MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2014

BOLIVIA

Equipo de Trabajo:

Ing. Mario Guillén Suárez - Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros
Abog. Ericka Balderrama Pérez - Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera

Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera:

Lic. Wendy Gonzales Vera
Lic. Nelson Hochkofler Patty
Abog. Sergio Bustillo Ayala
Abog. Karina Aruquipa Chavez
Abog. Franz Chavez Gonzales

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS
Av. Camacho esq. Loayza Nº 1413
Telf.: (591-2) 2203434
(591-2) 2201204
Fax: (591-2) 2200501
http://www.economiayfinanzas.gob.bo

Edición 2015

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS | PÁGINA

1. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 001/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014 ..... 9**
   RECURRENTE: SANDRA ASBUN DE ZALAQUETT

2. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014 ..... 57**
   RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

3. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 003/2014 DE 21 DE ENERO DE 2014 ..... 124**
   RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

4. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2014 DE 21 DE ENERO DE 2014 ..... 196**
   RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

5. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 005/2014 DE 07 DE FEBRERO DE 2014 ..... 266**
   RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LTDA.

6. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2014 DE 07 DE FEBRERO DE 2014 ..... 319**
   RECURRENTE: BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

7. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2014 DE 07 DE FEBRERO DE 2014 ..... 369**
   RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

8. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 008/2014 DE 10 DE FEBRERO DE 2014 ..... 422**
   RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

9. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2014 DE 10 DE FEBRERO DE 2014 ..... 494**
   RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

10. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2014 DE 12 DE FEBRERO DE 2014 ..... 585**
    RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

11. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2014 DE 20 DE FEBRERO DE 2014 ..... 615**
    RECURRENTE: COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.

12. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014 ..... 703**
    RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

13. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014 ..... 728**
    RECURRENTE: EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.

14. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2014 DE 10 DE MARZO DE 2014 ..... 793**
    RECURRENTE: SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.

15. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 015/2014 DE 11 DE MARZO DE 2014 ……..…… 833**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.

16. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 016/2014 DE 11 DE MARZO DE 2014 ……..…… 920**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.

17. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2014 DE 18 DE MARZO DE 2014 ……..…… 1060**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

18. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 018/2014 DE 02 DE ABRIL DE 2014 ……..…… 1128**
RECURRENTE: ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.

19. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2014 DE 04 DE ABRIL DE 2014 ……..……1208**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.

20. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2014 DE 09 DE ABRIL DE 2014 ……..……1254**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"

21. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2014 DE 09 DE ABRIL DE 2014 ……..……1303**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.

22. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 022/2014 DE 14 DE ABRIL DE 2014 ……..……...1345**
RECURRENTE: SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

23. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2014 DE 16 DE ABRIL DE 2014 ……..……... 1472**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"

24. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2014 DE 21 DE ABRIL DE 2014 ……..……...1544**
RECURRENTE: SERVICIOS FINANCIEROS ANGELIAS S.R.L.

25. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2014 DE 25 DE ABRIL DE 2014 ……..……1601**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALEN" LTDA.

26. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2014 DE 05 DE MAYO DE 2014 ……..……1641**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. Y FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

27. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2014 DE 05 DE MAYO DE 2014 ……..……1708**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

28. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2014 DE 06 DE MAYO DE 2014 ……..…… 2055**
RECURRENTE: BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA

29. **MEFP/VPCF/Nº 029/2014 DE 07 DE MAYO DE 2014 ……..……..… 2085**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

30. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2014 DE 08 DE MAYO DE 2014 ……..…..… 2094**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

31. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2014 DE 09 DE MAYO DE 2014 ……..…..… 2156**
RECURRENTE: INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.

32. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2014 DE 16 DE MAYO DE 2014 ……..…….. 2193**
RECURRENTE: PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.

33. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2014 DE 19 DE MAYO DE 2014 ……..…..… 2248**
RECURRENTE: MÓNICA ZAPATA ARAMAYO

34. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2014 DE 20 DE MAYO DE 2014 ……..…..… 2297**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

35. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2014 DE 20 DE MAYO DE 2014 ……..…..… 2356**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

36. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 036/2014 DE 22 DE MAYO DE 2014 ……..…….. 2444**
RECURRENTE: PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.

37. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2014 DE 09 DE JUNIO DE 2014 ……..……2472**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

38. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 038/2014 DE 12 DE JUNIO DE 2014 ……..……2506**
RECURRENTE: WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA

39. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 039/2014 DE 12 DE JUNIO DE 2014 ……..……..2533**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

40. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 040/2014 DE 12 DE JUNIO DE 2014 ……2567**
RECURRENTE: KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS

41. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 041/2014 DE 20 DE JUNIO DE 2014 ……..…..…2604**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. Y FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

42. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2014 DE 20 DE JUNIO DE 2014 ……..……...2650**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.

43. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 043/2014 DE 24 DE JUNIO DE 2014 ……..……...2672**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A. Y NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

44. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2014 DE 26 DE JUNIO DE 2014 ……..……...2711**
RECURRENTE: BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

45. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 045/2014 DE 26 DE JUNIO DE 2014 ……..……2740**
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.

46. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 046/2014 DE 27 DE JUNIO DE 2014 ……..……2793**
RECURRENTE: BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

47. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 047/2014 DE 27 DE JUNIO DE 2014 ……..……...2850**
RECURRENTE: MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CORDOVA VALVERDE, MIGUEL EGUEZ AGUILERA, MARIA DINA GALVIZ, JUAN SALAS MÉNDEZ, JUAN GRUICH RAMOS - CONSEJEROS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA"LTDA.

48. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 048/2014 DE 27 DE JUNIO DE 2014 ……..……...3004**
RECURRENTE: AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS

49. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2014 DE 18 DE AGOSTO DE 2014 ……3219**
RECURRENTE: LISSETH GUTIERREZ PATZI

50. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2014 DE 18 DE AGOSTO DE 2014 ……3269**
RECURRENTE: BANCO UNIÓN S.A.

51. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 051/2014 DE 19 DE AGOSTO DE 2014 ……..…...3306**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.

52. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2014 DE 25 DE AGOSTO DE 2014 ……..…...3368**
RECURRENTE: COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.

53. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 053/2014 DE 28 DE AGOSTO DE 2014 ……..…...3469**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

54. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ……...3555**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.

55. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 055/2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ……...3594**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.

56. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ……...3636**
RECURRENTE: VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO

57. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2014 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ……3712**
RECURRENTE: FERNANDO MONJE CAMPOS

58. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2014 DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ……3758**
RECURRENTE: BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

59. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2014 DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ……3953**
RECURRENTE: SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.

60. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014 ……..…..3994**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.

61. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014 ……..…..4044**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.

62. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 062/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014 …….…. 4094**
RECURRENTE: CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.

63. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014 …….…. 4108**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

64. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 064/2014 DE 17 DE OCTUBRE DE 2014 …….…. 4128**
RECURRENTE: TECNOLOGIA CORPORATIVA S.A.

65. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2014 DE 17 DE OCTUBRE DE 2014 …….…. 4185**
RECURRENTE: YENNY YOVANNA FERNANDEZ CHIRI

66. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2014 DE 17 DE OCTUBRE DE 2014 …….…. 4218**
RECURRENTE: SEGUROS PROVIDA S.A.

67. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2014 DE 29 DE OCTUBRE DE 2014 ……..…..4303**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

68. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2014 DE 30 DE OCTUBRE DE 2014 ……..…..4348**
RECURRENTE: BEATRIZ LUCY ANTEQUERA

69. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 069/2014 DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2014 ……..…..4386**
RECURRENTE: DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A.

70. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 ……..…..4428**
RECURRENTE: BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA Y KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS - COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.

71. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 071/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 ……..…..4502**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

72. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 072/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 ……..…..4585**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.

73. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 073/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 ……..4684**
RECURRENTE: ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

74. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 074/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 ……..4772**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

75. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 075/2014 DE 12 DE DICIEMBRE DE 2014 ……4848**
RECURRENTE: CONESA KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS

76. **MEFP/VPCF/Nº 076/2014 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 …… 4936**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

77. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 077/2014 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2014 ……4952**
RECURRENTE: BANCO FORTALEZA S.A.

78. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2014 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2014 ……5026**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

79. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2014 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2014 ……5070**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI

80. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 080/2014 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2014 ……5128**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

81. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2014 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2014 ……5194**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

82. **ESTADÍSTICAS…… 5256**

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SANDRA ASBUN DE ZALAQUETT

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 513/2013 DE 21 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 001/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2014

La Paz, 17 de enero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio de 2013, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 088/2013 de 28 de noviembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 191/2013 de 2 de diciembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de septiembre de 2013, la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** por si, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de Junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 17 de septiembre de 2013, notificado en fecha 19 de septiembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013.

Que, mediante Auto de 17 de septiembre de 2013, se hizo un llamamiento al tercer interesado **BANCO FORTALEZA S.A.,** para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos.

Que, mediante memorial presentado el 2 de octubre de 2013, el **BANCO FORTALEZA S.A.,** presentó alegatos.

Que, el 27 de septiembre de 2013, a horas 10:30, y el día viernes 15 de noviembre de 2013 a horas 15:00, se recibieron las exposiciones orales de fundamentos solicitadas por la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que, es importante traer a colación los antecedentes previos que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 14 de febrero de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 07/2013, misma que determinó, en su parte resolutiva, lo siguiente:

> "…***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012,* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

Los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica son los siguientes:

> ***"…2.1. Del procedimiento administrativo en caso de impugnación contra actos administrativos de menor jerarquía.-***
>
> *En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponde revisar la normativa administrativa aplicable al caso, así tenemos:*
>
> *El artículo 17°, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de 23 de abril de 2002, señala:*
>
> > "…*La Administración Pública está* ***obligada a dictar resolución expresa*** *en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su parte pertinente señala:

> ***"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).*** *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."*
>
> ***"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).***
> *I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados* ***o personas interesadas*** *solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada."***
> *(Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Conforme se tiene determinado, la norma administrativa delega la responsabilidad a la recurrente de solicitar al Ente Regulador que consigne el acto administrativo de menor jerarquía en un acto recurrible, es decir y subsumiendo al caso de autos, la obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012 , a efectos de que pueda interponerse el Recurso de Revocatoria que le asiste al administrado, ***sin embargo,*** *la propia normativa administrativa, prevé que ante esta omisión por parte del interesado, la Autoridad regulatoria está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42 y 43 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.*

Para el presente caso, analizamos el referido artículo 42 que establece:

> ***"Artículo 42.- (Calificación del Procedimiento)*** *El órgano administrativo* ***calificará y determinará el procedimiento que corresponda*** *a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***<u>si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación.</u>"*** *(Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, el Ente Regulador se encontraba en la obligación de reencauzar el procedimiento administrativo, que de origen contaba con la omisión procesal administrativa, toda vez que no había merecido un pronunciamiento formal, debiendo haberse pronunciado directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del Artículo 17 de la Ley Nº 2341, transcrito supra.

Por lo que queda claro que, el Ente Regulador, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2. Declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria.-

El Ente Regulador no debe olvidar que ya el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17, define al ***acto administrativo*** *como aquel*

*"…que **expresa la decisión de la autoridad reguladora**, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados"*

*Por su parte, la economía jurídica boliviana determina que cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico) tal como establece el Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "…contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados** **afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…"*

En este contexto, tenemos que, al tratarse de un acto definitivo, la ASFI estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el mismo, a través de una Resolución Administrativa y no así a través de un acto administrativo de menor jerarquía.

*Siguiendo el análisis correspondiente tenemos que, el Ente Regulador, debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación se deberá tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades **podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas o previendo nulidades o anulabilidades.** Es decir, se entiende que por virtud de este principio, se sanea en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.*

*Es así que se debe hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, **sobre aquellos formalísimos cuya realización no incida en su validez,** no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.*

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

> *"…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota*

(ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria…."

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"

Asimismo, se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

"…Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

En el mismo sentido, ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al

juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Subsumiendo el análisis realizado se llega a la conclusión, que ante la solicitud de la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett, la Entidad Fiscalizadora debió emitir Resolución Administrativa y no así una simple nota, más aún, si consideramos que el acto emitido ha producido efectos jurídicos.

Que, congruentemente con lo desarrollado, se tiene que el Ente Regulador ha vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y derecho a la petición de la recurrente, al no haberse pronunciado mediante Resolución Administrativa al inicio del procedimiento administrativo, dando lugar a la indefensión de la recurrente.

En consecuencia el Ente Regulador, deberá pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la determinación adoptada en el caso denunciado, y notificar a las partes involucradas, para que las mismas, si así correspondiere ejerzan su derecho a la defensa.

2.3. En cuanto a la documentación presentada y solicitada.-

De la revisión de la documentación adjunta y solicitada, como ser: Testimonio de la Escritura Pública Nº 300/2009 del 31 de Diciembre de 2009, Póliza de Seguro de Desgravamen, Formulario de Recepción de Reclamos, Respuesta al Reclamo Nº 010209, se tiene que la misma no hace al objeto del presente proceso, conforme se determinó en el numeral 1 supra, toda vez que el presente Recurso versa sobre la improcedencia determinada por la Autoridad recurrida y no así sobre los temas de fondo, por lo que impide a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas pueda emitir pronunciamiento sobre la misma…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 380/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio de 2013, mediante la cual rechaza la solicitud efectuada por la señora **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT** a través del memorial presentado en fecha 19 de marzo de 2012, referente a su reclamo contra el Banco Fortaleza S.A.

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, de la revisión y análisis de los criterios vertidos en el memorial de fecha 3 de abril de 2013, el contenido de la Resolución ASFI Nº 249/2013 de fecha 2 de mayo de 2013, además, de todos los antecedentes remitidos tanto por la reclamante como por el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. (actualmente Banco Fortaleza S.A.), se establecen puntualmente los siguientes aspectos planteados en el reclamo de la señora Sandra Asbún de Zalaquett:

1. *Respecto al perjuicio ocasionado por la Entidad Financiera al incumplir la cláusula vigésima primera del contrato de crédito Nº 300/2009, que textualmente estipula: "Los deudores, aceptan expresamente y así se conviene entre partes que, Fortaleza FFP S.A., incluye a los deudores, en una póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que será emitida mediante un certificado individual de seguro, dentro del seguro global que "Fortaleza FFP S.A." ha contratado con la Vitalicia, Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y que estará vigente por todo el tiempo que se mantenga saldos deudores del préstamo, por un monto equivalente al capital e intereses adeudados". El Código Civil Boliviano en su artículo 519 establece que el contrato tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes, además se aclara que en la vía administrativa no se puede realizar una interpretación de las cláusulas de los contratos, siendo la vía jurisdiccional la facultada para realizar tanto la interpretación como dirimir los casos de*

cumplimiento o incumplimiento (según el caso) de los contratos que son suscritos entre los consumidores financieros y las Entidades de Intermediación Financiera, aspecto que escapa del ámbito de competencias que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero conforme a lo establecido en el artículo 154 de la Ley N°1488, Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). Debiendo en ese sentido la reclamante acudir a la vía llamada por ley.

2. *La indemnización del seguro correspondiente al siniestro del vehículo accidentado, seguro que garantizaba la operación de crédito, fue pagada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A. a favor del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. (actualmente Banco Fortaleza S.A.), como subrogatario de la póliza del seguro automotor, esta indemnización cubrió el saldo pendiente de pago correspondiente a la operación del crédito que la señora Sandra Asbún de Zalaquett que mantenía con la Entidad Financiera.*

3. *Para el análisis de la otorgación del crédito, se volvió a realizar la revisión del Manual de Procedimientos de Créditos Corporativos, que establece en su punto 7, inciso 7.1 numeral 2 y 3 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, explica y detalla los requisitos para solicitar el crédito, plazos, etapas para la tramitación del crédito corporativo e informa los requisitos necesarios para iniciar su solicitud de acuerdo al anexo 2, en el cual figura el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario firmado, el mismo que es entregado al cliente (persona natural o jurídica) para su llenado y a sus garantes si corresponde; en el numeral 4 se establece que, el cliente (persona natural o jurídica) devuelve los formularios llenados y entrega documentación de respaldo, por último, en el numeral 5 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, revisa que la documentación presentada se encuentre acorde a la información consignada en el formulario de solicitud de créditos (persona natural o jurídica) y en la declaración jurada de bienes e ingresos y que todos los formularios estén correctamente llenados y firmados, procedimiento que se cumplió en la operación de crédito otorgado a la señora Sandra Grisel Asbún Zalaquett.*

4. *Del análisis de la documentación remitida tanto por la reclamante como por el Banco Fortaleza S.A. se ha podido establecer que no existen presuntos incumplimientos a la normativa vigente, motivo por el cual la solicitud de sancionar a la Entidad Financiera no corresponde, así como ordenar el pago del seguro de desgravamen. Asimismo debemos señalar nuevamente que dentro de las atribuciones establecidas en el artículo 154 de la Ley N°1488, Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), no se cuenta con la competencia para atender los temas de seguros y mucho menos establecer la reparación de daños.*

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios del Derecho Administrativo.

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, establece que: "Uno de los elementos esenciales del acto

administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso".

"Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda".

Que, en este marco, el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2011, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

Que, el inciso d), parágrafo II del artículo 17 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que la Resolución Administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.

Que, asimismo, uno de los deberes fundamentales de la administración pública, radica en cuidar que todo procedimiento administrativo se ajuste al marco de la Ley, velando porque el mismo se desarrolle sin vicios que invaliden el acto administrativo, de tal manera que exista una adecuada motivación y fundamentación…"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de julio de 2013, la Sra. **SANDRA GRISEL ASBÚN DE ZALAQUETT** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio de 2013, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 513/2013 DE 21 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma en todas sus partes la Resolución ASFI N° 380/2013 de 24 de junio de 2013.

Los argumentos de la resolución son los siguientes:

"…Que, en ese marco la señora Sandra Asbun de Zalaquett en fecha 23 de julio de 2013, presenta Recurso de Revocatoria, el cual señala los siguientes aspectos:

- *La Resolución ASFI N° 380/2013, carece de fundamentación ya que no establece las razones de hecho y derecho que sustentan su decisión.*

- *No realiza un análisis bajo un orden de acontecimientos o hechos que formen convicción, toda vez que de haberse cumplido lo señalado en los contratos se hubiera asegurado a ambos deudores y por lo tanto se hubiera cubierto el seguro de desgravamen, así la usuario habría dejado de pagar cuotas por más de siete meses y Fortaleza S.A. hubiera cobrado el seguro vehicular, estando todas las partes satisfechas con el contrato.*

- *No se pronuncia sobre hechos y contratos que dentro de un orden cronológico llevan a conocer la verdad material del presente caso, por el contrario, se vulnera la Constitución Política del Estado, la Ley de Bancos y principios constitucionales como el de verdad material y debido proceso ya que declina competencia a la justicia ordinaria como si se hubiera solicitado que se haga cumplir el contrato o determine la validez del mismo, cuando solo se está solicitando si Fortaleza S.A., brindó un servicio de calidad, fidedigno con conocimiento de las características y contenidos de los productos.*

- *Fortaleza S.A. a través de la cláusula primera del contrato de préstamo asumió un servicio que conlleva la obligación contractual de incluirnos a mi esposo y a mi persona en calidad de deudores, bajo la cobertura de la póliza de seguro flotante de desgravamen o vida. Asimismo, es necesario considerar que dicho contrato fue suscrito con anterioridad a cualquier formulario el cual debe guardar una relación con lo establecido en la minuta de contrato.*

- *No se habría realizado una valoración integral y adecuada de todas las pruebas por cuanto no se ha señalado el valor probatorio de las mismas vulnerando así el debido proceso.*

- *Fortaleza S.A. vulneró mi derecho a recibir servicios de calidad por cuanto incumplió los términos contractualmente pactados y no brindo los servicios y productos ofertados con oportunidad, seguridad y diligencia bajo la cobertura de la póliza flotante que dicha entidad tenia contratada con la Vitalicia.*

- *Fortaleza habría vulnerado el derecho a recibir servicios y productos con oportunidad, seguridad y diligencia, toda vez que correspondía que contrate o incluya a mi esposo y a mi persona bajo la cobertura de su póliza flotante.*

Concluye el memorial solicitando, que el Órgano de Supervisión revise el contrato y se pronuncie sobre quien tenía la obligación de contratar la cobertura de seguro, aspecto por el cual solicita se revoque la Resolución ASFI N° 380/2013.

"…CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *Mediante escritura pública N° 300/2009 de fecha 31 de diciembre de 2009, suscrita ante Notaría de Fe Pública a cargo de la Dra. Maria Cristina Ibañez Brown, el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., efectuó un préstamo con garantía hipotecaria del mismo vehículo por la suma de Bs. 118.500 (Ciento Dieciocho mil Quinientos 00/100 Bolivianos) a favor de la señora Sandra Grisel Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett Borella, para la compra de un vehículo.*

  La cláusula novena del citado contrato de préstamo en el numeral 9.2 Cargos Financieros determina que LOS DEUDORES pagaran a FORTALEZA F.F.P. S.A. además del interés estipulado en la cláusula segunda los siguientes cargos financieros que se encuentran incluidos en la TEAC: "9.2.3. La tasa destinada a cubrir la prima del seguro de desgravamen o vida que inicialmente se establece en el 0.35% mensual sobre el monto del saldo adeudado; el mismo que será incrementado proporcionalmente en caso de ser dos o más personas, sobre el saldo insoluto del total de la deuda que el asegurado mantenga pendiente de pago al momento del siniestro, incluyendo los intereses corrientes adeudados".

  La cláusula vigésima primera del referido contrato respecto al seguro de desgravamen o vida señala que "Los deudores aceptan expresamente y así se conviene entre partes que, "FORTALEZA F.F.P. S.A.", incluye a LOS DEUDORES, en una póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que será emitida mediante un certificado individual de seguro, dentro del seguro global que FORTALEZA F.F.P. S.A. ha contratado con LA VITALICIA, Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y que estará vigente por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores del préstamo; por un monto equivalente al capital e intereses adeudados. El costo total de la inclusión de LOS DEUDORES en dicho seguro deberá ser cubierto y pagado en su integridad por este. LOS DEUDORES aceptan los términos y condiciones generales y especiales, incluidas las causales de exclusión del contrato de seguro,, que por su cuenta y cargo contrata FORTALEZA F.F.P. S.A., obligándose LOS DEUDORES F.F.P. S.A., una tasa del 0.035% mensual sobre el monto del saldo adeudado del préstamo…."

  De lo descrito se advierte que se efectuó la compra venta de un vehículo y concesión de préstamo con garantía hipotecaria del mismo vehículo otorgado por el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. a favor de los señores Sandra Grisel Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett.

  Por su parte el artículo 519 del Código Civil dispone que "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por ley".

  La norma transcrita determina dos supuestos de hecho: 1) el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y 2) no puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por ley.

En el caso de análisis se configura los dos supuestos toda vez que los señores Sandra Grisel Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett suscribieron un contrato de compra venta de un vehículo y concesión de préstamo con garantía hipotecaria del mismo vehículo otorgado por el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., lo señalado se acredita a través del "Testimonio N° 300/2009 de 31 de diciembre de 2009, de escritura pública de compra venta de un vehículo que otorga Miguel Prudencio Flores Gonzales y Rosario Gabriela Zeballos, a favor de Sandra Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett Borella y concesión de préstamo con garantía hipotecaria del mismo vehículo, otorgado por Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A: Fortaleza F.F.P. S.A. a favor de Sandra Grisel Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett".

Al respecto, la doctrina es concluyente al señalar que "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y no solo obliga a su ejecución de buena fe y lo expresado en él, sino a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o a falta de esta según los usos y la equidad subjetivamente comprende a las partes contratantes al no ser "erga onmes", salvo los casos previstos en la Ley". (Morales Guillen, Código Civil)

Como se advierte los contratos constituyen una fuente de las obligaciones voluntarias, cuya eficacia le otorga el carácter de ley entre partes y que no solo obliga a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, aspecto por el cual esta Autoridad de Supervisión no tiene facultad para interpretar las cláusulas novena y cláusula vigésima primera establecidas en el contrato suscrito entre y Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. y los señores Sandra Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett Borella.

- *Respecto a la valoración de la prueba, el parágrafo III del artículo 29 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica".*

  De acuerdo a lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 31/2006 de 8 de junio de 2006, "El sistema de la sana crítica o de la sana lógica, consiste en la libertad que tiene la Autoridad Administrativa para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Empero, este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto, le exige a la Autoridad que funde sus decisiones y exprese las razones por las cuales adopta o no una determinación. Esta valoración deberá estar plenamente acreditada en la Resolución Administrativa correspondiente".

En esta línea de pronunciamiento, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a partir del reclamo presentado por la señora Sandra Asbun de Zalaquett contra el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., ha solicitado información sobre el reclamo de referencia.

En el marco y aplicación del Debido Proceso y el Derecho a la Defensa, los cuales se encuentran consagrados constitucionalmente, es pertinente contrastar los argumentos expuestos por la señora Sandra Asbún de Zalaquett, con relación al presente caso, que en definitiva corroboraron los criterios contenidos en la Resolución ASFI N° 380/2013 de 24 de junio de 2013, por lo que resultado de la revisión de la documentación proporcionada por la entidad financiera, consistentes en copia de la solicitud de crédito, copia de la solicitud de Seguro de Desgravamen Hipotecario, copia del Certificado de Cobertura del Seguro de Desgravamen Hipotecario, copia de las Condiciones Generales, Condiciones Particulares y Cláusulas Adicionales de la Póliza de Seguro Automotor del vehículo objeto del crédito, carta REC-051/201 1 de fecha 3 de febrero de 2011 de la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A., copias de las cartas FFP/GRLP/118/2011 de fecha 11 de febrero de 2011, FFP/GRLP/743/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 y FFP/GRLP/926/2011 de fecha 17 de marzo de 2011 del Fondo Financiero Privado Fortaleza SA. dirigidas a la Compañía Aseguradora, extracto del préstamo en moneda bolivianos y copia de la liquidación del siniestro del vehículo siniestrado matrícula 2368-LYS, se advierte que el señor Juan Antonio Zalaquett no contaba con la cobertura del seguro de Desgravamen Hipotecario de acuerdo a lo solicitado y aceptado por la señora Sandra Asbun de Zalaquett en el formulario de seguro de desgravamen hipotecario y la emisión del certificado de la Compañía de Seguros y Reaseguros de Vida La Vitalicia S.A.

Asimismo, de lo señalado se advierte que: "La indemnización del seguro correspondiente al siniestro del vehículo accidentado, seguro que garantizaba la operación de crédito, fue pagada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A. a favor del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. (Actualmente Banco Fortaleza S.A., como subrogatorio de la póliza del seguro automotor, esta indemnización cubrió el saldo pendiente de pago correspondiente a la operación del crédito que la señora Sandra Asbun de Zalaquett que mantenía con la Entidad Financiera", así se desprende de la Resolución ASFI N° 380/2013, página 6).

En tal sentido, la recurrente no puede alegar que no se evaluaron sus descargos por cuanto los mismos han sido considerados y valorados en su integridad.

- *En relación a la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para ordenar el pago del seguro de desgravamen corresponde tener presente que el objeto de un proceso administrativo es mantener la observancia a las normas, verificando la legitimidad aspecto por el cual es*

importante señalar que la competencia, con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa.

De acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 50/2006 de 16 de agosto de 2006, "la competencia es el conjunto de funciones que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, les corresponden ejercer y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir a una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma en cambio la competencia en el derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o, en algunos casos, en forma implícita pero a través de una norma jurídica que la señale. De ahí nace el principio jurídico que la administración pública solo puede hacer solo lo que le manda la ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe..."

El parágrafo I del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que: "Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando este emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias".

En el presente caso, de la lectura de los artículos 153 y 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país.

Por su parte el artículo 167 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, señala que la Autoridad de Fiscalización Control Social de Pensiones, se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS, la cual asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros.

De acuerdo al artículo 5 de la Ley N° 1883, se entiende por seguro como "el contrato por el cual el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida, al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador a pagar la prima".

En tal sentido, el seguro de desgravamen, es un seguro que consiste en el pago del valor de la deuda pendiente a la fecha del fallecimiento del deudor, es decir consiste en que a la muerte del titular del crédito, el acreedor declara cancelado el mismo, en este marco uno de los elementos característicos es el contrato por el cual el asegurador se obliga a indemnizar la prestación convenida cuando se produce la eventualidad.

Dentro de ese marco, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tiene atribuciones para ordenar el pago del seguro de desgravamen, toda vez que el Mercado de Seguros se encuentra regulado por la Ley del Mercado de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, que en su artículo 1 dispone: "(Ámbito de Aplicación) El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de Seguros en general, el prepago de servicios de índole similar al seguro, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos…".

Asimismo, el artículo 979 del Código de Comercio señala que "Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la primera. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto".

En tal sentido, el argumento de la recurrente no es atendible puesto que como ya se señaló, esta Autoridad de Supervisión no tiene atribuciones en el Mercado de Seguros, toda vez que el contenido y ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y la Ley del Mercado de Seguros N° 1883, con dos normas completamente diferentes pues promueven el mercado de la intermediación financiera y el mercado de seguros, respectivamente, contemplando obligaciones, ámbitos y sujetos distintos, precisamente porque regulan, controlan y fiscalizan a personas, entidades y actividades relacionadas a mercados diferentes.

- *En relación a que la recurrente no habría recibido el producto con oportunidad, seguridad y diligencia, por cuanto correspondía que el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. contrate o incluya al señor Juan Antonio Zalaquett en la cobertura del seguro de desgravamen, al respecto se confirma lo manifestado por esta Autoridad de Supervisión a través de la Resolución ASFI N° 380/2013, página 6, en sentido de que: "De acuerdo al análisis para la otorgación del crédito, se volvió a realizar la revisión del Manual de Procedimientos de Créditos Corporativos, que establece en su punto 7, inciso 7.1. numeral 2 y 3 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, explica y detalla los requisitos para solicitar el crédito, plazos, etapas para la tramitación del crédito corporativo e informa los requisitos necesarios para iniciar su solicitud de acuerdo al anexo 2, en el cual figura el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario firmado, el mismo que es entregado al cliente (persona natural o jurídica) para su llenado y a sus garantes si corresponde; en el numeral 4 se establece que, el cliente (persona natural o jurídica) devuelve los formularios llenados y entrega documentación de respaldo, por último, en el numeral 5 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, revisa que la documentación presentada se encuentre acorde a la información consignada en el formulario de solicitud de créditos (persona natural o jurídica) y en la declaración jurada de bienes e ingresos y que todos*

los formularios estén correctamente llenados y firmados, procedimiento que se cumplió en la operación de crédito otorgado a la señora Sandra Grisel Asbún Zalaquett".

Lo citado precedentemente, está referido al procedimiento de créditos que efectúa el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. entre el agente de negocios y el cliente, aspecto que ha sido consignado en el presente caso.

Contrario a lo aseverado por la recurrente, se entregó el producto con todas las condiciones, precisamente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuó el correspondiente análisis del Manual de Procedimientos de Crédito del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., en el cual se advierte (punto 7, numeral 3) que el oficial de negocios entrega al cliente para su llenado el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario, asimismo en el numeral 4, señala que: "El cliente devuelve los formularios llenados y entrega la documentación de respaldo", finalmente el agente de negocios, revisa que la documentación presentada se encuentre acorde a la información consignada en el formulario de solicitud de créditos, por lo que no existe presuntos incumplimientos a la normativa vigente.

- *En relación a la fundamentación la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, respecto a este punto señala "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*

  Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones, ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda".

  De acuerdo a lo expresado precedentemente, y de acuerdo a los argumentos presentados por la recurrente la cual señala que la Resolución ASFI N° 380/2013 de 24 de junio de 2013, no cumple con la debida fundamentación, se tiene que la citada Resolución resolvió rechazar la solicitud efectuada por la señora Sandra Asbun de Zalaquett a través del memorial presentado en fecha 19 de marzo de 2012, referente a su reclamo contra el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., y de la lectura de la citada Resolución se advierte parámetros fácticos y técnico legales que hacen a la debida motivación, puesto que las misma no solo señala antecedentes de hecho sino también aspectos jurídicos, así se desprende de las páginas 5,6 y 7.

Precisamente una de las razones legales por las cuales se ha rechazado la solicitud de la recurrente es que el artículo 519 del Código Civil establece que el "contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, además se aclara que en la vía administrativa no se puede realizar una interpretación de las cláusulas de los contratos, siendo la vía jurisdiccional la facultada para realizar la interpretación como dirimir los casos de cumplimiento o incumplimiento de los contratos suscritos entre las partes aspecto que escapa del ámbito de competencias que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero", así se desprende del análisis efectuado en la página 6 de la Resolución ASFI N° 380/2013.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por la señora Sandra Asbun Zalaquett no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFI N° 380/2013 de 24 de junio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado Plurinacional, como parte de la política financiera, prescribe en su artículo 332, parágrafo I que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días

hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que "La Superintendencia, órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, incluyendo el Banco Central de Bolivia, tendrá como objetivo mantener un sistema financiero sano y eficiente sí como velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera". Asimismo, el artículo 154 de la citada disposición señala las atribuciones que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 519 del Código Civil dispone que "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por ley".

Que, el artículo 979 del Código de Comercio señala que "Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la primera. En el contrato se seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto".

Que, el parágrafo III del artículo 29 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica".

Que, el parágrafo I del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que: "Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando este emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 11 de septiembre de 2013, la **SRA. SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, argumentado lo siguiente:

"…***III. MOTIVOS EN QUE SE FUNDA EL RECURSO Y DIPOSICIONES APLICABLES.-*** *El pronunciamiento de su Autoridad emitida a través de la de la (sic) Resolución ASFI N° 513/2013, que CONFIRMA la Resolución ASFI N° 380/2013, no solo afecta mis intereses legítimos, sino que -además- vulnera derechos subjetivos que me son garantizados por la Constitución y leyes vigentes en nuestro país; pues, se aparta de los principios reguladores del proceso, particularmente del procedimiento administrativo, al incurrir -una vez más- en la falta de decisión del asunto controvertido, falta de motivación, falta*

de valoración integral de la prueba y falta de observancia del principio de verdad material, conforme expongo a continuación.

(FALTA DE DECISIÓN DEL ASUNTO CONTROVERTIDO).- *Según establece el Artículo 28, parágrafo I del D.S. 27.113 de 23 de julio de 2003, "El objeto del acto administrativo es la decisión, certificación o juicio de valor sobre la materia sujeta a conocimiento del órgano administrativo.* ***El acto debe pronunciarse, de manera expresa, <u>sobre todas las peticiones y solicitudes</u> de los administrados incoadas en el procedimiento que le da origen".*** *Así, pues, la norma antes citada consagra el principio de congruencia procesal que debe regir en todo Estado de Derecho; principio en virtud del cual la resolución debe pronunciarse conforme al mérito del proceso, es decir, debe existir una correspondencia entre lo pretendido y lo resuelto por su autoridad. De lo anterior se desprende que la autoridad debe pronunciarse sobre TODAS las pretensiones y excepciones deducidas (no puede omitir ninguna).*

En la especie, su autoridad (a.i.) Dra. Lenny Valdivia Bautista en su cargo de Directora Ejecutiva, se limitó a desestimar uno de los varios reclamos efectuados por mi persona, sin siquiera entrar a una decisión de fondo a su respecto. Por lo tanto, se trata de resolución incompleta, que al no haberse pronunciado de manera alguna respecto de todas y cada una de las reclamaciones efectuados, incurrió en el vicio de incongruencia citra petita o infra petita, que existe cada vez que la autoridad-en su decisión final- no emite pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones propuestas por las partes o sobre un punto controvertido. En efecto, su autoridad omitió un pronunciamiento de fondo respecto de las distintas infracciones denunciadas oportuna y reiteradamente en contra de FORTALEZA, a saber:

RECLAMO Nº 1: La no cobertura del seguro de desgravamen por el fallecimiento de mi esposo, JUAN ANTONIO ZALAQUETT.- *La Resolución ASFI Nº 513/2013, en el segundo considerando punto primero (página 4, último párrafo) establece: " Como se advierte los contratos constituyen una fuente de las obligaciones voluntarias, cuya eficacia le otorga el carácter de ley entre las partes y que no solo obliga a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza,* ***aspecto por el cual esta Autoridad de Supervisión no tiene facultad para interpretar las cláusulas novena y cláusula vigésima primera establecidas en el contrato suscrito entre Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. y los señores Sandra Asbun de Zalaquett y Juan Antonio Zalaquett Borella".sic*** *las negrillas y cursivas son nuestras. Por su parte, la Resolución ASFI Nº 380/2013, en su considerando tercero, punto primero (página 6, primer párrafo], señala: "...El Código Civil Boliviano en su Art. 519 establece que el contrato tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes,* ***además se aclara que en la vía administrativa no se puede realizar una interpretación de las cláusulas de los contratos, siendo la vía jurisdiccional la facultad para realizar tanto la interpretación como dirimir los casos de cumplimiento e incumplimiento (según el caso) de los contratos que son suscritos entre los consumidores financieros y las Entidades de Intermediación Financiera, aspecto que escapa del ámbito de competencias que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero conforme a lo establecido en el artículo 154 de la Ley Nº 1488, Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). Debiendo en ese sentido la reclamante acudir a la vía llamada por ley". SIC las negrillas y cursivas son nuestras.***

Al respecto, se hace evidente que su Autoridad se ha excusado de decidir el tema de fondo señalando que no tiene competencia para hacer una interpretación de las cláusulas de un contrato celebrado entre mí persona y la entidad financiera; en circunstancias que ***EN NINGÚN MOMENTO SE LE HA SOLICITADO HACER UNA LABOR INTERPRETATIVA; PUES, EL CONTRATO ES CLARO Y NO NECESITA SER OBJETO DE INTERPRETACIÓN ALGUNA; POR EL CONTRARIO, SE LE HA PEDIDO QUE REVISE -TOME EN CONSIDERACIÓN- EL CONTRATO EN CUANTO (sic) ELEMENTO DE PRUEBA Y LO CONTRASTE CON LOS INFORMES TÉCNICOS Y LEGALES ELABORADOS A PARTIR DE LA INFORMACIÓN REMITIDA POR FORTALEZA Y EN BASE A LOS CUALES SU AUTORIDAD EMITIÓ SU DECISIÓN.***

En efecto, la cláusula vigésima primera del Contrato de Préstamo suscrito con FORTALEZA, es CLARA al establecer:

"Los deudores aceptan expresamente y así se conviene entre partes que ***"Fortaleza FFP S.A." incluye a los deudores en una póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que será emitida mediante un certificado individual de seguro, dentro del seguro global que "Fortaleza FFP S.A." ha contratado con La Vitalicia, Seguros y Reaseguros de Vida S.A.*** *y que estará vigente por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores del préstamo, por un monto equivalente al capital e intereses adeudados."*

Según se desprende del tenor literal y gramatical de la cláusula recién citada, el contrato obliga a que los dos codeudores estén cubiertos dentro de un documento elaborado por FORTALEZA. Es decir, FORTALEZA asumió por escrito -en el marco de un documento público- la obligación contractual de incluirnos a mi esposo fallecido y a mi persona en calidad de deudores, bajo la cobertura de la póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que dicha entidad tenía contratada con LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA SA (en adelante LA VITALICIA).

Por otro lado, también es claro el Art 519 del Código Civil al establecer que "el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes". Además, se debe tomar en consideración que el contrato objeto del reclamo es un contrato de adhesión, esto es, que el contrato fue elaborado por FORTALEZA, indicándonos incluso a qué Notaría debíamos pasar a suscribir el acuerdo. Asimismo, se debe tener presente que el Contrato de Préstamo fue suscrito con anterioridad a cualquier formulario, pues de no firmarse el contrato no es posible continuar con el préstamo. Por lo demás, una adecuada valoración debe llevar a establecer que un formulario interno de la institución financiera es de menor jerarquía frente a un contrato que ha sido otorgado por escritura pública.

No obstante todo lo anterior -y desconociendo la fuerza obligatoria del contrato-, FORTALEZA incumplió la obligación de incluirnos a ambos deudores bajo la cobertura del seguro de vida o desgravamen, obligándome con ello a realizar pagos indebidos que la beneficiaron. Pues, conforme Se (sic) establece claramente en la cláusula contractual precedentemente transcrita, la obligación de tomar el seguro frente a LA VITALICIA, correspondía única y exclusivamente a FORTALEZA; la misma que en su calidad de tomadora del seguro y entidad financiera profesional debiera conocer a la perfección cuáles son los términos de los contratos que elabora, así como las obligaciones que asume en virtud de los mismos; y sobre dicha base realizar los actos y

gestiones que permitan el cumplimiento de dichas obligaciones contractuales que ella misma se impuso. Empero, en el caso que expongo, la entidad financiera nunca nos requirió llenar algún formulario de seguro faltante; ni nos solicitó proporcionar determinada información adicional o que prestásemos nuestra colaboración para cualquier acto que pudiera estar pendiente para el perfeccionamiento del seguro, cuya toma (contratación] -reitero- era una obligación contractual de FORTALEZA y no así de mi fallecido esposo o de mi persona.

Ahora bien, el Art. 331 de la Constitución Política del Estado dispone: " las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público, y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme la ley. A su vez, el Art. 332, parágrafo I. establece: "las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras. Esta institución tendrá carácter de de (sic) derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano. De (sic) estos preceptos constitucionales se desprende la función de regulación y control a la que está obligada la ASFI en atención al interés público. En tal sentido, la ASFI debe controlar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y contratos suscritos por las instituciones financieras. Ahora bien, dentro de sus atribuciones de control y supervisión, está la obligación de ***defender al usuario cuando la entidad financiera pretende desconocer sus propios contratos,*** *como ocurre en el caso concreto. Al respecto, cabe señalar que mi fallecido esposo y mi persona simplemente acudimos a FORTALEZA como cualquier otro cliente o consumidor financiero, encontrándonos en una situación asimétrica frente a la entidad financiera, cuya obligación principal frente al regulador, los depositantes y la sociedad en general, consiste fundamentalmente en gestionar y mitigar el riesgo del crédito; y para cuyo efecto debe cumplir sus manuales internos y observar las obligaciones contractuales que pacta con los clientes. De tal manera que si un colateral (seguro de desgravamen o vida) ayuda a mitigar el riesgo de crédito, es deber de la entidad financiera asegurarse, insistir y tomar las medidas conducentes a que dicho colateral exista en la realidad, y no tan solamente limitarse cómodamente a incluir cláusulas contractuales y asumir obligaciones que nunca se cumplen a cabalidad.*

En el presente caso nunca busqué dilucidar si mi esposo contaba o no con la cobertura del seguro de desgravamen o vida, pues resulta evidente que carecía de dicha cobertura. Lo que en el fondo se busca es establecer -y está demostrado objetivamente- que la falta de dicha cobertura tiene como causa directa e inmediata una omisión culposa imputable a Fortaleza, la cual tenía la obligación contractual expresa de "incluirnos" (a mi esposo y a mí) bajo la cobertura de la póliza que dicha entidad negoció y contrató directamente con LA VITALICIA, prescindiendo de cualquier intervención nuestra. La obligación contractual asumida por FORTALEZA fue incumplida culposamente por dicha entidad, en desconocimiento abierto del tenor literal de la cláusula vigésima primera del contrato de adhesión redactado por la propia Fortaleza, causándome daños y perjuicios de consideración en razón a que aún después de producido el siniestro (fallecimiento de mi esposo), me vi obligada a continuar pagando cuotas del préstamo a favor de FORTALEZA, la cual se benefició indebidamente de las mismas, pues era una obligación suya asegurarse de cumplir con los actos necesarios

para "incluirnos" bajo la cobertura de la póliza flotante de LA VITALICIA. Si FORTALEZA hubiera sido diligente y hubiera cumplido al pie de la letra la obligación contractual que omitió, el siniestro ocurrido hubiera gozado de cobertura, yo no hubiera tenido que continuar pagando sumas de dinero a favor de FORTALEZA durante más de seis (6) meses o, en su caso, se hubiera pagado la deuda en su integridad ya que la cobertura hubiera sido a favor de mi esposo.

Por lo tanto, el contrato es claro al establecer que ambos contratantes estarían cubiertos por el seguro de desgravamen; y una adecuada valoración del mismo - prueba que nunca fue considerada por su Autoridad- deja en evidencia la falta de diligencia de FORTALEZA en la prestación de los servicios financieros contratados.

Por otro lado, la Resolución ASFI Nº 513/2013 reitera el considerando de la Resolución ASFI Nº 380/2013, que dice: "La indemnización del seguro correspondiente al siniestro del vehículo accidentado, seguro que garantizaba la operación de crédito, fue pagada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A. a favor del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. (actualmente Banco Fortaleza S.A.), como subrogatorio de la póliza del seguro automotor, esta indemnización cubrió el saldo pendiente de pago correspondiente a la operación de crédito que la señora Sandra Asbun de Zalaquett que mantenía con la Entidad Financiera." ***A este respecto quiero ser enfática al señalar que <u>uno es el seguro vehicular y otro es el seguro de desgravamen,</u> explicado y desarrollado a lo largo de todos y cada uno de los escritos. Hecha esta fundamental distinción, cabe señalar que la deficiencia en la prestación de servicio por parte de FORTALEZA emergió de la falta de asesoramiento y diligencia para que ambos deudores contáramos con un <u>SEGURO DE DESGRAVAMEN O DE VIDA</u>. En tal sentido, no entendemos las razones por las que su Autoridad haya consignado esta redacción confusa, mal interpretada y dirigida, como si nuestros reclamos en algún momento devinieran de la falta de cumplimiento o cobertura del seguro vehicular. Lo único que se desprende de dicha redacción es que su Autoridad evita entrar al fondo de la cuestión planteada, confunde los hechos y las pruebas, para finalmente valorar un acontecimiento impertinente a la cuestión controvertida. Curiosamente, en el primer considerando, desconoce su competencia para determinar si un seguro se ha cubierto o no; y líneas más adelante, señala que un seguro que no forma parte de nuestros reclamos- se ha cumplido a cabalidad. Este tipo de pronunciamientos vulnera todas las garantías que conlleva el derecho al debido proceso y distorsiona la verdad material de los hechos.***

RECLAMO N°2: Deficiencia en la prestación de servicios financieros.-*Por otro lado, FORTALEZA vulneró mi derecho a recibir servicios de calidad, por cuanto: [i) incumplió los términos contractualmente pactados; y (ii) no brindó los servicios y productos ofertados con oportunidad, seguridad y diligencia bajo la cobertura de la póliza flotante que dicha entidad tenía contratada con La Vitalicia. De acuerdo con lo establecido por la Sección 2, Capítulo I, Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mi esposo fallecido y mi persona teníamos derecho a recibir servicios de calidad, lo que conlleva que la entidad financiera cumpla con los términos pactados:*

> ***"Cumplimiento de los términos pactados.-*** *El cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la entidad supervisada en los términos establecidos en los*

contratos suscritos, los cuales deben respetar las condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida. Para aquellos productos y/o servicios que no requieran de un contrato la entidad supervisada respeta las condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida."

En este sentido, la violación de nuestros derechos en cuanto de clientes de FORTALEZA y consumidores financieros es evidente, más aun tomando en consideración que al tratarse de un contrato de adhesión, las clausulas se interpretan a favor del usuario o consumidor financiero Asimismo, FORTALEZA no puede escudarse en la falta de llenado de un formulario por nuestra parte, pues la obligación de "incluirnos" en el seguro correspondía única y exclusivamente a dicha institución financiera; y nosotros -en cuanto clientes y usuarios- efectuamos todo cuanto fue exigido por FORTALEZA para el desembolso del crédito. En tal sentido, si FORTALEZA nos hubiere requerido el llenado de formularios adicionales o la suscripción de cualquier documento, no lo hubiéramos negado; pues, lógicamente confiábamos en la condición "profesional" de la entidad financiera y de sus representantes, la cual conocía a cabalidad quiénes éramos sus deudores, y por tanto quiénes éramos los que debíamos gozar de la cobertura de su póliza de seguro flotante contratada con LA VITALICIA.

Asimismo, FORTALEZA también vulneró nuestro derecho a recibir servicios y productos con oportunidad, seguridad y diligencia. Pues, correspondía que dicha entidad financiera contrate o nos incluya -a mi esposo fallecido y a mi- bajo la cobertura de su póliza flotante con LA VITALICIA, ya sea de forma previa o a tiempo de que se realice el desembolse del crédito, más aun sabiendo que la contratación de esta clase de seguros constituye un mitigador importante del riesgo de crédito. En tal sentido, FORTALEZA tuvo mucho tiempo para cumplir su obligación de incluirnos bajo la cobertura de su póliza flotante; y al no haberlo hecho así, ni haber tomado ninguna acción conducente a dicho fin, incumplió con el principio de oportunidad.

Por otro lado, FORTALEZA prestó servicios sin observar el principio de seguridad, por cuanto nunca tomó las medidas necesarias para que existiera certeza (seguridad) respecto del cumplimiento de los términos pactados sobre el seguro de desgravamen; nunca se aseguró de que los documentos hubieran sido pedidos, presentados o llenados de forma correcta.

Por último, FORTALEZA también actuó con negligencia (en contraposición a la diligencia que le es exigible por su condición de entidad financiera profesional); pues, nunca revisó los formularios presentados, ni se aseguró de que LA VITALICIA hubiera emitido certificado de cobertura para ambos deudores. En suma, nunca tomó ninguna acción para asegurarse de que la cláusula vigésima primera del contrato se hubiera cumplido.

Por todo lo precedemente (sic) expuesto, se hace evidente que FORTALEZA vulneró mi derecho a recibir servicios de calidad, pues la entidad financiera no actuó con oportunidad, seguridad y diligencia, contraviniendo lo previsto en la Sección 2, Capítulo 1, Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, disposición que señala lo siguiente:

"Atención oportuna, diligente y segura.- *Los productos y/o servicios que utiliza el cliente y usuario son brindados de manera oportuna, diligente y segura."*

En el caso que nos ocupa, FORTALEZA nos brindó un servicio financiero defectuoso, desprovisto de oportunidad, diligencia y seguridad. En tal sentido, FORTALEZA dejó pasar el tiempo; no dio ninguna instrucción para subsanar cualquier posible error; no requirió ningún documento ni formulario, pese a conocer a cabalidad la identidad de los deudores; no exigió el certificado de cobertura de LA VITALICIA, ni se percató que uno de los codeudores no se encontraba asegurado, demostrando una actitud negligente, reñida con la cualidad "profesional" que debiera caracterizarla.

RECLAMO Nº 3: Violación a la normativa de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.-Asimismo, *FORTALEZA infringió la normativa de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Fortaleza, toda vez que no procuró que mi persona en calidad de clienta y usuaria pueda acceder a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cuando sus operaciones han sido observadas o sindicadas por el cliente o consumidor financiero, vulnerando con ello el art. 5 de dicha normativa que establece: "La respuesta cursada por la entidad supervisada al cliente o usuario, debe incluirla leyenda: "* ***Si el cliente o usuario está en desacuerdo con la respuesta emitida, puede acudir a la central de reclamos de la autoridad de supervisión del sistema financiero ASFI" Entonces. Fortaleza S.A no incluyo la leyenda prescrita en su respuesta a mi reclamo con CITE FFP/GRLP/137/12".*** *En tal sentido, la respuesta de FORTALEZA nunca consignó alguna leyenda al respecto, incumpliendo con ello la disposición antes mencionada.*

Asimismo FORTALEZA incumplió el art. 4 de la Normativa que establece: "(...) Las entidades supervisadas deben respetar todas las condiciones ofertadas por escrito (...)" y en su artículo único 2.2. que establece "El cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la entidad supervisada en los términos establecidos en los contratossuscritos (sic) los cuales deben respetar condiciones generales incluida en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida".

Así, pues, al evitar u omitir un pronunciamiento sobre todos los puntos sometidos a su consideración, su Autoridad me irrogó un grave perjuicio; pues me dejó en un situación de indefensión. Por lo mismo, solicito a su Autoridad revisar y, en definitiva, pronunciarse respecto de todos y cada uno de los reclamos efectuados por mi persona, haciendo con ello efectivo mi derecho a una resolución congruente y mí garantía al debido proceso.

*(sic)****(FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA).-*** *Uno de los aspectos fundamentales para que la autoridad forme convicción y sana crítica en materia administrativa es la valoración de la prueba. Según dispone el parágrafo I. del Art. 47 de la Ley Nª 2341 sobre Procedimiento Administrativo, "los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho". Por su parte, el Art. 88 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo [D.S. NQ 27113) establece:" I Las autoridades administrativas que intervienen en el trámite realizarán las diligencias para la averiguación de los hechos que fundamentan su decisión, sin perjuicio del derecho de los interesados de ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes. II. La admisión y*

producción de pruebas se sujetará a criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo. En la duda sobre su admisibilidad y pertinencia, se estará a favor de su admisión y producción. Asimismo, el Art. 62 del mismo compilado legal dispone que "en el procedimiento la autoridad administrativa tiene los siguientes deberes y facultades: k) valorar la prueba". Ahora bien, en nuestro proceso administrativo no existen normas propias sobre la valoración de la prueba, debiendo acudirse -por tanto-a las normas del proceso civil que son de aplicación supletoria. En el proceso civil rige el sistema de la libre valoración de la prueba como regla general; luego, es éste el principio que rige en materia administrativa. Empero, la libre valoración de la prueba no significa absoluta discrecionalidad, pues ello conduciría a la arbitrariedad prohibida por el ordenamiento jurídico. La autoridad puede valorar libremente las pruebas practicadas pero siempre con arreglo a la sana crítica, es decir, la formación de su convicción debe fundarse en los parámetros de la razón y no del capricho y, además, explicarse en la resolución que se dicte.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta el principio de valoración integral de la prueba., (sic) en virtud del cual todos los medios aportados deben ser valorados en su conjunto por el tribunal. Según dicta este principio procesal, la valoración de la prueba debe hacerse en base a toda la prueba rendida y no solo de aquella parte que elija el juez, es decir, que éste debe tomar en cuenta todos los medios de prueba presentada por las partes, los que deben entrar obligatoriamente al contradictorio del debate; hecho que no sucedió en el caso concreto. Debe considerarse, también, el principio de la verdad material establecido en el Art. 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo. Según esta disposición, "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". En virtud de este principio, la Administración debe verificar plenamente los hechos que le sirven de motivo a sus decisiones, agotando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley. Por lo demás, el principio de verdad material goza, además, de una consagración constitucional, como veremos más adelante.

Finalmente, hay que entender que una adecuada valoración de la prueba se enmarca dentro de la garantía del debido proceso. En tal sentido, la valoración de la prueba debe analizarse a la luz de las disposiciones que consagran dicha garantía, a saber, Art. 115 de la CPE , Art. 4, inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Pues bien, de la comprensión integral y sistematizada de todas las normas y principios antes citados se desprenden los derechos y garantías comprendidas dentro de la denominación "garantía de la prueba", la que es inherente a la garantía del derecho a defensa y que, en su conjunto, quedan comprendidas dentro de la garantía del debido proceso consagrada en las disposiciones antes citadas. Estas son: 1) derecho a que se reciba la causa a prueba; 2] la existencia de un término probatorio; 3) libertad de prueba; 4) derecho a que la prueba válidamente presentada sea admitida por el juez; 5) derecho a que la prueba admitida sea efectivamente practicada; 6) contradicción en la prueba, esto es, que cada una de las partes pueda presenciar la prueba de la contraria y formular oposición en su caso;

7) (sic) derecho a que la prueba válidamente presentada sea valorada.

En base a todo el marco conceptual y normativo expresado en los párrafos precedentes, podemos establecer que su Autoridad no ha realizado una valoración integral y adecuada de la prueba. ***EN EFECTO, EN LA RESOLUCIÓN ASFI Nº 513/2013, EN SU CONSIDERANDO SEGUNDO, SEGUNDO PUNTO, (sic) SU AUTORIDAD RECONOCE CON LA MÁS ABSOLUTA CLARIDAD QUE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EFECTUADA EN LA ESPECIE CONSISTIÓ EN LA REVISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN PROPORCIONADA POR FORTALEZA; Y AL SINGULARIZAR LA PRUEBA QUE HA SIDO OBJETO DE ANÁLISIS, EN NINGÚN MOMENTO MENCIONA EL CONTRATO DE PRÉSTAMO QUE CONTITUYE (SIC) LA PRUEBA CARDINAL OFRECIDA POR MI PARTE. EN TAL SENTIDO, LA AUTORIDAD INCURRE EN UNA EVIDENTE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA-ASPECTO (sic) FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO- TODA VEZ QUE UNA ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONLLEVA LA CONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE TODOS Y CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA OFRECIDOS POR AMBAS PARTES Y NO SOLO POR LA ENTIDAD FINANCIERA.***

Si bien la Resolución ASFI Nº 513/2013, en su primer considerando, hace mención al Contrato de Préstamo suscrito entre mi persona y FORTALEZA, no hace una valoración del mismo en cuanto elemento de prueba; prueba que fue adjuntada en la carta de reclamo de fecha 26 de marzo dirigida a la ASFI y reiterada en los distintos Recursos de Revocatoria interpuestos. Al omitir un análisis a dicho documento, su Autoridad me ha despojado de una prueba cardinal que acredita los hechos alegados en mis diferentes escritos, principalmente la no cobertura del seguro de desgravamen de mi fallecido esposo, sumado a otras infracciones de la normativa y reglamentos que protegen al consumidor financiero. Pues, como se ha señalado anteriormente, la cláusula vigésima primera de dicho contrato es clara al establecer la obligación para FORTALEZA de incluirnos a mi esposo fallecido y a mi persona en cuanto deudores, (sic) bajo la cobertura de la póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que dicha entidad tenía contratada con LA VITALICIA. En tal sentido, considerando la fuerza vinculante del contrato establecido en el Art. 519 del Código Civil y siguiendo una línea de razonamiento lógica, el contrato en cuestión debía ser analizado antes de ver cualquier informe técnico.

Por otro lado, su Autoridad se limitó a hacer una referencia o enunciación de la prueba en base a la cual emitió su decisión, con lo cual vulneró mi derecho a una decisión motivada. En efecto, su Autoridad no señaló en ningún momento cómo se ha apreciado la prueba ***-en particular el informe técnico legal ASFI/DDC/R-31517/2013-;*** *tampoco indica el valor probatorio de la misma a la luz de las disposiciones legales que le atribuyen uno u otro mérito probatorio. Al respecto cabe hacer presente, que en reiteradas oportunidades mi persona ha solicitado una copia de dichos informes, solicitud que no ha sido atendida por su Autoridad.*

En suma, al omitir la valoración de una prueba cardinal para acreditar los hechos alegados en mis distintos escritos, su Autoridad no sólo vulneró mi garantía al debido proceso, a través de la cual se me garantiza que toda la prueba presentada será efectivamente valorada; también atropello principios básicos que rigen la actividad probatoria, como son el principio de valoración integral de la prueba y principio de verdad material. Más aún, respecto de la prueba que ha sido valorada

(valoración parcial de la prueba) su Autoridad no ha expresado la forma en que ha efectuado dicha valoración, el valor atribuido a la misma y el grado de convencimiento logrado en relación con los hechos alegados. Con ello, se volvió a atrepellar (sic)mi garantía al debido proceso y mi derecho a una decisión motivada. Por lo tanto, en base a todo lo anterior, solicito a su autoridad 1] valorar la prueba de manera integral, esto es, hacerse cargo de toda la prueba presentada y no solo de aquella que más conviene a su decisión; 2) valorar la prueba de manera adecuada, expresando dicha valoración en una motivación coherente y razonada.

(sic)(FALTA DE MOTIVACIÓN).- *Según establece el artículo 28 de la ley de procedimiento administrativo: "Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente Artículo". Asimismo, el Art. 30 del mismo compilado legal dispone: "los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) resuelvan recursos administrativos.*

Según Roberto Dromi -reconocido jurista argentino en materia administrativa-, "[L) (sic) a motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan considerando. La constituyen, por tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión (...) aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo. Debe ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de los motivos del acto". Así, la motivación se configura en uno de los elementos más importantes del acto administrativo, toda vez que otorga al mismo los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que las decisiones de la Administración Pública gocen de legitimidad y validez. Al mismo tiempo, la motivación constituye un límite al poder de la Administración y, en tal sentido, una garantía para los administrados, en cuanto prohíbe las resoluciones arbitrarias y exige, por el contrario, una decisión basada en un razonamiento lógico, coherente y objetivo.

Desde esta perspectiva, la motivación en las decisiones de autoridad debe ser entendida como una regla básica del debido proceso. Al respecto, el Art. 115 de la CPE dispone: "I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por Los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (...) II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones", En este mismo sentido, el Art. 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, en su inciso c), establece el principio de sometimiento plano a la Ley y prescribe: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso". Por lo demás, la garantía del debido proceso también está consagrada en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, suscrita por nuestro país y-por tanto-vigente en el territorio nacional. Por lo tanto, el derecho a una decisión motivada es, en definitiva, una manifestación de la garantía

al debido proceso que su Autoridad está obligada a respetar y resguardar por mandato constitucional y legal.

Por su parte, la jurisprudencia ha sido enfática al señalar: que "(...) ***la responsabilidad del ente regulador no se agota en la legalidad de sus resoluciones, sino que es una exigencia insoslayable la fundamentación clara, coherente y precisa de toda decisión administrativa*** *(...)"(Sentencia Constitucional 0771/2003-R); que* ***"en el fundamento de la sentencia debe encontrarse la experiencia, conocimiento, entendimiento, lógica y la ciencia del juzgador en la apreciación de las pruebas. La incongruencia de uno de los elementos mencionados, la incoherencia, la contradicción o la imprecisión del fundamento de apreciación de las pruebas, conlleva la reposición del juicio"(****Auto Supremo N° 384/2005).* ***SIGUIENDO ESTA MISMA LÍNEA JURISPRUDENCIAL, LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2013 (sic) DE 14 DE FEBRERO DE 2013 -PRONUNCIADA DENTRO DE ESTE MISMO PROCEDIMIENTO- ORDENÓ A SU AUTORIDAD EMITIR UNA NUEVA RESOLUCIÓN MOTIVADA Y AJUSTADA A DERECHO. la últimas negrillas son nuestra (sic).***

En el caso concreto, su Autoridad -mediante Resolución ASFI Nº 513/2013- desestimó (sic) el reclamo efectuado por mi persona en contra FORTALEZA, por el incumplimiento culpable de las condiciones contractuales expresamente pactadas con dicha entidad financiera. Sin embargo, dicha resolución carece de una motivación conforme a lo expuesto a los párrafos precedentes, ya que no establece de manera clara, concreta y precisa las razones de hecho y fundamentos de derecho que sustentan su decisión. En efecto, en su parte considerativa, la Resolución recurrida no señala el razonamiento lógico que su Autoridad ha realizado para llegar a la conclusión contenida en la parte resolutiva; por el contrario, se limita a exponer un contenido normativo en relación con sus funciones y atribuciones. Con respecto a los fundamentos fácticos, su Autoridad no analizar (sic)los hechos que fueron objeto de prueba, si éstos fueron acreditados y si producen convicción sobre su existencia y acaecimiento; tampoco señala cómo se ha apreciado la prueba ***-en particular el Contrato de Préstamo suscrito con FORTALEZA y el informe técnico legal ASFI/DDC/R-31517/2013-****a(sic) la luz de las disposiciones legales que le atribuyen uno u otro mérito probatorio. En relación con los fundamentos de derecho, su autoridad no establece un vínculo o subsunción entre las normas y hechos establecidos en su resolución; pues, sólo limita a enunciar las disposiciones normativas que sirven de base a la misma. Todo lo anterior configura una vulneración a mí (sic)derecho a una decisión motivada y, en definitiva, mi garantía al debido proceso reconocida en la Constitución, leyes y tratados internacionales vigentes en nuestro país.*

Lo que es peor aún, en el segundo párrafo de la página 9, señala que "...De acuerdo a lo expresado precedentemente, y de acuerdo a los argumentos presentados por la recurrente la cual señala que la Resolución ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio del 2013 no cumple con la debida fundamentación, se tiene que la citada resolución resolvió rechazar la solicitud efectuada por la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett a través del memorial presentado en fecha 19 de marzo de 2012, referente a su reclamo contra el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., y de la lectura de la citada resolución se advierte ***parámetros fácticos y técnicos legales que hacen a la debida motivación,*** *puesto que la misma no solo señala antecedentes de hecho, sino*

también aspectos jurídicos, así se desprende de las páginas 5, 6 y 7". ***SIC las negrillas son nuestra*** *(sic)* ***AL RESPECTO, QUIERO SER ENFÁTICA EN SEÑALAR QUE LOS PARÁMETROS FÁCTICOS Y TÉCNICOS LEGALES QUE -SEGÚN SU AUTORIDAD-"HACEN LA DEBIDA MOTIVACIÓN", SE SUSTENTAN EN INFORMES ELABORADOS A PARTIR DE LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN PROPORCIONADA POR LA MISMA FORTALEZA, ASPECTO QUE CONTRADICE LA OBJETIVIDAD INHERENTE A UNA ADECUADA MOTIVACIÓN.***

Conforme el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial expuesto en los párrafos precedentes, su Autoridad debe razonar su resolución, porque la racionalidad aplicada a los hechos es un requisito esencial para que las partes conozcan las razones que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión. En tal sentido, su Autoridad está obligada a analizar todos y cada uno de los hechos que fueron objeto de reclamo, si éstos fueron acreditados y si producen convicción sobre su existencia y acaecimiento; está obligada -además- a señalar cómo se ha apreciado la prueba ***-en particular el Contrato de Préstamo suscrito con FORTALEZA y el informe técnico legal ASFI/DDC/R-31517/2013-*** *a la luz de las disposiciones legales que le atribuyen uno u otro mérito probatorio. Finalmente, su Autoridad está obligada a establece un vínculo o subsunción entre las normas y hechos establecidos en su resolución; pues, no puede limitarse a enunciar las disposiciones normativas que sirven de base a la misma.* ***EN LA ESPECIE, SU AUTORIDAD DEBE HACER UN ANÁLISIS DEL CONTRATO ANTES QUE DE CUALQUIER INFORME TÉCNICO LEGAL (POR LO DEMÁS, EN SU RESOLUCIÓN TAMPOCO JUSTIFICA POR QUÉ NO SE HA ANALIZADO EL CONTRATO OBJETO DE RECLAMO).***

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito a su autoridad que modifique la Resolución ASFI N° 124/2013 de 12 de marzo del 2013, por cuanto su decisión no tiene congruencia con lo que se ha pedido y menos motivación; pues, solo habla de manera general sobre su constitución y normas aplicables, pero no hace interpretación y valoración de las misma para aplicar al caso concreto. En tal sentido, solicito se pronuncie y se haga cargo de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en su oportunidad por mi persona, esto es: 1) la existencia de un contrato en que obliga única y exclusivamente a FORTALEZA a incluir a ambos deudores bajo la cobertura de la póliza flotante de desgravamen hipotecario (fundamento de hecho); 2) que el Art. 591 establece la fuerza obligatoria de los contratos; y que la ASFI tiene un mandato constitucional de supervisar el adecuado y correcto funcionamiento de las instituciones financieras.

(sic)(INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL).- *Uno de los principios más importantes que inspira el procedimiento administrativo boliviano es el principio de la verdad material; según el cual la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias. En virtud del principio de verdad material -consagrado en el Art 3, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo-, la entidad debe privilegiar a la verdad material, esto es la verdad de los hechos comprobados, sobre la formalidad pura y simple. Así, pues, el principio de verdad material se instituye en un elemento básico que encausa y limita la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento. Asimismo, este*

principio controla la liberalidad o discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas existentes y en la integración jurídica para resolver aquello no regulado, así como para desarrollar las normas administrativas complementarias.

A mayor abundamiento, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de verdad material está consagrado a nivel constitucional. En efecto, el Art. 180 I. de la Constitución Política del Estado prescribe: "La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez."

Ahora bien, la consagración del principio de verdad material en nuestro ordenamiento no supone una mera enunciación retórica carente de aplicación práctica; pues, junto con consagrar el principio de verdad material como una de las bases fundamentales de la jurisdicción, la Constitución garantiza su aplicación real o efectiva mediante el mandato establecido en el Art. 410 de nuestra Carta Magna, según el cual: "I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. De manera que la autoridad está sujeta a un mandato constitucional que la obliga a la observancia del principio de verdad material y que exige que sus actos estén ajustados a lo dispuesto por la Nueva Constitución Política del Estado. A mayor abundamiento, el apartado II. de la norma antes citada señala: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. (...)"; con lo cual consagra el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual la Constitución se constituye en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, la autoridad debe aplicarla con preferencia a cualquier otra norma, bajo alternativa de que sus resoluciones sean consideradas contrarias a la Constitución. Finalmente, es importante tener presente los principios de eficacia y eficiencia, también consagrados en el Art. 180 I. de la Constitución Política del Estado, en cuanto complementan e impulsan la aplicación del principio de verdad material. En tal sentido, el principio de eficiencia supone el cumplimiento de las disposiciones legales y que los procedimientos logren su finalidad, removiendo -de ofició- los obstáculos puramente formales; postulado que está íntimamente vinculado con el principio de verdad material toda vez que establece una prevalencia del derecho sustancial respecto del formal. Por su parte, el principio de eficiencia persigue acortar el tiempo de duración de los procesos, así como obtener una mayor certeza en las resoluciones, de manera que las personas puedan lograr un oportuno reconocimiento de sus derechos.

Así, las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la plena identificación y esclarecimiento de los hechos producidos y a la constatación de la realidad, independientemente de cómo las circunstancias peculiares que rodean el caso hayan sido alegadas y -en su caso- probadas por los administrados. Dicho de otro modo, la Administración tiene el deber de conducirse a la búsqueda de la verdad material más allá de la simple verdad formal, y de superar de manera oficiosa las restricciones que las propias partes pudieran plantear (deliberadamente o no); en tal sentido, resulta implícita a dicha actuación la facultad de valorar y ponderar las

pruebas que eventualmente se hubieren presentado, independientemente de la conducta de las partes respecto de ellas.

Al respecto, la sentencia 0882/2012-R ha manifestado que: ***"(...) el principio de verdad material implica que el juzgador debe basar su resolución en una reconstrucción de los hechos y a las circunstancias que lo rodean y, para ello, debe dar prevalencia a la verdad antes que a los ritualismos, aunque, obviamente, sin eliminar aquellas formas procesales establecidas por la ley, que tienen por finalidad, resguardar derechos y garantías constitucionales (...)" sic Las negrillas son nuestras.***

POR LO TANTO, LA AUTORIDAD ESTÁ OBLIGADA POR LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES A RECONOCER Y APLICAR LA VERDAD MATERIAL DE LOS HECHOS EN EL CASO CONCRETO, ESTO ES, LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO QUE ESTABLECE DE MANERA INDUBITADA LA OBLIGACIÓN DE FORTALEZA DE CONTRATAR EL SEGURO DE DESGRAVAMEN A FAVOR DE LOS DEUDORES QUE SUSCRIBIERON EL CONTRATO (MI FALLECIDO ESPOSO Y YO) ES, PUES, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL QUE SU AUTORIDAD DEBE HACER UN ANÁLISIS DEL CONTRATO ANTES QUE DE CUALQUIER INFORME TÉCNICO LEGAL, ELEMENTO DE PRUEBA QUE DEJA EN EVIDENCIA LA FALTA DE ASESORAMIENTO VERAZ Y ADECUADO POR PARTE DE FORTALEZA Y LA MALA FE ESTA INTITUCIÓN FINANCIERA AL PRETENDER RESPONSABILIZAR DE SU NEGLIGENCIA AL CONSUMIDOR FINANCIERO .

EN SUMA, LA RESOLUCIÓN Nº 513/2013ES (sic) A TODAS LUCES DIRIGIDA, TODA VEZ QUE SU ENFOQUE LEGAL VA MÁS ALLÁ DE LO SOLICITADO POR LAS PARTES Y EN CONTRA DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EN EFECTO, EN NIGÚN MOMENTO HEMOS SOLICITADO A SU AUTORIDAD HACER UNA REVISIÓN INTERPRETATIVA DEL CONTRATO. MÁS POR EL CONTRARIO, LE HEMOS PEDIDO QUE -EN EL MARCO DE SU FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO CUANDO LA ENTIDAD FINANCIERA PRETENDE DESCONOCER SUS PROPIOS CONTRATOS- CONSIDERE EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EN CUANTO PRUEBA CARDINAL DE MIS RECLAMOS EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA Y PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL. (sic) EN TAL SENTIDO, EL CONTRATO ES CLARO AL ESTABLECER QUE LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN A FAVOR DE LOS DEUDORES (MI ESPOSO FALLECIDO Y YO) ERA ATRIBUCIÓN Y RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE FORTALEZA EN EL MARCO DE UN SEGURO FLOTANTE CONTRATADO CON LA VITALICIA; EN TAL SENTIDO, CONSTITUYE UNA ACTUACIÓN DE MALA FE POR PARTE DE FORTALEZA EL SOSTENER SIN ACREDITACIÓN ALGUNA QUE MI ESPOSO NO CONTABA CON LA COBERTURA DEL SEGURO EN CUESTIÓN "PORQUE MI PERSONA LO HA SOLICITADO Y ACEPTADO"; PUES, SI DICHO SEGURO DE DESGRAVAMEN NO FUE TOMADO POR FORTALEZA A FAVOR DE AMBOS DEUDORES, ES POR UNA NEGLIGENCIA DE LA ENTIDAD FINANCIERA Y NO DEL CONSUMIDOR FINANCIERO.

IV. PETITORIO.- *En base a los antecedentes de hecho y fundamento de derecho antes señalados y desarrollados en los párrafos precedentes; amparada en el Art. 66 de la Ley Nº 2341 sobre Procedimiento Administrativo, en relación con los Arts. 36 y siguientes y 52 y siguientes de su Reglamento (D.S. Nº 27175) y el Art. 24 de la Constitución Política del Estado; considerando los Arts. 75, 2 y 322 de la Constitución Política del Estado, los Arts. 99, 102 y 154 de la Ley de Bancos (Ley Nº 1488), el Art. 3*

(Título XI, capítulo 1, sección 1), Art. único, numeral 2.2. (Título XI Capítulo I sección 2), Art. 2 (Título XI, capítulo 1, sección 3), Art. 5 numeral 8 (Título XI, capítulo I, sección 4), Arts. 1 y 2 (Título XI, capítulo 1, sección 6) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el Art. 8 (sección 2, capítulo 2) y Art. 61 (sección 2, disposiciones específicas) del Reglamento de Sanciones de la ASFI dentro de la RNBEF; considerando: 1) que el tema de fondo-versa -principalmente- sobre la no cobertura del seguro de desgravamen por el fallecimiento de mi esposo; 2) que FORTALEZA ha obrado con una evidente negligencia, fuera de la oportunidad pertinente y causando perjuicio e inseguridad al consumidor financiero, al no haber revisado los formularios que recibió, requerido se complementen los mismos, exigido los certificados de cobertura o advertido que los mismos no incluían a ambos codeudores; incumpliendo con ello la Ley de Bancos y Entidades Financieras, así como los reglamentos y protocolos que regulan el sector financiero; 3) que es función de la ASFI proteger al consumidor financiero cuando la entidad financiera pretende desconocer sus propios contratos; 4] que, además, FORTALEZA infringió una serie de derechos que se me garantizan en mi calidad de consumidora financiera, a saber, derecho a recibir servicios de calidad, con oportunidad, diligencia y seguridad; 5) que la Resolución ASFI Nº 513 /2013 no tiene congruencia con lo que se ha pedido y menos motivación cronológica; que, se pronuncia erradamente sobre su falta de competencia, sin resolver el asunto de fondo sometido a su decisión; que no fundamenta adecuadamente su pronunciamiento; que no hace una valoración adecuada de la prueba; y, que como consecuencia de lo anterior, vulnera el principio de verdad material; ***solicito a su Autoridad admita el presente recurso a tramitación; y lo eleve a la autoridad superior jerárquica (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) para que ésta proceda al examen y resolución del mismo; y se pronuncie REVOCANDO la Resolución ASFI Nº 513/2013, definiendo el fondo del asunto en trámite conforme al Art. 68 de la Ley Nº 2341 sobre Procedimiento Administrativo, y dando por probadas las reclamaciones efectuadas por mi persona en diversas oportunidades y reiteradas en el presente recurso, IMPONIENDO LAS SANCIONES ADMINISTRATIVASQUE (sic)CORRESPONDIEREEN (sic)CONTRA DE FORTALEZA S.A., por corresponder en estricta equidad y justicia…"***

6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Que, mediante memorial presentado el 2 de octubre de 2013, el **BANCO FORTALEZA S.A.,** presentó alegatos refiriendo lo siguiente:

"… 6. <u>Relación de Derecho</u>

La respuesta al presente Recurso de Jerárquico en contra de la Resolución ASFI Nº 513/2013 del 21 de agosto de 2013 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se presenta en nuestra condición de terceros interesados, amparado en las previsiones legales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, los artículos 12, 16 inciso a) y 60 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículos 41 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003.

7. Fundamentación de la presente respuesta al Recurso Jerárquico

Luego de la revisión de la Resolución ASFI Nro. 513/2013 del 21 de agosto de 2013, corresponde poner en su atención los siguientes extremos del orden legal y administrativo que respaldan nuestra respuesta al Recurso Jerárquico.

7.1. INEXISTENTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE FORTALEZA F.F.P. S.A (ACTUALMENTE BANCO FORTALEZA S.A.).

En el recurso Jerárquico interpuesto por Sra. Sandra Grisel Asbun de Zalaquett, se pueden evidenciar incorrectos argumentos que no se ajustan a aspectos esenciales al momento de la solicitud y otorgación del crédito, los cuales pasamos a señalar:

> ***La Clausula Novena (Información, Cargos Financieros y Declaración de la Partes) del Contrato de Préstamo, en su numeral 9.2 Cargos Financieros determina que LOS DEUDORES pagaran a FORTALEZA F.F.P. S.A. además del interés estipulado en la cláusula SEGUNDA los siguientes cargos financieros que se encuentran incluidos en la TEAC: "9.2.3. La tasa destinada a cubrir la prima del seguro de desgravamen o vida que inicialmente se establece en el 0.035% mensual sobre el monto del saldo adeudado; el mismo que será incrementado proporcionalmente en caso de ser dos a más personas, sobre el saldo insoluto del total de la deuda que el asegurado mantenga pendiente de pago al momento del siniestro, incluyendo los intereses corrientes adeudados."***

De igual forma ***la Cláusula Decima Sexta (Declaración de Obligaciones) inciso d) del Contrato de Préstamo contenido en la Escritura Pública No.300/2009 de fecha 31 de diciembre de 2009, determinaba que la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett tenía la obligación de obtener una póliza de seguro general de automotores para el vehículo adquirido con el crédito.***

7.1 DE LOS INCORRECTOS ARGUMENTOS MANIFESTADOS POR LA SRA. SANDRA ASBUN DE ZALAQUETT CON RELACIÓN A SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS POR PARTE DE FORTALEZA F.F.P. S.A.

De la lectura del Recurso Jerárquico la Sra. Sandra Grisel Asbun de Zalaquett, se pueden (sic) evidenciar incorrectos argumentos que no se ajustan a aspectos esenciales al momento de la solicitud y otorgación del crédito, los cuales pasamos a señalar:

7.1.1.1 DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN DEL PRÉSTAMO OTORGADO A LA SRA. SANDRA GRISEL ASBUN DE ZALAQUETT.

Conforme lo establece el Código de Comercio en su Art.982 (Consensualidad): El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración.

Asimismo el Art. 990 (Propuestas o solicitud) del mismo cuerpo legal señala que: ***La Propuesta o solicitud de seguro formulada,*** *por una de las partes, por sí sola, no prueba la existencia del contrato de seguro mientras no exista la aceptación de la otra.*

De igual forma el Art.992 (Obligación de Declarar) de dicho Código establece:

El Asegurado está obligado a declarar objetiva y verazmente los hechos y circunstancias que tengan importancia para la determinación del estado de riesgo, tal como los conozca; en su caso, mediante cuestionario proporcionado por el asegurador.

De igual manera el Art.1009 (La propuesta como parte del contrato) determina: Forma parte del contrato de seguro la propuesta firmada por el asegurado, en la que constan sus declaraciones sobre el estado de riesgo.

Por su parte, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Titulo XI, capítulo I, sección 2 (Derechos del Cliente) ***Artículo Único.-Derechos del cliente y del usuario.-*** *Para efectos del presente Reglamento, los derechos del cliente y del usuario son agrupados de la siguiente manera:*

> ***1. Derecho a elegir.-*** *El cliente y el usuario tienen derecho a seleccionar el producto y/o servicio que mejor se ajuste a sus necesidades y posibilidades. Para el ejercicio de este derecho deberá cumplirse al menos las siguientes condiciones:*
>
> ***1.1 Adecuada información.-*** *El cliente y el usuario reciben de la entidad supervisada información oportuna, veraz, clara, adecuada, en medios accesibles de acuerdo a las limitantes de actuación que puedan presentar, comprensible y completa de los productos y/o servicios que ofrece, relacionados con las necesidades y posibilidades del cliente y el usuario, que incluye entre otros, información financiera de operaciones activas y pasivas, tales como las contraprestaciones, gastos y condiciones del contrato cuando corresponda.*

Es así que, en sujeción a la normativa legal señalada y a la información proporcionada y las condiciones pactadas por Fortaleza F.F.P. S.A. con la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, mediante ***Formulario de Solicitud de Seguro de Desgravamen Hipotecario de fecha 22 de diciembre de 2009,*** *la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, haciendo uso de su derecho de a elegir según sus necesidades, solicitó el seguro de desgravamen hipotecario,* ***POR LA SUMA DE $US.17.002, VALE DECIR. POR LA TOTALIDAD DEL PRÉSTAMO SOLICITADO A FORTALEZA F.F.P. ÚNICAMENTE A FAVOR DE SU PERSONA,*** *el cual fue aceptado por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. mediante Nota. 53225/2009 de fecha 23 de Diciembre de 2009.*

Sin embargo ahora y pese a que no correspondía el pago por el seguro de ***desgravamen*** *porque no se produjo el siniestro coberturado, la Sra. Asbun pretende desconocer dicha solicitud del seguro y atribuir a Fortaleza una responsabilidad inexistente, debido a que no se habría asegurado a su esposo, cuando en realidad fue la propia Sra. Asbun, la que de manera expresa solicito el seguro de desgravamen únicamente en su favor, conforme se ha señalado anteriormente.*

7.1.1.2 INEXISTENTE BENEFICIO POR PARTE DE FORTALEZA F.F.P. S.A. COMO CONSECUENCIA DEL PAGO DEL SEGURO DEL VEHÍCULO OTORGADO EN GARANTÍA HIPOTECARIA DEL CREDITO.

La Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, manifiesta incorrectamente que, Fortaleza F.F.P. S.A. se vio beneficiada como consecuencia del pago de las cuotas del crédito después de

producido el siniestro del vehículo otorgado en garantía hipotecaria del crédito, siendo que Fortaleza F.F.P. S.A. se subrogo la totalidad de la deuda por el seguro vehicular.

Tal aseveración, raya en lo incomprensible, ya que conforme lo señala la normativa legal vigente, son diferentes los conceptos de seguro de daños y seguro de personas, así como la procedencia en el pago de cada uno de ellos, en caso de ocurrir el siniestro, como bien tenemos a señalar a continuación:

El Código (sic) de Comercio en su Art.987 (Partes contratantes) numeral 2 señala que: En el seguro de daños, asegurado es la persona titular del interés cuyos riesgos toma a su cargo el asegurador, en todo o en parte. En el seguro de personas, es la persona física que está expuesta al riesgo cubierto por el seguro.

De acuerdo a lo pactado en la Cláusula Décimo Sexta inciso d) de la Escritura Pública (sic) No.300/2009 de fecha 31 de diciembre de 2009, la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett contrajo la obligación de obtener una póliza de seguro general de automotores para el vehículo adquirido con el crédito y constituido en garantía hipotecaria, a cuyo fin la cliente, presento la Póliza de Seguro de Auto 100285887 emitida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A., con vigencia a partir del 29 de diciembre de 2009 hasta el 29 de diciembre de 2010, subrogada a favor de Fortaleza F.F.P. hasta el monto de $us.24.000. (Veinticuatro Mil 00/100 Dólares Americanos).

Sin embargo, la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, está confundiendo los alcances y efectos del seguro de desgravamen solicitado por su persona, cuya prima era pagada conjuntamente con la cuota del crédito, con los alcances y efectos del seguro automotor de la garantía hipotecaria cuya prima fue pagada al momento de solicitar la correspondiente póliza automotor.

El tramite (sic) que conllevó el pago del siniestro del seguro de la garantía hipotecaria por parte de la compañía aseguradora (Alianza Seguros y Reaseguros S.A.), no suspendía, bajo ningún punto de vista, la obligación de la Sra. Asbun de pagar las cuotas de su crédito, en tanto y en cuanto dicha compañía aseguradora no efectuase a favor de Fortaleza F.F.P. S.A. el pago del crédito como consecuencia del siniestro de la garantía hipotecaria, el cual fue aceptado por Alianza de Seguros y Reaseguros S.A. mediante carta REC-051/2011 de fecha 3 de febrero de 2011 y pagado en fecha 1 de abril de 2011, es decir 6 meses después de ocurrido el siniestro.

En ese entendido, la Sra. Asbun mal puede aseverar ahora que Fortaleza F.F.P. S.A. se habría beneficiado del pago de cuotas del préstamo posteriores al siniestro, cuando en realidad estas cuotas fueron aplicadas al préstamo y cuyo saldo resultante fue el pagado por la compañía Alianza de Seguros y Reaseguros S.A., como consecuencia del siniestro de la garantía del crédito.

*Asimismo, cabe señalar que de acuerdo al anexo de subrogación de la Póliza de Seguro de Auto 100285887 emitida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A., la Compañía **solo estará obligada a pagar a éste** (Fortaleza F.F.P. S.A. como subrogaratario) **la suma adeudada** y **el excedente al Asegurado**.*

7.2 FORTALEZA F.F.P S.A. NO VULNERO LA NORMATIVA EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO. *La Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, erróneamente manifiesta que Fortaleza F.F.P. S.A. habría incumplido la normativa emitida por nuestro ente regulador, con argumentos que distan de la realidad, conforme pasamos a señalar a continuación:*

7.2.1 Supuesta vulneración del Art. 1de la Sección 1 del Capítulo 1 de Evaluación y Calificación de Cartera de Crédito.

Como bien se señaló anteriormente, se cumplieron con los requisitos y procedimientos necesarios, para que la cliente de acuerdo a sus requerimientos y necesidades, cuente con la cobertura de seguro de desgravamen, conforme se encuentra respaldado por la aceptación de la cobertura del seguro de desgravamen de La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. mediante Nota. 53225/2009 de fecha 23 de Diciembre de 2009. En cuanto a la recuperación del crédito, ésta fue oportunamente realizada por nuestra institución, conforme se evidencia por las notas FFP/GRLP/118/2011 de 11 febrero de 2011; FFP/GRLP/743/2011 de 28 de febrero de 2011 y FFP/GRLP/926/2011 de 17 de marzo de 2011, cursadas a la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A. con relación al reclamo del siniestro del vehículo otorgado en garantía hipotecaria del préstamo No.10021464.

7.2.2 Fortaleza F.F.P. S.A. cumplió con el Art.4 párrafo 3 de la sección 2 del Capítulo XVI del Titulo IX; con el artículo único de la sección 2 capítulo 1 del Titulo XI y con el Art. 2 de la sección 3 capítulo 1 del Titulo XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

La Sra. Sandra Asbun de Zalaquet manifiesta que Fortaleza F.F.P. incumplió con Art.4 párrafo 3 de la sección 2 del Capítulo XVI del Titulo IX; el artículo único de la sección 2 capítulo 1 del Titulo XI y con el Art. 2 de la sección 2 (cuando en realidad es la sección 3) capítulo 1 del Titulo XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no respeto las condiciones ofertadas sobre el seguro de desgravamen misma que se encontraba formalizada en un contrato de crédito y que por esa razón se habría incumplido con la normativa de la ASFI.

Al respecto, cabe señalar que Fortaleza F.F.P. S.A. proporciono (sic) a la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett toda la información relativa al crédito solicitado, vale decir, cargos financieros, cuota a pagar, costo de todos los servicios adicionales, costo del seguro de desgravamen, de manera veraz, exacta, precisa, integra y clara, los cuales fueron de pleno conocimiento de la cliente y aceptadas por esta última, en las condiciones pactadas al momento de la otorgación del crédito.

Estas condiciones ofertadas fueron respetadas y plasmadas en el contrato de préstamo contenido en la Escritura Publica (sic) No.300/2009 de fecha 31 de Maria Cristina Ibañez Brown, cuya copia adjuntamos.

7.2.3 Supuesto incumplimiento del Art.1 numeral 18.2 de la sección 1 del Capítulo I Titulo V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

La reclamante manifiesta que Fortaleza F.F.P. S.A. habría incumplido con lo establecido en el Art.1 numeral 18.2 de la sección 1 del Capítulo I Titulo V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Fortaleza F.F.P. S.A. requirió la autorización de la cliente para efectuar el reporte de los datos de su préstamo a la entidad aseguradora a fin de que esta cuente con toda la información necesaria para la emisión del certificado de cobertura individual, mismo que fue emitido por la Compañía Aseguradora La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., conforme se evidencia del Certificado de Cobertura N°.A0098213 01795 de fecha 20 de enero de 2010.

7.2.4.Supuesta vulneración del Art.1 de la Sección 7 del Capítulo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

La reclamante manifiesta que Fortaleza F.F.P. S.A. habría vulnerado lo establecido en el Art.1 de la Sección 7 del Capítulo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a la modificación unilateral y arbitraria de lo pactado en la cláusula 21 del contrato de crédito.

Al respecto, debemos señalar que Fortaleza F.F.P. S.A. al momento de la otorgación del crédito No.10021464, si consideró las garantías adecuadas para dicha operación de crédito, esto con la finalidad de mitigar el riesgo de crédito y proteger el cumplimiento de la obligación derivada del préstamo. Tan es así que, el préstamo otorgado a favor de la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett destinado a compra de vehículo se contempló como garantía hipotecaria el propio vehículo cuya compra fue financiada por nuestra institución, el cual contaba con un seguro de daños que eventualmente permitió que el crédito fuera cancelado por la compañía asegurada ocurrido el siniestro de dicha garantía.

7.3 CONCLUSIÓN.

En mérito a los antecedentes expuestos, la normativa legal señalada y los fundamentos vertidos en la presente respuesta al Recurso Jerárquico interpuesto, se concluye lo siguiente:

- ***a)*** *Que Fortaleza F.F.P. S.A. al momento de la solicitud de crédito por parte de la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, ha informado debidamente a la cliente sobre las condiciones de la operación, tales como cargos financieros, cuota a pagar y costo del seguro de desgravamen.*
- ***b)*** *Que el seguro de desgravamen solicitado y aceptado por la propia cliente al momento de la otorgación del crédito, fue tramitado y aceptado por la Compañía Aseguradora de acuerdo al Formulario de Solicitud de Seguros suscrito por la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett.*
- ***c)*** *Que Fortaleza F.F.P. S.A. no se ha visto beneficiada de ninguna forma, como consecuencia del siniestro de la garantía, sino por el contrario, la única beneficiada fue la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett.*
- ***d)*** *Que Fortaleza F.F.P. S.A. ha realizado todas las gestiones necesarias para la recuperación del crédito como consecuencia del siniestro del vehículo*

constituido en garantía hipotecaria del préstamo.

e) *Que la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett no puede pretender beneficiarse sin justa causa, cuando no se ha visto perjudicada ni ha sufrido daño patrimonial alguno, ya que el crédito fue pagado en su totalidad por la Compañía Aseguradora una vez ocurrido el siniestro de la garantía.*

8. PETITORIO.

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que desvirtúan el Recurso Jerárquico presentado por la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett y, siendo evidente, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI ha hecho una correcta valoración de los aspectos tanto técnicos como legales al momento de emitir la Resolución ASFI Nro.380/2013 del 24 de junio de 2013 y confirmada mediante Resolución Nro.513/2013 de fecha 21 de agosto de 2013, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46, 47 y 48 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito, ***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Nro.513/2013 de fecha 21 de agosto de 2013 dicho acto administrativo…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** presenta denuncia ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero referente a que el Banco Fortaleza S.A. (antes Fortaleza FFP S.A.), le habría negado la cobertura del Seguro de Desgravamen o de vida por el fallecimiento de su esposo (Sr. Juan Antonio Zalaquett) ocasionado por un accidente de tránsito. Por su parte la entidad financiera aduciría que el señor Juan Antonio Zalaquett no habría llenado la solicitud de desgravamen hipotecario de la compañía aseguradora La Vitalicia, por lo tanto no se encontraría cubierto por el referido seguro.

Mediante nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronuncia en cuanto al reclamo citado determinando que: "… *su difunto esposo no contaba con la cobertura del seguro de Desgravamen Hipotecario de acuerdo a lo solicitado y aceptado por usted en el formulario de Solicitud de Seguro de Desgravamen Hipotecario y la emisión del certificado de cobertura de la Compañía de Seguros y Reaseguros de Vida La Vitalicia S.A…"*

En fecha 23 de septiembre de 2012, la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT** presentó Recurso de Revocatoria contra la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2012 de 26 de octubre de 2012, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT** contra la carta ASFI/DDC/R-110899/2012 de fecha 5 de septiembre de 2012.

Mediante memorial presentado el 16 de noviembre de 2012, la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2012 de 26 de octubre de 2012.

Este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 14 de febrero de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 07/2013, mismo que resolvió el Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2012 de 26 de octubre de 2012 determinando la anulación hasta la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, inclusive.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emergente de la determinación de anulación señalada *ut supra*, emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio de 2013, rechaza la solicitud efectuada por la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT** a través del memorial presentado en fecha 19 de marzo de 2012, referente a su reclamo contra el Banco Fortaleza S.A.

Por memorial presentado el 23 de julio de 2013, la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, determinando la confirmación de la precitada Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013.

En fecha 11 de septiembre de 2013, la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT** interpone Recurso Jerárquico, mismo que se pasa a resolver, considerando los argumentos presentados en dicha impugnación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto al derecho a la petición respecto a las deficiencias en la prestación de servicios financieros denunciadas.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, la Sra. **SANDRA ASBÚN DE ZALAQUETT,** denunció al Banco Fortaleza S.A., por incumplimiento de las siguientes normas:

1. Título XI, Capítulo I, Sección 4, Artículo 5, numeral 8, *"La respuesta cursada por la entidad supervisada al cliente o usuario, debe incluir la leyenda: "Si el cliente o usuario está en desacuerdo con la respuesta emitida…"*
2. Título XI, Capítulo I, Sección 2 (Derechos del cliente), Artículo único, numeral 2.2., *"El*

cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la entidad supervisada en los términos establecidos en los contratos suscritos, los cuales deben respetar las condiciones generales…"

3. Título XI, Capítulo I, Sección 3, Artículo 2, *"La entidad supervisada debe observar al menos las siguientes prácticas en su relacionamiento con sus clientes y sus usuarios: Proporcionar el producto y/o servicio en las condiciones publicitas. informadas, ofrecidas o pactadas con el cliente…"*
4. Título XI, Capítulo 1, Sección 6, Art. 1, *"El gerente general o instancia equivalente de la entidad supervisada es responsable del cumplimiento y difusión interna y externa del presente reglamento"*.
5. Título XI, Sección 6, Art. 2, *"El incumplimiento o inobservancia al presente reglamento dará lugar a la aplicación del reglamento de sanciones administrativas contenidas en la RNBEF"*
6. Título XI, Capítulo I, Sección 1, Art. 3, *"Reclamo es la petición de reparación presentada por el cliente o el usuario en formar verbal o escrita por causa de un desacuerdo, perjuicio, daño o agravio con respecto a un producto y/o servicio recibido por la entidad supervisada"*.
7. Título IX, capítulo XVI, Sección 2, Art. 4, párrafo 3, *"Las entidades supervisadas deben facilitar a los clientes por escrito, al momento de cotizar un crédito, información que exprese con claridad todas las condiciones de la operación tales como cargos financieros, cuota a pagar, costo de todos los servicios adicionales, costo del seguro de desgravamen, comisiones a aplicar y cuantos antecedentes sean necesarios para que el cliente pueda comprobar el costo efectivo de la operación…"*.
8. Título V, Capítulo I, Sección 1, Art. 1, núm. 18.2, *"Las EIF deben requerir la autorización de sus clientes para efectuar: El reporte de los datos de su préstamo a la entidad aseguradora a fin de que ésta cuente con toda la información necesaria para la emisión de los certificados de cobertura individual, cuando se requiera de una póliza de seguro de desgravamen hipotecario"*.
9. Título V, Capítulo I, Sección 7, Art. 1, *"Las garantías como la fuente alternativa de repago de las obligaciones del prestatario en una EIF. La cobertura debe estar en función a las políticas establecidas, el importe de los créditos y el análisis del riesgo del prestatario. La garantía puede referirse a una garantía real, garantía personal y/o garantía por tecnología de otorgación de préstamos que una EIF tiene desarrollada, para mitigar el riesgo de crédito y proteger el cumplimiento de obligaciones derivadas de un préstamo."*

Por su parte la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en sus Resoluciones Administrativas ASFI Nº 380/2013 de 24 de junio de 2013 y ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, se pronuncia expresando lo siguiente:

> *"De acuerdo al análisis para la otorgación del crédito, se volvió a realizar la revisión del Manual de Procedimientos de Créditos Corporativos, que establece en su punto 7, inciso 7.1. numeral 2 y 3 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, explica y detalla los requisitos para solicitar el crédito, plazos, etapas para la tramitación del crédito corporativo e informa los requisitos necesarios para iniciar su solicitud de acuerdo al anexo 2, en el cual figura el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario firmado, el mismo que es entregado al cliente (persona*

natural o jurídica) para su llenado y a sus garantes si corresponde; en el numeral 4 se establece que, el cliente (persona natural o jurídica) devuelve los formularios llenados y entrega documentación de respaldo, por último, en el numeral 5 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, revisa que la documentación presentada se encuentre acorde a la información consignada en el formulario de solicitud de créditos (persona natural o jurídica) y en la declaración jurada de bienes e ingresos y que todos los formularios estén correctamente llenados y firmados, procedimiento que se cumplió en la operación de crédito otorgado a la señora Sandra Grisel Asbún Zalaquett…"

Conforme se evidencia del pronunciamiento de la Autoridad Reguladora, éste se centra en el Manual de Procedimientos de Créditos Corporativos, punto 7, inciso 7.1. numerales 2 y 3, y no así sobre todos los incumplimientos denunciados, ello conforme establece el procedimiento administrativo, denotando un incumplimiento al principio de fundamentación y motivación y esencialmente al de petición.

Por lo tanto, a manera de ilustración, corresponde traer a colación lo desarrollado sobre el derecho a la petición, que se encuentra establecido en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, que proclama: "*Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario*".

Asimismo, en materia administrativa, el artículo 16 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, dispone "***(Derechos de las Personas).*** *En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos:* ***a)*** *A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente. (…)*".

En ese contexto, es que la Constitución Política del Estado determina que, el derecho a la petición puede ser ejercido de manera oral o escrita, sin la exigencia de formalidades en la petición, pues sólo se requiere la identificación del peticionario. En cuanto a su contenido esencial, la Constitución hace referencia a una respuesta formal y pronta, entendiéndose que ésta, entonces debe ser escrita, dando una respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, dentro de plazos previstos en las normas aplicables o, a falta de éstas, en términos breves razonables.

Siguiendo el precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2013 de fecha 12 de septiembre de 2013, se tiene que el contenido esencial del derecho a la petición establecido en la Constitución Política del Estado, es entendido como la facultad o potestad que tiene toda persona para dirigirse, individual o colectivamente ante las autoridades o servidores públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta respuesta, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho.

En consecuencia, el ejercicio del derecho supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener respuesta, lo que significa que el Estado está obligado a resolver la petición. Sin embargo, el sentido de

la decisión o respuesta dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o en su caso, negativa.

Entonces, el *Derecho a la Petición* establecida en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado; se estima lesionado, cuando la autoridad a quien se presenta una petición o solicitud, no la atiende o responde parcialmente cual ocurrió en el caso de autos, y por lo tanto se tiene por vulnerado el derecho a la petición, así como lo determinado en el artículo 63 parágrafo II (*Alcance de la Resolución*) de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 y el artículo 17 parágrafo II inciso e) (*Contenido de la Resolución*) del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

En este sentido, se concluye que la Autoridad Fiscalizadora no ha respondido todos y cada uno de las denuncias presentadas, transgrediéndose el derecho de petición de la Sra. **Sandra Asbún de Zalaquett,** toda vez que, se evidencia que existe una omisión en la respuesta dada por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme los antecedentes que cursan en el expediente administrativo remitido al efecto.

En base a lo desarrollado, debe dejarse en claro que los pronunciamientos emitidos por el Ente de Supervisión deben ser pertinentes y responder a cada uno de los aspectos peticionados, proporcionando certeza respecto a la decisión asumida, debiendo concurrir además la existencia de motivación, con suficiencia y racionalidad jurídica, por lo que al brindar respuesta parcial e incompleta, no se ha garantizado un verdadero derecho a la petición, al debido proceso y a una justicia administrativa oportuna, pronta y sin dilaciones.

Al respecto, y con el propósito de robustecer la posición de esta instancia jerárquica, corresponde referirse a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 076/2012 de 20 de diciembre de 2012, que en cuanto al derecho a la petición ha desarrollado lo siguiente:

> *"Sin embargo y así expresado en la Resolución Administrativa (…) sus fundamentos resultan insuficientes y su determinación… confusa, extremo sobre el que no existe mención alguna en la Resolución Administrativa (…), entonces, dejándolo irresoluto por una parte, como determinando por la otra, que los considerandos y fundamentos de los que se compone la misma resolución, corresponderían únicamente al fondo del Recurso de Revocatoria (…), y no así a la de la nota (…), presentada en fecha 12 de junio de 2012, lo que en definitiva genera confusión, por cuanto, recuérdese que el fundamento insuficiente sugiere ser común para las dos pretensiones, entonces determina oscuridad sobre su fundamento en general.*
>
> *Tal extremo importa infracción a lo determinado por los artículos 24°, de la Constitución Política del Estado (derecho a la petición y a la obtención de respuesta), 63° (Alcance de la Resolución), parágrafo II (La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,…), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 -de Procedimiento Administrativo-, y 17° parágrafo II (La Resolución Administrativa debe contener…), inciso 'e' (La decisión clara y expresa…) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

En el Derecho constitucional comparado -como en el de la sentencia al caso Exp. N° 3741-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional de la República) se tiene un razonamiento útil para comprender los alcances de la infracción…"

Que, no debe olvidarse la imperativa observancia que todo acto administrativo debe encontrarse debidamente motivado y fundamentado, al constituir elementos esenciales en su emisión, así tenemos ya sentado el precedente, mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, quien contundentemente ha expresado lo siguiente:

"…Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su ***motivación o fundamentación*** *que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos,* ***debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.***

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes ***respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "***

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"

De la exposición que antecede, se arriba a la conclusión de que en los pronunciamientos de la Autoridad de Supervisión dados en el presente caso, se ha transgredido la Constitución Política del Estado y la normativa administrativa vigente, al no haberse pronunciado sobre cada una de las normas denunciadas, y ello hace a la determinación que sale en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo en consecuencia la Autoridad inferior pronunciar y fundamentar su decisión, sobre todos los incumplimientos denunciados.

2.2. Cláusula Vigésima Primera del Contrato de Préstamo con garantía hipotecaria,

Testimonio Nº 33/2009 de fecha 31 de diciembre de 2009.-

La recurrente refiere que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debió haberse pronunciado sobre el Contrato de Préstamo con garantía hipotecaria, Testimonio Nº 33/2009 de fecha 31 de diciembre de 2009, específicamente en cuanto a la Cláusula Vigésima Primera, que claramente estipula que, tanto la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett así como Juan Antonio Zalaquett, se encontraban coberturados por el Seguro de Desgravamen o vida, de la Entidad Aseguradora.

Asimismo, precisa la recurrente que, en ningún caso ésta habría solicitado al Ente Regulador que haga alguna interpretación de la señalada cláusula.

Que, dicha Cláusula Vigésima Primera, correspondiente al Testimonio de Escritura Pública Nº 300/2009 (31 de Diciembre de 2009), a la letra señala:

> " ***LOS DEUDORES*** *aceptan expresamente y así se conviene entre partes que* "***FORTALEZA F.F.P. S.A.*** " *incluye a* ***LOS DEUDORES****, en una póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que será emitida mediante un Certificado Individual de Seguro , dentro del seguro global que* "***FORTALEZA F.F.P. S.A.,*** *ha contratado con* ***LA VITALICIA****,* ***Seguros y Reaseguros de Vida S.A.,*** *y que estará vigente por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores del préstamo por un monto equivalente al capital e intereses adeudados.--- El costo de la inclusión de* ***LOS DEUDORES*** *en dicho seguro deberá ser cubierto y pagado en su integridad por éste.---****LOS DEUDORES*** *aceptan los términos y condiciones generales y especiales, incluidas las causales de exclusiones del contrato de seguro, que por su cuenta y cargo contrata* "***FORTALEZA FFP .S.A. …"***

Por su parte la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa Nº ASFI Nº 513/2013 de 21 de agosto de 2013, emite el siguiente pronunciamiento:

> "*…Precisamente una de las razones legales por las cuales se ha rechazado la solicitud de la recurrente es que el artículo 519 del Código Civil establece que el "contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, además se aclara que en la vía administrativa no se puede realizar una interpretación de las cláusulas de los contratos, siendo la vía jurisdiccional la facultada para realizar la interpretación* ***como dirimir los casos de cumplimiento o incumplimiento de los contratos suscritos entre las partes aspect****o que escapa del ámbito de competencias que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero", así se desprende del análisis efectuado en la página 6 de la Resolución ASFI N° 380/2013*.

En este entendido, y si bien estamos de acuerdo que, en ningún momento la recurrente solicitó una interpretación del contrato, la misma sí haría referencia a que el Banco Fortaleza S.A. habría incumplido el Contrato de Préstamo, hecho que, conforme lo ha manifestado la Autoridad Fiscalizadora, previamente debe ser determinado por Autoridad jurisdiccional, al existir hechos controvertidos.

Sin embargo de ello y conforme manda la norma, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sí tiene competencia para vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera**,** por lo tanto, sí debió haberse pronunciado sobre los posibles incumplimientos denunciados por la hoy recurrente Sra. Asbún, y determinar puntualmente sobre cada uno de ellos, expresando motivadamente si existió o no incumplimiento a la normativa bancaria, en cuanto al servicio prestado por el Banco Fortaleza. S.A. dentro del crédito otorgado.

La Autoridad Fiscalizadora, no debe olvidar que conforme la Ley Nº 3076, de 20 de junio de 2005, artículo 1-IV cuenta que la suficiente competencia, para dilucidar lo señalado en el párrafo precedente, cual se puede apreciar de la transcripción que se realiza a continuación:

> "…*La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales,* ***controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros"***
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte la Ley 1488 de 14 de abril de 1993 en sus artículos 153 y 154 establecen que:

> " *La Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, En cuanto a las atribuciones están* ***vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera,*** *normar el control interno y externo de toda intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo , exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y demanda*…"
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, en este sentido y en el marco de su competencia, conforme se observó la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera deberá pronunciarse sobre todos y cada uno de los incumplimientos denunciados, en el marco del cumplimiento al derecho a la petición y al debido proceso.

2.3. En cuanto a la cobertura del Seguro de Desgravamen.-

Adicionalmente, la recurrente refiere que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se habría pronunciado sobre los graves daños causados por Banco Fortaleza S.A. a la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett, en razón a que, una vez producido el siniestro, la misma se vio obligada a pagar las cuotas del préstamo pese a que, conforme determina la Cláusula Vigésima del Contrato de Préstamo con garantía hipotecaria, el Sr. Juan Antonio Zalaquett una vez fallecido, estaba coberturado por el Seguro de Desgravamen. Por lo que solicita la recurrente que se ordene la reparación del daño y se cumpla con el pago del Seguro de Desgravamen que asciende a la suma de Bs98.865,28 (Noventa y ocho mil ochocientos sesenta y cinco 28/100 Bolivianos).

Al respecto, importa aclarar a la recurrente que ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ni este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas tienen competencia para

establecer daños y perjuicios civiles, o que en su caso se cumpla con el pago de Bs98.856,28 (Noventa y ocho mil ochocientos sesenta y cinco 28/100 Bolivianos), por lo que la recurrente deberá acudir a la autoridad llamada por ley para satisfacer su pretensión.

2.4. Inobservancia al principio de verdad material.-

Finalmente, la recurrente, señala que la ASFI se habría apartado del principio de verdad material, al no haber considerado en el presente caso, el Testimonio de la Escritura Pública Nº 300/2009 del 31 de Diciembre de 2009, correspondiente al Contrato de Préstamo con Garantía Hipotecaria (Cláusula Vigésima Primera).

Efectivamente, es deber del Ente Regulador la búsqueda de la verdad material, sin embargo de ello, la recurrente no debe olvidar que la búsqueda de la verdad material, por parte de la Entidad Reguladora, debe estar estrictamente enmarcada en la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Es así que de ninguna manera, bajo el principio de verdad material, el Órgano Regulador está facultado para pronunciarse sobre cuestiones que exceden su competencia, mucho menos de aquellas que no corresponden ser probadas o esclarecidas en la vía administrativa.

En consecuencia, el no pronunciamiento sobre estos aspectos controvertidos, no puede entenderse como una vulneración al principio de eficacia y verdad material, más aún cuando el Ente Regulador, en resguardo de los citados principios, ha determinado que existen cuestiones contradictorias que previamente deben ser investigadas en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, en virtud y sujeción al principio de separación de órganos, conforme se encuentra establecido en el artículo 12 de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo de ello, y como se analizó precedentemente en el numeral 2.1, sí existe una vulneración al principio de fundamentación y motivación al haberse omitido el pronunciamiento de todos y cada uno de los incumplimientos denunciados por Sandra Asbún de Zalaquett.

Por lo que, el Ente Regulador, en búsqueda de la verdad material, deberá pronunciarse y motivar su decisión en cuanto a si existió o no incumplimiento a las normas denunciadas, a objeto de tener una convicción en cuanto a que el regulado cumplió con las disposiciones legales relativas al mercado financiero.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación, fundamentación y verdad material y derecho a la petición, conforme se expuso en el Considerando anterior, aspectos que necesariamente deben ser considerados a momento que la Administración adopte una nueva decisión.

Que, en el presente caso, al haberse violado los principios de motivación fundamentación, verdad material y el derecho a la petición, corresponde anular el proceso.

Que, por todo lo anteriormente expresado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con el principio de motivación, fundamentación y verdad material.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículos 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 380/2013 de 24 de Junio de 2013, **inclusive**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El no pronunciamiento administrativo sobre los puntos que no corresponden a su competencia, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados, en la jurisdicción llamada por ley para el caso en controversia.

Regístrese, notifíquese y archívese

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 DE 21 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 002/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI Nº 002/2014

La Paz, 17 de enero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 089/2013 de 28 de noviembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 192/2013 de 2 de diciembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de septiembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, legalmente representada por su Gerente de Inversiones Sr. José Antonio Gil Sensano, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza

Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/7799/2013, con fecha de recepción 16 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 19 de septiembre de 2013, notificado en fecha 19 de septiembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de fecha 21 de agosto de 2013.

Que, en fecha 25 de septiembre de 2013, a horas 10:30, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2013 DE 01 DE ABRIL DE 2013.-

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 01 de abril de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2013, misma que determinó, en su parte resolutiva, lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 827-2012 de 25 de octubre de 2012, **inclusive** debiendo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica…"*

Los argumentos expuestos en la citada resolución son los siguientes:

> **"…***Previo al análisis, y conforme sale de los actuados, el presente control de legalidad que realizará esta instancia jerárquica, sólo se circunscribirá a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.*
>
> ***2.1. Antecedentes normativos.-***
>
> *A efectos de determinar el cumplimiento o no de la obligación dada en el artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, corresponde revisar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:*

- *El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 6 de abril de 2009, señala:*

  "***Capital Necesario:*** *Es el monto requerido para el financiamiento de las pensiones de Invalidez o Muerte del Afiliado o Derechohabientes, según corresponda, calculado de acuerdo a las* ***fórmulas y fechas de cálculo establecidas en el Capítulo II de la Resolución Administrativa SPVS Nº 883 (RA 883), de 21 de agosto de 2006.***

  Recargo RC/RP: *Es el veinte por ciento (20%) del Capital Necesario que debe ser pagado por el o los empleadores,* ***aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la RA 883…"***
  (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- *El Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006, establece:*

  "***DÉCIMO CUARTO. (CÁLCULO DEL CAPITAL NECESARIO A SER PAGADO POR EL EMPLEADOR).-*** *Las fórmulas de cálculo a ser empleadas por las AFP para determinar el monto del Capital Necesario a ser pagado por el Empleador, son las que a continuación se describen:*
  (…)

  Tc_{ufv} : *Tipo de cambio de Bolivianos por* ***UFV, vigente a la fecha de cálculo del Recargo****…"*
  (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica

2.2. Del cumplimiento de la obligación.-

En cuanto a los requisitos para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011 de 30 de marzo de 2011, emitida por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se determinó lo siguiente:

"…Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento" (Negrillas y subrayado son nuestros)*

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la

interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento ya sea de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo.(…)

Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

> ***"OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*

De la revisión del expediente administrativo se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 827-2012 de 25 de octubre de 2012, señaló que:

"…Considerando el cuarto requisito de procedencia se evidenció que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012 en la disposición QUINTA instruye (obligación) que la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, efectúe el recálculo correspondiente y la devolución de saldos adeudados al Empleador con recursos propios en los casos con ***NUA 2798529*** *y* ***34148668*** *correspondientes al* ***Cargo Nº 1****, así como reponer con recursos propios los saldos adeudados así como la rentabilidad perdida a los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908*** *correspondientes al* ***Cargo Nº 2****.*

Con relación al ***Cargo Nº 1****, habiéndose considerado los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se concluye que la Administradora* ***cumplió con lo instruido*** *en el artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012* ***para los dos (2) casos imputados.***

Por otro lado, considerando los argumentos presentados por la Administradora con relación al ***Cargo Nº 2****, de acuerdo al análisis de evaluación correspondiente, se concluye que en el caso de los* ***NUA 33539674*** *y* ***34658853*** *corresponde levantar la obligación de Futuro de Bolivia S.A. AFP a cumplir con la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012. Sin embargo, en el caso de los* ***NUA 2737769****(sic) y* ***26816908,*** *la AFP no cumplió con la obligación establecida en la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, lo cual determina la procedencia del Recurso de Revocatoria.*

Conforme a lo expuesto se concluye que la Entidad Reguladora no puede abrir competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia…"
(El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, a efectos de verificar si Futuro de Bolivia S.A. AFP, dio cumplimiento a la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, revisemos las acciones que debió seguir:

a) *Efectuar el recálculo del Recargo, considerando el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma.*

b) *Devolver al empleador con recursos propios y reponer los saldos adeudados, así como la rentabilidad perdida.*

c) *Cumplir las instrucciones establecidas en los parágrafos **I** y **II**, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos y remitir un informe documentado, en el plazo de un (1) día hábil administrativo.*

Para dicho efecto, se debe revisar caso por caso, así tenemos:

2.2.1. NUA 27377969 – Víctor Hugo Morales Morales.-

El cálculo del Recargo realizado en fecha 11 de noviembre de 2009, consideró el tipo de cambio de UFV del 10 de noviembre de 2009 (1.53622), sin embargo el tipo de cambio de UFV al 11 de noviembre de 2009 es de 1.53625.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en los descargos presentados en todo el proceso, argumenta lo siguiente:

> *"…**Se calculó efectivamente en fecha 10/11/2009**, que si **bien se notifico** (sic) **al empleador con fecha 11**, este último aspecto realizado con el fin de realizar (sic) la notificación al empleador…"*
>
> *"…el cálculo fue realizado al 10/11/2009, por lo que consideró el tipo de cambio de la UFV de dicha fecha…**considerando todas las variables a dicha fecha**…"*
>
> *"…El cálculo fue realizado en fecha 10/11/2009, **el pago del Recargo por parte del empleador consideró dicho calculo** (sic), sin embargo, **los documentos de notificación expresan una fecha posterior a la efectivamente calculada**, hecho que en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, ya que el cálculo con fecha reflejada en nuestro sistema, señala la fecha de cálculo efectivo que coincide con el informado y presentado como descargo, es decir se realizo (sic) el uso del valor a dicha fecha y publicado por el BCB (es decir 10/11/2009)…"*
>
> *"…la variación del monto del Capital Necesario proporcionada durante la Fiscalización de mayo de 2010 y la remitida en fecha 26/07/2012, se ocasionó debido a que **el primer cálculo no consideraba todas las variables a fecha 10/11/2009**…"*
> *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Asimismo, mediante nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de julio de 2012, a fojas 612, la recurrente señaló lo siguiente:

> *"… La fecha de cálculo y tipo de cambio de UFV empleados corresponden al 10/11/2009, pero el cálculo considera una fecha del 11/11/2009, por lo que se recalculó el Recargo al 10/11/2009, generando diferencia a devolver al empleador más intereses.*

Recargo calculado al 10/11/2009 (sic)						*Recargo recalculado al 10/11/2009*				
Fecha de la Hoja de Cálculo	***Monto del Recargo UFV***	***T/C UFV***	***Fecha del tipo de cambio***	***Monto del Recargo en Bs***	***Estado del Recargo***	***Fecha de la Hoja de Cálculo***	***Monto del Recargo UFV***	***T/C UFV***	***Fecha del tipo de cambio***	***Monto del Recargo en Bs***
11/11/2009	*2,998.46*	*1.53622*	*10/11/2009*	*4,606.29*	***Pagado***	*10/11/2009*	*2,997.72*	*1.53622*	*10/11/2009*	*4,605.16*

…"

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, argumenta que Futuro de Bolivia S.A. AFP emitió la Hoja de Cálculo del Capital Necesario y realizó el cálculo de la reserva el 11 de noviembre de 2009, considerando el tipo de cambio de UFV de 1.53622 del 10 de noviembre de 2009.

De igual manera, mediante Informe Técnico Legal DFP/DJ/TL/040-2012 de 15 de octubre de 2012 la Entidad Reguladora señala que:

> *"…en base a la documentación* ***proporcionada por la AFP, a menos que los controles del sistema de la Administradora sean vulnerables para modificar las Fechas de Cálculo y de Emisión****, mismas que son generadas automáticamente por el sistema al momento de calcular y emitir el Recargo* ***se entiende que el cálculo y la emisión*** *(impresión) fueron realizados por la AFP el 11 de noviembre de 2009, lo que implica que el tipo de cambio de la UFV* ***debió ser de la misma fecha 11*** *de noviembre de 2009.*
>
> *En ese sentido, la explicación que realiza la AFP… carece de valor y confirma lo antes señalado, ya que la Hoja de Cálculo del Capital Necesario proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP durante la Fiscalización (mayo de 2010), como se señaló anteriormente reporta otra información…"*
> *(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Administrativa)*

De lo transcrito se tiene que la Autoridad de Fiscalización ha emitido un acto administrativo sin que el mismo contemple la debida fundamentación, o haya agotado la búsqueda de la verdad material, al basar su determinación en una hipótesis que la misma se formula, por lo que tanto para el ***parágrafo I,*** *como para el* ***parágrafo II*** *de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, debe contar con la certeza de la existencia o no de incumplimiento y a partir de ello formar una firme y serena convicción de los hechos en los que va a basar su determinación.*

2.2.2. NUA 26816908 - Alfonso Néstor Hidalgo Flores.-

El cálculo del Recargo realizado en fecha 12 de enero de 2010 por Futuro de Bolivia S.A. AFP, notificado y pagado por el Empleador, consideró el tipo de cambio de UFV del 10 de enero de 2010 (1.53774).

Debido a que el cálculo fue realizado al 12 de enero de 2010, en cumplimiento a lo señalado en normativa vigente, la recurrente debió utilizar el tipo de cambio de UFV de 1.53776.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo I de la disposición quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, remitió el recálculo del Recargo al 12 de enero de 2010, considerando el tipo de cambio de UFV vigente a dicha fecha.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se limita a señalar que: "…para los casos con ***NUA … 26816908****, la AFP no cumplió con la obligación establecida en la disposición Quinta…" y que "…no existe sustento o respaldo suficiente que demuestre el cumplimiento de la señalada obligación para los* ***NUA … 26816908,*** *afectando de esta manera la procedencia del recurso…", sin hacer un análisis respecto al cumplimiento de este punto.*

Sin embargo, tal como se señaló es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP para el NUA 26816908, realizó el recálculo conforme a norma, considerando el tipo de cambio de UFV correcto y vigente a fecha de cálculo.

Por otro lado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó que Futuro de Bolivia realice la devolución al empleador con recursos propios y reponga los saldos adeudados así como la rentabilidad perdida.

Al respecto, el cálculo del Recargo erróneo realizado en fecha 12 de enero de 2010 determinó el Capital Necesario a ser pagado por el Empleador por un monto de 3,211.52312 Unidades de Fomento a la Vivienda, por un monto de Bs. 4,938.49, pagado por el Empleador Silvia Graciela Calderón Herbas.

Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de julio de 2012, comunicó que realizó el recálculo del Recargo conforme lo señala la norma, estableciendo un monto de Capital Necesario a ser Pagado por el Empleador de 3,210.92382 Unidades de Fomento a la Vivienda.

Debido a que se generó una diferencia, la recurrente realizó la devolución de la misma al Empleador por Bs. 0.86 más intereses a pagar por Bs. 0.30, estableciendo un total de Bs. 1.16, emitiendo la Orden de Pago y el cheque en fecha 25 de julio de 2012.

De lo señalado es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió conforme a norma tanto el recálculo del Recargo y la devolución del saldo pagado en demasía y el

interés al Empleador con recursos propios, cumpliendo con lo dispuesto en el parágrafo I y parágrafo II, de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

2.2.3. Cumplimiento de las instrucciones.-

Finalmente corresponde verificar si Futuro de Bolivia S.A. AFP dio cumplimiento a las instrucciones realizadas por la Entidad Reguladora, en el plazo establecido.

Mediante nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de julio de 2012, recepcionada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la misma fecha, la Administradora de Fondos de Pensiones remitió un informe detallado, adjuntando al mismo las hojas de recálculo y las órdenes de pago de fecha 25 de julio de 2012.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, fue notificada a Futuro de Bolivia S.A. AFP el 18 de julio de 2012 y toda vez que las órdenes de pago a favor de los Empleadores fueron emitidas en fecha 25 de julio de 2012 (dentro del plazo de cinco (5) días hábiles administrativos) y la información documentada fue remitida por la recurrente en fecha 26 de julio de 2012 (un (1) día después), es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP cumplió la obligación establecida en el parágrafo III de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

De todo lo expuesto se concluye que respecto al cumplimiento de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP:

- *Respecto al **NUA 27377969** (Parágrafo I y II) no se tiene el análisis suficiente por parte de la Entidad Reguladora y consecuentemente la debida fundamentación conforme establece el procedimiento administrativo.*
- ***Cumplió** con el parágrafo I y II respecto al **NUA 26816908** y*
- ***Cumplió** con el parágrafo III.*

*Por último y, si bien en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 827-2012 de 25 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló que: "…la AFP no cumplió con la obligación establecida… referente a la **reposición de saldos adeudados así como la rentabilidad perdida a las Cuentas Personales Previsionales** …", es evidente que no corresponde dicho argumento, ya que el Recargo pagado por los empleadores, en ambos casos, fue acreditado en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, y al determinarse un saldo en demasía a favor de los Empleadores, correspondía que el mismo les sea devuelto, considerando un interés por la pérdida de rentabilidad con recursos propios.*

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de

Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuanto al NUA 27377969 no ha demostrado el incumplimiento de la obligación cual hubiera correspondido, en sujeción al principio de verdad material, y consecuentemente ha motivado ni ha fundamentado conforme a derecho, tal cual se evidencia de la fundamentación dada en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, se tiene demostrado el cumplimiento de la obligación respecto al NUA 26816908, tanto del Parágrafo I y II, así como el III de la tantas veces citada Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes dados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

Que, de acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión de los interesados una de ellas, cual ocurrió en el caso de autos…"

2. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió lo siguiente:

*"**…PRIMERO**.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo Nº 1**, con multa en Bolivianos equivalente a $us5.001 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, en los **NUA 2798529** y **34148668.***

***SEGUNDO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo Nº 2**, con multa en Bolivianos equivalente a $us5.001 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, en los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908**.*
***TERCERO.-** Desestimar sanción por el **Cargo Nº 3**.*

***CUARTO.-** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

QUINTO.- I. *La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente:* ***a)*** *En el caso del* ***Cargo Nº 1,*** *deberá considerar en los* ***NUA 2798529*** *y* ***34148668****, el Coeficiente de Distribución conforme indica la normativa.* ***b)*** *En el caso del* ***Cargo Nº 2****, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****.*

II.- *Conforme lo establecido en el parágrafo anterior, la Administradora deberá devolver al empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los* ***NUA 2798529*** *y* ***34148668****, correspondientes al* ***Cargo Nº 1*** *y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****, los cuales corresponden al* ***Cargo Nº 2****.*

III.- *La Administradora deberá cumplir las instrucciones establecidas en los parágrafos* ***I*** *y* ***II****, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa. Asimismo, deberá enviar un informe documentado detallando el recálculo y los saldos devueltos o repuestos, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo…"*

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

"…CARGO N° 1.-

La parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, señala:

> *"**Periodo Considerado**: Es el periodo conformado por el número total de meses considerados para la verificación de requisitos de cobertura, que puede ser:*
>
> *a) 60 meses o si el Afiliado tuviera menos, el número de meses transcurridos entre la Fecha de Inicio o fecha del primer aporte al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y la fecha de invalidez o muerte, aplicable para casos de accidente por Riesgo Común y accidente y enfermedad por Riesgo Profesional.*
> *ó*
> *b) El mayor entre el inciso a) anterior y 36 meses, aplicable para casos de enfermedad por Riesgo Común".*

Conforme el siguiente detalle, se puede observar que el Coeficiente de Distribución de los ***NUA 2798529*** *y* ***34148668*** *registrados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fue calculado conforme indica la normativa, pues efectuó el cálculo de Recargo aplicando treinta y seis meses (36) como* ***"Periodo Considerado"****, procedimiento establecido en la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006 y no sesenta (60) meses,*

o en el caso de que el Afiliado tuviere menos periodos, el número de meses transcurridos, criterio que se encuentra establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, de acuerdo con el siguiente detalle:

COEFICIENTE DE DISTRIBUCIÓN - (Coef. Dist.)									
Origen Prestación	NUA	s/g AP - DF Recálculo			s/g AFP - Cálculo			DIF	Descargos AFP / Estado Observación
		N° meses MORA (Numerador)	N° meses Transcurridos (Denominador)	Coef. Dist.	Periodos en Mora @	Periodo Considerado @	Coef. Dist. *		
RP enfermedad	2798529	2	60	0,03333	2	36	0,06	0,02222	❶ Se mantiene
RP enfermedad	34148668	4	53	0,07547	4	36	0,11	0,03564	❶ Se mantiene

* *Información extraída del Cálculo Capital Necesario elaborado por la AFP.*
@ *Información proporcionada por la AFP – Jefe de Recargos y Conciliaciones.*
❶ *Con nota: FUT.AP.BEN 1223/2010, remite descargos referentes a la observación.*

Con nota FUT.APS.CR.0820/2012 de 17 de abril de 2012, presenta descargos a la Nota de Cargos, a través de la cual señala:

"(…)
Recargo RC/RP: Es el veinte por ciento/ (sic) 20%) del Capital Necesario que debe ser pagado por el o los empleadores, aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la R.A. 883".
De lo referido anteriormente se puede evidenciar que, Futuro de Bolivia S.A. AFP, en su nota de descargo hace referencia al concepto de ***"Recargos"*** *establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009. Sin embargo, es importante mencionar que si bien se imputó el* ***Cargo N° 1*** *por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, específicamente se imputa por el cálculo del* ***"Periodo Considerado"****, el cual establece que:*

*"****Período Considerado****: Es el periodo conformado por el número total de meses considerados para la verificación de requisitos de cobertura, que puede ser:*

a) 60 meses o si el Afiliado tuviera menos, el número de meses transcurridos entre la fecha de Inicio o fecha del primer aporte al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y la fecha de invalidez o muerte, aplicable para casos de accidente por Riesgo Común y accidente y enfermedad por Riesgo Profesional.
ó

b) El mayor entre el inciso a) anterior y 36 meses, aplicable para casos de enfermedad por Riesgo Común.

Asimismo, la AFP señala:

"Previamente cabe mencionar que los NUA/CUA objeto de observación, corresponden a solicitudes de Pensión por Muerte que se encuentran en curso de pago, toda vez que aplican a Recargos con Cobertura que incumben al inciso a) del artículo 33 de la Ley 1732 de Pensiones (SSO), para este tipo de solicitudes que contienen aportes en mora dentro del "Periodo Considerado", la cita normativa

anterior claramente señala que para efectos de cálculo, debe darse cumplimiento al procedimiento establecido en la Resolución Administrativa 883,…"

*Al respecto, cabe aclarar que el Origen de la Prestación en los **NUA 2798529** y **34148668** se refiere a Enfermedad por Riesgo Profesional y no tal como afirma la Administradora que corresponderían a solicitudes de Pensión por Muerte y que se encontrarían en curso de pago.*

Por tanto, mediante Auto de 27 de abril de 2012 notificado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, el 03 de mayo de 2012, habiendo evaluado los descargos referidos anteriormente, con el objeto de contar con pruebas íntegras y válidas a fin de formar un criterio uniforme, en razón del principio de verdad material y a fin de garantizar el pleno ejercicio de defensa, conforme lo establecido en el parágrafo II del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Entidad Reguladora determina la apertura de término de prueba de diez (10) hábiles administrativos conforme prevé el artículo 62 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2003, de Procedimiento Administrativo, con el objeto de que Futuro de Bolivia S.A. AFP, presente documentación referente a lo siguiente:

- *"Considerando que la AFP en su nota FUT.APS.CR 820/2012 de 17 de abril de 2012, argumenta la aplicación de la Resolución Administrativa N° 883 de 21 de agosto de 2006, que establece el "Procedimiento de Trámites sin cobertura en Riesgo Común por Mora del Empleador", la AFP deberá remitir la documentación que respalde que los **NUA 2798529** y **34148668**, fueron calificados con dictámenes de Origen Común, considerando que en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cursa el expediente de Origen Profesional, y por tanto, no se encontraría dentro del marco de lo establecido en la Resolución Administrativa N° 883 de 21 de agosto de 2006".*

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP en respuesta al Auto de referencia, presenta la nota FUT.APS.CR.1079/2012 de 17 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

Al cargo 1

"… aclaramos que nuestra AFP a través de la nota FUT.APS.CR. 0820/2012 del 17/04/2012 explicó la aplicación de la normativa en el cálculo de Recargo para los casos (sic) los asegurados Adrián Bautista Ortuste con CUA 2798529 y Aida Pedraza Olmos con CUA 34148668, pero no planteó que los mismos correspondan a Riesgo Común.

El Factor de Distribución de acuerdo a la definición del artículo Décimo Cuarto de la R.A. 883/2006, tanto para casos de invalidez como para casos de muerte (nótese que no se especifica el origen del siniestro), corresponde al Factor utilizado para determinar el monto del Capital Necesario que debe ser financiado por el o los empleadores en función al número de periodos en mora.

La Resolución Administrativa SPVS/IP/244/2009 del 06/04/2009, aplicada en el procesamiento de los casos mencionados líneas arriba, no establece fórmulas de cálculo del Capital Necesario o de cálculo del Factor de Distribución de forma particular para los casos de Recargos con cobertura o para los casos de Recargo con Riesgo calificado como de Origen Profesional.

No obstante reiteramos que la R.A. 244/2006 sí señala en su artículo 3° que el Capital Necesario será calculado "aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la R.A. 883 (Resolución Administrativa SPVS/IP/883/2006 del 21/08/2006", lo contrario, es decir, que si no se hubiese cumplido por nuestra parte el cálculo de acuerdo a lo establecido por la R.A. 0883/2006, - que no especifica el origen del caso a tratar-, hubiese implicado incumplimiento de nuestra parte, existiendo incongruencia de procedimientos a cumplir por nuestra parte.

Por lo que nuestra AFP realizó el cálculo del Capital Necesario y por ende del Factor de Distribución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la R.A. 244/2009, es decir ***cumpliendo el procedimiento de la R.A. 883/2006, por tanto considerando también las fórmulas de cálculo del Factor de Distribución establecidas en esta última norma administrativa****, en este entendido corresponde concluir que nuestra AFP no ha incumplido con la normativa establecida para el cálculo de Factor de Distribución,…" (Las negrillas son nuestras).*

Que del análisis y revisión de los argumentos planteados, mediante Auto de 29 de mayo de 2012 notificado el 31 de mayo del mismo año, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, determina nuevamente la apertura del término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, con el objeto de que la Administradora aclare y respalde el uso del concepto de ***Periodo Considerado****, de acuerdo al siguiente punto:*

- *"Habiéndose imputado el* ***Cargo N° 1*** *por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 del 06 de abril de 2009, refiriéndose específicamente al* ***"Periodo Considerado"****, la Administradora deberá aclarar el motivo por el cual en su nota FUT.APS.CR.1079/2012 de 17 de mayo de 2012 señala que: "…el* ***"Capital Necesario"*** *será calculado: "…aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la R.A 883 (Resolución Administrativa SPVS/IP/883/2006 del 21/08/2006)".*

En respuesta a lo dispuesto por Auto de 29 de mayo de 2012, con nota FUT.APS.CR.1194/2012 de 04 de junio de 2012, la Administradora presenta los siguientes argumentos:

> *"… la observación de su Autoridad surge del cálculo del Factor de Distribución, factor que no cuenta con fórmulas particulares establecidas en la Resolución Administrativa SPVS/IP/244/2009 del 06/04/2009, para los casos derivados en recargo con cobertura.*

No obstante, dicha resolución sí menciona en su artículo 3° que el Capital Necesario será calculado aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del Artículo Décimo Cuarto del Capítulo II del Manual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/883/2006 del 21/08/2006.
(…).

*Que habiendo analizado los argumentos presentados por la Administradora se puede evidenciar que, la Administradora no ha efectuado una lectura e interpretación completa de lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, que expresamente señala en la definición de "**Periodo Considerado", que es aplicable para casos de accidente por Riesgo Común y accidente y <u>enfermedad por Riesgo Profesional</u>**.*

*En este sentido, queda claramente establecido en la referida Resolución Administrativa, que el **"Periodo Considerado"** componente denominador del **"Factor de Distribución"**, para los casos de **"Enfermedad por Riesgo Profesional"**, exige a la AFP considerar en la verificación de requisitos de cobertura, que los Asegurados o Derechohabientes, según corresponda, **cuenten con 60 meses o si el Afiliado tuviere menos, el número de meses transcurridos** entre la fecha de Inicio o fecha del primer aporte al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y la fecha de invalidez o muerte.*

Asimismo es necesario mencionar que, la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, establece el Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común debido a la Mora del Empleador y, la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, tiene por objeto establecer el procedimiento para la aplicación de los Recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones y para casos con cobertura.

*Por tanto, el criterio a emplearse para el cálculo del "**Periodo Considerado"**, está establecido en cada Resolución Administrativa, refiriéndose en el Cargo imputado al establecido expresamente mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009.*

*Que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, se evidencia que la Administradora ha incumplido la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, para los casos de los **NUA 2798529** y **NUA 34148668**, por lo que corresponde establecer sanción.*

***<u>CARGO N° 2</u>**.-*

Los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, establecen:

a) "El monto del Capital Necesario debe estar expresado en UFV, por lo cual el monto de los componentes utilizados para su cálculo debe estar expresado en UFV.

b) *Para el cálculo de la Reserva desde Fecha de Cálculo, el Salario Base y los Gastos Funerarios que se expresan en Dólares de los Estados Unidos de América, deben ser convertidos a UFV. Los montos deben primero convertirse a Bolivianos utilizando el tipo de cambio de venta publicado por el Banco Central de Bolivia, a la fecha de cálculo del Capital Necesario y luego convertir el monto de Bolivianos a UFV, utilizando el tipo de cambio de bolivianos por UFV publicado por el Banco Central de Bolivia a fecha de cálculo".*

Se evidenció que la Hoja de Cálculo del Capital Necesario elaborada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, registra un valor para la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) a la fecha de cálculo, sin embargo para los ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****, registra un tipo de cambio diferente, de acuerdo al siguiente detalle:*

Unidad de Fomento de Vivienda - UFV				
NUA	**Fecha Cálculo de la Reserva**	**Valor UFV fecha de cálculo (s/g BCB)**	**s/g AFP ***	**tipo de cambio utilizado x AFP corresponde a (s/g BCB)**
27377969	11-nov-09	1,53625	1,53622	UFV del 10/11/09 (martes)
33539674	12-ene-10	1,53776	1,53774	UFV del 10/01/10 (Domingo)
34658853	12-ene-10	1,53776	1,53774	
26816908	12-ene-10	1,53776	1,53774	

***** *Información extraída del Cálculo Salario Base elaborado por la AFP.*

Con nota FUT.APS.CR.0820/2012 de 17 de abril de 2012, presenta descargos a la Nota de Cargos, a través de la cual señala lo siguiente:

"…en los casos correspondientes a:

N°	NUA	NOMBRE	RESPUESTA
1	27377696	VICTOR HUGO MORALES MORALES	Se calculó efectivamente en fecha 10/11/2009, que si bien se notificó al empleador con fecha 11, este último aspecto realizado con el fin de realizar la notificación al empleador, este hecho en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, en el cálculo se uso el valor a dicha fecha y publicado por el BCB (es decir 10/01/2009).
2	33539674	AUGUSTO GERARDO ARIAS SEVILLA	El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago, debe comprender un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009. El caso aún no fue pagado por el empleador, es decir, no se concretó el uso de un valor de UFV; como respaldo de esta afirmación se remite un último Recálculo, efectuado en fecha 01/02/2010 de acuerdo a norma.
3	34658853	MARCELINO QUISPE ADUVIRI	El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago comprende un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, es decir, se realizó un Recálculo el pago cumplido por el empleador, mismo que sirvió para el pago de la boleta N° 1467192 de 10/02/2010 de acuerdo a normativa legal vigente. (Se adjunta CN mencionado).
4	26816908	ALFONSO NESTOR HIDALGO FLORES	Los tipos de cambio de UFV corresponden a los que nuestro sistema tenia (sic) disponible a fecha de cálculo. Para ellos aclaramos que los valores de las UFV's son publicados por el Banco Central de Bolivia alrededor del día 11 de cada mes.

Los cálculos que comprenden el uso de un valor de UFV diferente al determinado en la normativa citada y, observados por su autoridad, requieren que se comprenda, -dentro del análisis e identificación de la supuesta infracción-, que la aplicación de la

misma se encuentra supeditada a la oportuna publicación por parte del Banco Central de Bolivia de dichos valores (emitida de acuerdo al Decreto Supremo N° 26390 de 08/11/2001 y Resolución de Directorio N° 116 de 20/11/2001, lo contrario significa, -tal como sucede en estos casos-, que debamos dar cumplimiento al procedimiento en los plazos establecidos y, con la información con la que se cuenta en ese momento";
(…).

Sin embargo, habiendo evaluado los descargos correspondientes, con el objeto de contar con pruebas íntegras y válidas a fin de formar un criterio uniforme, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, consideró necesario que la Administradora complemente la documentación presentada en sus descargos, a cuyo objeto determina la apertura de un término de prueba de diez (10) días hábiles a través de Auto de 27 de abril de 2012, notificado el 03 de mayo del mismo año, plazo en el cual la Administradora debía presentar la siguiente documentación.

"(…)

- *Respecto al **NUA 27377696**, la documentación completa referida al cálculo del Capital Necesario realizado el 10 de noviembre de 2009, notificación al Empleador y el motivo por el cual la AFP utilizó el valor tipo de cambio de la UFV de 10/01/2009.*

- *Con relación al **NUA 33539674**, la documentación sobre las gestiones de la AFP y el anuncio del empleador para efectuar el recálculo del recargo, en virtud a lo dispuesto en el inciso i) del artículo 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244/2009 de 06 de abril de 2009.*
- *Respecto al **NUA 34658853**, la documentación completa referida al recálculo que sirvió para el pago del empleador, de acuerdo a la Boleta N° 1467192 de 10 de febrero de 2010.*
- *En cuanto al **NUA 26816908**, la información relativa a la disposición legal que establece la publicación del tipo de cambio de UFV a partir del 11 de cada mes, considerando que del día 1 al 10 no se tendría fluctuaciones cambiarias de acuerdo a lo mencionado por la Administradora".*

Que en respuesta al Auto de Apertura de término probatorio de 27 de abril de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.CR. 1079/2012 de 17 de mayo de 2012, presenta los siguientes descargos:

"Al cargo 2

Víctor Hugo Morales Morales - CUA 27377969

El cálculo fue realizado con el tipo de cambio de fecha 10/11/2009, utilizando el tipo de cambio del 10/11/2009 de 1.53622 Bs/UFV publicado por el Banco Central de Bolivia, como constancia se remite copia del cálculo notificado e impresión de los tipos de cambio de la UFV de la página web del Banco Central de Bolivia.

Reiteramos en este punto, lo expresado en nuestra nota FUT.APS.CR 820/2012, que

la notificación comprende una fecha posterior para efectos de notificación al empleador con el cálculo de Recargo, este hecho no contraria el cumplimiento del inciso b) del Punto Decimo (sic) *Octavo y condice con el Punto Decimo* (sic) *Quinto de la R.A. 883/2006.*

Se aclara que en nuestra nota FUT.APS.CR. 0820/2012 del 17/04/2012, se incurrió en error de redacción en la misma, mencionando una fecha del 10/01/2009 cuando en realidad correspondía el 10/11/2009, en este sentido pedimos las disculpas correspondientes y solicitamos cordialmente pueda desestimar el cargo por este caso.

Augusto Gerardo Arias Sevilla - CUA 33539674

Aclaramos que según el artículo 121 de la R.A. 244/2009, el recálculo puede darse cuando lo requiera la AFP dentro del Proceso Judicial de cobro al empleador.

Por lo que se remite como constancia copia del recálculo de recargo e impresión de los tipos de cambio de la UFV de la página web del Banco Central de Bolivia, a fin de que pueda verificar el uso del tipo de cambio a la misma fecha en ambos documentos.

Marcelino Quispe Aduviri - CUA 34658853

Se remite copia del recálculo de recargo, de la boleta de pago N° 1467192 de pago del empleador y la impresión de los tipos de cambio de la UFV de la página web del Banco Central de Bolivia, a fin de que pueda verificar el uso del tipo de cambio a la misma fecha en ambos documentos.

Alfonso Néstor Hidalgo Flores - CUA 26816908

Aunque la normativa establece el cálculo diario de la Unidad de Fomento a la Vivienda (Resolución de Directorio N° 116/2001), la reglamentación interna sobre la publicación del tipo de cambio de la UFV corresponde al Banco Central de Bolivia, no obstante aclaramos que dicha publicación se realiza de forma anticipada con tipos de cambio hasta el día 10 del mes siguiente, como prueba de ello se remite la publicación a fecha 15/05/2012 del tipo de cambio de la UFV la cual abarca los tipos de cambio hasta el 10/06/2012".

De la evaluación integral del caso, se tiene lo siguiente:

Respecto al NUA 27377969

Que tomando en cuenta los argumentos presentados por la Administradora, asimismo, considerando la documentación de respaldo que se verificó en situ, así como la Hoja de Cálculo del Capital Necesario remitida por la Administradora mediante nota FUT.APS.CR.1079/2012, se pudo evidenciar lo siguiente:

"Fecha de Cálculo de la Reserva 11/11/2009
(…)

Tipo de cambio de boliviano a UFV 1.53622"

Futuro de Bolivia S.A AFP efectuó la Hoja de Cálculo del Capital Necesario el 11 de noviembre de 2009, razón por la que no actualizó el valor de la UFV, situación que se ratifica con el reporte de la página web del Banco Central de Bolivia, mismo que concuerda con fechas y los valores de la UFV, respecto del remitido por la Administradora, tal como se muestra a continuación:

		Valor de la UFV	
Nro.	Fecha	Sg BCB	Sg Futuro
1	10 de Noviembre 2009	1,53622	1,53622
2	11 de Noviembre 2009	1,53625	1,53625

Fuente: *Cotizaciones y Tipos de Cambio, página web del Banco Central de Bolivia, obtenido por la APS y cuadro similar remitido por Futuro de Bolivia S.A. AFP*

Por tanto, se concluye que los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP para el ***NUA 27377969*** *son insuficientes, debiendo mantenerse el Cargo imputado.*

Respecto al NUA 33539674

Que con nota FUT.APS.CR.0820/2012 de 17 de abril de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP afirma:

> *"El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago, debe comprender un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009. El caso aun* (sic) *no fue pagado por el empleador, es decir, no se concretó el uso de un valor de UFV; como respaldo…".*

Asimismo, mediante nota FUT.APS.CR.1079/2012 de 17 de mayo de 2012, la AFP complementa:

> *"Aclaramos que según el artículo 12° de la R.A. 244/2009, el recálculo puede darse cuando lo requiera la AFP dentro del Proceso Judicial de cobro al empleador".*

Que considerando los argumentos presentados, es importante aclarar que el Cargo imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP en este caso, no imputa el hecho por el cual la Administradora haya efectuado actualizaciones de los cálculos, habiéndose imputado más bien el que la Hoja de Cálculo de Capital Necesario (CN) elaborada por Futuro de Bolivia S.A. AFP al 12 de enero de 2010, registra un valor diferente de la UFV, respecto de aquella vigente a la fecha de cálculo, de acuerdo con el siguiente detalle:

Fecha de Cálculo de la Reserva 12/01/2010
UFV según Hoja de Cálculo del Capital Necesario 1.53774

Cotizaciones y Tipos de Cambio según página web del BCB

Nro.	Fecha	Valor de la UFV
1	10 de Enero 2010	1,53774
2	12 de Enero 2010	1,53776

Que de acuerdo a lo expuesto, se puede evidenciar que si bien la Administradora efectuó el recálculo el 12 de enero de 2010, utilizó la UFV vigente de 10 de enero de 2010 y no así de la fecha de cálculo de la Reserva (12/01/2010).

Que por tanto, los descargos presentados por la AFP son insuficientes, debiéndose mantener el Cargo para el ***NUA 33539674****.*

Respecto al NUA 34658853

Mediante nota FUT.APS.CR.0820/2012 de 17 de abril de 2012, la AFP afirma lo siguiente:

> *"**El cálculo data del 12/01/2010**, sin embargo, el mismo para efectos de pago **comprende un Recálculo previo** de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, es decir, **se realizó un Recálculo** (sic) **el pago cumplido por el empleador, mismo que sirvió para el pago de la boleta Nº1467192 de 10/02/2010** de acuerdo a normativa legal vigente (Se adjunta CN mencionado)" (las negrillas son nuestras).*

Asimismo, con nota FUT.APS.CR.1079/2012, la AFP remitió copia de la Boleta de Pago Nº 1467192, correspondiente al Pago del Empleador, a través de la cual se puede verificar por el total de monto que consigna la misma, el valor de la UFV al 10 de enero de 2010.

Que el Cargo imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el NUA de referencia, no observa que la AFP haya efectuado actualizaciones de los cálculos, este Cargo observa que la Hoja de Cálculo, elaborada por Futuro de Bolivia S.A. AFP al 12 de enero de 2010, registra un valor diferente de la UFV, respecto de la que se encontraba vigente a la fecha de cálculo, de acuerdo con el siguiente detalle:

Fecha de Cálculo de la Reserva	*12/01/2010*
UFV sg Hoja de Cálculo del CN	*1.53774*

Cotizaciones y Tipos de Cambio según página web del BCB

Nro.	Fecha	Valor de la UFV
1	10 de Enero 2010	1,53774
2	12 de Enero 2010	1,53776

Que de lo referido anteriormente, se puede evidenciar que la AFP efectuó el cálculo el 12 de enero de 2010, utilizando la UFV vigente el 10 de enero de 2010; en este sentido, los descargos presentados por la AFP son insuficientes, manteniéndose el Cargo para el ***NUA 34658853****.*

Respecto al NUA 26816908

Mediante nota FUT.APS.CR.0820/2012, la AFP señala:

> *"**Los tipos de cambio de UFV corresponden a los que nuestro sistema tenía disponible a fecha de cálculo**. Para ello aclaramos que los valores de las UFV´s son*

publicados por el Banco Central de Bolivia alrededor del día 11 de cada mes" (las negrillas son nuestras).

Asimismo, con nota FUT.APS.CR.1079/2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala:

"Aunque la normativa establece el cálculo diario de la Unidad de Fomento a la Vivienda (Resolución de Directorio N°116/2001), la reglamentación interna sobre la publicación del tipo de cambio de la UFV corresponde al Banco Central de Bolivia, ***no obstante aclaramos que dicha publicación se realiza de forma anticipada con tipos de cambio hasta el día 10 del mes siguiente,*** *como prueba de ello se remite la publicación a fecha 15/05/2012 del tipo de cambio de la UFV la cual abarca los tipos de cambio hasta el 10/06/2012", confirmando de esta manera que el Banco Central de Bolivia ya habría publicado la UFV vigente para el 12 de enero de 2010. (las negrillas son nuestras).*

Que de acuerdo a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se puede evidenciar que la Administradora asume que el Banco Central de Bolivia publica los tipos de cambio de las UFV de forma anticipada hasta el día 10 del mes siguiente. Sin embargo, la Hoja de Cálculo tiene como fecha el 12 de enero de 2010 y Futuro de Bolivia S.A. AFP ***según el tipo de cambio de la UFV que consignaba su sistema****, evidenciándose de esta manera que efectuó el cálculo el 12 de enero de 2010, utilizando la UFV vigente el 10 de enero de 2010.*

Por tanto, los descargos presentados por la Administradora para el ***NUA 26816908****, son insuficientes, por lo que corresponde mantener el Cargo imputado…"*

CARGO N° 3.- Desestimado.

"…CONSIDERANDO:

Que en virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que, Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó los descargos suficientes que desvirtúen todos los Cargos imputados en su contra, se ratifica el incumplimiento de la Administradora a la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 del 06 de abril de 2009 y a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, correspondiente a los Cargos N° 1 y 2.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido la norma referente al incumplimiento del procedimiento establecido referente al cálculo del Coeficiente de Distribución y a la utilización de un valor diferente de la Unidad de Fomento de Vivienda (UFV), en el procedimiento establecido para la aplicación de Recargos establecido en el inciso a) del artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.

Que conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no

resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en los Cargos presentes, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad, refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

a) *Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la parte última del artículo 3, los artículos 4 y 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, los artículos Primero, Tercero y Cuarto y los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006.*

b) *La infracción se encuentra plenamente probada, pues en el* ***Cargo N° 1*** *y en el*

***Cargo N° 2**, se evidenció lo siguiente:*

***Cargo N° 1**, el Coeficiente de Distribución de los **NUA 2798529** y **34148668** registrados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fue calculado conforme indica la normativa.*

***Cargo N° 2**, se evidenció que la Hoja de Cálculo de Capital Necesario elaborada por la Administradora, registra un valor para la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) a la fecha de cálculo, sin embargo para los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908** registra un tipo de cambio diferente.*

***c)** En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, en el caso del **Cargo N° 1** referido al incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 del 06 de abril de 2009, supone que la incorrecta determinación del Periodo Considerado tenga un efecto directo en el importe del Coeficiente de Distribución, el cual afecta el importe determinado como Capital Necesario y luego el Recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional a ser pagado por el Empleador, situación que afectó en dos (2) casos, en cuanto se refiere al pago del beneficio determinado para el Afiliado, pues habiendo considerado un número de meses menor que el establecido por norma, ocasionó que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho cálculo.*

*En cuanto al **Cargo N° 2**, el incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, causó perjuicio al Afiliado, pues la Administradora realizó el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, lo cual ocasionó que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía de haber realizado el cálculo conforme establece la norma.*

*Asimismo, respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, consecuentemente, a efectos de la configuración de la "Gravedad Media", corresponde expresar que, la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP imputada tanto en el **Cargo N° 1** como en el **Cargo N° 2**, se vio expresada con el hecho de que la Administradora de manera negligente, no calculó el Coeficiente de Distribución de los **NUA 2798529** y **34148668**, conforme indica la normativa, pues consideró un número de meses menor que el establecido por norma en el caso del **Cargo N° 1**, y en el caso del **Cargo N° 2** al haber realizado el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908**, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, la infracción de la Administradora ocasionó daño económico a los Afiliados, privándoles de los beneficios y utilidades que por norma les corresponde, por lo que en este caso la Administradora, deberá realizar la reposición con recursos propios.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, …".

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica (sic) *y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

> *"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño".*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media".*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"b) Infracción calificada como gravedad media De cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses"…"

Mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, remite el informe documentado, en cumplimiento a lo establecido en el resuelve Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, informe que es complementado con nota FUT.APS.CR.1593/2012 de 01 de agosto de 2012.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 09 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, señalando lo siguiente:

En cuanto al Cargo Nº 1 correspondiente a los NUA's 2798529 y 34148668 (hoy CUA´s):

"…

- *El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009, establece en su párrafo segundo la definición de* ***Recargo RC/RP, como:*** *"...el veinte por ciento (20%) del Capital Necesario que debe ser pagado por el o los empleadores,* ***aplicando las formulas*** (sic) ***de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la R.A. 883*****".**

- *La Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006 determina en el numeral 1, de su artículo Décimo Cuarto, que el "...1. Capital Necesario para financiar Pensiones por Invalidez a ser pagado por el (los) Empleadores(es), que el procedimiento para establecer el factor del Coeficiente de Distribución (F_1), debe realizarse dividiendo el Nº de meses en mora entre el Periodo Considerado, realizando dos cálculos (F_{11} y F_{12}), para este fin se utilizara* (sic) *un Periodo Considerado de:*

  60 meses o si el afiliado tuviera menos, el numero (sic) *de meses transcurridos entre fecha de inicio o primer aporte al SSO y le fecha de siniestro) para el cálculo de F_{11}*

  36 meses, para el cálculo de F_{12}, aplicable sólo para casos de enfermedad.

Tomándose como factor final F_1 el resultado mayor entre los dos, aspecto que también se muestra en el cuadro de su nota de imputación, al corresponder ambos casos a enfermedad."

- *En Tercer lugar, cabe señalar que los criterios utilizados en el cuadro de comparación realizados por la APS (Pág. 4 R.A. 425), demostraría que repercute en el resultado del monto para efectos de cobro, el uso de "Periodos 'Considerados" diferentes (36 y 60) , que en estos casos, aunque signifique una mínima diferencia numeral y dentro la línea del entendimiento seguida por la APS, implica una aparente infracción de nuestra parte, que muestra la falta, de un razonamiento que involucre el total de*

factores intervinientes en el proceso de cálculo y determinación del monto a cobrar bajo el Concepto de Recargo. En este sentido, además de considerarse el procedimiento y formulas (sic) *establecidas para determinar la Reserva Actuarial para el Recargo, dentro de la concatenación de elementos que son de cumplimiento obligatorio(CN), representado tanto por elementos de orden normativo legal, así como procesos técnicos matemático-actuariales, estos representan un todo, cuyo resultado es precisamente el cálculo del Capital Necesario mencionado, en este sentido cabe explicar que nuestra AFP, fundamenta su posición haciendo referencia al artículo 3 de la R.A. 244/2009 y la Definición de "Recargo RC/RP", ya que dentro de los elementos que encierra, se encuentra como parte constituyente el "Periodo Considerado", por medio del cual se puede establecer el Factor de Distribución así como el Factor de Proporción de Mora (que muestran diferencias en su aplicación si en el Periodo Considerado existiese más de un empleador), por tanto el aparente intento de mostrar ambos elementos, "Recargo RC/RP" - "Periodo Considerado", como aislados y sin vinculo* (sic) *entre sí en la resolución de sanción ahora impugnada, incide directamente en la interpretación global de la norma, ya que impide observar que dicha interpretación sesgada e incompleta de la norma no muestra que la definición del "Periodo Considerado" se encuentra incluida como elemento constituyente de la definición de "Recargo RC/RP", por tanto debe ser determinada por las formulas* (sic) *existentes en la Resolución Administrativa 883/2006, es un error que obviamente repercute en el resultado del razonamiento legal de parte de la APS, que no observa, por un lado que la misma norma nos señala el uso de formulas* (sic) *de cálculo de la R.A. 883/2006 y por el otro nos indica reglas para efectos de tomar un "Periodo Considerado", lo que implica que si la AFP da cumplimiento a las formulas* (sic) *de cálculo de Recargo establecidas en la R.A. 883/2006 incurre en supuesta infracción de la R.A. 244/2009 (tal el caso presente), por otro lado, si la AFP diera cumplimiento al Periodo Considerado de acuerdo a la R.A. 244/2006 significaría el incumplimiento de la R.A. 883/2006, ante esta inusual situación, correspondía que la AFP en cumplimiento de su rol de Buen Padre de Familia, realice la acción que sea más favorable al Fondo de Riesgos involucrada y que administra de acuerdo a normativa, es decir, en cumplimiento de reglamentación normada, calcular el monto mayor destinado al Fondo de Siniestralidad, que significa comprender bajo el concepto de "Periodo Considerado" en el NUA (CUA) 2798529 y en el NUA (CUA) 34148668 treinta y seis (36) meses.*

- *De la respuesta realizada de nuestra parte, mediante nota FUT.APS.CR 1194/2012 de 04 de junio de 2012 y, de acuerdo al tenor de la resolución de sanción, se difiere que la APS no realizo* (sic) *un análisis que comprenda el cumplimiento del parágrafo III del decreto* (sic) *Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, es decir, no se aplicó una valoración de la prueba en su integridad y de acuerdo con el principio de la Sana Critica definida como las "reglas del correcto entendimiento humano", que supone al menos los siguientes elementos para producir un razonamiento aceptable: razones lógicas, científicas, técnicas y de experiencia, para este fin correspondía por parte de la APS que dichas razones sean expresadas y ampliadas en el tenor de la resolución dentro su parte considerativa, acto administrativo que adolece de éste aspecto y que limita su fundamentación a una*

emisión de criterios de orden subjetivo, omitiendo de su parte desarrollar y expresar claramente la motivación de la imposición de una sanción que no puede referirse únicamente a la inexistencia de alegaciones de descargo en el expediente, sino a la apreciación de la realidad de la infracción, de su correcta tipificación y graduación, así como la ausencia de circunstancias atenuantes e incluso eximentes. La necesaria especificación de las circunstancias que individualizan la imposición de las sanciones es requisito ineludible en un procedimiento de este tipo, requisito, cuya necesidad ha de valorarse caso por caso, pero que no puede ser suplido por, la ausencia de alegaciones de descargo como única razón que justifique la imposición de la sanción…"

En cuanto al Cargo N° 2, correspondiente a los NUA's 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908, refiere lo siguiente:

"…NUA(CUA) 27377696(sic)***.- VÍCTOR HUGO MORALES MORALES.-*** *El cálculo fue realizado en fecha 10/11/2009, el pago del Recargo por parte del empleador consideró dicho calculo* (sic), *sin embargo, los documentos de notificación expresan una fecha posterior* ***a la efectivamente calculada,*** *hecho que en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, ya que el cálculo con fecha reflejada en nuestro sistema, señala la fecha de cálculo efectivo que coincide con el informado y presentado como descargo, es decir, se realizo* (sic) *el uso del valor a dicha fecha y publicado por el BCB (es decir 10/11/2009).*

La aseveración presentada en el sentido de haberse realizado el cálculo del Recargo en fecha 10 de noviembre de 2009, no cuenta con la debida verificación de parte de la APS, dicho dato de registro se encuentra en nuestra base datos, que en un, proceso realizado in situ, bien pudo ser evidenciado por los personeros de la APS al momento de la revisión de los actuados correspondientes a la fiscalización y cuya captura de pantalla se adjunta al presente recurso, dato que en cumplimiento del principio de verdad material corresponde ser analizado y contar con juicio de orden legal que cuente con la información completa para su emisión, toda vez que este aspecto implicó la determinación de parte, de su Autoridad de pruebas consideradas como insuficientes, generando una sanción pecuniaria así como instrucción de reposición con recursos propios de la diferencia, aspecto que se traduce en una diferencia de Bs.- 1,45 (Un boliviano 45/100), monto que además no guarda relación simétrica con la sanción impuesta.

La cualidad de las actuaciones de parte de la AFP, el monto impuesto de sanción, los perjuicios generados si estos existiesen o la existencia de reincidencia como elementos; que forman parte de una correcta aplicación del Principio de Proporcionalidad, en el presente caso adolece de una evidente arbitrariedad e incumplimiento que genera efecto de nulidad de dicha actuación administrativa.

NUA(CUA) 33539674.- AUGUSTO GERARDO ARIAS SEVILLA.- *El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago debió comprender un Recalculó previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso efectivamente se realizó, de acuerdo a la norma*

citada y a efectos de inicio de Proceso Judicial de cobro, es decir, no se concretó dicho cobro con el uso de un valor de UFV diferente, como respaldo de esta afirmación se remitió un último Recálculo efectuado en fecha 01/02/2010; que al igual que en el anterior caso, no se valoró y no cuenta, con el rechazo fundamentado de dicha prueba, dentro del análisis legal de los particulares del caso y, que implica la omisión de la valoración de elementos atenuante y/o eximentes existentes, aspecto que es reflejado en la sanción impuesta, que incluso en cumplimiento de la instrucción de reposición se evidencia que al haberse realizado dicho recalculo no genera ninguna deferencia para reposición ya que el cobro fue efectuado con el monto correcto de acuerdo a normativa.

NUA (CUA) 34558853.- MARCELINO QUISPE ADUVIRI*. El cálculo data de 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago comprende un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso correspondía Recálculo antes del pago a realizarse por parte del empleador (pagado en fecha 10/02/2010), es decir, se realizo* (sic) *un Recálculo para efectos de pago en fecha 09/02/2010, mismo que sirvió para el pago de la boleta N° 1467192 de 10/02/2010.*

Se hace notar que en este caso el cálculo del monto sujeto a reposición es de (Bs.- 1,16) Un boliviano 16/100, monto que no guarda relación con el monto pecuniario de sanción, que representa un monto totalmente diametral.

NUA (CUA) 26816908 ALFONSO NESTOR HIDALGO FLORES.-
Al igual que el anterior caso, y como fue informado a su Autoridad junto al envío de documentación, informando el cumplimiento de la Resolución de la sanción.

III.- DE LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN.

Su Autoridad ha enmarcado las infracciones en las que hubiera incurrido nuestra AFP como de gravedad media de acuerdo a lo establecido por el inciso b) del artículo 286 del decreto (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, aduciendo en lo principal que "...la Administradora* ***ocasionó daño económico a los Afiliados, privándoles de los beneficios y utilidades que por norma les corresponde..."****. Dicha aseveración completamente alejada de la verdad ha vulnerado los principios de proporcionalidad, búsqueda de verdad material y en consecuencia, también el principio de congruencia.*

1. ***Principio de Proporcionalidad.-*** *Entendiéndose este principio del Derecho General y del Derecho Administrativo Sancionador como principio de estricta justicia, en el sentido que infracción y sanción se acomoden a determinados criterios objetivos, sin que ello deba significar el establecimiento de criterios aritméticos en la fijación de la pena administrativa sino como derecho de todas* (sic) *persona a esperar que el ordenamiento punitivo esté regido por criterios de justa proporcionalidad, evitando que el legislador pueda graduar las penas de forma voluble y que la autoridad disponga de su discrecionalidad de forma arbitraria. En este sentido la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, también refiere*

textualmente que "El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ***ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.****". Haciendo alusión a algunos de los puntos señalados por la Resolución Ministerial Jerárquica, su Autoridad sostiene que, "...se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndose específicamente a lo siguiente: "a) que nuestra AFP hubiera incumplido marco normativo vigente y por lo tanto los hechos imputados se encontrarían previamente calificados como faltas; b) Que las supuestas infracciones se encontrarían plenamente probadas; y c) que las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y la responsabilidad exigida serían las siguientes: Cargo N° 1.- "...la incorrecta determinación del Periodo Considerado tenga un efecto directo en el importe del Coeficiente de Distribución, el cual afecta el importe determinado como Capital necesario y luego el recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional al ser pagado por el empleador, situación que afecto en dos (2) casos, en cuanto se refiere al pago del beneficio determinado para el Afiliado, pues habiendo considerado un número de meses menor al establecido por norma,* ***ocasiono*** (sic) ***que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho calculo*** (sic)**"** *(las negrillas son nuestras); y para el Cargo N° 2.- en el sentido de que nuestra AFP "...causó perjuicio al Afiliado, pues la Administradora, realizo* (sic) *el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo,* ***ocasiono*** (sic) ***que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía de haber realizado el cálculo conforme establece la norma****" (las negrillas son nuestras).*

Con relación a los mismos componentes y/o parámetros que su Autoridad refiere haber cumplido, nos compete señalar sin reconocer tácitamente infracción alguna, que:

a) Se evidencia que los hechos imputados se encuentran señalados como parte de un procedimiento, mismo que no cuenta con formulas (sic) *propias de cálculo, por tanto, se encuentra* (sic) *incompletas y no concuerda del todo con las definiciones establecidas en la R.A. 244/2009 tal como se arguyo* (sic) *en el contenido del presente recurso. Por tanto como puede sancionarse sobre un procedimiento de cálculo inexistente y, que condiga con las definiciones establecidas en el artículo 3 de la R.A. 244, misma que es imputada como vulnerada.*

Por otro lado la APS, en este inciso, sostiene que la AFP incumplió no solamente el artículo 3, sino también los artículos 4 y 6 de la resolución administrativa (sic) *SPVS/IP/N° 244, así como los artículos Primero, tercero y cuarto, los incisos a) y b) del articulo* (sic) *Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de*

21 de agosto de 2006, en este sentido, se comprende que la resolución ahora impugnada, no solo incumple el principio de Congruencia en la relación de los hechos y la normativa supuestamente vulnerada e imputada como infracción, ya que es ampliada la supuesta normativa vulnerada, que se entendería como elementos agravantes, pero que no seña lados (sic) *de manera expresa en ese sentido y que sirven para la imposición pecuniaria de sanción.*

b) *Se demostró la existencia una diferencia en el resultado de los cálculos considerando un determinado "Periodo Considerado", pero no se demostró el incumplimiento de un cálculo correcto del CN en un proceso de cálculo global, toda vez que se mostró claramente de nuestra parte que se dio estricto cumplimiento a las formulas* (sic) *y especificaciones establecidas en la R.A. 883/2006, formulas* (sic) *que no pueden ser alteradas, omitidas o realizadas parcialmente de manera arbitraria por nuestra parte.*

c) *Sin lugar a dudas no se pondero* (sic) *por parte de la APS los aspectos intervinientes del proceso sancionatorio; se demostró que el contenido de nuestra nota FUT.APS.CR 0820/2012 y particularmente la nota FUT.APS.CR.1194/2012 no fueron considerados y analizados de manera íntegra y cabal.*

   Para este punto en particular es importante señalar que de manera injustificada, su Autoridad refiere daño en los montos de las prestaciones que les debería corresponder a los Afiliados; sin embargo y de manera extraña, por no decir arbitraria, no se determina en ninguna instancia del procedimiento administrativo, cual el monto de prestación que les debería corresponder a dichos Afiliados como consecuencia de una correcta aplicación de los Coeficientes de Distribución; y/o de la utilización de los valores de las Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV). Hecho que en la práctica tampoco podrá ser demostrado por su Autoridad, ya que todos los casos corresponden a prestaciones en curso de pago, es decir, que cumplieron con los requisitos de cobertura establecidos por la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones (sic)*; y que derivaron en Recargo contra sus empleadores por efecto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009; cuyo cálculo no influye absolutamente en nada en el monto de pensión que reciben los Afiliados (ahora Asegurados).*

2. ***<u>Principio de Congruencia.-</u>*** *Su Autoridad no ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración,* ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final"*** *(las negrillas son nuestras). Toda vez que para la debida adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas: De manera, general y sin realizar el detalle en los que baso* (sic) *y adecuó su decisión,*

su Autoridad ha señalado de forma general que las actuaciones de la AFP fueron negligentes", criterio que sin el argumento correspondiente se limitan a ser una mera emisión de criterio de orden subjetivo, e indica inexplicablemente que no se habría calculo (sic) *el "Coeficiente de Distribución", mostrando nuevamente incongruencia con el resto de Considerandos realizados, cuando de manera ampulosa intenta demostrar que el concepto observado fue el "Periodo Considerado", pero en este punto señala que la AFP no cumplió con el otro calculo* (sic)*, por tanto no se demuestra que* (sic) *correcta adecuación y determinación del monto pecuniario impuesto como sanción así como la reposición instruida. Olvidándose que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la de* (sic) *la APS, dictar Resolución Administrativa de Revocatoria Total de la Resolución Administrativa recurrida…"*

De la documentación que cursa en el expediente de autos, se tienen los siguientes actuados:

- Mediante Auto de **14 de septiembre de 2012**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó la apertura de término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos para que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** aclare y justifique la inconsistencia de datos consignados en el CUA 27377969 y 26816908, la razón por la cual los CUA 33539674 y 34658853 carecen de firma e identificación del funcionario que las emitió y la reposición de los saldos adeudados a la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, así como la rentabilidad perdida con recursos propios, el cual fue atendido por la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota FUT.APS.JR. 2019/2012 de **27 de septiembre de 2012**.

- En fecha **25 de octubre de** 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/AFP/Nº 827-2012, declarando improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012, el cual fue recurrido en instancia jerárquica el **16 de noviembre de 2012** y fue resuelto por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2013 en fecha **01 de abril de 2013**.

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de **07 de mayo de 2013**, apertura el término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, solicitando informe detallado y documentado en relación al CUA 27377696, al advertir diferencias en la información presentada por la Administradora de Fondos de Pensiones, solicitando la certificación respecto a si los campos que consignan la Hoja de Cálculo del Capital Necesario, son de procesamiento automático o manual.

- **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con nota FUT.APS.JR.1151/2013 de **29 de mayo de 2013,** señala que algunos datos son registrados de forma manual y otros son ejecutados automáticamente.

- Asimismo, mediante nota FUT.APS.JR.1626/2013 de **23 de julio de 2013**, en atención al Auto de 28 de junio de 2013, la Administradora de Fondos de Pensiones, remitió el informe de las operaciones realizadas para el cálculo del Recargo de los CUA 27377969 y 26816908.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 DE 21 DE AGOSTO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

> *"…Que conforme la transcripción de la norma señalada por la Administradora, se evidencia que la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, corresponde específicamente a los casos de Invalidez y Muerte por Riesgo Común, razón por la que el objeto de dicha Resolución es establecer el "PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LOS RECARGOS ESTABLECIDOS EN EL INCISO A) DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY DE PENSIONES"; en este sentido, el artículo 3 de esta Resolución establece las siguientes definiciones:*
>
> *"(…)*
>
> ***Capital Necesario:*** *Es el monto requerido para el financiamiento de las pensiones de Invalidez o Muerte del Afiliado o Derechohabientes, según corresponda, calculado de acuerdo a las fórmulas y fecha de cálculo establecidas en el Capítulo II de la Resolución Administrativa SPVS Nº 883 (RA 883), de 21 de agosto de 2006.*
>
> ***Recargo RC/RP:*** *Es el veinte por ciento (20% del Capital Necesario que debe ser pagado por el o los empleadores, aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto II de la RA 883.*
>
> ***Periodo Considerado:*** *Es el periodo conformado por el número total de meses considerados para la verificación de requisitos de cobertura, que puede ser:*
>
> *a) 60 meses o si el Afiliado tuviera menos, el número de meses transcurridos entre la Fecha de Inicio o fecha del primer aporte al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y la fecha de invalidez o muerte, aplicable para casos de accidente por Riesgo Común y enfermedad por Riesgo Profesional.*
> *ó*
>
> *b) El mayor entre el inciso a) anterior y 36 meses, aplicable para casos de enfermedad por Riesgo Común" (el subrayado es nuestro).*
>
> *Que por tanto, la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, establece que para aquellos casos de Riesgo Común por Enfermedad, se debe considerar treinta y seis (36) meses para el cálculo del Periodo Considerado y aplicar*

este criterio en las fórmulas de cálculo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006; evidenciándose por tanto que Futuro de Bolivia S.A. AFP efectuó una interpretación y aplicación errónea de la norma, toda vez que también se pudo evidenciar que para otros casos de Riesgo Común por Enfermedad, la Administradora aplicó lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, cumpliendo en estos casos con lo establecido por la norma.

Que la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, establece el Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Asegurados que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común debido a la Mora del Empleador y, la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, tiene por objeto establecer el procedimiento para la aplicación de los Recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones y para casos con cobertura.

Que en este sentido, se considera que los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no son suficientes para desestimar el Cargo N° 1, toda vez que ***la AFP ha incumplido con la normativa citada, al haber efectuado el cálculo de recargo, aplicando treinta y seis (36) periodos como Periodo Considerado y no sesenta (60) meses*** *o si el Asegurado tuviere menos, el número de meses transcurridos, afectando el cálculo del Factor de Distribución.*

Que sin embargo, refiriéndonos al cumplimiento del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°425-2012 de 19 de junio de 2012, se verificó que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha cumplido con lo instruido, para los casos del ***Cargo Nº 1****.*

(…)

Que con relación a este Cargo (refiriéndose al Cargo Nº 2)*, en primera instancia se debe señalar que la imputación del Cargo, está orientada a la Utilización de un Valor Diferente de la UFV, pues la Administradora al realizar el cálculo de los casos observados, no empleó el Valor de la UFV vigente a la fecha del cálculo para los* ***NUA 2737769, 26816908, 34658853*** *y* ***33539674****.*

Que al respecto, es importante considerar el siguiente análisis:

NUA 27377696. VÍCTOR HUGO MORALES MORALES.

Que en el Recurso de Revocatoria de 09 de agosto de 2012 presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Administradora señala: "(…) ***El cálculo fue realizado en fecha 10/11/2009****, el pago del Recargo por parte del empleador consideró dicho calculo, sin embargo,* ***<u>los documentos de notificación expresan una fecha posterior</u>*** *<u>a la efectivamente calculada</u>, hecho que en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, <u>ya que el cálculo con fecha reflejada en nuestro sistema, señala la fecha de cálculo efectivo</u> que coincide con el informado y presentado como descargo, es decir, se realizo (sic) el uso del valor a dicha fecha y publicado por el BCB (es decir 10/11/2009)" (el subrayado es nuestro).*

Que conforme lo señalado por la Administradora, se debe considerar que esta Autoridad cuenta con documentación que permite evidenciar que la afirmación de Futuro de Bolivia S.A. AFP no es correcta; toda vez que la ***Hoja de Cálculo del Capital Necesario proporcionada por la propia Administradora*** *durante la Fiscalización realizada en mayo de 2010, reporta información que contradice lo señalado por la Administradora en la Hoja de Cálculo del Capital Necesario, la cual fue remitida en el Proceso Sancionatorio, como se muestra a continuación:*

Datos de la Hoja de Cálculo	***Según Hoja de Cálculo del Expediente (*)***	***Según Hoja de Cálculo remitida por la AFP (**)***	***Observación***
Fecha de Cálculo de la Reserva	*11/11/2009*	*10/11/2009*	*Dato modificado*
20% Capital necesario a ser pagado por el empleador k	*2.998,46*	*2.997,72*	*La diferencia surge porque la AFP recalcula modificando los datos al 10/11/2009*
Salario Base en UFV	*1.750,54354*	*1.750,54354*	
Fecha de emisión:	*11/11/2009*	*10/11/2009*	*Dato modificado*
Tipo de Cambio de la UFV	*1.53622*	*1.53622*	*Dato modificado*
Fecha de la UFV	*10/11/2009*	*10/11/2009*	

(*) *Hoja de Cálculo proporcionada por la AFP durante la fiscalización y archivada en el expediente del Asegurado.*

(**) *Hoja de Cálculo modificada y proporcionada por la AFP durante el Proceso Sancionatorio.*

Que en base a la documentación ***proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP****, el cálculo y la emisión (impresión) del Recargo, realizados por la Administradora, fue el 11 de noviembre de 2009, por lo que el tipo de cambio de la UFV que la Administradora debía utilizar es de la misma fecha, es decir del 11 de noviembre de 2009, que fue de Bs1,53625, de acuerdo con la publicación del Banco Central de Bolivia.*

Que en este sentido, la explicación que realiza Futuro de Bolivia S.A. AFP en su nota FUT.APS.JR.1761/2012 de 23 de agosto de 2012, en respuesta al Auto de 03 de agosto de 2012, el cual determinó la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos por la Entidad Reguladora, respecto de la modificación del "20% Capital necesario a ser pagado por el empleador", ***de Bs2.998,46 a Bs2.997,72,*** *señala que se debería a lo siguiente:*

*"(…) el cálculo fue realizado al 10/11/2009, por lo que consideró el tipo de cambio de la UFV de dicha fecha, sin embargo **al emitirse** el cálculo a fecha 11/11/2009, **se generó** una variación en el monto del Capital Necesario.*

*Esta situación fue regularizada mediante **un nuevo recálculo** del Recargo al 10/11/2009, **considerando todas las variables a dicha fecha**, habiéndose identificado una diferencia de Bs. 1.13, tal cual fue detallado en el cuadro de nuestra nota FUT.APS.CR. 1538/2012 (…)" (el subrayado y las negrillas son nuestros).*

*Que los argumentos planteados por la Administradora anteriormente señalados, carecen de valor, toda vez que la Hoja de Cálculo del Capital Necesario **proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP durante la Fiscalización** realizada en mayo de 2010 y archivada en el expediente del Asegurado, tal como ya se señaló anteriormente, en primera instancia reporta información diferente de la Hoja de Cálculo del Capital Necesario **proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP durante el Proceso Sancionatorio**: Asimismo, la propia Administradora reconoce que modificó los datos para que se emita la nueva Hoja de Cálculo, "considerando todas las variables a dicha fecha", es decir al 10/11/2009 y ya no al 11/11/2009.*

*Que Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.JR.2019/2012 de 27 de septiembre de 2012, en respuesta al Auto de 14 de septiembre de 2012, señala: "(…) la variación del monto del Capital Necesario proporcionada durante la Fiscalización de mayo de 2010 y la remitida en fecha 26/07/2012, se ocasionó debido a que **el primer cálculo no consideraba todas las variables a fecha 10/11/2009.***

***Esta situación fue regularizada con la elaboración de un nuevo recálculo tomando los datos correctos a fecha 10/11/2009** (…)" (el subrayado y las negrillas son nuestras).*

*Que la explicación que realiza la Administradora, permite evidenciar y ratificar que **la AFP modificó los cálculos realizados al 11 de noviembre de 2009**, consistentes con la documentación proporcionada durante la fiscalización en mayo de 2010, para generar la disminución del recargo y que el **nuevo cálculo** del recargo remitido con la nota señalada en el párrafo anterior, **concuerde con la fecha 10/11/2009**, que corresponde al tipo de cambio de la UFV que la Administradora utilizó de forma errada, esto con el único fin de justificar la aplicación incorrecta del valor de UFV utilizado por la misma.*

Que se puede evidenciar que, todo lo expuesto es confirmado por la Administradora en su nota FUT.APS.JR.1151/2013 de 29 de mayo de 2013, en respuesta al Auto de 07 de mayo del mismo año, mediante la cual señala:

"(…)

1. ***Fecha de Cálculo de la Reserva:** Este dato representa la fecha de cálculo del recargo, es una variable que por defecto consigna la fecha del día, sin embargo en el caso en particular se modificó al 10/11/2009" (el subrayado es nuestro).*

Que conforme la afirmación de la Administradora permite evidenciar que, considerando que este dato corresponde a la fecha de cálculo del recargo, para el ***NUA 27377696*** *el cálculo originalmente fue realizado el 11/11/2009.*

Que asimismo, en la misma nota la Administradora señala:

> *"**2. Salario Base en UFV**: Previamente al cálculo del Capital Necesario, se realiza el cálculo del Salario Base para Recargos, el cual se ejecuta de forma automática considerando los periodos que generaron el recargo, los mismos que deben ser marcados previamente" (el subrayado es nuestro).*

Que se puede evidenciar que la afirmación de la Administradora, claramente respalda el Cargo imputado, toda vez que, entre los documentos proporcionados por Futuro de Bolivia S.A. AFP durante la fiscalización realizada en mayo de 2010, se encuentra la ***Hoja de Cálculo de Salario Base****, documento que reporta la fecha "****11 de noviembre de 2009****", y que coincide con la* ***Hoja de Cálculo de Salario Base*** *remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.JR.1626/2013 de 23 de julio de 2013, que responde al Auto de 28 de junio de 2013; asimismo, de acuerdo a la explicación de la propia Administradora, ésta debería llevar la fecha* ***10 de noviembre de 2009****, pues al llevar la fecha* ***11 de noviembre de 2009****, permite concluir que la AFP reconoce haber modificado la fecha en la* ***Hoja del Capital Necesario*** *con la intención de justificar la aplicación incorrecta del valor de la UFV, lo cual se respalda y confirma con la fecha de la* ***Hoja de Cálculo de Salario Base****.*

Que finalmente con Auto de 28 de junio de 2013, notificado el 08 de julio de 2013, se solicitó a la AFP remita informe documentado, referido a lo siguiente:

> *"(…)*
>
> - *Se requiere que la Administradora remita informe documentado, en el que detalle cada una de las operaciones realizadas para el recálculo instruido en el Resolutivo Quinto de la Resolución Administrativa AP/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, considerando además la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2013 de 01 de abril de 2013, correspondiente a los CUA* ***27377969*** *y* ***26816908****.*
>
> - *Además se remita a esta Autoridad copia de la Hoja de cálculo del Salario Base archivada en el expediente y con las firmas correspondientes, en la que se pueda evidenciar la fecha de emisión de dicho documento".*

Que el 23 de julio de 2013, mediante nota FUT.APS.JR.1626/2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite respuesta al Auto de 28 de junio de 2013, señalando:

> *"(…)*
>
> - ***VICTOR HUGO MORALES MORALES CUA 27377969***
>
> ***Resolutivo Quinto de la R.A. Nº 425/2012, Parágrafo I:*** *"…b) En el caso del* ***Cargo***

***N° 2**, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los **NUA 27377969….**(sic)"*

*De acuerdo a lo instruido, se procedió a realizar la regularización del caso, realizando el recálculo del recargo a fecha **10/11/2009**, considerando que nuestro cálculo inicial fue realizado al 10/11/2009, utilizando el tipo de cambio de la UFV de fecha 10/11/2009, sin embargo a emitirse el 11/11/2009, generó una variación en el monto del Capital Necesario.*

Por lo mencionado se realizó el recálculo del recargo al 10/11/2009, considerando todas las variables de dicha fecha, (se adjunta la hoja de Cálculo del Capital Necesario inicial más la Hoja del Recálculo del Capital Necesario). Como resultado se generó una diferencia de Bs 1,13 a devolver al empleador, que más los intereses suma un total de Bs 1,45 (se adjunta orden de pago y cheque).

En fecha 26 de julio de 2012 con nuestra nota FUT.APS.CR. 1538/2012, se remitió el detalle de la regularización más documentación de respaldo.

***Resolutivo Quinto de la R.A. N° 425/2012, Parágrafo II:** "...y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad, perdida, a los NUA **27377969**,… los cuales corresponden al **Cargo N° 2.**"*

*Tal como se mencionó en nuestra nota FUT.APS.JR.1761/2012 de fecha 23 de agosto de 2012, el caso de nuestro asegurado Víctor Hugo Morales Morales, corresponde a **RECARGO CON COBERTURA**, siendo aplicable para el mismo, lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244/2009, que en su Artículo 13, párrafo segundo señala: "Este recargo se acreditará en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda...".*

Por lo expuesto se realizó la reposición al empleador (con recursos propios) y no así a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, debido a que conforme a normativa vigente ya citada, el recargo se acreditó a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; no correspondiendo efectuar ninguna acreditación a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.

Finalmente según lo solicitado, remitimos copia de la Hoja de Cálculo del Salario Base archivada en el expediente de nuestro asegurado, la cual cuenta con la firma correspondiente y la fecha de emisión del documento.

Que los aspectos señalados mediante nota FUT.APS.JR.2019/2012 de 27 de septiembre de 2012, en respuesta al Auto de 14 de septiembre de 2012, también son nuevamente confirmados por la propia Administradora mediante nota FUT.APS.JR.1626/2013 de 23 de julio de 2013, que responde al Auto de 28 de junio de 2013, la cual señala lo siguiente:

*"(…) se procedió a realizar la regularización del caso, realizando el recálculo del recargo a fecha **10/11/2009**, considerando que nuestro cálculo inicial fue realizado al 10/11/2009, generó una variación en el monto del Capital Necesario.*

Por lo mencionado se realizó el recálculo del recargo al 10/11/2009, considerando todas las variables de dicha fecha (…)" (el subrayado es nuestro).

- ***ALFONSO NESTOR HIDALGO FLORES CUA 26816908***

  Resolutivo Quinto de la R.A. Nº 425/2012, Parágrafo I: *"…b) En el caso del **Cargo N° 2**, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los **NUA… 26816908**."*

  *Según lo instruido, se procedió a realizar el recálculo del recargo, a fecha 12/01/2010, utilizando el tipo de cambio de la UFV de fecha **12/01/2010**, considerando que en nuestro cálculo inicial a fecha 12/01/2010, utilizó el tipo de cambio de la UFV del 10/01/2010.*

  Por lo mencionado se realizó el recálculo del recargo al 12/01/2010, utilizando el tipo de cambio de la UFV de la fecha mencionada (se adjunta la hoja de Cálculo del Capital Necesario inicial más la Hoja del Recálculo del Capital Necesario). Como resultado se generó una diferencia de Bs 0,86, a devolver al empleador, que más los intereses suma un total de Bs 1,16 (se adjunta orden de pago y cheque).

  En fecha 26 de julio de 2012 con nuestra nota FUT.APS.CR. 1538/2012, ya se remitió el detalle de la regularización más documentación de respaldo.

  Resolutivo Quinto de la R.A. N° 425/2012, Parágrafo II: *"...y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad, perdida, a los NUA … y **26816908**, los cuales corresponden al **Cargo N° 2.**"*

  *Tal como se mencionó en nuestra nota FUT.APS.JR.1761/2012 de fecha 23 de agosto de 2012, el caso de nuestro asegurado Alfonso Néstor Hidalgo Flores, corresponde a **RECARGO CON COBERTURA**, siendo aplicable para el mismo, lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244/2009, que en su Artículo 13, párrafo segundo señala: "Este recargo se acreditará en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda..."*

  Por lo expuesto se realizó la reposición al empleador (con recursos propios) y no así a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, debido a que conforme a normativa vigente ya citada, el recargo se acreditó a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; no correspondiendo efectuar ninguna acreditación a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.

Finalmente según lo solicitado se remite copia de la Hoja de cálculo del Salario Base archivada en el expediente de nuestro asegurado, la cual cuenta con la firma correspondiente y la fecha de emisión del documento."

Que por tanto, en mérito a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde confirmar el Cargo imputado para el ***NUA 27377696****.*

Que por otro lado, de acuerdo al análisis establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2013 de 01 de abril de 2013, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la AFP ha cumplido con lo instruido en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°425-2012 de 19 de junio de 2012, conforme la siguiente afirmación:

> *"(…) ya que* ***el Recargo pagado por los empleadores, en ambos casos****, fue acreditado en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, y* ***al determinarse un saldo en demasía a favor de los Empleadores, correspondía que el mismo les sea devuelto****, considerando un interés por la pérdida de rentabilidad con recursos propios" (las negrillas son nuestras).*

NUA 33539674. AUGUSTO GERARDO ARIAS SEVILLA.

Que en el Recurso de Revocatoria de 09 de agosto de 2012, la AFP señala:

> *"(…) El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago debió comprender un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del articulo* (sic) *7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso efectivamente se realizó, de acuerdo a la norma citada y a efectos de inicio de Proceso Judicial de cobro, es decir, no se concretó dicho cobro con el uso de un valor de UFV diferente, como respaldo de esta afirmación se remitió un último Recálculo efectuado en fecha 01/02/2010; que al igual que en el anterior caso, no se valoró y no cuenta con el rechazo fundamentado de dicha prueba, dentro del análisis legal de los particulares del caso y, que implica la omisión de la valoración de elementos atenuante y/o eximentes existentes, aspecto que es reflejado en la sanción impuesta, que incluso en cumplimiento de la instrucción de reposición se evidencia que al haberse realizado dicho recálculo no genera ninguna deferencia (sic) para reposición ya que el cobro fue efectuado con el monto correcto de acuerdo a normativa".*

Que al respecto, mediante notas FUT.APS.CR.1538/2012, FUT.APS.JR.1761/2012 y FUT.APS.JR.2019/2012, de 26 de julio, 23 de agosto y 27 de septiembre de 2012 respectivamente, como parte de las aclaraciones presentadas después de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Administradora señala que en febrero de 2010 realizó un recálculo que no generó ninguna diferencia y que fue pagado por el Empleador, dicho cálculo y pago no fue proporcionado a los funcionarios de la Entidad Reguladora durante la realización de la fiscalización en mayo de 2010, habiendo proporcionado únicamente el cálculo realizado en enero de 2010, el cual fue realizado con un tipo de cambio de UFV

incorrecto. Es importante mencionar que este aspecto no fue descargado ni aclarado por la Administradora en ninguna de sus notas de descargo, limitándose a señalar que se efectuó un recálculo posterior, toda vez que dicho documento debió encontrarse archivado en el expediente del Asegurado, como ***respaldo*** *del recálculo y de las gestiones de la Administradora.*

Que por lo expuesto anteriormente, corresponde confirmar el Cargo para el ***NUA 33539674****.*

Que por otro lado, en relación a la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP presentó los respaldos de un recálculo del recargo realizado y pagado por el Empleador con posterioridad al cálculo proporcionado a esta Autoridad durante la fiscalización, realizado ahora de acuerdo a norma y sin generar diferencias, se tiene atendida la obligación establecida en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

NUA 34658853. MARCELINO QUISPE ADUVIRI

Que en el Recurso de Revocatoria de 09 de agosto de 2012, la Administradora señala:

> *"(…) El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago comprende un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso correspondía Recálculo antes del pago a realizarse por parte del empleador (pagado en fecha 10/02/2010), es decir, se realizo (sic) un Recálculo para efectos de pago en fecha 09/02/2010, mismo que sirvió para el pago de la boleta N° 1467192 de 10/02/2010.*
>
> *Se hace notar que en este caso el cálculo del monto sujeto a reposición es de (Bs.- 1,16) Un boliviano 16/100, monto que no guarda relación con el monto pecuniario de sanción, que representa un monto totalmente diametral".*

Que respecto a este caso, mediante notas FUT.APS.CR.1538/2012, FUT.APS.JR.1761/2012 y FUT.APS.JR.2019/2012, de 26 de julio, 23 de agosto y 27 de septiembre de 2012 respectivamente, como parte de las aclaraciones presentadas después de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Administradora señala que en febrero de 2010 realizó un recálculo que no generó ninguna diferencia y que fue pagado por el Empleador. Este cálculo y pago no fue proporcionado a los funcionarios de la Entidad Reguladora durante la fiscalización realizada en mayo de 2010, habiendo proporcionado únicamente el cálculo realizado en enero de 2010, el cual fue realizado con un tipo de cambio de UFV incorrecto, aspecto que no fue justificado por la Administradora en ninguna de sus notas, limitándose a señalar que se efectuó un recálculo posterior; toda vez que dicho documento debió encontrarse archivado en el expediente del Asegurado, como respaldo del recálculo y de las gestiones de la Administradora.

Que por otra parte, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que el monto sujeto a reposición

es de "(Bs.- 1,16) Un boliviano 16/100", lo que es contradictorio, toda vez que la misma afirma que se realizó otro recálculo el 09 de febrero de 2010, en base al cual se efectuó el pago del Empleador, aspecto que es reiterado en su nota FUT.APS.JR.1761/2012 de 23 de agosto de 2012.

Que en este sentido, se considera que los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no justifican el incumplimiento, correspondiendo confirmar el Cargo para el ***NUA 34658853****.*

Que por otro lado, en relación al cumplimiento de la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha presentado los respaldos de un recálculo del recargo realizado el 09 de febrero de 2010 y pagado por el Empleador el 10 de febrero de 2012, con posterioridad al cálculo proporcionado a esta Autoridad durante la fiscalización realizada en mayo de 2010, el cual fue realizado ahora de acuerdo a norma y sin generar diferencias, se tiene atendida la obligación establecida en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

NUA 26816908. ALFONSO NÉSTOR HIDALGO FLORES

Que en el Recurso de Revocatoria de 09 de agosto de 2012, Futuro de Bolivia S.A AFP señala:

> *"(…) Al igual que en el anterior caso (refiriéndose en el documento del Recurso de Revocatoria al NUA* ***34658853****), y como fue informado a su Autoridad junto al envío de documentación, informando el cumplimiento de la Resolución de sanción".*

Que mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, la Administradora señala lo siguiente:

> *"****Se calculó el 12/01/2010 pero con T/C UFV del 10/01/2010****, por lo que se recalculó el Recargo con el tipo de cambio del 12/01/2010, generando diferencia a devolver al empleador más intereses" (las negrillas son nuestras).*

Que conforme lo señalado por la Administradora se puede advertir que ***la AFP reconoce la infracción****, aseveración que fue confirmada en la respuesta al Auto de 14 de septiembre de 2012, con nota FUT.APS.JR. 2019/2012 de 27 de septiembre de 2012, al señalar: "En el caso del Sr. Hidalgo* ***se utilizó el tipo de cambio de la UFV incorrecto****, tal cual señalamos en nuestras notas antes descritas.* ***Se calculó en fecha 12/01/2010 pero con tipo de cambio de la UFV del 10/01/2010****" (las negrillas son nuestras).*

Que asimismo, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012, esta Autoridad no instruyó a la Administradora que efectúe un ***nuevo recálculo del Recargo (mismo que fue realizado por la AFP de forma posterior a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de***

2012). *La instrucción se refería a lo siguiente: "La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente: (…)* ***b)*** *En el caso del* ***Cargo N° 2****, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****" (el subrayado es nuestro).*

Que conforme lo expuesto por la Administradora en el Recurso de Revocatoria, no existen argumentos suficientes que justifiquen el incumplimiento de la Administradora en este caso, por lo que corresponde confirmar el Cargo para el ***NUA 26816908.***

Que por otro lado, es importante considerar el análisis establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2013 de 01 de abril de 2013, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, que señala:

> *"Debido a que el cálculo fue realizado al 12 de enero de 2010, en cumplimiento a lo señalado en normativa vigente,* ***la recurrente debió utilizar el tipo de cambio de UFV de 1.53776****.*
>
> *(…) es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP para el NUA 26816908, realizó el recálculo conforme a norma, considerando el tipo de cambio de UFV correcto y vigente a fecha de cálculo.*
>
> *(…) el cálculo del Recargo erróneo realizado en fecha 12 de enero de 2010 determinó el Capital Necesario a ser pagado por el Empleador por un monto de 3,211.52312 Unidades de Fomento a la Vivienda, por un monto de Bs. 4,938.49, pagado por el Empleador Silvia Graciela Calderón Herbas.*
> *(…)*
>
> *De lo señalado* ***es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió conforme a norma tanto en el recálculo del Recargo y la devolución del saldo pagado en demasía y el interés al Empleador con recursos propios, cumpliendo con lo dispuesto en el parágrafo I y parágrafo II, de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012****" (las negrillas son nuestras).*

Que por tanto, conforme lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Futuro de Bolivia S.A. AFP, habría cumplido con lo instruido en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Que en mérito a todo lo expuesto anteriormente, se concluye en que si bien se tiene atendida la obligación de reposición de la Administradora en dos (2) casos, los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP no son suficientes para justificar el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A AFP respecto a la infracción prevista en el ***Cargo N° 2****, por lo que corresponde confirmar la sanción para todos los casos.*

(…)

Que conforme los argumentos expresados por la Administradora, ésta inicialmente hace mención a un "procedimiento que no cuenta con fórmulas propias de cálculo, por tanto, se encuentran incompletas y no concuerda del todo con las definiciones establecidas en la R.A. 244/2009... Por tanto como puede sancionarse sobre un procedimiento de cálculo inexistente y, que condiga con las definiciones establecidas en el artículo 3 de la R.A. 244, misma que es imputada como vulnerada".

Que sin embargo y contradictoriamente, la Administradora también hace mención a lo siguiente: "…se mostró claramente de nuestra parte que se dio estricto cumplimiento a las formulas (sic) *y especificaciones establecidas en la R.A. 883/2006, formulas* (sic) *que no pueden ser alteradas, omitidas o realizadas parcialmente de manera arbitraria por nuestra parte".*

Que al respecto, es importante mencionar que la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, establece claramente el procedimiento para la aplicación de los Recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones y para casos con cobertura, norma que se constituye en objeto del presente Proceso Sancionatorio. Asimismo, en el caso de Cargo imputado, el criterio a emplearse para el cálculo del ***"Periodo Considerado"****, está establecido expresamente mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009.*

Que el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, norma que fue incumplida por la Administradora, expresamente señala en la definición de ***"Periodo Considerado"****,* ***que es aplicable para casos de accidente por Riesgo Común y accidente y <u>enfermedad por Riesgo Profesional</u>****, señala claramente el procedimiento, que la AFP debe considerar en la verificación de requisitos de cobertura, refiriéndose en este caso a que los Asegurados o Derechohabientes, según corresponda,* ***cuenten con 60 meses o si el Afiliado tuviere menos, el número de meses transcurridos*** *entre la fecha de Inicio o fecha del primer aporte al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y la fecha de invalidez o muerte.*

Que no es evidente la afirmación de la Administradora referida a que no se determinó en ninguna instancia del procedimiento administrativo, cual el monto de prestación a los Asegurados como consecuencia de una correcta aplicación de los Coeficientes de Distribución, pues en la Nota de Cargos APS/DJ/1788/2012 de 12 de marzo de 2012, se demuestra claramente la diferencia ocasionada en el cálculo realizado por la Administradora, pues efectuó el cálculo de Recargo aplicando treinta y seis meses (36) como ***"Periodo Considerado"*** *y no sesenta (60) meses, tal como lo establece la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, debiendo concluir la Administradora a partir de este cálculo realizado por la Entidad Reguladora, el monto de prestación correspondiente a cada Asegurado.*

Que respecto a la afirmación de la Administradora respecto a que la Entidad Reguladora, indicaría "…inexplicablemente que no se habría calculo (sic) el "Coeficiente de Distribución", mostrando nuevamente incongruencia con el resto de Considerandos realizados, cuando de manera ampulosa intenta demostrar que el concepto observado fue el "Periodo Considerado"; el ***Cargo N° 1*** *imputado mediante*

*Nota de Cargos APS/DJ/1788/2012 de 12 de marzo de 2012, claramente señala que: "… **el Coeficiente de Distribución** de los **NUA 2798529** y **34148668** registrados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fue calculado conforme indica la normativa", pues efectuó el cálculo de Recargo aplicando treinta y seis meses* (sic) *(36) como **Periodo Considerado** y no sesenta (60) meses, o en el caso de que el Asegurado tuviere menos periodos, el número de meses transcurridos. Consecuentemente se debe concluir que el Periodo Considerado en* (sic) *un requisito necesario dentro del cálculo del Coeficiente de Distribución y este indispensable en el Cálculo del Recargo. Por tanto, no es evidente que la Entidad Reguladora haya imputado dos conceptos diferentes, menos aún que no haya realizado el detalle en los que basó y adecuó su decisión.*

Que considerando que el inciso e) del artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, señala que uno de los elementos esenciales del acto administrativo es el "Fundamento", a través del cual se debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además los recaudos referentes a los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; la Entidad Reguladora, aplicando el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, estableció la existencia de infracciones de parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, constituyéndose éstas en la causa de inicio del Proceso Sancionatorio correspondiente, el cuál siguiendo el procedimiento establecido en norma, dictó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Que la referida Resolución Administrativa, demuestra y consigna en todas sus partes haber cumplido el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en lo referente al cumplimiento de la Entidad Reguladora de las Etapas del Procedimiento Sancionador. Asimismo, cumple con lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, en cuanto se refiere a los "Requisitos del Acto Administrativo y Principio de Congruencia", pues en la parte expositiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, se deja constancia de los antecedentes de hecho y derecho pues el Considerando Cuarto establece cada uno de los Cargos imputados, señalando los hechos y las normas vulneradas. Asimismo, la Entidad Reguladora realizó la debida evaluación de cada uno de los descargos presentados por la Administradora en dicho acto administrativo, haciendo mención de cada uno de ellos y a través del análisis correspondiente, la determinación de su insuficiencia.

Que finalmente el Considerando Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Entidad Reguladora expresa claramente las razones de hecho y derecho, señalando que una vez comprobada la infracción de las normas a través de los Cargos imputados, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la normativa pertinente, considera pertinente imponer una sanción, siempre en función de los Principios establecidos en el Procedimiento Administrativo.

Que asimismo, a través del Considerando señalado en el párrafo anterior, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, contiene la motivación por la cual se impone la sanción a la Administradora, señalando la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada en cada infracción imputada,

correspondiendo en este caso "Gravedad Media", de acuerdo a lo establecido en el inciso b) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, pues la infracción de la Administradora ocasionó daño económico a los Asegurados, privándoles de los beneficios y utilidades que por norma y derecho les corresponde, debiendo en consecuencia, realizar la reposición con recursos propios.

Que considerando que el Punto III.2 de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005, mencionada por la Administradora en su Recurso de Revocatoria, hace mención también a lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Que respecto a lo establecido por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera ya señalada, es necesario recordar que la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, tomó en cuenta detalladamente cada uno de los parámetros establecidos dentro del Principio de Proporcionalidad, como se puede evidenciar de la siguiente explicación:

> "***a)*** *Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la parte última del artículo 3, los artículos 4 y 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, los artículos Primero, Tercero y Cuarto y los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006.*
>
> ***b)*** *La infracción se encuentra plenamente probada, pues en el* ***Cargo N° 1*** *y en el* ***Cargo N° 2****, se evidenció lo siguiente:*

***Cargo N° 1**, el Coeficiente de Distribución de los **NUA 2798529** y **34148668** registrados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fue calculado conforme indica la normativa.*
***Cargo N° 2**, se evidenció que la Hoja de Cálculo de Capital Necesario elaborada por la Administradora, registra un valor para la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) a la fecha de cálculo, sin embargo para los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908** registra un tipo de cambio diferente.*

c) *En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, en el caso del **Cargo N° 1** referido al incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 del 06 de abril de 2009, supone que la incorrecta determinación del Periodo Considerado tenga un efecto directo en el importe del Coeficiente de Distribución, el cual afecta el importe determinado como Capital Necesario y luego el Recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional a ser pagado por el Empleador, situación que afectó en dos (2) casos, en cuanto se refiere al pago del beneficio determinado para el Afiliado, pues habiendo considerado un número de meses menor que el establecido por norma, ocasionó que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho cálculo.*

*En cuanto al **Cargo N° 2**, el incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, causó perjuicio al Afiliado, pues la Administradora realizó el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, lo cual ocasionó que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía de haber realizado el cálculo conforme establece la norma".*

*Que en mérito lo expuesto, se concluye que los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no justifican el incumplimiento a lo establecido en la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009; así como a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, por tanto, se confirman los **Cargos N° 1** y **N° 2**.*

CONSIDERANDO:

*Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente pues no calculó el Coeficiente de Distribución de los **NUA 2798529** y **34148668**, conforme indica la normativa, considerando un número de meses menor que el establecido por norma en el caso del **Cargo N° 1**, y en el caso del **Cargo N° 2** al haber realizado el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) **NUA***

27377969, 33539674, 34658853 *y* ***26816908****, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, consecuentemente la infracción de la Administradora ocasionó daño económico a los Asegurados, privándoles de los beneficios y utilidades que por norma les corresponde, debiendo realizar la reposición con recursos propios.*

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que en el caso del ***Cargo N° 1*** *la incorrecta determinación del* ***Periodo Considerado*** *tenga un efecto directo en el importe del* ***Coeficiente de Distribución****, el cual afecta el importe determinado como Capital Necesario y luego el Recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional a ser pagado por el Empleador, situación que afectó en dos (2) casos, en cuanto se refiere al pago del beneficio determinado para el Asegurado, pues habiendo considerado un número de meses menor que el establecido por norma, ocasionó que éste no cuente con la prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho cálculo.*

Que asimismo, en el caso del ***Cargo N° 2*** *la Administradora podía prever un resultado dañoso, pues el incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, causó perjuicio al Asegurado, pues la Administradora realizó el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, lo cual ocasionó que el Asegurado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía de haber realizado el cálculo conforme establece la norma.*

Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado el daño ocasionado a los Asegurados, determinó que la Administradora proceda a efectuar el recálculo correspondiente en ambos Cargos así como devolver al Empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los ***NUA 2798529*** *y* ***34148668****, correspondientes al* ***Cargo N° 1*** *y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****, los cuales corresponden al* ***Cargo N° 2****.*

Que por tanto, en mérito al análisis de los argumentos, antecedentes y normativa referida anteriormente, si bien en dos (2) casos correspondientes a los ***NUA 34658853*** *y* ***NUA 33539674*** *se levanta la obligación de reposición establecida por la Entidad Reguladora y en los casos correspondientes a los* ***NUA 26816908*** *y* ***NUA 27377696****, en base al análisis realizado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2013 de 01 de abril de 2013, que establece que la AFP habría cumplido con lo instruido en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP,*

a lo establecido en la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009 correspondiente al ***Cargo N° 1*** *en relación a los* ***NUA 2798529*** *y* ***34148668*** *y por incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, correspondiente al* ***Cargo Nº 2****, en relación a los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado descargos y argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuenta con el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 11 de septiembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***I. <u>DE LA NORMATIVA PARA RECARGOS POR INCISO a) DE LA LEY Nº 1732.</u>***

Conforme al principio de verdad material consagrado en el artículo 180, parágrafo I, de nuestra Constitución Política del Estado; y también contenida en el artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, su Autoridad inexcusablemente tendrá que considerar que la normativa aplicable a los Recargos con Cobertura correspondiente a todos los Afiliados (ahora Asegurados) en el caso de Autos, es la siguiente:

a) *Artículo 33, inciso a) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, por el cual se establece un recargo de "Hasta un máximo del veinte por ciento (20%) del capital necesario para el financiamiento de Pensiones por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido durante el período en que el empleador no pagó la prima respectiva, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) que pague la prestación correspondiente".*

b) *Artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por el cual se establece que "La aplicación de los Recargos establecidos en el inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la SPVS, debiendo ser acreditados los mismos en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales según corresponda, administradas por las AFP."*

c) *Conforme a lo señalado ut supra, la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros emite la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009; la misma que en su ARTÍCULO 2. (ALCANCE Y VIGENCIA) establece que las Solicitudes de Pensión por Invalidez o Muerte deben contar con Dictamen definitivo notificado por la AFP; que* ***los titulares, es decir los Afiliados (ahora Asegurados) cumplan requisitos de cobertura*** *en el Seguro de Riesgo Común o Riesgo Profesional; y que a fecha de siniestro existan periodos de cotización en mora dentro del Periodo Considerado.*

d) *El periodo considerado, conforme a lo establecido por el ARTÍCULO 3. DEFINICIONES, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009 "Es el periodo conformado por el número total de meses considerados para la verificación de cobertura..."*

II. DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Sobre la base de la normativa aplicable a los casos de recargo objeto de imputación de cargos y posterior sanción, corresponde citar el Principio de Congruencia desarrollado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 expresa que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final"*** *(las negrillas son nuestras); aspecto que no ha sido observado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que en los considerandos de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 778-2013 de 21 de agosto de 2013 señala con total desconocimiento de la norma que nuestra AFP sic. "...efectuó el cálculo del Recargo aplicando treinta y seis meses (36) como* ***"periodo Considerado"*** *y no sesenta (60) meses, tal como lo establece la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, debiendo concluir la Administradora a partir de este cálculo realizado por la Entidad Reguladora, el monto de prestación correspondiente a cada Asegurado" (el subrayado es nuestro). Aseveración que por nuestra parte encuentra sustento en la propia norma emitida por el regulador, puesto que el ARTICULO 4. (CALCULO DEL RECARGO RC/RP A SER PAGADO POR*

EL EMPLEADOR) de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009 en su inciso a) señala que las AFP deben continuar con el procedimiento correspondiente, una vez verificados los requisitos de cobertura conforme a la Ley de Pensiones e identificados los periodos de cotización en mora ***que no ocasionan la pérdida de la cobertura.***

Lo anterior significa que, contrario al razonamiento sesgado que tiene la APS; el monto de la pensión de los Afiliados (ahora Asegurados) y/o sus derechohabientes, no se obtiene como resultado del cálculo del recargo, sino por la aplicación del procedimiento normal correspondiente a cualquier Afiliado (Asegurado) que cumpla requisitos de cobertura, debiendo nuestra AFP en primera instancia obtener el cálculo del Salario Base conforme a lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 380 de 12 de mayo de 2005, modificada por la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 335 de 30 de abril de 2009; para luego obtener la Pensión Base según el tipo de riesgo; y por último aplicar los porcentajes de pensión que les corresponda al Titular de la pensión o a sus derechohabientes. En ese entendido, queda claro por una parte, que nuestra AFP ha actuado dentro del marco legal vigente para otorgar el acceso a la prestación sin ocasionar ningún tipo de daño o afectación a los Asegurados y/o sus derechohabientes; y, por otra, que el Recargo se establece como sanción al empleador por existir dentro el ***"Periodo Considerado"*** *para la verificación de cobertura, la existencia de periodos no pagados o pagados con mora, pero que no afectaron su cobertura, y por ende el derecho al pago de la prestación correspondiente, es decir, nos referimos a dos procesos diferentes, uno que es determinar la cobertura y el derecho al pago de una pensión y otra el cálculo del Recargos al empleador por periodos no cotizados o pagados fuera de plazo y que, reitero no afectaron el acceso a la prestación.*

De lo glosado, su Autoridad podrá advertir que no existe ningún daño que se hubiera ocasionado a los Afiliados (Asegurados) y la fundamentación efectuada por la APS no tiene asidero legal ni factico (sic) *cuando asevera que "en el caso del* ***Cargo Nº 1*** *la incorrecta determinación del* ***Periodo Considerado*** *tenga un efecto directo en el* ***coeficiente de distribución,*** *el cual afecta el importe determinado como Capital Necesario y luego el Recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional a ser pagado por el empleador, situación que afectó a dos (2) casos, en cuanto se refiere al pago del beneficio determinado para el Asegurado, pues habiendo considerado un número de meses menor que el establecido por norma, ocasionóo* (sic) *que éste no cuente con lo prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho cálculo".(el subrayado es nuestro).*
Criterio igualmente sesgado e irrito, es manifestado en lo referente al Cargo Nº 2, cuando la APS asevera que "...la Administradora realizó el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, lo cual ocasionó que el Asegurado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía de haber realizado el cálculo conforme establece la norma" (el subrayado es nuestro). Olvidándose el regulador que el monto del recargo, en estos casos no afecta el monto del beneficio o prestación, dado que el pago actualizado del recargo debe acreditarse en conformidad a lo establecido por el Artículo 13 de la

Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales según corresponda.

III. <u>AUSENCIA DE DAÑO.</u>

Por todo lo expresado, su Autoridad fácilmente podrá colegir que no existe daño alguno que se haya ocasionado a los Afiliados (Asegurados) y/o sus derechohabientes, toda vez que:

a) El pago del recargo debe acreditarse a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales según Corresponda; y no ASI A LA CUENTA INDIVIDUAL (ahora Cuenta Personal Previsional) del Afiliado (Asegurado).

b) Los Afiliados (Asegurados) han cumplido con los requisitos de cobertura, y han accedido al pago de una pensión, ***que es independiente del cálculo del recargo,*** *y que de ninguna manera influye en la determinación del monto de su pensión.*

Lo aseverado y fácilmente demostrable en el caso de Autos, hace que sea completamente inviable e ilegal la aplicación de lo establecido por el artículo 286, inciso b) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, toda vez que nuestra conducta no ha significado la irrogación de daño alguno a los Asegurados, por lo que es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:

> *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los* (sic) *intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley* (sic) *de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de la sanción, resulta en que la misma sea desproporcionada, más aun si tomamos en cuenta que no se ha adecuado

debidamente la infracción administrativa al régimen sancionatorio aplicable, debiendo en rigor a la verdad ajustarse a lo establecido por el inciso d) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establece el criterio de Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado". Criterio que bajo una valoración razonada y de sana crítica es el que se ajusta al caso de Autos.

IV. PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 778/2013 de fecha 21 de agosto de 2013 que confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, ajustando así el procedimiento administrativo a derecho y restituyendo nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos.
Otrosí.- *Admitido que sea el presente Recurso, tengo a bien solicitar a su Autoridad que en conformidad a lo establecido por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se sirva fijar día y hora para que podamos hacer la exposición oral de los fundamentos de nuestro recurso.*

Más otrosí.- *A efectos de conocer providencias, señalamos domicilio legal en la Torre Empresarial "K2", Av. 6 de Agosto N° 2624, 2do. piso, de la zona San Jorge de la Ciudad de La Paz…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Resultado de la fiscalización realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sobre los montos determinados como Recargos, en virtud a lo establecido en el inciso a) del artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y normativa emitida para el efecto, la Entidad Reguladora mediante nota APS/DJ/1788/2012 de 12 de marzo de 2012, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con los siguientes cargos**:**

Cargo Nº 1.- Por incumplimiento a lo establecido en la última parte del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009, al advertir que en el cálculo del Periodo Considerado para los CUA 2798529 y 34148668, la Administradora de Fondos de Pensiones, aplicó treinta y seis (36) meses dentro del Periodo Considerado, siendo que ambos casos fueron calificados como Riesgo Profesional por Enfermedad y cuentan con sesenta (60) y cincuenta y tres (53) meses dentro del periodo considerado para la verificación de requisitos.

Cargo Nº 2.- Por incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006, al evidenciar que en el cálculo del Capital Necesario de los CUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** consideró un tipo de cambio de Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV), diferente al publicado por el Banco Central de Bolivia a fecha de cálculo.

Cargo Nº 3.- Por incumplimiento a los artículos primero, tercero y cuarto de la Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006 y los artículos 4 y 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009, al evidenciar que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** no cumplió con los plazos previstos para realizar la verificación de requisitos de cobertura, el cálculo del Capital Necesario y la notificación del Capital Necesario.

Sustanciado el procedimiento administrativo sancionador, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** por el **Cargo Nº 1** con una multa de $us5.001 (Cinco Mil Un 00/100 Dólares Estadounidenses), por el **Cargo Nº 2** con una multa de $us5.001 (Cinco Mil 00/100 Dólares Estadounidenses) y desestimó el **Cargo Nº 3.**

Asimismo, en el resuelve Quinto de la señalada Resolución Administrativa, determinó las siguientes obligaciones:

*"**…QUINTO.- I.** La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente: **a)** En el caso del **Cargo Nº 1**, deberá considerar en los **NUA 2798529** y **34148668**, el Coeficiente de Distribución conforme indica la normativa, **b)** En el caso del **Cargo Nº 2**, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908**…"*

***II.-** Conforme lo establecido en el parágrafo anterior, la Administradora deberá devolver al empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los **NUA 2798529** y **34148668**, correspondientes al **Cargo Nº 1** y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908**, los cuales corresponden al **Cargo Nº 2**.*

III.- *La Administradora deberá cumplir las instrucciones establecidas en los parágrafos* ***I*** *y* ***II****, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa. Asimismo, deberá enviar un informe documentado detallando el recálculo y los saldos devueltos o repuestos, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo…"*

En fecha 09 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Por memorial de 11 de septiembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 17 de junio de 2013, limitando su impugnación al Cargo Nº 1 y al Cargo Nº 2, evidenciándose la inexistencia de impugnación respecto al Cargo Nº 3, debido a que el mismo fue desestimado, consiguientemente el presente análisis sólo se limitará al Cargo Nº 1 y al Cargo Nº 2, mismos que pasan a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

La controversia presentada en el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, se centra en la existencia o no de daño que se habría ocasionado a los Asegurados y/o Derechohabientes, al realizar un mal cálculo del Recargo y consiguientemente la sanción impuesta.

2.1. De los Cargos Nº 1 y Nº 2.-

Importa revisar los antecedentes que hacen al Cargo Nº 1 y Cargo Nº 2, como se procede a continuación:

2.1.1. Cargo Nº 1.-

De la documentación que se cuenta en el expediente de autos, se tiene que:

- En fecha 29 de mayo de 2009, el Asegurado Adrian Bautista Ortuste con CUA 2798529, presentó su Solicitud de Pensión por Invalidez, cuyo Dictamen Nº 7434/2009 emitido por la Entidad Encargada de Calificar, estableció una pérdida de la capacidad laboral del setenta por ciento (70%) de **Riesgo Profesional** por **Enfermedad,** el cual fue notificado el 29 de julio de 2009 mediante nota GR.CBBA.PRT.2635/09.

- En fecha 09 de septiembre de 2009, la Asegurada Aida Pedrada Olmos con CUA 34148668, presentó su Solicitud de Pensión por Invalidez, cuyo Dictamen Nº 8116/2009

de 18 de septiembre de 2009, emitido por la Entidad Encargada de Calificar, estableció una incapacidad laboral del cincuenta y cuatro por ciento (54%) de origen **Profesional** por **Enfermedad,** Dictamen que fue notificado mediante nota GR.SCZ.1973/2009 de 06 de octubre de 2009**.**

De acuerdo a las literales del expediente y al contenido de la nota FUT.AFP.CR. 0820/2012 de 17 de abril de 2012 emitida por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, ambas solicitudes se encuentran en curso de pago.

Asimismo, tal como se tiene de la nota APS/DJ/1788/2012 de 12 de marzo de 2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ambos casos cuentan con periodos de cotización en mora dentro del periodo considerado para la verificación de requisitos de cobertura (dos (2) meses para el CUA 2798529 y cuatro (4) meses para el CUA 34148668), **por lo que derivaron en Recargos por el inciso a) del artículo 33 de la Ley Nº 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Sin embargo, en la fiscalización realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se evidenció que el cálculo del Recargo no fue realizado conforme lo establece la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009, que señala:

"…***ARTÍCULO 3. (DEFINICIONES).***
(…)

Periodo Considerado: *Es el periodo conformado por el número total de meses considerados para la verificación de requisitos de cobertura, que puede ser:*

a) 60 meses o si el Afiliado tuviera menos, el número de meses transcurridos entre la Fecha de Inicio o fecha del primer aporte al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y la fecha de invalidez o muerte, aplicable para casos de ***accidente por Riesgo Común y accidente y enfermedad por Riesgo Profesional****.*

ó

b) El mayor entre el inciso a) anterior y 36 meses, aplicable para casos de ***enfermedad por Riesgo Común****…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido, debido a que las solicitudes fueron calificadas como **Riesgo Profesional** por **Enfermedad,** la Administradora de Fondos de Pensiones, debió realizar el cálculo del periodo considerado en virtud al inciso a) señalado precedentemente, con 60 meses para el CUA 2798529 y 53 meses para el CUA 34148668, sin embargo, consideró 36 meses para ambos casos, motivo por el cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** y determinó que realice la devolución con recursos propios a los Empleadores de los saldos adeudados por dicha infracción.

2.1.2. Cargo Nº 2.-

Las Solicitudes de Pensión por Muerte de los Asegurados Víctor Hugo Morales Morales con CUA 27377969, Augusto Gerardo Arias Sevilla con CUA 33539674 y Alfonso Néstor Hidalgo Flores con CUA 26816908, fueron dictaminadas por la Entidad Encargada de Calificar como **Riesgo Común por Enfermedad** y la Solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Marcelino Quispe Aduviri con CUA 34658853 como **Riesgo Común** por **Accidente**.

Toda vez que las cuatro solicitudes se encuentran en curso de pago y cuentan con periodos en mora dentro del periodo considerado para la verificación de requisitos de cobertura, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, realizó el cálculo del Recargo establecido en el inciso a) del artículo 33 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009.

Sin embargo, en dicho cálculo la Administradora de Fondos de Pensiones utilizó el tipo de cambio de la Unidad de Fomento a la Vivienda diferente al tipo de cambio publicado por el Banco Central de Bolivia a fecha de cálculo, motivo por el cual mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, sancionó a la Administradora de Fondos de Pensiones por incumplimiento a lo establecido en normativa vigente y determinó que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, reponga con recursos propios los saldos adeudados, así como la rentabilidad perdida.

Por todo lo señalado, es evidente que existió incumplimiento por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** a la última parte del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009 en las Solicitudes de Pensión de Invalidez de los CUA 2798529 y 34148668 (Cargo Nº 1), y a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006 en las Solicitudes de Pensión por Muerte de los CUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908 (Cargo Nº 2).

2.2. En cuanto al Principio de Motivación y Congruencia.-

La recurrente señala que el Ente Regulador habría vulnerado el Principio de Congruencia y Motivación, ya que la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, no se encontraría debidamente fundamentada y fuera incongruente en relación a la normativa vigente.

De la lectura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, se aprecia lo siguiente:

a. En cuanto al cumplimiento de la obligación establecida en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2013 de 01 de abril de 2013, ya estableció lo siguiente:

*"…Respecto al **NUA 27377969** (Parágrafo I y II) no se tiene el análisis suficiente por parte de la Entidad Reguladora y consecuentemente la debida fundamentación conforme establece el procedimiento administrativo…"*

"…la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuanto al NUA 27377969 no ha demostrado el incumplimiento de la obligación cual hubiera correspondido…"

Sin embargo, la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, con relación al análisis del caso del Asegurado Víctor Hugo Morales Morales con CUA 27377969 y del Asegurado Alfonso Néstor Hidalgo Flores con CUA 26816908, señaló que:

*"…**en base al análisis** realizado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2013 de 01 de abril de 2013, que establece que la **AFP ha cumplido con lo instruido en la Disposición Quinta** de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°425-2012 de 19 de junio de 2012…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De los argumentos transcritos, llama la atención tal aseveración, toda vez que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas señaló claramente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debía fundamentar el cumplimiento o no de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, respecto al CUA 27377969.

b. Del análisis realizado al CUA 33539674 del Asegurado Augusto Gerardo Arias Sevilla, la Entidad Reguladora señala que: *"…la Administradora señala que en febrero de 2010 realizó un recálculo que no generó ninguna diferencia y que **fue pagado por el Empleador** dicho cálculo y pago no fue proporcionado a los funcionarios de la Entidad Reguladora durante la realización de la fiscalización en mayo de 2010… por otro lado, en relación a la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP presentó los respaldos de un recálculo del recargo realizado y **pagado por el Empleador** con posterioridad al cálculo proporcionado a esta Autoridad durante la fiscalización, realizado ahora de acuerdo a norma y sin generar diferencias, se tiene atendida la obligación establecida en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sobre el particular, la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, señaló que con relación al CUA 33539674, el Empleador no realizó el pago del Recargo, por lo que no corresponde lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

c. Respecto al CUA 34658853 del Asegurado Marcelino Quispe Aduviri, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expresa lo siguiente: *"…Que por otra parte, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que **el monto sujeto a reposición es de "(Bs.- 1,16) Un boliviano 16/100",** lo que es contradictorio, toda vez que la misma afirma que se realizó otro*

recálculo el 09 de febrero de 2010, en base al cual se efectuó el pago del Empleador, aspecto que es reiterado en su nota ***FUT.APS.JR.1761/2012 de 23 de agosto de 2012****…"*(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por otro lado, líneas más abajo señala que: "*…en relación al cumplimiento de la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha presentado los respaldos de un recálculo del recargo realizado el 09 de febrero de 2010 y pagado por el Empleador el 10 de febrero de 2012, con posterioridad al cálculo proporcionado a esta Autoridad durante la fiscalización realizada en mayo de 2010, el cual fue realizado ahora de acuerdo a norma y* ***sin generar diferencias****, se tiene atendida la obligación establecida en la Disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012…"*(Las negrillas son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo transcrito, no corresponde lo señalado por la Entidad Reguladora, toda vez que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, comunicó que: "*…Se calculó el 12/01/2010 con T/C UFV de 10/01/2010 no obstante el Recargo fue pagado tras un recálculo el 09/02/2010, con el tipo de cambio de UFV de esa fecha, no existiendo monto a reponer ni intereses…"*

Asimismo, mediante nota FUT.APS.JR.1761/2012 de 24 de agosto de 2012, la Administradora de Fondos de Pensiones, argumenta que: "*…en los casos de los asegurados Sres. Arias Sevilla (CUA 33539674 y Quispe Aduviri (CUA 34658853), no se generó ninguna diferencia a reponer, dado que ambos Recargos fueron recalculados correctamente, sin concretarse daño alguno para el asegurado, los fondos o terceros (empleadores)…"*

Por lo tanto, es evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no hizo un correcto análisis en cuanto al CUA 34658853, ya que no generó la diferencia a favor del Empleador de Bs1.16, cuyo monto repuesto corresponde al CUA 26816908 del Asegurado Alfonso Néstor Hidalgo Flores.

d. En cuanto al CUA 26816908 - Asegurado Alfonso Néstor Hidalgo Flores, la Entidad Reguladora señala que: "*…en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012, esta Autoridad* ***no instruyó*** *a la Administradora que efectúe un* ***nuevo recálculo del Recargo (mismo que fue realizado por la AFP de forma posterior a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012)****. La instrucción se refería a lo siguiente: "La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente: (…)* ***b)*** *En el caso del* ***Cargo N° 2****, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****"* (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Es evidente que ha existido una contradicción en los argumentos presentados por la Entidad Reguladora, toda vez que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 778-2013 de 21 de agosto de 2013, ha señalado que no instruyó a la Administradora que efectúe un nuevo recálculo del Recargo, siendo que mediante Resolución Administrativa

APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012 establece que efectúe el recálculo del CUA 26816908 considerando el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda publicado a fecha de cálculo.

Al respecto, es importante recordar al Ente Regulador, que la Administración Pública, está obligada a emitir sus actos administrativos debidamente fundamentados y motivados y acorde al Principio de Congruencia, conforme se estableció ya en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, que señala:

> "…*El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica* ***que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "***
>
> "*La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia,* ***debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe;*** *y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"*(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sobre el particular tenemos que, si bien el Ente Regulador omite fundamentar y se evidencia la existencia de algunas contradicciones en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, conforme se apreció líneas arriba, correspondiendo por lo tanto declarar la anulabilidad del acto administrativo; sin embargo, se tiene que dentro del marco del cumplimiento del **debido proceso** y tomando en cuenta los **Principios de Economía Procesal** y el de **Celeridad para despachar los asuntos sometidos a su conocimiento sin dilaciones indebidas** y reduciendo los **actos procesales reiterativos, claro está sin afectar el imperativo que las actuaciones requieran,** este Ministerio se pronuncia en el fondo, toda vez que en el caso de autos aparecen elementos de prueba suficientes, que posibilitan un pronunciamiento sobre las cuestiones omitidas por el Ente Regulador, rectificando de esta manera el proceso administrativo.

2.3. Del Daño ocasionado.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, señaló que:

> "…
>
> *a) En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, en el caso del* ***Cargo N° 1*** *referido al incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 del 06 de abril de 2009, supone que la incorrecta determinación del Periodo Considerado tenga un efecto directo en el importe del Coeficiente de Distribución, el cual afecta el importe*

determinado como Capital Necesario y luego el Recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional a ser pagado por el Empleador, ***situación que afectó*** *en dos (2) casos, en cuanto se refiere* ***al pago del beneficio determinado para el Afiliado****, pues habiendo considerado un número de meses menor que el establecido por norma,* ***ocasionó que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho cálculo****.*

En cuanto al ***Cargo N° 2****, el incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, causó perjuicio al Afiliado, pues la Administradora realizó el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, lo cual* ***ocasionó que el Afiliado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía*** *de haber realizado el cálculo conforme establece la norma.*

Asimismo, respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, consecuentemente, a efectos de la configuración de la "Gravedad Media", corresponde expresar que, la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP imputada tanto en el ***Cargo N° 1*** *como en el* ***Cargo N° 2****, se vio expresada con el hecho de que la Administradora de manera negligente, no calculó el Coeficiente de Distribución de los* ***NUA 2798529*** *y* ***34148668****, conforme indica la normativa, pues consideró un número de meses menor que el establecido por norma en el caso del* ***Cargo N° 1****, y en el caso del* ***Cargo N° 2*** *al haber realizado el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4)* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, la infracción de la Administradora* ***ocasionó daño económico a los Afiliados, privándoles de los beneficios y utilidades que por norma les corresponde, por lo que en este caso la Administradora, deberá realizar la reposición con recursos propios****…"*
(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, determinó que:

"…no es evidente la afirmación de la Administradora referida a que no se determinó en ninguna instancia del procedimiento administrativo, cual el monto de prestación a los Asegurados como consecuencia de una correcta aplicación de los Coeficientes de Distribución, pues en la Nota de Cargos APS/DJ/1788/2012 de 12 de marzo de 2012, se demuestra claramente la diferencia ocasionada en el cálculo realizado por la Administradora, pues efectuó el cálculo de Recargo aplicando treinta y seis meses (36) como ***"Periodo Considerado"*** *y no sesenta (60) meses, tal como lo establece la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009, debiendo concluir la Administradora a partir de este cálculo realizado por la Entidad Reguladora, el monto de prestación correspondiente a cada Asegurado.*
(…)

Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente pues no calculó el Coeficiente de Distribución de los ***NUA 2798529*** *y* ***34148668****, conforme indica la normativa, considerando un número de meses menor que el establecido por norma en el caso del* ***Cargo N° 1****, y en el caso del* ***Cargo N° 2*** *al haber realizado el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4)* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, consecuentemente la infracción de la Administradora ocasionó daño económico a los Asegurados,* ***privándoles de los beneficios y utilidades que por norma les corresponde****, debiendo realizar la reposición con recursos propios.*

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que en el caso del ***Cargo N° 1*** *la incorrecta determinación del* ***Periodo Considerado*** *tenga un efecto directo en el importe del* ***Coeficiente de Distribución****, el cual afecta el importe determinado como Capital Necesario y luego el Recargo por Riesgo Común o Riesgo Profesional a ser pagado por el Empleador, situación que afectó en dos (2) casos, en cuanto se refiere al pago del beneficio determinado para el Asegurado, pues habiendo considerado un número de meses menor que el establecido por norma, ocasionó que éste* ***no cuente con la prestación en el monto que realmente le corresponde de haber realizado correctamente dicho cálculo.***

Que asimismo, en el caso del ***Cargo N° 2*** *la Administradora podía prever un resultado dañoso, pues el incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, causó perjuicio al Asegurado, pues la Administradora realizó el cálculo del Capital Necesario en cuatro (4) casos, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizar dicho cálculo, lo cual ocasionó que el Asegurado no cuente con la prestación en el monto que realmente le correspondía de haber realizado el cálculo conforme establece la norma.*

Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también ***habiendo comprobado el daño ocasionado a los Asegurados****, determinó que la Administradora proceda a efectuar el recálculo correspondiente en ambos Cargos así como devolver al Empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los* ***NUA 2798529*** *y* ***34148668****, correspondientes al* ***Cargo N° 1*** *y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los* ***NUA 27377969, 33539674, 34658853*** *y* ***26816908****, los cuales corresponden al* ***Cargo N° 2****…"*
(El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto, la recurrente señala en su Recurso Jerárquico que no existe daño alguno que se haya ocasionado a los Asegurados y/o sus Derechohabientes, toda vez que el pago del Recargo debe acreditarse a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o a la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda y no así a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, considerando que los Asegurados han cumplido con los requisitos de cobertura y han accedido al pago de una pensión, que es independiente del cálculo del Recargo y no influye en la determinación de la pensión, por lo tanto existe falta de fundamentación en la asignación de la cuantía o monto de la sanción.

Sobre el particular, corresponde revisar la normativa aplicable, comenzando por lo determinado en el artículo 33 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, que señala:

> "…***ARTÍCULO 33º INTERESES Y RECARGOS.*** *El empleador que no pague en la oportunidad debida las cotizaciones y otros recursos con destino a la Cuenta Individual del Afiliado bajo su dependencia labora, deberá pagar un interés sobre cada suma no pagada con destino a la Cuenta Individual, que será determinado por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancaria activa comercial promedio.*
> (…)
>
> *Adicionalmente, el empleador deberá pagar en beneficio del Afiliado y de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), según corresponda, en compensación a la pérdida de beneficios o al incremento en costos respectivamente, recargos establecidos por reglamento, de conformidad a lo siguiente:*
>
> *a) Hasta un máximo del veinte por ciento (20%) del capital necesario para el financiamiento de Pensiones por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido durante el periodo en que el empleador no pagó la prima respectiva, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) que pague la prestación correspondiente.*
>
> *b) Hasta un máximo del cien por ciento (100%) del capital necesario para el financiamiento de Pensiones por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido durante el periodo en que el empleador no pagó la prima respectiva, con destino a la Cuenta Individual del Afiliado, si es que éste no cumpliera los requisitos del artículo 8 de la presente ley debido al incumplimiento del empleador…*"

De la misma manera el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 establece:

> ***"…Artículo 12°.- (Recargos)*** *Los empleadores que no se acojan a los alcances del artículo precedente, serán sujetos a Proceso Ejecutivo Social por concepto de los recargos que corresponda. La aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la SPVS, debiendo ser acreditados los mismos en la Cuenta* ***Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda****, administradas por las AFP. Los*

recargos calculados de conformidad con el inciso b) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones, y el Reglamento vigente de reservas de Riesgo Común y Riesgo Profesional del SSO emitido por la SPVS, una vez pagados deberán ser acreditados en la Cuenta Individual del Afiliado fallecido o inválido…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Para tal efecto, la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 244 de 06 de abril de 2009, estableció el procedimiento para la aplicación de recargos establecidos en el inciso a) del señalado artículo 33 de la Ley de Pensiones, determinando lo siguiente:

"…***ARTÍCULO 2. (ALCANCE Y VIGENCIA).***

La presente Resolución Administrativa se aplica a los casos que cumplan lo establecido en los incisos siguientes y cuyas Solicitudes de Pensión por Invalidez y por Muerte sean suscritas a partir de la fecha de notificación de la presente regulación:

i. Que, las Solicitudes de Pensión por Invalidez o por Muerte cuenten con Dictamen definitivo notificado a la AFP.
ii. Que los Titulares cumplan requisitos de cobertura en el Seguro de Riesgo Común o Riesgo Profesional.
iii. Que a la fecha de siniestro existan periodos de cotización en mora dentro del Periodo Considerado.

ARTÍCULO 3. (DEFINICIONES).
(…)

Periodo Considerado: *Es el periodo conformado por el* ***número total de meses considerados para la verificación de requisitos de cobertura****.*
(…)
ARTÍCULO 4. (CÁLCULO DEL RECARGO RC/RP A SER PAGADO POR EL EMPLEADOR).

Una vez que la AFP ***verifique el cumplimiento de requisitos de cobertura*** *establecidos en la Ley de Pensiones y normativa vigente, y compruebe que existen periodos de cotización en mora de uno o más empleadores en el Periodo Considerado,* ***que no ocasionan la pérdida de cobertura*** *la AFP deberá:*

b) Continuar con el procedimiento correspondiente.
c) Calcular el Recargo RC/RP en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos computados a partir de la liquidación de la pensión.

ARTÍCULO 13. PLAZO DE ACREDITACIÓN DEL RECARGO RC/RP).

El plazo para la acreditación del Recargo RC/RP es de cinco (5) días hábiles administrativos, contados a partir del pago del mismo.

Este recargo se acreditará en la ***Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales****, según corresponda…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, se tiene que compulsado el expediente, los dos (2) trámites de Pensión de Invalidez imputados y sancionados en el Cargo Nº 1 y los cuatro (4) trámites de Pensión por Muerte del Cargo Nº 2, cuentan con Dictamen definitivo y **cumplen requisitos de cobertura establecidos** sea en el artículo 8 o en el artículo 10 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

En tal sentido, -tal como señala- **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** procedió a obtener el cálculo del Salario Base conforme lo establece la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 380 de 12 de mayo de 2005, modificada por la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 335 de 30 de abril de 2009, determinó la Pensión Base en virtud a los artículos 40, 41, 70 y 71 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y dio curso al pago mensual de la Pensión a los Asegurados en función al porcentaje de incapacidad dictaminado y a los Derechohabientes en función a los porcentajes de asignación que les corresponde.

Asimismo, debido a que dentro del Periodo Considerado todos los casos sancionados cuentan con periodos de cotización en mora, pero que **no ocasionaron la pérdida de cobertura**, la Administradora de Fondos de Pensiones en cumplimiento a lo establecido en normativa vigente, procedió con el cálculo el Recargo sea por Riesgo Común o por Riesgo Profesional.

Por lo tanto, es evidente que independientemente del cálculo del Recargo determinado en el inciso a) del artículo 33 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los Asegurados y Derechohabientes, se encuentran percibiendo la Pensión por Invalidez o Pensión por Muerte, es decir no existe –por concepto- perjuicio alguno que afecte al derecho a la prestación, como mal argumenta la Entidad Fiscalizadora.

Ahora bien, revisado el procedimiento que siguió la Administradora de Fondos de Pensiones respecto a los seis (6) casos sancionados por la Entidad Reguladora, es importante determinar si el mal cálculo del Recargo, ocasionó daño o no, tal como señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, transcrita ut supra, para lo cual es importante realizar el siguiente análisis:

- **Para el Cargo Nº 1**, como consecuencia de haber realizado mal el cálculo del Periodo Considerado, la Administradora de Fondos de Pensiones ocasionó que los Empleadores realicen el pago del Recargo por un monto mayor al que les correspondía, por lo tanto la diferencia entre el pago realizado por el Empleador y el recálculo del Recargo en función a lo establecido en norma, generó tal como señala **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, una diferencia de Bs2252.10 para el CUA 34148668 y Bs763.43 para el CUA 2798529, la cual debía ser devuelta, más intereses, a los Empleadores.

- **Para el Cargo Nº 2**, la utilización incorrecta de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV), originó que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,

instruya a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** a realizar el recálculo del Recargo en función a lo establecido en norma, para lo cual la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, comunicó para cada caso, lo siguiente:

- Víctor Hugo Morales Morales con CUA 27377969, el Recargo fue pagado por el Empleador en demasía y de acuerdo al recálculo realizado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, existe una diferencia más intereses a devolver al Empleador de Bs1.45.

- Augusto Gerardo Arias Sevilla con CUA 33539674, si bien existió un mal cálculo del Recargo, el mismo no fue pagado por el Empleador, por lo tanto no existe monto más intereses a reponer.

- Marcelino Quispe Aduviri con CUA 34658853, el Recargo fue pagado por el Empleador pero con otro cálculo de Recargo, realizado el 09 de febrero de 2010, no con el cálculo realizado el 12 de enero de 2010, sancionado en el Cargo Nº 2, no existiendo un monto a reponer.

- Alfonso Néstor Hidalgo Flores con CUA 26816908, el Recargo fue pagado por el Empleador en demasía, causando una diferencia más intereses a devolver de Bs1.16.

Por todo lo señalado, se tiene que en los CUA 34148668 y CUA 2798529, sancionados en el Cargo Nº 1 y en dos casos sancionados en el Cargo Nº 2 (CUA 27377969 y CUA 26816908), los Empleadores realizaron el pago del Recargo, sin embargo, el mal cálculo efectuado, ocasionó que éstos realicen el pago en demasía, que fue repuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** más intereses con recursos propios.

Si bien los Empleadores realizaron el pago del Recargo, **el mismo no afecta al Estado de Ahorro Previsional del Asegurado, ni a la Pensión que perciben éstos o sus Derechohabientes**, -como mal señala la Autoridad Reguladora- toda vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, el monto recuperado por el Recargo determinado en el inciso a) del artículo 33 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones -cuál es el caso de autos-, debe ser acreditado en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, no así al Estado de Ahorro Previsional del Asegurado.

Por lo tanto, **independientemente del Recargo**, los Asegurados o Derechohabientes, se encuentran recibiendo mensualmente la Pensión por Invalidez o Muerte que por norma les corresponde, pensión que tal como se señaló precedentemente, fue determinada y se encuentra en curso de pago antes del cálculo del Recargo y no es afectada o modificada al momento de que el Empleador realice su pago.

En tal sentido, **no corresponden los argumentos presentados por la Autoridad de**

Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya que no existe ningún daño a los Asegurados o Derechohabientes en la prestación que perciben, debido a que tal como se señaló, el monto del Recargo al ser acreditado en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, no afecta en la pensión ya determinada y en curso de pago.

Por otro lado, es evidente que el pago en demasía realizado por los Empleadores, tampoco generó ningún daño a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, ya que dichas cuentas, recibieron el monto total del Recargo que correspondía ser cobrado a los Empleadores.

Sin embargo, al realizar un cobro de Recargo mayor al que corresponde, como consecuencia de una mala aplicación en la norma, y que si bien fue resarcido, es evidente que se ocasionó un daño a los Empleadores.

Por lo expuesto y conforme lo ha señalado el Ente Regulador correspondía sancionar con una multa de $us5.001 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), tanto para el Cargo Nº 1 como para el Cargo Nº 2, en razón a que conforme ya se expuso en las infracciones sancionadas, se han configurado los elementos de daño y negligencia, mismos que conforme lo expuesto en el artículo 286 inc. b) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, corresponden ser sancionados con gravedad media, y siendo la multa impuesta por la Entidad Fiscalizadora la de menor cuantía para esta gravedad (sin importar si es uno o más casos que han ocasionado daño), se tiene que el Ente Regulador ha cumplido con el Principio de Proporcionalidad y la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción.

Finalmente, en cuanto a los CUA 33539674 y 34658853, sancionados en el Cargo Nº 2, si bien el mal cálculo realizado por la Administradora de Fondos de Pensiones no ocasionó ninguna diferencia a reponer, ni daño a los Empleadores, es importante señalar que basta que exista daño en uno de los casos inmersos el Cargo Nº 2, para que proceda la sanción en cuanto a la gravedad media, señalada precedentemente.

Por lo tanto corresponde la sanción impuesta por la Entidad Reguladora tanto para el Cargo Nº 1 (CUA 34148668 y CUA 2798529), como para el Cargo Nº 2 para los CUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y sobre la base de criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, llega a la conclusión de que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha fundamentado conforme a derecho la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, sin embargo de ello y al haberse subsanado el procedimiento en instancia jerárquica y al haberse evidenciado la existencia de daño generado a los Empleadores dentro de los Cargos Nº 1 y Nº 2, corresponde su confirmación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, inciso a), del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 778-2013 de 21 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad Fiscalizadora, por no haber dado cumplimiento a los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2013 de 01 de abril de 2013, y se le exhorta a que la fundamentación de sus actos administrativos, sea en estricta sujeción a la normativa legal aplicable.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 784-2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 003/2014 DE 21 DE ENERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 003/2014

La Paz, 21 de enero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 784-2013 de fecha 23 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de fecha 1 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 090/2013 de 10 de diciembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 206/2013 de 31 de diciembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Gerente General Lic. Alvaro Toledo Peñaranda tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 251/2009, de 28 de septiembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 100, a cargo de la Dra. Margarita Suarez Arana Ribera del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 784-2013 de fecha 23 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de fecha 1 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7790/2013, con fecha de recepción de 18 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 784-2013 de fecha 23 de agosto de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 23 de septiembre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que le fue notificado el 23 de septiembre de 2013.

Que, en fecha 25 de octubre de 2013 a horas 9:00 am, se llevó adelante la Audiencia de exposición oral de fundamentos, solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes previos al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 10 de junio 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 031/2013, misma que determinó, en su parte resolutiva, lo siguiente:

> *"…**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, **inclusive,** debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…"*

Los fundamentos de la citada Resolución son los siguientes:

> ***"…2.1. Comprobación de la ocurrencia de la infracción imputada y sancionada.-***
>
> *Habiéndose emitido la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, donde se imputa a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, porque habría contravenido el "**inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998** (de Seguros)", conviene transcribir la norma de referencia:*

"***ARTICULO 14. - PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.*** *Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:*

a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos…"

*Ahora, en función a ello, la revisión del Recurso Jerárquico permite concluir de inicio que, así como presentado en un único capítulo ("**I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN**"), el agravio que el mismo expresa es básicamente uno: el que no se hubiera comprobado el cargo impuesto contra la recurrente, no obstante lo cual y en lugar de aplicarse las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, se la hubiera sancionado aplicando indebidamente un criterio discrecional.*

*Por lo que corresponde realizar la compulsa que el caso amerita, tomando en cuenta las expresiones señaladas por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** que se detallan a continuación, sin perjuicio de la transcripción anterior, realizada también en la presente Resolución Ministerial:*

"…Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado (sic) como esa distinguida autoridad reguladora (sic), está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad (sic) pretende realizar un vuelco trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal (…)

…la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permitas (sic) imponerle una pena (…)

…nuestra sociedad sí presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita)…"

*Si bien lo alegado por la recurrente, está más bien limitado a determinadas precisiones conceptuales expuestas en la Resolución recurrida, se impone, previamente, una constatación acerca de la trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos, a efectos de establecer la pertinencia de los fundamentos hechos presentes por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme sigue a continuación:*

2.1.1. Precisiones conceptuales en la Resolución recurrida.-

Cabe mencionar que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 y en respuesta al Recurso de Revocatoria de 11 de diciembre de 2012, hace alusión a determinadas "precisiones conceptuales", sobre las cuales, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *pone énfasis en su Recurso Jerárquico de 28 de enero de 2013.*

No obstante, y conforme se ha mencionado a tiempo de supra relacionar tal Recurso Jerárquico, el mismo adolece de varias imprecisiones sustanciales, de las que es pertinente dejar constancia, a los fines de sentar las salvedades que hacen a la consideración presente del tema, por su manifiesta impertinencia.

Así:

- *El Recurso Jerárquico observa determinadas menciones, acerca de no haberse "demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido con la normativa pertinente" y que "La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado… asesoramiento… que no le induzca a error", que a su decir, estarían contenidas en la "Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012" (a la que llega a denominar como la "inicialmente impugnada", cuando tal calidad, le corresponde dentro del caso de autos, a la APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012); no obstante, tal Resolución no hace al expediente del presente proceso, sin que sea posible inferir la intencionalidad de tal observación, por cuanto, las redacciones que señala, corresponden mas bien, a la nota -de cargos- APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012.*

  Ambas actuaciones (la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 y la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012) hacen al Recurso Jerárquico interpuesto por la misma recurrente, empero contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, al presente resuelto mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013.

  Además, la recurrente atribuye a la APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012 (cual si formara parte del proceso), una redacción precisa acerca de conceptos varios (oportunidad, inoportuno, exacto y exacta), empero, por lo arriba señalado, tal redacción no forma parte del expediente, aunque es similar a las de los numerales 3.5 y 3.6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012.

  Seguidamente, es decir, cual si también conformara a la APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, le atribuye a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, una expresión referida a la "idoneidad profesional y capacidad de juicio" para elaborar sus resoluciones, empero la

misma corresponde más bien a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de 9 de enero de 2013.

- *La recurrente hace mención repetitiva y frecuente, acerca de la controversia que ha sostenido con su asegurada y cliente, Sra. "María Elena Duran Ramos", y que ha sido resuelta en la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013. El caso presente corresponde más bien al reclamo de su asegurada Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales.*

- *El Recurso alude como origen de la controversia, "un asesoramiento inexacto, deficiente y negligente en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible", empero la controversia actual está referida al cambio de plan de seguro, del Plan Vida Entera Pagos Limitados (10 años) al Plan Flexible Premium.*

De tales particularidades se infiere, que la recurrente ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA****, al resultar común interesada en dos recursos jerárquicos distintos (el anterior, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, ya resuelto, y el presente, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, que se resuelve ahora), ha confundido los agravios de los mismos, sin mayor razonamiento que la creencia de que comparten alegatos, extremo que, conforme lo señalado, no es enteramente cierto.*

Con dichas advertencias, tratando las denominadas precisiones conceptuales, sobre los mismos aspectos teórico-jurídicos que se evaluaron y fueron resueltos en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, conviene reproducir los extremos pertinentes de la última nombrada, conforme se los transcribe a continuación:

> *"…****2.1.2. La Administración como integrante de la relación procesal administrativa.-***
>
> *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señala que:*
>
> > *"…Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, no es parte* ***strictu sensu****, ya que por mandato legal, es la propia administración (sic) que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados…"*
> >
> > *En principio, al compulsar el concepto lato sensu de jurisdicción, con el que strictu sensu corresponde al Derecho Administrativo, podría inferirse que el último deviene del primero (algo así como la especialidad*

forzada en haberse ramificado la Ciencia Administrativa de la Ciencia del Derecho).

En efecto, mientras que en el caso primero se define a la jurisdicción como a la "función pública,… en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica" (Couture en los Fundamentos), para el otro, se dice que es "la potestad que reside en la Administración pública…, para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar los propios actos administrativos" (Cabanellas, al definir la Jurisdicción administrativa en su Diccionario).

En la comparación simplista de ambas, la jurisdicción (sea la ordinaria o sea la administrativa), importa objetivamente, un acto de juicio sobre una contención de relevancia jurídica, que como tal, amerita ser resuelta; la diferencia entre ellas sencillamente radicaría, en que en un caso la ejerce el juez, mientras que en el otro la Administración, lógica que hace entendible lo afirmado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido que la Administración "no es parte strictu sensu", o sea, que siendo la Administración quien va a decidir la controversia administrativa suscitada, entonces en lo adjetivo, viene a integrar la relación jurídica cual juzgador imparcial, y no así como parte interesada, no correspondiéndole las cargas que son inherentes a las partes, el onus probandi entre ellas.

Sin embargo, ese enunciado objetivo, pasa por alto la naturaleza propia de la Administración Pública, que en definitiva, no es la de administrar justicia -como en el caso de la jurisdicción ordinaria-, sino mas bien "la provisión de bienes, obras y servicios a los administrados, procurando alcanzar su finalidad" (Celín Saavedra en Administración Pública - Fundamentos, gestión y responsabilidades), entendiéndose por administrado, a "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa" (Art. 11°, Par. I, Ley N° 2341).

Lo cierto es que, cuando las decisiones administrativas, "a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos" (Art. 56°, Par. I, Ley N° 2341), hacen procedente la instauración del proceso recursivo (Cap. V, Tít. Tercero, Ley N° 2341) y determinando ello una relación jurídica adjetiva especial, donde la controversia será resuelta por la propia Administración pública (a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde la administración de justicia se da por un tercero imparcial).

Es decir que, en purismo jurídico, la Administración que toma una decisión y ante la reclamación contra la misma, la resuelve con plena potestad legal, superando la simple especialización objetiva que importa la materia, y no obstante que al estar su desempeño "destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad" (Art. 4°, Inc. 'a', Ley N° 2341), la mera existencia de

tal reclamación determina que tales intereses se encuentren enfrentados y contrapuestos a los de los particulares y privados.

Entonces, subjetivamente, en el caso del proceso sancionador y en el del consiguiente recursivo (entonces en lo adjetivo), no es evidente aquello de que "la administración (sic)… no es parte strictu sensu" del proceso, por cuanto se contrapone al administrado, es su parte contraria, es su contraparte.

Asimismo y toda vez que, como se ha dicho, la jurisdicción administrativa tiene la potestad para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar sus propios actos, su comportamiento dentro del proceso es especial, empero no exento de las cargas procesales que le son inherentes; así, en cuanto a la prueba, al corresponderle investigar la verdad material (ídem, Inc. 'd'), y dado su deber de fundamentar su decisión (Arts. 28°, Inc. 'e', Ley N° 2341, y 17°, Par. II, Inc. 'd', Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), los hechos sólo pueden ser relevantes si son comprobados o comprobables, tocándole a la Administración, entonces, probar su imputación, lo que además es la base fáctica para ulteriormente comprobar la comisión de la infracción.

Entonces, la carga de la prueba de los cargos imputados -con ello, de la comisión de la sanción- le corresponde a la Administración, mientras que al administrado le corresponde la carga de la prueba de sus descargos; de ello hablan los artículos 4°, inciso 'd', de la Ley N° 2341, 29°, 50°, 65°, 66°, 67° y 68°, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 (dentro del caso de autos, el procedimiento probatorio de precedente referencia, ha sido cumplido, conforme consta de la relación que sale en el numeral 2.1.1 supra).

Eso mismo ha expresado la recurrida en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012, cuando unívocamente ha señalado: "la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa… corresponde a quien se considera afectada"; no obstante, es obvio que el Recurso de Revocatoria al que corresponde, no se limita al onus probandi que le corresponde al imputado, sino también, al que evidentemente le corresponde al Ente Regulador.

Por ello, la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es contradictoria, cuando en la misma Resolución Administrativa, señala que: "no hay preceptiva legal en la jurisdicción (sic) nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa", extremo que, conforme lo visto y conforme lo señalan los artículos 4°, inciso d) de la Ley N° 2341, y 89°, inciso 'a', de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, no es evidente.

2.1.3. Discrecionalidad y facultad potestativa en la producción de la prueba.-

La Resolución recurrida, continúa:

"…se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a ***discreción*** *de la Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte (…)*

…la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los ***Actos Discrecionales Reglados****…"*

Y prosigue con una exposición acerca de la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Conviene recordar que, el artículo señalado por la recurrida y que establece el procedimiento probatorio en la sustanciación del Recurso de Revocatoria, comienza señalando que: "El Superintendente Sectorial -léase el Ente Regulador- ***podrá*** *disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Conforme puede concluirse del cotejo del diccionario, la potestad a la que hace referencia la norma, importa una facultativa, en tanto ***la Autoridad puede hacerla u omitirla*** *("Facultativo… Potestativo; aplícase al acto que libremente* ***se puede hacer u omitir****…"), mientras que lo discrecional ("Que* ***se hace*** *libre y prudentemente") determina algo que sí va a efectuarse, empero con un grado de prudencia exigible a su ejecutor, y es allí cuando el Derecho ha instituido el principio administrativo de discrecionalidad, que el Administrador configura en la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.*

Para entender ello, es pertinente remitirse a lo señalado por Comadira, citado en Principios de Derecho Administrativo (publicación de este Ministerio):

"…la discrecionalidad debe ser entendida como un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda ***potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento****…"*

El mismo libro señala pertinentemente, que:

"…La potestad reglada es aquella que se halla determinada en una norma o ley, y establece cómo una autoridad debe actuar, sin que ésta pueda hacer apreciaciones subjetivas en cuanto al procedimiento a utilizar.

*La facultad discrecional otorga, en cambio, un margen de libertad a la Administración en su actuar, otorgándole diferentes opciones igual de justas, para tomar una determinación administrativa. Se debe precisar que esta facultad discrecional no es extra legal, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, que la discrecionalidad: "**no puede darse al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto**",…"*

Entonces, la discrecionalidad (a la que se refiere la recurrida), es posible sólo si previamente existe una potestad normativa para ello (como la señalada por el artículo 50°), por lo que el carácter discrecional no debe confundirse con la facultad potestativa, como mal lo ha hecho el Ente Regulador.

A este respecto, además, se menciona lo señalado en la Sentencia Constitucional 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004:

*"…**Principio de los límites a la discrecionalidad.** La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. **Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente**.*

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento"…"
(Las negrillas son insertas en al presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Queda claro que la Resolución Administrativa recurrida, no ha reparado en la diferencia aludida y, en lugar de ello, ha confundido ambas figuras.

En todo caso, y conforme se ha señalado en el numeral 2.1.1 supra, tal fundamento no influye en el fondo de lo que al presente se decide, empero por lo mismo, cabe establecer que la mención que de ello hace la resolución recurrida es impertinente, por cuanto sólo busca una justificación innecesaria.

2.1.4. Trascendencia fundamental del instituto de la prueba.-

No obstante lo anterior, hay que mencionar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha tenido en cuenta la trascendencia del instituto jurídico prueba, por cuanto y conforme se ha dicho, si bien en el artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, el uso del verbo podrá hace referencia a la producción de prueba cual si fuera una facultad potestativa o librada a la voluntad del Ente Regulador, no debe perderse de vista que para el caso, es aplicable lo referido en el mismo Reglamento, ahora en su artículo 29º, que establece que:

> *"…**Artículo 29.- (Prueba).***
>
> *I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones …"*

La inobservancia a lo anterior importa, a su vez, exista inobservancia al principio aquel que señala, que "la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil" (Art. 4º, Inc. d), Ley Nº 2341).

El derecho a la prueba como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 2º, inciso 'a', del Reglamento de sanciones del sector seguros (aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003), conforme se transcriben a continuación:

> ***Constitución Política del Estado:***
> *"**Artículo 115. (…)***
> *II. **El Estado garantiza el derecho al debido proceso**, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones…"*
>
> ***Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002:***
> *"**Artículo 4.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).** La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:*
>
> *a) Principio de sometimiento pleno a la Ley: la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso**;…"*
>
> ***Reglamento de sanciones del sector seguros:***
> ***"Artículo 2.- (Principios)***

A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptarán los siguientes principios:

a) ***Debido proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos****…" (En los tres casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En virtud de tales disposiciones, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa, de forma tal que, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas, dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados, para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando quiera que la Autoridad administrativa, deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia, como valor reconocido por los artículos 8°, parágrafo II, y 115°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado; se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, por virtud de los cuales es necesario otorgar a los administrados la oportunidad de producir las pruebas que demuestren sus derechos, actuación que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa, y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración.

En ese sentido, debe entenderse que, anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, importa violación al derecho de petición y de

obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, el que señala:

> "***Artículo 24.*** *Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario."*

Sobre este extremo y, en particular, sobre la implicancia del derecho a la prueba como conformante de la garantía del debido proceso administrativo, se ha pronunciado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ-17/2004 de 11 de octubre de 2004, cuando señala:

> *"…la Constitución Política del Estado (…) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo,* ***pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo****, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (…)*
>
> *Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión,* ***ofrecer y producir pruebas****,* ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

"…El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ***ofrecer y producir pruebas****, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y* ***se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa****.*

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído ***a presentar pruebas****, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De la trascendencia emergente de ello y conforme a la primacía dispuesta por el artículo 410º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, resulta que no puede el Ente Regulador anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, como tampoco pretender "la potestad unilateral de la Administración, para disponer la producción de la prueba", sin que ello importe inobservancia a los principios de sometimiento pleno a la ley -en cuanto al debido proceso administrativo- y de verdad material (Art. 4º, Incs. 'c' y 'd' de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002)…"

2.2. Determinación de la gravedad de la infracción.-

2.2.1. Presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de 9 de enero de 2013, establece que:

"…la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 es impertinente, ya que sus disposiciones se aplican estrictamente "a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: …". En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente…"

Con la aclaración previa, que el artículo señalado por la recurrida está contenido en el Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, el extremo resulta trascendente, a los fines de determinar la gravedad de la infracción (y consiguientemente, imponer la

sanción que a ella corresponda), conforme al mencionado artículo 18º, que en lo conducente, señala que:

> *"…**La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros -léase, el Ente Regulador- estimará la gravedad** de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De su parte, la mención acerca de que las disposiciones de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, "se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente", deviene de lo que en lo pertinente y a la letra, señala el artículo 1º del mismo Reglamento:

> *"…Las regulaciones contenidas en la presente norma se aplican a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiera creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros…"*

En el entender de la Reguladora, las normas señaladas por el Reglamento de sanciones del sector seguros, no le son aplicables a la misma ("a los entes reguladores", dice la Resolución), sin aclarar el fundamento de tal posición, aunque remitiéndose para ello al ámbito de aplicación de tal norma, donde efectivamente, no se contempla sino, a los diversos operadores de las actividades reguladas por la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros).

Entonces, resultando que las sanciones establecidas por el Reglamento son aplicables a los operadores de seguros, porque sólo ellos pueden cometer infracciones en el desarrollo de sus actividades comerciales, obviamente no es sancionable, dentro de ese plano, el Ente Regulador.

Empero, el hecho de que no le sea aplicable el régimen sancionador (como por defecto se interpreta del artículo 1º del Reglamento), no quiere decir que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no deba observar el mismo, más aún, cuando tal entidad, como Órgano Sancionador, es también aquel que va a imputar los cargos, e imponer las sanciones correspondientes, dentro del marco que importa ese régimen.

2.2.2. Estimación y modulación de la sanción.-

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, presenta el siguiente fundamento, a los fines de su justificativo a la consiguiente imposición de la sanción:

> *"…se ha tomado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma*

gravedad, verificándose que:

a) *El incumplimiento se encuentra tipificado:*

- *En cuanto a la conducta, por el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

- *En cuanto a la sanción, por el inciso d), del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones graves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil uno (200.001) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Distorsión, falsedad o contradicción en los contenido de información debida a la Superintendencia, al Estado o al Público".*

b) *En cuanto al daño se ha evidenciado que las condiciones otorgadas en la Póliza de Vida Flexible con respecto a la Póliza de Vida entera, tienen una diferencia esencial en la cobertura de fallecimiento, que la propia Aseguradora a través de la nota CITE: NAVI-GR-0176 de 20 de marzo de 2012 ha reconocido, y que es como sigue:*

Plan	***Vida Entera***	***Vida Flexible***
Vigencia	*Del 16.02.07 hasta el fallecimiento del asegurado*	*Del 17.01.11 al 01.09.2017 si bien existe un final de vigencia, esto se aplica si el asegurado retira el total del saldo de la Cuenta Individual, caso contrario y a solicitud del Asegurado la póliza se mantiene vigente mediante la deducción de la prima de riesgo de su Cuenta Individual o mediante el pago de la prima de riesgo que corresponda.*

Lo expuesto demuestra que la vigencia de la cobertura de fallecimiento del Seguro de Vida Entera es hasta la muerte del asegurado, sin ninguna condicionante; mientras que en el seguro de Vida Flexible la vigencia concluye el 1° de septiembre de 2017, es decir que de fallecer el asegurado en fecha posterior a la determinada el capital asegurado por fallecimiento queda sin cobertura, ocasionando por consiguiente un perjuicio al asegurado por reducir el período de la cobertura.

c) *Finalmente, no se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que la entidad nunca antes fue sancionada por una infracción similar.*

Que en la descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración la modulación y determinación del monto, en función a

las circunstancias que rodean el hecho; es decir la actuación dolosa o culposa del regulado, la reiteración o la reincidencia de la conducta y el daño.

Que en este sentido y del análisis anterior corresponde se aplique una sanción de multa de rango mínimo, establecida normativamente en 80.001 UFV's (Ochenta mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)…"

Luego, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de 9 de enero de 2013, confirmatoria parcial de la anterior, determina al respecto lo siguiente:

*"…**CONSIDERANDO:***

*Que en relación a la violación del principio de proporcionalidad, se debe destacar que la documentación producida por la recurrente acredita que la situación de seguro a la que fue derivada Ericka Lourdes Arias Gonzáles, tuvo como desenlace que dicha ciudadana pida (aceptada a la postre por la aseguradora) que se anule su póliza y abandone el seguro definitivamente, con la lógica consecuencia del sentimiento de frustración de la Sra. Arias, ya que de acuerdo al "Plan Vida Entera", su expectativa original era dejar un beneficio económico a su familia al ocurrir su fallecimiento y no limitar tal beneficio a los 55 años (de acuerdo al **Plan Vida Flexible**).*

*Pues bien, el hecho de que Ericka Lourdes Arias Gonzáles hubiera solicitado su retiro definitivo de cualquier plan de seguro allana el camino a cualquier subsanación o enmienda de la situación creada, que en criterio de esta APS, la inconducta de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** debe reputarse como infracción leve como prevé el segundo párrafo del artículo 15 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, concordante con el primer párrafo del artículo 52 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que no obstante, debe tenerse en cuenta que actitudes como las que incurre NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. analizada ahora, pone en riesgo la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS.

***Que resumiendo, esta explicación, el anterior párrafo expresa razonablemente el alcance de la sanción que debe modularse, reconsiderando anteriores criterios, sanción que puede ser apreciada y valorada por parte de la APS en ejercicio de expresas facultades para ello (segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003), que para el caso concreto y atendiendo a las circunstancias, debe ser reevaluado**.*

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012 en lo tocante al fondo de dicha resolución, correspondiendo reevaluar el

monto económico de sanción sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.

Que en este contexto de razonamiento, la adecuación de la inconducta comprobada de NACIONAL VIDA DESGUROS (sic) DE PERSONAS S.A. corresponde a lo señalado en el artículo 16.I.d) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

*Emergente de ello, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013, en su artículo segundo, viene a determinar "**MODIFICAR** el artículo Único de la anterior resolución en lo referido al monto de la sanción, imponiéndose a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la multa en Bolivianos equivalente a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998"; lo trascendental para el caso, es el fundamento de esta Resolución (los dos párrafos en negrillas), por cuanto, el mismo determina que:*

- *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha tenido en cuenta el agravante que importa el riesgo sobre "la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS", emergente de la conducta por la que ha sido sancionada **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.*

- *La concurrencia de tal agravante, determina a la vez, la improcedencia para el caso, del atenuante que importa la presunción de actuación con especial diligencia, a la que se refiere el artículo 18°, segundo párrafo, última parte, del Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003.*

- *Tal razonamiento constituye en sí mismo, la constancia del criterio utilizado para la imposición específica de la sanción de "multa en Bolivianos equivalente a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's)" (artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013).*

*En síntesis, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha considerado, a efectos del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, el agravante que importa "la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS", emergente de la conducta de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que determina a su vez la improcedencia de la presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros, ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado, discrecional cuanto legítimamente, los elementos que hacen a tal procedimiento, y que determinan la improcedencia de una amonestación como sanción de alternativa aplicación.*

2.3. Sobre la irretroactividad del acto administrativo.-

Siendo pertinente recordar que, el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…", se deja constancia que, a diferencia de lo expresado en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 5 de abril de 2013, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *no ha alegado, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, infracción alguna al principio de irretroactividad de la norma, y que tenga que ver con determinadas definiciones conceptuales, contenidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895/2012 de 15 de noviembre de 2012, en lo pertinente, a continuación transcrita:*

> *"…Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por* ***"oportunidad"*** *y por el término* ***"exacto o exacta"****. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz* ***"oportunidad"****, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será* ***"inoportuno"****, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.*
>
> *Que en cuanto al término* ***"exacto o exacta"****, entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se* ***utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.***
>
> *Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos* ***"oportunidad"*** *y* ***"exacto o exacta"*** *adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.*
>
> *Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en sentido de que las quejas de su asegurada Ericka Lourdes Arias Gonzáles, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuras subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo* ***antes de*** *y no* ***después de****. En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Ericka Lourdes Arias Gonzáles,*

fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que el hecho de que la asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses es muestra que recibió una explicación completa y suficiente…"

En el entender de la recurrente, la exposición supra transcrita de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, viene a importar una nueva regulación de lo que debe entenderse por "oportunidad" y "exacto o exacta", por tanto, por simple aplicación del principio de irretroactividad -Art. 123º ("La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo"), Const. Pol. del Estado- sus efectos no pueden retrotraerse a hechos anteriores a esa data, como los que hacen a la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012.

Entonces, lo que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *aqueja, es que al haberse implementado recién, por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012, las definiciones de "oportunidad" y "exacto o exacta", no puede esa misma Resolución Administrativa sancionarla por incumplimiento a las mismas, conforme ha sucedido.*

No obstante, se debe recordar que es deber del Ente Regulador, en la fase posterior a la notificación de cargos, proceder "al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de la prueba" (Art. 67º, Par. II, Reglamento aprobado por D.S. Nº 27175), para con ello pronunciar la Resolución respectiva (ídem, Art. 68º, Par. I).

En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895 de 15 de noviembre de 2012, lejos de imponer una norma regulatoria referida al extremo, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA****, y referidos en concreto a que:*

> *"…Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestra asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses,* ***es una muestra*** *de que dicha asegurada recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés…" (Nota NAVI-GR-673-2012 de fecha 30 de octubre de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Con respecto a lo mismo y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012, previo a desarrollar su análisis al agravio expresado, la Autoridad recurrida ha dicho que "conviene discernir respecto de lo que se entiende por ***"oportunidad"*** *y por el término "****exacto o exacta"****…", es decir, ha señalado los alcances conceptuales sobre los que va a desarrollar sus argumentos, sin que lo mismo importe (bajo ninguna circunstancia), estar implementando una nueva regulación sobre tales extremos.*

Asimismo, en la ulterior APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, la Autoridad recurrida ha señalado que:

> *"…Que en este contexto, argumentar que una prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro, era la queja de los clientes involucrados así como su predisposición a entrar en análisis de los aspectos controvertidos, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada…"*

Queda de ello claro, que no existe en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, intención de implementar regulación alguna, y que en la actividad que le ha correspondido al Ente Regulador, la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, corresponde a la infracción del artículo 14º, inciso 'a', de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), como lo ha señalado la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, determinando sea infundado el agravio expresado en este sentido.

2.4. Sobre la inobservancia al principio de vedad material, falta de valoración de la prueba y consiguiente ausencia de fundamentación.-

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, debido a que tanto el Recurso Jerárquico presente como el Recurso de Revocatoria anterior, recaen fundamentalmente en conceptos abstractos de derecho, que si bien en función del cargo sancionado, hacen abstracción del caso en concreto, determinando que el fallo que al Ente Regulador que le ha correspondido en la Resolución ahora recurrida, prescinda de considerar criterios de valoración de la prueba al caso concreto.

Por tanto y a este respecto, los criterios existentes resultan limitados a lo establecido en oportunidad de la Resolución sancionatoria, misma de la que se evidencia, ha omitido realizar una valoración jurídica y que, como tal, garantice la efectiva realización de los derechos que les asisten, tanto a la ahora recurrente como a la reclamante.

De ello resulta que el Ente Regulador, concluye en sancionar a ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.****, a simple afirmación de la reclamante, sin haber realizado la constatación que al respecto le exige el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.*

En tal sentido, si bien la recurrida ha cumplido el procedimiento exigible a este respecto, en contrapartida no puede pretender que la simple ocurrencia de ello importe existan suficientes medios de convicción, que le permitan a la Administración, determinar concluyente e inequívocamente, en la efectiva ocurrencia de la responsabilidad que ha sido imputado a ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS***

SOCIEDAD ANÓNIMA *en la nota de cargos.*

Lo contrario importa que el Ente regulador ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor, de los que no se descarta su validez y trascendencia jurídica, empero los que per se no constituyen prueba concluyente en base a la cual se pueda desarrollar proceso sancionatorio alguno.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente se llega a la conclusión de que el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerándose el artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica".

Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere "…el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica: de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene…"

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y…"

De lo precedentemente citado tenemos que, el presente proceso, debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que la el Ente Regulador, deberá hacer una nueva valoración de la prueba y determinar cuales fueran los elementos en los que se basa la APS para determinar que la recurrente no hubiera proporcionado la información de manera verbal…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 596-2013 DE 1 DE JULIO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 031/2013, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de 1 de julio de 2013, mediante la cual resuelve:

*"…**PRIMERO.- SANCIONAR A NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** con multa equivalente en Bolivianos a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV´s) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865,en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

***TERCERO.- NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo Segundo anterior, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción…"*

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que los "fundamentos establecidos" (de manera resumida) en aquella resolución ministerial jerárquica son:

***a)** La APS no ha tenido en cuenta la trascendencia del instituto jurídico prueba ya que si bien en el artículo 50.I del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, el uso del verbo podrá hace referencia a la producción de prueba cual si fuera una facultad potestativa o librada a la voluntad del Ente Regulador, no debe perderse de vista que para el caso, es aplicable lo referido en el mismo Reglamento, ahora en su artículo 29° página 58).*

***b)** La APS ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible al haber considerado, discrecional cuanto legítimamente, los elementos que hacen a tal procedimiento y que determinan la improcedencia de una amonestación como sanción de alternativa aplicación.*

c)** Respecto del uso de los términos "oportunidad", "exacto o exacta", "oportunidad e "inoportuno", la APS, lejos de imponer una norma regulatoria, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

***d)** El ente regulador concluye en sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** a simple afirmación de la reclamante, sin haber realizado la constatación que exige el artículo 4.d) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, y no se puede pretender que la simple ocurrencia del procedimiento exigible a este respecto, permita a la Administración concluir en la responsabilidad imputada a aquella Aseguradora, lo que importa que la APS ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor que per se, no constituyen prueba.*

***e)** Se llega a la conclusión de que el ente regulador no ha hecho una valoración correcta de la prueba vulnerando el artículo 29.III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo.*

f) *El presente proceso debe anularse porque el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, debiendo la APS realizar una nueva valoración de la prueba y determinar cuáles fueron los elementos en los que se basa para determinar que la recurrente no hubiera proporcionado la información de manera verbal.*

CONSIDERANDO:

Que mediante carta CITE: APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012 notificada el 18 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con cargos a la compañía ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *por:*

"Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, comunicamos a usted que como resultado de la evaluación del cumplimiento de la normativa vigente por el cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, se advierte que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS*** *habría cometido la siguiente:*

- ***"Contravención al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras: "Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (…)", en el caso de Erika Lourdes Arias Gonzales, conforme los siguientes antecedentes:*

1. *El 3 de febrero de 2012, Erika Lourdes Arias Gonzales mediante carta hizo conocer a la APS que con Nacional Vida Seguros de Personas contrato el Seguro de Vida N° NAVI-VI-4281/LP/07 "****Vida Entera Pagos Limitados (10 años) póliza que cubría hasta el momento de muerte"*** *y que en fecha 17 de enero de 2011, la compañía le ofreció un plan con, aparentemente, mayores beneficios, razón por la que migro al* ***Plan Flexible Premium*** *con N° POL-VF-LP-00200720-2011-00, creyendo ilusamente en la buena fe del agente de seguros y obviamente de la empresa aseguradora que no le advirtieron que la edad fin de póliza, era de 55 años, momento en que se terminan de pagar las primas y cuya cobertura es sólo hasta esa fecha y no hasta el momento de la muerte.*

Asimismo la asegurada afirma haberse percatado de esta situación cuando retiró sus valores de rescate y revisando la póliza con una amiga se entero que al retirar estos valores de rescate el monto asegurado disminuiría, razón por la que se apresuró a presentar una carta para hacer la reposición de estos valores, y allí, en oficinas de la aseguradora, el Sr. Rodrigo Chirveches le informó que el retiro de valores de rescate no incide en la disminución del monto asegurado; no obstante la asegurada asegura tener desconfianza y solicitó el asesoramiento del ente de fiscalización.

2. *A pesar de las sucesivas comunicaciones entre la APS y la Aseguradora, a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado.*

Por lo antecedentemente expuesto, ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa".*

CONSIDERANDO:

Que mediante nota CITE: NAVI-GR/673/2012 de 30 de octubre de 2012, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *de manera textual, manifiesta:*

"… Atendiendo la nota de esa respetable autoridad N° APS/DJ/DS/8044/2012 y en tiempo hábil y oportuno, podemos presentar a su distinguida consideración los siguientes descargos:

a) *En relación al punto primero, efectivamente nuestra Sociedad recibió de nuestra estimable asegurada, la Sra. Ericka Lourdes Arias Gonzáles en la cual solicita retornar a su Plan de Vida Entera pagos Limitados alegando que "no se sentía cubierta". Una copia de dicha nota puede encontrarse en el "Anexo A" de la presente.*

En base a la nota de la Sra. Ericka Lourdes Arias Gonzáles nuestra sociedad responde a la misma indicando que no es procedente debido a que habían pasado los 15 días de plazo desde la entrega de la póliza para presentar discrepancias (artículo 1013 del Código de Comercio). No obstante en una nota que adjuntamos exhortamos a nuestra estimable asegurada reconsiderar su postura "ANEXO B".

b) *En fecha 3 de julio de 2012 recibimos nota de la asegurada Sra. Ericka Lourdes Arias Gonzáles donde solicita la anulación de su póliza de Vida los valores respectivos, de dicha nota adjuntamos copia en "Anexo C".*

Ante la nota de referencia en párrafo anterior se realizó el proceso respectivo del cual en "Anexo D" se adjuntan respaldos que corresponden.

Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestra asegurada hubiese expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, es una muestra de que recibieron una explicación completa y suficiente, que les sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés.

c) *En relación a la explicación insuficiente eludida por su Autoridad, nos remitimos a los documentos del "Anexo E", que ilustran las ventajas del nuevo plan y que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de su conveniencia…"*

CONSIDERANDO:

Que, los cargos consisten, en pocas palabras, en que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *no brindó a Ericka Lourdes Arias Gonzáles, información completa, veráz y oportuna, y suficiente para promover el cambio del "Plan de Vida Entera" al "Plan de Vida Flexible", violando la disposiciones legales que rigen esta situación, tal cual se anotó en la nota de notificación de cargos.*

CONSIDERANDO:

Que como quiera que el presente proceso (y cualquier otro en realidad) se basa en el análisis contradictorio de las pruebas producidas, se debe tener en cuenta las normatividades que a él conciernen. Veamos:

a) El artículo 29.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 *establece: "las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte,* ***podrán*** *disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones, pudiendo, sin embargo, rechazar a través de una resolución fundada, los medios de prueba que, a su juicio, sean manifiestamente impertinentes, innecesarios, excesivos o meramente dilatorias."*

b) *Concordante con lo anterior, el* ***artículo 50.I del mismo decreto supremo*** *señala: "EL Superintendente Sectorial* ***podrá*** *disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde la apertura."*

c) El artículo 4.d) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 1998 *establece: "****Principio de Verdad Material****: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil."*

CONSIDERANDO:

Que observando que tanto el artículo 29.I como el artículo 50.I del Decreto Supremo Nº 27715 de 15 de septiembre de 20034 son concordantes en otorgar discrecionalidad o facultad al ente regulador para la producción de pruebas. Se debe destacar que dichas anteriores normas deben engarzar con las etapas del procedimiento

administrativo sancionador contemplado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que asimismo, el presente procedimiento sancionatorio toma en cuenta la correspondencia producida entre Erika Lourdes Arias Gonzáles, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *y la APS, y toma en cuenta los Informes Técnicos y Legales producidos conforme se ha citado en la parte introductoria de la presente resolución, que son facultativos de acuerdo al artículo 48 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002.*

A este respecto, es pertinente anotar que el ***artículo 88.I del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003*** *señala: "****(INSTRUCCIÓN) I****.- Las autoridades administrativas que intervienen en el trámite* ***realizarán las diligencias para la averiguación de los hechos que fundamenten su decisión****, sin perjuicio del derecho de los interesados de ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes.* ***II.-*** *La admisión y producción de pruebas se sujetará a criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo. En la duda sobre su admisibilidad y pertinencia, se estará a favor de su admisión y producción.".*

Que sobre la base de estas consideraciones legales, se procederá a contrastar dichos informes legales y técnicos con su substrato documental, correspondencia producida, y los cargos y descargos generados, de modo que el procedimiento administrativo sancionador determinado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se objetive (sic).

Que atendiendo a las circunstancias en que se resuelve este caso, conviene anotar que la contraposición de hechos, documentos y alegaciones constituyen la base para que en esta resolución administrativa, la ***motivación*** *adquiera entidad de objetivación. En efecto, en cuanto a la* ***motivación****, diremos que se debe distinguir dos acepciones; el* ***motivo*** *y la* ***motivación*** *de los actos administrativos. En cuanto al* ***motivo****, es el antecedente que provoca el acto; es decir, una situación legal o de hecho prevista por la Ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa. En cuanto a la* ***motivación,*** *es el juicio que se forma la autoridad al apreciar el motivo y ligarlo con la disposición legal pertinente aplicable. Es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. En la notificación de cargos concreta, se objetiva la situación legal y de hecho que provoca el acto (motivo) así como el juicio que la APS se ha formado a raíz de la situación legal creada (motivación).*

El ***Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*** *de Ossorio, entiende por Motivación: la causa, razón o fundamento de un acto. El* ***motivo*** *será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no solo del Derecho Substantivo, sino también del Adjetivo, porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los* ***motivos es,*** *pues, necesaria para la investigación penal (léase investigación*

administrativa), para la interpretación de contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos, etc.

Huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar sus decisiones, siempre "motiva" sus resoluciones (ver artículo 30 de la citada Ley). Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que la motivación sea ***concreta;*** *esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se emite, que evita caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que puede llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación.*

Que conforme lo expuesto, esta Resolución Administrativa expresa la ***motivación*** *exigida por Ley cuando formula el razonamiento del ente regulador al confrontar hechos y normas; hechos como la queja de Erika Lourdes Arias Gonzáles, las respuestas de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *y las acciones llevadas a cabo por la APS; documentos como cartas, notificaciones, pólizas adjuntadas al expediente y contraposición a las normas atinentes, que en conjunto apuntan a que el ente regulador substancie la denuncia de aquella ciudadana sobre bases ciertas y no sobre simples afirmaciones de la misma.*

Que como acto que cierra el anterior círculo de elementos que hacen a la producción de prueba, se resalta que la anterior tarea demuestra que la APS cumple con su deber de aproximarse a la verdad material de los hechos, cumpliendo las diligencias posibles en pro de persuadirse de la certeza o no de los cargos imputados y su posible sanción.

CONSIDERANDO:

Que al anterior objeto se analiza la siguiente documentación:

a) *Carta de 3 de febrero de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles y recibido en la APS en la misma fecha, en la que reclama por el cambio del plan Vida Entera a Vida Flexible, a instancias de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pidiendo la ayuda del ente regulador.*

b) *Carta APS/DJ/DS/N° 1869-2012 de 11 de marzo de 2012 por la que la APS solicita a aquella Aseguradora, documentación y demostración documentada del asesoramiento debido que hubiera prestado a Erika Lourdes Arias Gonzáles.*

c) *Carta CITE: NAVI-GR-0176/2012 de 20 de marzo de 2012 y recibido en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *remite las Pólizas de Vida Entera y de Vida Flexible así como otra documentación concerniente, adjuntando un informe de fecha 19 de marzo de 2012 por la que Gayer Guillén de la Torre manifiesta que a Erika Lourdes Arias Gonzáles tuvo pleno conocimiento del producto al cual estaba migrando, pero sin mayores referencias documentales.*

d) *Carta APS/JTS/DS/Nº 3075-2012 de 25 de abril de 2012 (entregada el 2 de mayo a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a la Aseguradora que el informe de Gayer Guillén de la Torre no tiene sustento documental y constituye solamente palabras que no acreditan explicaciones de las ventajas y desventajas de los planes de Pólizas en cuestión.*

e) *Carta CITE: NAVI-GG-109/2012 de 07 de mayo de 2012 y recibido en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *acompañando documentación como el slip de cotizaciones, formulario de solicitud del Plan Vida Flexible de la cliente, copia de la carta de Erika Lourdes Arias Gonzáles por la que esta solicita la anulación del Plan Vida Entera, y copia del cheque por el valor del valor de rescate entregado a esta ciudadana por $us.208,51, que a juicio del ente regulador no constituye prueba de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera asesorado debidamente (con carácter previo a la migración de Plan) a la citada cliente.*

f) *Carta de 30 de mayo de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles en la que explica la sucesión de hechos y personas que intervinieron en el cambio de Plan de Vida Entera a Vida flexible así como su decepción por el nuevo Plan y preguntando si podría recuperar todos sus aportes con el 2,5% de interés que se menciona en el tríptico de propaganda.*

g) *Carta APS/DS/Nº 4818-2012 de 28 de junio de 2012 (entregada el 29 de junio a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a esta que han remitido documentación que no acredita haber asesorado debidamente a Erika Lourdes Arias Gonzáles para la migración de Plan y que tampoco han adjuntado documentación atinente al respecto.*

h) *Carta CITE: NAVI-GR-0467/2012 de 04 de julio de 2012 y recibido en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *señala que el hecho de haber remitido la solicitud escrita de la cliente para el cambio de plan de Vida es prueba de que se prestó el asesoramiento debido y que así prueba también el slip de cotizaciones que en su momento se entregó a Erika Lourdes Arias Gonzáles.*

i) *Informe Técnico APS/DS/JTS/1116-2012 de 28 de agosto de 2012 en el que la APS llega a la conclusión de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A*** *no demostró documentalmente haber asesorado debidamente a Erika Lourdes Arias Gonzáles para el cambio de Póliza y que en adición, se ha evidenciado que ha entregado información equivocada respecto del alcance de las Pólizas contratadas y por contratar.*

Que lo precedente fue corroborado con los informes legales y técnicos que se citan en la parte introductoria de esta resolución administrativa.

CONSIDERANDO:

Que la compañía ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *mediante nota CITE: NAVI-GR/673-2012 de 30 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de momentos en que sucedieron los hechos,*

deduciendo (falsamente), que habría otorgado información veráz, oportuna y suficiente a la señora Erika Lourdes Arias Gonzáles.

*Que la confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** consiste en interpretar las quejas y argumentos de Erika Lourdes Arias Gonzáles, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.*

Que en conocimiento del reclamo de aquella asegurada, manifestó la compañía que el cambio no era procedente en atención al plazo de 15 días fijado en el artículo 1013 del Código de Comercio, invitando a Erika Lourdes Arias Gonzáles a reconsiderar su "postura". Adjuntan copia de la Póliza de Vida Flexible, en la cual se encontrarían las ventajas de dicho plan.

CONSIDERANDO:

*Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por **"oportunidad"** y por el término "**exacto o exacta".** Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz "**oportunidad",** tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será **"inoportuno",** no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.*

*Que en cuanto al término **"exacto o exacta",** entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se **utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.***

*Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos **"oportunidad"** y **"exacto o exacta"** adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.*

*Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su asegurada Erika Lourdes Arias Gonzáles, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuros subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de.** En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Erika Lourdes Arias Gonzáles, fueron informados verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de haber*

sido presionados, demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) si aceptáramos como eximente de responsabilidad alguna que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.

Que como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado, se robó por mucho que luego se hubiera devuelto el producto del robo.

En el caso de Erika Lourdes Arias Gonzáles, las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

Que en efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas ***antes de*** *y no* ***después de****, como ingenuamente,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *interpreta.*

Que por otro lado, se debe claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por la asegurada sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.***

Que en adición y revisando las documentación cursante en el expediente y la propia la carta de descargos de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.****, las mismas no constituyen, objetivamente, descargos a las imputaciones que acrediten hechos materiales de una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.*

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, el anexo "E" en el que constaría las ventajas del Plan de Vida Flexible, la misma consiste en copia de dicha póliza, en cuya última página se anota unas proyecciones de tasas de interés garantizadas y de tasas de interés excedentes. Pues bien, para que esta exposición del nuevo plan, constituya instrumento idóneo de haberse explicado, en su momento, de manera suficiente y consistente, necesariamente debería contrastar (gráficamente) estas proyecciones de tasas y otros elementos, con el Plan de Vida Entera, pero que no ocurrió tal.

En realidad, más que ventajas, el anexo "E", lo que muestra son las características de dicho plan, pero de ninguna manera "ventajas" strictu sensu, ya que carece del elemento confrontacional de manera que constituya entidad de ventaja (mejor que) dicho plan, pues es evidente que un plan no puede ser "ventajoso" frente a sí mismo, sino, en cuanto y en tanto se confronta o compara con otro elemento que constituya su opuesto binario. Ergo, no ocurriendo tal, no es susceptible de considerarse como descargo suficiente de las imputaciones.

CONSIDERANDO:

Que por otro lado, considerando la documentación que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *manifiesta haber suministrado como prueba de asesoramiento oportuno y veráz, se tiene que tanto la carta a la compañía de la asegurada solicitando la anulación de la Póliza de Vida Flexible y la solicitud que la anteceden no constituyen descargos idóneos de las referidas imputaciones*

Que en relación a la aplicación del artículo 1013 del Código de Comercio y la caducidad en cuanto al plazo de 15 días en la presentación de discrepancias en la póliza, tal normativa no es aplicable al caso de Erika Lourdes Arias Gonzáles, debido a que la letra de aquél artículo contextualiza su uso "a lo convenido" y "a lo propuesto"; o sea, que para aplicar el artículo 1013 como liberador de las responsabilidades de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ésta tendría que haber "convenido" y "propuesto" a cabalidad y en toda su extensión, la Póliza de Vida Flexible. En el caso que nos ocupa, aquella entidad no informó de manera absoluta y completa, no advirtió, comparativamente (ya que no ha producido prueba en sentido contrario pese a la notificación con cargos), de las ventajas y desventajas de uno y otro plan; v.gr. la edad. Ergo, no habiendo sido informada Erika Lourdes Arias Gonzáles de manera integral y completa, las omisiones de la compañía nunca fueron "convenidas" ni "propuestas", ya que es de Perogrullo manifestar que nadie conviene algo que no ha sido propuesto en legal forma ni ha sido puesto en su conocimiento en tiempo hábil.*

CONSIDERANDO:

Que como complemento a la constitución de pruebas se requirió a Nacional Vida remita documentación que demuestre el cumplimiento a lo establecido en la Póliza de de seguro de Vida Entera de la Sra. Durán, que en su artículo 13 numeral 13.1 establece:

"Cualquier cambio que el Contratante o Asegurado deseare efectuar en capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, la cual le dará a conocer las condiciones que el cambio puede efectuarse".

Que la asegurada cumplió a cabalidad lo estipulado en el contrato ya que de acuerdo a los documentos remitidos en nota CITE: NAVI – GG-109/2012 de 07 de mayo de 2012 y nota CITE: NAVI-GR-0467/2012 de 04 de julio de 2012 por la

compañía, existe nota de fecha 06 de enero de 2011 mediante la cual la asegurada solicita su cambio de plan, sin embargo y pese a la solicitud de éste órgano de fiscalización, la aseguradora en ningún momento hizo conocer a su asegurada las condiciones en las que se hará el cambio de plan, incumpliendo lo determinado por su contrato de seguro.

Queda claro entonces que la Entidad Aseguradora tenía la obligación de dar a conocer las condiciones del cambio de plan, sin embargo, tal como se desarrollo precedentemente, cuanto la autoridad solicitó demuestre el cumplimiento a dicho artículo, se limitó (sic) se limitó a remitir informes de los actuados de sus propios empleados y a exponer las ventajas que el seguro de vida flexible tendría sobre el seguro de vida entera, no existiendo evidencia por consiguiente del asesoramiento brindado a su asegurado por el cambio de plan.

Que a fin de presentar mayor evidencia en relación a la falta de asesoramiento y demostrar el incumplimiento del artículo 14, inciso a) de la Ley de seguros 1883, de manera independiente a la no remisión de documentación que demuestre el cumplimiento a dicho artículo, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. en la exposición de sus argumentos ha incurrido en brindar incluso al propio órgano de fiscalización información no verdadera, que demuestra y confirma que no han asesorado correctamente a sus asegurados, lo cual se expone a continuación:

- ***Retiros Parciales en el Seguro Vida Entera:*** *En las notas CITE: NAVI-GR-0176/2012 de fecha 20 de marzo de 2012 Nacional Vida Seguros de Personas S.A. afirma que en el seguro de vida entera, no aplican retiros parciales, no obstante, la póliza de seguro de vida entera registrada mediante Resolución Administrativa Nº 246/99 del 30/08/99, establece lo siguiente:*

    - *Artículo 1.- Definiciones:*

        - *"1.14* ***Valor de Rescate:*** *Es el valor efectivo que tiene este seguro a favor del Asegurado a una fecha determinada; constituye el factor de ahorro de la Póliza;*

        - *1.16* ***Retiro Parcial:*** *Es el pago parcial del Valor de Rescate Efectuado por la Compañía a favor del Asegurado";*

    - *Asimismo, el artículo 17.- Valores Garantizados señala:*

    "A partir del tercer año de vigencia del contrato, el Asegurado tiene opción a los Valores Garantizados que se consignan en el Anexo adherido a la presente Póliza, los mismos que se aplicaran en las siguientes circunstancias: …17.4 El préstamo sobre la Póliza. Los valores anteriores se calcularán según la reserva matemática correspondiente, de acuerdo a normas técnicas establecidas a este aspecto"

En este sentido, conforme a lo estipulado en el contrato de seguro comercializado, la póliza de seguro si permite el retiro parcial, a través del correspondiente préstamo sobre la póliza y no como señala Nacional Vida en su nota CITE: NAVI-GR-0176/2012 que no aplica el retiro parcial.

Por consiguiente, el asesoramiento de Nacional Vida a sus asegurados no es el adecuado, toda vez que incluso al propio órgano de fiscalización ha informado de manera errónea cuales son las características de la póliza de vida entera.

CONSIDERANDO

Que adicionalmente a los argumentos expuestos por la presente Resolución, es menester hacer referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013, que corresponde a otro reclamo de la Sra. Maria Elena Duran Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.

Que en dicho reclamo, se siguió el mismo procedimiento que el reclamo de la Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales, con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Durán, Nacional Vida permitió el regreso al seguro de vida entera, mientras que en el caso de la Sra. Arias, se terminó por anular la póliza con la consiguiente inconformidad del asegurado.

Que aclarado que ambos casos tienen el mismo objeto y el mismo tratamiento, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013, señala en su punto 2.1.1. Trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos: "Empero, ***NACIONAL VIDA DE SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA, en ninguna parte de su Recurso de Revocatoria señala, como es que la Resolución Administrativa en esa coyuntura recurrida (APS/DJ/DS/Nº 880-2012), habría dejado de lado las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia – propia del sector seguros -, o, en infracción de los principios del "debido sustento", no se hubiera sustentado la culpabilidad allí decidida,*** *resultando que aquello de haberse sancionado "limitándose" a la propia opinión del Ente Regulador o a sus propias declaraciones, no es sino una posición particular de la recurrente, que no encuentra mayor asidero jurídico.*

En este contexto, ha hecho bien el Ente recurrido (porque es su deber, al tenor de los artículos 24° y 120° de la Constitución Política del Estado, y 63° de la Ley Nº 2341) en pronunciarse, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, sobre los extremos precisos de lo recurrido por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANONIMA,*** *conforme consta en la misma…"*

Que asimismo, señala en uno de los considerandos de la misma Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y

Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo".

Que queda en evidencia, que al ser el tratamiento del siniestro el mismo, se ha obrado y demostrado la falta de asesoramiento de Nacional Vida y el correspondiente incumplimiento al artículo 12, inciso a) de la Ley 1883, habiendo este órgano de fiscalización a efectuado un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que en relación a la proporcionalidad que debe expresar las consecuencias de la actitud negligente de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *se debe destacar que la documentación producida en el proceso acredita que la situación de seguro a la que fue derivada Erika Lourdes Arias Gonzáles, tuvo como desenlace que dicha ciudadana pida (a la postre aceptada por la aseguradora) que se anule su póliza y abandone el seguro definitivamente, con la lógica consecuencia del sentimiento de frustración de dicha cliente, ya que de acuerdo al "Plan Vida Entera", su expectativa original era dejar un beneficio económico a su familia al ocurrir su fallecimiento y no limitar tal beneficio a los 55 años (de acuerdo al "Plan de Vida Flexible").*

Que esta actitud de Erika Lourdes Arias Gonzáles, la de solicitar su retiro definitivo) allana el camino a cualquier subsanación o enmienda de la situación creada, que en criterio de esta APS, la inconducta de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *debe reputarse como infracción leve según el segundo párrafo del artículo 15 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, concordante con el primer párrafo del artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que no obstante esta adecuación, debe tenerse en cuenta que actitudes como las que incurre esta Aseguradora (analizada ahora) arriesga la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspecto que debe ser prevenido por el ente regulador.

Que resumiendo, esta explicación (el anterior párrafo) expresa razonablemente el alcance de la sanción que debe modularse, reconsiderando anteriores criterios, sanción que puede ser apreciada y valorada por parte de la APS en ejercicio de expresas facultades para ello (segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2004), que para este caso concreto, debe ser modulado.

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto y analizado, se concluye que no existe mérito para la estimación de los descargos de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *correspondiendo evaluar la sanción sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.*

Que en este contexto, la adecuación de la inconducta de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *se subsume en el artículo 16.I.d) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003…"*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 25 de julio de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de 1 de julio de 2013, con los mismos fundamentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 784-2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 784-2013 de 23 de agosto de 2013, resolvió confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 596-2013 de fecha 01 de julio de 2013.

Los fundamentos presentados en la parte considerativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que mediante memorial de 24 de julio de 2013, presentado a la APS el 25 del mismo mes y año, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A*** *interpone Recurso de Revocatoria argumentando de manera resumida lo siguiente:*

1. *Las resoluciones ministeriales jerárquicas constituyen "verdades formales" que revisten "Cosa Juzgada Formal"; es decir, son precedentes administrativos vinculantes que, como tal, deben ser atendidos y aplicados por todas las autoridades administrativas en todas sus actuaciones subsecuentes. Respecto de su contenido, no le está dada a las autoridades inferiores la competencia para omitir o apartarse de lo ya dispuesto por la autoridad superior, cual si se pudiese reingresar en el debate ya resuelto, mediante pronunciamiento expreso. Se trata pues de pronunciamientos formales y concluyentes, cuya observancia es inexcusable para las autoridades reguladoras directas, que no pueden darse el lujo de retomar el debate ya resuelto.*

2. *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013 establece "verdades materiales" que no admiten mayor debate y pueden resumirse de la siguiente manera: i) el simple cumplimiento del procedimiento sancionatorio no puede entenderse como basamento para el nacimiento de la responsabilidad y menos como fundamento de una sanción; ii) Los indicios, presunciones o juicios de valor no constituyen prueba que sirva de base para el desarrollo de procedimiento sancionatorio alguno; iii) La sanción no tiene hechos ni antecedentes probados que constituyan causa y no tiene fundamento incumpliendo lo dispuesto por los incisos b) y e).*

3. *La APS, al apoyarse en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 para fallar en el recurso que nos ocupa,*

descontextualiza el caso que corresponde a otro suceso, ya que alude a que el "caso" de esta resolución ministerial es el mismo con la única diferencia de que a la Sra. Durán se le permitió volver al plan original y a los esposos Arce no. Por ello su autoridad pretende ampararse en el pronunciamiento del superior correspondiente al caso de la Sra. Durán el cual anuló obrados sólo por la violación de la norma en la graduación de la pena, pero no basó su anulación en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación, como sí sucedió en el presente caso.

Es claro que la autoridad ya resolvió éste tema en sentido de que el mero cumplimiento del procedimiento no importa "prueba", como usted pretende, cuyos fundamentos no parece conveniente recapitular a éstas alturas.

4. *Si fuera cierto, como dice la APS, de que ambos procesos son idénticos (MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031-2013 de 10 de junio de 2013) en los cuales se siguió el mismo procedimiento y se llegó a las mismas conclusiones, debería aplicarse la técnica jurídica dogmática llamada "Reglas de Resolución de Conflicto de Leyes en el Tiempo" que señala que cuando existen dos normas de la misma jerarquía dictadas por la misma autoridad la de data más reciente deja sin efecto la de data anterior, por aplicación de la categoría legal "derogatoria tácita de la norma".*

5. *Si la APS invoca a la RA 026 (anulada por no haber modulado la sanción) y la RA 031 fue anulada por carecer de fundamentación y motivación, entonces el ente regulador debería aplicar la RA 031, que es la última y que prevalece sobre la RA 026. De otra manera, si es cierto que ambos casos son iguales, entonces la nulidad dispuesta por la autoridad ministerial con base en la inexistencia de fundamentación y motivación para imponer una sanción debiera alcanzar a los dos casos y no solo a uno. Lo cierto es que la APS nuevamente ha dictado una resolución que carece de fundamentación y motivación.*

6. *Respecto de la motivación, la RA 031 dice la APS no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerando el artículo 29.III del DS 27175 de 15 de septiembre de 2003 y la resolución que se impugna dice en la parte pertinente que la "motivación" no es requisito esencial del acto administrativo conforme el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pretendiendo tener facultades de interpretación de la norma, tarea encomendada excluyentemente al Tribunal Constitucional y a la propia Asamblea Legislativa Plurinacional.*

7. *La APS, a pesar de citar la norma, la desconoce pues el artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que los actos siempre serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho.*

8. *La APS no toma en cuenta que no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino, en la etapa en que sus actos fueron anulados por violaciones constitucionales que no pueden hacer que se encuentre en un nuevo procedimiento.*

9. *Continuando con la actitud de la APS de pasar por alto lo dispuesto en normas superiores, se vuelve a citar el artículo 29.I como del artículo 50.I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 concordando con el artículo 65 y siguientes del*

referido decreto, omitiendo tomar en cuenta que la censura de la autoridad superior no son las normas de rango inferior, sino, normas constitucionales que no permite al ente regulador eximirse de la obligación de presentar pruebas para imponer una sanción, desconociendo así, lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 que dice que en caso de duda sobre la admisión y pertinencia de pruebas, se estará a favor de su admisión y producción.

10. *La Autoridad superior ha disipado toda duda en sentido de que la APS debe presentar pruebas y que el mero cumplimiento del "iter" adjetivo no pude constituir prueba, pero la APS presume la culpabilidad y que se debe probar la inocencia desconociendo el artículo 117 de la Constitución Política del Estado sobre la presunción de inocencia concordante con el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, pues se llega al extremo de la desviación de afirmar que quien debe probar el asesoramiento verbal es el procesado basado en la presunción de negligencia no existiendo ninguna norma respecto de esta última.*

11. *El artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo consagra el debido proceso ya que señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, que el plazo y la forma de producción de la prueba será la determinada, y que la autoridad determinará el procedimiento para la producción de las pruebas. Los artículos 49 y 83 de la misma ley se refieren a la vista del expediente si la autoridad considera la complejidad de los hechos y las pruebas producidas, y el artículo 83 alude a que en el plazo de 15 días, los presuntos infractores podrán presentar todas la pruebas que crean convenientes y serán legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos.*

12. *En ninguna norma se alude como medio de prueba a la opinión del juzgador o a sus definiciones o criterios personales, o lo que diga el diccionario, y en lo que respecta a las presunciones, la APS está obligada a presumir la inocencia mientras "no pueda probar su culpabilidad", estando regulado este extremo en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

El artículo 116 de la CPE consagra el postulado de que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces con una justicia transparente, concordando con los artículos 2 y 8 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 que garantizan el debido proceso y que la sanción debe ser impuesta previo proceso.

CONSIDERANDO:

Que como puede apreciarse y en pocas palabras, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *alega que la resolución impugnada carece de fundamentación y motivación pues no ha producido la suficiente prueba como para demostrar la culpabilidad de ella en el caso de la señora Ericka Lourdes Arias Gonzáles, basándose*

solamente en la propia opinión de la APS, en presunciones y definiciones de diccionario, violando por tanto, los principios de inocencia y del debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que en relación al argumento 1 del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS nada tiene que objetar por ser un concepto de amplia aceptación y uso. No obstante, el ente regulador considera que debe tenerse en cuenta que la ***"cosa juzgada formal", a*** *diferencia de la* ***"cosa juzgada material"(****que no admite revisión)****,* ***permite volver a debatir los razonamientos ex post en los que se basó el acto administrativo para determinar su legitimidad****. Bastará, para confirmar esta afirmación, revisar acepciones y definiciones de esta categoría jurídica.*

Que en relación al ***argumento 2*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, este Órgano de Fiscalización procede a continuación, conforme lo determina la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031/2013 de 10 de junio de 2013, a efectuar la correspondiente valoración jurídica sobre la base de las pruebas de cargo y descargo presentadas tanto por la reclamante como por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****., con el objeto de garantizar la efectiva realización de los derechos que asisten a ambas partes.*

Que respondiendo por partes el argumento esgrimido en este punto por la recurrente se tiene que; como ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. afirma, si la Resolución Administrativa (sic) MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031-2013 de 10 de junio de 2013 ha establecido "verdades materiales", entonces y como doctrinalmente sus efectos se circunscriben al caso que resuelve el mismo, sus argumentos pueden revisarse y volver a debatirse cuando se juzga otro caso (con más o menos similitudes; v.gr. caso de la Resolución Administrativa (sic)MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 – María Elena Durán Ramos). Nótese que aquella Aseguradora ha afirmado que la Resolución Administrativa (sic)MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031-2013 de 10 de junio de 2013 tiene calidad de "cosa juzgada formal", ergo, no tiene calidad de* ***cosa juzgada material*** *(verdad jurídica inmodificable).*

Que una segunda parte en este punto tiene que ver con la afirmación de que la APS hubiera fundado su decisión sólo en indicios, presunciones, juicios de valor que no constituyen prueba, violando los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002. Analicemos.

*Que puede fácilmente deducirse que el aspecto relevante es la supuesta debilidad, en lo que concierne a la Prueba, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 596-2013 de 01 de julio de 2013. Para ello, anotemos que (de acuerdo a Manuel Ossorio) "****indicio*** *es la circunstancia o* ***antecedente*** *que autoriza a fundar una opinión sobre* ***la existencia del hecho****, en tanto que* ***presunción*** *es el* ***efecto*** *que esa circunstancia o antecedente* ***produce en el ánimo del juez*** *sobre la existencia del hecho, mediando por ello una relación de causa a efecto. En igual sentido, Caravantes expresa que la* ***presunción*** *surge del* ***indicio.*** *La* ***presunción*** *no es, en el aspecto examinado, otra*

cosa que el juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos. En sentido civil, son llamadas ***presunciones legales*** *las establecidas por la ley para dar por existente un hecho, aun cuando en la realidad pudiera no haber sido cierto". La* ***presunción*** *es uno de los medios probatorios admitidos por la ley, aunque muchos confunden la presunción con el indicio.*

Que resulta entonces que el ***indicio*** *es el antecedente de la ocurrencia de un hecho, mientras que la* ***presunción****, es el* ***efecto*** *que tal indicio (u ocurrencia del hecho) produce en el espíritu del juzgador y este efecto sí es admitido como* ***prueba*** *en la Ley, como lo comprueba el artículo 374.6) del Código de Procedimiento Civil otorgándole la calidad de medio legal de prueba, con la taxativa advertencia del legislador de que* ***"una sola presunción podrá constituir prueba cuando a juicio del Juez tuviere caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento"*** *de acuerdo al texto del artículo 477.II del citado código adjetivo civil.*

Que en este sentido una primera conclusión es que la presunción ***sí*** *(sic) es un medio para formar convicción (léase, prueba) en el juzgador, quedando lejos la afirmación de la recurrente de que al basarse la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de 01 de julio de 2013 en presunciones, la misma fuera inconstitucional, violatoria del principio del debido proceso, carente de motivación y fundamentación, etc.*

Que surge inmediatamente la pregunta de cuáles son esas presunciones que, incluso bastando una sola, pueden hacer prueba? Vayamos a lo dispuesto en el artículo 1318 del Código Civil en cuanto a las ***presunciones legales****; unas admiten prueba en contrario (deben estar* ***expresamente*** *señaladas por Ley) y otras no (que son solamente tres casos y en ninguno se encuentra el caso que nos ocupa). En cambio, las* ***presunciones judiciales*** *son* ***aquellas que no están establecidas por Ley*** *y que* ***se dejan a prudencia del Juez,*** *quien no debe admitir sino las que sean graves y concordantes precisas conforme prevé el artículo 1320 del Código Civil. Por lo que una segunda conclusión es que (suponiendo que la resolución impugnada se hubiera basado solamente en presunciones) siendo la presunción un medio de prueba, la misma es y constituye base legal para decidir (léase, imponer sanciones) y bien que pudiera bastar, inclusive, una sola presunción para fundar decisión o juicio de valor. Por lo que el argumento que se analiza tampoco destruye la validez o eficacia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de 01 de julio de 2013.*

Pero vayamos más allá, analicemos cuáles los elementos de derecho y de facto que han llevado al ente regulador a formar criterio sancionando a ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.***

a) *Carta de 3 de febrero de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles, recibida en la APS en la misma fecha, en la que reclama por el cambio del Plan Vida Entera a Vida Flexible, a instancias de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pidiendo la ayuda del ente regulador (primer elemento de hecho).*

b) *Carta APS/DJ/DS/Nº 1869-2012 de 11 de marzo de 2012 por la que la APS solicita a aquella Aseguradora, documentación y demostración documentada del asesoramiento debido que hubiera prestado a Erika Lourdes Arias Gonzáles (segundo elemento de hecho).*

c) *Carta CITE: NAVI-GR-0176/2012 de 20 de marzo de 2012, recibida en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *remite las Pólizas de Vida Entera y de Vida Flexible así como otra documentación concerniente, adjuntando un informe de fecha 19 de marzo de 2012 por la que Gayer Guillén de la Torre manifiesta que a Erika Lourdes Arias Gonzáles tuvo pleno conocimiento del producto al cual estaba migrando, pero sin mayores referencias documentales (tercer elemento de hecho).*

d) *Carta APS/JTS/DS/Nº 3075-2012 de 25 de abril de 2012 (entregada el 2 de mayo a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a la Aseguradora que el informe de Gayer Guillén de la Torre no tiene sustento documental y constituye solamente palabras que no acreditan explicaciones de las ventajas y desventajas de los planes de Pólizas en cuestión (cuarto elemento de hecho).*

e) *Carta CITE: NAVI-GG-109/2012 de 07 de mayo de 2012, recibida en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *acompaña documentación tal como el slip de cotización, formulario de solicitud del Plan Vida Flexible de la cliente, copia de la carta de Erika Lourdes Arias Gonzáles por la que esta solicita la anulación del Plan Vida Entera, y copia del cheque por el valor del valor de rescate entregado a esta ciudadana por $us.208,51, que a juicio del ente regulador no constituye prueba de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera asesorado debidamente (con carácter previo a la migración de Plan) a la citada cliente Quinto elemento de hecho).*

f) *Carta de 30 de mayo de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles en la que explica la sucesión de hechos y personas que intervinieron en el cambio de Plan de Vida Entera a Vida flexible así como su decepción por el nuevo Plan y preguntando si podría recuperar todos sus aportes con el 2,5% de interés que se menciona en el tríptico de propaganda (sexto elemento de hecho).*

g) *Carta APS/DS/Nº 4818-2012 de 28 de junio de 2012 (entregada el 29 de junio a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a esta que han remitido documentación que no acredita haber asesorado debidamente a Erika Lourdes Arias Gonzáles para la migración de Plan y que tampoco han adjuntado documentación atinente al respecto (séptimo elemento de hecho).*

h) *Carta CITE: NAVI-GR-0467/2012 de 04 de julio de 2012 y recibido en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *señala que el hecho de haber remitido la solicitud escrita de la cliente para el cambio de plan de Vida es prueba de que se prestó el asesoramiento debido y que así prueba también el slip de cotizaciones que en su momento se entregó a Erika Lourdes Arias Gonzáles (octavo elemento de hecho).*

i) *Informe Técnico APS/DS/JTS/1116-2012 de 28 de agosto de 2012 en el que la APS llega a la conclusión de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A*** *no demostró documentalmente haber asesorado debidamente a Erika Lourdes Arias Gonzáles para el cambio de Póliza y que en adición, se evidenció que ha entregado información equivocada respecto del alcance de las Pólizas contratadas y por contratar (noveno elemento de hecho).*

*Que los anteriores elementos de hecho (****indicios*** *para constatar la ocurrencia del hecho reclamado) se han confrontado con las normas que se habrían incumplido, que no es otro que el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (indicios confrontados con la norma para formar la* ***presunción****, admitido como medio prueba). Puede observarse que siendo varios lo indicios (y no uno sólo), todos ellos son concordantes en cuanto a la insuficiencia del asesoramiento preceptivo en cuestión, y que el efecto que ocasionan en el ánimo del juzgador (léase, la APS) es que los hechos ocurridos se caracterizan por la insuficiencia del asesoramiento prestado por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *a la señora Ericka Lourdes Arias Gonzáles.*

Que no solo que la APS, antes de notificar formalmente con cargos a esta aseguradora, manifiesta por escrito a la recurrente, la insuficiencia de los argumentos presentados (sin respaldo documental), sino y cuando ya corrió la etapa formal de imputación, tampoco ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *produce la documentación apropiada para sustentar sus abundantes afirmaciones.*

Que ratificamos entonces que los presupuestos para formar convicción y sancionar a esta Aseguradora, cumplen con los requisitos legales exigidos, cumplen con lo mandado en el debido proceso y presunción de inocencia, cumplen con las reglas de las presunciones (pese a que la Ley faculta a formar criterio inclusive con una sola presunción, y a falta de uno se cuenta con nueve) y con las reglas de la prueba como se ha acaba de demostrar puntualmente.

Que los juicios de valor son imprescindibles (sobre la base de los antecedentes obviamente) para formar criterio, aspecto que no es ni puede ser causal de revocatoria.

Que en relación al ***argumento 3*** *del memorial de recurso anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, no escapa al entendimiento que al citarse la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013, se está actuando legal y legítimamente, de la misma manera que como cuando* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. acude a invocar normas constitucionales y de segunda jerarquía, sin que por ello, esté "descontextualizando" el caso.*

Que en efecto, la pertinencia de la cita de dicha resolución ministerial jerárquica radica en la utilidad de demostrar que en un caso similar (o igual) de cambio de Plan de Vida Entera a Plan de Vida Flexible, la instancia superior administrativa procedió a dar la razón al ente regulador, aunque los protagonistas y circunstancias fueron distintas, por lo que la APS jamás otorgó calidad de ***similitud absoluta*** *al caso de*

María Elena Durán Ramos con el de Ericka Lourdes Arias Gonzáles, pues está consciente de las diferencias existentes pero también está consciente del común denominador existente entre ambos; el cambio de plan

Que cuando ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. señala que el simple cumplimiento del procedimiento no constituye prueba, incurre en confusión, pues dentro del procedimiento sancionador administrativo está contemplada la etapa de la prueba con la notificación de cargos y la otorgación de un plazo para las probanzas que se convenga; luego, si se ha cumplido con todas las etapas de dicho procedimiento, sí se ha cumplido también con la etapa probatoria, por lo que no es de buen recibo señalar que no se ha cumplido con las pruebas e inmediatamente afirmar que se ha cumplido con las etapas del procedimiento sancionador. En todo caso, la APS jamás ha indicado que el cumplimiento de todas y cada una de las etapas "constituya" prueba de los hechos imputados.*

Que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. confunde el hecho de refutar la supuesta carencia del debido proceso y supuesto incumplimiento de la presunción de inocencia con la afirmación de que "el cumplimiento de las etapas del procedimiento hacen prueba".*

Que en relación al ***argumento 4*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS ha aclarado que la única similitud invocada por ella respecto de las resoluciones ministeriales jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031-2013 de 10 de junio de 2013 es el cambio de "Plan de Vida Entera" al "Plan de Vida Flexible" con el mismo proceso en consecuencia, respetando sus especificidades, sin que por ello hayan contradicciones que ameriten la aplicación de anular o dejar sin efecto una en desmedro de la otra. La invocación de la aplicación de reglas de derogación tácita corresponde a otro escenario que, definitivamente, no es el que nos ocupa.*

Que otro elemento extraído de las propias argumentaciones de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *es que siendo evidente que la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 reviste calidad de cosa juzgada formal (ya que es susceptible de otra acción en la vía de puro derecho) sus efectos nacen y se circunscriben a la propia resolución (carece de efecto erga onmes) sin afectar otros casos, por lo que tampoco en este escenario, es plausible aplicar normas de derogación tácita.*

Que en relación al ***argumento 5*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, nuevamente se señala que tanto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 como la MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031-2013 de 10 de junio de 2013 tienen calidad de cosa* ***juzgada formal*** *(aun pueden ser revisadas y modificar sus criterios), como la propia recurrente señala sus efectos (como la nulidad declarada por la URJ-SIREFI)* ***sólo afectan y alcanzan*** *a ella misma o al caso individual, y no a otros; luego, mal podría alegarse que la "RA 031" prevalece sobre la "RA 026" como si se tratase de resoluciones ministeriales con efectos erga omnes*

*Que en relación a los **argumentos 6 y 7** del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, se debe indicar y reiterar que la "motivación" no se encuentra en ninguno de los seis incisos del catálogo expresado en el artículo 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y a eso se refiere la APS cuando en la resolución impugnada manifestó tal, lo que no quiere decir que no siendo esencial, la motivación no deba concurrir en los actos administrativos (de hecho, la APS jamás expresó así).*

Que la confusión entre motivación y fundamentación se debe a que en el sistema jurídico, la mayoría de las veces, el término motivación va ligado con el de fundamentación. Los cuales, aunque a primera vista parecen sinónimos, no lo son en realidad, sino que su misma relación lleva a confusiones. La motivación es la obligación impuesta a la Autoridad Administrativa de tomar en cuenta, en la emisión de una Resolución, todos aquellos elementos que conforman el expediente (reclamos, informes, medios de prueba, alegatos, etc.) analizados y valorados.

Que la fundamentación, en cambio, deriva del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, como un elemento esencial, que establece que el acto administrativo "Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto (…) de ello se infiere que la fundamentación, además de enumerar preceptos jurídicos aplicables al caso, exige que la Autoridad Administrativa exponga las razones, del por qué ha decidido aplicar dichos preceptos.

*Que huelga añadir que aunque la motivación no es un requisito esencial (reiteramos) del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; esta APS al expresar sus decisiones siempre "motiva" sus resoluciones. Más aun, la norma administrativa exige que la motivación sea **concreta;** esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se impugna.*

Que para comprobar que la APS sí motivó la resolución impugnada, bastará leer la misma y comprender que los seis primeros Considerandos refieren a los hechos ocurridos y los Considerandos restantes refieren a la confrontación de estos hechos con las normas acusadas de incumplidas para luego derivar en la conclusión o juicio de valor consiguiente y de rigor.

Que debe quedar claro que conforme se ha explicado, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 596-2013 de 01 de julio de 2013 concurren la motivación y la fundamentación, aplicándose rigurosamente lo dispuesto en el artículo 28.e) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002. Entonces, queda por demás claro que la APS no ha usurpado funciones de interpretación ni del Tribunal Constitucional ni de la Asamblea Legislativa Plurinacional, cumpliendo escrupulosamente el artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002.

*Que en relación al **argumento 8** del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** tiene razón, no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino en la*

etapa recursiva. Toda vez que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031-2013 de 10 de junio de 2013 anuló las resoluciones inferiores, estas quedaron sin efecto, debiendo volverse a iniciar el proceso sancionatorio (como se lo hizo) y por eso es que aquella compañía ha accionado interponiendo este recurso.

Que en relación al ***argumento 9*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, debe apreciarse que en este procedimiento la APS sancionó sobre la base de pruebas generadas a la luz de lo dispuesto por los artículos 29.I y 50.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. No existiendo documento que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera presentado y que la APS no hubiera* ***admitido,*** *siendo situación distinta que dicha documentación tuviera efecto probatorio de descargo. Se ha admitido y por consiguiente, analizado, toda la documentación producida, habiéndosela valorado como insuficiente para descargos, por lo que la cita del artículo 88 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 no es atinente ya que jamás se ha "dudado" en admitir la producción de alguna prueba.*

Que en relación al ***argumento 10*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS, a través del cumplimiento de la etapa probatoria, como manda el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, accionó para que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *produzca sus probanzas, sobre cuya base y los elementos de hecho (indicios) que constituyen presunciones, procedió al análisis de las mismas y emitió juicio de valor. Recuérdese que los artículos 29 y 50 del referido Decreto señalan que la APS podrá* ***disponer la producción de prueba*** *pero no dice que la APS tenga que proponer, producir, practicar y agotar tales pruebas por ella misma; dicho de otro modo la APS al actuar como instancia administrativa y no ser parte del procedimiento administrativo sancionatorio esta relevada de ofrecer y producir prueba alguna.*

Que por lo demás, los ***nueve indicios anotados*** *(elementos de hecho) precedentemente, señalan que las respuestas, cartas y documentación adjuntada a las mismas por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. (en pleno ejercicio de su derecho a la defensa)*** *no acreditan haberse asesorado debidamente a la señora Ericka Lourdes Arias Gonzáles, por lo que mal puede acusarse al ente regulador de haber* ***presumido*** *la culpabilidad de aquella aseguradora ex ante la producción de tales pruebas.*

Que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *dice, afirma y reafirma que ha asesorado debidamente a Ericka Lourdes Arias Gnzáles en el trámite de cambio del Plan de Vida Entera al Plan de Vida Flexible, pero sin sustentar sus afirmaciones, sin sustentar documentalmente tal extremo, y en el mejor de los casos, de manera insuficiente en criterio de este ente regulador. Convengamos en que no basta afirmar un hecho si no se lo justifica o demuestra. La aseguradora pretende probar su asesoramiento con su sola afirmación, lo que no es plausible a los fines de un proceso administrativo.*

Que el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, precisamente, se refiere a la diligencia que se debe esperar de la conducta de las

compañías aseguradoras, salvo la excepción dispuesta; por ello, resulta inaceptable que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *alegue la* ***no*** *existencia de una norma respecto de la negligencia o diligencia en este tipo de actuaciones.*

Que en relación al ***argumento 11*** *del memorial de recurso anotado en el quinto Considerando de la presente resolución,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ha ejercitado su derecho a la defensa en aplicación del debido proceso sin que las alegaciones y documentación producida constituyan prueba enervante del cargo imputado, en criterio de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros. La Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y el Decreto Supremo N° 271715 (sic) de 15 de septiembre de 2003 establecen acciones de las cuales, los administrados son titulares subjetivos y en esta convicción,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pudo solicitar la vista del expediente, pudo solicitar la ampliación del término probatorio y otros, pero no lo hizo pese a que tenía el derecho de hacerlo. La aseguradora insinúa que debió haber sido la APS quien ejerza titularidad de aquellas acciones subjetivas que solo corresponden a los regulados o administrados; v,gr, pedir la vista del expediente. No hay norma que obligue o faculte a la APS a actuar en este sentido.*

Que en cuanto a las pruebas producidas por la compañía, se ha efectuado una relación de las mismas a momento de referirse al argumento 2, por lo que huelgan mayores comentarios.

Que en cuanto al ***argumento 12*** *del memorial de recurso anotado, en el quinto Considerando de la presente resolución,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *incurre en un error cuando señala que la APS ha valorado sus propias opiniones y definiciones del diccionario como pruebas. Confunde el hecho de apoyarse en definiciones de términos jurídicos y juicios de valor con valoraciones de prueba. Lo cierto es que acudir a estos recursos es ilustrativo, aclarativo y enriquecedor pero nunca tendrán calidad de prueba en sí mismas.*

Que respecto del artículo 116 de la CPE y artículos 2 y 8 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la APS ha demostrado que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ejerció su derecho a la defensa en aplicación del principio del debido proceso; lo prueban los antecedentes de este caso.*

Que finalmente, señalar que en relación a los cuatro "principios básicos adicionales" del argumento de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros considera que las pruebas se fundan o se sustentan en hechos y no al revés; siendo posible presentar todos los medios de prueba admisibles, la APS ha procedido así en este caso, no habiendo inadmitido ningún documento de esta compañía; existiendo plazos y reglas para la presentación de la prueba,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *presentó lo que juzgó oportuno sin haber solicitado ampliación del término probatorio como era su derecho, o pedir vista del expediente, o solicitar audiencia de exposición, como prevé la norma procesal; generalmente, la prueba no es la base de la prueba, sino,*

que la decisión o juicio de valor respecto de la imposición de una sanción, se basa en las pruebas practicadas

CONSIDERANDO:

*Que a manera de conclusión de la **ratio decidendi** de la presente resolución en relación a las pruebas producidas, de acuerdo a la documentación de respaldo del caso en análisis, se puede evidenciar que pese a que en dos oportunidades la APS solicitó a Nacional Vida Seguros de Personas S.A. demuestre documentalmente que ha cumplido con el artículo 14 inciso a) de la Ley de Seguros 1883, ésta no ha remitido en ningún momento a esta Autoridad, pruebas documentales que demuestren haber prestado el asesoramiento suficiente a la asegurada para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a seguro de Vida Flexible, limitándose a remitir informes de los actuados de sus propios empleados y a exponer las ventajas que el seguro de vida flexible tendría sobre el seguro de vida entera, lo cual no demuestra el cumplimiento al mencionado artículo.*

Que en concordancia a lo anterior, se requirió a Nacional Vida remita documentación que demuestre el cumplimiento de lo establecido en la Póliza de Vida Entera, cuyo artículo 13 numeral 13.1 prescribe:

"Cualquier cambio que el Contratante o Asegurado deseare efectuar en capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, la cual le dará a conocer las condiciones que el cambio puede efectuarse".

Que en este sentido, la asegurada cumplió a cabalidad lo estipulado en el contrato ya que de acuerdo a los documentos remitidos en nota CITE: NAVI – GG-109/2012 de 07 de mayo de 2012 y nota CITE: NAVI-GR-0467/2012 de 04 de julio de 2012 por la compañía, existe nota de fecha 06 de enero de 2011 mediante la cual la asegurada solicita su cambio de plan, sin embargo, la aseguradora en ningún momento hace conocer a su asegurada las condiciones en las que se hará el cambio de plan.

Que al requerir esta Autoridad documentación, Nacional Vida se limitó a remitir informes de los actuados de sus propios empleados y a exponer las ventajas que el seguro de vida flexible tendría sobre el seguro de vida entera, lo cual no demuestra cumplimiento alguno al mencionado artículo. Por consiguiente, se considera que al no contar con documentación que demuestre un correcto asesoramiento a su asegurada por el cambio de plan de vida entera a flexible, Nacional Vida Seguros de Personas, no ha cumplido con lo establecido por el artículo 13 numeral 13.1 del contrato de seguro de vida entera.

Que asimismo, con relación al cumplimiento del artículo 14, inciso a) de la Ley de seguros 1883 y a fin de presentar mayor evidencia en relación a la falta de asesoramiento, de manera independiente a la no remisión de documentación que demuestre el cumplimiento a dicho artículo, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. en la exposición de sus argumentos ha incurrido en brindar incluso al propio órgano de fiscalización información no verdadera, que demuestra y confirma que no han

asesorado correctamente a sus asegurados infringiendo el mencionado artículo, lo cual se expone a continuación.

- ***Retiros Parciales en el Seguro Vida Entera:*** *Nacional Vida Seguros de Personas S.A. afirma que en el seguro de vida entera, no aplican retiros parciales, no obstante, revisada la póliza de seguro de vida entera registrada mediante Resolución Administrativa Nº 246/99 del 30/08/99, se tiene que:*

El artículo 1.- Definiciones establece:

- *"1.14* ***Valor de Rescate:*** *Es el valor efectivo que tiene este seguro a favor del Asegurado a una fecha determinada; constituye el factor de ahorro de la Póliza;*

- *1.16* ***Retiro Parcial:*** *Es el pago parcial del Valor de Rescate Efectuado por la Compañía a favor del Asegurado";*

Asimismo, el artículo 17.- Valores Garantizados señala:

> *"A partir del tercer año de vigencia del contrato, el Asegurado tiene opción a los Valores Garantizados que se consignan en el Anexo adherido a la presente Póliza, los mismos que se aplicaran en las siguientes circunstancias: …17.4 El préstamo sobre la Póliza. Los valores anteriores se calcularán según la reserva matemática correspondiente, de acuerdo a normas técnicas establecidas a este aspecto"*

Que en este sentido, conforme a lo estipulado en el contrato de seguro comercializado, la póliza de seguro si permite el retiro parcial, a través del correspondiente préstamo sobre la póliza y no como señala Nacional Vida en su nota CITE: NAVI-GR-0467/2012 que este es un elemento "nomen juris".

Que no obstante lo anterior, es importante señalar que en la gestión 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a Nacional Vida de Seguros de Personas S.A. por el caso de Maria Elena Duran Ramos, sancionatorio que fue recurrido y llego a instancias de la Unidad de Recursos Jerárquicos del MEFP, unidad que a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013, señala en su punto 2.1.1. Trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos: "Empero, ***NACIONAL VIDA DE SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA, en ninguna parte de su Recurso de Revocatoria señala, como es que la Resolución Administrativa en esa coyuntura recurrida (APS/DJ/DS/Nº 880-2012), habría dejado de lado las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia – propia del sector seguros, o, en infracción de los principios del "debido sustento", no se hubiera sustentado la culpabilidad allí decidida,*** *resultando que aquello de haberse sancionado "limitándose" a la propia opinión del Ente Regulador o a sus propias declaraciones, no es sino una posición particular de la recurrente, que no encuentra mayor asidero jurídico.*

En este contexto, ha hecho bien el Ente recurrido (porque es su deber, al tenor de los artículos 24° y 120° de la Constitución Política del Estado, y 63° de la Ley N° 2341) en pronunciarse, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, sobre los extremos precisos de lo recurrido por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANONIMA,*** *conforme consta en la misma…"*

Que asimismo, señala uno de los considerando de la misma Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ***ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo****".*

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidos por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 596-2013 de 01 de julio de 2013, por lo que se concluye que corresponde confirmar la misma…"

5. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 13 de septiembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 784/2013 de 23 de agosto de 2013, expresando lo siguiente:

"…***I- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION***

Su autoridad al confirmar la resolución impugnada, realiza una serie de afirmaciones que nos agravian y perjudican y que son violatorias de la norma positiva boliviana y que nuevamente vician de nulidad los actos de su digna autoridad.

Debemos reiterar, Señor Director, el presente proceso de impugnación ya tiene un cúmulo de antecedentes que constituyen precedente formal que no puede y no debe pasarse por alto ni puede pretenderse otorgarles un grado inferior al que tienen.

En la resolución que hoy impugnamos, su autoridad desconoce de manera consiente y expresa que en nuestro sistema legal, las Resoluciones Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, constituyen la voz del Estado en el máximo, más grave y más serio nivel de impugnación de los actos de sus inferiores y son actos administrativos de carácter vinculante y por consiguiente de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades administrativas reguladoras del Sistema de Regulación Financiera de orden operativo o sectorial o especial, quienes se encuentran no en la potestad o facultad, sino en la obligación y en el deber de actuar en apego a lo dispuesto por la máxima autoridad de revisión en sede administrativa de nuestro sistema legal como es el Respetable Despacho del

Ministro de Economía y Finanzas del Estado Plurinacional de Bolivia, que tiene la competencia absoluta para sentar la nueva línea a la cual deben regirse las autoridades reguladoras como su digna autoridad.

Estos actos administrativos formales emitidos por el Estado Plurinacional de Bolivia, contenidos nada menos que en Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, que por cierto son superiores e inclusive tienen fuerza derogatoria respecto de normas administrativas de jerarquía inferior como las Resoluciones Administrativas, contienen declaraciones que no son meras elucubraciones teóricas o criterios temporales o meramente casuísticos, sino que constituyen una categoría especial que en derecho se denomina "Cosa Juzgada Formal". Es decir que constituyen "Verdades Formales" jurídicamente establecidas por la autoridad administrativa competente del Estado y que en el caso particular de nuestro sistema legal, constituyen Precedente Administrativo Vinculante y jurisprudencia administrativa que, como tal, debe ser atendido y aplicado por todas las autoridades administrativas en todas sus actuaciones subsecuentes. Entonces, señor Director, el texto de las resoluciones Ministeriales constituye una "verdad" sobre la cual no es posible continuar o reiniciar un debate, mucho menos en la esfera administrativa.

Dicho de otro modo, no les está dada a las autoridades de foros inferiores, la competencia para omitir o apartarse de lo ya dispuesto por la autoridad superior, cual si se pudiera reingresar en el debate ya resuelto por la autoridad superior, mediante pronunciamiento expreso, en una suerte de desconocimiento de la jerarquía del grado y fuerza legal de éstos pronunciamientos.

Su autoridad desconoce (reitero) que no se trata de meras declaraciones retóricas, o recomendaciones o exhortaciones subjetivas y menores o sentimientos de la autoridad superior que pueden o no ser atendidas por las autoridades reguladoras inferiores. Se trata de pronunciamientos formales y concluyentes, cuya observancia es inexcusable para las autoridades administrativas reguladoras de nuestro sistema regulatorio financiero, como lo es su digna autoridad.

Entonces, comprenderá que ninguna autoridad inferior puede tomarse la libertad de retomar el debate ya resuelto por el superior o cuestionar o de otra manera comentar el mismo, como si dichas cuestiones no hubieran sido resueltas, analizadas, consideradas y definidas por el superior en grado, ratificando, parafraseando, reiterando y hasta copiando exactamente las mismas premisas que ya fueron censuradas por el superior en grado.
En desconocimiento de todo lo anterior, su distinguida autoridad, en la Resolución impugnada realiza la siguiente afirmación:

> *Que en relación al argumento I del memorial de recurso, anotado en el quinto considerando de la presente resolución, la APS nada tiene que objetar por ser un concepto de amplia aceptación y uso No obstante, el ente regulador considera que debe tenerse en cuenta que la "**cosa juzgada formal** ", **a** diferencia de la "**cosa juzgada material** "(que no admite revisión), permite volver a debatir **los razonamientos ex post en los que se basó el acto administrativo para determinar***

su legitimidad. *Bastará, para confirmar esta afirmación, revisar acepciones y definiciones de esta categoría jurídica.*

Señor director, en nuestro sistema legal, el foro en el cual nos encontramos en éste momento no es el Foro Judicial o Constitucional, que en nuestro sistema legal si tiene atribuciones para proceder "en revisión judicial" y a la reconsideración de lo establecido por una "Verdad o cosa juzgada Formal", para dar nacimiento a la "Verdad o Cosa Juzgada Material."

En nuestro sistema legal, una autoridad reguladora, pertenece al distinguido foro administrativo que obedece a una jerarquía muy clara y que entre las normas y fuentes normativas que deben inspirar la línea de sus actos, tiene a la "Jurisprudencia Administrativa" y al llamado "Precedente Administrativo", que no es más que un criterio interpretativo de una cuestión legal que es emanado del más alto nivel de impugnación en la esfera administrativa, en éste caso la respetable cartera ministerial de Estado que se pronunció sobre las violaciones normativas de su autoridad.

Dentro de éste foro y en ésta arena administrativa, las autoridades reguladoras, como lo es su digna autoridad, deben seguir la línea Jurisprudencial Administrativa y el Precedente Administrativo, que son adoptados como interpretaciones formales por el máximo nivel de impugnación administrativa de nuestro sistema legal.

Esta sujeción a la interpretación o a línea de aplicación de la norma solo dejan de ser obligatorias cuando dicha "Verdad Jurídica Formal" fuera objeto de modificación en un eventual proceso de "Revisión Judicial", que en el presente caso, señor Director, no existe.

Entonces señor Director, una autoridad reguladora no está "permitida a volver a debatir los razonamientos ex post", lo que solo puede hacer la autoridad judicial.
Una vez más su autoridad es tan categórica en su afirmación de que las Resoluciones Administrativa Jerárquicas carecen de calidad de Jurisprudencia administrativa que afirma lo siguiente en la página 11 de la resolución, hoy impugnada:

> *"...la URJ-SIREFI* ***solo afectan y alcanzan*** *a ella misma o* ***al caso individual*** *y no a otros, luego, mal podría alegarse que la "RA" 031"prevalece sobre la RA 026"* ***como si se Tratase de resoluciones ministeriales con efectos erga omnes.***

El señor Ministro de Finanzas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031 -2013 de 10 de junio de 2013 ("RA 31"), establece "Verdades formales" que, con arreglo a lo expuesto e independientemente de los respetables criterios sin base legal vertidos por su autoridad, en nuestro sistema legal no admiten mayor debate ni comentario en sede administrativa que pudieran pretender hacer a un lado o pasar por alto el criterio formal de la autoridad superior.

Esas Verdades materiales establecidas por la autoridad superior, son aplicables plena y directamente al caso que nos ocupa, que ya es algo indiscutible y que no admite

mayor debate (discusión, alegación) y sobre lo cual no se puede reingresar en análisis ulterior, al haber sido las mismas agotadas y resueltas por el superior en forma expresa, pueden resumirse de la siguiente manera:

- *En nuestro sistema legal y en sede administrativa del sistema de regulación financiera, el simple o mero cumplimiento del procedimiento sancionatorio no puede entenderse como el basamento esencial para el nacimiento de la responsabilidad y menos como el fundamento de una sanción. Es decir que el solo cumplir con el "iter" o la formalidad procedimental que dicho cumplimiento origine pruebas incontrastables que permitan destruir la garantía constitucional de presunción de Inocencia o de actuación diligente, no pueden ser el mérito de una sanción.*
- *Los indicios, presunciones o juicios de valor no constituyen prueba que sirva de base para el desarrollo de procedimiento sancionatorio alguno.*
- *En el presente caso, su autoridad ha incumplido lo dispuesto en el Art. 28 incisos b) y e), es decir que es una verdad formal que la sanción no tiene hechos ni antecedentes probados que constituyan causa y no tiene fundamento.*

Su autoridad respecto de esta Verdad Material correspondiente puntualmente a éste caso, declarada por el superior en forma expresa, y ante la evidencia de las violaciones constitucionales que denunciamos aquí, recurre a una cita completamente descontextualizada y que corresponde a otro caso completamente distinto a éste y pretende que una resolución ministerial de otro caso se aplique a éste en sus cuestiones particulares y no principistas, como debiera ser en todo caso de aplicación de la jurisprudencia administrativa.
Para justificar semejante descontextualización y pretendida aplicación de una norma de otro caso, su autoridad afirma que se trata de casos iguales cuando dice.
"…

> *Que adicionalmente a los argumentos expuestos por la presente Resolución es menester hacer referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, que corresponde a otro reclamo de la Sra. María Elena Duran Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.*
> *"…*
> *Que en dicho reclamo, se siguió el mismo procedimiento que el reclamó de la Sra. Ericka Lurdes Arias Gonzales, con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Durán, Nacional Vida permitió el regreso del seguro de vida entera mientras que en el caso de la Sra. Arias se terminó por anular la póliza con la siguiente inconformidad del asegurado.*

…"

Señor director, con arreglo a lo expuesto más arriba, verá que estamos plenamente de acuerdo con usted en el hecho de que se trata Precedentes Administrativos que no pueden pasarse por alto porque se trata de pronunciamientos formales de la autoridad superior.

Sin embargo su autoridad pretende aplicar dicha regla respecto de algo que no admite dicha aplicación cual es la identidad en un sentido y no en otro. Es decir, el fallo vale en lo que aprobaría los actos de su autoridad y carece de validez en lo que le censura, sin reparar que las censuras del fallo superior son (sic) tiene connotación, de rango nada menos que constitucional.
Su autoridad afirma que en ambos casos se habría seguido el "mismo procedimiento" que ambos procedimientos sólo se diferencian entre sí en que en el caso de la Sra.- Duran, se habría permitido en regreso al antiguo plan y en el nuevo no.

En base a ese razonamiento, su autoridad pretende ampararse en el pronunciamiento del superior correspondiente al caso de la Sra. Duran (que no analizaré aquí) el cual, por cierto, anulo obrados solo por la violación de la norma en la graduación de la pena. Sin embargo la anulación del presente caso, se basó en la violación de garantías constitucionales del debido proceso y de la garantía constitucional de inocencia y en la absoluta existencia de fundamento para la imposición de la pena.

Esta omisión de su autoridad del fundamento para la anulación de sus respetables actos por parte de la autoridad superior, pretendiendo abstraerse de la realidad afirmando que el superior no habría expresado censura formal sobre sus actos, hace que la base esencial de su pronunciamiento carezca en lo absoluto de sustento legal.
En el presente caso, señor director, la autoridad superior anulo sus actos en base a la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación y no a un mero error en la gradación de la pena.

Primero, es claro que la autoridad ya resolvió éste tema en sentido de que el mero cumplimiento del procedimiento no importa "prueba", como usted ha afirmado en forma reiterativa en todos los antecedentes anulados de éste caso, cuyos fundamentos no parece conveniente recapitular a éstas alturas.

En segundo lugar, si fuera cierta su hipótesis de que se trata de casos idénticos en los cuales su autoridad siguió el mismo procedimiento y por tanto (como consecuencia lógica y automática) las mismas conclusiones dictadas y establecidas como verdades jurídicamente establecidas por la autoridad superior, de acuerdo a usted, debieran ser aplicables a los dos casos, entonces, señor Director, se aplicaría a éste caso, una técnica dogmática jurídica llamada "Reglas de Resolución de Conflicto de Leyes en el Tiempo", que desconoció en la resolución que impugnamos.

Al no considerar usted lo expresado en nuestra impugnación Estas reglas dicen que cuando existen dos normas de la misma jerarquía, dictadas por la misma autoridad, sobre la misma materia o asunto, que contienen disposiciones opuestas, entonces la de data más reciente deja sin efecto a la de data anterior.

Es lo que sucede porque se aplica una categoría legal llamada "derogatoria tácita de la norma", que se encuentra expresamente regulada en nuestro sistema legal, y sobre cuyo análisis no ingresaré en éste momento.

En el caso que nos ocupa y siguiendo el criterio expreso suyo, existen dos normas que han resuelto un mismo caso en dos sentidos distintos que son las siguientes:

- *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de fecha 13 de mayo de 2013* ***("RA 26").****(sic)*
- *La Resolución ministerial (sic) Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 32/2013 de fecha 10 de junio de 2013* ***("RA 31").*** *(sic)*

En el caso de la RA 26, ésta anuló obrados en base a un elemento:

- *Inexistencia de Modulación apropiada de la sanción sin tomar en cuenta la Presunción de actuación diligente.*

En el caso de la RA 31, ésta anuló obrados en base a dos elementos:

- *El acto Administrativo no goza de validez Inexistencia por carecer de fundamentación y motivación.*
- *Al no existir un acto válido, no se podía proceder a la imposición de sanción alguna.*

Su autoridad sostiene expresamente que los dos casos serían caso resueltos habría seguido "el mismo procedimiento" y por tanto debería ser aplicable lo dispuesto por la Autoridad superior a los dos casos. Si su premisa fuera cierta, entonces la norma vinculante aplicable a los dos casos no sería la RA 26 sino la RA 31, debido a que luego de resuelto el conflicto entre ambas normas, la que prevalece es la RA 31 sobre la RA 26.

Dicho de otra manera, si su argumento de que ambos casos son iguales fuera cierto, entonces la nulidad dispuesta por la autoridad ministerial con base en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación para la imposición de una sanción, debiera alcanzar a los dos casos y no solo a uno. Así lo establecen las reglas aplicables a nuestro sistema legal.

El hecho final e incuestionable, es que su autoridad nuevamente ha ratificado una resolución, que hoy impugnamos, que nuevamente carece de fundamentación y motivación.

Su autoridad, respecto de lo anterior y en forma tautológica afirma, cual si dicha premisa no hubiera sido ya censurada por el superior en éste mismo caso, que la motivación no es obligatoria (¿??¡¡¡) y ratifica esa afirmación en la resolución que hoy impugnamos. Presenta un razonamiento silogístico, sin reparar que la norma ya ha resuelto la cuestión y que las elucubraciones de los peritos son útiles cuando la norma no tiene la claridad necesaria. En el caso presente la norma es muy clara y dice lo siguiente en el Art. 30 de la LPA:

> *"ARTÍCULO 30.- (Actos Motivados).-Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y **fundamentos de derecho** cuando: a) (Resuelvan recursos administrativos;..."*

Su autoridad, una vez más y reiterando el criterio expresado en varias piezas anteriores de éste mismo proceso impugnatorio, pretende plantear que su autoridad está solo alcanzada por ciertas normas y al margen de otras o que tuviera facultades de interpretación de lo que "realmente quiere decir la norma", sin competencia en lo absoluto para dicha tarea de interpretación que es privativa y excluyente del Tribunal constitucional del estado Plurinacional de Bolivia y de la propia Asamblea Legislativa Plurinacional.
Su autoridad a pesar de citar la norma la desconoce. El art. 30 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 ***("LPA")*** *dice*

> *"ARTÍCULO 30.- (Actos Motivados).-Los actos administrativos **serán** motivados con referencia a **hechos y fundamentos de derecho** cuando: a) …""…a) Resuelvan recursos administrativos;..."…"d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa…"*

Note Usted que la norma no dice ".... -podrán ser motivadas..." ó " serán motivadas si la autoridad lo considerare necesario...". ***Menos dice ".*** *(sic)* ***..****serán motivadas cuando así en opinión del regulador fuera pertinente..." Interpretar la norma, es decir establecer lo que la misma "realmente dice" es una atribución de otros órganos del estado Plurinacional de Bolivia y no de su digna autoridad.*

Su autoridad, no toma en cuenta que no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino que estamos en una etapa muy evolucionada de un procedimiento impugnatorio que derivó en la anulación de sus actos por violaciones constitucionales que no pueden hacer que usted considere que nos encontramos en un procedimiento nuevo y sin antecedentes tan graves como las citadas violaciones constitucionales que ameritaron anulaciones formales por parte del superior, con base en esas violaciones de calibre constitucional, lo cual a éstas alturas y a pesar del criterio respetable de su autoridad no puede continuar en debate.

Continuando con su línea de pasar por alto lo dispuesto por normas superiores respecto de éste caso y por el superior en grado, su autoridad ratifica, y reafirma o hasta copia textualmente lo dicho en las resolución (sic) *anuladas y sin tomar en cuenta que estas cuestiones ya han sido resueltas y que han motivado la anulación dé sus actos. Usted afirma que usted no está en la obligación de presentar pruebas para condenar a una persona a una sanción, sin hacer cita alguna del fundamento en derecho positivo para dicha afirmación.*

Su autoridad en la resolución que ratifica, nuevamente pretende omitir el hecho de que la base legal de la censura expresa realizada por la autoridad superior y la condena con la nulidad subsecuente de sus actos, no son las normas especiales y operativas de rango inferior esgrimidas por usted y por tanto no le alcanzan y no alcanzan a éste caso. El fundamento para la anulación de todos sus actos ha sido, señor director, la norma constitucional ratificada por nosotros en numerosas porciones

del expediente del exordio y reafirmadas por la autoridad Ministerial, que no le permite a ninguna autoridad auto eximirse de la obligación de presentar pruebas para imponer una sanción a una persona dentro del estado Plurinacional de Bolivia, desconociendo la garantía constitucional de presunción de inocencia de la cual goza esa persona, sin viciar de nulidad tales actos.

Su autoridad desconoce el Art. 88 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 que dice:

> *"…La admisión y producción de pruebas se sujetará...""... en la duda sobre su admisibilidad y pertinencia se estará a favor de su admisión y producción…"*

Señor Director, en el presente caso, la autoridad superior, ha disipado toda duda al respecto estableciendo que en éste caso, su autoridad debe presentar pruebas y que el mero cumplimiento del "iter" adjetivo no puede constituir prueba y menos la base de la condena de una persona.

Debemos estar de acuerdo con usted en las citas y desarrollos doctrinales que hace pretendiendo sustentar su posición, pretendiendo sostener que una sola presunción (no un hecho) originada en un proceso civil es igual que la originada en el procedimiento administrativo. No ingresaremos en tal debate aquí por no ser productivo, pero es claro, señor director, que de acuerdo a la norma positiva boliviana, se otorga un calibre especial a la prueba dentro del proceso civil por la solemnidad y formalismo de dicho proceso, el cual no es aplicable al procedimiento administrativo, como lo expresa la abundantísima jurisprudencia y línea constitucional boliviana.

Pero su autoridad ratifica ese actuar sin fundamento y en la resolución que impugnamos, luego de esa su introducción reingresa nuevamente en la violación frontal de la norma con afirmaciones categóricas de Presunción de culpabilidad" y desconocimiento de la Presunción de Inocencia, que no son más que una copia de las premisas en base a las cuales pretende usted sancionar a nuestra entidad.

En todas estas afirmaciones indubitables y que no dejan lagunas sobre su sentido, su autoridad pretende afirmar que en nuestro sistema legal la culpabilidad se presume y lo que se debe probar es la inocencia. Es exactamente al contrario, Señor Director.

Su autoridad, en absoluta violación de la norma, pretende presentar recién en la etapa impugnatoria una relación de pruebas, percatada del hecho de que esa omisión, es base de una nulidad de sus actos y en la página 9 dice lo siguiente:

"…

> *Pero vayamos más allá, analicemos cuáles los elementos de derecho y de facto que han llevado al ente regulador a formar criterio sancionador a* ***NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A.***

…"

Señor director, en nuestro sistema legal existen plazos y momentos en el "procedimiento Legalmente Establecido" en los cuales el fundamento y la motivación deben ser presentados, hacerlo en ésta etapa "ex post" de impugnación,

constituye una abierta violación del procedimiento legalmente establecido, violando una vez más sus actos de nulidad al tenor del Art. 35 de la LPA que dice:

> *"...ARTÍCULO 35°.- (Nulidad del Acto).-Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes…""…c) Los que hubieses sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido,… "*

Cabe remarcar que su autoridad no presentó en el momento de la sanción ninguna relación de pruebas, amparado en una capacidad de discrecionalidad que de ninguna manera le permite eximirse o relevarse de la obligación de probanza, fundamentación y motivación de sus actos.

Su autoridad nos agravia al ratificar el acto impugnado en el cual usted llega al extremo de la desviación al afirmar que quien debe probar que el asesoramiento verbal fue el correcto es el procesado y no quien impondrá la pena, quien en su criterio debe apoyarse en la presunción de negligencia (¿??¡¡?), sin hacer ninguna cita normativa para tal afirmación, debido a que obviamente dicha norma no existe.

Su autoridad continúa emitiendo juicios de valor carentes de todo fundamento legal en el derecho positivo boliviano, cuando realizando una tarea de interpretación que no es de competencia de un respetable regulador dice:

"…

> *(sic) modo la APS al actuar como instancia administrativa y no ser parte del procedimiento administrativo sancionatorio esta revelada de ofrecer y producir prueba alguna.*

…"

Esta afirmación es uno de los pilares de su forma de actuar en todo éste proceso, por la que usted cree ser titular de un derecho para imponer una sanción a una persona sin la necesidad de presentar prueba para imponerle esa pena (¿¡¡). Esta es una afirmación que no tiene base en ninguna norma boliviana, más que en su propia interpretación que muestra al altísimo grado de distorsión que deriva en las violaciones constitucionales que han motivado la anulación de sus actos en impugnaciones anteriores.

Su autoridad desconoce la garantía constitucional de presunción de inocencia, por la cual toda persona no solo puede afirmar que es inocente por que la Constitución Po'litica (sic) del Estado lo garantiza, sino que lo puede afirmar verbalmente. No tiene necesidad de probar su inocencia señor director.
Su autoridad dice al respecto lo siguiente en la resolución que impugnamos:
(Pagina 13) (sic)

"…

(sic)que no basta afirmar un hecho si no se lo justifica o demuestra. La aseguradora pretende probar su asesoramiento con una sola afirmación, lo que no es plausible a los fines de un proceso administrativo
..."

Pero además, su autoridad realiza afirmaciones que desconocen las garantías constituciones en Bolivia, violando frontalmente la constitución, cuando dice: (pagina 14) (sic)

(sic)las compañías aseguradoras, salvo la excepción dispuesta, por ello, resulta inaceptable que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *alegue la no existencia de una norma respecto a la negligencia o diligencia en este tipo de actuaciones.*

Esta es una afirmación que parecería sostener que lo que se presume en nuestro sistema legal es la negligencia o culpabilidad y no la diligencia o inocencia, esta afirmación es frontalmente violatoria de nuestra Constitución.

Señor Director, el Art. 117 de la Constitución Política del Estado, al establecer uno de los principios esenciales de nuestro estado de derecho dice lo siguiente:

"...Artículo 117 I. ***Se garantiza la -presunción de inocencia.*** *Durante el proceso,* ***en caso de duda*** *sobre la norma aplicable regirá* ***la más favorable*** *al imputado o* ***procesado…"***

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario.
Es decir que de conformidad con la norma constitucional de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad presuma, sin prueba alguna, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Siguiendo ésta línea normativa, el Art. 71 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 d (sic) ***("LPA"),*** *dice lo siguiente:*

"...ARTICULO 71°- (Principios Sancionadores).- ***Las sanciones administrativas*** *que las autoridades competentes* ***deban imponer*** *a las personas,* ***estarán inspiradas*** *en los principios de legalidad, tipicidad,* ***presunción de inocencia,*** *proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...."*
"...ARTICULO 74°.- ((Principio de (Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, ***se presume la inocencia*** *de las personas mientras* ***no se demuestre lo contrario*** *en idóneo procedimiento administrativo… "*

Vea usted que la norma enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una sanción.

De acuerdo y siempre en protección del principio de Inocencia, el Art. 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de la es Intendencia de seguros de fecha 24 de octubre de 2003 dice lo siguiente:

> *"...Artículo 18.- (Determinación de la gravedad de la infracción) …""…La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o* ***entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia****, salvo* ***prueba en contrario,*** *de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso* ***y en todos los similares....***"

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad.
En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción. Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario. Este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

> *"...ARTÍCULO 47°.- (Prueba).-1. Los* ***hechos relevantes*** *para la* ***decisión*** *de un* ***procedimiento*** *podrán acreditarse por cualquier medio de* ***prueba admisible en*** *derecho....""...II. El* ***plazo y la forma de producción*** *de la prueba será la determinada...""... III. La autoridad administrativa, mediante providencias expresas, determinará el procedimiento para la* ***producción de las pruebas*** *admitidas..."*
> *ARTÍCULO 49°.- (Alegatos).-Producida* ***la prueba*** *o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las* ***pruebas producidas****, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue* ***sobre la prueba producida*** "
> *ARTÍCULO 83°.-(Etapa de Tramitación). - I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación -podrán presentar* ***todas las -pruebas****, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses.…""…II. Serán* ***legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos*** "

De estas porciones de la norma, es posible extractar los siguientes principios básicos adicionales:

a. *Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan en pruebas.*
b. *Es posible presentar todos los medios de prueba admisibles en derecho.*
c. *Existen reglas y plazos para la producción de la prueba.*
d. *La prueba que servirá de base es la prueba "producida".*

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la "producción", que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de "forma" y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de "producción". Algunos sistemas llaman a éstas fórmulas de solemnidad (sic)el busca que la forma de producción de las mismas sea "transparente".
Los medios de prueba "legamente aceptados" a que se refiere el texto transcrito precedentemente, se encuentran regulados por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

> *"…Art.374.- ("MEDIOS LEGALES DE PRUEBA)- Son **medios legales de prueba:** 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) T.C peritaje. 5) La testificación. 6) la presunciones (sic)…"*

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción. Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario. Este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

> *"…ARTÍCULO 47°.- ((Prueba).-I. Los **Hechos relevantes** para la **decisión** de un **procedimiento** podrán acreditarse por cualquier medio de **prueba admisible en** derecho....'"...II. 'El **plazo y la forma de producción** de la prueba será la determinada...'"... III. La autoridad administrativa, mediante providencias expresas, determinará el procedimiento para la **producción de las pruebas** admitidas..."*
> *"… ARTÍCULO 49°.- (Alegatos).-**Producida la prueba** o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las **pruebas producidas** otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue sobre la **prueba producida…"***
> *"…ARTÍCULO 83°.- (Etapa de Tramitación).-*
> *I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir (sic)*

producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas. Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

> *"...ARTÍCULO 71°.* ***(Principios Sancionadores).-****Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad,* ***presunción de inocencia****, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...."*

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con ésta base en la "imputación de cargos", que la carga de la prueba sea traslada (sic)completamente y exclusivamente al procesado quien deba "probar su inocencia". El hecho es que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba está distribuida entre ambas partes en forma equivalente.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

> *".. Artículo 116. I. Toda persona* ***será protegida*** *oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al (sic)*

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como "la opinión del juzgador", ó "las definiciones o criterio personal del juzgador" ó la opinión y conclusiones personales del juzgador" ó a "lo que diga el diccionario".

En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las "presunciones", la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

> *"... Artículo 29.- ((Prueba). I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer* ***la producción de pruebas*** *admisibles en derecho, respecto*

*de tos hechos invocados y que sean **conducentes para la toma de sus decisiones;** ...""... II. La providencia que ordene l**a producción de las pruebas será expresa...""…III. Las pruebas** serán valoradas en su integridad, con racionalidad..."*

Se verá que ésta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de "producción" y la necesidad de que las pruebas sean las "admisibles en derecho". Remarca además la necesidad de que la limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

En ninguna parte de obrados su autoridad presenta pruebas admisibles en derecho y nuevamente se basa en su opinión, sus presunciones y su criterio personal que es muy respetable, pero lastimosamente no constituye prueba alguna en nuestro sistema legal, mucho menos para condenar a una persona sea cual fuere ésta.

Su autoridad realiza afirmaciones absolutamente contrarias a la norma positiva boliviana brevemente descrita más arriba, cuando dice:

(Página 8)(sic)

informe (sic)de Gayer Guillen de la Torre no tiene sustento documental y constituye solamente palabras que no acreditan explicaciones de las ventajas y desventajas de los planes de Pólizas en cuestión (cuarto elemento de hecho)

Esta afirmación es el corolario que explica porque su autoridad considera que la diligencia y la inocencia se prueban y que la culpabilidad y negligencia se presumen. Señor director (reiteramos), en nuestro país, es exactamente al contrario y una persona tiene el derecho a afirmar "con solamente palabras" que es inocente y quien debe probar lo contrario es quien pretenda condenarle o sancionarle.

Valor del valor de rescate entregado a esta ciudadana por $us: 208,51, que a juicio del ente regulador no constituye prueba de que NACIONAL VIDA SEGUROS DE (sic)

Una vez más Señor Director, la calidad y valor de las pruebas no dependen del "juicio del regulador" sino de la calidad que les otorga la Ley, como se explicó ampliamente aquí.

PERSONAS S.A., hubiera asesorado debidamente (con carácter previo a la migración del Plan) a la citada cliente Quinto elemento de hecho.)(sic)

(Página 9)

*cuestión, (sic) y que el efecto que ocasionan en el ánimo del juzgador (léase, la APS) es que los hechos ocurridos se caracterizan por la insuficiencia del asesoramiento presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,** a la Sra. Ericka Lourdes Arías Gonzáles.*

Todas éstas afirmaciones, no son más que una muestra de las violaciones a las garantías constitucionales en las que su autoridad ha incurrido una vez más al tenor del Art. 35 de la LPA que dice:

> *"..ARTÍCULO 35.- (Nulidad del Acto).-I. Son nulos de -pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: ..."'"...d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del' Estado..."*

II - PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA y de los consiguientes del D.S. 27175, interponemos Recurso Jerárquico en contra de la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 784-2013 de fecha 23 de agosto de 2013,*** *por haber violado las presunciones y garantías constitucionales y por haber violado el debido proceso condenándonos sin prueba alguna, invocando la nulidad de la misma y de todo lo actuado y en el peor de los casos se deje sin efecto la resolución impugnada. En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara la resolución impugnada…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Que, en fecha 3 de febrero de 2012, la Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales, presentó reclamo a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones contra **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA.**

Que, en fecha 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 895-2012, mediante la cual sancionó a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** con una multa de 80.001 UFVs (Ochenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención al **inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros**, misma que es confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013.

Que, en fecha 28 de enero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, que en recurso de revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 10 de junio 2013, emitió la

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 031/2013, misma que determinó, en su parte resolutiva, lo siguiente:

> "…***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012,* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

En fecha 1 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 596-2013, mediante la cual sanciona a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** con una multa de 39.186 UFVs, (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención al **inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros:** Conviene transcribir la norma:

> "***ARTICULO 14. - PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.*** *Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:*
>
> *"…a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos"*

Que, en fecha 25 de julio de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 596-2013 de 01 de julio de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº784-2013 de 23 de agosto de 2013.

Que, en fecha 13 de septiembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** interpuso Recurso Jerárquico, mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a los Precedentes Administrativos.-

La recurrente señala que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, utilizaría precedentes de otros casos, como la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013, correspondiente al caso de la Sra. Durán, para fundamentar su posición en el caso de la Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales.

A decir de la recurrente, no podría aplicarse la Resolución Ministerial Jerárquica Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013 al caso de autos, en razón a que los efectos de la misma no son erga omnes sino inter partes, por lo que no puede servir de fundamento para otro caso como el presente.

Al respecto de este punto, corresponde traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2013 de 23 de septiembre de 2013, el que señal que:

"…en cuanto a la aplicación de los precedentes de la Ex Superintendencia General del SIREFI y los de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas se tiene que a diferencia de lo señalado por la recurrente la jurisprudencia emitida por esta instancia si son obligatorias y vinculantes para las instancias inferiores u órganos reguladores ya que si bien el recurrente señalaría que las mismas solo tendría efectos interpartes la recurrente no debe olvidar que el caso de que exista un caso análogo y con supuestos facticos similares, la administración pública está en la obligación de resolver el caso presente de la misma manera que su precedente anterior que este hecho justamente hace que se garantice y prevalezca el principio de igualdad y el de seguridad jurídica que el hecho de que la instancia inferior se haya pronunciado en el mismo sentido más bien demuestra que se ha cumplido con el principio de seguridad jurídica…"

De lo referido, entonces, es menester precisar a la recurrente, que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas no son meramente enunciativas, sino que las mismas son de cumplimiento obligatorio y vinculantes para la autoridad inferior; obviamente, para que el precedente sea aplicado, deben concurrir los mismos hechos, es decir un caso análogo con supuestos facticos similares, garantizando de ésta manera, los principios de igualdad y seguridad jurídica.

2.3. Existencia de elementos objetivos de convicción.-

La recurrente señala, que el Ente Regulador habría vulnerado el principio de inocencia al haberla sancionado sin que se haya probado el incumplimiento al artículo 14 inc. a) de la Ley de Seguros.

No obstante, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 784-2013 de 23 de agosto de 2013, señala determinados **elementos de convicción** para imponer la sanción, como los siguientes:

"…a) *Carta de 3 de febrero de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles, recibida en la APS* (…)
b) *Carta APS/DJ/DS/Nº 1869-2012 de 11 de marzo de 2012* (…)
c) *Carta CITE: NAVI-GR-0176/2012 de 20 de marzo de 2012,* (…)
d) *Carta APS/JTS/DS/Nº 3075-2012 de 25 de abril de 2012* (…)
e) *Carta CITE: NAVI-GG-109/2012 de 07 de mayo de 2012,* (…)
f) *Carta de 30 de mayo de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles* (…)
g) *Carta APS/DS/Nº 4818-2012 de 28 de junio de 2012* (…)
h) *Carta CITE: NAVI-GR-0467/2012 de 04 de julio de 2012* (…)
i) *Informe Técnico APS/DS/JTS/1116-2012 de 28 de agosto de 2012…"*

Con base en ello, el Ente Regulador concluye que:

"… los anteriores elementos ***de hecho (indicios para constatar la ocurrencia del hecho reclamado)*** *se han confrontado con las normas que se habrían incumplido, que no es otro que el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (indicios confrontados con la norma para formar la* ***presunción, admitido como medio***

prueba*).** *Puede observarse que siendo varios lo indicios (y no uno sólo), todos ellos son concordantes en cuanto a la insuficiencia del asesoramiento preceptivo en cuestión, y que el efecto que ocasionan en el ánimo del juzgador (léase, la APS) es que los hechos ocurridos se caracterizan por la insuficiencia del asesoramiento prestado por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. *a la señora Ericka Lourdes Arias Gonzáles…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, resulta que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros utiliza como argumento jurídico, la presunción, con el fin de imputar el cargo por incumplimiento al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998; sin embargo, en materia administrativa no puede considerarse como base de la imputación una presunción, por cuanto, lo mismo entra en grave contradicción con la presunción de inocencia que prescribe la Constitución Política del Estado en su artículo 116, parágrafo I.

Por consiguiente, no se llega a determinar la responsabilidad y sanción a un regulado en base sólo a una presunción; la justicia administrativa debe buscar una verdad sustancial o material, y no una mera verdad formal, aparente o lógica. La Autoridad administrativa no debe sustituir la certeza real por la certeza lógica basada en presunciones legales, no debe olvidar que para imponer una sanción, debe apreciarse debidamente la responsabilidad del regulado con pruebas que lo acrediten, no siendo posible, en caso contrario, emitirse una resolución sancionatoria.

Sin embargo, en ese orden de cosas y contrariamente a lo señalado por el recurrente, de la revisión de los antecedentes elevados por la Autoridad Reguladora, en concordancia al precedente administrativo y lineamiento establecido por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 080/2013 de 27 de noviembre de 2013, y en ejercicio de la verdad material a la que queda obligada la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (entonces también el suscrito), le correspondía a esta comprobar fehacientemente y corroborar, si la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** habría incurrido en la infracción por la que ha sido imputada.

A tal efecto, se tiene presente que la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, la infracción imputada y después sancionada, consiste en:

"…*El 3 de febrero de 2012, Erika Lourdes Arias Gonzales mediante carta hizo conocer a la APS que con Nacional Vida Seguros de Personas contrato* (sic) *el Seguro de Vida N° NAVI-VI-4281/LP/07* ***"Vida Entera Pagos Limitados (10 años) póliza que cubría hasta el momento de muerte"*** *y que en fecha 17 de enero de 2011, la compañía le ofreció un plan con, aparentemente, mayores beneficios, razón por la que migro* (sic) *al* ***Plan Flexible Premium*** *con N° POL-VF-LP-00200720-2011-00, creyendo ilusamente en la buena fe del agente de seguros y obviamente de la empresa aseguradora que no le advirtieron que la edad fin de póliza, era de 55 años, momento en que se terminan de pagar las primas y cuya cobertura es sólo hasta esa fecha y no hasta el momento de la muerte.*

Asimismo la asegurada afirma haberse percatado de esta situación cuando retiró

sus valores de rescate y revisando la póliza con una amiga se entero (sic) *que al retirar estos valores de rescate el monto asegurado disminuiría, razón por la que se apresuró a presentar una carta para hacer la reposición de estos valores, y allí, en oficinas de la aseguradora, el Sr. Rodrigo Chirveches le informó que el retiro de valores de rescate no incide en la disminución del monto asegurado; no obstante la asegurada asegura tener desconfianza y solicitó el asesoramiento del ente de fiscalización.*

2. *A pesar de las sucesivas comunicaciones entre la APS y la Aseguradora, a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tornado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado…*"

Lo que importaría contravención al artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece:

> ***"PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos***..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 784-2013 de 23 de agosto de 2013, se rescatan los extremos que, sin embargo de haber sido ya supra citados, se transcriben más ampliamente a continuación:

> ***"…a)*** *Carta de 3 de febrero de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles, recibida en la APS en la misma fecha, en la que reclama por el cambio del Plan Vida Entera a Vida Flexible, a instancias de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pidiendo la ayuda del ente regulador (primer elemento de hecho).*
>
> ***b)*** *Carta APS/DJ/DS/N° 1869-2012 de 11 de marzo de 2012 por la que la APS solicita a aquella Aseguradora, documentación y demostración documentada del asesoramiento debido que hubiera prestado a Erika Lourdes Arias Gonzáles (segundo elemento de hecho).*
>
> ***c)*** *Carta CITE: NAVI-GR-0176/2012 de 20 de marzo de 2012, recibida en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *remite las Pólizas de Vida Entera y de Vida Flexible así como otra documentación concerniente, adjuntando un informe de fecha 19 de marzo de 2012 por la que Gayer Guillén de la Torre manifiesta que a Erika Lourdes Arias Gonzáles tuvo pleno conocimiento del producto al cual estaba migrando, pero sin mayores referencias documentales (tercer elemento de hecho).*
>
> ***d)*** *Carta APS/JTS/DS/N° 3075-2012 de 25 de abril de 2012 (entregada el 2 de mayo a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a la Aseguradora que el informe de Gayer Guillén de la Torre no tiene sustento documental y constituye solamente palabras que*

no acreditan explicaciones de las ventajas y desventajas de los planes de Pólizas en cuestión (cuarto elemento de hecho).

e) *Carta CITE: NAVI-GG-109/2012 de 07 de mayo de 2012, recibida en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *acompaña documentación tal como el slip de cotización, formulario de solicitud del Plan Vida Flexible de la cliente, copia de la carta de Erika Lourdes Arias Gonzáles por la que esta solicita la anulación del Plan Vida Entera, y copia del cheque por el valor del valor de rescate entregado a esta ciudadana por $us.208,51, que a juicio del ente regulador no constituye prueba de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera asesorado debidamente (con carácter previo a la migración de Plan) a la citada cliente Quinto elemento de hecho).*

f) *Carta de 30 de mayo de 2012 de Erika Lourdes Arias Gonzáles en la que explica la sucesión de hechos y personas que intervinieron en el cambio de Plan de Vida Entera a Vida flexible así como su decepción por el nuevo Plan y preguntando si podría recuperar todos sus aportes con el 2,5% de interés que se menciona en el tríptico de propaganda (sexto elemento de hecho).*

g) *Carta APS/DS/N° 4818-2012 de 28 de junio de 2012 (entregada el 29 de junio a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a esta que han remitido documentación que no acredita haber asesorado debidamente a Erika Lourdes Arias Gonzáles para la migración de Plan y que tampoco han adjuntado documentación atinente al respecto (séptimo elemento de hecho).*

h) *Carta CITE: NAVI-GR-0467/2012 de 04 de julio de 2012 y recibido en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *señala que el hecho de haber remitido la solicitud escrita de la cliente para el cambio de plan de Vida es prueba de que se prestó el asesoramiento debido y que así prueba también el slip de cotizaciones que en su momento se entregó a Erika Lourdes Arias Gonzáles (octavo elemento de hecho).*

i) *Informe Técnico APS/DS/JTS/1116-2012 de 28 de agosto de 2012 en el que la APS llega a la conclusión de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A*** *no demostró documentalmente haber asesorado debidamente a Erika Lourdes Arias Gonzáles para el cambio de Póliza y que en adición, se evidenció que ha entregado información equivocada respecto del alcance de las Pólizas contratadas y por contratar (noveno elemento de hecho)…"*

Corresponde aquí tener presente que, estos extremos devienen de la propia imputación con el cargo; no obstante, los procedimientos recursivos incoados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** (los del Recurso de Revocatoria de fecha 25 de julio de 2013 e inclusive los que determinaran el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 031/2013 de 10 de junio de 2013) no han hecho incidencia sobre los extremos precitados, sino que se han limitado al análisis de principios constitucionales medulares, sin hacer énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión, de manera tal que le han quitado relevancia a las mismas.

En todo caso, son inferibles, conforme consta en obrados, una serie de hechos ciertos, materiales y concretos en los que se basa la imputación, conforme han sido mencionados en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013, pero que no han sido valorados correctamente por el Regulador a efectos de la imposición de la sanción (así como tampoco han sido desvirtuados por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**), habiéndose limitado al análisis circunstancial que importa un indicio, obteniendo de ello la conclusión que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 596-2013 de 1 de julio de 2013, decisión no válida en Derecho dado ese carácter simplemente indiciario, es decir, carente de un mayor análisis que supere tal realidad y que determine, concluyentemente, la existencia de la infracción por la que se pretende sancionar.

Por tanto y en conclusión, la determinación de la responsabilidad de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** no puede basarse en una *presunción de negligencia*, como mal sugiere la recurrida, sino en la existencia de evidencia concreta y concluyente acerca de si la recurrente prestó una información inexacta y con ello, un asesoramiento deficiente a su asegurada Erika Lourdes Arias Gonzales, extremo que no ha sido constatado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, y que debe ser subsanado, si así corresponde, a los fines que persigue la misma.

2.3. En cuanto a la valoración de la prueba en su integridad.-

Revisado el expediente administrativo remitido a esta instancia, no se evidencia pronunciamiento alguno por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sobre los cuatro documentos siguientes:

- Carta de la señora Erika Lourdes Arias Gonzales de fecha 30 de mayo de 2012, debidamente recepcionada por el Ente Regulador en la misma fecha (nota cursante a fojas 81 del expediente de antecedentes), que señala:

  …"*Recibo la visita del agente de seguro Sr. Gayer Guillen previa llamada, este señor me* ***presenta el producto con la ayuda de un tríptico cuya fotocopia adjunto,*** *se notaba el nerviosismo del agente de seguro también su inseguridad al* ***responder a las preguntas que le hacía****, revisé* ***la presentación del nuevo plan Premiun*** *y a pesar de la inexperiencia evidente del agente y pensando estar respaldada en mi vejez y asegurar un apoyo económico para mi pequeño hijo a mi fallecimiento* ***y obviamente viendo las ventajas del nuevo plan de seguro me decidí a hacer el cambio, durante*** *la visita del señor Guillen hice varias preguntas más que no me fueron respondidas a satisfacción, porque solo me confundían más entonces , me tomé toda la tarde para leer el tríptico, y en el eran todas las ventajas en ningún lugar se menciona que una vez que se termine de pagar las primas, la cobertura termina, lamentablemente no contaba con alguien que me pudiera orientar en forma adecuada, es así que procedí a la firma de la póliza del nuevo plan…*". (Las negrillas y el subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese que la carta de reclamo, corresponde a un año y tres meses después de haberse efectivizado el cambio de plan de seguros y, en la misma nota, la señora Erika Lourdes Arias

Gonzales, señala que para migrar al plan Vida Flexible recibió el slip de cotizaciones, documento que previamente fue autorizado por la Autoridad Reguladora para la comercialización del nuevo plan Vida Flexible, conteniendo, además, los lineamientos e información básica que deben proporcionar las Aseguradoras a sus usuarios, a momento de que estos tomen la decisión de cambiar de plan o producto.

- Copia del Formulario preestablecido de "Solicitud de Seguro de Vida Flexible" Nº 009829 de fecha 17 de enero de 2011, cursante a fojas 63 del expediente de antecedentes administrativos.

  Solicitud firmada por la señora Erika Lourdes Arias Gonzales, once (11) días después de **solicitar la anulación de la póliza Nº 00 4281/LP/2007, para poder hacer su traspaso al SEGURO DE VIDA FLEXIBLE.**

- Póliza de Seguro de Vida Entera de fecha 27 de enero de 2011.

  Documento que también se encuentra debidamente suscrito por la señora Erika Lourdes Arias Gonzales, 21 días después de que ésta solicita el cambio del plan seguro.

- Carta de la señora Ericka Lourdes Arias Gonzales de 06 de enero de 2011, presentada a Nacional Vida Seguros de Personas S.A., en la misma fecha, cursante a fojas 85 de antecedentes, a través de la cual señala:

  "…*A tiempo de hacerles llegar un cordial saludo, aprovecho oportunidad* (sic) *para* ***solicitarles la anulación de la póliza Nº 004281/LP/2007 para poder hacer mi traspaso al SEGURO DE VIDA FLEXIBLE, que me ofrece mayores beneficios, y a la vez, también autorizo que todo dinero por concepto de valores de rescate y/o ahorro que existía a favor mío sea traspasado al nuevo seguro de vida…"*** (Las negrillas y el subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por otra parte y en cuanto a lo referido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la página 16 de su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 784-2013 de 23 de agosto de 2013, que señala lo siguiente:

> "…*con relación al cumplimiento del artículo 14, inciso a) de la Ley de seguros 1883 y a fin de presentar* ***mayor evidencia en relación a la falta de asesoramiento,*** *de manera independiente a la no remisión de documentación que demuestre el cumplimiento a dicho artículo,* ***Nacional Vida Seguros de Personas S.A. en la exposición de sus argumentos ha incurrido en brindar incluso al propio órgano de fiscalización información no verdadera, que demuestra y confirma que no han asesorado correctamente a sus asegurados infringiendo el mencionado artículo, lo cual se expone a continuación…"*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien puede observarse que la información proporcionada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** sería inexacta (sobre los **Retiros Parciales),** el Órgano Regulador no ha considerado la trascendencia de este hecho con respecto a la nueva póliza ofertada.

Por todo lo anteriormente expuesto, encontrándose previsto por el artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que "*Las pruebas serán valoradas* ***en su integridad****, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)", y concluyéndose en su mérito, haberse privado a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** asumir su defensa irrestricta, componente del debido proceso, que se halla proclamada por el artículo 115 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, cuando señala: "*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa*"; que en este sentido, la Autoridad Reguladora debió haberse pronunciado sobre todas y cada una de las pruebas, no pudiendo bajo ningún concepto dejar de considerarlas, como ya se dijo, en estricta sujeción al debido proceso. Por lo que corresponde declarar la anulabilidad del acto administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización no ha valorado las pruebas, vulnerando así los principios de debido proceso y derecho de defensa, generando la indefensión de Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la Revocatoria de la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 596-2013 de fecha 1 de julio de 2013 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa, considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por cuanto, es la segunda oportunidad en la que los obrados resultan anulados por adolecer de la fundamentación adecuada, habiéndose incumplido de esa manera, la disposición de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 031/2013

de 10 de junio 2013, exhortándosele a evitar mayores dilaciones en el proceso, en resguardo de los principios de celeridad y economía procesal.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 785-2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 004/2014 DE 21 DE ENERO DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2014

La Paz, 21 de enero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 de 23 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 091/2013 de 20 de diciembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 207/2013 de 31 de diciembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de septiembre de 2013, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, representada legalmente por su Gerente General señor Luis Alvaro Toledo Peñaranda, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 251/2009, de 28 de septiembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 100 a cargo de la Dra. Margarita Suárez Arana Ribera del Distrito Judicial de Santa Cruz, contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 785-2013 de 23 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013.

Que, en fecha 17 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/Nº 785-2013 de 23 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 19 de septiembre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mismo que fue notificado el 19 de septiembre de 2013.

Que, el 15 de octubre de 2013, a horas 10:41, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2013 de 10 de junio de 2013, se resolvió lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

2. ANTECEDENTES.-

Por nota APS/DJ/DS/8054/2012 de 16 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, con la presunta contravención en la que habría incurrido la Entidad Aseguradora, conforme al siguiente texto:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, comunicamos a usted que como resultado de la evaluación del cumplimiento de la*

normativa vigente por el cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, se advierte que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS*** *habría cometido la siguiente:*

- ***Contravención al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras: "Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (…)", en el caso de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zavala de Arce, conforme los siguientes antecedentes:*

1. *El 13 de abril de 2012, Oscar Arce Ortiz y Annelice Zavala de Arce hicieron conocer a la APS que con Nacional Vida Seguros de Personas contrataron el Seguro de Vida N° NAVI-VM-533/LP/00* ***"Vida Entera Pagos Limitados"*** *y que por presión de la compañía migraron al nuevo* ***Plan de Vida Flexible Premium*** *N° POL-VF-LP-00201946-2011-00, con el argumento de que dicho plan "desaparecería como tal". Añaden que la actual póliza de Vida Flexible Premium no es vitalicia y que el valor de rescate es simplemente sumado al total de la póliza y no sufre incremento, además de muchos otros aspectos que no fueron aclarados en su momento y que alteran su inversión, solicitando la intervención de la APS para que medie en la reposición de la póliza.*

2. *A pesar de las sucesivas comunicaciones entre la APS y la Aseguradora, a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado.*

Por lo antecedentemente expuesto, ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 677 (sic) del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175."

3. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 31 de octubre de 2012 mediante nota CITE: NAVI-GR-672/2012 de 30 de octubre de 2012, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"(…)

- *En relación al punto primero, nuestra sociedad, no recibió de nuestros asegurados el reclamo contenido en la nota que nos fuese enviada por su autoridad, en la cual los asegurados expresan disconformidad con el cambio de plan.*

- *Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestros asegurados hubiesen expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, es una muestra de que recibieron una explicación completa y suficiente, que les sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés.*
- *Al momento de plantearles los detalles de la operación de cambio de planes, ninguno de nuestros asegurados nos hizo notar su disconformidad.*
- *Las firmas de documentos realizada por nuestros asegurados de ninguna manera fue bajo presión. Nuestra sociedad, asumió que luego de la comprensión de las características del nuevo plan con la información que les fue proporcionada, el producto se ajustaba a sus intereses.*

  Al presente, solo podemos afirmar que nuestra sociedad proporcionó a nuestros asegurados información verbal y escrita que fue requerida por los mismos en relación al cambio del plan y no tuvo conocimiento de que la misma era considerada insuficiente por dichos asegurados.

  Finalmente como prueba del buen obrar de nuestra sociedad y con el objeto de brindar un servicio eficiente a sus clientes, entramos en contacto con ambos asegurados para ver la mejor forma de satisfacer sus inquietudes, les haremos conocer los resultados".

Sustanciados los correspondientes descargos, conforme fueron presentados por la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

> ***"…PRIMERO.- SANCIONAR*** *a* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.****, con la multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV's (Ochenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, en el caso de los asegurados Annelice Zavala de Arze y Orcar Arze Ortiz****…"***

Mediante memorial presentado en fecha 11 de diciembre de 2012, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

A través de Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 13-2013 de 09 de enero de 2013 y dentro el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, se confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, modificando el Artículo Primero de la anterior Resolución Administrativa en lo referido al monto de la sanción, imponiéndose a la Compañía, la multa en Bolivianos equivalente a 39.186 UFV's, instruyéndose además, reponer a los indicados asegurados al plan de seguro original denominado "Vida Entera", en el plazo de 10 días hábiles.

Por memorial de fecha 28 de enero de 2013, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 13-2013 de 09 de enero de 2013.

En atención al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2013 de 10 de junio de 2013, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, inclusive, con los siguientes argumentos:

"…2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la irretroactividad de la norma.-

Que, respecto a la irretroactividad de la norma, argumentada por la entidad aseguradora, importa señalar:

> ***"…****Siendo pertinente recordar que, el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…", se deja constancia que, a diferencia de lo expresado en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 5 de abril de 2013,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *no ha alegado, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, infracción alguna al principio de irretroactividad de la norma, y que tenga que ver con determinadas definiciones conceptuales, contenidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895/2012 de 15 de noviembre de 2012, en lo pertinente, a continuación transcrita:*
>
> *"…Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por* ***"oportunidad"*** *y por el término* ***"exacto o exacta"****. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz* ***"oportunidad"****, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será* ***"inoportuno"****, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.*
>
> *Que en cuanto al término* ***"exacto o exacta"****, entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se* ***utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.***
>
> *Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos* ***"oportunidad"*** *y* ***"exacto o exacta"*** *adquieren capital importancia, ya que las*

normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en sentido de que las quejas de su asegurada Ericka Lourdes Arias Gonzáles, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuras subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo* ***antes de*** *y no* ***después de****. En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Ericka Lourdes Arias Gonzáles, fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que el hecho de que la asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses es muestra que recibió una explicación completa y suficiente…"*

En el entender de la recurrente, la exposición supra transcrita de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, viene a importar una nueva regulación de lo que debe entenderse por "oportunidad" y "exacto o exacta", por tanto, por simple aplicación del principio de irretroactividad -Art. 123º ("La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo"), Const. Pol. del Estado- sus efectos no pueden retrotraerse a hechos anteriores a esa data, como los que hacen a la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, notificó a ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *con los siguientes cargos.*

Entonces, lo que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *aqueja, es que al haberse implementado recién, por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012, las definiciones de "oportunidad" y "exacto o exacta", no puede esa misma Resolución Administrativa sancionarla por incumplimiento a las mismas, conforme ha sucedido.*

No obstante, se debe recordar que es deber del Ente Regulador, en la fase posterior a la notificación de cargos, proceder "al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de la prueba" (Art. 67º, Par. II, Reglamento aprobado por D.S. Nº 27175), para con ello pronunciar la Resolución respectiva (ídem, Art. 68º, Par. I).

En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895 de 15 de noviembre de 2012, lejos de imponer una norma regulatoria referida al extremo, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA****, y referidos en concreto a que:*

"…Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestra asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, ***es una muestra*** *de que dicha asegurada recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés…" (Nota NAVI-GR-673-2012 de fecha 30 de octubre de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Con respecto a lo mismo y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012, previo a desarrollar su análisis al agravio expresado, la Autoridad recurrida ha dicho que "conviene discernir respecto de lo que se entiende por ***"oportunidad"*** *y por el término "****exacto o exacta"****…", es decir, ha señalado los alcances conceptuales sobre los que va a desarrollar sus argumentos, sin que lo mismo importe (bajo ninguna circunstancia), estar implementando una nueva regulación sobre tales extremos.*

Asimismo, en la ulterior APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, la Autoridad recurrida ha señalado que:

"…Que en este contexto, argumentar que una prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro, era la queja de los clientes involucrados así como su predisposición a entrar en análisis de los aspectos controvertidos, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada…"

Queda de ello claro, que no existe en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, intención de implementar regulación alguna, y que en la actividad que le ha correspondido al Ente Regulador, la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, corresponde a la infracción del artículo 14°, inciso 'a', de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), como lo ha señalado la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, determinando sea infundado el agravio expresado en este sentido.

Congruentemente con lo desarrollado, se tiene que, en ningún caso las precisiones o conceptualizaciones que hace la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se pueden entender como una regulación adicional.

2.2. En cuanto a la valoración de la prueba y el principio de verdad material.-

La recurrente señala que el Ente Regulador en ningún caso habría demostrado que Nacional Vida Seguros de Personas S.A., hubiera cometido la infracción respecto a la imputación dada.

Que previo al análisis de dicho argumento, corresponde traer a colación lo señalado por el Ente Regulador en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012:

> *"...Que en efecto la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883, de 25 de junio de 1998, es para evitar incurrir en contravenciones* ***antes de*** *y no* ***después de,*** *como ingenuamente* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *interpreta.*
>
> *Que por otro lado, debe dejarse claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro, contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por los asegurados sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra la Aseguradora.*
>
> *Que en adición y revisando la documentación cursante en el expediente y la propia carta de descargos de la Compañía no constituyen, objetivamente, descargos a las imputaciones que acrediten hechos materiales de una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.*
>
> *…Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como se ha podido verificar en el análisis que desarrolla la presente Resolución Administrativa.*
>
> *…Que de todo lo expuesto se determina con meridiana claridad que la compañía no otorgó a Oscar Arze Ortíz y Annelice Zabala de Arze un asesoramiento veraz y oportuno en el cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo dicha conducta en la previsión contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros que prescribe como prohibición a las entidades aseguradoras: "Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (…)"*

Al respecto y del análisis de la Entidad Fiscalizadora, así como de la documentación adjunta al expediente, se puede evidenciar lo siguiente:

Que, los criterios existentes emitidos por el Ente Regulador resultan limitados a lo establecido en oportunidad de la Resolución sancionatoria, misma de la que se evidencia, ha omitido realizar una valoración jurídica y que, como tal, garantice la efectiva realización de los derechos que les asisten, tanto a la ahora recurrente como a la reclamante.

De ello resulta que el Ente Regulador, concluye en sancionar a ***NACIONAL VIDA***

SEGUROS DE PERSONAS S.A.*, a simple afirmación de la reclamante, sin haber realizado la constatación que al respecto le exige el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.*

En tal sentido, si bien la recurrida ha cumplido el procedimiento exigible a este respecto, en contrapartida no puede pretender que la simple ocurrencia de ello importe existan suficientes medios de convicción, que le permitan a la Administración, determinar concluyente e inequívocamente, en la efectiva ocurrencia de la responsabilidad que ha sido imputado a ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en la nota de cargos.*

Lo contrario importa que el Ente regulador ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor, de los que no se descarta su validez y trascendencia jurídica, empero los que per se no constituyen prueba concluyente en base a la cual se pueda desarrollar proceso sancionatorio alguno.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente se llega a la conclusión de que el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerándose el artículo 29°, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica".

Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere "…el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica: de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene…"

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y…"

De lo precedentemente citado, tenemos que, el proceso debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que, el Ente Regulador, deberá hacer una nueva valoración de la prueba y determinar cuáles

fueron los elementos en los que se basa para determinar que la recurrente no hubiera proporcionado la información de manera verbal a los Sres. Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze.

2.3. En cuanto a la determinación de la sanción.-

La recurrente, señala que de manera discrecional el Ente Regulador habría sancionado pecuniariamente a la Aseguradora pese a que no se hubiera demostrado su culpabilidad.

En el caso de autos, la Autoridad Reguladora ha establecido el incumplimiento del artículo 14 inc. a) de la Ley de Seguros, por lo que, conforme la normativa sancionatoria de la materia, se ha aplicado el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, emitido a través de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que en su artículo 16 parágrafos I inc. d), determina lo siguiente:

> *"Se consideran como infracciones, leves sujetas a la imposición de* ***sanciones de amonestación o multa*** *correspondiente a una suma no* ***menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186)*** *Unidades de Fomento de Vivienda (UFV). Las siguientes conductas*
>
> *2... Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia al Estado o al público "*

De la norma transcrita, tenemos que del citado y transcrito artículo 16 parágrafo I del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, el órgano regulador tiene la facultad de sancionar con multa o con amonestación cuando detecta una infracción calificada como leve.

Esta competencia, evidencia la facultad discrecional con la cual se encuentra investido el Órgano Fiscalizador, facultad por la que gradúa y determina el monto de la sanción, claro ésta última deberá estar dentro de los límites establecidos en la norma.

La discrecionalidad, debe entenderse como "…un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento jurídico…" (Comadira, citado en Principios de Derecho Administrativo, publicación del Ministerio de Economía y Fianzas Públicas).

*Importa precisar que: "…La facultad discrecional concede en cambio, un margen de libertad a la Administración en su actuar, otorgándole diferentes opciones, igual de justas, para tomar una determinación administrativa. Se debe precisar que esta facultad discrecional no es extra legal, pues, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, "****no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en***

virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto*", encontrándose la misma sujeta al control de legalidad…" (Principios de Derecho Administrativo, publicación del Ministerio de Economía y Fianzas Públicas)."*

En este contexto, se tiene que, ésta instancia jerárquica solo tiene competencia para realizar el control de legalidad, es decir que los actos y fundamentos en los que se basa la instancia inferior se encuentren en el marco del cumplimiento de la norma y el debido proceso, pero no puede éste Ministerio determinar si la sanción debería ser mayor o menor, ya que ésta es una facultad discrecional del Ente Regulador.

Sin embargo el Ente Regulador al momento de imponer una sanción deberá valorar toda la documentación, conforme ya se dijo en el punto 2.2.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 597-2013 DE 01 DE JULIO DE 2013.-

Determinada por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2013 de 10 de junio de 2013, la anulación del procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, inclusive, debiendo en consecuencia emitir otra Resolución Administrativa ajustándola a derecho; la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 01 de julio de 2013, emite nueva Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013, resolviendo, lo siguiente:

"…PRIMERO.- SANCIONAR A NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., *con multa equivalente en Bolivianos a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186) UFV's) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo Segundo anterior, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

(…)
CONSIDERANDO:

Que, los cargos consisten, en pocas palabras, en que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *no brindó a Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, información completa, verás (sic) y oportuna, y suficiente para promover el cambio del "Plan de Vida Entera" al "Plan de Vida Flexible", violando la disposiciones legales que rigen esta situación, tal cual se anotó en la nota de notificación de cargos.*

CONSIDERANDO:

Que como quiera que el presente proceso (y cualquier otro en realidad) se basa en el análisis contradictorio de las pruebas producidas, se debe tener en cuenta las normatividades que a él conciernen. Veamos:

a) *El* ***artículo 29.I del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003*** *establece: "las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte,* ***podrán*** *disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones, pudiendo, sin embargo, rechazar a través de una resolución fundada, los medios de prueba que, a su juicio, sean manifiestamente impertinentes, innecesarios, excesivos o meramente dilatorias."*

b) *Concordante con lo anterior, el* ***artículo 50.I del mismo decreto supremo*** *señala: "EL Superintendente Sectorial* ***podrá*** *disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde la apertura."*

c) *El* ***artículo 4.d) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 1998*** *establece: "****Principio de Verdad Material****: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil."*

CONSIDERANDO:

Que observando que tanto el artículo 29.I como el artículo 50.I del Decreto Supremo No. 27715 de 15 de septiembre de 20034 son concordantes en otorgar discrecionalidad o facultad al ente regulador para la producción de pruebas. Se debe destacar que dichas anteriores normas deben engarzar con las etapas del procedimiento administrativo sancionador contemplado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que asimismo, el presente procedimiento sancionatorio toma en cuenta el reclamo producido por Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *y la APS, y toma en cuenta los Informes Técnicos y Legales producidos conforme se ha citado en la parte introductoria de la presente resolución, que son facultativos de acuerdo al artículo 48 de la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002.*

A este respecto, es pertinente anotar que el ***artículo 88.I del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003*** *señala: "****(INSTRUCCIÓN) I****.- Las autoridades administrativas que intervienen en el trámite* ***realizarán las diligencias para la averiguación de los hechos que fundamenten su decisión****, sin perjuicio del derecho de los interesados de ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes.* ***II.-*** *La admisión y producción de pruebas se sujetará a criterios de amplitud, flexibilidad e*

informalismo. En la duda sobre su admisibilidad y pertinencia, se estará a favor de su admisión y producción.".

Que sobre la base de estas consideraciones legales, se procederá a contrastar dichos informes legales y técnicos con su substrato documental, correspondencia producida, y los cargos y descargos generados, de modo que el procedimiento administrativo sancionador determinado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se objetive.

Que atendiendo a las circunstancias en que se resuelve este caso, conviene anotar que la contraposición de hechos, documentos y alegaciones constituyen la base para que en esta resolución administrativa, la ***motivación*** *adquiera entidad de objetivación. En efecto, en cuanto a la* ***motivación****, diremos que se debe distinguir dos acepciones; el* ***motivo*** *y la* ***motivación*** *de los actos administrativos. En cuanto al* ***motivo****, es el antecedente que provoca el acto; es decir, una situación legal o de hecho prevista por la Ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa. En cuanto a la* ***motivación,*** *es el juicio que se forma la autoridad al apreciar el motivo y ligarlo con la disposición legal pertinente aplicable. Es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. En la notificación de cargos concreta, se objetiva la situación legal y de hecho que provoca el acto (motivo) así como el juicio que la APS se ha formado a raíz de la situación legal creada (motivación).*

El ***Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*** *de Ossorio, entiende por Motivación: la causa, razón o fundamento de un acto. El* ***motivo*** *será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no solo del Derecho Substantivo, sino también del Adjetivo, porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los* ***motivos es,*** *pues, necesaria para la investigación penal (léase investigación administrativa), para la interpretación de contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos, etc.*

Huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar sus decisiones, siempre "motiva" sus resoluciones (ver artículo 30 de la citada Ley). Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que la motivación sea ***concreta;*** *esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se emite, que evita caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que puede llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación.*

Que conforme lo expuesto, esta Resolución Administrativa expresa la ***motivación*** *exigida por Ley cuando formula el razonamiento del ente regulador al confrontar hechos y normas; hechos como la queja de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, las respuestas de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *y las acciones llevadas a cabo por la APS; documentos como cartas, notificaciones, pólizas adjuntadas al expediente y contraposición a las normas atinentes, que en conjunto*

apuntan a que el ente regulador substancie la denuncia de aquellos ciudadanos sobre bases ciertas y no sobre simples afirmaciones de los mismos.

Que como acto que cierra el anterior círculo de elementos que hacen a la producción de prueba, se resalta que la anterior tarea demuestra que la APS cumple con su deber de aproximarse a la verdad material de los hechos, cumpliendo las diligencias posibles en pro de persuadirse de la certeza o no de los cargos imputados y su posible sanción.

CONSIDERANDO:

Que al anterior objeto se analiza la siguiente documentación:

a) *Carta de 10 de abril de 2012 de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce y recibido en la APS en fecha 13 de abril de 2012 en la que reclama por el cambio del plan Vida Entera a Vida Flexible, a instancias de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pidiendo la ayuda del ente regulador.*

b) *Carta APS/DJ/DS/No. 3046-2012 de 24 de abril de 2012 por la que la APS solicitó a la Aseguradora, documentación y demostración documentada del asesoramiento debido que hubiera prestado a Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce.*

c) *Carta CITE: NAVI-GR-106/2012 de 4 de mayo de 2012 y recibido en la APS en fecha 7 de mayo de 2013, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *remite las Pólizas de Vida Entera y de Vida Flexible así como otra documentación concerniente, adjuntando un informe de fecha 2 de mayo de 2012 por la que Álvaro Valverde, manifiesta que Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce tuvieron pleno conocimiento del producto al cual estaban migrando, pero sin mayores referencias documentales.*

d) *Carta APS/DS/No. 4819-2012 de 28 de junio de 2012 (entregada el 29 de junio a la Aseguradora) por la que la APS manifiesta a la Aseguradora que han remitido documentación interna de la compañía, lo cual no demuestra que se haya asesorado correctamente al asegurado con relación al cambio de plan vida entera a vida flexible, tal como lo dispone el artículo 14 inciso a) de la Ley de Seguros y el artículo 13 (transformación del contrato) de la póliza de vida entera.*

No han remitido documentación que demuestre que al momento de cambio de plan de vida entera a vida flexible, se dio a conocer las diferencias entre ambos productos, las cuales se encuentran reflejadas en el cuadro comparativo enviado en su nota NAVI-GG-106/2012.

Analizando el cuadro comparativo remitido por la Compañía, se confirma que no está asesorando de manera adecuada a sus asegurados, puesto que las siguientes afirmaciones, no corresponden de acuerdo al Código de Comercio y su propio contrato de seguro de vida entera:

- *Afirman que retiros parciales en vida entera no aplica, cuando en el artículo 1 numeral 1.15 de la Póliza de Vida Entera señala: "Retiro Parcial: Es el pago del Valor*

de Rescate Efectuado por la Compañía a favor del Asegurado", lo cual es concordante con el artículo 1142 del Código de Comercio.

- *Caducidad, de acuerdo al cuadro comparativo, señala para Vida Entera: "Caduca a los treinta días posteriores al incumplimiento en el pago de la cuota de prima acordada", lo cual es cuestionable toda vez que, en la Póliza de Vida Entera en su artículo 128 (Préstamo Automático) señala: "Queda convenido y/o específicamente acordado en el presente contrato, que el préstamo a que tenga lugar opción el Asegurado según sus valores garantizados se aplica automática y prioritariamente a pago de la primas devengadas a sus respectivos vencimientos, antes de recurrir a la alternativa de saldar el seguro por un capital reducido y siempre que su Valor de Rescate sea igual o mayor al monto de la prima devengada.*

  Por otra parte, los reclamantes nos han dado a conocer que al momento de ofrecer el cambio de plan por parte de la Compañía han adjuntado el material publicitario del producto vida flexible, que se adjunta a la referida nota y de cuya evaluación se tienen las siguientes observaciones:

  - *En el documento no se especifica el periodo de vigencia del contrato de seguro, lo cual es una queja de los propios reclamantes.*
  - *La parte de Beneficios del seguro Vida Flexible, señala lo siguiente: "… los seres querido recibirán un capital en caso de que usted fallezca, que les permitirá mantener su nivel de vida, continuar la educación de sus hijos…". Esta afirmación es incompleta, toda vez que como es de conocimiento de la Compañía, el capital asegurado por fallecimiento surtirá efecto, siempre y cuando se suscite dentro la vigencia de la póliza, lo cual no es explicado en el documento que fue entregado a sus asegurados. Esto ratifica que la aseguradora no está asesorando correctamente a sus asegurados.*

e) *Carta CITE: NAVI-GG-0468/2012 de 04 de julio de 2012 y recibido en la APS en la misma fecha, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *acompañando documentación como la copia de la carta de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, por la que solicitan la anulación del Plan Vida Entera, que a juicio del ente regulador no constituye prueba de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera asesorado debidamente (con carácter previo a la migración de Plan) a la citada cliente.*

f) *Carta CITE: NAVI-GR-672/2012 de 30 de octubre de 2012 y recibido en la APS en fecha 31 de octubre de 2012, por la que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *señala que el hecho de que sus asegurados hayan expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, es una muestra de que recibieron una explicación completa y suficiente, que les sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés.*

g) *Informe Técnico APS/DS/JTS/1458-2012 de 6 de noviembre de 2012 en el que la APS llega a la conclusión de que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A*** *no demostró documentalmente haber asesorado debidamente a Oscar Arce Ortiz y Annelice*

Zabala de Arce para el cambio de Póliza y que en adición, se ha evidenciado que ha entregado información equivocada respecto del alcance de las Pólizas contratadas y por contratar.

Que lo precedente fue corroborado con los informes legales y técnicos que se citan en la parte introductoria de esta resolución administrativa.

CONSIDERANDO:

Que la compañía ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *mediante nota CITE: NAVI-GR/672-2012 de 30 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo (falsamente), que habría otorgado información veráz, oportuna y suficiente a los señores Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce.*

Que la confusión más relevante de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *consiste en interpretar las quejas y argumentos de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.*

CONSIDERANDO:

Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por ***"oportunidad"*** *y por el término "****exacto o exacta".*** *Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz "****oportunidad",*** *tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será* ***"inoportuno",*** *no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.*

Que en cuanto al término ***"exacto o exacta",*** *entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se* ***utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.***

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos ***"oportunidad"*** *y* ***"exacto o exacta"*** *adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.*

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en sentido de que la queja de sus asegurados Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, es prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley*

prescribe supuestos hipotéticos como futuros subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo ***antes de*** *y no* ***después de.*** *En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, fueron informados verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de haber sido presionados, demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) si aceptáramos como eximente de responsabilidad alguna que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.*

Que como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado, se robó por mucho que luego se hubiera devuelto el producto del robo.

En el caso de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

Que en efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas ***antes de*** *y no* ***después de,*** *como ingenuamente,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *interpreta.*

Que por otro lado, se debe claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por la asegurada sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.***

Que en adición y revisando la documentación cursante en el expediente y la propia carta de descargos de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *las mismas no constituyen, objetivamente, descargos a las imputaciones que acrediten hechos materiales de una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.*

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, en el que constaría las ventajas del Plan de Vida Flexible, la misma consiste en copia de dicha póliza, en la que se anota unas proyecciones de tasas de interés garantizadas y de tasas de interés excedentes. Pues bien, para que esta exposición del nuevo plan, constituya instrumento idóneo de haberse explicado, en su momento, de manera

suficiente y consistente, necesariamente debería contrastar (gráficamente) estas proyecciones de tasas y otros elementos, con el Plan de Vida Entera, pero que no ocurrió tal.

En realidad, más que ventajas, lo que muestra son las características de dicho plan, pero de ninguna manera "ventajas" strictu sensu, ya que carece del elemento confrontacional de manera que constituya entidad de ventaja (mejor que) dicho plan, pues es evidente que un plan no puede ser "ventajoso" frente a sí mismo, sino, en cuanto y en tanto se confronta o compara con otro elemento que constituya su opuesto binario. Ergo, no ocurriendo tal, no es susceptible de considerarse como descargo suficiente de las imputaciones.

CONSIDERANDO:

Que por otro lado, considerando la documentación que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *manifiesta haber suministrado como prueba de asesoramiento oportuno y veraz, se tiene que tanto la carta a la compañía de la asegurada solicitando la anulación de la Póliza de Vida Flexible y la solicitud que la anteceden no constituyen descargos idóneos de las referidas imputaciones*

Que en relación a la aplicación del artículo 1013 del Código de Comercio y la caducidad en cuanto al plazo de 15 días en la presentación de discrepancias en la póliza, tal normativa no es aplicable al caso de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce, debido a que la letra de aquél artículo contextualiza su uso "a lo convenido" y "a lo propuesto"; o sea, que para aplicar el artículo 1013 como liberador de las responsabilidades de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ésta tendría que haber "convenido" y "propuesto" a cabalidad y en toda su extensión, la Póliza de Vida Flexible. En el caso que nos ocupa, aquella entidad no informó de manera absoluta y completa, no advirtió, comparativamente (ya que no ha producido prueba en sentido contrario pese a la notificación con cargos), de las ventajas y desventajas de uno y otro plan; v.gr. la edad. Ergo, no habiendo sido informados Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce manera integral y completa, las omisiones de la compañía nunca fueron "convenidas" ni "propuestas", ya que es de Perogrullo manifestar que nadie conviene algo que no ha sido propuesto en legal forma ni ha sido puesto en su conocimiento en tiempo hábil.*

CONSIDERANDO:

Que debe tenerse en cuenta que actitudes como las que incurre esta Aseguradora (analizada ahora) arriesga la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspecto que debe ser prevenido por el ente regulador.

Que resumiendo, esta explicación (el anterior párrafo) expresa razonablemente el alcance de la sanción que debe modularse, reconsiderando anteriores criterios, sanción que puede ser apreciada y valorada por parte de la APS en ejercicio de expresas facultades para ello (segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución

Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2004), que para este caso concreto, debe ser modulado.

CONSIDERANDO:

Que como complemento a la constitución de pruebas se requirió a Nacional Vida remita documentación que demuestre el cumplimiento a lo establecido en la Póliza de seguro de Vida Entera del Sr. Oscar Arce Ortiz y la Sra. Annelice Zabala de Arce, que en su artículo 13 numeral 13.1 establece:

"Cualquier cambio que el Contratante o Asegurado deseare efectuar en capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, la cual le dará a conocer las condiciones que el cambio puede efectuarse".

Que los asegurados cumplieron a cabalidad lo estipulado en el contrato ya que de acuerdo a los documentos remitidos en nota CITE: NAVI – GG-106/2012 de 04 de mayo de 2012 y nota CITE: NAVI-GR-0468/2012 de 04 de julio de 2012 por la compañía, existe nota de fecha 15 de julio de 2011 mediante la cual los asegurados solicitan su cambio de plan, sin embargo y pese a la solicitud de éste órgano de fiscalización, la aseguradora en ningún momento hizo conocer a los asegurados las condiciones en las que se hará el cambio de plan, incumpliendo lo determinado por su contrato de seguro.

Queda claro entonces que la Entidad Aseguradora tenía la obligación de dar a conocer las condiciones del cambio de plan, sin embargo, tal como se evidencia precedentemente, cuando la autoridad solicitó demuestre el cumplimiento a dicho artículo, se limitó a remitir informes de los actuados de sus propios empleados y a exponer las ventajas que el seguro de vida flexible tendría sobre el seguro de vida entera, no existiendo evidencia por consiguiente del asesoramiento brindado a su asegurado por el cambio de plan.

Que a fin de presentar mayor evidencia en relación a la falta de asesoramiento y demostrar el incumplimiento del artículo 14, inciso a) de la Ley de Seguros 1883, de manera independiente a la falta de remisión de documentación que demuestre el cumplimiento a dicho artículo, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. en la exposición de sus argumentos ha incurrido en brindar incluso al propio órgano de fiscalización información no verdadera, que demuestra y confirma que no han asesorado correctamente a sus asegurados, lo cual se expone a continuación.

- ***Retiros Parciales en el Seguro Vida Entera:*** *En la nota CITE: NAVI-GR-0106/2012 de fecha 20 de marzo de 2012 Nacional Vida Seguros de Personas S.A. afirma que en el seguro de vida entera, no aplican retiros parciales, no obstante, la póliza de seguro de vida entera registrada mediante Resolución Administrativa N° 246/99 del 30/08/99, establece lo siguiente:*

  - Artículo 1.- Definiciones:

- *"1.14 **Valor de Rescate:** Es el valor efectivo que tiene este seguro a favor del Asegurado a una fecha determinada; constituye el factor de ahorro de la Póliza;*
- *1.16 **Retiro Parcial:** Es el pago parcial del Valor de Rescate Efectuado por la Compañía a favor del Asegurado";*

Asimismo, el artículo 17.- Valores Garantizados señala:

"A partir del tercer año de vigencia del contrato, el Asegurado tiene opción a los Valores Garantizados que se consignan en el Anexo adherido a la presente Póliza, los mismos que se aplicaran en las siguientes circunstancias: …17.4 El préstamo sobre la Póliza. Los valores anteriores se calcularán según la reserva matemática correspondiente, de acuerdo a normas técnicas establecidas a este aspecto"

Que en este sentido, conforme a lo estipulado en el contrato de seguro comercializado, la póliza de seguro si permite el retiro parcial, a través del correspondiente préstamo sobre la póliza y no como señala Nacional Vida en su nota CITE: NAVI-GR-106/2012 que no aplica el retiro parcial.

Que por consiguiente, el asesoramiento de Nacional Vida a sus asegurados no es el adecuado, toda vez que incluso al propio órgano de fiscalización ha informado de manera errónea cuales son las características de la póliza de vida entera.

CONSIDERANDO

Que adicionalmente a los argumentos expuestos por la presente Resolución, es menester hacer referencia en calidad de precedente administrativo, a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, que corresponde a otro reclamo de la Sra. Maria Elena Duran Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.

Que en dicho reclamo, se siguió el mismo procedimiento que el reclamo de los Sres. Oscar Arce y Annalice Zabala, con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Durán, Nacional Vida permitió el regreso al seguro de vida entera, mientras que en el caso de los Sres Arce y Zabala, no se permitió el regreso al antiguo plan.

Que aclarado que ambos casos tienen el mismo objeto y el mismo tratamiento, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, señala en su punto 2.1.1. Trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos: "Empero, ***NACIONAL VIDA DE SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA, en ninguna parte de su Recurso de Revocatoria señala, como es que la Resolución Administrativa en esa coyuntura recurrida (APS/DJ/DS/Nº 880-2012), habría dejado de lado las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia – propia del sector seguros -, o, en infracción de los principios del "debido sustento", no se hubiera sustentado la culpabilidad allí decidida,*** *resultando que aquello de*

haberse sancionado "limitándose" a la propia opinión del Ente Regulador o a sus propias declaraciones, no es sino una posición particular de la recurrente, que no encuentra mayor asidero jurídico.

En este contexto, ha hecho bien el Ente recurrido (porque es su deber, al tenor de los artículos 24° y 120° de la Constitución Política del Estado, y 63° de la Ley N° 2341) en pronunciarse, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, sobre los extremos precisos de lo recurrido por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANONIMA,*** *conforme consta en la misma…"*

Que asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013 sostiene: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo".

Que queda en evidencia, que al ser el tratamiento del siniestro el mismo, se ha obrado y demostrado la falta de asesoramiento de Nacional Vida y el correspondiente incumplimiento al artículo 12, inciso a) de la Ley 1883, habiendo este órgano de fiscalización efectuado un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto y analizado, se concluye que no existe mérito para la estimación de los descargos de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *correspondiendo evaluar la sanción sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.*

Que en este contexto, la adecuación de la inconducta de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *se subsume en el artículo 16.I.d) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003".*

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 25 de julio de 2013, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 597-2013 de fecha 01 de julio de 2013, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes argumentos:

"…ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

"…Estos actos administrativos formales emitidos por el Estado Plurinacional de Bolivia, contenidos nada menos que en Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, que por cierto

son superiores e inclusive tienen fuerza derogatoria respecto de normas de jerarquía inferior como las Resoluciones Administrativas, contienen declaraciones que no son meras elucubraciones teóricas o criterios temporales o meramente casuísticos, sino que constituyen una categoría especial que en derecho se denomina "Cosa Juzgada Formal". Es decir que constituyen "Verdades Formales" jurídicamente establecidas por la autoridad competente del Estado y que en el caso particular de nuestro sistema legal, constituyen Precedente Administrativo Vinculante que, como tal, debe ser atendido y aplicado por todas las autoridades administrativas en todas sus actuaciones subsecuentes.

Entonces, señor Director, el texto de las resoluciones Ministeriales constituye una "verdad" sobre la cual no es posible continuar o reiniciar un debate, mucho menos en la esfera administrativa.

Dicho de otro modo, no les está dada a las autoridades de foros inferiores la competencia para omitir o apartarse de lo ya dispuesto por la autoridad superior, cual si se pudiera reingresar en el debate ya resuelto por la autoridad superior, mediante pronunciamiento expreso.

Esto se debe (reitero) a que no se trata de meras declaraciones retóricas, o recomendaciones o exhortaciones subjetivas y menores o sentimientos de la autoridad superior que pueden o no ser atendidas. Se trata de pronunciamientos formales y concluyentes, cuya observancia es inexcusable para las autoridades reguladoras directas de nuestro sistema regulatorio financiero, como lo es su digna autoridad, que no pueden darse el lujo de retomar el debate ya resuelto por el superior o cuestionar o de otra manera comentar el mismo.

El señor Ministro de Finanzas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032 -2013 de 10 de junio de 2013 ("RA 32"), establece las siguientes "Verdades Materiales" que en nuestro sistema legal no admiten mayor debate ni comentario en sede administrativa:

> *"…En tal sentido, si bien la recurrida ha cumplido el procedimiento exigible a este respecto, en contrapartida no puede pretender que la simple ocurrencia de ello importe existan suficientes medios de convicción, que le permitan a la Administración, determinar concluyente e inequívocamente, en la efectiva ocurrencia de la responsabilidad que ha sido imputado a* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en la nota de cargos.*
>
> *Lo contrario importa que el Ente regulador ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor, de los que no se descarta su validez y trascendencia jurídica, empero los que per se no constituyen prueba concluyente en base a la cual se pueda desarrollar proceso sancionatorio alguno.*
>
> *Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y*

e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

> *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y…"*

Esta Verdad material establecida por la autoridad superior, aplicable plena y directamente al caso que nos ocupa, que ya es algo indiscutible y que no admite mayor debate y sobre la cual no se puede reingresar en discusión ulterior, al haber sido la misma agotada y resuelta por el superior en forma expresa, puede resumirse de la siguiente manera:

- *El simple cumplimiento del procedimiento sancionatorio no puede entenderse como el basamento para el nacimiento de la responsabilidad y menos como el fundamento de una sanción.*
- *Los indicios, presunciones o juicios de valor no constituyen prueba que sirva de base para el desarrollo de procedimiento sancionatorio alguno.*
- *En el presente caso, su autoridad ha incumplido lo dispuesto en el Art. 28 incisos b) y e), es decir que la sanción no tiene hechos ni antecedentes probados que constituyan causa y no tiene fundamento.*

Su autoridad respecto de ésta Verdad Material correspondiente puntualmente a éste caso, declarada por el superior en forma expresa, recurre a una cita completamente descontextualizada y que corresponde a otro caso y dice en la resolución impugnada:

> *Que asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013 sostiene: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo".*
>
> *Que queda en evidencia, que al ser el tratamiento del siniestro el mismo, se ha obrado y demostrado la falta de asesoramiento de Nacional Vida y el correspondiente incumplimiento al artículo 12, inciso a) de la Ley 1883, habiendo este órgano de fiscalización efectuado un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.*

"…Que adicionalmente a los argumentos expuestos por la presente Resolución, es menester hacer referencia en calidad de precedente administrativo, a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013, que corresponde a otro reclamo de la Sra. Maria Elena Duran Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.

Que en dicho reclamo, se siguió el mismo procedimiento que el reclamo de los Sres. Oscar Arce y Annalice Zabala, con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Durán, Nacional Vida permitió el regreso al seguro de vida entera, mientras que en el caso de los Sres Arce y Zabala, no se permitió el regreso al antiguo plan…"

Señor director, con arreglo a lo expuesto más arriba, verá que estamos plenamente de acuerdo con usted en el hecho de la naturaleza de Precedente Administrativo que tienen los pronunciamientos formales de la autoridad superior. Sin embargo su autoridad pretende aplicar dicha regla respecto de algo que no admite dicha aplicación.

Su autoridad sostiene que en ambos casos se habría seguido el "mismo procedimiento" que ambos procedimientos sólo se diferencian entre sí en que en el caso de la Sra.- Duran, se habría permitido en regreso al antiguo plan y en el nuevo no. Por ello su autoridad pretende ampararse en el pronunciamiento del superior correspondiente al caso de la Sra. Duran (que no analizaré aquí) el cual anulo obrados solo por la violación de la norma en la graduación de la pena, pero no baso su anulación en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación, como sí sucedió en el presente caso.

Primero, es claro que la autoridad ya resolvió éste tema en sentido de que el mero cumplimiento del procedimiento no importa "prueba", como usted pretende, cuyos fundamentos no parece conveniente recapitular a éstas alturas.

En segundo lugar, si fuera cierta su hipótesis de que se trata de casos idénticos en los cuales su autoridad siguió el mismo procedimiento y por tanto (como consecuencia lógica y automática) las mismas conclusiones dictadas y establecidas como verdades jurídicamente establecidas por la autoridad superior debieran ser aplicables a los dos casos, entonces, señor Director, se aplicaría a éste caso, una técnica dogmática jurídica llamada "Reglas de Resolución de Conflicto de Leyes en el Tiempo".

Estas reglas dicen que cuando existen dos normas de la misma jerarquía, dictadas por la misma autoridad, sobre la misma materia o asunto, que contienen disposiciones opuestas, entonces la de data más reciente deja sin efecto a la de data anterior. Es lo que sucede porque se aplica una categoría legal llamada "derogatoria tácita de la norma", que se encuentra expresamente regulada en nuestro sistema legal, y sobre cuyo análisis no ingresaré en éste momento.

En el caso que nos ocupa y en criterio expreso suyo, existen dos normas que han resuelto un mismo caso que son:

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de fecha 13 de mayo de 2013 ("RA 26").

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 32/2013 dé fecha 10 de junio de 2013 ("RA 32").

En el caso de la RA 26, ésta anuló obrados en base a un elemento:

- *Inexistencia de Modulación apropiada de la sanción sin tomar en cuenta la Presunción de actuación diligente.*

En el caso de la RA 32, ésta anuló obrados en base a dos elementos:

- *El acto Administrativo no goza de validez Inexistencia por carecer de fundamentaron y motivación.*
- *Al no existir un acto válido, no se podía proceder a la imposición de sanción alguna.*

Su autoridad sostiene expresamente que los dos casos serían caso resueltos habría seguido "el mismo procedimiento" y por tanto debería ser aplicable lo dispuesto por la Autoridad superior a los dos casos. Usted textualmente afirma:

> *"…Elena Durán Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.*
> *Los Sres. Oscar Arce y Annelice Zabala, con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Durán, Nacional Vida permitió el regreso al seguro de vida entera, mientras que en el caso de los Sres. Arce y Zabala, no se permitió regreso al antiguo plan…"*

Si su premisa fuera cierta, entonces la norma vinculante aplicable a los dos casos no sería la RA 26 sino la RA 32, debido a que luego de resuelto el conflicto entre ambas normas, la que prevalece es la RA 32 sobre la RA 26.

Dicho de otra manera, si su argumento de que ambos casos son iguales fuera cierto, entonces la nulidad dispuesta por la autoridad ministerial con base en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación para la imposición de una sanción, debiera alcanzar a los dos casos y no solo a uno. Así lo establecen las reglas aplicables a nuestro sistema legal.

El hecho final e incuestionable, es que su autoridad nuevamente ha dictado una resolución, que hoy impugnamos, que nuevamente carece de fundamentación y motivación.

Respecto de la motivación, la RA 32 dice lo siguiente:

> *"…Dicho esto y al ser vital centro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente se llega a la conclusión de que el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerándose el artículo 29°, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el criterio de sana crítica…"*

Su autoridad, respecto de lo anterior y en la resolución que hoy impugnamos categóricamente dice lo siguiente:

> *"…Huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar sus decisiones, siempre "motiva" sus resoluciones (ver artículo 30 de la citada…"*

Su autoridad, una vez más y reiterando el criterio expresado en varias piezas anteriores de este mismo proceso impugnatorio, pretende plantear que su autoridad está solo alcanzada por ciertas normas y al margen de otras o que tuviera facultades de interpretación de lo que "realmente quiere decir la norma", sin competencia en lo absoluto para dicha tarea de interpretación que es privativa y excluyente del Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia y de la propia Asamblea Legislativa Plurinacional.

Su autoridad a pesar de citar la norma la desconoce. El art. 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 ("LPA") dice:

> *"…**ARTÍCULO 30.- (Actos Administrativos).-** Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: …" "…a) Resuelvan recursos administrativos;…" "…d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa…"*

Note usted que la norma no dice "…podrán ser motivadas…" ó "serán motivadas si la autoridad lo considerare necesario…". Interpretar la norma, es decir, establecer lo que la misma "realmente dice" es una atribución de otros órganos del Estado Plurinacional de Bolivia y no de su digna autoridad.

Su autoridad, no toma en cuenta que no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino que estamos en una etapa muy evolucionada de un procedimiento impugnatorio que derivó en la anulación de sus actos por violaciones constitucionales que no pueden hacer que usted considere que nos encontramos en un procedimiento nuevo y sin antecedentes tan graves como las citadas violaciones constitucionales.

Continuando con su línea de pasar por alto lo dispuesto por normas superiores respecto de este caso, su autoridad ratifica, y reafirma lo dicho en la resolución anulada y sin tomar en cuenta que estas cuestiones ya han sido resueltas dice lo siguiente en la página 6 de la Resolución impugnada:

> *"…Que observando que tanto el artículo 29.I como el artículo 50.I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, con concordantes en otorgar discrecionalidad o facultad al ente regulador para la producción de pruebas. Se debe destacar que dichas anteriores normas deben engarzar con las etapas del procedimiento administrativo sancionador contemplado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003…".*

Su autoridad nuevamente pretende omitir el hecho de que la base legal de la censura expresa realizada por la autoridad superior y la condena con la nulidad subsecuente de sus actos, no son las normas especiales y operativas de rango inferior esgrimidas por usted. El fundamento para la anulación de todos sus actos ha sido, señor director, la norma constitucional ratificada por nosotros en numerosas porciones del expediente del exordio y reafirmadas por la autoridad Ministerial, que no le permite a ninguna autoridad autoeximirse de la obligación de presentar pruebas para imponer una sanción a una persona dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, desconociendo la garantía constitucional de presunción de inocencia de la cual goza esa persona.

Su autoridad desconoce el Art. 88 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 (sic) que dice:

> *"…La admisión y producción de pruebas se sujetará…" "…en la duda sobre su admisibilidad y pertinencia se estará a favor de su admisión y producción…"*

Señor Director, en el presente caso, la autoridad ha disipado toda duda al respecto estableciendo que su autoridad debe presentar pruebas y que el mero cumplimiento del "iter" adjetivo no puede constituir prueba y menos la base de la condena de una persona.
Pero su autoridad luego de esa su introducción reingresa nuevamente en la violación frontal de la norma con afirmaciones categóricas de Presunción de culpabilidad" y desconocimiento de la Presunción de Inocencia, como las siguientes:

(Página 4 de la resolución impugnada)

> *"…a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado"*

(Página 8 de la resolución impugnada)

"…han remitido documentación interna de la compañía, lo cual no demuestra que se haya asesorado correctamente al asegurado con relación al cambio…No han remitido documentación que demuestre que al momento de cambio de plan de vida entera a vida flexible, se dio a conocer las diferencias entre ambos productos, las cuales se encuentran reflejadas en el cuadro comparativo enviado en su nota NAVI-GG-106/2012..."

(Página 10 de la resolución impugnada)

"…el que la APS llega a la conclusión de que NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. no demostró documentalmente haber asesorado debidamente a Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce para el cambio…"

(Página 12 de la resolución impugnada)

"…disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por la asegurada sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A…"

(Página 13 de la resolución impugnada)

"…vida Flexible. En el caso que nos ocupa, aquella entidad no informó de manera absoluta y completa, no advirtió, comparativamente (ya que no ha producido prueba en sentido contrario pese a la notificación con cargos), de…"

En todas estas afirmaciones indubitables y que no dejan lagunas sobre su sentido, su autoridad pretende afirmar que en nuestro sistema legal la culpabilidad se presume y lo que se debe probar es la inocencia.

Su autoridad llega al extremo de la desviación al afirmar que quien debe probar que el asesoramiento verbal fue el correcto es el procesado y no quien impondrá la pena, quien en su criterio debe apoyarse en la presunción de negligencia (¿??¡¡¡?), sin hacer ninguna cita normativa para tal afirmación, debido a que obviamente dicha norma no existe.

Señor Director, el Art. 117 de la Constitución Política del Estado, al establecer uno de los principios esenciales de nuestro estado de derecho dice lo siguiente:

*"…**Artículo 117 I.** Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado…"*

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario.

Es decir que de conformidad con la norma constitucional de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad presuma, sin prueba alguna, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Siguiendo esta línea normativa, el Art. 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de fecha 23 de abril de 2002 ("LPA"), dice lo siguiente:

> *"…**ARTÍCULO 71.- (Principios Sancionatorios).-** Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad…"*

> *"…**ARTÍCULO 74.- (Principio de Presunción de Inocencia).-** En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo…"*

Nótese que la norma enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir, que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una sanción.

De acuerdo y siempre en protección del principio de inocencia, el Art. 18 de la resolución Administrativa IS Nº 602 de la ex Intendencia de Seguros de fecha 24 de octubre de 2003, dice lo siguiente:

> *"…**Artículo 18.- (Determinación de la gravedad de la infracción).-** …la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o **entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia**, salvo **prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso **y en todos los similares**…"*

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la Ley) que es la culpabilidad.

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

> *"…**ARTÍCULO 47.- (Prueba).- I.** Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho…" "…II. El plazo y la forma de producción de la prueba será la determinada…" "…III. La autoridad administrativa, mediante providencias expresas, determinará el procedimiento para la producción de las pruebas admitidas…"*
>
> *"…**ARTÍCULO 49.- (Alegatos).-** Producida la prueba o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del período probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las pruebas producidas, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue sobre la prueba producida…"*
>
> *"…**ARTÍCULO 83.- (Etapa de Tramitación).- I.** Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar todas las pruebas, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses…" "…II. Serán legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos…"*

De estas porciones de la norma, es posible extractar los siguientes principios básicos adicionales:

a. Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan en pruebas.
b. Es posible presentar todos los medios de prueba admisibles en derecho.
c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba.
d. La prueba que servirá de base es la prueba "producida".

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la "producción", que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de "forma" y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de "producción". Algunos sistemas llaman a estas fórmulas de solemnidad el busca (sic) que la forma de producción de las mismas sea "transparente".

Los medios de prueba "legalmente aceptados" a que se refiere el texto transcrito precedentemente, se encuentran regulados por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

> *"…**Art. 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA).** Son medios legales de prueba: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) El peritaje. 5) La testificación. 6) Las presunciones…"*

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como "la opinión del juzgador", ó "las definiciones o criterio personal del juzgador" ó la opinión y conclusiones personales del juzgador" ó a "lo que diga el diccionario".

En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las "presunciones", la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

> *"…**Artículo 29.- (Prueba). I.** Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones…"*
> *"…II. La providencia que ordene la producción de las pruebas será expresa…"*
> *"…III. Las pruebas serán valoradas en su integridad con racionalidad…"*

Se verá que esta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de "producción" y la necesidad de que las pruebas sean las "admisibles en derecho". Remarca además le necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

> *"…**ARTÍCULO 71.- (Principios Sancionadores).-** Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas*

en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad…"

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir, una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con esta base en la "imputación de cargos", que la carga de la prueba sea trasladada completamente y exclusivamente al procesado quien deba "probar su inocencia".

El hecho es que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba está distribuida entre ambas partes en forma equivalente.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política dl Estado que dice lo siguiente:

> *"…**Artículo 116. I.** Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones…"*

Por último, el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS Nº 602, de 24 de octubre de 2003, dice en sus arts. 2 y 8 lo siguiente:

> *"…**Artículo 2.- (Principios).** A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios: a) Debido Proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos…"*

> *"…**Artículo 8.- (Alcance de la Sanción).** La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será impuesta previo proceso administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al principio del debido proceso…"*

Verá su autoridad que la fundamentación de las decisiones del juzgador solo puede provenir de un procedimiento de sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho,

limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

En ninguna parte de obrados su autoridad presenta pruebas admisibles en derecho y nuevamente se basa en su opinión, sus presunciones y su criterio personal que es muy respetable, pero lastimosamente no constituye prueba alguna en nuestro sistema legal, mucho menos para condenar a una persona sea cual fuere ésta.

IV. PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 65 de la LPA y del Art. 46 y siguientes del D.S. 27175, pedimos a Ud. Tenga a bien dictar la respectiva Resolución revocando totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de fecha 1 de julio de 2013, por haber violado las presunciones constitucionales y por haber violado el debido proceso condenándonos sin prueba alguna, reservándonos el derecho, conforme a ley, de interponer el Recurso Jerárquico correspondiente, ante el superior en grado".

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 785-2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 de 23 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve "*CONFIRMAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013 en todas sus partes*", con los siguientes argumentos:

"(…)
CONSIDERANDO:
Que esta sanción fue emitida en atención a que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no efectuó un correcto e integral asesoramiento a los señores Oscar Arce Ortíz y Annelice Zabala de Arce en ocasión del cambio de "Plan de Vida Entera" al "Plan de Vida Flexible".*

CONSIDERANDO:

Que mediante memorial de 24 de julio de 2013, presentado a la APS el 25 del mismo mes y año, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A*** *interpone Recurso de Revocatoria argumentando de manera resumida lo siguiente:*

1. *Las resoluciones ministeriales jerárquicas constituyen "verdades formales" que revisten "Cosa Juzgada Formal"; es decir, son precedentes administrativos vinculantes que, como tal, deben ser atendidos y aplicados por todas las autoridades administrativas en todas sus actuaciones subsecuentes. Respecto de su contenido, no le está dada a las autoridades inferiores la competencia para omitir o apartarse de lo ya dispuesto por la autoridad superior, cual si se pudiese reingresar en el debate ya resuelto, mediante pronunciamiento expreso. Se trata pues de pronunciamientos formales y concluyentes, cuya observancia es inexcusable para las autoridades reguladoras directas, que no pueden darse el lujo de retomar el debate ya resuelto.*

2. *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013 establece "verdades materiales" que no admiten mayor debate y pueden resumirse de la siguiente manera: i) el simple cumplimiento del procedimiento sancionatorio no puede entenderse como basamento para el nacimiento de la responsabilidad y menos como fundamento de una sanción; ii) Los indicios, presunciones o juicios de valor no constituyen prueba que sirva de base para el desarrollo de procedimiento sancionatorio alguno; iii) La sanción no tiene hechos ni antecedentes probados que constituyan causa y no tiene fundamento incumpliendo lo dispuesto por los incisos b) y e).*

3. *La APS, al apoyarse en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 para fallar en el recurso que nos ocupa, descontextualiza el caso que corresponde a otro suceso, ya que alude a que el "caso" de esta resolución ministerial es el mismo con la única diferencia de que a la Sra. Durán se le permitió volver al plan original y a los esposos Arce no. Por ello su autoridad pretende ampararse en el pronunciamiento del superior correspondiente al caso de la Sra. Durán el cual anuló obrados sólo por la violación de la norma en la graduación de la pena, pero no basó su anulación en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación, como sí sucedió en el presente caso.*

Es claro que la autoridad ya resolvió éste tema en sentido de que el mero cumplimiento del procedimiento no importa "prueba", como usted pretende, cuyos fundamentos no parece conveniente recapitular a éstas alturas.

4. *Si fuera cierto, como dice la APS, de que ambos procesos son idénticos (MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013) en los cuales se siguió el mismo procedimiento y se llegó a las mismas conclusiones, debería aplicarse la técnica jurídica dogmática llamada "Reglas de Resolución de Conflicto de Leyes en el Tiempo" que señala que cuando existen dos normas de la misma jerarquía dictadas por la misma autoridad la de data más reciente deja sin efecto la de data anterior, por aplicación de la categoría legal "derogatoria tácita de la norma".*

5. *Si la APS invoca a la RA 026 (anulada por no haber modulado la sanción) y la RA 032 fue anulada por carecer de fundamentación y motivación, entonces el ente regulador debería aplicar la RA 032, que es la última y que prevalece sobre la RA 026. De otra manera, si es cierto que ambos casos son iguales, entonces la nulidad dispuesta por la autoridad ministerial con base en la inexistencia de fundamentación y motivación para imponer una sanción debiera alcanzar a los dos casos y no solo a uno. Lo cierto es que la APS nuevamente ha dictado una resolución que carece de fundamentación y motivación.*

6. *Respecto de la motivación, la RA 032 dice la APS no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerando el artículo 29.III del DS 27175 de 15 de septiembre de 2003 y la resolución que se impugna dice en la parte pertinente que la "motivación" no es requisito esencial del acto administrativo conforme el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pretendiendo tener facultades de*

interpretación de la norma, tarea encomendada excluyentemente al Tribunal Constitucional y a la propia Asamblea Legislativa Plurinacional.

7. *La APS, a pesar de citar la norma, la desconoce pues el artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que los actos siempre serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho.*

8. *La APS no toma en cuenta que no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino, en la etapa en que sus actos fueron anulados por violaciones constitucionales que no pueden hacer que se encuentre en un nuevo procedimiento.*

9. *Continuando con la actitud de la APS de pasar por alto lo dispuesto en normas superiores, se vuelve a citar el artículo 29.I como del artículo 50.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 concordando con el artículo 65 y siguientes del referido decreto, omitiendo tomar en cuenta que la censura de la autoridad superior no son las normas de rango inferior, sino, normas constitucionales que no permite al ente regulador eximirse de la obligación de presentar pruebas para imponer una sanción, desconociendo así, lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 que dice que en caso de duda sobre la admisión y pertinencia de pruebas, se estará a favor de su admisión y producción.*

10. *La APS insiste en no presentar pruebas para sancionar, como demuestra la página 4 de la resolución que se impugna ya que en ella se refiere a que el ente regulador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido asesoramiento exacto y suficiente; la página 8 alude que se ha remitido documentación de la compañía que no demuestra que se haya asesorado correctamente; la página 10 señala que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no demostró documentalmente, haber asesorado debidamente; la página 12 señala que la aseguradora se limita a decir que "se proporcionó" información verbal y escrita requerida por la asegurada sin sustentar documentalmente; y la página 13 que se refiere a que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no informó de manera absoluta y completa.*

Estas citas, en conjunto, revelan que la APS pretende afirmar que se presume la culpabilidad y que se debe probar la inocencia desconociendo el artículo 117 de la Constitución Política del Estado sobre la presunción de inocencia concordante con el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, pues se llega al extremo de la desviación de afirmar que quien debe probar el asesoramiento verbal es el procesado basado en la presunción de negligencia no existiendo ninguna norma respecto de esta última.

11. *El artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo consagra el debido proceso ya que señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, que el plazo y la forma de producción de la prueba será la determinada, y que la autoridad determinará el procedimiento para la producción de las pruebas. Los artículos 49 y 83 de la misma ley se refieren a la vista del expediente si la autoridad*

considera la complejidad de los hechos y las pruebas producidas, y el artículo 83 alude a que en el plazo de 15 días, los presuntos infractores podrán presentar todas la pruebas que crean convenientes y serán legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos.

12. *En ninguna norma se alude como medio de prueba a la opinión del juzgador o a sus definiciones o criterios personales, o lo que diga el diccionario, y en lo que respecta a las presunciones, la APS está obligada a presumir la inocencia mientras "no pueda probar su culpabilidad", estando regulado este extremo en el artículo 29 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 y el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

El artículo 116 de la CPE consagra el postulado de que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces con una justicia transparente, concordando con los artículos 2 y 8 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 que garantizan el debido proceso y que la sanción debe ser impuesta previo proceso.

CONSIDERANDO:

Que en pocas palabras, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *alega que la resolución impugnada carece de fundamentación y motivación pues no ha producido la suficiente prueba como para demostrar la culpabilidad de ella, en el caso de los señores Oscar Arce Ortíz y Annelice Zavala de Arce, basándose solamente en la opinión de la APS, en presunciones y definiciones de diccionario, violando por tanto los principios de inocencia y debido proceso.*

CONSIDERANDO:

Que en relación al argumento 1 del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS nada tiene que objetar por ser un concepto de amplia aceptación y uso. No obstante, el ente regulador considera que debe tenerse en cuenta que la ***"cosa juzgada formal", a*** *diferencia de la* ***"cosa juzgada material"(****que no admite revisión)****,* ***permite volver a debatir los razonamientos ex post en los que se basó el acto administrativo para determinar su legitimidad****. Bastará, para confirmar esta afirmación, revisar acepciones y definiciones de esta categoría jurídica.*

Que en relación al ***argumento 2*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, este Órgano de Fiscalización procede a continuación, conforme lo determina la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032/2013 de 10 de junio de 2013, a efectuar la correspondiente valoración jurídica sobre la base de las pruebas de cargo y descargo presentadas tanto por los reclamantes como por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****., con el objeto de garantizar la efectiva realización de los derechos que asisten a ambas partes.*

Que respondiendo por partes el argumento esgrimido en este punto por la recurrente se tiene que; como ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. afirma, si la*

Resolución Administrativa MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013 ha establecido "verdades materiales", entonces y como doctrinalmente sus efectos se circunscriben al caso que resuelve el mismo, sus argumentos pueden revisarse y volver a debatirse cuando se juzga otro caso (con más o menos similitudes; v.gr. caso de la Resolución Administrativa MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 – María Elena Durán Ramos). Nótese que aquella Aseguradora ha afirmado que la Resolución Administrativa MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013 tiene calidad de "cosa juzgada formal", ergo, no tiene calidad de ***cosa juzgada material*** *(verdad jurídica inmodificable).*

Que una segunda parte en este punto tiene que ver con la afirmación de que la APS hubiera fundado su decisión sólo en indicios, presunciones, juicios de valor que no constituyen prueba, violando los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002. Analicemos.

*Que puede fácilmente deducirse que el aspecto relevante es la supuesta debilidad, en lo que concierne a la Prueba, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 597-2013 de 01 de julio de 2013. Para ello, anotemos que (de acuerdo a Manuel Ossorio) "****indicio*** *es la circunstancia o* ***antecedente*** *que autoriza a fundar una opinión sobre* ***la existencia del hecho****, en tanto que* ***presunción*** *es el* ***efecto*** *que esa circunstancia o antecedente* ***produce en el ánimo del juez*** *sobre la existencia del hecho, mediando por ello una relación de causa a efecto. En igual sentido, Caravantes expresa que la* ***presunción*** *surge del* ***indicio.*** *La* ***presunción*** *no es, en el aspecto examinado, otra cosa que el juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos. En sentido civil, son llamadas* ***presunciones legales*** *las establecidas por la ley para dar por existente un hecho, aun cuando en la realidad pudiera no haber sido cierto". La* ***presunción*** *es uno de los medios probatorios admitidos por la ley, aunque muchos confunden la presunción con el indicio.*

Que resulta entonces que el ***indicio*** *es el antecedente de la ocurrencia de un hecho, mientras que la* ***presunción****, es el* ***efecto*** *que tal indicio (u ocurrencia del hecho) produce en el espíritu del juzgador y este efecto sí es admitido como* ***prueba*** *en la Ley, como lo comprueba el artículo 374.6) del Código de Procedimiento Civil otorgándole la calidad de medio legal de prueba, con la taxativa advertencia del legislador de que* ***"una sola presunción podrá constituir prueba cuando a juicio del Juez tuviere caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento"*** *de acuerdo al texto del artículo 477.II del citado código adjetivo civil.*

Que en este sentido una primera conclusión es que la presunción ***sí*** *es un medio para formar convicción (léase, prueba) en el juzgador, quedando lejos la afirmación de la recurrente de que al basarse la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 597-2013 de 01 de julio de 2013 en presunciones, la misma fuera inconstitucional, violatoria del principio del debido proceso, carente de motivación y fundamentación, etc.*

Que surge inmediatamente la pregunta de cuáles son esas presunciones que, incluso bastando una sola, pueden hacer prueba? Vayamos a lo dispuesto en el artículo 1318

*del Código Civil en cuanto a las **presunciones legales**; unas admiten prueba en contrario (deben estar **expresamente** señaladas por Ley) y otras no (que son solamente tres casos y en ninguno se encuentra el caso que nos ocupa). En cambio, las **presunciones judiciales** son **aquellas que no están establecidas por Ley** y que **se dejan a prudencia del Juez,** quien no debe admitir sino las que sean graves y concordantes precisas conforme prevé el artículo 1320 del Código Civil. Por lo que una segunda conclusión es que (suponiendo que la resolución impugnada se hubiera basado solamente en presunciones) siendo la presunción un medio de prueba, la misma es y constituye base legal para decidir (léase, imponer sanciones) y bien que pudiera bastar, inclusive, una sola presunción para fundar decisión o juicio de valor. Por lo que el argumento que se analiza tampoco destruye la validez o eficacia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013.*

*Que más allá, analizando cuáles los elementos de derecho y de facto que han llevado al ente regulador a formar criterio para sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.***

***a)** Carta de 10 de abril de 2012 de Oscar Arce Ortíz y Annelice Zabala de Arce, mediante la que reclaman por el cambio de Plan de Vida Entera a Plan de Vida Flexible instado por la ahora impugnante, solicitando la ayuda de la APS (primer elemento de hecho).*

***b)** Carta APS/DJ/SA/Nº 3046-2012 de 24 de abril de 2012, por la cual, la APS solicita documentación y demostración documentada del asesoramiento debido prestado a aquellos ciudadanos (segundo elemento de hecho).*

***c)** Carta CITE: NAVI-GR-106/2012 de 4 de mayo de 2012 de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** remitiendo las Pólizas de Vida Entera y de Vida Flexible adjuntado un informe de Álvaro Valverde manifestando que los esposos Arce Zabala tuvieron pleno conocimiento del producto al cual estaban migrando, pero sin referencias documentales, constituyendo por tanto la carta e informe, una manifestación sin sustento probatorio de su veracidad (tercer elemento de hecho).*

***d)** Carta APS/DS/4819-2012 de junio de 2012, en la que el ente regulador manifiesta que la documentación recibida precedentemente, no demuestra el asesoramiento correcto que se debía haber brindado como prevé el artículo 14.a) de la Ley de Seguros; es decir, no ha remitido documentación que pruebe que a momento del cambio de Plan, se hubiera dado a conocer las diferencias entre ambos productos, reflejado en el cuadro comparativo NAVI-GG-106/2012.*

*Que analizado este cuadro comparativo, se evidencia que contienen afirmaciones que no corresponden de acuerdo al Código de Comercio; afirma **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** que retiros parciales en el Plan Vida Entera no aplica, cuando en el artículo 1, numeral 1.15 de dicha Póliza sí se contempla tal indicando que el retiro parcial es el pago del valor de rescate efectuado por la Compañía a favor del asegurado, previsión concordante con el artículo 1142 del Código de Comercio; en cuanto a la caducidad, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** señala que el Plan de Vida Entera caduca a los 30 días posteriores al incumplimiento*

en el pago de la cuota de prima acordada, afirmación cuestionable ya que en el artículo 128 de este Plan se señala que "queda convenido y/o específicamente acordado que el préstamo a que tenga opción el asegurado, según sus valores garantizados, se aplica automática y prioritariamente a pago de las primas devengadas a sus respectivos vencimientos antes de ocurrir a la alternativa de saldar el seguro por un capital reducido, y siempre que su Valor de Rescate sea igual o mayor al monto de la prima devengada; los reclamantes han hecho conocer a la APS que, a momento del cambio, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *mostró material publicitario adjuntada a la carta en el que no se especifica el periodo de vigencia del contrato de seguro; que en dicho material publicitario, y en la parte de Beneficios de Seguro de Vida Flexible, se manifiesta que "los seres queridos recibirán un capital en caso de que usted fallezca, que les permitirá mantener su nivel de vida, continuar con la educación de sus hijos…" siendo esta afirmación incorrecta ya que como es de conocimiento de la Compañía, el capital asegurado por fallecimiento surtirá efecto siempre y cuando se suscite dentro la vigencia de la póliza, lo cual no es explicado en el documento que fue entregado a aquellos esposos.*

Que todo esto ratifica que la aseguradora no prestó un asesoramiento completo, integral y correcto a sus asegurados (cuarto elemento de hecho).

e) *Carta CITE: NAVI-GG-0468/2012 de 04 de julio de 2012 de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *por la que acompañan carta de los esposos Arce Zabala pidiendo la anulación del Plan de Vida Entera que, en el fondo, no prueba el asesoramiento preceptivo, sino, una solicitud simple de cambio. Dicho sea de paso, que la sanción no se origina en el cambio per se, sino en el insuficiente asesoramiento prestado para suscitar tal cambio (quinto elemento de hecho).*

f) *Carta CITE: NAVI-GR-672/2012 de 30 de octubre de 2012 de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en la que afirma que el hecho de que los esposos Arce Zabala hubieran expresado su reclamo, es "prueba" del asesoramiento correcto prestado (sexto elemento de hecho).*

g) *Informe Técnico APS/DS/JTS/ 1458-2012 de 6 de noviembre de 2012, que efectuando una compulsa de los antecedentes producidos, indica que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no ha demostrado haber asesorado debidamente (como es preceptivo además) a Oscar Arce Ortíz y Annelice Zabala de Arce para migrar del Plan de Vida Entera al Plan de Vida Flexible.*

*Que los anteriores elementos de hecho (****indicios*** *para constatar la ocurrencia del hecho reclamado) se han confrontado con las normas acusadas de incumplidas que no es otro que el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (indicios confrontados con la norma para formar la* ***presunción****, admitido como medio prueba). Puede observarse que siendo varios lo indicios (y no uno sólo), todos ellos son concordantes en cuanto a la insuficiencia del asesoramiento preceptivo en cuestión, y que el efecto que ocasionan en el ánimo del juzgador (léase, la APS) es que los hechos ocurridos se caracterizan por la insuficiencia de asesoramiento prestado por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *a los esposos Arce Zabala.*

Que no solo que la APS, antes de notificar formalmente con cargos a esta aseguradora, manifiesta por escrito a la recurrente, la insuficiencia de los argumentos presentados (sin respaldo documental), sino y cuando ya corrió la etapa formal de imputación, tampoco ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *produce la documentación apropiada para sustentar sus abundantes afirmaciones.*

Que ratificamos entonces que los presupuestos para formar convicción y sancionar a esta Aseguradora, cumplen con los requisitos legales exigidos, cumplen con lo mandado en el debido proceso y presunción de inocencia, cumplen con las reglas de las presunciones (pese a que la Ley faculta a formar criterio inclusive con una sola presunción, y a falta de uno se cuenta con seis) y con las reglas de la prueba como se acaba de demostrar puntualmente.

Que los juicios de valor son imprescindibles (sobre la base de los antecedentes obviamente) para formar criterio, aspecto que no es ni puede ser causal de revocatoria.

Que en relación al ***argumento 3*** *del memorial de recurso anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, no escapa al entendimiento que al citarse la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013, se está actuando legal y legítimamente, de la misma manera que como cuando* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. acude a invocar normas constitucionales y de segunda jerarquía, sin que por ello, esté "descontextualizando" el caso.*

Que en efecto, la pertinencia de la cita de dicha resolución ministerial jerárquica radica en la utilidad de demostrar que en un caso similar (o igual) de cambio de Plan de Vida Entera a Plan de Vida Flexible, la instancia superior administrativa procedió a dar la razón al ente regulador, aunque los protagonistas y circunstancias fueron distintas, por lo que la APS jamás otorgó calidad de ***similitud absoluta*** *al caso de María Elena Durán Ramos con el de los esposos Arce Zabala, pues está consciente de las diferencias existentes pero también está consciente del común denominador existente entre ambos; el cambio de plan.*

Que cuando ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A****. señala que el simple cumplimiento del procedimiento no constituye prueba, incurre en confusión, pues dentro del procedimiento sancionador administrativo está contemplada la etapa de la prueba con la notificación de cargos y la otorgación de un plazo para las probanzas que se convenga; luego, si se ha cumplido con todas las etapas de dicho procedimiento, sí se ha cumplido también con la etapa probatoria, por lo que no es de buen recibo señalar que no se ha cumplido con las pruebas e inmediatamente afirmar que se ha cumplido con las etapas del procedimiento sancionador. En todo caso, la APS jamás ha indicado que el cumplimiento de todas y cada una de las etapas "constituya" prueba de los hechos imputados.*

Que en relación al ***argumento 4*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS ha aclarado que la única similitud invocada por ella respecto de las resoluciones ministeriales jerárquicas*

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013 es el cambio de "Plan de Vida Entera" al "Plan de Vida Flexible" con el mismo proceso en consecuencia, respetando sus especificidades, sin que por ello hayan contradicciones que ameriten la aplicación de anular o dejar sin efecto una en desmedro de la otra. La invocación de la aplicación de reglas de derogación tácita corresponde a otro escenario que, definitivamente, no es el que nos ocupa.

Que otro elemento extraído de las propias argumentaciones de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *es que siendo evidente que la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 reviste calidad de cosa juzgada formal (ya que es susceptible de otra acción en la vía de puro derecho) sus efectos nacen y se circunscriben a la propia resolución (carece de efecto erga onmes) sin afectar otros casos, por lo que tampoco en este escenario, es plausible aplicar normas de derogación tácita.*

Que en relación al ***argumento 5*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, nuevamente se señala que tanto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2013 de 13 de mayo de 2013 como la MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032-2013 de 10 de junio de 2013 tienen calidad de cosa* ***juzgada formal*** *(aun pueden ser revisadas y modificar sus criterios), como la propia recurrente señala sus efectos (como la nulidad declarada por la URJ-SIREFI)* ***sólo afectan y alcanzan*** *a ella misma o al caso individual, y no a otros; luego, mal podría alegarse que la "RA 032" prevalece sobre la "RA 026" como si se tratase de resoluciones ministeriales con efectos erga omnes.*

Que en relación a los ***argumentos 6 y 7*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, se debe indicar y reiterar que la "motivación" no se encuentra en ninguno de los seis incisos del catálogo expresado en el artículo 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y a eso se refiere la APS cuando en la resolución impugnada manifestó tal, lo que no quiere decir que no siendo esencial, la motivación no deba concurrir en los actos administrativos (de hecho, la APS jamás expresó así).*

Que la confusión entre motivación y fundamentación se debe a que en el sistema jurídico, la mayoría de las veces, el término motivación va ligado con el de fundamentación. Los cuales, aunque a primera vista parecen sinónimos, no lo son en realidad, sino que su misma relación lleva a confusiones. La motivación es la obligación impuesta a la Autoridad Administrativa de tomar en cuenta, en la emisión de una Resolución, todos aquellos elementos que conforman el expediente (reclamos, informes, medios de prueba, alegatos, etc.) analizados y valorados.

Que la fundamentación, en cambio, deriva del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, como un elemento esencial, que establece que el acto administrativo "Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto (…) de ello se infiere que la fundamentación, además de enumerar preceptos jurídicos aplicables al caso, exige

que la Autoridad Administrativa exponga las razones, el por qué ha decidido aplicar dichos preceptos.

Que huelga añadir que aunque la motivación no es un requisito esencial (reiteramos) del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; esta APS al expresar sus decisiones siempre "motiva" sus resoluciones. Más aun, la norma administrativa exige que la motivación sea ***concreta;*** *esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se impugna.*

Que conforme lo expuesto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013 expresa la ***motivación*** *exigida por Ley cuando confronta los hechos; como el sucesivo intercambio de cartas con sus anexos; respuestas de la ahora recurrente junto a seis elementos de hecho conforme se ha explicado a momento de analizarse el argumento 2, luego confronta estos hechos con las normas pertinentes y fundamenta el por qué se han aplicado dichos preceptos para llegar a una conclusión o juicio de valor traducido en el incumplimiento del artículo 14.a.) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que para comprobar que la APS sí motivó la resolución impugnada, bastará leer la misma y comprender que los seis primeros Considerandos refieren a los hechos ocurridos y los Considerandos restantes refieren a la confrontación de estos hechos con las normas acusadas de incumplidas para luego derivar en la conclusión o juicio de valor consiguiente y de rigor.

Que debe quedar claro que conforme se ha explicado, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013 concurren la motivación y la fundamentación, aplicándose rigurosamente lo dispuesto en el artículo 28.e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002. Entonces, queda por demás claro que la APS no ha usurpado funciones de interpretación ni al Tribunal Constitucional ni a la Asamblea Legislativa Plurinacional, cumpliendo escrupulosamente el artículo 30 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002.

Que en relación al ***argumento 8*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *tiene razón, no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino en la etapa recursiva. Toda vez que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032-2013 de 10 de junio de 2013 anuló las resoluciones inferiores, estas quedaron sin efecto, debiendo volverse a iniciar el proceso sancionatorio (como se lo hizo) y por eso es que aquella compañía ha accionado interponiendo este recurso.*

Que en relación al ***argumento 9*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, debe apreciarse que en este procedimiento la APS sancionó sobre la base de pruebas generadas a la luz de lo dispuesto por los artículos 29.I y 50.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. No existiendo documento que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera presentado y que la APS no hubiera* ***admitido,*** *siendo situación distinta que dicha documentación tuviera efecto probatorio de descargo. Se ha admitido y por*

consiguiente, analizado, toda la documentación producida, habiéndosela valorado como insuficiente para descargos, por lo que la cita del artículo 88 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 no es atinente ya que jamás se ha "dudado" en admitir la producción de alguna prueba.

Que en relación al ***argumento 10*** *del memorial de recurso, anotado en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS, a través del cumplimiento de la etapa probatoria, como manda el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, accionó para que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *produzca sus probanzas, sobre cuya base y los elementos de hecho (indicios) que constituyen presunciones, procedió al análisis de las mismas y emitió juicio de valor. Recuérdese que los artículos 29 y 50 del referido Decreto señalan que la APS podrá* ***disponer la producción de prueba*** *pero no dice que la APS tenga que proponer, producir, practicar y agotar tales pruebas por ella misma; dicho de otro modo la APS al actuar como instancia administrativa y no ser parte del procedimiento administrativo sancionatorio esta relevada de ofrecer y producir prueba alguna.*

Que por lo demás, las páginas 4, 8, 10, 12 y 13 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013 señalan que las respuestas, cartas y documentación adjuntada por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no acreditan haber asesorado debidamente a los esposos Arce Zabala; esto es, en pleno ejercicio de su derecho a la defensa, por lo que mal podría acusarse al ente regulador de haber presumido la culpabilidad de la aseguradora ex ante la producción de pruebas.*

Que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *dice, afirma y reafirma que ha asesorado debidamente a los esposos Arce Zabala en el trámite de cambio del Plan de Vida Entera al Plan de Vida Flexible, pero sin sustentar sus afirmaciones, sin sustentar documentalmente tal extremo, y en el mejor de los casos, de manera insuficiente a criterio de este ente regulador. No basta afirmar un hecho si no se lo justifica o demuestra. La aseguradora pretende probar su asesoramiento con su sola afirmación, lo que no es plausible a los fines del procedimiento administrativo.*

Que el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, precisamente, se refiere a la diligencia que se debe esperar de la conducta de las compañías aseguradoras, salvo la excepción dispuesta; por ello, resulta inaceptable que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *alegue la* ***no*** *existencia de una norma respecto de la negligencia o diligencia en este tipo de actuaciones.*

Que en relación al ***argumento 11*** *del memorial de recurso anotado en el quinto Considerando de la presente resolución,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ha ejercitado su derecho a la defensa en aplicación del debido proceso sin que las alegaciones y documentación producida constituyan prueba enervante del cargo imputado, en criterio de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros. La Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 y el Decreto Supremo Nº 271715 de 15 de septiembre de 2003 establecen acciones de las cuales, los administrados son titulares subjetivos y en esta convicción,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pudo solicitar la vista del expediente, pudo solicitar la ampliación del término*

probatorio y otros, pero no lo hizo pese a que tenía el derecho de hacerlo. La aseguradora insinúa que debió haber sido la APS quien ejerza titularidad de aquellas acciones subjetivas que solo corresponden a los regulados o administrados; v,gr, pedir la vista del expediente. No hay norma que obligue o faculte a la APS a actuar en este sentido.

Que en cuanto a las pruebas producidas por la compañía, se ha efectuado una relación de las mismas a momento de referirse al argumento 2, por lo que huelgan mayores comentarios.

Que en cuanto al ***argumento 12*** *del memorial de recurso anotado, en el quinto Considerando de la presente resolución,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *incurre en un error cuando señala que la APS ha valorado sus propias opiniones y definiciones del diccionario como pruebas. Confunde el hecho de apoyarse en definiciones de términos jurídicos y juicios de valor con valoraciones de prueba. Lo cierto es que acudir a estos recursos es ilustrativo, aclarativo y enriquecedor pero nunca tendrán calidad de prueba en sí mismas.*

Que respecto del artículo 116 de la CPE y artículos 2 y 8 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la APS ha demostrado que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ejerció su derecho a la defensa en aplicación del principio del debido proceso; lo prueban los antecedentes de este caso.*

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidas por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 597-2013 de 01 de julio de 2013, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma.

7. RECURSO JERÁRQUICO

Mediante memorial presentado el 13 de septiembre de 2013, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 785-2013 de 23 de agosto de 2013, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 597-2013 de 01 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

"(…)
I - ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION
Su autoridad al confirmar la resolución impugnada, realiza una serie de afirmaciones que nos agravian y perjudican y que son violatorias de la norma positiva boliviana y que nuevamente vician de nulidad los actos de su digna autoridad.

Debemos reiterar, Señor Director, el presente proceso de impugnación ya tiene un cúmulo de antecedentes que constituyen precedente formal que no puede y no debe pasarse por alto ni puede pretenderse otorgarles un grado inferior al que tienen.

En la resolución que hoy impugnamos, su autoridad desconoce de manera consiente (sic) y expresa que en nuestro sistema legal, las Resoluciones Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, constituyen la voz del Estado en el máximo, más grave y más serio nivel de impugnación de los actos de sus inferiores y son actos administrativos de carácter vinculante y por consiguiente de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades administrativas reguladoras del Sistema de Regulación Financiera de orden operativo o sectorial o especial, quienes se encuentran no en la potestad o facultad, sino en la obligación y en el deber de actuar en apego a lo dispuesto por la máxima autoridad de revisión en sede administrativa de nuestro sistema legal como es el Respetable Despacho del Ministro de Economía y Finanzas del Estado Plurinacional de Bolivia, que tiene la competencia absoluta para sentar la nueva línea a la cual deben regirse las autoridades reguladoras como su digna autoridad.

Estos actos administrativos formales emitidos por el Estado Plurinacional de Bolivia, contenidos nada menos que en Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, que por cierto son superiores e inclusive tienen fuerza derogatoria respecto de normas administrativas de jerarquía inferior como las Resoluciones Administrativas, contienen declaraciones que no son meras elucubraciones teóricas o criterios temporales o meramente casuísticos, sinó (sic) que constituyen una categoría especial que en derecho se denomina "Cosa Juzgada Formal". Es decir que constituyen "Verdades Formales" jurídicamente establecidas por la autoridad administrativa competente del Estado y que en el caso particular de nuestro sistema legal, constituyen Precedente Administrativo Vinculante y jurisprudencia administrativa que, como tal, debe ser atendido y aplicado por todas las autoridades administrativas en todas sus actuaciones subsecuentes.

Entonces, señor Director, el texto de las resoluciones Ministeriales constituye una "verdad" sobre la cual no es posible continuar o reiniciar un debate, mucho menos en la esfera administrativa.

Dicho de otro modo, no les está dada a las autoridades de foros inferiores, la competencia para omitir o apartarse de lo ya dispuesto por la autoridad superior, cual si se pudiera reingresar en el debate ya resuelto por la autoridad superior, mediante pronunciamiento expreso, en una suerte de desconocimiento de la jerarquía del grado y fuerza legal de éstos pronunciamientos.

Su autoridad desconoce (reitero) que no se trata de meras declaraciones retóricas, o recomendaciones o exhortaciones subjetivas y menores o sentimientos de la autoridad superior que pueden o no ser atendidas por las autoridades reguladoras inferiores. Se trata de pronunciamientos formales y concluyentes, cuya observancia es inexcusable para las autoridades administrativas reguladoras de nuestro sistema regulatorio financiero, como lo es su digna autoridad.

Entonces, comprenderá que ninguna autoridad inferior puede tomarse la libertad de retomar el debate ya resuelto por el superior o cuestionar o de otra manera comentar el mismo, como si dichas cuestiones no hubieran sido resueltas, analizadas, consideradas y definidas por el superior en grado, ratificando, parafraseando, reiterando y hasta copiando exactamente las mismas premisas que ya fueron censuradas por el superior en grado.

En desconocimiento de todo lo anterior, su distinguida autoridad, en la Resolución impugnada realiza la siguiente afirmación:

> *Que en relación al argumento del memorial de recurso, **anotado** en el quinto Considerando de la presente resolución, la APS nada tiene que objetar por ser un concepto de amplia aceptación y uso. No obstante, el ente regulador considera que debe tenerse en cuenta que la "cosa juzgada formal", a diferencia de la "cosa **juzgada** material"(que no admite revisión), permite volver a debatir los razonamientos **ex post** en los que se basó el acto administrativo para determinar su legitimidad. Bastará, para confirmar esta afirmación, revisar acepciones y definiciones de esta categoría jurídica.*

Señor director, en nuestro sistema legal, el foro en el cual nos encontramos en éste momento no es el Foro Judicial o Constitucional, que en nuestro sistema legal si tiene atribuciones para proceder "en revisión judicial" y a la reconsideración de lo establecido por una "Verdad o cosa juzgada Formal", para dar nacimiento a la "Verdad o Cosa Juzgada Material."

En nuestro sistema legal, una autoridad reguladora, pertenece al distinguido foro administrativo que obedece a una jerarquía muy clara y que entre las normas y fuentes normativas que deben inspirar la línea de sus actos, tiene a la "Jurisprudencia Administrativa" y al llamado "Precedente Administrativo", que no es más que un criterio interpretativo de una cuestión legal que es emanado del más alto nivel de impugnación en la esfera administrativa, en éste caso la respetable cartera ministerial de Estado que se pronunció sobre las violaciones normativas de su autoridad.

Dentro de éste foro y en ésta arena administrativa, las autoridades reguladoras, como lo es su digna autoridad, deben seguir la línea Jurisprudencial Administrativa y el Precedente Administrativo, que son adoptados como interpretaciones formales por el máximo nivel de impugnación administrativa de nuestro sistema legal.

Esta sujeción a la interpretación o a línea de aplicación de la norma solo dejan de ser obligatorias cuando dicha "Verdad Jurídica Formal" fuera objeto de modificación en un eventual proceso de "Revisión Judicial", que en el presente caso, señor Director, no existe.

Entonces señor Director, una autoridad reguladora no está "permitida a volver a debatir los razonamientos ex post", lo que solo puede hacer la autoridad judicial. Una vez más su autoridad es tan categórica en su afirmación de que las Resoluciones

Administrativa Jerárquicas carecen de calidad de Jurisprudencia administrativa que afirma lo siguiente en la página 11 de la resolución, hoy impugnada:

> *Efectos (como la nulidad declarada por la URJ-SIREFI) sólo afectan y alcanzan a ella misma o al caso individual, y no a otros; luego, mal podría alegarse que la "RA 032" prevalece sobre la "RA 026" como si se tratase de resoluciones ministeriales con efectos erga omnes.*

*El señor Ministro de Finanzas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI **N°** 032 -2013 de 10 de junio de 2013 **("RA 32"),** establece las siguientes "Verdades Materiales" que en nuestro sistema legal no admiten mayor debate ni comentario en sede administrativa:*

> *"…*
> *En tal sentido, si bien la recurrida ha cumplido el procedimiento exigible a este respecto en contrapartida no puede pretender que la simple ocurrencia de ello importe existan suficientes medios de convicción, que le permitan a la Administración determinar concluyente e inequívocamente, en la efectiva ocurrencia de la responsabilidad que ha sido imputado a NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. en la nota de cargos.*
>
> *Lo contrario importa que el Ente regulador ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor, de los que no se descarta su validez y trascendencia jurídica, empero los que per se no constituyen prueba concluyente en base a la cual se pueda desarrollar proceso sancionatorio alguno.*
>
> *Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimi8ento Administrativo que señala:*
>
> *Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y…"*

Al ratificar el acto ilegal de su autoridad, usted desconoce que esta Verdad formal establecida por la autoridad superior, aplicable plena y directamente al caso que nos ocupa, que ya es algo indiscutible y que no admite mayor debate y sobre la cual no se puede reingresar en discusión ulterior, al haber sido la misma agotada y resuelta por el superior en forma expresa, puede resumirse de la siguiente manera:

- *El simple cumplimiento del procedimiento sancionatorio no puede entenderse como el basamento para el nacimiento de la responsabilidad y menos como el fundamento de una sanción.*

- *Los indicios, presunciones o juicios de valor no constituyen prueba que sirva de*

base para el desarrollo de procedimiento sancionatorio alguno.

- *En el presente caso, su autoridad ha incumplido lo dispuesto en el Art. 28 incisos b) y e), es decir que la sanción no tiene hechos ni antecedentes probados que constituyan causa y no tiene fundamento.*

Su autoridad respecto de ésta Verdad Material correspondiente puntualmente a éste caso, declarada por el superior en forma expresa, recurre a una cita completamente descontextualizada y que corresponde a otro caso y dice en la resolución impugnada:

> *Que asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013 sostiene: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo".*
>
> *Que queda en evidencia, que al ser el tratamiento del siniestro el mismo, se ha obrado y demostrado la falta de asesoramiento de Nacional Vida y el correspondiente incumplimiento al artículo 12, inciso a) de la Ley 1883, habiendo este órgano de fiscalización efectuado un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo…"*

Para justificar semejante descontextualización, su autoridad dice:

> *Que adicionalmente a los argumentos expuestos por la presente Resolución, es menester hacer referencia en calidad de precedente administrativo, a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, que corresponde a otro reclamo de la Sra. María Elena Duran Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.*
>
> *Que en dicho reclamo, se siguió el mismo procedimiento que el reclamo de los Sres. Oscar Arce y Annalice Zabala, con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Duran, Nacional Vida permitió el regreso al seguro de vida entera, mientras que en el caso de los Sres Arce y Zabala, no se permitió el regreso al antiguo plan.*

…"

Señor director, con arreglo a lo expuesto más arriba, verá que estamos plenamente de acuerdo con usted en el hecho de la naturaleza de Precedente Administrativo que tienen los pronunciamientos formales de la autoridad superior.

Sin embargo su autoridad al ratificar la resolución impugnada, pretende aplicar dicha regla respecto de algo que no admite dicha aplicación.

Su autoridad sostiene que en ambos casos se habría seguido el "mismo procedimiento" que ambos procedimientos sólo se diferencian entre sí en que en el caso de la Sra. Durán, se habría permitido en regreso al antiguo plan y en el nuevo no. Por ello su autoridad pretende ampararse en el pronunciamiento del superior correspondiente al caso de la Sra. Durán (que no analizaré aquí) el cual anulo obrados solo por la violación de la norma en la graduación de la pena, pero no baso su anulación en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación, como sí sucedió en el presente caso.

Primero, es claro que la autoridad ya resolvió éste tema en sentido de que el mero cumplimiento del procedimiento no importa "prueba", como usted pretende, cuyos fundamentos no parece conveniente recapitular a éstas alturas.

En segundo lugar, si fuera cierta su hipótesis de que se trata de casos idénticos en los cuales su autoridad siguió el mismo procedimiento y por tanto (como consecuencia lógica y automática) las mismas conclusiones dictadas y establecidas como verdades jurídicamente establecidas por la autoridad superior debieran ser aplicables a los dos casos, entonces, señor Director, se aplicaría a éste caso, una técnica dogmática jurídica llamada "Reglas de Resolución de Conflicto de Leyes en el Tiempo".

Estas reglas dicen que cuando existen dos normas de la misma jerarquía, dictadas por la misma autoridad, sobre la misma materia o asunto, que contienen disposiciones opuestas, entonces la de data más reciente deja sin efecto a la de data anterior. Es lo que sucede porque se aplica una categoría legal llamada "derogatoria tácita de la norma", que se encuentra expresamente regulada en nuestro sistema legal, y sobre cuyo análisis no ingresaré en éste momento.

En el caso que nos ocupa y en criterio expreso suyo, existen dos normas que han resuelto un mismo caso que son:

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de fecha 13 de mayo de 2013 ***("RA 26").***

La Resolución ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 32/2013 de fecha 10 de junio de 2013 ***("RA 32").***

En el caso de la RA 26, ésta anuló obrados en base a un elemento:

- *Inexistencia de Modulación apropiada de la sanción sin tomar en cuenta la Presunción de actuación diligente.*

En el caso de la RA 32, ésta anuló obrados en base a dos elementos:

- *El acto Administrativo no goza de validez Inexistencia por carecer de fundamentación y motivación.*

- *Al no existir un acto válido, no se podía proceder a la imposición de sanción alguna.*

Su autoridad sostiene expresamente que los dos casos serían caso resueltos habría seguido "el mismo procedimiento" y por tanto debería ser aplicable lo dispuesto por la Autoridad superior a los dos casos. Usted textualmente afirma:

> *"…*
> *Elena Duran Ramos, en contra de Nacional Vida, cuya queja es la misma que la que corresponde a la presente Resolución, es decir, la falta de asesoramiento por el cambio de plan de vida entera a vida flexible.*
>
> *los Sres. Oscar Arce y Annalice Zabala con la única diferencia de que en el caso de la Sra. Duran, Nacional Vida permitió el regreso al seguro de vida entera, mientras que en el caso de los Sres. Arce y Zabala, no se permitió el regreso al antiguo plan…"*

Si su premisa fuera cierta, entonces la norma vinculante aplicable a los dos casos no sería la RA 26 sino la RA 32, debido a que luego de resuelto el conflicto entre ambas normas, la que prevalece es la RA 32 sobre la RA 26.

Dicho de otra manera, si su argumento de que ambos casos son iguales fuera cierto, entonces la nulidad dispuesta por la autoridad ministerial con base en la inexistencia absoluta de fundamentación ni motivación para la imposición de una sanción, debiera alcanzar a los dos casos y no solo a uno. Así lo establecen las reglas aplicables a nuestro sistema legal.

El hecho final e incuestionable, es que su autoridad nuevamente ha dictado una resolución, que hoy impugnamos, que nuevamente carece de fundamentación y motivación.

Respecto de la motivación, la RA 32 dice lo siguiente:

> *Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente se llega a la conclusión de que el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerándose el artículo 29°, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 septiembre de 2003, establece que "las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica…"*

Su autoridad, respecto de lo anterior y en la resolución que hoy impugnamos categóricamente dice lo siguiente:

> *Huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar sus decisiones, siempre "motiva" sus resoluciones (ver artículo 30 de la citada…"*

Su autoridad, una vez más y reiterando el criterio expresado en varias piezas anteriores de éste mismo proceso impugnatorio, pretende plantear que su autoridad está solo alcanzada por ciertas normas y al margen de otras o que tuviera facultades de interpretación de lo que "realmente quiere decir la norma", sin competencia en lo absoluto para dicha tarea de interpretación que es privativa y excluyente del Tribunal constitucional del estado Plurinacional de Bolivia y de la propia Asamblea Legislativa Plurinacional y reservada para casos en los que no existe derecho positivo claro y concluyente y no para aplicaciones forzadas o discrecionales de la norma, pretendiendo afirmar lo que no está escrito en ella.

Su autoridad a pesar de citar la norma la desconoce. El art. 30 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 ***("LPA")*** *dice:*

> *"...**ARTÍCULO 30°.- (Actos Motivados).-** Los actos administrativos **serán** motivados con referencia **a hechos** y **fundamentos de derecho** cuando… " **" … a)** Resuelvan recursos administrativos;.."""…d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa…"*

*Note usted que la norma no dice "…podrán ser motivadas..." ó "serán motivadas si la autoridad lo considerare necesario…". No dice **"…**fundamento de derecho o de hecho, o los que en criterio de la autoridad sean apropiados distintos a la Ley..." Interpretar la norma, es decir establecer lo que la misma "realmente dice" es una atribución de otros órganos del estado Plurinacional de Bolivia y no de su digna autoridad.*

Su autoridad, no toma en cuenta que no estamos en el inicio de un procedimiento sancionatorio, sino que estamos en una etapa muy evolucionada de un procedimiento impugnatorio que derivó en la anulación de sus actos por violaciones constitucionales que no pueden hacer que usted considere que nos encontramos en un procedimiento nuevo y sin antecedentes tan graves como las citadas violaciones constitucionales.

Continuando con su línea de pasar por alto lo dispuesto por normas superiores respecto de éste caso, su autoridad ratifica, y reafirma lo dicho en las (sic) resolución anuladas y sin tomar en cuenta que estas cuestiones ya han sido resueltas dice lo siguiente en la página 6 de la Resolución impugnada inicialmente y hoy ratificada:

> *"…*
> *Que observando que tanto el artículo 29.I como el artículo 50.I del Decreto Supremo No. 27715 de 15 de septiembre de 20034 (sic) son concordantes en*

*otorgar discrecionalidad o facultad al ente regulador para la producción de pruebas**.** Se debe destacar que dichas anteriores normas deben engarzar con las etapas del procedimiento administrativo sancionador contemplado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003…"*

Su autoridad, al ratificar lo expresado originalmente, nos agravia pues nuevamente pretende omitir el hecho de que la base legal de la censura expresa realizada por la autoridad superior y la condena con la nulidad subsecuente de sus actos, no son las normas especiales y operativas de rango inferior esgrimidas por usted. El fundamento para la anulación de todos sus actos ha sido, señor director, la norma constitucional ratificada por nosotros en numerosas porciones del expediente del exordio y reafirmadas por la autoridad Ministerial, que no le permite a ninguna autoridad auto eximirse de la obligación de presentar pruebas para imponer una sanción a una persona dentro del estado Plurinacional de Bolivia, desconociendo la garantía constitucional de presunción de inocencia de la cual goza esa persona. Su autoridad desconoce el Art. 88 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 que dice:

"…La admisión y producción de pruebas se sujetará…" "…en la duda sobre su admisibilidad y pertinencia se estará a favor de su admisión y producción…"

Señor Director, en el presente caso, la autoridad ha disipado toda duda al respecto estableciendo que su autoridad debe presentar pruebas y que el mero cumplimiento del "iter" adjetivo no puede constituir prueba y menos la base de la condena de una persona.

Pero su autoridad luego de esa su introducción reingresa nuevamente en la violación frontal de la norma con afirmaciones categóricas de Presunción de culpabilidad" y desconocimiento de la Presunción de Inocencia, como las siguientes:

(Página 4 de la resolución impugnada)

a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado.

(Página 8 de la resolución impugnada)

Han remitido documentación interna de la compañía, lo cual no demuestra que se haya asesorado correctamente al asegurado con relación al cambio (sic)

No han remitido documentación que demuestre que al momento de cambio de plan de vida entera a vida flexible, se dio a conocer las diferencias entre

ambos productos, las cuales se encuentran reflejadas en el cuadro comparativo enviado en su Nota NAVI-GG-106/2012.

(Página 10 de la resolución impugnada)

el que la APS llegue a la conclusión de que NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. no demostró documentalmente haber asesorado debidamente a Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce para el cambio de (sic)

(Página 12 de la resolución impugnada)

disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por la asegurada sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

(Página 13 de la resolución impugnada)

Vida Flexible. En el caso que nos ocupa, aquella entidad no informó de manera absoluta y completa, no advirtió, comparativamente (ya que no ha producido prueba en sentido contrario pese a la notificación con cargos), de (sic)

En todas estas afirmaciones indubitables y que no dejan lagunas sobre su sentido, su autoridad pretende afirmar que en nuestro sistema legal la culpabilidad se presume y lo que se debe probar es la inocencia. En realidad señor Director, es al contrario como en múltiples ocasiones ya lo hemos fundamentado, en el derecho positivo boliviano, como cursa en obrados y éstas verdades no hacen necesarias elucubraciones o ponencias silogísticas más o menos complejas. Son verdades simples de comprender y esenciales a nuestro sistema legal que no se pueden redefinir más por medio de una reforma constitucional.

Su autoridad, en absoluta violación de la norma, pretende presentar recién en la etapa impugnatoria una relación de pruebas, percatada del hecho de que esa omisión, es base de una nulidad de sus actos y en la página 8 dice lo siguiente:

Que más allá, analizando cuáles los elementos (de derecho y de facto que han llevado al ente regulador a formar criterio para sancionar a NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

Señor director, en nuestro sistema legal existen plazos y momentos en el "procedimiento Legalmente Establecido" en los cuales el fundamento y la motivación deben ser presentados, hacerlo en ésta etapa "ex post" de impugnación, constituye una abierta violación del procedimiento legalmente establecido, violando una vez más sus actos de nulidad al tenor del Art. 35 de la LPA que dice:

*"...**ARTÍCULO 35°.- (Nulidad del acto).- I.** Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes…""…c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;…"*

Cabe remarcar que su autoridad no presentó en el momento de la sanción ninguna relación de pruebas, amparado en una capacidad de discrecionalidad que de ninguna manera le permite eximirse o relevarse de la obligación de probanza, fundamentación y motivación de sus actos.

Su autoridad nos agravia al ratificar el acto impugnado en el cual usted llega al extremo de la desviación al afirmar que quien debe probar que el asesoramiento verbal fue el correcto es el procesado y no quien impondrá la pena, quien en su criterio debe apoyarse en la presunción de negligencia (¿??¡¡¡?), sin hacer ninguna cita normativa para tal afirmación, debido a que obviamente dicha norma no existe.

Señor Director, el Art. 117 de la Constitución Política del Estado, al establecer uno de los principios esenciales de nuestro estado de derecho dice lo siguiente:

*"…**Artículo 117 I.** Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado**....**"*

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario.

Es decir que de conformidad con la norma constitucional de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad presuma, sin prueba alguna, que una persona es culpable o que no es ¡nocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Siguiendo ésta línea normativa, el Art. 71 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 d (sic) ("LPA"), dice lo siguiente:

*"…**ARTÍCULO 71.- (Principios Sancionadores).-** Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad…"*

***"…ARTÍCULO 74.- (Principio de Presunción de Inocencia).-** En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo…"*

Nótese que la norma enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una sanción.

De acuerdo y siempre en protección del principio de Inocencia, el Art. 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de la es Intendencia de seguros de fecha 24 de octubre de 2003 dice lo siguiente:

> ***"…Artículo 18.-*** *(Determinación de la gravedad de la infracción).-…la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o* ***entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia****, salvo* ***prueba en contrario****, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso* ***y en todos los similares****…"*

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad.

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no, sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

> ***"…ARTÍCULO 47.- (Prueba).-*** *I. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho…" "…II. El plazo y la forma de producción de la prueba será la determinada…" "…III. La autoridad administrativa, mediante providencias expresas, determinará el procedimiento para la producción de las pruebas admitidas…"*
>
> ***"…ARTÍCULO 49.- (Alegatos).-*** *Producida la prueba o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del período probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las pruebas producidas, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue sobre la prueba producida…"*

> ***"…ARTÍCULO 83.- (Etapa de Tramitación).-*** *I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar todas las pruebas, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses…" "…II. Serán legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos…"*

De estas porciones de la norma, es posible extractar los siguientes principios básicos adicionales:

a. Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan en pruebas.
b. Es posible presentar todos los medios de prueba admisibles en derecho.
c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba.
d. La prueba que servirá de base es la prueba "producida".

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la "producción", que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de "forma" y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de "producción". Algunos sistemas llaman a éstas fórmulas de solemnidad el busca que la forma de producción de las mismas sea "transparente".

Los medios de prueba "legamente aceptados" a que se refiere el texto transcrito precedentemente, se encuentran regulados por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

> *"…**Art. 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA).** Son medios legales de prueba: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) El peritaje. 5) La testificación. 6) Las presunciones…"*

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como "la opinión del juzgador", ó "las definiciones o criterio personal del juzgador" ó la opinión y conclusiones personales del juzgador" ó a "lo que diga el diccionario".

En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las "presunciones", la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

> *" … **Artículo 29.- (Prueba). I.** Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para [a toma de sus decisiones;…" "…II. La Providencia que ordene la producción de las pruebas será expresa. III. Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad…"*

Se verá que ésta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de "producción" y la necesidad de que las pruebas sean las "admisibles en derecho". Remarca además la necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

> *"…**ARTÍCULO 71°.- (Principios Sancionadores).-** Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...."*

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con ésta base en la "imputación de cargos", que la carga de la prueba sea traslada completamente y exclusivamente al procesado quien deba "probar su inocencia".

El hecho es que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba está distribuida entre ambas partes en forma equivalente.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

> *"…**ARTÍCULO 116. I.** Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones…"*

Por último el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS Nª 602, de 24 octubre de 2003, dice en sus Arts. 2 y 8 lo siguiente:

> *"…**Artículo 2.- (Principios).** A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios: a) Debido Proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos…"*
>
> *"…**Artículo 8.- (Alcance de la Sanción).** La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será impuesta previo proceso administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al principio del debido proceso…"*

Verá su autoridad que la fundamentación de las decisiones del juzgador solo puede provenir de un procedimiento de sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

En ninguna parte de obrados su autoridad presenta pruebas admisibles en derecho y nuevamente se basa en su opinión, sus presunciones y su criterio personal que es muy respetable, pero lastimosamente no constituye prueba alguna en nuestro sistema legal, mucho menos para condenar a una persona sea cual fuere ésta.

Todas estas afirmaciones, no son más que una muestra de las violaciones a las garantías constitucionales en las que su autoridad ha incurrido una vez más al tenor del Art. 35 de la LPA que dice:

> *"**ARTÍCULO 35º.- (Nulidad del Acto).- I.** Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: ""…d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado…"*

II - PETITORIO

*En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA y de los consiguientes del D.S. 27175, interponemos Recurso Jerárquico en contra de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 de fecha 23 de agosto de 2013,** por haber violado las presunciones y garantías constitucionales y por haber violado el debido proceso condenándonos sin prueba alguna, invocando la nulidad de la misma y de todo lo*

actuado y en el peor de los casos se deje sin efecto la resolución impugnada. En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara la resolución impugnada".

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros , que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fecha 13 de abril de 2012, los señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze presentaron reclamo contra la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, debido a que esta Aseguradora –conforme denuncian- les habría brindado información incompleta, y hubieran sido presionados para migrar del Seguro de Vida Entera N° NAVI-VM-533/LP/00 al nuevo Plan de Vida Flexible Premium N° POL-VF-LP-00201946-2011-00, argumentando que el primer plan desaparecería.

Refieren además, que la actual póliza de Vida Flexible Premium: "... *El valor rescate es simplemente sumado al total de la póliza y no así que sufre un crecimiento y muchos aspectos que no fueron aclarados en su momento y que alteren totalmente nuestra inversión...*"

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 889-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, resolvió sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, con una multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV's (Ochenta Mil Uno Unidades de Fomento a la Vivienda), por haber incurrido en el impedimento señalado en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos, en el caso de los asegurados Annelice Zavala de Arze y Oscar Arze Ortiz.

Contra la Resolución Administrativa Sancionatoria, en fecha 11 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria**,** mismo que fue resuelto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 13-2013 de 09 de enero de 2013, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, modificando el monto de la sanción a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis

00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV´s) en razón a que no se habría podido demostrar la existencia de daño.

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., impugnó la señalada determinación en fecha 28 de enero de 2013, a través de Recurso Jerárquico; corridos los trámites pertinentes, se pronuncia en instancia superior la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2013 de 10 de junio de 2013, por la que se resuelve: "***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, inclusive, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho…*"

La Autoridad Reguladora, en mérito a la Resolución Ministerial Jerárquica antes citada, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013, resolviendo: "***SANCIONAR*** *A NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. con multa equivalente en Bolivianos a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998".*

La Entidad Aseguradora mediante memorial presentado el 25 de julio de 2013, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 emitida en fecha 01 de julio de 2013, de manera tal que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 de 23 de agosto de 2013, la Autoridad Reguladora resuelve: "***CONFIRMAR*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013, en todas sus partes*".

Por memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 de 23 de agosto de 2013, el mismo que se pasa a evaluar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Valoración de la prueba.-

La recurrente arguye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no habría demostrado que la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, ha cometido la infracción respecto a la imputación sancionada; asimismo alega:

> "*…su autoridad debe presentar pruebas y que el mero cumplimiento del "iter" adjetivo no puede constituir prueba y menos la base de la condena de una persona…*"
>
> "*…su autoridad no presentó en el momento de la sanción ninguna relación de pruebas, amparado en una capacidad de discrecionalidad que de ninguna manera le permite eximirse o relevarse de la obligación de probanza, fundamentación y motivación de sus actos…*"

Al respecto, corresponde traer a colación lo argumentado por el Ente Regulador en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013:

> "…*debe apreciarse que en este procedimiento la APS sancionó sobre la base de pruebas generadas a la luz de lo dispuesto por los artículos 29.I y 50.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. No existiendo documento que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *hubiera presentado y que la APS no hubiera* ***admitido,*** *siendo situación distinta que dicha documentación tuviera efecto probatorio de descargo. Se ha admitido y por consiguiente, analizado, toda la documentación producida, habiéndosela valorado como insuficiente para descargos, por lo que la cita del artículo 88 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 no es atinente ya que jamás se ha "dudado" en admitir la producción de alguna prueba*".
>
> "…*las páginas 4, 8, 10, 12 y 13 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 597-2013 de 01 de julio de 2013 señalan que las respuestas, cartas y documentación adjuntada por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no acreditan haber asesorado debidamente a los esposos Arce Zabala; esto es, en pleno ejercicio de su derecho a la defensa, por lo que mal podría acusarse al ente regulador de haber presumido la culpabilidad de la aseguradora ex ante la producción de pruebas*".
>
> "…***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *dice, afirma y reafirma que ha asesorado debidamente a los esposos Arce Zabala en el trámite de cambio del Plan de Vida Entera al Plan de Vida Flexible, pero sin sustentar sus afirmaciones, sin sustentar documentalmente tal extremo, y en el mejor de los casos, de manera insuficiente a criterio de este ente regulador. No basta afirmar un hecho si no se lo justifica o demuestra. La aseguradora pretende probar su asesoramiento con su sola afirmación, lo que no es plausible a los fines del procedimiento administrativo*".
>
> "…*el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, precisamente, se refiere a la diligencia que se debe esperar de la conducta de las compañías aseguradoras, salvo la excepción dispuesta; por ello, resulta inaceptable que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *alegue la* ***no*** *existencia de una norma respecto de la negligencia o diligencia en este tipo de actuaciones*".
>
> "…***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ha ejercitado su derecho a la defensa en aplicación del debido proceso sin que las alegaciones y documentación producida constituyan prueba enervante del cargo imputado, en criterio de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros. La Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 y el Decreto Supremo Nº 271715 (sic) de 15 de septiembre de 2003 establecen acciones de las cuales, los administrados son titulares subjetivos y en esta convicción,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *pudo solicitar la vista del expediente, pudo solicitar la ampliación del término probatorio y otros, pero no lo hizo pese a que tenía el derecho de hacerlo. La aseguradora insinúa que debió haber sido la APS quien*

ejerza titularidad de aquellas acciones subjetivas que solo corresponden a los regulados o administrados; v,gr, pedir la vista del expediente. No hay norma que obligue o faculte a la APS a actuar en este sentido".

"…*en cuanto a las pruebas producidas por la compañía, se ha efectuado una relación de las mismas a momento de referirse al argumento 2, por lo que huelgan mayores comentarios*".

En función del texto transcrito ut supra, debe en primer término tenerse en cuenta que, la carga de la prueba en todo proceso, no es otra cosa que la necesidad de probar (constatar) para obtener una decisión favorable; así el autor Hernando Devis Echandía, señala: "*es incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quien tiene interés jurídico en que resulte probado porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; solo cuando no se aduce ésta, conviene determinar la parte que debía evitar su omisión*" y añade: "*En este sentido, puede decirse que dicha carga indica quien debe evitar que falta la prueba de cierto hecho (y esto no significa un deber o una obligación, sino un poder o facultad de ejecutar el acto en interés propio); más exactamente: a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él*".

Entonces, y conforme se establece más adelante, la demostración –mediante las formas (pruebas) establecidas por ley- del hecho material alegado, es responsabilidad y atañe, tanto a la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, como a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; de eludir tal obligación, se exponen cada quien, al riesgo de no conseguir demostrar lo sostenido en la documentación presentada.

Establecidos estos extremos, corresponde determinar si dentro del caso de autos, sea por los antecedentes elevados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, o sea en los fundamentos con base a los cuales el mismo Ente Regulador ha tomado sus sucesivas determinaciones, se ha comprobado que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** ha cometido la infracción por la que antes fuera imputada en la nota de cargos APS/DJ/DS/8054/2012 de 16 de octubre de 2012, esta es "*Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (…)", en el caso de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zavala de Arce*", normativa que, en el tenor de la misma nota, es la siguiente:

> "…***inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras:* ***Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto, la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, ejerciendo su derecho a la defensa dentro el presente proceso sancionador, presentó entre otras, la siguiente documentación:

- Copia de la Póliza de Vida Entera NAVI-VM-533/00,
- Copia de la Póliza Flexible Premium Nº POL-VF-LP-00201946-2011-00,
- Cuadro Comparativo de la Póliza de Vida Entera vs. Vida Flexible,
- Informe de fecha 2 de mayo de 2012,
- Cartas presentadas por el señor Oscar Arze Ortiz y la señora Annelice Zavala de Arze, de fecha 15 de julio de 2011, mediante las cuales solicitan la anulación de sus Pólizas y cambio de Plan al de Vida Flexible,
- Carta de 5 de septiembre de 2011, por lo cual la señora Annelice Zavala de Arze, hace un retiro parcial de $us2.500.- (Dos Mil Quinientos 00/100 dólares americanos), entre otros.
- Cotización del plan vida flexible de la señora Zavala Annelice de fecha 18 de julio de 2011.

Se tiene además que, el slip de cotizaciones fue previamente autorizado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la comercialización del nuevo Plan Vida Flexible, mismo que además, contiene los lineamientos básicos que deben proporcionar las aseguradoras a sus usuarios, al momento de que uno de éstos tome la decisión de cambiar de Plan o Producto.

Por otro lado, son los mismos señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze, quienes expresamente solicitan la anulación de sus pólizas y cambio de Plan al de Vida Flexible, mediante notas de fecha 15 de julio de 2011.

Asimismo, se evidencia que tanto los formularios de solicitud de Seguro de Vida Flexible como las pólizas de Vida Flexible, se encuentran debidamente suscritas por los denunciantes, señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze.

También se encuentra documentado, que en fecha 05 de septiembre de 2011, encontrándose ya en el nuevo Plan de Vida Flexible, la señora Annelice Zavala de Arze hace uso de un beneficio de la nueva Póliza, efectuando un retiro parcial en la suma de $us2.500.- (Dos Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos).

De otra parte, si bien la Autoridad Fiscalizadora señalaría que, es la misma Póliza de Seguro de Vida Entera comercializada con los señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze, la que en su Cláusula 14 numeral 14.1 señala que: "...*cualquier cambio que el Contratante o Asegurado deseare efectuar en el capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, la cual le dará a conocer las condiciones en que el cambio pueda efectuarse*", no debe olvidarse que en el caso de autos no se refiere de un incumplimiento a la Póliza de Seguro de Vida Entera, sino que la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** habría brindado información incompleta e imprecisa a momento de ofrecer un nuevo producto y/o servicio a los señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze.

En este sentido, la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 establece

criterios, como los transcritos a continuación, y que son menester aclarar:

> "…*Que analizado este cuadro comparativo, se evidencia que contienen* (sic) *afirmaciones que no corresponden de acuerdo al Código de Comercio; afirma* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *que retiros parciales en el Plan Vida Entera no aplica, cuando en el artículo 1, numeral 1.15 de dicha Póliza sí se contempla tal indicando que el retiro parcial es el pago del valor de rescate efectuado por la Compañía a favor del asegurado, previsión concordante con el artículo 1142 del Código de Comercio; en cuanto a la caducidad,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *señala que el Plan de Vida Entera caduca a los 30 días posteriores al incumplimiento en el pago de la cuota de prima acordada, afirmación cuestionable ya que en el artículo 128 de este Plan se señala que "queda convenido y/o específicamente acordado que el préstamo a que tenga opción el asegurado, según sus valores garantizados, se aplica automática y prioritariamente a pago de las primas devengadas a sus respectivos vencimientos antes de ocurrir a la alternativa de saldar el seguro por un capital reducido, y siempre que su Valor de Rescate sea igual o mayor al monto de la prima devengada; los reclamantes han hecho conocer a la APS que, a momento del cambio,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *mostró material publicitario adjuntada a la carta en el que no se especifica el periodo de vigencia del contrato de seguro; que en dicho material publicitario, y en la parte de Beneficios de Seguro de Vida Flexible, se manifiesta que "los seres queridos recibirán un capital en caso de que usted fallezca, que les permitirá mantener su nivel de vida, continuar con la educación de sus hijos…" siendo esta afirmación incorrecta ya que como es de conocimiento de la Compañía, el capital asegurado por fallecimiento surtirá efecto siempre y cuando se suscite dentro la vigencia de la póliza, lo cual no es explicado en el documento que fue entregado a aquellos esposos…*"

Ahora bien; el artículo 29°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, habla de la potestad de los Entes Reguladores del Sistema de Regulación Financiera, para "*disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones…*", empero ello de ninguna manera constituye una autorización, para que los mismos entes prescindan de la investigación a la que se encuentran obligados por imperio del artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que a la letra señala:

> "…*La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil…*"

Investigar es, de acuerdo a la definición del diccionario, "*Hacer diligencias para descubrir algo*" (y diligencia, a su vez, es el "*Trámite de un asunto administrativo, y constancia escrita de haberlo efectuado*").

Por tanto, de lo anterior no cabe duda que, al margen de la carga impuesta para los imputados por los artículos 66° (dice: "*presentar pruebas de descargo o justificaciones*"), y 67° ("*el presunto infractor presente todos los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos que creyere útiles para ejercitar su derecho de*

defensa", y "*antecedentes y descargos presentados*") del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, existe también la obligación de la Administración, de investigar los hechos imputados, mediante las diligencias que para ello sean necesarias, por lo que no puede limitarse a hacer conocer las presuntas infracciones al regulado para que este produzca sus probanzas y lo que estime conveniente, para que sobre cuya base, la APS emita su juicio de valor.

Nótese que el artículo 68º del mismo Reglamento, establece que "*Vencido el término de prueba, el Superintendente respectivo en el plazo de los diez (10) días hábiles administrativos siguientes, dictará la resolución*…", es decir, que la fase procesal para la sanción o desestimación de la misma, tiene dos partes fundamentales: la primera, de 3 a 15 días (Art. 67º del Reglamento), para la producción de descargos, y la posterior de 10 días, para el pronunciamiento de la Resolución correspondiente con base en la imputación empero también en los descargos, 10 días en los que, entonces, la Administración debe cumplir la carga para ella señalada por el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341, fundamentalmente si de la compulsa de los mismos resulta la existencia de una o varias controversias.

Es esa circunstancia, es recién aplicable la disposición del artículo 29º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 (aludido por la recurrida), la que evidentemente así expuesto, resulta en una facultad potestativa de la Administración, pero que no es independiente, sino que obedece a la necesidad de dar cumplimiento con el deber de investigación de la misma.

En definitiva, la documentación que hizo presente la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** mediante la nota NAVI-GG-106/2012 de 4 de mayo de 2012, demuestra que sí existió de parte de la misma, un asesoramiento previo, brindándose información sobre el producto que llevó al cambio de Plan de Seguros, a los señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze, conforme al detalle siguiente:

- La Póliza Mancomunada de Vida Entera pagos limitados N° NAVI-VI- 000553/LP/2000
- La Póliza Flexible Premium No. POL-VF-LP-00201946-2011-00 a nombre de la señora Annalice Zavala de Arze.
- Póliza Flexible Premium No. POL-VF-LP-00201917-2011-00 a nombre del señor Oscar Arze Ortiz.
- Slip de Cotización N° 120985 de la señora Annelice Zabala.
- Slip de Cotización N° 120978 del señor Oscar Arce Ortiz.
- **Formulario N° 25579, <u>firmado por la señora Annelice Zabala de Arce</u>, sobre solicitud de Seguro de Vida Flexible.**
- **Formulario N° 25474, <u>firmado por el señor Oscar Arce Ortiz,</u> sobre solicitud de Seguro de Vida Flexible.**
- Notas presentadas por los señores Annelice Zabala de Arce y Oscar Arce Ortiz, solicitando la anulación de la Póliza de Vida Entera N° 000553/LP/2000.
- Cheques Nros. 88135 y 881362, correspondientes a la cuenta del Banco Nacional de Bolivia S.A, girados por la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en favor de los señores Oscar Arce Ortiz y Annelice Zabala de Arce.
- Respaldos del retiro parcial del valor de rescate de su póliza de Vida Flexible en fecha 22 de septiembre, a favor de la señora Annelice Zabala de Arce.

Es pertinente dejar constancia que, en el expediente del caso de autos en concreto, no existe mayor elemento de prueba que permita establecer que la

COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. en la comisión de lo imputado, hubiera prestado una información inexacta y un asesoramiento deficiente a sus asegurados Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arce, por cuanto, los elementos señalados en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº, no permiten establecer concluyentemente tal extremo.

Asimismo y en particular, en lo que atañe a la inaplicabilidad de los retiros parciales a la que ha hecho referencia la ahora recurrente en su nota NAVI-GG-106/2012, y que es determinante en la posición contraria del Ente Regulador en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785/2013 (*"afirma **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** que retiros parciales en el Plan de Vida Entera no aplica, cuando el artículo 1, numeral 1.15 de dicha Póliza sí se contempla tal")* resulta en un extremo intrascendente, y por tanto, en una controversia inexistente, por cuanto, de la revisión de obrados se evidencia que los cheques Nros. 88135 y 881362 (supracitados), correspondientes a la cuenta del Banco Nacional de Bolivia S.A. han sido girados por la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en favor de los señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arce (se entiende, para cobro en beneficio de estos últimos), en fecha 20 de julio de 2011, es decir, nueve meses antes del reclamo de fecha 13 de abril de 2012, por tanto, constituyen retiros con los que ya se beneficiaron los reclamantes, determinando su conformidad con los mismos y con los conceptos que representan.

Extremos todos estos, por los que se ratifica documentalmente, que la **COMPAÑÍA NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** sí asesoró previa y suficientemente, a los señores Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arce, sobre el cambio de Plan de Seguros al que después ellos voluntariamente se acogieron.

2.2. Referente a la vulneración a los principios del debido proceso y de presunción de inocencia.-

La recurrente señala que se le habrían vulnerado los derechos al debido proceso y principio de presunción de inocencia, dentro del procedimiento sancionador, al no habérseles probado el incumplimiento al artículo 14 inc. a) de la Ley de Seguros.

Respecto a ellos, ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013 se remite a lo determinado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0902/2010 de 10 de agosto de 2010:

> *"…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras)".*

El debido proceso adjetivo se instituye como el vértice de una pirámide en el cual confluyen todos los otros principios adjetivos, comprendiendo varios elementos conforme los ha señalado el mismo Tribunal, ahora en la Sentencia Constitucional 0999/2003-R de 16 de julio:

"…La garantía constitucional del debido proceso,… asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio y asumir defensa, y en su caso hacer uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. En virtud de ello, los órganos jurisdiccionales que conozcan de un proceso deben observar los principios, derechos y normas que la citada garantía resguarda, infiriéndose de ello que ante la vulneración de los mismos se tiene por conculcada la referida disposición constitucional.

La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de ***publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba****; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes….*"

Y sobre el principio de presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional, en la SC 2065/2010-R de 10 de noviembre de 2010, señala que:

*"…La presunción de inocencia fue instituida inicialmente como principio en el art. 16.I de nuestra Constitución abrogada, bajo el siguiente texto: 'Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad". Ahora, la presunción de inocencia ha sido configurada como garantía constitucional, en el art. 116.I de la CPE, cuando establece: 'Se garantiza la presunción de inocencia…'. Por su parte, los pactos internacionales también contemplan este principio con un contenido más o menos similar al establecido en la normativa boliviana. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establece en su art. 14.II, que 'Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley'. En similares términos lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 8.II., normativa que compone el bloque de constitucionalidad****. La presunción de inocencia, como componente de la garantía del debido proceso, también debe entenderse extensible a todo proceso -sea administrativo o judicial- cuya consecuencia sea la aplicación de una sanción o determinación de responsabilidades a cargo de determinada persona****.*

Al respecto la SC 0012/2006-R de 4 de enero, precisa que: 'Este es un postulado básico de todo ordenamiento jurídico procesal, instituido generalmente como garantía

constitucional en diversos países. El principio está dirigido a conservar el estado de ***inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material****. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado…*" Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Presunción de inocencia que, en materia de seguros, tiene especial disposición en el artículo 18º del Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, y que establece que:

"…***todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario****, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Aquí cabe establecer que el extremo, conforme lo ha alegado **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA,** es trascendental toda vez que, **más allá de atacar la responsabilidad que a la misma se atribuye "*por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, en el caso de los asegurados Annelice Zabala de Arze y Oscar Arze Ortiz*"** (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012), **determina la inexistencia de infracción sancionable, por cuanto, al no ser demostrada, queda en una presunción**.

Todos estos extremos permiten resumir el objeto de la litis de la siguiente manera: **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** alega que no se le ha comprobado infracción alguna, y que por lo tanto, no corresponde se le imponga ninguna sanción por sencilla aplicación del principio de presunción de inocencia; la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por su parte, señala que, al no haber desvirtuado la aseguradora el cargo imputado en su contra, sí corresponde la sanción.

Ahora bien; en el trasfondo del alegado principio de la **presunción de inocencia**, está la figura de la **carga de la prueba** (el denominado *onus probandi*), entendida como la obligación procesal del deber de demostrar un hecho.

Entonces, quien tiene la **carga de la prueba** es quien ha de demostrar el incumplimiento de la norma; su fundamento es que aquella persona que involucre a otra en la autoría de un determinado incumplimiento normativo, debe demostrarlo; así se desprende del artículo 74º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que "*se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo*".

En el caso de autos, considerando los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, así como revisados los antecedentes, se tiene que, efectivamente el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba presentada y ha efectuado una motivación injustificada e irrazonada de la prueba, hecho que ha dado lugar a que se vulnere el

principio de inocencia, y por tanto, la garantía del debido proceso a la que conforma.

En este sentido y toda vez que el Ente Regulador invoca un carácter absoluto de las presunciones, reñido con la disposición constitucional, sus determinaciones no resultan congruentes entre sí, por cuanto, la resolución definitiva de todas ellas resulta justificar la sanción en una negligencia entendida de manera genérica y que den definitiva no hace a lo imputado, cuando conforme lo visto, el cargo en concreto está referido a "*haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, en el caso de los asegurados Annelice Zabala de Arze y Oscar Arze Ortiz*" (nota de cargo APS/DJ/DS/8054/2012 de 16 de octubre de 2012).

Por tanto y en definitiva, no existe una infracción comprobada y que, por tanto, sea susceptible de ser atribuida a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá REVOCAR la Resolución impugnada, con alcance total, cuando pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto la resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 785-2013 de fecha 23 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 597-2013 de fecha 01 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejándose sin efecto ambas resoluciones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA “EL PAURO” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 537/2013 DE 30 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 005/2014 DE 07 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 005/2014

La Paz, 07 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 092/2013 de 23 de diciembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 005/2014 de 10 de enero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 18 de septiembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, representada al efecto por la señora Cindy Paola Camacho Cortez, en mérito al Testimonio de Poder Nº 2519/2013, otorgado en fecha 31 de julio de 2013 por ante Notaría de Fe Pública Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-143840/2013 de fecha 23 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de septiembre de 2013, notificado en fecha 25 siguiente, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 430/2013 DE 12 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve desestimar la continuidad del proceso de incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que fuera solicitado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, así como el cese inmediato de las operaciones de la misma, y su cierre ordenado, conforme a los fundamentos siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, mediante nota de 13 de marzo de 2009, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., manifiesta su intención de "iniciar el Proceso de Adecuación para la incorporación a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos" conforme a lo dispuesto en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.*
>
> *Que, en respuesta a dicha solicitud, esta Autoridad de Supervisión, mediante Carta ASFI/ISR IV/D-16794/2009 de 24 de marzo de 2009, comunicó a la Cooperativa el envío vía correo electrónico de las Circulares SB/588/2008 y SB/602/2008 de fechas 14/10/2008 y 22/12/2008 respectivamente, con el contenido de los requisitos reglamentarios para la incorporación al referido proceso, así como también el "Formulario de Datos Institucionales".*
>
> *Que, de* (sic) *mediante nota de fecha 2 de diciembre de 2009, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., envía a esta Autoridad de Supervisión el informe de resultados sobre el diagnóstico de los requisitos operativos y documentales realizados por la Empresa de auditoria* (sic) *externa, en el marco de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y el Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobado mediante Resolución SB/0588/2008 de 14 de octubre de 2008, ingresando al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488.*

Que, mediante carta ASFI/DSR4/R-69960/2009 de 22 de diciembre de 2009, este Órgano de Supervisión solicita a la Cooperativa el envío de del Plan de Acción a seguir, a objeto de regularizar las observaciones al informe elaborado por la Empresa de auditoría externa.

Que, mediante nota ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010, comunicada a la Cooperativa en fecha 29 de junio de 2010, se dan a conocer los resultados de la Inspección Especial realizada con corte al 31 de marzo de 2010, expuestos en el Informe ASFI/DSR IV/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010, mediante la cual se manifiesta que al no haber demostrado viabilidad financiera, que le permita ingresar al Proceso de Adecuación de ASFI y en resguardo de los depósitos de sus socios, en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, instruye al Consejo de Administración convocar, a la brevedad posible, a una Asamblea Extraordinaria de Socios, a objeto de que sean informados acerca de la crítica situación financiera de la Entidad y del contenido del Informe de Inspección, de manera que en dicha Asamblea se determinen las acciones a seguir, para garantizar un ordenado proceso de suspensión de operaciones y posterior liquidación. Asimismo, se determina en este informe de inspección, que el diagnóstico realizado por la Empresa de auditoría externa al 31 de octubre de 2009 no está vigente, debido a que corresponde a otra infraestructura de la entidad.

Que, con nota ASFI/DSR IV/R-63201/2010 de 28 de junio de 2010, esta Autoridad de Supervisión remite para su conocimiento, una copia de la nota ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010 y del Informe ASFI/DSR IV/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010 al Director General de Cooperativas, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, a efectos de que inicie las acciones correspondientes, en vista de que la entidad no muestra viabilidad financiera que le permita ingresar al proceso de adecuación.

Que, mediante cartas ASFI/DSR IV/R-119749/2010 de 15 de noviembre de 2010 y ASFI/DSR IV/R-17984/2011 de 15 de febrero de 2011, esta Autoridad de Supervisión recuerda a la Cooperativa el cumplimiento que se debe dar a las recomendaciones efectuadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-36597/2010, sobre la convocatoria a una Asamblea Extraordinaria de Socios para exponer la delicada situación financiera y el contenido de dicho Informe.

Que, durante el período del 3 al 6 de mayo de 2011, se realizó nueva inspección a la Cooperativa "El Pauro" Ltda., con corte al 31 de marzo de 2011, cuyos resultados se exponen en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-49748/2011 de 13 de mayo de 2011, comunicado a la Entidad mediante nota ASFI/DSR IV/R-63641/2011 de 24 de junio de 2011, en el que se exponen las principales observaciones realizadas. Adicionalmente, se instruyó la suspensión de la contratación de toda captación de ahorro de sus socios y mantener sólo el personal necesario para la recuperación de la cartera de créditos. Asimismo, se determinó la remisión, hasta el 18 de julio de 2011, de una copia legalizada del Acta de sesión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, donde se evidencie que se tomó conocimiento en detalle

del informe de inspección, así como la convocatoria a una Asamblea General Extraordinaria a objeto de que se trate la disolución voluntaria, conforme lo establecido en el inciso c), Artículo 101 de la Ley General de Sociedades Cooperativas al haber desaparecido el objeto de la Cooperativa, instrucción ratificatoria de lo dispuesto en carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010.

Que, de acuerdo a la nota ASFI/DSR IV/R-2210/2012 de 9 de enero de 2012, en respuesta a la carta enviada por la Cooperativa en fecha 14 de noviembre de 2011 remitiendo copia legalizada del Acta de la Asamblea General Extraordinaria de 15 de septiembre de 2012, se establece que luego de cotejar el Acta con el informe de la funcionaria designada que estuvo presente en la Asamblea, se observó que la misma no reflejaba a cabalidad los hechos suscitados. Adicionalmente, este acto no logró los objetivos que motivaron su convocatoria al no haberse dado lectura en su integridad al informe ASFI/DSR IV/R-49748/2011 de 13 de mayo de 2011, por lo que se instruyó la elaboración de una nueva Acta que refleje los hechos sucedidos en la referida Asamblea y una nueva convocatoria a Asamblea General Extraordinaria.

Que, la Cooperativa no ha dado cumplimiento a las instrucciones de nota ASFI/DSR IV/R-2210/2012 de 9 de enero de 2012, toda vez que no se ha convocado a Asamblea General Extraordinaria de Socios, por lo que este Órgano de Supervisión emite nota ASFI/DSR IV/R-71660/2012 de 13 de junio de 2012, reiterando la instrucción de suspensión de toda captación de ahorros de sus socios y se instruye la remisión de una copia legalizada del Acta de sesión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, donde se evidencie que se tomó conocimiento en detalle del Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-49748/2011, así como la instructiva de convocar a Asamblea General Extraordinaria a objeto de tratar su disolución voluntaria, conforme lo establecido en el inciso c), Artículo 101 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, al haber desaparecido el objeto de la Cooperativa, ratificando lo dispuesto en carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010.

Que, en fecha de 26 de noviembre al 7 de diciembre de 2012 se realizó nueva inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., con corte al 30 de noviembre de 2012, con el objeto de realizar una nueva evaluación de la razonabilidad de la información financiera de la Cooperativa, cuyo resultado se expone en el Informe ASFI/DSR IV/R-165172/2012 de 14 de diciembre de 2012, mismo que principalmente concluye que: La Entidad presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones, falta de acciones correctivas para la mejora de gestión de riesgos; incumplimiento de normas vigentes; existe inconsistencia, vulnerabilidad y falta de seguridad en su sistema de información, ocasionando falta de integridad y confiabilidad en sus estados financieros.

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-165172/2012 es comunicado a la Entidad a través de la nota ASFI/DSR IV/R-171237/2012 de 26 de diciembre de 2012, exponiéndose los resultados de la visita efectuada, instruyéndose nuevamente convocar en el corto plazo a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, exclusivamente para dar lectura en detalle y en su integridad a dicho Informe y tratar la disolución voluntaria

de la Cooperativa, conforme a lo dispuesto en el Artículo 101, inciso a), de la Ley General de Sociedades Cooperativas vigente, reiterándose instrucción de suspensión de toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo las modalidades de Caja de Ahorros y Certificados de Aportación Remunerados y el registro de los ajustes contables.

Que, los órganos de gobierno de la Cooperativa, nuevamente incumplen instrucciones de esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al no haber convocado a Asamblea Extraordinaria de Socios con el objeto de dar lectura al Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-165172/2012 de 14 de diciembre de 2012.

Que, en cumplimiento al Plan Operativo Anual de la Dirección de Supervisión de Riesgos IV para la gestión 2013 y, en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488 modificada mediante Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, con el objeto de evaluar la razonabilidad de la información financiera reportada por la Cooperativa y el seguimiento al cumplimiento del Informe ASFI/DSR IV/R-165172/2012 de 14 de diciembre de 2012, se efectuó nueva Inspección Especial a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., con fecha de corte al 31 de marzo de 2013, cuyos resultados se expresan en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-60807/2013 de 26 de abril de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el Artículo 332, parágrafo I, que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a esta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, los artículos 152 y 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, establecen que la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero es una entidad de derecho público y de duración indefinida, que se rige por las disposiciones de Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), su Ley orgánica, estatutos y reglamentos, constituyéndose en el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, teniendo por objetivos: mantener un sistema financiero sano y eficiente; y velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.

Que, el Artículo 92 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuará el control de las actividades de las entidades financieras con arreglo a la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488 y normas reglamentarias.

Que, el Artículo 95 de la precitada Ley, señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene la facultad para inspeccionar a las entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, que comprende no sólo a cualquier oficina o dependencia de éstas en el país o en el extranjero, sino que se extiende a las filiales de las entidades.

Que, el Artículo 96 de la misma disposición legal, consigna que el Director Ejecutivo, los inspectores y funcionarios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que realicen inspecciones, controles o cualquier acto de supervisión en una entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sometida a la supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para efectos de esta Ley, tendrán facultad para recabar cuanta información sea necesaria y exigir la declaración de cualquier persona a quién consideren necesario examinar en el curso de las investigaciones que practiquen respecto de cualquier entidad supervisada; así como también la facultad de citar y requerir la presencia de cualquier persona para efecto de la expresada declaración y de exigir la presentación de cualquier libro o documento o la copia de los mismos. De lo actuado se levantará acta circunstanciada, que será firmada por los funcionarios actuantes y un representante de la entidad supervisada. Para efectos legales, las actas tendrán el valor de documento público.

Que, la citada disposición legal en su Artículo 154, establece que son atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero entre otras: Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera; normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera; ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables; ejercer supervisión consolidada de conformidad al artículo 6 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)N° 1488; establecer sistemas preventivos de control y vigilancia; imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el parágrafo IV del artículo 1 de la Ley N° 3076 de Modificaciones a las Leyes N°

2427 del Bonosol, N° 2341 de Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) de 20 de junio de 2005, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros.

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, establece la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal, al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Que, el artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, establece que:"Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades." (…)

CONSIDERANDO:

- *Que, del informe trimestral al 31 de marzo de 2013 expresado en Informe ASFI/DSR IV/R- 65132/2013 de 6 de mayo de 2013, la Cooperativa presenta un capital primario negativo de Bs -305.609, por tanto, no cumple con el mínimo requerido en el Artículo 72 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). En términos de solvencia, el Coeficiente de Adecuación Patrimonial es negativo, alcanzando a 18.86%, tal como se expone a continuación:*

Código	Nombre	Saldo Total Activo	Coeficiente de Riesgo	Activo Computable
Categoría I	Activos con riesgo de 0%	330,612	0%	0
Categoría II	Activos con riesgo de 10%	0	10%	0
Categoría III	Activos con riesgo de 20%	561	20%	112
Categoría IV	Activos con riesgo de 50%	0	50%	0
Categoría V	Activos con riesgo de 75%	0	75%	0
Categoría VI	Activos con riesgo de 100%	1,017,291	100%	1,017,291
Totales		**1,348,464**		**1,017,403**
Total Activo mas Contingentes			**A**	1,348,464
Total Activo de Riesgo Computable			**B**	1,017,403
10% sobre el Activo Computable			**10% DE B**	101,740
Patrimonio Neto			**P.N.**	-191,861
Excedente / (Deficit) Patrimonial			**D-C**	-293,601
Coeficiente de Suficiencia Patrimonial			**D/B**	**-18.86%**

La relación de pérdidas acumuladas, respecto al capital primario es del -136.12%, como se demuestra en el siguiente cuadro:

	Cálculo de Capital Primario (Expresado en Bolivianos)	31/03/2013
(*)	**Aportes de los socios cooperativistas, representados por certificados de**	777,333
	311.00 Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)	777,333
(*)	**Fondos de reserva, no distribuibles, constituidos por los excedentes de percepción**	0
	342.03 Reservas no distribuibles por ajuste por inflación del patrimonio	0
(*)	**Donaciones recibidas de libre disposición**	68,700
	323.01 Donaciones no Capitalizables	68,700
(=)	**CAPITAL PRIMARIO INICIAL**	846,033
(-)	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	-1,151,642
	PERDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO	**-136.12%**

La cartera bruta se redujo en Bs148.087 (24.88%) respecto al cierre de la gestión anterior, la pesadez de cartera alcanzó a 89.09% superior a diciembre 2012 (66.92%) y al promedio de sus pares reguladas (2.52%). Las previsiones específicas constituidas para la cartera morosa apenas alcanzan al 20.06%, similar a la registrada en diciembre 2012 (20.62%) e inferior al de sus pares reguladas (141.35%).

Los activos improductivos representan el 96.44% del total del activo, superior al registrado en diciembre 2012 (85.14%) y muy superior al promedio de sus pares reguladas (14.25%), aspecto que denota una estructura financiera ineficiente.

Otros activos de importancia representan los siguientes rubros: Disponibilidades Bs331.173 (24.56%), Otras Cuentas por Cobrar Bs314.138 (23.30%) y Otros Activos Bs283.129 (21%), ésta estructura no corresponde a una entidad financiera, debido a que el activo productivo Cartera, tiene una mínima representación.

La eficiencia administrativa, medida a través del indicador gastos administrativos/activo total promedio se incrementó de 26.22% registrado en la gestión 2012 a 68.69%, estos gastos representan el 5.896.15% de los ingresos financieros, de los cuales el 99,39% corresponde a gastos de personal.

Los gastos administrativos respecto a la cartera bruta representan el 207.20%, superior al registrado en diciembre 2012 que fue del 57.48%, aspecto que muestra la ineficiencia institucional en la entrega del servicio de crédito.

Presenta inviabilidad financiera durante varias gestiones, ya que los gastos financieros de Bs27.790, superan los ingresos financieros que ascienden a Bs7.850 (353.88%), repercutiendo negativamente en el margen financiero bruto de Bs -19.940.-, lo que demuestra que la Cooperativa no genera los recursos suficientes relacionados al giro del negocio ni le permiten cubrir sus gastos administrativos y de personal, llegando a obtener un resultado de gestión negativo de Bs -454.993.

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de las atribuciones y competencias atribuidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por el artículo 3 de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria del artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha elaborado normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito

Societarias al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB/264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/09 de 23 de noviembre de 2009, ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010, ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012, ASFI/403/12 de 14 de agosto de 2012 y ASFI/631/12 de 20 de noviembre de 2012.

Que, el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-60807/2013 de 26 de abril de 2013, determina en su parte conclusiva lo siguiente:

- *"La Cooperativa incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley de Bancos, Manual de Cuentas, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, disposiciones vigentes y se evidenciaron malas prácticas que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros por un total de* ***Bs835.247****.*

- *Se han establecido serias deficiencias en la gestión de la entidad, de manera recurrente respecto a la anterior inspección, los incumplimientos se deben principalmente a la inobservancia de las funciones y atribuciones de los consejos, falta de transparencia y confiabilidad de la información financiera, vulneración de principios básicos de control interno, inadecuada tecnología crediticia, adopción de malas prácticas contables como el aumento en el valor de los activos con el fin de incrementar el patrimonio, registro de gastos activados y omisión de pasivos,* ***además de reticencia a cumplir determinaciones de esta Autoridad de Supervisión****.*

- *Presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones. No efectúa acciones correctivas necesarias para mejorar la gestión de riesgos, control interno, registros contables y reversión de su situación, que le permita superar su posición financiera.*

- *Existe inconsistencia, vulnerabilidad y falta de seguridad en su sistema de información, ocasionando falta de integridad y confiabilidad en sus estados financieros.*

Por consiguiente, en función a los resultados obtenidos y a su crítica situación financiera, recomienda lo siguiente:

a) Registrar contablemente los ajustes por ***Bs835.247*** *determinados por incumplimiento a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y normativa vigente, al cierre del mes de recepción del Informe.*

b) Dar cumplimiento estricto al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

c) *Prohibir toda captación de recursos de sus socios, que no sean certificados de aportación obligatorios y/o voluntarios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo otras modalidades.*

d) *Retirar material publicitario que promueve operaciones no permitidas (Depósitos a Plazo Fijo y Caja de Ahorro), en oficina central y en el Km7 de la Av. Cristo Redentor (letrero) de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

CONSIDERANDO:

Que, según el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-60807/2013 de 26 de abril de 2013, se han establecido deficiencias en la gestión y control interno de la entidad e incumplimiento a la normativa vigente de manera recurrente respecto a la anterior Inspección, las mismas que se detallan a continuación:

A. ANÁLISIS DE RIESGOS

1. PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

- *La entidad no ha definido formalmente una estrategia comercial ni se tiene identificado su mercado objetivo (Observación Reiterativa).*

2. RIESGO OPERATIVO CONTABLE

Del análisis a los estados financieros al 31 de marzo de 2013, se determinaron observaciones y ajustes que se detallan a continuación:

2.1 Legajos de Balance

La Cooperativa no tiene legajos de balance, incumpliendo lo dispuesto en el Título I, punto J "Otras Disposiciones", numeral 2, del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, el cual establece que al 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, se deberán elaborar legajos de balance, los cuales deben contener los estados financieros y estados de cuenta de todas las cuentas, subcuentas y cuentas analíticas. Al cierre de operaciones de meses intermedios, las entidades financieras deberán elaborar los estados de cuenta que consideren necesarios. Sin embargo, deberán tomarse las previsiones para que estén en condiciones de generar en cualquier momento dichos estados ***(Observación Reiterativa)****.*

2.2 Uso de tipo de cambio diferente al oficial

Para el registro de los activos y pasivos en moneda extranjera al 31 de marzo de 2013, la Cooperativa ha utilizado el tipo de cambio de Bs6.87 por dólar, mayor al tipo de cambio de compra de la cotización oficial del Banco Central de Bolivia de Bs6.86, vigente al último día hábil del mes, incumpliendo el Título 1, Punto I, numeral 3 del

Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Esta deficiencia tiene impacto monetario en los Estados Financieros, mismo que debe ser cuantificado por la entidad ***(Observación Reiterativa)***.

2.3 Transacciones con fecha valor

Se ha verificado que se elaboran comprobantes contables con fechas distintas a las efectivamente realizadas, utilizando "fecha valor", constituyéndose en una mala práctica que vulnera el Principio de Contabilidad Generalmente Aceptado de "Exposición" e incumple lo dispuesto en el Título I, inciso I Políticas Contables, numeral 14 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras ***(Observación Reiterativa)***.

2.4 Disponibilidades

En la cuenta 111 "Caja", se evidencia diferencias entre los saldos expuestos en los estados financieros y los cierres diarios, evidenciando vulneración a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Objetividad" y "Exposición" y ausencia de control interno. Al 31 de marzo de 2013, la entidad presenta una diferencia de ***Bs329.870*** *(Bs79.322 y $us36.523) sobrevaluando el disponible. En el siguiente cuadro se exponen algunas diferencias:*

FECHA	MONEDA	SEGÚN BALANCE	SEGÚN CIERRES DE CAJA	DIFERENCIAS
31/12/2012	Bs	2,052	119	(1,933)
	$us	137,194	-	(137,194)
31/03/2013	Bs	79,885	563	(79,322)
	$us	36,549	26	(36,523)
18/04/2013	Bs	6,748	4,456	(2,292)
	$us	20,398	398	(20,000)

La entidad debe reclasificar esta diferencia a "Otras Cuentas por Cobrar", constituyendo una previsión del 100% en cumplimiento a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Exposición" y "Prudencia", debido a que no se cuenta con un documento formal que acredite el pago de estos fondos. En visita de inspección se procedió a efectuar el ajuste del disponible al 18 de abril de 2013. Estos fondos son retirados bajo autorización del Presidente del Consejo de Administración Sr. Herman Camacho por diversos conceptos como ser: préstamos, compra de material de construcción, depósitos en cuentas bancarias de terceras personas, etc.).

Al respecto, se evidencia la utilización de los fondos de la Cooperativa como una caja personal del Presidente del Consejo de Administración Sr. Herman Camacho, debiendo suspenderse esta práctica en atención a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Ente". Asimismo, se debe gestionar la recuperabilidad de estos importes.

La entidad no efectúa conciliaciones bancarias, evidenciándose falta de control interno en el manejo de las cuentas bancarias. Por lo tanto, se desconoce si existen

partidas conciliatorias.

2.5 Cartera

Del recalculo (sic) *de previsiones específicas, se determinó una deficiencia de* ***Bs95.236*** *que debe contabilizarse de acuerdo a lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. El detalle es el siguiente:*

Cta. Ctble.	Previsiones Específicas (Bs)			Diferencia Balance – BD (Bs)	Diferencia Balance – ASFI (Bs)
	Balance General	Base de Datos	ASFI		
139.01	732	732	1,464	0	-732
139.03	0	0	0	0	0
139.04	79,161	173,665	173,665	-94,504	-94,504
Total	**79,893**	**174,397**	**175,129**	**-94,504**	**-95,236**

La operación 69001 de la Sra. Arminda Méndez Terrazas por Bs48.792 fue cancelada en el mes de abril; reduciéndose la deficiencia de previsiones en Bs732, quedando pendiente una diferencia de ***Bs94.504****.*

2.6 Otras Cuentas por Cobrar

En "Comisiones por Cobrar", se exponen partidas excedidas en el plazo de permanencia por ***Bs126.890*** *que deben ser previsionadas en un 100% de acuerdo a lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, originadas por prestación de servicios de cobranza del Presidente del Consejo de Administración Sr. Herman Camacho y "El Pantanal Inversiones" Ltda.[1], el detalle es como sigue:*

(*"[1] El Pantanal Inversiones" Ltda., empresa dedicada al rubro de bienes y raíces de propiedad del Sr. Herman Camacho."*)

CUENTA	NOMBRE	Bs
1430110107	COMISIONES POR COBRAR EL PANTANAL	16,917
1430120101	COMISISONES POR COBRAR	8,661
1430120106	COMISIONES POR COBRAR EL PANTANAL	101,311
TOTAL:		**126,890**

En "Otras Partidas Pendientes de Cobro", se exponen Bs568.144 provenientes de diferencias en caja por la existencia de vales Bs306.064 y la deuda del Sr. Roberto Fernández por Bs262.080. Al respecto, la entidad no ha efectuado ninguna gestión para la recuperación o conciliación de estas partidas, demostrando ausencia de control interno en el manejo de sus operaciones, debiendo determinarse los responsables que autorizaron dichos movimientos. ***(Observación reiterativa)****.*

2.7 Otros Activos

En la subcuenta 183.99 "Otras Partidas Pendientes de Imputación", se exponen ***Bs283.251*** *correspondiente a partidas no conciliadas y/o regularizadas provenientes de diferencias no aclaradas (Caja, Cuentas de Ahorro, Préstamos y otros) que deben ser previsionados en un 100% en atención al Principio de Contabilidad Generalmente Aceptado de "Prudencia".*

2.8 Pasivo

Por el incumplimiento en el pago de los impuestos, la entidad ha generado una contingencia impositiva que debe ser cuantificada y regularizada. ***(Observación Reiterativa)***.

2.9 Patrimonio

De acuerdo a lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, se debe reclasificar ***Bs1.273.612*** *a la subcuenta 242.80 "Acreedores CAC Societarias", compuesto de la siguiente manera:*

CUENTA	NOMBRE	IMPORTE Bs
3210110101	DEPOSITOS EN APORTACIONES VOLUNTARIAS	35,633
3210120101	DEPOSITOS EN APORTACIONES VOLUNTARIAS	1,169,279
3230520101	CERTIFICADOS REMU A PLAZO FIJO DE 181 A 360 DIAS	68,700
TOTAL:		**1,273,612**

Asimismo, en Informe ASFI/DSR IV/R-165172/2012 de 14 de diciembre de 2012, se verificó lo siguiente:

Capital Social

Se ha evidenciado la manipulación, alteración y uso indebido de datos informáticos por parte del proveedor del sistema (empresa PROSIN), que por instrucción del Sr. David Gutiérrez (ex Gerente General de la Cooperativa) modificaron datos sin existir flujo de efectivo. Asimismo, cabe mencionar que estas operaciones son de conocimiento del Presidente del Consejo de Administración Sr. Herman Camacho.

- ✓ ***Bs27.981*** *correspondiente a 150 cajas de ahorro, que presentan saldo en su extracto pero en el sistema se encuentran cerradas.*
- ✓ ***Bs5.487*** *por 148 Certificados de Aportación Obligatorios dados de baja.*
- ✓ ***Bs766.625*** *que corresponden a 22 Certificados de Aportación Obligatorios dados de alta, como se detalla a continuación:*

Nombre	Fecha Apertura	Valor Bs
CAMACHO CUELLAR GUILLERMO ALEXANDER	12/04/2009	4.975
ARANIBAR CUELLAR ROSSEMARY	26/01/2009	4.975
ALDERETE ESPEJO JHON GARY	30/01/2009	4.975
BRAVO MAURE WENDDY ALEXANDRA	02/04/2009	4.975
CAMACHO ELSA CUELLAR DE	03/02/2009	4.975
CARVAJAL CORDERO FELIX CARLOS	17/02/2009	4.975
CHEN LI MARIO	26/11/2009	4.975
CHAVEZ BORJAS MARIA ANGELA	02/04/2009	5,000
RIOS ANTORIANO RICHARD	13/02/2009	4.975
RIVERO MENDEZ LAURA FABIANA	26/01/2009	4.975
PEREZ ORTIZ EDITH	02/04/2009	4.975
ROJAS PORTOCARRERO OMAR HERMILIO	02/04/2009	4.975
PADILLA TORRES MILA GIOVANA	26/01/2009	4.975
ESTRADA AGUILAR JOSE LUIS	03/08/2010	4.975

COSSIO VARGAS NILSA	30/03/2009	4.975
DALE RICHARD MICHAEL	05/04/2009	4.975
CAMACHO CUELLAR HERMAN GABRIEL	15/01/2009	5,000
CAMACHO CUELLAR HERMAN GABRIEL	15/01/2009	662,000
CAMACHO CUELLAR JAQUELINE	03/08/2010	5,000
CAMACHO CUELLAR GUSTAVO	03/08/2010	5,000
RODRIGUEZ LOURDES	03/08/2010	5,000
TORREZ ARANIBAR ADOLFO	03/08/2010	5,000
TOTAL		**766,625**

Al respecto, estas transacciones se constituyen en una mala práctica contable y denotan deficiencias de control interno, incumpliendo los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Exposición" y "Prudencia".

3. RIESGO CREDITICIO

Con el objetivo de determinar la calidad de la Cartera de Créditos, el grado de recuperabilidad, en función al comportamiento de pagos, cobertura de garantías y respaldo o sustento de la capacidad de pago del prestatario, se efectuó la revisión del 100% de las operaciones crediticias.

3.1 Política y Reglamento de Créditos

La Cooperativa no tiene definida una Estrategia de Negocios ni cuenta con una Política y Reglamento de Créditos que establezcan los principios y lineamientos para la otorgación de préstamos y que reflejen el máximo riesgo que está dispuesta a asumir.

3.2 Estructura de la Cartera de Créditos

Revisada la información contenida en la base de datos en función al registro de las operaciones por tipo de crédito y calificación, se presenta la siguiente estructura:

Tipo de Crédito	Nº Oper.	Calificación Saldo $us		Saldo $us	%
		A	F		
Consumo	13	7,102	22,705	29,807	46%
Microcrédito	7	33,510	1,736	35,246	54%
Total	**20**	**40,612**	**24,441**	**65,053**	**100%**

3.3 Análisis de la Cartera de Créditos

Concluido el análisis individualizado de las carpetas se ha determinado la siguiente composición:

Tipo de Crédito	Nº de Oper.	Saldo $us
CONSUMO	16	38,268
MICROCRÉDITO	3	1,785
SIN INFORMACIÓN*	1	25,000
Total	**20**	**65,053**

**No se encontró el documento que identifique el Tipo de Crédito.*

*Asimismo, cabe resaltar que toda la Cartera revisada se encuentra en estado de Ejecución sin inicio de acciones judiciales, sin embargo, existen operaciones donde la entidad las registra con calificación "A". (**Observación Reiterativa**), incumpliendo lo dispuesto en el Libro 3, Título II, Capítulo I, Anexo 1, Sección 5, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y cuenta 134 "Cartera en Ejecución" del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

CARACTERÍSTICA	CALIFICACIÓN				TOTAL		
	A		F				
	SALDO $us	Nº OPR.	SALDO $us	Nº OPR.	SALDO $us.	Nº OPR.	%
Crédito Cancelado	7,102	1			7,102	1	11%
Créditos en Ejecución			57,951	19	57,951	19	89%
TOTAL	**7,102**	**1**	**57,951**	**19**	**65,053**	**20**	**100%**

Como se observa en el cuadro precedente el 89% de la cartera se encuentra calificada como F, asimismo, se pudo evidenciar que 8 operaciones no cuentan con el contrato de crédito como se presenta en el siguiente cuadro:

Nº OPR.	CI	Nombre	Fecha	Desembolso $us	Saldo $us
31001	6224357SC	MAMANI TITO ELIZABETH	27/02/2009	1,456	1,245
64001	4729381SC	CHACON MORALES LEONTINA ALEJANDRA	02/10/2010	25,000	25,000
60001	1525546SC	ANGLARILL NUÑEZ ALBERTO	23/12/2009	8,000	8,000
43001	3899806SC	REQUENA OCHOA WILSON RODRIGO	05/05/2009	2,000	2,000
47001	2845908SC	PERROGON RIBERA HEIDER	06/10/2009	330	276
56001	2845908SC	PERROGON RIBERA HEIDER	20/11/2009	500	500
16001	4684185SC	LOPEZ DOMINHUEZ JORGE	18/07/2008	450	244
24001	5820281SC	NALLAR NODA VADIR	08/08/2008	9,000	6,776
Total					**44,042**

Cabe resaltar que la Cartera de la Cooperativa, se compone por créditos que no presentan buen comportamiento de pagos, no se encuentran coberturados por garantías hipotecarias de inmueble ni vehículo ni cuentan con respaldo de ingresos.

3.4 Caso Especial

*En arqueo realizado en inspección a la cuenta 111.00 "Caja" se determinó que en fecha 28 de diciembre de 2012, se desembolsa una operación en condiciones preferenciales (**Observación Reiterativa**), incumpliendo lo dispuesto en Informes ASFI/DSR IV/R-49748/2011 y ASFI/ DSR IV/R-165172/2012 de fechas 13 de mayo de 2011 y 14 de diciembre de 2012 respectivamente. En este sentido, la operación no se encuentra contabilizada ni registrada en la base de datos de cartera y las características de esta son las siguientes:*

Nombre	Fecha	Monto Desem. $us	Observaciones
Yaqueline Soria Ortiz	28/12/2012	274	Esta operación no tiene carpeta de crédito solo se evidenció el Carnet de Identidad y el Buró de Información Crediticia consultada por la CAC "Jerusalén" Ltda. De de fecha 28 de marzo de 2012.

3.5 Reporte al Buró de Información Crediticio

*La Cooperativa no cuenta con el servicio del Buró de Información Crediticio (BIC) ni reporta las deudas de las 19 operaciones de crédito que se encuentran en estado de Ejecución (**Observación Reiterativa**).*

Se reitera que existen serias debilidades en el proceso crediticio de la Cooperativa: en la selección de prestatarios, determinación de la capacidad de pago, aprobación, desembolso, administración, control interno y sistemas de evaluación y calificación de cartera, evidenciándose la inexistencia de una tecnología crediticia para la cartera masiva, situación que le impide a la entidad contar con una adecuada gestión del Riesgo de Crédito.

4. RIESGO TECNOLÓGICO

4.1 Base de Datos

En Cajas de Ahorro y Estados Financieros se pudo evidenciar que existen diferencias no aclaradas como se observa a continuación:

Cta. Ctble.	Saldo		Diferencia BD – Balance (Bs)
	Base de Datos (Bs)	Balance (Bs)	
3210110101	51,997	35,633	16,364
3210120101	1,180,340	1,169,279	11,061
Total	**1,232.336**	**1,204,912**	**27,425**

4.2 Tecnología de la Información

*La entidad no cuenta con documentación relacionada al área de sistemas, asimismo, se evidencia que el encargado de sistemas es externo y no genera reportes adicionales ni específicos para ayuda a la toma de decisiones (**Observación Reiterativa**).*

5. RIESGO LEGAL

5.1 Gobernabilidad

- *La Cooperativa no ha realizado Asambleas Generales Ordinarias incumpliendo los Artículos 32 y 33 de su Estatuto, en lo referente a la reunión que debe llevarse a cabo una vez al año y a las atribuciones que se deben contemplar en la misma (**Observación Reiterativa**).*

- *El Sr. Herman Camacho funge como Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa "El Pauro" Ltda. y por otro lado es Gerente General de "El Pantanal Inversiones" Ltda., al respecto se evidenció personal[2] de esta empresa en planilla de sueldos de la Cooperativa (**Observación Reiterativa**).*

("[2] *Lic. Ana Roció* (sic) *Angelo Rizo.*")

- *Las Actas que presentó la Cooperativa no se encuentran debidamente aperturadas por Notario de Fe Pública, lo cual resta legitimidad en el contenido de las mismas (**Observación Reiterativa**).*

- *No se ha renovado a los Consejeros de manera escalonada, considerando el Libro 1, Título I, Capítulo III, Sección 8, Artículos 2 y 7 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y Artículo 11 del Decreto Supremo 25703, concordante con lo establecido en el Artículo 39 de su Estatuto (**Observación Reiterativa**).*

5.2 Responsabilidades y Funciones:

a) Consejo de Administración

- *En cuanto a las funciones del Consejo de Administración, se observan los siguientes incumplimientos al Artículo 42 de su estatuto (**Observación Reiterativa**):*

  - ✓ *No aprobaron políticas, presupuestos anuales, planes ni programas de administración o de operación.*
  - ✓ *No se aprobaron los estados financieros ni la memoria anual desde la gestión 2008.*
  - ✓ *En cuanto a sus responsabilidades, este Consejo es solidariamente responsable por el manejo de los fondos de la Cooperativa tal como lo prevé el inciso a), Artículo 43 de su estatuto.*

- *No se ha realizado ninguna reunión en la gestión 2012 y 2013, por lo que tampoco se han llevado a cabo las atribuciones que compete a este Consejo incumpliendo lo establecido en el Artículo 41 de su Estatuto (**Observación Reiterativa**).*

b) Consejo de Vigilancia

- *Las Actas no demuestran una efectiva fiscalización por parte del Consejo de Vigilancia (**Observación Reiterativa**), respecto a:*

  - ✓ *Informar a la Asamblea de Socios, sobre la situación financiera, efectividad y calidad del sistema de control interno.*
  - ✓ *Fiscalizar los actos del Consejo de Administración.*
  - ✓ *Verificar el cumplimiento de las leyes y reglamentación vigente.*

- *Las reuniones del Consejo de Vigilancia no se realizan con la periodicidad establecida en el Artículo 54 de su Estatuto (dos veces al mes) (**Observación Reiterativa**).*

- *Revisadas las actas de las gestiones 2010, 2011 y 2012, se evidencia incumplimiento al Libro 1, Título I, Capítulo III, Sección 8, Artículo 9 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referido a las atribuciones del Consejo de Vigilancia. Cabe mencionar que este Órgano interno*

*de control tiene como responsabilidad personal e indelegable, la fiscalización de la Cooperativa con el objeto de proteger los intereses de sus socios (**Observación Reiterativa**).*

5.3 Contratos

- *El contrato para el cobro de cuotas mensuales por venta de lotes de terrenos, suscrito en fecha 13 de enero de 2010, con la empresa "El Pantanal Inversiones Ltda." de propiedad del Sr. Herman Camacho Presidente del Consejo de Administración está vencido, por tanto carece de validez. (**Observación Reiterativa**).*

- *La Cooperativa no realiza el pago de aportes patronales ni laborales de la retención efectuada a sus empleados, incumpliendo con el Artículo 97 de la Ley General de Trabajo y el Artículo 23 de la Ley de Pensiones, originándose una contingencia legal y laboral, por lo que se debe cuantificar la omisión incluyendo multas e intereses y aplicar el pago correspondiente (**Observación Reiterativa**).*

- *Los empleados de la Cooperativa no cuentan con contrato de trabajo, seguro de salud ni tampoco les son otorgados los derechos sociales que como trabajadores deben tener, evidenciándose que dos funcionarias se encuentran en gestación y en estado post natal por lo que corresponde la aplicación del Decreto Supremo 0012 que establece la inamovilidad laboral y el pago de subsidios (**Observación Reiterativa**).*

5.4 Operaciones no Permitidas

La Cooperativa mantiene material publicitario[3] promoviendo operaciones no permitidas (DPF y Caja de Ahorro), transgrediendo lo establecido en el Artículo 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, situación observada por esta Autoridad de Supervisión.

("[3] *Publicidad en oficina central y en el Km7 de la Av. Cristo Redentor de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.*")

5.5 Auditoría Externa

*No se evidencia que la entidad haya realizado cierres de sus estados financieros ni Auditorías Externas de las gestiones 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, exponiéndose a contingencias impositivas (**Observación Reiterativa**).*

5.6 Auditoría Interna y Unidad de Riesgos

*A la fecha de análisis la CAC no cuenta con Auditoría Interna ni Unidad de Riesgos (**Observación Reiterativa**).*

C. (sic, correspondía la *B*) ***RESUMEN DE AJUSTES Y RECLASIFICACIONES***

Los ajustes determinados en la presente Inspección se detallan a continuación:

Ref.	DETALLE	31.03.2013	Reclasif.	PCGA	Normativa
		Bs	Bs	Bs	Bs
	PATRIMONIO CONTABLE				
2.4	**Disponibilidades (110)**	**0**			
	Diferencia en Caja respecto el cierre de caja		-329,870		
2.5	**Cartera de Créditos (130)**	**95,236**			
	Deficiencia de previsiones específicas	95,236			95,236
2.6	**Otras Cuentas por Cobrar (140)**	**456,760**			
	Reclasificación diferencias en Caja		329,870		
	Constitución de previsión por diferencias en caja	329,870		329,870	
	Previsión por exceso en el plazo de permanencia	126,890		126,890	
2.7	**Otros Activos (180)**	**283,251**			
	Previsión por exceso en el plazo de permanencia	283,251		283,251	
2.8	**Pasivo**	**0**			
	Reclasificación de cuentas de patrimonio (Depósitos de socios)		1,273,612		
2.9	**Patrimonio**	**0**			
	Reclasificación saldo sobregirado en gastos anticipados		-1,273,612		
	TOTAL AJUSTES	**835,247**	**0**	**740,011**	**95,236**

Con la inclusión de los ajustes anteriormente expuestos, la posición financiera de la Cooperativa es la siguiente:

-CODIGO-	NOMBRE	31/03/2013 6.86	RECLASIFICACIONES	AJUSTES	31/03/2013 AJUSTADO
100.00	**ACTIVO**	**1,348,464**			**513,333**
110.00	DISPONIBILIDADES	331,173	(329,870)		1,303
130.00	CARTERA	367,207		(95,236)	271,971
140.00	OTRAS CUENTAS POR COBRAR	314,138	329,870	(456,766)	187,242
170.00	BIENES DE USO	52,817		(283,129)	52,817
180.00	OTROS ACTIVOS	283,129			(0)
200.00	**PASIVO**	**449,162**			**1,722,774**
210.00	OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	5,420			5,420
240.00	OTRAS CUENTAS POR COBRAR	443,035		1,273,612	1,716,647
250.00	PREVISIONES	707			707
300.00	**PATRIMONIO**	**899,302**			**(1,209,441)**
310.00	CAPITAL SOCIAL	777,333			777,333
320.00	APORTES NO CAPITALIZADOS	1,273,612		(1,273,612)	(0)
350.00	**RESULTADOS ACUMULADOS**	**(1,151,642)**			**(1,986,773)**
351.00	UTILIDADES ACUMULADAS	0			0
352.00	UTILIDADES DEL PERIODO O GESTIÓN	(113,748)		(835,131)	948,879
353.00	(PERDIDAS ACUMULADAS)	(1,037,893)			1,037,893
C00.20	**TOTAL PASIVO MAS PATRIMONIO**	**1,348,464**			**513,333**

CONSIDERANDO

Que, el artículo 3, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° inherente al Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin Licencia de Funcionamiento, contenido en la Recopilación de normas para Bancos y Entidades Financieras, establece como causales para desestimar la continuidad del proceso de adecuación que la situación financiera de la entidad comprometa su solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles.

Que, por los datos reflejados en los informes señalados en la presente Resolución demuestran que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda. se encuentra en una crítica situación financiera que ha comprometido la solvencia, sostenibilidad y continuidad operativa de la Cooperativa, lo que no le permite

afrontar sus obligaciones líquidas y exigibles.

Que, dada la delicada situación financiera de la Entidad, su continuidad expone a mayor riesgo la devolución de los ahorros de sus socios, incrementando su deterioro económico financiero.

CONSIDERANDO

Que, la situación financiera de la Entidad ha comprometido su solvencia, sostenibilidad y continuidad operativa y que esta situación representa una causal para desestimar la continuidad del proceso de adecuación de la Cooperativa al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, conforme se establece en el Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, contenido en el Artículo 3, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras…"

En base a tales fundamentos, el Ente Supervisor resuelve:

"…***PRIMERO: DESESTIMAR*** *la continuidad del proceso de incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., al concurrir la causal señalada en el numeral 1) del Artículo 3, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, conforme a los criterios expresados en las consideraciones de la presente Resolución.*

SEGUNDO: *Disponer el cese inmediato de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., y proceder al cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales vigentes y su Estatuto Orgánico.*

TERCERO: *Registrar contablemente los ajustes determinados por incumplimiento a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y normativa vigente, al cierre del mes de recepción de la presente Resolución…*"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 1° de agosto de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** interpuso Recurso de Revocatoria contra la ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013, presentando al efecto los alegatos siguientes:

"…***3.- <u>FUNDAMENTACION DEL RECURSO</u>.***

3.1. ANALISIS TÉCNICO.

Todas las consideraciones técnicas que contienen los informes de la ASFI nombrados en la resolución 430 del 2013, seguro que tiene un contenido eficientemente

deducido en función de la filosofía fiscalizadora y reguladora de lo que antes eran las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (hoy la ASFI) máxima autoridad de regulación de las actividades de las instituciones de finanzas. Sin embargo el ámbito de regulación se confronta con el carácter de las entidades a ser reguladas, entre tanto unas entidades son de lucro y otras de servicio que conllevan un alto sentido social y que son en sí una asociación de personas con finalidades de ahorro. Es por todos conocido que seguramente en el ámbito de intentar regular estas entidades no se tiene la misma fuerza coercitiva que con las entidades financieras de lucro las que aceptan reglas diferentes de su accionar y existencia mientras que las entidades sociales se basan en un patrimonio colectivo cuya propiedad es social y privada. El funcionamiento orgánico institucional está regulada (sic) *por otra instancia también, involucrar ambas regulaciones seguro que deja en la inefectividad del control que se pretende para evitar los engaños a la gente caso de la Cooperativa San Luis Ltda. Por ello incluso las disposiciones que se vayan emitiendo deben tener en cuenta estos ámbitos, estos parámetros de sus finalidades de lo contrario se superponen atribuciones y se cae en las incoherencias jurídicas que crean vacíos de aplicación. De todas maneras algunas de las consideraciones de sus observaciones tienen también una carga de subjetividad, seguro no intencional, más bien producto de estos vacíos en los ámbitos de la regulación. En cumplimiento de las normas establecidas por la propia ASFI nos hemos sometido al proceso de adecuación de las cooperativas es así que en su oportunidad hemos hecho llegar la solicitud correspondiente la misma que mediante acta de la reunión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia de fecha 9 de mayo de 2012 y reiterado en asamblea general de socios de fecha 18 de Mayo del 2012 se aprobó el plan de adecuación, el que hemos presentado en 22 de mayo del 2012 con la voluntad indeclinable de corregir las observaciones y todo lo que fuera necesario para impulsar el reordenamiento sugerido por ustedes. Lamentablemente después de la presentación únicamente hasta el momento de ser notificados con su conminatoria de cierre ordenado por Resolución ASFI N° 430/2013, dictada en fecha 12 de julio de 2013, nunca se nos ha respondido acerca de este plan ni se nos ha dicho que falencias existían o que modificaciones deberíamos hacer, simplemente nos han ignorado y nos han quitado la posibilidad de conocer las observaciones al plan de adecuación.*

Seria (sic) *inefectivo tratar de responder aseveraciones tales como las consideraciones señaladas por una supuesta funcionaría nuestra sin nombre en el informe, que invalidan un acto legal orgánico institucional de una asamblea los que se registran por documentos que son fidedignos y no así por consideraciones aisladas y subjetivas quizás, en un afán permanente de deslegitimizar las instancias de Gobierno de nuestra entidad.*

Si bien en el informe 165172/2012 (sic), *que señalan en la resolución, hacen las mismas consideraciones de anteriores informes no dicen nada acerca de la presentación de nuestro plan de adecuación planteado precisamente como respuesta a sus preocupaciones y para que estas sean implementadas en coherencia de un plan de adecuación técnicamente elaborado y legal y legítimamente consensuado y que insistimos no ha merecido siquiera una mínima opinión técnica.*

Es más la propia ASFI certifica, en fecha 11 de Junio del 2012, a un conjunto de loteadores que avasallaron la propiedad de nuestra ahorrista la Sra. María Antonieta Rojas de Morales, indicando que la cooperativa esta (sic) *en el proceso de adecuación, aspecto que a nosotros nunca se nos ha hecho conocer oficialmente, sino hasta el día de la notificación ultima, en julio del presente, en que verbalmente la Directora nos expresa que no se ha considerado nuestro plan. La aludida Certificación se contradice precisamente con el informe de 16 de abril del 2010 N° IV-R-36597/2010, en el que por no tener viabilidad financiera no ingresamos al proceso de Adecuación. Que* (sic) *es válido entonces?: que estamos en el periodo de adecuación como certifican el 11 de Junio del 2012 o que no tenemos condiciones para acceder al mismo?*

Cuando se nos notifico (sic) *con la resolución que impugnamos no hemos recibido una respuesta a esta inquietud, pese a que entendiendo sus preocupaciones y recomendaciones técnicas, las hemos considerado en las instancias pertinentes y en fecha 22 de mayo hemos hecho llegar el plan de adecuación debidamente considerado acompañando las actas correspondientes considerándolas en las instancias de gobierno de nuestra Cooperativa. Pero, reiteramos, no hemos recibido respuesta a la misma.*

Pese a que hemos seguido a pie juntillas sus instrucciones, creemos que no se nos ha otorgado la oportunidad para reparar todas las observaciones mediante un plan integral establecido por las disposiciones vigentes para adecuarnos a su control.

Con certeza que este hecho nos ha perjudicado e impedido de emprender con este procedimiento, por lo cual reclamamos tener esa opción y de esta manera atender las preocupaciones emitidas en sus informes para reencaminar nuestras actividades.

Queremos dejar claro que los derechos no son favores otorgados por las autoridades sino disposiciones que norman las oportunidades las posibilidades y están hechas para el ejercicio de un derecho que deviene desde el derecho a vivir y se complementan con una serie de aspectos reglas normas que se dan para cumplir obligaciones e interactuar en una sociedad cuya finalidad es el vivir bien. En este derecho quienes nos hemos agrupado en la Cooperativa el Pauro centramos nuestro reclamo para ser atendidos orientados y regulados en la finalidad de tener un espacio de ahorro de financiar nuestras actividades como un derecho que nace con nuestras vidas mismas. A la cual no se nos puede negar solo por una mala interpretación o un excesivo celo o prejuicio funcionario y por no haber sido considerados en la misma igualdad de opciones sintiéndonos discriminados y hasta perseguidos por la persistencia y la forma violenta y agresiva en que hemos sido recriminados por la señora Directora.

Todo es perfectible y en nuestro caso como hemos demostrado jamás hemos cometido dolo ni hay engaño como lo ha reconocido la propia Directora y menos hay una denuncia o un reclamo al respecto.

Esta falta de información y transparencia en el procedimiento de adecuación para la incorporación de nuestra Cooperativa a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos, ha conculcado nuestros derechos al debido proceso, a la defensa y a una justicia transparente, consagrados en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado en Vigencia.

3.2. REFERENCIA NORMATIVA SOBRE COOPERATIVAS.

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Limitada se ha constituido legalmente al amparo de la normativa contendía (sic) *en la Ley General de Sociedades Cooperativas (Decreto Ley N° 5035 de 13 de septiembre de 1958). Esta norma señalaba en su artículo 4 que las sociedades cooperativas requerirán para su funcionamiento de personería jurídica. Nuestra cooperativa cuenta con personalidad jurídica reconocida por Resolución Administrativa de fecha N° 172/07, de fecha 6 de junio de 2007 dictada por el Director General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo.*

La Cooperativa de Ahorro y Crédito "El Pauro" Ltda., quedó inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas bajo el número 5599, en fecha 14 de junio de 2007.

Luego fue publicada la Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013, la misma que, según la disposición contenida en su artículo 3, se aplica a todas las cooperativas, cualquiera sea: el sector en el que desarrollan sus actividades, asociadas o asociados, y a las instituciones auxiliares del cooperativismo, en la jurisdicción territorial del Estado Plurinacional de Bolivia.

En consecuencia la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., se encuentra comprendida dentro del ámbito normativa de la Ley N° 356. La Ley 356, actualmente en vigencia, señala (sic) *en su artículo 12, lo siguiente:*

I. Las cooperativas para su funcionamiento requieren personalidad jurídica, la que tendrá vigencia a partir de la fecha en que la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas - AFCOOP, emita la respectiva Resolución e inscriba en el Registro Estatal de Cooperativas.
II. El procedimiento para la obtención de personalidad jurídica y registro será determinado a través de Decreto Supremo reglamentario.
III. Se prohíbe la transferencia a cualquier título, de las resoluciones que otorgan personalidad jurídica a las cooperativas.

En cuanto a la disolución y liquidación de las cooperativas, la Ley 356 señala:

Artículo 71. (DISOLUCIÓN).

Son causales de disolución las siguientes:

1. *Por voluntad de las dos terceras partes de sus asociadas y asociados, expresada en Asamblea General Extraordinaria.*

2. *Por disminución del número de las asociadas y los asociados a menos del mínimo establecido en la presente Ley.*

3. *Por haber concluido el objeto de la Cooperativa o imposibilidad sobreviniente.*

4. *Cuando no se cumpla el objeto para el que ha sido creada.*

5. *Cuando la cooperativa no hubiese iniciado actividades dentro del término fijado por la autorización.*

6. *Cuando el monto del Fondo Social haga imposible el normal cumplimiento de los objetivos de la Cooperativa.*

7. *Por inactividad de la Cooperativa durante dos años debidamente comprobada en los instrumentos internos y externos de la Cooperativa.*

8. *Por incumplimiento de los principios y valores del cooperativismo a ser determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas – AFCOOP.*

9. *Por decisión judicial ejecutoriada una vez agotada la vía administrativa.*

Todos los casos del presente Artículo estarán sujetos al Decreto Supremo reglamentario de la presente Ley.

Articulo 72 (LIQUIDACIÓN).

I. *En los casos expresados en el artículo precedente, se procederá a la liquidación de la cooperativa. Para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas – AFCOOP, deberá organizar la Comisión Liquidadora que estará integrada por un representante de la citada entidad y un representante nombrado por la Asamblea General Extraordinaria.*

II. *La liquidación se efectuará de acuerdo a esta Ley, su Decreto Supremo reglamentario y el estatuto orgánico, así como la legislación aplicable en los diferentes sectores regulados.*

En lo referido a la fiscalización y control de las Cooperativas, la ley 356, en su artículo 108, dispone:

I. *Se crea la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas – AFCOOP, institución pública técnica y operativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, bajo tuición del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, conforme a Decreto Supremo reglamentario.*

II. *La Autoridad de Fiscalización y Control, de Cooperativas, tiene las siguientes atribuciones:*

1. *Cumplir y hacer cumplir la presente Ley, Decreto Supremo reglamentario, así como tas normas conexas y complementarias.*

2. *Velar el cumplimiento de los principios y valores cooperativos.*

3. *Regular, fiscalizar y supervisar la gestión cooperativa en el marco de la presente Ley y Decreto Supremo reglamentario.*

4. *Supervisar la reorganización, escisión, fusión e integración cooperativa.*

5. *Fiscalizar la disolución y liquidación de las cooperativas.*

6. *Disponer acciones de intervención en los casos previstos por Ley.*

7. *Imponer y ejecutar sanciones a las cooperativas de acuerdo a la presente Ley y Decreto Supremo reglamentario.*

8. *Emitir resoluciones regulatorias y particulares.*

9. *Contribuir a la resolución de conflictos entre cooperativas así como entre sus asociados.*

10. *Administrar el Registro Estatal de Cooperativas.*

11. *Homologar los estatutos orgánicos y sus modificaciones.*

12. *Otorgar la personalidad jurídica a las cooperativas.*

13. *Revocar la personalidad jurídica de las cooperativas y cancelar su registro, de acuerdo a lo estipulado en esta Ley y su Decreto Supremo reglamentario.*

14. *Inscripción en el Registro Estatal de Cooperativas, la renovación de cada gestión de los Consejos de Administración, de Vigilancia, comités y/o comisiones elegidas en asamblea general; así como nuevas admisiones y exclusiones de las asociadas y los asociados de cooperativas, de acuerdo al Decreto Supremo reglamentario.*

15. *Registrar las memorias anuales y estados financieros, sinfines tributarios. Cuando corresponda serán estados financieros auditados de acuerdo al Decreto Supremo reglamentario.*

16. *Otras funciones y atribuciones que las disposiciones legales le confieran.*

Finalmente, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 356, señala que:

Las cooperativas que se encuentren actualmente registradas y en funcionamiento, se adecuarán a las disposiciones de esta Ley en el plazo de dos (2) años a partir de la aprobación del Decreto Supremo reglamentario; caso contrario, quedarán canceladas las autorizaciones no ratificadas y se ordenará la disolución, liquidación y extinción de tales cooperativas.

3.3. CONCLUSIÓN.

De lo expuesto en los puntos anteriores se tiene lo siguiente:

A.- *La falta de información y transparencia en el procedimiento de adecuación para la incorporación de nuestra Cooperativa a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos, ha conculcado los derechos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Limitada al debido proceso, a la defensa y a una justicia transparente, consagrados en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado en Vigencia.*

B.- *En nuestro régimen legal existe una normativa especial que regula la creación, funcionamiento y disolución de las Cooperativas. Primero las Cooperativas se encontraban reguladas por la normativa contenida en la Ley General de Sociedades Cooperativas (Decreto Ley N° 5035 de 13 de septiembre de 1958), y luego quedaron reguladas por la normativa contenida en la Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013, en actual vigencia.*

C.- *Las cooperativas que fueron constituidas de acuerdo con la normativa contenida en la Ley General de Sociedades Cooperativas (Decreto Ley N° 5035 de 13 de septiembre de 1958), se encuentran plenamente reconocidas por la normativa contenida en la Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013, en actual vigencia, y, según la Disposición Transitoria Primera de esta ley, tienen el plazo de dos años, a partir de la aprobación del Decreto Supremo Reglamentario (que aún no fue aprobado), para adecuarse a las disposiciones de la normativa vigente.*

D.- *La disolución de las sociedades cooperativas sólo se produce por las causales mencionadas en el artículo 71 de la Ley 356 y para su liquidación se organizará una comisión liquidadora organizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas – AFCOOP. Por tanto resulta completamente claro que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) no tiene las atribuciones como para "disponer el cese inmediato de las operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Paúro* (sic)*" Ltda., y proceder a su cierre ordenado...", tal como lo hace por medio del punto resolutivo Segundo de la Resolución ASFI N° 430/2012, pues esto significa, en buenas cuentas, la disolución de la Cooperativa. Lo máximo que podría hacer la Autoridad de Supervisión del sistema Financiero (ASFI) es desestimar el proceso de incorporación de la Cooperativa al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y entidades Financieras por no cumplir a cabalidad con los requintos exigidos, pero nunca podrá disponer una virtual disolución de la*

Cooperativa, pues esta disolución se da dentro del marco de la normativa vigente contenida en la ley N° 356. Nosotros entendemos que inclusive podríamos intentar nuevamente la incorporación de la Cooperativa al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y entidades Financieras, superando las observaciones que hubieran y que en este caso no nos fueron comunicadas en forma oportuna.

E.- *Una nueva ley abroga o deroga las normas anteriores de igual o menor jerarquía que estuvieran en contradicción con ella, salvo las excepciones contenidas en la propia ley, por lo que la Ley de Cooperativas N° 356 de 10 de abril de 2013, ha derogado cualquier otra norma que estuviera en contradicción con ella, por tanto es de aplicación obligatoria.*

4.- PERJUICIOS QUE LA RESOLUCIÓN QUE SE IMPUGA OCASIONA A NUESTROS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS.

La Resolución ASFI N° 430/2013, de fecha 12 de julio de 2013, que impugnamos a través de este escrito, nos causa grave perjuicio ya que, por un lado desestima de forma apresurada e incongruente el proceso de incorporación de nuestra Cooperativa al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, y por otro lado, dispone un cese y cierre de nuestras operaciones que va mas allá de las atribuciones de la ASFI.

5.- PRUEBAS QUE TIENEN RELACIÓN DIRECTA CON LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

Las pruebas que tienen relación directa con la Resolución Impugnada se encuentran dentro del expediente del procedimiento administrativo de incorporación de nuestra Cooperativa al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

6. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO Y PETITORIO.

En mérito a lo expuesto en los puntos anteriores, con base en lo dispuesto por los artículos 64 y 65 de la Ley de Procedimientos Administrativos (sic), *artículos 36, 37, 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y dentro del plazo establecido por el artículo 48 de éste Decreto Supremo, en representación de mi mandante, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Limitada, interpongo RECURSO DE REVOCATORIA en contra de la Resolución ASFI N° 430/2013, de fecha 12 de julio de 2013, dictada por la señora Lenny T. Valdivia Bautista dentro del proceso adecuación para la incorporación a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos y pido que se deje sin efecto la resolución recurrida y se disponga que se efectúe un nuevo análisis de los antecedentes del proceso dando oportunidad a que nuestra Cooperativa pueda subsanar las observaciones que se efectuaron…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 537/2013 DE 30 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013**,** la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "***CONFIRMAR*** *en todas sus partes la Resolución*

Administrativa ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013", además de disponer que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** "*debe dar cumplimiento al registro contable de los ajustes determinados en la Resolución ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013, bajo responsabilidad de sus Consejeros y Gerente General*".

Los fundamentos a tal decisión son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, dispone la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal, al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Que, el artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, modificado por el artículo 3 de la Ley N° 3892, establece que: "Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito societarias abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades."

Que, el numeral 1), artículo 3, Sección 4 del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Capítulo IV del Título IV, Libro 1°, señala que se desestimará la continuidad del proceso de incorporación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria al ámbito de aplicación de Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando la situación financiera comprometa la solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa de la entidad, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles.

Que, el numeral 3, artículo 6, Sección I, del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, otorga a este ente regulador atribuciones para emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de las cooperativas de ahorro y crédito societarias en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios.

Que, el Anexo 9 del Libro 1°, Título I, Capítulo III, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, precisa:

"1) Se entenderá como viabilidad financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo mediante una suficiente generación de ingresos financieros. Es decir, no exponer y hacer uso de los recursos de sus socios para gastos corrientes, poniendo en riesgo la devolución de estos.

2) La viabilidad financiera también se evaluará en función a criterios técnicos que establezcan si la CAC Societaria puede prevalecer en el tiempo, que incluyan solvencia, liquidez, generación de recursos y estructura financiera."

CONSIDERANDO:

Que, respecto a los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente en el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 430/2013, el Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-121206/2013 de 14 de agosto de 2013 refiere:

II. ANÁLISIS DE LA REVOCATORIA

De la evaluación de la fundamentación del recurso de revocatoria presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda. en lo que se refiere al análisis técnico y la referencia normativa sobre cooperativas, se establece que los argumentos expuestos en el memorial de 31 de julio de 2013, no consideran los fundamentos a los que se hace referencia en la Resolución Administrativa ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013.

En este sentido, si bien el proceso administrativo, no versa sobre dichos actuados, cabe precisar las siguientes puntualizaciones:

El Instrumento N° 2519/2013, referente a un poder otorgado a Cindy Paola Camacho Cortez por el ex Gerente General Omar Hermilio Rojas Portocarrero, ante la Notaria de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, en fecha 31 de julio de 2013, fue otorgado en función al Poder N° 052/2009 de 24 de enero de 2009, que se ha extinguido por cumplimiento del mandato según señala el artículo 827 del Código Civil, ya que a la fecha de otorgación del primer poder el señor Rojas ya no fungía en el cargo de Gerente General.

3.1. ANÁLISIS TÉCNICO (…)

…es prudente considerar que el objetivo de la actividad regulatoria a las entidades financieras, no se enmarca al tipo de entidad de la que se trate, sino a la actividad que realizan sin importar su esencia, es decir al margen de las consideraciones en sentido que si persiguen o no fines lucrativos; es en este sentido que en (sic) *artículo 331 de la Constitución Política del Estado dispone que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada al manejo y aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, nótese que esta consideración de*

orden constitucional se refiere a la actividad y no a quien la ejerce.

En el mismo sentido anterior, el artículo 2 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), manifiesta: "Las actividades de intermediación financiera y de prestación de servicios auxiliares financieros se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la presente ley, con el propósito de precautelar el orden financiero nacional y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo. Las entidades que realizan estas actividades, quedan comprendidas dentro del ámbito de su aplicación." El contenido de esta norma también hace referencia específica a la actividad realizada y establece que el propósito de la Ley es precautelar el orden financiero y promover un sistema sólido, confiable y competitivo, haciendo total abstracción del tipo de entidad de la se trate.

Es por las consideraciones precedentemente expuestas que las labores fiscalizadoras de este Órgano Regulador, se sustentan en el contexto de la ley y la norma reglamentaria, prescindiendo de consideraciones subjetivas que se encuentren al margen de la normativa vigente.

Con referencia al hecho que la Cooperativa habría presentado en fecha 22 de mayo de 2012 el Plan de Adecuación, sin que esta Autoridad de Supervisión hubiese respondido al mismo, (…)

Al respecto, con carta ASFI/DSR IV/R-71660/2012 de 13 de junio de 2012, esta Autoridad de Supervisión ratificó la determinación comunicada a través de la carta ASFI/DSR IV/R-63641/2011 de 24 de junio de 2011, que señala:

1. *Suspender toda captación de ahorro de sus socios y mantener sólo el personal necesario para la recuperación de la cartera de créditos.*

2. *Remitir una copia legalizada del Acta de sesión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, donde se evidencie que se tomó conocimiento en detalle del Informe de Inspección, así como convocar a Asamblea General Extraordinaria a objeto de tratar su disolución voluntaria, conforme lo establecido en el inciso c), artículo 101 de la Ley General de Sociedades Cooperativas (vigente al momento de su consideración), al haber desaparecido el objeto de la Cooperativa, ratificando lo dispuesto en carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010.*

En este contexto, se evidencia que lo manifestado por la Cooperativa, en el sentido de que no se ha dado respuesta a su nota, adjunta a la cual se envía el Plan de Emergencia no es evidente; asimismo, dados los resultados de las inspecciones plasmadas en los Informes ASFI/DSR 4/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010 y ASFI/DSR IV/R-49748/2011 de 13 de mayo de 2011, que determinaban una delicada situación económica y financiera, no era viable ningún plan.

Asimismo, la Cooperativa manifiesta no haber tenido conocimiento alguno

respecto a su ingreso o no al proceso de adecuación, (…)

Al respecto, la Cooperativa, mediante cartas de 3 de noviembre 2010, 25 de febrero 2011, N° 01/12 de 22 de mayo 2012, asume claramente que se encuentra dentro del proceso de adecuación a la regulación. Asimismo, los documentos emitidos por esta Autoridad de Supervisión especifican claramente que la entidad se encuentra en curso de dicho proceso: INFORME/ASFI/DSR4/R- 36597/2010 de 18 de abril de 2010, el punto I INTRODUCCIÓN especifica claramente que la entidad se encuentra en la FASE I del proceso de adecuación, la carta ASFI/DSR IV/R-29527/2011 de 16 de marzo 2011 advierte a la Cooperativa que la crítica situación financiera, el incumplimiento a disposiciones vigentes y la falta de transparencia de información, pone en riesgo su continuidad en el Proceso. La carta ASFI/DSR IV/ R-44879/2011 de 28 de abril de 2011, solicita información para realizar una Inspección de Seguimiento a la entidad en proceso de adecuación, con el propósito de evaluar su incorporación a la regulación.

Asimismo, de la revisión de la documentación que se adjunta al memorial de Revocatoria, se evidencia que las copias legalizadas de actas de Asamblea General Extraordinaria de socios realizada en fechas 9 y 18 de mayo de 2012 se incluye en el orden del día la lectura y consideración del Plan de Emergencia para el cumplimiento de observaciones de ASFI y "concluir la Fase 1 del Proceso de Adecuación". Por lo tanto no puede aducir desconocimiento de su situación dentro del mencionado proceso, de lo que se infiere que las apreciaciones vertidas y la interpretación realizada por la Entidad recurrente, no son evidentes ni valederos.

3.2. REFERENCIA NORMATIVA SOBRE COOPERATIVAS (…)

Realizado el análisis de la interpretación de la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, que hace la Cooperativa recurrente, se establece que la disposición legal a la que se hace referencia, es una ley única aplicable al sistema cooperativo, es decir a las distintas clases de cooperativas agrupadas por sectores.

En este sentido, el artículo 3 establece que la aplicación de la Ley, será sobre todo tipo de cooperativas, en las que se realizará una supervisión y fiscalización como señala el artículo 1. Al respecto, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, establece que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de lo que se establece que por mandato constitucional, las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas y Societarias, al realizar actividades de intermediación financiera, deben estar supervisadas y fiscalizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que es concordante con lo señalado en el artículo 95 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras que no admite supervisión complementaria o concurrente.

Por los principios de jerarquía normativa y primacía constitucional, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es la única entidad del estado (sic) *que puede regular y supervisar entidades financieras.*

3.3. CONCLUSIÓN

De la exposición de las conclusiones realizadas por la Cooperativa, se establece:

Punto A.- (…)

Las aseveraciones que hace la Cooperativa recurrente ante una supuesta falta de información y transparencia en el procedimiento de adecuación, son de carácter subjetivo, debido a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en aplicación a las facultades delegadas por el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras ha elaborado la reglamentación correspondiente, estableciendo las modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, plazos, limitaciones y prohibiciones, la obtención de las respectivas licencias de funcionamiento, etc.", misma que se encuentra en la página web asfi.gob.bo donde además entre las cooperativas en proceso de adecuación figura la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., constituyéndose en información pública, además la misma cooperativa ha reconocido en diversas notas y actas enviadas a este Órgano de Supervisión, las que ya fueron objeto de análisis, el encontrarse en proceso de adecuación, en tal razón a momento de la emisión de la Resolución ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013 cursaban la Fase I de la Etapa 1.

Punto B.- (…) ***Punto C.-*** (…)

En relación a los puntos B y C del memorial de revocatoria, cabe señalar que la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al tener un carácter especial, es de aplicación preferente. El Decreto Ley N° 5035 de 13 de septiembre de 1958 y la Ley N° 356 de 11 de abril de 2013, tienen condición de norma general, por lo que es aplicable al sistema cooperativo en su conjunto. Por lo que la entidad incurre en error al manifestar que existe una "…normativa especial que regula la creación, funcionamiento y disolución de las Cooperativas".

En este sentido, la Disposición Transitoria Primera de la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, no se aplica a las cooperativas de ahorro y crédito societarias, porque el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras es clara al señalar que estas quedaron incorporadas al ámbito de supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Punto D.- (…) ***Punto E.-*** (…)

Con referencia a los puntos D y E, del memorial de revocatoria, del análisis del parágrafo II., del artículo 72 de la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, se puede establecer que la liquidación se efectuara de acuerdo

a la legislación aplicable en los sectores regulados.

En este sentido, la Constitución Política del Estado Plurinacional establece en su artículo 331, que la actividades de intermediación financiera son de interés público y solo pueden realizarse previa autorización. Asimismo, el artículo 332 de la misma disposición señala que las entidades financieras están reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras.

Asimismo, en el marco de las atribuciones y competencias atribuidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y en aplicación del artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, cumpliendo el mandato de regulación, se ha elaborado normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB N° 264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI N° 412/09 de 23 de noviembre de 2009, ASFI N° 157/10 de 22 de febrero de 2010, ASFI N° 233/12 de 12 de junio de 2012 referentes al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito y la Resolución ASFI N° 426/2012 de 29 de agosto de 2012 relativa al Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin Licencia de Funcionamiento, las que han quedado firmes en sede administrativa.

Es así que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha cumplido con el procedimiento legalmente establecido y ha actuado conforme a derecho al desestimar la continuidad del proceso de incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., al concurrir la causal señalada en el numeral 1) del artículo 3, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin Licencia de Funcionamiento, mediante resolución ASFI N° 430 de 12 de julio de 2013.

Complementariamente, el cierre ordenado y el cese de operaciones, tiene por finalidad la ejecución de la no continuidad del proceso de adecuación.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-116974/2013 de 21 de agosto de 2013, en lo referente a los fundamentos de orden legal expuestos por la entidad, manifiesta:

1. *A excepción de las fotocopias de las actas de reunión de fechas 9 de mayo de 2012 y 18 de mayo de 2012, la prueba referida en el Otrosí 1 del memorial presentado en fecha 1 de agosto de 2013 por la Cooperativa El Pauro Ltda. es irrelevante a los efectos de fundamentar la impugnación contra la Resolución ASFI*

N° 430/2013, toda vez que el acto administrativo dispuso desestimar su continuidad del proceso de incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el cese inmediato de las operaciones de la Cooperativa y el cierre ordenado en el marco de las disposiciones vigentes y su Estatuto Orgánico.

La decisión de orden administrativo dispuesta en la resolución recurrida, no está fundamentada en aspectos que cuestionen la existencia o constitución de la Cooperativa, la misma se sustenta en la inviabilidad financiera de la entidad determinada principalmente en base a los informes referidos a las inspecciones realizadas por esta Autoridad de Supervisión, los estados financieros presentados por la entidad e informes de auditoría, por tanto sólo corresponde considerar como elementos de prueba a las actas de reuniones referidas precedentemente.

2. *Los fundamentos de impugnación a la Resolución ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013, esgrimidos por la Cooperativa en el memorial de 1 de agosto de 2013, no versan sobre las circunstancias de orden fáctico y legal que motivaron la disposición establecida en la Resolución ASFI 430/2013 de 12 de julio de 2013* (…)

…la entidad observa que no se haya dado viabilidad al Plan de Emergencia aprobado por los Consejos y la Asamblea, cuestiona la competencia de ASFI para emitir la Resolución impugnada, alegan sobre el alcance de la Ley General de Cooperativas N° 356 y la competencia de ASFI para disponer la disolución de una cooperativa de ahorro y crédito bajo su supervisión, sin embargo nada dicen sobre los motivos que originaron la determinación de la Resolución ASFI N° 430/2013, que fueron su insolvencia, insostenibilidad e inviabilidad financiera.

3. (…) *cabe indicar que no se puede identificar cual es la certificación de fecha 11 de junio de 2012 referida por la Cooperativa en su memorial, pero en apego al principio de verdad material que rige en el Derecho Administrativo, de la documentación que cursa en archivos de ASFI, se tiene la Carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010, notificada a la entidad en fecha 29 de junio de 2010, de la que cabe resaltar lo siguiente:*

a) La página dos expresa: "Por consiguiente, al no demostrar viabilidad financiera que le permita ***ingresar*** *al Proceso de Adecuación de ASFI, y en resguardo de los depósitos de sus socios…"*

b) El rotulado asienta: "Señor
Hernán Camacho Cuellar
PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN
COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA
"EL PAURO" LTDA. ***(FASE I)***
Santa Cruz"

De lo anterior, se advierten dos elementos relevantes; el primero, que evidentemente se expresa equivocadamente que la entidad no demostró

*viabilidad financiera que le permita "**ingresar** al proceso de adecuación de ASFI", debiendo ser que la entidad no demostró viabilidad financiera que le permita "**continuar** con el proceso de adecuación…" y el segundo, que el rotulado expresa claramente que la entidad se encuentra en la Fase I del proceso de adecuación.*

Ahora bien, mediante Carta ASFI/DSR 4/R-69960/2009 de 22 de diciembre de 2009, recibida por la Cooperativa en fecha 3 de enero de 2010, se comunica a la Cooperativa lo siguiente: "Acuso recibo de su carta de fecha 2 de diciembre de 2009, adjunto a la cual remite el Informe de Resultados sobre el Diagnóstico de los requisitos operativos y documentales establecidos en la Circular SB/0588/2008 de 14 de octubre de 2008, realizado por la Consultora AUDINACOS.R.L."

En fecha 2 de diciembre de 2009, estuvo vigente el Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado mediante Resolución SB N° 0198/2008 de 14 de octubre de 2008, publicado mediante Circular SB 0588/2008 de 14 de octubre de 2008 y actualizado mediante Resolución ASFI N° 412/2009 de 23 de noviembre de 2009, inmerso en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Título I, Capítulo III, (conforme a la estructura vigente en ese momento);dicho reglamento establecía en el artículo 3 de la Sección I, lo siguiente:

*"**Proceso de Incorporación de CAC Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.-** La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*

***Etapa 1.** Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI." (El subrayado es nuestro)*

Por otra parte, en la Sección 2 del mismo reglamento también estableció:

*"**Artículo 1.- Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación.-** La CAC Societaria, que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: Diagnóstico de Requisitos
Fase II: Elaboración del Plan de Acción
Fase III: Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación

***Artículo 2.- Fase I: Diagnóstico de Requisitos.-** La CAC Societaria debe contratar en el plazo máximo de treinta (30) días a partir de la emisión del presente Reglamento a la Firma inscrita en el registro de Firmas de Auditoría Externa autorizada para entidades de intermediación financiera de ASFI, para que*

efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria para cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo I del presente Reglamento.

Artículo 3.- Fase II: Elaboración del Plan de Acción.- *La CAC Societaria en base al diagnóstico realizado por la Firma de Auditoria* (sic) *Externa, debe elaborar un Plan de Acción…"*

De lo anterior, en el marco del Reglamento de Cooperativas de Ahorro y Crédito vigente al 2 de diciembre de 2009, se establece lo siguiente:

a. *El ingreso de las cooperativas societarias al ámbito de regulación de ASFI, estuvo sujeto a un proceso dividido en dos etapas, la primera que se inició con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y la segunda con la obtención del Certificado de Adecuación.*

b. *La Etapa 1, comprende tres fases; la Fase I se inicia con la elaboración del diagnóstico efectuado por una firma de auditoría externa con el objeto de que ASFI evalúe la capacidad de la cooperativa societaria para el cumplimiento de los requisitos operativos y legales establecidos en el Anexo I del Reglamento.*

c. *Es decir que el proceso de adecuación para el ingreso de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria El Pauro Ltda. al ámbito de regulación se inició con la promulgación de la Ley N° 3892 (Etapa 1) y el proceso para la obtención del Certificado de Adecuación (Fase I), con la carta de fecha 2 de diciembre de 2009 adjunto a la cual remite el Informe de Resultados sobre el Diagnóstico de los requisitos operativos y documentales realizado por la Firma AUDINACO S.R.L.*

Todo lo anterior conlleva a concluir que la Cooperativa no revisó suficientemente la norma reglamentaria para establecer si estuvo o no en el proceso de adecuación.

Además de lo anterior y en lo concerniente al argumento que nunca tuvieron respuesta sobre el plan de adecuación, se hace referencia a la siguiente correspondencia y otra documentación:

- *Mediante carta de fecha 3 de noviembre de 2010, la Cooperativa comunica que "está haciendo gestiones en la ciudad de La Paz para cumplir con todos los requerimientos de adecuación".*

- *En la carta de 25 de febrero de 2011, presentada por la Cooperativa a ASFI en 28 de febrero de 2011, señala en la referencia:*

  "Del proceso de Adecuación de la Cooperativa
  Su Nota ASFI/DSR IV/R-17984/2011 de fecha 15 de febrero de 2011
  Su Nota ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de fecha 23 de junio de 2010

La Nota INFORME/ASFI/DSR4/R-36597/2010 de fecha 18 de Abril de 2010"

En el cuerpo de la misma carta, expresa: ***"...la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Carácter Comunal "El Pauro" SRL, se ha determinado continuar con el proceso de adecuación iniciado****".*

- *Mediante carta ASFI/DSR IV/R-29527/2011 de 16 de marzo de 2011, recibida por la Cooperativa en fecha 21 de marzo de 2011, esta Autoridad de Supervisión comunicó textualmente lo siguiente:*

  "Al respecto, cabe resaltar que el Informe de Inspección mencionado precedentemente, determinó entre sus puntos principales una crítica situación financiera y patrimonial de la entidad, incumplimiento de las disposiciones vigentes y falta de transparencia de la información financiera, poniendo en riesgo su continuidad en el Proceso.

  En consecuencia, la disposición asumida por la Cooperativa para poder continuar en el Proceso de Adecuación y las medidas correctivas efectuadas requieren estar documentadas, debiendo ser remitidas a esta Autoridad de Supervisión hasta el 4 de abril de 2011 para su evaluación correspondiente…"

- *El Acta notariada de la Reunión Conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia realizada en fecha 9 de mayo de 2012, adjuntada por la Cooperativa a su memorial de recurso de revocatoria presentado a ASFI el 1 de agosto de 2013, manifiesta:*

  "Punto 2: Lectura y consideración del PLAN DE EMERGENCIA para el cumplimiento de las observaciones de ASFI y concluir la Fase I del Proceso de Adecuación.

  El Presidente solicitó a la Secretaria que se de lectura en detalle al Plan de Emergencia elaborado para ser enviado a ASFI, con el fin de continuar con el Proceso de Adecuación de la Cooperativa a la regulación de ASFI."

- *Finalmente, del Acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., realizada en fecha 18 de mayo de 2012, documento también presentado por la entidad en calidad de prueba en su memorial de impugnación, se lee lo siguiente:*

  "ORDEN DEL DÍA.
  3. Consideración del PLAN DE EMERGENCIA para resolver las observaciones de ASFI y concluir la Fase I del Proceso de Adecuación.
  El Presidente dio lectura al siguiente informe:
  INFORME DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN
  Señores Socios:
  Dando cumplimiento a la Resolución de la Asamblea General Extraordinaria de Socios de la Cooperativa realizada en fecha 20 de abril de 2012, en reunión

conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia de la Cooperativa, realizada en fecha 09 de mayo de 2012, consideraron y aprobaron el PLAN DE EMERGENCIA requerido, documento que expone la ESTRATEGIA DE ADECUACIÓN para resolver las observaciones de ASFI en su Informe de Seguimiento de Inspección de fecha 31 de marzo de 2011, estrategia que tiene el detalle de las actividades a realizar, designación de los responsables y la determinación de los plazos de su ejecución.
Aprobada la Estrategia de Adecuación que se menciona, concluye la FASE I dl (sic) *PROCESO DE ADECUACIÓN establecido en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobado por ASFI.*
Concluida la FASE I, se inicia la FASE II con la aprobación, por parte de ASFI, del PLAN DE ACCIÓN que será elaborado sobre la base del Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales emitido por el Auditor Independiente AUDINACOS.R.L…"

Por todo lo anterior, queda plenamente demostrado que no es cierto que la determinación establecida en la Resolución ASFI N° 430/2013 haya sido dispuesta sin que la Cooperativa sepa de su situación dentro del proceso de adecuación.

4. *La Cooperativa observa la capacidad del Ente Regulador para disponer su disolución y liquidación, alegando que esas atribuciones son competencia de la futura Autoridad de Control de Cooperativas AFCOOP, ente creado mediante la Ley N° 356, ente aún inexistente en el ámbito de la actividad fiscalización y Ley que aún no cuenta con reglamentación para su aplicabilidad.*

Pero más allá de eso, es claro que la Resolución ASFI N° 430/2013 no dispone la liquidación de la Cooperativa; si bien desestimar la continuidad del proceso de adecuación representa una causal para la liquidación forzosa de una cooperativa societaria, tal como lo establece el numeral 2), artículo 1, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, esta determinación debe ser expresa y no implícita como interpreta la entidad recurrente.

5. *Las disposiciones de la Resolución ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013, se adecúan a lo establecido en el numeral 2), artículo 1, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el numeral 1) artículo 3, de la misma Sección 4, por tanto no se ha vulnerado ninguna disposición legal respecto a las atribuciones de ASFI para disponer la suspensión de la continuidad del proceso de incorporación a la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) de la Cooperativa El Pauro Ltda. y tampoco sobre el cese de operaciones de la misma entidad.*

6. *De acuerdo al artículo 332, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.*

El artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

El artículo 92 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuará el control de las actividades de las entidades financieras con arreglo a la misma Ley y normas reglamentarias.

De acuerdo a la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la cooperativas de ahorro y crédito societarias han sido incorporadas al ámbito de supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, teniendo esta Autoridad la atribución plena de emitir la reglamentación necesaria respecto al proceso de adecuación al ámbito de regulación.

Considerando la vigencia de la normativa precedentemente citada, es la normativa especializada la que rige el control del sistema financiero y no la normativa general señalada por la entidad recurrente.

CONSIDERANDO (…)

Que, los argumentos expuestos por la Cooperativa El Pauro Ltda. no han desvirtuado los fundamentos de la Resolución ASFI N° 430/2013 de 12 de julio de 2013 en base a los cuales se determinó desestimar su continuidad en el proceso de adecuación y el cese inmediato de operaciones de la referida entidad…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 18 de septiembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 537/2013 de 30 de agosto de 2013, expresando los alegatos siguientes:

"…**2.- *<u>FUNDAMENTACION DEL RECURSO</u>*.**

En el recurso de revocatoria que interpusimos en contra de la Resolución 430/2013, de 12 de julio de 2013, hacíamos referencia a que en cumplimiento de las normas establecidas por la propia ASFI nos hemos sometido al proceso de adecuación de las cooperativas y que hicimos llegar la solicitud correspondiente, la misma que mediante acta de la reunión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia de fecha 9 de mayo de 2012 y reiterado en asamblea general de socios de fecha 18 de Mayo del 2012 se aprobó el plan de adecuación, con la voluntad indeclinable de corregir las observaciones y todo lo que fuera necesario para impulsar el reordenamiento sugerido, y que lamentablemente después de la presentación no se nos respondió a nuestra propuesta de adecuación. Es decir que hasta el momento de

ser notificados con su conminatoria de cierre ordenado por Resolución ASFI N° 430/2013, dictada en fecha 12 de julio de 2013, ***nunca se nos ha respondido acerca de este plan ni se nos ha dicho que falencias existían o que modificaciones deberíamos hacer, simplemente nos han ignorado y nos han quitado la posibilidad de conocer las observaciones al plan de adecuación****.*

También hacíamos mención a que pese a que hemos seguido las instrucciones de la ASFI no se nos ha otorgado la oportunidad para reparar todas las observaciones mediante un plan integral establecido por las disposiciones vigentes para adecuarnos a su control, y que con certeza este hecho nos ha perjudicado e impedido de emprender con este procedimiento, por lo cual reclamamos tener esa opción y de esta manera atender las preocupaciones emitidas en sus informes para reencaminar nuestras actividades. Por tanto, indicábamos que falta de información y transparencia en el procedimiento de adecuación para la incorporación de nuestra Cooperativa a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos, ha conculcado nuestros derechos al debido proceso, a la defensa y a una justicia transparente, consagrados por la normativa contenida en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado en Vigencia.

La Resolución ASFI 537/2013, al resolver el recurso de revocatoria, NO ABORDA EL TEMA ESPECIFICO RECLAMADO EN ESTE RECURSO, referido a la falta de respuesta de la ASFI acerca de nuestro plan de adecuación ya la falta de comunicación sobre las falencias que existían o que modificaciones deberíamos hacer, simplemente nos han ignorado y nos han quitado la posibilidad de conocer las observaciones al plan de adecuación.

Por tanto en la Resolución ASFI 537/2013, no se aborda el punto principal que constituye la base de nuestra impugnación.

Al respecto el artículo 17, parágrafo II del Decreto 27175 de 15 de septiembre de 2.003, señala en su inciso d) que la Resolución debe contener los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y la respaldan.

En este caso la resolución 537/2013, no contiene la fundamentación de hecho y de derecho con relación al argumento expuesto en nuestra impugnación.

En otro punto de nuestro recurso de revocatoria hacíamos notar que fue publicada la Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013, la misma que, según la disposición contenida en su artículo 3, se aplica a todas las cooperativas, cualquiera sea: el sector en el que desarrollan sus actividades, asociadas o asociados, y a las instituciones auxiliares del cooperativismo, en la jurisdicción territorial del Estado Plurinacional de Bolivia y que en consecuencia la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., se encuentra comprendida dentro del ámbito normativa de la Ley N° 356 en cuanto a su reconocimiento, funcionamiento y disolución, pues se trata de una ley especial con relación a estas organizaciones y que siendo que esta norma deja sin efecto cualquier norma contraria a las disposiciones de la misma, es de aplicación preferente.

En la Resolución 537/2013, al abordarse este tema se menciona que: "...En relación a los puntos B y C del memorial de revocatoria, cabe señalar que la Ley de Bancos y Entidades Financieras al tener un carácter especial, es de aplicación preferente. El Decreto ley N° 5035 de 13 e septiembre de 1958 y la Ley N° 356 de 11 de abril de 2013, tienen condición de norma general, por lo que es aplicable al sistema cooperativo en su conjunto. Por lo que la entidad incurre en error al manifestar que existe una "...normativa especial que regula la creación funcionamiento y disolución de las Cooperativas".

Por nuestra parte insistimos en que la Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013, es una ley especial, pues, como se menciona en la disposición contenida en su artículo 3, se aplica a todas las cooperativas, cualquiera sea: el sector en el que desarrollan sus actividades, asociadas o asociados, y a las instituciones auxiliares del cooperativismo, en la jurisdicción territorial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Por tanto la ASFI insiste en aplicar una normativa que fue derogada o abrogada, según los casos por la ley 353, lo cual conculca también nuestros derechos al debido proceso, a la defensa y a una justicia transparente, referidos en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado en Vigencia.

3.- PRUEBAS QUE TIENEN RELACIÓN DIRECTA CON LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

Las pruebas que tienen relación directa con la Resolución Impugnada se encuentran dentro del expediente del procedimiento administrativo de incorporación de nuestra Cooperativa al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO Y PETITORIO.

En mérito a lo expuesto en los puntos anteriores, con base en lo dispuesto por los artículos 66 y 67 y 68 de la Ley de Procedimientos Administrativos y artículos 36, 37, 44, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y dentro del plazo establecido por ésta norma, en representación de mi mandante, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Limitada, interpongo RECURSO JERÁRQUICO en contra de la Resolución ASFI N° 537/2013, de fecha 30 de agosto de 2013, dictada por la señora Lenny T. Valdivia Bautista dentro del proceso adecuación para la incorporación a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos y pido que la autoridad superior en grado deje sin efecto la resolución recurrida y se pronuncie sobre el fondo…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme sale de la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, "*mediante nota de 13 de marzo de 2009, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., manifiesta su intención de "iniciar el Proceso de Adecuación para la incorporación a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos" conforme a lo dispuesto en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008*".

Emergente de ello, se sustanciaron la serie de trámites y requerimientos que detalla la misma Resolución, para en definitiva, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncie mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013, por la que se desestima "*la continuidad del proceso de incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., al concurrir la causal señalada en el numeral 1) del Artículo 3, Sección 4, Capítulo VI, Título IV, Libro 1° del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento*" (esta es, "*que la situación financiera de la entidad comprometa su solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles*"), además de disponer el cese inmediato de las operaciones de la misma, y su cierre ordenado, conforme a los fundamentos que de la misma salen.

Toda vez que tal determinación dio lugar a su impugnación por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, y a su confirmación -en Recurso de Revocatoria- mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, contra esta última se ha interpuesto el Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, se tiene presente que, conforme a lo establecido por el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*", aclaración pertinente por cuanto, conforme se establece infra, **los argumentos expuestos por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA en su Recurso Jerárquico, se limitan a cuestiones meramente adjetivas, en tanto se refieren a controversias emergentes del pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, y por tanto, no hacen a cuestiones sustanciales que tengan que ver con su calidad de una cooperativa societaria en su relación para con el Ente Regulador, ahora recurrido**.

Por ello, se establece que son dos las controversias concretas que hacen al Recurso Jerárquico de 18 de septiembre de 2013, las que pasan a analizarse a continuación.

2.1. Acerca de la falta de consideración y fundamentación a las controversias específicas planteadas en el Recurso de Revocatoria.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** alega que la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, correspondiente a su Recurso de Revocatoria dentro del caso de autos, "*NO ABORDA EL TEMA ESPECÍFICO RECLAMADO EN ESTE RECURSO, referido a la falta de respuesta de la ASFI*", y que "*no contiene la fundamentación de hecho y de derecho con relación al argumento expuesto en nuestra impugnación*", referido todo esto a dos alegatos concretos:

- La inexistencia de respuesta a su plan de adecuación, "*ni se nos ha dicho que falencias existían o que modificaciones deberíamos hacer, simplemente nos han ignorado y nos han quitado la posibilidad de conocer las observaciones al plan de adecuación*".

- Pese a haber seguido las instrucciones de la ASFI "*no se nos ha otorgado la oportunidad para reparar todas las observaciones mediante un plan integral establecido por las disposiciones vigentes para adecuarnos a su control*…"

Esto en relación a lo señalado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 1º de agosto de 2013, conforme a la siguiente transcripción de sus párrafos pertinentes:

> "*…mediante acta de la reunión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia de fecha 9 de mayo de 2012 y reiterado en asamblea general de socios de fecha 18 de Mayo del 2012 se aprobó el plan de adecuación, el que hemos presentado en 22 de mayo del 2012 con la voluntad indeclinable de corregir las observaciones y todo lo que fuera necesario para impulsar el reordenamiento sugerido por ustedes. Lamentablemente después de la presentación únicamente hasta el momento de ser notificados con su conminatoria de cierre ordenado por Resolución ASFI N° 430/2013, dictada en fecha 12 de julio de 2013, nunca se nos ha respondido acerca de este plan ni se nos ha dicho que falencias existían o que modificaciones deberíamos hacer* (…)
>
> *…creemos que no se nos ha otorgado la oportunidad para reparar todas las observaciones mediante un plan integral establecido por las disposiciones vigentes para adecuarnos a su control.*
>
> *Con certeza que este hecho nos ha perjudicado e impedido de emprender con este procedimiento, por lo cual reclamamos tener esa opción y de esta manera atender las preocupaciones emitidas en sus informes para reencaminar nuestras actividades*…"

De ello, el actual Recurso Jerárquico concluye que:

"…*una falta de información y transparencia en el procedimiento de adecuación para la incorporación de nuestra Cooperativa a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos, ha conculcado nuestros derechos al debido proceso, a la defensa y a una justicia transparente*".

Tal extremo compele a la compulsa de tales alegatos con la posición expuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la -ahora y en su sentido adjetivo- controvertida Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, de la que por ello, se extractan las partes pertinentes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Con referencia al hecho que la Cooperativa habría presentado en fecha 22 de mayo de 2012 el Plan de Adecuación, sin que esta Autoridad de Supervisión hubiese respondido al mismo, (…)

Al respecto, con carta ASFI/DSR IV/R-71660/2012 de 13 de junio de 2012, esta Autoridad de Supervisión ratificó la determinación comunicada a través de la carta ASFI/DSR IV/R-63641/2011 de 24 de junio de 2011, que señala:

1. *Suspender toda captación de ahorro de sus socios y mantener sólo el personal necesario para la recuperación de la cartera de créditos.*

2. *Remitir una copia legalizada del Acta de sesión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, donde se evidencie que se tomó conocimiento en detalle del Informe de Inspección, así como convocar a Asamblea General Extraordinaria a objeto de tratar su disolución voluntaria, conforme lo establecido en el inciso c), artículo 101 de la Ley General de Sociedades Cooperativas (vigente al momento de su consideración), al haber desaparecido el objeto de la Cooperativa, ratificando lo dispuesto en carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010.*

En este contexto, se evidencia que lo manifestado por la Cooperativa, en el sentido de que no se ha dado respuesta a su nota, adjunta a la cual se envía el Plan de Emergencia no es evidente; asimismo, dados los resultados de las inspecciones plasmadas en los Informes ASFI/DSR 4/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010 y ASFI/DSR IV/R-49748/2011 de 13 de mayo de 2011, que determinaban una delicada situación económica y financiera, no era viable ningún plan…"

Es de hacer notar que, pese a la mención de las notas ASFI/DSR IV/R-71660/2012 de 13 de junio de 2012, y ASFI/DSR IV/R-63641/2011 de 24 de junio de 2011, dirigidas a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, que se realiza en la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, la recuente no hace siquiera mención a las mismas, prefiriendo obviarlas, determinado no exista controversia sobre la existencia de las mismas y sobre su contenido.

Entonces, así como en la actuación precedente de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013) ha sido considerado y desvirtuado el "*tema específico*" referido a la evidente existencia de respuesta al plan de adecuación propuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, correspondiente a su Recurso de Revocatoria, sí se ha considerado el alegato sobre el mismo extremo, el que además sí se encuentra concisamente fundamentado, determinando esto último que, el actual alegato sobre que "*no contiene la fundamentación de hecho y de derecho con relación al argumento expuesto en nuestra impugnación*", salvo su enunciación, no explica el cómo la fundamentación expresada por la entidad recurrida, no es suficiente en los términos señalados por la recurrente.

Amén de ello, es pertinente rescatar lo señalada por la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, en sentido que:

> "*…mediante nota de 13 de marzo de 2009, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., manifiesta su intención de "iniciar el Proceso de Adecuación para la incorporación a la Supervisión y Regularización de la Superintendencia de Bancos" conforme a lo dispuesto en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.*
>
> *Que,* ***en respuesta a dicha solicitud, esta Autoridad de Supervisión, mediante Carta ASFI/ISR IV/D-16794/2009 de 24 de marzo de 2009, comunicó a la Cooperativa el envío vía correo electrónico de las Circulares SB/588/2008 y SB/602/2008 de fechas 14/10/2008 y 22/12/2008 respectivamente, con el contenido de los requisitos reglamentarios para la incorporación al referido proceso, así como también el "Formulario de Datos Institucionales"****.*
>
> *Que, de mediante nota de fecha 2 de diciembre de 2009, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., envía a esta Autoridad de Supervisión el informe de resultados sobre el diagnóstico de los requisitos operativos y documentales realizados por la Empresa de auditoria* (sic) *externa, en el marco de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y el Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobado mediante Resolución SB/0588/2008 de 14 de octubre de 2008, ingresando al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488.*
>
> *Que,* ***mediante carta ASFI/DSR4/R-69960/2009 de 22 de diciembre de 2009, este Órgano de Supervisión solicita a la Cooperativa el envío de del Plan de Acción a seguir, a objeto de regularizar las observaciones al informe elaborado por la Empresa de auditoría externa****.*
>
> *Que,* ***mediante nota ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010, comunicada a la Cooperativa en fecha 29 de junio de 2010, se dan a conocer los resultados de la Inspección Especial realizada con corte al 31 de marzo de 2010, expuestos en el Informe ASFI/DSR IV/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010, mediante la cual se manifiesta que al no haber demostrado viabilidad financiera, que le permita ingresar***

al Proceso de Adecuación de ASFI y en resguardo de los depósitos de sus socios, en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, instruye al Consejo de Administración convocar, a la brevedad posible, a una Asamblea Extraordinaria de Socios, a objeto de que sean informados acerca de la crítica situación financiera de la Entidad y del contenido del Informe de Inspección, de manera que en dicha Asamblea se determinen las acciones a seguir, para garantizar un ordenado proceso de suspensión de operaciones y posterior liquidación. Asimismo, se determina en este informe de inspección, que el diagnóstico realizado por la Empresa de auditoría externa al 31 de octubre de 2009 no está vigente, debido a que corresponde a otra infraestructura de la entidad.

Que, ***con nota ASFI/DSR IV/R-63201/2010 de 28 de junio de 2010, esta Autoridad de Supervisión remite para su conocimiento, una copia de la nota ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010 y del Informe ASFI/DSR IV/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010 al Director General de Cooperativas, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, a efectos de que inicie las acciones correspondientes, en vista de que la entidad no muestra viabilidad financiera que le permita ingresar al proceso de adecuación***.

Que, ***mediante cartas ASFI/DSR IV/R-119749/2010 de 15 de noviembre de 2010 y ASFI/DSR IV/R-17984/2011 de 15 de febrero de 2011, esta Autoridad de Supervisión recuerda a la Cooperativa el cumplimiento que se debe dar a las recomendaciones efectuadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-36597/2010, sobre la convocatoria a una Asamblea Extraordinaria de Socios para exponer la delicada situación financiera y el contenido de dicho Informe***.

Que, durante el período del 3 al 6 de mayo de 2011, se realizó nueva inspección a la Cooperativa "El Pauro" Ltda., con corte al 31 de marzo de 2011, ***cuyos resultados se exponen en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-49748/2011 de 13 de mayo de 2011, comunicado a la Entidad mediante nota ASFI/DSR IV/R-63641/2011 de 24 de junio de 2011, en el que se exponen las principales observaciones realizadas. Adicionalmente, se instruyó la suspensión de la contratación de toda captación de ahorro de sus socios y mantener sólo el personal necesario para la recuperación de la cartera de créditos***. *Asimismo, se determinó la remisión, hasta el 18 de julio de 2011, de una copia legalizada del Acta de sesión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, donde se evidencie que se tomó conocimiento en detalle del informe de inspección, así como la convocatoria a una Asamblea General Extraordinaria a objeto de que se trate la disolución voluntaria, conforme lo establecido en el inciso c), Artículo 101 de la Ley General de Sociedades Cooperativas al haber desaparecido el objeto de la Cooperativa, instrucción ratificatoria de lo dispuesto en carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010.*

Que, de acuerdo a la nota ASFI/DSR IV/R-2210/2012 de 9 de enero de 2012, en respuesta a la carta enviada por la Cooperativa en fecha 14 de noviembre de 2011 remitiendo copia legalizada del Acta de la Asamblea General Extraordinaria de 15 de septiembre de 2012, se establece que luego de cotejar el Acta con el informe de la funcionaria designada que estuvo presente en la Asamblea, se observó que la misma

no reflejaba a cabalidad los hechos suscitados. Adicionalmente, este acto no logró los objetivos que motivaron su convocatoria al no haberse dado lectura en su integridad al informe ASFI/DSR IV/R-49748/2011 de 13 de mayo de 2011, por lo que se instruyó la elaboración de una nueva Acta que refleje los hechos sucedidos en la referida Asamblea y una nueva convocatoria a Asamblea General Extraordinaria.

Que, la Cooperativa no ha dado cumplimiento a las instrucciones de nota ASFI/DSR IV/R-2210/2012 de 9 de enero de 2012, toda vez que no se ha convocado a Asamblea General Extraordinaria de Socios, por lo que este Órgano de Supervisión emite nota ASFI/DSR IV/R-71660/2012 de 13 de junio de 2012, reiterando la instrucción de suspensión de toda captación de ahorros de sus socios y se instruye la remisión de una copia legalizada del Acta de sesión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, donde se evidencie que se tomó conocimiento en detalle del Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-49748/2011, así como la instructiva de convocar a Asamblea General Extraordinaria a objeto de tratar su disolución voluntaria, conforme lo establecido en el inciso c), Artículo 101 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, al haber desaparecido el objeto de la Cooperativa, ratificando lo dispuesto en carta ASFI/DSR IV/R-61739/2010 de 23 de junio de 2010.

Que, en fecha de 26 de noviembre al 7 de diciembre de 2012 se realizó nueva inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., con corte al 30 de noviembre de 2012, con el objeto de realizar una nueva evaluación de la razonabilidad de la información financiera de la Cooperativa, cuyo resultado se expone en el Informe ASFI/DSR IV/R-165172/2012 de 14 de diciembre de 2012, mismo que principalmente concluye que: La Entidad presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones, falta de acciones correctivas para la mejora de gestión de riesgos; incumplimiento de normas vigentes; existe inconsistencia, vulnerabilidad y falta de seguridad en su sistema de información, ocasionando falta de integridad y confiabilidad en sus estados financieros.

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-165172/2012 es comunicado a la Entidad a través de la nota ASFI/DSR IV/R-171237/2012 de 26 de diciembre de 2012, exponiéndose los resultados de la visita efectuada, instruyéndose nuevamente convocar en el corto plazo a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, exclusivamente para dar lectura en detalle y en su integridad a dicho Informe y tratar la disolución voluntaria de la Cooperativa, conforme a lo dispuesto en el Artículo 101, inciso a), de la Ley General de Sociedades Cooperativas vigente, reiterándose instrucción de suspensión de toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo las modalidades de Caja de Ahorros y Certificados de Aportación Remunerados y el registro de los ajustes contables.

Que, los órganos de gobierno de la Cooperativa, nuevamente incumplen instrucciones de esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al no haber convocado a Asamblea Extraordinaria de Socios con el objeto de dar lectura al Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-165172/2012 de 14 de diciembre de 2012…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anterior se evidencia que, contrariamente a lo señalado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, sí se le han hecho conocer las falencias existentes, sí ha conocido las observaciones al plan de adecuación, y no ha sido ignorada su pretensión a este respecto; empero, si de todo ello la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha concluido en la inviabilidad financiera de la ahora recurrente (extremo no recurrido ni en oportunidad del Recurso Jerárquico ni en la presente), entonces mal se pude exigir se establezcan las "*modificaciones* (que) *deberíamos hacer*" o "*la oportunidad para reparar todas las observaciones mediante un plan integral*", simplemente, ante la inviabilidad señalada no hay lugar a reparaciones o modificaciones sobre la misma.

Al respecto y conforme bien señala la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013:

> "…*el numeral 1), artículo 3, Sección 4 del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Capítulo IV del Título IV, Libro 1°, señala que se desestimará la continuidad del proceso de incorporación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria al ámbito de aplicación de Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando la situación financiera comprometa la solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa de la entidad, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles*…"

A tal efecto se debe tener presente, que el Anexo 9 del Libro 1°, Título I, Capítulo III, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que:

> "…*1) Se entenderá como viabilidad financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo mediante una suficiente generación de ingresos financieros. Es decir, no exponer y hacer uso de los recursos de sus socios para gastos corrientes, poniendo en riesgo la devolución de estos.*
>
> *2) La viabilidad financiera también se evaluará en función a criterios técnicos que establezcan si la CAC Societaria puede prevalecer en el tiempo, que incluyan solvencia, liquidez, generación de recursos y estructura financiera*…"

Entonces y en definitiva, la actuación controvertida de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es legítima, y por tanto, el alegato de la recurrente es injustificado.

2.2. Sobre la pertinencia de la aplicación de la normativa inherente a la intermediación financiera.-

El Recurso Jerárquico alega también que:

> "…*En la Resolución 537/2013* (…) *tema se menciona que: "...En relación a los puntos B y C del memorial de revocatoria, cabe señalar que la Ley de Bancos y Entidades*

Financieras al tener un carácter especial, es de aplicación preferente. El Decreto ley N° 5035 de 13 de septiembre de 1958 y la Ley N° 356 de 11 de abril de 2013, tienen condición de norma general, por lo que es aplicable al sistema cooperativo en su conjunto. Por lo que la entidad incurre en error al manifestar que existe una "...normativa especial que regula la creación funcionamiento y disolución de las Cooperativas".

Por nuestra parte insistimos en que la Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013, es una ley especial, pues, como se menciona en la disposición contenida en su artículo 3, se aplica a todas las cooperativas, cualquiera sea: el sector en el que desarrollan sus actividades, asociadas o asociados, y a las instituciones auxiliares del cooperativismo, en la jurisdicción territorial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Por tanto la ASFI insiste en aplicar una normativa que fue derogada o abrogada, según los casos por la ley 353, lo cual conculca también nuestros derechos al debido proceso, a la defensa y a una justicia transparente, referidos en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado en Vigencia…"

Entonces, la controversia presente consiste en determinar, si le es aplicable al caso de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA**, la normativa que le es propia a las sociedades cooperativas, o si por tratarse el rubro de la misma el de la intermediación financiera, debe imponérsele la que hace a las entidades financieras y la regulación que les es emergente.

Al respecto, la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, establece la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme a la transcripción de sus partes pertinentes siguiente:

"*…la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, dispone la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal, al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias* (…)

Realizado el análisis de la interpretación de la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, que hace la Cooperativa recurrente, se establece que la disposición legal a la que se hace referencia, es una ley única aplicable al sistema cooperativo, es decir a las distintas clases de cooperativas agrupadas por sectores (…)

…el artículo 3 establece que la aplicación de la Ley, será sobre todo tipo de cooperativas, en las que se realizará una supervisión y fiscalización como señala el artículo 1. Al respecto, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, establece que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de

lo que se establece que por mandato constitucional, las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas y Societarias, al realizar actividades de intermediación financiera, deben estar supervisadas y fiscalizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que es concordante con lo señalado en el artículo 95 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras que no admite supervisión complementaria o concurrente.

Por los principios de jerarquía normativa y primacía constitucional, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es la única entidad del estado (sic) *que puede regular y supervisar entidades financieras* (…)

…la Disposición Transitoria Primera de la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, no se aplica a las cooperativas de ahorro y crédito societarias, porque el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras es clara al señalar que estas quedaron incorporadas al ámbito de supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"

A efectos del análisis comparativo de ambas posiciones y dado tratarse del ejercicio efectivo de un determinado tipo de persona jurídica, corresponde rescatar lo señalado por el artículo 52º, numeral 2, del Código Civil:

"…*Las asociaciones mutualistas, gremiales, corporativas, asistenciales, benéficas, culturales en general, educativas, religiosas, deportivas* ***o cualesquiera otra*** -como lo son la sociedades cooperativas- *con propósitos lícitos* (por exclusión de las entidades públicas y religiosas, y de las sociedades civiles y mercantiles, a las que se refieren los numerales 1 y 3 del mismo artículo)*, así como las fundaciones* (…) *se reglan pro las normas generales del Capítulo presente,* ***sin perjuicio de las leyes y disposiciones especiales que les conciernen***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo último expresado importa la positivización del *accesorium sequitur principale*, es decir, la preferencia en la aplicación de la norma específica sobre la común o general, con claridad ahora expresada para las personas jurídicas de existencia legal, y a la que hacen referencia, tanto la recurrente como la Autoridad recurrida; entonces, una persona jurídica (no regulada por el Código de Comercio), tiene existencia legal empero con observancia de la normativa especial que le sea inherente.

En el entender de la recurrente, ese carácter especial en lo que hace a una personería como la de una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria, es el del ámbito cooperativo, o como el Recurso Jerárquico señala, "***la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Pauro" Ltda., se encuentra comprendida dentro del ámbito normativa de la Ley N° 356 en cuanto a su reconocimiento, funcionamiento y disolución, pues se trata de una ley especial con relación a estas organizaciones y que siendo que esta norma deja sin efecto cualquier norma contraria a las disposiciones de la misma, es de aplicación preferente***", lo que determinaría la incompetencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para conocer el caso, y la inaplicabilidad de la normativa regulatoria sobre intermediación financiera.

En cambio, para el Ente Regulador ahora recurrido, al tratarse de la materia de intermediación financiera, el criterio de competencia y de legalidad positiva le es favorable, exclusivo y privativo, determina por tanto, la legitimidad en la disposición contenida en la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013.

En un primer análisis a tal discrepancia, es menester dejar constancia que el artículo 19º, parágrafo I, de la Ley Nº 393º de 21 de agosto de 2013 (de Servicios Financieros), cuyo precedente es el artículo 2º, de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, establece que "*I. Las actividades financieras y la prestación de servicios financieros, serán realizadas únicamente por entidades autorizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI*", respondiendo por tanto, las actividades de una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria, al ámbito normativo que hace al Sistema Financiero.

Ahora bien, consta en obrados que el Ente Regulador de la intermediación financiera, no ha prescindido en ningún momento del carácter jurídico de cooperativa que le corresponde a la ahora recurrente, de allí que ha interactuado con la Dirección General de Cooperativas (dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social), conforme consta de haber remitido el Informe ASFI/DSR IV/R-36597/2010 de 16 de abril de 2010 al Director de la misma, a efectos de las acciones correspondientes, en vista de que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** no demuestra viabilidad financiera que le permita ingresar al proceso de adecuación, así como haber exigido la observancia del artículo 101°, incisos a) y c), de la Ley General de Sociedades Cooperativas, a los fines sea el órgano de gobierno de la propia Cooperativa la que lleve adelante el proceso de disolución.

Lo que el alegato de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LIMITADA** no tiene en cuenta, es que el carácter especial aludido no hace a la personería de la ahora recurrente, sino **a la actividad que pretende desarrollar, esta es, la intermediación financiera expresada en operaciones de captación de depósitos y otorgamiento de créditos**, determinando que su posición sea contraria a lo que al efecto señala la Constitución Política del Estado en sus artículos 331° y 332º, a saber:

> "…***Artículo 331. Las actividades de intermediación financiera****, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y* ***sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado****, conforme con la ley.*
>
> ***Artículo 332.*** *I.* ***Las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De donde resulta, que la regulación y funcionamiento de las entidades dedicadas a la intermediación financiera (como lo es una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria) corresponde exclusivamente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Y no obstante que, dada su jerarquía, la norma precitada ya determina con carácter

concluyente e inequívoco, la improcedencia del alegato, hay que señalar que la Ley a la que de esa manera hace referencia la Constitución, es pues, sin duda alguna, la Nº 393º de 21 de agosto de 2013 (de Servicios Financieros), o, dependiendo de la anterioridad con que se hubiera originado la controversia, la Nº 1488 (de Bancos y Entidades Financieras); entonces, es la intermediación financiera, como objeto de la actividad que pretende desarrollarse, la que determina la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y a la aplicabilidad de la normativa inherente a la intermediación financiera, fundamentalmente en lo que hace a la constitución, organización, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas que pretendan dedicarse a este rubro.

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha realizado una correcta valoración de los antecedentes que conforman el expediente, habiendo valorado lo mismo y en su mérito, pronunciado una decisión correcta a la cuestión litigiosa y controvertida.

Que, de conformidad con el artículo 43º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 537/2013 de 30 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 430/2013 de 12 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 632/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 006/2014 DE 07 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2014

La Paz, 07 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, que anuló la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 093/2013 de 31 de diciembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 006/2013 de 13 de enero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refieren a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial de fecha 18 de octubre de 2013, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado al efecto por sus Gerentes de Servicio Legal, abogados Edwin Ronald Franco García y Marcelo Rodolfo Antonio Alarcón Caba, tal como acredita el Testimonio de Poder Nº 528/2023 de 20 de mayo de 2013, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 3 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Patricia Rivera Sempertegui, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013.

Que, en fecha 23 de octubre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo, correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 25 de octubre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, mismo que fue notificado el 30 de octubre de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 25 de octubre de 2013, notificado en fecha 30 de octubre de 2013, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico al señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, para que, como tercero interesado, se apersone y presente sus alegatos, lo que en definitiva no sucedió.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2013 DE 13 DE FEBRERO DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2013 de 13 de febrero de 2013, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- I. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*
>
> ***II.*** *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá emitir la Resolución Administrativa conforme al principio de celeridad, evitando dilaciones innecesarias…*"

2. ANTECEDENTES.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a reclamo del señor Carlos Hugo Justiniano Eklund de fecha 12 de septiembre de 2012, mediante nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, dispuso que el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** proceda "*con el reembolso o devolución de los importes no reconocidos por el reclamante, así como de los intereses emergentes de tal situación*".

El reclamo está referido a transacciones por retiros y consumos, así como al cobro de comisiones, todos ellos, no reconocidos por el titular, correspondientes a operaciones sucedidas en el exterior (Estados Unidos y Colombia) y aún incluso cuando en las fechas de los sucesos, él no se encontraba fuera del país.

La supra citada nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012 generó, a su vez, el Recurso de Revocatoria presentado por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD**

ANÓNIMA en fecha 24 de septiembre de 2012, al que la Resolución Administrativa ASFI Nº 545/2012 de 22 de octubre de 2012, lo declaró improcedente, en razón de encontrarse interpuesto contra la nota mencionada y no contra una Resolución Administrativa, entonces, al no haberse consignado previamente el contenido de la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 en un acto impugnable, en observancia del artículo 20º Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Recurrida en instancia jerárquica tal determinación, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2013 de 13 de febrero de 2013, por la que anuló el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, bajo los siguientes fundamentos:

"…***2. DE LA OBLIGACIÓN DE PRONUNCIARSE.-***

2.1. Impugnación contra los actos administrativos de menor jerarquía.-

El artículo 17º, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, de 23 de abril de 2002, señala:

> "…*La Administración Pública está* ***obligada a dictar resolución expresa*** *en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, en una primera aproximación al tema, ante una pretensión de carácter sustancial, como la expresada por el ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.*** *en su memorial de 24 de septiembre de 2012, el Ente Regulador debió considerar emitir la Resolución Administrativa que corresponda, más aún si se considera que el acto a emitir producirá efectos jurídicos, los que eventualmente pueden ser objeto de impugnación a través de los recursos de Revocatoria y Jerárquico.*

En materia administrativa, el proceso se rige por el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso de autos. Para ello, debe revisarse la normativa administrativa especial, es decir el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

"…***Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).*** *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*

Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse). *I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados* ***o personas interesadas*** *solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva***

notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, la norma administrativa delega al recurrente, la responsabilidad de solicitar se consigne el acto administrativo de menor jerarquía, en un acto recurrible.

Subsumiendo lo anterior al caso de autos, es obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, a efectos de hacerla recurrible de Revocatoria; sin embargo, la propia normativa administrativa, prevé que, ante la omisión del interesado, sea la Autoridad regulatoria la que quede obligada a reencauzar el procedimiento, conforme lo señala el artículos 42° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que establecen:

> *"…Artículo 42°. (Calificación del Procedimiento). El órgano administrativo* ***calificará y determinará el procedimiento que corresponda*** *a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***<u>si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación</u>***…"
> *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, es una carga procesal impuesta al Ente Regulador, reencauzar el procedimiento administrativo en lo sustancial, superando el vicio adjetivo, debiendo pronunciarse directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo de los citados artículos 17° y 42° ambos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por lo que queda claro que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2. Declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria.-

El Ente Regulador ha pasado por alto, que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17°, define al ***acto administrativo*** *como aquel "…que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora****, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados".*

En la economía jurídica boliviana (Art. 56°, Ley N° 2341), cualquier persona que se sintiera agraviada, puede presentar los recursos administrativos (de Revocatoria y Jerárquico), "contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a ***<u>criterio de los interesados</u> afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos****. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…"*

En este contexto, al contener la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012 una decisión definitiva, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero está en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el fondo de la misma, a través de una Resolución Administrativa y consecuentemente resolverla en ese sentido, no bastando sólo un pronunciamiento en la parte considerativa, cuando va a resolver de otra manera, cual ocurrió en el caso de autos, ello transgrede el principio de congruencia.

Siguiendo tal análisis, el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación, los procedimientos deben lograr su finalidad para lo cual, las autoridades ***podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades****, es decir, se entiende que por virtud de este principio, se sanean en todo procedimiento administrativo, los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.*

Así, debe prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, ***por encima de formalísimos cuya realización no incida en su validez****, no determinen aspectos importantes en la decisión final, y no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales, deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.*

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

> *"…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria…."*
>
> *En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"*

Asimismo, se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido

proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

> *"…Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".*

En el mismo sentido, ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha*

manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Consiguientemente, se concluye que el Ente Regulador ha vulnerado los derechos a la defensa, al debido proceso y a la petición, tanto del recurrente como del propio tercero interesado, al no haber pronunciado Resolución Administrativa al Recurso de Revocatoria de 24 de septiembre de 2012, hecho que ha dado lugar a la indefensión de las partes y, consecuentemente, que el procedimiento administrativo se encuentre viciado la nulidad relativa, y al propio artículo 115°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que determina que "el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones…"

Que, en el presente caso al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa del recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la determinación adoptada en el caso denunciado, y notificar a las partes involucradas, para que las mismas, si así correspondiere, ejerzan su derecho a la defensa.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha cumplido con el principio del debido proceso, principio de legalidad.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectado el procedimiento y en especial, los derechos consagrados del recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, ya que el presente Recurso versa sobre la improcedencia resuelta por la Autoridad recurrida y no así sobre aspectos sustanciales que, previamente, deben ser resueltos por el Ente Regulador.

Que, por el mismo motivo, no cabe lugar a considerar la solicitud de reconsideración al rechazo de la suspensión de la instrucción contenida en la nota ASFI/DDC/R-111335/2002, conforme sale en el inciso c) del memorial presentado en fecha 13 de noviembre de 2012, no obstante, si corresponde recomendar al Ente Regulador, dé oportuna observancia a lo dispuesto por el artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en relación al artículo 40° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003…"

3. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-98397/2013 de 4 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, con los cargos que de la misma salen, conforme a la transcripción siguiente:

"…1. *Al inciso c) del artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV (según la nueva estructura previsto en el inciso c), artículo 1, Sección 2, Capítulo ti, Título IX, Libro 3o) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente al momento de su infracción, toda vez que el Departamento de Prevención de la Entidad Supervisada no realizó los controles y monitoreo correspondientes durante el período del 04 al 23 de julio de 2011, donde se registraron los movimientos reclamados con la tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de alta probabilidad de clonación.*

Siendo que, las actividades de control deben ser parte integral de las operaciones diarias de la entidad y ser desarrolladas en el marco de una estructura de control adecuada.

2. *Al numeral 2.3, numeral 2, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (según la nueva estructura previsto en el literal iii), inciso b), Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título I, Libro 4o) debido a que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió los parámetros establecidos de "Banca por Teléfono", en el entendido que el Asesor de Banca, no informó al señor Justiniano Eklund, el motivo por el cual bloquearon su Tarjeta de Débito Credimás, asimismo no le habría informado de manera clara la forma de cambiar su clave secreta en*

los cajeros automáticos del Banco de Crédito de Bolivia S.A. Al numeral 2, artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4°) porque el Banco de Crédito de Bolivia S.A., no empleó estándares de seguridad ni calidad en el suministro del servicio de información de la Tarjeta de Débito a través de "Banca por Teléfono".

3. *Al artículo 2, Sección 2, Capítulo XII, Título X, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (según la nueva estructura previsto en el artículo 2, Sección 2, Capítulo II, Título Vil, Libro 3o) toda vez que la información que se brindó por la "Banca por Teléfono", no fue apropiada, exacta y confiable.*

4. *Al inciso g), numeral 1.1. del Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono, ya que el funcionario del Call Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., no se habría enmarcado en los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento del bloqueo de la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834, del reclamante.*

5. *Incumplimiento a la CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 2011, debido a que el Banco no reforzó la comunicación con sus clientes por los distintos canales o medios sobre las medidas preventivas que deben tomar en cuenta a efectos de evitar posibles clonaciones de las tarjetas y CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011, toda vez que el Banco no implemento las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera del control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética.*

Cabe mencionar, que actualmente la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras fue reestructurada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de fecha 7 de enero de 2013, sin embargo, se aclara que la presente notificación de cargos se la efectúa en base a la normativa vigente al momento de suscitarse las supuestas infracciones, las mismas se encontraban debidamente tipificadas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Por consiguiente, se le otorga el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de la recepción de la presente notificación para que efectúe los descargos y/o explicaciones correspondientes, debidamente documentadas…"

4. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota B02839-20130708-171420 de 18 de julio de 2013, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** hace presentes los descargos siguientes:

"…***Al punto 1:***

Evidentemente la tarjeta del Sr. Justiniano en el mes de abril 2011 pasó por un establecimiento donde se presume que se llevó a cabo la clonación o vulneración de tarjetas (en función a la cantidad de tarjetas clonadas que pasaron por el mismo punto), por lo que mantenía un riesgo latente de fraude (alta probabilidad de clonación), sin embargo dicha alerta fue generada oportunamente por nuestro departamento de Prevención de Fraudes quienes en fecha 18.04.2011 aplicaron el bloqueo temporal de la tarjeta de débito No. 4491-9204-1276-0834.

Cabe mencionar que dicho bloqueo se mantuvo hasta el 04.05.2011, cuando el Sr. Justiniano se contactó con nuestro servicio de Banca por Teléfono consultando sobre el bloqueo de su tarjeta, fecha en la que, luego de realizar la verificación de que la última operación (retiro en cajero automático por Bs. 2,500.00 del 18 de abril de 2011) fue efectuada por el titular de la tarjeta y que el saldo disponible en la cuenta era correcto, se procedió a levantar dicho bloqueo indicando al cliente que debía realizar el cambio de la clave secreta (PIN) por temas de seguridad, esto fue reiterado al final de la conversación recalcando el cambio de su clave secreta en nuestros cajeros automáticos.

Bajo este antecedente, dicha tarjeta ya no fue considerada por nuestro departamento de Prevención de Fraudes como de alta probabilidad de clonación, dado que dicho riesgo estaría descartado con el cambio de contraseña solicitado al cliente.

- ***Al punto 2:***

Como se señaló, en fecha 04.05.2011 el cliente se comunicó con nuestras líneas de Banca por Teléfono para consultar sobre el bloqueo de su tarjeta de débito, motivo por el que el asesor de Banca por Teléfono procede a realizar las verificaciones de acuerdo al detalle brindado a continuación:

1. *Cliente indica que al parecer bloquearon su tarjeta*
2. *El asesor procede a validar la identidad del cliente, pidiendo información al mismo.*
3. *El asesor indica que efectivamente la tarjeta se encuentra bloqueada, razón por la cual procede a consultar un retiro efectuado en fecha 18 de abril de 2011, a fin de confirmar si no hubo alguna operación irregular, la misma que es confirmada por el titular, quien indica que fue la última operación realizada (reconoce la misma).*
4. *El cliente le indica si puede confirmar su saldo dándole el dato al asesor, lo cual es confirmado por el mismo.*
5. *Cliente menciona lo siguiente: "Como vi que estaban clonando..."*
6. *El asesor indica que se procederá a la habilitación de su tarjeta y después de habilitarla debe realizar el cambio de su clave secreta, indicando que esta opción de cambio está habilitada a través del cajero automático.*
7. *El asesor pide el teléfono celular al señor Justiniano, a fin de guardarlo en nuestros reportes ante cualquier operación irregular.*

Cabe señalar, que el cambio de clave secreta puede ser realizado en cualquiera de nuestros ATM's siguiendo los pasos señalados en el mismo. Además, en caso de que el cliente hubiera asumido que el cajero automático solicitaría automáticamente el cambio de contraseña, al no suceder de esa manera el mismo podía contactarse con nuestro servicio de Banca por Teléfono o a través de cualquiera de nuestras agencias, donde se le hubiera explicado que el cambio no es automático sino que él debe solicitarlo presionando las opciones correspondientes en el ATM.

Por otro lado, respecto a la comunicación del motivo del bloqueo por parte de nuestro asesor de Banca por Teléfono, mencionar que nuestra entidad al no tener la certeza de la vulneración de la tarjeta y del lugar en donde posiblemente hubiera sido vulnerada, no puede aseverar dicha información ni mencionar un establecimiento especifico a nuestros clientes, más aún si el saldo de la cuenta fue corroborado por el cliente

Es así, que no se podía informar al cliente que su tarjeta fue "clonada" pues no se tenía certeza de que así fuera, tampoco se podía mencionar el posible punto de compromiso (GENEX, ALEMANIA), por lo que en la conversación se indica al cliente que por "temas de seguridad" debe hacer el cambio de su clave secreta.

Cabe señalar que el asesor de Banca por Teléfono que atendió la llamada del Sr. Justiniano, efectuó el procedimiento correcto acorde a nuestra normativa interna sobre "Bloqueos Temporales, Internos por Fraude y Desbloqueos de Tarjetas Credimás", la misma que señala literalmente lo siguiente:

> *2.2. Contacto Cliente- Banco (Desbloqueo y Bloqueo Interno)*
> *Asesor de Banca por Teléfono:*
> *c) Si el Cliente reconoce las operaciones (Buena), se levanta el Bloqueo Temporal e indica que el bloqueo se debió a razones de seguridad y se le pide que cambie de Pin, de lo contrario realiza un Bloqueo Interno en la Tarjeta (Fraude).*

- ***Al punto 3:***

Al respecto, mencionar que la información otorgada por nuestro asesor de Banca por Teléfono se enmarcó en la normativa interna correspondiente, en el entendido de que no era posible brindar mayores datos sobre el bloqueo por las razones expuestas en el anterior punto. Asimismo, se indicó que debía realizar el cambio de PIN en los cajeros automáticos, que son la vía de cambio de contraseñas, recalcando que se informó al cliente que el cambio era necesario por motivos de seguridad.

- ***Al punto 4:***

Como se mencionó en el punto 2 de la presente nota, el asesor de Banca por Teléfono dio cumplimiento a nuestra normativa interna sobre "Bloqueos Temporales, Internos por Fraude y Desbloqueos de Tarjetas Credimás".

Aclarando que la última parte de la norma que señala "de lo contrarío realiza un Bloqueo Interno en la Tarjeta (Fraude)", se refiere a los casos en que el cliente no reconoce alguna operación realizada en su cuenta. En este caso el cliente reconoció la última operación (Buena), por lo que se procedió con el levantamiento del bloqueo y la solicitud de cambio de PIN al cliente.

- ***Al punto 5:***

El Banco de Crédito de Bolivia S.A. con el fin de prevenir y precautelar la seguridad de nuestros clientes dispuso en todas las oficinas trípticos informativos en los que advertimos sobre el uso preventivo y medidas de precaución que deben tener los usuarios de tarjetas (de débito) como ser el cuidado al efectuar compras en establecimientos (Anexo 1), la posibilidad de acceder a seguros de protección (Anexo 2) y recomendaciones generales de seguridad (Anexo 3). Adicionalmente durante el año 2011 se difundía por los diferentes medios de comunicación a través del "ABC de la Banca" y mediante nuestra página de Internet www.bcp.com.bo, las mismas precauciones que deben tener los clientes con el uso de sus tarjetas.

Asimismo, referente a la migración de las Tarjetas Electrónicas al sistema de Chip Electrónico, nuestra entidad elaboró los respectivos cronogramas de trabajo estableciendo las actividades, formas y tiempos necesarios para el cambio señalado, dado que por la complejidad de dicho cambio no podía ser implementado inmediatamente. Aclaramos que dichos cronogramas son de conocimiento del ente regulador y los mismos fueron cumplidos por nuestra entidad…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 479/2013 DE 1º DE AGOSTO DE 2013.

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de fecha 1º de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió sancionar al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, a cuyo efecto, expuso los fundamentos siguientes:

"…***III. ANÁLISIS TÉCNICO LEGAL DE DESCARGOS***

Que, del análisis y valoración de los descargos presentados por el Gerente General del Banco de Crédito de Bolivia S.A. con carta CITE N° B02839-20130708-171420 de fecha 18 de julio de 2013, concernientes a la notificación de cargos por los presuntos incumplimientos contenidos en la carta ASFI/DDC/R-98397/2013 de 4 de julio de 2013, se han establecido las siguientes consideraciones:

AL CARGO 1 (…)

El Banco de Crédito de Bolivia S.A., reconoce que la "tarjeta de débito" del señor Justiniano en el mes de abril 2011 pasó por un establecimiento donde presuntamente se llevó a cabo la clonación o vulneración de tarjetas, identificando la existencia de una alta probabilidad de clonación, en consecuencia el departamento de Prevención de Fraudes de la Entidad Financiera alertó en fecha 18 de abril de 2011 a través del bloqueo temporal de la tarjeta de débito N° 4491-9204-1276-0834.

No obstante que la Entidad Financiera intentó en una sola oportunidad contactarse por teléfono con el señor Justiniano sin tener éxito, el Banco informa que fue el propio señor Justiniano quien se contactó en fecha 4 de mayo de 2011 con el servicio de

Banca por Teléfono, después de diecisiete (17) días para consultar los motivos por los cuales estaba bloqueada su tarjeta Credimás, y posterior a la verificación de los saldos el Banco, procedió a levantar dicho bloqueo indicándole al señor Justiniano que debía realizar el cambio de la clave secreta (PIN) por temas de seguridad, aspecto por el cual dicha tarjeta ya no fue considerada por el departamento de Prevención de Fraudes del Banco de Crédito de Bolivia S.A. como de alta probabilidad de clonación, dado que dicho riesgo estaría descartado con el cambio de contraseña solicitado al cliente; ***observando*** *que la Entidad Financiera no consideró prudente contactarse nuevamente con el cliente a pesar de las nuevas alertas generadas el 23 de mayo de 2011.*

Siendo que el señor Justiniano realizó retiros en fechas 19 y 22 de julio de 2011 con su Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 en los Cajeros Automáticos ubicados en la Av. Monseñor Rivero y Av. Alemana en la ciudad de Santa Cruz por Bs180.- (Ciento ochenta 00/100 bolivianos) y Bs1.000.- (Un mil 00/100 bolivianos); y paralelamente los mismos días se realizaron varios de los retiros y los consumos no reconocidos en el exterior del país, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. aduce que durante la comunicación sostenida entre el asesor de Bancas por Teléfono y el señor Justiniano, no se le informó que su tarjeta fue "clonada" debido a que no se tenía la certeza de que así fuera, tampoco se podía mencionar el posible punto de compromiso (Surtidor GENEX, ubicado en la avenida Alemania (sic) *), por lo que se indica al cliente que por "temas de seguridad" debe hacer el cambio de la clave secreta PIN.*

Las deficiencias operativas originadas en el mes julio de 2011, cuando se realizaron en el exterior del país los retiros y consumos no reconocidos por el señor Justiniano, el Banco de Crédito de Bolivia S.A., no contaba con lógicas (sic) *configuradas para la generación de alertas por operaciones mayores a un monto determinado en tarjetas de débitos y a raíz de este tipo de comportamientos el 8 de septiembre de 2011, la Entidad Financiera como hechos posteriores configuró una alerta por monto acumulado mayor a una determinada cantidad para ser aplicada en el Monitoreo de Alertas - Prevención de Fraudes, aspecto informado por la Entidad Financiera a la comisión de inspección de esta Autoridad de Supervisión con carta CITE N° B01748-20120618-110747 de 19 de junio de 2012.*

En consecuencia, ratificamos el incumplimiento notificado, toda vez que el Departamento de Prevención del Banco de Crédito de Bolivia S.A. no agotó las gestiones necesarias para comunicarse con el señor Justiniano; asimismo, incurrió en deficiencias de control y monitoreo durante el período del 04 al 23 de julio de 2011, fechas en las cuales se registraron los movimientos reclamados con la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 por el monto que asciende a Bs168.812,46 (Ciento sesenta y ocho mil ochocientos doce 46/100 bolivianos), de la Cuenta de Ahorro N° 701-50109099-3-37, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de alta probabilidad de clonación.

Asimismo, debe considerarse el tiempo transcurrido entre las alertas identificadas por la Entidad Financiera y los retiros y consumos no reconocidos que fue de sesenta (60)

días después de la recomendación brindada por el Banco al señor Justiniano de cambiar el PIN de la tarjeta de débito.

AL CARGO 2 (…)

No obstante, que el señor Justiniano realizó retiros en fechas 19 y 22 de julio de 2011 con su Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 en los Cajeros Automáticos ubicados en la Av. Monseñor Rivero y Av. Alemana en la ciudad de Santa Cruz por Bs180.- (Ciento ochenta 00/100 bolivianos) y Bs1.000.- (Un mil 00/100 bolivianos); y simultáneamente en los mismos días se efectuaron varios retiros y consumos no reconocidos en el exterior del país, la Entidad Financiera alega que durante la comunicación entre el asesor de Bancas por Teléfono y el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, no se informó que su tarjeta fue "clonada" por motivo de que no se tenía la certeza que así fuera, tampoco se podía indicar el posible punto de compromiso (Surtidor GENEX), por lo que se menciona al cliente que por temas de seguridad debe hacer el cambio de la clave secreta PIN.

Asimismo, contradictoriamente a lo señalado en el parágrafo precedente, la Entidad Financiera indica que el asesor de Banca por Teléfono que atendió la llamada del señor Justiniano, efectuó el procedimiento correcto acorde a su normativa interna sobre "Bloqueos Temporales, Internos por Fraude y Desbloqueos de Tarjetas Credimás". El Banco no obstante de identificar que la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 era susceptible de una alta probabilidad de clonación, no informó al señor Justiniano de manera clara la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos del Banco de Crédito de Bolivia S.A., considerando además que el reclamante manifestó no conocer el procedimiento para tal efecto; por tanto, los argumentos de la Entidad Financiera no desvirtúan el cargo notificado, ratificando el incumplimiento señalado.

AL CARGO 3 (…)

La Entidad Financiera reitera que la información otorgada por el asesor de Banca por Teléfono se enmarcó en la normativa interna correspondiente, en el entendido de que no era posible brindar mayores datos sobre el bloqueo por las razones expuestas en el anterior punto y que el señor Justiniano debía realizar el cambio de PIN en los cajeros automáticos, que son la vía de cambio de contraseñas, por motivos de seguridad.

La explicación anterior no desvirtúa el cargo notificado porque la comisión de inspección de esta Autoridad de Supervisión mediante Informe ASFI/DDC/R-78217/2012 de 27 de junio de 2012, evidenció que el procedimiento aplicado por el funcionario del Call Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., al momento de atender la llamada de solicitud de desbloqueo de la Tarjeta de Débito del señor Justiniano, incumplió los parámetros establecidos en los procedimientos de "Banca por Teléfono".

AL CARGO 4 (…)

Ante la aseveración del Banco de Crédito de Bolivia S.A., en sentido que el asesor de Banca por Teléfono dio cumplimiento a la normativa interna sobre Bloqueos Temporales, por Fraude y Desbloqueos de Tarjetas Credimás; se aclara que la última parte de su normativa interna señala: "...de lo contrario se realiza un Bloqueo Interno en la Tarjeta (Fraude)...", que se refiere a los casos en que el cliente no reconoce alguna operación realizada en su cuenta, contrariamente a lo confirmado por el señor Justiniano que reconoció la última operación (Buena), por lo que se procedió con el levantamiento del bloqueo y la solicitud de cambio de PIN al cliente.

Lo señalado en el parágrafo precedente no desvirtúa el cargo notificado, puesto que la comisión de inspección evidenció que la Entidad Financiera no se habría enmarcado en los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento del bloqueo de la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 del reclamante, debido a que el Asesor de Banca, no le informó al señor Justiniano lo siguiente: a) el motivo por el cual bloquearon su Tarjeta de Débito Credimás, y b) no orientó al reclamante la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos del Banco de Crédito de Bolivia S.A. toda vez que el señor Justiniano manifestó desconocer el procedimiento para tal efecto; señalando el funcionario de la Entidad Financiera: "que el ATM le pedirá su clave actual y después digitará otros cuatro números que usted va escoger y esa va ser su nueva clave", siendo lo correcto informarle: "que debería elegir la opción de cambio de clave secreta o PIN" y proseguir con las instrucciones que le brindara el ATM, induciendo en error al reclamante al momento de intentar cambiar su código PIN.

AL CARGO 5 (…)

Con el fin de prevenir y precautelar la seguridad de sus clientes, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. dispuso en todas sus oficinas trípticos informativos en los que advierten sobre el uso preventivo y medidas de precaución que deben tener los usuarios de tarjetas de débito, como ser el cuidado al efectuar compras en establecimientos, la posibilidad de acceder a seguros de protección y recomendaciones generales de seguridad. Adicionalmente durante el año 2011 se difundió por los diferentes medios de comunicación a través del "ABC de la Banca" y mediante nuestra (sic) *página de Internet www.bcp.com.bo, las mismas precauciones que deben tener los clientes con el uso de sus tarjetas.*

Sin embargo, aceptan explícitamente que durante el período del 04 al 23 de julio de 2011, fechas en las cuales se registraron los movimientos reclamados con la tarjeta de débito N° 4491-9204-1276-0834 por el monto que asciende a Bs168.812,46 (Ciento sesenta y ocho mil ochocientos doce 46/100 bolivianos), que el Banco no implementó las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera del control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética siendo que la Entidad Financiera elaboró los respectivos cronogramas de trabajo estableciendo las actividades, formas y tiempos necesarios para el cambio señalado, dado que por la complejidad del cambio no

podía ser implementado inmediatamente, y aclaran, que los cronogramas son de conocimiento de esta Autoridad de Supervisión y que fueron cumplidos por el Banco, las medidas correctivas fueron realizadas posterior a los hechos ocurridos, aspectos que no desvirtúan el cargo notificado, ratificando el incumplimiento señalado.

*Se entiende como medida correctiva: **"La finalidad de corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor"**, es decir, que en el presente caso si bien el Banco de Crédito de Bolivia S.A., realizó las medidas correctivas, el incumplimiento a la norma se estableció en el momento de la inobservancia de órdenes específicas impartidas por esta Autoridad de Supervisión, conducta que va en desmedro de los consumidores financieros.*

CONSIDERANDO:

Que, esta Autoridad de Supervisión, a tiempo de imponer sanciones contra los infractores de las disposiciones legales y normativas que regulan la actividad de intermediación financiera, debe aplicar el principio de proporcionalidad, es decir la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

En ese sentido, se ha tomado en cuenta las consideraciones para la modulación de la sanción debiendo considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

*En consecuencia, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: **a)** Los incumplimientos se encuentran debidamente tipificados y previstos en el inciso c) del artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV (según la nueva estructura previsto en el inciso c), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IX, Libro 3°); al numeral 2.3, numeral 2, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el literal iii), inciso b), Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título I, Libro 4ª); al numeral 2, artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4ª); al artículo 2, Sección 2, Capítulo XII, Título X (según la nueva estructura previsto en el artículo 2, Sección 2, Capítulo II,*

Título Vil, Libro 3ª) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; al inciso g), numeral 1.1. del Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono del Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplimiento a la CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 2011 y CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011, ***b)*** *Por los argumentos expuestos, las infracciones se encuentra plenamente demostradas y* ***c)*** *En los registros de la Autoridad de Supervisión cursa la Resolución ASFI N° 058/2012 de 22 de febrero de 2012 que resuelve sancionar al* ***Banco de Crédito de Bolivia S.A.****, por incumplimiento al numeral 2.3, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el literal iii), inciso b), Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título I, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por lo que se evidencia la existencia de reincidencia sobre este aspecto, debido a que también en este caso se identificó la misma contravención cometida por parte de la Entidad Financiera.*

Como refiere Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, página. 347): "La determinación de las sanciones administrativas requieren (sic) *de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase."*

Estas frases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo de Bancos y Entidades Financieras son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación, elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión, control y fiscalización de las sanciones impuestas por el órgano regulatorio sectorial, quien ostenta la facultad sancionatoria:

Tipificación.- *En el caso del presente examen se encuentra configurada por los siguientes incumplimientos:*

1. Al inciso c) del artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV (según la nueva estructura previsto en el inciso c), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IX, Libro 3°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

2. Al numeral 2.3, numeral 2, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el literal iii), inciso b), Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título I, Libro 4°); Al numeral 2, artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

3. Al numeral 2, artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

4. Al inciso g), numeral 1.1. del Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono del Banco de Crédito de Bolivia S.A.

5. Incumplimiento a la CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 2011 y CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011.

Sobre este punto debe quedar claro que, en la tipificación el órgano regulador no tiene una actividad discrecional sino una actividad jurídica objetiva de aplicación de las normas, que exige como objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente y que en todo momento debe fundarse en situaciones y reglamentos vigentes a momentos de cometerse la infracción que encuadre en la tipificación señalada.

Calificación.- *Constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordantes con los artículo 101 y 102 del mismo cuerpo normativo.*

1. Infracciones u omisiones leves.

2. Infracciones u omisiones graves

Con la calificación se establece un parámetro que constituye una primera delimitación de la cuantía sancionatoria a imponerse.

Graduación.- *Calificada* (sic) *las infracciones como leves, surge este otro parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora, mediante la cual y siguiendo las pautas legales de los artículos 101 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se debe clasificar las infracciones y la consiguiente sanción en atención a los elementos configurativos como la negligencia, imprudencia por la conducta infractora del regulado.*

El artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que la amonestación será escrita, recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas instrucciones y circulares de esta Autoridad de Supervisión, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa.

Que, al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones

legales, se configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsables de su verificación y ejecución.

Modulación.- *Conforme lo establecen los numerales 1 y 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es atribución del Ente Regulador la imposición de sanciones administrativas a las Entidades de Intermediación Financiera bajo su supervisión.*

Que, en función al principio de simplicidad que rige el procedimiento administrativo conforme lo dispone el inciso k) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, con el propósito de imponer sanciones de amonestación y multa ***al Banco de Crédito de Bolivia S.A.****, por la inobservancia citada anteriormente, a los fines correspondientes se ha recomendado lo siguiente:*

1. *Con relación al inciso c) del artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV (según la nueva estructura previsto en los incisos b y c, artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IX, Libro 3°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente al momento de su infracción, toda vez que el Departamento de Prevención de la Entidad Supervisada no realizó las gestiones y monitoreo correspondientes durante el período del 04 al 23 de julio de 2011, donde se registraron los movimientos reclamados con la tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de alta probabilidad de clonación.*

   Siendo que, las actividades de control deben ser parte integral de las operaciones diarias de la entidad y ser desarrolladas en el marco de una estructura de control adecuada.

   Para el presente caso se impone una sanción de Amonestación.

2. *Con relación al Numeral 2.3, numeral 2, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió los parámetros establecidos de "Banca por Teléfono", al no informar al señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, el motivo por el cual bloquearon su Tarjeta de Débito Credimás, asimismo no se informó de manera clara la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos de la Entidad Financiera. Para el presente caso se considera sanción de multa de* ***DEGs200,00 (Doscientos 00/100 Derechos Especiales de Giro)****.*

   Respecto a la segunda parte de este cargo: Numeral 2, artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió los estándares de seguridad y calidad en el suministro del

servicio de información de la Tarjeta de Débito a través de "Banca por Teléfono". Para el presente se considera sanción de Amonestación.

3. *Con relación al artículo 2, Sección 2, Capítulo XII, Título X (según la nueva estructura previsto en el artículo 2, Sección 2, Capítulo II, Título Vil, Libro 3°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, toda vez que la información que se brindó por la "Banca por Teléfono", no fue apropiada, exacta y confiable. Para el presente caso se considera una sanción de Amonestación.*

4. *Con relación al inciso g), numeral 1.1. del Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono, ya que el funcionario del Cali Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., no se habría enmarcado en los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento del bloqueo de la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834, del reclamante. Para el presente caso se considera una sanción de Amonestación.*

5. *Con relación al incumplimiento a la CARTA CIRCULAR /ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 2011 debido a que el Banco, no reforzó la comunicación con sus clientes, por los distintos canales o medios, sobre las medidas preventivas que deben tomar en cuenta a efectos de evitar posibles clonaciones de las tarjetas y CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011, toda vez que el Banco no implemento las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera del control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética. Para el presente caso se considera una sanción de Amonestación.*

CONSIDERANDO:

Que, por lo anteriormente expuesto, el Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-108255/2013 de 23 de julio de 2013, en el marco de lo dispuesto en el numeral (sic) *1 y 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II (según la nueva estructura previsto en el artículo 61, Sección 4, Capítulo I, Título VI, Libro 7°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, recomendó la imposición de una sanción administrativa de multa y amonestación, por las inobservancias antes señaladas.*

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI/RJ 02/2007 de 03 de enero de 2007 señala que: ***"...En aquellos casos en los cuales la entidad de intermediación financiera incumpla sus propios Manuales o Reglamentos internos o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el Órgano Supervisor disponga que la***

Entidad responsable ejecute acciones tendientes a responder cualquier menoscabo que sufra su cliente…"

Con base en tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de fecha 1º de agosto de 2013 dispone:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar al* ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.****, por los siguientes incumplimientos:*

Cargo 1

Al inciso c) del artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV (según la nueva estructura previsto en el inciso c), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IX, Libro 3º) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente al momento de su infracción, toda vez que el Departamento de Prevención de la Entidad Supervisada no realizó los controles y monitoreo correspondientes durante el período del 04 al 23 de julio de 2011, donde se registraron los movimientos reclamados con la tarjeta de Débito Nº 4491-9204-1276-0834, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de alta probabilidad de clonación.

Siendo que, las actividades de control deben ser parte integral de las operaciones diarias de la entidad y ser desarrolladas en el marco de una estructura de control adecuada.

Para el presente caso se impone sanción de ***Amonestación****.*

Cargo 2

Al Numeral 2.3, numeral 2, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4º) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió los parámetros establecidos de "Banca por Teléfono", al no informar al señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, el motivo por el cual bloquearon su Tarjeta de Débito Credimás, asimismo no se informó de manera clara la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos de la Entidad Financiera.

Para el presente caso se impone sanción de ***multa de DEGs200,00 (Doscientos 00/100 Derechos Especiales de Giro)****.*

Respecto a la segunda parte de este cargo: Numeral 2, Artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título I, Libro 4º) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido

a que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió los estándares de seguridad y calidad en el suministro del servicio de información de la Tarjeta de Débito a través de "Banca por Teléfono".

Para el presente caso se impone sanción de ***Amonestación****.*

Cargo 3

Al artículo 2, Sección 2, Capítulo XII, Título X, (según la nueva estructura previsto en el artículo 2, Sección 2, Capítulo II, Título Vil, Libro 3°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, toda vez que la información que se brindó a través de la "Banca por Teléfono", no fue apropiada, exacta y confiable.

Para el presente caso se impone sanción de ***Amonestación****.*

Cargo 4

Al inciso g), numeral 1.1. del Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono, ya que el funcionario del Cali Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., no se habría enmarcado en los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento del bloqueo de la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834, del reclamante.

Para el presente caso se impone sanción de ***Amonestación****.*

Cargo 5

A la CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 2011, debido a que el Banco no reforzó la comunicación con sus clientes por los distintos canales o medios sobre las medidas preventivas que deben tomar en cuenta a efectos de evitar posibles clonaciones de las tarjetas y a la CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011, toda vez que el Banco no implemento las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera del control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética.

Para el presente caso se impone sanción de ***Amonestación****.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en la Cuenta N° 1-4678352 del Banco Unión S.A., a nombre de la Autoridad de Supervisión del Servicio Financiero - Multas, en el plazo de quince días hábiles administrativos computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir*

dentro de los siguientes cinco (5) días hábiles, una copia de la papeleta de depósito de la multa impuesta.

TERCERO.- *En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del* ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.****, debiendo entregarse a esta Autoridad de Supervisión, copia del acta respectiva, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto…*"

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de agosto de 2013, el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund (denunciante y -ahora- tercero interesado), interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de fecha 1º de agosto de 2013, conforme a la transcripción de alegatos siguiente:

"…***4. <u>Fundamentación del Recurso de Revocatoria</u>***

A los efectos legales que en Derecho corresponden, toda vez que su autoridad ha dado caso omiso a la gravedad de las actuaciones ejecutadas por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumpliendo incluso el espíritu de la nueva Ley de Servicios Financieros, que entrará en vigencia en tres meses, solicito que en la vía de revocatoria, se pronuncie sobre los siguientes extremos de Orden Legal y Administrativo:

1. *Corresponde que manifieste y explique los motivos por los cuales sólo se aplica amonestación, cuanto es cierto y evidente que el Banco me ha generado un daño económico, por lo cual era plenamente aplicable el artículo 102 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en todo caso CORRESPONDÍA que mínimamente que la entidad sea sancionada en el marco de la previsión legal establecida en el artículo anteriormente mencionado, en plena aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro.2341 de Procedimiento Administrativo.*

2. *Por otra parte, corresponde poner en su atención que la entidad reguladora no se ha pronunciado en lo* (sic) *en relación a lo establecido en el Decreto Supremo Nro. 910 de 11 de mayo de 2011, toda vez que la infracción es de carácter permanente y continuada, motivo por el cual se hace plenamente aplicable los* (sic) *establecido en el régimen de sanciones de dicho decreto en contra del Gerente General y el Directorio de la entidad financiera.*

3. *No se ha* (sic) *tomado en cuenta en lo absoluto las siguientes denuncias* (sic) *realizadas:*

   Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que dispone: La responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización

interna, es absoluta en términos jurídicos, es obligación de los síndicos, inspectores de vigilancia y fiscalizadores internos, advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores, y administradores de la entidad de intermediación financieras y de servicios auxiliares, con comunicación a la Superintendencia. Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de normas y disposiciones legales. Asimismo, quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Superintendencia, en todos los niveles de decisiones y gobierno de la entidad.

Incumplimiento a las previsiones legales descritas en la Resolución UIF/001/2008 del 28 de febrero de 2008, relativa al seguimiento de personas PEP en la entidad a su cargo.

Incumplimiento al Reglamento de Cuentas de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I, Sección 2, artículo 3 última parte relativo a que toda la información detallada en la Sección 2 del Capítulo I, donde se establece la obligatoriedad de que toda la información debe ser complementada además con los documentos que correspondan a las políticas de la entidad referidos a "conozca a su cliente", mismas que deben estar aprobadas por los Directorios de cada entidad.

El artículo 26 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.

El artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.

El artículo 36 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.

Concurrencia de agravantes del artículo 4 parágrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 910.

Posible infracción del artículo 9 del reglamento aprobado por D.S. 910, en lo relativo a: Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF, Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF y elaboración de listas PEP.

En todo caso corresponde poner en su atención que estas posibles contravenciones son enunciativas y no limitativas, correspondiendo al Regulador el tipificar aquellas

que igualmente considere aplicables, aspecto que no ha sido considerado por la ASFI al momento de determinar una SIMPLE sanción de AMONESTACIÓN.

<u>Violación al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras del 31 de julio de 1997.</u>

***ARTICULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE)**. Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.*

Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

***ARTÍCULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES)**. Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.*

***ARTÍCULO 28.- (REGISTRO)**. Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.*

***ARTÍCULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS)** . Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.*

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

***ARTÍCULO 32.- (OBLIGACIÓN DE INFORMAR)**. Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.*

***ARTÍCULO 42.- (RESPONSABILIDADES)**. El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capitulo I del Titulo V generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales. En el caso del Banco Central de Bolivia se sujetará a lo dispuesto por la ley 1670.*

5. <u>Petitorio</u>

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013 en la cual se sanciona únicamente con AMONESTACIÓN al Banco de Crédito de Bolivia S.A. por los cargos 1,3,4, y 5 y asimismo Revocar la Sanción Económica de Multa en relación al cargo 2, toda vez que los mismos han violado el Principio de Proporcionalidad y no se ha tomado en cuenta que las omisiones que han sido identificadas han causado daño económico a mi persona, por lo cual corresponde la subsunción de lo establecido en el artículo 102 de la Ley Nro. 1488 de Bancos que no ha sido considerada por la ASFI.*

2. *Se sirva tener presente que la aplicación del Decreto Supremo Nro. 910 del 15 de junio de 2011, debido a que la contravención e infracción de la entidad regulada es de carácter permanente, tal como lo dispone en la vía jurisprudencial la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFP/VPSF/URJ-SIREFI-025/2013 del 10 de mayo de 2013.*

3. *Se sirva considerar con Sana Crítica y Prudente arbitrio la fundamentación asociada a la falta de documentación que pruebe el hecho denunciado por parte de la entidad a la cual represento y en cumplimiento fiel a la norma y en protección a los derechos tanto de la entidad como del ex funcionario denunciado en este caso.*

4. *Con el objetivo de ejercer nuestro legítimo Derecho de Defensa, solicito a su Autoridad se sirva extenderme triple copia legalizada del Informe ASFI/DDC/R-98397/2013 del 4 de julio de 2013, estando mi petición amparada en lo previsto por el artículo 5 inciso d) del reglamento aprobado por D.S. 23318-A y sus consiguientes modificaciones, concordante con el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo Nro. 28168 del 16 de mayo de 2005…*"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 632/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013 y en Recurso de Revocatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "*ANULAR la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013*", por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis a los fundamentos de impugnación expuestos por el Sr. Justiniano en su memorial presentado en fecha 30 de agosto de 2013, se tiene que el recurrente

solicita se manifieste y explique los motivos por los cuales sólo se aplica amonestación, cuando de acuerdo a su criterio resulta cierto y evidente que el Banco le ha generado un daño económico, por lo cual era plenamente aplicable el artículo 102 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Que, concatenando esta objeción con la fundamentación consignada en el acto administrativo recurrido, una vez establecida la comisión de los cargos atribuidos al Banco de Crédito de Bolivia S.A., se tiene que en la Resolución ASFI N° 479/2013 se calificaron las infracciones como leves, sancionadas con amonestación debido a que, exceptuando la segunda parte del cargo 2, no existían precedentes que impliquen reincidencia de la infracción.

Que, al haberse cuestionado elementos de trascendental importancia que hacen a la validez del acto administrativo impugnado, corresponde realizar un profundo análisis a dicho acto, a fin de determinar su eficacia en el ejercicio de las atribuciones conferidas a esta Autoridad de Supervisión.

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-140005/2013 de 16 de septiembre de 2013, expresa el resultado del análisis legal efectuado tanto a la Resolución ASFI N° 479/2013 de 01 de agosto de 2013 como al memorial de impugnación presentado por Federico Grover Fernández Muñecas en representación de Carlos Justiniano Eklund en fecha 30 de agosto de 2013, señalado (sic) *lo siguiente:*

> *La aplicación de las sanciones a las infracciones atribuidas a entidad, debieron sujetarse a los principios que rigen al Derecho Administrativo en el ius puniendi, entre los cuales se tienen, dentro del procedimiento punitivo sancionador, a los siguientes:*
>
> ***Principio de Discrecionalidad***
>
> *Es el ejercicio conferido por la ley a la Administración Pública, referido a la libertad de decisión, dentro los parámetros establecidos por la norma y que hacen a su potestad discrecional.*
>
> *La doctrina señala que la discrecionalidad es esencialmente una elección entre alternativas igualmente justas, porque la decisión se fundamentaría en criterios extrajurídicos remitidos al juicio subjetivo de la Administración.*
>
> *Para precisar los alcances del Principio de Discrecionalidad, corresponde revisar las dos potestades inherentes a la Administración Pública que son: la potestad reglada y la potestad discrecional. La primera es aquella determinada en una norma, que establece cómo debe actuar la autoridad, eximiéndola de hacer apreciaciones o valoraciones de carácter subjetivo; la segunda le concede un margen de libertad en su actuar, otorgándole diferentes opciones que deben ser igualmente justas para tomar una decisión administrativa.*

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/-URJ-SIREFI N° 052/2012 de 2 de octubre de 2012, señala:

> *"…la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal:,* (sic) *dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas…*
>
> *Por lo que queda claro, que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal, que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir con la finalidad considerada por ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general…"*

El Fundamento del Principio de Discrecionalidad se encuentra en la imposibilidad de que la ley establezca para cada caso concreto el camino a seguir, otorgando la facultad a la Administración Pública, de contar con cierta libertad de acción para emitir decisiones, pero siempre bajo el principio de legalidad.

Principio de Proporcionalidad

Es el deber de la Administración Pública de imponer las sanciones que correspondan al administrado infractor, de forma justa y equitativa.

Este principio pregona la necesidad de que exista equilibrio en la modulación del poder punitivo del Estado, exigiéndole a éste que la imposición de las sanciones no sean arbitrarias, sino justas y equitativas, guardando relación con las circunstancias objetivas y subjetivas que hacen a la infracción que sanciona.

La doctrina ha proclamado que la sanción que aplique la Administración Pública en el marco de sus atribuciones, debe tener íntima relación con la infracción cometida y debe estar sujeta a criterios objetivos, no así subjetivos o arbitrarios.

Estos criterios emergen de la aplicación de parámetros y, especialmente, de la correcta aplicación de criterios concurrentes para poder determinar así la graduación de la sanción.

La graduación de la sanción hace al principio de proporcionalidad pero, para ello, debe entenderse que la conjunción de parámetros, necesariamente deben concebirse en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes respecto a la infracción o contravención cometida, que se concentran en los

siguiente elementos: gravedad, trascendencia, antecedentes del infractor y el daño o perjuicio ocasionado.

Con todos estos elementos, la Administración Pública debe determinar cuál sanción deberá aplicar en función a los rangos establecidos en la normativa sancionadora correspondiente.

No debe perderse de vista que en materia administrativa sancionadora, no puede aplicarse un solo principio, ya que la conjunción de todos ellos hacen al debido proceso; por lo que, a tiempo de imponer la sanción, deberán considerarse los principios de tipicidad y de proporcionalidad, así como la debida fundamentación.

Para ello, la Administración Pública debe verificar que:

- *Los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable.*
- *El hecho sancionado se encuentre plenamente probado.*
- *El ejercicio de la potestad discrecional debe ponderar, en todo caso, las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

El cumplimiento de los preceptos antes citados importa un correcto ejercicio de la discrecionalidad de parte de la Administración Pública.

Adentrándonos a la revisión de la aplicación en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013 de los principios precedentemente referidos, se tiene lo siguiente:

***En el Cargo 1**, se sancionó con amonestación al Banco de Crédito de Bolivia S.A. porque durante el período del 4 al 23 de julio de 2011, en el que se registraron los movimientos observados por el reclamante, la entidad no contaba con lógicas* (sic) *configuradas para la generación de alertas por operaciones mayores a un monto determinado en tarjetas de débito. A raíz de esta falencia, recién la entidad configuró una alerta por monto acumulado mayor a una determinada cantidad, para ser aplicada en el Monitoreo de Alertas de Prevención de Fraudes, sin embargo esta medida representa una acción asumida en forma posterior al hecho denunciado.*

Esta omisión, representa infracción al inciso c) del artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV (según la nueva estructura previsto en el inciso c), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IX, Libro 3°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente al momento de su infracción, toda vez que el Departamento de Prevención de la entidad supervisada no realizó los controles y monitoreo correspondientes durante el período del 04 al 23 de julio de 2011,

donde se registraron los movimientos reclamados con la tarjeta de débito N° 4491-9204-1276-0834, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de alta probabilidad de clonación.

***En el Cargo 2**, por una parte se impuso una sanción económica en razón a que el funcionario del Banco de Crédito de Bolivia S.A., no informó al señor Carlos Justiniano Eklund de manera clara, la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos de propiedad del Banco, considerando además que el reclamante manifestó desconocer el procedimiento para tal efecto, habiéndose vulnerado el manual del Banco para el servicio "Banca por Teléfono".*

A decir del Informe ASFI/DDC/R-137248/2013 de 11 de septiembre de 2013, la sanción económica se sustenta en que, de acuerdo a los registros de esta Autoridad de Supervisión, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. es reincidente en esta infracción, toda vez que mediante Resolución ASFI N° 058/2012 de 22 de febrero de 2012, ya fue sancionada con 100 DEGs por la misma causa.

Por otra parte, se sancionó con amonestación por que la entidad incumplió los estándares de seguridad y calidad, establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el Numeral 2, Artículo 2, Sección 3, Capítulo 1, Título XI (según la nueva estructura previsto en el inciso b), articulo 2, Sección 3, Capítulo 1, Título 1, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que el Banco de Crédito de Bolivia S.A. incumplió los estándares de seguridad y calidad en el suministro del servicio de información de la Tarjeta de Débito a través de "Banca por Teléfono".

***En el Cargo 3**, la sanción de amonestación se debió a que la comisión de inspección de ASFI, evidenció que el procedimiento aplicado por el funcionario del Call Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., al momento de atender la llamada de solicitud de desbloqueo de la Tarjeta de Débito del señor Justiniano fue incorrecto, debido a que incumplió los parámetros establecidos en los procedimientos de "Banca por Teléfono", brindando información inapropiada, inexacta y no confiable, infringiendo artículo 2, Sección 2, Capitulo XII, Título X, (según la nueva estructura previsto en el artículo 2, Sección 2, Capítulo II, Título VII, Libro 3°) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

***En el Cargo 4**, se sancionó por infracción a los procedimientos de seguridad internos de la entidad para el levantamiento de bloqueos de tarjetas de débito, puesto que el funcionario del Banco no informó al cliente el motivo del bloqueo de la tarjeta y no le orientó en la forma de realizar el cambio de clave en los cajeros automáticos de propiedad del Banco incumpliendo el inciso g), numeral 1.1. del Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono, ya que el funcionario del Call Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., no se habría enmarcado en los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento del bloqueo de la Tarjeta de Débito N° 4491-92041276-0834, del reclamante.*

En el Cargo 5*, se sancionó por Incumplimiento a la CARTA CIRCULAR/ASFI/ DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 011, debido a que el Banco no reforzó la comunicación con sus clientes por los distintos canales o medios sobre las medidas preventivas que deben tomar en cuenta a efectos de evitar posibles clonaciones de las tarjetas y CARTA CIRCULAR/ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011, toda vez que el Banco no implementó las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera del control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética.*

Se advierte que la conducta de la entidad bancaria en cada uno de los cargos imputados, importan (sic) *actos negligentes imputables al funcionario que pudieron y debieron evitarse, es así que por ejemplo en el Cargo 1 tenemos que el Departamento de Prevención de la entidad no realizó los controles y monitoreo correspondientes durante el período del 04 al 23 de julio de 2011; en el Cargo 2 segunda parte, se tiene que el funcionario del Banco no informó al señor Carlos Justiniano Eklund de manera clara, la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos de propiedad del Banco; en el Cargo 3, el procedimiento aplicado por el funcionario del Call Center del Banco, al momento de atender la llamada de solicitud de desbloqueo de la Tarjeta de Débito del señor Justiniano fue incorrecto, debido a que incumplió los parámetros establecidos en los procedimientos de "Banca por Teléfono"; en el Cargo 4, el funcionario del Banco no informó al cliente el motivo del bloqueo de la tarjeta y no le orientó claramente en la forma de realizar el cambio de clave en los cajeros automáticos de propiedad del Banco, infringiendo los procedimientos de seguridad internos de la entidad y en el Cargo 5, se sancionó por incumplimiento negligente a las instructivas de ASFI comunicadas en las cartas circulares ASFI/ DEP/2052/2011 de fecha 05 de mayo de 011 y ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011.*

Resulta más enfática la sanción con multa de 200 DEGs aplicado en el cargo 2, primera parte, en lo que a la negligencia se refiere, puesto que este órgano de control ya sancionó económicamente un hecho anterior en el que un funcionario del Banco de Crédito de Bolivia S.A., no informó de manera clara la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos de propiedad del Banco, entendiéndose que esa vez, la sanción económica no fue aplicada por reincidencia, sino justamente por el acto negligente del funcionario bancario, criterio que no se aplica en esta oportunidad.

Establecido en el análisis anterior que las infracciones cometidas por el Banco han sido producto de una conducta negligente de sus funcionarios o ejecutivos, que bien pudieron y debieron evitarse, correspondía modularse la sanción en base a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y no en base al artículo 101 que establece la sanción de amonestación por hechos no imputables a empleados de la entidad.

Al respecto, en los precedentes administrativos, se tiene la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005,

citada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, que se pronuncia de la siguiente manera:

> *"…el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material. (…)*
>
> *(…) En esa tarea, toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas, es necesariamente individual. A la luz de sus criterios, podría estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la normativa aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado, c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso, las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida…"*

Es claro entonces que en la ratio decidendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se apartó de los principios de proporcionalidad y discrecionalidad reglada a tiempo de imponer las sanciones a las múltiples infracciones cometidas por la entidad a tiempo de brindar sus servicios al Sr. Carlos Hugo Justiniano Eklund.

Que, se presume la legalidad, validez y eficacia de los actos administrativos, mientras estos hayan sido dictados considerando todos los elementos esenciales previstos en el artículo 28 de la Ley N° 2341, sin embargo en el presente caso ha quedado evidenciado que en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se ha prescindido de una correcta fundamentación respecto a las razones que indujeron a este órgano de la Administración Pública a disponer las sanciones impuestas al Banco de Crédito de Bolivia S.A. dentro del proceso administrativo seguido a denuncia del Sr. Carlos Justiniano Eklund.

Que, de la revisión de los precedentes administrativos relacionados al asunto en cuestión, se hace referencia a la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, que dispuso la anulación del procedimiento administrativo hasta la resolución sancionatoria al haber concluido lo siguiente:

"Que, al haberse emitido la resolución impugnada sin la debida fundamentación jurídica, se ha omitido un parte esencial que debe contener todo acto administrativo y que tiene que ver con el principio del debido proceso, a objeto de que los recurrentes e inclusive el tercero interesado, puedan conocer con certeza todos los fundamentos que lo motivaron, y de esta manera ejerza de forma irrestricta su derecho a la defensa.

La doctrina uniformemente ha establecido que la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a efectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

En este contexto el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales, careciendo los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados."

Que, en el ejercicio del ius puniendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013 no sustenta correctamente el derecho aplicable respecto a los artículos 101 o 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), considerando los antecedentes y particularidades de la conducta sancionada, distorsionando la cabal aplicación del principio de proporcionalidad en la modulación de la sanción; por otra parte también prescinde de todos los elementos esenciales del acto administrativo señalados en el artículo 28 de la Ley N° 2341.

Que, por lo anteriormente expuesto, queda claro que el acto jurídico contenido en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, adolece de vicios de validez por carecer de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción, mas no por el supuesto daño económico que alega haber sufrido el recurrente, toda vez que como ya se sostuvo en el acto impugnado, este es un hecho controversial sobre el cual no existe evidencia convincente y ASFI carece de competencia para dilucidarlo.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, distinta a las previstas en el artículo 35 de la misma Ley.

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-140005/2013 de 16 de septiembre de 2013, recomienda emitir resolución administrativa anulando la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de octubre de 2013, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, argumentado lo siguiente:

"…*En virtud a los antecedentes descritos, consideramos que la resolución 632/2013 de fecha 27 de septiembre de 2013 vulnera los derechos del Banco de Crédito de Bolivia S.A., considerando los siguientes aspectos:*

a) La Resolución ASFI 479/2013 de 01 de agosto de 2013 se constituye en un Acto Administrativo conforme lo dispone el Art. 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

ARTÍCULO 27. (Acto Administrativo).- Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo

En el presente caso, la Resolución emitida cumple con lo dispuesto en norma, por lo cual surtió efectos legales sobre el Banco de Crédito de Bolivia S.A., en su calidad de administrado, dando lugar al pago efectivo de la multa impuesta por el monto de DEG's 200 y el aviso oportuno al Directorio sobre la imposición de las sanciones de amonestación y multa por los distintos cargos imputados.

Así mismo, se hace notar que el cumplimiento de la Resolución se realizó basado en la presunción de legitimidad que reviste a los Actos Jurídicos y en la presunción de la Validez y Eficacia que conforme el Art. 32 se otorga a los actos administrativos emitidos por autoridad competente.

ARTÍCULO 32. (Validez y Eficacia).- I. Los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación.
II. La eficacia del acto quedará suspendida cuando así lo señale su contenido

b) La Resolución 479/2013 cumplió con todos los requisitos esenciales de validez conforme lo establecido en el art. 28, habiéndose dictado Resolución por Autoridad competente debidamente fundamentada y motivada conforme la instrucción de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No 006/2013.

La anulación de esta resolución - 479/2013 - por la propia Autoridad que la ha emitido, fundamentada en una incorrecta aplicación de los principios

administrativos, conforme se desprende del siguiente párrafo establecido en la parte considerativa de la Resolución 632/2013 vulnera de manera infraganti (sic) *los derechos reconocidos al Banco como administrado.*

"...queda claro que el acto jurídico contenido en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, adolece de vicios de validez por carecer de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción..."

La aseveración que realiza el ente regulador al considerar que las valoraciones vertidas en la Resolución 479/2013 fueron incorrectas vulneran el derecho reconocido a los administrados en el inciso m) del Art. 16 de la Ley 2341, mismo que estipula el derecho a exigir que la autoridad actúe con ***responsabilidad en el ejercicio de sus funciones****, es decir que el administrado puede exigir que la Entidad Administrativa emita las resoluciones motivadas de manera responsable evaluando desde el inicio todos los aspectos del caso de manera objetiva e integral, de modo que no se genere la inseguridad sobre el efecto de sus resoluciones que se entienden emitidas en base a criterios normativos y discrecionales. En el presente caso, se produce la inseguridad hacia el administrado que entendiendo un acto como válido cumple con las sanciones e instrucciones impuestas por la entidad regulatoria y se encuentra en la incertidumbre de saber si posteriormente se realizará un nuevo análisis que determine un proceder incorrecto de la autoridad que genere el desconocimiento de las sanciones ya impuestas y la necesidad de someterse a un nuevo proceso sancionador sobre los mismos criterios ya evaluados.*

En este punto es importante mencionar que esta inseguridad a la que se somete al Banco, genera la interrogante sobre la validez del pago efectuado y sobre la devolución del mismo por parte de la autoridad reguladora (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI), toda vez que se demuestra que el pago de la multa por DEG's 200 ha sido plenamente cancelada, ocurre lo mismo con las sanciones de amonestación ya informadas al Directorio de la Entidad. En este punto es importante mencionar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, anula la resolución 479/2013 sin hacer referencia alguna a la devolución de la multa cancelada por el Banco de Crédito, afectando de este modo los intereses económicos de nuestra entidad.

c) La anulación de la Resolución 479/2013, vulnera el principio de Cosa Juzgada Material la cual se entiende implica que no puede atacarse un resultado procesal mediante el inicio de un nuevo proceso, ya que se da la garantía de que el proceso ha concluido y que por ende no habrá lugar a que se emita una decisión que contradiga o se oponga a lo antes dictado. Se da la seguridad jurídica a los interesados de que la Resolución emitida se considera estable y permanente.

d) La anulación de la Resolución ASFI 479/2013 se basa en la supuesta existencia de vicios de validez de la misma, sin embargo, conforme lo

establece el Art. 36 de la Ley 2341, la anulabilidad de un Acto Administrativo tiene lugar únicamente cuando éste incurra en una ***infracción al ordenamiento jurídico****, lo cual entendemos no se ha producido en este caso, ya que la Autoridad Administrativa emitió la Resolución 479/2013 en el marco de las disposiciones legales, no sólo en cuanto a la forma sino en cuanto al análisis debidamente sustentado en la normativa legal vigente. Así mismo, es importante considerar que conforme lo dispone el numeral IV. Del* (sic) *Art. 36 de la Ley 2341, las anulabilidades pueden* ***invocarse*** *únicamente mediante la interposición de recursos administrativos, en el presente caso, tal como se explica en los antecedentes, el recurrente no solicita (invoca) la anulabilidad de la resolución, sino que solicita la Revocatoria de la Resolución 479/2013 y la verificación de la aplicación del Decreto Supremo 910.*

Bajo este mismo criterio, el recurrente no hace referencia alguna a la aplicación correcta o incorrecta de los principios del ius puniendi, más aun señala el incumplimiento de obligaciones referidas a políticas establecidas por la Unidad de Investigaciones Financieras, cuyo objeto es el de precautelar posibles casos de legitimación de ganancias ilícitas o financiamiento del terrorismo, lo cual no se configura en el caso del Sr. Justiniano Eklund. Sin embargo, la Autoridad en completa inobservancia del petitorio del recurrente, no se pronuncia sobre el punto segundo referente a la aplicación del Decreto Supremo 910 de 15 de junio de 2011 (conforme lo establece el recurrente en su memorial) ni sobre el punto tercero, mismos que se transcriben a continuación:

"2. Se sirva tener presente que la aplicación del Decreto Supremo Nro. 910 del 15 de junio de 2011, debido a que la contravención e infracción de la entidad regulada es de carácter permanente, tal como lo dispone en la via (sic) *jurisprudencial la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFP/VPSF/URJ-SIREFI-025/2013 del 10 de mayo de 2013.*

3. Se sirva considerar con Sana Crítica y Prudente arbitrio la fundamentación asociada a la falta de documentación que pruebe el hecho denunciado por parte de la entidad a la cual represento y en cumplimiento fiel a la norma y en protección a los derechos tanto de la entidad como del ex funcionario denunciado en este caso."

El regulador fundamenta su Resolución en supuestos no previstos ni expuestos por el recurrente, fallando extra petita al emitir una resolución que no solo omite los fundamentos del recurrente sino que basa su Resolución en fundamentos propios no señalados por éste, forzando de este modo una resolución en la cual se desconoce un Acto Legítimo de la Administración que ha sido cumplido de buena fe y conforme el ordenamiento legal vigente.

e) Respecto de los argumentos expresados por ASFI en la Resolución 632/2013, respecto de la evaluación y análisis de los principios de Discrecionalidad y Proporcionalidad, tenemos a bien señalar que: la discrecionalidad implica que en base a parámetros objetivos y considerando la integralidad de los

elementos de cada caso la Autoridad debe imponer las sanciones que correspondieran, en el caso concreto, la Autoridad realizó el mencionado análisis y fundamentó el mismo en la resolución ASFI 479/2013, aplicando para la emisión de ésta no solo criterios normativos sino discrecionales, conforme se desprende de la fundamentación realizada en dicho acto. En cuanto a la aplicación del Principio de Proporcionalidad, entendemos que el mismo debe ser aplicado con referencia a la gravedad de la falta, existencia de dolo o culpa o bien reincidencia, aspectos que no se dan en el caso del Sr. Justiniano Eklund ya que:

- *El Banco advirtió al Sr. Eklund sobre la necesidad de cambio del PIN de su tarjeta, actuando de manera diligente ante la primera alerta, la cual fue oportunamente informada al cliente.*

- *Conforme la información que se entrega al cliente al momento de la apertura de sus cuentas en el Banco, y de acuerdo a las estipulaciones contractuales, el cliente es responsable por el uso de su tarjeta y su PIN de seguridad,* ***asumiendo responsabilidad por todas las operaciones*** *que se realicen con ella, sin importar que éstas hayan sido realizadas por el cliente o por cualquier persona distinta a él.*

- *En cuanto a la forma de cambio de PIN, nuestro funcionario de Banca por teléfono le indicó al Sr. Justiniano que el mismo podía realizarlo a través de la opción que le brinda el cajero automático, el Sr. Justiniano no solicitó mayor explicación ni se comunico nuevamente con el Banco a fin de que se le pudiera explicar el proceso con mayor detalle, lo cual fue entendido como una aceptación tácita de poder realizar el cambio de PIN.*

- *En cuanto a los cargos imputados por ASFI no se evidencia la reincidencia por parte del Banco salvo en el cargo 2 sobre el cual se aplica la multa pecuniaria de DEG's 200, precisamente en atención a la existencia de antecedentes sobre este tipo de infracción.*

Hacemos notar que la proporcionalidad debe responder únicamente a estos criterios objetivos de evaluación y no verse afectada por el daño económico que el cliente alega haber sufrido ya que la administración no puede fallar en equidad, menos aun entendiendo que no ha sido responsabilidad del Banco la existencia de la posible clonación de tarjeta o uso indebido de la misma.

Por todo lo expuesto, existiendo violación de los derechos de nuestra Entidad y encontrando que la resolución ASFI 632/2013 de fecha 27 de septiembre de 2013 no ha sido emitida en cumplimiento de las disposiciones legales y principios generales del Derecho, legitimados por el Art. 16 inciso c) de la Ley 2341 y en mérito los Artículos 39, 56 y 66 del mismo cuerpo legislativo (Ley de Procedimiento Administrativo) y a las disposiciones de los Decretos Supremos 27113 y 27175, solicitamos a su autoridad remitir el presente recurso a la autoridad competente para su conocimiento y resolución correspondiente, dejando sin efecto la Resolución ASFI 632/2013 de fecha

27 de septiembre de 2013 y restituyendo la plena valides (sic) *de la Resolución ASFI 479/…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota presentada el 12 de septiembre de 2012, el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, titular de la cuenta de ahorro N° 701-50109099-3-37 y de la -correspondiente- tarjeta de débito N° 4491-9204-1276-0834 del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, reclamó ante el Ente Regulador, un trato "*desatento*" por parte de esa entidad financiera, por cuanto a su decir, pretende "*deslindar sus responsabilidades en la supervisión y/o fiscalización de los retiros y/o consumos en las cuentas de sus clientes para la prevención de fraudes mediante la clonación de tarjetas de débito con el fin de proteger los fondos de sus clientes que confían en su Institución Financiera*", solicitando en definitiva "*la devolución de mis fondos a la brevedad posible*".

El reclamo, según nota presentada por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund en fecha 12 de septiembre de 2012, alcanza a "*La suma total… de Bs. 168.812,46.* (son ciento sesenta y ocho mil ochocientos doce 46/100 bolivianos)", por transacciones de retiros y consumos, así como al cobro de comisiones, todos ellos no reconocidos por el titular, al referirse a operaciones sucedidas en la República de Colombia, entre el 14 y 22 de julio de 2012, cuando él no se encontraba en aquel país.

Por su mérito, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, dispuso que el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** proceda: "*con el reembolso o devolución de los importes no reconocidos por el reclamante, así como de los intereses emergentes de tal situación*".

La citada nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012 determinó, a su vez, el Recurso de Revocatoria presentado por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 24 de septiembre de 2012, al que la Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, declaró improcedente, en razón de encontrarse interpuesto contra la nota mencionada y no contra una Resolución Administrativa, entonces, al no haberse consignado previamente el contenido de la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 en un acto impugnable, en observancia del artículo 20° Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado

mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Recurrida ante instancia jerárquica tal determinación, se emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2013 de 13 de febrero de 2013, por la que dispuso: "***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012*". Posteriormente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013, que impone sanciones -sobre amonestaciones y pecuniaria- a la ahora recurrente.

Impugnada de Revocatoria por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, dio lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, que anuló la anterior, con base a los fundamentos que, en lo pertinente, se transcriben a continuación:

> "…*el Informe ASFI/DAJ/R-140005/2013 de 16 de septiembre de 2013,* (…) *señalado* (sic) *lo siguiente:* (…)
>
> …*las infracciones cometidas por el Banco han sido producto de una conducta negligente de sus funcionarios o ejecutivos, que bien pudieron y debieron evitarse, correspondía modularse la sanción en base a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y no en base al artículo 101 que establece la sanción de amonestación por hechos no imputables a empleados de la entidad* (…)
>
> …*en la ratio decidendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se apartó de los principios de proporcionalidad y discrecionalidad reglada a tiempo de imponer las sanciones a las múltiples infracciones cometidas por la entidad a tiempo de brindar sus servicios al Sr. Carlos Hugo Justiniano Eklund* (…)
>
> …*en el presente caso ha quedado evidenciado que en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se ha prescindido de una correcta fundamentación respecto a las razones que indujeron a este órgano de la Administración Pública a disponer las sanciones* (…)
>
> …*en el ejercicio del ius puniendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013 no sustenta correctamente el derecho aplicable respecto a los artículos 101 o 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), considerando los antecedentes y particularidades de la conducta sancionada, distorsionando la cabal aplicación del principio de proporcionalidad en la modulación de la sanción; por otra parte también prescinde de todos los elementos esenciales del acto administrativo señalados en el artículo 28 de la Ley N° 2341.*
>
> *Que, por lo anteriormente expuesto, queda claro que el acto jurídico contenido en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, adolece de vicios de validez por carecer de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción, mas no por el supuesto daño económico que alega haber sufrido el recurrente, toda vez que como ya se sostuvo*

en el acto impugnado, este es un hecho controversial sobre el cual no existe evidencia convincente y ASFI carece de competencia para dilucidarlo…"

Al presente, habiendo sido recurrida en instancia jerárquica la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, por parte del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, pasa a analizarse y resolverse tal Recurso, a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la facultad del Ente Regulador para anular el trámite.-

En principio, sobre la Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013 (anulada mediante la ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013), el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso Jerárquico, alega que "*cumple con lo dispuesto en norma* -se refiere al artículo 27º (*Acto Administrativo*) de la Ley Nº 2341- (…) *basado en la presunción de legitimidad que reviste a los Actos Jurídicos y en la presunción de la Validez y Eficacia que conforme el Art. 32* -de la misma Ley- *se otorga a los actos administrativos emitidos por autoridad competente* (…) *cumplió con todos los requisitos esenciales de validez conforme lo establecido en el art. 28* -ídem- (…) *debidamente fundamentada y motivada…*"

Por ello, concluye que no debió ser anulada, por cuanto:

> "…*La anulación* (…) *por la propia Autoridad* (…) *vulnera de manera infraganti* (sic) *los derechos* (…) *a exigir que la autoridad actúe con* ***responsabilidad en el ejercicio de sus funciones*** (…) *de modo que no se genere la inseguridad sobre el efecto de sus resoluciones que se entienden emitidas en base a criterios normativos y discrecionales* (…)
>
> …*genera la interrogante sobre la validez del pago efectuado y sobre la devolución del mismo por parte de la autoridad reguladora* (…)
>
> …*vulnera el principio de Cosa Juzgada Material* (…) *el proceso ha concluido y que por ende no habrá lugar a que se emita una decisión que contradiga o se oponga a lo antes dictado* (…)
>
> …*conforme lo establece el Art. 36 de la Ley 2341, la anulabilidad de un Acto Administrativo tiene lugar únicamente cuando éste incurra en una* ***infracción al ordenamiento jurídico****, lo cual entendemos no se ha producido en este caso,* (…) *conforme lo dispone el numeral IV. Del* (sic) *Art. 36 de la Ley 2341, las anulabilidades pueden* ***invocarse*** *únicamente mediante la interposición de recursos administrativos…*"

Como se entiende de la lectura anterior, la impugnación del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** se fundamenta en el análisis de la aplicación al caso en concreto, de la esencia teórico-legal de determinados institutos jurídicos: la responsabilidad administrativa, la seguridad jurídica, la cosa juzgada material (con la pertinente aclaración

que es más propio hablar de *la firmeza en sede administrativa* dada la naturaleza judicial de la cosa juzgada), la anulabilidad de un Acto Administrativo, y los límites al contenido de la resolución, los que, en el entender del recurrente, han sido conculcados en la dictación del acto administrativo impugnado.

Por su parte, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha fundamentado su decisión de "*ANULAR la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013*", en "*que el acto jurídico contenido en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, adolece de vicios de validez por carecer de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción*", siendo más explícita al ampliar en sentido que:

> "…*Es claro entonces que en la ratio decidendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se apartó de los principios de proporcionalidad y discrecionalidad reglada a tiempo de imponer las sanciones a las múltiples infracciones cometidas por la entidad a tiempo de brindar sus servicios al Sr. Carlos Hugo Justiniano Eklund* (…)
>
> …*en el presente caso ha quedado evidenciado que en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se ha prescindido de una correcta fundamentación respecto a las razones que indujeron a este órgano de la Administración Pública a disponer las sanciones impuestas al Banco de Crédito de Bolivia S.A. dentro del proceso administrativo seguido a denuncia del Sr. Carlos Justiniano Eklund* (…)
>
> …*en el ejercicio del ius puniendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013 no sustenta correctamente el derecho aplicable respecto a los artículos 101 o 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), considerando los antecedentes y particularidades de la conducta sancionada, distorsionando la cabal aplicación del principio de proporcionalidad en la modulación de la sanción; por otra parte también prescinde de todos los elementos esenciales del acto administrativo señalados en el artículo 28 de la Ley N° 2341*…"

Así expresado por el Ente Regulador, la inobservancia de los principios de proporcionalidad y discrecionalidad reglada, más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, determina que de la forma que sale de la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013, ahora anulada, se esté sancionando al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, sin una correcta valoración de los antecedentes, en infracción a los artículos 4º (inciso 'p'), 16º (inciso 'h'), 28º (inciso 'e') y 75º, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y 17º (parágrafo II, inciso 'd') y 62º (parágrafo II), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En particular, la acusada inexistencia de fundamentación determinaría la infracción al debido proceso administrativo, lo que justificaría la anulación dispuesta, por cuanto, persistir en una actuación viciada por ello, importa una transgresión al derecho de petición del señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, conforme a su reclamo de 12 de septiembre de 2012, entonces, en inobservancia de los artículos 24º y 115º de la Constitución Política del Estado.

Ahora, ante la preocupación del recurrente de que "*La anulación* (…) *por la propia Autoridad* (…) *vulnera de manera infraganti* (sic) *los derechos* (…) *a exigir que la autoridad actúe con* ***<u>responsabilidad en el ejercicio de sus funciones</u>*** (…) *de modo que no se genere la inseguridad sobre el efecto de sus resoluciones que se entienden emitidas en base a criterios normativos y discrecionales*", resulta pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, transcrita, en lo que interesa, a continuación:

> "…*Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una o más normas relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.*
>
> *En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos* (…)
>
> …*la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su procedencia; en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI señala:*
>
> > *III.2. Facultad de anulación de obrados por parte de la SPVS*
> >
> > *El artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como principios de la actividad administrativa los siguientes: a) Principio fundamental. El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad y; c) Principio de sometimiento pleno a la ley. La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,* ***asegurando a los administrados el debido proceso****.*
> >
> > *De la normativa señalada se tiene que la SPVS* ***puede disponer la anulación de procedimiento cuando considere que ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma que tenga relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo***…"

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador tiene la facultad de decidir "***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012*", por lo que la pretensión de que sea por ello, que se deje "*sin efecto la Resolución ASFI 632/2013 de fecha 27 de septiembre de 2013 y restituyendo la plena valides* (sic) *de la Resolución ASFI 479/2013 de 01 de agosto de 2013*" que sale del Recurso Jerárquico, dado todo lo expresado supra, evita de mayor consideración al presente.

2.2. Fundamentación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013.-

No obstante lo anterior, debe aclararse que la facultad anulatoria que ostenta la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, está limitada a cuestiones adjetivas, es decir, cuando ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma, que tengan relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos **en resguardo a la garantía <u>del debido proceso administrativo</u>**, facultad que no hace a los extremos sustanciales que hubieran dado origen al proceso.

Estando claros tales extremos del Recurso Jerárquico, corresponde traer a colación lo siguiente:

> "…*Respecto de los argumentos expresados por ASFI en la Resolución 632/2013, respecto de la evaluación y análisis de los principios de Discrecionalidad y Proporcionalidad, tenemos a bien señalar que: la discrecionalidad implica que en base a parámetros objetivos y considerando la integralidad de los elementos de cada caso la Autoridad debe imponer las sanciones que correspondieran, en el caso concreto****, la Autoridad realizó el mencionado análisis y fundamentó el mismo en la resolución ASFI 479/2013, aplicando para la emisión de ésta no solo criterios normativos sino discrecionales, conforme se desprende de la fundamentación realizada en dicho acto. En cuanto a la aplicación del Principio de Proporcionalidad, entendemos que el mismo debe ser aplicado con referencia a la gravedad de la falta, existencia de dolo o culpa o bien reincidencia, aspectos que no se dan en el caso del Sr. Justiniano Eklund***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, la impugnación del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** no se limita a cuestiones formales que, como tales, hagan estrictamente al desarrollo del proceso en su sentido adjetivo, sino que trasciende también al fondo de lo decidido en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, esto es, "*que el acto jurídico contenido en la Resolución ASFI Nº 479/2013 de 1 de agosto de 2013, adolece de vicios de validez por carecer de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción*".

Entonces, corresponde pasar a analizar acerca si la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013, carece de una correcta fundamentación y se aparta del principio de proporcionalidad, como lo señala la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, o si, contrariamente a ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó -en la primera Resolución-, un análisis observando los principios de

Discrecionalidad y Proporcionalidad, y fundamentó lo mismo en la Resolución ASFI 479/2013, como ahora lo señala el recurrente.

Para ello, debe quedar claro que no hace a la controversia presente, una inexistencia de fundamentación en la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 (fundamentación que sí consta, conforme lo permite concluir su sencilla lectura), sino que tal fundamentación carecería "*de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción*", extremo que se evidencia, según el Órgano Regulador, del informe ASFI/DAJ/R-140005/2013 de 16 de septiembre de 2013 (el que entonces, forma parte de la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013), al tenor del artículo 52º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), y que en lo que interesa señala:

> "…*que las infracciones cometidas por el Banco han sido producto de una conducta negligente de sus funcionarios o ejecutivos, que bien pudieron y debieron evitarse, correspondía modularse la sanción en base a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y no en base al artículo 101 que establece la sanción de amonestación por hechos no imputables a empleados de la entidad* (…)
>
> *Es claro entonces que en la ratio decidendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se apartó de los principios de proporcionalidad y discrecionalidad reglada a tiempo de imponer las sanciones a las múltiples infracciones cometidas por la entidad a tiempo de brindar sus servicios al Sr. Carlos Hugo Justiniano Eklund*…"

La propia Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 amplía dicho fundamento:

> "…*en el presente caso ha quedado evidenciado que en la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013, se ha prescindido de una correcta fundamentación respecto a las razones que indujeron a este órgano de la Administración Pública a disponer las sanciones impuestas al Banco de Crédito de Bolivia S.A. dentro del proceso administrativo seguido a denuncia del Sr. Carlos Justiniano Eklund* (…)
>
> *Que, en el ejercicio del ius puniendi, la Resolución ASFI N° 479/2013 de 1 de agosto de 2013 no sustenta correctamente el derecho aplicable respecto a los artículos 101 o 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), considerando los antecedentes y particularidades de la conducta sancionada, distorsionando la cabal aplicación del principio de proporcionalidad en la modulación de la sanción; por otra parte también prescinde de todos los elementos esenciales del acto administrativo señalados en el artículo 28 de la Ley N° 2341*…"

Entonces, **la razón que ha motivado la decisión última de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (Res. Adm. ASFI Nº 632/2013), radica en haberse aplicado inicialmente (Res. Adm. ASFI N° 479/2013) el artículo 101º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras -texto ordenado al 20 de diciembre de 2001-, referido a la sanción de amonestación escrita, en lugar de la del artículo 102º siguiente, sobre sanción de multa, que en el reciente criterio del Órgano Fiscalizador era el pertinente**.

A los fines de esclarecer el punto, dado el estado actual del proceso, y con la aclaración que los artículos señalados (fundamentalmente el 102º), merecen necesariamente su lectura conjunta con la del 99º de la misma norma, es pertinente trascribir los artículos señalados:

> "…***ARTÍCULO 99º.-*** *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:*
>
> *1. Amonestación.*
>
> *2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo* (…)
>
> *5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que sólo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada* (…)
>
> *Estas sanciones serán aplicadas por el Superintendente sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar* (…)
>
> ***ARTÍCULO 101º.-*** *La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas* ***por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen****. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa.*
>
> ***ARTÍCULO 102º.-*** *Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99º, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará* ***por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Salta a la vista, entonces, la diferencia fenomenológica entre lo que la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, entiende por amonestación y lo que entiende por multa: mientras la amonestación se aplica a las faltas "*no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen*", la multa se aplica "*por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse*".

Entonces, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha anulado su decisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013, en el entendido que los cargos comprendidos y notificados mediante la nota ASFI/DDC/R-98397/2013 de 4 de julio de 2013, corresponden a "*actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse*".

Toda vez que no se observa en las actuaciones del Ente Regulador, ni del recurrente, como tampoco del tercer interesado, objeción al suceso mismo de las infracciones, las que inclusive por ello -de no mediar la anulación- se tendrían como correctamente tipificadas, entonces debe concluirse que hace a la controversia, la determinación de a cuál artículo corresponde la subsunción de tales infracciones: si a la del artículo 101°, o a la del artículo 102º.

No obstante, no debe perderse de vista que, la controversia precisa consiste en si la aplicación del artículo 101°, en lugar del 102º, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013, importa "*carecer de una correcta fundamentación y por apartarse del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción*" que justifique una anulación como la dispuesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013, o si no tal infracción no existe, para con ello dar razón al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico.

Para determinar ello, la compulsa debe extenderse a lo que en su oportunidad señalara la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en sus actos controvertidos; así, la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 justifica la subsunción al artículo 101°, en que:

> "…***Graduación.-*** *Calificada* (sic) *las infracciones como leves, surge este otro parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora, mediante la cual y siguiendo las pautas legales de los artículos 101 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se debe clasificar las infracciones y la consiguiente sanción en atención a los elementos configurativos como la negligencia, imprudencia por la conducta infractora del regulado* (…)
>
> *Que,* ***al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones legales, se configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsables de su verificación y ejecución***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Y la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013, **coincidentemente con ello**, señala que:

> "…*las infracciones cometidas por el Banco han sido producto de una conducta negligente de sus funcionarios o ejecutivos, que bien pudieron y debieron evitarse*…"

Por tanto, no obstante el común y similar fundamento, lo diverso en el caso viene a ser la subsunción de la sanción emergente del mismo, determinando ello los siguientes extremos:

- Existe incongruencia entre el fundamento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 y su decisión, por cuanto, no obstante haber determinado la existencia de "*acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsables de su verificación y ejecución*" para los cinco cargos, entonces, debiendo dar lugar a una sanción de multa para todos ellos, conforme lo señalado por el artículo 102º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras -texto ordenado al 20 de diciembre de 2001-, lo que impuso es, para cuatro de los cinco cargos, la sanción de (simple) amonestación.

  Ante la inexistencia de mayor explicación (en la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013) sobre tal incongruencia, se infiere que la misma es producto de un error.

- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se encuentra consciente de tal incongruencia (error); de allí que en la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013, invocando "*una correcta fundamentación*" y el "*principio de proporcionalidad*", hubiera decidido anular, por los mismos extremos, la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013.

Ahora, corresponde verificar si la anulación dispuesta, se acomoda a lo que a lo que al efecto preceptúa la norma, sea parar dar razón al Fiscalizador, o de no ser así, para darla al recurrente.

Así, el último considerando de la -ahora recurrida- Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013, señala:

> "…*Que, el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, distinta a las previstas en el artículo 35 de la misma Ley*…"

No obstante, el estudio del precitado artículo 36º y de su precedente, el artículo 35º de la Ley Nº 2341, permite establecer que las nulidades y anulabilidades a las que -según corresponda- se refieren los mismos, hacen al acto administrativo en su carácter adjetivo o sustancial, no así al proceso administrativo especial (sea sancionatorio o recursivo).

En efecto; el artículo 35º sobre *Nulidad del Acto*, establece los cinco casos en los que tal figura procede, estos son:

> "…*a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;*
> *b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;*
> *c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;*
> *d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,*
> *e) Cualquier otro establecido expresamente por ley*…"

Y el artículo 36º, sobre *Anulabilidad del Acto*, en su parágrafo I está referido a los "*casos de infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el Artículo anterior*" (con las particularidades que señalan sus parágrafos II y III).

Entonces, diferenciando en la normativa administrativa, expresada fundamentalmente en la Ley Nº 2341, su parte sustancial o adjetiva de su parte procedimental o sustantiva (como en toda rama del Derecho que se precie de un orden en su legislación y de un pensamiento jurídico racionalista), se debe concluir que el capítulo sobre nulidad y anulabilidad de la precitada Ley -donde se encuentran los artículos 35º y 36º-, hace al acto administrativo de carácter adjetivo, aquel que normalmente pronuncia la Administración en sencillo cumplimiento de la finalidad de "*establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público* (Ley Nº 2341, Art. 1º, Inc. 'a')" y de "*hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública* (en su sentido general u ordinario; ídem Inc. 'b')".

Y ello, porque "*el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad*" (ibídem, Art. 4º, Inc 'a'), no así a activar necesariamente un proceso recursivo que, como derecho del Administrado, puede o no ser ejercido por este, por tanto, queda en un procedimiento especial (al igual que el procedimiento sancionatorio).

Entonces, de todo lo anterior, se concluye que los casos establecidos por los artículos 35º y 36º de la Ley Nº 2341, hacen a vicios esenciales del acto administrativo en su producción y desenvolvimiento normal, mientras que el proceso recursivo (también el sancionatorio) obedece a su vez a una naturaleza especial, porque el acto administrativo de ordinario, no se pronuncia con la finalidad que sea impugnado, sino que sea cumplido en beneficio "*de la colectividad*".

Queda claro (conforme lo supra visto), que la facultad anulatoria dentro del proceso recursivo, está limitada a cuestiones adjetivas, es decir, cuando ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma, que tengan relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos **en resguardo a la garantía <u>del debido proceso administrativo</u>**, y no así a los extremos sustanciales que hagan al proceso, por lo que en definitiva, resulta notorio que la decisión del Ente Regulador, de amparar su decisión de *ANULAR la Resolución ASFI Nº 479/2013 de 1 de agosto de 2013*" en el artículo 36º de la Ley Nº 2341, es improcedente por su impertinencia.

Ahora bien; establecido por el propio Fiscalizador (en su Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013) y **en estado del Recurso de Revocatoria**, que la decisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 479/2013 de 1º de agosto de 2013, carece "*de una correcta fundamentación*" y que se aparta "*del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción*", por tanto, lo aplicable, en lugar de disponer quede sin efecto la determinación mediante una anulación improcedente, corresponde dar lugar a la figura pertinente del artículo 43 (*Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria*), parágrafo I, del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

De todo lo hasta aquí señalado, es pertinente exhortar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a la observancia del principio de presunción de inocencia y a la naturaleza investigativa de las diligencias preliminares, lo que obliga a evitar cualquier criterio que pretenda desde ya concluir en responsabilidades no establecidas.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, no ha realizado un correcto análisis de la norma procedimental aplicable al caso, a efectos de hacer efectiva su propia decisión de dejar sin efecto su resolución anterior.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 632/2013 de 27 de septiembre de 2013, **inclusive**, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/N° 831-2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 007/2014 DE 07 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2014

La Paz, 07 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 001/2014 de 02 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 007/2014 de 14 de enero de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 01 de octubre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Jefe Nacional de Prestaciones y Servicio al Cliente señor Luis Fernando Telchi Vallejos tal como lo acredita el Testimonio de Poder General de Administración, Amplio y Suficiente Nº 2834/2013 de fecha 5 de septiembre de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz de la Sierra, a

cargo del Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/8221/2013, con fecha de recepción de 04 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 09 de octubre de 2013, notificado en fecha 15 de octubre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con el siguiente cargo:

"…II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Cargo N° 1.

El segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece:

> "... *la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive*".

Se evidenció que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia.

Por tanto, los Estados de Ahorro Previsional, quedan con un saldo en defecto por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, como ser la Rentabilidad de la Comisión de la AFP.

Los casos observados, se detallan a continuación:

Nº	CUA	Sumatoria cuotas adquiridas	Cuotas Transferidas	Cuenta	Nº	CUA	Sumatoria cuotas adquiridas	Cuotas Transferidas	Cuenta
1	15336566	71,2582	-71,3051	RC	100	7982409	39,9416	-40,2137	RC
2	100092251	180,5904	-213,0863	RC	101	1455771	102,4499	-102,452	RC
3	1981274	52,271	-52,2981	RC	102	1532522	197,1546	-200,2918	RP
4	727118	64,3492	-64,3621	RP	103	100107461	91,2302	-116,7549	RC
5	7795397	37,652	-36,8648	RP	104	4671375	10,5218	-4,3705	RC
6	13431377	38,5961	-40,9341	RC	105	6406981	159,4845	-151,8678	RC
7	10326935	150,2706	-150,3543	RC	106	31785827	27,8981	-42,2339	RP
8	100258347	40,246	-40,398	RC	107	2335700	380,0308	-382,9933	RC
9	14107995	99,3996	-101,4637	RC	108	17892983	31,3833	-50,5018	RP
10	2027801	154,9192	-154,9672	RC	109	37750021	8,2865	-8,289	RC
11	17610655	653,7101	-645,8253	RC	110	14787945	71,5918	-73,1175	RC
12	9346570	86,1758	-86,3062	RC	111	3769513	109,9369	-111,4267	RC
13	31578512	27,6426	-28,3864	RC	112	100139723	76,4545	-101,5493	RC
14	37332260	28,8865	-28,8869	RC	113	36555991	20,3053	-8,8281	RC
15	11614286	54,5799	-55,7179	RC	114	37113239	12,1143	-12,1148	RP
16	100092792	127,502	-163,3539	RP	115	100086858	108,6729	-143,4984	RC
17	117936	457,2943	-503,2094	RC	116	2511344	489,0183	-489,0398	RC
18	8944829	8,603	-9,9761	RC	117	13562484	8,1595	-68,9593	RC
19	20695019	337,1264	-357,9979	RC	118	37814680	15,1847	-15,1908	RP
20	9390546	435,9702	-479,0001	RC	119	6641179	17,017	-17,0572	RC
21	32889631	25,8316	-25,8973	RP	120	15537109	31,3416	-46,1016	RC
22	27212877	45,0695	-48,9189	RP	121	3984242	17,3524	-17,3672	RP
23	100141559	270,6205	-312,5957	RP	122	100115135	291,6434	-339,2877	RC
24	9755101	62,9186	-65,8882	RC	123	37335339	22,1445	-22,1506	RC
25	3664247	63,6606	-64,2112	RC	124	36028836	22,7901	-22,7941	RC
26	26639762	53,4624	-53,4903	RP	125	32962356	21,5217	-21,9065	RC
27	2112772	27,4075	-28,3731	RC	126	100099737	295,6982	-348,0798	RC
28	100266496	67,444	-67,4557	RC	127	32770558	23,5103	-23,5132	RP
29	5497450	49,4154	-49,4241	RC	128	36426854	39,9145	-17,0121	RC
30	4001679	88,7327	-91,1334	RC	129	36371774	24,9312	-249384	RC
31	12219344	454,4316	-291,5755	RC	130	27303949	25,3852	-25,4934	RP
32	21008796	186,3603	-188,6051	RC	131	36169456	26,1834	-26,2748	RC
33	14481029	39,1878	-39,1878	RP	132	36353267	26,6911	-26,692	RC
34	6297250	89,8212	-173,2253	RC	133	30556466	130,1973	-78,4844	RC
35	5059392	50,7776	-68,4799	RC	134	101517592	22,4823	-22,4831	RP
36	100373768	0	-1,4881	RP	135	100126601	0	-272,7892	RC
37	13847764	35,7066	-49,379	RC	136	6613147	104,1804	-76,0125	RC
38	14260086	147,0045	-159,6484	RC	137	36536234	31,0788	-31,1537	RP
39	137108	32,0762	-35,9812	RC	138	26853966	62,2999	-26,358	RC

40	12027248	64,2594	-65,2885	RC		139	37246112	34,5756	-34,5773	RC
41	100372259	7,6797	-8,6579	RC		140	2211063	35,5729	-35,6072	RC
42	1169634	117,6403	-120,135	RC		141	32542549	37,9244	-37,93	RC
43	100475796	18,1882	-18,5947	RP		142	19658436	38,6688	-38,6757	RC
44	15158482	101,8308	-130,7303	RC		143	36261063	40,0321	-40,0435	RC
45	16978420	51,9935	-48,6868	RC		144	100408151	41,9582	-41,9925	RP
46	9032058	62,3733	-70,8418	RC		145	100139221	139,6095	-174,0972	RC
47	14943864	19,6353	-20,3134	RC		146	7148434	52,2311	-44,6446	RP
48	31636998	29,3348	-34,9999	RC		147	31779517	45,4562	-45,4577	RC
49	632296	48,3256	-49,3222	RC		148	21235387	46,454	-46,4744	RP
50	3753529	84,8725	-83,2622	RC		149	100094651	155,0814	-182,8171	RC
51	539508	49,6451	-49,6899	RC		150	1455709	47,8359	-47,85	RC
52	2343526	54,5268	-58,0002	RP		151	16514661	56,7327	-56,7712	RC
53	11709716	82,7227	-91,5894	RC		152	32404128	60,5906	-60,5908	RC
54	15791476	18,407	-18,4294	RC		153	37979917	60,8555	-60,8864	RC
55	26269296	78,0033	-80,6295	RC		154	27156175	67,0049	-67,1902	RC
56	26974009	660,8152	-804,9351	RC		155	25991188	67,355	-67,3552	RC
57	16132211	87,2472	-87,6886	RC		156	4393791	67,3444	-67,3745	RC
58	18232164	157,8788	-259,345	RC		157	27326792	67,3365	-67,3701	RC
59	26633760	18,5916	-18,6239	RC		158	27416483	73,9458	-73,9497	RP
60	17450974	84,7198	-99,1816	RC		159	2350971	74,5431	-74,5648	RC
61	12613290	22,1946	-22,2318	RC		160	26056574	74,8294	-74,8996	RC
62	17993532	66,8455	-69,056	RC		161	30402967	95,0159	-75,2648	RC
63	1528211	266,6512	-282,8575	RC		162	4764122	76,8757	-76,8992	RC
64	21304713	76,7656	-81,1058	RC		163	17297953	83,2326	-83,2667	RC
65	22155223	128,1864	-128,2323	RP		164	26634363	84,977	-85,0055	RP
66	100221762	143,7604	-146,1094	RC		165	14405337	84,7411	-84,7661	RC
67	100093917	119,7512	-148,6678	RC		166	7701615	67,7529	-86,3503	RC
68	3259857	115,4658	-255,8657	RC		167	10032401	87,7403	-87,939	RC
69	25991334	91,5999	-100,801	RC		168	27423499	86,2579	-86,2835	RC
70	21162050	86,0359	-86,1231	RC		169	5512827	89,9102	-90,6212	RP
71	12368258	73,6277	-76,7808	RC		170	100490712	524,6783	-588,4676	RC
72	2648787	209,5576	-209,5607	RC		171	30556442	109,5407	-98,1656	RC
73	26536456	28,2591	-44,7942	RP		172	36734101	98,493	-100,0955	RP
74	33299948	30,1062	-31,3377	RC		173	4319928	109,1845	-109,5788	RC
75	38886236	2,539	-2,5392	RP		174	20864693	110,8641	-110,8979	RC
76	27207067	23,1086	-23,1403	RP		175	31797635	111,5494	-111,5963	RC
77	2948096	34,3484	-34,3913	RC		176	7690769	115,1397	-115,1978	RC
78	7058020	51,5769	-51,6089	RC		177	26626500	119,221	-119,2557	RC
79	14902229	285,9285	-381,7939	RC		178	13642789	131,7838	-131,8236	RC
80	26058868	417,6218	-117,8733	RC		179	100265561	124,5005	-134,2928	RC

81	100387299	32,4492	-32,4734	RP		180	7047174	137,8751	-137,8799	RC
82	100090904	114,6726	-145,0011	RC		181	11437820	136,4904	-137,9912	RC
83	100081812	214,8903	-251,0624	RP		182	17184137	140,7688	-140,7975	RC
84	2566631	281,527	-444,4721	RC		183	14833980	138,1876	-139,6261	RC
85	26419919	139,8122	-161,6003	RC		184	26937505	171,0199	-26,3192	RC
86	4189474	130,1187	-130,1645	RC		185	17678079	147,9533	-147,9963	RC
87	22110847	173,7742	-173,8376	RC		186	2778026	158,7115	-158,7526	RC
88	100129651	109,3866	-131,9604	RC		187	2122157	162,7734	-166,3542	RC
89	100201258	123,5699	-120,286	RC		188	19900090	168,5948	-168,641	RC
90	6311702	75,4286	-75,4987	RC		189	3247417	180,0888	-180,1231	RC
91	16717466	313,7709	-316,3689	RC		190	9839173	188,5585	-184,9032	RC
92	27102440	67,1197	-67,0056	RC		191	36183982	203,3569	-203,4104	RC
93	15196501	287,7827	-331,3448	RC		192	3195272	211,5569	-211,5965	RC
94	100080960	99,2208	-123,208	RC		193	26063891	237,0551	-237,0669	RC
95	8279551	171,4814	-175,552	RC		194	8340055	295,7978	-295,7975	RP
96	38588742	4,3426	-4,5204	RP		195	3209593	305,0739	-305,074	RC
97	26264249	164,3371	-164,4166	RP		196	9411823	340,4445	-333,0091	RC
98	100084199	191,51	-231,4128	RC		197	32624256	373,8728	-373,9216	RC
99	11561518	95,151	-95,1853	RC		198	100138809	474,3718	-474,405	RC

…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV PR RIE 7277/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"…Esta Administradora de Fondos de Pensiones dio pleno cumplimiento a toda la normativa que regla el traspaso del Saldo de las entonces Cuentas Individuales a las cuentas de los Riesgos conforme a continuación se demuestra:

La transferencia de las cuotas de la Cuenta Individual se realizó tomando todos los elementos del concepto de "cotizaciones mensuales" definido en la Resolución Administrativa SPVS-P 109/2001 de 07 de marzo de 2001 (Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual), es decir al aporte del diez por ciento (10%) y la rentabilidad ganada por las inversiones realizadas exceptuando las cotizaciones adicionales y beneficios sociales.

Es preciso manifestar que la Resolución Administrativa SPVS-IP 125/1999 de 29 de junio de 1999 (Devengamiento y Cobro de comisión por servicios de Afiliación, Procesamiento de Datos y Administración de Prestaciones), establece que; la diferencia en cuotas originada por la utilización de diferentes valores cuotas para acreditar y cargar la comisión en la Cuenta Individual, quedarán formando parte del Saldo de la Cuenta Individual.

A continuación se toma tres (3) casos de los ciento noventa y ocho (198) observados por la APS y por los cuales se nos gira Nota de Cargo, demostrando que el traspaso realizado se encuentra correctamente realizado conforme a las disposiciones precedentemente citadas.

CUA	Cotización Obligatoria	Interés CO	Rend. Comisión	Int. Rend. Comisión	Total
100258347	40,1946401	0,14976828	0,05116135	0,00239643	40,3979661
36555991	8,77131879	0,05450464	0,00230164	0,00000763	8,8281327
37113239	12,1100094	0,00094553	0,00388912	0,00001509	12,1148591

…"

Mediante Auto de fecha 07 de noviembre de 2012, notificado a la Administradora en fecha 14 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos para que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** remita el detalle de los ciento noventa y ocho (198) casos observados, señalando: Fecha de Defunción, Cuotas Adquiridas, Cuotas Transferidas, Cotizaciones Posteriores, Ajustes a Periodos, Distribución Excedente RC, Interés por Mora y la Rentabilidad de la Comisión.

La Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota PREV-PR-RIE 8196/12 de 28 de noviembre de 2012, solicitó la ampliación de diez (10) días hábiles administrativos, el cual fue otorgado por la Entidad Reguladora mediante Auto de 04 de diciembre de 2012.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), con nota PREV-PR-RIE 9042/12 de 24 de diciembre de 2012, remitió el detalle solicitado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y mediante nota PREV-PR-RIE 622/13 de 16 de enero de 2013, complementó la información de seis casos observados.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 DE 09 DE ENERO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, resolvió:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el **Cargo Nº 1,** con multa en bolivianos equivalente a $us10.000.00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, en ciento noventa y ocho (198) casos imputados mediante Nota de Cargo APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012.*

***SEGUNDO.-** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT Nº 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

TERCERO.- I. *La AFP deberá efectuar el reproceso de los ciento noventa y ocho (198) casos, debiendo efectuar el recálculo correspondiente conforme indica la normativa.*

II.- *De acuerdo a lo establecido en el parágrafo anterior, en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la Administradora deberá reponer con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición. Por otro lado, deberá remitir un informe detallado a través del cual se pueda verificar la devolución del exceso de los casos imputados, así como los Estados de Ahorro Previsional y asientos contables regularizados.*

III.- *Asimismo, para todos los casos que componen la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional similar al cargo imputado, en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la Administradora deberá proceder a reponer con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición. Una vez realizada la transferencia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos deberá remitir un informe detallado a través del cual se pueda verificar dicha regularización, remitiendo para tal efecto el respaldo en formato Excel y los asientos contables…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"*…Que realizado el análisis de los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. mediante notas PREV PR RIE 7277/2012 de 29 de octubre de 2012 y PREV-PR-RIE 9042/12 de 24 de diciembre de 2012, se puede evidenciar que la Administradora pretende justificar las diferencias determinadas en las transferencias de los saldos acumulados en los casos de Pensión por Muerte derivadas de Riesgos apoyándose en lo señalado en la Resolución Administrativa SPVS-P 109/2001 de 07 de marzo de 2001 y en la Resolución Administrativa SPVS-P 125/1999 de 29 de junio de 1999, donde se establece el concepto de Cotización Mensual y el Devengamiento y Cobro de Comisión por Servicios de Afiliación Procesamiento de Datos y Administración de Prestaciones, respectivamente, sin embargo este marco normativo,* ***no guarda relación*** *con la imputación del Cargo, pues el mismo se imputó por infracción al segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002.*

Que es importante señalar que el Cargo imputado contra la Administradora está referido a que en los casos de Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, se evidenciaron diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, diferencias que se habrían originado por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales como ser: cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de

Excedente en Riesgo Común, incumpliendo de esta manera el segundo párrafo de la Circular AP/DPNC/036/2002 de 20 de marzo de 2002, donde se señala que: "…la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado ***por concepto de Cotizaciones Mensuales*** *de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive" (las negrillas son nuestras).*

Que asimismo la Administradora en sus descargos presenta un cuadro donde expone tres (3) casos de los ciento noventa y ocho (198) casos observados; sin embargo, es importante mencionar que el número de casos expuestos en dicho cuadro, no muestra los conceptos distintos determinados por esta Autoridad que fueron objeto de traspaso y que son el objeto de imputación en el Cargo.

Que del cuadro en formato Excel y los Estados de Ahorro Previsional remitidos por BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-PR-RIE 9042/12 de 24 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, evidenció que existen conceptos diferentes como ser: cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes a periodos anteriores, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente de Riesgo Común, que fueron incluidos en las transferencias efectuadas, ya que la propia Administradora ha detallado los conceptos que se revelan en los Estados de Ahorro Previsional y que son distintos a las Cotizaciones Mensuales, motivo por el cual se habrían generado diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, quedando los Estados de Ahorro Previsional con saldo en defecto; confirmando de esta manera el Cargo sujeto de imputación, para ciento noventa y ocho (198) casos.

Que respecto a los ***CUA: 3259857, 16717466, 2511344, 19658436, 7701615*** *y* ***20864693,*** *la Administradora no presentó el desglose respectivo, adjuntando solamente los Estados de Ahorro Previsional impresos. Sin embargo, esta documentación es suficiente para probar las diferencias entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, así como la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales para los seis (6) CUA.*

Que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, se evidencia que la Administradora ha incumplido el párrafo segundo de la Circular SPVS-IP- 036/2002 de 20 de marzo de 2002, para los ciento noventa y ocho (198) casos imputados mediante Nota de Cargo APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, por lo que corresponde establecer sanción.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que, BBVA Previsión AFP S.A. no presentó los descargos suficientes que desvirtúen el Cargo imputado, se ratifica el incumplimiento de la Administradora al párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002.

Que conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en los Cargos presentes (sic), *los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.*

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
> *En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable*, ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad, refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- ***a)*** *Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002.*

- ***b)*** *La infracción se encuentra plenamente probada, pues se evidenció que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en*

los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia.

c) *En lo que se refiere al a ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, tuvo como consecuencia que los Estados de Ahorro Previsional, queden con un saldo en defecto por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, por lo que la Administradora al efectuar la transferencia de cuotas que no corresponden (cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes a periodos anteriores, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente RC), está ocasionando que las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentren sobrevaluadas, toda vez que las cuotas transferidas incorrectamente pertenecen a los Derechohabientes de los Asegurados fallecidos.*

Que en cuanto a la adecuación entre la infracción y la imposición de la sanción, es importante señalar lo siguiente:

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece:

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

a) *La existencia de negligencia de la Administradora, pues se evidenció que en los casos de Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, se generaron diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma debían ser consideradas en la transferencia.*

b) *El incumplimiento de la Administradora al párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, ocasionó perjuicio en el sentido de que los Estados de Ahorro Previsional de los ciento noventa y ocho (198) casos consignan un saldo en defecto; asimismo las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentran sobrevaluadas al haber transferido conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, los cuales fueron señalados ut supra.*

c) *En cuanto a la reincidencia, no existen antecedentes de reincidencia.*

Que, conforme los argumentos expuestos anteriormente y habiendo considerado los descargos expresados por la Administradora, se concluye que éstos no son suficientes

para justificar el Cargo imputado en cuanto a ciento noventa y ocho (198) casos por lo que corresponde imponer sanción. Sin embargo, deberá considerarse que en el incumplimiento a la normativa, no existió beneficio propio o de personas relacionadas a la Administradora.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición,...".

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica (sic) *y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencionalidad y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor".*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media".

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil uno (sic) *(5.000) dólares estadounidenses"..."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de febrero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***III. ANTECEDENTES***

1. *La APS giró Nota de Cargo signada con el Nº APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012 en contra BBVA PREVISIÓN AFP S.A. manifestando: "Cargo Nº 1 "Se evidenció que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Provisional* (sic), *entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que sumas* (sic) *las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia".*
2. *La Nota de Cargo citada se sustenta en el incumplimiento de la parte final del párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, que a la letra manifiesta: "la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el período correspondiente al mes de fallecimiento inclusive".*
3. *La Resolución Administrativa sancionatoria sustenta el incumplimiento de la normativa en el considerando cuarto que manifiesta: "CARGO Nº 1. El párrafo segundo de la Circular SPVS-IP- 036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece: Para los casos cuya fecha de fallecimiento es anterior al 1º de noviembre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales deberá ser transferido a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales. Para los casos cuya fecha de fallecimiento sea posterior al 31 de octubre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales será transferido directamente a la Entidad Aseguradora que corresponda".*

(…)

V. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

LA R.A. APS/DJ/DPC (sic) ***Nº 008/2013 DE 09 DE ENERO DE 2013, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA***

La Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, establece las normas que reglan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público. En el contexto señalado la citada disposición legal manda y ordena:

1. *Que la APS tiene el deber legal de emitir sus Resoluciones Administrativas ajustando su contenido a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente.*

2. *Todo acto administrativo emitido por la APS debe contener los elementos esenciales descritos en cinco incisos del Artículo 28 (Competencia, Causa, Objeto, Procedimiento, Fundamento, Finalidad), Asimismo* (sic) *deben estar regidos bajo los Principios Generales de la Administración Pública descritos en el Artículo 4.*

3. *Las Resoluciones Administrativas deben contener: a) Mención de tal calidad, b) Número de identificación correspondiente, c) Lugar y fecha de expedición, d) Los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan, e) La decisión clara y expresa del Superintendente que la expide, f) la firma de la autoridad que la expidió.*

4. *Siguiendo los presupuestos legales, la Superintendencia del Sistema de Regulación Financiera sentó jurisprudencia a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, manifestando: "…lo* (sic) *notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo, en este caso guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".*

5. *Asimismo, sentó jurisprudencia a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 de 12 de febrero de 2004, manifestando: "La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto a la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esta forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante Autoridad competente…".*

6. *De los argumentos expuestos se evidencia y demuestra plenamente que la APS al momento de emitir la Resolución Sancionatoria no ha cumplido con los presupuestos legales citados precedentemente en razón a que mediante cite APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012 en contra BBVA PREVISIÓN AFP S.A. imputa el Cargo N° 1 por infracción al párrafo segundo de la Circular SPVS-IP 036/2002 de 20 de marzo de 2002, es decir, por transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos posteriores a la fecha de fallecimiento.*

7. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC* (sic) *N° 008-2013 de 09 de enero de 2013, se constituyó en una decisión subjetiva, arbitraria e indeterminada, porque*

en su considerando cuarto explica que la AFP no dio cumplimiento al instructivo de la Circular precedentemente citada, referida a la transferencia del Capital Acumulado del Afiliado a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales de los casos cuya fecha de fallecimiento es anterior al 1° de noviembre de 2001 y para los casos cuya fecha de fallecimiento sea posterior al 31 de octubre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales será transferido directamente a la Entidad Aseguradora que corresponda".

8. *Como su autoridad podrá advertir, en la Nota de Cargo se imputa el incumplimiento de la transferencia de capital acumulado de periodos posteriores a la fecha de fallecimiento y en la Resolución Administrativa se sanciona por el incumplimiento de la transferencia a la Cuenta de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales y la transferencia a la Entidad Aseguradora, según corresponda, atentando al derecho constitucional de la defensa y el debido proceso, contraviniendo las disposiciones legales y la línea jurisprudencial sentadas por el SIREFI, ambas citadas precedentemente.*

9. *La ausencia de una coherencia entre la imputación de Cargos y la fundamentación legal de la Resolución Administrativa impuesta, carece de todo enlace lógico entre la normativa aplicable de la sanción que se impone, restringiendo el derecho legítimo de la AFP de desarrollar sus actividades con la vigencia plena del principio constitucional de seguridad jurídica por parte del Ente Regulador.*

10. *Finalmente, la Jurisprudencia Constitucional sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Resolución N° 1089/2012 señala: "...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".*

11. *En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Sancionatoria, no ha cumplido con los presupuestos legales establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no se cumple el principio de congruencia entre los Cargos imputados* (sic) *y la Resolución sancionatoria.*

TRANSFERENCIA DEL CAPITAL ACUMULADO DE LA CUENTA INDIVIDUAL DEL ASEGURADO FALLECIDO CONFORME A NORMATIVA VIGENTE.

1. *Dentro del Proceso Sancionatorio iniciado con la Nota de Cargo N°*

APS/DJ/DPF/7262/2012 (sic) *de 26 de septiembre de 2012, la APS dictó el Auto de 07 de noviembre de 2012, con el que abrió el periodo de prueba, instruyendo a la AFP presente la información que se detalla a continuación: i) fecha de defunción, ii) Cuotas Adquiridas, iii) Cuotas Transferidas, iv) Cotizaciones posteriores, v) Ajustes a periodos, vi) Distribución excederte RC, vii) interés por mora y viii) Rentabilidad de la comisión.*

2. *Cumpliendo el instructivo citado, con cite PREV-PR-RIE-0042/2012 se presentó la información requerida (en medio magnético y físico) respetando los formatos y conceptos solicitados por la APS.*

3. *Del archivo remitido por la AFP a la APS, se evidencia que en los 198 casos la transferencia del Capital Acumulado del Asegurado a la Cuenta de Siniestralidad o Riesgo Profesional, se realizó sin considerar los periodos posteriores a la fecha de fallecimiento del Asegurado fallecido.*

4. *La transferencia del Capital Acumulado del Asegurado a la Cuenta de Siniestralidad o Riesgo Profesional no toma en consideración los conceptos de: Ajustes a periodos anteriores, Diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y Distribución de Excedente de Riesgo Común.*

5. *La APS al manifestar que "...evidenció que existen conceptos diferentes como ser: cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes a periodos anteriores, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente de Riesgo Común, que fueron incluidos en las transferencias efectuadas, ya que la propia Administradora ha detallado los conceptos que se revelan en los Estados de Ahorro Previsional y que son distintos a las Cotizaciones Mensuales..." pone en evidencia que no hizo una correcta valoración de la información y prueba presentada por la AFP, porque hace referencia a la compasión* (sic) *del archivo solicitado por la misma APS como si toda ésta se hubiese fusionado y transferido.*

6. *De la prueba aportada por la AFP se demuestra que la información remitida en medio magnético se genero* (sic) *los datos en lo* (sic) *campos siguientes: Número correlativo, CUA, la fecha de siniestro, el periodo de siniestro y cinco columnas detallando las fusiones (transferencias) efectuadas considerando las Cuotas por Cotización Obligatoria, Rendimiento Comisión, -Interés Mora- Interés Rendimiento Comisión y el total de. cuotas transferidas y el resto de las columnas Pos fusión (sic) - Ajuste de periodos anteriores y Craci* (sic) *se refieren a los saldos que contiene el Estado de Ahorro Previsional que no fueron tomados en cuenta para la fusión (transferencias) por ser conceptos totalmente distintos a lo normado y/o periodos posteriores a la fecha de fallecimiento. En este sentido cabe aclarar que nuestro modulo* (sic) *informático valida* (sic) *estos conceptos los mismos no permite* (sic) *su transferencia. Para lo cuál* (sic) *le adjuntamos nuevamente un reporte detallado de los cosos que se transfirieron y que se marcaron como estado F de fusionado y podrán verificar los aportes transferidos periodo por periodo y los conceptos transferidos por cada uno de ellos siendo estos (Cuotas Cotización Obligatoria - Cuotas Interés Cotización Obligatoria - Cuotas Rendimiento Comisión*

- Cuotas Interés Rendimiento - Fecha de fallecimiento, número de planillas, por lo expuesto se considerando (sic) *lo que BBVA Previsión S.A. ha cumplido a cabalidad la normativa de transferencia.*

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ Nº 08-2013 DE 09 DE ENERO DE 2013, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que la citada disposición administrativa no cumple con los presupuestos procesales establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y la jurisprudencia sentada por la ex Superintendencia del SIREFI. Asimismo, porque las transferencias de los 198 casos observados por la APS se encuentran realizadas conforme dispone la Circular SPVS-IP 036/2002, es decir considerando únicamente las cotizaciones mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento del Asegurado.

Otrosí.- *Solicita a su autoridad se proporcione copia legalizada de las hojas de trabajo de la fiscalización realizada con referencia de los 198 cosos observados, a través de la cual detectaron la diferencia entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas adquiridas.*

Otrosí 2.- *Adjunto Testimonio del Poder General de Administración Nº 627/08 otorgado por ante la Notaría de Fe Pública Nº 97 del distrito judicial de Santa Cruz de la Sierra.*

Otrosí 3.- *Se adjunta en calidad de prueba, reporte en medio magnético de la transferencia de Capital Acumulado de la Cuenta Individual a la Cuenta de Siniestralidad o Riego Profesional de los 198 casos citados en la Resolución Sancionatoria elaborado por el Departamento de Sistemas de esta AFP…*"

Mediante Auto de 27 de marzo de 2013, notificado a la Administradora de Fondos de Pensiones en fecha 28 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** aclare si los conceptos de "Ajuste de periodos anteriores y Craci" (sic) señalados en su Recurso de Revocatoria, corresponden a los saldos que revelan los Estados de Ahorro Previsional remitidos.

La Administradora de Fondos de Pensiones, solicitó la ampliación del plazo para remitir la información solicitada, el cual fue otorgado por la Entidad Reguladora mediante Auto de 09 de abril de 2013 y notificado en fecha 10 de abril de 2013.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante nota PREV PR RIE 3014/2013 de 09 de abril de 2013, señaló lo siguiente:

"…

- ***Ajuste de periodos Anteriores.-*** *Se genera para los valores que están fuera de la*

Cuenta Individual de los Asegurados por que fueron tomados en cuenta en la otorgación de una prestación. Refleja el total original del aporte para el periodo.

- ***CRACI.-*** *La Resolución Administrativa SPVS IP Nº 114/99 establece que es la distribución de los "Recursos por acreditarse en las Cuentas Individuales" a las Cuentas de los Afiliados al Seguro Social Obligatorio (SSO).*

Asimismo, reiteramos a usted que las transferencias del Capital acumulado de las Cuentas Personales Previsionales de los Asegurados a la Cuenta de riesgos se realizaron conforme a los preceptos legales establecidos en el Artículo 39 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y las instrucciones emitidas por la ex SPVS realizada a través del Cite SPVS IP DB 740/2001 de 10 de mayo de 2001 y la Circular SPSVS/IP (sic) *Nº 036/2002 de 20 de marzo de 2002, las que se encontraban vigentes a la fecha de su ejecución…"*

Mediante Auto de 08 de mayo de 2003, la Entidad Reguladora aclaró el Considerando Cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013 e instruyó que la Administradora de Fondos de Pensiones, informe documentalmente sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los parágrafos I, II y III del resuelve Tercero de la señalada Resolución Administrativa, Auto notificado a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en fecha 13 de mayo de 2013; ante la renuencia de la Administradora, el Órgano Regulador reitera mediante Auto de 13 de junio de 2013, conminando a la recurrente para que remita el señalado informe.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante memorial presentado el 01 de julio de 2013, solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que se pronuncie sobre el fondo del Recurso de Revocatoria y emita la correspondiente Resolución Administrativa conforme a derecho y solicita la suspensión del artículo Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, argumentando que esta disposición no considera lo normado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002.

Ante dicha solicitud, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros con Auto de 01 de agosto de 2013, notificado a la Administradora de Fondos de Pensiones en fecha 05 de agosto de 2013, otorga el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos para que la Administradora de Fondos de Pensiones, tome vista del expediente, respecto a la Revisión de Saldos en el Estado de Ahorro Previsional.

La recurrente, mediante memorial de 13 de agosto de 2013, presenta los mismos alegatos expuestos en el Recurso de Revocatoria.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013.

Los argumentos de la citada resolución son los siguientes:

"…*Que el artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, describe cada uno de los elementos esenciales del acto administrativo, de acuerdo a lo siguiente:*

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;

La Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, ha sido dictada por el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, legalmente designado mediante Decreto Supremo N° 05411 de 30 de marzo de 2011. En ese sentido, el referido acto administrativo fue dictado por la autoridad competente en ejercicio de las facultades y atribuciones conferidas por norma.

b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;

La Autoridad Reguladora, basándose en el derecho aplicable, en este caso en la infracción al párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002 y habiendo evidenciado diferencias en los Estados de Ahorro Previsional en los casos de las Prestaciones por Muerte derivadas de Riesgos, emitió la correspondiente Resolución Administrativa, que sanciona a la Entidad Regulada, en cumplimiento del parágrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;

El objeto es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. En este caso en particular, a partir de los hechos y la correspondiente infracción a las normas vigentes de parte de la Administradora, el acto administrativo sancionatorio emitido por la Entidad Reguladora, en ningún momento es contrario o prohibido al orden normativo, no viola las normas legales vigentes, por tanto es cierto y legítimo. Asimismo, se precisó debidamente la disposición adoptada por la autoridad competente, pues se señaló el acto del cual se trata, las personas afectadas, el tiempo y montos que también fueron afectados y finalmente la imposición de una sanción como consecuencia de los antecedentes anteriormente descritos.

d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;

La Entidad Reguladora aplicó estrictamente los procedimientos establecidos en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de

septiembre de 2003 y normas reglamentarias vigentes, en lo que se refiere a la realización del Proceso Sancionatorio.

e) *Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y* (sic),

La Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, expresa concretamente la razones que justifican la emisión de dicho acto administrativo, pues tal como establece el artículo 66, 67 y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establecida la existencia de infracciones, se notificó a BBVA Previsión AFP S.A. con el Cargo imputado, con el objeto de que la Administradora presente sus descargos y finalmente vencido el referido término de prueba, habiéndose dictado la Resolución Sancionadora, se determinó imponer la sanción pertinente.

f) *Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.*

La Entidad Reguladora al emitir el acto administrativo, consideró en todo momento este elemento, al actuar cumpliendo el fin de la norma que otorga (sic) *las atribuciones pertinentes, sin perseguir con la emisión del acto otros fines, públicos o privados. En ese sentido, considerando que la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, tiene por objeto establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las Prestaciones y Beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, de acuerdo al inciso b) del artículo 168 de la referida Ley, fiscaliza, supervisa, regula, controla y sanciona a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Finalmente, no es evidente lo señalado por la Administradora en el punto 4 de los Fundamentos de Impugnación de su Recurso de Revocatoria, pues la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, menciona que se trata de una Resolución Administrativa Sancionatoria, identificándose con el número correspondiente, el lugar y fecha de expedición, los fundamentos de hecho y derecho que la motivan a través de los considerandos respectivos, la decisión clara y expresa de la Autoridad Competente a través de la cual determina imponer la sanción a BBVA Previsión AFP S.A. y finalmente la firma correspondiente, tal como se puede evidenciar de la misma Resolución Administrativa que cursa en el expediente del presente Proceso Sancionatorio.

(…)

Que la Nota de Cargo (sic) *APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012 señala claramente en la imputación del Cargo, que en ciento noventa y ocho (198) casos de Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas*

en la transferencia, refiriéndose a la normativa establecida en la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, por lo cual el considerando cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 008-2013 de 09 de enero de 2013, al hacer mención a la imputación del Cargo señala lo siguiente:

> *"(…) se evidenció como resultado del proceso de revisión en la fiscalización de fecha 07 de diciembre de 2011, que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos,* ***existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales****…" (las negrillas son nuestras).*

Que por tanto, la imputación del Cargo está referida a la diferencia evidenciada en los Estados de Ahorro Previsional (EAP) entre el número de cuotas transferidas y las cuotas que suman las ***Cotizaciones Mensuales****, que es la finalidad de la observación sujeta de imputación y de la norma citada.*

Que de lo expresado por la Administradora, se debe advertir que la transcripción que realiza respecto a la normativa utilizada se encuentra de forma parcial, pues se puede evidenciar que sólo ha transcrito las partes referidas a las transferencias y ***no lo que se refiere al concepto que se debe traspasar****, lo cual se constituye en el objeto de emisión de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002 y que a continuación se procede a citar:*

> *"(…) en estos casos, la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado* ***por concepto de Cotizaciones Mensuales*** *de períodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el período correspondiente al mes de fallecimiento inclusive.*
>
> *Para los casos cuya fecha de fallecimiento sea anterior al 1° de noviembre de 2001, el* ***Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales*** *deberá ser transferido a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales. Para los casos cuya fecha de fallecimiento sea posterior al 31 de octubre de 2001, el* ***Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales*** *será transferido directamente a la Entidad Aseguradora que corresponda" (las negrillas son nuestras).*

Que por tanto, de la transcripción de los dos párrafos que se señalan precedentemente, correspondientes a la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, se puede concluir que ambos son complementarios, debido a que el primer párrafo aclara el Concepto que debe transferirse y el segundo párrafo direcciona las transferencias que deben efectuarse por el concepto de Cotizaciones Mensuales.

Que respecto al Principio de Congruencia señalado por la Administradora en su Recurso de Revocatoria, el artículo 56 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, establece lo siguiente:

> *"**I.** La autoridad administrativa podrá sanear, convalidar o rectificar actos anulables, tomando en cuenta que:*
>
> *a) El saneamiento consistirá en la subsanación de los vicios que presenta el acto. (…)*

b) La rectificación consistirá en la corrección de errores materiales y/o aritméticos.

II. *El saneamiento, la convalidación y la rectificación retrotraen sus efectos al momento de vigencia del acto que presentó el vicio".*

Que por otro lado, el Capítulo VI, Título V del libro "Derecho Administrativo" del autor Roberto Dromi, referido a la Modificación y Extinción, señala lo siguiente:

"(…)

Los actos administrativos con vicios muy leves y leves están sujetos a su modificación mediante aclaratoria, saneamiento y ratificación….

(…)

En los casos de actos administrativos con vicios muy leves procede la modificación por aclaratoria. La aclaratoria o la aclaración del acto se produce ante su oscuridad o imprecisión, y en caso de errores materiales u omisiones no sustanciales del mismo.

(….)

Errores materiales u omisiones son los errores en la escritura, en la expresión o errores numéricos o en la transcripción, o cuando se ha omitido al transcribir el acto (sic) *algún aspecto no esencial de éste. El mismo órgano que emitió el acto es el encargado de su modificación.*

(…)

La modificación puede realizarse de oficio, por petición o impugnación del interesado. Tiene efectos retroactivos, considerándose que el acto modificado ha carecido de vicios".

Que conforme lo señalado anteriormente y a lo establecido mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, notificó a BBVA Previsión AFP S.A. el 13 de mayo de 2013 con Auto de 08 de mayo de 2013, a través del cual ACLARA el Considerando Cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, consignando el párrafo SEGUNDO de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, en lugar del párrafo tercero, quedando la redacción de la siguiente manera:

"***CONSIDERANDO.***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procede al siguiente análisis:

CARGO Nº 1.-

El párrafo segundo de la Circular SPVS-IP/036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece:

"…la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive".

*Que a través del Auto referido anteriormente, se le otorga también a la Administradora el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para el cumplimiento de las obligaciones señaladas en los parágrafos **I, II** y **III** del Resuelve **TERCERO** de la Resolución Administrativa APS/DJ/N°08-2013 de 09 de enero de 2013, es decir hasta el 11 de junio de 2013; sin embargo, dicha Entidad no efectuó el cumplimiento de la obligación de la referida Resolución Administrativa, en el plazo establecido por norma.*

Que conforme dispone el Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003: el saneamiento, la convalidación y la rectificación retrotraen sus efectos al momento de vigencia del acto que presentó el vicio, por tanto, de acuerdo a lo establecido en esta norma, se considera a la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, haber cumplido con todos los presupuestos legales requeridos por norma, es decir que ella contiene la armonía lógica jurídica entre la fundamentación – valoración y la decisión asumida por la Entidad Reguladora, permitiendo de esta manera que el Regulado conozca a cabalidad el motivo de la decisión a la que habría arribado la Entidad Regulada.

Que conforme a lo señalado anteriormente, no es evidente que la Resolución Administrativa APS/DJ/N°08-2013 de 09 de enero de 2013, se constituya en una decisión subjetiva, arbitraria e indeterminada, así como tampoco que carezca de enlace lógico en cuanto a la normativa aplicable en la sanción, pues a partir de la aclaración realizada por la Autoridad de Fiscalización y control de Pensiones y Seguros – APS, se otorgó a BBVA Previsión AFP S.A., contar con una acto administrativo totalmente coherente y concordante entre su parte considerativa y dispositiva, pues en todo su contenido se efectuó un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y los razonamientos contenidos en su parte dispositiva.

Que por tanto, en ningún momento se restringió el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso, pues considerando que éste último es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas, la Entidad Reguladora, siempre en estricto apego a la norma, otorgó a la Administradora los plazos necesarios para la presentación y complementación de sus descargos, así como para las aclaraciones requeridas por la misma y aquellas consideradas necesarias por la Entidad Reguladora.

*Que por otro lado, es importante señalar que la Disposición **TERCERA** de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°008-2013 de 09 de 2013, señala:*

***I.** "La AFP deberá efectuar el reproceso de los ciento noventa y ocho (198) casos, debiendo efectuar el recálculo correspondiente conforme indica la normativa.*

***II.** De acuerdo a lo establecido en el parágrafo anterior, **en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa,** la Administradora deberá reponer con recursos propios a cada uno*

de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor cuota vigente a la fecha de reposición. Por otro lado, deberá remitir un informe detallado a través del cual se pueda verificar la devolución del exceso de los casos imputados, así como los Estados de Ahorro Previsional y asientos contables regularizados.

III. *Asimismo, para todos los casos que componen la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional similar al cargo imputado en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la Administradora deberá proceder a reponer con recursos propis* (sic) *a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas, al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición. Una vez realizada la transferencia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, deberá remitir un informe detallado a través del cual se pueda verificar dicha regularización, remitiendo para tal efecto el respaldo en formato Excel y los asientos contables".*

Que de acuerdo a la transcripción de los parágrafos anteriores y considerando que la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°008-2013 fue notificada el 05 de febrero de 2013, el plazo para las instrucciones establecidas en los parágrafos ***I*** *y* ***II*** *venció el 07 de marzo de 2013. Asimismo, en referencia al plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, establecido en el parágrafo* ***III*** *de dicha Resolución feneció el 06 de mayo de 2013, sin que BBVA Previsión AFP S.A. se haya pronunciado al respecto, por lo que se concluye que no habría efectuado el cumplimiento de dichas instrucciones en los plazos establecidos, al no haber enviado el Informe detallado solicitado por la Entidad Reguladora dentro los cinco (5) días hábiles administrativos, el cual fenecía el 13 de mayo de 2013.*
(…)

Que conforme lo señalado por la Administradora, afirma que: "La transferencia del Capital Acumulado del Asegurado a la Cuenta de Siniestralidad o Riesgo ***Profesional no toma en consideración los conceptos de: Ajustes a periodos anteriores, Diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y Distribución de Excedente de Riesgo Común****" (las negrillas son nuestras), sin embargo en el punto 6 del título* ***TRANSFERENCIA DEL CAPITAL ACUMULADO DE LA CUENTA INDIVIDUAL DEL ASEGURADO FALLECIDO CONFORME A NORMATIVA VIGENTE*** *de su Recurso de Revocatoria, afirma: "De la prueba aportada por la AFP se demuestra que la información remitida en medio magnético se genero (sic) los datos en los campos siguientes: Número correlativo, CUA, (…) y cinco columnas detallando las fusiones (transferencias) efectuadas considerando las Cuotas por Cotización Obligatoria, Rendimiento Comisión, -Interés por Mora- Interés Rendimiento Comisión…" (el subrayado es nuestro); en este entendido y como se puede evidenciar, BBVA Previsión AFP S.A., está afirmando claramente que tomó en cuenta para efectuar las transferencias, los conceptos de: "Rendimiento Comisión" y el "Interés Rendimiento Comisión", los cuales se constituyen en conceptos distintos que deben transferirse respecto a lo que señala la norma.*

Que acerca de la afirmación vertida por la Administradora, respecto a que: "pone en evidencia que no hizo una correcta valoración de la información y prueba presentada por la AFP, porque hace referencia a la compasión (sic) del archivo solicitado por la misma APS

como si toda ésta se hubiese fusionado y transferido", es importante señalar que, esta Autoridad ha evaluado cada uno de los descargos presentados por la AFP, desde la Fiscalización efectuada, así como en todas las instancias del proceso sancionatorio, teniendo como producto de la evaluación realizada, la confirmación del Cargo, toda vez que de los descargos presentados, se ha confirmado la existencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales que fueron transferidas.

*Que respecto a la aseveración de la Administradora que señala: " y el resto de las columnas Pos fusión – Ajuste de periodos anteriores y Craci se refieren **a los saldos que contiene el Estado de Ahorro Previsional** que no fueron tomados en cuenta para la fusión (transferencias) por ser conceptos totalmente distintos a lo normado…" (el subrayado y las negrillas son nuestras), debemos aclarar que la afirmación de BBVA Previsión AFP S.A., no corresponde, ya que "los saldos que contiene el Estados de Ahorro Previsional (Ajuste de periodos anteriores y Craci)", no guarda relación con los **saldos** revelados en los Estados de Ahorro Previsional enviados físicamente por la Administradora, habiéndose evidenciado diferencias en dichos saldos que no corresponden solo a: "Ajuste de periodos anteriores y Craci" que permanecerían en dicho Estado de Ahorro Previsional; mucho más considerando que éstas diferencias corresponden a otros conceptos adicionales que se hubiesen transferido, como ser: Cotizaciones Posteriores, Ajustes a Periodos, Distribución Excedente RC y la Rentabilidad de la Comisión. Por tanto, considerando esta evaluación, la afirmación de la Administradora no es correcta.*

Que respecto, a las aclaraciones que realiza la AFP en la nota PREV PR RIE 3014/2013 de 09 de abril de 2013, hace mención acertadamente la nota Cite SPVS IP DB 740/2001 de 10 de mayo de 2001, donde esta Autoridad (ex SPVS), da respuesta a la consulta efectuada por BBVA Previsión AFP S.A. vía correo electrónico, el cual señalaba lo siguiente:

> *"(…)*
> *Deseo que por favor me aclares que debe suceder con conceptos como:*
> *Interes (sic) de la Cotización Obligatoria*
> *Interes (sic) Rendimiento Comisión*
>
> *Entendiendo que, en apego a la letra muerta de la norma y al no estar expresamente señalados en este articulo* (sic), *estos* (sic) *podrían ser sujetos de fusión, además, considerando lo generalmente marginal de los montos en cada caso, quizás sería conveniente que así fuese.*
> *Sin embargo, tanto **el interes** (sic) **CO como el Interes** (sic) **por rendimiento Comisión no son elementos indispensables para que el riesgo financie la pensión, por lo que podrían quedar en la cuenta del afiliado (sic) como los DVBsociales*** (sic)**,** *cotizaciones adicionales o CRACI.. (sic)*
>
> *Precisamos conocer su criterio para avanzar en la programación con este asunto, **quedo a la espera de tus comentarios**" (las negrillas son nuestras).*

La respuesta a BBVA Previsión AFP S.A. señala:

> *"Al respecto, **corresponde la transferencia de Cotizaciones Mensuales obligatorias más la***

rentabilidad generada por éstas. *Para la transferencia se deben tomar en cuenta todas las Cotizaciones Mensuales en número de cuota lo cual incluye la rentabilidad generada".*

*Que por tanto, la respuesta emitida el 10 de mayo de 2001, por esta Autoridad (ex SPVS) es clara señalando qué era lo que debía transferirse y a qué valor, ya que, como lo señala la Administradora en su consulta: "**el Interes** (sic) **por rendimiento Comisión no son elementos indispensables para que el riesgo financie la pensión, por lo que podrían quedar en la cuenta del afiliado** (sic)" (las negrillas son nuestras), en este entendido, era de pleno conocimiento de la Administradora que conceptos tenía que transferir.*

Que el 01 de julio de 2013, BBVA Previsión AFP S.A. presenta memorial de 25 de junio de 2013, a través del cual solicita a esta Autoridad dicte Resolución Administrativa en la que se resuelva el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, señalando asimismo lo siguiente:

> *"(…) Asimismo* (sic) *porque las transferencias de los 198 casos observados por la APS **se encuentran realizadas conforme dispone la Circular SPVS-IP 036/2002**, **es decir considerando únicamente las cotizaciones mensuales** de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento del Asegurado. (sic) (las negrillas son nuestras).*

Que respecto a lo señalado por la Administradora, es necesario hacer hincapié en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/ N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, a través del cual la Administradora señala:

> *"De la prueba aportada por la AFP se demuestra que la información remitida en medio magnético se genero (sic) los datos en los campos siguientes: Número correlativo, CUA, (…) y cinco columnas detallando las fusiones (transferencias) efectuadas considerando las Cuotas por Cotización Obligatoria, <u>Rendimiento Comisión</u>, -Interés por Mora- I<u>nterés Rendimiento Comisión</u>…" (el subrayado es nuestro).*

*Que como se puede evidenciar, BBVA Previsión AFP S.A., afirma claramente que fueron tomados en cuenta para efectuar las transferencias, los conceptos de: **"Rendimiento Comisión"** y el **"Interés Rendimiento Comisión"**, conceptos distintos a lo que señala la norma que debieron formar parte de la transferencia.*

Que por otro lado, en el mismo memorial de 25 de junio de 2013, la Administradora, solicita la suspensión del artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, amparándose en el parágrafo II del artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Sin embargo, la referida norma señala lo siguiente:

> *"**II**. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".*

Que considerando la norma invocada por la Administradora, se puede deducir que la suspensión de la obligación establecida mediante el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, tiene como condicionante, la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves, concluyéndose en que esta norma no resulta aplicable en este caso, pues la Entidad Regulada no demostró en ningún momento de qué manera el cumplimiento de su obligación, le causa un daño grave.

Que por el contrario BBVA Previsión AFP S.A., al realizar el procedimiento objeto de observación, está ocasionando que las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentren sobrevaluadas, por la transferencia de cuotas que no corresponden a esas Cuentas, ya que éstas pertenecen a los Derechohabientes de los Asegurados fallecidos, por lo que esta Entidad debe efectuar el reproceso de los casos observados y de aquellos similares que componen dichas Cuentas. Por tanto, los argumentos presentados por la Administradora no son suficientes, para desestimar el Cargo imputado, correspondiendo ratificar la sanción imputada.

Que mediante memorial de 13 de agosto de 2013 la Administradora presenta los alegatos correspondientes, ratificándose en sus argumentos ya expuestos y presentados, solicitando asimismo la ***"LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC***(sic)***/DJ Nº 08-2013 DE 09 DE ENERO DE 2013"****.*

CONSIDERANDO:

Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente al haberse evidenciado que en los casos de Prestaciones por Muerte derivada ce Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia.

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, BBVA Previsión AFP S.A., tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que los Estados de de (sic) *Ahorro Previsional, queden con un saldo en defecto por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, como ser la Rentabilidad de la Comisión de la AFP.*

Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado el daño ocasionado a los Derechohabientes de los Asegurados fallecidos debiendo efectuar el reproceso de los casos observados y de aquellos similares que componen dichas Cuentas.

Que por tanto, en mérito al análisis de los argumentos, antecedentes y normativa referida anteriormente, se ratifica el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido en el párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado descargos y argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08 – 2013 de 09 de enero de 2013. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuenta con el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 01 de octubre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, argumentado lo siguiente:

"…V. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

LA R.A. SANCIONADORA N° APS/DJ/DPC (sic) ***N° 831-2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013 CONFIRMA LA LA*** (sic) ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP N° 08/2013 DE 09 DE ENERO DE 2013 QUE CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.***

La Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, establece las normas que reglan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público que manda y ordena:

1. *Que la APS tiene el deber legal de emitir sus Resoluciones Administrativas ajustando su contenido a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, la que*

debe contener los elementos esenciales y debe estar regida bajo los Principios Generales de la Administración Pública.

2. *La Resolución Administrativa entre otros requisitos debe contener los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan y la decisión clara y expresa del Superintendente que la expide, en especial debe dar cumplimiento al principio de congruencia, lo que la Resolución Sancionatoria no cumple por las razones expuestas en el Recurso de Revocatoria y ratificadas en el presente Recursos (sic) Jerárquico.*
3. *Siguiendo los presupuestos legales, la Superintendencia del Sistema de Regulación Financiera sentó jurisprudencia a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, manifestando: "...lo* (sic) *notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo, en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".*
4. *Asimismo, sentó jurisprudencia a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 de 12 de febrero de 2004, manifestando: "La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esta forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, Impugnarla ante autoridad competente...".*
5. *De los argumentos expuestos se evidencia y demuestra plenamente que la APS al momento de emitir la Resolución Sancionatoria no dio cumplimiento* (sic) *los presupuestos legales establecidos en la Ley N° 2341 y demás disposiciones complementarias vigentes, en razón a que mediante cite APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012 en contra BBVA PREVISIÓN AFP S.A. imputa el Cargo N° 1 por infracción al párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, es decir, por transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de períodos posteriores a la fecha de fallecimiento.*
6. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC* (sic) *N° 008-2013 de 09 de enero de 2013, se constituye en una decisión subjetiva, arbitraria e indeterminada, porque en su considerando cuarto explica que la AFP no dio cumplimiento al instructivo de la Circular precedentemente citada, referida a la transferencia del Capital Acumulado del Afiliado a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales de los casos cuya fecha de fallecimiento es anterior al 1° de noviembre de 2001 y para los casos cuya fecha de fallecimiento sea posterior al 31 de octubre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales será transferido directamente a la Entidad Aseguradora que corresponda".*
7. *Como su autoridad podrá advertir, en la Nota de Cargo* (sic) *se imputa el incumplimiento de la transferencia de capital acumulado de periodos posteriores a la fecha de fallecimiento y en la Resolución Administrativa se sanciona por el incumplimiento de la transferencia a la Cuenta de Siniestralidad o de Riesgos*

Profesionales y la transferencia a la Entidad Aseguradora, según corresponda, atentando al derecho constitucional de la defensa y el debido proceso, contraviniendo las disposiciones legales y la línea jurisprudencial sentadas por el SIREFI, ambas citadas precedentemente.

8. *La ausencia de una coherencia entre la imputación de Cargos y la fundamentación legal de la Resolución Administrativa impuesta, carece de todo enlace lógico entre la normativa aplicable de la sanción que se impone, restringiendo el derecho legítimo de la AFP de desarrollar sus actividades con la vigencia plena del principio constitucional de seguridad jurídica por parte del Ente Regulador.*
9. *Finalmente, la Jurisprudencia Constitucional sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Resolución N° 1089/2012 señala: "... exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo* (sic) *suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".*
10. *En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Sancionatoria, no ha cumplido con los presupuestos legales establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no se cumple el principio de congruencia entre los Cargos imputados y la Resolución sancionatoria.*
11. *Contraviniendo la normativa jurídica vigente y la jurisprudencia sentada por el SIREFI y el Tribunal Constitucional Plurinacional, la APS emitió una Resolución Administrativa de Sanción el 09 de enero de 2013, sin dar cumplimiento al principio de concordancia, afectando al derecho a la defensa y el debido proceso, ambos reconocidos por la propia Constitución Política del Estado.*

TRANSFERENCIA DEL CAPITAL ACUMULADO DE LA CUENTA INDIVIDUAL DEL ASEGURADO FALLECIDO CONFORME A NORMATIVA VIGENTE.

1. *La transferencia del Capital Acumulado del Asegurado a la Cuenta de Siniestralidad se encuentra regulada por el Artículo 45 del Decreto Supremo N° 24469, el que a la letra manifiesta: "(DESTINO DE LA CUENTA INDIVIDUAL DEL CAUSANTE). Al fallecimiento de un Afiliado Activo menor de sesenta y cinco (65) años o Pensionado por invalidez, los Derechohabientes podrán optar por una de las siguientes alternativas: ... b) Si el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Causante, descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósito Voluntarios (sic) de Beneficios Sociales, y sumada la Compensación de Cotizaciones, no alcanza para que sus Derechohabientes contraten una Pensión de Seguro Vitalicio o Mensualidad Vitalicia Variable, con una Pensión Base superior a la que le correspondería en el Seguro de Riesgo Común éstos deberán permanecer en este seguro en cuyo caso el Capital Acumulado descontando las Cotizaciones*

Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, deberá ser fusionado al Seguro de Riesgo Común, para que éste pague, a los Derechohabientes, las Pensiones vitalicias y temporales que correspondan."

2. *La Circular SPVS-IP 36/2002 de 20 de marzo de 2002, dispone: "...hasta que se emitan las Compensaciones de Cotización y no se dé inicio a la jubilación en el SSO, los Derechohabientes de afiliado fallecido podrán acceder a la Pensión por Muerte de Riesgo Común o Riesgo Profesional/Laboral siempre que cumplan con los requisitos y plazos que establece la norma. En estos casos, la AFP procederá a transferir el capital acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive...".*
3. *Ante* (sic) *consulta realizada a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros - SPVS, con referencia a transferencia de Cotizaciones Mensuales obligatorias a la Cuenta de Siniestralidad, la SPVS ejerciendo su facultad reguladora respondió manifestando: "... Al respecto, corresponde la transferencia de Cotizaciones Mensuales obligatorias <u>más la rentabilidad generada por éstas.</u> Para las transferencias se deben tomar en cuenta todas las cotizaciones Mensuales en número de cuota <u>lo cual incluye la rentabilidad generada. En los casos de cotizaciones mensuales obligatorias canceladas con intereses debido a mora, corresponde que los intereses por concepto de cotizaciones mensuales sean transferidos al seguro, ya que éstos sustituyen a la rentabilidad que hubieran generado dichos recursos de haberse pagado a tiempo".</u>*
4. *Dando cumplimiento al instructivo CITE SPVS-IP-DB-740/2001 de la SPVS, esta Administradora procedió a transferir las Cotizaciones Mensuales Obligatorias, más la rentabilidad generadas por éstas y los intereses por mora, según corresponda a cada caso, conforme al criterio emitido por la SPVS.*

<u>VI. PETITORIO</u>

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito bajo los preceptos de la sana crítica disponer la anulación de la Resolución Administrativa (sic) *831/2013 de 10 de septiembre de 2013, tal como prescribe el artículo 44 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que la citada disposición administrativa no cumple con los presupuestos legales procesales establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y la jurisprudencia sentada por la ex Superintendencia del SIREFI y el Tribunal Constitucional Plurinacional. En el evento de que su autoridad no diere curso a la anulación de la Resolución Administrativa impugnada, su autoridad deberá revocar la misma en virtud a que las transferencias realizadas de los ciento noventa y ocho (198) casos observados se encuentran conforme dispone la Circular SPVS-IP 036/2002, es decir, considerando únicamente las cotizaciones mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento del Asegurado, y a lo establecido en el instructivo CITE SPVS-IP-DB-740/2001 que establece la transferencia de la cotización obligatoria y la rentabilidad generada. Asimismo, ordene que todo cambio de criterio técnico del Regulador (modificación de conceptos, procedimientos, etc.), debe ser a través de la emisión de una nueva disposición administrativa (R.A. Circular, Instructivo, etc.) de igual o mayor jerarquía jurídica a la disposición que modifica, y cuya aplicación se encuentre*

conforme a lo establecido por los Artículos 164 y 123 de la Constitución Política del Estado, es decir, que la nueva norma administrativa será de cumplimiento obligatorio desde la fecha de su notificación y sólo para lo venidero, otorgando así plena seguridad jurídica al operador…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En cumplimiento a la Orden de Fiscalización DF/OF/032/2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realizó la revisión del saldo en el Estado de Ahorro Previsional de los Asegurados de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, cuyo resultado consta en el Informe de Cierre de Fiscalización DFP/C/006-2012 de 27 de febrero de 2012.

Mediante nota APS/DF/6008/2011 30 de diciembre de 2011, la Entidad Reguladora comunicó las observaciones encontradas durante la fiscalización realizada, con respecto a las cuales, la ahora recurrente presentó sus justificaciones mediante nota PREV-PR-RIE 0253/12 de 17 de enero de 2012.

Emergente de ello, mediante nota APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a la Administradora de Fondos de Pensiones con el Cargo Nº 1 (único), por infracción a lo establecido en el segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en fecha 20 de marzo de 2002, al advertir: "*que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia. Por lo tanto, los Estados de Ahorro Previsional, quedan con un saldo en defecto por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, como ser la Rentabilidad de la Comisión de la AFP…*"

La precitada Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece lo siguiente:

> "… *Hasta que se emitan las Compensaciones de Cotizaciones (CC) y no se de* (sic) *inicio a la jubilación en el SSO, los Derechohabientes de Afiliados fallecidos podrán acceder a las pensiones por muerte* (sic) *de los seguros de riesgo común o riesgo*

profesional/laboral (sic) *siempre que cumplan con los requisitos y plazos que establece la norma. En estos casos,* ***la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Presentados los descargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2012, notificado el 14 de noviembre de 2012, aperturó un término de prueba de diez (10) días hábiles, para que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** remita un informe detallado de los ciento noventa y ocho (198) casos sancionados, el cual, a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones, fue ampliado a través del auto de 04 de diciembre de 2012 (notificado el 10 de diciembre de 2012), otorgando un plazo adicional de diez (10) días hábiles administrativos, hasta el 24 de diciembre de 2012.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), en fecha 24 de diciembre de 2012, remitió la información solicitada por el Órgano Regulador.

Evaluados los descargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, notificada a la Administradora de Fondos de Pensiones en fecha 05 de febrero de 2013, impuso a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** una sanción de $us 10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) y en su resuelve Tercero determinó que la Administradora de Fondos de Pensiones efectúe el reproceso de los casos observados y realice el recálculo correspondiente conforme lo establece la norma. Asimismo, determinó que en el plazo de veinte (20) días hábiles realice la reposición con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, de las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición. Por último, dispone que para todos los casos que componen la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional similar al cargo imputado, en el plazo de sesenta (60) días hábiles, realice la reposición con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, de las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición.

En fecha 28 de febrero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta Recurso de Revocatoria, sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 27 de marzo de 2013, notificado el 28 de marzo de 2013, determinó la apertura de término de prueba para que la Administradora de Fondos de Pensiones, aclare los conceptos de "Ajuste de periodos anteriores y Craci" que fueron anotados en el Recurso de Revocatoria, el cual a solicitud de la recurrente fue ampliado con Auto de 09 de abril de 2013, notificado el 10 de abril de 2013.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), con nota PREV PR RIE 3014/2013 de 09 de abril de 2013, remitió la información solicitada por el Ente Regulador.

Mediante Auto de 08 de mayo de 2013, debidamente notificado el 13 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aclaró que la norma imputada corresponde al segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, en lugar del tercer párrafo señalado en el Considerando Cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, asimismo, solicitó el informe documentado del cumplimiento de la obligación establecida en el resuelve Tercero de la señalada Resolución Administrativa, mismo que debido a la falta de atención por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, es reiterado con Auto de 13 de junio de 2013, notificado el 20 de junio de 2013, conminando a la Administradora de Fondos de Pensiones, a remitir la información en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante memorial de 01 de julio de 2013, solicita la suspensión del cumplimiento de la obligación establecida en el resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013 y con memorial de 13 de agosto de 2013 reitera los alegatos presentados en el Recurso de Revocatoria.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013; resolución contra la cual **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en fecha 01 de octubre de 2013, interpone Recurso Jerárquico, que pasa a analizarse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previo al análisis importa señalar que, en ejercicio del control administrativo de la legitimidad y legalidad del proceso administrativo que nace del Recurso Jerárquico planteado, la presente Resolución Ministerial Jerárquica, en principio, se circunscribirá a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el pronunciamiento de la Resolución impugnada, ha actuado conforme a derecho, al confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, de lo que en definitiva depende se ingrese o no a una evaluación sobre los alegatos de fondo, contenidos en el Recurso Jerárquico.

2.1. Del cumplimiento de plazos dentro del proceso administrativo.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo y de la normativa aplicable, tenemos los siguientes actuados:

Actuado	Fecha	Notificación o Presentación	Plazo otorgado o utilizado	Plazo establecido en norma	Observaciones
Nota APS/DJ/DFP/7262/2012	20/09/2012	15/10/2012	10 dha		Nota de Cargos
Nota PREV PR RIE 7277/2012	29/10/2012	29/10/2012	10 dha	EN PLAZO	BBVA presenta Descargos
Plazo para emitir la Resolución Administrativa	13/11/2012		10 dha	Art. 68 D.S. 27175	Vencido el término de prueba la Entidad Reguladora, en el plazo de 10 días hábiles administrativos

sancionatoria					siguientes, dictará resolución, es decir hasta el 13/11/2012
Auto	07/11/2012	14/11/2012	10 dha	Art. 29 D.S. 27175	Apertura término de prueba de 10 dha para remitir informe detallado
Nota PREV PR RIE 8196/12	28/11/2012	28/11/2012	9 dha	EN PLAZO	Solicita ampliación de plazo
Auto	04/12/2012	10/12/2012	10 dha	Art. 29 D.S. 27175	Amplía plazo para envío del informe requerido por la APS
Nota PREV PR RIE 9042/12	24/12/2012	24/12/2012	10 dha	EN PLAZO	Remite informe solicitado por la APS
Nota PREV PR RIE 622/13	16/01/2013	18/01/2013	27 dha	FUERA DE PLAZO	Remite y complementa Informe de 24/12/2012
Nota APS/DJ/0193/2013	09/01/2013	16/01/2013	5 dha	Art. 26 D.S. 27175	Primera Citación
Nota APS/DJ/0656/2013	25/01/2013	29/01/2013	5 dha	Art. 26 D.S. 27175	Segunda Citación
Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08/2013	09/01/2013	05/02/2013	20 dha		Sanciona con una multa de $us 10.000.- y determina que BBVA efectúe el reproceso de los 198 casos observados.
Memorial de BBVA	26/02/2013	28/02/2013	15 dha	Art. 48 D.S. 27175 EN PLAZO	Interposición de Recurso de Revocatoria, sin el cumplimiento de las obligaciones impuestas por R.A. 08/2013
Tramitación y Plazo para resolver el Recurso de Revocatoria	28/03/2013		20 dha	Art. 32 D.S. 27175 Art. 49 D.S. 27175	La APS tenía hasta el 28/03/2013 (20 dha) para sustanciar el recurso y dictar resolución
Facultad de Aperturar Término de Prueba	07/03/2013		5 dha	Art. 50 D.S. 27175	La APS podrá disponer la producción de prueba de oficio, esta apertura deberá efectuarse dentro de los 5 dha de interpuesto el Recurso de Revocatoria.
Auto	27/03/2013	28/03/2013	5 dha		Un día antes del fenecimiento del plazo otorgado por ley, la APS requiere que BBVA aclare: "Ajuste de Periodos anteriores y CRACI"
Nota PREV-PR-RIE 2954/2013	05/04/2013	05/04/2013	5 dha	EN PLAZO	Solicita ampliación de plazo para presentar información requerida
Auto	09/04/2013	10/04/2013	5 dha		La APS concede ampliar el plazo para envío del informe
Nota PREV PR RIE 3014/2013	09/04/2013	09/04/2013	Hasta el 17/04/2013	EN PLAZO	Remite informe solicitado
Auto	08/05/2013	13/05/2013	20 dha	HASTA EL 11/06/2013	Producto del reclamo de BBVA, mediante Auto aclara la R.A. sancionatoria referida a normativa imputada y solicita informe del Resuelve Tercero de la misma.
Auto	13/06/2013	20/06/2013	10 dha	HASTA EL 05/07/2013	Ante la renuencia de BBVA de remitir el informe requerido, la APS conmina a enviar informe sobre las obligaciones impuestas
Memorial de BBVA	27/06/2013	01/07/2013			Solicita pronunciamiento sobre el fondo del recurso y pide suspensión del cumplimiento de la obligación.
Auto	01/08/2013	05/08/2013	5 dha		Otorga plazo para la vista del expediente
Memorial de BBVA	13/08/2013	13/08/2013		EN PLAZO	Formula alegatos dentro del Recurso de Revocatoria, reiterando la fundamentación.
Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-	10/09/2013	17/09/2013	20 dha	Art. 49 D.S. 27175	La APS emite RA 08/2013 y confirma la Resolución impugnada. No obstante que

2013					tenía 20 días hábiles siguientes al 28/02/2013 para sustanciar y dictar R.A.
Memorial de BBVA	30/09/2013	01/10/2013	10 dha	Art. 53 D.S. 27175 EN PLAZO	Interpone Recurso Jerárquico

Ahora bien, del Cuadro Resumen detallado, se evidencia incumplimiento en los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo, por parte de la Entidad Reguladora, como sigue:

En fecha **29 de octubre de 2012**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, recepcionó la documentación de descargo y seis (6) días hábiles posteriores a su presentación, es decir, el **07 de noviembre de 2012**, recién emite Auto de Apertura de Término Probatorio, el cual es notificado a la Administradora de Fondos de Pensiones, pasados cinco (5) días hábiles de su emisión, en fecha **14 de noviembre de 2012**, transcurriendo hasta entonces once (11) días hábiles administrativos desde la presentación de los descargos.

En dicho Auto, la Entidad Reguladora, concedió diez (10) días hábiles administrativos para la producción de prueba, es decir, hasta el **29 de noviembre de 2012**, sin embargo, en fecha **28 de noviembre de 2012,** la Administradora de Fondos de Pensiones presenta su solicitud de ampliación de plazo, la cual es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros al cuarto día hábil de su presentación, a través del Auto de **04 de diciembre de 2012**, notificado el **10 de diciembre de 2012**, por lo tanto, la fecha límite para la producción de prueba es ampliada hasta el **24 de diciembre de 2012**, día en el que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presentó la documentación solicitada.

En consecuencia, recién en fecha **09 de enero de 2013**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013, habiendo transcurrido hasta entonces cuarenta y ocho (48) días hábiles administrativos desde la presentación de descargos, conociendo que en virtud al artículo 68 del Decreto Supremo Nº 27175, tenía un plazo de diez (10) días hábiles administrativos al vencimiento del término de prueba, para dictar la Resolución sancionatoria.

Si bien la norma permite la emisión de Autos de producción de prueba, en virtud del artículo 29 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, los mismos deben evitar dilaciones innecesarias precautelando la celeridad necesaria, caso contrario se desvirtuaría la finalidad del procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, es de conocimiento del Órgano Regulador de conformidad al artículo 49 del Decreto Supremo Nº 27175, dispone de veinte (20) días hábiles administrativos para sustanciar el recurso y dictar resolución dentro de la presente impugnación, es decir, debió ser hasta el día **28 de marzo de 2013**; sin embargo, un día antes del cumplimiento del plazo para la emisión de la Resolución, en fecha **27 de marzo de 2013**, notificado el **28 de marzo de 2013,** la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite un Auto determinando que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** aclare los conceptos de "Ajuste de períodos anteriores

y Craci" señalados en el Recurso de Revocatoria; hecho que perturba y afecta el plazo establecido por ley para la emisión de la Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto.

Hecho que desconcierta el tiempo transcurrido desde la presentación de la impugnación a través del Recurso de Revocatoria, hasta la resolución del mismo a través de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013.

De lo transcrito, queda clara la existencia de dilaciones innecesarias, donde el plazo fatal e improrrogable no ha sido cumplido, sino diferido en múltiples ocasiones, razón que extraña a esta instancia jerárquica como se ha manejado el presente proceso, conduciendo por lo tanto a que la recurrente alegue violación al debido proceso.

2.2. De los Principios del Derecho Administrativo.-

La recurrente, en el memorial del Recurso Jerárquico cursante a fojas 183 a 187 del expediente administrativo, expone una serie de argumentos referidos a posibles vulneraciones a los Principios del Derecho Administrativo, entre ellos, el de motivación, congruencia, debido proceso y seguridad jurídica; por lo que corresponde revisar cada uno de los principios manifestados como sigue:

2.2.1. Principio de Motivación y Congruencia.-

La recurrente señala que el Ente Regulador habría vulnerado el Principio de Congruencia y Motivación, ya que la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, no se encontraría debidamente fundamentada y fuera incongruente en relación a la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012.

Previo al análisis corresponde traer a colación lo establecido mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, que en cuanto al principio de congruencia, señala lo siguiente:

> "*Principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final* (…)
>
> *…la motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa*…"

Por su parte, el profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su libro "*Derecho Administrativo General*", refiriéndose al Principio de Congruencia, expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que se desecha.

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos y de la lectura de todos los actuados que se tiene en el expediente, se aprecian las siguientes incongruencias:

a) La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, señala:

> "…*El segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece:*
>
> > "…*la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive*…"
>
> *Se evidenció que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia.*
>
> *Por lo tanto, los Estados de Ahorro Previsional, quedan con un saldo en defecto por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, como ser la Rentabilidad de la Comisión de la AFP*…"

Sin embargo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, la Entidad Reguladora estableció que:

> "…*El párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece:*
>
> > "*Para los casos cuya fecha de fallecimiento es anterior al 1º de noviembre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales deberá ser transferido a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales. Para los casos cuya fecha de fallecimiento sea posterior al 31 de octubre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales será transferido directamente a la Entidad Aseguradora que corresponda*"
>
> *De acuerdo a la* ***norma señalada anteriormente, se evidenció*** *como resultado del procesos de revisión en la fiscalización de fecha 07 de diciembre de 2011,* ***que en los casos de las Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total de número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales****, las cuales de acuerdo a*

norma deben ser consideradas en la transferencia…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, es evidente que existe una incongruencia entre la Nota de Cargos y la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, toda vez que mediante nota APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, la Entidad Reguladora imputó con cargos a la Administradora de Fondos de Pensiones, por infracción a la última parte del segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, que establece **los conceptos que deben ser transferidos** hasta la fecha de fallecimiento del Asegurado.

Sin embargo, la norma establecida en el cuarto Considerando de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, establece el **destino de dicha transferencia**, es decir, señala que los casos cuya fecha de fallecimiento sea anterior al 1º de noviembre de 2001 la transferencia del Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales se realiza a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o Riesgos Profesionales, y para los casos con fecha de fallecimiento posterior al 31 de octubre de 2001, la transferencia debe ser realizada directamente a la Entidad Aseguradora.

Por lo tanto, es evidente la incongruencia alegada por la recurrente en sentido de que la Nota de Cargos, no tiene relación con la norma tomada como imputada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013.

Si bien dicha incongruencia fue enmendada con demora mediante Auto de 08 de mayo de 2013, es importante señalar que el artículo 31 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, establece lo siguiente:

"…***Artículo 31° (Correcciones de Errores)***
Las entidades públicas corregirán en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, sin alterar sustancialmente la Resolución…"

Sobre el particular, es evidente la facultad otorgada a la Administración Pública, para corregir de oficio o a instancia de los interesados, errores materiales, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión de la Resolución acerca de las pretensiones discutidas en el proceso administrativo sancionador, siempre que la enmienda, aclaración no altere lo substancial de la decisión.

Sin embargo, una vez dictada la Resolución Sancionatoria, en ningún caso la misma puede enmendarse mediante un singular Auto, por errores que modifiquen la resultancia resuelta (el fondo), aunque sean del todo evidentes, porque lo contrario importaría abrir plazos más allá de lo establecido por ley y abrir una instancia que se encuentra concluida.

Por lo señalado, es evidente que a la Administradora se le afectó el derecho a la defensa, como un elemento integrante del debido proceso, que se encuentra explícitamente contenido en el tenor del artículo 117, parágrafo II de la Constitución Política del Estado, que prescribe que *ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada*

previamente en un debido proceso, precepto constitucional que encuentra su génesis en el artículo 119, parágrafo II de la misma Norma Suprema cuando ésta prevé que: "*Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa…*"; postulados que de manera concordante se relacionan con el contenido del artículo 115, parágrafo II Constitucional que señala: "*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones*", normativa de orden jerárquico que permitirá establecer, que el derecho a la defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que se traduce, entre otros, en la observancia de las disposiciones legales por parte de las Autoridades Administrativas a efectos de que los procesados conozcan a detalle y de forma explícita el adelantamiento del proceso para que, de ser preciso, puedan defenderse ante cualquier tipo de acto administrativo emanada de la Administración Pública que afecte sus derechos.

b) Mediante Informe de Cierre de Fiscalización DFP/C/006-2012 emitido el 27 de febrero de 2012, la Entidad Reguladora señaló que el objetivo de la fiscalización era: ***"…****Determinar la razón por la que a la fecha luego de realizada una transferencia de los saldos acumulados en la cuenta de MVV o SV, según corresponda, de acuerdo a jubilación del SSO o pensión por muerte derivado de riesgos, el Estado de Ahorro Previsional (EAP) presenta saldo…"*

El Informe Técnico – Legal DFP/DJ/TL/034-2012 emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 11 de septiembre de 2012, señala que:

> *"…Mediante nota PREV-PR-RIE 0253/12 de 17 de enero de 2012, BBVA Previsión AFP S.A., efectúa aclaraciones con relación a este punto: "Esta Administradora* ***ha procedido conforme a normativa establecida para el efecto en el art, 45 inciso b) del Decreto Supremo 24469*** (…)
>
> *Adicionalmente, en la misma nota señala: "Reiteramos que esta Administradora realizó el traspaso de aportes a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad en la forma dispuesta por el artículo 45 del DS 24469, adicionalmente informamos a usted que para efectuar la transferencia se consideró las cotizaciones mensuales anteriores a la fecha de fallecimiento, incluyendo el mes de fallecimiento. Los casos observados corresponden a periodos pagados en fechas posteriores a la fecha de fallecimiento, los cuales no fueron transferidos conforme a normativa vigente"* (…)
>
> *Por lo expuesto… se evidencia que la AFP ha transferido capital acumulado del Asegurado incluyendo conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales,… sin embargo,* ***la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, hace alusión directa a la aplicación de éste Artículo*** –refiriéndose al artículo 45 del Decreto Supremo Nº 24469-, *estableciendo la transferencia de capital acumulado por concepto de* ***Cotizaciones Mensuales*** (…)
>
> *Sin embargo, es importante resaltar que el Punto 1 y el Punto 2 de la* ***Circular SPVS/IP/DCF/90/2008 de 25 de agosto de 2008*** *establece que:*
>
> *1. "Las AFP deben transferir al TGN los siguientes conceptos de la Cuenta Individual:*

- *Los rendimientos generados por las Cotizaciones Mensuales y el interés por mora.*

2. *No corresponde transferir el rendimiento generado por la comisión del 0.5%"…"*

En tal sentido, mediante nota APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, la Entidad Reguladora imputó con cargos a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** al evidenciar que en los casos de las **Prestaciones por Muerte derivada de Riesgos**, existen diferencias en los Estados de Ahorro Previsional, entre el número de cuotas transferidas y el total del número de cuotas que suman las Cotizaciones Mensuales, las cuales de acuerdo a norma deben ser consideradas en la transferencia, incumpliendo lo establecido en el segundo párrafo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002.

Al respecto, el artículo 45 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, señala:

> "***ARTÍCULO 45.- (DESTINO DE LA CUENTA INDIVIDUAL DEL CAUSANTE).*** *Al fallecimiento de un Afiliado Activo menor de sesenta y cinco (65) años o Pensionado, por invalidez, los Derechohabientes podrán optar por una de las siguientes alternativas:*
>
> *a) Si el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Causante, descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales y sumada la Compensación de Cotizaciones,* ***alcanza para que sus Derechohabientes contraten una Pensión de Seguro Vitalicio o Mensualidades Vitalicias Variables****, con una Pensión Base superior a la que le correspondería en el Seguro de Riesgo Común, los Derechohabientes* ***deberán optar por alguna de las modalidades de Pensión****, de conformidad con el presente reglamento. En este caso, el contrato de éstas Pensiones deberá realizarse con el total del Capital Acumulado.*
>
> *b) Si el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Causante, descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales y sumada la Compensación de Cotizaciones,* ***no alcanza para que sus Derechohabientes contraten una Pensión de Seguro Vitalicio o Mensualidad Vitalicia Variable****, con una Pensión Base superior a la que le correspondería en el Seguro de Riesgo Común, éstos* ***deberán permanecer en este seguro*** *en cuyo caso el Capital Acumulado descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales,* ***deberá ser fusionado al Seguro de Riesgo Común,*** *para que éste pague, a los Derechohabientes, las Pensiones vitalicias y temporales que correspondan…"*
>
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Para tal efecto, la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, establece lo siguiente:

> "*...Con relación a la* ***aplicación del artículo 45*** *del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997* ***se hace la siguiente aclaración****:*

Hasta que se emitan las Compensaciones de Cotizaciones (CC) y no se de* (sic) *inicio a la jubilación en el SSO*, los Derechohabientes de Afiliados fallecidos* ***podrán acceder a las pensiones por muerte de los seguros de riesgo común o riesgo profesional/laboral*** (sic) *siempre que cumplan con los requisitos y plazos que establece la norma.* ***En estos casos,*** *la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos anteriores a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive.*

Para los casos cuya fecha de fallecimiento es anterior al 1º de noviembre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales deberá ser transferido a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad o de Riesgos Profesionales. Para los casos cuya fecha de fallecimiento sea posterior al 31 de octubre de 2001, el Capital Acumulado correspondiente a Cotizaciones Mensuales será transferido directamente a la Entidad Aseguradora que corresponda.

Una vez que se emitan las CC y se inicie la jubilación en el SSO*,* ***el artículo 45 del Decreto Supremo 24469 entrará en vigencia*** *por lo que las AFP deberán verificar para cada caso si corresponde derivarlos a los seguros colectivos* (sic) *(RC o RP/RL) o una de las modalidades de jubilación…"*
(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De la norma transcrita ut supra, se tiene que la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002 fue emitida de manera transitoria, tal como la misma establece: "*Hasta que se emitan las Compensaciones de Cotizaciones (CC) y no se de* (sic) *inicio a la jubilación en el SSO…",* asimismo, es de conocimiento de la Entidad Reguladora que una vez emitidas las Compensaciones de Cotizaciones y el procedimiento para la jubilación en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, entró en vigencia lo establecido en el artículo 45 del Decreto Supremo Nº 24469.

Si bien la norma establece que la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en el Estado de Ahorro Previsional de los Asegurados, por periodos anteriores a la fecha de fallecimiento y los conceptos que deben ser transferidos, sin embargo y de la revisión del expediente, no existe un análisis de la documentación que pruebe o evidencie la fecha de suscripción de las Solicitudes de Pensión por Muerte y la transferencia del Capital Acumulado de los ciento noventa y ocho (198) casos sancionados, que determine la aplicación o no de la Circular SPVS-IP-036/2002.
De igual manera la Autoridad de Fiscalización mediante Informe Técnico – Legal DFP/DJ/TL/034-2012 de 11 de septiembre de 2012, señalado precedentemente, hace referencia a la Circular SPVS/IP/DCF/90/2008 de 25 de agosto de 2008, la cual aclara el procedimiento establecido para la Transferencia al Tesoro General de la Nación, de los recursos en las Cuentas Individuales de los miembros de las Fuerzas Armadas que se jubilaron bajo el Sistema de Reparto considerando aportes al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, sin embargo, en ninguna parte del expediente de autos, se cuenta con información respecto a cuales serían los casos que corresponden a miembros de las Fuerzas Armadas y a los que se aplicaría ésta norma.

Dichos hechos evidencian la falta de una compulsa y análisis que debió tenerse, a efectos de la imposición de una sanción, en estricta sujeción al debido proceso.

c) Mediante Nota de Cargos, la Entidad Reguladora señala que los Estados de Ahorro Previsional quedan con un saldo en defecto, detallando la sumatoria de cuotas adquiridas y las cuotas transferidas.

Asimismo, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, la Entidad Reguladora señala a fjs, 058 que:

> "…***c)*** (…) *el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002,* ***tuvo como consecuencia que los Estados de Ahorro Previsional, queden con un saldo en defecto*** *por la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, por lo que la Administradora al efectuar la transferencia de cuotas que no corresponden (cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes a periodos anteriores, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente RC),* ***está ocasionando que las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentren sobrevaluadas****, toda vez que las cuotas transferidas* ***incorrectamente pertenecen a los Derechohabientes de los Asegurados fallecidos***(…)
>
> ***d)*** *El incumplimiento de la Administradora al párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002,* ***ocasionó perjuicio*** *en el sentido de que los Estados de Ahorro Previsional de los ciento noventa y ocho (198) casos consignan un saldo en defecto; asimismo* ***las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentran sobrevaluadas*** *al haber transferido conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, los cuales fueron señalados ut supra*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la revisión de los casos, se tiene que existen registros que no condicen con las aseveraciones de la Autoridad, tal es el caso del CUA 15336566 -Nº 1 del Cuadro- por el cual se transfirió **más cuotas** de las que realmente el Asegurado adquirió (Cuotas Adquiridas: 71.2582 y Cuotas Transferidas: 71.3051) sin embargo, en el caso del CUA 7795397 -Nº 5 del Cuadro- se habrían transferido **menos cuotas** de las que adquirió (Cuotas Adquiridas: 37.652 y Cuotas Transferidas: 36.8648), por lo tanto, existe una incongruencia entre la Nota de Cargos y la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08/2013 de 09 de enero de 2013 que señala que existe una sobrevaluación de las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgos Profesionales, toda vez que al haber transferido menos cuotas de las que correspondían, tal cual lo señala la Nota de Cargos, se estaría subvaluando las señaladas Cuentas.

d) En la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, la Entidad Reguladora señala que se habrían transferido conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales, "*como ser*" la **Rentabilidad de la Comisión de la AFP**; sin embargo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, a fojas 61, señala que lo que se habrían transferido, son: **Cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente en Riesgo Común**, además de no señalar, para cada caso, en qué habría consistido

exactamente la infracción o cuál el concepto transferido que no correspondía hacerlo, lo que tampoco es dilucidado a momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013.

El extremo importa una infracción al Principio de Tipicidad, por cuanto, conforme lo establece el artículo 73, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), "*son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*", y para el caso, cuando la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/7262/2012 establece como evidencia de la infracción conceptos "***como ser** la Rentabilidad de la Comisión de la AFP*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), entonces determina una idea confusa, obscura e incompleta. En definitiva, la Rentabilidad de la Comisión de la AFP no resulta en la comisión de la infracción, sino en un ejemplo de la misma, que determina su indefinición.

Podría pensarse en que la existencia de la transferencia de conceptos distintos a las Cotizaciones Mensuales resulta en una infracción suficiente para imponer el cargo, empero después (Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013), en infracción al principio de congruencia, se establecen como infracción la transferencia de "*Cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente en Riesgo Común*", es decir, conductas antijurídicas concretas y, por más que se pretenda agruparlas en una sola infracción, de ocurrencia diversa.

Entonces, se establece haber existido incongruencia, referida a la necesaria conformidad que debió existir, entre la imputación contenida en la Nota de Cargos (base del proceso), y la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, por cuanto y en definitiva, no es por la infracción que se sospechaba existente (la transferencia de la Rentabilidad de la Comisión de la AFP) y contra la que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ejerció su derecho a la defensa a tiempo de sus descargos, aquella por la que después se la sanciona: la transferencia de "*Cotizaciones posteriores a la fecha de fallecimiento, ajustes, diferencial en comisiones (rentabilidad de la comisión) y distribución de Excedente en Riesgo Común*".

Todos estos conceptos últimos señalados, son distintas las unas de las otras, por tanto, su ocurrencia es también diferente, y si han sido trascendentes para la imposición de una sanción, entonces también ameritaban el ejercicio del contradictorio desde el principio del proceso sancionatorio, es decir, a tiempo de la imputación que importa la Nota de Cargos, para dar la posibilidad a la ahora recurrente, de oponer su defensa contra la misma; lo contrario ha dado lugar a la infracción a su derecho a la defensa y al debido proceso administrativo, además de la garantía de obtener decisiones debidamente fundamentadas, por cuanto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 en cuanto a sus argumentos, no corresponde a lo alegado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en su nota PREV PR RIE 7277/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, a la que debió circunscribirse.

Por todo lo señalado, es evidente que en la motivación, una nota de cargos debe ser concreta y precisa, y no dar lugar a confusiones u oscuridad; por lo tanto la fundamentación que debió expresar la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sujeción al Principio de Congruencia, se deriva del debido proceso como principio procesal que busca la correspondencia entre lo peticionado y lo resuelto, concordancia que implica también la conformidad entre la parte considerativa y dispositiva.

Sobra mencionar que esa concordancia debe mantenerse en todo el contenido de la Resolución a través del razonamiento integral y armonizado de todos los elementos y partes que componen la decisión en base a las disposiciones legales aplicables al caso concreto y que sustentan la determinación asumida a efectos de emitir una determinación motivada, congruente, pertinente y precisa, aspectos que se extrañan en la imputación del cargo reflejada en la Nota de Cargo APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012 y la que se refleja en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 008-2013 de 09 de enero de 2013,

2.2.2. Seguridad Jurídica.-

Conforme se tiene del precedente administrativo anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, referente a la Seguridad Jurídica señala:

> "*La seguridad jurídica en todo proceso permite establecer a cabalidad que el procedimiento administrativo haya sido cumplido, traduciéndose en un valor supremo del derecho que conduce al camino correcto en el que los jueces, tribunales y administradores de justicia en general deben seguir para obrar en equidad y derecho buscando la mayor congruencia entre lo legal y lo justo, permitiendo que los administrados conozcan en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones.*
>
> *El derecho y la certidumbre que tiene toda persona frente a las decisiones de la administración pública es una cuestión de seguridad jurídica que debe ser adoptada en el marco de la aplicación objetiva de la Ley, de acuerdo a los principios generales de la actividad administrativa*".

En tal sentido, la seguridad jurídica en todo proceso administrativo, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria de la Administración Pública; por lo tanto, la relación Estado-administrado debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitucional Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Suprema; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con la Constitución Política del Estado, que en su artículo 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad, así como los principios del Derecho Administrativo.

En el caso de autos, al encontrarse de manera difusa la imputación de cargos reflejada en la Nota de Cargos, así como incongruente con las Resoluciones Administrativas emitidas por el mismo Órgano Regulador, existe indefensión al evidenciarse la no aplicación objetiva de la norma, de tal modo que a la Administradora se le generó una incertidumbre sobre la norma aplicada y los cargos imputados.

2.2.3. Debido Proceso.-

El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental del administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, el ofrecer y producir pruebas, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa.

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído, a presentar pruebas, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción.

Realizada la compulsa de los actos administrativos emitidos y como fue llevado a cabo el presente procedimiento administrativo sancionatorio, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizó una serie de omisiones en su tramitación así como fue incongruente en su pronunciamiento habiendo conculcado los principios precedentemente citados, comprometiendo el procedimiento a una suerte de anulabilidad y posterior corrección del mismo, debiendo tomar en cuenta lo manifestado encausando adecuadamente su proceder y restituyendo las garantías del debido proceso y sus elementos a favor del administrado.

Sin embargo, en la lucha de conllevar un debido proceso, no podemos someter al administrado a un procedimiento moroso que le ocasione perjuicios innecesarios, tanto al regulado como al aparato administrativo, debiendo velarse por una economía procesal, pronta, eficaz y efectiva que otorgue a los sujetos procesales la certidumbre jurídica de que el pronunciamiento que pueda emitir la Autoridad se encuentre enmarcado dentro del ámbito de la legalidad procesal (plazos y procedimientos) en resguardo a sus derechos legalmente constituidos.

2.3. Cumplimiento de las obligaciones impuestas.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, el momento de sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por el Cargo Nº 1, con una multa en bolivianos equivalente a $us10.000.-, por incumplimiento a la Circular SPVS-IP-036/2002, en su resuelve Tercero, también, determinó el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

*"…**TERCERO.- I.** La AFP deberá efectuar el reproceso de los ciento noventa y ocho (198) casos, debiendo efectuar el recálculo correspondiente conforme indica la normativa.*

***II.-** De acuerdo a lo establecido en el parágrafo anterior, en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la Administradora deberá reponer con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición. Por otro lado, deberá remitir un informe detallado a través del cual se pueda verificar la devolución del exceso de los casos imputados, así como los Estados de Ahorro Previsional y asientos contables regularizados.*

***III.-** Asimismo, para todos los casos que componen la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional similar al cargo imputado, en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la Administradora deberá proceder a reponer con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición. Una vez realizada la transferencia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos deberá remitir un informe detallado a través del cual se pueda verificar dicha regularización, remitiendo para tal efecto el respaldo en formato Excel y los asientos contables…"*

Ante la determinación del Ente Fiscalizador, mediante memorial presentado el 28 de febrero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, alegando que la señalada Resolución infringiría los Principios de Congruencia, Motivación, Derecho a la Defensa y Debido Proceso –los cuales fueron analizados precedentemente-, y que la transferencia del Capital Acumulado en el Estado de Ahorro Previsional, se realizó conforme lo establece la norma.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fecha 27 de marzo de 2013 emite un Auto, notificado el 28 de marzo de 2013, determinando que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** aclare si los conceptos de "Ajuste de períodos anteriores y Craci" señalados en el Recurso de Revocatoria, corresponden a los saldos que revelan los Estados de Ahorro Previsional remitidos a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Aclaración que es remitida por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** a través de nota PREV PR RIE 3014/2013 el 09 de abril de 2013.

Posteriormente mediante **Auto de 08 de mayo de 2013**, notificado el 13 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determina aclarar el Considerando Cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, arguyendo que la norma imputada en la Nota de Cargo APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012 y la norma señalada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, diferían en razón a un error de transcripción

de la norma imputada, lo cual no altera el sentido sustancial de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, por lo tanto resuelve:

> ***"…PRIMERO.-*** *Se aclara el Considerando Cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, la cual debe consignar y leerse el párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, en lugar del párrafo tercero, quedando la redacción de la siguiente manera:*
>
> "***CONSIDERANDO:***
> (…)
>
> ***CARGO Nº1.-***
>
> *El párrafo segundo de la Circular SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, establece:*
>
> > *"…la AFP procederá a transferir el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de Cotizaciones Mensuales de periodos a la fecha de fallecimiento hasta el periodo correspondiente al mes de fallecimiento inclusive.*
> > *(…)" (el subrayado es nuestro).*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Con la aclaración establecida en la Disposición anterior, la Administradora deberá informar documentalmente en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los parágrafos* ***I, II*** *y* ***III*** *del* ***TERCERO*** *de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013…"*

Posteriormente, a través de **Auto de 13 de junio de 2013**, notificado el 20 de junio de 2013, conmina a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** informe sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013, argumentando lo siguiente:

> *"…Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, evaluar el cumplimiento de las instrucciones establecidas mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, considerando asimismo su competencia referente a fiscalizar y supervisar a las Entidades Reguladas que se encuentran bajo su jurisdicción la cual se encuentra establecida en el inciso b) del artículo 168 de la señalada Ley Nº 065 de Pensiones.*
> (…)
>
> ***PRIMERO.-*** *Se conmina a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A., para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos y considerando las aclaraciones expresadas en el Auto de 08 de mayo de 2013, informe a esta Autoridad sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los parágrafos* ***I, II*** *y* ***III*** *de la*

Disposición Tercera de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013…"

Entonces, en atención a las exigencias de dichos Actos Administrativos expresados mediante Autos, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en fecha 01 de julio de 2013, presenta memorial solicitando que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se pronuncie sobre el fondo del recurso con la emisión de la resolución administrativa; adicionalmente solicita la suspensión de la ejecución de las obligaciones impuestas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013, fundamentando lo siguiente:

"*…Al amparo del párrafo II del artículo 40 del Decreto Supremo Nº 27175,* ***solicita la suspensión del Artículo Tercero*** *de la Resolución Administrativa Nº APS/DJ/DPC Nº 008-2013 de 09 de enero de 2013, en virtud a que la misma obliga a reprocesar y reponer con recursos propios a los Estados de Ahorro Previsional la diferencia generada al Valor Cuota a la fecha de reposición de todos los Asegurados, esta disposición administrativa no considera lo normado por el propio ente regulador a través de la Circular Administrativa Nº SPVS-IP-036/2002 de 20 de marzo de 2002, norma de cumplimiento obligatorio para esta AFP al tenor del artículo 19 del Decreto Supremo Nº 257175*(sic)…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En atención a la impugnación a través de Recurso de Revocatoria y memorial de 01 de julio de 2013 presentado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite el Informe Técnico-Legal, Informe/DFP/DJ/TL/022-2013 de 04 de septiembre de 2013, recomendando lo siguiente:

"Los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria por BBVA Previsión AFP S.A. son considerados como elementos insuficientes para desvirtuar la infracción imputada, asimismo, la AFP no dio cumplimiento a la obligación de la Resolución Administrativa, por consiguiente el Recurso de Revocatoria es considerado improcedente y se recomienda confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 008-2013 de 09 de enero de 2013". (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Consiguientemente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, se pronuncia sobre la impugnación y memorial presentado el 01 de julio de 2013 por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, señalando lo siguiente:

"*…Que en ningún momento se restringió el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso, pues considerando que éste último es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas, la Entidad Reguladora, siempre en estricto apego a la norma, otorgó a la Administradora los plazos necesarios para la presentación y*

complementación de sus descargos, así como para las aclaraciones requeridas por la misa (sic) *y aquellas consideradas necesarias por la Entidad Reguladora…"*

"…la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 008-2013 fue notificada el 05 de febrero de 2013, el plazo para las instrucciones establecidas en los parágrafos ***I*** *y* ***II*** *venció el 07 de marzo de 2013. Asimismo, en referencia al plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, establecido en el parágrafo* ***III*** *de dicha Resolución feneció el 06 de mayo de 2013, sin que BBVA Previsión AFP S.A. se haya pronunciado al respecto, por lo que* ***se concluye que no habría efectuado el cumplimiento de dichas instrucciones en los plazos establecidos,*** *al no haber enviado el Informe detallado solicitado por la Entidad Reguladora dentro los cinco (5) días hábiles administrativos, el cual fenecía el 13 de mayo de 2013…"*

"…Que por otro lado, en el mismo memorial de 25 de junio de 2013, la Administradora, solicita la suspensión del artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, amparándose en el parágrafo II del artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Sin embargo, la referida norma señala lo siguiente:

> *"**II.** La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".*

"Que considerando la norma invocada por la Administradora, se puede deducir que la suspensión de la obligación establecida mediante el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 08-2013 de 09 de enero de 2013, tiene como condicionante, la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves, ***concluyéndose en que esta norma no resulta aplicable en este caso, pues la Entidad Regulada no demostró en ningún momento de qué manera el cumplimiento de su obligación, le causa un daño grave…****".*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto, es importante apuntar que con relación a los **requisitos para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria**, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2011 de 30 de marzo de 2011, determinó que:

"…Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, <u>demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida</u>****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento" (Negrillas y subrayado son nuestros)*

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento ya sea de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito

artículo.(…)

Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

> ***"OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa…*"

En tal sentido, las actuaciones que la Administradora de Fondos de Pensiones, estaba obligada a dar cumplimiento de acuerdo a lo dispuesto por la Entidad Reguladora en el resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013, son:

1º. Efectuar el recálculo correspondiente de los ciento noventa y ocho (198) casos sancionados, conforme indica la normativa.

2º. En el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, reponer con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición y remitir un informe detallado donde se verifique la devolución del exceso, así como los Estados de Ahorro Previsional y asientos contables regularizados.

3º. Para todos los casos que componen la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional similar al cargo imputado, en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, reponer con recursos propios a cada uno de los Estados de Ahorro Previsional, las diferencias generadas al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición y una vez realizada la transferencia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos remitir informe detallado donde se verifique la regularización.

La Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 emitida el 09 de enero de 2013, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fue notificada a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en fecha **05 de febrero de 2013,** por lo tanto, el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos para la reposición de la diferencia generada, envío del informe y documentación, dispuestos en los Parágrafos I y II del resuelve Tercero de la citada Resolución Administrativa Sancionatoria, vencía el **07 de marzo de 2013.**

De igual manera la obligación impuesta en el Parágrafo III de la antes nombrada Resolución Administrativa, para reponer en los Estados de Ahorro Previsional de casos similares al cargo imputado, venció el **06 de mayo de 2013** y el plazo para el envío del informe debió ser remitido hasta el **13 de mayo de 2013.**

Sin embargo, de los antecedentes que se tiene en el expediente de autos, no se cuenta con documentación alguna que evidencie el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en los Parágrafos I, II y III del resuelve Tercero de la Resolución Administrativa Sancionatoria, por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, pese a que la Entidad Reguladora mediante Auto de 08 de mayo de 2013, notificado el **13 de mayo de 2013**, y Auto de 13 de junio de 2013, notificado el **20 de junio de 2013**, otorgó a la recurrente plazos adicionales de veinte (20) y diez (10) días hábiles administrativos respectivamente, para que la recurrente informe sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la tantas veces citada Resolución Administrativa de 09 de enero de 2013.

De manera ulterior a los plazos otorgados y vencidos, la recurrente mediante memorial presentado en fecha 01 de julio de 2013, solicita el pronunciamiento sobre el fondo del Recurso de Revocatoria y accesoriamente solicita la suspensión del cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el resuelve Tercero de la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DFP/Nº 08-2013.

De lo señalado, es importante aclarar a la recurrente que la obligación impuesta en el presente caso de autos, tiene carácter absoluto, por lo tanto, corresponde su riguroso e inexcusable cumplimiento y que para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria, debió demostrar previamente la ejecución oportuna de las obligaciones dispuestas por la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DFP/Nº 08-2013 de 09 de enero de 2013.

Entonces, otro de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento cabal de las obligaciones establecidas en la citada Resolución Sancionatoria al margen del cumplimiento de la sanción pecuniaria.

Sin embargo, tal cometido no fue diligenciado menos ejecutado, revelándose por lo tanto, incumplimiento total y definitivo de las obligaciones establecidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tal como lo señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, que resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en consecuencia, habiendo eludido con el deber de cumplimiento de las obligaciones, correspondía la improcedencia de la impugnación interpuesta por falta de uno los requisitos exigidos por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA mediante memorial presentado ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 01 de julio de 2013, al amparo del párrafo II del artículo 40 del D.S. Nº 27175, manifiestamente solicitó la suspensión de la ejecución de las obligaciones impuestas en la Resolución Administrativa Sancionatoria, petición que mereció simplemente un enunciado de un párrafo en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 831-2013 de 10 de septiembre de 2013, que resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto, **omitiendo pronunciarse en la parte resolutiva de la misma**, cuál hubiera correspondido bajo

el cumplimiento del procedimiento administrativo y el derecho innegable de petición, afectando una vez más el debido proceso.

De la exposición precedentemente señalada, se arriba a la conclusión de que se transgredió la normativa administrativa vigente, hechos que hacen que esta instancia jerárquica deba resolver anulando el procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que en el presente proceso no se ha dado cumplimiento a la normativa administrativa, conculcando los derechos de la recurrente, al debido proceso y su derecho innegable a la defensa.

Que, en el presente caso, al haberse violado el principio de motivación corresponde anular el presente proceso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Nota de Cargos CITE: APS/DJ/DFP/7262/2012 de 20 de septiembre de 2012, **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Notificación de Cargos ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 850-2013 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 008/2014 DE 10 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 008/2014

La Paz, 10 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 850-2013 de 17 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 002/2014 de 3 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 009/2014 de 16 de enero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 2 de octubre de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 850-2013 de 17 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013.

Que, en fecha 7 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REAGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 850-2013 de 17 de septiembre de 2013.

Que, mediante providencias de 10 y 18 de octubre de 2013, se dispuso que la recurrente aclare la personería de los presentantes del Recurso Jerárquico, señores Jorge Mauricio Álvarez Pol y Diego Eduardo Blanco Araoz, por encontrarse en el memorial de interposición, la firma del señor Guelfo Luis Manuel Sauma Guidi en lugar de la del último nombrado; por su efecto, mediante memorial de 24 de octubre de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** hace presente que "*por un Lapsus* (sic) *calami en el exordio del memorial referido* (se refiere al del Recurso Jerárquico) *se menciona como presentante del memorial a un representante de LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. diferente del firmante*".

Que, de lo anterior, resulta que a efectos de la interposición del Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 850-2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** se encuentra representada legalmente por su Director de Negocios, Sr. Jorge Mauricio Álvarez Pol, y por su Gerente Nacional Comercial, Sr. Guelfo Luis Manuel Sauma Guidi, tal como lo acreditan los Testimonios Poder Nº 155/2012 y Nº 157/2012, respectivamente, ambos de 30 de agosto de 2012, otorgados ante Notaría de Fe Pública Nº 025 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Diomar Marina Ovando Polo.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 29 de octubre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que fue notificado el 4 de noviembre de 2013.

Que, mediante auto de fecha 29 de octubre de 2013, se dispuso se proceda a notificar, mediante un órgano de prensa de circulación nacional, a todas las Entidades Aseguradoras de Seguros Generales, acerca de la existencia del Recurso Jerárquico presentado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 850-2013 de 17 de septiembre de 2013, notificación que se efectuó mediante publicación en el periódico La Razón de fecha 6 de noviembre de 2013.

Que, en fecha 12 de noviembre de 2013, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a solicitud de la misma que consta en el memorial presentado en fecha 2 de octubre de 2013, y conforme fuera señalada en el Auto de Admisión de 29 de octubre de 2013.

Que, por auto de 2 de diciembre de 2013, se tiene por apersonadas a las Entidades Aseguradoras de Seguros Generales que, atendiendo a la notificación dispuesta por el auto de fecha 29 de octubre de 2013, hicieron presentes sus alegatos, conforme a la relación siguiente:

- Mediante memorial presentado en fecha 19 de noviembre de 2013, **SEGUROS**

ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA, representada al efecto por su Presidente Ejecutivo, Lic. Fernando Antonio Arce Grandchant, en mérito al Testimonio de Poder Nº 488/2010 de fecha 6 de mayo de 2010, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán.

- Mediante memorial presentado en fecha 19 de noviembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, representada legalmente por su Gerente Nacional Corporativo, Sr. Jaime José Antonio Trigo Flores**,** en mérito al Testimonio de Poder N° 1081/2009 de fecha 8 de diciembre de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán.

- Mediante memorial presentado en fecha 19 de noviembre de 2013, **BISA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente General y Vicepresidente Ejecutivo, Sr. Juan Alejandro Mac Lean Céspedes, en mérito al Testimonio de Poder Nº 396/2013 de fecha 3 de abril de 2013, y por su Gerente Nacional de Operaciones y Administración, Sra. Sabrina Laura Bergamaschi Bergamaschi, en mérito al Testimonio de Poder Nº 603/2013 de fecha 20 de mayo de 2013, ambos otorgados por ante Notaría de Fe Pública Nº 95 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Marcelo Eugenio Baldivia Marín.

- Mediante memorial presentado en fecha 20 de noviembre de 2013 (ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente Regional de La Paz, Sr. Sergio Ramiro Calvi Torrico, en mérito al Testimonio de Poder Nº 479/2013 de fecha 9 de julio de 2013, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 111 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estenssoro.

Que, por memorial presentado en fecha 20 de diciembre de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, hace presente sus alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 529-2013 DE 7 DE JUNIO 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó:

> "…***PRIMERO.-*** *En concordancia con lo dispuesto por el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, se dispone que cuando se interrumpe el pago de la prima se suspende la cobertura de la póliza, pudiendo ser activada nuevamente una vez que se regularice el pago de la prima.*

SEGUNDO.- *Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad.*

TERCERO.- *En caso que se interrumpa el pago de la prima y la Entidad Aseguradora hubiese otorgado cobertura por un plazo mayor al que corresponde por el pago de la prima, de acuerdo a la tabla de plazos cortos, entonces el asegurador tiene derecho a cobrar con fuerza ejecutiva la parte de la prima que le corresponde por la cobertura otorgada.*

En el caso de las pólizas con cláusula de recisión a prorrata, el derecho de cobro de la Entidad Aseguradora tendrá fuerza ejecutiva si la cobertura a prorrata es mayor a la prima pagada por el asegurado o tomador del seguro evaluada también a prorrata.

QUINTO (sic, debió decir *CUARTO*)**.-** *El incumplimiento a la presente Resolución Administrativa será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros.*

SEXTO (sic, debió decir *QUINTO*)**.-** *La Dirección de Seguros queda encargada del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa…*"

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa de referencia, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que la Constitución Política del Estado en la sección Décima, establece los derechos de las usuarias y usuarios y de las consumidoras y consumidores.

Que el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio señala que el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.

Que el artículo 5 de la Ley de Seguros N° 1883, define al seguro como el contrato por el cual el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir una prestación convenida, al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador a pagar la prima (…)

CONSIDERANDO:

Que si bien el artículo 1018 (Primas en los Seguros de Daños), del Código de Comercio determina la suspensión de la vigencia de la póliza en caso de incumplimiento de pago de primas dentro de los plazos fijados, no se establece el procedimiento a seguir por parte de la Entidad Aseguradora de Seguros Generales, cuando se procede con la rehabilitación de la vigencia del seguro.

Que dentro de las facultades que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, y lo dispuesto en la Constitución Política del Estado para la defensa de los usuarios y consumidores, es preciso que el Órgano de Fiscalización emita una norma operativa que aclare el procedimiento en caso de suspensión de la cobertura de la póliza en defensa de los derechos de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 2 de julio de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTOS***

REVOCATORIA TOTAL

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 consagra los principios generales de la actividad administrativa; es decir, de la actividad que ejecuta la Administración Pública. Uno de estos principios, es precisamente el de sometimiento pleno a la ley, que está previsto en el inciso c) del citado artículo, lo que conlleva la obligación de la Administración Pública de circunscribir su actuación estrictamente a la ley.

Precisamente, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 5.I., al normar la competencia de los órganos públicos, dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En este caso, la Administración Pública, pretende circunscribir su actuación a la legalidad, en sentido de que estaría actuando dentro de las atribuciones previstas en el artículo 43 de la Ley N° 1883 de Seguros: s)Emitir ***disposiciones operativas*** *para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos; sin embargo, el emitir la disposición objeto del presente recurso, en inobservancia de las normas vigentes nos encontramos ante un caso de nulidad establecido en el Art. 35, I, a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo. Por cuanto, la APS al dictar la Resolución objeto de Recurso está vulnerando la normativa vigente en el país establecida a través del Código de Comercio cuando en el Art. 1015 establece que "Es* ***obligación*** *del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido" e inclusive cuando determina en el Art. 1018, recientemente modificado por Ley N°365 "...Salvo pacto en contrario, el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato. Suspendida la vigencia de la póliza, el asegurador tiene derecho con fuerza ejecutiva a la prima correspondiente al periodo corrido, calculado a prorrata."*

Ambos aspectos se desprenden del pilar jurídico en nuestro país establecido en el Código Civil y que siguen una línea doctrinal de cómo se entiende y qué se entiende por incumplimiento de las obligaciones. En ese sentido, cuando el Art. 341 establece que "La constitución de mora tiene efecto sin intimación o requerimiento cuando...a) Se ha convenido en que el deudor incurre en mora por el sólo vencimiento del término." No quedan dudas que en un contrato de seguro el incumplimiento en el pago de la prima (obligación del asegurado) dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato. Sin embargo, la APS mediante la Resolución impugnada pretende que la aseguradora amplíe la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad; sin tomar en cuenta que el pago dentro de ciertos plazos es una obligación del asegurado y que cualquier ampliación de vigencia debe ser resultado de un contrato previo que permita realizar los cálculos necesarios para determinar cuál es el riesgo que se cubrirá y en qué condiciones, entre estas condiciones el precio. Esta determinación de la APS es lo que en derecho administrativo se conoce como "cláusula exorbitante". El conocido autor Marienhoff utilizó el criterio de la exorbitancia a los efectos de distinguir entre contenido administrativo y contenido privado de la Administración. Dice al respecto que cuando, sin ser administrativo por su objeto, el contenido tiene incorporadas expresas "cláusulas exorbitantes del derecho común", cambiará su régimen jurídico de derecho privado para convertirse en un contenido administrativo propiamente dicho. En este caso, la "cláusula exorbitante" sobrepasa el ámbito del derecho común, porque incluida en el contenido del derecho privado resulta ilícita por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta se refiere a que con la Resolución Administrativa, ahora impugnada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no está en concordancia con el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, aquél se refería a la suspensión de la vigencia del contrato, mientras que la Resolución impugnada establece que la interrupción del pago de la prima suspende la cobertura de la póliza. Sin embargo, el concepto de cobertura sólo responde a una obligación del asegurador, sin tomar en cuenta otros aspectos como los plazos, las exclusiones, etc. etc. La sustitución del términos "cobertura" con "vigencia" definen la gran diferencia en la aplicación de la norma porque la ley claramente expresa que la "vigencia" se suspende y la RA impugnada la amplía en contra de una norma de mayor jerarquía.

En la póliza de seguro, entendida como un contrato, al referirse a la suspensión de vigencia cuando se incumple con el pago de la prima, estamos frente a una condición suspensiva, cuyos efectos se retrotraen al momento en que se celebró el contrato. LA APS mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 va en contra de lo que las partes han pactado a través de su póliza de seguros y en contra de lo establecido en la norma boliviana sin tomar en cuenta que las disposiciones operativas deben ajustarse a los principios generales del derecho, ya que éstos operan como límites al poder reglamentario de la Administración. En consecuencia, se provoca la ***NULIDAD ABSOLUTA*** *de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°*

529/2013 cuando se aparta de los principios del derecho establecidos en el Código de Comercio y en el Código Civil. Al margen de lo señalado, aclaramos que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 de fecha 07 de junio de 2013 constituye el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo, tal como pasamos a demostrar a continuación:

1.- Principio de legalidad. En la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 de fecha 07 de junio de 2013, ese respetable órgano de fiscalización y control define que cuando se suspende la cobertura de la póliza porque se interrumpe el pago de la prima, cuando la cobertura se reanuda y se regulariza el pago de la prima, "...la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad". En otras palabras, al emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 impugnada, la APS está actuando en contra de una norma SUPERIOR EXPRESA, vulnerando el principio de legalidad, reconocido expresamente por la Constitución en el Art. 109 II, que supone el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, tomando en cuenta que las regulaciones que emita un órgano administrativo deben sujetarse al bloque de legalidad.

En otras palabras, este principio implica la sujeción de las regulaciones que emite la administración a sus propias normas superiores: los Reglamentos y las Leyes. En el presente caso el bloque de legalidad al que hacemos referencia se identifica en principio por la norma superior que regula el sector de Seguros como es el Código de Comercio que al respecto señala:

Art. 1015.- (OBLIGACIÓN DE PAGAR LA PRIMA). Es obligación del asegurado pagar la prima ***conforme a lo convenido. (Las negrillas son nuestras)***

Art. 1016.- (PRESUNCIÓN DE PRIMA ANUAL). Con excepción de los seguros de transporte, las primas ***se presumen anuales*** *a falta de estipulación expresa.* ***(Las negrillas son nuestras)***

Art. 1017.- (EXIGIBILIDAD DE LA PRIMA). La prima es debida desde el momento de la celebración del contrato, pero no es exigible sino con la entrega de la póliza o certificado provisional de cobertura.

Las primas sucesivas se pagaran al comienzo de cada período, salvo que se estipule otra forma de pago, en cuyo caso se cargarán los intereses correspondientes de acuerdo a su diferimiento.

La Ley N° 365 modifica el Art. 1018 del Código de Comercio en los siguientes términos:

"Artículo 1018. ***(Las primas en los seguros de daños).*** *En los seguros de daños, si la entrega de la póliza o certificado provisional de cobertura se realiza sin la percepción de la prima, se presume la concesión de crédito con intereses por su importe.*

Si el pago de la prima es parcial, se presume el otorgamiento de crédito con intereses

por el saldo.

Salvo pacto en contrario, el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.

Suspendida la vigencia de la póliza, el asegurador tiene derecho con fuerza ejecutiva a la prima correspondiente al periodo corrido, calculado a prorrata."

En términos del autor Alexi, en su obra "Teoría de la Argumentación Jurídica": "Por principio de legalidad no podemos entender simplemente el cumplimiento de los principios constitucionales, el Estado de derecho es impensable a partir exclusivamente de principios generales y valoraciones constitucionales, pues es indispensable un desarrollo normativo de rango inferior y sistemático, que resuelva los conflictos entre principios y valores de orden superior. Además, solo la interpretación valorista de la Constitución aniquila la legalidad a cambio del decisionismo del juez..." Y en otro sus textos que titula: "Teoría de los Derechos Fundamentales" señala: "El principio de la legalidad significa pues la obediencia a toda norma del sistema jerárquico que no viole la Constitución, es decir de aquella norma que establezca la restricción legítima de un principio a favor de otro".

En este contexto la APS, al emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 no tomó en cuenta el principio de jerarquía normativa que para fines ilustrativos se refleja en la famosa pirámide de Kelsen y que prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma en grado superior, principio que está recogido en el Art. 4 h) de la Ley de Procedimiento Administrativo. En consecuencia, al emitir la Resolución Administrativa que ahora se impugna sin considerar lo establecido en el Código de Comercio y Código Civil se infringe el Principio de Legalidad; por lo que se concluye, que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 debe ser revocada. Este principio se encuentra totalmente reconocido en la literal ii) del Artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

De conformidad a lo señalado por el Tribunal Constitucional a través de la SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1089/2012 "...cuando se analiza el art. 180.1 de la CPE, que dictamina que: "La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos", se denota que el debido proceso se configura como un principio que emerge del Estado de Derecho y del principio de legalidad en su vertiente procesal, lo cual no solo debe ser observado en instancias jurisdiccionales, ***sino también en administrativas****;..." (las negrillas son nuestras).*

Por otra parte, tampoco se consideraron otros aspectos como el establecido en el Art. 13 de la Ley de Seguros con relación a que las Entidades Aseguradoras podrán: "a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas." Se debe tomar en cuenta que las bases técnicas son anuales y las tarifas son determinadas en base al periodo de tiempo que se considera estará vigente un contrato, situación que se torna irregular a partir de la emisión de la Resolución

impugnada.

"b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente", lastimosamente, la APS impide que cumplamos lo señalado por la Ley de Seguros ya que a partir de lo establecido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, dejamos en un segundo plano lo acordado contractualmente, abriendo a una fecha incierta la conclusión del contrato de seguro generando no sólo la posibilidad de error, sino de dolo en caso de ocurrencia de siniestros. Al mismo tiempo se nos obliga a las aseguradoras a otorgar una ampliación de vigencia que debería ser cubierta o pagada por el Asegurado y que en los hechos se traduce en un costo que no es asumido por él. Adicionalmente no se establece un límite en el que esta operativa acaba. Precisamente la legislación es inteligente y define para todo contrato un plazo que en el caso de la póliza de seguro es la vigencia.

2. Principio de equidad. Uno de los principios aplicables a la instancia administrativa es la equidad, desde la perspectiva de aquello que la autoridad debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada en una resolución administrativa. En el presente caso, la norma establece la suspensión de la vigencia del contrato de seguro ante el incumplimiento en el pago de la prima, dentro de ciertos plazos; y, el regulador no está siendo equitativo con una fracción de sus administrados: los aseguradores, al pretender establecer que no recibirán una prima por un periodo de vigencia adicional y además, que éstos deben constituir una reserva por no pago.

3. El artículo 38 de la Ley de Seguros establece que la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia, siendo nulas las cláusulas o estipulaciones que:

> *b) Permitan modificar unilateralmente el precio o condiciones de cobertura de las pólizas, contratos o planes de seguros por la entidad aseguradora.*

Adicionalmente, la APS como tercero que modifica el precio establecido en una póliza al determinar la ampliación del plazo de vigencia sin ningún cobro adicional, paradógicamente (sic) *está yendo en contra de lo establecido en la Ley de Seguros, olvidando que entre sus deberes está el de Velar por la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros e indirectamente velar por la equidad dentro del mismo.*

PERSPECTIVA TÉCNICA.

III.1 Reaseguro.- *De manera general los riesgos asumidos por una compañía de seguros están respaldados por la retención de la compañía y por el reaseguro que puede ser automático o facultativo. La cobertura de reaseguro es fijada anualmente y* ***el reasegurador cobrará una prima adicional si acepta ampliar la vigencia de esa cobertura.***

La Resolución Administrativa N° 764/2008 relativa al Reglamento de Reaseguro Pasivo

establece que es obligación de las aseguradoras que los términos y condiciones fijados por el reaseguro, sean reflejados en la póliza original y deberán ser obligatoriamente cumplidos por las compañías cedentes.

Y que en caso de que existan discrepancias entre la póliza original y la nota de cobertura del reasegurador, es atribución de la APS efectuar su cuantificación y de ser significativa, podrá ordenar a la compañía recolocar el riesgo en el mercado de reaseguro o, que el cliente acepte las condiciones del reasegurador.

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 impugnada, vulnera lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo porque no habrá concordancia entre lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. Así como la afectación a la cedente por el costo adicional de ampliación de vigencia.

A contrario sensu, la posibilidad de que un reasegurador extienda la cobertura de reaseguro de la forma planteada por la resolución recurrida es inviable técnica y legalmente hablando.

No hay una estipulación en la RA objeto de recurso que defina qué sucede con las pólizas vigentes y con las nuevas. Porque para las vigentes ya existen coberturas de reaseguro contratadas y su aplicación supone un costo adicional no transferido al asegurado para la cedente para contar con cobertura y cumplir el Reglamento de Reaseguro Pasivo.

III.2 Aspectos contables.- *La ampliación de vigencia de póliza contablemente está relacionada a la generación de cuentas de producción es decir al monto adicional de prima, que genera la constitución de reservas de riesgos en curso y asientos contables de cesión de reaseguro entre otros.*

El artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, señala que "Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliarla vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad." Sin embargo, la ampliación de vigencia sin pago adicional no generará producción, en consecuencia no se constituirán reservas de riesgos en curso y los potenciales riesgos que pudieran ocurrir durante el plazo de ampliación no estarán cubiertos con una reserva técnica normada por la APS, incumpliendo con el Principio Contable Generalmente Aceptado de "PRUDENCIA".

III.3 Seguros de daños y especificidad sobre otros ramos afectados.- *El regulador no es específico para qué ramos se aplicará la Resolución impugnada porque sólo se refiere en forma genérica a seguros de daños, entendamos esto como seguros generales. Pero el término no es claro porque en los seguros de fidelidad y bancarios puede entenderse como daño para los asegurados las pérdidas generadas por actos fraudulentos, por ejemplo, por lo que consideramos que se debe especificar a que* (sic) *ramos aplicaría concretamente la RA impugnada.*

III.4 Ramos de fidelidad.- *En los ramos de fidelidad concretamente en los seguros*

bancarios, se tienen condiciones donde se fija un periodo de descubrimiento adicional a la vigencia de la póliza que permiten realizar el reclamo cuando el asegurado suponga que puede existir un daño porque sospecha de haber sido víctima de un acto fraudulento o bien porque ya descubrió el hecho. Las pólizas tienen un periodo de descubrimiento posterior a la ocurrencia del hecho pero se afecta la póliza vigente en el periodo en el que ocurrió el mismo. Por lo tanto, no tendría ningún sentido ampliar a prorrata la vigencia de la póliza si ya existe una ampliación definida por el contrato. Sin embargo, las reservas de riesgos en curso explícitamente se define que se devengan de forma anual.

III.5 Otros productos.- *En otros productos como D&O, E&O y RC, se pueden reclamar cuando el asegurado suponga que puede existir un daño ya sea porque un tercero le reclama alguna responsabilidad o porque ya fue demandando civilmente. Las pólizas tienen un periodo de reclamación posterior a la ocurrencia del hecho pero se afecta la póliza vigente en el período en el que ocurrió el mismo. Igual que el anterior punto, la ampliación a prorrata de vigencia no es aplicable.*

En ambos tipos de seguro adicionalmente existe la determinación de un valor asegurado por evento y como agregado anual por cada cobertura, lo que determina el límite de responsabilidad ***anual****. La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 afectaría esta definición técnica.*

III.6 Seguros de Construcción y Montaje.- *En este tipo de seguros se tarifican y evalúan de acuerdo a la duración del proyecto, con un periodo de mantenimiento y pruebas de puesta en marcha respectivamente. El riesgo en los mismos aumenta progresivamente, la mayor parte de estos seguros requieren de respaldo de reaseguro y el hecho de ampliar vigencia por falta de pago no acompaña el cronograma del proyecto. Surgen interrogantes como: ¿Qué sucedería si la obra ya fue terminada pero en el transcurso de la vigencia se amplió la misma aplicando la RA impugnada?, ¿Se tendría que mantener un periodo adicional de cobertura donde no hay riesgo? Se debe tomar en cuenta que ese periodo de cobertura adicional debe ser reasegurado también respetando lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo, situación que, reiteramos, no será aceptada por ningún reasegurador.*

III.7 Riesgo moral.- *La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 al establecer que la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, no toma en cuenta que los costos y perjuicios ocasionados por la decisión/acción del asegurado que no cumple con el pago de su prima no recaen justamente en él, es decir, en el individuo que decide el no pago, lo que puede resultar en la peligrosa opción de parte de cualquier asegurado que prefiera incumplir el pago para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo e inclusive en algunos casos en situación que implique un mayor riesgo pero sin ningún tipo de respaldo.*

III.8 Contradicción técnica.- *La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 en su artículo segundo señala: "Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura,*

toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad." Sin embargo, este aspecto denota total inconsistencia técnica porque la resolución impugnada de la APS supone un cambio de estimación contable en lo concerniente a la adecuada determinación de la reserva de primas por cobrar, puesto que si se reanuda y regulariza el pago de prima, se reactivan nuevamente las' condiciones de cobertura de la póliza y ampliación de vigencia por el período de suspensión. Anterior a la resolución, el incumplimiento en el pago de cualquier cuota (en mora) determinaba la constitución de porcentajes de reserva fijados en función a días de mora.

La situación mencionada puede generar incertidumbre sobre la razonabilidad de la estimación de la Aseguradora respecto a los efectos de futuros eventos, en consideración a la suspensión definitiva de la póliza o la reanudación de la misma por pago de la prima, para la constitución de reservas para primas por cobrar al cierre de ejercicio, por medios fehacientes e idóneos.

Si la auditoría externa concluye que la estimación de la Aseguradora no es razonable para la constitución de la reserva para primas por cobrar y esto puede causar que los estados financieros se encuentren distorsionados, entonces podrá expresar una opinión con salvedades en el rubro de primas por cobrar (de acuerdo con Statement on Auditing Standards SAS N° 57 "Estimaciones Contables para Efectos de Auditoría"). Por otra parte, la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 genera un problema contable y técnico para la constitución de reserva de riesgos en curso que según la normativa correspondiente se realiza para periodos establecidos en la póliza original. Si hay una ampliación de vigencia sin cobro adicional de prima se tendrían que re-calcular los periodos anteriores de devengamiento (sic) *y constitución.*

En síntesis, con la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 se castiga doblemente al asegurador porque no recibe una prima por el periodo de vigencia adicional y paralelamente, debe constituir una reserva por no pago.

Además, con relación a las pólizas comercializadas en el mercado y registradas previamente en la APS, la implementación de la Resolución Administrativa impugnada implica cambios con los formatos establecidos previamente en las pólizas. Al respecto, ¿tendríamos que registrar nuevamente todos nuestros textos en la APS?

III.9 Excesiva onerosidad.- *Por todo lo explicado, las pólizas de seguro comercializadas actualmente como resultado de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, se han tornado excesivamente onerosas por este acontecimiento extraordinario e imprevisible, sabemos que en la vía civil se podría demandar la resolución del contrato por excesiva onerosidad. En nuestra materia, de lo que se trata es de tomar en cuenta la normativa, lo que es mejor para nuestro mercado en base a todo lo señalado y analizando el día a día de nuestro negocio.*

PETITORIO

Por lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos

en los artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *solicita:*

1. ***Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.***
2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 de fecha 07 de junio de 2013, por su ilegalidad y nulidad absoluta manifiesta***…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 850-2013 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 850-2013 de 17 de septiembre de 2013 y al Recurso de Revocatoria interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve "*CONFIRMAR en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 07 de junio de 2013*", con los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que en cuanto ***al argumento 1****, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, es necesario señalar lo determinado por los artículos 1015 y 1018 del Código de Comercio:*

"***Artículo 1015.-*** *Es obligación del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido".*

"***Artículo 1018.-*** *(…) El incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados* ***suspende la vigencia del contrato****. Suspendida la vigencia de la póliza el asegurador tiene derecho con fuerza ejecutiva a la prima correspondiente al periodo corrido, calculado a prorrata". (Negrillas resaltadas por la APS)*

Que es necesario recordar que el contrato nace, se ejecuta, afronta vicisitudes y finalmente se extingue. En este ciclo de vigencia y validez de los contratos, la suspensión es una de las contingencias naturales que tiene por objeto evitar su extinción cuando sobreviene una causa que impide transitoriamente su cumplimiento, Vg.(sic) *falta de pago de la prima de una póliza de seguro. Dicho de otro modo, en el intervalo pasivo o paréntesis de la dinámica del contrato de seguro la cesación de la ejecución, sin afectar su subsistencia, exonera temporalmente al asegurador de cumplir la prestación convenida (pago indemnización en caso de materializarse un siniestro por falta de cobertura).*

Que dicho lo anterior debe aclararse que, lo que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 dispone es que cuando se incumple el pago de una prima se suspende la cobertura de la póliza; sin embargo, como se mencionó en el párrafo precedente, la suspensión al no ser sinónimo de extinción puede quedar sin efecto con la regularización del pago de la prima en cualquier momento, reanudándose la

vigencia del contrato.

Que por otro lado si la Aseguradora hubiese otorgado cobertura por un plazo mayor al que corresponde a la prima pagada, de acuerdo a la tabla de plazos cortos, tiene derecho a cobrar con fuerza ejecutiva la parte de la prima que le corresponde por la cobertura otorgada.

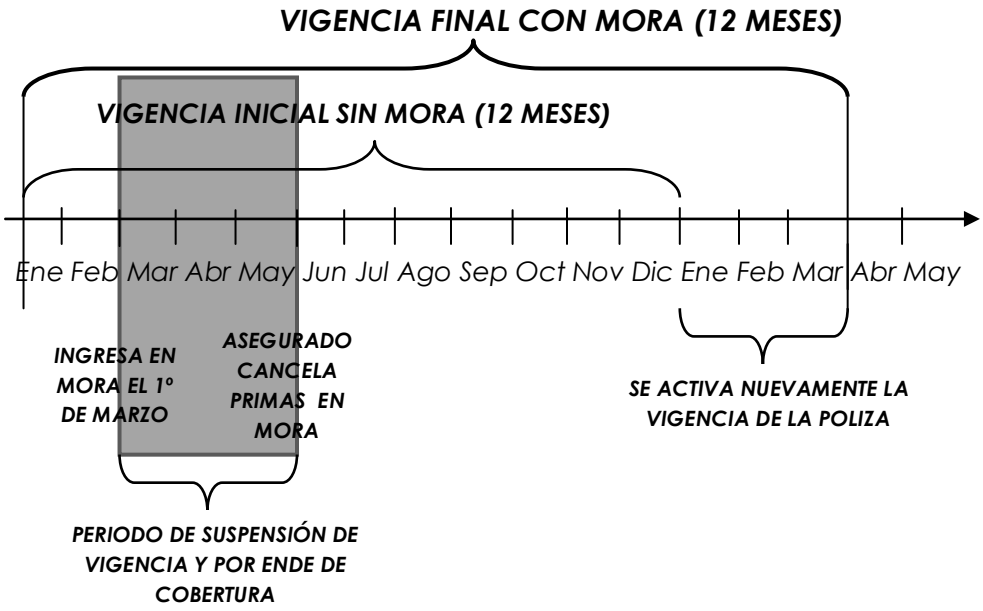
Que como es posible observar, la Resolución impugnada en ningún momento dispone la eliminación de la obligación de pago de la prima por parte del asegurado en los plazos establecidos, es más, dicha obligación se mantiene por cuanto una resolución de la APS no puede ir contra lo dispuesto por el Código de Comercio.

Que respecto al artículo 1018 del Código de Comercio, la Resolución impugnada se encuentra en concordancia con dicha Ley, toda vez que el artículo 1018 señala que cuando no se paga la prima en los plazos establecidos, ***se suspende la vigencia de la póliza****, es decir el contrato queda suspendido en sus efectos, si no hay prestación (prima) tampoco hay contraprestación (cobertura).*

Que en efecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013, acorde con lo establecido por el artículo 1018 del Código de Comercio, determina que la vigencia del contrato que se encuentra suspendida en sus efectos, al reanudarse el cómputo, por el pago de primas, debe tomar en cuenta el tiempo consumido para diferir el plazo de vigencia a su finalización.

Que a mayor abundamiento el ejemplo contemplado en el siguiente gráfico será muy esclarecedor:

- *Vigencia inicial 12 meses, de enero a diciembre*
- *Después de un pago regular en sus cuotas, el asegurado entra en mora por un periodo de 3 meses.*



Que lo anterior deja entrever con meridiana claridad que, con lo establecido por la Resolución impugnada, el período de vigencia de la póliza se mantiene, es decir 1 año o 12 meses, toda vez que la mora suspendió únicamente la vigencia del contrato por 3 meses que se retoman al finalizar el período, habiendo en este caso el asegurado perdido la cobertura durante el tiempo de la suspensión, por lo que el argumento de la aseguradora de que se debe evaluar el riesgo y las condiciones no es atendible.

Que en cuanto ***al argumento 2****, nuevamente es importante referirnos al gráfico donde se observa que durante el periodo en mora la vigencia se suspende y por consiguiente también se suspende la cobertura del seguro, por lo que debe considerarse que si el asegurado paga una prima por 12 meses también tiene el derecho de recibir una cobertura por 12 meses.*

Que por otro lado, como bien lo menciona la Entidad Aseguradora, la suspensión y la interrupción son dos términos polifacéticos que no surten los mismos efectos, por ello cuando el artículo tercero de la Resolución impugnada establece que "En caso de que se interrumpa el pago de la prima y la Entidad Aseguradora hubiese otorgado cobertura por un plazo mayor al que corresponde por el pago de la prima, de acuerdo a la tabla de plazos cortos, tiene derecho a cobrar con fuerza ejecutiva la parte de la prima que corresponde por la cobertura otorgada", lo hace preservando también el derecho de crédito que asiste al asegurador, toda vez que si éste brindó una cobertura por un tiempo mayor al del pago efectuado, tiene todo el derecho de exigir por la vía ejecutiva que el asegurado abone la diferencia, toda vez que se presume, a diferencia de la suspensión (que es momentánea), que la interrupción en el pago de la prima es definitivo.

Que en cuanto ***al argumento 3****, veamos lo que establecen las normas del Código de Comercio, acusadas por la recurrente como vulneradas por la APS:*

> "***Artículo 1015 (Obligación de Pagar la Prima)*** *Es obligación del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido".*
>
> - *La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013, en ninguna de sus partes determina o exonera al asegurado del pago de la prima conforme a lo convenido. Si en el contrato se estipula un monto y una forma de pago (al contado o al crédito) no es un tema que la Resolución impugnada haya considerado, por no hacer al fondo de su objeto.*
>
> "***Artículo 1016 (Presunción de prima anual)*** *Con excepción de los seguros de transporte, las primas se presumen anuales a falta de estipulación expresa"*
>
> - *La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 no se ha referido en ninguna de sus partes al hecho de que cuando no exista estipulación expresa, las primas se presumirán anuales, por lo que al no haberse modificado lo determinado por el artículo 1016, no comprendemos cuál*

sería el incumplimiento o la ilegalidad con respecto a este artículo del Código de Comercio.

"***Artículo 1017 (Exigibilidad de la prima)*** *La prima es debida desde el momento de la celebración del contrato, pero no es exigible sino con la entrega de la póliza o certificado provisional de cobertura. Las primas sucesivas se pagarán a comienzo de cada periodo, salvo que se estipule otra forma de pago, en cuyo caso se cargarán los intereses correspondientes de acuerdo a su diferimiento"*

- *La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 no modifica en absoluto lo determinado por el artículo 1017 del Código de Comercio, por cuanto lo determinado en él se mantiene vigente. La Resolución impugnada no sólo que no exonera la obligación del asegurado de cancelar las primas, sino que protege al asegurador en el caso de que haya otorgado una cobertura por un plazo mayor al que corresponde el pago de la prima.*

"***Artículo 1018 (Las primas en los seguros de daños)*** *En los seguros de daños, si la entrega de la póliza o certificado provisional de cobertura se realiza sin la percepción de la prima, se presume la concesión de crédito con intereses por su importe.*
Si el pago de la prima es parcial, se presume el otorgamiento de crédito con intereses por el saldo.
El incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.
Suspendida la vigencia de la póliza, el asegurador tiene derecho con fuerza ejecutiva a la prima correspondiente al periodo corrido, calculado a prorrata".

- *Es por demás evidente que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 se encuentra en concordancia con lo establecido por el artículo 1018 del Código de Comercio; sin embargo, como se explicó anteriormente, ha introducido (en el resuelve tercero) el término de "interrupción" para diferenciar la suspensión; es decir en la interrupción (del pago de la prima) nace el derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado a obtener la cobertura por el tiempo pagado.*

Que en cuanto ***al argumento 4****, es importante destacar que en el caso del reaseguro automático, no existe prohibición ni exclusión que impida retomar la vigencia del seguro por incumplimiento en el pago de la prima, asumiendo el mismo riesgo, términos y condiciones establecidos por el asegurador dentro el marco del contrato de reaseguro.*

Que con relación a los contratos de reaseguro facultativo, ciertamente se establece una determinada vigencia del contrato en función a la póliza emitida por la

aseguradora, la cual sí puede ser modificada por las partes, más aún cuando la legislación determina claramente que ***se suspende la vigencia de la póliza****, es decir que se posterga la vigencia en caso de incumplimiento de pago de primas, debiéndo* (sic) *ajustarse la operativa a la normativa boliviana.*

Que volviendo al gráfico, puede apreciarse que durante el período de suspensión no existe cobertura del seguro, resultando discordante que la Entidad Aseguradora pretenda cobrar primas por un período en el que, ni ella ni la entidad reaseguradora estuvieron expuestas a riesgo alguno, por lo que es lógico que al cancelar las primas adeudadas se rehabilite la vigencia por el período que fue suspendido.

Que con respecto a lo alegado por la recurrente en sentido de que: "la RA impugnada no define que sucede con las pólizas vigentes y con las nuevas", se debe recordar la definición de retroactividad que da la conocida Enciclopedia Jurídica Omeba, al decir que es la traslación de la vigencia de una norma jurídica a un determinado momento histórico anterior a su creación, agregando que, desde el punto de vista lógico, esta operación implica subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia; situación que está expresamente prohibida en la economía jurídica nacional; vale decir ninguna norma jurídica que no lo determine de manera expresa es retroactiva, por lo que es evidente que las pólizas vigentes al momento de la emisión de la Resolución Administrativa no ingresan al ámbito regulativo de la Resolución impugnada.

Que en cuanto ***al argumento 5****, evidentemente debe generarse normativa para la constitución de reservas de riesgos en curso, para pólizas con mora en el pago de primas, mientras esto no acontezca las entidades aseguradoras deben mantener el cálculo establecido vigente.*

Que en cuanto ***al argumento 6****, no existe especificación de los ramos aplicados por cuanto la Resolución impugnada se encuentra en concordancia con lo establecido por el Código de Comercio; es decir, se aplica a todos los seguros de daños, como determina el artículo 1018 del Código de Comercio.*

Que en cuanto ***al argumento 7****, la Entidad Aseguradora informa que estaría instituyendo un período de descubrimiento en los ramos de fidelidad, concretamente para los seguros bancarios, lo que da a entender que asumiría la cobertura de un determinado siniestro solamente si es descubierto en un periodo establecido de manera posterior al fin de vigencia de la póliza de seguro.*

Que esta práctica va contra lo determinado por el artículo 1026 del Código de Comercio que claramente establece que si el siniestro se inicia dentro la vigencia del seguro y continua después de vencido el plazo, el asegurador responde de la indemnización, por lo que fijar un periodo de descubrimiento vulneraría la normativa reglamentaria.

Que en cuanto ***al argumento 8****, la aseguradora hace referencia a las pólizas de*

responsabilidad civil, basadas en la fecha de notificación del siniestro, donde se amparan solo los siniestros notificados durante el período de vigencia de la póliza, independientemente de la fecha en que se producen, teniendo como requisitos que el siniestro se comunique al asegurador dentro de la vigencia de la póliza y que el evento se haya suscitado en una fecha retroactiva determinada.

Que en este entendido, puede afirmarse que la Resolución Administrativa impugnada es aplicable a las pólizas D&O, E&O y RC siempre que la comunicación se efectúe dentro la vigencia del contrato de seguros para que la póliza encuentre cobertura.

Que en relación al término de cobertura por evento y como agregado anual, la aplicación de la Resolución Administrativa impugnada no afecta para nada dichas definiciones, puesto que estos términos se encuentran en función a la vigencia de la póliza de seguro, habiéndose demostrado en el gráfico que la cobertura también es anual cuando se incurre en la falta de pago de primas.

*Que en cuanto **al argumento 9**, es menester recordar lo que señala el artículo 1054 del Código de Comercio:*

> *"**Articulo 1054.- (Desaparición del Interés).** Si durante la vigencia del contrato de seguro, perecen o se destruyen los bienes asegurados por causa extraña a los riesgos cubiertos, el contrato quedará extinguido desde ese momento (…)"*

Que es posible advertir que al no existir interés asegurable se extingue el contrato de seguro, aclarando que la Resolución impugnada no modifica en ningún aspecto este artículo.

Que como ejemplo, la aseguradora debe seguir y sigue el procedimiento establecido en el artículo 1054 del Código de Comercio cuando una póliza CAR con vigencia de un año, sin mora, concluye antes del periodo anual. En este caso también se extingue el contrato.

*Que en cuanto **al argumento 10**, la entidad aseguradora señala que existiría un riesgo moral al intentar el asegurado no pagar la prima para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo, e inclusive en algunos casos en situaciones que impliquen mayor riesgo.*

Que no es evidente que el asegurado reciba una cobertura adicional, por cuanto se ha demostrado en el gráfico que con lo dispuesto en la Resolución impugnada no existe cobertura adicional, sino una suspensión de cobertura que al ser rehabilitada debe ser compensada.

Que debe considerarse además que si el asegurado se encuentra en mora y se presenta un siniestro, por supuesto que no obtendrá la cobertura del seguro motivo por el cual no existe riesgo moral evidente.

*Que en cuanto **al argumento 11**, la Resolución Administrativa impugnada de ninguna*

manera modificará lo establecido en el Reglamento de Reservas para Primas por Cobrar, porque cuando el asegurado ingrese en mora se seguirá el mismo procedimiento determinado por la normativa reglamentaria, no existiendo modificación alguna.

*Que en cuanto **al argumento 12**, evidentemente es importante que el contrato de seguro contenga lo determinado por la presente Resolución, de tal manera que tanto el asegurado como el asegurador manifiesten contractualmente su acuerdo, razón por la que los textos ser ajustados a la Resolución impugnada, correspondiendo el registro correspondiente.*

CONSIDERANDO:

*Que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, en el Otrosi* (sic) *I del recurso de revocatoria solicita la suspensión de la ejecución de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013 por considerar el daño grave que generaría a la economía de la entidad aseguradora.*

Que en fecha 26 de agosto de 2013, remite los cálculos efectuados para demostrar el perjuicio económico que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013 le causa directamente, ascendiendo dicho daño a un monto de 2.5 millones de bolivianos.

Que el monto presentado no expone de manera clara el origen ni la forma de cálculo que permitan llegar a determinar un perjuicio de 2.5 millones de bolivianos; no obstante, se presume que el mismo está basado en el promedio de días en mora que tendría la Entidad Aseguradora (42 días) estableciendo estos días como vigencia no cobrada al asegurado, mismo que afectaría en costos de reaseguro, retención, siniestralidad y costos de aportes a la APS y ABA.

Que se ha expuesto en el considerando precedente, de manera clara, que durante los días en mora de los asegurados, dada la suspensión de vigencia, en caso de siniestro no tienen cobertura del seguro, no asumiendo riesgo alguno la aseguradora durante dicho período, por lo que el diferimiento del mismo, en cumplimiento a la suspensión de vigencia, no debe generar prima alguna para el asegurado.

Que no obstante haber demostrado que no existen argumentos suficientes para demostrar el daño económico que la Resolución impugnada ocasionaría a la Entidad Aseguradora, esta APS procede en cumplimiento a los principios de buena fe y debido proceso a atender la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013 hasta que se agote la vía administrativa.

CONSIDERANDO:

Que a mérito de lo expuesto, no concurren elementos que otorguen entidad para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013 de 7 de junio de 2013…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de octubre de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 850-2013 de 17 de septiembre de 2013, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013 de 07 de junio de 2013, argumentando lo siguiente:

"…***IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

A fin de enervar lo referido por el regulador, nuestra solicitud se basa en los fundamentos legales señalados a continuación y que su autoridad sabrá valorar adecuadamente:

VULNERACIÓN A LOS DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

VULNERACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

LA APS mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 va en contra de lo que las partes han pactado a través de su póliza de seguros y en contra de lo establecido en la norma boliviana sin tomar en cuenta que las disposiciones operativas deben ajustarse a los principios generales del derecho, ya que éstos operan como límites al poder reglamentario de la Administración. En otras palabras, al emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 impugnada, la APS está actuando en contra de una norma SUPERIOR EXPRESA, vulnerando el principio de legalidad, reconocido expresamente por la Constitución en el Art. 109 II, que supone el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, tomando en cuenta que las regulaciones que emita un órgano administrativo deben sujetarse al bloque de legalidad. En otras palabras, este principio implica la sujeción de las regulaciones que emite la administración a sus propias normas superiores: los Reglamentos y las Leyes.

En este caso, la APS pretende circunscribir su actuación a la legalidad, señalando que la RA 529/2013 dispone que cuando se incumple en el pago de una prima se suspende la cobertura de la póliza pero que al no ser suspensión sinónimo de extinción, puede quedar sin efecto con la regularización del pago, reanudándose la vigencia. Que en ningún momento se dispone la eliminación de la obligación de pago de prima y más bien que al reanudarse el cómputo por el pago de primas, se debe tomar en cuenta el plazo consumido para diferir el plazo de vigencia a su finalización.

*Además indica que la RA 529/2013 ni determina ni exonera al asegurado del pago de la prima, ni modifica lo señalado por los Arts. 1016, 1017 y 1018 del Código de Comercio, estaría actuando con respeto a la norma. Simplemente habría introducido el término de "interrupción" para diferenciar la suspensión: "...**en la interrupción (del***

pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado."

Sin embargo, al emitir la disposición objeto del presente recurso, en inobservancia de las normas vigentes nos encontramos ante un caso de nulidad establecido en el Art. 35, I, a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo. Por cuanto, la APS al dictar la Resolución objeto de Recurso está vulnerando la normativa vigente en el país establecida a través del Código de Comercio cuando en el Art. 1015 establece que "Es ***obligación*** *del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido" e inclusive cuando determina en el Art. 1018, recientemente modificado por Ley N°365 "...Salvo pacto en contrario, el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.*

Suspendida la vigencia de la póliza, el asegurador tiene derecho con fuerza ejecutiva a la prima correspondiente al periodo corrido, calculado a prorrata."

Ambos aspectos se desprenden del pilar jurídico en nuestro país establecido en el Código Civil y que siguen una línea doctrinal de cómo se entiende y qué se entiende por incumplimiento de las obligaciones. En ese sentido, cuando el Art. 341 establece que "La constitución de mora tiene efecto sin intimación o requerimiento cuando... a) Se ha convenido en que el deudor incurre en mora por el sólo vencimiento del término." No quedan dudas que en un contrato de seguro el incumplimiento en el pago de la prima (obligación del asegurado) dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.

Sin embargo, la APS mediante la Resolución impugnada pretende que la aseguradora amplíe la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad; sin tomar en cuenta que el pago dentro de ciertos plazos es una obligación del asegurado y que cualquier ampliación de vigencia debe ser resultado de un contrato previo que permita realizar los cálculos necesarios para determinar cuál es el riesgo que se cubrirá y en qué condiciones, entre estas condiciones el precio. Esta determinación de la APS es lo que en derecho administrativo se conoce como "cláusula exorbitante". El conocido autor Marienhoff utilizó el criterio de la exorbitancia a los efectos de distinguir entre contenido administrativo y contenido privado de la Administración. Dice al respecto que cuando, sin ser administrativo por su objeto, el contenido tiene incorporadas expresas "cláusulas exorbitantes del derecho común", cambiará su régimen jurídico de derecho privado para convertirse en un contenido administrativo propiamente dicho. En este caso, la "cláusula exorbitante" sobrepasa el ámbito del derecho común, porque incluida en el contenido del derecho privado resulta ilícita por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta se refiere a que con la Resolución Administrativa, ahora impugnada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no está en concordancia con el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, aquél se refería a la suspensión de la vigencia del

contrato, mientras que la Resolución impugnada establece que la interrupción del pago de la prima suspende la cobertura de la póliza. Sin embargo, el concepto de cobertura sólo responde a una obligación del asegurador, sin tomar en cuenta otros aspectos como los plazos, las exclusiones, etc. etc. La sustitución de términos "cobertura" con "vigencia" definen la gran diferencia en la aplicación de la norma porque la ley claramente expresa que la "vigencia" se suspende y la RA impugnada la amplía en contra de una norma de mayor jerarquía.

La prima constituye el precio o la remuneración que percibe el asegurador por las obligaciones que asume y constituye para el asegurado su obligación principal como elemento esencial del contrato -conforme Halperín-Morandi, "Seguros", T° I, página 390.

De conformidad al DICCIONARIO MAPFRE DE SEGUROS (http://www.mapfre.com/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?p/prima.htm), la prima es la: Aportación económica que ha de satisfacer el contratante o asegurado a la entidad aseguradora en concepto de contraprestación por la cobertura de riesgo que este le ofrece. Desde un punto de vista jurídico, es el elemento real más importante del contrato de seguro, porque su naturaleza, constitución y finalidad lo hacen ser esencial y típico de dicho contrato. La percepción de las primas en debido tiempo tiene una importancia trascendental para el contrato de seguro, pues con ellas es que se constituyen las reservas de riesgos en curso con las que el asegurador deberá afrontar el pago de las indemnizaciones futuras. Es por eso que el artículo 13,a) de la Ley 1883, que rige la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece que Las Entidades Aseguradoras podrán "Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas.". (sic)

La APS introduce el término de "interrupción" para diferenciar la suspensión y aclara que "…en la interrupción (del pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado". Sin embargo, la doctrina en esta materia establece que en el contrato de seguros existe una institución de características particulares, según la cual cuando el asegurado se halla en mora en el pago de la prima queda suspendida la cobertura que otorga la póliza, es decir, que "se le retira la garantía hasta el día en que, espontáneamente, se coloca nuevamente en las condiciones del seguro" -conforme Halperín-Morandi, op. cit., página 416. Una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de pagar la prima por parte del asegurado, es la suspensión de la cobertura; es decir, podemos concluir que se sanciona la mora del asegurado con la suspensión de cobertura; y una vez que el asegurado abona tardíamente la prima debida, la cobertura se rehabilita pero sólo para el futuro; es decir la rehabilitación opera hacia el futuro, sobre el particular ver Meilij-Barbato, op. cit., página 125, en donde se lee: "la suspensión de la cobertura cesa a partir del momento en que el asegurado da cumplimiento a sus deberes, pero aunque la póliza comienza nuevamente a cubrir los riesgos, lo hace sólo hacia el futuro".

Como señala acertadamente Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", el efecto

sancionatorio de la suspensión se materializa desde el vértice de la obligación del asegurador, pues éste deja de garantizar el riesgo desde que se produce el incumplimiento y hasta que la cobertura sea rehabilitada mediante el pago de las primas vencidas al tiempo de la mora.

La rehabilitación de la garantía supone el pago total de lo debido y, de acuerdo a lo señalado por Rubén Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", "....la cobertura queda rehabilitada sólo hacia el futuro lo que significa que el pago no purga retroactivamente la mora ni tampoco, por ende, los efectos ya producidos de la suspensión de cobertura."

La suspensión de cobertura se caracteriza por su carácter provisional ya que su vigencia es directamente proporcional al pago de la prima debida que realice el asegurado, en otras palabras, el asegurador se halla temporalmente liberado de su obligación principal pero rehabilitada la cobertura, surte efectos a futuro de conformidad a la vigencia de la póliza.

Ahora bien, hasta que momento en el futuro surte sus efectos? Hasta que vence el plazo de la póliza, entendiéndose que la vigencia está pactada de esta forma, de ahí la importancia de diferenciar estos dos términos que la norma observada confunde: Cobertura y Vigencia.

VULNERACIONES AL PRINCIPIO DE EQUIDAD

Uno de los principios aplicables a la instancia administrativa es la equidad, desde la perspectiva de aquello que la autoridad debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada en una resolución administrativa. En el presente caso, la norma establece la suspensión de la vigencia del contrato de seguro ante el incumplimiento en el pago de la prima, dentro de ciertos plazos; y, el regulador no está siendo equitativo con una fracción (la que asume el riesgo) de sus administrados: los aseguradores, al pretender establecer que no recibirán una prima por un periodo de vigencia adicional y al mismo tiempo, normar la constitución de una reserva por no pago.

El artículo 38 de la Ley de Seguros establece que la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia, siendo nulas las cláusulas o estipulaciones que:

> *b) Permitan modificar unilateralmente el precio o condiciones de cobertura de las pólizas, contratos o planes de seguros por la entidad aseguradora.*

Que (sic) *paradoja que la APS sea el tercero que modifica el precio establecido en una póliza al determinar la ampliación del plazo de vigencia sin ningún cobro adicional, en contra de lo establecido en la Ley de Seguros, olvidando que entre sus deberes está el de Velar* (sic) *por la transparencia de las operaciones en el mercado*

de seguros e indirectamente velar por la equidad dentro del mismo. En síntesis, por todo lo explicado la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 no es equitativa porque castiga doblemente al asegurador al no recibir una prima por el periodo de vigencia adicional y paralelamente, tener que constituir una reserva por no pago.

En cuanto al argumento esgrimido por la APS relativo a que si el asegurado paga una prima por 12 meses tiene el derecho a recibir cobertura por 12 meses, es por demás simplista (aunque evidentemente para el común de la población puede sonar equitativo).

En todo caso de acuerdo a los argumentos arriba mencionados, si el asegurado paga una prima por 12 meses ***en los plazos acordados****, tiene derecho a recibir cobertura por estos 12 meses, porque el cumplimiento del asegurado en las condiciones del contrato le otorga ese derecho, en contrario sensu un incumplimiento en una condición crítica como es el pago oportuno de la prima, lo priva circunstancialmente de ejercerlo pero no hace que las obligaciones del Asegurador desaparezcan durante este tiempo, por el contrario se mantienen como veremos más adelante.*

Por todo lo señalado en el punto anterior y en rigor a derecho, se hace elocuente la función sancionatoria de la suspensión de la cobertura por efecto de la falta de pago de la prima por parte del asegurado, que constituye un mecanismo que constriñe u obliga al asegurado para cumplir en sus relaciones con el asegurador y como explicaba Kelsen, en relación a las normas primarias y secundarias, en este caso nos encontramos frente a una norma primaria que autoriza la ejecución de un acto coactivo en caso de producirse la conducta opuesta a la deseable. Por lo que carece de fundamento jurídico y menos técnico basar su explicación de ampliación de vigencia arbitraria en la diferenciación de dos momentos: "...en la interrupción (del pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado". La suspensión como hemos explicado, es un mecanismo contemplado en la normativa que se materializa concretamente en la supresión de la garantía ofrecida por el asegurador y que funciona hasta el momento en que el asegurado cumple con el pago de la suma debida.

Como punto central del argumento 3, la APS señala que la RA impugnada no va en contra de lo señalado por el Código de Comercio, y que el Art. Tercero de la RA impugnada preserva también el derecho de crédito que asiste a la aseguradora ya que al brindar una cobertura por un tiempo mayor al pago efectuado tiene derecho a que el asegurado abone la diferencia, "toda vez que se presume, a diferencia de la suspensión (que es momentánea), que la interrupción en el pago de la prima es definitivo". Vano afán de la APS reconocer una situación establecida en el Código de Comercio y que no necesita mayor reconocimiento como es el derecho de crédito de la aseguradora.

Sin embargo, nada dice el regulador de otros aspectos como el establecido en el Art.

13 de la Ley de Seguros con relación a que las Entidades Aseguradoras podrán: "a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas." Se debe tomar en cuenta que las bases técnicas son anuales y las tarifas son determinadas en base al periodo de tiempo que se considera estará vigente un contrato, situación que se torna irregular a partir de la emisión de la Resolución impugnada y sobre la que técnicamente deberían haberse pronunciado.

Y con relación al inciso "b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente"? La APS impide que cumplamos lo señalado por la Ley de Seguros ya que a partir de lo establecido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, dejamos en un segundo plano lo acordado contractualmente, abriendo a una fecha incierta la conclusión del contrato de seguro generando no sólo la posibilidad de error, sino de dolo en caso de ocurrencia de siniestros. Aspecto sobre el que lastimosamente tampoco se pronuncia el órgano fiscalizador.

PERSPECTIVA TÉCNICA.

Reaseguro.- *De manera general los riesgos asumidos por una compañía de seguros están respaldados tanto por la retención propia de la compañía, según su margen de solvencia, y por el contrato de reaseguro que puede ser automático o facultativo. La cobertura de reaseguro es fijada anualmente y* ***el reasegurador cobrará una prima adicional si acepta ampliar la vigencia de esa cobertura****.*

La Resolución Administrativa N°764/2008 relativa al Reglamento de Reaseguro Pasivo establece que es obligación de las aseguradoras que los términos y condiciones fijados por el reaseguro, sean reflejados en la póliza original y deberán ser obligatoriamente cumplidos por las compañías cedentes.

Y que en caso de que existan discrepancias entre la póliza original y la nota de cobertura del reasegurador, es atribución de la APS efectuar su cuantificación y de ser significativa, podrá ordenar a la compañía recolocar el riesgo en el mercado de reaseguro o, que el cliente acepte las condiciones del reasegurador.

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N^0 529/2013 impugnada, vulnera lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo porque no habrá concordancia entre lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. Así como la afectación a la cedente por el costo adicional de ampliación de vigencia.

A contrario sensu, la posibilidad de que un reasegurador extienda la cobertura de reaseguro de la forma planteada por la resolución recurrida, es decir sin un cobro de prima adicional por el nuevo período, es inviable técnica y legalmente hablando.

No hay una estipulación en la RA objeto de recurso que defina qué sucede con las pólizas vigentes y con las nuevas. Porque para las vigentes ya existen coberturas de reaseguro contratadas y su aplicación supone un costo adicional no transferido al

asegurado para la cedente para contar con cobertura y cumplir el Reglamento de Reaseguro Pasivo.

Aspectos contables.- *La ampliación de vigencia de póliza contablemente está relacionada a la generación de cuentas de producción es decir al monto adicional de prima, que genera la constitución de reservas de riesgos en curso y asientos contables de cesión de reaseguro entre otros. De conformidad a lo señalado por la APS a pesar del vacío normativo para la constitución de reservas de riesgos en curso, para pólizas con mora en el pago de prima, debemos mantener el cálculo establecido vigente.*

Seguros de daños y especificidad sobre otros ramos afectados.- *El regulador no es específico para qué ramos se aplicará la Resolución impugnada porque sólo se refiere en forma genérica a seguros de daños, entendamos esto como seguros generales. Pero el término no es claro porque en los seguros de fidelidad y bancarios puede entenderse como daño para los asegurados por las pérdidas generadas por actos fraudulentos, por ejemplo, por lo que consideramos que se debe especificar a que* (sic) *ramos aplicaría concretamente la RA impugnada. Al respecto, la APS establece que se aplicaría a todos los seguros de daños como determina el Art. 1018 del Código de Comercio.*

Ramos de fidelidad.- *En los ramos de fidelidad concretamente en los seguros bancarios, se tienen condiciones donde se fija un periodo de descubrimiento adicional a la vigencia de la póliza que permiten realizar el reclamo cuando el asegurado suponga que puede existir un daño porque sospecha de haber sido víctima de un acto fraudulento o bien porque ya descubrió el hecho. Las pólizas tienen un periodo de descubrimiento posterior a la ocurrencia del hecho pero se afecta la póliza vigente en el periodo en el que ocurrió el mismo. Por lo tanto, no tendría ningún sentido ampliar a prorrata la vigencia de la póliza si ya existe una ampliación definida por el contrato. Sin embargo, las reservas de riesgos en curso explícitamente se define que se devengan de forma anual.*

Otros productos.- *En otros productos como D&O, E&O y RC, se pueden reclamar cuando el asegurado suponga que puede existir un daño ya sea porque un tercero le reclama alguna responsabilidad o porque ya fue demandando civilmente. Las pólizas tienen un periodo de reclamación posterior a la ocurrencia del hecho pero se afecta la póliza vigente en el periodo en el que ocurrió el mismo. Igual que el anterior punto, la ampliación a prorrata de vigencia no es aplicable.*

En ambos tipos de seguro adicionalmente existe la determinación de un valor asegurado por evento y como agregado anual por cada cobertura, lo que determina el límite de responsabilidad ***anual****. La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 afectaría esta definición técnica que el regulador no ha analizado apropiadamente limitándose a señalar que no existe tal afectación.*

Seguros de Construcción y Montaje.- *Con relación a este tipo de seguros se tarifican y evalúan de acuerdo a la duración del proyecto, con un periodo de mantenimiento y*

pruebas de puesta en marcha respectivamente. El riesgo en los mismos aumenta progresivamente, la mayor parte de estos seguros requieren de respaldo de reaseguro y el hecho de ampliar vigencia por falta de pago no acompaña el cronograma del proyecto.

Surgen interrogantes como: ¿Qué sucedería si la obra ya fue terminada pero en el transcurso de la vigencia se amplió la misma aplicando la RA impugnada?, ¿Se tendría que mantener un periodo adicional de cobertura donde no hay riesgo? Al respecto, la APS es coherente cuando basándose en el Art. 1054 del Código de Comercio reafirma que al no existir interés asegurable se extingue el contrato de seguros.

Sin embargo, el regulador mantiene silencio frente a la situación de fondo que tiene que ver con el riesgo en aumento progresivo en seguros como los señalados. Si se toma en cuenta que la tarificación inicial es resultado de una evaluación previa y global, la ampliación de cobertura definitivamente expone al asegurador a un riesgo distinto al tarificado inicialmente, en consecuencia, no se puede explicar la determinación de la RA 529-2013 basados en la premisa "si el asegurado paga una prima por 12 meses tiene el derecho a recibir cobertura por 12 meses", porque es una prima tarificada en otro momento pero del que se sabe con certeza que se caracteriza por el agravamiento del riesgo.

Adicionalmente, en los seguros de construcción y montaje existen coberturas, como la de errores de diseño, en las que las causales de un eventual siniestro pueden producirse en el período de suspensión lo cual daría inseguridad con respecto a eventuales pagos por siniestros que acontecen posterior a la reanudación de la cobertura.

Riesgo moral.- *La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 al establecer que la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, no toma en cuenta que los costos y perjuicios ocasionados por la decisión/acción del asegurado que no cumple con el pago de su prima no recaen justamente en él, es decir, en el individuo que decide el no pago, lo que puede resultar en la peligrosa opción de parte de cualquier asegurado que prefiera incumplir el pago para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo e inclusive en algunos casos en situación que implique un mayor riesgo pero sin ningún tipo de respaldo. El regulador no pudo explicar de manera eficiente y fundamentada por qué una suspensión de cobertura al ser rehabilitada debería ser compensada sencillamente porque esta posición se estrella contra la doctrina en materia de seguros. Y el riesgo moral que esta decisión implica deja entrever la posibilidad real de un riesgo que en otras circunstancias podría no presentarse: ahora el asegurado puede optar por suspender el pago de su prima en aras de tener cobertura cuando la situación sea más riesgosa y sin ningún cobro adicional. Es más, una situación de este tipo debería necesariamente incorporar un período de carencia o un plazo de espera a fin de evitar que el seguro pague siniestros que hayan ocurrido antes del re-inicio de la cobertura de seguro. Finalmente, para la reanudación de vigencia, se debería limitar la misma a una vigencia de plazo corto para así evitar posibles*

problemas de carácter técnico y/o cobertura y también para limitar la administración de estos casos.

Contradicción técnica.- *La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 en su artículo segundo señala: "Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad." Sin embargo, este aspecto denota total inconsistencia técnica porque la resolución impugnada de la APS supone un cambio de estimación contable en lo concerniente a la adecuada determinación de la reserva de primas por cobrar, puesto que si se reanuda y regulariza el pago de prima, se reactivan nuevamente las condiciones de cobertura de la póliza y ampliación de vigencia por el período de suspensión. Anterior a la resolución, el incumplimiento en el pago de cualquier cuota (en mora) determinaba la constitución de porcentajes de reserva fijados en función a días de mora.*

La situación mencionada puede generar incertidumbre sobre la razonabilidad de la estimación de la Aseguradora respecto a los efectos de futuros eventos, en consideración a la suspensión definitiva de la póliza o la reanudación de la misma por pago de la prima, para la constitución de reservas para primas por cobrar al cierre de ejercicio, por medios fehacientes e idóneos.

Si la auditoría externa concluye que la estimación de la Aseguradora no es razonable para la constitución de la reserva para primas por cobrar y esto puede causar que los estados financieros se encuentren distorsionados, entonces podrá expresar una opinión con salvedades en el rubro de primas por cobrar (de acuerdo con Statement on Auditing Standards SAS N°57 "Estimaciones Contables para Efectos de Auditoría").

Por otra parte, la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 genera un problema contable y técnico para la constitución de reserva de riesgos en curso que según la normativa correspondiente se realiza para periodos establecidos en la póliza original. Aunque evidentemente la RA 529/2013 no modifica el Reglamento de Reservas para Primas por Cobrar, ante una ampliación de vigencia sin cobro adicional de prima se tendrían que re-calcular los periodos anteriores de devengamiento (sic) *y constitución.*

En síntesis, con la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 se castiga doblemente al asegurador porque no recibe una prima por el periodo de vigencia adicional y paralelamente, debe constituir una reserva por no pago.

Registro de pólizas.- *Con relación a las pólizas comercializadas en el mercado y registradas previamente en la APS, la implementación de la Resolución Administrativa impugnada implica cambios con los formatos establecidos previamente, esta obligación de adecuar nuestros textos a la RA impugnada y proceder al registro correspondiente, supone un movimiento del mercado que el regulador no podrá atender en los plazos previstos, con el consiguiente perjuicio para los aseguradores, por lo que se haría necesario que se establezcan roles o cierto orden para atender este requerimiento.*

Excesiva onerosidad.- *La emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, causa perjuicio económico evidente. En relación a lo señalado por la APS sobre el "diferimiento de cobertura" en la pág. 12 de RA No.850 del 17 de Septiembre del 2013, contablemente no existe esta figura, cualquier ampliación de vigencia o registro de nueva vigencia implica una nueva emisión de la póliza por los días adicionales de cobertura que se otorgaran según la Resolución impugnada, por lo tanto ratificamos que desde el punto de vista financiero, la ampliación de vigencia de la póliza sin pago de prima incremental por parte del cliente, generará a las compañías de seguro pérdidas económicas, toda vez que las aseguradoras deberán asumir totalmente los costos generados por la ampliación de cobertura relacionados a retención, reaseguro, siniestros y transferencias ABA y APS (Tasa Regulatoria). Operativamente la ampliación de vigencia de una póliza es generada a través de la emisión de producción, por lo tanto se debe registrar un ingreso contra primas por cobrar que no serán cobradas. En consecuencia el importe total de PXC deberá ser castigado generando un gasto que deberá ser asumido en su integridad por la compañía aseguradora. Realizando un cálculo aplicando la resolución administrativa de la APS en nuestras cifras al 30/7/2013 la pérdida por el castigo sería la siguiente:*

COSTO RETENCIÓN	
Producción Neta de Reaseguro	*139.829.747*
Prima Adicional	*18.160.269*
Producción Neta de Reaseguro sin prima adicional	*121.669.479*
Prima Total Adeudada Retenida de pólizas que entraron en mora emitidas a Julio - 2013	*5.383.714*
Costo de ampliación de cobertura sin percepción de prima por dia (sic) *de vigencia*	*25.515*
Promedio de días de mora	*42*
Subtotal Costo de Retención	***1.071.640***

La emisión de producción generará nuevamente aportes a la APS y ABA, costo que deberá ser asumido por las compañías de seguros, siguiendo el ejemplo anterior este costo sería el siguiente:

COSTO APORTES APS - ABA	
Prima Total de pólizas emitidas de Ene-Julio 2013 que entraron en mora	*14.207.286*
PORCENTAJE APORTE APS	*0,02*
PORCENTAJE APORTE ABA	*0,00054*
Costo de pago de aportes APS	*284.146*
Costo de pago de aportes ABA	*7.672*
Subtotal Costo Aportes APS Y ABA	***291.818***

Una vez emitida la producción se debe proceder a la cesión a reaseguradores por la ampliación de la vigencia, costo que deberá ser financiado en su integridad por la compañía aseguradora. Realizando un cálculo aplicando la resolución administrativa de la APS en nuestras cifras al 30/7/2013 el costo asumido por reaseguro sería el siguiente:

DESCRIPCION	***Bs.***
COSTO REASEGURO	
Producción Total Neta de Anulación	*218.806.400*
Producción Neta de Reaseguro	*139.829.747*
Producción Cedida	*78.976.653*
Comisión de Reaseguro Neta	*14.277.699*
Prima Total Adeudada de pólizas que entraron en mora emitidas a Julio - 2013	*9.681.895*
Prima Total Adeudada Cedida de pólizas que entraron en mora emitidas a Julio - 2013	*3.494.613*
Prima Total de pólizas emitidas de Ene-Julio 2013 que entraron en mora	*14.207.286*
Prima Total CEDIDA de pólizas emitidas de Ene-Julio 2013 que entraron en mora	*5.128.021*
Costo de la cesión por día adicional de cobertura	*24.303*
Comisión por la cesión adicional	*4.394*
Costo Neto por día adicional de Cobertura	*19.910*
Promedio de días de mora	*42*
Subtotal Costo de Reaseguro	***836.210***

La ampliación de vigencia de póliza genera cobertura adicional sin prima incremental debiendo la compañía aseguradora asumir el costo del siniestro por la parte retenida; sin haber cobrado por la emisión de la póliza; cuando el siniestro ocurra dentro del período adicional de cobertura dictado por la Resolución emitida por la APS, siguiendo el ejemplo numérico mostrado anteriormente este costo representaría el siguiente importe:

COSTO SINIESTRALIDAD	
Tasa de siniestralidad a Julio 2013	*31%*
Subtotal Costo por Siniestralidad Retenida	***332.208***

En conclusión la aplicación de la Resolución Administrativa de la APS genera costos a las compañías de seguros que deben ser asumidos sin una prima incremental, por lo tanto esta resolución generará pérdidas económicas, que en nuestro caso realizando un ejercicio tomando cifras al 30/7/2013 representa un total de Bs. 2.531.876.-

Por todo lo expuesto, de conformidad al artículo 35 de la LPA, parágrafo II, que establece que las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. invocó la nulidad de la RA 529-2013 por apartarse de los principios del derecho establecidos en el Código de Comercio y en el Código Civil y vulnerar el Principio de Legalidad reconocido expresamente en nuestra Constitución.

Adicionalmente, por todo lo señalado, queda expuesta la falta de fundamento del presente caso por parte del ente regulador, ya que a pesar de que la APS considera que en el caso concreto se configura la hipótesis normativa, insistimos en que en la RA 850-2013 que confirma la RA 529-2013 no se observan fundamentos válidos que

permitan conocer los motivos legales concretos y valederos para otorgar vigencia adicional al reanudarse la cobertura de una póliza, ante la suspensión por falta de pago de prima del asegurado. Lastimosamente, tampoco exponen argumentación técnica sólida al respecto.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N^0 850-2013 de 17 de septiembre de 2013 y notificada el 18 de septiembre de 2013 a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, de 07 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

1) *Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.*
2) *Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso*
3) *Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 850-2013 de 17 de septiembre de 2013…*"

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 12 de noviembre de 2013, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a solicitud de la misma que consta en el memorial presentado en fecha 2 de octubre de 2013, y conforme fuera señalada en el Auto de Admisión de 29 de octubre de 2013.

6. ALEGATOS DE LOS TERCEROS INTERESADOS.-

Por auto de 2 de diciembre de 2013, se tiene por apersonadas a las Entidades Aseguradoras de Seguros Generales que, atendiendo a la notificación dispuesta por el auto de fecha 29 de octubre de 2013, se apersonaron en su calidad procesal de terceros interesados, e hicieron presentes sus alegatos, conforme a la relación siguiente:

6.1. Alegatos de SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Mediante memorial presentado en fecha 19 de noviembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Presidente Ejecutivo, Lic. Fernando Antonio Arce Grandchant, hizo presente los alegatos siguientes:

"…Del análisis de la Resolución APS/DJ/DS/ N° 529-2013 de 7 de junio de 2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así como de los argumentos expuestos por la BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la mencionada Resolución y de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°850-2013, que resuelve el Recurso de Revocatoria, presentamos los siguientes fundamentos legales, que su autoridad sabrá valorar adecuadamente:

Principio de Legalidad

La APS pretende circunscribir su actuación a la legalidad, señalando que la RA 529/2013 dispone que cuando se incumple en el pago de una prima, se suspende la cobertura de la póliza pero que al no ser suspensión sinónimo de extinción, puede quedar sin efecto con la regularización del pago, reanudándose la vigencia. Que en ningún momento se dispone la eliminación de la obligación de pago de prima y más bien que al reanudarse el cómputo por el pago de primas, se debe tomar en cuenta el plazo consumido para diferir el plazo de vigencia a su finalización.

Al respecto, corresponde señalar que no quedan dudas que en un contrato de seguro el incumplimiento en el pago de la prima (obligación del asegurado), dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato. Sin embargo, la APS mediante la Resolución impugnada pretende que la aseguradora amplíe la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad; sin tomar en cuenta que el pago dentro de ciertos plazos es una obligación del asegurado (Art. 1015 del Código de Comercio) y que cualquier ampliación de vigencia del contrato, entendida como la fecha y hora del vencimiento del contrato (Art. 1007 numeral 4 del Código de Comercio) debe ser resultado de un nuevo acuerdo previo, que permita realizar los cálculos necesarios para determinar cuál es el riesgo que se cubrirá y en qué condiciones, entre estas condiciones el precio. Esta determinación de la APS es lo que en derecho administrativo se conoce como "cláusula exorbitante", ya que sobrepasa el ámbito del derecho común, porque incluida en el contenido del derecho privado resulta ilícita por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta, se refiere a que con la Resolución Administrativa, ahora impugnada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no está en concordancia con el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, que dispone la suspensión de la vigencia del contrato, mientras que la Resolución impugnada establece que la interrupción del pago de la prima suspende la cobertura de la póliza. Sin embargo, el concepto de cobertura sólo responde a una obligación del asegurador, sin tomar en cuenta otros aspectos como los plazos, las exclusiones, etc. La sustitución de términos "cobertura" con "vigencia" definen la gran diferencia en la aplicación de la norma, porque la ley claramente expresa que la "vigencia" del contrato se suspende y la RA impugnada la amplía en contra de una norma de mayor jerarquía.

La percepción de las primas en debido tiempo tiene una importancia trascendental para el contrato de seguro, con las que el asegurador deberá afrontar el pago de las indemnizaciones futuras. Es por eso que el artículo 13,a) de la Ley 1883, que rige la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece que Las Entidades Aseguradoras podrán "Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas.". (sic)

La APS introduce el término de "interrupción" para diferenciar la suspensión y aclara que "...en la interrupción (del pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado". Sin embargo, la doctrina en esta materia establece que en el contrato de seguros existe una institución de características particulares, según la cual cuando el asegurado se halla en mora en el pago de la prima queda suspendida la cobertura que otorga la póliza, es decir, que "se le retira la garantía hasta el día en que, espontáneamente, se coloca nuevamente en las condiciones del seguro" - conforme Halperín-Morandi, op. cit, página 416. Una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de pagar la prima por parte del asegurado, es la suspensión de la cobertura; es decir, podemos concluir que se sanciona la mora del asegurado con la suspensión de cobertura; y una vez que el asegurado abona tardíamente la prima debida, la cobertura se rehabilita pero sólo para el futuro;, (sic) *sobre el particular ver Meilij-Barbato, op. cit., página 125, en donde se lee: "la suspensión de la cobertura cesa a partir del momento en que el asegurado da cumplimiento a sus deberes, pero aunque la póliza comienza nuevamente a cubrir los riesgos, lo hace sólo hacia el futuro".*

Como señala acertadamente Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", el efecto sancionatorio de la suspensión se materializa desde el vértice de la obligación del asegurador, pues éste deja de garantizar el riesgo desde que se produce el incumplimiento y hasta que la cobertura sea rehabilitada mediante el pago de las primas vencidas al tiempo de la mora.

La rehabilitación de la garantía supone el pago total de lo debido y, de acuerdo a lo señalado por Rubén Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", "...la cobertura queda rehabilitada sólo hacia el futuro lo que significa que el pago no purga retroactivamente la mora ni tampoco, por ende, los efectos ya producidos de la suspensión de cobertura."

La suspensión de cobertura se caracteriza por su carácter provisional ya que su vigencia es directamente proporcional al pago de la prima debida que realice el asegurado, en otras palabras, el asegurador se halla temporalmente liberado de su obligación principal pero rehabilitada la cobertura, surte efectos a futuro de conformidad a la vigencia de la póliza.

Ahora bien, hasta que momento en el futuro surte sus efectos? Hasta que vence el plazo de la póliza, entendiéndose que la vigencia está pactada de esta forma, de ahí la importancia de diferenciar estos dos términos que la norma observada

confunde: Cobertura y Vigencia.

Principio de Equidad

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013, no es equitativa porque castiga doblemente al asegurador, al no recibir una prima por el periodo de vigencia del contrato adicional y paralelamente, tener que constituir una reserva por no pago.

En cuanto al argumento esgrimido por la APS relativo a que si el asegurado paga una prima por 12 meses tiene el derecho a recibir cobertura por 12 meses, es por demás simplista (aunque evidentemente para el común de la población puede sonar equitativo).

En todo caso de acuerdo a los argumentos arriba mencionados, si el asegurado paga una prima por 12 meses en los plazos acordados (Ej. 1 de enero al 31 de diciembre de 2013), tiene derecho a recibir cobertura por estos 12 meses en dichos plazos, porque el cumplimiento del asegurado en las condiciones del contrato le otorga ese derecho, en contrario sensu, un incumplimiento en una condición crítica como es el pago oportuno de la prima, lo priva circunstancialmente de ejercerlo.

Por todo lo señalado en el punto anterior y en rigor a derecho, se hace elocuente la función sancionatoria de la suspensión de la cobertura por efecto de la falta de pago de la prima por parte del asegurado, que constituye un mecanismo que constriñe u obliga al asegurado para cumplir en sus relaciones con el asegurador y como explicaba Kelsen, en relación a las normas primarias y secundarias, en este caso nos encontramos frente a una norma primaria que autoriza la ejecución de un acto coactivo en caso de producirse la conducta opuesta a la deseable. Por lo que carece de fundamento jurídico y menos técnico basar su explicación de ampliación de vigencia arbitraria en la diferenciación de dos momentos: "...en la interrupción (del pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado". La suspensión como hemos explicado, es un mecanismo contemplado en la normativa que se materializa concretamente en la supresión de la garantía ofrecida por el asegurador y que funciona hasta el momento en que el asegurado cumple con el pago de la suma debida.

La APS señala que la RA impugnada no va en contra de lo señalado por el Código de Comercio, y que el Art. Tercero de la RA impugnada preserva también el derecho de crédito que asiste a la aseguradora ya que al brindar una cobertura por un tiempo mayor al pago efectuado tiene derecho a que el asegurado abone la diferencia, "toda vez que se presume, a diferencia de la suspensión (que es momentánea), que la interrupción en el pago de la prima es definitivo". Vano afán de la APS reconocer una situación establecida en el Código de Comercio y que no necesita mayor reconocimiento como es el derecho de crédito de la aseguradora.

Sin embargo, nada dice el regulador de otros aspectos como el establecido en el Art.

13 de la Ley de Seguros con relación a que las Entidades Aseguradoras podrán: "a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas." Se debe tomar en cuenta que las bases técnicas son anuales y las tarifas son determinadas en base al periodo de tiempo que se considera estará vigente un contrato, situación que se torna irregular a partir de la emisión de la Resolución impugnada y sobre la que técnicamente deberían haberse pronunciado.

Y con relación al inciso "b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente". La APS impide que cumplamos lo señalado por la Ley de Seguros, ya que a partir de lo establecido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, dejamos en un segundo plano lo acordado contractualmente, abriendo a una fecha incierta la conclusión del contrato de seguro generando no sólo la posibilidad de error, sino de dolo en caso de ocurrencia de siniestros. Aspecto sobre el que lastimosamente tampoco se pronuncia el órgano fiscalizador.

Perspectiva Técnica.

Reaseguro.- De manera general los riesgos asumidos por una compañía de seguros están respaldados tanto por la retención propia de la compañía, según su margen de solvencia, y por el contrato de reaseguro que puede ser automático o facultativo. La cobertura de reaseguro es fijada anualmente y el reasegurador cobrará una prima adicional si acepta ampliar la vigencia de esa cobertura.

La Resolución Administrativa N°764/2008 relativa al Reglamento de Reaseguro Pasivo establece que es obligación de las aseguradoras que los términos y condiciones fijados por el reaseguro, sean reflejados en la póliza original y deberán ser obligatoriamente cumplidos por las compañías cedentes.

Y que en caso de que existan discrepancias entre la póliza original y la nota de cobertura del reasegurador, es atribución de la APS efectuar su cuantificación y de ser significativa, podrá ordenar a la compañía recolocar el riesgo en el mercado de reaseguro o, que el cliente acepte las condiciones del reasegurador.

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 impugnada, vulnera lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo porque no habrá concordancia entre lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. Así como la afectación a la cedente por el costo adicional de ampliación de vigencia.

A contrario sensu, la posibilidad de que un reasegurador extienda la cobertura de reaseguro de la forma planteada por la resolución recurrida, es decir sin un cobro de prima adicional por el nuevo período, es inviable técnica y legalmente hablando.

Aspectos contables.

La ampliación de vigencia de póliza contablemente está relacionada a la

generación de cuentas de producción es decir al monto adicional de prima, que genera la constitución de reservas de riesgos en curso y asientos contables de cesión de reaseguro entre otros. De conformidad a lo señalado por la APS a pesar del vacío normativo para la constitución de reservas de riesgos en curso, para pólizas con mora en el pago de prima, debemos mantener el cálculo establecido vigente.

Riesgo moral.

La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 al establecer que la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, no toma en cuenta que los costos y perjuicios ocasionados por la decisión/acción del asegurado que no cumple con el pago de su prima no recaen justamente en él, es decir, en el individuo que decide el no pago, lo que puede resultar en la peligrosa opción de parte de cualquier asegurado que prefiera incumplir el pago para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo e inclusive en algunos casos en situación que implique un mayor riesgo pero sin ningún tipo de respaldo. El regulador no pudo explicar de manera eficiente y fundamentada por qué una suspensión de cobertura al ser rehabilitada debería ser compensada sencillamente porque esta posición se estrella contra la doctrina en materia de seguros. Y el riesgo moral que esta decisión implica deja entrever la posibilidad real de un riesgo que en otras circunstancias podría no presentarse: ahora el asegurado puede optar por suspender el pago de su prima en aras de tener cobertura cuando la situación sea más riesgosa y sin ningún cobro adicional. Es más, una situación de este tipo debería necesariamente incorporar un período de carencia o un plazo de espera a fin de evitar que el seguro pague siniestros que hayan ocurrido antes del re-inicio de la cobertura de seguro. Finalmente, para la reanudación de vigencia, se debería limitar la misma a una vigencia de plazo corto para así evitar posibles problemas de carácter técnico y/o cobertura y también para limitar la administración de estos casos.

Contradicción técnica.

La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 en su artículo segundo señala: "Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad." Sin embargo, este aspecto denota total inconsistencia técnica porque la resolución impugnada de la APS supone un cambio de estimación contable en lo concerniente a la adecuada determinación de la reserva de primas por cobrar, puesto que si se reanuda y regulariza el pago de prima, se reactivan nuevamente las condiciones de cobertura de la póliza y ampliación de vigencia por el período de suspensión y por otro lado el incumplimiento en el pago de cualquier cuota (en mora) determinaba la constitución de porcentajes de reserva fijados en función a días de mora.

La situación mencionada puede generar incertidumbre sobre la razonabilidad de la estimación de la Aseguradora respecto a los efectos de futuros eventos, en consideración a la suspensión definitiva de la póliza o la reanudación de la misma por pago de la prima, para la constitución de reservas para primas por cobrar al cierre de

ejercicio, por medios fehacientes e idóneos.

Por otra parte, la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N⁰ 529/2013 genera un problema contable y técnico para la constitución de reserva de riesgos en curso que según la normativa correspondiente se realiza para periodos establecidos en la póliza original. Aunque evidentemente la RA 529/2013 no modifica el Reglamento de Reservas para Primas en curso, ante una ampliación de vigencia sin cobro adicional de prima se tendrían que re-calcular los periodos anteriores de devengamiento (sic) *y constitución.*

En ese sentido, si la auditoría externa concluye que la estimación de la Aseguradora no es razonable para la constitución de la reserva para primas por cobrar y esto puede causar que los estados financieros se encuentren distorsionados, entonces podrá expresar una opinión con salvedades en el rubro de primas por cobrar (de acuerdo con Statement on Auditing Standards SAS N°57 "Estimaciones Contables para Efectos de Auditoría").

PETITORIO

Solicitamos considere los alegatos presentados en el presente memorial

6.2. Impertinencia de los alegatos de ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A. .-

Mediante memorial presentado en fecha 19 de noviembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, representada legalmente por su Gerente Nacional Corporativo, Sr. Jaime José Antonio Trigo Flores**,** expresa extremos como los siguientes:

"*…Ha sido de nuestro conocimiento la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 850-2013** de fecha 11 de septiembre de 2013, en cuya parte resolutiva segunda se establece la suspensión de los efectos emergentes de la **RES. APS/DJ/DS/N° 529-2013,** toda vez que la misma podría causar un grave daño a la entidad.*

*En ese sentido, siendo que las actividades de las empresas aseguradoras tienen niveles análogos de riesgo legal, económico y administrativo e incluso regulatorio entendemos que la decisión de SUSPENDER la ejecución de la resoluciones sancionatorias, por conllevar un posible riesgo para la recurrente, tal como se evidencia en la ulterior decisión de la APS, **tiende de fomentar las Buenas Prácticas Prudenciales en el Sistema Asegurador, es por** ello, que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.,** propugna dicha decisión regulatoria de suspensión de una resolución sancionatoria y en todo caso corresponderá instituir esta práctica como **JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA** de aplicación uniforme en casos similares*

4. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 11,

12 y 16 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, ***PROPUGNO*** *la resolutiva segunda de la* ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 850-2013*** *del 11 de septiembre de 2013, que establece la suspensión de los efectos emergentes de la* ***RES. APS/DJ/DS/N° 529-2013*** *por existir la posibilidad de generar serios daños a la entidad recurrente que en este caso es LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*

Asimismo, tenga presente el respaldo institucional que se da a la empresa LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. dentro del proceso sancionador que a la fecha está en última instancia impugnatoria…"

Corresponde aclarar a la presentante **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, que el contenido del artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 850-2013 de fecha 11 de septiembre de 2013, *referido a que "SUSPENDER la ejecución de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529-2013 de 07 de junio de 2013 hasta que concluya el procedimiento administrativo*", no constituye objeto de controversia alguna, sino que, habiendo sido solicitada tal suspensión por la recurrente **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** (memorial de 2 de julio de 2013), se infiere su **atención favorable** que consta en el precitado artículo segundo, en beneficio de las Entidades Aseguradoras de Seguros Generales (**ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** incluida, conforme se desprende de su memorial de 19 de noviembre de 2013), de modo tal que ni la recurrente ni los restantes terceros interesados, han impugnado tal determinación en el sentido del artículo 37° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2013 ("*criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos*"), la que hasta el presente ha permanecido subsistente dentro de los alcances del artículo 40° del mismo Reglamento -amén que un *respaldo institucional* como el que señala la presentante, no tiene mayor trascendencia jurídico-procesal administrativa-, determinando que su alegato resulte impertinente, no ameritando mayor consideración.

6.3. Alegatos de BISA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Mediante memorial presentado en fecha 19 de noviembre de 2013, **BISA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente General y Vicepresidente Ejecutivo, Sr. Juan Alejandro Mac Lean Céspedes, expresa los alegatos siguientes:

"…***I. ALEGATOS***

Del análisis de la Resolución APS/DJ/DS/ N° 529-2013 de 7 de junio de 2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así como de los argumentos expuestos por la BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la mencionada Resolución y de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°850-2013, que resuelve el Recurso de Revocatoria, presentamos los siguientes fundamentos legales, que su autoridad sabrá valorar adecuadamente:

Principio de Legalidad

La APS pretende circunscribir su actuación a la legalidad, señalando que la RA 529/2013 dispone que cuando se incumple en el pago de una prima, se suspende la cobertura de la póliza pero que al no ser suspensión sinónimo de extinción, puede quedar sin efecto con la regularización del pago, reanudándose la vigencia. Que en ningún momento se dispone la eliminación de la obligación de pago de prima y más bien que al reanudarse el cómputo por el pago de primas, se debe tomar en cuenta el plazo consumido para diferir el plazo de vigencia a su finalización.

Al respecto, corresponde señalar que no quedan dudas que en un contrato de seguro el incumplimiento en el pago de la prima (obligación del asegurado), dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato. Sin embargo, la APS mediante la Resolución impugnada pretende que la aseguradora amplíe la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad; sin tomar en cuenta que el pago dentro de ciertos plazos es una obligación del asegurado (Art. 1015 del Código de Comercio) y que cualquier ampliación de vigencia del contrato, entendida como la fecha y hora del vencimiento del contrato (Art. 1007 numeral 4 del Código de Comercio) debe ser resultado de un nuevo acuerdo previo, que permita realizar los cálculos necesarios para determinar cuál es el riesgo que se cubrirá y en qué condiciones, entre estas condiciones el precio. Esta determinación de la APS es lo que en derecho administrativo se conoce como "cláusula exorbitante", ya que sobrepasa el ámbito del derecho común, porque incluida en el contenido del derecho privado resulta ilícita por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta, se refiere a que con la Resolución Administrativa, ahora impugnada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no está en concordancia con el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, que dispone la suspensión de la vigencia del contrato, mientras que la Resolución impugnada establece que la interrupción del pago de la prima suspende la cobertura de la póliza. Sin embargo, el concepto de cobertura sólo responde a una obligación del asegurador, sin tomar en cuenta otros aspectos como los plazos, las exclusiones, etc. La sustitución de términos "cobertura" con "vigencia" definen la gran diferencia en la aplicación de la norma, porque la ley claramente expresa que la "vigencia" del contrato se suspende y la RA impugnada la amplía en contra de una norma de mayor jerarquía.

La percepción de las primas en debido tiempo tiene una importancia trascendental para el contrato de seguro, con las que el asegurador deberá afrontar el pago de las indemnizaciones futuras. Es por eso que el artículo 13,a) de la Ley 1883, que rige la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece que Las Entidades Aseguradoras podrán "Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas.". (sic)

La APS introduce el término de "interrupción" para diferenciar la suspensión y aclara

que "...en la interrupción (del pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado". Sin embargo, la doctrina en esta materia establece que en el contrato de seguros existe una institución de características particulares, según la cual cuando el asegurado se halla en mora en el pago de la prima queda suspendida la cobertura que otorga la póliza, es decir, que "se le retira la garantía hasta el día en que, espontáneamente, se coloca nuevamente en las condiciones del seguro" - conforme Halperín-Morandi, op. cit., página 416. Una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de pagar la prima por parte del asegurado, es la suspensión de la cobertura; es decir, podemos concluir que se sanciona la mora del asegurado con la suspensión de cobertura; y una vez que el asegurado abona tardíamente la prima debida, la cobertura se rehabilita pero sólo para el futuro;, (sic) *sobre el particular ver Meilij-Barbato, op. cit., página 125, en donde se lee: "la suspensión de la cobertura cesa a partir del momento en que el asegurado da cumplimiento a sus deberes, pero aunque la póliza comienza nuevamente a cubrir los riesgos, lo hace sólo hacia el futuro".*

Como señala acertadamente Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", el efecto sancionatorio de la suspensión se materializa desde el vértice de la obligación del asegurador, pues éste deja de garantizar el riesgo desde que se produce el incumplimiento y hasta que la cobertura sea rehabilitada mediante el pago de las primas vencidas al tiempo de la mora.

La rehabilitación de la garantía supone el pago total de lo debido y, de acuerdo a lo señalado por Rubén Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", "...la cobertura queda rehabilitada sólo hacia el futuro lo que significa que el pago no purga retroactivamente la mora ni tampoco, por ende, los efectos ya producidos de la suspensión de cobertura."

La suspensión de cobertura se caracteriza por su carácter provisional ya que su vigencia es directamente proporcional al pago de la prima debida que realice el asegurado, en otras palabras, el asegurador se halla temporalmente liberado de su obligación principal pero rehabilitada la cobertura, surte efectos a futuro de conformidad a la vigencia de la póliza.

Ahora bien, hasta que momento en el futuro surte sus efectos? Hasta que vence el plazo de la póliza, entendiéndose que la vigencia está pactada de esta forma, de ahí la importancia de diferenciar estos dos términos que la norma observada confunde: Cobertura y Vigencia.

Principio de Equidad

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/Nº 529/2013, no es equitativa porque castiga doblemente al asegurador, al no recibir una prima por el periodo de vigencia del contrato adicional y paralelamente, tener que constituir una reserva por no pago.

En cuanto al argumento esgrimido por la APS relativo a que si el asegurado paga una prima por 12 meses tiene el derecho a recibir cobertura por 12 meses, es por demás simplista (aunque evidentemente para el común de la población puede sonar equitativo).

En todo caso de acuerdo a los argumentos arriba mencionados, si el asegurado paga una prima por 12 meses ***en los plazos acordados (Ej. 1 de enero al 31 de diciembre de 2013),*** *tiene derecho a recibir cobertura por estos 12 meses en dichos plazos, porque el cumplimiento del asegurado en las condiciones del contrato le otorga ese derecho, en contrario sensu, un incumplimiento en una condición crítica como es el pago oportuno de la prima, lo priva circunstancialmente de ejercerlo.*

Por todo lo señalado en el punto anterior y en rigor a derecho, se hace elocuente la función sancionatoria de la suspensión de la cobertura por efecto de la falta de pago de la prima por parte del asegurado, que constituye un mecanismo que constriñe u obliga al asegurado para cumplir en sus relaciones con el asegurador y como explicaba Kelsen, en relación a las normas primarias y secundarias, en este caso nos encontramos frente a una norma primaria que autoriza la ejecución de un acto coactivo en caso de producirse la conducta opuesta a la deseable. Por lo que carece de fundamento jurídico y menos técnico basar su explicación de ampliación de vigencia arbitraria en la diferenciación de dos momentos: "...en la interrupción (del pago de prima) nace el Derecho de la Aseguradora de perseguir el cobro de la prima por la vía ejecutiva, mientras que en la suspensión (por falta de pago de la prima) nace el derecho del asegurado por obtener la cobertura por el tiempo pagado". La suspensión como hemos explicado, es un mecanismo contemplado en la normativa que se materializa concretamente en la supresión de la garantía ofrecida por el asegurador y que funciona hasta el momento en que el asegurado cumple con el pago de la suma debida.

La APS señala que la RA impugnada no va en contra de lo señalado por el Código de Comercio, y que el Art. Tercero de la RA impugnada preserva también el derecho de crédito que asiste a la aseguradora ya que al brindar una cobertura por un tiempo mayor al pago efectuado tiene derecho a que el asegurado abone la diferencia, "toda vez que se presume, a diferencia de la suspensión (que es momentánea), que la interrupción en el pago de la prima es definitivo". Vano afán de la APS reconocer una situación establecida en el Código de Comercio y que no necesita mayor reconocimiento como es el derecho de crédito de la aseguradora.

Sin embargo, nada dice el regulador de otros aspectos como el establecido en el Art. 13 de la Ley de Seguros con relación a que las Entidades Aseguradoras podrán: "a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas." Se debe tomar en cuenta que las bases técnicas son anuales y las tarifas son determinadas en base al periodo de tiempo que se considera estará vigente un contrato, situación que se torna irregular a partir de la emisión de la Resolución impugnada y sobre la que técnicamente deberían haberse pronunciado.

Y con relación al inciso "b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y

condiciones establecidos contractualmente". La APS impide que cumplamos lo señalado por la Ley de Seguros, ya que a partir de lo establecido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, dejamos en un segundo plano lo acordado contractualmente, abriendo a una fecha incierta la conclusión del contrato de seguro generando no sólo la posibilidad de error, sino de dolo en caso de ocurrencia de siniestros. Aspecto sobre el que lastimosamente tampoco se pronuncia el órgano fiscalizador.

Perspectiva Técnica.

Reaseguro.- *De manera general los riesgos asumidos por una compañía de seguros están respaldados tanto por la retención propia de la compañía, según su margen de solvencia, y por el contrato de reaseguro que puede ser automático o facultativo. La cobertura de reaseguro es fijada anualmente y* ***el reasegurador cobrará una prima adicional si acepta ampliar la vigencia de esa cobertura****.*

La Resolución Administrativa N°764/2008 relativa al Reglamento de Reaseguro Pasivo establece que es obligación de las aseguradoras que los términos y condiciones fijados por el reaseguro, sean reflejados en la póliza original y deberán ser obligatoriamente cumplidos por las compañías cedentes.

Y que en caso de que existan discrepancias entre la póliza original y la nota de cobertura del reasegurador, es atribución de la APS efectuar su cuantificación y de ser significativa, podrá ordenar a la compañía recolocar el riesgo en el mercado de reaseguro o, que el cliente acepte las condiciones del reasegurador.

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 impugnada, vulnera lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo porque no habrá concordancia entre lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. Así como la afectación a la cedente por el costo adicional de ampliación de vigencia.

A contrario sensu, la posibilidad de que un reasegurador extienda la cobertura de reaseguro de la forma planteada por la resolución recurrida, es decir sin un cobro de prima adicional por el nuevo período, es inviable técnica y legalmente hablando.

Aspectos contables.

La ampliación de vigencia de póliza contablemente está relacionada a la generación de cuentas de producción es decir al monto adicional de prima, que genera la constitución de reservas de riesgos en curso y asientos contables de cesión de reaseguro entre otros.

De conformidad a lo señalado por la APS a pesar del vacío normativo para la constitución de reservas de riesgos en curso, para pólizas con mora en el pago de prima, debemos mantener el cálculo establecido vigente.

***Riesgo moral*.**

La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 al establecer que la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, no toma en cuenta que los costos y perjuicios ocasionados por la decisión/acción del asegurado que no cumple con el pago de su prima no recaen justamente en él, es decir, en el individuo que decide el no pago, lo que puede resultar en la peligrosa opción de parte de cualquier asegurado que prefiera incumplir el pago para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo e inclusive en algunos casos en situación que implique un mayor riesgo pero sin ningún tipo de respaldo. El regulador no pudo explicar de manera eficiente y fundamentada por qué una suspensión de cobertura al ser rehabilitada debería ser compensada sencillamente porque esta posición se estrella contra la doctrina en materia de seguros. Y el riesgo moral que esta decisión implica deja entrever la posibilidad real de un riesgo que en otras circunstancias podría no presentarse: ahora el asegurado puede optar por suspender el pago de su prima en aras de tener cobertura cuando la situación sea más riesgosa y sin ningún cobro adicional. Es más, una situación de este tipo debería necesariamente incorporar un período de carencia o un plazo de espera a fin de evitar que el seguro pague siniestros que hayan ocurrido antes del re-inicio de la cobertura de seguro. Finalmente, para la reanudación de vigencia, se debería limitar la misma a una vigencia de plazo corto para así evitar posibles problemas de carácter técnico y/o cobertura y también para limitar la administración de estos casos.

***Contradicción técnica*.**

La RA APS/DJ/DS/N^0 529/2013 en su artículo segundo señala: "Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad." Sin embargo, este aspecto denota total inconsistencia técnica porque la resolución impugnada de la APS supone un cambio de estimación contable en lo concerniente a la adecuada determinación de la reserva de primas por cobrar, puesto que si se reanuda y regulariza el pago de prima, se reactivan nuevamente las condiciones de cobertura de la póliza y ampliación de vigencia por el período de suspensión y por otro lado el incumplimiento en el pago de cualquier cuota (en mora) determinaba la constitución de porcentajes de reserva fijados en función a días de mora.

La situación mencionada puede generar incertidumbre sobre la razonabilidad de la estimación de la Aseguradora respecto a los efectos de futuros eventos, en consideración a la suspensión definitiva de la póliza o la reanudación de la misma por pago de la prima, para la constitución de reservas para primas por cobrar al cierre de ejercicio, por medios fehacientes e idóneos.

Por otra parte, la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N^0 529/2013 genera un problema contable y técnico para la constitución de reserva de riesgos en curso que según la normativa correspondiente se realiza para periodos establecidos en la póliza original.

Aunque evidentemente la RA 529/2013 no modifica el Reglamento de Reservas para Primas en curso, ante una ampliación de vigencia sin cobro adicional de prima se tendrían que re-calcular los periodos anteriores de devengamiento (sic) *y constitución.*

En ese sentido, si la auditoría externa concluye que la estimación de la Aseguradora no es razonable para la constitución de la reserva para primas por cobrar y esto puede causar que los estados financieros se encuentren distorsionados, entonces podrá expresar una opinión con salvedades en el rubro de primas por cobrar (de acuerdo con Statement on Auditing Standards SAS N°57 "Estimaciones Contables para Efectos de Auditoría").

PETITORIO

Solicitamos considere los alegatos presentados en el presente memorial…"

6.4. Alegatos de LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Finalmente, mediante memorial presentado en fecha 20 de noviembre de 2013 (ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente Regional de La Paz, Sr. Sergio Ramiro Calvi Torrico, hace presente los alegatos siguientes:

"…***II. ASPECTOS OBJETABLES DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 529-2013***

II.1) ANÁLISIS DEL PRIMER CONSIDERANDO

II.1.1.) Los derechos de usuarios y consumidores como forzado argumento

De manera loable la constitución boliviana ha incluido en su nueva estructuración los derechos de usuarios y consumidores, abarcando desde luego a los que reciben servicios financieros o de seguros. Se trata de un intento para generar condiciones de equidad en el acceso a los servicios que les benefician así como que los servicios aseguradores se presten de la manera ofertada y convenida.

Contradictoriamente en el marco de la regulación citada la resolución ahora objetada formula una serie de excesos que generan una condición de desequilibrio carente de fundamento y que representan una alteración tácita y ex profesa de las condiciones del contrato de seguro, de las condiciones convenidas y que avanzan sobre la tergiversación arbitraria que bajo las condiciones del orden público han formulado la existencia de un contrato de seguros, voluntariamente formulado.

En efecto bajo la supuesta protección de los intereses de los usuarios, la APS, se inmiscuye en una relación jurídico contractual, la altera y la modifica sin ser parte de ella y prorroga alterando así las condiciones pactadas.

*En los hechos se trata de una **"regulación reglamentaria"** que trasciende la atención de los imprescindibles derechos de los usuarios y consumidores. Los derechos de los consumidores en los hechos en sus diferentes ámbitos representan pretensiones, intereses y situaciones, que van mucho más allá de la obtención de bienes y servicios que reúnan "unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. En efecto, el consumidor tiene derechos de contenido sustancial, tales como a ser informado al igual que de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).*

Ciertamente, las condiciones de prestación de la cobertura y condiciones aseguradas son informadas y pactadas libremente en el marco de la legislación vigente entre aseguradora y tomador, ambos en mutua coincidencia establecen las condiciones para la prestación y vigencia del mismo, regulándose por el marco legal vigente.

De hecho, tal cual establece el artículo 1015 del Código de Comercio, el asegurado se obliga al pago de la prima siendo este el elemento que activa y motiva la cobertura. Efectivamente el artículo 1018 citado por la propia resolución ahora objetada da a referenciar que el no pago conlleva la suspensión de la cobertura. Expresamente se refiere el hecho que la cobertura dentro del tiempo acordado entre asegurador y asegurado, se suspende parcialmente entre tanto está vigente la relación jurídico contractual.

En efecto no se establece la posibilidad de una prorroga tácita de la relación jurídico contractual.

Como se puede evidenciar en nada de ello se afectan o vulneran los derechos de los consumidores o usuarios como erróneamente trata de argüir para motivar su decisión la APS.

11.1.2.) Las atribuciones de la APS, como supuesto fundamento para la emisión de la resolución objetada.

La resolución objetada en este primer considerando determina... "que una de las facultades que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, es la de determinar los derechos y deberes de las entidades aseguradoras, estableciendo principios de equidad y seguridad jurídica para la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro".

*Al respecto y de manera fundada nos cabe establecer que el Decreto Supremo 071, aquel que crea las entidades de control y fiscalización y las modificaciones (Ley 065) que posteriormente dan potestad a la APS, para regular la prestación de seguros no contienen disposiciones normativas o facultativas que le permitan **"regular derechos y deberes"**, no lo hacen para la ASFI en su momento ni ahora para la APS.*

Al respecto en el marco del artículo 109 de nuestra carta constitucional debemos

estimar que las personas naturales y jurídicas están investidas de una serie de derechos y deberes descritos expresamente y de manera genérica en la carta constitucional y en específico los derechos y formas de prestación del servicio se hallan descritas en la legislación específica, en el caso nuestro vale decir Código de Comercio, Ley de Seguros y demás disposiciones reglamentarias. Así la potestad de regulación de derechos sólo puede ser efectivizada mediante Ley expresa. Más en el presente caso se trata de una regulación de derechos en la cual se pretende bajo el manto de las amplias atribuciones regulatorias, alterar condiciones contractuales y en efecto cargar con más deberes u obligaciones a la entidad aseguradora, yendo más allá de lo atribuido competencialmente a la entidad, ingresando en la emisión en los hechos de normas reglamentarias.

La garantía institucional de carácter político es la denominada reserva de Ley. Esta garantía se la debe entender en al menos dos sentidos. 1°) se debe destacar que la Constitución señala que el Órgano Legislativo, a través de la Asamblea Legislativa Plurinacional, es el único con la facultad de reglamentar los derechos y garantías que rigen para todo el territorio boliviano, y no así el Órgano Ejecutivo u otro órgano de otro nivel gubernamental, en concordancia con lo señalado en el Artículo 145 de la Constitución Política del Estado. Esta garantía vincula a los representantes del pueblo, elegidos por voto, y constituidos en la Asamblea Legislativa Plurinacional, como el órgano con mayor legitimidad para el tratamiento de una regulación de los derechos y las garantías.

Cabe destacar que en la legislación comparada se puede encontrar en Colombia la categoría de leyes estatutarias, las cuales tienen un trámite especial para su expedición, la cual supone una amplia participación de la población y un control de constitucionalidad previa por parte de la Corte Constitucional Colombiana. Las leyes estatutarias gozan de una mayor jerarquía que otras leyes por que las mismas regulan derechos, deberes y garantías constitucionales.

2°) Que si bien los derechos y las garantías son de aplicación directa, el Legislativo puede desplegar los derechos en leyes en busca de generar, en un sentido formal, mejores condiciones de cumplimiento de los derechos constitucionales. En este sentido la Ley desempaca el derecho establecido en la Constitución, genera una legislación marco para el desarrollo de políticas públicas, de políticas sociales que permitan el eficaz cumplimiento y vigencia del derecho.

Se debe destacar que de acuerdo con el Bloque de Constitucionalidad, la regulación por medio de un instrumento legal se refiere también a los derechos cuyas fuentes son los instrumentos internacionales de derechos humanos. Como señala Courtis:

> *..."La obligación de desarrollar en sentido formal el contenido de cualquier derecho fundamental que ha establecido la constitución o en un pacto de derechos humanos mediante una ley. Este momento, que es el legislativo, requiere la incidencia de la comunidad, de los actores civiles, por la vía del empleo activo de las garantías sociales. Si no se hace transparente y se fiscaliza el momento de conversión de ese derecho -que aparece de forma más o*

menos genérica en la Constitución o en un pacto de derechos humanos- en una Ley y, especialmente, en su reglamentación, se pierde el nivel de incidencia central. La utilización de las garantías sociales tradicionales, que están vinculadas con la participación política, debería estar dirigida a la discusión sobre cuáles y cómo son las leyes que garantizan y reglamentan el contenido de esos derechos (Courtis en Carbonell, 2007:200)...

En la línea de Courtis es necesario revalorizar la reserva de ley en lo que respecta a la regulación y reglamentación de derechos y garantías en busca de una mayor participación de la sociedad plural y sus valores y principios conforme a lo señalado en el Artículo 8 de la CPE, y en busca de lograr un mayor desarrollo y enriquecimiento de los derechos a través de la referida regulación. Para ello es parte del control social y la participación ciudadana a participar tanto en la elaboración de leyes, en la planificación de políticas públicas, así como en la fiscalización a los órganos y entidades públicas, conforme a lo señalado claramente en el Artículo 242 de nuestra CPE.

Esta reserva de Ley respecto a la regulación de derechos y garantías se encuentra en consonancia con las reservas de Ley que se encuentran en la enunciación de los derechos establecidos en la Constitución, pues una gran parte de ellos presentan una estructura programática, es decir cuentan con reservas de Ley y precisan para su implementación o goce pleno de niveles institucionales y políticas públicas que generen las condiciones de posibilidad de su desarrollo concreto.

Ciertamente la actividad reguladora de las Autoridades de Fiscalización es muy trascendente, la calidad del servicio y la prestación del servicio son en esencia su principal funcionalidad, mas una vez más incidimos ella no admite la alteración o modificación de condiciones contractuales libres y consentidas, que han sido expresamente formuladas en Ley y menos ingresar en el ámbito de la modulación de derechos y deberes establecidos legalmente y además previamente. En todo caso las acciones de la administración regulatoria deben ser expedidas con razonabilidad y racionalidad, sin crear o alterar condiciones legales. Por ello el ***principio de la legalidad*** *es la más acabada garantía establecida en el Estado de derecho en beneficio de los administrados, «contra* (sic) *las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva para lo cual, el ordenamiento jurídico debe establecer el marco legal de la misma.*

11.1.3.) El alcance de decisiones operativas como injustificado fundamento

La resolución en este primer considerando determina que el artículo 43 inciso s) de la Ley de Seguros N° 1833, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS, tiene atribución para ***emitir disposiciones operativas.***

Al respecto de lo señalado por la Resolución, objetivamente, debemos observar que la Ley N° 1833, no comprende esta atribución competencial en expreso referida a la APS, la forzada intencionalidad de fundar su decisión le hace explicitar de manera inadecuada su argumentación, debemos recordar que la ley referida es de un

tiempo en el cual la institucionalidad neoliberal imperaba en Bolivia.

Pero más allá de esta evidente omisión que puede ser accesoria, la cuestión en el fondo es la consideración de descifrar y precisar a qué se refieren las ***"disposiciones operativas"*** *que desde la perspectiva de la APS le darían facultad para dictar disposiciones que creen derechos y deberes como se analiza antes y en su caso modificar las relaciones contractuales,* ***reglamentando un presunto asunto no normado por el Código de Comercio.***

Justamente la regulación de la Ley de Seguros es muy precisa en su artículo 13. - ACTIVIDADES PERMITIDAS A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS- que en su inciso b) determina que nuestras entidades ***pueden exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente.*** *De hecho, el contradictorio acto administrativo anómalamente reglamentario modifica y avanza en la tácita modificación del citado articulo* (sic). *En efecto, esta atribución está basada en la consensualidad de la relación jurídico contractual motivada por la voluntad de asegurado y aseguradora. La posibilidad de que esas condiciones y plazos libremente pactados sea modificada de manera genérica por una Resolución Administrativa ahora objetada, tratándose de un acto administrativo, no se ajusta a las opciones y alcance del contenido del acto administrativo, tal cual plecaramente establece la ley 2341.*

De esta forma, bajo el rotulo de las "decisiones operativas", la resolución objetada de la APS, ingresa en el ámbito de asuntos reservados por Ley y se inmiscuye en la duración o tiempo de la relación jurídico contractual, modificándola aleatoriamente.

Por último en este análisis debemos establecer que para crear mayor fundamento en su análisis, en este primer considerando de manera muy genérica la Resolución establece que la APS, ***tiene todas aquellas facultades necesarias para el cumplimiento de sus funciones.*** *En efecto las tiene, mas ello no le permite trascender los límites que han sido formulados por la legislación vigente, siendo el acto administrativo que ha expedido carente de motivación y competencia como se ahonda más adelante.*

11.2) LA REGLAMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REHABILITACIÓN

De manera crucial a los efectos del presente petitorio, el segundo considerando de la Resolución emitida por la APS, establece que el art. 1018 del Código de Comercio determina la suspensión de la vigencia de la póliza en caso de no pago, mas asevera que la normativa no establece el procedimiento de rehabilitación.

A partir de la referida y forzada interpretación la APS, funda su decisión asumiendo que como no está previsto el procedimiento o mecanismo de rehabilitación, mediante una resolución administrativa puede complementar o suplir la ausencia normativa de lo establecido por el Código de Comercio.

De esta manera, nos cabe refrendar que la APS asume potestades de redacción

reglamentaria, regulando el presunto vacio convirtiéndose en un ente de redacción legal siendo en efecto la actividad reglamentaria muy distinta a la potestad de operativizar el contenido de la Ley. En concreto la decisión operativa se convierte en reglamentaria yendo mas (sic) *allá de lo admitido competencialmente a la APS.*

Así en los hechos esta expresa declaración asevera que la decisión reglamentaria no operativa hace que por lo fundado en la misma resolución esta carece de la debida argumentación y potestad que así la admita.

De esta forma siguiendo a la más acertada parte de la Doctrina debemos recordar que el ***acto administrativo,*** *para el Derecho Administrativo, es el acto jurídico de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo dictado por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria, definición esta defendida por el profesor español Eduardo García de Enterría, y construida sobre la definición del administrativista italiano Guido Zanobini.*

La Resolución objetada es un ***acto administrativo*** *y no puede estimarse con una intencionalidad reglamentaria, por ser este un asunto de otro nivel de la instancia ejecutiva en el Estado Plurinacional.*

11.2.1.) La Reglamentación

En efecto después de las endebles consideraciones que exhiben la falta d e (sic) *motivación del acto ahora aobjetado* (sic)*, finalmente en la Resolución Administrativa impugnada entiéndase acto administrativo de alcance general pasa a reglamentar lo que desde la perspectiva del ente regulador no está "operativizado",* ***para nosotros reglamentado.,*** (sic) *no siendo esto un acto emitido por ende por autoridad competente.*

En nuestro Derecho la diferencia entre el acto administrativo y el reglamento no sólo es en razón del número de destinatarios, sino también de grado y de calidad ***(el reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica).*** *De esta forma reglamentos y actos administrativos son diferentes, aunque provengan del mismo órgano. La Administración dicta el acto administrativo en el ejercicio de una potestad propia distinta de la reglamentaria. Ello implica diferencias entre ambos. Así, mientras el acto se agota en el momento que se ejecuta, el reglamento es norma jurídica y, por ello, susceptible de varias aplicaciones.*

De manera concluyente es pertinente estimar que los actos administrativos, como todo acto jurídico, pueden ser nulos y en general ello tendrá lugar en la medida que falten los requisitos necesarios para su existencia y validez. En efecto, como se tiene acreditado el acto administrativo resolutorio ahora objetado y sujeto a recurso jerárquico fue emitido sin competencia, pues se trata de una regulación reglamentaria, que está carente de objeto y atenta los preceptos de la Carta Constitucional, encuadrando todo esto en las estipulaciones del art. 35 de la Ley 2341 en sus inc. a) b) (sic) *y d).*

Se trata por ende de una nulidad de pleno derecho que afecta a la resolución expedida por la APS, que es una nulidad de orden público, por lo que su pronunciamiento debe realizarse con preferencia, e incluso con exclusión, de cualquier otro asunto u consideración.

II.2.2.) Falta de motivación

Adicionalmente, como se ha exteriorizado, por todo lo argüido el acto administrativo, es carente de la debida motivación, puesto que generalidades e infundadas pretensiones legales le quitan la debida fundamentación al acto administrativo de la APS.

En tal sentido, se debe establecer que la motivación consiste en la exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a dictar un acto determinado. Se establece y se exige con una finalidad garantista: se trata de suministrar a los destinatarios de los actos administrativos los medios necesarios para la mejor defensa de sus derechos e intereses.

Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia de interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.

Como se tiene explicitado no ha acaecido en el acto reglamentario, con presuntas pretensiones ***"operativas".***

Lo que se busca con la motivación del acto es asegurarle al administrado que ***la decisión que tome la Administración obedezca a las razones de hecho y de derecho que ésta invoca,*** *de tal forma que la motivación se hace imprescindible para dictar los actos administrativos, y expedirlos sin la misma, implica un abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber.*

Correlativamente, la motivación del acto permite al administrado rebatir u oponerse a las razones que tuvo en cuenta la autoridad para tomar su decisión. Lo sumario de la motivación, no puede confundirse con insuficiencia o superficialidad, pues, ésta alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial; luego, el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte, no por sumario debe ser incompleto y, menos, inexistente. La motivación es un requisito esencial del acto y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la expedición del mismo, so pena de nulidad, por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

III. <u>CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS</u>

1°) Al dictar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N 529-2013 de 7 de junio de 2013, la APS está vulnerando la normativa vigente establecida en los artículos 1015 y 1018 del Código de Comercio. La APS pretende que la aseguradora amplié la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad, sin tomar en cuenta que el pago dentro de

ciertos plazos es una obligación del asegurado y que cualquier ampliación o vigencia debe ser resultado de un contrato previo que permita realizar los cálculos necesarios para determinar cuál es el riesgo que se cubrirá y en qué condiciones, entre las que se encuentra el precio.

En general debemos recordar que una de las bases del Estado de Derecho es la ***seguridad jurídica,*** *la cual además se refuerza por la voluntad expresa de las partes, que establecen condiciones libremente pactadas, encontrándose el contrato de seguro con una serie de especiales regulaciones, precisamente velando por la seguridad jurídica y el interés público por lo cual no pueden modificarse abruptamente o con la intervención de terceros. De hecho este contrato entre otros aspectos está regido por el Principio de Inalterabilidad, por el cual se debe respetar lo pactado por las partes, cuando ello sea lícito y posible, ya que usualmente el límite a la autonomía de la voluntad está impuesto por la licitud de los acuerdos. En ese sentido, el principio de inalterabilidad presupone y obliga a que lo pactado por las partes, se mantenga en el tiempo, sin intervencionismos ajenos a la voluntad de las partes, que no solo contravendrían las normas imperativas de rango constitucional, sino la naturaleza propia del contrato.*

2º La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013 no está en concordancia con el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, que se refiere a la suspensión o la vigencia del contrato; mientras que la Resolución impugnada suspende la cobertura de la póliza. Esta sustitución de términos define la gran diferencia en la aplicación de la norma, toda vez que cuando se habla de suspensión de vigencia por incumplimiento del pago de la prima, estamos frente a una condición suspensiva, cuyos efectos se retrotraen al momento en que se celebró el contrato.

Así esta expresa modificación de términos lejos de operativizar el sentido de la aplicación normativa representa más bien una alteración que modifica el sentido de la norma.

3º De otro lado la Resolución objetada quebranta el principio de legalidad conforme se tiene evidenciado, de esta forma el accionar de la administración pública representada por la APS, ***la legalidad*** *-dice Fernando Álvarez Tabío- es un método de acción de una sociedad que aspira a la realización justa del Derecho. Consiste en una aplicación constante y estricta del Derecho emanado de los órganos superiores del poder político, y tiene por objetivo el establecimiento en el país de un orden jerárquico cierto y seguro. Este orden debe caracterizarse por la claridad, precisión y dinamismo de las normas que impone; debe fijar de antemano la esfera de competencia de los órganos estatales, sobre el principio de que ningún funcionario, ya sea de arriba o de abajo, pueda hacer sino lo que la Ley lo autoriza a hacer; garantizar los derechos fundamentales del ciudadano y de las organizaciones sociales y establecer los deberes correlativos; proteger la estabilidad de las relaciones jurídicas y crear y desarrollar una atmósfera de confianza en la estricta aplicación de un orden jurídico justo y eficaz por órganos emanados del pueblo y sujetos a su control.*

- ***La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/NS 529-2013 de 7 de junio de 2013 vulnera el principio de legalidad por cuanto se está contrariando una norma superior expresa,*** *a saber, los artículos 1015, 1016,1017 y 1018 del código de comercio.*

- *La cobertura de reaseguro es fijada anualmente y el reasegurador cobra una prima adicional si acepta ampliar la vigencia de esa cobertura. Se vulnera el Reglamento de reaseguro pasivo, porque no habrá concordancia ante lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. No hay estipulación en la Resolución Administrativa objeto de recurso que defina qué sucede con las pólizas vigentes y con las nuevas, porque para las vigentes ya existen coberturas de reaseguro contratadas y su aplicación supone un costo adicional no transferido al asegurado.*

- *La ampliación de vigencia sin pago adicional no generará producción, en consecuencia no se constituirán reservas de riesgos en curso y los potenciales riesgos que pudieran ocurrir durante el plazo de ampliación no estarán cubiertos con una reserva técnica normada por la APS, incumpliendo el principio contable de prudencia.*

- *No se especificó a qué ramos se aplicará la Resolución impugnada porque sólo se refiere en forma genérica a seguros de daños, entendemos esto como seguros generales.*

- *En los ramos de fidelidad, concretamente en los seguros bancarios, se tienen condiciones donde se fija un periodo de descubrimiento adicional a la vigencia de la póliza, que permiten analizar el reclamo cuando el asegurado suponga que puede existir un daño porque sospecha ser víctima de un acto fraudulento o bien porque ya descubrió el hecho.*

  Las pólizas tienen un periodo de descubrimiento posterior a la ocurrencia del hecho, pero se afecta la póliza vigente en el periodo en el que ocurrió el mismo. Por lo tanto no tendría ningún sentido ampliar a prorrata la vigencia de la póliza si ya existe una ampliación definida por el contrato. Sin embargo las reservas de riesgos en curso explícitamente se define que se devengan de forma anual.

- *En otros productos como D&O E&O y RC la ampliación de vigencia a prorrata no es aplicable. En estos tipos de seguro existe un valor asegurado por evento y como agregado anual por cada cobertura, lo que determina el límite de responsabilidad anual. La aplicación de la Resolución Administrativa afectaría esta definición técnica.*

- *Los seguros de construcción y montaje se tarifican y evalúan de acuerdo a la duración del proyecto, con periodos de mantenimiento y pruebas de puesta en marcha. El hecho de ampliar la vigencia por falta de pago no acompaña el proyecto, por lo que surgen interrogantes tales como: qué sucedería si la*

obra fue terminada pero en el transcurso de la vigencia se amplía la mima aplicando la Resolución Administrativa impugnada?. Se tendría que mantener un periodo adicional de cobertura donde no hay riesgo?. Se debe tomar en cuenta que ese periodo de cobertura adicional debe ser reasegurado también, respetando lo estipulado en el reglamente de reaseguro pasivo, lo cual no será aceptado por ningún reasegurador.

- *La Resolución Administrativa no toma en cuenta que los costos y perjuicios ocasionados por la decisión/acción del asegurado que no cumple con el pago de su prima no recaen justamente en él, es decir en el individuo que decido el no pago, lo que puede resultar una peligrosa opción de parte de cualquier asegurado que prefiera incumplir el pago para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo, e inclusive en algunos casos en situación que implique un mayor riesgo, pero sin ningún tipo de respaldo.*

- *La ampliación del plazo, establecido en la resolución, supone un cambio de estimación contable en lo concerniente a la adecuada determinación de la reserva de primas por cobrar, puesto que si se reanuda y regulariza el pago de prima, se reactivan nuevamente las condiciones de cobertura de la póliza y ampliación de vigencia por el periodo de suspensión. Anterior a la resolución impugnada, el incumplimiento en el pago de cualquier cuota (en mora) determina la constitución de porcentajes de reserva fijados en función a días de mora.*

- *La implementación de la Resolución Administrativa impugnada implica cambios en los formatos establecidos en las pólizas, por lo que se tendía que registrar nuevamente todos los textos.*

Con todo lo argüido dejamos expresa constancia que los contratos de seguros están investidos d e (sic) *una serie de características que en esencia se vulneran en expreso por el acto administrativo de la APS ahora objetado.*

En efecto la consensualidad es una característica de los contratos de seguros que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes, juega un papel fundamental en consentimiento libre de cualquier vicio y que con la resolución de referencia y por lo argüido se vulnera y altera. Además el contrato se basa en la bilateralidad de las obligaciones tanto para el asegurador de responder por la suma asegurada cuando ocurra el siniestro, y para el tomador pagar la prima, esto conforme a las leyes y reglamentaciones vigentes, Siendo además un contrato nominado: cuya regulación y alcance se encuentra regulado por el código de comercio y cuyas estipulaciones no pueden regularse o modificarse por un acto administrativo, tal cual ampliamente demostramos.

IV. <u>PRESENTACIÓN</u>

El presente petitorio ha sido formulado en razón a lo establecido por el artículo 60 de la ley 2341, así nuestras consideraciones se basan en la condición de una entidad

prestadora de seguros que por autorización legal se ve afectada por el contenido del acto administrativo recurrido; siendo imprescindible nuestra admisión como tercero interesado y en el resguardo del Estado de Derecho que la respuesta del presente petitorio deba ser motivada y fundada en todos los aspectos que nos asisten y que hemos ampliamente desarrollado.

Todo esto en ejercicio y cumplimiento de lo establecido por el art 16 de la Ley 2341 en referencia al art. 24 de nuestra carta constitucional.

Igualmente nos cabe impetrar la necesidad de una motivada y fundada respuesta al presente petitorio en consideración a lo que reflexiona la profesora CABRERA CABANILLAS que "conforme la doctrina mayoritaria, estamos refiriéndonos ***en principio a la motivación de los hechos, que no es otra cosa que un instrumento para erradicar la Arbitrariedad del Poder y Fortalecer el Estado Democrático de Derecho. La motivación tendrá como finalidad la justificación de la Decisión Judicial, que es la conclusión de un Silogismo, que muestra la corrección del Razonamiento Lógico que conduce a la premisa mayor conformada por la norma y a la menor, por el hecho histórico, a la conclusión". Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance.***

V. PETITORIO

En conocimiento de los fundamentos y antecedentes descritos, amparados en el derecho constitucional de efectuar peticiones señalado en el art. 24 de la C.P.E., en nuestra condición de tercero interesado presentamos alegaciones que consideradas que fuesen debieren fundar la invalidación por efectos de la nulidad que le afecta a la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N3 529-2013 de 7 de junio de 2013*** *expedida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,* ***considerando todos y cada uno de los argumentos expuestos en el presente así como previamente en todas las actuaciones procedimentales previas.***

Hacemos expresa constancia que de acuerdo al artículo 68 de la Ley 2341, al presentarse el Recurso Jerárquico el superior en grado no podrá instruir la emisión de una nueva resolución al inferior correspondiendo se atiendan en el fondo nuestras fundadas argumentaciones en sujeción al Estado de Derecho y garantías constitucionales que rigen el Estado Plurinacional de Bolivia.

Deferir conforme lo impetrado, será obrar en justicia.- …"

7. OTROS ALEGATOS DE LOS LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Habiéndose corrido en traslado los alegatos de las restantes aseguradoras terceras interesadas, conforme a lo ordenado por auto de 2 de diciembre de 2013, por memorial presentado en fecha 20 de diciembre de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** hace presente nuevos alegatos, conforme a la transcripción siguiente:

"…***III. <u>ALEGATOS</u>***

Tomando en cuenta toda la documentación ofrecida tanto por ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *en calidad de recurrente; como por Seguros Illimani S.A., Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.E.M.A., BISA Seguros y Reaseguros S.A. y Latina Seguros Patrimoniales S.A. en calidad de terceros legítimos interesados, se puede concluir sin lugar a dudas lo siguiente:*

1. La APS al emitir la RA APS/DJ/DS N°529/2013 (Confirmada en Recurso de Revocatoria por la RA APS/DJ/DS N°85072013) está vulnerando la normativa vigente en el país establecida a través del Código de Comercio cuando en el Art. 1015 establece que: "Es ***obligación*** *del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido" e inclusive cuando determina en el Art. 1018, recientemente modificado por Ley N°365 "...Salvo pacto en contrario, el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.*

Suspendida la vigencia de la póliza, el asegurador tiene derecho con fuerza ejecutiva a la prima correspondiente al periodo corrido, calculado a prorrata."

Ambos aspectos se desprenden del pilar jurídico en nuestro país establecido en el Código Civil y que siguen una línea doctrinal de cómo se entiende y qué se entiende por incumplimiento de las obligaciones. En ese sentido, cuando el Art. 341 establece que "La constitución de mora tiene efecto sin intimación o requerimiento cuando... a) Se ha convenido en que el deudor incurre en mora por el sólo vencimiento del término." No quedan dudas que en un contrato de seguro el incumplimiento en el pago de la prima (obligación del asegurado) dentro de los plazos fijados, suspende la vigencia del contrato.

2. Que los derechos de los usuarios y consumidores reconocidos en la Constitución Política del Estado Plurinacional, relativos a generar condiciones equitativas en el acceso a los servicios que se prestan de manera ofertada y convenida, quedan en entredicho debido a que mediante la resolución objetada se genera una condición de desequilibrio carente de fundamento y que altera las condiciones del contrato de seguro pactadas desde un inicio y determinadas por la ley. Ya que mediante la Resolución impugnada se pretende que la aseguradora amplíe la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad; sin tomar en cuenta que el pago dentro de ciertos plazos es una obligación del asegurado y que cualquier ampliación de vigencia debe ser resultado de un contrato previo que permita realizar los cálculos necesarios para determinar cuál es el riesgo que se cubrirá y en qué condiciones, entre estas condiciones el precio. Esta determinación de la APS es lo que en derecho administrativo se conoce como "cláusula exorbitante".

3. La APS explica su accionar en una potestad reglamentaria; sin embargo, la actividad reguladora debe ser expedida con razonabilidad y racionalidad, no puede ingresar en el ámbito de la modulación de derechos y deberes establecidos legalmente. La Ley de Seguros 1883 claramente señala como actividad permitida

para las entidades aseguradoras en el Art. 13,b) que ***pueden exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente.*** *Aspecto que ahora pretenden modificar mediante la RA APS/DJ/DS N°529/2013.*

4. Con la Resolución Administrativa, ahora impugnada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no está en concordancia con el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, aquél se refería a la suspensión de la vigencia del contrato, mientras que la Resolución impugnada establece que la interrupción del pago de la prima suspende la cobertura de la póliza. Sin embargo, el concepto de cobertura sólo responde a una obligación del asegurador, sin tomar en cuenta otros aspectos como los plazos, las exclusiones, etc. etc. La sustitución de términos "cobertura" con "vigencia" definen la gran diferencia en la aplicación de la norma porque la ley claramente expresa que la "vigencia" se suspende y la RA impugnada la amplía en contra de una norma de mayor jerarquía.

5. Tomando en cuenta, que la APS al dictar la Resolución objeto de Recurso RA APS/DJ/DS N°529/2013, actuó en inobservancia de las normas vigentes, nos encontramos ante un caso de nulidad establecido en el Art. 35, I, a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

6. Por otra parte, este acto administrativo carece de motivación ya que las generalidades e infundadas pretensiones legales le quitan la debida fundamentación, necesaria y esencial en todo acto administrativo. La motivación consiste en la exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a dictar la RA APS/DJ/DS N°529/2013, obviamente que estas razones deben estar enmarcadas al derecho.

Adicionalmente, también se presentan observaciones desde la perspectiva técnica y se concluye lo siguiente:

1. De manera general los riesgos asumidos por una compañía de seguros están respaldados tanto por la retención propia de la compañía, según su margen de solvencia, y por el contrato de reaseguro que puede ser automático o facultativo. La cobertura de reaseguro es fijada anualmente y ***el reasegurador cobrará una prima adicional si acepta ampliar la vigencia de esa cobertura.***

La Resolución Administrativa N°764/2008 relativa al Reglamento de Reaseguro Pasivo establece que es obligación de las aseguradoras que los términos y condiciones fijados por el reaseguro, sean reflejados en la póliza original y deberán ser obligatoriamente cumplidos por las compañías cedentes.

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 impugnada, vulnera lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo porque no habrá concordancia entre lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. Así como la afectación a la cedente por el costo adicional de ampliación de vigencia.

A contrario sensu, la posibilidad de que un reasegurador extienda la cobertura de reaseguro de la forma planteada por la resolución recurrida, es decir sin un cobro de prima adicional por el nuevo período, es inviable técnica y legalmente hablando.

2. Desde la perspectiva contable, la ampliación de vigencia de póliza contablemente está relacionada a la generación de cuentas de producción es decir al monto adicional de prima, que genera la constitución de reservas de riesgos en curso y asientos contables de cesión de reaseguro entre otros. De conformidad a lo señalado por la APS a pesar del vacío normativo para la constitución de reservas de riesgos en curso, para pólizas con mora en el pago de prima, debemos mantener el cálculo establecido vigente.

3. Con relación a los diferentes tipos de seguros: En los ***ramos de fidelidad*** *concretamente en los seguros bancarios, se tienen condiciones donde se fija un periodo de descubrimiento adicional a la vigencia de la póliza que permiten realizar el reclamo cuando el asegurado suponga que puede existir un daño porque sospecha de haber sido víctima de un acto fraudulento o bien porque ya descubrió el hecho. Las pólizas tienen un periodo de descubrimiento posterior a la ocurrencia del hecho pero se afecta la póliza vigente en el periodo en el que ocurrió el mismo. Por lo tanto, no tendría ningún sentido ampliar a prorrata la vigencia de la póliza si ya existe una ampliación definida por el contrato. Sin embargo, las reservas de riesgos en curso explícitamente se define que se devengan de forma anual.*

Otros productos.- *En otros productos como D&O, E&O y RC, se pueden reclamar cuando el asegurado suponga que puede existir un daño ya sea porque un tercero le reclama alguna responsabilidad o porque ya fue demandando civilmente. Las pólizas tienen un periodo de reclamación posterior a la ocurrencia del hecho pero se afecta la póliza vigente en el periodo en el que ocurrió el mismo. Igual que el anterior punto, la ampliación a prorrata de vigencia no es aplicable.*

En ambos tipos de seguro adicionalmente existe la determinación de un valor asegurado por evento y como agregado anual por cada cobertura, lo que determina el límite de responsabilidad ***anual.*** *La aplicación de la RA APS/DJ/DS/Nº 529/2013 afectaría esta definición técnica que el regulador no ha analizado apropiadamente limitándose a señalar que no existe tal afectación.*

Seguros de Construcción y Montaje.- *Con relación a este tipo de seguros se tarifican y evalúan de acuerdo a la duración del proyecto, con un periodo de mantenimiento y pruebas de puesta en marcha respectivamente. El riesgo en los mismos aumenta progresivamente, la mayor parte de estos seguros requieren de respaldo de reaseguro y el hecho de ampliar vigencia por falta de pago no acompaña el cronograma del proyecto. Surgen interrogantes como: ¿Qué sucedería si la obra ya fue terminada pero en el transcurso de la vigencia se amplió la misma aplicando la RA impugnada?, ¿Se tendría que mantener un periodo adicional de cobertura donde no hay riesgo?*

4. En cuanto al ***Agravamiento de riesgo*** *que la RA APS/DJ/DS/Nº 529/2013 genera, el regulador mantiene silencio frente a la situación de fondo que tiene que ver con el*

riesgo en aumento progresivo en seguros como los señalados. La tarificación inicial es resultado de una evaluación previa y global, la ampliación de cobertura definitivamente expone al asegurador a un riesgo distinto al tarificado inicialmente, en consecuencia, no se puede explicar la determinación de la RA 529-2013 basados en la premisa "si el asegurado paga una prima por 12 meses tiene el derecho a recibir cobertura por 12 meses", porque es una prima tarificada en otro momento pero del que se sabe con certeza que se caracteriza por el agravamiento del riesgo.

5. La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 genera una posibilidad muy cierta de ***riesgo moral*** *ya que el ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, no toma en cuenta que los costos y perjuicios ocasionados por la decisión/acción del asegurado que no cumple con el pago de su prima no recaen justamente en él, es decir, en el individuo que decide el no pago, lo que puede resultar en la peligrosa opción de parte de cualquier asegurado que prefiera incumplir el pago para recibir después una cobertura adicional sin ningún costo e inclusive en algunos casos en situación que implique un mayor riesgo pero sin ningún tipo de respaldo.*

6. ***Contradicción técnica.-*** *La RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 en su artículo segundo señala: "Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad." Sin embargo, este aspecto denota total inconsistencia técnica porque la resolución impugnada de la APS supone un cambio de estimación contable en lo concerniente a la adecuada determinación de la reserva de primas por cobrar, puesto que si se reanuda y regulariza el pago de prima, se reactivan nuevamente las condiciones de cobertura de la póliza y ampliación de vigencia por el período de suspensión. Anterior a la resolución, el incumplimiento en el pago de cualquier cuota (en mora) determinaba la constitución de porcentajes de reserva fijados en función a días de mora.*

Tómese en cuenta que si la auditoría externa concluye que la estimación de la Aseguradora no es razonable para la constitución de la reserva para primas por cobrar y esto puede causar que los estados financieros se encuentren distorsionados, entonces podrá expresar una opinión con salvedades en el rubro de primas por cobrar (de acuerdo con Statement on Auditing Standards SAS N°57 "Estimaciones Contables para Efectos de Auditoría").

La aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 genera un problema contable y técnico para la constitución de reserva de riesgos en curso que según la normativa correspondiente se realiza para periodos establecidos en la póliza original. Aunque evidentemente la RA 529/2013 no modifica el Reglamento de Reservas para Primas por Cobrar, ante una ampliación de vigencia sin cobro adicional de prima se tendrían que re-calcular los periodos anteriores de devengamiento (sic) *y constitución.*

En síntesis, con la aplicación de la RA APS/DJ/DS/N° 529/2013 se castiga doblemente al asegurador porque no recibe una prima por el periodo de vigencia adicional y paralelamente, debe constituir una reserva por no pago.

7. La emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013, causa perjuicio económico evidente. Cualquier ampliación de vigencia o registro de nueva vigencia implica una nueva emisión de la póliza por los días adicionales de cobertura otorgada por lo que desde el punto de vista financiero, la ampliación de vigencia de la póliza sin pago de prima incremental por parte del cliente, generará a las compañías de seguro pérdidas económicas, toda vez que las aseguradoras deberán asumir totalmente los costos generados por la ampliación de cobertura relacionados a retención, reaseguro, siniestros y transferencias ABA y APS (Tasa Regulatoria). Operativamente la ampliación de vigencia de una póliza es generada a través de la emisión de producción, por lo tanto se debe registrar un ingreso contra primas por cobrar que no serán cobradas. En consecuencia el importe total de PXC deberá ser castigado generando un gasto que deberá ser asumido en su integridad por la compañía aseguradora.

Se ha realizado un cálculo con cifras reales, que se mantiene in extenso por reflejar el perjuicio sufrido por la compañía, que aplicando la resolución administrativa de la APS en nuestras cifras al 30/7/2013, muestran que la pérdida por el castigo sería la siguiente:

COSTO RETENCIÓN	
Producción Neta de Reaseguro	*139.829.747*
Prima Adicional	*18.160.269*
Producción Neta de Reaseguro sin prima adicional	*121.669.479*
Prima Total Adeudada Retenida de pólizas que entraron en mora emitidas a Julio - 2013	*5.383.714*
Costo de ampliación de cobertura sin percepción de prima por dia (sic) *de vigencia*	*25.515*
Promedio de días de mora	*42*
Subtotal Costo de Retención	***1.071.640***

La emisión de producción generará nuevamente aportes a la APS y ABA, costo que deberá ser asumido por las compañías de seguros, siguiendo el ejemplo anterior este costo sería el siguiente:

COSTO APORTES APS - ABA	
Prima Total de pólizas emitidas de Ene-Julio 2013 que entraron en mora	*14.207.286*
PORCENTAJE APORTE APS	*0,02*
PORCENTAJE APORTE ABA	*0,00054*
Costo de pago de aportes APS	*284.146*
Costo de pago de aportes ABA	*7.672*
Subtotal Costo Aportes APS Y ABA	***291.818***

Una vez emitida la producción se debe proceder a la cesión a reaseguradores por la ampliación de la vigencia, costo que deberá ser financiado en su integridad por la compañía aseguradora. Realizando un cálculo aplicando la resolución administrativa de la APS en nuestras cifras al 30/7/2013 el costo asumido por reaseguro sería el

siguiente:

DESCRIPCION	***Bs.***
COSTO REASEGURO	
Producción Total Neta de Anulación	*218.806.400*
Producción Neta de Reaseguro	*139.829.747*
Producción Cedida	*78.976.653*
Comisión de Reaseguro Neta	*14.277.699*
Prima Total Adeudada de pólizas que entraron en mora emitidas a Julio - 2013	*9.681.895*
Prima Total Adeudada Cedida de pólizas que entraron en mora emitidas a Julio - 2013	*3.494.613*
Prima Total de pólizas emitidas de Ene-Julio 2013 que entraron en mora	*14.207.286*
Prima Total CEDIDA de pólizas emitidas de Ene-Julio 2013 que entraron en mora	*5.128.021*
Costo de la cesión por día adicional de cobertura	*24.303*
Comisión por la cesión adicional	*4.394*
Costo Neto por día adicional de Cobertura	*19.910*
Promedio de días de mora	*42*
Subtotal Costo de Reaseguro	***836.210***

La ampliación de vigencia de póliza genera cobertura adicional sin prima incremental debiendo la compañía aseguradora asumir el costo del siniestro por la parte retenida; sin haber cobrado por la emisión de la póliza; cuando el siniestro ocurra dentro del período adicional de cobertura dictado por la Resolución emitida por la APS, siguiendo el ejemplo numérico mostrado anteriormente este costo representaría el siguiente importe:

COSTO SINIESTRALIDAD	
Tasa de siniestralidad a Julio 2013	*31%*
Subtotal Costo por Siniestralidad Retenida	***332.208***

En conclusión la aplicación de la Resolución Administrativa de la APS genera costos a las compañías de seguros que deben ser asumidos sin una prima incremental, por lo tanto esta resolución generará pérdidas económicas, que en nuestro caso realizando un ejercicio tomando cifras al 30/7/2013 representa un total de Bs. 2.531.876.-

Por todo lo expuesto, de conformidad al artículo 35 de la LPA, parágrafo II, que establece que las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. invocó la nulidad de la RA 529-2013 por apartarse de los principios del derecho establecidos en la Ley de Seguros, el Código de Comercio y en el Código Civil y vulnerar el Principio de Legalidad reconocido expresamente en nuestra Constitución.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado solicitamos considere los alegatos presentados en el

presente memorial…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Bajo el presupuesto de que "*si bien el artículo 1018 (Primas en los Seguros de Daños), del Código de Comercio determina la suspensión de la vigencia de la póliza en caso de incumplimiento de pago de primas dentro de los plazos fijados, no se establece el procedimiento a seguir por parte de la Entidad Aseguradora de Seguros Generales, cuando se procede con la rehabilitación de la vigencia del seguro*", la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013, determinó que:

> "…***PRIMERO.-*** *En concordancia con lo dispuesto por el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, se dispone que cuando se interrumpe el pago de la prima se suspende la cobertura de la póliza, pudiendo ser activada nuevamente una vez que se regularice el pago de la prima.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Si se reanuda y regulariza el pago de la prima, la aseguradora deberá ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad.*
>
> ***TERCERO.-*** *En caso que se interrumpa el pago de la prima y la Entidad Aseguradora hubiese otorgado cobertura por un plazo mayor al que corresponde por el pago de la prima, de acuerdo a la tabla de plazos cortos, entonces el asegurador tiene derecho a cobrar con fuerza ejecutiva la parte de la prima que le corresponde por la cobertura otorgada.*
>
> *En el caso de las pólizas con cláusula de recisión a prorrata, el derecho de cobro de la Entidad Aseguradora tendrá fuerza ejecutiva si la cobertura a prorrata es mayor a la prima pagada por el asegurado o tomador del seguro evaluada también a prorrata…*"

Tal determinación generó la disconformidad, primero de la ahora recurrente, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, quien contra la misma interpuso el Recurso de Revocatoria de 2 de julio de 2013, y ante su confirmación que sale de la

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013, el Recurso Jerárquico de 2 de octubre de 2013.

Asimismo, en plena sustanciación del Recurso Jerárquico y conforme fueran convocados mediante la publicación de prensa del periódico La Razón de 6 de noviembre de 2013, en relación con el auto de 30 de octubre de 2013, se han adherido al mismo, en calidad de terceros interesados, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, **BISA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Consiguientemente, corresponde al presente pasar a resolver el Recurso Jerárquico con más las posiciones de los terceros interesados, teniéndose presente que la presente Resolución Ministerial Jerárquica, en cumplimiento del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), "*se referirá… a las pretensiones formuladas por el recurrente*…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Sobre la facultad del Ente Regulador para pronunciar reglamentos operativos.-

En principio, toda vez que **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, ha realizado observaciones de carácter adjetivo -no compartidas por los restantes partícipes del proceso-, referidas a que:

> "*…se trata de una **"regulación reglamentaria"** que trasciende la atención de los imprescindibles derechos de los usuarios y consumidores* (…)
>
> *…el Decreto Supremo 071, aquel que crea las entidades de control y fiscalización y las modificaciones (Ley 065) que posteriormente dan potestad a la APS, para regular la prestación de seguros no contienen disposiciones normativas o facultativas que le permitan **"regular derechos y deberes"**, no lo hacen para la ASFI en su momento ni ahora para la APS* (…)
>
> *…la potestad de regulación de derechos sólo puede ser efectivizada mediante Ley expresa. Más en el presente caso se trata de una regulación de derechos en la cual se pretende bajo el manto de las amplias atribuciones regulatorias, alterar condiciones contractuales y en efecto cargar con más deberes u obligaciones a la entidad aseguradora,* (…)
>
> *…En todo caso las acciones de la administración regulatoria deben ser expedidas con razonabilidad y racionalidad, sin crear o alterar condiciones legales. Por ello el **principio de la legalidad** es la más acabada garantía establecida en el Estado de derecho en beneficio de los administrados, «contra* (sic) *las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva para lo cual, el ordenamiento jurídico debe establecer el marco legal de la misma* (…)
>
> ***…****la Ley Nº 1833, no comprende esta atribución competencial en expreso referida a la*

APS, la forzada intencionalidad de fundar su decisión le hace explicitar de manera inadecuada su argumentación, (…)

…el contradictorio acto administrativo anómalamente reglamentario modifica y avanza en la tácita modificación del citado articulo (sic). *En efecto, esta atribución está basada en la consensualidad de la relación jurídico contractual motivada por la voluntad de asegurado y aseguradora. La posibilidad de que esas condiciones y plazos libremente pactados sea modificada de manera genérica por una Resolución Administrativa ahora objetada, tratándose de un acto administrativo, no se ajusta a las opciones y alcance del contenido del acto administrativo, tal cual plecaramente establece la ley 2341.*

De esta forma, bajo el rotulo de las "decisiones operativas", la resolución objetada de la APS, ingresa en el ámbito de asuntos reservados por Ley y se inmiscuye en la duración o tiempo de la relación jurídico contractual, modificándola aleatoriamente (…)

…la APS asume potestades de redacción reglamentaria, regulando el presunto vacio convirtiéndose en un ente de redacción legal siendo en efecto la actividad reglamentaria muy distinta a la potestad de operativizar el contenido de la Ley. En concreto la decisión operativa se convierte en reglamentaria yendo mas (sic) *allá de lo admitido competencialmente a la APS* (…)

… el acto administrativo resolutorio ahora objetado y sujeto a recurso jerárquico fue emitido sin competencia, pues se trata de una regulación reglamentaria, que está carente de objeto y atenta los preceptos de la Carta Constitucional, encuadrando todo esto en las estipulaciones del art. 35 de la Ley 2341 en sus inc. a) b) (sic) *y d)…*"

En dichos presupuestos (así planteados exegéticamente, empero posibles de considerarlos con unidad sistemática, dado tratarse de un tema común: la facultad del Ente Regulador para pronunciar reglamentos operativos), no le estaría dado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la facultad de emitir una norma como la establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013, por cuanto, resultaría regulando "*derechos y deberes*" y de esa manera, alterando condiciones legales (esto último, en referencia a los artículos 1015º, 1016º, 1017º y 1018º del Código de Comercio).

Sobre si la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 *altera* (entra en contradicción con) lo dispuesto por el Código de Comercio, se analizará infra -al ser materia del recurso como de los alegatos de los restantes terceros interesados; de momento, es pertinente dejar constancia que, habiendo dispuesto el artículo 167º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que "*La… Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS asumirá las atribuciones, competencia, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI…*", y en virtud de ello, es aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 43º, inciso s), de la Ley Nº 1883 (de Seguros), cuando señala, como facultad del Ente Regulador, el "*Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos*".

En ese sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013, al establecer en sus fundamentos, que "*Que si bien el artículo 1018 (Primas en los Seguros de Daños), del Código de Comercio determina la suspensión de la vigencia de la póliza en caso de incumplimiento de pago de primas dentro de los plazos fijados, no se establece* ***el procedimiento*** *a seguir por parte de la Entidad Aseguradora de Seguros Generales, cuando se procede con la rehabilitación de la vigencia del seguro*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El procedimiento tiene una naturaleza fenomenológica, que tiene que ver necesariamente con responder a la consulta del cómo se va a realizar el objetivo buscado; tiene entonces una base reguladora, y por demás está señalar el carácter regulador que hace al Ente Fiscalizador.

Lo que aquí debe evaluarse es, en cuanto constituye una cuestión de mérito, si la entidad recurrida, excediendo sus facultades reguladoras, ha ingresado, bajo la forma de regulación, a campos propios de la legislación o de la reglamentación ejecutiva; no obstante y conforme lo dicho, eso se analiza infra, al hacer al fondo de lo recurrido por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, como por los terceros interesados, cuando se refieren a la supuesta infracción al principio de legalidad.

2.2. Sobre el principio de legalidad.-

De manera casi uniforme, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, **BISA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, acusan existir una vulneración al principio de legalidad, en tanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 529/2013 iría en contra de lo pactado por las partes en la póliza de seguros, la que legislada y amparada en normas superiores expresas, cual son los artículos 1015º, 1016º, 1017º y 1018º del Código de Comercio, importaría la infracción del artículo 109º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, el que a la letra señala que "*Los derechos y garantías sólo podrán ser regulados por la ley*".

Con respecto a esto último, ya se ha establecido supra, la facultad del Ente Regulador de "*emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos*", por lo tanto, no puede pretenderse de la existencia de una norma de carácter regulatorio, como lo es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013, una infracción al principio señalado, porque de lo contrario, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros quedaría limitada a un papel de mero supervisor, y no así también de "*Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos*", conforme lo prevé el artículo 43º, inciso s), de la Ley Nº 1883 (de Seguros).

Con tal fundamento y de la compulsa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013 con las posiciones de la recurrente y de los terceros interesados, se debe concluir en los extremos siguientes:

- Existe una redacción deficiente del artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013, la que ha llevado a una justificada confusión en la recurrente, y ahora, en los terceros interesados, por cuanto, al señalar la norma precitada que:

  > "…***PRIMERO.-*** *En concordancia con lo dispuesto por el parágrafo tercero del artículo 1018 del Código de Comercio, se dispone que cuando* ***se interrumpe*** *el pago de la prima* ***se suspende*** *la cobertura de la póliza, pudiendo ser activada nuevamente una vez que se regularice el pago de la prima*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Ha generado -injustificadamente- una confusión, cuando el artículo que señala (el 1018º del Código de Comercio, conforme a su modificación por la Ley Nº 365 de 23 de abril de 2013), establece que:

  > "… *Artículo 1018.* ***(Las primas en los seguros de daños).*** (…)
  >
  > *Salvo pacto en contrario, el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados,* ***suspende*** *la vigencia del contrato*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Y pese a que el Ente recurrido se ha esforzado por intentar justificar la incongruencia en el uso simultáneo de las expresiones "*se interrumpe*" y "*se suspende*", ello mas bien ha dado lugar a una controversia artificial, en tanto, no radica en ello, la supuesta infracción a los intereses y derechos legítimos que la recurrente y los terceros interesados, pudieran alegar como infringidos en su contra, y que por tanto, pudieran justificar la actividad recursiva presente.

  No obstante, al presente corresponde aclarar que, tanto en el lenguaje técnico jurídico, como en el coloquial, la suspensión no es equivalente sinonímico de la interrupción, y que en todo caso, el artículo 1018º del Código de Comercio, está referido únicamente a la **suspensión** de la vigencia del contrato, cuando se produce "*el incumplimiento en el pago de la prima más los intereses, dentro de los plazos fijados*", suspensión a la que debe entenderse, conforme al diccionario, como el acto de "*diferir por algún tiempo una acción*", y que por tanto, en sus efectos, se reinicia un periodo que por tanto, en lo ya transcurrido, no ha quedado sin efecto, sino firme, vigente y subsistente.

  Por tanto, se confirma el carácter innecesariamente confuso de la norma emitida por el Ente Regulador.

- Aclarado tal extremo, corresponde ahora establecer, objetivamente, si existe alguna contradicción, entre lo que al efecto prevé el Código de Comercio (en los artículos señalados por la recurrente), y la intencionalidad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de "*ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su*

integridad", conforme sale en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de fecha 7 de junio 2013.

Entonces, de la compulsa crítica comparativa de las normas precitadas -la codificada de carácter legal, con la regulatoria- se debe señalar concluyentemente que, establecer una ampliación "*a la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura, toda vez que la prima anual será cobrada en su integridad*" **no es contradictorio** a:

- La "*obligación del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido*" (Cód. de Comercio, Art. 1015º), por cuanto, y conforme al artículo 979º del Código de Comercio, "*por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la prima…*", extremo que, **por esencia y de su propio tenor, es independiente de cualquier factor cronológico que bien pudiera subsistirle al mismo**, por un sencillo criterio de justicia: si no existe cobertura (por falta de pago oportuno), quiere decir que no está cumpliéndose la contraprestación convenida, por tanto, no justificaría el pago por el periodo no coberturado.

  Si bien está claro que el asegurado se ha comprometido al pago de la prima, también lo está que esto tiene que ser a cambio de algo, en este caso la cobertura; por tanto, si no existe cobertura, así sea por causa del propio asegurado, tampoco debiera haber lugar al pago de la prima.

  Conforme lo supra mencionado, en este caso concurre la suspensión, es decir, una imposibilidad temporal, haciendo pertinente traer a colación lo señalado por el artículo 380º del Código Civil, aplicable al caso por imperio del artículo 786º del Código de Comercio, para concluir que "*En caso de imposibilidad temporal el deudor no responde por el retraso en el cumplimiento mientras ella perdura…*".

  En definitiva y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.4 infra, no existe contradicción entre la intención de hacer efectiva la cobertura del seguro en directa relación con el pago de la prima, con la disposición del artículo 1015º del Código de Comercio.

- La "*presunción de prima anual*" (ídem, Art. 1016º) y la "*exigibilidad de la prima*" (ibídem, Art. 1017º), por cuanto, establecido el carácter suspenso de la vigencia del contrato, no cabe duda que sus efectos accesorios también suspendidos, debiéndoselos reiniciar una vez se regularice el pago de la prima.

  Así, establecido contractual o presuntamente el carácter anual de la prima, ello determina que la cobertura deba extenderse por el periodo de doce meses que equivalen a un año, lo que no obste criterio diferente en caso de suspensión temporal, pues un año, como medida de tiempo (y no hay razón jurídica para no considerarlo así), siempre equivaldrá a doce meses.

Entonces, en definitiva y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.4 infra, no existe contradicción entre la intención de hacer efectiva la cobertura del seguro en directa relación con el pago de la prima, con las disposiciones de los artículos 1015º y 1016º del Código de Comercio.

- Y con respecto al tratamiento de "*Las primas en los seguros de daños*" (ibídem, Art. 1018º), amén de todo lo ya supra señalado, fundamentalmente el que la redacción de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013 ha generado una confusión que es menester subsanar, empero en todo caso y en su carácter ontológico, entonces, en cuanto a su finalidad, ligada la misma al elemental criterio de justicia, y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.4 infra, no presenta contradicción para con la intención de hacer efectiva la cobertura del seguro en directa relación con el pago de la prima.

Por consiguiente y en definitiva, no existe infracción al principio de legalidad en la actuación controvertida de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en tanto las previsiones de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013, no se contraponen a las disposiciones del Código de Comercio.

2.3. Sobre el principio de equidad.-

El alegato común a este extremo, está referido a que "*el regulador no está siendo equitativo con una fracción (la que asume el riesgo) de sus administrados: los aseguradores, al pretender establecer que no recibirán una prima por un periodo de vigencia adicional y al mismo tiempo, normar la constitución de una reserva por no pago*".

Con respecto a esto último (*normar la constitución de una reserva por no pago*), si bien la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 no tiene mayor mención al respecto, sin embargo se entiende como el efecto inmediato de **suspenderse** la vigencia del contrato de seguro para el caso de reanudarse y regularizarse el pago de la prima, por cuanto, al deber la aseguradora "*ampliar la vigencia de la póliza por el plazo que duró la suspensión de la cobertura*", importa tener una reserva para el caso de suceder la contingencia en el periodo de ampliación de la vigencia; como tal, este fenómeno técnico-contable, que es normal y necesario en casos semejantes, no puede constituir un argumento para alegar infracción al principio de equidad.

Entonces, el alegato en concreto está referido mas bien, "*al pretender establecer que no recibirán una prima por un periodo de vigencia adicional*"; no obstante y conforme lo visto en el numeral supra, no existe aquí un "*periodo de vigencia adicional*", sino el cumplimiento del contrato en el plazo de vigencia contratado: si es anual (por doce meses), la prestación: la cobertura, será por el mismo plazo que la contraprestación: el pago de la prima.

El contrato de seguro se presume anual, por doce meses, y así debe cumplirse, sin ninguna adición extracontractual; en caso de suspensión, la dispuesta ampliación de la vigencia de la póliza "*por el plazo que duró la suspensión*", no importa ninguna adición, sino simplemente, el cumplimiento del contrato en los términos temporales contratados, siendo los alegatos de la recurrente y de los terceros interesados, en este sentido, infundados.

2.4. Acerca de los caracteres técnicos.-

Tanto la recurrente **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** como los restantes terceros interesados, ponen énfasis en los efectos técnicos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 (sobre el reaseguro, los aspectos contables, su ejecución según los diversos tipos de seguro en función de sus particularidades, el riesgo moral, cierta contradicción técnica, el registro de pólizas y la excesiva onerosidad para las aseguradoras, expresadas en los costos que importa su aplicación).

En tales circunstancias, las resoluciones recurridas, APS/DJ/DS/Nº 529-2013 y APS/DJ/DS/Nº 850-2013, no permiten una revisión de tales reclamos en función de sus efectos técnicos, por cuanto, fundamentalmente la primera, resulta evidentemente sucinta, al pretender establecer "*el procedimiento a seguir por parte de la Entidad Aseguradora de Seguros Generales, cuando se procede con la rehabilitación de la vigencia del seguro*" en cinco breves artículos (dos de ellos más bien de estilo), que por esa característica, de ninguna manera alcanza a señalar los alcances técnico-contables, que habrán de aplicarse a partir de su implementación para casos técnicos concretos, como los que señalan la recurrente y los terceros interesados, llevando a la conclusión inicial, de que la norma de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 es evidentemente insuficiente.

Ese extremo impide también, a la suscrita Autoridad Jerárquica, una revisión de los extremos técnicos que señala el Recurso Jerárquico, por cuanto, no existe una base de comparación que, establecida por las resoluciones recurridas, permita un análisis en ese mismo plano.

No obstante lo señalado, teniendo en cuenta el carácter técnico del reaseguro, es atendible lo señalado por el Recurso Jerárquico, cuando establece que:

> "…*La aplicación de la RA APS/DJ/DS/Nº 529/2013 impugnada, vulnera lo estipulado en el Reglamento de Reaseguro Pasivo porque no habrá concordancia entre lo estipulado en la póliza entregada al cliente y la cobertura de reaseguro en términos de vigencia. Así como la afectación a la cedente por el costo adicional de ampliación de vigencia.*
>
> *A contrario sensu, la posibilidad de que un reasegurador extienda la cobertura de reaseguro de la forma planteada por la resolución recurrida, es decir sin un cobro de prima adicional por el nuevo período, es inviable técnica y legalmente hablando*…"

A este extremo, el Ente Regulador, en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 850-2013 de 17 de septiembre de 2013, ha señalado que:

> "…*es importante destacar que en el caso del reaseguro automático, no existe prohibición ni exclusión que impida retomar la vigencia del seguro por incumplimiento en el pago de la prima, asumiendo el mismo riesgo, términos y condiciones establecidos por el asegurador dentro el marco del contrato de reaseguro.*
>
> *Que con relación a los contratos de reaseguro facultativo, ciertamente se establece*

una determinada vigencia del contrato en función a la póliza emitida por la aseguradora, la cual sí puede ser modificada por las partes, más aún cuando la legislación determina claramente que ***se suspende la vigencia de la póliza****, es decir que se posterga la vigencia en caso de incumplimiento de pago de primas, debiéndo* (sic) *ajustarse la operativa a la normativa boliviana…*"

No obstante, tal posición es apriorística, porque no tiene en cuenta que el reaseguro tiene su propia base técnico-contable, y su propia dinámica de financiamiento, que suceden en función de bases temporales concretas, y que no pueden sujetarse a una ampliación automática como la establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013, so riesgo de dejar descoberturado del reaseguro, a los contratos involucrados.

Si bien el hecho de que los reaseguros, generalmente, se contraten en grupo, la base técnica de los mismos, hace que los cálculos de cobertura y de pago de prima, estén limitados a fechas fijas, de manera tal que no es posible una aplicación irazonada de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013, pretendiendo una cobertura automática del reaseguro; ello simplemente no es posible.

El extremo anterior determina que, rescatando nuevamente el carácter ontológico impuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 (y sólo ello, dado que hasta aquí se ha evidenciado su insuficiencia y su propia confusión conceptual), corresponda un razonamiento inverso, más no por ello apartado de lo hasta aquí señalado.

En tal sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros deberá, en pleno ejercicio de sus atribuciones, redefinir la norma sobre *Procedimiento en caso de Suspensión de Cobertura por no pago de la Prima*, de manera tal que:

- Con observancia del artículo 1018º (y los otros) del Código de Comercio, y no siendo dable que el asegurado pague por una cobertura que no se le brinda en razón de encontrarse suspendida, deberá hacer efectivo el pago solo por los periodos en los que existe tal cobertura, sin lugar a la ampliación de la vigencia del contrato.

  Tal disposición no será contraria a la presunción de prima anual dispuesta por el artículo 1016º del Código de Comercio, en razón de tratarse, como señala el *nomen iuris* del artículo, de una presunción, como tal y en *iuris tantum*, admite la posición ahora señalada.

- Asimismo y acorde a su naturaleza, tal *Procedimiento* deberá contemplar los alcances técnicos que permitan su aplicación por parte de las empresas aseguradoras.

2.5. Sobre la facultad de la Autoridad Jerárquica para instruir la emisión de una nueva resolución.-

Por último, cabe pronunciarse sobre lo expresado por **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES**

SOCIEDAD ANÓNIMA, en sentido que:

> "…*al artículo 68 de la Ley 2341, al presentarse el Recurso Jerárquico el superior en grado no podrá instruir la emisión de una nueva resolución al inferior correspondiendo se atiendan en el fondo nuestras fundadas argumentaciones en sujeción al Estado de Derecho y garantías constitucionales que rigen el Estado Plurinacional de Bolivia*…"

El artículo señalado alude a que "*Las resoluciones de los recursos jerárquicos deberán definir el fondo del asunto en trámite y en ningún caso podrán disponer que la autoridad inferior dicte una nueva resolución*", no obstante, el artículo continúa:

> "…***excepto lo dispuesto en el numeral II del presente Artículo***.
>
> ***II.*** *El alcance de las resoluciones de los recursos jerárquicos de los Sistemas de Regulación tales como* (…) *SIREFI* ***serán establecidas por reglamento, de acuerdo a la competencia y características de cada sistema***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido y por sencilla aplicación del principio de especialidad, queda clara la aplicabilidad preferente al caso, del artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el que establece que:

> "…*La Superintendencia General del SIREFI, en recurso jerárquico, adicionalmente a las formas señaladas en el artículo anterior podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente*…"

Extremo al que deberán estar **LATINA SEGUROS PATRIMONIALES SOCIEDAD ANÓNIMA** como los restantes partícipes del proceso, y que evita de mayor comentario al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 529-2013 de 7 de junio de 2013 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 009/2014 DE 10 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

REVOCAR PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2014

La Paz, 10 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 003/2013 de 06 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 010/2013 de 16 de enero de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 2 de octubre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Gerente Nacional de Inversiones y Cobranzas, Sra. Guerta Hipatia Samur Rivero tal como acredita el Testimonio de Poder Nº 2834/2013 de fecha 5 de septiembre de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo

del Dra. Juana Mery Ortiz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/8249/2013, con fecha de recepción de 7 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de octubre de 2013, notificado en fecha 15 de octubre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013.

Que, el 9 de diciembre de 2013, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos, a solicitud de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/4123/2013 de 27 de febrero de 2013, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con los siguientes cargos:

"…II. Imputación de Cargos.

Cargo 1: DENUNCIA PENAL CONTRA ARISUR INC. (NOTA DE DÉBITO N° PEN-0386).- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo -probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Juzgado Cautelar: Distrito Judicial - La Paz.
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Antecedentes: *Los siguientes:*

*a) BBVA Previsión APP S.A. por memorial presentado en fecha 04 de enero de 2012, ante el Ministerio Público del Departamento de La Paz, suscita denuncia penal en contra de José Quevedo Gonzales representante legal de la empresa "ARISUR INC" por el delito de Apropiación Indebida de Aportes previsto en el artículo 345 Bis.- del Código Penal, manifestando que: "**El periodo de aporte que señala la Nota de Débito que se***

acompaña (N° PEN-0386 de 28 de diciembre de 2011) es por el mes de julio de 2011, lo que implica que de acuerdo a la Ley, el Empleador debía efectuar el depósito de los montos retenidos hasta el 31 de agosto de 2011, lo cual no realizo, incumpliendo la obligación que le establece la Ley 065 de Pensiones". *Asimismo, en el Otrosí del memorial señala que adjunta la siguiente prueba documental: a) La Nota de Débito PEN-0386; b) Liquidación de deuda; y c) Cartas de aviso de cobro.*

b) ***La Unidad de Análisis y Solución Temprana de la Fiscalía, en fecha 09 de enero de 2012, observó el caso*** *señalando que: "Con carácter previo a realizar el análisis correspondiente el denunciante deberá adjuntar el descargo de notificación con el título coactivo a la parte denunciada a efectos de establecer un eventual dolo en la apropiación indebida de aportes de las contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones. Así mismo (sic) deberá adjuntar constancia de recepción de la presentación del proceso coactivo social. A efectos de investigación, deberá detallar el nombre y domicilio de las víctimas del hecho conforme al art 285 del C.P.P.; observación que deberá subsanar dentro el término de las 48 horas a partir de su notificación, bajo alternativa de ser Rechazada de conformidad al punto 2 del Reglamento (de Funcionamiento de la Plataforma de Atención al Público)".*

c) ***La Fiscal de Materia****, mediante Resolución N° 31/12 de 12 de abril de 2012,* ***dispone la no admisión de denuncia formulada por la*** *AFP, manifestando que desde la fecha de la observación, 09 de enero de 2012, han transcurrido más de treinta (30) días sin que la parte denunciante (AFP) hubiera procedido a subsanar la observación. Asimismo, sustenta que el Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de Atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, establece en punto 2 última parte: "si la parte interesada no se apersona en el lapso de treinta (30) días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía".*

Conducta imputada: *Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:*

1. *Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia, ya que señala que conforme a la Nota de Débito acompañada, el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida de aportes) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Débito N°PEN-0386 de 28 de diciembre de 2011 (adjunta en calidad de prueba), corresponde al periodo enero de 2011.*
2. *La AFP, no atendió oportunamente las observaciones efectuadas por la Unidad de Análisis y Solución Temprana en fecha 09 de enero de 2012, puesto que no presentó el descargo de notificación con el título coactivo (Nota de Débito) a la parte denunciada, tampoco presentó la constancia de recepción de la presentación del proceso coactivo social, ni realizó el detalle de los nombres y domicilios de las víctimas, cuando era su obligación cumplir mínimamente lo dispuesto por la Fiscal.*
3. *La Resolución Fiscal N° 31/12 de 12 de abril de 2012, que dispone la no admisión de denuncia formulada por la AFP, se sustenta en el incumplimiento a las observaciones realizadas, pero además señala que la AFP en su calidad de parte interesada no se apersonó ante la Fiscal Analista en el lapso más de treinta (30) días, dando lugar al archivo de obrados.*

Cargo 2: DENUNCIA PENAL CONTRA ARISUR INC. (NOTA DE DÉBITO Nº PEN-1316).- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Juzgado Cautelar: Distrito Judicial - Potosí.
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Antecedentes: *Los siguientes:*

a) La AFP por memorial presentado en fecha 01 de junio de 2012, ante el Ministerio Público del Departamento de Potosí, suscita denuncia penal en contra de José Quevedo Gonzales representante legal de la empresa "ARISUR INC" por el delito de Apropiación Indebida de Aportes previsto en el artículo 345 Bis.- del Código Penal, adjuntando la Nota de Débito N° PEN-1316 de 25 de mayo de 2012, por la suma de Bs144,855.91 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ochocientos Cincuenta y Cinto (sic) *91/100 Bolivianos), periodos noviembre y diciembre 2011.*
b) Por Resolución Fiscal de 01 de junio de 2012, la Fiscal de Materia - Dra. Ana Chávez, dispone el inicio de las investigaciones a cargo de la FELCC, e informa al Juez Instructor y Cautelar el inicio de la investigación.
c) ***Mediante Resolución de 22 de junio de 2012, la Fiscal de Materia*** *- Ana María Chávez Cruz,* ***dispone rechazar la denuncia y las actuaciones policiales,*** *argumentando que no existe legitimidad de parte* (sic) *víctima en el denunciante (AFP) para promover la acción penal pública a instancia de parte; que las víctimas directamente ofendidas por el delito y titulares del bien jurídico protegido no han formalizado denuncia; que al tratarse las víctimas de personas mayores de edad, el Ministerio Público depende absolutamente de la promoción de su acción para ejercer investigaciones con legitimidad, pues de lo contrario sus actos se viciarían de nulidad; consecuentemente, "existe un obstáculo legal para el desarrollo del proceso, pues la acción no fue legalmente promovida".*
d) La AFP por memorial presentando el 04 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que la Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes.
e) Por Resolución N° 300/2012 de 09 de julio de 2012, el Fiscal Departamental, establece que de la revisión del cuaderno de investigación no existe la diligencia de notificación a la parte denunciada, aspecto que debe ser subsanado a fin de evitar irregularidades al procedimiento, disponiendo que la directora de la investigación proceda a la notificación al imputado para que se encuentre legitimado.
f) ***Por Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, el Fiscal Departamental*** *a.i. Dr. Sandro Fuertes,* ***señala que el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que otorgó BBVA Previsión AFP S.A. al denunciante Edgar Martín Guzmán Arroyo es amplio e ilimitado por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser específico, consecuentemente, al no estar facultado para resolver la objeción***

presentada, ya que el denunciante no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes.

g) *Mediante memorial de 07 de septiembre de 2012, la Fiscal de Materia, remite al Juez Instructor Cautelar Segundo en lo Penal, el rechazo de la denuncia solicitando el archivo de obrados, señalando* ***"...el Fiscal de Distrito (Departamental) a (sic) emitido Resolución confirmando resolución de rechazo que fue objeto de impugnación, es así que se remite la Resolución Nº 371/2012 debidamente diligenciado por lo que solicita en definitiva el archivo de obrados".***

h) ***La AFP por memorial de 04 de octubre de 2012, solicita a la Fiscal de Materia Dra. Ana Chávez, se remitan los antecedentes al Fiscal Departamental para que dicte Resolución sobre la objeción al rechazo de la denuncia,*** *argumentando que el Fiscal Superior no se pronuncio sobre el cumplimiento a la Resolución N° 300/2012, y que la notificación cedularía de la Resolución N° 371/2012 incumple lo establecido en los artículos 162 y 163 del CPP;* ***asimismo, adjunta nuevo Poder Notarial N° 1802/2012.***

i) *Por Requerimiento de 09 de octubre de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Ana Chávez, en cuanto al memorial de 04 de octubre de 2012, dispone:* ***"Estese a lo resuelto en la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012 (consecuentemente archivo de obrados)".***

j) *Por memorial de 28 de diciembre de 2012, la AFP solicita al Fiscal Departamental (Distrito) instruya la reapertura de la investigación y se pronuncie sobre el rechazo de la denuncia.*

k) *Por Requerimiento Fiscal de 31 de diciembre de 2012,* ***el Fiscal Departamental,*** *Dr. Juan David Quiñones Campos, señala:* ***"...nos encontramos con una petición (de la AFP) alejada de cualquier razonamiento jurídico ya que el solo hecho de que el solicitante pretenda que el suscrito Fiscal Departamental se pronuncie sobre un trámite de resolución de rechazo, el cual se encontraría concluido puesto que mereció el pronunciamiento de una resolución de mi antecesor en la Fiscalía de Distrito. No se encuadra en los parámetros legales". Por lo anotado no ha (sic) lugar a lo solicitado.***

Conducta imputada: *Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:*

1. *El Fiscal Departamental de Potosí por Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, señaló que el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que otorgó BBVA Previsión AFP S.A. al denunciante Edgar Martín Guzmán Arroyo es amplio e ilimitado por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser específico, consecuentemente, al no estar facultado para resolver la objeción presentada, ya que el denunciante no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes.*

   La falta de poder especial o específico a favor del mandatario, observado por el Fiscal Departamental de Potosí en la Resolución N° 371/2012, motivó a que no se pronuncie sobre el fondo objeción al rechazo a la denuncia), consecuentemente, queda ratificada la Resolución de 22 de junio de 2012, de la Fiscal de Materia - Ana María Chávez Cruz, que dispone rechazar la denuncia y las actuaciones policiales.

2. *La falta de poder especial en el mandatario (denunciante), pone en evidencia la vulneración a lo dispuesto por el artículo 81 del CPP, que establece: "**La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales",** disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 811 parágrafo II del Código Civil - CC, que señala: "El mandatario no puede hacer nada más allá de lo que se le ha prescrito en el mandato", extremo que dio lugar a que la objeción no sea considerada y consecuentemente quede ratificado el rechazo de la denuncia.*
3. *La falta de poder especial en el mandatario, demuestra una total falta de cuidado en la tramitación del proceso penal (PP) que ocasiona perjuicio en la recuperación efectiva de los montos apropiados, motivo de la denuncia. Hecho, que además se pone en evidencia cuando la AFP por memorial de 04 de octubre de 2012, **adjunta nuevo Poder Notarial N° 1802/2012,** empero, fue en forma extemporánea, en consideración al plazo establecido para la interposición de la objeción de la denuncia señalado en el artículo 305 del CPP.*

Cargo 3: DENUNCIA PENAL CONTRA ARISUR INC. (NOTA DE DÉBITO Nº PEN-1316).- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Juzgado Cautelar: Distrito Judicial - Potosí.
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Antecedentes: *Los siguientes:*

- *BBVA Previsión AFP S.A. por memorial de fecha 16 de agosto de 2012, presenta ante el Ministerio Público del Departamento de Potosí denuncia penal en contra de José Quevedo Gonzales representante legal de la empresa "ARISUR INC" por el delito de Apropiación Indebida de Aportes previsto en el artículo 345 Bis.- del Código Penal, adjuntando la Nota de Débito N° PEN-1494 de 16 de agosto de 2012, por la suma de Bs. 708.765.49 (periodos febrero/2011 a octubre/2011).*
- ***Mediante memorial de 17 de agosto de 2012, la Fiscal de Materia**, Dra. Victoria Fuentes Flores, **informa al Juez de Instrucción y Cautelar de Turno en lo Penal,** el inicio de la investigación, paralelamente, informa **el rechazo de la denuncia,** argumentando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*
- *La AFP por memorial presentando el 05 de septiembre de 2012, señala que: **"acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz", objeta el rechazo de denuncia**, argumentando que la Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes.*

- ***Por Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, el Fiscal Departamental*** *a.i. Dr. Sandro Fuertes,* ***señala que de la lectura pormenorizada del testimonio de Poder Notarial Nº 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que se adjunta al memorial de objeción (aunque en el mismo se señala otro numero*** (sic) ***de poder, empero que el mismo no es adjuntado) que otorgó BBVA Previsión AFP S.A. al denunciante Edgar Martín Guzmán Arroyo es amplio e ilimitado por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser específico, consecuentemente, al no estar facultado para resolver la objeción presentada, ya que el denunciante no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes.***
- *Por memorial presentado en fecha 12 de septiembre de 2012, la AFP, adjunta nuevo Poder de representación N° 1802/2012, indicando que* ***"el mismo acredita mi personería en el proceso"*** *(Martín Edgar Guzmán Arroyo).*
- *La AFP por memorial de 04 de octubre de 2012, solicita a la Fiscal de Materia remitan los antecedentes al Fiscal Departamental para que dicte Resolución sobre la objeción al rechazo de la denuncia, argumentando que la notificación cedularía de la Resolución N° 388/2012 incumple lo establecido en los artículos 162 y 163 del CPP; asimismo, adjunta nuevo Poder Notarial N° 1802/2012.*
- *Por memorial presentado el 05 de octubre de 2012, la Fiscal de Materia, Victoria Fuertes Flores, solicita al Juez de Instrucción y Cautelar Primero en lo Penal, el archivo de obrados, señalando que* ***"Habiéndose emitido Resolución de Rechazo en fecha 17 de agosto de 2012 dentro del presente proceso penal, cumplidas las diligencias previas se tramita la Objeción de Rechazo, la misma que no fue resuelta en el fondo por falta de legitimación del denunciante para Objetar la Resolución de Rechazo, la misma que es decretada por Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012".***
- *Por Informe (Representación) de 08 de octubre de 2012, Helen Flores Zambrana - Auxiliar Legal de la Fiscalía Departamental de Potosí, señala:* ***"...se presentó la abogada de AFP PREVISION*** (sic)***, manifestando que por error involuntario se había presentado otro poder (Poder Notariado Nº 71/2011) y no el que correspondía (Poder Notarial N° 1802/2012), solicitando de forma verbal el cambio de testimonio de poder, a lo que la suscrita manifestó que el cuaderno investigativo ya se encontraba en conocimiento del Fiscal de Distrito"***
- *Por Requerimiento de 09 de octubre de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Victoria Fuertes, en cuanto al memorial de 04 de octubre de 2012, señala:* ***"...la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aun la suscrita (no)*** (sic) ***puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del Procedimiento Penal; de otro lado por la representación de fecha 8 de octubre de 2012 se acredita que en el presente proceso el testimonio de Poder adjunto al memorial de Objeción de Rechazo es el poder Nº 71/2012 y no así el Testimonio de Poder N° 1802/2012".***
- *Por memorial de 28 de diciembre de 2012, la AFP solicita al Fiscal Dptal. instruya la reapertura de la investigación y se pronuncie sobre el rechazo de la denuncia.*

Conducta imputada: *Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:*

1. *El Fiscal Departamental de Potosí por Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, señaló que el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que se adjuntó al memorial de la objeción (aunque en el mismo se señala otro número de poder, empero se adjunta otro) que otorgó BBVA Previsión AFP S.A. al denunciante Edgar Martín Guzmán Arroyo es amplio e ilimitado por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser específico, consecuentemente, al no estar facultado para resolver la objeción presentada, ya que el denunciante no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes.*

   La falta de poder especial o específico a favor del mandatario (denunciante), con facultades para objetar el rechazo a la denuncia, fue observado por el Fiscal Departamental de Potosí en la Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, lo que motivo a que no se pronuncie sobre el fondo, consecuentemente, queda ratificada la Resolución de Rechazo de 17 de agosto de 2012, de la Fiscal de Materia - Dra. Victoria Fuertes Flores.
2. *La falta de poder especial en el mandatario (denunciante), observado por el Fiscal Departamental de Potosí, pone en evidencia la vulneración (de parte de la AFP) a lo dispuesto por el artículo 81 del CPP, que establece: **"La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales",** disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 811 parágrafo II del Código Civil - CC, que señala: "El mandatario no puede hacer nada mas allá de lo que se le ha prescrito en el mandato", extremo que dio lugar a que la objeción no sea considerada y consecuentemente quede ratificado el rechazo de la denuncia.*
3. *La absoluta falta de cuidado en la gestión judicial de parte de la AFP, que dio lugar al archivo de obrados y sus consecuencias, se hace más evidente en sentido, de que conforme señala el Fiscal Departamental en la Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, en el memorial de la objeción a la denuncia (de 05 de septiembre de 2012), se adjunta el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011, pero se menciona otro (Poder Notarial N° 1802/2012), afirmación que se encuentra acorde al Informe (Representación) de 08 de octubre de 2012, de la Auxiliar Legal de la Fiscalía Departamental de Potosí, al señalar que en fecha 05 de septiembre de 2012, se presentó la objeción junto al Poder Notarial N° 71/2011 conforme al cargo de recepción, pero que posteriormente se presentó la abogada de la AFP, solicitando el cambio de poder, indicando que por error involuntario se presentó el incorrecto…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV-COB-135/04/2013 de fecha 02 de abril de 2013, **PREVISÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta los siguientes descargos:

"…Cargo 1: Denuncia Penal contra ARISUR INC (Nota de Débito N° PEN-0386):

1. *Cuando se trabajó la elaboración del memorial de denuncia tomándose como base un modelo anterior, se incurrió en error de transcripción al momento de señalar el periodo de la deuda, lo cual no fue posible subsanar debido a que la denuncia no fue admitida por la inexistencia de la empresa en el distrito judicial de La Paz.*

2. *Ante el requerimiento de la Dra. Rosario Cuellar, Fiscal Analista* (sic), *de presentar los descargos de la notificación al denunciado con el título coactivo, se procedió a revisar los antecedentes, evidenciándose que en el Proceso Coactivo iniciado con base en la Nota de Débito Nº 33008, no pudo ser notificado al empleador debido a que la empresa no registraba domicilio conocido en La Paz, sino en la ciudad de Potosí.*

3. *Ante lo expuesto, no hubo forma posible de dar cumplimiento al requerimiento de la Fiscal Analista* (sic) *por lo cual el trámite pasó al archivo central de la Fiscalía, dado que no se da la figura jurídica establecida en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.*

   Asimismo, habiéndose evidenciado que el Empleador ARISUR INC tenía un domicilio en la ciudad de Potosí, inmediatamente se inició un proceso penal en ese Distrito Judicial, con lo cual no se han afectado los intereses de los asegurados ni de la seguridad social del estado boliviano.

Cargo 2: Denuncia Penal contra ARISUR INC (Nota de Débito Nº PEN-1316):

1 y 2. De la lectura del Testimonio del Poder Nº 071/2011 otorgado por ante la Notaría Nº 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental,*** *Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto (sic) *en dicha instancia.*

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo

62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí.

3. *Como le fue informado a su Autoridad en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP's para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.*

   Especialmente en relación a los casos contra ARISUR INC, se cursó la Nota CITE PREV-COB-332/09/2012 del 25 de Septiembre de 2012 por la cual se anunciaba a la APS que temíamos que se produjera el rechazo de las denuncias bajo el mismo argumento y le pedíamos una gestión de esa Autoridad ante el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí.

   El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo, e incluso existían casos vigentes en ese Distrito Judicial en los cuales no había sido observado el Poder N° 71/2011 y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

   Por lo expuesto, queda claro que el instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

   La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no debe considerar que hubo falta de cuidado por parte de BBVA Previsión AFP S.A., porque el denunciante actuó con poder especial y suficiente en el proceso.

   El hecho de haberle extendido un nuevo poder especial (Instrumento N° 1802/2012) fue para cumplir con el requerimiento del Fiscal Departamental, quién (sic) *dispone la devolución de obrados a los Fiscales de Materia para que sea subsanada la*

observación y no es correcto afirmar que el nuevo poder fue presentado en forma extemporánea, (como se expresa en el cargo de la APS), ya que el propio Fiscal Departamental señala que la Objeción al Rechazo se había presentado en plazo y que no podía pronunciarse sobre el fondo hasta que se subsane la observación sobre el poder de representación.

El archivo de obrado por parte de los Fiscales de Materia es un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental, quién todavía no se había pronunciado sobre el fondo del asunto; es decir sobre el rechazo de la denuncia y la objeción presentada en plazo por BBVA Previsión AFP, S.A. (sic).

Actualmente, cumpliendo el procedimiento penal BBVA Previsión AFP S.A. ha solicitado la Conversión de Acción, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente y no es evidente que exista perjuicio en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

Cargo 3: Denuncia Penal contra ARISUR INC (Nota de Débito N° PEN-1494):

1 y 2. De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental,*** *Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí.

3 *Como le fue informado a su Autoridad en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP's para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley Nº 065.*

Especialmente en relación a los casos contra ARISUR INC, se cursó la Nota CITE PREV-COB-332/09/2012 del 25 de Septiembre de 2012 por la cual se anunciaba a la APS que temíamos que se produjera el rechazo de las denuncias bajo el mismo argumento y le pedíamos una gestión de esa Autoridad ante el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las (sic) *Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo, e incluso existían casos vigentes en ese Distrito Judicial en los cuales no había sido observado el Poder Nº 71/20111 y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.*

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento Nº 071/2011, es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no debe considerar que hubo falta de cuidado por parte de BBVA Previsión AFP S.A., porque el denunciante actúo con poder especial y suficiente en el proceso.

El hecho de haberle extendido un nuevo poder especial (Instrumento Nº 1802/2012) fue para cumplir con el requerimiento del Fiscal Departamental, quien dispone la devolución de obrados a los Fiscales en Materia para que sea subsanada la observación y no es correcto afirmar que el nuevo poder fue presentado en forma extemporánea, (como se expresa en el cargo dela APS), ya que en el propio Fiscal Departamental señala que la Objeción al Rechazo se había presentado en plazo y

que no podía pronunciarse sobre el fondo hasta que se subsane la observación sobre el poder de representación.

El archivo de obrado por parte de los Fiscales en Materia es un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental, quien todavía no se había pronunciado sobre el fondo del asunto; es decir sobre el rechazo de la denuncia y la objeción presentada en plazo por BBVA Previsión AFP, S.A. (sic).

Actualmente, cumpliendo el procedimiento penal BBVA Previsión AFP S.A. ha solicitado la Conversión de Acción, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente y no es evidente que exista perjuicio en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

Acompaño en Anexo I en ocho (8) fojas utilizadas la fotocopia del Poder Nº 071/2011.

Acompaño en Anexo II una fotocopia de la Resolución 371/2012 (En tres fojas utilizadas) y de la Resolución Nº 388/2012 (En tres fojas utilizadas), en las cuales se aprecia que en el antepenúltimo CONSIDERANDO el Fiscal Departamental señala que BBVA Previsión AFP S.A. ha objetado el rechazo dentro del plazo legal y en el último CONSIDERANDO aclara que en base al control jerárquico que nace de la Ley Orgánica del Ministerio Público devuelve los actuados al Fiscal de Materia para que se subsane.

Acompaño en Anexo III en dos (2) fojas utilizadas la fotocopia de la Nota CITE PREV-COB-332/09/2012 mediante la cual BBVA Previsión AFP S.A. le informa a su Autoridad sobre los rechazos sistemáticos de las denuncias en el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí y le anuncia nuestro temor a que ocurra lo mismo en los casos contra ARISUR INC…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 DE 16 DE ABRIL DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013, resolvió:

"…PRIMERO.- *Sanciona* (sic) *a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:*

a) *En relación al* ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000* (sic) *(TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

b) *En relación al* ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1500* (sic) *(MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de*

10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.

c) *En relación al* ***Cargo N° 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

SEGUNDO.- *Con respecto a los Cargos N° 1, 2 y 3, se instruye a BBVA Previsión AFP S.A., para que en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, remita la siguiente información documentada:*

1) *Respecto al Cargo N° 1, remita documentación sobre las gestiones judiciales que la AFP tiene realizadas en el presente proceso penal, respecto a la reapertura y tramitación de la investigación del proceso penal seguido contra el Empleador ARISUR INC.*

2) *Respecto a los Cargos N° 2 y 3, remita documentación respecto a la solicitud y tramitación de conversión de acciones que ha señalado en sus descargos.*

TERCERO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

CUARTO.- *La AFP se encuentra en la responsabilidad de llevar todos los Procesos Penales del SIP conforme a norma, para lo cual son responsables de los resultados que éstos puedan generar…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de valoración razonada de la prueba se procedió al análisis de la naturaleza técnico jurídica.

Que con respecto a cada uno de los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N°1

(…)

La Administradora, respecto al Cargo N° 1, no presentó prueba material de descargo.

De los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

En cuanto a la inconsistencia en los términos de la denuncia, la AFP se justifica argumentando que: "…se trabajó la elaboración del memorial de denuncia tomando como base un modelo anterior, se incurrió en error de transcripción al momento de señalar el periodo de la deuda, lo cual no fue posible subsanar debido a que la denuncia no fue admitida por la inexistencia de la empresa en el distrito judicial de La Paz".

Al respecto, lo afirmado corrobora y ratifica la falta de cuidado de parte de la AFP al momento de redactar la denuncia, que contraviene lo dispuesto por el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal - CPP, referente a la forma y contenido de la denuncia, debiendo tener presente que entre la denuncia y las pruebas presentadas debe existir una relación de correspondencia.

Asimismo, se debe considerar que los actos destinados al inicio del procedimiento penal (denuncia) no requieren de requisito especial, sin embargo, deben contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación (artículo 285 del CPP), lo contrario, al tratarse de una denuncia ambigua, obscura e imprecisa, motiva su rechazo de parte del Fiscal.

Por otra parte, manifiesta lo siguiente: "Ante el requerimiento de la Dra. Rosario Cuellar, Fiscal Analista, de presentar los descargos de la notificación al denunciado con el título coactivo se procedió a revisar los antecedentes, evidenciándose que en el Proceso Coactivo iniciado con base en la Nota de Débito N° 33008, no pudo ser notificado el empleador debido a que la empresa no registra domicilio conocido en La Paz, sino en la ciudad de Potosí". Asimismo, aduce: "Ante lo expuesto, no hubo forma posible de dar cumplimiento al requerimiento de la Fiscal Analista por lo cual el tramite (sic) pasó al archivo central de la Fiscalía, dado que no se da la figura jurídica establecida en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal".

Lo aseverado por el regulado no puede considerarse como un justificativo válido para enervar el Cargo, en consideración a que la AFP, se limita a señalar que no cumplió con las observaciones debido a que la empresa tiene su domicilio en la ciudad de Potosí, empero, de una simple lectura de la Resolución N° 31/12, se acredita que las observaciones efectuadas en fecha 09 de enero de 2012 por la Unidad de Análisis y Solución Temprana de la Fiscalía, no sólo se limitan a la presentación, de parte de la AFP, de la notificación con el título coactivo a la parte denunciada, sino también a la presentación del proceso coactivo social y del detalle de los nombres y domicilios de las víctimas (Asegurados).

En ese sentido, el hecho que el imputado (Empleador ARISUR inc.(sic)*) tenga su domicilio en la ciudad de Potosí no es un impedimento para cumplir, por lo menos, las demás*

observaciones efectuadas, como la presentación de fotocopias del proceso coactivo social que se tramita en este Distrito Judicial iniciado con base a la Nota de Débito N° 33008 ante el Juzgado Séptimo de Trabajo y Seguridad Social, o la presentación de documentos que dieron lugar a la Nota de Débito N° PEN-0386, y todo elemento probatorio que pueda conducir a la comprobación del delito y su tipificación, lo que no aconteció.

Además, el hecho de que el imputado tenga su domicilio en la ciudad de Potosí no es óbice para que el denunciante (AFP) como parte interesada no se apersone ante la Fiscal Analista en el lapso de treinta (30) días, dando lugar a la aplicación del Reglamento de Funcionamiento de Plataforma de Atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, en el punto 2 última parte, que conllevó al "archivo de obrados".

Por otro lado, la Administradora justifica su accionar señalando lo siguiente: "…habiéndose evidenciado que el empleador ARISUR INC. tenía un domicilio en la ciudad de Potosí, inmediatamente se inició un proceso penal en ese Distrito Judicial, con lo cual no se han afectado los intereses de los asegurados ni de la seguridad social del estado boliviano".

Lo afirmado por el regulado carece de respaldo material y no guarda relación con los datos que arrojan las fotocopias de los cuadernos de investigación presentados por la Administradora, por lo que no puede considerarse como un hecho valedero para desvirtuar el Cargo, puesto que de la revisión de los mismos, se tiene que la denuncia instaurada en el Distrito de La Paz, en fecha 28 de diciembre de 2011, conforme a la ***Nota de Débito N° PEN-0386 de 28 de diciembre de 2011****, establece que la Apropiación Indebida de Aportes, corresponde* ***al periodo enero de 2011;*** *la denuncia de fecha 25 de mayo de 2012 presentada en la ciudad de Potosí, adjuntó en calidad de prueba la* ***Nota de Débito N° PEN-1316 de 25 de mayo de 2012****, que establece como periodos Apropiados Indebidamente* ***noviembre/2011 – diciembre/2011****; finalmente la otra denuncia penal de fecha 16 de agosto de 2012 presentada en la ciudad de Potosí, adjuntó en calidad de prueba la* ***Nota de Débito N° PEN-1494 de 16 de agosto de 2012****, que establece como períodos Apropiados Indebidamente* ***febrero/2011 a octubre/2011****.*

De lo expuesto se establece sin lugar a dudas que se instauraron otras denuncias penales en la ciudad de Potosí, pero las mismas no consideran el período enero de 2011, motivo de la denuncia penal que se tramitó en la ciudad de La Paz.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al Cargo N° 1 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

AL CARGO N° 2

(…)

La Administradora, respecto al Cargo N° 2, presenta la siguiente documentación en calidad de prueba de descargo:

- *Fotocopia del Testimonio N° 071/2011 de 17 de enero de 2011.*
- *Fotocopia de la Resolución N° 371/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012.*
- *Fotocopia de la nota PREV-COB-332/09/2012 de 25 de septiembre de 2012.*

De los descargos presentados por la AFP, al Cargo N° 2 se obtiene el siguiente análisis:

En cuanto a la evaluación a los descargos y documentos presentados respecto al presente Cargo, la Administradora argumenta lo siguiente: "…De la lectura del Testimonio Poder N° 071 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz en sus partes pertinentes de la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE, de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un Poder amplio e ilimitado como expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General".

Al respecto, Mandato, en Derecho y a los fines del instituto que regula el Código Civil (artículo 804 y siguientes del CC), "es el contrato consensual mediante el cual una de las partes otorga y confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios a la otra, que lo toma a su cargo" (Carlos Morales Guillen), "es un contrato por virtud del cual una persona representa a otra en la realización de un acto jurídico" (A. Ossorio). Se dice que es ***general,*** *cuando en él se comprende todos los negocios del mandante. Se dice que es* ***especial*** *del que está limitado a uno a varios asuntos específicamente determinados.*

El artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, establece: "Las personas jurídicas podrán querellarse a través de sus representantes". Asimismo, el artículo 81 del mismo cuerpo legal, señala: "La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales".

Bajo ese ámbito legal, el denunciante AFP al tratarse de una persona jurídica, deberá participar en el Proceso Penal a través de su representante legal, y en caso de que se haya otorgado mandato, debe ser mediante un poder específico que contenga necesariamente facultad expresa para realizar determinados actos procesales.

En el presente caso, de la lectura del ***Testimonio N° 071/2011*** *(en fotocopia), tanto en la Carátula Notarial (N° 6920596) como en su contenido expresa "****Poder Especial, Bastante y Suficiente****", asimismo menciona "representación y personería para tramitar la Acción Penal por los delitos provisionales (sic) y otros tipos penales tipificados en los artículos 118 y 119 de la Ley N° 065….faculta a apersonarse…ante el Ministerio Público, Fiscalía Departamental…para interponer denuncias y querellas…hacer uso de los demás recursos ordinarios y extraordinarios que prevé la ley…", sin embargo, el Fiscal de Distrito de Potosí (ahora denominado Fiscal Departamental) en la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, expresa:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial*** (sic) ***No. 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso***

por no ser especifico (sic)***, por cuanto no menciona y menos aún se le da la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo, por lo que se llega a la conclusión en concordancia con el punto anterior de que el ciudadano EDGAR MARTIN GUZMAN ARROYO al no ser la autoridad máxima de la institución denunciante y no tener facultad convencional delegada, estar legal y convencionalmente acreditado para objetar la resolución de rechazo pronunciada dentro del presente proceso, no se encuentra en consecuencia legitimada para realizar dicho acto procesal a nombre de nombre*** (sic) ***y en representación de la SOCIEDAD ANONIMA (sic) PREVISIÓN BBVA ADMINISTRACIÓN DE FONDOS Y PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)".***

Conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, señala que: ***"El mandato o poder para ser considerado en juicio tiene que ser suficiente y especial como requiere para una controversia jurídica, en conformidad a la exigencia de los artículos 809 del Código Civil, 58, 62-I y 329 del Código de Procedimiento Civil y 266 de la Ley de Organización Judicial"*** *Auto Supremo N° 308 de 08 de agosto de 1992. Por otro lado, existe determinación asumida por el Auto Supremo N° 237 de 04 de octubre de 1991, sentando jurisprudencia en la aplicación de los artículos 809, 810 del Código Civil y 62 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo que:* ***"…la persona que se presentare en juicio en representación o en nombre de otra, deberá acompañar al primer escrito el testimonio de poder en el que se señale en qué casos va a intervenir, en el que se individualice quien demanda, en juicio y con qué objeto, caso contrario, de no contar con dicho poder con la individualización necesaria, se los considera insuficiente para ser utilizado en juicio".***

En tal virtud se colige que el Testimonio Poder N° 071/2011 si bien expresa que se trata de un "Poder Especial, Bastante y Suficiente" ***no menciona y menos aún se le da (al mandatario) la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, conforme observó el Fiscal Departamental de Potosí.*

*El hecho de no contar con la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia, también se pone de manifiesto con la presentación, en el Proceso Penal, de un nuevo poder (N° 1802/2012) por parte de la AFP, empero, fue extemporánea en consideración al plazo (de cinco días a partir de su notificación para objetar el rechazo a la denuncia) que impone el artículo 305 del CPP, aclarando que el Fiscal Departamental de Potosí en la Resolución N° 371/2012 no señala que su determinación se suspende o se prolonga hasta que se subsane la observación sobre el poder de representación como aduce erróneamente el regulado, todo lo contrario, menciona: "****Que la resolución de rechazo puesta en conocimiento del suscrito Fiscal Departamental a.i., no puede ser revisada de oficio por no estar establecido*** (sic) ***esta facultad por la ley y al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar la resolución de rechazo por mucho que el indicado ciudadano haya objetado la citada resolución dentro del plazo, este hecho no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver el procedimiento",*** *consecuentemente, dispone****: "…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa precedentemente****", ello significa, el archivo de obrados.*

Por otro lado, la AFP argumenta lo siguiente: "…El Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso…".

Es indiscutible que la Resolución de Rechazo de Denuncia dictada por la Fiscal de Materia contraviene lo prescrito en los artículos 14 literales i) y j), 106 y 118 de la Ley N° 065, y artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, pero dicha Resolución pudo haber sido revocada por el Fiscal Departamental (Superior Jerárquico) conforme al artículo 305 del CPP, empero, la objeción al rechazo a la denuncia planteada por la Administradora no fue considerada (por el Fiscal Departamental) por la falta de facultad expresa para objetar, lo que dio lugar al archivo de obrados.

Además, en cuanto a la nota PREV-COB-332/09/2012 de 25 de septiembre de 2012 que aduce el regulado, mediante la cual se informa a la APS "que no tienen dudas que en los casos de ARISUR INC. el Fiscal de Distrito de Potosí confirmará el rechazo de los procesos", la misma es sugestiva, puesto que, tanto la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012 como Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, dictadas por el Fiscal Departamental de Potosí, son de fecha anterior a la misma, implica que a la fecha de la remisión de la nota (PREV-COB-332/09/2012), ya existía pronunciamiento de la Autoridad del Ministerio Público. Nota, que por cierto fue respondida por el Ente Regulador a través de la nota ***APS/DPC/9560/2012 de 03 de diciembre de 2012,*** *en la que se hace mención a una reunión sobre las acciones a seguir por la AFP y se instruye la remisión de informe pormenorizado y documentado de las denuncias penales contra el Empleador ARISUR INC., con lo siguiente:*

"…

- *Mencionar si a la fecha el denunciado José Quevedo Gonzales fue legalmente notificado con las Resoluciones de Rechazo a la Denuncia emitidas por las Fiscales de Materia de Potosí y con la objeción a las Resoluciones.*
- *Indicar si el Fiscal Departamental de Potosí ya dictó sobre las impugnaciones al rechazo de denuncias y su resultado, o del motivo o impedimentos para la no emisión de las Resoluciones.*
- *Señalar cuáles fueron los motivos para que los Fiscales de Materia dispongan el archivo de obrados de ambas denuncias, sin que exista pronunciamiento previo del Fiscal Departamental sobre las objeciones al rechazo de denuncias, y de las gestiones realizadas por la AFP.*
- *Indicar de las gestiones realizadas por la AFP ante el Fiscal Departamental de Potosí y/o Fiscal General del Estado, por las aparentes irregularidades cometidas por los Fiscales de los procesos penales seguidos en contra de José Quevedo Gonzales, o cuáles son los motivos para que no acudan a las instancias pertinentes."*

En cuanto a la conversión de acciones que aduce la AFP, el artículo 305 del CPP señala: "El archivo de obrados no impedirá la conversión de acciones a pedido de la víctima o del querellante", disposición legal que se encuentra en plena concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal que establece: "A pedido de la víctima, la acción

penal pública podrá ser convertida en acción privada…"; ello significa, un proceso penal a tramitarse conforme a procedimiento para los delitos de acción penal privada ante el Juez de Sentencia correspondiente y, sin la participación del Ministerio Público, que tiene sus implicancias legales, ya que retrotrae la denuncia a sus inicios en otro proceso, con el perjuicio correspondiente.

Asimismo, la AFP no presentó en sus descargos ninguna actuación procesal que acredite y demuestre lo aseverado sobre la conversión de acciones.

En ese sentido se concluye que el proceso penal por delito previsional de orden público a instancia de parte de la AFP, se halla archivado con un pronunciamiento contrario a la AFP y a los fines que persigue, por las razones expuestas en el presente análisis. Además, no se tiene evidenciado proceso penal alguno en curso, para perseguir el delito previsional y menos su recuperación por esta vía.

De lo anterior se extrae que, es evidente la interrupción del proceso penal, debido a la falta de cuidado de la AFP, quien al presente ocasiona la postergación de la recuperación de los aportes en mora incurridos por el Empleador ARISUR INC.

Por otro lado, la AFP en sus argumentos insiste en que el Poder Notarial N° 071/2011 de abril de 2012, presentado ante el Ministerio Público, es especial y suficiente, y que dicho poder ha sido acompañado a todas las denuncias presentadas a Nivel Nacional, sin tener observación alguna sobre el alcance del mismo. El hecho de que hasta la fecha no haya sido observado el Poder Notarial N° 071/2011 en otros Procesos Penales que se tramitan en otros Distritos Judiciales, no es justificativo suficiente para enervar el Cargo, en razón a que esa argumentación no es ni será suficiente para que el Fiscal Departamental de Potosí, modifique su fallo que dio lugar al archivo de obrados; recordando a la AFP que las determinaciones que vaya asumir en los Procesos Penales que se encuentran bajo su patrocinio y responsabilidad son de su exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cabe señalar que en la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, el Fiscal Departamental de Potosí, no realizó ningún requerimiento respecto a la presentación de un nuevo Poder Notarial ante esa instancia, por lo que la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 por la AFP mediante memorial de 04 de octubre de 2012, no respondió a ningún requerimiento emitido por el Fiscal Departamental, obedeció a la sola voluntad y decisión del denunciante, empero como se manifestó anteriormente su presentación fue extemporánea.

Por lo tanto, la documentación presentada y argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al Cargo N° 2 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

AL CARGO N° 3

(…)

De los descargos presentados por la AFP, al Cargo N° 3 se obtiene el siguiente análisis:

La AFP argumenta lo siguiente: "…De la lectura del Testimonio Poder N° 071 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz en sus partes pertinentes de la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE, de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un Poder amplio e ilimitado como expresa el Fiscal Departamental de Potosí y muchos menos que sea considerado erróneamente como un Poder General". Asimismo señala: "Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí".

Al respecto, se entiende por Poder, "el medio, el instrumento o camino por virtud del cual la manifestación unilateral de la voluntad de una persona, confiere u otorga facultades a otra para que la represente, actuando siempre a nombre del representado" (Bernardo Pérez Fernández).

En cuanto a la materia que nos ocupa, el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, establece: "Las personas jurídicas podrán querellarse a través de sus representantes", asimismo, el artículo 81 del mismo cuerpo legal, señala: "La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales".

De la normativa legal citada podemos concluir que el denunciante (AFP) al tratarse de una persona jurídica, deberá participar en el Proceso Penal a través de su representa legal, y en caso de que se haya otorgado mandato, debe ser mediante un poder especifico (sic) *que contenga necesariamente facultad expresa para realizar determinados actos procesales.*

En el presente caso, el regulado pone en discusión la observación que efectuó el Fiscal Departamental de Potosí al Testimonio Poder N° 071, aduciendo que el mismo se trata de un Poder que cumple con los presupuestos procesales, a cuyo efecto, de la lectura de ***Testimonio N° 071/2011****(en fotocopia), tanto en su Carátula Notarial como en su contenido expresa: "****Poder Especial, Bastante y Suficiente****", además señala: "…representación y personería para tramitar la Acción Penal por los delitos provisionales (sic) y otros tipos penales tipificados en los artículos 118 y 119 de la Ley N° 065….faculta a apersonarse…ante el Ministerio Público, Fiscalía Departamental…para interponer denuncias y querellas…hacer uso de los demás recursos ordinarios y extraordinarios que prevé la ley…", empero, el Fiscal Departamental Potosí en su Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, sustenta su fallo señalando: "Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial* (sic) *No. 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que se adjunta al memorial de objeción (****aunque en el mismo se señale otro número de poder, empero que el mismo no es adjuntado)****, se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico* (sic)*, por cuanto no menciona y menos aún se le da la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo, por lo que se llega a la conclusión en concordancia*

con el punto anterior de que el ciudadano EDGAR MARTIN GUZMAN ARROYO al no ser la autoridad máxima de la institución denunciante y no tener facultad convencional delegada, estar legal y convencionalmente acreditado para objetar la resolución de rechazo pronunciada dentro del presente proceso, no se encuentra en consecuencia legitimado para realizar dicho acto procesal a nombre y en representación de la SOCIEDAD ANONIMA PREVISIÓN BBVA ADMINISTRACIÓN DE FONDOS Y PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)".

*Conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, señala que: **"El mandato o poder para ser considerado en juicio tiene que ser suficiente y especial como requiere para una controversia jurídica, en conformidad a la exigencia de los artículos 809 del Código Civil, 58, 62-I y 329 del Código de Procedimiento Civil y 266 de la Ley de Organización Judicial"** Auto Supremo N° 308 de 08 de agosto de 1992. Por otro lado existe determinación asumida por el Auto Supremo N° 237 de 04 de octubre de 1991 (invocado entre otros por el Auto Supremo N° 217 de 18 de septiembre de 2012), sentando jurisprudencia en la aplicación de los artículos 809, 810 del Código Civil y 62 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo que: **"…la persona que se presentare en juicio en representación o en nombre de otra, deberá acompañar al primer escrito el testimonio de poder en el que se señale en qué casos va a intervenir, en el que se individualice quien demanda, en juicio y con qué objeto, caso contrario, de no contar con dicho poder con la individualización necesaria, se los considera insuficiente para ser utilizado en juicio"**.*

*En tal virtud se tiene que, el Testimonio Poder N° 071/2011 si bien expresa que se trata de un "Poder Especial, Bastante y Suficiente" **no menciona y menos aún se le da (al mandatario) la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo**, conforme observó el Fiscal Departamental, quien además mencionó en su Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, que el memorial de la objeción a la denuncia de 05 de septiembre de 2012 adjunta el Poder Notarial N° 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011, pero menciona otro (Poder Notarial N° 1802/2012), afirmación que se encuentra acorde al Informe de 08 de octubre de 2012 emitido por la Auxiliar Legal de la Fiscalía Departamental de Potosí, al señalar que en fecha 05 de septiembre de 2012, se presentó la objeción junto al Poder Notarial N° 071/2011 conforme al cargo de recepción, pero que posteriormente se presentó la abogada de la AFP, solicitando el cambio de poder, indicando que por error involuntario se presentó el incorrecto.*

*De la lectura del Testimonio Poder N° 1802/2012 de 08 de agosto de 2012 (en fotocopia), que confiere Ildefonso Núñez López a Martín Guzmán Arroyo, tanto en su Carátula Notarial como en su contenido expresa: "**Poder Especial, Bastante y Suficiente**", pero a diferencia del otro, Testimonio Poder N° 071/2011, **contiene la facultad expresa de "objetar el rechazo a la denuncia".***

El hecho de presentar la objeción al rechazo a la denuncia con el Testimonio Poder N° 071/2011 (que no contiene la facultad expresa para objetar), no obstante que se mencionó en el memorial de objeción de 05 de septiembre de 2012 que se adjunta el Testimonio Poder N° 1802/2012 (que contiene la facultad expresa para objetar) no ha merecido comentario o explicación alguna de parte del regulado, todo lo contrario,

trata de justificar que el Testimonio Poder N° 071/2011 presentado erróneamente, cumple con los presupuestos procesales, pero de ser así, por qué pretendía presentar nuevo poder (¿?), aclarando que la denuncia de 16 de agosto de 2012 se inició con el Testimonio Poder N° 071/2011, la respuesta mediante deducción lógica es porque conocía que carecía de la facultad de objetar.

Por otra parte, la AFP argumenta lo siguiente: "…El Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso…".

Es innegable que la Resolución de Rechazo de Denuncia dictada por la Fiscal de Materia viola lo dispuesto en los artículos 14 literales i) y j), 106 y 118 de la Ley N° 065, y artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, pero dicha Resolución pudo haber sido revocada por el Fiscal Departamental conforme al artículo 305 del CPP, empero, la objeción al rechazo a la denuncia planteada por la AFP no fue considerada (por el Fiscal Departamental) por la falta de facultad expresa para objetar, lo que dio lugar al archivo de obrados.

En cuanto a la nota PREV-COB-332/09/2012 de 25 de septiembre de 2012 que aduce el regulado, mediante la cual se informa a la APS "que no tienen dudas que en los casos de ARISUR INC. el Fiscal de Distrito de Potosí confirmará el rechazo de los procesos", la misma es sugestiva, puesto que, tanto la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012 como Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, dictadas por el Fiscal Departamental de Potosí, son de fecha anterior a la misma, implica que a la fecha de la remisión de la nota (PREV-COB-332/09/2012), ya existía pronunciamiento de la Autoridad del Ministerio Público. Nota, que por cierto fue respondida por el Ente Regulador a través de la nota ***APS/DPC/9560/2012 de 03 de diciembre de 2012****, en la que se hace mención a la reunión efectuada el 06 de noviembre de 2012, sobre las acciones a seguir por la AFP y se instruye la remisión de informe pormenorizado y documentado de las denuncias penales contra el Empleador ARISUR INC., con lo siguiente:*

"…

- *Mencionar si a la fecha el denunciado José Quevedo Gonzales fue legalmente notificado con las Resoluciones de Rechazo a la Denuncia emitidas por las Fiscales de Materia de Potosí y con la objeción a las Resoluciones interpuestas por las Administradoras en su condición de denunciante.*
- *Indicar si el Fiscal Departamental de Potosí ya dictó Resolución sobre las impugnaciones al rechazo de denuncias y su resultado, o del motivo o impedimentos para la no emisión de las Resoluciones.*
- *Señalar cuáles fueron los motivos para que los Fiscales de Materia dispongan el archivo de obrados de ambas denuncias, sin que exista pronunciamiento previo del Fiscal Departamental sobre las objeciones al rechazo de denuncias, y de las gestiones realizadas por la AFP.*
- *Indicar de las gestiones realizadas por la AFP ante el Fiscal Departamental de Potosí y/o Fiscal General del Estado, por las aparentes irregularidades cometidas por los*

Fiscales de los procesos penales seguidos en contra de José Quevedo Gonzales, o cuáles son los motivos para que no acudan a las instancias pertinentes."

De la lectura de la nota de respuesta, se acredita que la APS no tenía conocimiento del pronunciamiento del Fiscal Departamental de Potosí y su consecuencia, aspecto que jamás fue informado por la AFP.

*En lo que respecta a la supuesta falta de pronunciamiento del Fiscal Departamental que argumenta la AFP, la respuesta se encuentra en el Requerimiento de 09 de octubre de 2012, de la Fiscal de Materia Dra. Victoria Fuertes, que señala: "…**la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido*** (sic) ***con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del Procedimiento Penal; de otro lado por la representación de fecha 8 de octubre de 2012 se acredita que en el presente proceso el testimonio de Poder adjunto al memorial de Objeción de Rechazo es el poder N° 71/2012 y no así el Testimonio de Poder N° 1802/2012".***

Asimismo se tiene que, de acuerdo al informe de 08 de octubre de 2012 emitido por la Auxiliar Legal de la Fiscalía Departamental de Potosí, señala que la abogada de la Administradora se presentó solicitando de forma verbal el cambio de poder, indicando que por error involuntario se presentó el incorrecto. Demostrando una vez más la AFP, el descuido y la negligencia que la Administradora tenía en cada actuación procesal presentada dentro del proceso.

Por último, en cuanto a la conversión de acciones que aduce la AFP, el artículo 305 del CPP señala: "El archivo de obrados no impedirá la conversión de acciones a pedido de la víctima o del querellante", disposición legal que se encuentra en plena concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal que establece: "A pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada…"; ello significa, un proceso penal a tramitarse conforme a procedimiento para los delitos de acción penal privada ante el Juez de Sentencia correspondiente y, sin la participación del Ministerio Público, que tiene sus implicancias legales, ya que retrotrae la denuncia a sus inicios en otro proceso, con el perjuicio correspondiente.

La AFP no presentó ninguna actuación procesal que acredite y demuestre lo aseverado sobre la conversión de acciones.

Esta Autoridad determina que la AFP no ha tomado en cuenta la importancia del procedimiento penal como mecanismo que la ley otorga, para restablecer los derechos de los Asegurados, en cuanto a la recuperación de los Aportes al SIP.

Por lo que, la falta de cuidado y diligencia necesarias, de parte de la AFP en el proceso penal, dieron a lugar la paralización de la persecución penal y el archivo de obrados del proceso.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al Cargo Nº 3 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable***, b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los

parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N°1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia y cuidado en la presentación de la denuncia penal, debido a que la denuncia señala como período en mora al mes julio/2011, existiendo una contradicción con lo dispuesto en la Nota de Débito N° PEN -0386 de 28 de diciembre de 2011, adjunta en calidad de prueba, la cual señala como período en mora enero/2011, cuando debe existir relación de correspondencia entre la denuncia y la prueba aportada. Asimismo, al inicio del proceso penal la Fiscal Analista ha solicitado a la AFP adjunte documentación en calidad de prueba antes de continuar con el proceso penal, otorgando un plazo de 48 horas a partir de su notificación, sin embargo la Administradora incumple el requerimiento, ocasionando que el Fiscal Analista emita la Resolución N° 31/12 de 12 de abril de 2012 que dispone la no admisión de denuncia y el archivo de obrados.* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado por la falta de cuidado en la formulación de la denuncia y al no atender lo requerido por el Fiscal Analista al inicio del proceso penal, para que esté continúe, dio lugar a que se disponga la no admisión de la denuncia. En cuanto al inciso* ***c)*** *La AFP no presentó la denuncia penal con los dato en correspondencia con la Nota de Débito adjunta; en cuanto a lo requerido por el Fiscal Analista se evidencia que no realizó ninguna actividad procesal siendo su obligación, argumentando que no lo hizo debido a que el Empleador ARISUR INC. se encuentra en el Distrito Judicial de la ciudad de Potosí y no así en el Distrito Judicial de la ciudad de La Paz. Por tanto, el hecho comprobado demuestra falta de diligencia en el proceso, debido a que la AFP está obligada a responder a los requerimientos del Ministerio Público, y debe considerarlos como indispensables para que exista una correcta tramitación en el proceso; lo que no ocurrió en este caso por lo que se demuestra la negligencia del regulado en la tramitación del proceso penal.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se efectúa el siguiente análisis: ***a)*** *La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia por la falta de corrección de la denuncia y no haber realizado la subsanaciones requeridas por el Fiscal Analista con el fin de prevalecer la pretensión penal. Asimismo en el inciso* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado debido a su falta de cuidado en el inicio de la acción penal, se ha visto retrasada la recuperación de las Contribuciones, porque el proceso penal iniciado por la AFP no fue admitido de inicio, no dando lugar a ninguna actuación posterior para la persecución penal del Empleador ARISUR INC.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada debido a que por la conducta imputada al regulado, se impide el avance de la tramitación del proceso penal, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos

al SIP; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del proceso penal del Sistema Integral de Pensiones pero en el presente caso el proceso no fue admitido desde su inicio con el archivo de obrados, dicha inobservancia a la norma y sus consecuencias si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido archivada la causa penal por disposición del Fiscal de Analista por los motivos expresados líneas arriba, ha generado además del retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro, provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, hecho evidenciado cuando el regulado presentó denuncia acompañada del Poder Notarial N° 71/2011 ante el Fiscal de Materia, el cual emitió Resolución de 22 de junio de 2012 de rechazo de denuncia, posteriormente la AFP presentó la Objeción al Rechazo de denuncia acompañando el mismo Poder Notarial, por lo que el Fiscal Departamental de Potosí mediante Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, no resuelve el mismo (no se pronuncia sobre el fondo) ya que el mandatario no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, quedando de esta forma ratificado lo dispuesto por la Fiscal de Materia, dando lugar al archivo de obrados.* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado por la falta de observación y cuidado de parte de la AFP en cuanto a la formulación u otorgación de facultades al mandatorio, puesto que el Poder Notarial N° 71/2011 no es suficiente y especial, por lo que la disposición del Fiscal Departamental que dio lugar al archivo de obrados, es atribuible a la AFP. En cuanto al inciso* ***c)*** *La AFP no formuló un Poder Especial suficiente y especial que otorgue la facultad al denunciante para la tramitación regular del proceso. Por tanto el hecho comprobado demuestra falta de cuidado y observación en el proceso, demostrando que no actuó como un buen padre de familia.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se efectúa el siguiente análisis: ***a)*** *La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una negligencia por la falta de observación y cuidado en la formulación y presentación del Poder Notarial N° 71/2011 que adjunta en la denuncia presentada ante el Fiscal de Materia y en el memorial de Objeción a la Resolución de rechazo de denuncia presenta ante el Fiscal Departamental de Potosí. Asimismo en el inciso* ***b)*** *El perjuicio ocasionado*

se expresa en que el regulado al no actuar prolijamente en el proceso penal, retrasa la recuperación de las Contribuciones.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en que por consecuencia de la conducta imputada al regulado impide que las actuaciones se encuentren debidamente llevadas, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos al SIP; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada ahora en el archivo de obrados y en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del proceso penal del Sistema Integral de Pensiones, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido archivada la causa penal por disposición de la autoridad competente por los motivos anotados más arriba ha generado además del retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro, pero además al haberse llevado incorrectamente el PP, provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargos N° 3.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; hecho evidenciado cuando la AFP presentó la Objeción del Rechazo de denuncia acompañada del Poder Notarial N° 71/2011 de 17 de enero de 2011, asimismo se evidencia que la AFP en la Objeción de rechazo señala al Poder Notarial N° 1802/2012, sin embargo adjunta el mismo Poder Notarial N° 71/2011, demostrando una doble negligencia en sus actuaciones, por lo que el Fiscal Departamental de Potosí mediante Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, no resuelve la objeción presentada, ya que el mandatario no se encuentra legitimado, dando lugar se proceda el archivo de obrados.* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado por la falta de observancia y cuidado de parte de la AFP en la presentación de la Objeción de rechazo de denuncia, señalando el Poder Notarial N° 1802/2012 y adjuntando el Poder Notarial N° 71/2011, ante el Fiscal Departamental de Potosí, por lo que el archivo de obrados del proceso, es de absoluta responsabilidad atribuible a la AFP. En cuanto al inciso* ***c)*** *La AFP no realizó actuaciones procesales propias e idóneas, que permitieran la continuación regular del proceso penal, descargándose el regulado en que pedirá la conversión de acciones, sin embargo no presenta ningún actuado procesal que corrobore dicho argumento. Por tanto el hecho comprobado demuestra falta de diligencia en el proceso, demostrando que no tuvo pro actividad y cuidado a los cuales está obligado de efectuar para hacer valer su pretensión penal oportuna en el proceso, como es el considerar que el mandato*

(poder) a otorgarse sea específico y suficiente, para un correcto interactuar en el proceso penal; lo que no ocurrió en este caso.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se efectúa el siguiente análisis: ***a)*** *La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en la falta de cuidado en la presentación de la Objeción de rechazo de denuncia con un Poder Notarial insuficiente. Asimismo en el inciso* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no actuar prolijamente en el PP retrasa la recuperación de las Contribuciones; por último en el inciso.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en que por consecuencia de la conducta imputada al regulado impide que las actuaciones se encuentren debidamente llevadas, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos al SIP; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor (archivo de obrados), que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del proceso penal del Sistema Integral de Pensiones, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido archivada la causa penal por disposición del Fiscal Departamental de Potosí por los motivos expuestos, ha generado el retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro, pero además al haberse llevado incorrectamente el proceso penal desde la etapa preparatoria del mismo, provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de BBVA Previsión AFP S.A., se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los

fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción:

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 10 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN PARA EL CARGO 1:***

En fecha 04 de enero de 2012 se presento (sic) *la denuncia penal contra ARISUR con NDP 0386 y una vez que tomó conocimiento del caso la Fiscal de Análisis Dra. Rosario Cuellar observo* (sic) *la misma, solicitandonos* (sic) *que presentaramos* (sic) *la notificación al denunciado con el Proceso Coactivo que se le había iniciado a ARISUR con ND 33008. Esa diligencia no pudo ser cumplida debido a que la empresa ARISUR no tenía oficinas en la jurisdicción de La Paz y por lo tantgo* (sic) *no hubo forma de subsanar este extremo que solicitaba la Fiscalía; ante lo cual no tuvimos más opción que darnos por notificados con la Resolución de No Admisión de la denuncia; la misma que fue archivada.*

La contradicción de períodos en el memorial con la Nota de Debito (sic) *0386 fue un*

*error de escritura que no pudo ser subsanado, ya que la denuncia no fue admitida y de ninguna manera FUE ESE EL MOTIVO DE LA NO ADMISIÓN DE LA DENUNCIA, ya que la Resolución N° 31/12 en el primer punto de la Relación de Derecho, menciona claramente que "**Con carácter previo al análisis correspondiente el denunciante deberá adjuntar el descargo de notificación con el título coactivo a la parte denunciante a efectos de establecer un eventual dolo en la apropiación indebida de aportes de las contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones"**.*

Por lo tanto, lo que señala la APS de que la denuncia presentada era ambigua, obscura e imprecisa y por eso fue su rechazo es totalmente falso ya que la denuncia tiene todos los elementos solicitados por el Código de Procedimiento Penal Art. 11, 17, 284, 285, 286 y 289; la observación no fue de fondo ni de forma ya que la obligación de que la Nota de Débito Coactiva esté notificada no es requisito Sine Quanon del contenido de la denuncia.

*Asimismo, cuando su Autoridad señala que el hecho que el imputado tenga su domicilio en la ciudad de Potosí no era impedimento para cumplir con las demás observaciones de la Resolución N° 31/12, es una apreciación sin coherencia lógica, porque haber cumplido las mismas hubiese sido actividad totalmente inútil, ya que si se presentaba la fotocopia del inicio del proceso coactivo y/o la rectificación de los periodos y no así la notificación, igualmente la Fiscal de Análisis no lo hubiera aceptado la denuncia toda vez que, como está expresado en la Resolución 31/12, es claro que necesitaba "**la notificación con el título coactivo a la parte denunciada a efectos de establecer un eventual dolo en la apropiación indebida de aportes"**; es decir, de igual manera hubiera archivado la denuncia, al ser imposible notificar a la empresa denunciada. Ante lo expuesto, no hubo forma posible de dar cumplimiento al requerimiento de la Fiscal Analista por lo cual el trámite pasó al archivo central de la Fiscalía, dado que no se da la figura jurídica establecida en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.*

Asimismo, es correcta nuestra afirmación de que, habiéndose evidenciado que el Empleador ARISUR INC tenía un domicilio en la ciudad de Potosí, inmediatamente se inició un proceso penal en ese Distrito Judicial, con lo cual no se han afectado los intereses de los asegurados ni de la seguridad social del Estado Boliviano.

En relación a su apreciación de que las denuncias presentadas en la ciudad de Potosí, con las Notas de Débito N°1316 y N°1494, no incorporan EL PERIODO ENERO 2011 (que había sido demandado en La Paz, a través de la Nota de Débito N° 386); es debido a que, AL MOMENTO DE PRESENTAR LAS DENUNCIAS EN POTOSÍ, ESA DEUDA YA ESTABA CANCELADA.

Por último, no es verdad que esta Administradora no le haya presentado a su Autoridad la prueba material de descargo relacionada al Cargo N° 1, ya que todos los documentos le fueron enviados a su Autoridad en tres (3) oportunidades a saber: a) El 10 de Julio de 2012 mediante la Nota CITE PREV-COB-234/07/2012, b) El 25 de Julio de 2012, mediante la Nota CITE PREV-COB-254/07/2012 y c) Respondiendo a su CITE APS/DPC/10038/2013, se le envió la documentación nuevamente el día 25 de Febrero

de 2013, mediante la Nota CITE PREV-COB-076/02/2013.

A la solicitud de su Autoridad de remitir a la APS documentación sobre gestiones judiciales realizadas para la reapertura y tramitación del proceso penal, ello no corresponde toda vez que ya está cancelada la deuda por el periodo Enero 2011, que señalaba la Nota de Débito 0386.

Por todo lo expuesto, su Autoridad debe reconsiderar su evaluación de descargos respecto al Cargo N° 1 y Revocar la Resolución Administrativa que sanciona injustamente a esta Administradora.

PARA EL CARGO Nº 2
(…)

Esta Administradora se ratifica plenamente en los descargos presentados a su Autoridad y respecto a su evaluación expresa lo siguiente:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia que señala su Autoridad en relación a los Autos Supremos N° 237 de 04 de Octubre de 1991 y N° 308 de 08 de Agosto de 1992 y los artículos de referencia (artículos 809 y 810 del Código Civil; artículos 58, 62 I y 329 del Código de Procedimiento Civil; artículo 78 del Código de Procedimiento Penal), no hacen otra cosa que RATIFICAR QUE EL TESTIMONIO N° 071/2011 CUMPLE CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA UNA CORRECTA REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

La representación de la AFP dentro de la denuncia penal seguida contra el empleador ARISUR INC cumplió con todos los presupuestos legales de forma y oportunidad establecidos por las disposiciones jurídicas vigentes, es decir, acompañó una fotocopia legalizada del Testimonio del Poder Especial y Suficiente N° 071/2011 de 17 de enero de 2001, otorgado por ante la Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, documento que se encuentra debidamente registrado ante FUNDEMPRESA conforme establecen los artículos 56 y 58 del Código Civil y que establecen:

> *"(persona jurídica), "las sociedades legalmente constituidas, así como las corporaciones, entidades autárquicas, cooperativas y comunidades concurrirán por intermedio de sus representantes legales".*
> *"(representación por mandato). "la persona que se presentare en el proceso en nombre o representación de obra, deberá acompañar al primer escrito los documentos que demuestren su personería".*

El mandato judicial se encuentra regulado por los Artículos 834 al 837 del Código Civil y son complementadas por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal.

El Artículo 535 del Código civil (sic) *(1976) establece que "el poder general no confiere facultades para los actos judiciales que por su naturaleza exijan poderes especiales o la presencia personal del interesado".*

La normativa procesal no define de manera clara la "extensión" del mandato judicial motivo por el que para entender su extensión se considera los presupuestos legales establecidos por el Artículo 834 del Código Civil que señala: "A falta de otras disposiciones, son aplicables las del mandato general, en cuanto lo permita la índole del mandato judicial", imperativo jurídico que es concordante con el Artículo 811 del Código Civil que dispone: "El mandato no sólo comprende los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento".

El Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil de 1976 (Extensión del poder), expresamente dispone: "I. El poder conferido para uno o más pleitos determinados cualesquiera fueren sus términos, comprenderá la facultad de interponer y tramitar los recursos legales, ordinarios y extraordinarios. II. También comprenderá la facultad de intervenir a los incidentes y ejercitar todos los procesos, excepto aquellos para los cuales la ley requiere facultad especial o que se hubieren reservado expresamente en el poder".

Por consiguiente, de acuerdo a las disposiciones jurídicas citadas y la doctrina, el Poder conferido para un proceso judicial, cualesquiera que sean sus términos, se entiende que comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias a que haya lugar, asimismo, comprende la facultad de intervenir en los incidentes de lo principal y ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto para los cuales la ley requiere facultad especial o los reservados expresamente en el poder.

La Sentencia Constitucional N° 1967/2011- R de 28 de noviembre de 2011 con referencia a la extensión del Poder Específico y Suficiente establece el siguiente razonamiento jurisprudencial.

> *"III. 3. Sobre la validez del mandato*
>
> *Respecto a la validez del mandato, este Tribunal a través de la SC 2814/2010-R de 10 de diciembre, indicó: "Para que un mandato tenga validez plena y eficaz deben concurrir los elementos: 1) Consentimiento; 2) Capacidad; y 3) Objeto del mandato.*
>
> *i) Aunque el consentimiento en el mandate* (sic) *se rige, en principio, por el derecho común, es pertinente señalar que el mandato puede ser expreso o tácito (art. 805.I del CC). De entenderse que el alcance de esta norma consiste en aclarar que, tanto la aprobación del mandante, como el asentimiento del mandatario, pueden ser expresos o tácitos.*
> *(…)*

Si se atiende a la forma que se señalan las facultades conferidas al mandatario para la ejecución de su encargo, el mandato puede ser concebido en términos generales o expreso. En este sentido, mandato expreso es que señala específicamente las facultades que se confieren al mandatario, y mandato concebido en términos generales el que lo señala así.
(…)

iii) En cuanto al objeto cabe señalar que emergente del mandato nacen obligaciones para ambas partes, cada una de las cuales tiene su objeto propio, el objeto del mandato por antonomasia es el acto jurídico (o los actos jurídicos), que el mandante encarga al mandatario y que este se obliga a ejecutar por cuenta de aquel.

Por la extensión de su objeto, el mandato puede ser general o especial. Esta primera clasificación atiende al ámbito o extensión de los intereses del mandante respecto de los cuales el mandato surte efectos y no debe confundirse con la distinción entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso. Mandato general es el conferido para todos los actos o intereses del mandante y mandato especial es el otorgado para un acto específico (art. 809 del CC). No obstante, que el mandato especial solo surte efectos para un determinado asunto en orden al cual fue conferido, cabe entenderse que comprende todos los actos que son condición o consecuencia necesarias de aquel o de aquellos…

De ello se infiere que quien detenta una representación especial, amplia y suficiente, está facultado a realizar todos los actos conducentes al cumplimiento del mandato; es decir, todas las incidencias que podrían presentarse en el desarrollo del trámite o procedimiento, más aún cuando se trata de funcionario de instituciones públicas que tiene a su cargo específicamente la defensa de los intereses legales de la misma, como son los profesionales abogados que desempeñan un cargo en la unidad de asesoría legal."

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito de Santa Cruz, se evidencia que su contenido es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, Fiscalía Departamental, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí y tampoco cambia su característica de Poder Especial ni limita el mandato que otorga, el hecho de que, como sostiene su Autoridad, no mencione la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo de la denuncia. Se resalta la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo de la denuncia. ***Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental****, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.*

No es correcta la apreciación que hace su Autoridad sobre que haber presentado un nuevo poder, (Instrumento N°1802/2012), ratifica que el anterior Poder N° 071/2011 fuera insuficiente.

El hecho de haberle extendido un nuevo poder (Instrumento N° 1802/2012) fue para evitar dilaciones en el pronunciamiento del Fiscal Departamental y cumplir con su requerimiento, ya que había dispuesto la devolución de obrados a la Fiscal de Materia para que sea subsanada la observación y no es correcto afirmar que el nuevo poder fue presentado en forma extemporánea, (como se expresa en el cargo de la APS), ya que el propio Fiscal Departamental señala que la Objeción al Rechazo se había presentado en plazo y que no podía pronunciarse sobre el fondo hasta que se subsane la observación sobre el poder de representación.

Su Autoridad reconoce que la Resolución de Rechazo de la denuncia contraviene lo dispuesto en la Ley 065 y el Decreto Supremo 0778, pero expresa que la Objeción planteada por esta Administradora no fue considerada por la falta de facultad expresa para objetar. Esa, no fue más que una excusa del Fiscal Departamental dado que era insostenible el fundamento del rechazo de ésta y todas las denuncias presentados en el Distrito Judicial de Potosí.

No fue el alcance del Poder de Representación el que afectó la resolución (sic) *de la Objeción, porque el Fiscal Departamental de Potosí dispuso la devolución de obrados para que sea subsanada la observación; fue el archivo de obrado* (sic)*, ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, lo que afectó al trámite de objeción, ya que fue un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental, quién todavía no se había pronunciado sobre el fondo del asunto y sólo remitió los actuados para que se subsane su errónea apreciación sobre el alcance del Poder.*

Por las disposiciones legales citadas se colige que el Poder Especial y Suficiente N° 071/2011 de 17 de enero de 2011 otorgado por ante la Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz tiene todas las facultad (sic) *para que el apoderado pueda cumplir con solvencia la denuncia penal interpuesta por los delitos previsionales tipificados en la Ley N°065.*

La extensión del poder conferido para el proceso penal comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias de la denuncia practicada.

También comprende la facultad de intervenir en los incidentes y de ejercitar todos los actos que ocurran durante el desenlace de la litis, excepto aquellos para los cuales la ley requiera un mandato muy específico.

No es cierto que la información proporcionada por esta Administradora a la APS sobre la situación del Ministerio Público de Potosí y específicamente sobre nuestra percepción sobre los casos contra ARISUR, hubiera sido "sugestiva" y posterior a las resoluciones 374/2012 y 388/2012 emitidas por el Fiscal Departamental. Usted hace referencia a la Nota PREV-COB-332/09/2012 de fecha 25 de septiembre de 202, pero no menciona que ANTERIORMENTE ESA FECHA, el 10 de julio de 2012, antes de la emisión de las Resoluciones y dando respuesta a lo solicitado por la APS en el CITE APS/DPC/4917/2012, específicamente sobre los casos contra ARISUR, le mandamos la nota PREV-COB-234/07/2012 (fechada el 10/07/2012).

Además, únicamente para recordarle a su Autoridad nuestra preocupación sobre los casos contra ARISUR, me permito señalarle que luego de la nota mencionada precedentemente se le enviaron las siguientes:

- *PREV-COB-332/09/2012 de 25 de Septiembre de 2012.*
- *PREV-COB-336/10/2012 de 17 de Octubre de 2012.*
- *PREV-COB-435/11/2012 de 23 de Noviembre de 2012.*
- *Se informó telefónicamente a la Lic. Andrea Soruco y por correo electrónico al Dr. Roger Ribera en fecha 30 de Noviembre de 2012.*
- *PREV-COB-448/12/2012 de 12 Diciembre de 2012.*
- *PREV-COB-053/02/2013 de 15 de Febrero de 2013.*
- *PREV-COB-093/03/2013 de 07 de Marzo de 2013.*

A través de estas notas se informaba la situación, se acompañaba fotocopias de los actuados y se le pedía a la APS que haga gestiones, pero lamentablemente eso no ocurrió.

Respecto a la Conversión de Acción solicitada siguiendo el procedimiento penal, no concordamos con su Autoridad sobre que el mismo tenga implicancias negativas para el proceso.

Su Autoridad desmerece el trámite de Conversión de Acción, cuando el mismo se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público de Potosí que, a nuestro criterio y como nadie podrá negarlo, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda contra ARISUR. Además, esta Administradora está actuando de acuerdo al procedimiento penal.

Además, no es cierta la afirmación de su Autoridad respecto a que no haya un proceso penal en curso para seguir el delito previsional, toda vez que siguiendo los pasos procesales que establece el Código de Procedimiento Penal se ha solicitado la Conversión de Acción.

Por lo expuesto, queda claro que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no debe considerar que hubo falta de cuidado por parte de BBVA Previsión AFP

S.A. porque el denunciante actuó con poder especial y suficiente en el proceso y porque, todavía, se mantiene la persecución penal contra ARISUR, para el cobro de las contribuciones en mora del Sistema Integral de Pensiones.

PARA EL CARGO Nº 3
(…)

<u>FUNDAMENTO DE IMPUGNACIÓN PARA EL CARGO 3.</u>

Esta Administradora se ratifica plenamente en los descargos presentados a su Autoridad y respecto a su evaluación expresa lo siguiente:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia que señala a su Autoridad en relación a los Autos Supremos N° 237 de 04 de Octubre de 1991 y N° 308 de 08 de Agosto de 1992 y los artículos de referencia (artículos 809 y 810 del Código Civil; artículos 58, 62 I y 329 del Código de Procedimiento Civil; artículo 78 del Código de Procedimiento Penal), no hacen otra cosa que RATIFICAR QUE EL TESTIMONIO N° 071/2011 CUMPLE CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA UNA CORRECTA REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

La representación de la AFP dentro de la denuncia penal seguida contra el empleador ARISUR INC cumplió con todos los presupuestos legales de forma y oportunidad establecidos por las disposiciones jurídicas vigentes, es decir, acompañó una fotocopia legalizada del Testimonio del Poder Especial y Suficiente N° 071/2011 de 17 de enero de 2001, otorgado por ante la Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, documento que se encuentra debidamente registrado ante FUNDEMPRESA conforme establecen los Artículos 56 y 58 del Código Civil y que establece:

> *"(persona jurídica), "las sociedades legalmente constituidas, así como las corporaciones, entidades autárquicas, cooperativistas y comunidades concurrirán por intermedio de sus representantes legales".*
> *"(representación por mandato), "la persona que se presentare en el proceso en nombre o representación de otra, deberán acompañar al primer escrito los documentos que demuestren su personería".*

El mandato judicial se encuentra regulado por los Artículos 834 al 837 del Código Civil y son complementadas por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Procedimiento Penal.

El Artículo 535 del Código civil (sic) (1976) establece que "el poder general no confiere facultades para los actos judiciales que por su naturaleza exijan poderes especiales o la presencia personal del interesado".

La normativa procesal no define de manera clara la "extensión" del mandato judicial, motivo por el que para entender su extensión se considera los presupuestos legales establecidos por el Artículo 834 del Código Civil que señala: "A falta de otras disposiciones son aplicables las del mandato general, en cuanto lo permita la índole del mandato judicial", imperativo jurídico que es concordante con el Artículo 811 del

Código Civil que dispone: "El mandato no sólo comprende los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento".

El Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil de 1978 (Extensión del poder), expresamente dispone: "I. El poder conferido para uno o más pleitos determinados, cualesquiera fueren sus términos, comprenderá la facultad de interponer y tramitar los recursos legales, ordinarios y extraordinario II. También comprenderá la facultad de intervenir en los incidentes y ejercitar todos los actos procesales, excepto aquellos para los cuales la ley requiere facultad especial o que se hubieren reservado expresamente en el poder".

Por consiguiente, de acuerdo a las disposiciones jurídicas citadas y la doctrina, el Poder conferido para un proceso judicial, cualesquiera que sean sus términos, se entiende que comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias a que haya lugar, asimismo, comprende la facultad de intervenir en los incidentes de lo principal y ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto para los cuales la ley requiera facultad especial o los reservados expresamente en el poder.

La Sentencia Constitucional N° 1967/2011- R de 28 de noviembre de 2011 con referencia a la extensión del Poder Específico y Suficientes establece el siguiente razonamiento jurisprudencial.

> *"III. 3. Sobre la validez del mandato (sic)*
>
> *Respecto a la validez del mandato, este Tribunal a través de la SC 2814/2010-R de 10 de diciembre, indicó: "Para que un mandato tenga validez plena y eficaz deben concurrir los elementos: 1) Consentimiento 2) Capacidad; y, 3) Objeto del mandato.*
>
> *i) Aunque el consentimiento en el mandato se rige, en principio, por el derecho común, es pertinente señalar que el mandato puede ser expreso o tácito (art. 805 I del CC). De entenderse que el alcance de esta norma consiste en aclarar que, tanto la aprobación del mandante, como el asentimiento del mandatario, pueden ser expresados o tácitos.*
> *(…)*
>
> *Si se atiende a la forma en que se señalan las facultades conferidas al mandatario para la ejecución de su encargo, el mandato puede ser concebido en términos generales o expreso. En este sentido, mandato expreso es el que señala específicamente las facultades que se confieren al mandatario, y mandato concebido en términos generales el que lo señala así.*
> *(…)*
>
> *iii) En cuanto al objeto cabe señalar que emergente del mandato nacen obligaciones para ambas partes, cada una de las cuales tiene su objeto propio, el objeto del mandato por antonomasia es el acto jurídico (o los actos jurídicos), que el mandante encarga al mandatario y que este se obliga a ejecutar por cuenta de aquel.*

Por la extensión de su objeto, el mandato puede ser general o especial. Esta primera clasificación atiende al ámbito o extensión de los intereses del mandante respecto de los cuales el mandato surte efectos y no debe confundirse con la distinción entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso.

Mandato general es el conferido para todos los actos o intereses del mandante y mandato especial es el otorgado para un acto específico (art. 809 del CC). No obstante, que el mandato especial solo surte efectos para un determinado asunto en orden al cual fue conferido, debe entenderse que comprende todos los actos que son condición o consecuencia necesarias de aquel o de aquellos….

De ello se infiere que quien detenta (sic) *una representación especial, amplia y suficiente, está facultado a realizar todos los actos conducentes al cumplimiento del mandato; es decir, todas las incidencias que podrían presentarse en el desarrollo del trámite o procedimiento, más aún cuando se trata de funcionarios de instituciones públicas que tienen a su cargo específicamente la defensa de los intereses legales de la misma, como son los profesionales abogados que desempeñan un cargo en la unidad de asesoría legal."*

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaria N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que su contenido es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, Fiscalía Departamental, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.
El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponerse los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí y tampoco cambia su característica de Poder Especial ni limita el mandato que otorga, el hecho de que como sostiene su Autoridad, no mencione la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo de la denuncia. ***Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental,*** *debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.*

No es correcta la apreciación que hace su Autoridad sobre que haber presentado un nuevo poder, (Instrumento N°1802/2012), ratifica que el anterior Poder N°071/2011 fuera suficiente.

El hecho de haberle extendido un nuevo poder (Instrumento N°1802/2012) fuera para evitar dilaciones en el pronunciamiento del Fiscal Departamental y cumplir con su requerimiento, ya que había dispuesto la devolución de obrados a la Fiscal de Materia para que sea subsanada la observación y no es correcto afirmar que el nuevo poder fue presentado en forma extemporánea, (como se expresa en el cargo de la APS), ya que el propio Fiscal Departamental señala que la Objeción al Rechazo se había presentado en plazo y que no podía pronunciarse sobre el fondo hasta que se subsane la observación sobre el poder de representación.

Su Autoridad reconoce que la Resolución de Rechazo de la denuncia contraviene lo dispuesto en la Ley 065 y el Decreto Supremo 0778, pero expresa que la Objeción planteada por esta Administradora no fue considerada por la falta de facultad expresa para objetar. Esa, no fue más que una excusa del Fiscal Departamental dado que era insostenible el fundamento del rechazo de ésta y todas las denuncias presentadas en el Distrito Judicial de Potosí.

No fue el alcance del Poder de Representación el que afectó la resolución (sic) *de la Objeción porque el Fiscal Departamental de Potosí dispuso la devolución de obrados para que sea subsanada la observación; fue el archivo de obrado* (sic)*, ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, lo que afectó el trámite de objeción, ya que fue un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental, quién todavía no se había pronunciado sobre el fondo del asunto y sólo remitió los actuados para que se subsane su errónea apreciación sobre el alcance del Poder.*

Por las disposiciones legales citadas se colige que el Poder Especial y Suficiente N° 071/2011 de 17 de enero de 2011 otorgado por ante la Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz tiene todas las facultad (sic) *para que el apoderado pueda cumplir con solvencia la denuncia penal interpuesta por los delitos previsionales tipificados en la Ley N° 065.*

La extensión del poder conferido para el proceso penal comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias de la denuncia practicada. También comprende la facultad de intervenir en los incidentes y de ejercitar todos los actos que ocurran durante el desenlace de la litis, excepto aquéllos para los cuales la ley requiera un mandato muy específico.

No es cierto que la información proporcionada por esta Administradora a la APS sobre la situación del Ministerio Público de Potosí y específicamente sobre nuestra percepción sobre los casos contra ARISUR, hubiera sido "sugestiva" y posterior a las resoluciones (sic) *371/2012 y 388/2012 emitidas por el Fiscal Departamental. Usted hace referencia a la Nota PREV-COB-332/09/2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, pero no menciona que ANTERIORMENTE ESA FECHA, el 10 de julio de 2012, antes de la emisión de las Resoluciones y dando respuesta a lo solicitado por la APS en el CITE APS/DPC/4917/2012, específicamente sobre los casos contra ARISUR, le mandamos la Nota PREV-COB-234/07/2012 (fechada el 10/07/2012).*

Además, únicamente para recordarle a su Autoridad nuestra preocupación sobre los casos contra ARISUR, me permito señalarle que luego de la nota mencionada precedentemente se le enviaron las siguientes:

- *PREV-COB-332/09/2012 de 25 de Septiembre de 2012.*
- *PREV-COB-435/11/2012 de 23 de Noviembre de 2012.*
- *Se informó telefónicamente a la Lic. Andrea Soruco y por correo electrónico al Dr. Roger Ribera en fecha 30 de Noviembre de 2012.*
- *PREV-COB-448/12/2012 de 12 de diciembre de 2012.*
- *PREV-COB-053/02/2013 de 15 de febrero de 2013.*
- *PREV-COB-093/03/2013 de 07 de Marzo de 2013.*

A través de estas notas se informaba la situación, se acompañaba fotocopias de los actuados y se le pedía a la APS que haga gestiones, pero lamentablemente eso no ocurrió.

Respecto a la Conversión de Acción solicitada siguiendo el procedimiento penal, no concordamos con su Autoridad sobre que el mismo tenga implicancias negativas para el proceso.

Su Autoridad desmerece el trámite de Conversión de Acción, cuando el mismo se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público de Potosí que, a nuestro criterio y como nadie podrá negarlo, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda contra ARISUR. Además, esta Administradora está actuando de acuerdo al procedimiento penal.

Además, no es cierta la afirmación de su Autoridad respecto a que no haya un proceso penal en curso para perseguir el delito previsional, toda vez que siguiendo los pasos procesales que establece el Código de Procedimiento Penal se ha solicitado la Conversión de Acción.

Por lo expuesto, queda claro que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no debe considerar que hubo falta de cuidado por parte de BBVA Previsión AFP S.A. porque el denunciante actuó con poder especial y suficiente en el proceso y porque, todavía no se mantiene la persecución penal contra ARISUR, para que el cobro de las contribuciones en mora del Sistema Integral de Pensiones.

<u>INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.</u>

La APS considera que la supuesta inobservancia a la norma, ***si bien no causó daño económico constatado para los asegurados*** (sic)***, se sanciona la preterintencionalidad*** *en el accionar de la AFP.*

El significado preterintencional significa que el hecho ha ultrapasado el propósito o intención de su autor, es decir, que ha causado la lesión de un bien jurídico en mayor extensión o gravedad que la esperada o calculada por el autor.

Es decir que la APS está presumiendo y prejuzgando una intencionalidad maliciosa de la administradora para afectar los procesos penales, lo que es una apreciación arbitraria e incorrecta máxime si los casos están dentro de los plazos legales definidos por el Código de Procedimiento penal (sic)*, para la duración de la etapa preparatoria del proceso.*

ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

El principio de legalidad o Primacía de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la Ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.

La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la (sic) *Leyes, asimismo, el artículo 410 manda y ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones su sometimiento a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y como tal, goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.,* (sic) *motivo por el que el Organismo de Fiscalización debe actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que le fueron conferidas.*

La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización) inciso b) establece que como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

La Ley N° 065 y los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las Sanciones, su aplicación, forma de Aplicación y fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al SIP.

La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 360-2013 de 16 de abril de 2013, se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogado.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".

De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente,

caso que no ocurre en la Sanción que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la (sic) *el artículo Nº 196 de la Ley Nº 065.*

La Ley Nº 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones…"

Mediante Auto de 26 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos para que la Administradora de Fondos de Pensiones, remita la documentación idónea respecto al Cargo Nº 1, que acredite el pago total efectuado por el Empleador ARISUR INC. correspondiente al periodo Enero/2011, la cual fue atendida por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con nota PREV-COB-350/07/2013 de 11 de julio de 2013.

Asimismo, en fecha 25 de julio de 2013, la Entidad Reguladora nuevamente emite Auto determinando la apertura de término de prueba, a fin de que la recurrente especifique la norma vigente utilizada para la acreditación del FPC Nº 3543405, señale la causal de desacreditación o la normativa que utilizó para la desacreditación del señalado FPC, remita copia de los asientos contables que evidencie la fecha de su acreditación y desacreditación, y demás documentación que la Administradora de Fondos de Pensiones considere necesaria.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante nota PREV-OP-1177/08/2013 de 09 de agosto de 2013, señaló que la normativa vigente aplicada para la acreditación de las contribuciones y aportes para el periodo de enero/2011 fue el Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011 y que el proceso de desacreditación de contribuciones del FPC Nº 3543405 se realizó conforme la Circular SPVS-IP-DCF23/2005 de 7 de abril de 2005, adjuntando copia de los Asientos Contables generados en fecha 16 de octubre de 2012.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013.

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Primer argumento del Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. el 10 de junio de 2013, manifiesta lo siguiente:

AL CARGO N° 1:

Que antes de dar inicio a la presente evaluación es importante aclarar que los argumentos iniciales de la Administradora planteados en el Recurso de Revocatoria,

corresponden a los descargos presentados en respuesta a la imputación realizada al Cargo N°1 mediante la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/4124/2013 de 27 de febrero de 2013; siendo que los mismos ya han sido analizados y evaluados mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°360-2013 de 16 de abril de 2013, por lo que esta Autoridad señala que en esta etapa recursiva ya no corresponde realizar nuevamente su análisis.
(…)

De los argumentos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

La AFP en su memorial de Recurso de Revocatoria señala que la denuncia penal presentada, cumple con todas las exigencias legales, empero en cuanto al error, "no pudo ser subsanado puesto que la denuncia no fue admitida".

Al respecto, en cuanto a la "inconsistencia en los términos de la denuncia", el justificativo expuesto por el regulado es contradictorio y ambiguo, puesto que por una parte, afirma que la denuncia cumple con los presupuestos y exigencias legales inherentes a la forma y contenido de la denuncia (artículo 285 del Código de Procedimiento Penal - CPP), pero por la otra, afirma que el error en el período apropiado que señala la denuncia y que contradice al expresado en la Nota de Débito presentada en calidad de prueba, "no pudo ser subsanado, ya que la denuncia no fue admitida". Esta última afirmación se encuentra acorde a los datos que arroja el proceso, puesto que corrobora y ratifica que existe error en la denuncia en lo referente al período apropiado por el denunciado, quebrantando lo dispuesto en el artículo 285 del CPP, dando lugar a que no exista correlación entre la denuncia y la prueba aportada (Nota de Débito), hechos que acreditan, sin lugar a dudas, la falta de cuidado de parte de la AFP al momento de redactar la denuncia, y que evidentemente la misma no podrá ser subsanada por su "no admisión".

El regulado manifiesta en su Recurso de Revocatoria que no pudieron cumplir con las exigencias de la Fiscal Analista ya que es imposible notificar a la empresa demandada puesto que tiene su domicilio en la ciudad de Potosí, y que de haber cumplido en parte la misma igual no la hubiera aceptado ya que la "Resolución de No Admisión" los condicionaba a "presentar la notificación con el título coactivo a la parte denunciada".

*En cuanto al justificativo de que "es imposible notificar a la empresa demandada" en el Proceso Coactivo Social, por tener su domicilio en la ciudad de Potosí, dicha afirmación contradice las normas procesales que rigen al efecto, artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, aplicable a materia social, que establece: "**Si el demandado no se encuentra en el asiento del juzgado, conociendo su domicilio o residencia, su notificación se efectuará mediante exhorto u orden instruida…**", y lo dispuesto en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil que señala: **"Cuando se tuvieren que realizarse diligencias judiciales fuera de su jurisdicción pero dentro del territorio nacional el juez librará exhortos para los de igual jerarquía y ordenes instruidas para los de jerarquía inferior**", consecuentemente, el hecho de que la empresa coactivada*

(demandada) tenga su domicilio en otro asiento judicial no es un impedimento para su notificación, como erróneamente sostiene el regulado.

En ese sentido, es indudable que el regulado pudo haber cumplido con la notificación del título coactivo (Nota de Débito N° 33008) al demandado (Arisur Inc.), en el Proceso Coactivo Social que se tramita en el Juzgado Séptimo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, y cumplir de esta manera con lo observado por la Fiscal Analista para la admisión de la denuncia penal, empero contrariamente, no ejecutó dicha labor permitiendo la no admisión de la denuncia penal.

Por otra parte, la Resolución de No Admisión N° 31/12 de 12 de abril de 2012, dictada por la Fiscalía Departamental de La Paz, en la Relación de Hechos expresa que la Unidad de Análisis y Solución Temprana, observó el caso, mencionado que: ***"Con carácter previo a realizar el análisis correspondiente el denunciante deberá adjuntar el descargo de notificación con el título coactivo a la parte denunciada a los efectos de establecer un eventual dolo en la apropiación indebida de aportes de las contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones. Asímismo*** (sic) ***deberá adjuntar la constancia de recepción del proceso coactivo social*** (sic)***. A efectos de investigación, deberá detallar el nombre y domicilio de las víctimas del hecho <u>conforme al art. 285 del CPP</u>…".***

De la lectura de la Resolución citada se deduce que la Unidad de Análisis de la Fiscalía no solamente se limitó a solicitar al denunciante (AFP) la presentación de la notificación del título coactivo a la parte denunciada, requirió también la presentación de la recepción del proceso coactivo social que se tramita con base a la Nota de Débito N° 33008 ante el Juzgado Séptimo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, además solicitó que detallen los nombres y domicilios de las víctimas conforme el artículo 285 del CPP (forma y contenido de la denuncia).

En los hechos, conforme afirma y reconoce el regulado, no cumplió con la observación efectuada por el Ministerio Público, ni siquiera parcialmente, asumiendo subjetivamente que al no presentar la notificación del título coactivo base del Proceso Coactivo Social, la denuncia penal no se admitiría, cuando su deber le obligaba a cumplir mínimamente con el requerimiento emanado de la autoridad Fiscal, en el presente Cargo, no cumplió con ninguna de las observaciones realizadas que conllevó a la dictación de la Resolución de No Admisión de Denuncia.

Asimismo, la Resolución de No Admisión N° 31/12 de 12 de abril de 2012, en su Relación de Derecho señala: ***"Que, el Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de Atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, establece en el punto 2 última parte: <u>si la parte interesada no se apersona en el lapso de 30 días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía</u>".***

Con relación a ello, el regulado en su calidad de denunciante y parte interesada, tampoco se apersonó ante la Fiscal Analista en el lapso de treinta (30) días, dando lugar a la aplicación del Reglamento de Funcionamiento de Plataforma de Atención al

Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, en el punto 2 última parte, que conllevó al "archivo de obrados". Este aspecto es reconocido por la Administradora, es más, en su recurso expresa (que se limitaron): "a darnos por notificados con la Resolución de No Admisión de la denuncia; la misma que fue archivada" y que la notificación aconteció el "05 de julio de 2012".

La Administradora en su Recurso de Revocatoria aduce que se inició un proceso penal en el Distrito de Potosí y que las Notas de Débito N°1316 y N°1494, no incorporan el período de enero de 2011, que había sido demandado en La Paz a través de la Nota de Débito N° 0386, debido a que ***"al momento de presentar las denuncias, esa deuda ya estaba cancelada".***

Lo manifestado por el regulado en su Recurso de Revocatoria carece de lógica y coherencia, siendo totalmente contradictorio, puesto que, por una parte refiere que ***"habiéndose evidenciado que el Empleador ARISUR INC tenía su domicilio en la ciudad de Potosí****,* ***inmediatamente se inició un proceso penal en ese Distrito Judicial****", pero por la otra afirma que* ***"al momento de presentar las denuncias en Potosí, esa deuda ya estaba cancelada".***

La AFP en su Recurso de Revocatoria manifiesta que presentó prueba de descargo relacionada al Cargo N° 1 en tres (3) oportunidades, el 10 de julio de 2012, el 25 de julio de 2012 y 25 de febrero de 2013.

La Administradora de manera confusa indica que presentó en el presente Proceso Administrativo Sancionatorio prueba de descargo en tres (3) oportunidades, mencionado fechas anteriores a la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/4123/2013 de 27 de febrero de 2013. Sin embargo, los casos que aluden se tratan de notas que adjuntan algunas fotocopias del PP, que no responden a los hechos cuestionados motivo del Cargo.

Por último, en cumplimiento del Auto de 26 de junio de 2013, y Auto de 25 de julio de 2013, se tiene lo siguiente*:*

La AFP a través de la nota PREV-COB-350/07/2013 de 11 de julio de 2013, en cumplimiento al Auto de 26 de junio de 2013, presenta la siguiente documentación en calidad de descargo:

1. *Fotocopia del Formulario de Pago de Contribuciones al SIP N° 3543405, con fecha de recepción 28 de junio de 2011.*
2. *Fotocopias de Planilla de Enero de 2011 (ARISUR INC.).*
3. *Fotocopia de nota Cite C1 - 507951 "Primer Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora" de 23 de septiembre de 2011.*
4. *Fotocopia de nota Cite C2 - 124294 "Último Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora" de 25 de octubre de 2011.*
5. *Fotocopia de la nota Cite: AR/RRHH/035/12 de 08 de octubre de 2012, con referencia: "Revisión de Formulario de Pago N° 3543405.*

Asimismo, la Administradora por nota PREV-COB-1177/08/2013 de 09 de agosto de 2013, en cumplimiento al Auto de 25 de julio de 2013, presenta la siguiente documentación en calidad de descargo:

1. *Fotocopia de la Carátula de Desacreditación de FPC (Original N° 3543405) N° 201 de 17 de octubre de 2012.*
2. *Fotocopia de la nota Cite: AR/RRHH/035/12 de 08 de octubre de 2012, con referencia: "Revisión de Formulario de Pago N° 3543405".*
3. *Formulario de Pago de Contribuciones al SIP N° 3543405, con fecha de recepción 28 de junio de 2011.*
4. *Fotocopias de Planilla de Enero de 2011 (ARISUR INC.).*
5. *Fotocopias de Planilla Aporte Solidario Minero de Enero de 2011(ARISUR INC.).*
6. *Fotocopias "Listado histórico de conceptos".*

Asimismo, la AFP en las notas de referencia alega que la ***"deuda correspondiente al periodo Enero 2011 se generó por un pago en defecto y que la misma fue regularizada ante la presentación del descargo correspondiente por parte del Empleador"****. Además aduce lo siguiente: "…mientras se presentaba la denuncia en Potosí se continuaron las gestiones con ARISUR INC, haciéndose un análisis de los cargos de sus dependientes y realizándose cálculos de los totales ganados, hasta que se procede con la Desacreditación del FPC 3543405…".*

Al respecto, conforme a la documentación presentada en calidad de prueba de descargo, se tiene que por nota ***Cite: AR/RRHH/035/12 de 08 de octubre de 2012, el representante legal de "ARISUR INC." solicita la revisión del Formulario de Pago N° 3543405 correspondiente al mes de enero de 2011****, manifestando que en fecha 28 de junio de 2011 canceló por el total de la planilla de Bs.328.298.91 y que no existe error en la declaración del Fondo Solidario, por lo que solicita se haga la aclaración respectiva del saldo Bs.328.298.91. Como consecuencia de la petición, la AFP realizó el proceso de desacreditación de contribuciones del Formulario de Pago de Contribuciones (FPC) N°3543405, a cuyo efecto, cursa como documento de prueba la* ***Carátula de Desacreditación de FPC N° 201 de 17 de octubre de 2012****.*

*De lo expuesto, se tiene que evidentemente la deuda correspondiente al período enero/2011 fue regularizada ante la presentación del descargo de parte del Empleador, empero este hecho no desvirtúa el Cargo, ya que conforme a la documentación presentada, la "regularización del adeudo" que deviene de la solicitud del empleador (****Cite: AR/RRHH/035/12 de 08 de octubre de 2012)****,* ***es un hecho posterior a la denuncia instaurada en el Distrito de La Paz en fecha 28 de diciembre de 2011 y a la Resolución Fiscal de No Admisión (a la denuncia) N° 31/2012 de 12 de abril de 2012.*** *Es más, la regularización se efectúa con posterioridad a la denuncia de fecha 25 de mayo de 2012 presentada en la ciudad de Potosí, con* ***Nota de Débito N° PEN-1316 de 25 de mayo de 2012****, que establece como periodos Apropiados Indebidamente* ***noviembre/2011 – diciembre/2011****; y con posterioridad a la otra denuncia penal presentada en fecha 16 de agosto de 2012 en la ciudad de Potosí, con* ***Nota de Débito N° PEN-1494 de 16 de***

***agosto de 2012**, que establece como períodos Apropiados Indebidamente **febrero/2011 a octubre/2011**.*

Por lo tanto, si bien es evidente que el Empleador regularizó el adeudo (enero/2011), empero se debe considerar que este suceso se produjo en forma posterior a la presentación de la denuncia penal en la ciudad de La Paz y en forma posterior a la "Resolución de No Admisión a la Denuncia" que conforme a la Fiscal, es atribuible exclusivamente al actuar del denunciante (AFP).

*Asimismo, la regularización del adeudo de parte del Empleador, se suscita en fecha posterior a la presentación de las denuncias penales presentadas en la ciudad de Potosí, lo que significa incuestionablemente, que al momento de presentar las denuncias en Potosí (**25 de mayo de 2012 y 16 de agosto de 2012**), la Administradora no contempla el período apropiado enero/2011, empero no por el hecho de la "regularización del adeudo" como pretende justificar, ya que este hecho sobreviene a partir de la solicitud del empleador (**Cite: AR/RRHH/035/12 de 08 de octubre de 2012)**.*

Además, es necesario dejar claramente establecido que la regularización y depuración del adeudo que se efectúa con posterioridad a la denuncia penal y sus consecuencias (archivo de obrados), no puede considerarse como un elemento válido para enervar o desvirtuar el Cargo, ya que ese hecho no justifica la conducta y accionar del regulado dentro del proceso penal.

*Debe precisarse que, la obligación que tiene la AFP respecto a los Procesos Penales, deviene de un imperativo legal, artículo 149 literales i) y v) de la Ley N° 065, **obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia**.*

Consecuentemente, no existe la posibilidad de considerar la "regularización", como un acontecimiento determinante para enervar el Cargo, atendiendo que este suceso se presentó con posterioridad a los hechos que motivaron precisamente el Cargo.

Debe tenerse presente, que la AFP en su Recurso de Revocatoria acepta la falta de cuidado que incurrió en la elaboración de la denuncia, debido a que no tiene correspondencia con lo señalado en la Nota de Débito N°0386, arguyendo error.

Según el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal, la denuncia debe contener, en lo posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y partícipes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y su tipificación. Empero la denuncia penal presentada por la AFP, no cumplía con los requisitos establecidos en la norma procesal, debido a que la Nota de Débito adjunta a la denuncia (N° PEN-0386 de 28 de diciembre de 2011) es por el período julio/2011, y la denuncia señala el período enero/2011. En ese comprendido, la denuncia no fue presentada de forma correcta.

Asimismo, corresponde recordar a la AFP que la Fiscal Analista dispuso la regularización de la denuncia, presentado entre otros, la notificación del título coactivo al Empleador ARISUR INC., sin embargo habiendo transcurrido más de treinta (30) días sin que la AFP hubiera procedido a subsanar la observación, se ha dispuesto el archivo de obrados.

Al respecto, la AFP manifiesta que la presentación de la notificación del título coactivo, no es un requisito obligatorio en la presentación de la denuncia; sin embargo, esa observación no fue planteada ante el Ministerio Público, todo lo contrario, la Administradora se limitó a notificarse con la Resolución de la No Admisión de la denuncia, fallo que tampoco mereció cuestionamiento alguno.

Por otro lado, es evidente que la AFP, desde un principio no actuó como un buen padre de familia, debido a que antes de interponer la denuncia del proceso penal en el Distrito de La Paz, debió tener presente mínimamente los siguientes cuidados:

1) *El domicilio del Empleador denunciado.*
2) *Observar que la denuncia tenga correspondencia con los períodos señalados en la Nota de Débito.*
3) *Cumplir con todos los requerimientos emitidos por el Ministerio Público, de la mejor manera posible, aplicando las reglas de un buen padre de familia.*

Por otro lado, la AFP mediante nota PREV-COB-234/07/2013 de 10 de julio de 2012, señala:

> *"a) Denuncia Penal recepcionada el 04 de Enero de 2010, con base en la Nota de Débito N° 0386, por un monto de Bs. 361,62.*
>
> *Dicho proceso está radicado en la Fiscalía del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rosario Cuellar, Fiscal Analista, quién requirió se presenten descargos de la notificación al denunciado con el título coactivo.*
>
> *Revisado* (sic) *los antecedentes, con la finalidad de dar cumplimiento al requerimiento fiscal, se evidencia que en el Proceso Coactivo iniciado con base en la Nota de Débito N° 33008, resultó imposible notificar al empleador como consta en las cartas de cobro de fechas 23/09/2011 y 25/10/2011 y en la devolución de la cédula al Juez 7° de Trabajo y Seguridad Social."*

Asimismo, la nota PREV-COB-254/07/2012 de 25 de julio de 2012, señala:

> *"Con respecto a la denuncia penal radicada ante el Fiscal Analista Dra. Rosario Cuellar, del Distrito Judicial de La Paz, con base en la Nota de Débito N° 0386 me permito hacerle constar que la misma No fue rechazada sino que la Unidad de Análisis y Solución Temprana, en cumplimiento al Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de Atención al Público, observó el caso mencionado (Textualmente)* ***"Con carácter previo a realizar el análisis correspondiente el denunciante deberá adjuntar el descargo de notificación con el título coactivo a la parte denunciada a***

efectos de establecer un eventual dolo en la apropiación indebida de aportes de las contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones".

A efectos de dar cumplimiento a la observación se revisaron los antecedentes, evidenciándose que en el Proceso Coactivo presentado con base en la Nota de Débito N° 33008 resultó imposible notificar al empleados (sic), *como consta en las cartas de cobro de fechas 23/09/2011 y 25/10/2011 y en la devolución de la cédula al Juez 7° de Trabajo y Seguridad Social.*

Asimismo, se adjunta copia de la carta de preaviso de inicio de la acción penal correspondiente al mes de Julio de 2012, donde consta que fue imposible notificar al empleador por no corresponder su domicilio.

La posición del Ministerio Público a nivel nacional, respecto a la imputación del delito de Apropiación Indebida de Aportes, es que la falta de notificación por parte del empleador sobre la existencia de la deuda evidencia la falta del dolo de su parte y siendo éste el elemento esencial de la imputación del delito impide que el Fiscal pueda sustentar una acusación formal contra él."

En cuanto a lo manifestado por la Administradora, en las notas referidas, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

Sobre este aspecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – AP (sic), *si bien tomó conocimiento de lo expuesto por la AFP, en cuanto a los requerimientos y las determinaciones del Ministerio Público, dejando por tanto en claro que la AFP debe desenvolverse en el proceso penal con un grado alto de diligencia, lo que incluye también el obedecer los requerimientos fiscales, más aún cuando de ello depende la existencia del proceso.*

Por otro lado, cabe señalar que esta Autoridad emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 360-2013 de 16 de abril de 2013, en la cual se solicita en el inciso 2) del Resuelve Segundo, que la AFP remita documentación sobre las gestiones judiciales que tiene realizadas en el proceso penal.

*Evaluadas las notas emitidas por la AFP, correspondientes a PREV/COB/350/07/13 de 11 de julio de 2013 y PREV – OP – 1177/08/2013 de 09 de agosto de 2013, se establece que estas son posteriores al inicio del proceso penal ahora en cuestión, por lo que no son suficientes para desvirtuar la sanción impuesta a la Administradora por la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales***.**

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria los mismos son insuficientes, por lo que corresponde la confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 2:

Que antes de dar inicio a la presente evaluación es importante aclarar que los argumentos iniciales de la Administradora planteados en el Recurso de Revocatoria,

corresponden a los descargos presentados en respuesta a la imputación realizada al Cargo N° 2 mediante la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/4124/2013 de 27 de febrero de 2013; siendo que los mismos ya han sido analizados y evaluados mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 360-2013 de 16 de abril de 2013, por lo que esta Autoridad señala que en esta etapa recursiva ya no corresponde realizar nuevamente su análisis.
(…)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los argumentos correspondientes al Cargo N° 2, estableciendo que:

En un inicio es importante dejar en claro que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS tiene la obligación de hacer cumplir a los regulados la Normativa de Pensiones; en ese sentido el presente Cargo, se ha sancionado la conducta negligente de la Administradora por la falta de cuidado en la tramitación del proceso penal, conforme a lo establecido en la norma imputada.

Ahora bien, para desarrollar el presente análisis es pertinente señalar lo que indica el tratadista Carlos Morales Guillen, en referencia al mandato que dice: "es el contrato consensual mediante el cual una de las partes otorga y confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios a la otra, que lo toma a su cargo". Asimismo dice que, es ***general****, cuando en él se comprende todos los negocios del mandante. Se dice que es* ***especial*** *del que está limitado a uno a varios asuntos específicamente determinados.*

Por otro lado, el Código Civil señala:

"***Artículo 811.- (Extensión)***

"…
II. El mandatario no puede hacer nada más allá de lo que se le ha prescrito en el mandato."

Artículo 812.- (Capacidad)

"
I. El mandante debe tener la capacidad legal para la celebración del acto que encarga.
II. El mandato puede ser conferido a cualquier persona capaz de contratar, excepto si la ley exige condiciones especiales…"

Es importante rescatar, para el caso sub lite, lo que establece el artículo 811 del Código Civil en el parágrafo II): "El mandatario no puede hacer nada más allá de lo que se le ha descrito en el mandato". Sobre esto, conviene rescatar un caso de Jurisprudencia que indica: "El Poder conferido al mandatario para que este represente al mandante en el

juicio no le faculta para deducir recurso de nulidad, por lo que y por lo dispuesto en este Artículo careció de personería para promoverlo a nombre del mandante"

Asimismo, conforme a la Sentencia Constitucional N°1967/2011 de 28 de noviembre de 2011 del Tribunal Supremo de Justicia, señala que: "El mandato o poder para ser considerado en juicio tiene que ser ***suficiente y especial como requiere para su controversia jurídica****, en conformidad a la exigencia de los artículos 809 del Código Civil y 58, 62 inciso I y 329 del Código de Procedimiento Civil y 266 de la Ley de Organización Judicial", mismos que establecen que: "…la persona que se presentare en juicio en representación o en nombre de otra, deberá acompañar al primer escrito el testimonio de poder en el que se* ***señale en qué casos va a intervenir****, en el que se individualice quien demanda, en juicio y con qué objeto, caso contrario, de no contar con dicho* ***poder con la individualización necesaria, se los considera insuficiente para ser utilizado en juicio****". (Las negrillas son nuestras).*

En virtud a las normas expuestas y a lo señalado por la jurisprudencia, se observa que el testimonio (sic) *Poder N° 071/2011 si bien expresaría como un "Poder Especial, Bastante y Suficiente"; sin embargo no menciona y tampoco otorga al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo, conforme observó el Fiscal Departamental, mediante la Resolución N° 371/2012.*

La AFP sin embargo, en su Recurso de Revocatoria señala que, ratifica que el Testimonio N° 071/2011 cumple con los requisitos exigidos para una correcta representación en el proceso penal, invocando los artículos 56, 58, 834 al 837 del Código Civil – CC, artículo 62 del Código de Procedimiento Civil - CPC, y la Sentencia Constitucional - SC N° 1967/2011-R de 28 de noviembre de 2011.

Al respecto, de la lectura y revisión del Testimonio Poder N° 071/2011, se evidencia que señala en su caratula y parte de su contenido "Poder Especial, Bastante y Suficiente" pero ***no menciona y menos aún se le da (al mandatario) la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico*** (sic) ***…"****, asimismo, en la referida Resolución menciona: "****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar…"****, disponiendo:****"la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; el fallo en cuestión significa el archivo de obrados, y se notificó a la AFP en fecha 05 de septiembre de 2012 a horas 15:00 mediante cedula.*

La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido aproximadamente un (1) mes desde su notificación, mediante memorial de fecha 04 de octubre de 2012, presentado ante la Fiscal de Materia Dra. Ana María Chávez, señaló ***"en la Resolución N° 371/2012, el Fiscal de Distrito considera que el poder que ostenta mi persona no es suficiente para presentar la Objeción al Rechazo de la denuncia y por lo tanto no puede revisar la objeción…".*** *Asimismo, en el referido memorial en su petitorio manifiesta:* ***"Estando***

legalmente acreditada en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en la cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito remita nuevamente los actuados a la Fiscalía de Distrito de Potosí, a fin de que se pronuncie por la revocatoria de la resolución de rechazo de la denuncia"*, finalmente en el Otrosí del memorial señala:* ***"Acompaño testimonio Poder Notarial N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria de Fe Pública del Distrito Judicial de Santa Cruz".***

Los antecedentes expuestos demuestran sin lugar a dudas que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 371/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que en definitiva determina que el mandato es general y no así especifico* (sic), ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su asentimiento presentando a través del memorial de fecha 04 de octubre de 2012, nuevo Poder Testimonio N° 1802/2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.***

En ese sentido, carece de toda lógica legal sostener que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico (sic)*", cuando contradictoriamente, ante la instancia del Ministerio Público, la AFP jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.*

El regulado manifiesta en su Recurso de Revocatoria que "el hecho de haberle extendido un nuevo poder (instrumento N° 1802/2012) fue para evitar dilaciones en el pronunciamiento del Fiscal Departamental y cumplir con su requerimiento ya que había dispuesto la devolución de obrados para que sea subsanada la observación". Asimismo, señala que "el archivo de obrados ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, lo que afectó el trámite de objeción, ya que todavía no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y sólo remitió los actuados para que se subsane su errónea apreciación sobre el alcance del Poder".

De una simple revisión de la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, se acredita que el Fiscal Departamental de Potosí, no realizó ningún requerimiento respecto a la presentación de un nuevo Poder Notarial ante esa instancia, por lo que la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 por la AFP mediante memorial de 04 de octubre de 2012, obedeció a la voluntad y decisión del denunciante.

Es menester señalar que la Resolución N° 371/2012 determina de forma categórica que al tratarse de un "mandato general" el presentado por el "cuasi apoderado", "no abre la competencia de la autoridad (Fiscal Departamental) para considerar la misma y resolver conforme el procedimiento", consecuentemente, se reafirma el hecho de que el Fiscal Departamental jamás requirió la presentación de nuevo poder, todo lo contrario, su fallo determina el archivo de obrados del proceso penal por no encontrarse legitimado el apoderado para hacer uso de dicho recurso (objeción al rechazo de la denuncia).

En cuanto a que el Fiscal Departamental no se pronunció aún sobre el fondo del asunto y que el archivo de obrados fue ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, se recuerda al regulado que dicha autoridad evidentemente no se pronunció ni se pronunciará sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), precisamente por la falta de poder especial, hecho que dio lugar al archivo de obrados. En esa línea el Fiscal Departamental, ante la solicitud de la AFP sobre el pronunciamiento sobre el fondo, por Requerimiento de 31 de diciembre de 2012 expresa: ***"nos encontramos con una petición alejada de cualquier razonamiento jurídico ya que solamente el hecho de que el solicitante pretenda que el suscrito Fiscal Departamental se pronuncie sobre un trámite de resolución de rechazo, el cual se encontraría concluido puesto que mereció el pronunciamiento de una resolución de mi antecesor en la Fiscalía de Distrito. No se encuadra en los parámetros legales".***

En lo concerniente a que el nuevo Poder (Testimonio N°1802/2012) fue presentado dentro del plazo como sostiene erróneamente la AFP, el artículo 305 del CPP señala que "Las partes podrán objetar la resolución de rechazo, en el plazo de cinco días hábiles a partir de su notificación…", en la especie, la objeción al rechazo a la denuncia fue presentada dentro del plazo, empero, el apersonamiento fue en virtud al Testimonio (Poder) N° 071/2011, hecho que motivó a que el Fiscal Departamental, no considerará la "objeción" determinando que el mandatario no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dando lugar al archivo de obrados. Ello significa, que el nuevo Poder (Testimonio N°1802/2012), presentado a través del memorial de 04 de octubre de 2012, fue presentado de forma extemporánea, es decir, con posterioridad a la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012.

La Administradora sostiene que a través de la nota PREV-COB-234/07/2012 de 10 de julio de 2012, comunicaron a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS sobre la preocupación del caso "ARISUR" y que posteriormente remitieron otras notas en las que se informaba la situación y se acompañaban actuados pidiendo las gestiones correspondientes, pero, eso no ocurrió.

La nota en cuestión (nota PREV-COB-234/07/2012 de 10 de julio de 2012), informó a petición de esta Autoridad, lo siguiente: "Fiscal de Materia ha procedido al rechazo de la denuncia, alegando que BBVA Previsión AFP S.A. no está legitimada (facultada) para impulsar la denuncia penal a nombre de los empleados afectados por ARISUR INC.

Cumpliendo los recaudos que señala el Código de Procedimiento Penal, en los plazos legales correspondientes, hemos presentado la Objeción al Rechazo de la denuncia, respaldando el accionar de BBVA Previsión AFP S.A, en las disposiciones de la Ley N° 065". El contenido de la nota es clara solamente refleja que se objetó el requerimiento del Fiscal de Materia por ser contrario a la ley.

Las notas PREV-COB-331/09/2012 de 25 de septiembre de 2012, PREV-COB-336/10/2012 de 17 de octubre de 2012, PREV-COB-435/11/2012 de 23 de noviembre de 2012, PREV-COB-448/12/2012 de 12 de diciembre de 2012, PREV-COB-053/02/2013 de 15 de febrero

de 2013, PREV-COB-093/03/2013 de 07 de marzo de 2013, emitidas por la AFP, así como las comunicaciones telefónicas o por correo electrónico con sus funcionarios, son posteriores a la dictación de Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, y las mismas no reflejan la realidad puesto que no mencionan que la objeción al rechazo a la denuncia fue desestimada por el Fiscal Departamental por falta de poder especial en el denunciante, tampoco refieren que el PP se encontraba archivado (concluido).

Es menester aclarar al regulado, que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos.

En cuanto a la Conversión de Acciones, la AFP señala en su Recurso de Revocatoria que al tramitarse la misma ante el Juez de Sentencia, sin la participación del Fiscal, no perjudicará la efectividad del procedimiento penal en la recuperación de la deuda del Empleador ARISUR INC., misma que fue solicitada.

Al respecto, el artículo 305 del CPP señala: "El archivo de obrados no impedirá la conversión de acciones a pedido de la víctima o del querellante", disposición legal que se encuentra en plena concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal que establece: "A pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada…"; ello significa, un proceso penal a tramitarse conforme a procedimiento ante el Juez de Sentencia correspondiente y, sin la participación del Ministerio Público, que tiene sus implicancias legales, ya que se elimina la persecución pública del delito previsional.

Además, el regulado no considera que en el presente caso, la "Conversión de Acciones" significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció en el proceso penal, por lo tanto ya existe perjuicio en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el Empleador.

La Conversión de Acciones que señala la AFP, recién fue solicitada en fecha 27 de febrero de 2013, cuando pudo solicitarla oportunamente; además, el regulado no demostró al presente materialmente si la misma fue admitida o concedida.

Asimismo, la Administradora manifiesta haber presentado notas con anterioridad al presente proceso administrativo sancionatorio, a fin de informar el estado del proceso penal contra Empleador ARISUR INC; lo que no es óbice para desestimar la infracción ni el perjuicio generado por la retardación del proceso penal.

En cuanto a la nota PREV-COB-332/09/2012 de 25 de septiembre de 2012 que aduce el regulado, mediante la cual se informa a esta Autoridad "que no tienen dudas que en los casos de ARISUR INC. el Fiscal de Distrito de Potosí confirmará el rechazo de los procesos", la misma es sugestiva, puesto que, tanto la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, como Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012,

dictadas por el Fiscal Departamental de Potosí, son de fecha anterior a la misma, lo que implica que a la fecha de la remisión de la nota (PREV-COB-332/09/2012), ya existía pronunciamiento de la autoridad del Ministerio Público, hecho que no se informó.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria, respecto al Cargo N° 2, al ser los mismos insuficientes, corresponde su confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 3:

Que antes de dar inicio a la presente evaluación es importante aclarar que los argumentos iniciales de la Administradora planteados en el Recurso de Revocatoria, corresponden a los descargos presentados en respuesta a la imputación realizada al Cargo N° 3 mediante la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/4124/2013 de 27 de febrero de 2013; siendo que los mismos ya han sido analizados y evaluados mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 360-2013 de 16 de abril de 2013, por lo que esta Autoridad señala que en esta etapa recursiva ya no corresponde realizar nuevamente su análisis.
(…)

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria, para el Cargo N° 3, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

En un inicio es importante dejar en claro que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS tiene la obligación de hacer cumplir a los regulados la Normativa de Pensiones; en ese sentido el presente Cargo, se ha sancionado la conducta negligente de la Administradora por la falta de cuidado en la tramitación del proceso penal, conforme a lo establecido en la norma imputada.

Ahora bien, para desarrollar el presente análisis es pertinente señalar lo que indica el tratadista Carlos Morales Guillen, en referencia al mandato que dice: "es el contrato consensual mediante el cual una de las partes otorga y confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios a la otra, que lo toma a su cargo". Asimismo dice que, es ***general****, cuando en él se comprende todos los negocios del mandante. Se dice que es* ***especial*** *del que está limitado a uno a varios asuntos específicamente determinados.*

Por otro lado, el Código Civil señala:

"***Artículo 811.- (Extensión)***

"…
III. El mandatario no puede hacer nada más allá de lo que se le ha prescrito en el mandato."

Artículo 812.- (Capacidad)

"

III. El mandante debe tener la capacidad legal para la celebración del acto que encarga.

IV. El mandato puede ser conferido a cualquier persona capaz de contratar, excepto si la ley exige condiciones especiales…"

Es importante rescatar, para el caso sub lite, lo que establece el artículo 811 del Código Civil en el parágrafo II): "El mandatario no puede hacer nada más allá de lo que se le ha descrito en el mandato". Sobre esto, conviene rescatar un caso de Jurisprudencia que indica: "El Poder conferido al mandatario para que este represente al mandante en el juicio no le faculta para deducir recurso de nulidad, por lo que y por lo dispuesto en este Artículo careció de personería para promoverlo a nombre del mandante"

Asimismo, conforme a la Sentencia Constitucional N° 1967/2011 de 28 de noviembre de 2011 del Tribunal Supremo de Justicia, señala que: "El mandato o poder para ser considerado en juicio tiene que ser ***suficiente y especial como requiere para su controversia jurídica****, en conformidad a la exigencia de los artículos 809 del Código Civil y 58, 62 inciso I y 329 del Código de Procedimiento Civil y 266 de la Ley de Organización Judicial", mismos que establecen que: "…la persona que se presentare en juicio en representación o en nombre de otra, deberá acompañar al primer escrito el testimonio de poder en el que se* ***señale en qué casos va a intervenir****, en el que se individualice quien demanda, en juicio y con qué objeto, caso contrario, de no contar con dicho* ***poder con la individualización necesaria, se los considera insuficiente para ser utilizado en juicio****". (Las negrillas son nuestras).*

En virtud a las normas expuestas y a lo señalado por la jurisprudencia, se observa que el testimonio Poder N° 071/2011 si bien expresaría como un "Poder Especial, Bastante y Suficiente"; sin embargo no menciona y tampoco otorga al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo, conforme observó el Fiscal Departamental, mediante la Resolución N° 371/2012.

El regulado en el Recurso de Revocatoria manifiesta que se ratifica plenamente en los descargos presentados, además aduce que el Testimonio N° 071/2011 cumple con los requisitos exigidos para una correcta representación en el proceso penal, invocando los artículos 56, 58, 834 al 837 del CC, artículo 62 del CPC, y la SC N° 1967/2011-R de 28 de noviembre de 2011.

Al respecto, de la lectura y revisión del Testimonio Poder N° 071/2011, se evidencia que si bien señala en su caratula y parte de su contenido "Poder Especial, Bastante y Suficiente", no es menos cierto, que ***no menciona y menos aún se le da (al mandatario) la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, al señalar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial*** (sic) ***No. 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que se adjunta al memorial de objeción (aunque el mismo señala otro número de poder empero que el mismo no es adjuntado), se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado***

en el presente caso por no ser especifico (sic)**…".** *Asimismo, la referida Resolución menciona: "**al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar…**", disponiendo el Fiscal Departamental: **"la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente**"; el fallo en cuestión significa el archivo de obrados, y se notificó a la AFP en fecha 17 de septiembre de 2012 a horas 08:36 mediante cédula.*

*Por otro lado, la Auxiliar Legal de la Fiscalía Departamental de Potosí, Helen Flores Zambrana, por Representación de 08 de octubre de 2012, señaló: **"se presentó la abogada de AFP PREVISIÓN*** (sic)**, manifestando que por un error involuntario se había presentado otro poder (Testimonio N° 071/2011) y no el que correspondía (Testimonio N° 1802/2012), solicitando de forma verbal el cambio del testimonio de poder** (sic)**, a lo que la suscrita manifestó que el cuaderno investigativo ya se encontraba en conocimiento del Fiscal de Distrito".***

*El Testimonio Poder N° 1802/2012 de 08 de agosto de 2012, que confiere Ildefonso Núñez López a Martín Guzmán Arroyo, tanto en su Carátula Notarial como en su contenido expresa: "**Poder Especial, Bastante y Suficiente**", pero a diferencia del otro, Testimonio Poder N° 071/2011, **contiene la facultad expresa de "objetar el rechazo a la denuncia".***

En los hechos, el memorial de objeción al rechazo a la denuncia presentado el 05 de septiembre de 2012, por la AFP a la Fiscal de Materia, señala que "acredita personería mediante Poder N° 1802/2012", empero, conforme afirma el Fiscal Departamental presenta otro (Poder N° 071/2011), que no contiene la facultad expresa para objetar el rechazo a la denuncia, extremo corroborado por la representación de 08 de octubre de 2012 de la Auxiliar Legal de la Fiscalía y por el Requerimiento de 09 de octubre de 2012 de la Fiscal de Materia Victoria Fuertes al indicar que en el presente proceso (penal) el Testimonio de Poder adjunto al memorial de objeción de rechazo es el Poder N° 071/2011 y no así el Poder N° 1802/2012.

De lo anterior se concluye que la AFP inicia la denuncia penal (memorial de 16 de agosto de 2012) presentando el Testimonio N° 071/2011, y a los efectos de la objeción al rechazo a la denuncia, en su memorial señala que se apersona con nuevo poder (Testimonio N° 1802) que cuenta con facultad expresa de objeción, empero adjunta el presentado inicialmente (Testimonio N° 071/2011), que no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, hecho que motivó a que el Fiscal Departamental, no considere la objeción planteada y consecuentemente se proceda al archivo de obrados.

El sostener que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias legales para el mandato específico, es una apreciación subjetiva que contradice sus propios actos, ya que de ser evidente dicho extremo, porqué la AFP mencionó en su memorial de objeción otro Poder Testimonio N° 1802/2012, que contiene la facultad expresa para objetar, o cual fue el motivo para que el abogado de la Administradora se presente ante la Auxiliar de la Fiscalía tratando de cambiarlos cuando advirtieron que presentaron el equivocado, interrogantes que sólo encuentran respuesta en el hecho de

que el regulado conoce perfectamente que el Testimonio N° 071/2011, presentado al inició de la denuncia penal, no cumple con los requisitos legales del mandato específico en cuanto a la facultad de objetar.

El regulado señala en su Recurso de Revocatoria que: "el hecho de haberle extendido un nuevo poder (instrumento N° 1802/2012) fue para evitar dilaciones en el pronunciamiento del Fiscal Departamental y cumplir con su requerimiento ya que había dispuesto la devolución de obrados para que sea subsanada la observación". Asimismo, señala que "el archivo de obrados ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, lo que afectó el trámite de objeción, ya que todavía no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y sólo remitió los actuados para que se subsane su errónea apreciación sobre el alcance del Poder".

Las argumentaciones vertidas por la AFP carecen de lógica jurídica y demuestran un total desconocimiento a lo establecido en el artículo 305 del CPP que señala: "Las partes podrán objetar la resolución de rechazo, en el plazo de cinco días…".

En la especie, la AFP presentó su memorial de objeción en fecha 05 de septiembre de 2012, que señala que adjunta el Testimonio N° 1802/2012, pero presenta otro, Testimonio N° 071/2011, objeción que mereció la Resolución N° 388/2012 de fecha 12 de septiembre de 2012 dictada por Fiscal Departamental, posteriormente advertida de su error la AFP por memorial de fecha 04 de octubre de 2012 presenta el Poder Testimonio N° 1802/2012, hecho incluso reconocido en su memorial de 28 de diciembre de 2012 al señalar que ***"en fecha 04 de octubre de 2012 presente un memorial acompañando nuevo poder"****, empero, conforme se advierte cronológicamente dicha presentación fue posterior al fallo emitido por el Fiscal Departamental, demostrándose que la presentación del Testimonio N°1802/2012, no fue para evitar dilación en el pronunciamiento del Fiscal, puesto que el fallo, a la fecha de presentación del nuevo mandato, ya había sido emitido, desestimando la objeción "por falta de legitimación del denunciante para objetar la objeción de rechazo".*

Por otra parte, en cuanto a que el Fiscal Departamental no se pronunció aún sobre el fondo del asunto y que el archivo de obrados fue ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, el regulado debe entender que dicha autoridad no se pronunciará sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), precisamente por la falta de poder específico, hecho que dio lugar al archivo de obrados. En ese sentido, ante la solicitud de la AFP sobre el pronunciamiento sobre el fondo por parte del Fiscal Departamental, la Fiscal de Materia por Requerimiento de 09 de octubre de 2012 señaló de forma concluyente: ***"con la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal…".***

En lo que respecta a que el nuevo Poder (Testimonio N° 1802/2012) fue presentado dentro del plazo como sostiene erróneamente la AFP, la Fiscal de Materia en su

Requerimiento de 09 de octubre de 2012 señala de forma irrebatible: "de otro lado por la representación de fecha 08 de octubre de 2012 se acredita que en el presente proceso el testimonio (sic) *de Poder adjuntado al memorial de Objeción de Rechazo es el poder* (sic) *N° 71 y no así el Testimonio de Poder N° 1802/2012".*

La Administradora en el Recurso de Revocatoria indica que a través de la nota PREV-COB-234/07/2012 de 10 de julio de 2012, comunicaron a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS sobre la preocupación del caso "ARISUR" y que posteriormente remitieron otras notas en las que se informaba la situación pidiendo las gestiones correspondientes, pero, eso no ocurrió.

La referida nota PREV-COB-234/07/2012 de 10 de julio de 2012, informó a petición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, lo siguiente: "Fiscal de Materia ha procedido al rechazo de la denuncia, alegando que BBVA Previsión AFP S.A. no está legitimada (facultada) para impulsar la denuncia penal a nombre de los empleados afectados por ARISUR INC.

Cumpliendo los recaudos que señala el Código de Procedimiento Penal, en los plazos legales correspondientes, hemos presentado la Objeción al Rechazo de la denuncia, respaldando el accionar de BBVA Previsión AFP S.A, en las disposiciones de la Ley N° 065". Como se advierte la nota se limita a informar que ante el injusto fallo del Fiscal de Materia presentaron la objeción al rechazo a la denuncia.

Las notas PREV-COB-331/09/2012 de 25 de septiembre de 2012, PREV-COB-336/10/2012 de 17 de octubre de 2012, PREV-COB-435/11/2012 de 23 de noviembre de 2012, PREV-COB-448/12/2012 de 12 de diciembre de 2012, PREV-COB-053/02/2013 de 15 de febrero de 2013, PREV-COB-093/03/2013 de 07 de marzo de 2013, emitidas por la AFP, así como las comunicaciones telefónicas o por correo electrónico con sus funcionarios, son posteriores a la dictación de Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, y las mismas no mencionan que la objeción al rechazo a la denuncia fue desestimada por el Fiscal Departamental por falta de poder especial en el denunciante, tampoco refieren que el PP se encontraba archivado (concluido).

Por otra parte, es necesario aclarar al regulado, que los informes que emita la AFP a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia podrán invocarse como una eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos.

En cuanto a la Conversión de Acciones, la AFP señala en su Recurso de Revocatoria que al tramitarse la misma ante el Juez de Sentencia, sin la participación del Fiscal, no perjudicará la efectividad del procedimiento penal en la recuperación de la deuda del Empleador ARISUR INC., misma que fue solicitada.

Al respecto, el artículo 305 del CPP señala: "El archivo de obrados no impedirá la conversión de acciones a pedido de la víctima o del querellante", disposición legal que se encuentra en plena concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal que

establece: "A pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada…"; ello significa, un proceso penal a tramitarse conforme a procedimiento ante el Juez de Sentencia correspondiente y, sin la participación del Ministerio Público, que tiene sus implicancias legales, ya que eliminan la persecución pública del delito previsional.

Asimismo, el regulado no considera que en el presente caso, la "Conversión de Acciones" significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció en el proceso penal, por lo tanto ya existe perjuicio en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el Empleador.

La Conversión de Acciones que señala la AFP, recién fue solicitada en fecha 27 de febrero de 2013, cuando pudo solicitarla oportunamente; además, el regulado no demostró al presente materialmente si la misma fue admitida o concedida.

Asimismo, la Administradora manifiesta haber presentado notas con anterioridad al presente proceso administrativo sancionatorio, a fin de informar el estado del proceso penal contra Empleador ARISUR INC; lo que no es óbice para desestimar la infracción ni el perjuicio generado por la retardación del proceso penal.

En cuanto a la nota PREV-COB-332/09/2012 de 25 de septiembre de 2012 que aduce el regulado, mediante la cual se informa a esta Autoridad "que no tienen dudas que en los casos de ARISUR INC. el Fiscal de Distrito de Potosí confirmará el rechazo de los procesos", la misma es sugestiva, puesto que, tanto la Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012 como Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, dictadas por el Fiscal Departamental de Potosí, son de fecha anterior a la misma, lo que implica que a la fecha de la remisión de la nota (PREV-COB-332/09/2012), ya existía pronunciamiento de la autoridad del Ministerio Público, hecho que no fue informado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria, respecto al Cargo N° 3, al ser los mismos insuficientes, corresponde su confirmación en todos sus términos.

CONSIDERANDO:
(…)

En función al argumento planteado por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:

1) *La Administradora manifiesta que su falta de cuidado en la tramitación de los procesos penales no ocasionó ningún daño constatado económico* (sic) *a los Asegurados. Esta Autoridad, señala que el regulado al no actuar como un buen padre de familia en la tramitación de los procesos penales, si bien no generó daño económico, ocasionó perjuicio al retrasar el trámite para la recuperación de las Contribuciones en mora incurridas por el Empleador ARISUR INC.; provocando que los*

Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

En ese entendido, el perjuicio ocasionado por la falta de diligencia y cuidado de la Administradora en la tramitación de los procesos penales, para cada Cargo sancionado, se detalla a continuación:

- *Para el Cargo N° 1, la AFP al no actuar como un buen padre de familia, incurrió en una total negligencia, por la falta de corrección de la denuncia, y asimismo por no haber realizado las subsanaciones requeridas por el Fiscal Analista con el fin de prevalecer la pretensión penal; por lo que el perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado debido a su falta de cuidado en el inicio de la acción penal, se ha visto retrasada la recuperación de las Contribuciones, debido a que el proceso penal no fue admitido desde un inicio, no dio lugar a ninguna actuación posterior para la persecución penal del Empleador ARISUR INC.*

- *Para el Cargo N° 2, la AFP al no actuar como un buen padre de familia, incurrió en una negligencia por la falta de observación y cuidado en la formulación y presentación del Poder Notarial N° 71/2011, que adjunta a la denuncia presentada ante el Fiscal de Materia y en el memorial de Objeción a la Resolución de rechazo de denuncia presentado ante el Fiscal Departamental de Potosí, el cual finalmente dispuso el rechazo de la acción penal y su archivo de obrados. Por lo que el perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no actuar prolijamente en el proceso penal, retrasa la recuperación de las Contribuciones.*

- *Para el Cargo N° 3, la AFP no tuvo la atención y el cuidado en la presentación de la Objeción de rechazo de denuncia, señalando el Poder Notarial N° 1802/2012 y adjuntando el Poder Notarial N° 71/2011, ante el Fiscal Departamental de Potosí, por lo que el archivo de obrados del proceso, es de absoluta responsabilidad atribuible a la AFP, por lo que el perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no actuar prolijamente en el proceso, retrasa la recuperación de las Contribuciones.*

2) *Asimismo, la AFP argumenta que esta Autoridad está presumiendo y prejuzgando una intencionalidad maliciosa a sus actuaciones, para afectar los procesos penales.*

   Esta Autoridad en aplicación a la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, ha efectuado un análisis objetivo en cuanto a las actuaciones en la tramitación realizada por la AFP en los procesos penales, por lo que se observa la falta de cuidado y atención que incurrió en la elaboración y presentación de las gestiones judiciales, durante la etapa preliminar en los procesos penales contra el Empleador ARISUR INC.

   Por lo tanto, se aclara que los resultados no habiendo sido queridos por la Administradora, los mismas han sido consecuencia de la falta de cuidado y

atención, configurándose por tanto la infracción y la preterintencionalidad de su accionar negligente.

3) *La Administradora manifiesta que las actuaciones procesales presentadas en los procesos penales (ahora archivados) están dentro de los plazos legales de la etapa preparatoria definida por el Código de Procedimiento Penal.*

   El accionar de la AFP, ha ocasionado el archivo de obrados en los tres (3) procesos penales, sin que el regulado tome en cuenta que un proceso penal es la última instancia judicial, para efectivizar la persecución penal del delito y lograr también la recuperación de las contribuciones en mora adeudadas.

   En ese sentido, respecto al Cargo N°1, desde el inicio de su tramitación; la causa penal ha sido rechazada y archivada por el Fiscal Analista, por tanto al existir una sola actuación procesal (denuncia) presentada por la AFP, la misma corresponde a la etapa preliminar del proceso, por esta razón se aclara al regulado que la denuncia no se encuentra dentro de los plazos correspondientes a la etapa preparatoria dispuesta en el Código de Procedimiento Penal.

   Para los Cargos N° 2 y 3, la AFP señala que posterior a la presentación de la acción pública rechazada y archivada por el Fiscal de Materia y ratificada por el Fiscal Departamental, el regulado mediante la Conversión de Acciones, ha convertido la acción penal pública en acción penal privada, la cual será tramitada ante el Juez de Sentencia, por lo que ha dejado de existir el proceso penal de acción pública, por tanto dichas actuaciones presentadas por el regulado, corresponden a la etapa preliminar de los procesos penales ahora archivados. Asimismo cabe señala que a partir de la Conversión de Acciones presentada por el regulado para ambos casos penales, correspondería el inicio de un nuevo proceso penal de acción privada, situación que ocasionó la demora de la recuperación de la deuda al SIP, en ambos Cargos.

4. *Por último, BBVA Previsión AFP S.A. señala que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/360-2013 de 16 de abril de 2013, carece de congruencia, respecto a los Cargos N°1, 2 y 3 sancionados. Por lo que es pertinente hacer mención al principio de congruencia, expresado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 que dice:*

   *"…**principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

   "La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema

que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa".

Por lo que esta Autoridad establece que para los Cargos N°1, 2 y 3 sancionados, efectivamente la AFP incumplió lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; en los procesos penales iniciados contra el Empleador ARISUR INC.

En ese sentido, de la confirmación del incumplimiento de la AFP, se tiene que coexiste el carácter preterintencionalidad de la conducta típica, por tanto punible de manera proporcional y que en atención a los principios de valoración razonada de la prueba y la sana crítica, así como los criterios de congruencia y de calificación de gravedad establecidos en la normativa de pensiones, es que ha correspondido la imposición de sanción para los tres (3) Cargos.

Segundo Punto:

Respecto a lo señalado por la Administradora en cuanto a la ilegalidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/360-2013 de 16 de abril de 2013. Esta Autoridad señala que la Constitución Política del Estado, en su artículo 232°, establece como uno de los principios que rigen el ejercicio de la Administración Pública, el principio de legalidad.

El principio de legalidad determina que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS necesita una normativa legal para adoptar una actuación determinada, es decir, puede hacer únicamente aquello que la ley le permite.

Así, el principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de esta Autoridad, deben estar justificados en una ley previa. Todo esto trata del sometimiento a la Constitución Política del Estado, y a la Normativa de Pensiones así como las normas reglamentarias emanadas de la propia Administración, lo que se conoce como el bloque de legalidad.

Asimismo la Constitución Política del Estado haciendo referencia al parágrafo VI del artículo 45, establece que la gestión y administración del régimen de Seguridad Social es una obligación asumida por el Estado y que como consecuencia de lo anterior se ha emitido la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones. Por lo que corresponde aclarar al regulado que el contexto legal por el cual aún las AFP continúan prestando los servicios, es en virtud a los siguientes instrumentos legales: la Normativa de Pensiones y el Contrato suscrito con el Estado Boliviano, los cuales se hallan en plena aplicabilidad, debiendo su atención y cumplimiento.

Al respecto, el artículo 4° de la Ley N° 2341 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996, señala: "la administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,…". En ese entendido, se tiene claro que el presente Proceso Administrativo Sancionatorio se ha llevado en cumplimiento fiel de las normas aún aplicables para las AFP que las rigen, en respeto al debido proceso y el legítimo derecho a la defensa del regulado en proceso.

Asimismo la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en su artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización) inciso b) establece que como función y atribución es fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

La Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, actualmente rige para temas del Sistema Integral de Pensiones. En ese sentido, dicha norma es aplicable para los Cargos N° 1, 2 y 3.

*Asimismo, el artículo 106 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, establece: "**La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo** deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, **del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal."** y el artículo 149 dispone: "La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

> *"…l) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados*
>
> *v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia….".*

En ese sentido, esta Autoridad al momento de calificar la conducta de la AFP, como incumplimiento a la Ley N° 065 de Pensiones de 2010 de 10 de diciembre de 2010 y el Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, sigue los lineamientos del principio de legalidad, debido a que el regulado tenía pleno conocimiento de cuáles son sus obligaciones y que es lo que la norma establece, conoce y manda hacer o no hacer, permite y prohíbe determinadas conductas, asimismo su incumplimiento debe ser sancionado, conforme se lo ha efectuado para los Cargos N° 1, 2 y 3.

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 019/2010 de 29 de junio de 2010, establece:

> "***2. CRITERIO DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES, PRINCIPIOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.-***
>
> *"Como dice Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed, Tecnos, Madris* (sic) *2005, pág. 347 "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico de una secuencia de determinadas etapas desde la*

comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase"

Estas fases citadas por la legeferenda (sic) *y aplicadas al derecho positivo de Valores son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación de la sanción interesando al caso de análisis los tres (3) últimos. Elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión de la sanción impuesta por el órgano regulatorio sectorial, quien cuenta con la facultad sancionatoria.*

En cuanto a la concreción de la cuantía dentro del margen preestablecido por la norma ($us. 500.- a $us. 10.000), el Reglamento no establece un procedimiento para la determinación del monto que la Autoridad Regulatoria (sic) *debe imponer dentro de dicho rango, dejando en todo caso cierta libertad, que no debe confundirse con amplia discrecionalidad ni arbitrariedad, sino en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo, posición coincidente con lo mencionado por Leodegario Fernández Marcos ("El Procedimiento Administrativo Sancionador", Valencia 1991, pág, 1369 "Los criterios legales de graduación son circunstancias que rodean la infracción y condicionan el ejercicio de sus grados. Lo importante es subrayar, en todo caso, que los criterios de graduación que se establecen limitan la discrecionalidad administrativa al aplicar el grado de la correspondiente sanción".*

Que esta Autoridad recuerda al regulado lo establecido en el artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, que determina:

*"**Artículo 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS).** Las **Administradoras** de Fondos de Pensiones **continuarán realizando** todas las **obligaciones** determinadas mediante **Contrato** de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano **en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos** y normativa regulatoria reglamentaria, **así como** lo dispuesto en **la presente Ley** y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, **asumiendo** las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **mientras dure el periodo de transición**,…" (Las negrillas son nuestras).*

Que ahora bien, de la simple lectura del artículo 177 se establece que durante el período de transición las AFP continuarán cumpliendo con las obligaciones previstas en el marco legal que se detalla en el señalado artículo, a fin de dar continuidad al servicio que ofrece, hasta la constitución formal de la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo.

Que lo anterior implica que, el regulado además de la normativa actual de pensiones, deba ceñirse a cumplir con sus obligaciones, inclusive y en lo que corresponde a la Ley

N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y su Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que el artículo 177 de la señalada Ley, establece una situación transitoria de administración por las AFP y bajo un marco legal establecido (el Contrato con el Estado Boliviano, la Ley N° 065, la Ley N°1732 y sus disposiciones reglamentaria).

Por lo que se concluye que para el análisis y aplicación de sanciones por infracción a la Normativa de Pensiones, al regular la tramitación diligente y el cuidado que debe tener la AFP en la tramitación del Proceso Penal y el inicio de las acciones penales son obligatorias y de cuidado exigible, en cuento (sic) *al inicio y la tramitación de los procesos a cargo del regulado, por lo que no es posible que cada incumplimiento a lo estipulado por la norma se deba interpretar bajo criterios aislados. Por tanto esta Autoridad aplicó los lineamientos del Régimen de acciones establecido en el Capítulo V del Decreto Supremo N° 24469, el cual se halla vigente por el artículo 177 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.*

De lo anterior se extrae que esta Autoridad ha sancionado los Cargos N° 2 y 3 por infracción a normativa administrativa, debidamente plasmada en la normativa vigente antes del hecho advertido. Por lo tanto, la sanción de la conducta tipificada responde a los principios de legalidad, proporcionalidad y congruencia.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°360-2013 de 16 de abril de 2013, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de octubre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013, argumentado lo siguiente:

"…III. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE IMPUGNACION.

Al Cargo 1:

Ratifico los argumentos expuesto (sic) *en el Recurso de Revocatoria y argumento lo siguiente:*

La denuncia penal contra el Empleador ARISUR INC iniciada ante el Ministerio Publico del Distrito Judicial La Paz, recibió la Resolución de no admisión N° 31/12 de 12 de abril de 2012, debido a que la Fiscal Analista, antes de admitir la denuncia, requirió contar con elementos que pudieran probar un eventual dolo del empleador y para ello instruyó la presentación de la notificación al denunciado con el título coactivo, correspondiente a otro proceso judicial iniciado previamente, cuyo acto procesal no había podido realizarse por no tener este Empleador domicilio conocido en el Departamento de La Paz.

No obstante, la APS hace una serie de cuestionamientos a BBVA Previsión AFP S.A. que es necesario aclarar:

Primero, la APS cuestiona la falta de diligencia de notificación del proceso coactivo, cuando, en el presente caso, se está sancionando por supuesto incumplimiento en el proceso penal. Es decir, fuera de contexto, la Autoridad de Pensiones se justifica en un supuesto incumplimiento en un proceso coactivo para sostener la sanción en el proceso penal, ya que (textualmente) expresa "…es indudable que el regulado pudo haber cumplido con la notificación del título coactivo (Nota de Débito N° 33008) al demandado (ARISUR INC), en el Proceso Coactivo Social que se tramita en el Juzgado Séptimo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, y cumplir de esta manera con lo observado por la Fiscal Analista para la admisión de la denuncia penal, empero contrariamente, no ejecutó dicha labor permitiendo la no admisión de la denuncia penal...".

Entonces, parece que la APS nos sanciona por incumplimiento en un proceso coactivo, el cual no ha sido objeto de revisión ni análisis.

Segundo, lo requerido por la Unidad de Análisis y Solución Temprana del Ministerio-Público deja en claro que, para admitir la denuncia, la Fiscal necesitaba contar con elementos que prueben un eventual dolo del Empleador, al requerir (textual) "... con carácter previo a realizar el análisis correspondiente el denunciante deberá adjuntar el descargo de notificación con el título coactivo a la parte denunciada a efectos de establecer un eventual dolo en la apropiación indebida de aportes de las contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones...".

Como está demostrado nunca hubo notificación del título coactivo en el proceso coactivo social, por lo tanto no existía prueba de que el Empleador hubiera tomado conocimiento de que su conducta infringía disposiciones legales y, además, tipificaba un ilícito penal.

Asimismo, la APS cuestiona que, no obstante ello, hubo negligencia en no presentar la recepción del proceso coactivo social (Nota de Débito N° 33008) y no detallar los nombres y domicilios de las víctimas; hechos estos totalmente irrelevantes si antes no se acreditaba que la parte denunciada había sido previamente notificada con el título coactivo.

Tercero, la APS cuestiona que BBVA Previsión AFP S.A. no se presentó dentro de los 30 días, permitiendo que se emitiera la resolución de no admisión y que se archivara la denuncia. Al efecto, volvemos a reiterar y preguntar ¿Qué sentido tenía presentarse dentro de los 30 días, si no se pudo cumplir con el UNICO (sic) *acto procesal que habilitaba la admisión de la denuncia por parte del Ministerio Público?; y ese acto procesal correspondía a otro proceso, por lo que no puede imputarse un incumplimiento en el proceso penal objeto de revisión por la APS.*

Cuarto, la APS menciona que la Administradora se contradice cuando afirma "habiéndose evidenciado que el Empleador ARISUR INC tenía domicilio en la ciudad de Potosí, inmediatamente se inicio (sic) *un proceso penal en ese Distrito Judicial", sin incorporar el periodo Enero 2011 de la Nota de Débito N° 0386. No hay tal contradicción porque las denuncias en Potosí, con base en las Notas de Débitos N° 1316 y 1494 no incorporan el periodo Enero de 2011, debido a que esa deuda se originó en un supuesto error en la declaración del Empleador que estaba siendo analizada y que, posteriormente a la revisión correspondiente, fue subsanado mediante el proceso de desacreditación de contribuciones del Formulario de Pago de Contribuciones N° 3543405.*

Igualmente la APS observa que la regularización fue posterior a las denuncias presentadas; en La Paz, lo que es obvio porque si se hubiese regularizado antes no se habría presentado esa denuncia y con respecto a las denuncias presentadas en Potosí, si bien la regularización fue posterior, no se incorporó el periodo Enero 2011 debido a que, de la revisión interna administrativa se evidenció que no se trataba de la FALTA DE PAGO de las Contribuciones, es decir la retención por el Empleador al momento del pago del salario y el NO DEPÓSITO del monto retenido, (lo cual tipifica el delito de Apropiación Indebida de Aportes), sino que se trataba de un supuesto DEFECTO en el pago efectuado, lo que no tipifica el delito denunciado.

Asimismo, la APS luego de efectuarnos múltiples requerimiento (sic) *de información y documentación sobre esta situación, ahora pretende desconocer las pruebas que presentó BBVA Previsión AFP S.A.; no solo en tres oportunidades como menciona la APS, el 10 de Julio de 2012, el 25 de Julio de 2012 y el 25 de Febrero de 2013, sino a través de todas estas notas, que adjunto en el ANEXO 1:*

a) Nota N° 332/09/2012 de fecha 25 de Septiembre de 2012, dando información sobre la situación sin haberlo requerido la APS.
b) Nota N° 366/10/2012 de fecha 17 de Octubre de 2012 dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/7800/2012.
c) Nota N° 488/12/2012 de fecha 12 de Diciembre de 2012 dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/9560/2012.
d) Nota N° 001/01/2013 de fecha 02 de Enero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/10028/2013.
e) Nota N° 044/01/2013 de fecha 01 de Febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/553/2013.
f) Nota N° 052/02/2013 de fecha 07 de Febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/10038/2013.

g) Nota N° 053/02/2013 de fecha 15 de Febrero de 2013, dando información sobre la situación sin haberlo requerido la APS.
h) Nota N° 076/02/2013 de fecha 25 de Febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/10038/2013.
i) Nota N° 077/02/2013 de fecha 25 de Febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la APS CITE APS/DPC/553/2013 (Complementa documentación).
j) Nota N° 093/03/2013 de fecha 07 de Marzo de 2013, pidiendo una reunión trabajo a la APS para analizar, como primer tema, la situación de Potosí.

Por último, BBVA Previsión AFP S.A., presenta fundamentos y documentación de descargo mediante la Nota N° 350/07/2013 de fecha 11 de Julio de 2013, dando cumplimiento al Auto de la APS de fecha 26 de Junio de 2013, y mediante la Nota N° 1177/08/2013 de fecha 09 de Agosto de 2013, dando cumplimiento al Auto de APS de fecha 25 de Julio de 2013. BBVA Previsión AFP S.A ha actuado eficientemente dando información y respuesta a la APS, pero ahora ese Organismo de Fiscalización señalada que la información proporcionada sobre la situación de estudio y los descargos presentados no son suficientes para desvirtuar la sanción impuesta.

Es esencial señalar claramente cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la sanción impuesta por la APS, por lo que se transcribe textualmente lo señalado por la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 360-2013 de 16 de Abril de 2013:

(...) ***"Al Cargo Nº 1*** *En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que:* ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia y cuidado en la presentación de la denuncia penal, debido a que la denuncia señala como periodo en mora al mes julio/2011, existiendo una contradicción con lo dispuesto en la Nota de Débito N°PEN -0386 de 28 de diciembre de 2011, adjunta en calidad de prueba, la cual señala como periodo en mora enero/2011, cuando debe existir relación de correspondencia entre la denuncia y la prueba aportada. Asimismo, al inicio del proceso penal la Fiscal Analista ha solicitado a la AFP adjunte documentación en calidad de prueba antes de continuar con el proceso penal, otorgando un plazo de 48 horas a partir de su notificación, sin embargo la Administradora incumple el requerimiento, ocasionando que el Fiscal Analista emita la Resolución N°31/12 de 12 de abril de 2012 que dispone la no admisión de denuncia y el archivo de obrados.* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado por la falta de cuidado en la formulación de la denuncia y al no atender lo requerido por el Fiscal Analista al inicio del proceso penal, para que este continúe, dio lugar a que se disponga la no admisión de la denuncia. En cuanto al inciso* ***c)*** *La AFP no presentó la denuncia penal con los dato en correspondencia con la Nota de Débito adjunta; en cuanto a lo requerido por el Fiscal Analista se evidencia que no realizó ninguna actividad procesal siendo su obligación, argumentando que no lo hizo debido a que el Empleador ARISUR INC. se encuentra en el Distrito Judicial de la ciudad de Potosí y no así en el Distrito Judicial de la ciudad de La Paz. Por tanto, el hecho comprobado demuestra falta de diligencia en el proceso, debido a que la AFP está obligada a responder a los requerimientos del*

Ministerio Público, y debe considerarlos como indispensables para que exista una correcta tramitación en el proceso; lo que no ocurrió en este caso por lo que se demuestra la negligencia del regulado en la tramitación del proceso penal

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se efectúa el siguiente análisis: ***a)*** *La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia por la falta de corrección de la denuncia y no haber realizado la subsanaciones requeridas por el Fiscal Analista con el fin de prevalecer la pretensión penal. Asimismo en el inciso* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado debido a su falta de cuidado en el inicio de la acción penal, se ha visto retrasada la recuperación de las Contribuciones, porque el proceso penal iniciado por la AFP no fue admitido de inicio, no dando lugar a ninguna actuación posterior para la persecución penal del Empleador ARISUR INC. En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada debido a que por la conducta imputada al regulado, se impide el avance de la tramitación del proceso penal, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos al SIP; por lo que la AFP incurrió no solo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del proceso penal del Sistema Integral de Pensiones pero en el presente caso el proceso no fue admitido desde su inicio con el archivo de obrados, dicha inobservancia a la norma y sus consecuencias si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido archivada la causa penal por disposición del Fiscal de Analista por los motivos expresados líneas arriba, ha generado además del retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro, provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio. (...)"*

Por los fundamentos señalados en los incisos a), b) y c) y luego en los incisos a) y b) queda claro que la APS sanciona a BBVA Previsión AFP S.A por dos motivos concretos:

1. *La falta de corrección de la denuncia (en relación al periodo de la deuda) y,*
2. *No haber realizado la subsanación requerida por la Fiscal Analista (relacionada a la presentación de la notificación al denunciado con el proceso coactivo social).*

Tal como se argumento (sic) *precedentemente, los argumentos* (sic) *expuestos por la APS para fundamentar esas faltas quedan totalmente desvirtuados, dado que primero: no hubo* ***"negligencia por la falta de corrección de la denuncia"*** *como expresa la APS, porque ello dependía de que la denuncia fuera admitida; cosa que no ocurrió.*

Segundo, ***"no haber realizado la subsanación requerida por el Fiscal Analista"*** *como expresa la APS, tampoco justifica la sanción ya que la presentación de la notificación al denunciado con el título coactivo dependía de otro proceso judicial y no existiendo dicho actuado procesal en el proceso correspondiente, (coactivo social), fue imposible presentarlo en el proceso penal, lo cual no puede ser alegado para fundamentar la*

sanción impuesta en este último proceso, (penal). Por último, no es evidente que ***"haya habido retraso en la recuperación de las contribuciones" y menos aún que "no hubiera lugar a ninguna actuación posterior para la persecución penal del Empleador ARISUR INC",*** *ya que inmediatamente se iniciaron otras denuncias penales contra este Empleador en el Distrito Judicial de Potosí.*

Respecto a los Cargos N° 2 y N° 3:

Ratificando los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, pasamos a mencionar algunas circunstancias que demuestran que el Ministerio Público de Potosí no ha obrado en el marco de la legalidad al momento de analizar y exponer los fundamentos para el rechazo de las denuncias interpuestas, por ejemplo:

a) *Hemos iniciado 525 procesos penales ante el Ministerio Público de los diferentes Distritos Judiciales en Bolivia, acreditando la personería del denunciado mediante el Poder Especial Instrumento 071/2011, habiendo actuado en diferentes actos procesales, inclusive objeciones a rechazos de la denuncia pero, únicamente, en Potosí el Ministerio Público ha observado el alcance del mencionado Poder.*

   Parece extraño que en 500 procesos el Poder haya sido admitido como suficiente por distintos Fiscales de Materia y Fiscales de Distritos y solo en el Ministerio Público de Potosí se haya observado el mismo poder. Más extraño resulta que la APS, para sancionarnos, tome en consideración la posición del Ministerio Público de Potosí y no la posición de las demás Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia.

b) *En el Ministerio Público en Potosí todas nuestras denuncias fueron rechazadas por los Fiscales de Materia porque consideran que la Gestora Pública, actualmente las Administradoras de los Fondos de Pensiones, no pueden representar a los asalariados y deberían ser ellos los que inicie* (sic) *denuncias penales por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, lo cual es totalmente infundado e ilegal, contrario a lo que disponen los artículos 149 incisos i), j) n) y artículo 177 de la Ley 065 de Pensiones. Ante ello, la Fiscalía Departamental no encontró mejor argumento para ratificar los rechazos de las denuncias que observar el Poder N° 071/2011.*

Ahora bien, a tanto llegan las irregularidades de la Fiscalía Departamental de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011, (Las adjunto en ANEXO 2). Aunque parezca mentira aparentemente ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que:

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Debito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Debito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Debito N° 1156), Caso N° 121370/2012,*

(Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia.

Asimismo, en el Caso N° 131319/13 correspondiente a la Nota de Debito N° 2134 contra el mismo Empleador ARISUR INC, cuya denuncia fue presentada con el Poder Instrumento N° 1802/2012, elaborado con mención expresa del acto procesal de "Objeción al Rechazo de la Denuncia", el Fiscal Departamental Dr. José Luis Barrios Llanos, emite la Resolución N° 58/2013 de Confirmación al Rechazo de la Denuncia con el mismo tenor, observando ahora el alcance del Poder N° 1802/2012 (La adjunto en ANEXO 3).

Por último, en el Caso N° 130592/13, correspondiente a la Nota de Débito N° 1967 contra el Empleador Honorable Alcaldía Municipal de Llallagua, cuya objeción al rechazo de la denuncia fue presentada con el Poder N° 1802/2012, el Fiscal Departamental Dr. José Luis Barrios Llanos, emite la Resolución N° 62/2013 de Confirmación al Rechazo de la Denuncia con el mismo tenor, observando el alcance del Poder N° 1802/2012 (La adjunto en ANEXO 3).

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias:

a) Nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social y,
b) Que fueron copias textuales de un modelo de resolución anterior.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí, las que siendo de su conocimiento por información proporcionada por BBVA Previsión AFP S.A., a través de múltiples notas oficiales mencionadas en el Cargo N° 1, cuyas fotocopias adjunto en el ANEXO 1, igualmente sanciona a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en las de 500 procesos penales.

INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCION SANCIONATORIA.

La APS considera que la supuesta inobservancia a la norma, ***si bien no causó daño económico constatado para los*** *asegurados,* ***se sanciona la preterintencionalidad*** *en el accionar de la AFP.*

El significado preterintencional significa (sic) *que el hecho ha ultrapasado el propósito o intención de su autor, es decir, que ha causado la lesión de un bien jurídico en mayor extensión o gravedad que la esperada o calculada por el autor.*

Es decir que la APS está presumiendo y prejuzgando una intencionalidad maliciosa de la administradora para afectar los procesos penales, lo que es una apreciación arbitraria e incorrecta máxime si los casos están dentro de los plazos legales definidos por el

Código de Procedimiento penal, para la duración de la etapa preparatoria del proceso.

ILEGALIDAD DE LA RESOLUCION SANCIONATORIA.

El principio de legalidad o Primacía de la ley (sic) *es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la Ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.*

La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Leyes, asimismo, el artículo 410 manda y ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones su sometimiento a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y como tal, goza de primacía frente a cualquier a cualquier (sic) *otra disposición normativa, motivo por el que el Organismo de Fiscalización debe actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.*

La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización) inciso b) establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

La Ley N° 065 y los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las Sanciones, su aplicación, forma de Aplicación y fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al SIP.

La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 330 -2013 de 12 de abril de 2013, se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogado.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicaran de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".

De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, caso que no ocurre en la Sanción que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la (sic) *el artículo N° 196 de la Ley N° 065.*

La Ley N° 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.

IV. PETITORIO

Por todo lo expuesto y en base a los fundamentos y normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su merito dictar Resolución, disponiendo la revocatoria de la Resolución ***Admitir APS/DJ/DPC N° 832/2013 de 11 de septiembre de 2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 360/2013 de 16 de abril de 2013.,*** *conforme establece el artículo 43 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, porque no cumple con los presupuestos legales establecidos por la Constitución Política del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175. Asimismo por el mandato expreso de la Ley N° 065, el Organismo de Fiscalización no puede aplicar el Decreto Supremo 24469 para sancionar actos que se desarrollan en el Sistema Integral de Pensiones…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DPC/4123/2013 de 27 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumpliendo lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N°778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo – probatorias, produciendo interrupción del trámite procesal y postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, dentro de la Denuncia Penal contra ARISUR INC., con Nota de Débito Nº PEN-0386 y Nota de Débito Nº PEN – 1316.

En fecha 16 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por el **Cargo Nº 1,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.500 (MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por el **Cargo Nº 2** y con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por el **Cargo Nº 3.**

En fecha 10 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013, mediante la cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 360-2013 de 16 de abril de 2013.

En fecha 2 de octubre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** interpone Recurso Jerárquico, mismo que se pasa a resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa Imputada.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, corresponde previamente revisar la normativa imputada para el caso de autos, conforme se procede a continuación:

- **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones:**

  "…ARTÍCULO 106.- (COBRANZA). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aportes Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administración de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal…"*
  "…ARTÍCULO 149.- (FUNCIONARIOS Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*
  (…)

  i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos.
  (…)

  v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia…".

- **Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.**

  "…ARTÍCULO 20.- (COBRANZA JUDICIAL)*. Los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley No. 065 para la recuperación de las contribuciones en mora, deberán considerar el Procesos Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal…"*

2.2. Principio de Tipicidad.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sanciona a la Administradora de Fondos de Pensiones, por la falta de diligencia en la notificación del Proceso Coactivo de la Seguridad Social, cuando el presente caso se está sancionando por supuesto incumplimiento en el Proceso Penal, asimismo, y para los Cargos Nº 2 y Nº 3, refiere que la conducta no se encontraría prevista en la norma.

En tal sentido, con el fin de determinar si la Entidad Reguladora cumplió con el Principio de Tipicidad, en primer término corresponde revisar el mismo, para luego entrar a analizar su aplicación en el caso de autos.

Al respecto, se tiene que ya este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha emitido criterio a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, al determinar que:

> *"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: 1. Como* ***mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*
>
> *Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".*
>
> *Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:*

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** *(...)*

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

"… la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria..."*

Ahora bien, en cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad y subsumiéndonos al caso de autos, importa revisar los tipos imputados y que merecieron sanción a **PREVISIÓN BBVA**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), a saber:

2.2.1. Del Cargo Nº 1.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a la Administradora de Fondos de Pensiones, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, por falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatorias, dentro de la denuncia penal interpuesta contra ARISUR INC. (Nota de Débito N° PEN-0386), en el Juzgado cautelar: Distrito Judicial La Paz, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Mediante nota APS/DJ/DPC/4123/2013 de 27 de febrero de 2013, la Entidad Reguladora estableció que:

"…

1. *Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia, ya que señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida de aportes) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Débito N° PEN-0386 de 28 de diciembre de 2011 (adjunta en calidad de prueba), corresponde al periodo enero de 2011.*

2. *La AFP, no atendió oportunamente las observaciones efectuadas por la Unidad de Análisis y Solución Temprana en fecha 09 de enero de 2012, puesto que no presentó el descargo de notificación con el título coactivo (Nota de Débito) a la parte denunciada, tampoco presentó la constancia de recepción de la presentación del proceso coactivo social, ni realizó el detalle de los nombres y domicilios de las víctimas, cuando era su obligación cumplir mínimamente lo dispuesto por la Fiscal.*

3. *La Resolución Fiscal N° 31/12 de 12 de abril de 2012, que <u>dispone la no admisión de denuncia formulada por la AFP</u>, se sustenta en el incumplimiento a las observaciones realizadas, pero además señala que la AFP en su calidad de parte interesada no se apersonó ante la Fiscal Analista en el lapso más de treinta (30) días, dando lugar al archivo de obrados…*"

De lo señalado, se tiene que las tres conductas propias de la infracción que considera la Entidad Reguladora, son las siguientes:

1. Existe inconsistencia en el periodo en mora, ya que en la denuncia señala que el periodo corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Débito N° PEN-0386 de 28 de diciembre de 2011, corresponde al mes de enero/2011.

2. La Administradora de Fondos de Pensiones, no atendió oportunamente las observaciones efectuadas por la Unidad de Análisis y Solución Temprana, realizadas en fecha 09 de enero de 2012.

3. La denunciante, no se apersonó ante la Fiscal Analista, en el lapso más de treinta (30) días, dando lugar al archivo de obrados.

En cuanto a la **primera conducta,** si bien la recurrente señala que la misma se debió a un error de escritura o tropiezo involuntario e inconsciente al redactar la denuncia (Lapsus calami), sin embargo de ello y pese a que el mismo constituiría un error, el mismo no fue subsanado oportunamente por la Administradora de Fondos de Pensiones, hecho que claramente demuestra negligencia y falta de cuidado en cuanto al inicio de la acción penal.

Referente a la **segunda conducta** imputada, la recurrente señala como descargo que ésta no pudo subsanar las observaciones efectuadas por la Unidad de Análisis y Solución Temprana, ya que efectivamente no existió notificación del Título Coactivo dentro del Proceso Coactivo de la Seguridad Social al Empleador ARISUR INC., el cual se se tramita en el Juzgado Séptimo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, sin embargo de ello, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** señala en su Recurso Jerárquico que esta conducta no puede ser objeto de sanción por parte del Ente Regulador, ya que la misma haría referencia a un incumplimiento de otro proceso y no así a un acto del proceso penal, cual es el caso de autos.

Al respecto es importante aclarar a la recurrente que en ningún caso se le está sancionando por no haber realizado la notificación del Proceso Coactivo de la Seguridad Social al Empleador, sino porque el mismo no cumplió con las observaciones efectuadas en fecha 09 de enero de 2012, por la Unidad de Análisis y Solución Temprana de la Fiscalía.

Que, si bien la Administradora de Fondos de Pensiones, señala que no pudo cumplir con presentar la notificación del Título Coactivo al Empleador ARISUR INC., en razón a que éste nunca fue notificado, la recurrente debió haber presentado un memorial o en su caso apersonarse ante el Fiscal suscrito de la Unidad de Análisis exponiendo que no contaba con dicha documentación y que la misma sería subsanada y presentada una vez sea admitida la denuncia, ya en la etapa preparatoria.

Conforme lo señala el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal, la denuncia debe contener en lo posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los posibles autores y participantes, víctimas, y testigos y demás elementos que puedan conducir a la comprobación del hecho, no siendo éste un elemento indispensable para la presentación de la denuncia o admisión de la denuncia, y que si bien el Título Coactivo constituiría un elemento de convicción, el mismo puede ser presentado en etapa preparatoria, conforme lo señala el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal.

Toda vez que a decir del propio fiscal, el mismo probaría eventualmente el dolo, hecho que se considerará por parte del fiscal, para la imputación o acusación, sin embargo de ello y conforme ya se expuso, el dolo no es un elemento que deba ser probado a momento de presentar la denuncia penal, ya que estos elementos corresponden ser probados por el fiscal, dentro etapa preparatoria (investigativa – probatoria).

Que, el hecho de que la Administradora de Fondos de Pensiones no haya realizado ninguna diligencia para que la denuncia sea admitida, claramente demuestra que la misma no se comportó con el deber de un padre de familia, más aún cuando señala en su Recurso Jerárquico que no hubo negligencia en no presentar la recepción del Proceso Coactivo de la Seguridad Social (Nota de Débito Nº 33008) y no **detallar los nombres y domicilios de las víctimas; hechos que son totalmente irrelevantes** si antes no se acreditaba que la parte denunciada había sido previamente notificada con el Título Coactivo, lo cual como se señaló precedentemente no ocurrió.

En cuanto a la **tercera conducta,** la recurrente señala en su Recurso Jerárquico: "… *¿Qué sentido tenía presentarse dentro de los 30 días, si no se pudo cumplir con el UNICO* (sic) *acto procesal que habilitaba la admisión de la denuncia por parte del Misterio Público?…*".

Sobre el particular **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** claramente señala que ésta no se habría apersonado ante el Fiscal, en razón que, a decir de ella, no tendría sentido el presentarse al no contar con la notificación del Título Coactivo.

Al respecto se tiene que la Resolución de no Admisión Nº 31/2012 de 12 de abril de 2012, se encuentra fundamentada en el hecho de que el denunciante no se hubiera apersonado en el lapso de más de treinta (30) días de haber interpuesto la denuncia y de no haber subsanado la observaciones.

Hechos que claramente demuestran la dejadez y poco interés que tuvo la recurrente a momento de hacer que la denuncia prospere, demostrando desatención y descuido en cuanto al inicio de la acción penal, no existiendo por ende descargo o justificativo alguno válido para eximir del presente Cargo.

Por lo expuesto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido con el Principio de Tipicidad, en razón a que si bien la recurrente presentó la denuncia, la misma fue rechazada por la negligencia y archivada por dejadez de la Administradora de Fondos de Pensiones, hecho que ha dado lugar al incumplimiento a los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011.

2.2.2. De los Cargos Nº 2 y 3.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, al evidenciar la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Mediante nota APS/DJ/DPC/4123/2013 de 27 de febrero de 2013, la Entidad Reguladora señaló lo siguiente:

a) Conducta imputada para el Cargo Nº 2.-

"…

1. *El Fiscal Departamental de Potosí por Resolución N° 371/2012 de 04 de septiembre de 2012, señaló que el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que otorgó BBVA Previsión AFP S.A. al denunciante Edgar Martín Guzmán Arroyo es amplio e ilimitado por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser específico, consecuentemente, al no estar facultado para resolver la objeción presentada, ya que el denunciante no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes.*
   La falta de poder especial o específico a favor del mandatario, observado por el Fiscal Departamental de Potosí en la Resolución N° 371/2012, motivó a que no se pronuncie sobre el fondo objeción al rechazo a la denuncia), consecuentemente, queda ratificada la Resolución de 22 de junio de 2012, de la Fiscal de Materia - Ana María Chávez Cruz, que dispone rechazar la denuncia y las actuaciones policiales.
2. *La falta de poder especial en el mandatario (denunciante), pone en evidencia la vulneración a lo dispuesto por el artículo 81 del CPP, que establece: "**La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales",** disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 811 parágrafo II del Código Civil - CC, que señala: "El mandatario no puede hacer nada mas* (sic) *allá de lo que se le ha prescrito en el mandato", extremo que dio lugar a que la objeción no sea considerada y consecuentemente quede ratificado el rechazo de la denuncia.*
3. *La falta de poder especial en el mandatario, demuestra una total falta de cuidado en la tramitación del proceso penal (PP) que ocasiona perjuicio en la recuperación efectiva de los montos apropiados, motivo de la denuncia. Hecho, que además se pone en evidencia cuando la AFP por memorial de 04 de octubre de 2012, **adjunta nuevo Poder Notarial N° 1802/2012,** empero, fue en forma extemporánea, en consideración al plazo establecido para la interposición de la objeción de la denuncia señalado en el artículo 305 del CPP…"*

b) Conducta imputada para el Cargo Nº 3.-

"…

1. *El Fiscal Departamental de Potosí por Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, señaló que el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 que se adjuntó al memorial de la objeción (aunque en el mismo se señala otro número de poder, empero se adjunta otro) que otorgó BBVA Previsión AFP S.A. al denunciante Edgar Martín Guzmán Arroyo es amplio e ilimitado por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser específico, consecuentemente, al no estar facultado para resolver la objeción presentada, ya que el denunciante no se encuentra legitimado para hacer uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes.*

La falta de poder especial o específico a favor del mandatario (denunciante), con facultades para objetar el rechazo a la denuncia, fue observado por el Fiscal Departamental de Potosí en la Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, lo que motivo a que no se pronuncie sobre el fondo, consecuentemente, queda ratificada la Resolución de Rechazo de 17 de agosto de 2012, de la Fiscal de Materia - Dra. Victoria Fuertes Flores.

2. *La falta de poder especial en el mandatario (denunciante), observado por el Fiscal Departamental de Potosí, pone en evidencia la vulneración (de parte de la AFP) a lo dispuesto por el artículo 81 del CPP, que establece: **"La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales",** disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 811 parágrafo II del Código Civil - CC, que señala: "El mandatario no puede hacer nada mas* (sic) *allá de lo que se le ha prescrito en el mandato", extremo que dio lugar a que la objeción no sea considerada y consecuentemente quede ratificado el rechazo de la denuncia.*
3. *La absoluta falta de cuidado en la gestión judicial de parte de la AFP, que dio lugar al archivo de obrados y sus consecuencias, se hace más evidente en sentido, de que conforme señala el Fiscal Departamental en la Resolución N° 388/2012 de 12 de septiembre de 2012, en el memorial de la objeción a la denuncia (de 05 de septiembre de 2012), se adjunta el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011, pero se menciona otro (Poder Notarial N° 1802/2012), afirmación que se encuentra acorde al Informe (Representación) de 08 de octubre de 2012, de la Auxiliar Legal de la Fiscalía Departamental de Potosí, al señalar que en fecha 05 de septiembre de 2012, se presentó la objeción junto al Poder Notarial N° 71/2011 conforme al cargo de recepción, pero que posteriormente se presentó la abogada de la AFP, solicitando el cambio de poder, indicando que por error involuntario se presentó el incorrecto…*"

La conducta propia de la infracción tanto para el Cargo Nº 2 como para el Cargo Nº 3, corresponde a que la Administradora de Fondos de Pensiones, no habría presentado poder amplio y suficiente para interponer la denuncia, y por no haber presentado poder específico para objetar el rechazo ante el Fiscal del Distrito de Potosí.

Al respecto, de las conductas imputadas y sancionadas, se tiene que las mismas no hacen al incumplimiento de la norma sancionada, en razón a que en el caso de autos la recurrente cumplió con la presentación de la denuncia, si bien las mismas fueron rechazadas por el Fiscal de materia, así como el Fiscal de Distrito de Potosí, este hecho no se debió a la negligencia y dejadez por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, sino que el rechazo se debió al entendimiento tanto del Fiscal de Materia y del Fiscal de Distrito, sobre el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011, señalando que el mismo era insuficiente para interponer la denuncia, posteriormente para la presentación de Objeción al rechazo, argumentando que conforme el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, la querella podrá ser iniciada y proseguida por mandatario con poder especial que cumpla los requerimientos legales.

Nótese en este punto que los argumentos para el rechazo y posterior falta de personería de la Administradora de Fondos de Pensiones, hacen referencia a una querella, sin embargo,

en el presente caso se presentó una denuncia, por lo que la norma citada por el Fiscal de Distrito no aplica al caso de autos.

En este sentido, corresponde remitirnos a la norma que rige a la interposición de la denuncia y posterior rechazo, que señala:

- **Código de Procedimiento Penal.-**

  "…Artículo 16. (Acción Penal Pública). *La acción penal pública será ejercida por la Fiscalía, en todos los delitos perseguibles de oficio, sin perjuicio de la participación que este Código reconoce a la víctima.*
  (…)

  El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por ley…"

  "…Artículo 285. (Forma y Contenido). *La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal. Cuando sea verbal se hará constar en acta firmada por el denunciante y el funcionario interviniente. En ambos casos el funcionario que la reciba comprobará y dejara constancia de la identidad y domicilio del denunciante; a pedido del denunciante, estos datos podrán mantenerse en reserva que podrá ser levantada a efectos de hacerse efectiva su responsabilidad por denuncia falsa o temeraria. En todos los casos se le entregará una copia del original.*

  La denuncia contendrá, en lo posible, la relación circunstancia del hecho, con indicación de los autores y partícipes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y su tipificación…"

  "…Artículo 289. (Denuncia ante la Fiscalía). *El fiscal, al recibir una denuncia o información fehaciente sobre la comisión de un delito, dirigirá la investigación conforme a las normas de este Código, requiriendo el auxilio de la Policía y del Instituto de Investigaciones Forenses.* ***En todos los casos informará al juez de la instrucción el inicio de las investigaciones dentro de las veinticuatro horas…"*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Nótese que una vez presentada la denuncia por un delito público, como es el de **apropiación indebida de aportes,** el fiscal está obligado a dar inicio al proceso penal, debiendo comunicar al Juez Cautelar en el término de las veinticuatro (24) horas, el inicio de la acción penal.

"…Artículo 304. (Rechazo). *El fiscal mediante resolución fundamentada podrá rechazar la denuncia, la querella o las actuaciones policiales, cuando:*

1) Resulte que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no ha participado en él;
2) No se haya podido individualizar al imputado;
3) La investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación; y,

4) Exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

Artículo 305. (Procedimiento y efectos). *Las partes podrán objetar la resolución de rechazo, en el plazo de cinco (5) días a partir de su notificación, ante el fiscal que la dictó quien remitirá antecedentes al fiscal superior en jerarquía, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes..."*

- **Ley Orgánica del Ministerio Público de 11 de julio de 2012.-**

"…Artículo 55°.- (Ejercicio de la acción penal pública)

I. Las y los Fiscales en cumplimiento de sus funciones, realizarán todos los actos procesales necesarios, de manera pronta, oportuna, cumpliendo los plazos procesales y en tiempo razonable, en el ejercicio de la acción penal pública.

*II. Las y los Fiscales **podrán desestimar denuncias escritas,** querellas e informes policiales de acción directa en las que el hecho sea atípico, de persecución penal privada, no cumpla requisitos legales pertinentes, no **exista una relación fáctica clara o no existan los elementos necesarios para tomar una decisión**, en estos tres últimos casos se otorgará el plazo de 24 horas para subsanarla bajo alternativa de tenerla por no presentada…"*

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido, se tiene que la causal de rechazo utilizada por el Fiscal de Materia y Fiscal de Distrito de la denuncia, no se encuentra establecida en la normativa señalada precedentemente.

Ahora bien, conforme lo establece el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, los artículos 106 y 149 en sus incisos i) y v) de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, la Administradora de Fondos de Pensiones, en representación de sus Asegurados inició el Proceso Penal y a su vez en su condición de denunciante, cumplió con objetar las Resoluciones de Rechazo emitidas por el Fiscal de Materia.

Sin embargo de ello, el Fiscal de Distrito no entró a resolver la controversia al señalar que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** habría presentado un poder amplio y no especial para la objeción de la denuncia, consiguientemente se procedió al archivo de obrados.

Entonces es evidente que el rechazo no se debió a una falta de diligencia o deber de cuidado de la Administradora de Fondos de Pensiones, sino a un entendimiento de la Fiscalía de Distrito de Potosí, respecto a la presentación de la denuncia, por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y a la necesidad de un poder específico para la objeción de rechazo.

De lo referido, se tiene que la Administradora de Fondos de Pensiones, si cumplió con su obligación de dar inicio al Proceso Penal con la diligencia de un buen padre de familia y que si bien fue **archivada la causa penal** por disposición del Fiscal por los motivos anotados

más arriba, éste hecho no es de responsabilidad de la recurrente, considerando la Nota de Cargos presentada por la Autoridad Reguladora.

2.3. En cuanto a la preterintencionalidad.-

La recurrente señala que en ninguno de los casos sancionados existiría preterintencionalidad, toda vez que no existió intención, ni se causó daño económico a los Asegurados, sin embargo de ello, el Ente Regulador le hubiera sancionado con gravedad leve, aduciendo la existencia de preterintencionalidad, lo cual -a decir de la recurrente- no corresponde.

Previo al análisis de este punto, corresponde remitirnos al Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al Régimen de las Sanciones y Recursos, que determina:

> "***…Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD)***. *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*
>
> ***a)*** *Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros***.**
>
> ***b)*** *Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño*.
>
> ***c) Gravedad leve;*** *cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera* ***preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.***
>
> ***d)*** *Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado…*"
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora bien, de la lectura de la norma tenemos que, la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Por lo que corresponde entonces, referirnos a lo ya determinado por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2012 de fecha de 26 de enero de 2012, que a su vez ha recogido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006, que en cuanto a la preterintencionalidad señala:

> "*…Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción)* ***preterintencional la acción***

***u omisión voluntaria del sujeto**, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*

Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.

La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor".

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), ***sino también por una actitud culposa u omisiva…."*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Expuesto el precedente administrativo, se tiene entonces que, para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero: **la acción u omisión voluntaria del sujeto**, y el segundo: que la **acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso, tenga consecuencias mayores a la prevista.**

Entonces, importa revisar la conducta del infractor en el **Cargo Nº 1,** que conforme ya se refirió en el análisis realizado precedentemente, la recurrente señala en su Recurso Jerárquico que no tendría sentido presentarse dentro de los treinta (30) días si no se pudo cumplir con el único acto procesal que habilitaba la admisión de la denuncia por parte del Misterio Público.

Hecho que claramente demuestra que **la acción de no presentarse fue voluntaria por parte de la recurrente**, lo cual derivó en **consecuencias mayores a la prevista,** es decir en el **rechazo de la denuncia,** por lo tanto se confirma la preterintencionalidad con la que ha actuado la Administradora de Fondos de Pensiones en el Cargo N° 1.

En cuanto a los Cargos Nº 2 y 3, conforme el análisis realizado en el punto 2.2. es evidente que no existió paralización y negligencia en el inicio del proceso penal por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** toda vez que el correspondiente rechazo y paralización del proceso, se debió a factores externos a su responsabilidad, no existiendo por ende incumplimiento a la normativa imputada y su correspondiente sanción.

2.4. En cuanto a la documentación presentada.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que todos los procesos penales que se habrían iniciado en la Fiscalía de Distrito de Potosí, estarían siendo rechazados con el argumento de que el poder fuera insuficiente, ya que a decir de la Fiscalía de Distrito de Potosí, la Gestora Pública, actualmente las Administradoras de Fondos de Pensiones, no podrían presentar denuncias como representante de sus Asegurados y que deberían ser estos últimos en su calidad de víctimas, los que inicien las denuncias penales por el delito de Apropiación Indebida de Aportes.

Asimismo señala que existirían irregularidades en la Fiscalía Departamental de Potosí, toda vez que en fecha 5 de julio de 2012, se emitieron siete (7) Resoluciones confirmatorias de rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011 y ese día existían dos Fiscales de Distrito ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí, adjuntando para ello la siguiente documentación como prueba.

a) Nota PREV-COB-332/09/2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, dando información sobre los rechazos de las denuncias penales por Apropiación Indebida de Aportes.
b) Nota PREV-COB-366/10/2012 de fecha 17 de octubre de 2012, dando respuesta al requerimiento realizado por el Ente Regulador mediante nota APS/DPC/7800/2012.
c) Nota PREV-COB-488/12/2012 de fecha 12 de diciembre de 2012, dando respuesta al requerimiento realizado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/9560/2012.
d) Nota PREV-COB-001/01/2013 de fecha 02 de enero de 2013.
e) Nota PREV-COB-044/01/2013 de 01 de febrero de 2013.
f) Nota PREV-COB-052/02/2013 de 07 de febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la Entidad Reguladora mediante nota APS/DPC/10038/2013.
g) Nota PREV-COB-053/02/2013 de fecha 15 de febrero de 2013, dando información sobre los rechazos de las denuncias penales por Apropiación Indebida de Aportes.
h) Nota PREV-COB-076/02/2013 de fecha 25 de febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la Entidad Reguladora con cite APS/DPC/10038/2013.
i) Nota PREV-COB-077/02/2013 de fecha 25 de febrero de 2013, dando respuesta al requerimiento de la nota APS/DPC/553/2013.
j) Nota PREV-COB-093/03/2013 de fecha 07 de marzo de 2013, pidiendo una reunión trabajo a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para analizar como primer tema, la situación que se ha presentado en la fiscalía del Distrito Judicial de Potosí.

Resoluciones de la Fiscalía Departamental de Potosí, firmadas por distintos Fiscales en el mismo día:

a) Resolución N° 293/2012, correspondiente al Caso N° I3P 121366, firmada por el Dr. Luis Antonio Yutronic como Fiscal Departamental, en fecha 05 de julio de 2012.
b) Resolución N° 294/2012, correspondiente al Caso N° I3P 121379, firmada por el Dr. Luis Antonio Yutronic como Fiscal Departamental, en fecha 05 de julio de 2012.
c) Resolución N° 285/2012, correspondiente al Caso N° I3P 121249, firmada por el Dr. Trifón Romero Arratia como Fiscal Departamental, en fecha 05 de julio de 2012.
d) Resolución N° 278/2012, correspondiente al Caso N° I3P 121043, firmada por el Dr. Trifón Romero Arratia como Fiscal Departamental, en fecha 05 de julio de 2012.
e) Resolución N° 290/2012, correspondiente al Caso N° I3P 121232, firmada por el Dr. Trifón Romero Arratia como Fiscal Departamental, en fecha 05 de julio de 2012.

De la revisión de la documentación adjunta al caso de autos, se tiene que esta instancia jerárquica no tiene competencia para conocer los hechos denunciados, ya que los mismos corresponden ser investigados por Autoridades jurisdiccionales, y que a su vez revisada la documentación presentada se tiene que la misma no corresponde al presente proceso, por lo que impide a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas pueda emitir el pronunciamiento respectivo.

Sin embargo de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá poner en conocimiento del Fiscal General de la República sobre estos hechos y deberá realizar cuanta gestión sea necesaria, a fin de evitar un perjuicio al Sistema Integral de Pensiones, en cuanto al inicio de acciones penales por el delito de Apropiación Indebida de Aportes por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis respecto al Principio de Tipicidad y la graduación de la sanción, específicamente en cuanto al haber determinado preterintencionalidad en el Cargo N° 1, tal cual se evidencia de la fundamentación expuesta en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin embargo, en cuanto al Cargo N° 2 y 3, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha hecho una correcta valoración de la prueba, toda vez que conforme el análisis realizado ut supra, el rechazo de las denuncias no se debió a una falta de diligencia o negligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, sino a una determinación por parte del Fiscal de Distrito de Potosí.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirma parcialmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 832-2013 de 11 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 360-2013 de 16 de abril de 2013, dejando sin efecto los incisos b) y c) del artículo Primero y el numeral 2) del artículo Segundo, y manteniendo vigente el inciso a) del mismo artículo Primero y el numeral 1) del artículo Segundo, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 849-2013 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 010/2014 DE 12 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2014

La Paz, 12 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 004/2014 de 6 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 011/2014 de 17 de enero de 2014**,** ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 4 de octubre de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Gerente General, Sra. Martha Olga Lucca Suárez, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 84/2004 de fecha 1º de julio de 2004, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 15 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Cristina Ibáñez Brown, presentó Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/8287/2013, con fecha de recepción 9 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de 17 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de octubre de 2013, notificado en fecha 18 de octubre siguiente, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de 17 de septiembre de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 23 de octubre de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** deja constancia que, "*revisado el expediente*" remitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se encuentra conforme con el contenido del mismo.

Que, en fecha 11 de noviembre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, también en el memorial -supra mencionado- de 23 de octubre de 2013, y conforme fuera dispuesta por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 087/2013, de 1º de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/6060/2013 de 13 de junio de 2013, notificó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el siguiente cargo:

> "…***Incumplimiento a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 12 y al artículo 30 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998****, por haber presentado al 31 de diciembre de 2013 una insuficiencia de reservas de siniestros pendientes por un monto de Bs3.216.270.59.- (Tres Millones Doscientos Dieciséis Mil Doscientos Setenta BOLIVIANOS con 59/100), suma que representa el 22.11% del total de las reservas que debía constituir.*
>
> *En consecuencia,* ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175…"

2. NOTA DE DESCARGOS.-

Mediante nota GAF/0594/2013 de 4 de julio de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta los siguientes descargos:

"(…)

- *Con relación al monto de la deficiencia de reserva indicada en su cite, nos permitimos aclarar que tal diferencia no fue establecida a priori por la Compañía.*

- *Nuestra Compañía en su evaluación preliminar de los Estados Financieros de la gestión 2012, no estableció deficiencia alguna, habiendo tomado conocimiento de la misma recién en fecha 14 de febrero de 2013, cuando se llevó a cabo una reunión entre Ejecutivos de la APS y Ejecutivos de nuestra Compañía, donde la APS expuso la deficiencia en las reservas de siniestros al 31 de Diciembre de 2012, antes de la presentación oficial de los Estados Financieros auditados a la Autoridad Reguladora.*

- *Evaluando tal información, se determinó que por un error de parametrización en la distribución de reservas de siniestros entre retención y cesión a reaseguro, es que se determino* (sic) *la existencia de la deficiencia.*

- *A partir de entonces y después de un arduo proceso de depuración de información y de aclaración de diferencia entre ambas instituciones, nuestra compañía procedió a regularizar tal diferencia en los Estados Financieros auditaos* (sic) *al 31 de Diciembre de 2012.*

Por lo indicado consideramos que al diferencia de la reserva encontrada fue regularizada oportunamente y por ende la misma no distorsionó la exposición de los Estados Financieros auditados presentados oficialmente ante su Autoridad, y en tal sentido nos permitimos solicitar se deje sin efecto la presente (sic) *notificación de cargos…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 645-2013 DE 19 DE JULIO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013 de 19 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió lo siguiente:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR*** *a la* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil Un 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.001 UFV's) por la insuficiencia verificada en la constitución de reservas técnicas al 31 de diciembre de 2012, adecuando su conducta a lo*

dispuesto en el artículo 17.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003.

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- *La* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado con el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción…"*

Los argumentos presentados en la citada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que las normas acusadas de incumplimiento por parte de la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, establecen:*

a) *El* ***artículo 12.c) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS:…c)*** *Mantener el capital mínimo y mantener las reservas técnicas."*

b) *El* ***artículo 30 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998: "RESERVAS TÉCNICAS:*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente, al menos, las siguientes reservas:…****c)*** *Reservas para siniestros pendientes".*

CONSIDERANDO:

Que la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, en los descargos presentados señala (en resumen) que:*

a) *La deficiencia no fue establecida a priori por la Compañía.*

b) *Recién se entera de la deficiencia el 14 de febrero de 2013 a raíz de reuniones con la APS.*

c) *La deficiencia tuvo como causa un error de parametrización en la distribución de reservas de siniestros entre retención y cesión a reaseguros.*

d) *A partir de entonces y producto de arduas reuniones con la APS, la Compañía procedió a regularizar la deficiencia.*

e) *Por lo que la deficiencia fue regularizada oportunamente sin que se haya distorsionado la exposición de los Estados Financieros.*

CONSIDERANDO:

Que como puede verificarse, la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *admite que incurrió en la insuficiencia acusada, aunque matizada con que "a priori, no sabía de la insuficiencia", y que se trató de "un error de parametrización".*

Que conforme la evaluación técnica de las pruebas de descargo, se tiene que la Compañía de Seguros argumenta que la deficiencia comunicada por la APS, mediante nota CITE: APS/DESP/DJ/DS/6060/2013 no fue establecida toda vez que FORTALEZA S.A. recién tomó conocimiento del hecho en fecha 14 de febrero de 2013. Este argumento vertido por la entidad aseguradora no es real, toda vez que esta APS mediante carta APS/DS/JTS/17022/2013 de 5 de febrero de 2013, comunicó a Fortaleza respecto de la existencia de las deficiencias detectadas en la constitución de reservas, en casos específicos, además de convocar a los representantes a una reunión programada para el día 13 de febrero de 2013.

Que no obstante lo anterior, es importante señalar que el objeto de la sanción no es confirmar o establecer la fecha en que se determinó la existencia de la insuficiencia de reservas; el objeto del procedimiento sancionatorio radica en la existencia misma de la insuficiencia de reservas, al margen de cuando esta haya podido determinarse.

Que es importante destacar que mediante nota CITE Nº GAF/034/2013 la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *remitió a este Órgano Fiscalizador la Base de Datos de Reservas de Riesgos en Curso, Siniestros Reclamados por Liquidar, Siniestros Pagados y Siniestros de Cauciones al 31 de diciembre de 2012, de cuya evaluación la APS observó las Reservas Técnicas de Siniestros Pendientes de Cauciones y Fianzas, estableciendo la existencia de una deficiencia de Bs4.675.662.31 (Cuatro Millones Seiscientos Setenta y Cinco Mil Seiscientos Sesenta y Dos 31/100 Bolivianos).*

Que de manera posterior y luego de dos reuniones llevadas a cabo con los ejecutivos de la Compañía de Seguros, el órgano de fiscalización emitió el Informe Técnico APS/DS/JTS/200/2013 que determinó que la deficiencia alcanzaba a la suma de Bs3.216.270.59 (Tres Millones Doscientos Dieciséis Mil Doscientos Setenta 59/100 Bolivianos) misma que debía ser constituida en los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2012.

Que es menester resaltar que el monto de la deficiencia, Bs3.216.270.59 constituye el 21.11% del total del dinero que la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *debió constituir del 100% equivalente a Bs14.544.807.82.*

Que otro elemento a tener en cuenta es que si bien es cierto que a la postre, la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *regularizó la deficiencia en los Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 2012, sin embargo debe tenerse presente que estos documentos se presentan el 28 de febrero de cada gestión, por lo que, a la fecha de corte en la que se detectó la deficiencia de*

reservas, la compañía estaba incumpliendo el artículo 12 inciso c) y el artículo 30 inciso c) de la Ley de Seguros.

CONSIDERANDO:

Que como ya se indicó el incumplimiento se encuentra enmarcado en cuanto a la conducta, por el artículo 12.c de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y la sanción subsecuente se halla determinada por el artículo 17.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se consideran como ***infracciones graves****, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) Doscientas Mil Uno Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV) las siguientes:* ***m)*** *Presentar insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% de la reserva determinada por la normativa…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 20 de agosto de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***2. INTERPONE RECURSO DE REVOCATORIA.-***

2.1. NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR CARECER DE CAUSA.

El artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo (2341) establece que son elementos esenciales del acto administrativo: "b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable". En el caso concreto tenemos lo siguiente:

La APS mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 645-2013 de fecha 19 de julio de 2013, acto administrativo de carácter particular y definitivo, impone a la Compañía que represento una sanción, ***cuya causa -afirmamos- se encontraría subsanada de nuestra parte****, al respecto nos caben los siguientes comentarios:*

a) La APS en los párrafos quinto, sexto y séptimo del sexto considerando de la Resolución recurrida en una verdadera confesión de parte, ***admite que de nuestra parte hemos cumplido con subsanar cualquier observación en referencia a la deficiencia en la constitución de las reservas técnicas****.*

b) Cabe destacar en este punto que la deficiencia fue resuelta durante el periodo de verificación que realizaba la APS sobre este particular aspecto (véase descargos presentados en fecha 25/02/2013). ***Esto quiere decir que, cumpliendo con lo observado por la autoridad fiscalizadora, de nuestra parte se revisó el hecho de la insuficiencia y en base a nuestro propio análisis se logró determinar que existía un monto de reservas en carencia mucho menor que el aludido por la APS****.*

c) *Lo señalado anteriormente muestra que un ejercicio normal de supervisión ejecutado por parte de la APS en cumplimiento de las prerrogativas que le confiere el artículo 31 del D.S. 27175, la Compañía que represento advirtió la carencia la corrigió e incluyo* ***esta reserva en los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2012, los cuales fueron presentados al 28 de febrero de 2013, es decir, en forma y tiempo oportunos****.*

La conclusión arribada precedentemente, muestra con claridad que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 645-2013 de fecha 19 de julio de 2013 recurrida tiene como causa un hecho subsanado oportunamente, el cual no puede servir de fundamento para imponer sanción alguna.

Por tanto, al ***no*** *existir ya falencia alguna en nuestros Estados Financieros y su presentación oportuna y por el contrario habiendo dado cumplimiento a las recomendaciones de la APS,* ***la causa para iniciar cualquier proceso sancionatorio despareció****.*

En consecuencia, no existiendo causa, la Resolución impugnada no tiene sustento -por tanto- al no cumplir con uno de los elementos esenciales del acto administrativo, este es nulo de pleno derecho *al amparo del propio artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo debiendo declararse así por ser de estricta justicia.*

2.2. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/ N° 645-2013 DE FECHA 19 DE JULIO DE 2013, POR SER UN ACTO ADMINISTRATIVO CARENTE DE OBJETO.

2.2.1. Con la finalidad de desarrollar el presente argumento, pasamos a detallar conceptos importantes:

Acto Administrativo:

Es toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.
El objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina, tiene que ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. El acto debe decidir, certificar o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento. La ilegitimidad del objeto puede resultar en una violación a la Constitución Política del Estado, a la ley o a los reglamentos.

Principio de Igualdad y Proporcionalidad:

El inciso c) del artículo 2 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros establece lo siguiente: "Las sanciones impuestas deberán enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, ***tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse****" (Las negrillas son nuestras).*

Principio de Buena Fe:

El inciso e) del artículo 4 de la Ley 2341 señala:

"Artículo 4°.- (Principios generales de la actividad administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo".

Reservas Técnicas de Siniestros:

Es la provisión técnica por siniestros ocurridos y estimados a cargo de la entidad, cuyo objetivo es afrontar los costos de indemnización por siniestros, en cumplimiento al contrato suscrito para tal efecto. La constitución de reservas técnicas de siniestros, es el inicio del proceso de indemnización, que se realiza en forma secuencial y cronológica entre la entidad y el asegurado, conforme al acontecimiento que ocasionó el evento y documentos que se requieren para respaldar el mismo.

2.2.2. Equiparando los conceptos citados con el caso concreto encontramos lo siguiente:

a) De la lectura de la comunicación de deficiencia en reservas técnicas, formulación de cargos y de la Resolución Sancionatoria hoy recurrida podemos verificar que la APS en ningún momento señalo que no se habría constituido las reservas técnicas, por el contrario en todo momento se manifestó que si bien la Reserva estaba plenamente constituida ***"existiría" una deficiencia o carencia de cierto monto de la misma****.*

b) Continuando, aseveramos que la Compañía sí mantuvo la Reserva en todo momento, y que sí bien fue advertida ***con la carencia de parte la*** (sic) ***misma*** *por los informes de Estados Financieros PRELIMINARES presentados, la Compañía evidenció las reservas dentro del plazo establecido, reflejado en los Estados Financieros Auditados a 31 diciembre de 2012, presentados al 28 de febrero del año en curso.*

c) En virtud a lo expuesto el ***objeto*** *del proceso sancionatorio era verificar precisamente si luego de las actuaciones descritas en los incisos a) y b) existía o no incumplimiento por parte de la Compañía a los requerimientos de la APS y si tal cual establecen los incisos c) del artículo 12 y 30 de la Ley de Seguros 1883 se habría infringido la norma.*

Se debe hacer notar que ambos artículos refieren a la obligatoriedad de mantener reservas técnicas para siniestros pendientes.

d) Al respecto, nuevamente insistimos que la propia APS tomó convencimiento en todos sus actuados que la Compañía ***sí*** *mantenía las Reservas prescritas por la normativa, sin embargo el hecho que le preocupaba era la detección* ***de una insuficiencia y no así de una inexistencia****. Por tanto, ambos artículos que son la base de formulación de cargos y posteriormente del acto administrativo no eran de aplicación exacta al presente caso.*

No obstante, esta insuficiencia luego de ser revisada y determinada por la Compañía en su monto fue completamente absuelta y regularizada en forma y tiempo oportuno.

Por lo expuesto, se verifica con claridad que el procedimiento sancionatorio aplicado la APS no tomó en cuenta los principios que guían la actividad pública y consiguientemente perdió el objeto del proceso sancionador, ya que, no tomó en cuenta los descargos presentados, tampoco la proporcionalidad de la sanción, la buena fe y otros principios que le hubiesen permitido un acto administrativo sin vicios.

En consecuencia, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 carece de objeto claro porque no se deduce cual era el fin de pronunciarse sobre hechos enmendados a tiempo luego de un proceso de verificación por parte de la APS. En tal sentido, en virtud del inciso b) del artículo 35 dicho acto administrativo es nulo de pleno derecho debiendo declararse así.

2.3. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/ N° 645-2013 DE FECHA 19 DE JULIO DE 2013, POR VIOLAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

2.3.1. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha emitido un Acto Administrativo carente de causa, objeto, sustrato legal y atentatorio al principio de legalidad, al imponer sin fundamento jurídico una sanción que no se adecúa a la conducta de la Compañía.*

Al respecto, vale la pena mencionar el uniforme criterio de los tratadistas del Derecho Administrativo, los cuales señalan taxativamente:

"Cuando hay imposibilidad de hecho por falta o inexistencia de sustrato jurídico, es decir, como la aplicación de una sanción disciplinaria que no prevé el ordenamiento jurídico, el acto administrativo es nulo".

2.3.2. *Afirmamos la nulidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 645-2013 de fecha 19 de julio de 2013, debido a los siguientes argumentos:*

i) Dicho acto sanciona a nuestra empresa con la imposición de una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil Un 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.0001 UFV's) ***sanción que según el artículo 17 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS No 602 de 24 de octubre de 2003, corresponde a una Infracción Grave***.

ii) Al respecto, de la revisión del artículo 52 de la Ley 1883 concordante con el artículo 15 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros encontramos lo siguiente:

Artículo 15.- (Infracciones) (...) Son infracciones graves las que corresponden al incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y ***que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros*** *(las negrillas son nuestras)".*

Comparando la normativa con los hechos se verifica lo siguiente:

- ***La carencia de Reservas Técnicas de Siniestros observada fue subsanada en la presentación oficial de los Estados Financieros Auditados a Diciembre de 2012 la cual se remitió a la Autoridad en tiempo oportuno***.

- *Esto quiere decir que, de nuestra parte enmendamos a tiempo la observación,* ***por tanto NO SE CAUSO*** (sic) ***DAÑO ECONÓMICO O PERJUICIO A LA ENTIDAD, ASEGURADOS, TOMADORES, BENEFICIARIOS DEL SEGURO O TERCEROS***.

- *El pretender adecuar una conducta que se subsano oportunamente, y que no causo daños infringe el principio de legalidad,* ***ya que se estaría pretendiendo atribuir a la conducta una sanción por demás dañosa que no condice con los datos del proceso***.

2.3.3. *El Acto Administrativo debe estar clara y expresamente previsto en la norma que busca aplicar para la sanción, debe darse el antecedente previsto en la norma para la aplicación de la misma, actuando con tipicidad y taxatividad, respetando ante todo el principio de legalidad. La Resolución recurrida ha violado con ello los Artículos 116 y 117 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 72 y 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo, los cuales textualmente expresan:*

"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente ley y disposiciones reglamentarias aplicables".

Vale la pena destacar que el principio de legalidad no solamente encuentra su expresión en el hecho de inexistencia de una ley formal y previa, sino amplia (sic) su espectro a la situación en la que la ley existe -sin embargo- esta no está siendo aplicada correctamente, cual es el caso presente. Al respecto, vale la pena citar el artículo 62 del Decreto Supremo No 27175 el cual textualmente establece:

"Artículo 62.- (Legalidad).

I. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, ***preservando la legalidad*** *en todos sus actos.*

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de ***seguridad jurídica****, de respeto al* ***debido proceso*** *y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N" 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables" (las negrillas son nuestras).*

2.3.3. (sic; debió decir *2.3.4) Continuando, La* (sic) *Autoridad de Fiscalización y Control Pensiones y Seguros - APS, tiene el deber de controlar y fiscalizar velando por los intereses de la sociedad. Si pretende castigar a la Compañía con una sanción que no se adecúa al hecho ocurrido, se estaría ante un detrimento únicamente de la Compañía.*

La esencia de la sanción administrativa plasmada en la multa por la infracción de gravedad, es la de enmendar un incumplimiento que por su gravedad cause daño económico a la propia Compañía o a terceros con los quien contrata o beneficia, en consecuencia, no existiendo ningún perjuicio, la multa que se nos pretende imponer estaría yendo solamente en contra de la estabilidad económica de la Compañía Aseguradora, lo que si representa un daño que nos infligiría la Autoridad Fiscalizadora.

Sobre el punto el artículo 232 de la Constitución Política de Estado prescribe cual debe ser el comportamiento de las servidoras y servidores públicos al establecer:

*"La Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, **legalidad**, **imparcialidad**, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados" (las negrillas son nuestras).*

Por los motivos precedentemente expuestos, se puede verificar que la decisión unilateral y discrecional de la Autoridad de Fiscalización y Control Pensiones y Seguros - APS se encuentra en franca violación con os (sic) ***artículos 116. 177, 119 y 232 de la Constitución Política del Estado, vulnerando los artículos 72 y 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 15 del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS No 602. En consecuencia, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 645-2013 de fecha 19 de julio de 2013 es nula de pleno derecho, de conformidad al inciso d) del artículo 35 la Ley de Procedimiento Administrativo debiendo ser declarada así en estricto apego al ordenamiento jurídico en actual vigencia***.

3. PIDE

*En virtud a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, al amparo del Art. 11 de la Ley 2341 y dentro del plazo establecido por el Art. 64 de la misma, interpongo **RECURSO DE REVOCATORIA** en contra de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS / DJ / DS / N° 645-2013 de fecha 19 de julio de 2013, solicitando a su Autoridad que, la luz de los hechos, se sirva **ACEPTAR** el presente recurso y, en consecuencia, **revocar la misma, por ser NULA de pleno derecho**…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 849-2013 DE FECHA 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, hizo presentes los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que en resumen, los argumentos de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** que sustentan su Recurso de Revocatoria consisten en que la Resolución impugnada es*

nula por carecer de causa, objeto y violar el principio de legalidad, incumpliendo los artículos 116, 177, 119 y 232 de la CPE, artículos 72 y 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 15 de la Resolución Administrativa IS N° 602, pues las observaciones se habrían subsanado en tiempo y forma oportunos a momento de presentarse los Estados Financieros oficiales el 28 de febrero de 2013, en adición, como fueron subsanadas gracias a análisis de la propia aseguradora, nunca se habló de inexistencia de reservas, sino, de la existencia de un monto inferior de las reservas que debían corresponder.

CONSIDERANDO:

Que expuestas las alegaciones de ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, conviene proceder al análisis de las mismas:*

Que en relación al argumento 1 expuesto en el cuarto Considerando de la presente resolución, la carta CITE: GAF/0148/2013 de 25 de febrero de 2013 de ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, recibida en la APS en la misma fecha, no es indicativa de que la deficiencia en la constitución de las reservas técnicas por Bs3.216.270,59 sean producto "del análisis propio de la aseguradora".*

Que en efecto, dicha carta, entre sus aspectos más relevantes, alude a que se adjunta un cuadro en el que "se demuestra" que la diferencia llega a Bs3.216.270,59 y que dicha diferencia, se reflejará en los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2012, tal cual se acordó en la Reunión de 14 de febrero de 2013.

Que algo digno de destacar es que ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *tomó conocimiento de la deficiencia observada en las reservas técnicas en* ***fecha 6 de febrero de 2013, mediante la carta CITE:APS/DS/JTS/17022/2013 de 5 de febrero de 2013*** *(observación ratificada en la reunión del 14 de febrero de 2013), no pudiendo señalar que se enteró "gracias a su propio análisis", como lo expresó en su carta de descargos CITE: GAF/0594/2013 de 4 de julio de 2013, al señalar que "Nuestra compañía en la evaluación preliminar de los Estados Financieros de la gestión 2012, no estableció deficiencia alguna, habiendo tomado conocimiento de la misma,* ***recién*** *en fecha 14 de febrero de 2012 cuando se llevó a cabo una reunión con ejecutivos de la APS…" (las negrillas corresponden a la APS).*

Que en cuanto al ***argumento 2*** *de la recurrente, expuesto en el cuarto Considerando de la presente resolución, referida a la* ***"Nulidad del Acto administrativo por carecer de causa"*** *habrá en principio que recurrir a la doctrina para entender qué debe entenderse por "causa" del acto administrativo.*

Que la doctrina es uniforme y concordante con lo prescrito por el inciso b) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, al establecer que por "causa" del acto administrativo ha de entenderse los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo".

*Que en este contexto, es la propia alegación de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** que otorga la razón a la APS; indudablemente al 31 de diciembre de 2012 la entidad presentaba una insuficiencia de reservas de siniestros pendientes por un monto de Bs3.216.270.59, contravención que se encuentra tipificada como grave en el artículo 17.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 que señala: "**presentar insuficiencia** en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% de la reserva determinada por la normativa.".* (sic) *De ahí que no entendemos la razón por la que se habla de **inexistencia** cuando la Resolución impugnada nunca acusó de tal sino, de una insuficiencia en la reserva técnica ante la evidencia de una cuantía menor a la determinada en la norma. Se reitera entonces que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013 de 19 de julio de 2013 no sanciona por la **inexistencia** de las reservas técnicas, sino, la **insuficiencia** del monto reservado.*

*Que en cuanto a la alegada subsanación de la observación (como sustento de la inexistencia de causa) referente a la deficiencia de la reserva técnica, corresponde señalar que en fecha 14 de enero de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** remite la carta CITE: GAF/0034/2013, por la que envía la base de datos concerniente a sus estados financieros al 31 de diciembre de 2012 y de cuya consecuencia, la APS emite la carta CITE: APS/DS/JTS/17022/2013 de 5 de febrero de 2013 (recibida por la recurrente el 6 de febrero del mismo año), mediante la cual, advierte a la aseguradora de la deficiencia en la constitución de reservas técnicas en tres casos; en adición, comunica que se ha verificado una considerable deficiencia en sus reservas de siniestros, convocando a una reunión para el miércoles 13 de febrero de 2013.*

Que se observa entonces, que fue la APS quien advirtió primigeniamente sobre el hecho y no como afirma la aseguradora que las deficiencias fueron determinadas "por ella misma", o "por su propio análisis".

*Que al margen de dichas alegaciones queda por demás claro que al 31 de diciembre de 2012 sí existía una insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% permitido por ley, es decir Bs3.216.270,59 que representan el 21.11%, por lo que la **subsanación** realizada de manera posterior (cuando presenta sus Estados Financieros el 28 de febrero de 2012) no modifica la situación inicial; es decir no modifica que al 31 de diciembre de 2012 existía insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros.*

*Que lo único que hizo **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** al presentar sus estados financieros el 28 de febrero de 2013 (al 31 de diciembre de 2012) fue oficializar la deficiencia observada por la APS en su momento, como se explicó precedentemente.*

*Que luego, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013 de 19 de julio de 2013 **sí** contiene causa, o lo que es lo mismo, está sustentada en "antecedentes o circunstancias de hecho y en el derecho" aplicable, y a eso se refieren los párrafos quinto, sexto, y séptimo del sexto Considerando de la resolución recurrida, que*

*erróneamente, es interpretada por **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, como si la APS reconociera que no existe materia justiciable en este caso.*

Que aún más, de la revisión del contenido y estructura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645 de 19 de julio de 2013, se verifica que a partir del segundo Considerando se desarrollan los hechos, las normas acusadas de incumplidas y a partir del quinto Considerando y de manera cronológica, hechos y consecuencias de los mismos que revelan la exposición del fundamento.

*Que en cuanto al **argumento 3**, respecto a la **ausencia de objeto** en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, vale la pena parafrasear lo que sostiene el **profesor Marienhoff** cuando manifiesta que el objeto es "el contenido del acto; es decir, la disposición concreta del administrador, lo que éste manda y dispone, pudiendo ser positivo o negativo". Concordante con este entendimiento, el artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 agrega además que el objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*

*Que el objeto o lo que disponen los Resuelve Primero, Segundo y Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013 **(multa de 80.001 UFV's por incumplir el artículo 17.m. de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, así como el tiempo y la forma de pago)** es cierto en tanto y en cuanto es verificable, determinable preciso y concreto. Es lícito **(la APS tiene potestad para imponer sanciones como la impugnada, por imperio de la Ley)** toda vez que la contravención y la sanción se encuentran tipificadas. Es materialmente posible porque el monto de la multa, el plazo y la forma son realizables y no ideales o imposibles.*

*Que se reitera, la sanción no es por inexistencia de reservas técnicas, sino, por deficiencias o insuficiencia en la constitución de las mismas; esto es 21,11% en relación al monto de Bs.14.544.807,82, expresamente reconocido por **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, no solamente en su carta de descargos CITE: GAF/0594/2013 de 4 de julio de 2013 cuando señaló que "se enteró de la deficiencia en las reuniones con la APS" y que "a priori, no sabía de tal deficiencia", sino también en el memorial del recurso, donde se repiten los argumentos.*

Que sin embargo debe dejarse claramente sentado que el objeto del acto administrativo que es lícito, verificable y posible fue imponer una sanción de multa a la entidad aseguradora por incumplir el artículo 17.m de la Resolución Administrativa IS N° 602, como una advertencia para evitar ulteriores graves consecuencias que pudieran comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad; pero de ninguna manera, el "objeto" fue "verificar si existía o no reservas técnicas" como erróneamente asevera la aseguradora.

*Que en cuanto al **argumento 4** de la recurrente, expuesto en el cuarto Considerando de la presente resolución, referido al **principio de legalidad**, entendido como el marco de actuación de la Administración Pública de sometimiento pleno a la Ley presumiéndose su legitimidad, salvo expresa declaración judicial en contrario, debe*

indicarse que si bien la subsanación es un hecho, este hecho se materializó recién el 28 de febrero de 2013 en ocasión de presentar los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2012, pero la irregularidad ya estaba presente mucho antes de la presentación de la carta de 14 de enero de 2013 GAF/0034-2013 (esto es, casi un mes y medio después) y no cuando recién se envía los Estados Financieros el 28 de febrero de 2013; por lo que cualquier subsanación fue extemporánea a esa fecha verificándose de esta manera el incumplimiento sancionado.

Que el artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala que: "Son infracciones graves las que corresponden al incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros".

Que efectivamente y como lo menciona la entidad recurrente está disposición legal alude al incumplimiento no enmendable y en esta relación existe certeza de que el incumplimiento fue subsanado. El artículo 15 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 alude a las infracciones graves que corresponden al incumplimiento, no enmendable en perfecta armonía con lo dispuesto en el referido artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998. En cuanto a los efectos de tal incumplimiento, el hecho de ***que SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *hubiera constituido reservas técnicas en monto menor al prescrito, causa perjuicio potencial. Si a sabiendas de ese potencial riesgo (por las cartas intercambiadas, base de datos recibida y estados financieros al 31 de diciembre de 2012 analizados) la APS no hubiera accionado preventivamente, sería sujeto de responsabilidad por omisión. Debe recordarse que es la Ley N° 1883 de 25 de junio 1998 que otorga facultades para velar por la transparencia de las operaciones del mercado de seguros; velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras; proteger a los asegurados, etc.) de acuerdo al artículo 41. La APS ha estado monitoreando este tipo de actividades, como es su deber, para prevenir contingencias.*

Que no obstante no existir duda sobre la contravención administrativa (insuficiencia en la constitución de reservas técnicas al 31 de diciembre de 2012) en que incurrió ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, esta APS ha considerado las atenuantes de la conducta, entre las cuales se halla la subsanación de la carencia de reservas técnicas, razón por la cual la gradación de la sanción debe ser corregida; mutándose de infracción grave a leve.*

Que en cuanto al ***argumento 5*** *respecto del daño emergente de la multa impuesta, debe manifestarse que la multa en este caso no es más que la consecuencia de la materialización de la hipótesis normativa a la que* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *está sujeta, al haber incurrido en la deficiencia de constitución de reservas técnicas, expresamente reconocida además por dicha aseguradora, por lo que no es de buen recibo trasladar las consecuencias de las inconductas al ente fiscalizador*

Que finalmente, indicar que la pretendida nulidad no adquiere entidad para su procedencia debido a que los argumentos desplegados por ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *no son suficientes para deferir a la misma, correspondiendo confirmar parcialmente la resolución recurrida…*"

Con base en tales argumentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 resuelve:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013 de 19 de julio de 2013, cuyo Resuelve Primero queda redactado de la siguiente manera:*

"***ARTÍCULO PRIMERO.- SANCIONAR*** *a la* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a 39.186.-UFV's (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis Unidades de Fomento a la Vivienda) por haber presentado al 31 de diciembre de 2012 una insuficiencia de reserva de siniestros pendientes por un monto de Bs3.216.270.59 (Tres Millones Doscientos Dieciséis Mil Doscientos Setenta 59/100 Bolivianos)".*

SEGUNDO.- SE INSTRUYE *que por la Dirección Administrativa – Financiera de la APS se proceda a la devolución de 40.815.-UFV's, correspondiente al monto excedente depositado por la recurrente en calidad de multa, mediante comprobante de depósito Nro. Mov.: 1024551 de 9 de agosto de 2013, del Banco Central de Bolivia por el importe de Bs148.270.65 equivalente a 80.001UFV's, impuestos como sanción por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013 de 19 de julio de 2013…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 4 de octubre de 2013, por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, señalando al efecto, lo siguiente:

"…***2. INTERPONE RECURSO JERÁRQUICO.***

2.1. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 849-2013 POR VIOLAR EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

2.1.1. *El principio constitucional de tipicidad, establece que nadie podrá ser condenado o sancionado por actos u omisiones que al momento de producirse no constituyan delito, falta o contravención administrativa, según la legislación vigente en ese momento.* ***Esto hace que la tipicidad sea entendida como aquella necesidad que hace que una conducta punible haya sido debidamente descrita por una norma legal, operando conjuntamente con el principio de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso****.*

Este principio -también- ha sido recogido por el artículo 73 de la Ley 2341 el cual señala: I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarías.

II. ***Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leves y disposiciones reglamentarias.*** *(Las negrillas son nuestras).*

2.1.2. *Tal como mencioné en la parte de antecedentes del presente recurso, la APS mediante la R.A. N° 849-2013, en un errado e imprudente uso de su potestad administrativa ratifica parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013 y en un "inusual" procedimiento nos impone una multa de 39,186.00 UFV's (Treinta y nueve mil ciento ochenta y seis con 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), en virtud al supuesto incumplimiento al inciso m) del artículo 17 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, mismo que señala: "Presentar insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% de la reserva determinada por la normativa". Señalamos "inusual" procedimiento debido a las siguientes razones:*

a) El inciso m) del artículo 17 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros se encuentra en la tipificación de Infracciones Graves.

b) Para que sea procedente una sanción por una Infracción Grave según el artículo 15 del referido Reglamento deben concurrir los siguientes elementos: i) que el incumplimiento no haya sido subsanado, y ii) que el incumplimiento haya ocasionado un daño económico o perjuicio a la Compañía o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

c) Para abundar más en el tema según el Diccionario Jurídico de Cabanellas se entiende por perjuicio: "(...) mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado (...)"

Nótese que el concepto requiere que ciertamente e indubitablemente se haya causado un mal, no admitiendo este concepto la temeridad o la posibilidad de que se cause dicho mal*.*

d) En el caso concreto como ya hemos expresado en el Recurso de Revocatoria en nuestra conducta estaban ausentes estos elementos, en tal sentido de la simple correlación de los hechos se tiene: i) la observación de la APS fue subsanada, por tanto no se trata de un evento no atendido en forma y tiempo oportuno, ii) Asimismo, el evento de la supuesta insuficiencia no ha causado "daño" ni "perjuicio". ***Por tanto, podemos aseverar con absoluta contundencia que nuestra conducta no se encuentra inserta en la tipología anotada anteriormente****.*

2.1.3. *En referencia a lo señalado en el punto anterior, vale la pena destacar que es la propia Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros quien expresa en el penúltimo considerando de la R.A. N° 849-2013 hoy recurrida,* ***que de nuestra parte hemos enmendado nuestro actuar en tiempo y forma oportuna, no ocasionando ningún daño o perjuicio, por tanto -concluye-***

corresponde mutar la sanción de grave a leve. Esta verdadera confesión de parte muestra a todas luces que bajo ningún concepto correspondía aplicarnos una sanción grave y mucho menos una multa de 80.001 UFV's tal como se hizo mediante la ilícita Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013*. En consecuencia, la APS advertida de su error mediante Resolución N° 849-2013 intentó enmendar el mismo, no obstante, ahondo más el problema ya que en lugar de declarar la nulidad del acto administrativo conforme correspondía, muto la sanción de una inexistente infracción grave a una leve, sin que esta última este tipificada en el ordenamiento jurídico.*

2.1.4. *De la revisión del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, se establece en su artículo 17, que las infracciones graves se hallan sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondientes a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV's). Al respecto, es necesario indicar que a pesar del supuesto* ***no aceptado de "haber incurrido en una infracción grave"****, la APS en respuesta al Recurso de Revocatoria dispuso se nos sancione con una multa menor a las 80,000 UFV's (Ochenta Mil Unidades de Fomento a la Vivienda), -esto- entendemos* ***en virtud a que quedó absolutamente demostrado en el Recurso, que no se puede adecuar nuestra conducta en la graduación de infracción grave, por cuanto la supuesta insuficiencia fue enmendada y subsanada en forma y tiempo oportuno, además que la misma no causó daño económico o perjuicio a ninguna persona****.*

2.1.5. *En consecuencia de lo anterior, la APS nos impuso una multa de 39,186.00 UFV's (Treinta y nueve mil ciento ochenta y seis con 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) suma que se encuentra dentro de los parámetros para* ***las infracciones leves, tal cual como se refleja del texto íntegro del artículo 16 del mismo Reglamento****. Sin embargo, de la revisión integra y detallada del Reglamento nos podemos percatar que no existe ninguna infracción tipificada como leve, que sancione el "Presentar insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% de la reserva determinada por la normativa". A fin de demostrar esta aseveración, citamos textualmente dicho artículo:*

> *"Artículo 16.- (Infracciones Leves)*
>
> *1. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a mil (1000), ni mayor a cuarenta mil (40.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes conductas:*
>
> *a) Incumplimiento en la presentación de documentos financieros - contables, técnicos y legales requeridos por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante mandato administrativo o exigible reglamentariamente,*

b) Incumplimiento en la presentación de los Reportes de Operación Sospechosa, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento legal vigente.

c) Incumplimiento en la presentación de balances, estados de cuentas, partes de producción y siniestro y todo tipo de información estadística y contable,

d) Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público.

e) Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al público.

f) Incumplimiento de plazos de cualquier índole establecidos normativamente.

g) Incumplimiento de pago de aporte (s) de supervisión y multas.

h) No caución de cargos, cuando las personas naturales o jurídicas sujetas a regulación se encontraren obligadas.

i) No comunicación dentro de las 48 horas de haber asumido conocimiento, de la transferencia de acciones por los accionistas, o de cualquier otra situación o transacción que altere su naturaleza, propiedad u obligaciones con terceros.

j) Incumplimiento de registro de las modificaciones en las condiciones de operación.

k) Insuficiencias en la presentación de documentos constitutivos y orgánicos.

l) Apertura de sucursales, agencias u oficinas, distintas a su oficina central, sin previo registro en la Superintendencia.

m) Uso de pólizas, anexos, cláusulas adicionales y otros no registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o prohibidos por ella.

n) Otorgar coberturas o beneficios adicionales no registrados en la Superintendencia junto a la póliza registrada,

o) Comercialización de pólizas aprobadas por la ex - Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros y no registradas en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dentro del plazo previsto reglamentariamente.

p) Incumplimiento en la emisión, entrega y/o plazo de entrega de los Certificados de Cobertura Individual a los asegurados o tomadores del seguro, de acuerdo a reglamentación.

q) Omitir o modificar el número de registro otorgado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en la (s) póliza (s) comercializada (s).

r) Publicitar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.

II. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a setenta y ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:

a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente.

b) Irregularidades en los documentos emitidos por la sociedad, presentados o registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

c) Irregularidades en los documentos constitutivos y orgánicos de la sociedad, presentados o registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

d) Irregularidades en los balances, estados de cuentas, partes de producción y siniestros y todo tipo de información estadística y contable.

e) Incumplimiento en el pago de la indemnización de los daños y pérdidas o el cumplimiento de la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, dentro del marco establecido por el artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros.

f) No registro de reasegurador o corredor extranjero para los contratos de reaseguro y otros que impliquen obligaciones en la asunción de riesgos y otorgamiento de coberturas, cuya obligación de registro se encuentra determinada reglamentariamente."

La ausencia de tipicidad de esta sanción la vicia de nulidad, toda vez que como ya hemos expresado en el presente caso no correspondía aplicar multa ni sanción alguna por no haber incurrido nuestros actos en ninguna de las tipologías ni leves ni graves contenidas en la Reglamentación especial.

Por lo expuesto precedentemente, se puede verificar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), al pronunciar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 849-2013 misma que convalida en parte la irrita Resolución Administrativa APSD/DJ/DS/N^0 645-2013 ha obrado apartándose de los límites de su potestad administrativa al imponer sanciones sin que la conducta se adecué a la tipología descrita en la Reglamentación, razón por la cual dichos actos administrativo (sic) *son nulos de pleno Derecho, al amparo del inciso c) y d) del*

artículo 35 de la Ley 2341. ***<u>En tal sentido, pido que el Ministro de Economía y Finanzas Publicas advertido de estos vicios disponga la nulidad de las citadas Resoluciones Administrativa y decidiendo en el fondo disponga el archivo de obrados toda vez que no existe causa del presente proceso administrativo</u>***.

2.2. <u>NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 849-2013 POR VIOLAR EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA</u>

2.2.1. *El artículo 74 de la Ley 2341 establece: "En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo". Al respecto, cito al reconocido jurisconsulto argentino, Juan Carlos Cossagne que indica: "Por un mandato legislativo, una persona no puede ser condenada sobre la base de una presunción, pues al carecerse de la prueba idónea que acredite el hecho cometido, el vacío no puede cubrirse mediante una deducción por más lógica y racional que fuera, ya que, en caso de duda, el precepto conduce a elegir la solución más favorable al particular".*

2.2.2. *La APS ha vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia, al tratar de fundamentar en Derecho, que su decisión es una "advertencia para evitar ulteriores graves consecuencias que pudieran comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad". La potestad administrativa que la ley le reconoce a la APS, no le permite de ninguna manera sancionar con multas a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en virtud a meras "causas de perjuicio potencial" tal como lo indica en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 849-2013, la cual confirma en parte la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 645-2013.*

2.2.3. *En consecuencia, es obligación de los fiscalizadores tomar convencimiento pleno e indubitable de que una conducta se convierte en infracción, en el caso en concreto, que el actuar de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. se adecuaba perfectamente a un incumplimiento no enmendable o subsanable de la normas legales, como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causó daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros, tal como lo establece el artículo 52 de la Ley 1883, en concordancia con el artículo 15 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros.*

2.2.4. *Al respecto, la APS en la R.A. N° 849-2013, en ningún momento demostró que nuestra Compañía haya actuado con dolo o culpa causando algún daño o perjuicio económico a ninguna persona, debido a que enmendó y subsanó la carencia de reservas legales a momento de realizar la presentación oficial de los Estados Financieros Auditados a Diciembre de 2012 la cual se remitió a la Autoridad en tiempo oportuno. Demostrando que enmendamos a tiempo la observación, y que por tanto NO SE CAUSO DAÑO ECONÓMICO O PERJUICIO A LA ENTIDAD, ASEGURADOS, TOMADORES, BENEFICIARIOS DEL SEGURO O*

TERCEROS.

2.2.5. *Es más, en una verdadera confesión de parte, al indicar textualmente en la Resolución Administrativa N° 849-2013 que textualmente indica lo siguiente* ***"Que efectivamente y como lo menciona la entidad recurrente esta disposición legal alude al incumplimiento no enmendable y en esta relación existe certeza de que el incumplimiento fue subsanado,"*** *se reconocen mediante el acto administrativo en cuestión, que la multa impuesta carece de todo fundamento legal y va en contra del principio de presunción de inocencia.*

Por lo expuesto, toda vez que la Resolución hoy recurrida atenta contra principios constitucionales debe ser declarada nula, así como la R.A. APS/DJ/DS/N° 645-2013 que le antecede. En consecuencia pido al Sr. Ministro declare la misma, y en un acto de apego a las normas disponga el archivo de obrados.

3. PIDE

En virtud a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, al amparo del Art. 53 del D.S. 27175, interpongo ***RECURSO JERÁRQUICO*** *en contra de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N⁰ 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013 misma que ratifica en parte la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N⁰ 645-2013 de fecha 19 de julio de 2013, solicitando a su Autoridad que una vez compulsados los antecedentes remita todo el expediente ante el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, autoridad que a la luz de los hechos, se sirva* ***ACEPTAR*** *el presente recurso y, en consecuencia,* ***revocar la misma, por ser NULA de pleno derecho****, disponiendo que el presente proceso sea archivado por falta de tipicidad en nuestra conducta. ASI LO PEDIMOS POR SER DE ESTRICTA JUSTICIA…*"

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 11 de noviembre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, que fuera solicitada por la misma -también- mediante el memorial supra mencionado de 23 de octubre de 2013, y conforme fuera dispuesta a través de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 087/2013 de 1° de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe

verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme sale del informe APS/DS/JTS/996/2013 de 17 de julio de 2013, mediante nota GAF/0034/2013 de 14 de enero de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, una Base de Datos sobre "*Reservas de Riesgos en Curso al 31 de diciembre de 2012, Siniestros Reclamados por Liquidar todos los ramos al 31 de diciembre de 2012, Siniestros Pagados todos los ramos al 31 de diciembre de 2012 y Siniestros de Cauciones Denunciados al 31 de diciembre de 2012*".

Por su efecto, el Ente Regulador, mediante nota APS/DS/JTS/17022/2013 de 5 de febrero de 2013, hizo conocer a la ahora recurrente, que evaluadas las reservas informadas, existían deficiencias de constitución en casos específicos.

El extremo además determinó, ulteriormente, la imposición del cargo que sale en la nota APS/DESP/DJ/DS/6060/2013 de 13 de junio de 2013, que a la letra expresa:

> "…***Incumplimiento a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 12 y al artículo 30 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998****, por haber presentado al 31 de diciembre de 2013 una insuficiencia de reservas de siniestros pendientes por un monto de Bs3.216.270.59.- (Tres Millones Doscientos Dieciséis Mil Doscientos Setenta BOLIVIANOS con 59/100), suma que representa el 22.11% del total de las reservas que debía constituir…*"

Corridos los trámites inherentes a la sustanciación del cargo precitado, devino en la Resolución Administrativa -sancionatoria- APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, por la que se sanciona a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** "…*con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil Un 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.001 UFV's) por la insuficiencia verificada en la constitución de reservas técnicas al 31 de diciembre de 2012, adecuando su conducta a lo dispuesto en el artículo 17.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003…*"

No obstante, habiéndose interpuesto Recurso de Revocatoria contra la última señalada, la decisión es modificada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, la que en definitiva, determina:

> "…***SANCIONAR*** *a la* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a 39.186.-UFV's (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis Unidades de Fomento a la Vivienda) por haber presentado al 31 de diciembre de 2012 una insuficiencia de reserva de siniestros pendientes por un monto de Bs3.216.270.59 (Tres Millones Doscientos Dieciséis Mil Doscientos Setenta 59/100 Bolivianos)…*"

Decisión que es el objeto del Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, el que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del principio de tipicidad.-

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso Jerárquico, deja constancia de habérsele sancionado, conforme sale del artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, por haber adecuado su conducta "*a lo dispuesto en el artículo 17.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003*".

Forma parte de tal alegato, la consideración a que el supra citado artículo 17° del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602, define lo que son las infracciones graves y, en relación a su inciso m), lo hace de la siguiente manera:

> "…***Artículo 17.- (Infracciones Graves)***
>
> *Se consideran como infracciones graves sujetas a la imposición de sanciones de* ***multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV)****, las siguientes:* (…)
>
> *m) Presentar insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% de la reserva determinada por la normativa…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante, según señala la recurrente, la sanción modificada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, viene a imponer la multa de **UFV's39,186.00.- (son treinta y nueve mil ciento ochenta y seis Unidades de Fomento a la Vivienda)**, no correspondiendo tal cuantía, conforme lo señalado, al rango correspondiente al de las infracciones graves, sino más bien al de las leves, lo que se desprende del artículo 16° ("*Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o* ***multa correspondiente a una suma no menor a mil (1000), <u>ni mayor a cuarenta mil (40.000)</u> Unidades de Fomento de Vivienda (UFV),****…*"; las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) del mismo Reglamento.

En base a tales antecedentes, la recurrente concluye en haberse infringido el principio de tipicidad, aquel que, en lo que interesa, se encuentra definido por el artículo 73° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) de la siguiente manera:

> "…***ARTÍCULO 73°.- (PRINCIPIO DE TIPICIDAD).***
>
> ***I.*** *Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en*

las leyes y disposiciones reglamentarias.

II. *Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…*"

No obstante, tal razonamiento adolece de una imprecisión, emergente de la incorrecta lógica (inversa) que aplica, al pretender definir las infracciones graves y leves, no por la conducta sancionable en sí misma, tal cual es el lógico criterio normativo, sino por la sanción que -al caso concreto- ha sido impuesta.

Ello irrita la regla de Derecho que, en *accesorium sequitur principale* (lo accesorio sigua la suerte de lo principal, y no a la inversa, como mal parece entender la recurrente) determina que el hecho principal (o sea la infracción) es el que existe por sí mismo, pues no está en relación de dependencia respecto del otro (la sanción); el acto accesorio (la sanción) es el que requiere del otro (de la infracción) que le es principal, con el que está vinculado en una relación de dependencia: entonces, no porque a una determinada infracción grave, se le hubiera impuesto una sanción que se encuentre fuera del rango que a la misma le corresponde, tal infracción deja de ser grave.

Lo que existe en el caso no es una infracción al principio de tipicidad, como mal sugiere la recurrente, sino **al de discrecionalidad en su faceta de potestad reglada**; en efecto, entendida esta última como aquella "*en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente*" (Sentencia Constitucional 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004), corresponde remitirse a lo que al efecto señala el precitado artículo 17º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, el que al establecer que "*Se consideran como infracciones graves sujetas a la imposición de sanciones de* ***multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV)***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, viene a disponer que la facultad de la Autoridad, para establecer discrecionalmente, la sanción a imponer, empero dentro de ese rango (entre ochenta mil uno a doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda), sin que pueda exceder el mismo -"*considerado las atenuantes de la conducta*" -(Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013) inclusive-, porque de lo contrario, resultaría infringido el principio de legalidad previsto por el artículo 72º ("*Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa*") de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

Aquí valen las siguientes consideraciones especiales:

- Se infiere que el Ente Regulador ha precisado para el caso, cambiar el grado de gravedad de la infracción, empero para ello resulta más pertinente que el mismo haga una revisión de su norma sancionatoria.

- Si la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre

de 2013, establece en contra de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, una sanción inferior al rango que normativamente le ha correspondido, entonces debe inferirse que, una impugnación basada en la cuantía de tal sanción, resulta contraria a lo previsto por los artículos 56º ("*Los recursos administrativos proceden* (…) *siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados* ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***") de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y 47º ("*Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución* (…) *que, a criterio del sujeto regulado o interesado,* ***afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***"; en los dos casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto, en definitiva, una sanción inferior a la que en derecho corresponde, no puede sino, ser favorable a los derechos e intereses del sancionado, máxime cuando resultado de la impugnación intentada, y por imperio del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, "*La resolución* -dentro del procedimiento recursivo- *se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,* ***sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien; importa traer a colación el argumento presentado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, cuando en su Recurso Jerárquico expresa que:

> "…*es la propia Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros quien expresa en el penúltimo considerando de la R.A. Nº 849-2013 hoy recurrida,* ***que de nuestra parte hemos enmendado nuestro actuar en tiempo y forma oportuna, no ocasionando ningún daño o perjuicio, por tanto -concluye-corresponde mutar la sanción de grave a leve. Esta verdadera confesión de parte muestra a todas luces que bajo ningún concepto correspondía aplicarnos una sanción grave y mucho menos una multa de 80.001 UFV's tal como se hizo mediante la ilícita Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 645-2013***…"

Tal posición no es correcta, por cuanto, la calificación de *grave*, tiene sus propios elementos que no condicen con los del caso de autos, determinando que a este último le correspondan más bien los elementos que hacen a una infracción leve.

Amén de ello, bajo esa lógica no habría lugar siquiera a considerar hubiera existido infracción alguna, por cuanto, en función de los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros) y 17º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros habría dado por bien hecho la subsanación de la infracción "*en tiempo y forma oportuna*" (hecho que no sucedió).

Sin embargo, compulsada la afirmación anterior con lo señalado en la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, se establece el equívoco de la recurrente, por cuanto, contrariamente a lo por ella expresado, lo determinado por el Ente Regulador es:

> "…*que si bien la subsanación es un hecho, este hecho se materializó recién el 28 de febrero de 2013 en ocasión de presentar los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2012, pero la irregularidad ya estaba presente mucho antes de la presentación de la carta de 14 de enero de 2013 GAF/0034-2013 (esto es, casi un mes y medio después) y no cuando recién se envía los Estados Financieros el 28 de febrero de 2013; por lo que* ***cualquier subsanación fue extemporánea*** *a esa fecha verificándose de esta manera el incumplimiento sancionado*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en base a lo desarrollado en el presente numeral, es pertinente concluir que, dentro del caso de autos y contrariamente a lo alegado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, no ha existido infracción alguna, al principio de tipicidad.

2.2. Del principio de presunción de inocencia.-

Asimismo, la recurrente acusa que:

> "…*La APS ha vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia, al tratar de fundamentar en Derecho, que su decisión es una "advertencia para evitar ulteriores graves consecuencias que pudieran comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad". La potestad administrativa que la ley le reconoce a la APS, no le permite de ninguna manera sancionar con multas a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en virtud a meras "causas de perjuicio potencial" tal como lo indica en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013, la cual confirma en parte la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 645-2013*…"

Contextualizando tal alegato, resulta que lo expresado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su -ahora recurrida- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, es:

> "…*Que sin embargo debe dejarse claramente sentado que el objeto del acto administrativo que es lícito, verificable y posible fue imponer una sanción de multa a la entidad aseguradora por incumplir el artículo 17.m de la Resolución Administrativa IS N° 602, como una advertencia para evitar ulteriores graves consecuencias que pudieran comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad; pero de ninguna manera, el "objeto" fue "verificar si existía o no reservas técnicas" como erróneamente asevera la aseguradora*…"

Tal posición constituye, a su vez, la respuesta al alegato que sale del Recurso de Revocatoria de 20 de agosto de 2013, que en su numeral 2.2.2, alega la nulidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, por carecer "*de objeto claro*", fundado lo mismos, en que:

"…*el* ***objeto*** *del proceso sancionatorio era verificar precisamente si luego de las actuaciones descritas en los incisos a) y b) existía o no incumplimiento por parte de la Compañía a los requerimientos de la APS y si tal cual establecen los incisos c) del artículo 12 y 30 de la Ley de Seguros 1883 se habría infringido la norma*…"

Entonces, resulta que ante el alegato de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido que sobre la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 pesaría una nulidad por falta de objeto *claro*, la Autoridad Reguladora ha tenido la necesidad (Art.63º, Par. II, Ley Nº 2341) de *aclarar* tal objeto.

Ahora, en cuanto a la sustancia de tal aclaración, en sentido de que la sanción impuesta es "*una advertencia para evitar ulteriores graves consecuencias que pudieran comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad*" y que hace también al fondo del alegato del recurso actual, hay que recordar a la recurrente, que la norma jurídica (y una Resolución Administrativa lo es) tiene dos funciones preventivas -no confundir con objetos o fines- principales; estas son:

- La función motivadora, en cuanto trata de motivar, a aquellos a quienes va dirigida o inclusive a otros que eventualmente podrían estar en la misma posición, a que se abstengan de violar las condiciones de convivencia y, en especial, de dañar bienes jurídicos determinados, **desplegando sus efectos *ex-ante* (antes del hecho), resultando que, de esa manera, atiende a la prevención especial**, o como mejor lo expresa Aurora Arnaiz en *Función y dignificación de la norma jurídica*: "*El derecho existe y subsiste porque hay un es (conducta humana) que no debe ser (infracción axiológica)*".

- La función protectora, en cuanto trata de proteger las condiciones de convivencia y, en especial, bienes jurídicos determinados, desplegando sus efectos *ex-post* (después del hecho), atendiendo de esa manera a la prevención general.

Por tanto y con la necesaria aclaración de que lo mismo, **no constituye la base para la aplicación** de la sanción, no le falta razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cuando señala que la resolución sancionatoria es "*una advertencia para evitar ulteriores graves consecuencias que pudieran comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad*", por cuanto, **ello hace a la función preventiva motivadora señalada**: la resolución sancionatoria **motiva a los regulados, en particular a la COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA, a que se abstengan de incurrir ulteriormente, en la infracción ahora sancionada, y de *comprometer la seguridad, solvencia y liquidez de la entidad*, como bienes jurídicos específicos**.

Por lo demás, se vulnera la garantía de presunción de inocencia (prevista por el artículo 116º de la Constitución Política del Estado), cuando no se trata al imputado o procesado como inocente, en tanto no se haya demostrado plenamente su culpabilidad en una resolución que hubiere adquirido firmeza administrativa, extremo que, a contrario de lo afirmado por la recurrente, no es perceptible dentro del caso de autos, resultando que el

alegato en este sentido, es más bien producto de su susceptibilidad, haciéndolo inatendible en derecho.

Estos extremos determinan que el alegato en este sentido resulte injustificado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 849-2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 645-2013 de 19 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, exhortándole a efectuar sus actos y pronunciar sus resoluciones, con estricta observancia a la normativa correspondiente.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA “LA TRINIDAD” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 605/2013 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 011/2014 DE 20 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2014

La Paz, 20 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA**., contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 605/2013 de 16 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº403/2013 de 3 de julio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 005/2014 de 7 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 12/2014 de 20 de enero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 7 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.,** legalmente representada por los señores Jorge Iván Roca Urioste y Gloria Vidal Honor, tal como lo acreditan la Resolución No. 04651 de fecha 26 de mayo de 1994, emitida por el ex Instituto Nacional de Cooperativas, y el Testimonio de Poder N° 203/2013 de fecha 19 de abril 2013, otorgado por la Notaría de Fe Pública N° 70 del distrito judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Teresa Jenny Flores de Báez, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 605/2013 de 16 de septiembre

de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-154988/2013, con fecha de recepción de 11 de octubre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 605/2013 de 16 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de 15 de octubre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.,** mismo que fue notificado el 18 de octubre de 2013.

Que, el 16 de diciembre de 2013, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 403/2013 DE 3 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"…PRIMERO:*** *La Entidad debe convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, conforme a lo establecido en el estatuto orgánico, con el objeto único de dar lectura en detalle a la presente Resolución y poner a su consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa, debiendo remitir el acta correspondiente a esta Autoridad de Supervisión dentro de las siguientes 48 horas de su realización.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Suspender toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo modalidades distintas a Certificados de Aportación."*

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, la Resolución ASFI N° 162/2013 de 27 de marzo de 2013, notificada el 03 de abril de 2013, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por los representantes legales de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda., determina la anulación del proceso administrativo hasta carta ASFI/DSR IV/R-163383/2012 de 12 de diciembre de 2012 inclusive, que hace conocer los resultados de la Inspección de Seguimiento expresados en Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012. La señalada Resolución, dispone a su vez la emisión de una nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada, velando por la legalidad del acto jurídico que*

motivó el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Cooperativa "La Trinidad" Ltda. mediante memorial de 27 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, en el inició el Proceso de Adecuación, la entidad presentaba una pérdida acumulada de aproximadamente Bs2.93 millones, situación que se incrementa, debido a la instrucción de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para transparentar sus Estados Financieros, haciéndose más evidentes las pérdidas de cada gestión, (gastos activados, ajustes contables, previsiones, entre otros).

Que, a lo largo del citado proceso se observa el incremento de la cartera en mora y una cobertura de previsiones insuficiente.

Que, la situación financiera continuó deteriorándose, la estructura del Activo a julio 2012 muestra que el 30%, está conformado por Activos Improductivos, la relación de Gastos de Personal sobre Gastos Administrativos con el 51.39%, mantiene la tendencia superior al promedio de sus pares reguladas, aspecto que denota incremento en el rubro de Sueldos y Salarios, pese a la exposición de pérdidas que afectan significativamente la rentabilidad y la solvencia de la cooperativa.

Que, la Cooperativa cuenta con una Reserva Legal de Bs39.521, monto insuficiente en situaciones de iliquidez ya que representa tan solo el 0.19% del Capital Social y el 0.023% de las Obligaciones con sus socios en julio 2012.

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de la Ley N° 3892 modificatoria de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, se ha efectuado una Inspección de Seguimiento a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda., con fecha de corte al 31 de julio de 2012.

Que, el objetivo general de la Inspección fue evaluar la situación financiera de la Entidad, la gestión de riesgo global y el grado de avance en la implementación de los Planes de Acción producto del Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-42393/2010 con corte al 31 de enero de 2010.

Que, los resultados de la evaluación efectuada a la Entidad con corte al 31 de julio de 2012, se han plasmado en el Informe de Inspección de Seguimiento ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, en el que se han establecido deficiencias importantes en la gestión y control interno que han generado ajustes y reclasificaciones.

Las observaciones relevantes se detallan a continuación:

Solvencia Patrimonial

Al 31 de julio de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda., presenta una crítica situación financiera, misma que se ve reflejada en los siguientes aspectos:

- ✓ *La Relación Pérdidas Acumuladas respecto del Capital Primario alcanza al 193.76%, causal de Intervención según lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

- ✓ *No cumple con el Límite Legal de Solvencia Patrimonial mismo que es negativo y asciende a -7.16% (jul/2012), inferior al mínimo requerido según lo establecido en el Artículo 47, inciso a) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*

- ✓ *La constante generación de Resultados Netos Negativos y principalmente la tendencia creciente de los Gastos Administrativos, afectan progresivamente sus Pérdidas Acumuladas y deterioran aún más la situación financiera y patrimonial de la Entidad, aspecto que expone un manejo deficiente de sus recursos e inversiones.*

- ✓ *Expone una elevada pesadez de Cartera de Créditos, misma que asciende a un 7.95% (dic/2011) y 8.32% (jul/2012), índices superiores al promedio de las cooperativas reguladas de 1.87% y 2.17% respectivamente.*

A la fecha de corte, la Entidad no ha reducido sus gastos administrativos y tampoco su estructura, ocasionando que incurra en gastos que no le generan beneficio alguno y no responden a la crítica situación financiera al presentar pérdidas acumuladas que superan el 50% de su capital primario, entre otros se observan los siguientes:

DETALLE	IMPORTE EN Bs.
Registro por pago azafata Nicole Y. Espinoza Ayala para Feria Feicobol.	1,538
Karen Calderon P. Registro por pago de arreglo personal, Casa del Camba agasajo a socias Día de la Madre.	200
Paula A. Suarez Registro por pago de arreglo personal, Casa del Camba agasajo a socias Día de la Madre.	200
Jorge F. Vargas O. Registro por pago total a proesabol por Ser. Diag. Inst. de costo fijo y variable.	63,661
Registro por pago de compra de agendas gerencial presidencial, chequera, con Ch Nro. 2703807.BNB, a nombre de Alpema S.A.	27,200
Registro por pago de auspicio de club de basquet compra de busos deportivo, soleras, poleras, con Ch. Nro. 290 1363-BNB. A nombre de Jorge Cadario Marti	5,444
Registro por rendición Claudio Duran por compra de uniformes para el equipo de Futbol de la Cooperativa, según Fact-1310 Bs2960 CC-9613	2,960
Registro Yamile Cuellar por entrega de fondos para gastos agasajo en conmemoración a los 19 años de la Coop. Según respaldo adjunto CC-3816 $us3.500	24,523
Registro por pago Aportes Caincotar correspondiente al mes de enero/2012 .	350
Registro por rendición de Wilson Sosa por donación a Unidad Educativa Arco Iris.	500
Registro por rendición de Edgar Muiba por donación a OTB para gastos deportivos .	700
Registro por rendición de Wilson Sosa por pago para una colaboración de una kermese 19 de mayo aniversario Urb. Arco Iris II .	500
Registro Raquel Manrique por rendición de gastos en publicar anuncio en el periodico.	858
Pago azafatas (Feria del Vino) Tarija	1,183
Impresión memoria con 35 páginas 2 colores full color	8,700
Publicidad Panamericana	8,000
Publicidad A Todo Deporte / Unitel	5,895
Pago por servicios de publicidad: Publicidad Real	31,500
Publicidad en Festival Universitario	2,436
Auspicio Club Universitario	8,118
Pago de Publicidad El Deber	26,262
Publicidad Cadena A	76,832
Publicidad Festival Internacional de la Música Renacentista y Barroca	3,430
Publicidad Canal 39 Full TV	20,580
Publicidad Mega Oriente	5,145
Publicidad Megavision	18,408
TOTAL	**345,122**

Asimismo, se verificó que los gastos financieros en los que incurre la Cooperativa no guardan relación con las tasas promedio del mercado del sistema cooperativo regulado como se evidencia en los cuadros que se presentan a continuación:

Tasas Promedio Sistema Cooperativo Regulado		
Plazo DPF	***MN***	***ME***
1080	*6.73*	*4.87*
Tasas Cooperativa		
Tasa de interés	***N° de Operaciones***	***Saldo Bs***
10 – 10.5	*151*	*5,332,970*
11 – 11.12	*12*	*651,451*
12	*94*	*10,500,021*
14.24 – 14.29	*62*	*7,577,325*
15.17 – 15.75	*24*	*2,420,433*
16.67	*2*	*630,000*
17.14 – 17.15	*126*	*24,470,711*
18.59	*3*	*163,268*
Total	***474***	***51,746,178***
Total DPF	*2239*	*167,565,825*
Porcentaje	***21.17%***	***30.88%***

Al respecto, el 30.88% de Certificados de Aportación Remunerados (instrumentados como DPF como muestra el cuadro) permite evidenciar la omisión a instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DSR IV/ R-47067 / 2011 de 5 de mayo de 2011, relacionadas con el manejo prudencial y de austeridad en cuanto a tasas pasivas que debe manejar la Cooperativa considerando sus resultados acumulados negativos.

Es importante recalcar que el rango de tasas de interés observado se encuentra alejado del tarifario vigente por lo que se aprobaron operaciones en condiciones preferenciales que se alejan de la realidad económica de la entidad, ofertando tasas pasivas superiores al 10% que alcanzan incluso el 18.59%, porcentajes superiores al sistema cooperativo regulado, aminorando su spread financiero y por ende generando un resultado financiero bruto que no es suficiente para soportar sus gastos administrativos, distorsionando las tasas de mercado.

Por otro lado, se ha evidenciado que la entidad no ha implementado totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción, resultado del Diagnóstico de Requisitos

Operativos y Documentales cuyos plazos fenecieron durante la gestión 2010, como se observa en el siguiente cuadro:

SEGUIMIENTO PLAN DE ACCIÓN REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES (ANEXO I)				
	Subsanadas	**No Subsanadas**	**Parcialmente Subsanadas**	**Total Observaciones**
N° Obs.	29	4	16	49
%	59%	8%	33%	100%

El inciso 1.2 del Anexo I de la Circular SB 588/2008 de 14 de octubre de 2008, correspondiente a los requisitos operativos mínimos exigidos dentro del Proceso de Adecuación, concerniente a la Solvencia Patrimonial, se refiere al Coeficiente de Adecuación Patrimonial, requisito que la Cooperativa no ha cumplido dentro del citado proceso como se observa a continuación:

EVOLUCIÓN CAP CAC "La Trinidad"					
	Dic 2009	**Dic 2010**	**Dic 2011**	**Dic 2012**	**Feb 2013**
CAP	-2.52%	-8.10%	-6.02%	-8.08%	-16.55%

No pudiendo la entidad revertir su posición patrimonial deficitaria, de insolvencia técnica, por la falta de implementación de acciones correctivas que permitan superar la difícil situación financiera.

Incumplimiento a instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Los consejos de Administración, Vigilancia y Ejecutivos han incumplido sus responsabilidades señaladas en su estatuto al no haber observado el cumplimiento de las disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las cuales entre otras se describen en el siguiente cuadro:

DOCUMENTO	FECHA DE EMISIÓN	OMISIÓN DE INSTRUCCIONES DE ASFI
Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-42393/2010	26/03/2012	Reducción de los elevados Gastos Administrativos.
		Prohibición de otorgar créditos que exceden los límites legales.
		Prohibición de realizar actividades de compra de terrenos.
		Ajustes determinados en Inspección (se revirtieron los ajustes realizados).
Carta ASFI/DSR IV/R-47067/2011	05/05/2011	Suspender la promoción del producto DPF ACCIÓN.
Carta ASFI/DSR IV/R-62609/2012	23/05/2012	Difusión publicitaria.
Carta ASFI/DSR IV/R-91783/2012	28/07/2012	Se reitera la anterior instrucción.
Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-76228/2012	22/06/2012	Reversión de operaciones con las Cooperativas Piraí y CREDICOOP.

- *Se constituyeron Certificados de Aportación Voluntarios, a través del descuento de un porcentaje del monto desembolsado, incrementando el patrimonio de la Cooperativa vía créditos, contraviniendo lo establecido en el inciso 2) del Artículo 54*

de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), operativa que debe suspenderse.

- *La captación de depósitos de dinero en calidad de Cajas de Ahorro, Certificado de Depósito a Plazo, la emisión de Tarjetas de Débito y la Administración de Cartera de terceros, no son operaciones permitidas para Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias en proceso de adecuación, como lo establece en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 6, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en concordancia a lo señalado en el Artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
- *La Cooperativa emite material publicitario promoviendo operaciones no permitidas (Depósitos a Plazo Fijo y Caja de Ahorro), transgrediendo lo establecido en el Artículo 7 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) e instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión en notas recurrentes, en las que se conmina al cese de cualquier tipo de publicidad que contravenga la normativa vigente, haciendo la entidad caso omiso a disposiciones de esta Autoridad.*
- *Se ha procedido a la devolución de Certificados de Aportación Obligatorios, en contraposición al Artículo 73 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que prohíbe su redención cuando existen pérdidas acumuladas o deficiencias en la constitución de previsiones, debiendo establecer las responsabilidades solidarias y mancomunadas de quienes han autorizado las cancelaciones, ya que se ha provocado daño económico a la Cooperativa.*
  La devolución incluye Certificados de Aportación Obligatorios a ex consejeros y ejecutivos de la entidad como se expone en el siguiente cuadro:

Nombre	Cancelados		Nuevos		Diferencia	%
	N° CAO	Monto Bs	N° CAO	Monto Bs		
GUTIERREZ ROCA JOAQUIN PEDRO PABLO	36,026	889,560	16,546	165,460	724,100	18.60%
HORNEZ FERNANDEZ ERICK ALEJANDRO	8,912	985,960	569	5,690	980,270	0.58%
LOPEZ JUSTINIANO MARCOS SERGIO	3	24,000			24,000	0.00%
ROCA URIOSTE JORGE IVAN	4,102	928,264	20,270	202,700	725,564	21.84%
TOTAL		**2,827,784**		**373,850**	**2,453,934**	**13.22%**

Transparencia de la Información

- *Se ha verificado el uso de "fecha valor" en los registros contables. Al respecto, dichos registros constituyen una mala práctica e incumplen lo establecido en el numeral 14, punto I, Título I Disposiciones Generales del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *Se observa la existencia de Certificados de Aportación Remunerados en las Cooperativas de Ahorro y Crédito Piraí Ltda. y Credicoop Santa Cruz Ltda., documentos que no se encuentran contabilizados en el Balance General, que han sido revertidos contablemente o que se exponen en Cuentas de Registro (Cuentas de Orden), que continúan en poder de la Cooperativa, los cuales han sido objeto de cambios y transacciones, a pesar de estar observados en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-76228/2012 de 22 de junio de 2012.*

La Cooperativa al encontrarse incluida en el proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) no puede realizar operaciones prohibidas por el precitado cuerpo normativo, por lo que se consideró prudente la realización de los siguientes ajustes:

- *En la cuenta analítica 143.99.2.29 "Otras Cuentas por Cobrar", se exponen* ***Bs13.079.507*** *producto de compra de bienes realizables (terrenos) para su posterior venta, provenientes de la gestión 2009, operación no permitida para Entidades de Intermediación Financiera. Originalmente estos bienes se encontraban contabilizados en el grupo 150 "Bienes Realizables", los cuales han sido cedidos a empresas para su comercialización, sin embargo, el derecho propietario continúa a favor de la Cooperativa, en este sentido, se debe reclasificar el importe al grupo 150 constituyendo la previsión del 100% en aplicación al Artículo 57 Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el Manual de cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *La entidad otorga anticipos (registrados en Cuentas por Cobrar) para la construcción de inmuebles para su posterior venta, incumpliendo lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras que prohíbe la adquisición o construcción de bienes para su venta. Al efectuar estas transacciones, la entidad deteriora aún más su situación financiera, además de incumplir con lo descrito en el Artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por tener las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias objeto único. Asimismo, la Cooperativa, al haber ingresado a un proceso de adecuación que va enfocado a la aplicación plena de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, debe dejar de lado las operaciones permitidas por el artículo 8 del Decreto Supremo 25703.*

  Se observa la existencia de un bien inmueble a nombre de la Cooperativa La Trinidad Ltda. con folio real N°7014010004121 con una superficie de 8.5250 Hectáreas, el cual no se encuentra contabilizado, ni expuesto en los estados financieros de la entidad.
- *En el Informe de Inspección ASFI DSR IV/R-76228/2012 de 22 de junio de 2012, se observa la venta de Bienes Realizables a las Cooperativas Credicoop y Piraí con la aceptación de Certificados de Aportación Remunerados y Certificados de Depósito a Plazo Fijo respectivamente, afirmando que: "…Estas transacciones incumplen la descripción del Grupo 160 "Inversiones Permanentes" del Manual de cuentas para Bancos y Entidades Financieras, mismo que establece que "las inversiones en depósitos o valores emitidos por entidades financieras que no respondan a la definición de "entidades de intermediación financiera ", o inversiones en valores representativos de deuda que no estén inscritos en el "Registro del Mercado de Valores" deben contabilizarse como un préstamo en el grupo "130.00 - Cartera" y sujetarse a todas las regulaciones de ese grupo", conforme lo establecido en el Título I, Artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que señala: "Todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos*

u otros bienes o garantizar a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

En consecuencia y considerando que el Libro 3°, Título II, Capítulo I, Anexo I, Sección 1, Artículo 3, Numeral 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que establece que toda operación de crédito debe estar documentada mediante un contrato y al evidenciarse la ausencia de una evaluación económica que demuestre la capacidad de pago de las citadas entidades, la Cooperativa deberá previsionar estas operaciones en un 100%".

Asimismo, se observan las siguientes operaciones:

- ✓ *Mediante comprobante contable 6369 de 11 de mayo de 2012 se procede al registro de Certificados de Aportación Remunerados por un valor de $us1.100.000, este registro se lo realiza contra Otras Cuentas por Pagar.*
- ✓ *El 14 de mayo de 2012 con la cuenta por pagar generada, mediante comprobantes contables 6456, 6466 y 6467 se procede a dar de baja dos créditos (Sr. Walter Estensoro por $us57.000 y Sr. Mario Callejas por $us5.000) y se procede a registrar un Ingreso Diferido por la diferencia.*
- ✓ *El 26 de junio de 2012 según comprobantes contables 8602 y 8605 se procede a revertir la operación con los Certificados de Aportación Remunerados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Piraí Ltda., sin embargo, los citados certificados quedaron en poder de la Cooperativa, realizándose operaciones económicas con ellas.*
- ✓ *La baja del crédito del Sr. Walter Estensoro por $us57.000 se realiza con la condonación de intereses por $us23.299. En fecha 26 de junio de 2012 vuelve la operación a cartera de créditos, dicha transacción no se encuentra registrada en el Módulo de Cartera, siendo que en el extracto de pagos no se evidencia la misma, exponiendo incoherencias, falta de integridad de la información entre los respaldos contables y los datos obtenidos de ésta operación a través del módulo, situación que permite ratificar la manipulación y alteración de los datos registrados en el sistema como se muestra en el cuadro que se presenta a continuación:*

Fecha Corte	Nro. Operación	Nombre	Desembolso ($us)	Fecha Operación	Tipo Crédito	Saldo ($us)	Estado
31/05/2012	10014970	ESTENSORO CALLAU WALTER	72,000	03/03/2009	H0	15,082	EJECUCION
31/07/2012	10014970	ESTENSORO CALLAU WALTER	72,000	03/03/2009	H0	38,751	EJECUCION

La reposición de la deuda crediticia del Sr. Mario Callejas no se realiza con el alta en cartera, si no en Otras Cuentas por Cobrar, importe que permanece expuesto a la fecha de inspección.

- ✓ *El 22 y 27 de agosto de 2012, mediante comprobantes contables 11583 y 11819 se recepcionan los cheques del Banco Económico N°1001 y 1002 (cada uno de Bs696.000) contra entrega de los Certificados de Aportación Remunerados de Piraí Ltda. N°18-543 y 18-548. Este ingreso de efectivo ha sido registrado por concepto de Venta de Bienes Realizables. En este sentido, se evidencia la propiedad del terreno "La Trinidad" Ltda. con folio real N°7014010004121 (superficie de 8.5250 Hectáreas), el*

mismo no se encuentra contabilizado por cuanto no se expone en los estados financieros de la entidad.

- ✓ *A la fecha quedan en poder de la Cooperativa siete Certificados de Aportación Remunerados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Piraí Ltda. por un valor de $us700.000 no contabilizados en sus Estados Financieros.*

  En este sentido, la entidad no expone transparentemente las transacciones ni las incluye en sus estados financieros el registro todos sus activos con las correspondientes previsiones, por lo que su información no es confiable, oportuna e integra.

Prácticas de gestión alejadas de sanas prácticas prudenciales

- ➢ *Se han realizado operaciones con empresas constructoras relacionadas entre sí, en las cuales se observan movimientos poco transparentes entre cuentas y en condiciones preferenciales; los créditos fueron utilizados para la cancelación de créditos en mora (propios y de terceras personas) sin el análisis y justificación correspondiente. Esta operativa evidencia malas prácticas e incumplimiento a normativa vigente.**

  En visita efectuada a las oficinas de las empresas, se verificó que las mismas no están operando (no se pudo verificar la fuente generadora de ingresos), por lo que deben ser previsionadas en un 100%, no pudiendo ser castigadas.

  **Adicionalmente, la Cooperativa no puede otorgar créditos a empresas de lucro, por incumplir el Inc. a del Artículo 66 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, vigente al cierre de inspección.*

NRO OP	NOMBRE	RELACIÓN	DESTINO DEL CRÉDITO	FECHA	MONTO DESEMB. $US	SALDO $US	ESTADO	CONDICIONES PREFERENCIALES
10022360	SAUCEDO ALMARAZ JUAN PABLO	Propietario de Alsa Reserco S.R.L.	Construcción de viviendas	02/06/2011	21,723	20,730	EJECUCIÓN	No se realizó la verificación del domicilio del deudor ni de la fuente generadora de ingresos (actividad). El reporte del BIC verificado corresponde a la gestión 2010. Para el análisis del flujo validan la información del los EEFF auditados pon la empresa CONCOSUA, sin realizar el relevamiento y verificación de otra información. No se evidencian contratos o ademduns especificos a los desembolsos bajo línea.
10021489			Construcción de viviendas	25/01/2011	44,379	21,706		
10021446	SAUCEDO ALMARAZ FERNANDO JAVIER	Hermano del Sr. Saucedo Almaraz Juan Pablo	Compra de vivienda	25/01/2011	28,139	28,048	EJECUCIÓN	No presenta boletas de pago. El contrato de crédito no es firmado por el Sr. Juan Pablo Saucedo Almaraz por la constructora ALSA RESERCO.
10022173	CONCAVO CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS S.R.L.	La Propietaria de la constructora es cuñada del Sr. Saucedo Almaraz Juan Pablo	Construcción de viviendas	14/05/2011	10,378	6,882	EJECUCIÓN	No se realiza la consulta al BIC. No se evidenció la Resolución de crédito. No se evidencian contratos o ademduns específicos a los desembolsos bajo línea. El lugar de trabajo y/o negocio de la empresa no fue verificado. No se realizó un análisis de capacidad de pago, se basa en los EE.FF. presentados por el prestatario sin que se valide la información.
10021029			Construcción de viviendas	23/11/2010	44,379	20,272		
10024106	EMPRESA CONSTRUCTORA YASITATA S.R.L.	El monto desembolsado se transfiere a la caja de ahorro del Sr. Saucedo Almaraz Juan Pablo para la cancelación de varias operaciones entre ellas de la Empresa Concavo.	Construcción de viviendas	30/05/2012	4,373	4,373	VIGENTE	No se realizó consulta al BIC del NIT 129969029. No se evidenció contrato del préstamo de la operación desembolsada bajo linea de crédito.
10022278	SISPREIND S.R.L.	El monto desembolsado se transfiere a la caja de ahorro del Sr. Saucedo Almaraz Juan Pablo para la cancelación de su préstamo 10021489 y otras varias operaciones entre ellas de la Empresa Concavo.	Construcción de viviendas	02/06/2011	35,000	0	CANCELADO	Para el análisis del flujo validan la información del los EEFF de la empresa, sin realizar el relevamiento y verificación de otra información.
TOTAL					188,372	102,011		

- *Con relación al contrato de cesión de cartera con la Empresa GIS S.R.L. y adenda aclarativa, se observan los siguientes aspectos, mismos que contravienen la normativa vigente:*
  - ✓ *La cesión de cartera, no fue objeto de aprobación en la Asamblea Extraordinaria de Socios.*
  - ✓ *Las cesiones de cartera únicamente son permitidas entre entidades financieras (tecnología crediticia).*
  - ✓ *No se deja expresamente establecida la transferencia de facultades, prerrogativas, garantías, privilegios, accesorios y obligaciones presentes y futuras de los mismos conforme lo establece el artículo 338 del Código Civil.*
  - ✓ *Se menciona la garantía de un fondo de reserva equivalente a tres cuotas de la cartera adquirida, monto que podrá ser debitado de las cuentas de GIS S.R.L., sin embargo no existe control de parte de la Cooperativa sobre el saldo de dichas cuentas.*
  - ✓ *Existe conflicto de intereses debido a que el Gerente General Iván Roca Urioste es socio propietario de la empresa GIS S.R.L, advirtiendo condiciones preferenciales en las transacciones realizadas.*
  - ✓ *La transacción se realiza por un valor de Bs3.887.035 ($us566.623), sin embargo, el contrato establece que el monto total de la operación alcanzará los $us2.000.000, situación que incumple lo establecido en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) en sus Artículos 54 y 79 y el Libro 1°, Capítulo XI, Sección I, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

El resumen es el siguiente:

FECHA	COMPROBANTE	CONCEPTO	IMPORTE (Bs
28/06/2012	8802	REGISTRO DE CUENTA POR PAGAR POR COMPRA DE CARTERA	1,052,622
16/07/2012	9632	REGISTRO DE CUENTA POR PAGAR POR COMPRA DE CARTERA	1,164,355
17/07/2012	9684	REGISTRO DE CUENTA POR PAGAR POR COMPRA DE CARTERA	75,381
27/07/2012	10289	REGISTRO DE CUENTA POR PAGAR POR COMPRA DE CARTERA	1,208,878
30/08/2012	12075	REGISTRO DE CUENTA POR PAGAR POR COMPRA DE CARTERA	385,799
TOTAL			**3,887,035**

- *Se observa la concesión de créditos a ejecutivos y personas vinculadas a estos, contraviniendo al Artículo 79, Inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), estas operaciones deben ser recuperadas y no pueden ser castigadas.*

NRO OP	NOMBRE	RELACIÓN	FECHA	MONTO DESEMB. $US	SALDO U	TASA	PLAZO DÍAS	OBSERVACIONES
10023941	Soto Salazar Glenda	Gerente Legal	21/04/2012	1,822	1,100	24%	1440	Para el análisis de capacidad de pago no se toma en cuenta el promedio de las tres últimas boletas de pago. El prestatario es ejecutivo de la Cooperativa, incumpliendo el Art. 79 de la LBEF.
10023858	Roca Urisote Carlos Ivan	Hermano del Gerente General	30/03/2012	12,000	12,000	13%	360	Con los desembolsos cancelan operaciones en mora, vigentando su estado. Los CAR a nombre de los padres no se encuentran endosados a favor de la Cooperativa.
10020876	Roca Urisote Marcelo	Hermano del Gerente General	04/11/2010	6,050	5,995	17%	1663	No existe respaldo documentario de la actividad del prestatario. El DPF a nombre de los padres nos e encuentra endosado a favor de la Cooperativa.

TOTAL	*19,872*	*19,095*

La operativa descrita precedentemente, demuestra la ausencia de controles internos y de un adecuado sistema de evaluación y calificación de cartera. Asimismo, se encuentra en riesgo la devolución de los ahorros de los socios, al haber sido invertidos en la otorgación de créditos vinculados, en condiciones preferenciales, sobre exponiendo el principal activo de la entidad.

Incumplimiento a las funciones de un buen Gobierno Cooperativo

- *Revisadas las Actas de Asambleas Generales Ordinarias de Socios se observa que los Informes de los Consejos de Administración, Vigilancia y Comités no son aprobados por la Asamblea de Socios, limitando a los socios información que le puede ser útil al momento de tomar decisiones estratégicas como máximo nivel de gobierno y autoridad.*

- *La Asamblea General Ordinaria de Socios, llevada a cabo el 14 de marzo de 2012, expone respecto a su memoria anual "los logros alcanzados por la entidad", sin describirlos, situación que se aleja de la realidad dada la tendencia negativa y las pérdidas de la entidad, faltando a la obligación que tienen los Consejos y Ejecutivos de proporcionar información verídica a los socios y al público en general.*
- *El pago de dietas a consejeros titulares no se encuentra autorizado ni aprobado por la Asamblea General de Socios.*
- *Se ha evidenciado la cancelación de dietas a consejeros suplentes, al respecto la Cooperativa debe realizar las gestiones necesarias para recuperar estos pagos.*

CONSIDERANDO:

Que el Informe ASFI/DSR IV/R- 61551/2013 de 29 de abril de 2013, establece en su parte conclusiva:

1. *La entidad no efectuó las acciones correctivas, necesarias para mejorar la gestión de riesgos, control interno, registros contables y reversión de su situación financiera, que le permita regularizar su posición.*
2. *Presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones. No efectúa acciones correctivas necesarias para superar su posición financiera y mejorar su gestión de riesgos, aspectos que determinan el deterioro de la situación patrimonial.*
3. *No ha tomado las acciones necesarias para reducir sus gastos administrativos, financieros y por ende sus pérdidas acumuladas que la colocan en una posición de insolvencia técnica.*
4. *Incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Manual de Cuentas, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, procedimientos*

internos y normativa vigente, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros por un total de Bs18.111.738.

5. *Los procedimientos observados se alejan de sanas prácticas prudenciales y disposiciones del Ente Regulador, detalladas a continuación:*
   - ✓ *Uso indiscriminado de fecha valor.*
   - ✓ *Ausencia de controles internos adecuados, que permitan detectar deficiencias en forma oportuna.*
   - ✓ *Falta de transparencia en los registros y reportes del sistema.*
   - ✓ *Incumplimiento reiterativo a disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión.*
   - ✓ *Operaciones vinculadas con condiciones preferenciales.*

Asimismo, se recomendó instruir a la entidad:

a) Registrar contablemente los ajustes por Bs18.111.738 determinados por incumplimiento a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptadas, Manual de Cuentas y normativa vigente.

b) Dar cumplimiento estricto al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

c) Regularizar los datos expuestos en el Balance General y Estado de Resultados.

d) Prohibir toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos registrados.

CONSIDERANDO:

Que, conforme lo dispuesto en el Artículo 109 de su estatuto en vigencia, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda. puede disolverse voluntariamente por determinación expresa de 2/3 partes de socios activos en Asamblea General Extraordinaria.

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, recomienda emitir Resolución Administrativa, desestimando la continuidad del proceso de adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda., dada su crítica situación financiera…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 30 de julio de 2013, la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL RECURSO***

Previamente es menester manifestar que al estar adecuado nuestro accionar a la normativa de la Ley General de Sociedades Cooperativas y normas conexas y que al migrar a los parámetros establecidos por la Ley de Bancos y Entidades Financieras y los reglamentos correspondientes, existen deficiencias en nuestra institución y en el sistema

cooperativo societario en general, pero cabe manifestar que nuestra entidad ha tratado de cumplir en su totalidad con las recomendaciones y observaciones, registrando todos los ajustes contables de los anteriores informes que fueron realizados fruto de inspecciones a nuestra entidad financiera ***NO BANCARIA,*** *ajustes que nos han debilitado patrimonialmente de gran manera, pero consideramos pertinente que de acuerdo a razones legales y técnicas hacerle conocer algunas deficiencias a las observaciones del informe de inspección con corte al* ***31 de julio del 2.012*** *efectuado por los técnicos ASFI, en tal sentido pasamos a exponer nuestras observaciones legales fundamentales:*

Cabe reiterar y reafirmar previamente a nuestra fundamentación legal, que el ***INFORME/ ASFI/DSR IV/R-120024*** *I* ***2012,*** *data del* ***21 de septiembre de 2012*** *y es remitido por su Autoridad a nuestra institución mediante carta de fecha* ***12 de diciembre de 2012*** *y notificado en fecha* ***26 de diciembre de 2012,*** *vale decir que nos encontramos a dos meses de cumplir un año del hecho o el inicio del acto administrativo, y recientemente se elabora y se nos hace conocer la* ***Resolución ASFI 403/2013,*** *siendo que debió remitirse a la brevedad posible, para determinar acciones correctivas en beneficio de nuestros socios y que n fue posible realizarlas para el cierre de la gestión 2012, debido a que solo contábamos con tres días para aplicar los ajustes correspondientes vulnerando el* ***Principio de Eficacia*** *establecido en la Ley No. 2431 en su Art.* ***4*** *inc. J) y el* ***Principio de Economía, Simplicidad*** *y* ***Celeridad*** *establecido en el inciso k) del mismo artículo y cuerpo legal, en concordancia con el* ***Decreto Supremo No. 27175,*** *pero cabe mencionar que a la fecha de corte 30 de Junio de 2013, muchas de estas observaciones han sido corregidas y subsanadas como su Digna Autoridad pudo verificar al recibir el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Tramite No T-462789 Inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recibido en fecha 21 de marzo de 2013 en la ASFI, por lo que encontramos el citado informe extemporáneo y además, no se tomaron en cuenta los descargos presentados en el informe con cite CLT102/3/2013, dado que en su resolución objeto de la presente impugnación, no se mencionan los mismos, de lo cual es evidente que su Autoridad no ha tomado en cuenta los hechos posteriores correctivos.*

EL INFORME ASFI / DSR IV / R-61551/2013 DEL 29 DE ABRIL DE 2.013 *citado como base de la resolución objeto de la presente impugnación, extrañamente* ***NO ha sido ni es de conocimiento de la Cooperativa****, es decir que no hemos sido notificados mediante ningún medio legal e inclusive ningún medio informal con el referido informe, lo cual vulnera el principio de transparencia, el debido proceso y la seguridad jurídica, ya que su Digna Autoridad utiliza el mismo como fundamento para dictar la Resolución Administrativa 403/13 de fecha 03 de julio del 2.013, limitándose nuestro derecho a la defensa y a la igualdad, ya que nuestra institución al no tomar conocimiento de dicho informe no ha podido utilizar los mecanismo administrativos legales para refutar o en su defecto inclusive cumplir con las observaciones allí establecidas, cuando claramente la normativa administrativa que nos atañe, específicamente el Art. 32 de la Ley No. 2341 establece que los actos de la Administración Pública sujeta a dicha ley* ***se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación,*** *lo cual como ya lo manifestamos, no ha sucedido en el presente caso. Indicar además que el citado informe que supuestamente es el fundamento de la precitada Resolución 403/13, fue realizado o efectuado en virtud de una visita de inspección a nuestra institución el*

presente año 2013, visita que no fue motivada o determinada para el presente procedimiento o proceso administrativo como un medio legal de prueba que pudiere ser utilizado por su Digna Autoridad para dictar la Resolución Administrativa 403/13, cuando existe un informe inicial ***ASFI / DSR IV / R-120024 / 2012 DE FECHA 21/09/2012*** *que fue el que 'dio inicio al presente proceso administrativo, que posteriormente fue anulado por su Autoridad hasta la carta en la cual se nos procedió a notificar con el mismo, en tal sentido es menester de su Digna Autoridad mediante el presente recurso de revocatoria, velar .para que se cumpla el debido proceso y restituir nuestros derechos vulnerados. Acotar a lo manifestado, que en razón a que dicho informe no fue notificado a nuestra institución, no se puede realizar ningún trabajo de corrección, y más aun, en la resolución objeto de la presente impugnación, incorpora aseveraciones en base al citado informe que inducen a conclusiones erróneas, dado que establece en su parte conclusiva afirmaciones tales como: "No ha tomado las acciones necesarias para reducir sus gastos administrativos, financieros y por ende sus pérdidas acumuladas que la colocan en una posición de insolvencia técnica." Siendo que, como es de conocimiento de su digna autoridad, la cooperativa ha reducido los gastos administrativos, al reducir las agencias, personal al mínimo y se continúa reduciendo gradualmente. Además de reducir en más de un 60% los gastos financieros al bajar las tasas pasivas, decisión aprobada por los socios en ocho asambleas a nivel nacional, las que son de conocimiento de su digna autoridad. Se ha trabajado en la contabilidad basados en las recomendaciones emanadas por la ASFI, se presentaron todos los ajustes contables recomendados en los informes recibidos, se procedió a la NO captación de recursos de los socios y a la devolución ordenada de los depósitos registrados, como usted podrá verificar en la información diaria y mensual que es remitida a la ASFI. Consideramos importante mencionar que entre junio del 2012 - fecha de corte de la inspección- y junio del 2013, se han devuelto de manera ordenada $us 8.116.801 que representan el 28 % del total de $us 29.016.473 adeudados inicialmente.*

Por otro lado también es importante mencionar que al haber cumplido cabalidad las instrucciones de la Autoridad de no captar recursos se imposibilita automáticamente la generación de nueva cartera que impide la generación de mayores ingresos financieros en detrimento de la situación financiera y por ende la situación patrimonial de nuestra institución financiera no bancaria.

La reducción de los gastos administrativos, fue producto de la disminución de personal, cierre de agencias, reducción de otros gastos administrativos, por lo que al 30 de junio de 2013, estos gastos no llegan al 75% del margen financiero, lo que permite la generación de utilidades en esta gestión.

No obstante, con el ánimo de coadyuvar a su digna autoridad en este proceso y sin que la Cooperativa La Trinidad haya recibido el Informe ASFI/DSR No 61551/2013 de 29 de abril de 2013, tomando en cuenta el CONSIDERANDO de la página 16, de la Resolución ASFI No /2013 del 3 de julio de 2013, recibida e! 9 de julio de 2013 que es objeto de la presente impugnación tenemos los siguientes comentarios:

1. *La entidad no efectuó las acciones correctivas, necesarias para mejorar la gestión de riesgos, control interno, registros contables y reversión de su situación financiera, que le permite regularizar su posición.*
    - *La Cooperativa, dada la crítica situación en la que se encuentra debido a la*

reducción de personal recomendado en los informes de la ASFI y como es de su conocimiento, efectuó las acciones correctivas para minimizar el riesgo de liquidez siendo éste el mayor en su momento, al actuar con prontitud convocando a asambleas de socios, para evitar una corrida financiera descontrolada, bajando las tasas de interés pasivas para revertir la situación financiera, dando resultados positivos con el margen financiero, como se expone en los estados financieros que se remiten de forma mensual a la ASFI, por lo que no corresponde la observación.

2. *Presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones. No efectúa acciones correctivas necesarias para superar su posición financiera y mejorar su gestión de riesgos, aspectos que determinan el deterioro de la situación patrimonial.*

   - *Se debe dejar claramente establecido que la crítica situación patrimonial, es consecuencia de las instrucciones emitidas por la ASFI de realizar mayores previsiones, instrucciones que no otorgaron un plazo prudencial para aplicarlas dado que nos encontramos en un proceso de adecuación a las normas, recalcando que nuestra institución siempre mantuvo y mantiene un margen financiero positivo, incrementándose el mismo en el primer semestre de la presente gestión, lo cual demuestra fehacientemente que somos una empresa en marcha.*

   - *La entidad está menos expuesta a riesgos debido a que no se tiene colocación de cartera nueva, excepto la que se genera por la venta a crédito de bienes realizables, además de haber minimizado el riesgo de liquidez en base a la devolución ordenada de pasivos. Adicionalmente, desconocemos las proyecciones de la gestión 2013 a las cuales se refieren, dado que no hemos enviado ningún documento a la ASFI respecto a ellas, por lo que no corresponde la observación.*

3. *No ha tomado las acciones necesarias para reducir sus gastos administrativos, financieros y por ende sus pérdidas acumuladas que la colocan en una posición de insolvencia técnica.*

   - *Como es de conocimiento de la ASFI, se han reducido las agencias y gastos administrativos, también se ha reducido el costo financiero, a junio de 2013 es de 3.33% anual, como se puede ver en los estados financieros y bases de datos que se le envía a la ASFI en forma mensual, por lo que no corresponde la observación.*

4. *Incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Manual de Cuentas, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, procedimientos internos y normativa vigente, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros por un total de Bs18.111.738.*

Los procedimientos observados se alejan de sanas prácticas prudenciales y disposiciones del Ente Regulador, detalladas a continuación:

Uso indiscriminado de fecha valor.

- *En el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Tramite No T-462789 inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recibido en fecha 21 de marzo de 2013 por la ASFI se informó del procedimiento de fecha valor, adicionalmente en la visita de inspección de 2013 se informó que esta opción se retiró a los funcionarios en base a políticas internas, por lo que no corresponde la observación.*

  Ausencia de controles internos adecuados, que permitan detectar deficiencias en forma oportuna.

- *Como es su conocimiento, la cooperativa producto de la visita de inspección de septiembre de 2012, vino recortando el personal,, entrando en un estado de reingeniería de procesos con el objetiva de reducir agencias y gastos administrativos lo que ocasionó pérdida de controles internos. En el segundo semestre de 2012 están siendo nuevamente activados como lo pudieron verificar los funcionarios de la ASFI en la visita de inspección realizada en ef primer semestre de 2013.*

  Falta de transparencia en los registros y reportes de los sistemas Incumplimiento reiterativo a disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión.

- *Como es conocimiento del personal de ASFI, que visitó a la cooperativa en el 2013, se contrató a una empresa para que ajuste la contabilidad a la normativa ASFI, en el balance de Junio de 2013 con los ajustes recomendados*

  Operaciones vinculadas con condiciones preferenciales.

- *Consideramos que la ASFI debe precisar la información de las operaciones vinculadas con condiciones preferenciales y porque son preferenciales, para poder subsanar o penalizar las mismas.*

Asimismo, se recomendó instruir a la entidad;

a) *Registrar contablemente los ajustes por Bs18.111.738 determinados por incumplimiento a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptadas, Manual de Cuentas y normativa vigente.*

- *Esté ajuste fue realizado en base al informe de septiembre de 2012, por cuanto no correspondería su inclusión en el informe no recibido ASFI/DSR-IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013. En el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Tramite No T-462789 Inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recepcionado en fecha 21 de marzo de 2013 por la ASFI, se informó que los ajustes solicitados ya fueron realizados.*

b) *Dar cumplimiento estricto al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

c) *Regularizar los datos expuestos en el Balance General y Estado de Resultados.*

- *Como es conocimiento del personal que visitó en el seguimiento de inspección a la cooperativa en el 2013, se contrató a una empresa para que la contabilidad se ajuste a la normativa vigente en el balance de Junio de 2013, con los ajustes recomendados y capacitación al personal para el seguimiento correspondiente.*

d) Prohibir toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos registrados.

- *Como es de conocimiento de su digna autoridad, en diferentes cartas enviadas, copias de actas de asambleas y los balances mensuales remitidos se puede evidenciar que la cooperativa no está captando recursos de los socios y está procediendo a la devolución ordenada en un plan de cinco años, en base a lo dictaminado en las asambleas.*

*Se debe dejar claramente establecido que nuestra Cooperativa de Crédito La Trinidad Ltda., es una entidad que se encuentra actualmente en proceso de adecuación Fase **III** y que **no cuenta con la correspondiente Licencia de Funcionamiento** emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y al estar en proceso de adecuación las normas establecidas por La Ley de Bancos y Entidades Financieras y la correspondiente recopilación, **NO ES APLICABLE** a nuestra institución y a ninguna cooperativa que se encuentre en las mismas circunstancia, careciendo de Competencia para instruir una disolución de nuestra entidad, esto en razón a los argumentos expuestos en la presente impugnación.*

*Las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias como es nuestro caso, si bien fueron incluidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo a normativa reglamentaria al respecto, existe como requisito **sine qua non** que es la obtención de la **licencia de funcionamiento** para que dicha normativa sea aplicable a nuestra institución, tal como se establece el Art. 3 del **REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO** de la Recopilación de Normas, el mismo que establece en su definiciones lo siguiente; "Cooperativa de ahorro y crédito societaria en proceso de adecuación: Sociedad cooperativa de objeto único, en proceso de adecuación para ser considerada entidad de intermediación financiera no bancaria y sujeta al ámbito de aplicación de la LBEF, **a partir de la obtención de la licencia de funcionamiento.** Ratificando lo expresado y para dar otro ejemplo preciso, en la **Resolución ASFI 426/2012** de fecha 29 de agosto del 2.012, resolución que aprueba el Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no hayan obtenido la licencia de funcionamiento, en una de sus partes considerativas como fundamento legal para aprobar dicho reglamento, establece textualmente lo siguiente: **"Que, al no ser aplicable a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no cuenten con licencia de funcionamiento, los alcances de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) ...".***

*Así mismo y reafirmando la fundamentación legal de la **falta de competencia,** el Art. 14 del Decreto Supremo No. 27175 en su parágrafo I (SUJETOS REGULADOS), establece claramente lo siguiente, "Se consideran operadores financieros y se constituyen en los sujetos regulados del SEREFI, las personas jurídicas que actúan en los mercados financieros ofertando o intermediando servicios de carácter financiero, constituidas en*

el tipo societario que según su actividad, establecen las respectivas normas sectoriales y que, habiendo cumplido los requisitos para su habilitación legal, ***cuenten con autorización de funcionamiento otorgada por la Superintendencia sectorial correspondiente.''.*** *Se debe indicar adicionalmente que de conformidad a lo establecido por el Art. 28 inc. a) de la Ley No. 2341, establece como uno de los elemento esenciales del acto administrativo para que el mismo tenga validez, el de la* ***Competencia,*** *es decir que el acto administrativo* ***debe necesariamente ser dictado por autoridad competente,*** *lo cual claramente no ocurre en el presente caso y en el caso de las cooperativas societarias en general que no cuentan con licencia de funcionamiento y que se encuentran en proceso de adecuación.*
Que, al no ser aplicable para nuestra institución la Ley de Bancos y Entidades Financieras y al haberse abrogado la normativa que regula nuestro accionar jurídico, vale decir, la Ley General de Sociedades Cooperativas y sus Decretos Reglamentarios, por la nueva Ley, se debe indicar que el Art. 71 y 72 de la precitada nueva Ley de Cooperativas establece en su "ARTICULO 71. (DISOLUCIÓN). Son causales de disolución las siguientes: 1. Por voluntad de las dos terceras partes de sus asociadas y asociados, expresada en Asamblea General Extraordinaria. 8. Por incumplimiento de los principios y valores del cooperativismo a ***ser determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP".*** *Todos los casos del presente artículo estarán sujetos al decreto supremo reglamentario de la presente ley y su "ARTICULO 72. (LIQUIDACION) I. En los casos expresados en el artículo precedente, se procederá a la liquidación de la cooperativa. Para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, deberá organizar la Comisión Liquidadora que estará integrada por un representante de la citada entidad y un representante nombrado por la Asamblea General Extraordinaria. 11. La liquidación se efectuará de acuerdo a esta ley, su decreto supremo reglamentario y el estatuto orgánico, así como la legislación aplicable en los diferentes sectores regulados.*" *Que, los Art. 71 y 72 del mismo cuerpo legal, establecen claramente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP es la institución encargada de revocar la autorización legal para que funcione una sociedad cooperativa.*

Que, nuestro Estatuto Orgánico en su Art. 109, ratificando lo expuesto con anterioridad, establece claramente que la cooperativa se disolverá por determinación expresa de la Asamblea General Extraordinaria de socios y por lo establecido por los artículos correspondientes de la Ley General de Sociedades Cooperativas, ordenada la liquidación por el Consejo Nacional de Cooperativas ahora la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, actualmente a la espera del decreto reglamentario correspondiente para la adecuación respectiva.

Asimismo, en la Resolución Administrativa ASFI No. 403/2013 de fecha 03 de Julio de 2.013, se nos instruye convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, conforme a lo establecido en el estatuto orgánico, con el objeto único de dar lectura en detalle a la citada resolución y poner en consideración la disolución voluntaria de la cooperativa, debiendo remitir el acta correspondiente a su autoridad y suspender toda captación de recursos de los socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo modalidades distintas a los certificados de aportación.

Cabe indicar, que a pesar de que estamos utilizando el presente recurso legal para hacer prevalecer nuestros derechos, nuestra institución convocó y efectuó Asamblea General Extraordinaria de socios en los meses de enero, febrero, Mayo y Junio del presente año, en los departamentos en los cuales tenemos sucursales o filiales, asambleas en las cuales se procedió a la lectura en inextenso del INFORME ASFI/DSR IV/R-120024/2012 DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2.012 DE INSPECCIÓN DE SEGUIMIENTO CON CORTE AL 31 DE JULIO DE 2.012, BASE DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 403/2013 DE FECHA 03 DE JULIO 2013 objeto de la presente impugnación, en la cual Resuelve totalmente a destiempo y después de que hemos cumplido con lo resuelto tal como lo hemos manifestado, que nuestra institución convoque nuevamente a una Asamblea General Extraordinaria para dar lectura en detalle a la presente resolución y se considere la disolución voluntaria de nuestra institución. Manifestamos respetuosamente a su Digna Autoridad, que al emitir la presente resolución es decir la Resolución Administrativa No. 403/2013, no ha tomado en cuenta los hechos posteriores a la misma, creando una ambigüedad o vació en el accionar futuro de nuestra institución, siendo que ya se sometió a consideración de los socios los instructivos emanados de dicho informe y a lo cual nuestros socios decidieron rechazar la disolución voluntaria y encarar un plan de emergencia, dando lectura de el referido informe en las respectivas asambleas en los departamentos en los cuales tenemos sucursales, donde todos los socios aceptaron la no disolución y la presentación de un Plan de viabilidad financiera de devolución de los ahorros. Toda vez que nuestros socios decidieron rechazar la disolución voluntaria propuesta, en tal sentido es menester de los directores y el Gerente General proceder con la presente impugnación como mandato intrínseco de dichas asambleas y buscar la viabilidad de nuestra institución garantizando el ahorro de nuestros socios.

MAS FUNDAMENTO APLICABLE AL CASO *- Finalmente el código de Comercio también aplicable a la Ley de Cooperativas, en su Art 383 establece lo siguiente:*

"Frente a la duda en la existencia de una causal de disolución se estará a favor de la SUBSISTENCA DE LA SOCIEDAD"

CONCLUSIÓNES (sic)

En razón a todo lo manifestado con anterioridad, nuestra institución cooperativa efectúa las siguientes conclusiones:

1. *De acuerdo a los argumentos legales expuestos, se deja claramente establecido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)* ***no tiene tuición, facultades y competencia*** *sobre las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que* ***no hayan obtenido la Licencia de funcionamiento.***
2. *Que la Ley de Bancos y Entidades Financieras, y la Recopilación de Normas, solo es aplicable a las instituciones de intermediación financiera* ***que cuenten con licencia de funcionamiento.***
3. *Que la disolución o liquidación voluntaria de acuerdo a normativa que regula el sector cooperativo que no cuenta con licencia funcionamiento, solo pueden disolverse o revocarse su autorización legal de conformidad a lo establecido por los* ***Art. 71, 72*** *de la nueva* ***Ley General de Sociedades Cooperativas,*** *indicando que para ambos casos la institución legal para supervisar o proceder con éstas*

*opciones, es el **AFCOOP** el mismo que cuenta con la tuición legal correspondiente, todo en concordancia con nuestro **Estatuto Orgánico del Art. 109 al 113.***

PETITORIO

*Es en razón a lo expuesto, considerando los fundamentos jurídicos expuestos, es que de conformidad a lo establecido por los artículos **46 y siguientes** del **Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2.003, REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA,** en concordancia con lo establecido por l **LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO No. 2341 de fecha 23 d abril del 2.002,** planteamos **RECURSO DE REVOCATORIA** en contra de el Informe de Inspección de Seguimiento con Corte al 30 de Junio de 2.012 **ASFI / DSR IV / R-120024/2012 DE FECHA 21/09/2012** y informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013 y por ende **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 403/2013 DE FECHA 03 DE JULIO DE 2013,** solicitando la **REVOCATORIA TOTAL del PUNTO PRIMERO** se nos instruye a convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, conforme a lo establecido en el estatuto orgánico, con el objeto único de dar lectura en detalle a la citada resolución y poner en consideración la disolución voluntaria de la cooperativa, debiendo remitir el acta correspondiente a su autoridad, en tal sentido solicitamos a su Digna Autoridad se pronuncie con relación a la presente impugnación. Debemos aclarar que nuestra institución no procede con la impugnación del segundo punto instruido de dicha resolución, el mismo que es y será cumplido a cabalidad...*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 605/2013 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/Nº 605/2013 de 16 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, con los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, a fin de garantizar el derecho al debido proceso y a la amplia defensa de la Cooperativa La Trinidad Ltda., esta Autoridad de Supervisión emitió el Auto de fecha 7 de agosto de 2013, mediante el cual se dispone la apertura del término de pruebas, otorgando a la entidad cinco días hábiles para demostrar todo lo aseverado en el memorial de impugnación. Dicho auto fue notificado a la entidad en fecha 12 de agosto de 2013.

Que, mediante memorial presentado en fecha 16 de agosto de 2013, la Cooperativa presenta la siguiente prueba documental:

1. *"Carta de fecha 29 de noviembre de 2012, 9 de Mayo y 17 de Mayo de 2013 en la cual se presenta la reducción de agencias. Anexo 1.*

2. *Carta de fecha 20.03.13 con CLT 102/3/2013 y 22.03 08/3/2013 en el cual se presentan los descargos a la septiembre de 2012 con corte a Junio de 2012 Anexo 2.*

3. *Copia de contrato con la empresa QUIMEL para la revisión de ajustes contables según normativa ASFI. de fecha entregada a los supervisores de la ASFI Anexo 3.*

4. *Copia de la carta entregada a los inspectores de la ASFI. en la que adjunta el contrato con la empresa QUIMEL Anexo 4.*

5. *Copia de las planillas de haberes, adjunto un evolutivo de gestión 2013. Anexo 5.*

6. *Copia de la instructiva interna de retiro a nivel nacional de la opción de pago con fecha valor Anexo 6.*

7. *Copia legalizada del Acta de Asamblea Extraordinaria y Ordinaria del 26/01/2013(Lectura de Informe ASFI y propuesta de disolución). Anexo 7.*

8. *Copias de las Actas de Asamblea Extraordinaria de Tarija del 02/02/20 13, La Paz del 05/02/20 13; Cochabamba del 7/02/20 13 Anexo 8.*

9. *Copias de las Actas de Asambleas Extraordinarias del 04/05/20 13, Tarija del 11/05/2013, La Paz del 01/06/2013, Cochabamba del 25/05/2013. Anexo 9.*

10. *Copia de reporte de ventas de bienes realizables de junio 2012 a junio 2013. Anexo 10.*

11. *Copia de situación patrimonial y Ganancias y pérdidas Forma A y Forma B. mas carta de envío recibida por la ASFI Anexo 11.*

12. *De acuerdo al memorial del 7 de agosto de 2013 mediante el cual nos otorgan un plazo de cinco días hábiles para presentar los descargos pertinentes sobre la impugnación presentada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda, y haciendo uso de nuestro derecho a la defensa, a continuación detallamos el sustento de las consideraciones argumentadas por la Cooperativa en el memorial de referencia:*

Primera aseveración.- *Nuestra entidad ha cumplido totalmente con las recomendaciones y observaciones efectuadas mediante informe ASFI/DSR IV/R-163383/2012 del 12.12.12, hemos registrado los ajustes contables indicados en anteriores informes, aun sabiendo que éstos debilitarían nuestro patrimonio considerablemente, sin embargo se realizan porque nuestro objetivo es el de conseguir la tarjeta de adecuación como entidad no bancaria, adecuándonos a partir de las correcciones a la normativa ASFI.*

Como sustento de lo mencionado, adjuntamos fotocopia de la carta CLT 108/03.2013 del 22 de marzo de 2013 con el sello de recepción ASFI de fecha 22 de marzo de 2013, junto a la nota, remitimos en respuesta al informe de inspección, dos anillados foliados conteniendo los respaldos de las operaciones corregidas por la Cooperativa, recalcamos, estos descargos no fueron tomados en cuenta en sus visitas posteriores, muestra de ello es que reiteran las mismas observaciones ya subsanadas. Anexo 2.

Segunda y Tercera aseveraciones.- *Hemos reducido sustancialmente los gastos administrativos y los costos financieros, además, como lógica consecuencia de estos recortes, se ha incrementado las utilidades mensuales operativas, situación que mejora nuestra posición y permite ver un futuro promisorio para la Cooperativa, corno muestra de lo mencionado adjuntamos el presente análisis que se explica por sí mismo:*

RAZONES DE EFICIENCIA	***AL 30.06.2013***	***AL 30.06.2012***
Razón Gastos Financieros= Gastos Financieros	*3,369,114.09*	*12,399,320.99*
Total Gastos	*44,206,094.35*	*34,216,276.32*
El 8% // 36% del total de gastos, representan los gastos financieros. Gastos Financieros Cta 410 y Total gastos cta.400	***7.62%***	***36.24%***

Razón Gastos Administrativos= Gastos de Administración	*4,341,374.70*	*7,052,524.17*
Total Gastos	*44,206,094.35*	*34,216,276.32*
El 10% // 21% del total de gastos representan los gastos de administración. Gastos Administración Cta. 450 y Total gastos cta.400	***9.82%***	***20.61%***
Razón Gastos Personal= Gastos de Personal	*1,999,535.23*	*3,632,148.21*
Total Gastos	*44,206,094.35*	*34,216,276.32*
El 5% // 11% del total de gastos representan los gastos de personal. Gastos de Personal Cta. 451 y Total gastos cta.400	***4.52%***	***10.62%***
Razón Gastos Personal= Gastos de Personal	*1,999,535.23*	*3,632,148.21*
Gastos de Administración	*4,341,374.70*	*7,052,524.17*
El 46% // 52% del total de gastos de administración representan los gastos de personal. Gastos de Personal Cta. 451 y Total gastos de Administracióncta 450	***46.06%***	***51.50%***

Asimismo, Adjuntamos fotocopias de las cartas a través de las cuales la Cooperativa les comunica el cierre de las agencias y puntos bo, incluimos cartas de respuesta de la ASFI sobre el terna mencionado. Anexo 1.

Cuarta aseveración.- *Se aplicaron los ajustes sugeridos por la ASFI, el sustento de esta aseveración se puede evidenciar en el balance comparativo que presentamos entre los periodos de junio de 2012 y junio de 2013, a través del análisis horizontal podrán verificar en detalle las variaciones, tanto en términos absolutos como en relativos. (Al efecto insertan dos cuadros comparativos, titulados "BALANCE GENERAL COMPARATIVO" y "ESTADO DE*

RESULTADOS COMPARATIVO" EXPRESADOS EN BOLIVIANOS, Saldos al 30/06/2013, Saldos al 30/06/2012 y la variación).

Quinta Aseveración.- *No hemos captado recursos de los socios, contrariamente, se ha estado efectuando la devolución de los ahorros a la vista y a plazo de manera ordenada y de acuerdo con lo que nuestro flujo nos permite diariamente. En el balance comparativo mostrado anteriormente, podrán apreciar lo mencionado, además, adjuntamos como información adicional, el reporte de ventas realizadas y cuyo porcentaje de disminución supera lo proyectado e informado por la Cooperativa anteriormente a la ASFI. Anexo 10*

Sexta Aseveración.- *Como producto de la reducción de gastos administrativos, cierre de agencias y disminución de personal, se han generado utilidades en lo que va de la presente gestión, consideramos importante recalcar que siempre mantuvimos y mantenemos un margen financiero positivo.*

Mostramos un comparativo del margen financiero que demuestra lo mencionado:

MARGEN FINANCIERO	***AL 30.06.2013***	***AL 30.06.2012***
Ingresos Financieros –Gastos Financieros		
Ingresos Financieros Cuenta 510. Gastos Financieros Cta. 410. siendo los ingresos financieros la suma de intereses de créditos mas intereses de depósitos en instituciones financieras, y los gastos financieros, los intereses pagados por depósitos recibidos.	***6,048,036.23***	***2,594,351.80***

Consideramos pertinente recalcar que parte de la utilidad generada por la Cooperativa, ha sido también producto de la venta de los bienes realizables y la disminución de los costos financieros.

Séptima aseveración.- *No se ha efectuado el incremento de nueva cartera en cumplimiento de la prohibición expresa de la ASFI, cabe mencionar que la excepción se ha dado por la venta a crédito de los bienes realizables. Adjuntamos el análisis horizontal y vertical de la cartera que explica claramente lo mencionado anteriormente.*

Código	***Descripción***	***SALDOS AL 30.06.2013***	***SALDOS AL 30.06.2012***	***VARIACIÓN***	
				ABSOLUTA	***RELATIVA***
13000000	***CARTERA***	*107.202.502.10*	*138.690.167.33*	***-31,487,665.23***	***-29.37***
13100000	***CARTERA VIGENTE***	***104,750,167.96***	***135,502,071.51***	***-30,751,903.55***	***-29.36***
13300000	***CARTERA VENCIDA***	***5,365,327.05***	***3,618,170.20***	***1,747,156.85***	***32.56***
13400000	***CARTERA EN EJECUCIÓN***	***13,252,377.23***	***9,346,513.68***	***3,905,863.55***	***29.47***
13500000	***CARTERA REPROGRAMADA O REESTRU***	***315,647.12***	***59,813.01***	***255,834.11***	***81.05***
13600000	***CARTERA REPROGRAMADA O REESTRU***	***136,348.58***	***5,772.90***	***130,575.68***	***95.77***
13700000	***CARTERA REPROGRAMADA O REESTRU***	***178,651.17***	***11,695.62***	***166,955.55***	***93.45***
13800000	***PRODUCTOS DEVENGADOS POR COBR***	***1,029,496.80***	***1,463,179.08***	***-433,682.28***	***-42.13***

13900000	***(PREVISIÓN PARA INCOBRABILIDAD DE***	***-17,825,513.81***	***-11,317,048.67***	***-6,508,465.14***	***36.51***

Rendimientos Activos =	*Activo Productivo*	*110.795.995,00*	*159.481.954,81*
	Total Activo	*215.256.612,32*	*287.451.777,18*
Mientras mayor participación porcentual, mayor eficiencia. Activo productivo Ctas 120+131+133+160 *Total Activo Cta 100*		***51,47%***	***55,48%***
Rendimiento de Activo Productivo Interm. Financ.		*110.497.600,05*	*139.645.214,16*
	Total Activo Productivo	*110.795.995,00*	*159.481.954,81*
Mientras mayor participación mayor eficiencia. Activo productivo Ctas. 120+131+133+160 *Total Activo Product. Interm. Financiera Cta. 120+131+133*		***99,73%***	***87,56%***
Rendimiento de Cartera Vigente =	*Cartera Vig.+Venc+Reprog.*	*110.567.490,71*	*139.185.827,62*
	Activo Productivo	*110.795.995,00*	*159.481.954,81*
Mientras la participación porcentual de la cartera cuyo atraso es inferior a 90 días respecto del total activo productivo, a mayor porcentaje corresponde mayor eficiencia. Activo productivo Ctas. 120+131+133+160 *Total Cartera Vig. + Venc. Cta. 131+133+135+136*		***99,79%***	***87,27%***
Morosidad de Cartera=	*Cartera Mora*	*18.932.704,03*	*12.982.152,40*
	Activo Productivo	*110.795.995,00*	*159.481.954,81*
Mientras la proporción directa de la cartera cuyo atraso es inferior a 90 días respecto del total activo productivo a mayor porcentaje corresponde mayor eficiencia. Activo productivo Ctas. 120+131+133+160 *Total Cartera Vig. Y Venc. Cta. 131+133*		***17,09%***	***8,14%***
Morosidad de Cartera en Ejecución = *Ejecución+Reprog.*	*Cartera*	*18.932.704,03*	*12.982.152,40*
	Total Cartera	*107.202.502,10*	*138.690.167,33*
Mide proporción de cartera incobrable respecto del total de la cartera. Mientras mayor sea la participación porcentual de la cartera en mora, mayor ineficiencia en la colocación de la misma. Cartera Mora Cta. 133+134+136+137 Total Cartera Cta. 130		***17,66%***	***9,36%***
Previsión Incobrabilidad de Cartera =	*Constitución Previsión*	*17.825.513,81*	*11.317.048,67*
	Total Cartera	*107.202.502,10*	*138.690.167,33*
Mientras mayor la proporción de la previsión por cartera incobrable, mayor mayor (sic) incremento de pérdidas en la gestión. Total Cartera Cta. 130; Previsión por incobrabilidad Cta. 139		***16,63%***	***8,16%***

Octava aseveración.- *En mayo de 2013, propiamente el 13 de ese mes, se instruyó a los Encargado de Sistemas y Operaciones, retirar las opciones de pago a fecha valor a todos los usuarios de la Cooperativa, dejándola solo para el Gerente Comercial, por lo que esta operación realizada anteriormente, cuyo uso fue explicado y justificado a los funcionarios ASFI oportunamente, se realiza de manera controlada. Anexo 6.*

Novena aseveración.- *A la empresa Consultora Quimel se le ha encomendado el trabajo de la revisión integral de los estados financieros al 31.12.12 incluyendo una revisión retroactiva de las cuentas 143, 183, 242 y 243 que incluye ajustes contables, mismos que deberían ser incorporados en los meses de abril a julio del presente. Por otra parte también se encomendó la capacitación del personal, el establecimiento de procedimientos contables adecuados y bajo normativa del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, ASFI. La contratación de la empresa QUIMEL surge como una necesidad de la Cooperativa de efectuar el saneamiento de los registros contables, los mismos que fueron observados íntegramente por la ASFI en sus visitas sucesivas y que además, demostraban un débil control interno, el mismo que también ha sido observado por su autoridad. Anexo 3.*

Por tal motivo, y tomando el área contable de la Cooperativa, estamos implementado nuevamente los controles internos, los que serán reforzados paulatinamente, no olvidemos que se ha disminuido sustancialmente al personal y que los funcionarios que quedan están realizando labores de dos o más personas al mismo tiempo, lo que nos imposibilita, por ahora, implementar mejores controles."

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, establece en el artículo 332, parágrafo I., que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el Supremo Gobierno dispuso que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y, además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, el artículo 153° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del País, la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para

vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal, al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Que, el artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), modificada por el artículo 3 de la Ley N° 3892, establece que: "Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito societarias abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades."

Que, el numeral el artículo 3, Sección 4, Capítulo VI del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, insertado en el Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es causal para desestimar la continuidad del proceso de adecuación cuando la situación financiera comprometa la solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa de la CAC Societaria, que de lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con los artículos 36 y 46 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala:

> *"I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*
>
> *II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa."*

Que, el artículo 51 de la misma Ley N° 2341, dispone: "I. El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución dictada por el órgano administrativo competente, salvando los recursos establecidos por ley".

Que, el artículo 27 de la referida Ley N° 2341, establece: "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce

efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que, los informes como tal, constituyen documentos de uso interno de una entidad pública dirigido a la máxima autoridad administrativa para que ella, en uso de sus facultades declarativas, dispositivas o decisorias sobre los temas que son de su competencia, tome la decisión de considerarlas a tiempo de disponer la resolución que corresponda dentro de los alcances del mencionado artículo 48°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Que, revisado el memorial de impugnación presentado el 30 de julio de 2013, se advierte que la Cooperativa objeta varios aspectos de los informes precedentemente señalados, es así que en el petitorio, expresa: "… planteamos ***RECURSO DE REVOCATORIA*** *en contra de el Informe de Inspección de Seguimiento con Corte al 30 de Junio de 2.012* ***ASFI / DSR IV / R-120024/2012 DE FECHA 21/09/2012*** *y informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013 y por ende* ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 403/2013 DE FECHA 03 DE JULIO DE 2013****, solicitando la* ***REVOCATORIA TOTAL del PUNTO PRIMERO*** *se nos instruye a convocar a una Asamblea Extraordinaria …"*

Que, los precedentes normativos antes citados, infieren que los recursos administrativos recaen única y necesariamente en los actos de la administración pública de carácter definitivo de alcance general o particular, acto que en el caso en cuestión constituye la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013 y no así los Informes ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012 y ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, los cuales no puede ser objeto de impugnación.

Que, en aplicación del alcance previsto por ley respecto a los recursos contra los actos administrativos de carácter definitivo, corresponde considerar en el presente acto en instancia recursiva los hechos objetados que se encuentran plasmados en la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013 y no así aquellos que se refieran al contenido de los informes ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012 y ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe ASFI/DSR IV/R-130001/2013 de 29 de agosto de 2013, la Dirección de Supervisión de Riesgos IV expone el resultado del análisis técnico efectuado tanto al memorial de impugnación presentado en fecha 30 de julio de 2013, como a memorial de pruebas presentado el 16 de agosto de 2013, manifestando lo siguiente:

En el punto 1, refieren:

- *"La Cooperativa, dada la crítica situación en la que se encuentra debido a la reducción de personal recomendado en los informes de la ASFI y como es de su conocimiento, efectuó las acciones correctivas para minimizar el riesgo de liquidez siendo éste el mayor en su momento, al actuar con prontitud convocando a asambleas de socios, para evitar una corrida financiera descontrolada, bajando las tasas de interés pasivas para revertir la situación financiera, dando resultados positivos con el margen financiero, como se expone en los estados financieros que se remiten de forma mensual a la ASFI, por lo que no corresponde la observación".*

La crítica situación que enfrenta la Cooperativa se debe a una inadecuada gestión que incidió en elevados gastos financieros y administrativos, inversión en activo improductivo (terrenos) que no condecían con su objeto único, aspecto que se evidencia desde su ingreso al Proceso de Adecuación.

El requerimiento de las acciones correctivas para minimizar el riesgo de liquidez y revertir la situación financiera crítica por la cual atraviesa la entidad, se originan en instrucciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión, sin embargo, las mismas han sido insuficientes para recuperar la solvencia patrimonial.

Por otra parte, en temas relacionados con otros riesgos no se han considerado directrices para subsanar deficiencias de control interno, por ejemplo, la tendencia de la cartera en mora es creciente, producto de la inexistencia de mecanismos efectivos de cobranza. Por otro lado, producto de la Inspección realizada en el mes de junio de 2013, se ha verificado que la información financiera no es confiable, integra ni oportuna, debido a que no cuentan con el detalle de partidas como "Cuentas por Cobrar" y "Bienes Realizables", así también, el legajo de balance presentado es incompleto, no adjunta todos los estados de cuenta que respalden los estados financieros, hecho que dificulta el análisis al no existir información contable fehaciente, clara, concreta e individualizada de sus operaciones, incumpliendo el artículo 46 del Código de Comercio, los numerales 1 y 2, el inciso J "Otras Disposiciones", Título I del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y el artículo 1, Sección 9, Capítulo III, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aspectos que fueron comunicados a la entidad en reunión final a la inspección, llevada a cabo el 20 de junio de 2013.

En este sentido, se observa que la entidad sólo proporcionó al 31 de mayo de 2013 un balance de sumas y saldos parcial y ningún estado de cuenta. Estas falencias exponen falta de oportunidad, integridad y confiabilidad en la información financiera y consigo ausencia de control interno en los procesos contables.

Asimismo, la Cooperativa proporcionó estados de cuenta incompletos correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril 2013 sin que se expongan en detalle las operaciones que afectan a los mismos, existiendo saldos negativos y acumulados, dificultando el análisis de las transacciones generadas en las distintas cuentas integrantes del Balance General.

Es importante recalcar también que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras menciona que las entidades financieras que se hallan bajo el ámbito de control de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, están obligadas a llevar todos los libros de contabilidad y dar cumplimiento a las normas establecidas en el Código de Comercio, Libro Primero, Título I, Capítulo IV; Contabilidad; Artículos 36°, 37°, 39°, 40°, 41°, 42°, 43°, 44°, 45°, 46°, 47°, 48°,49°, 50°, 51°, 54° y 64° además de otras disposiciones emitidas por el Servicio de Impuestos Nacionales y el Registro de Empresas del País, aspecto que no consideró la Cooperativa en el registro de sus transacciones.

En el punto 2, refieren:

- *"Se debe dejar claramente establecido que la crítica situación patrimonial, es consecuencia de las instrucciones emitidas por la ASFI de realizar mayores previsiones, instrucciones que no otorgaron un plazo prudencial para aplicarlas dado que nos encontramos en un proceso de adecuación a las normas, recalcando que nuestra institución siempre mantuvo y mantiene un margen financiero positivo, incrementándose el mismo en el primer semestre de la presente gestión, lo cual demuestra fehacientemente que somos una empresa en marcha".*

Debe quedar claro que los ajustes determinados por esta Autoridad de Supervisión se sustentan en incumplimientos a principios de contabilidad generalmente aceptados y normativa vigente emitida para entidades en proceso de adecuación, las variables que les dan origen se fundamentan en criterios y directrices prudenciales que buscan la transparentación de la información expuesta por la Cooperativa a sus socios.

Los fundamentos para desvirtuar el contenido de la Resolución expuestos por la Cooperativa en este punto se alejan de la realidad, dado que la entidad inició el proceso de adecuación con un resultado acumulado negativo de Bs2.932.602, manteniendo e incrementando la tendencia negativa como se expone en el cuadro que se presenta a continuación:

Evolución de los resultados de la entidad (expresado en Bs)

	Dic 2008	Dic 2009	Dic 2010	Dic 2011	Dic 2012
Resultados Acumulados	(2,932,602)	(8,883,184)	(19,733,196)	(30,448,449)	(31,997,351)

Por otro lado se puede advertir con el análisis de la tendencia del estado de resultados, que los gastos administrativos en promedio representaban el 69.88% de los ingresos financieros (gestiones 2009, 2010, 2011 y 2012), proporción que se alejaba de la realidad económica por la cual atravesaba la Cooperativa, sin que haya adoptado oportunamente medidas correctivas tendientes a precautelar los ahorros de los socios, así como la implementación de un modelo de negocio sostenible.

Al respecto, el Dictamen de la Empresa de Auditoría Externa (Empresa Consultora CIE S.R.L) menciona textualmente lo siguiente:

"Como se muestra en nota 8 a los estados financieros, composición de rubros de los estados financieros, incisos a) en disponibilidades faltan conciliaciones en cuentas de bancos Bs1.907.775; d) en cuentas por cobrar faltan respaldos Bs30.823.532; e) en bienes realizables no se cuenta con estado de cuenta Bs.5.143.002; f) en bienes de uso no se cuenta con estado de cuenta Bs6.392.279 y j) en obligaciones con instituciones fiscales no se muestran saldos. Lo anterior, concordante con lo expresado en el informe de control interno.

Como se expresa en nota 9 a los estados financieros, patrimonio neto Bs.(2.497.342), los estados financieros que se acompañan han sido preparados asumiendo que la Cooperativa continuará como empresa en marcha ya que incurrió en pérdidas consecutivas de operaciones que muestran patrimonio negativo, este aspecto origina duda sustancial sobre su capacidad para continuar operaciones normales. La Gerencia

General, no instruyó incluir en los estados financieros ningún ajuste que pudiera resultar coma consecuencia de esta incertidumbre.

En nuestra opinión, debido a los efectos de no contar con respaldos contables y presentar patrimonio negativo, según lo descrito en los párrafos 3 y 4 anteriores, los estados financieros no presentan razonablemente, de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados, la situación patrimonial y financiera de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "LA TRINIDAD" LTDA., al 31 de diciembre de 2012, los resultados de sus operaciones, de patrimonio neto y de flujo de fondos por el año terminado en esa fecha". Por lo que la opinión de un tercero independiente ratifica lo afirmado por ASFI.

- *"La entidad está menos expuesta a riesgos debido a que no se tiene colocación de cartera nueva, excepto la que se genera por la venta a crédito de bienes realizables, además de haber minimizado el riesgo de liquidez en base a la devolución ordenada de pasivos. Adicionalmente, desconocemos las proyecciones de la gestión 2013 a las cuales se refieren, dado que no hemos enviado ningún documento a la ASFI respecto a ellas, por lo que no corresponde la observación".*

Una vez realizada la revisión individual de las carpetas de crédito correspondientes a las operaciones desembolsadas entre febrero y mayo 2013, se pudo determinar en función al destino del préstamo y la documentación contenida en la carpeta la siguiente estructura:

Destino del Crédito	Nro. Op.	Saldo $us
Compra de Terrenos CAC	20	402,213
Refinanciamiento	6	21,105
Libre Disponibilidad	6	15,078
Créditos Cancelados	2	2,208
Total	**34**	**440,603**

Se evidencian veinte operaciones por un saldo de $us. 402.213 destinadas a la compra de terrenos de la Cooperativa, seis corresponden a refinanciamientos por $us. 21.106.60 son de libre disponibilidad y ascienden a $us. 15.078 y presentan dos créditos cancelados, por lo que se puede advertir que se están generando nuevas operaciones crediticias cuyo destino es diferente a la venta de bienes realizables.

Respecto a las proyecciones, el Informe de Inspección se refiere a la gestión 2012 y no así a la 2013, sin embargo, se observa que:

- ✓ *En la Asamblea Extraordinaria de fecha 4 de mayo de 2013, en la ciudad de Santa Cruz, el orden del día incluye la Presentación de Plan de Viabilidad Financiera, el que menciona como acción la colocación de cartera en bienes realizables con una tasa promedio del 14.75% anual y un plazo máximo de 10 años para estas operaciones.*

- ✓ *En fecha 11 de mayo de 2013, en la Asamblea Extraordinaria llevada a cabo en la ciudad de Tarija, el orden del día describe: "Plan de Viabilidad Financiera y Seguimiento", para lo cual, el Lic. Ronald Arce, representante de una Empresa Consultora de Santa Cruz, explicó el proyecto a cinco años denominado "Estrategia Empresarial, Quinquenio 2013 a 2017" de la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Trinidad Ltda." cuyo objetivo general es consolidar a la Cooperativa como una*

empresa en marcha y obtener de la ASFI el Certificado de Adecuación y posteriormente la Licencia de Funcionamiento.

- ✓ *En la Asamblea Extraordinaria de 1° de junio de 2013 en la ciudad de La Paz se incluye en el orden del día: "Plan de Viabilidad Financiera y seguimiento del mismo".*

En el punto 3, refieren:

- *"Como es de conocimiento de la ASFI, se han reducido las agencias y gastos administrativos, también se ha reducido el costo financiero, a junio de 2013 es de 3.33% anual, como se puede ver en los estados financieros y bases de datos que se le envía a la ASFI en forma mensual, por lo que no corresponde la observación".*

Evidentemente, la Cooperativa muestra una tendencia decreciente respecto a los gastos administrativos, hechos evidenciados con la documentación acreditada con el memorial de pruebas de 16 de agosto de 2013 (Punto 1, - Anexo 1); sin embargo se determina la existencia de transacciones con condiciones diferentes que desvirtúen el accionar del compromiso asumido con sus socios. Efectúa la devolución incluyendo intereses pactados que oscilan entre el 2% y 3.5%, aspecto que no se adecua a la crítica situación financiera, por lo que siguen existiendo variables que pueden aminorar los efectos de la delicada situación financiera y patrimonial.

Sin embargo de lo anterior, la reducción de gastos administrativos no fue oportuna, situación que se verifica en la tendencia creciente de estos gastos que se expone en el cuadro que se presenta a continuación:

Expresado en Bs.

Rubro	31/12/2009	31/12/2010	31/12/2011	31/12/2012
Gastos de Administración	9,456,852	12,747,703	12,871,463	13,551,176
Gastos de Personal	4,724,604	5,474,931	6,743,371	6,894,483

En el punto 4, refieren:

- *"En el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Trámite No T-462789 Inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recibido en fecha 21 de marzo de 2013 por la ASFI se informó del procedimiento de fecha valor, adicionalmente en la visita de inspección de 2013 se informó que esta opción se retiró a los funcionarios en base a políticas internas, por lo que no corresponde la observación."*

La utilización de fecha valor está determinada en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. En este sentido, se menciona que las entidades no podrán imputar a la contabilidad operaciones con fechas distintas a las efectivamente realizadas, sin poder incorporar transacciones con "fecha – valor", salvo algunas excepciones definidas en forma previa a su aplicación en las políticas internas de cada entidad y a su vez deberán contar con informe del Auditor Interno de la entidad. A la comisión de inspección no se presentó documento alguno que justifique esta práctica. Asimismo, se evidenció que la entidad con posterioridad al corte de inspección (31 de

julio de 2012) continuó con esta práctica, situación evidente si se realiza un comparativo en el mes de noviembre 2012 de la información reportada a ASFI previamente y la extractada actualmente de su sistema informático:

Expresado en Bs.

PERIODO	DETALLE	REPORTADO ASFI	SISTEMA LA TRINIDAD	DIFERENCIAS (Bs)
NOVIEMBRE 2012	ACTIVO	160,298,502	178,960,039	**(18,661,536)**
	PASIVO	183,566,881	183,566,881	**0**
	PATRIMONIO	(23,268,379)	(4,606,842)	**(18,661,536)**
	PASIVO + PATRIMONIO	160,298,502	178,960,039	**(18,661,536)**

- *"Como es su conocimiento, la cooperativa producto de la visita de inspección de septiembre de 2012, vino recortando el personal, entrando en un estado de reingeniería de procesos con el objetivo de reducir agencias y gastos administrativos lo que ocasiona pérdida de controles internos. En el segundo semestre de 2013 están siendo nuevamente activados como lo pudieron verificar funcionarios de la ASFI en la visita de inspección realizada en el primer semestre de 2013."*

Más allá de la justificación de la inexistencia de controles internos por falta de personal, la entidad a lo largo del proceso de adecuación no pudo definir formalmente procedimientos internos de control efectivos, por lo cual, en los informes de Inspección se describen observaciones reiterativas que no pudieron ser subsanadas o que se volvieron a generar. A continuación se describen algunas que se encuentran relacionadas con deficiencias de control: en "Bienes Realizables" la entidad expone un saldo negativo de Bs805.784 a la fecha de corte de la inspección 2013, en el comprobante N° 1410 de 19 de febrero de 2013 se observa una transferencia por Bs6.525.510 del grupo 140 "Otras Cuentas por Cobrar" al 150 "Bienes Realizables", revisado el comprobante contable se observa que el mismo carece de documentación de respaldo suficiente que sustente el registro contable.

- *"Como es conocimiento del personal de ASFI, que visitó a la cooperativa en el 2013, se contrató a una empresa para que ajuste la contabilidad a la normativa ASFI, en el balance de Junio de 2013 con los ajustes recomendados."*

La entidad expone un saldo negativo de Bs805.784 exhibiendo ausencia de control en el manejo del Grupo "Bienes Realizables". Asimismo, no se proporcionó estado alguno de las cuentas analíticas que lo conforman.

La información financiera por la entidad se encontró incompleta, no se presentaron todos los estados de cuenta requeridos. Si bien se informó sobre la contratación de una empresa para que regularice las deficiencias en el procesamiento de la información financiera y reconocidas por la entidad, a la fecha no se tiene conocimiento del producto, ni del trabajo realizado por la empresa contratada.

- *"Consideramos que la ASFI debe precisar la información de las operaciones vinculadas con condiciones preferenciales y porque son preferenciales, para poder subsanar o penalizar las mismas."*

NRO OP	NOMBRE	RELACIÓN	FECHA	MONTO DESEMB. $US	SALDO $US	TASA	PLAZO DÍAS	OBSERVACIONES
10023888	Roca Urioste Jorge Ivan	Hermano del Gerente General	20/03/2012	12,000	12,000	13%	360	Con los desembolsos cancelan operaciones en mora, vigentando su estado. Los Certificados de Aportación Obligatorios a nombre de los Socios no son encontrados endosados a favor de la Cooperativa. No existe los pagarés documentados de la Cartera del prestatario.
10020876	Roca Urioste Marcelo	Hermano del Gerente General	04/11/2010	6,050	5,995	17%	1663	El Certificado de Aportación Remunerado a nombre de los Socios no se encuentra endosado a favor de la Cooperativa. Con los desembolsos cancelan operaciones (con fecha valor) en mora, vigentando su estado, dicho procedimiento contradice sanas prácticas prudenciales.
10023941	Soto Salazar Glenda	Gerente Legal	21/04/2012	1,822	1,100	24%	1440	Para el análisis de capacidad de pago no se toma en cuenta el promedio de las tres últimas boletas de pago. El prestatario es ejecutivo de la Cooperativa, incumpliendo el Art. 79 de la LBEF.
TOTAL				**19,872**	**19,095**			

Se observa la concesión de créditos a ejecutivos y personas vinculadas a estos, contraviniendo al Artículo 79, Inciso c) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF), estas operaciones deben ser recuperadas y no pueden ser castigadas.

Se ha procedido a la devolución de Certificados de Aportación, en contraposición al Artículo 73 de la LBEF que prohíbe su redención cuando existen pérdidas acumuladas o deficiencias en la constitución de previsiones, debiendo establecer las responsabilidades solidarias y mancomunadas de quienes han autorizado las cancelaciones, ya que se ha provocado daño económico a la Cooperativa.

La devolución incluye Certificados de Aportación Obligatorios a ex consejeros y ejecutivos de la entidad como se expone en el siguiente cuadro:

Nombre	Cancelados		Nuevos		Diferencia	%
	N° CAO	Monto Bs	N° CAO	Monto Bs		
GUTIERREZ ROCA JOAQUIN PEDRO PABLO	36,026	889,560	16,546	165,460	724,100	18.60%
HORNEZ FERNANDEZ ERICK ALEJANDRO	8,912	985,960	569	5,690	980,270	0.58%
LOPEZ JUSTINIANO MARCOS SERGIO	3	24,000			24,000	0.00%
ROCA URIOSTE JORGE IVAN	4,102	928,264	20,270	202,700	725,564	21.84%
TOTAL		**2,827,784**		**373,850**	**2,453,934**	**13.22%**

"Asimismo, se recomendó instruir a la entidad;

a) Registrar contablemente los ajustes por Bs18.111.738 determinados por incumplimiento a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptadas, Manual de Cuentas y normativa vigente.

- *Este ajuste fue realizado en base al informe de septiembre de 2012, por cuanto no correspondería su inclusión en el informe no recibido ASFI/DSR-IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013. En el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Trámite No T-462789 Inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recepcionado en fecha 21 de marzo de 2013 por la ASFI, se informó que los ajustes solicitados ya fueron realizados".*

La entidad no ha presentado los descargos correspondientes a los ajustes determinados en el Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012. En este sentido, se enuncian algunos tratamientos contables que la entidad ha realizado referidos a los mismos:

- ✓ *La entidad en fecha 31/08/2012 mediante comprobante contable 1222 ha procedido a reclasificar **Bs13.079.507** por concepto de Bienes Realizables expuestos en Otras Cuentas por Cobrar (contabilizados a efecto de levantar previsiones requeridas por*

la Ley de Bancos y Entidades Financieras). Producto de esta reclasificación se constituyen previsiones por tenencia por el mismo importe.

- ✓ *En fecha 07/11/2012 mediante comprobante 15404, la entidad procede a revertir las previsiones constituidas anteriormente, dejando sin efecto el ajuste determinado en el Informe de Inspección con corte a julio de 2012.*

- ✓ *El importe de **Bs291.079** correspondiente a la previsión por exceso en el plazo de permanencia determinado para el Proyecto PASA no fue previsionado.*

- ✓ *No existe evidencia de regularización de los demás ajustes menores determinados en el informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 y no se ha podido determinar nuevos ajustes por la falta de confiabilidad de los saldos de los Estados Financieros.*

"b) Dar cumplimiento estricto al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

c) Regularizar los datos expuestos en el Balance General y Estado de Resultados.

- *Como es conocimiento del personal que visitó en el seguimiento de inspección a la cooperativa en el 2013, se contrató a una empresa para que la contabilidad se ajuste a la normativa vigente en el balance de Junio de 2013, con los ajustes recomendados y capacitación al personal para el seguimiento correspondiente".*

La información financiera por la entidad se encontró incompleta, no se presentaron todos los estados de cuenta requeridos. Si bien se informó sobre la contratación de una empresa para que regularice las deficiencias en el procesamiento de la información financiera y reconocidas por la entidad, a la fecha no se tiene conocimiento del producto, ni del trabajo realizado por la empresa contratada.

d) Prohibir toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos registrados.

- *Como es de conocimiento de su digna autoridad, en diferentes cartas enviadas, copias de actas de asambleas y los balances mensuales remitidos se puede evidenciar que la cooperativa no está captando recursos de los socios y está procediendo a la devolución ordenada en un plan de cinco años, en base a lo dictaminado en las asambleas.*

En la agencia de la ciudad de Sucre se pudo identificar aperturas de depósitos nuevos, el detalle se describe a continuación:

N° de Cuenta	CI Depositante	N° Cliente	Fecha Apertura DPF	Fecha de Vencimiento DPF	Plazo	Tasa de Interes	Saldo de DPF Bs	Agencia
400009175400000	1351219PO	31412	08/03/2013	04/09/2013	180	3	7,500	SUCRE
400009243000000	1272065PO	30928	08/05/2013	07/06/2013	30	3.5	51,450	SUCRE

Que, en el mismo Informe ASFI/DSR IV/R-130001/2013 de 29 de agosto de 2013, se efectúa el análisis técnico de las pruebas ofrecidas en el memorial presentado en fecha 16 de agosto de 2013 con los siguientes resultados:

- *A la primera aseveración, relacionada a la siguiente prueba: "2. Carta de fecha 20.03.13 con CLT 102/3/2013 y 22.03 08/3/2013 en el cual se presentan los descargos a septiembre de 2012 con corte a Junio de 2012 Anexo 2".*

El resultado del trabajo de campo realizado en inspecciones, es producto del análisis de la información proporcionada por la entidad a una fecha de corte determinada, en la misma se validan los descargos de la documentación presentada, en este sentido se puede observar si existe la implementación de las acciones correctivas o si no se han subsanado las observaciones. En el caso de las inspecciones realizadas a la Cooperativa se pudieron identificar observaciones reiterativas e incumplimientos a instrucciones emitidas por ASFI. Asimismo, se puede dar el caso de que se identifiquen respaldos que responden a la corrección de una observación a una fecha de corte determinada, pero posteriormente la entidad puede incurrir en el mismo error y exponerlo con datos a otra fecha diferente (la generación de información no es estática, es dinámica y varia diariamente), es por eso que se reiteran las mismas observaciones ya subsanadas. En el inciso a) del presente Informe se describen algunos casos específicos relacionados con los ajustes.

- *A la segunda y tercera aseveraciones, relacionadas a la siguiente prueba: "1. Carta de fecha 29 de noviembre de 2012, 9 de Mayo y 17 de Mayo de 2013 en la cual se presenta la reducción de agencias. Anexo 1".*

En el marco de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la Cooperativa inició el proceso de adecuación con la remisión del formulario de información inicial requerida el 26 de septiembre de 2008. Dentro del proceso ASFI producto de las Inspecciones realizadas emitió los siguientes Informes:

INFORME	FECHA	FECHA DE CORTE
ASFI/DSR IV/R-11369/2009	19/06/2009	30/04/2009
ASFI/DSR IV/R-42393/2010	26/03/2010	31/01/2010
ASFI/DSR IV/R-12024/2012	21/09/2012	31/07/2012
ASFI/DSR IV/R-49017/ 2013	05/04/2013	31/01/2013

Las conclusiones reiterativas de los Informes citados anteriormente se describen a continuación:

- *Incumplimiento a PCGA, LGSC, Código de Comercio, así como también la LBEF, MCBEF, RNBEF, procedimientos internos y normativa vigente.*
- *La entidad se encontraba en una crítica situación financiera, exponiendo deterioro patrimonial que ponía en serio riesgo los intereses de los socios.*
- *Se determinó incumplimiento de atribuciones de parte del Consejo de Vigilancia como instancia de control.*
- *Falta de apego a las disposiciones vigentes, adopción de malas prácticas, omisión de previsiones y registro de gastos activados.*
- *Se observó el incremento en el valor de los activos y patrimonio sin ingreso de efectivo.*

- *Se establecieron deficiencias en la gestión de la entidad, de manera recurrente, incumplimientos que se originan por la inobservancia de las funciones y atribuciones de los consejos y ejecutivos, falta de transparencia y confiabilidad de la información financiera y vulneración de principios básicos de control interno.*
- *La entidad no ha cumplido con las instrucciones de esta Autoridad de Supervisión, al no efectuar los ajustes y no convocar a la Asamblea General para determinar una salida ordenada de la Cooperativa.*

Todos estos aspectos determinaron la instrucción reiterativa de prohibir toda forma captación de recursos de sus socios y de convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, exclusivamente para tratar su disolución voluntaria por la incapacidad económica para cumplir su objetivo social.

Evidentemente, se observa la tendencia decreciente de los gastos administrativos (documentación relacionada con el cierre de agencias) y los costos financieros, originados en el cierre de agencias y la disminución de tasas pasivas respectivamente; sin embargo, es importante mencionar que las acciones no fueron oportunas, dado que en todos los informes emitidos por ASFI se observaron tasas de interés superiores a las ofertadas por el sistema cooperativo regulado y gastos de publicidad que se alejaban de la realidad económica de la cooperativa, lo que indica que la entidad demoró en la aplicación de estas acciones, situación por la cual ingresó en una etapa de iliquidez y cesación de pagos.

- *A la cuarta aseveración.*

A través del análisis horizontal del balance comparativo presentado (periodos junio 2012 y junio 2013), no se puede evidenciar el registro de los ajustes específicos, para poder realizar este trabajo nos remitimos a los comprobantes contables y, en la revisión de esta documentación, se pudo observar lo descrito en el inciso a) de la página 27 de las consideraciones precedentes.

- *A la quinta aseveración, relacionada a la siguiente prueba: "10. Copia de reporte de ventas de bienes realizables de junio 2012 a junio 2013. Anexo 10".*

La entidad ratifica que no ha captado recursos de sus socios, sin embargo, en el inciso c) de la página 28 de la presente resolución se observa lo contrario; por otro lado, en fecha 9 de agosto de la presente gestión, ASFI recibe una nota del Sr. Saúl Flores Abrego en la cual adjunta respaldos de depósitos que habría efectuado el socio a su cuenta de ahorro en diferentes fechas por diferentes montos, evidenciándose incumplimiento a instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión, a continuación se describen los datos de las transacciones:

Fecha	Monto Bs
17/07/2013	1,000
18/07/2013	400
20/07/2013	500
22/07/2013	7,100
23/07/2013	700
24/07/2013	1,000
30/07/2013	1,000
Total	**11,700**

Al respecto, el Informe presentado como prueba en este punto solo está relacionado con el comportamiento de las ventas de terrenos y viviendas de propiedad de la Cooperativa en el periodo comprendido entre los meses septiembre 2012 y junio 2013.

- *A la sexta aseveración.*

Se ratifica la tendencia positiva de resultado financiero bruto; sin embargo, la salud financiera depende también de otras variables para la obtención de resultados del ejercicio y de la capacidad de generar ingresos para enfrentar los gastos administrativos.

- *A la séptima aseveración*

La Cooperativa menciona: "no se ha efectuado incremento de nueva cartera en cumplimiento de la prohibición expresa de ASFI", sin embargo en la página 24 de esta Resolución se expone un cuadro que demuestra lo contrario. El análisis del comportamiento de la cartera presentado por la entidad como prueba no permite realizar el análisis para corroborar si se realizaron o no nuevas operaciones, por lo que a través de la base de datos se verificaron las variaciones.

- *A la octava aseveración, relacionada a la siguiente prueba: "6. Copia de la instructiva interna de retiro a nivel nacional de la opción de pago con fecha valor Anexo 6".*

La aplicación de fecha valor no solo se orienta a operaciones crediticias sino también al registro contable de otras transacciones, el anexo 6 presentado se refiere a la aplicación para el cobro de cartera. En el análisis del punto 4 (Página 25) se exponen casos de fecha valor distintos a la aplicación de cartera.

- *A la novena aseveración, relacionada a las siguientes pruebas: "3. Copia de contrato con la empresa QUIMEL para la revisión de ajustes contables según normativa ASFI. de fecha entregada a los supervisores de la ASFI Anexo 3; 4. Copia de la carta entregada a los inspectores de la ASFI en la que adjunta el contrato con la empresa QUIMEL Anexo 4".*

ASFI tomó conocimiento respecto al tratamiento del registro y respaldo de los "Bienes Realizables" en fecha 18 de junio de 2013 (Inspección de Seguimiento), al respecto en Informe explicativo firmado por el Gerente General de la Cooperativa se menciona que el resultado del trabajo realizado por la Empresa Consultora Quimel (Legajo de Balance Semestral) seria remitido en fecha 20 de julio del presente año, sin embargo a la fecha no existe evidencia del producto de la consultoría.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe ASFI/DAJ/R-133543/2013 de 4 de septiembre de 2013, la Dirección de Asuntos Jurídicos expresa el resultado del análisis a los fundamentos de orden legal expuestos en el memorial presentado el 30 de julio de 2013, manifestando lo siguiente:

Esta Autoridad de Supervisión, jamás sostuvo ni manifestó que las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, hoy societarias, hayan sido o sean ilegales por no contar con la licencia de funcionamiento otorgada por este Órgano Fiscalizador; lo que sí se sostiene a través del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, es que

aquellas cooperativas de ahorro y crédito Societarias que no hayan iniciado el proceso de incorporación al ámbito de supervisión previsto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y continúen operando, serán consideradas entidades que realizan actividad financiera ilegal de acuerdo a lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Las supuestas manifestaciones públicas efectuadas por los funcionarios de esta Autoridad de Supervisión en sentido de no depositen su dinero o que los retiren de las cooperativas de ahorro y crédito societarias no han sido probadas por la entidad recurrente, circunstancia que conlleva a calificar tal aseveración como carente de fundamento.

FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL RECURSO

1. *Señala la Cooperativa La Trinidad Ltda. que el Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, emitido como producto de la inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012 y que se constituye en la base para la emisión de la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013, vulnera el Principio de eficacia previsto en el literal j) y el Principio de economía, celeridad y simplicidad previsto en el literal k), ambos del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, toda vez que habiendo transcurrido casi un año desde el inicio del "acto administrativo" y la emisión de la Resolución ASFI N° 403/2013, no ha permitido aplicar los ajustes correspondientes, además que muchas de las observaciones ya fueron corregidas y subsanadas tal como se tiene del Informe CLT102/3/2013 de 20 de marzo de 2013, lo que hace al Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 extemporáneo.*

Al respecto, los principios citados por la entidad que, supuestamente habrían sido vulnerados con la emisión de la Resolución ASFI N° 403/2013, textualmente manifiestan:

"j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;

k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;"

De lo anterior, se advierte que la Ley de Procedimiento Administrativo prevé que las actuaciones de la administración pública, deben evitar la realización de formalismos o diligencias innecesarias que conlleven a una dilación injustificada del proceso; en apego a estos principios, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido con el debido proceso, toda vez que inclusive, mediante Resolución ASFI N° 162/2013 de 27 de marzo de 2013, dispuso la anulación del proceso administrativo en observancia a la validez del acto jurídico que motivó el Recurso de Revocatoria, instruyendo la emisión de una nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada.

Todas las instancias del presente proceso, han sido realizadas precautelando el debido proceso y el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley y el reglamento específico; en todo caso, además del estéril argumento en sentido que las acciones correctivas en beneficio de los socios no pudo ser realizada al cierre de la gestión 2012, la entidad no

hace referencia concreta alguna respecto a qué plazo no se habría cumplido, qué actuación fue dilatoria, qué diligencia fue innecesaria, qué formalismo era prescindible.

2. *Respecto al argumento que objeta la extemporaneidad del Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, que contiene observaciones que ya fueron subsanadas y del cual se solicita su "revocatoria", cabe recalcar que tal como se expuso en la primera parte de la presente resolución, los actos administrativos recurribles constituyen las declaraciones, disposiciones o decisiones de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, carácter con el que no cuenta dicho informe por tanto no es recurrible. En cuanto al contenido de sus observaciones, que de acuerdo a la Cooperativa ya fueron subsanados y que ASFI no los habría tomado en cuenta como hechos posteriores, debe observarse que esta Autoridad de Supervisión, a tiempo de emitir la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013, ha descartado muchas de las observaciones contenidas en el Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, justamente en razón a la evaluación de los hechos posteriores expuestos en el Informe CLT102/3/2013 de 20 de marzo de 2013 y en las labores de seguimiento in situ y extra situ.*

3. *Por otra parte, la Cooperativa La Trinidad Ltda., extraña y objeta la falta de notificación del Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, citado como base de la resolución objeto de la impugnación, hecho que según la entidad vulnera el principio de transparencia, el debido proceso y la seguridad jurídica, toda vez que el artículo 32 de la Ley N° 2341 establece que los actos de la Administración Pública sujeta a dicha ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación.*

Continúa manifestando la Cooperativa que: "…el citado informe que supuestamente es el fundamento de la precitada Resolución 403/13, fue realizado o efectuado en virtud de una visita de inspección a nuestra institución el presente año 2013, visita que no fue motivada o determinada para el presente procedimiento o proceso administrativo como un medio legal de prueba que pudiere ser utilizado por su Digna Autoridad para dictar la Resolución Administrativa 403/13…"

Finaliza la entidad este argumento de impugnación agregando: "Acotar a lo manifestado, que en razón a que dicho informe no fue notificado a nuestra institución, no se puede realizar ningún trabajo de corrección, y más aún, en la resolución objeto de la presente impugnación, incorpora aseveraciones en base al citado informe que inducen a conclusiones erróneas, dado que establece en su parte conclusiva afirmaciones tales como: No ha tomado las acciones necesarias para reducir sus gastos administrativos, financieros y por ende sus pérdidas acumuladas que la colocan en una posición de insolvencia técnica."

Cabe recordar a la Cooperativa La Trinidad Ltda., que el artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, textualmente manifiesta lo siguiente:

"I. Para emitir la resolución final del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean obligatorios por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para dictar la misma, debiendo citarse la norma que lo exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de ellos.

II. Salvo disposición legal en contrario, los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos."

En aplicación del artículo precitado, la Dirección de Supervisión de Riesgos IV emitió el Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, que expone la evolución de la crítica situación financiera y solvencia patrimonial de la entidad, por lo que técnicamente se establece su insostenibilidad. En efecto, este informe se constituye en base de la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013, pero no en un acto administrativo que amerite su notificación a la Cooperativa La Trinidad Ltda., tal como lo demanda.

Tal como se expuso anteriormente, los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

El artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que el recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada.

Lo anterior infiere que los informes no son actos administrativos y por tanto no necesariamente deben ser notificados; en el caso que nos ocupa, el acto administrativo constituye la Resolución ASFI N° 403/2013 y no el Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013, por tanto el efecto sobre el administrado lo representa el acto administrativo y no el informe que es un acto de orden operativo. En tal sentido, no es cierto que el mismo sea el resultado de una inspección a la entidad el año 2013 y que deba ser notificado a la entidad.

CONSIDERANDO:

Que, con referencia al argumento de que la entidad que se encuentra en proceso de adecuación en la Fase III y no cuenta con la correspondiente licencia de funcionamiento emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que las normas establecidas por La Ley de Bancos y Entidades Financieras y la correspondiente recopilación de normas, no le es aplicable por lo que ASFI carece de competencia para instruir su disolución, atribución que le correspondería a la futura Autoridad de Fiscalización de Cooperativas creada mediante la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, se tiene lo siguiente:

1. *La Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dispuso en el artículo 3 que las cooperativas de ahorro y*

crédito societarias quedaban incorporadas al ámbito de supervisión de este Órgano Fiscalizador, lo que implica que ASFI asumió la atribución de fiscalizar a estas entidades en sustitución a la Dirección General de Cooperativas que ejercía estas funciones conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N° 27441 de 7 de abril de 2004.

El mismo artículo 3 de la Ley N° 3892, establece también que la modalidad de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias será reglamentada por la propia Autoridad de Supervisión. Es así que a los efectos de constituirse en entidades de intermediación financiera, autorizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las cooperativas de ahorro y crédito societarias deberán cumplir con el proceso de adecuación al ámbito de regulación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de acuerdo al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado mediante Resolución ASFI SB N° 0198/2008 de 14 de octubre de 2008 y sus posteriores modificaciones y actualizaciones.

Es así que este Órgano Regulador cuenta con atribuciones plenas para fiscalizar a las cooperativas de ahorro y crédito societarias, tal y como la misma entidad recurrente sostiene en el mismo memorial recursivo cuando expresa en la página 4: "… contamos con una doble legislación, por el sujeto nos regula la Ley General de Sociedades Cooperativas y su normas conexas y por el objeto en cuanto a la actividad financiera nos encontramos regulados actualmente por la Ley 1488 con sus modificaciones y reglamentos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero."

Finalmente no debe omitirse el artículo 332, parágrafo I. de la Constitución Política del Estado dispone: "Las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras".

2. *En el proceso de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, se han detectado algunas entidades que presentaron inviabilidad financiera, en tal caso, al no ser aplicable la normativa de solución o liquidación prevista en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dentro de las atribuciones reglamentarias de ASFI, se aprobó el Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Libro 1°, Título IV, Capítulo VI, que en la Sección 4, artículo 3, numeral 1) dispone que constituye causal para desestimar la continuidad del proceso de incorporación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) cuando su situación financiera comprometa la solvencia sostenibilidad o continuidad operativa de la entidad, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles.*

   Al haberse considerado en la Resolución ASFI N° 403/2013, entre otros, que la entidad presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones. No efectúa acciones correctivas necesarias para superar su posición financiera y mejorar su gestión de riesgos, aspectos que determinan el deterioro de la situación patrimonial y, a fin de promover una salida

ordenada de la entidad, se dispuso convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios con el objeto único de dar lectura a la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013 y poner a su consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa.

Con lo anterior queda claro que el acto administrativo impugnado, no dispone la liquidación forzosa de la entidad tal como lo entiende su representante, lo que ordena el ente fiscalizador en el Resuelve Primero, es convocar a la Asamblea General, dar lectura a la Resolución impugnada y poner a consideración de la Asamblea la disolución voluntaria conforme al artículo 109 de su Estatuto Orgánico, por determinación de 2/3 partes de los socios, debiendo remitir a ASFI el acta correspondiente dentro de las 48 horas de realizada esta Asamblea con los resultados de la misma.

3. *Si bien es cierta que la Autoridad de Fiscalización de Cooperativas, creada en la Ley N° 356 de 11 de abril de 2013, ha sido investida de atribuciones para regular, fiscalizar y supervisar la gestión cooperativa y el artículo 71 de dicha Ley determina las causales de disolución de las cooperativas, no es menos cierto que el propio artículo 71 establece que todos los casos de dicho artículo estarán sujetos al decreto supremo reglamentario aún no emitido.*

   Otro aspecto a considerar, es que el artículo 111 de la Ley General de Cooperativas dispone que el Órgano Ejecutivo adecuará las normativas de regulación, supervisión y fiscalización de las entidades de la autoridad de fiscalización de las actividades cooperativas en los diferentes sectores, disposición aún no emitida respecto a las cooperativas de ahorro y crédito.

   Toda vez que la Ley General de Cooperativas se encuentra sujeta a normativa reglamentaria aún pendiente de promulgación, sus disposiciones aún no son aplicables.

   No debe perderse de vista que, tal como ya se expuso anteriormente, el artículo 332, parágrafo I. de la Constitución Política del Estado, prevé las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, característica a la que no se adecúa la Autoridad de Fiscalización de Cooperativas.

Que, en cuanto al argumento en sentido que la Cooperativa La Trinidad Ltda. ya hubiese convocado y efectuado asambleas generales extraordinarias de socios en los meses de enero, febrero, mayo y junio del presente año en los departamentos en los cuales tienen sucursales o filiales, en las que se hubiese dado lectura in extenso al Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 del 21 de septiembre de 2012, habiendo los socios resuelto por rechazar la disolución voluntaria, para lo cual presentan como prueba copias de las asambleas generales cursantes en los anexos 7, 8 y 10 del memorial presentado el 16 de agosto de 2013, cabe señalar lo siguiente:

1. *Anexo 7, adjuntan:*

a. *Copia legalizada del acta notariada de la Asamblea General Extraordinaria de fecha 26 de enero de 2013, realizada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, de la cual la Dirección de Supervisión de Riesgos IV ha emitido el informe de observaciones ASFI/DSR IV/R-137821/2013 de 11 de septiembre de 2013, señalando:*

   De la revisión del acta, se evidencia que la misma incluye en el Orden del Día, como punto único "Lectura Informe ASFI", no habiendo consignado de forma concreta el inicio de la disolución voluntaria tal como se instruyó en la Carta ASFI/DSR IV/R-163383/2013 de 12 de diciembre de 2012, sin embargo los socios determinaron la no disolución y la presentación de una propuesta alternativa para continuar con la Cooperativa, aspecto que contraviene el artículo 292 del Código de Comercio que establece que en el Orden del Día de las Asambleas Generales, deben consignarse los asuntos a considerarse de manera precisa, no pudiendo contener expresiones en términos generales o implícitos, bajo pena de nulidad, lo que implica que la determinación asumida por lo socios es un acto que carece de valor y efecto legal.

   Por otra parte, consta en acta la moción de un socio que solicita que las asambleas sean con un número mayor de socios para tomar mejores decisiones; en efecto, se advierte que el acta tan sólo es suscrita por una treintena de socios, lo que demuestra que el Consejo de Administración no ha extremado esfuerzos para asegurar la presencia de dos terceras partes de los socios, tal como instruyó ASFI.

   El artículo 205, última parte del Código de Comercio, sanciona con nulidad las asambleas extraordinarias que traten asuntos no señalados en la convocatoria.

b. *Copia legalizada del acta notarial de la Asamblea General Ordinaria de Socios de fecha 26 de enero de 2013, realizada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, la cual no versa sobre la instructiva de ASFI sobre el tratamiento de la disolución voluntaria, analizando los planes de devolución de depósitos, sin que sea este tema señalado en la convocatoria.*

2. *Anexo 8, adjuntan:*

a. *Fotocopia de un acta de Asamblea General de Socios de fecha 2 de febrero de 2013, realizada en la ciudad de Tarija, de la cual se tienen las siguientes observaciones:*

   - *El acta no hace referencia si se trata de una asamblea general ordinaria o extraordinaria.*
   - *La convocatoria fue publicada sólo con un día de anticipación a su realización.*
   - *No se transcribe la convocatoria ni el Orden del Día que permita establecer el cumplimiento de los requisitos formales.*
   - *El tema tratado no versa sobre la instructiva de ASFI, abordando sobre la modalidad de devolución de depósitos.*

b. *Fotocopia de un acta de Asamblea General de Socios de fecha 5 de febrero de 2013, realizada en la ciudad de La Paz, de la cual se tienen las siguientes observaciones:*

   - *El acta no hace referencia si se trata de una asamblea ordinaria o extraordinaria.*
   - *La convocatoria fue publicada sólo con dos días de anticipación a su realización.*

- *No se transcribe la convocatoria ni el Orden del Día que permita establecer el cumplimiento de los requisitos formales.*
- *El tema tratado no versa sobre la instructiva de ASFI, abordando sobre la modalidad de devolución de depósitos y la elección de delegados del Consejo de Administración.*

c. *Fotocopia de un Acta de Asamblea General de Socios de fecha 7 de febrero de 2013, realizada en la ciudad de Cochabamba, de la cual se tienen las siguientes observaciones:*

- *El acta no hace referencia si se trata de una asamblea ordinaria o extraordinaria.*
- *No se transcribe la convocatoria ni el Orden del Día que permita establecer el cumplimiento de los requisitos formales.*
- *El tema tratado no versa sobre la instructiva de ASFI, abordando sobre la modalidad de devolución de depósitos y la elección de delegados del Consejo de Administración y de los ejecutivos.*

3. Anexo 9, adjuntan:

a. *Fotocopia del acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios de fecha 4 de mayo de 2013, realizada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, de la cual se tiene la siguiente observación:*

- *Los temas tratados no versan sobre la instructiva de ASFI.*

b. *Fotocopia del acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios de fecha 11 de mayo de 2013, realizada en la ciudad de Tarija, de la cual se tiene la siguiente observación:*

- *Los temas tratados no versan sobre la instructiva de ASFI.*

c. *Fotocopia del acta de Asamblea General de Socios de fecha 1 de junio de 2013, realizada en la ciudad de La Paz, de la cual se tienen las siguientes observaciones:*

- *El acta no hace referencia si se trata de una asamblea ordinaria o extraordinaria.*
- *El documento carece de los sellos notariales del Dr. Marcelo Baldivia Marín, Notario de Fe Pública.*
- *Los temas tratados no versan sobre la instructiva de ASFI.*

d. *Fotocopia del acta de Asamblea General de Socios de fecha 25 de mayo de 2013, realizada en la ciudad de Cochabamba, de la cual se tienen las siguientes observaciones:*

- *El acta no hace referencia si se trata de una asamblea ordinaria o extraordinaria.*
- *Los temas tratados no versan sobre la instructiva de ASFI.*

Que, del análisis de las pruebas aportadas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria La Trinidad Ltda. en los anexos 7, 8 y 9 del memorial presentado en fecha 16 de agosto de 2013, se concluye que la entidad no dio un cabal e íntegro cumplimiento a la instrucción de la carta ASFI/DSR IV/R-163383/2012 de 12 de diciembre de 2012, mediante la cual se comunicó a Cooperativa el Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, puesto que dicha instrucción claramente se expresa: "1. Convocar en

el corto plazo a una Asamblea Extraordinaria de Socios ***que asegure la presencia de más de 2/3 de los socios****,* ***exclusivamente*** *para dar lectura en detalle y en su integridad del Informe de Inspección e iniciar el proceso de la disolución voluntaria de la Cooperativa …"*

CONSIDERANDO:

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-129971/2013 de 29 de agosto de 2013 concluye lo siguiente:

- *De la revisión inextensa del recurso de revocatoria interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria La Trinidad Ltda. y de las pruebas presentadas, se tiene que las acciones asumidas por la entidad relacionadas a la reducción de gastos, no permiten evidenciar niveles de recuperación financiera, dado que los indicadores reflejan su insolvencia patrimonial, aspecto que no pudo ser revertido a lo largo del proceso, situación que ratifica las instrucciones de la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013.*

- *La documentación presentada como prueba, no acredita ninguna aseveración que válidamente respalde la argumentación técnica para transparentar los estados financieros de la entidad y reconocer las responsabilidades que conllevan el ingresar en una situación de cesación de pagos por su situación de iliquidez vigente, aspectos que esta Autoridad de Supervisión advirtió en reiteradas oportunidades, exigiendo soluciones estructurales que la Cooperativa no supo implementar.*

- *En la exposición de argumentos de la entidad, se evidencian afirmaciones contradictorias, susceptibles de desconocimiento operativo y falta de controles internos que vulneran instrucciones emitidas por ASFI.*
- *El no contar con información financiera actualizada y la contratación de una empresa externa para la elaboración de registros contables relacionados con la cuenta "Bienes Realizables", demuestra las deficiencias de gestión y control interno de la Cooperativa que no pudieron ser subsanadas oportunamente.*
- *La documentación correspondiente al recurso de Revocatoria por parte de la Cooperativa carece de sustento técnico, para ser considerada en la instancia correspondiente.*

Que, de acuerdo al Informe ASFI/DAJ/R-133543/2013 de 4 de septiembre de 2013, el aspecto más gravitante de la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013 es que, en base a las conclusiones del Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, considera que los indicadores de solvencia patrimonial, el cumplimiento a las instrucciones de ASFI, la transparencia de la información, el alejamiento de sanas prácticas prudenciales y el incumplimiento a las funciones del buen gobierno cooperativo, han colocado a la Cooperativa La Trinidad Ltda. en una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones, lo cual importa una posición de insolvencia técnica.

Que, al 31 de julio de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria La Trinidad Ltda., presenta una crítica situación financiera, misma que se ve reflejada en los siguientes aspectos:

- ✓ *La Relación Pérdidas Acumuladas respecto del Capital Primario alcanza al 193.76%, causal de Intervención según lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*
- ✓ *No cumple con el Límite Legal de Solvencia Patrimonial mismo que es negativo y asciende a -7.16% (jul/2012), inferior al mínimo requerido según lo establecido en el Artículo 47, inciso a) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
- ✓ *La constante generación de Resultados Netos Negativos y principalmente la tendencia creciente de los Gastos Administrativos, afectan progresivamente sus Pérdidas Acumuladas y deterioran aún más la situación financiera y patrimonial de la Entidad, aspecto que expone un manejo deficiente de sus recursos e inversiones.*
- ✓ *Expone una elevada pesadez de Cartera de Créditos, misma que asciende a un 7.95% (dic/2011) y 8.32% (jul/2012), índices superiores al promedio de las cooperativas reguladas de 1.87% y 2.17% respectivamente.*

Que, el recurso de la entidad no hace mayor referencia a que estos indicadores negativos hayan sido revertidos para reconsiderar la crítica situación financiera y su virtual estado de quiebra técnica.

Que, los fundamentos de revocatoria esgrimidos por la Cooperativa en el memorial de impugnación y las pruebas aportadas, no representan elementos concluyentes que induzcan a esta Autoridad de Supervisión a revocar la Resolución N° 403/2013 de 3 de julio de 2013.

Que, toda vez que el recurso de revocatoria recae únicamente contra el Resuelve Primero de la Resolución ASFI N° 403/2013 de 3 de julio de 2013, el Informe ASFI/DAJ/R-133543/2013 de 4 de septiembre de 2013 recomienda emitir resolución administrativa confirmando el Resuelve Primero, manteniéndose firme y subsistente la disposición del Resuelve Segundo de dicha resolución.

CONSIDERANDO:

Que, al amparo del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria La Trinidad Ltda., solicita en el Otrosí 1 del memorial de impugnación, la suspensión de la ejecución del acto impugnado mientras se agote la vía administrativa, toda vez que considera que su efecto provoca un perjuicio irreversible a la entidad.

Que, el precitado Reglamento a Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, dispone en el artículo 40, parágrafo II, que la suspensión del acto administrativo procederá siempre que exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de derechos de terceros.

Que, a tiempo de solicitar la suspensión del acto administrativo, la entidad no expuso las razones o efectos de su ejecución que se constituyan en fundamentos para que esta Autoridad de Supervisión analice y considere la suspensión impetrada.

Que, el acto administrativo impugnado por la Cooperativa La Trinidad Ltda., tiene como principal objetivo precautelar el interés y el ahorro de los socios en razón a la crítica situación financiera de la entidad, conforme al artículo 331 de la Constitución Política del

Estado, que considera de interés público cualquier actividad relacionada al aprovechamiento e inversión del ahorro.

Que, no existe argumento ni fundamento alguno que prime a los intereses de la colectividad para que este Órgano Fiscalizador suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado, corresponde en la presente resolución declarar la improcedencia de la suspensión impetrada.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al numeral 1), artículo 3, Sección 4, del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso en el Capítulo VI, Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es causal para desestimar la continuidad del proceso de adecuación, cuando la situación financiera de una entidad compromete su solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles.

Que, el artículo 49 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiero, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que la Autoridad Regulatoria que conozca de un recurso, tendrá un plazo de 20 días para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, el parágrafo II del artículo 50 del reglamento precitado, manifiesta: "Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas".

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente Constitucional del Estado, designó a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 7 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 605/2013 de 16 de septiembre de 2013, argumentando lo siguiente:

"…FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL RECURSO

Previamente es menester manifestar que al estar adecuado nuestro accionar a la normativa de la Ley General de Sociedades Cooperativas y normas conexas y que al migrar a los parámetros establecidos por la Ley de Bancos y Entidades Financieras y los reglamentos correspondientes, existen deficiencias en nuestra institución y en el sistema cooperativo societario en general, pero cabe manifestar que nuestra entidad ha tratado de cumplir en su totalidad con las recomendaciones y observaciones, registrando todos los ajustes contables de los anteriores informes que fueron realizados fruto de inspecciones a nuestra entidad financiera ***NO BANCARIA,*** *ajustes que nos han debilitado patrimonialmente de gran manera, pero consideramos pertinente que de acuerdo a razones legales y técnicas hacerle conocer a su Autoridad Ad quem, algunas deficiencias a las observaciones del informe de inspección con corte al* ***31 de***

julio del 2.012 *efectuado por los técnicos ASFI, en tal sentido pasamos a exponer nuestras observaciones legales fundamentales:*

Cabe reiterar y reafirmar previamente a nuestra fundamentación legal, que el ***INFORME / ASFI / DSR IV / R-120024 / 2012,*** *data del* ***21 de septiembre de 2012*** *y es remitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a nuestra institución mediante carta de fecha* ***12 de diciembre de 2012*** *y notificado en fecha* ***26 de diciembre de 2012,*** *vale decir que nos encontramos a dos meses de cumplir un año del hecho o el inicio del acto administrativo, y recientemente se elaboró y se no hizo conocer la* ***Resolución ASFI 403/2013,*** *siendo que debió remitirse a la brevedad posible, para determinar acciones correctivas en beneficio de nuestros socios y que no fue posible realizarlas para el cierre de la gestión 2012, debido a que solo contábamos con tres días para aplicar los ajustes correspondientes vulnerando el* ***Principio de Eficacia*** *establecido en la Ley No. 2431 en su Art. 4 inc. J) y el* ***Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad*** *establecido en el inciso k) del mismo artículo y cuerpo legal, en concordancia con el* ***Decreto Supremo No. 27175,*** *pero cabe mencionar que a la fecha, muchas de estas observaciones han sido corregidas y subsanadas, por lo que encontramos el citado informe extemporáneo y además, no se tomaron en cuenta los descargos presentados en el informe con cite CLT102/3/2013, dado que en la resolución 403/2013 ratificada por la Resolución 605/2013 objeto de la presente impugnación, no se mencionan los mismos, de lo cual es evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera* ***no ha tomado en cuenta los hechos posteriores correctivos.***

Asimismo, reiterar que el INFORME ASFI / DSR IV / R-61551/2013 DEL 29 DE ABRIL DE 2.013 citado como base de la resolución objeto de la presente impugnación, extrañamente ***NO ha sido ni es de conocimiento de la Cooperativa,*** *es decir que no hemos sido notificados mediante ningún medio legal e inclusive ningún medio informal, lo cual vulnera el principio de transparencia, el debido proceso y la seguridad jurídica, ya que dicho informe la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo utiliza como fundamento para dictar la Resolución 403/13, limitándose nuestro derecho a la defensa y a la igualdad, cuando claramente la normativa administrativa que nos atañe, específicamente el Art. 32 de la Ley No. 2341 establece que los actos de la Administración Pública sujeta a dicha ley* ***se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación,*** *lo cual no ha sucedido en el presente caso.* ***<u>Indicar además que el citado informe que supuestamente es el fundamento de la Resolución 403/13. fue realizado en base a una visita de inspección efectuada a nuestra institución el presente año, visita que no fue motivada o determinada para el presente procedimiento o proceso administrativo como un medio legal de prueba que pudiere ser utilizado por la Autoridad a quo para dictar la Resolución Administrativa 403/13, debiendo su Autoridad Ad quem mediante el presente recurso jerárquico, velar para que se cumpla el debido proceso, la legalidad de la prueba y restituir nuestros derechos vulnerados.</u>*** *Acotar a lo manifestado, que en razón a que dicho informe no fue notificado a nuestra institución, no se puede realizar ningún trabajo de corrección o análisis, y más aun, en la resolución ilegalmente confirmada en todas sus partes* ***<u>con una prueba ilegal</u>,*** *incorpora aseveraciones en base al citado informe que inducen a conclusiones erróneas, dado que establece en su parte conclusiva afirmaciones tales como: "No ha tomado las acciones necesarias para reducir sus gastos administrativos, financieros y por ende sus pérdidas acumuladas que la colocan en una posición de*

insolvencia técnica.", lo cual se encuentra totalmente alejado de la verdad siendo que, como es de conocimiento de la Autoridad recurrida, nuestra cooperativa ha reducido los gastos administrativos, al reducir las agencias, personal al mínimo y se continúa reduciendo gradualmente. Además de reducir en más de un 60% los gastos financieros al bajar las tasas pasivas, decisión aprobada por los socios en ocho asambleas a nivel nacional, las que son de conocimiento de dicha autoridad. Se ha trabajado en la contabilidad basados en las recomendaciones emanadas por la ASFI, se presentaron todos los ajustes contables recomendados en los informes recibidos, se procedió a la NO captación de recursos de los socios y a la devolución ordenada de los depósitos registrados. Consideramos importante mencionar que entre junio del 2012 -fecha de corte de la inspección- y junio del 2013, se han devuelto de manera ordenada $us 8.116.801 que representan el 28 % del total de $us 29.016.473 adeudados inicialmente.

Por otro lado también es importante mencionar que al haber cumplido a cabalidad las instrucciones de la Autoridad de no captar recursos se imposibilita automáticamente la generación de nueva cartera que impide la generación de mayores ingresos financieros en detrimento de la situación financiera y por ende la situación patrimonial de nuestra institución financiera no bancaria.

La reducción de los gastos administrativos, fue producto de la disminución de personal, cierre de agencias, reducción de otros gastos administrativos, por lo que al 30 de junio de 2013, estos gastos no llegan al 50% del margen financiero, lo que permite la generación de utilidades en esta gestión.

RESOLUCIÓN ASF1 403/2013 DE 03 DE JULIO 2013

No obstante, con el ánimo de coadyuvar a su digna autoridad ad quem en este proceso administrativo y sin que la Cooperativa La Trinidad haya recibido el Informe ***ASFI/DSR No 61551/2013 de 29 de abril de 2013*** *el mismo que es ilegalmente utilizado como fundamento de la Resolución 403/2013* ***(Informe que extrañamente no es utilizado como fundamento en la Resolución 605/2013),*** *tomando en cuenta el CONSIDERANDO de la página 16, de dicha Resolución, recibida el 9 de julio de 2013 tenemos los siguientes comentarios:*

1. *La entidad no efectuó las acciones correctivas, necesarias para mejorar la gestión de riesgos, control interno, registros contables y reversión de su situación financiera, que le permite regularizar su posición.*
    - *La Cooperativa, dada la crítica situación en la que se encuentra debido a la reducción de personal recomendado en los informes de la ASFI y como es de su conocimiento, efectuó las acciones correctivas para minimizar el riesgo de liquidez siendo éste el mayor en su momento, al actuar con prontitud convocando a asambleas de socios, para evitar una corrida financiera descontrolada, bajando las tasas de interés pasivas para revertir la situación financiera, dando resultados positivos con el margen financiero, como se expone en los estados financieros que se remiten de forma mensual a la ASFI, por lo que* ***no corresponde la observación.***
2. *Presenta una crítica situación financiera patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos e incumplimiento a proyecciones. No efectúa acciones correctivas*

*necesarias para superar su posición financiera y mejorar su gestión de riesgos, aspectos que determinan el deterioro de la situación patrimonial***.**

- *Se debe dejar claramente establecido que la crítica situación patrimonial, es consecuencia de las instrucciones emitidas por la ASFI de realizar mayores previsiones, instrucciones que no otorgaron un plazo prudencial para aplicarlas dado que nos encontramos en un proceso de adecuación a las normas, recalcando que nuestra institución siempre mantuvo y mantiene un margen financiero positivo, incrementándose el mismo en el primer semestre de la presente gestión, lo cual demuestra fehacientemente que somos una empresa en marcha.*
- *La entidad está menos expuesta a riesgos debido a que no se tiene colocación de cartera nueva, excepto la que se genera por la venta a crédito de bienes realizables, además de haber minimizado el riesgo de liquidez en base a la devolución ordenada de pasivos. Adicionalmente, desconocemos las proyecciones de la gestión 2013 a las cuales se refieren, dado que no hemos enviado ningún documento a la ASFI respecto a ellas, por lo que no corresponde la observación.*

3. *No ha tomado las acciones necesarias para reducir sus gastos administrativos, financieros y por ende sus pérdidas acumuladas que la colocan en una posición de insolvencia técnica.*

   - *Como es de conocimiento de la ASFI, se han reducido las agencias y gastos administrativos, puesto que en Junio del 2012 alcanzaba a $us 100.000 mensuales y a junio de 2013 es de $us. 80.000, también se ha reducido el costo financiero, que en junio del 2012 era de 9.36% y a junio de 2013 es de 3.3%, como se puede ver en los estados financieros y bases de datos que se le envía a la ASFI en forma mensual, por lo que* ***no corresponde la observación.***

4. *Incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Manual de Cuentas, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, procedimientos internos y normativa vigente, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros por un total de Bs18.111.738.*

   Los procedimientos observados se alejan de sanas prácticas prudenciales y disposiciones del Ente Regulador, detalladas a continuación:

Uso indiscriminado de fecha valor.

- *En el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Tramite No T-462789 Inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recibido en fecha 21 de marzo de 2013 por la ASFI se informó del procedimiento de fecha valor, adicionalmente en la visita de inspección de 2013 se informó que esta opción se retiró a los funcionarios en base a políticas internas, por lo que no corresponde la observación.*

Ausencia de controles internos adecuados, que permitan detectar deficiencias en forma oportuna.

- *Como es de conocimiento de la ASFI, la cooperativa producto de la visita de inspección de septiembre de 2012, vino recortando el personal, entrando en un estado de reingeniería de procesos con el objetivo de reducir agencias y gastos administrativos lo que ocasionó pérdida de controles internos. En el segundo semestre de 2013 están siendo nuevamente activados como lo pudieron verificar los funcionarios de la ASFI en la visita de inspección realizada en el primer semestre de 2013.*

Falta de transparencia en los registros y reportes de los sistemas Incumplimiento reiterativo a disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión.

- *Como es conocimiento del personal de ASFI, que visitó a la cooperativa en el 2013, se contrató a una empresa para que ajuste la contabilidad a la normativa ASFI, en el balance de Junio de 2013 con los ajustes recomendados*

Operaciones vinculadas con condiciones preferenciales.

- *Consideramos que la ASFI debe precisar la información de las operaciones vinculadas con condiciones preferenciales y porque son preferenciales, para poder subsanar o penalizar las mismas.*

Asimismo, se recomendó instruir a la entidad;

a) Registrar contablemente los ajustes por Bs18.111.738 determinados por incumplimiento a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptadas, Manual de Cuentas y normativa vigente.

- *Este ajuste fue realizado en base al informe de septiembre de 2012, por cuanto no correspondería su inclusión en el informe no recibido ASFI/DSR-IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013. En el informe con cite CLT102/3/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 con referencia "Tramite No T-462789 Inspección de seguimiento con corte al 31 de julio de 2012" recepcionado en fecha 21 de marzo de 2013 por la ASFI, se informó que los ajustes solicitados ya fueron realizados.*

b) Dar cumplimiento estricto al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

c) Regularizar los datos expuestos en el Balance General y Estado de Resultados.

- *Como es conocimiento del personal que visitó en el seguimiento de inspección a la cooperativa en el 2013, se contrató a una empresa para que la contabilidad se ajuste a la normativa vigente en el balance de Junio de 2013, con los ajustes recomendados y capacitación al personal para el seguimiento correspondiente.*

d) Prohibir toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos registrados.

- *Como es de conocimiento de su digna autoridad, en diferentes cartas enviadas,*

copias de actas de asambleas y los balances mensuales remitidos se puede evidenciar que la cooperativa no está captando recursos de los socios y está procediendo a la devolución ordenada en un plan de cinco años, en base a lo dictaminado en las asambleas.

RESOLUCIÓN ASFI 605/2013 DE 16 DE SEPTIEMBRE 2013

Considerando lo establecido en la Resolución 605/2013 objeto del presente Recurso Jerárquico, es menester expresar previamente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución No. 403/2013 de fecha 03 de julio del 2.013 utiliza como fundamento legal para emitir la misma el informe ***ASFI/DSR No 61551/2013 de 29 de abril de 2013*** *que extrañamente ya no es utilizado como fundamento en la presente resolución confirmatoria, ya que el citado informe fue utilizado en forma ilegal como medio probatorio para emitir su resolución inicial sin cumplir el procedimiento establecido en la Ley 2431 y el Decreto Supremo No. 27175 lo cual hace del mismo un mecanismo ilegal de prueba para fundar una resolución.*

Entrando en materia en lo que respecta a la fundamentación de la Resolución 605/2013 de 16 de septiembre de 2013, efectuamos nuestra representación legal para refutar los mismos en base a la siguiente exposición:

1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la citada Resolución 605/2013, expresa que "los informes como tal, constituyen documentos de uso interno de una entidad pública dirigido a la máxima autoridad administrativa para que ella, en uso de sus facultades declarativas, dispositivas o decisoria sobres temas de su competencia, tome la decisión de considerarlas a tiempo de disponer la resolución de corresponda..." y en virtud a dicho fundamento nuestra institución no podría objetar o impugnar dicho informe. Es necesario expresar enfáticamente que los informes emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sí constituyen actos administrativos operativos de menor jerarquía propios de la administración pública va que estos establecen* ***declaraciones de la administración pública que son o no considerados para dictar una resolución administrativa*** *tal como lo establece el Art. 27 de la* ***Ley No. 2341.*** *Que los informes emitidos por la ASFI constituyen además la constancia formal de las inspecciones efectuadas por dicho ente a las instituciones en proceso de adecuación o que se encuentran reguladas, inspecciones que constituyen actos administrativos de menor relevancia que son consignados en informes tal como lo establece el Art. 31 del Decreto Supremo No. 27175 en su parágrafo segundo que a la letra expresa lo siguiente "II. A tiempo de señalarse lugar, fecha y hora de realización de la inspección las Superintendencias identificarán los aspectos que deberá ser establecidos en dicho* ***acto*** *o que serán motivo de informe" de lo cual se infiere que las inspecciones efectuadas a nuestra institución constituyen actos administrativos declarativos que se expresan o que constan en un informe de inspección, el mismo que debe ser de conocimiento formal de la institución administrada con fines de observación o cumplimiento de recomendaciones establecidas en el mismo. Si interpretamos como mal lo efectúa la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, que los informes son documentos internos y que no constituyen actos administrativos al no tener la característica de ser definitivos, nos encontraríamos con que las recomendaciones emitidas in situ y*

en los informes emitidos por los técnicos productos de las inspecciones realizadas tanto para nuestra institución y para todo el sistema regulado en general, ***no es de cumplimiento obligatorio*** *en tanto y en cuanto no se emita una resolución administrativa debidamente fundamentada por la Autoridad, cuando claramente el Art. 27 de la Ley 2341 establece que "Se considera acto administrativo,* ***toda declaración****, disposición o decisión de la Administración Pública,", motivo por el cual nuestra institución impugnó expresamente los informes ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013 y las Resoluciones Administrativas que tenían como base dichos informes.*

2. *En el CONSIDERANDO establecido en la página 21 (Punto 1) de la Resolución 605/2013 la ASFI expresa que* "La crítica situación que enfrenta la Cooperativa se debe a una inadecuada gestión que incidió en elevados gastos financieros y administrativos, inversión en activo improductivo (terrenos) que no condecían con su objeto único, aspecto que se evidencia desde su ingreso al Proceso de Adecuación."**.** *Cabe manifestar que la cooperativa, viene reduciendo los gastos financieros y administrativos, como se evidencia en el siguiente cuadro:*

	Jun 12	Jul 12	Ago 12	Sep 12	Oct 12	Nov 12	Dic 12	Ene 13	Feb 13	Mar 13	Abr 13	May 13	Jun 13	Jul 13	Ago 13
Gastos administrativos	7.053	8.211	9.389	10.587	11.671	12.650	13.551	940	1.724	2.380	3.080	3.716	4.341	4.890	5.400
Ingresos financieros	10.944	12.819	14.874	16.670	18.521	20.258	21.969	1.675	3.361	4.927	6.376	7.866	9.417	10.885	12.324
%	64,44%	64%	63%	64%	63%	62%	62%	56%	51%	48%	48%	47%	46%	45%	44%

Como se evidencia en el cuadro mostrado, la cooperativa redujo sus gastos administrativos y financieros, por lo que no corresponde la observación.

La cooperativa, desde el ingreso a la normativa ASFI no ha realizado ninguna compra de bienes realizables adicionales a los ya efectuados con anterioridad. Los Bienes realizables a los cuales se hace referencia, provienen de un apoyo a los hermanos cooperativistas de una cooperativa que entro en crisis, pero es bueno dejar claramente establecido la normativa legal al efecto que faculta a las cooperativas societarias a efectuar este tipo de operaciones, en primera instancia se debe indicar que mediante Ley No. 3892 de fecha 18 de junio de 2.008, se establecieron algunas modificaciones a la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Dentro de las modificaciones más importantes y que nos interesan como institución tenemos que se incluyó a nuestro sector cooperativa dentro del ámbito de regulación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), así mismo se cambio nuestra denominación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Cerrada de Carácter Comunal a Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria y de la misma forma nos incluyó como una Entidad de Intermediación Financiera. De la citada ley se puede establecer claramente que si bien se nos incluyó al ámbito de supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como una Entidad de Intermediación Financiera, en ninguna de sus partes se derogó o abrogó en parte ninguna normativa que nos regulaba y que nos sigue regulando en nuestra

vida jurídica hasta la presente fecha, como ser la Ley General de Sociedades Cooperativas, Decreto Supremo 25703 y otros, en tal sentido nuestra institución se sigue basando en las precitadas normativas para su funcionamiento legal y operativo. Además, el Reglamento para las Cooperativas Societarias establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Circular SB/0588/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 y resolución SB No. 0198/2008 de la misma fecha, en su Capítulo III (REGLAMENTO PARA COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO), SECCIÓN 1, Art. 3 en su última parte establece claramente lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención dé la licencia de funcionamiento, ***La CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios."*** *De acuerdo a la modificación establecida al citado reglamente mediante Circular ASFI/038/2010 del 22 de febrero de 2010 y Resolución ASFI No. 157/2010, de la misma forma en su artículo 4 (Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de supervisión) establece lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios."*** *De acuerdo a la última modificación establecida al citado reglamente mediante Circular ASFI/151/2012 del 20 de noviembre de 2012 y Resolución ASFI No. 631/2012, de la misma forma en su artículo 5 establece lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.".*** *La Ley General de Sociedades Cooperativas establecida mediante Decreto Ley 5035 de fecha 13 de septiembre de 1958, establece en su artículo 1, numeral 4), que el objetivo de la sociedad no es el lucro sino la* ***acción conjunta de los socios para su mejoramiento económico y social*** *y para extender los beneficios de la educación cooperativa y la asistencia social a toda la comunidad. El* ***Decreto Supremo 25703*** *del 14 de marzo de 2.000, establece claramente en su Art. 8* ***(OPERACIONES DE LAS COOPERATIVAS COMUNALES)*** *inc. g)* ***Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad.*** *Así mismo el inc. k) del citado artículo y norma legal, establece lo siguiente* ***"Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro.".*** *Es en razón a los fundamentos legales expuesto que se determina claramente que nuestra institución cooperativa,* ***si se encuentra facultada para la adquisición de inmuebles.*** *Adicionalmente la operación a la que hacen referencia se realizo en el momento que la Cooperativa La Trinidad tenia la visita de inspección de los funcionarios de la ASFI, los cuales en ningún momento objetaron la operación citada dado que se estaba minimizando el impacto negativo al sistema cooperativo societario. Más aun, posteriormente, producto de la visita, hicieron llegar un informe mediante* ***Carta ASFI/DSR4/R-***

35256/2009 VER ANEXO 2, *en el cual se nos informaba que solo faltaban tres puntos para subsanar y recibir la ficha de adecuación.*

*La ASFI expresa también en el mismo punto lo siguiente "El requerimiento de las acciones correctivas para minimizar el riesgo de liquidez y revertir la situación financiera crítica por la cual atraviesa la entidad, se originan en instrucciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión, sin embargo, las mismas han sido insuficientes para recuperar la solvencia patrimonial****", nos cabe manifestar que nuestra Cooperativa no se encontraba en riesgo de liquidez antes de la crisis del sistema cooperativo societario. En el momento del impacto por la crisis de liquidez generalizada en el sistema cooperativo societario, se tomaron las acciones correctivas para minimizar el riesgo de liquidez y para revertir la situación financiera crítica por la cual atravesaba la entidad producto de las previsiones, se bajo la tasa de interés pasiva, los gastos administrativos y reducción de agencias, lo que está llevando a una recuperación de la solvencia patrimonial, como se evidencia en los balances mensuales remitidos a la ASFI.***

La ASFI expresa también en el mismo punto lo siguiente "Por otra parte, en temas relacionados con otros riesgos no se han considerado directrices para subsanar deficiencias de control interno, por ejemplo, la tendencia de la cartera en mora es creciente, producto de la inexistencia de mecanismos efectivos de cobranza Por otro lado, producto de la Inspección realizada en el mes de junio de 2013, se ha verificado que la información financiera no es confiable, integra ni oportuna, debido a que no cuentan con el detalle de partidas como "Cuentas por Cobrar" y "Bienes Realizables", así también, el legajo de balance presentado es incompleto, no adjunta todos los estados de cuenta que respalden los estados financieros, hecho que dificulta el análisis al no existir información contable fehaciente, clara, concreta e individualizada de sus operaciones, incumpliendo el artículo 46 del Código de Comercio, los numerales 1 y 2, el inciso J "Otras Disposiciones", Título I del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y el artículo 1, Sección 9, Capítulo 111, Título 11, libro 5° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aspectos que fueron comunicados a la entidad en reunión final a la inspección, (llevada a cabo el 20 de junio de 2013). En este sentido, se observa que la entidad sólo proporcionó al 31 de mayo de 2013 un balance de sumas y saldos parcial y ningún estado de cuenta. Estas falencias exponen falta de oportunidad, integridad y confiabilidad en la información financiera y consigo ausencia de control interno en los procesos contables. Asimismo, la Cooperativa proporcionó estados de cuenta incompletos correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril 2013 sin que se expongan en detalle las operaciones que afecten a los mismos, existiendo saldos negativos y acumulados, dificultando el análisis de las transacciones generadas en las distintas cuentas integrantes del Balance General Es Importante recalcar también que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras menciona que las entidades financieras que se hallan bajo el ámbito de control de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, están obligadas a llevar todos los libros de contabilidad y dar cumplimiento a las normas estableadas en el Código de Comercio, Libro Primero, Título I, Capítulo IV; Contabilidad; Artículos 38°, 37°, 39°, 40°, 41°, 42°, 43°, 44°, 45°, 43°, 47°, 48°,49°, 50°, 51°,54°y 64° además de otras disposiciones

emitidas por el Servicio de Impuestos Nacionales y el Registro de Empresas del País, aspecto que no consideró la Cooperativa en el registro de sus transacciones ", al respecto manifestamos que la Cooperativa, producto de la reducción de personal, está en proceso de organización de control interno para minimizar los otros riesgos. Como es de conocimiento de la ASFI se tiene el legajo de balance con los estados de cuenta a Mayo preparados por una consultora externa, y la depuración de las cuentas en el proceso que se presentan en el anexo a este documento ***VER ANEXO 3****. La tendencia de la cartera en mora es producto principalmente de la reducción de la cartera bruta, dado que, según se expresa en el siguiente cuadro:*

	ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL		MAYO		JUNIO		JULIO		AGOSTO		Var. A Agosto
VIGENTE	18.881	89%	17.926,06	88%	17.408,45	87%	17.029,61	87%	16.509,07	86%	15.977,18	85%	15.718,37	86%	15.082,43	85%	72%
VENCIDO	572	3%	747,25	4%	796,45	4%	720,87	4%	656,03	3%	812,04	4%	532,44	3%	718,41	4%	3%
EJECUCIÓN	1.669	8%	1.732,06	8%	1.838,68	9%	1.910,81	10%	1.981,07	10%	1.966,74	10%	1.990,87	11%	1.954,83	11%	9%
TOTAL	21.122	100%	20.405,37	100%	20.043,57	100%	19.661,29	100%	19.226,16	100%	18.756,96	100%	18.261,69	100%	17.775,67	100%	84%
Mora	10,61%		12,15%		13,15%		13,39%		13,72%		14,82%		13,93%		15,04%		

En la variación de enero a agosto se ve que la proporción de cartera es de 87% y la proporción de cartera en ejecución es del 9%, lo que indica que la reducción de cartera, producto del pago de los créditos, es mayor al incremento de la mora. Adicionalmente se tiene la mala información de que algunos socios morosos tienen la expectativa de que la cooperativa entrara en disolución por lo que no pagarían sus créditos, información que se está desvirtuando para que regularicen sus créditos.

3. ***La ASFI en el punto 2 de las páginas 22 y 23 expresan que*** *"Debe quedar claro que los ajustes determinados por esta Autoridad de Supervisión se sustentan en incumplimientos a principios de contabilidad generalmente aceptados y normativa vigente emitida para entidades en proceso de adecuación, las variables que les dan origen se fundamenten en criterios y directrices prudenciales que buscan la transparentación de la información expuesta por la Cooperativa a sus socios. Los fundamentos para desvirtuar el contenido de la Resolución expuestos por la Cooperativa en este punto se alejan de la realidad, dado que la entidad inició el proceso de adecuación con un resultado acumulado negativo de Bs2.932.602, manteniendo e incrementando la tendencia negativa como se expone en el cuadro que se presenta a continuación:*

	Dic-08	***Dic-09***	***Dic-10***	***Dic-11***	***Dic-12***
Resultados acumulados	***(2,932,602)***	***(8,883,184)***	***(19,733,196)***	***(30,448,449)***	***(31,997,351)***

Al respecto expresamos que la Cooperativa antes de iniciar el proceso de adecuación a la Ley de bancos de Junio del 2008, presentaba un resultado acumulado positivo de Bs. 261.673. Producto de las previsiones instruidas en las

sucesivas vistas de inspección de la ASFI principalmente, y el incremento en gastos para cumplir la norma en áreas de control interno, riesgo y otras, se tuvo pérdidas acumuladas como se expone en el cuadro que se presenta a continuación:

	Dic-07	***Dic-08***	***Dic-09***	***Dic-10***	***Dic-11***	***Dic-12***
Resultados acumulados	***261,673***	***(2,932,602)***	***(8,883,184)***	***(19,733,196)***	***(30,448,449)***	***(31,997,351)***

Como se puede apreciar, no es evidente que se hubieran tenido pérdidas acumuladas antes de entrar al proceso de adecuación, como se asevera en el documento objeto de la presente impugnación.

La Autoridad a quo expresa en el mismo punto en la página 23 lo siguiente *"Por otro lado se puede advertir con el análisis de la tendencia del estado de resultados, que los gastos administrativos en promedio representaban el 69.88% de los ingresos financieros (gestiones 2009, 2010, 2011 y 2012), proporción que se alejaba de la realidad económica* ***por la cual atravesaba la Cooperativa****, sin que haya adoptado oportunamente medidas correctivas tendientes a precautelar los ahorros de los socios, así como la Implementación de un modelo de negocio sostenible.* ***", tal como se expone en el cuadro que se presenta a continuación, desde el corte del informe base de la presente impugnación, la tendencia de los gastos*** *administrativos es decreciente, y a la fecha los gastos administrativos en promedio representan el 44.% de los ingresos financieros con tendencia a bajar aun mas, y se confirma en el mismo documento objeto de esta impugnación, que la cooperativa* ***atravesaba*** *una crítica situación financiera, situación en la cual no se encuentra en esta gestión, debiendo efectuarse un nuevo análisis una vez se defina el presente proceso administrativo.*

	Jun-12	Jul-12	Ago-12	Sep-12	Oct-12	Nov-12	Dic-12	Ene-13	Feb-13	Mar-13	Abr-13	May-13	Jun-13	Jul-13	Ago-13
Gastos administrativos	7.053	8.211	9.389	10.587	11.671	12.650	13.551	940	1.724	2.380	3.080	3.716	4.341	4.890	5.400
Ingresos financieros	10.944	12.819	14.874	16.670	18.521	20.258	21.969	1.675	3.361	4.927	6.376	7.866	9.417	10.885	12.324
%	64,44%	64%	63%	64%	63%	62%	62%	56%	51%	48%	48%	47%	46%	45%	44%

Asimismo, la ASFI expresa en la página 23 lo siguiente *"Al respecto, el Dictamen de la Empresa de Auditoría Externa (Empresa Consultora CIE S.R.L) menciona textualmente lo siguiente:*

"Como se muestro (sic) *en nota 8 a los estados financieros, composición de rubros de los estados financieros, incisos a) en disponibilidades faltan conciliaciones en cuentas de bancos Bs1.907.775; d) en cuentas por cobrar faltan respaldos Bs30.823.53Z e) en bienes realizables no se cuenta con estado de cuenta Bs. 5.143.002; f) en bienes de uso no se cuenta con estado de cuenta Bs6.392279 y j) en obligaciones con instituciones fiscales no se muestran saldos. Lo anterior, concordante con lo expresado en el informe de control interno.*

Como se expresa en nota 9 a los estados financieros, patrimonio neto Bs. (2497.342), los estados financieros que se acompañan han sido preparados asumiendo que la Cooperativa continuará como empresa en marcha ya que incurrió en pérdidas

consecutivas de operaciones que muestran patrimonio negativo, este aspecto origina duda sustancial sobre su capacidad para continuar operaciones normales. La Gerencia General, no Instruyó incluir en los estados financieros ningún ajuste que pudiera resultar como consecuencia de esta incertidumbre. "

En nuestra opinión, debido a los efectos de no contar con respaldos contables y presentar patrimonio negativo, según lo descrito en los párrafos 3 y 4 anteriores, los estados financieros no presentan razonablemente, de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados, la situación patrimonial y financiera de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "LA TRINIDAD" LTDA., al 31 de diciembre de 2012, los resultados de sus operaciones, de patrimonio neto y de flujo de fondos por el año terminado en esa fecha".

Por lo que la opinión de un tercero independiente ratifica lo afirmado por ASFI. ", nos cabe manifestar al respecto que la empresa CIE reflejó en su informe de control interno el informe de Septiembre de la ASFI, dado que en esa etapa de la visita de los auditores externos la Cooperativa se encontraba en proceso de retiro de personal, asambleas con los socios y un entorno externo crítico al estar el sistema cooperativo societario en una crisis sistémica.

En el siguiente cuadro se puede evidenciar, que La Cooperativa puede honrar en un 100% los ahorros de sus socios, y que las pérdidas acumuladas son producto principalmente de las previsiones: ***VER ANEXO 1 - FORMA A.***

Al disminuir las previsiones del activo, instruidas por la ASFI mediante Informes de inspección, como se puede apreciar en la columna del medio "2 Sin Previsiones", se aprecia lo siguiente:

Al total del activo neto se le disminuyeron el total de las previsiones realizadas al 31 de agosto. Estas previsiones alcanzaban a Bs 33.859.936 desglosadas de la siguiente manera: Bs16.943.941 por previsiones de cartera; previsión para otras cuentas por cobrar por Bs1.015.892; Previsiones por desvalorización por Bs15.440.295; Previsión para inversiones permanentes por Bs26.441; Previsión para partidas pendientes de imputación por Bs433.367., previsión registrada contablemente que es mucho mayor a la recomendada por la ASFI.

En las cuentas patrimoniales, la incidencia del monto de previsiones se registran contra resultados de gestiones anteriores, lo que muestra que los resultados acumulados a agosto alcanzarían a Bs4.733.000 monto que incluye la pérdida de la gestión por Bs1.376.128 y los resultados acumulados de gestiones anteriores que resultarían en Bs3.356.872 a la misma fecha.

En consecuencia, el patrimonio neto de la cooperativa debía ser de Bs 6.394.871 positivo, cifra que incluiría el ingreso diferido de Bs4.782.222'y el ajuste de las previsiones.

Siguiendo con el mismo punto en la página 24 la ASFI expresa lo ***siguiente*** *"Una vez realizada la revisión individual de las carpetas de crédito correspondientes a las operaciones desembolsadas entre febrero y mayo 2013, se pudo determinar en*

función al destino del préstamo y la documentación contenida en la carpeta la siguiente estructura:

Destino del crédito	*Nro Operaciones*	*Saldo $us*
Compra de terreno CAC	*20*	*402,213*
Refinanciamiento	*6*	*21,105*
Libre Disponibilidad	*6*	*15,078*
Créditos Cancelados	*2*	*2,208*
Total	*34*	*440,604*

Se evidencian veinte operaciones por un saldo de Sus. 402.213 destinadas a la compra de terrenos de la Cooperativa, seis corresponden a refinanciamientos por Sus. 21.106.60 son de libre disponibilidad y ascienden a Sus. 15.078 y presentan dos créditos cancelados, por lo que se puede advertir que se están generando nuevas operaciones crediticias cuyo destino es diferente a la venta de bienes realizables. ", al respecto y tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Destino del crédito	*Nro Operaciones*	*Saldo $us*	%
Compra de terreno CAC	*20*	*402,213*	*91,29%*
Refinanciamiento	*6*	*21,105*	*4,79%*
Libre Disponibilidad	*6*	*15,078*	*3,42%*
Créditos Cancelados	*2*	*2,208*	*0,50%*
Total	*34*	*440,604*	*100,00%*

La colocación de cartera libre disponibilidad es en la oficina de Sucre, en la cual no se realizo ninguna asamblea, precautelando el sistema cooperativo del hermano departamento, evitando una incertidumbre en las otras cooperativas. Como se evidencia en el cuadro expuesto por la autoridad a quo, el porcentaje de la colocación de esa sucursal es solo del 3.42% no siendo relevante y más aún, como se expone en el siguiente cuadro la relación de cartera versus captación es del 1.243%.

CONCEPTO	***31/08/2013***
PRESTAMO VENCIDO 2	*16,007.54*
PRESTAMO VIGENTE	*340,913.31*
PRESTAMO CASTIGADO	*667.76*
PRESTAMO EJECUCION	*38,593.11*

TOTAL CARTERA	*396,181.72*
AHORRO	*(13,831.14)*
DPF	*(17,670.26)*
CERT.APORTACION	*(364.43)*
TOTAL CAPTACION	*(31,865.83)*
Relación Cartera/Captación	*1243%*

Como se ve en el cuadro ***la colocación de cartera es de rotación, para mantener su punto de equilibrio.***

En el citado punto 2 en la página 24 y para terminar, la ASFI expresa lo Siguiente "Respecto a las proyecciones, el Informe de Inspección se refiere a la gestión 2012 y no así a la 2013, sin embargo, se observa que:

En la Asamblea Extraordinaria de fecha 4 de mayo de 2013, en la ciudad de Santa Cruz, el orden del día incluye la Presentación de Plan de Viabilidad Financiera, el que menciona como acción la colocación de cartera en bienes realizables con una tasa promedio del 14.75% anual y un plazo máximo de 10 años para estas operaciones.

En fecha 11 de mayo de 2013, en la Asamblea Extraordinaria llevada a cabo en la ciudad de Tarija, el orden del día describe: "Plan de Viabilidad Financiera y Seguimiento", para lo oral (sic)*, el Lic. Ronald Arce, representante de una Empresa Consultora de Santa Cruz, explicó el proyecto a cinco años denominado Estratega Empresarial, Quinquenio 2013 a 2017 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Trinidad Ltda. Cuyo objetivo general es consolidar a la Cooperativa como una empresa en marcha y obtener de la ASFI el Certificado de Adecuación y posteriormente la Licencia de Funcionamiento.*

En la Asamblea Extraordinaria de I° de Junio de 2013 en la ciudad de La Paz se incluye en el orden del día: "Plan de Viabilidad Financiera y seguimiento del mismo.", a lo manifestado nos cabe señalar que como bien se expresa en su comentario del informe objeto de la impugnación, la Cooperativa en sucesivas asambleas ha mostrado el apoyo de los socios para continuar como empresa en marcha, en busca de la licencia como cooperativa abierta, obtener de la ASFI el Certificado de Adecuación y posteriormente la Licencia de Funcionamiento. El plan de Viabilidad Financiera expuesto ante la solicitud de los socios es básicamente para evaluar la viabilidad ***de la devolución*** *de los ahorros y los* ***plazos*** *previstos para ello.*

4. *En el punto 3 cursante a fojas 24 y 25 de la Resolución 605/2013 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero expresa lo siguiente "****Evidentemente, la Cooperativa muestra una tendencia decreciente respecto a los gastos administrativos****, ****hechos evidenciados con la documentación acreditada con el memorial de pruebas de 18 de asosto de 2013*** *(Punto 1, - Anexo 1); sin embargo se determina la existencia de transacciones con condiciones diferentes que desvirtúan el accionar del compromiso asumido con sus socios. Efectúa la devolución Incluyendo Intereses pactados que oscilan entre el 2% y 3.5%, aspecto que no se*

adecúa a la crítica situación financiera, por lo que siguen existiendo variables que pueden aminorar los efectos de la delicada situación financiera y patrimonial.

Sin embargo de lo anterior, la reducción de gastos administrativos no fue oportuna, situación que se verifica en la tendencia creciente de estos gastos que se expone en el cuadro que se presente a continuación:

Rubro	***31/12/2009***	***31/12/2010***	***31/12/2011***	***31/12/2012***
Gastos de Administración	*9,456,652*	*12,747,703*	*12,871,483*	*13,551,178*
Gastos de Personal	*4,724*	*547,931*	*6,743,371*	*9,894,483*

A lo manifestado con anterioridad y Como (sic) *bien se expone en el cuadro del informe objeto de la presente impugnación, los gastos se incrementaban en función al crecimiento de la cooperativa, en base a los controles internos exigidos en la normativa ASFI. Pero como se expone en el siguiente cuadro, a partir de Junio del 2012 se tiene una reducción gradual en los gastos, dado que el sistema cooperativo societario entro en crisis sistémica nacional, como se evidencia con el cierre de varias cooperativas en este proceso.*

Rubro	"Jul 12	"Ago 12	"Sep 12	H0ctl2	"Nov»12	"Dic 12	Ene-13	Feb-13	Mar-13	. Abr 13	May-13	"Jun 13	"Jul 13	®Ago 13
Gastos de Administración	1,158,295	1,178,372	1,198,225	1,083,525	978,949	901,287	940,38	783,2	656,756	699,895	635,454	625,688	548,788	509,751
Gastos de Personal	587,698	577,043	597,564	552,007	478,058	469,964	383,89	399,23	314,874	269,761	299,656	332,123	347,806	288,885
					Promedio gestión 2012	1,129,264.65	83%	69%	58%	62%	56%	55%	49%	45%
					Promedio gestión 2012	574,540.24	67%	69%	55%	47%	52%	58%	61%	50%

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, la evolución de los gastos administrativos ha ido reduciéndose gradualmente de la siguiente manera: el promedio de los gastos administrativos durante la gestión 2012 era de Bs1.129.265 y a agosto de 2013 este gasto apenas alcanza a Bs509.751 que representan el 45%. Los gastos de personal en promedio eran de Bs574.540 y a agosto de 2013 es de Bs288.885 que equivalen al 50% del mostrado en la gestión 2012, en tal sentido lo expresado no corresponde a la verdad de los hechos.

5. *Cursa a fojas 26 en el punto 4 de la precitada resolución la siguiente expresión de la ASFI "Más allá de la justificación de la inexistencia de controles Internos por falta de personal, la entidad a lo largo del proceso de adecuación no pudo definir formalmente procedimientos internos de control efectivos, por lo cual, en los informes de Inspección se describen observaciones reiterativas que no pudieron ser subsanadas o que se volvieron a generar. A continuación se describen algunas que se encuentran relacionadas con deficiencias de control: en "Bienes Realizables" la entidad expone un saldo negativo de Bs805.784 a la fecha de corte de la inspección 2013, en el comprobante N° 1410 de 19 de febrero de 2013 se observa una transferencia por B86.525.510 del grupo 140 "Otras Cuentas por Cobrar" al 150 "Bienes Realizables", revisado el comprobante contable se observa que el mismo*

carece de documentación de respaldo suficiente que sustente el registro contable.", como ya lo hemos manifestado en reiteradas oportunidades a la ASFI siendo de total conocimiento de dicha entidad supervisora, la empresa QUIMEL ha efectuado el análisis y relevamiento de estas cuentas y el ajuste ha sido efectuado. Adjuntamos en anexo la composición de estas cuentas para su correspondiente revisión. ***VER ANEXO 3.***

Expone la ASFI siguiendo el mismo punto de la página 26 de la resolución lo siguiente "La entidad expone un saldo negativo de Bs805.784 exhibiendo ausencia de control en el manejo del Grupo "Bienes Realizables". Asimismo, no se proporcionó estado alguno de las cuentas analíticas que lo conforman.

La información financiera por la entidad se encontró incompleta, no se presentaron todos los estados de cuenta requeridos. Si bien se informó sobre la contratación de una empresa para que regularice las deficiencias en el procesamiento de la información financiera y reconocidas por la entidad, a la fecha no se tiene conocimiento del producto, ni del trabajo realizado por la empresa contratada.", cabe manifestar al respecto que de acuerdo al informe adjunto que recibimos de la Empresa Quimel, en el mismo, se pudieron evidenciar cambios en los estados al haberse aclarado muchos aspectos observados por la ASFI, sin embargo, aplicando este trabajo, estamos efectuando los ajustes contables paulatinamente. Una gran parte de este registro se puede apreciar en el balance a agosto de 2013, en consecuencia, por el dinamismo de las operaciones diarias, paulatinamente les estamos pasando a la ASFI los balances ajustados con mayor precisión.

Expone la ASFI en el mismo punto en la página 27 del recurso lo ***siguiente*** *"Se observa la concesión de créditos a ejecutivos y personas vinculadas a estos, contraviniendo al Artículo 79, inciso c) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF), estas operaciones deben ser recuperadas y no pueden ser castigadas."*

Nro Op	Nombre	Relación	Fecha	Monto	Tasa	Plazo dias	Observaciones
10023858	Roca Urioste Carlos Ivan	Hermano del Gerente General	30/03/2012	12.000	13%	360	Con los desembolsos cancelan operaciones en mora, vigentando su estado. Los certificados de aportación de los padres no se encuentran endosados a favor de la cooperativa
10020876	Roca Urioste Marcelo	Hermano del Gerente General	11/04/2010	6.050	17%	1683	No existe respaldo documentario del prestatario. El certificado de aportación remuenrado no se encuentra endosado a favor de la cooperativa. Con los desembolsos cancelan operaciones (con fecha valor) en mora, vigentando su estado, dicho procedimiento contradice sanas practicas prudenciales
10023941	Soto Salazar Glenda	Gerente legal	21/04/2012	1.822	24%	1440	Para el análisis de capacidad de pago no se toma en cuenta el promedio de las tres últimas boletas de pago. El prestatario es ejecutivo de la cooperativa, incumpliendo el art 79 de la LBEF

Al respecto debemos manifestar como institución que Glenda Soto: Encargada de recursos humanos en esa fecha, el crédito otorgado se encontraba dentro del margen del 1.5% del patrimonio para préstamo a los empleados, indicando además que la señora Soto no era funcionaria jerárquica de la Cooperativa, la garantía fue quirografaria por un monto de Bs12.500, el saldo a la fecha es de Bs7.495 en estado vigente, la tasa es del 24%, la misma que no difiere de la cobrada al resto de los socios, además que no se encuentra dentro de la causal invocada por la ASFI ya que la normativa citada por dicha institución refiere a miembros del consejo de administración y vigilancia, juntas directivas o miembros de los comités de crédito. En lo que respecta al señor Carlos Ivan Roca Urioste; no ha sido funcionario de la Cooperativa, hijo de la hermana del gerente general, no se encuentra dentro del segundo grado de afinidad, por tanto es sujeto de crédito en la cooperativa como cualquier otro asociado, la garantía fue de dos DPF's pignorados y endosados en favor de la cooperativa, ambos sumaban Sus 15.000 y el crédito por dólares 12.000, crédito que fue debidamente cancelado en diciembre de 2012 y la tasa activa del 13% que estaba cinco puntos por encima de su tasa pasiva. En cuanto al señor Marcelo Roca Urioste; no ha sido funcionario de la Cooperativa, hermano del gerente general, La garantía fue un DPF pignorado y endosado en favor de la cooperativa, por Sus 10.000 y el crédito fue por dólares 6.050, crédito que fue debidamente cancelado el 1º de diciembre de 2012 y la tasa activa del 17% que estaba cinco puntos por encima de su tasa pasiva. ***VER ANEXO 4***

Expresa también la ASFI en la página 27 del mismo punto 4 de la Citada resolución lo siguiente "Se ha procedido a la devolución de Certificados de Aportación, en contraposición al Artículo 73 de la LBEF que prohíbe su redención cuando existen pérdidas acumuladas o deficiencias en la constitución de previsiones, debiendo establecer las responsabilidades solidarias y mancomunadas de quienes han autorizado las cancelaciones, ya que se ha provocado daño económico a la Cooperativa.

La devolución incluye Certificados de Aportación Obligatorios a ex consejeros y ejecutivos de la entidad como se expone en el siguiente cuadro:

Nombre	Cancelados		Nuevos		Diferencia	%
	No CAO	Montos Bs	No CAO	Montos Bs		
Gutiérrez Roca Joaquín Pedro Pablo	38028	889.560	16.548	165.460	724.100	18,60%
Hornez Fernández Erick Alejandro	6912	985.960	569	5.690	980.270	0,58%
López Justiniano Marco Sergio	3	24.000			24.000	0,00%
Roca Urioste Jorge Iván	4102	928.264	20.270	202.700	725.564	21,84%
Total		2.827.784		373.850	2.453.934	13,22%

A lo expresado es menester expresarle a su Digna Autoridad Ad quem, que en el informe de fecha 22/03/2013 con cite CLT 108/03/2013 recibida por la ASFI en fecha

22 de marzo y en informe explicativo, en anexo 26 del mismo, se respaldo lo siguiente: La devolución de Certificados de Aportación que indican en el cuadro corresponde desde la gestión 2007 en la cual habían utilidades, por lo tanto no incumple el Artículo 73 de la LBEF antes del 2008. Los retiros a partir del 2008 fueron para compra de bienes adjudicados y traspasos a otros socios, en ningún momento haciendo un daño a la Cooperativa, si no salvaguardando los indicadores financieros de la misma, en conversación con los citados se está procediendo a la devolución del monto total por el valor de Bs. 1.276.110.20 en un plazo no mayor a cuatro meses dentro de la gestión 2013. Se detalla cuadro adjunto y reporte de los detalles de los certificados de aportación cancelados, nuevos y traspasos a otros socios.

Nombre	***Cancelados***		***Nuevos***		***Gestión***	***Diferencia***	***%***
	No CAO	***Montos Bs***	***No CAO***	***Montos Bs***	***2007***		
Gutiérrez Roca Joaquín Pedro Pablo	*38028*	*889.560,20*	*16.548,00*	*445.060,00*		*444.500,20*	*50,03%*
Hornez Fernández Erick Alejandro	*6912*	*985.960,20*	*569,00*	*5.690,00*	*617.960,20*	*362.310,00*	*68,25%*
López Justiniano Marco Sergio	*3*	*24.000,00*				*24.000,00*	*0,00%*
Roca Urioste Jorge Iván	*4102*	*928.263,70*	*20.270,00*	*202.700,00*	*280.263,70*	*445.300,00*	*52,03%*
Total		*2.827.784,10*		*373.850,00*		*1.276.110,20*	*54,87%*

<u>En el respaldo se evidencia que los 1,276.110.20 fueron devueltos por los socios</u>*: Joaquín Pedro Pablo por el monto de 456.000 Bs emitido el 7 de marzo del 2013, Erick Alejandro Hornez Fernández por el monto de 376.000 Bs emitido el 7 de marzo del 2013, Jorge Iván Roca Urioste por el monto de 456.000 Bs emitido el 7 de marzo del 2013, documentos presentados anteriormente en el anexo 26 y presentados nuevamente con éste informe desvirtuándose la aseveración efectuada.* ***VER ANEXO 5****.*

Expresa la ASFI en el mismo punto en la página 28 lo siguiente

"La entidad no ha presentado los descargos correspondientes a los ajustes determinados en el Informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012. En este sentido, se enuncian algunos tratamientos contables que la entidad ha realizado referidos a los mismos:

La entidad en fecha 31/08/2012 mediante comprobante contable 1222 ha procedido a reclasificar Bs13.079.607 por concepto de Bienes Realizables expuestos en Otras Cuentas por Cobrar (contabilizados a efecto dé levantar previsiones requeridas por la Ley. de Bancos y Entidades Financieras). Producto de esta reclasificación se constituyen previsiones por tenencia por el mismo importe.

En fecha 07/11/2012 mediante comprobante 15404, la entidad procede a revertir las previsiones constituidas anteriormente, dejando sin efecto el ajuste determinado en el Informe de Inspección con corte a julio de 2012.

El importe de Bs291.079 correspondiente a la previsión por exceso en el plazo de permanencia determinado para el Proyecto PASA no fue pre visionado (sic).

No existe evidencia de regularización de los demás ajustes menores determinados en el informe ASFI/DSR 1V/R-120024/2012 y no se ha podido determinar nuevos ajustes por la falta de contabilidad de los saldos de los Estados Financieros.

b) Dar cumplimiento estricto al Manual de Cuentas pera (sic) *Bancos y Entidades Financieras.*

c) Regularizar los datos expuestos en el Balance General y Estado de Resultados. ", al respecto debemos reiterar lo mencionado en la presente impugnación, la Cooperativa ha registrado previsiones por montos mayores a los instruidos por la ASFI en sus resoluciones correspondientes, prueba de lo mencionado, nos remitimos al balance al 31 de agosto de 2013, ***ANEXO 1,*** *en el cual se evidencia el registro de previsiones por un total de Bs33.859.936.*

Expresan también en la página 28 y 29 de la citada resolución lo siguiente "La información financiera por la entidad se encontró incompleta, no se presentaron todos los estados de cuenta requeridos. Si bien se informó sobre la contratación de una empresa para que regularice las deficiencias en el procesamiento de la información financiera y reconocidas por la entidad, a la fecha no se tiene conocimiento del producto, ni del trabajo realizado por la empresa contratada. ", cabe expresar al respecto que adjuntamos el informe que recibimos de la Empresa Quimel, en el mismo, se pudieron evidenciar cambios en los estados al haberse aclarado muchos aspectos observados por la ASFI, sin embargo, aplicando este trabajo, estamos efectuando los ajustes contables paulatinamente. Una gran parte de este registro se puede apreciar en el balance a agosto de 2013, en consecuencia, por el dinamismo de las operaciones diarias, paulatinamente les estamos pasando los balances ajustados con mayor precisión.

Expresa la ASFI en la página 29 lo siguiente "En la agenda de la ciudad de Sucre se pudo Identificar aperturas de depósitos nuevos, el detalle se describe a continuación:

No de Cuenta	CI Depositante	No Cliente	Fecha de Apertura DPF	Fecha Vencimiento DPF	Plazo	Tasa de Interés	Saldo DPF Bs	Agencia
400009175400000	1351219PO	31412	08/03/2013	04/08/2013	180	3	7600	Sucre
400009243000000	1272065PO	30928	08/05/2013	07/08/2013	30	3.5	51450	Sucre

Es menester expresarle a su Autoridad que el DPF 400009175400000 es captación de un socio que se apersono a la cooperativa en la sucursal de Sucre, y para evitar la susceptibilidad de la región de Chuquisaca, y viendo que la cartera de la sucursal cubre de sobre manera los pasivos se acepto su depósito, tomando en cuenta que la cooperativa esta en un proceso de adecuación y siendo un deposito a corto plazo. El DPF 400009243000000 es de un socio antiguo que fue recuperando sus ahorros, el motivo de la nueva apertura es el vencimiento del DPF 4000090145-00-000 con monto 14.700 $us, que retiro el 50% y dejo el saldo, retirándolo en fecha 7 de Junio de 2013, como se evidencia en los siguientes reportes:

Numero Deposito F.Apert. Plazo F.Vcto. Tasa Capital
Estado: CANCELADO

4000089279-00-000 31/08/2012 90 29/11/2012 4.00 10,174.00 $us.
4000090145-00-000 09/11/2012 180 08/05/2013 5.07 14,700.00 $us 4000089279-00-001 29/11/2012 90 27/02/2013 4.04 10,262.51 $us.
4000089261-00-000 31/08/2012 90 29/11/2012 4.00 102,924.00 Bs.
4000089261-00-001 29/11/2012 90 27/02/2013 4.82 103,953.24 Bs.
4000090145-00-001 08/05/2013 30 07/06/2013 3.50 15,024.21 $us.
4000090699-00-000 26/12/2012 90 26/03/2013 4.82 18,300.00 Bs.
4000091457-00-000 27/02/2013 61 29/04/2013 2.50 50,000.00 Bs.
4000092430-00-000 08/05/2013 30 07/06/2013 3.50 7,500.00 $us.

RESUMEN EXTRACTO DE D.P.F.

No.de Dep.: 4000092430-00-000 Fecha Dep.: *08/05/2013*
Cliente : CARRASCO ROJAS SILVIA MARIA AMPARO
Monto Dep.: 7,500.00 $us.
Tipo D.P.F.: DEPOSITOS A PLAZO FIJO : Plazo 30 Dias
Estado : CANCELADO Per. Pago.: 30 Días

Fech.Pago	No.Tran.	Descripción	Capital	Interes	Iva	ITF	Total
08/05/2013	137168	APERTURA	(7.500,00)	0,00	0,00	0,00	(7.500,00)
07/06/2013	147852	LIQUIDACIÓN	7.500,00	21,88	(2,84)	(11,26)	7.507,78
			0,00	21,88	(2,84)	(11,26)	

Expresa la ASFI en la página 29 lo siguiente " El resultado del trabajo de campo realizado en Inspecciones, es producto del análisis de la información proporcionada por la entidad a una fecha de corte determinada, en la misma se validan los descargos de la documentación presentada, en este sentido se puede observar si existe la implementación de las acciones correctivas o si no se han subsanado las observaciones. En el caso de las inspecciones realizadas a la Cooperativa se pudieron identificar observaciones reiterativas e incumplimientos a instrucciones emitidas por ASFI Asimismo, se puede dar el caso de que se identifiquen respaldos que responden a la corrección de una observación a una fecha de corte determinada, pero posteriormente la entidad puede incurrir en el mismo error y exponerlo con datos a otra fecha diferente (la generación de información no es estática, es dinámica y varia diariamente), es por eso que se reiteran las mismas observaciones ya subsanadas. En el inciso a) del presente Informe se describen algunos casos específicos relacionados con los ajustes. ", al respecto manifestamos que el hecho de recibir una visita de inspección con corte al 31 de Junio de 2012 y recibir el informe recién el 26 de diciembre de 2012, es decir seis meses después, el

mismo que fue respondido en fecha 22 de marzo con cite CLT/108/03/2013 y recibido por la ASFI el 22 de marzo de 2013, mas lo realizado a la fecha con corte 31 de agosto de 2013, ***demuestra que el resultado de esa inspección y la actual resolución son extemporáneas****, dado que los ajustes contables solicitados ya han sido realizados, las observaciones efectuadas ya han sido subsanadas en su mayor parte, y estamos en un proceso de devolución de ahorros ordenada y acordada en asamblea por los socios.*

En la citada resolución administrativa la ASFI expresa en las páginas 29, 30 y 31 lo siguiente *"En el marco de la Ley N° 3882 de 18 de Junio de 2008, la Cooperativa Inició el proceso de adecuación con la remisión del formulario de información Inicial requerida el 28 de septiembre de 2008. Dentro del proceso ASFI_producto de las Inspecciones realizadas emitió los siguientes Informes:*

INFORME	*FECHA*	*FECHA DE CORTE*
ASFI/DSRIV/R-11389/2009	*19/08/2009*	*30/04/2009*
ASFI/DSRIV/R-42383/2010	*28/03/2010*	*31/01/2010*
ASFI/DSR IV/R-12024/2012	*21/09/2012*	*31/07/2012*
ASFI/DSR 1V/R-48017/2013	*08/04/2013*	*31/01/2013*

Las conclusiones reiterativas de los Informes citados anteriormente se describen a continuación:

- *Incumplimiento a PCGA, LGSC, Código de Comercio, así como también (a LBEF, MCBEF, RNBEF, procedimientos internos y normativa vigente.*
- *La entidad* ***se encontraba*** *en una crítica situación financiera, exponiendo deterioro patrimonial* ***que ponía*** *en serio riesgo los intereses de los socios.*
- *Se determinó incumplimiento de atribuciones de parte del Consejo de Vigilancia como instancia de control.*
- *Falta de apego a las disposiciones vigentes, adopción de malas prácticas, omisión de previsiones y registro de gastos activados.*
- *Se observó el Incremento en el valor de los activos y patrimonio sin ingreso de efectivo.*
- *Se establecieron deficiencias en la gestión de la entidad, de manera recurrente, incumplimientos que se originan por la inobservancia de las funciones y atribuciones de los consejos y ejecutivos, falta de transparencia y confiabilidad de la información financiera y vulneración de principios básicos de control interno.*
- *La entidad no ha cumplido con las instrucciones de esta Autoridad de Supervisión, al no efectuar los ajustes y no convocar a la Asamblea General para determinar una salida ordenada de la Cooperativa.*

  Todos estos aspectos determinaron la instrucción reiterativa de prohibir toda forma captación de recursos de sus socios y de convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, exclusivamente para tratar su disolución voluntaria por la incapacidad económica para cumplir su objetivo social.

Evidentemente, se observa la tendencia decreciente de los gastos administrativos *(documentación relacionada con el cierre de agendas)* ***y los costos financieros. originados en el cierre de agencias y la disminución de tasas pasivas***

respectivamente*: sin embargo, es importante mencionar que las acciones no fueron oportunas, dado que en todos los informes emitidos por ASFI se observaron tasas de interés superiores a las ofertadas por el sistema cooperativo regulado y gastos de publicidad que se alejaban de la realidad económica de la cooperativa, lo que indica que la entidad demoró en la aplicación de estas acciones, situación por la cual ingresó en una etapa de iliquidez y cesación de pagos.", al respecto cabe expresar que las Cooperativas societarias se enmarcaban en una normativa diferente a la LBEF debido a que estaban bajo la tutela de la Ley General de Sociedades Cooperativas y del DS. No. 25703, la ASFI en *el mismo proceso de inspección al sistema cooperativo, inicialmente nos dieron una instrucción para reclasificación contable, posteriormente, en otra visita nos pidieron que revirtamos lo instruido con anterioridad, por tanto han ido cambiando la normativa contable para las cooperativas societarias en proceso de adecuación e incorporación a la ASFI. Al inicio del proceso de adecuación se dejo claramente establecido que al ser un ' proceso", este toma su tiempo para implementarse, periodo en el cual evidentemente, por éstos y otros motivos internos, se incumplieron con los principios y normas legales* ***para instituciones reguladas****, sin embargo, durante este periodo se han dado muestras positivas de cambio, con la contratación de empresas que nos están ayudando a corregir estos incumplimientos y apegándonos a la normativa ASFI. Por tanto estamos en una fase de mejoramiento y cumplimiento, proceso de cambio que demostramos paulatinamente. La Cooperativa en el proceso de adecuación, a la fecha ha cumplido con la mayor parte de los ajustes y reclasificaciones contables, ha convocado a Asamblea General para determinar la salida ordenada de la Cooperativa tal como fue instruida en su Resolución Administrativa confirmada objeto de esta impugnación, aceptar una devolución ordenada de los ahorros de los socios en un plazo no mayor a cinco años como se demuestra en las Actas de Asambleas presentadas a la ASFI y que son mencionadas en la presente resolución por dicha institución. En el informe con corte a Junio de 2012 que fue recibido el 26 de diciembre de 2012, extemporáneamente, nos instruyeron convocar a Asamblea, no captar recursos, no colocar cartera y efectuar ajustes contables, oportunamente, en enero del año 2013 se efectuaron las asambleas, se determinó no captar recursos, no colocar cartera exceptuando la proveniente de los bienes realizables y registrar los ajustes contables solicitados, por tanto no se puede hablar de acciones inoportunas o de causar un mayor deterioro o ¡liquidez, pese a tener problemas de efectivo* ***nuestra institución nunca entró en cesación de pagos dado que en asamblea se pactó la devolución ordenada en un periodo no mayor a cinco años.***

Expresa la ASFI en la página 31 lo siguiente "A través del análisis horizontal del balance comparativo presentado (periodos junio 2012 y junio 2013), no se puede evidenciar el registro de los ajustes específicos, para poder realizar este trabajo nos remitimos a los comprobantes contables y, en la revisión de esta documentación, se pudo observar lo descrito en el inciso a) de la página 27 de las consideraciones precedentes.", al respecto manifestamos que Producto de las diferentes visitas de inspección de la ASFI, se efectuó el registro contable paulatino de la cifra mencionada en el inciso a. por Bs18.111.738, sin embargo, como es de su conocimiento, la generación de información no es estática, es dinámica y varía

diariamente. Con estos ajustes se explica el cambio patrimonial que hemos sufrido en este último proceso, registrando contablemente incluso montos mayores a los instruidos. Prueba de lo mencionado, nos remitimos al balance al 31 de agosto 2013 presentado en el anexo 1, en el cual se evidencia el registro de previsiones por un total de Bs33.859.936. Como se puede apreciar se registraron ajustes superiores a los Bs18.000.000 instruidos por la ASFI.

Expresa la ASFI en la página 32 lo siguiente "Se ratifica la tendencia positiva de resultado financiero bruto; sin embargo, la salud financiera depende también de otras variables para la obtención de resultados del ejercicio y de la capacidad de generar ingresos para enfrentar los gastos administrativos. ", es menester expresarle que si bien se tienen saldos positivos por el ingreso financiero bruto, la cooperativa a medida que vaya vendiendo los bienes realizables, recuperando cartera, revertirá la situación patrimonial negativa dado que por la venta de bienes realizables se revierten previsiones y además se genera un ingreso adicional por venta al contado o a plazos como margen adicional al financiero, la recuperación de cartera genera la recuperación de previsiones además del ingreso financiero.

Expresa la Autoridad de Supervisión en la página 32 lo siguiente "ASFI tomó conocimiento respecto al tratamiento del registro y respaldo de los "Bienes Realizables" en fecha 18 de junio de 2013 (Inspección de Seguimiento), al respecto en Informe explicativo firmado por el Gerente General de la Cooperativa se menciona que el resultado del trabajo realizado por la Empresa Consultora Quimel (Legajo de Balance Semestral) seria remitido en fecha 20 de julio del presente año, sin embargo a la fecha no existe evidencia del producto de la consultaría como ya lo hemos manifestado al presente adjuntamos el informe que recibimos de la Empresa Quimel, en el mismo, se pudieron evidenciar cambios en los estados al haberse aclarado muchos aspectos observados por la ASFI.

6. *En CONSIDERANDO expuesto en la pagina 36 y 37 punto 1, la ASFI expresa en resumen que cuenta con las atribuciones plenas para fiscalizar a las cooperativas de ahorro y crédito societarias, en tal sentido se debe dejar claramente establecido que nuestra Cooperativa de Crédito La Trinidad Ltda., es una entidad que se encuentra actualmente en proceso de adecuación Fase III etapa 1 y que* ***no cuenta con la correspondiente Licencia de Funcionamiento*** *emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y al estar en proceso de adecuación las normas establecidas por La Ley de Bancos y Entidades Financieras y la correspondiente recopilación,* ***NO ES APLICABLE*** *a nuestra institución y a ninguna cooperativa que se encuentre en las mismas circunstancia, careciendo la Autoridad de Supervisión de* ***Competencia,*** *esto en razón a los argumentos expuestos en la presente impugnación. Las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias como es nuestro caso, si bien fueron incluidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo a normativa reglamentaria al respecto, existe como requisito* ***sine qua non*** *la obtención de la* ***licencia de funcionamiento*** *para que dicha normativa sea aplicable a nuestra institución, tal como se establece el Art. 3 del* ***REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO*** *de la Recopilación de Normas, el mismo que establece en su definiciones lo siguiente; "Cooperativa de ahorro y crédito societaria en proceso de*

adecuación: Sociedad cooperativa de objeto único, en proceso de adecuación para ser considerada entidad de intermediación financiera no bancaria y sujeta al ámbito de aplicación de la LBEF, ***a partir de la obtención de la licencia de funcionamiento.".*** *Ratificando lo expresado y para dar otro ejemplo preciso, en la* ***Resolución ASFI 426/2012*** *de fecha 29 de agosto del 2.012, resolución que aprueba el Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no hayan obtenido la licencia de funcionamiento, en una de sus partes considerativas como fundamento legal para aprobar dicho reglamento, establece textualmente lo siguiente:* ***"Que, al no ser aplicable a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no cuenten con licencia de funcionamiento, los alcances de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)....".*** *Así mismo y reafirmando la fundamentación legal de la* ***falta de competencia*** *de la Autoridad de Supervisión, el Art. 14 del Decreto Supremo No. 27175 en su parágrafo I (SUJETOS REGULADOS), establece claramente lo siguiente, "Se consideran operadores financieros y se constituyen en los sujetos regulados del SEREFI, las personas jurídicas que actúan en los mercados financieros ofertando o intermediando servicios de carácter financiero, constituidas en el tipo societario que según su actividad, establecen las respectivas normas sectoriales y que, habiendo cumplido los requisitos para su habilitación legal,* ***cuenten con autorización de funcionamiento otorgada por la Superintendencia sectorial correspondiente".*** *Se debe indicar adicionalmente que de conformidad a lo establecido por el Art. 28 inc. a) de la Ley No. 2341, establece como uno de los elemento esenciales del acto administrativo para que el mismo tenga validez, el de la* ***Competencia,*** *es decir que el acto administrativo* ***debe necesariamente ser dictado por autoridad competente,*** *lo cual claramente no ocurre en el presente caso y en el caso de las cooperativas societarias en general que no cuentan con licencia de funcionamiento y que se encuentran en proceso de adecuación. Que, al no ser aplicable para nuestra institución la Ley de Bancos y Entidades Financieras y al no haberse abrogado la normativa que regula nuestro accionar jurídico, vale decir, la Ley General de Sociedades Cooperativas y sus Decretos Reglamentarios, por la nueva Ley, se debe indicar que el Art. 71 y 72 de la precitada nueva Ley de Cooperativas establece en su "ARTICULO 71. (DISOLUCIÓN). Son causales de disolución las siguientes: 1. Por voluntad de las dos terceras partes de sus asociadas y asociados, expresada en Asamblea General Extraordinaria. 8. Por incumplimiento de los principios y valores del cooperativismo* ***a ser determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP'. Todos los casos del presente artículo estarán sujetos al decreto supremo reglamentario de la presente ley*** *y su "ARTICULO 72. (LIQUIDACION) I. En los casos expresados en el artículo precedente, se procederá a la liquidación de la cooperativa. Para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, deberá organizar la Comisión Liquidadora que estará integrada por un representante de la citada entidad y un representante nombrado por la Asamblea General Extraordinaria. 11. La liquidación se efectuará de acuerdo a esta ley, su decreto supremo reglamentario y el estatuto orgánico, así como la legislación aplicable en los diferentes sectores regulados." Que, los Art. 71 y 72 del mismo cuerpo legal, establecen claramente que la* ***Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP es la institución encargada de revocar la autorización legal para que funcione una sociedad***

cooperativa. *Que, nuestro Estatuto Orgánico en su Art. 109, ratificando lo expuesto con anterioridad, establece claramente que la cooperativa se disolverá por determinación expresa de la Asamblea General Extraordinaria de socios y por lo establecido por los artículos correspondientes de la Ley General de Sociedades Cooperativas, ordenada la liquidación por el Consejo Nacional de Cooperativas ahora la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, actualmente a la espera del decreto reglamentario correspondiente para la adecuación respectiva, en tal sentido se deja claramente establecido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero* ***no tiene competencia para determinar la disolución de una entidad que no cuente con licencia de funcionamiento.***

7. *En el punto 2 de las páginas 37 y 38 la ASFI para justificar su accionar utiliza la normativa establecida en el numeral 1), artículo 3, Sección 4, del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso en el Capítulo VI, Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la misma que claramente establece en el título de la Sección 4* ***INTERVENCIÓN PARA EL PROCESO DE QUIEBRA,*** *es decir que en la citada normativa establece todo el procedimiento cuando se trata de una intervención, incluyendo dentro de dicho procedimiento el hecho de que debe emitirse una resolución administrativa de intervención y otros aspectos relativos a ella y que* ***no es aplicable al presente caso que es producto de otro acto administrativo con otro tipo de resolución dispositiva,*** *en tal sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha efectuado una errónea aplicación de la normativa legal para mal fundamentar su errónea resolución confirmatoria.*
8. *En el punto 3 página 38 de la resolución impugnada, la ASFI claramente reconoce que* ***"Si bien es cierta que la Autoridad de Fiscalización de Cooperativas, creada en la Ley N° 358 de 11 de abril de 2013, ha sido investida de atribuciones para regular, fiscalizar y supervisar la gestión cooperativa y el artículo 71 de dicha Ley determina las causales de disolución de las cooperativas, no es menos cierto que el propio artículo 71 establece que todos los casos de dicho artículo estarán sujetos al decreto supremo reglamentario aún no emitido****." De lo cual se infiere que la ASFI expresamente reconoce que existe una normativa aplicable a las cooperativas que aún no cuenta con licencia de funcionamiento, indicando que no se puede utilizar como fundamento o excusa la falta de reglamentación para tomarse atribuciones que no le competen, va que en ninguna de sus partes la Lev 356 de 11 de abril de 2013 establece que mientras se elabore la reglamentación se podrá utilizar otras normas supletorias.*
9. *Referente a lo expresado por la ASFI en las páginas 38 al 41 con relación a nuestras asambleas ordinarias, nos cabe manifestar que en la Resolución Administrativa ASFI No. 403/2013 de fecha 03 de Julio de 2.013, se nos instruyó convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, conforme a lo establecido en el estatuto orgánico, con el objeto único de dar lectura en detalle a la citada resolución y poner en consideración la disolución voluntaria de la cooperativa, debiendo remitir el acta correspondiente a su autoridad y suspender toda captación de recursos de los socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo*

modalidades distintas a los certificados de aportación. Cabe indicar, que a pesar de que estamos utilizando el presente recurso legal para hacer prevalecer nuestros derechos, nuestra institución convocó y efectuó Asamblea General Extraordinaria de socios en los meses de enero, febrero, Mayo y Junio del presente año, en los departamentos en los cuales tenemos sucursales o filiales, asambleas en las cuales se procedió a la ***lectura en inextenso*** *del* ***INFORME ASFI / DSR IV / R-120024 / 2012 DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2.012 DE INSPECCIÓN DE SEGUIMIENTO CON CORTE AL 31 DE JULIO DE 2.012, BASE DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 403/2013 DE FECHA 03 DE JULIO 2013*** *objeto de la presente impugnación jerárquica, en la cual Resuelve y confirma totalmente a destiempo y después de que hemos cumplido con lo resuelto tal como lo hemos manifestado, que nuestra institución* ***convoque nuevamente a una Asamblea General Extraordinaria*** *para dar lectura en detalle a la resolución impugnada mediante recurso de revocatoria y hoy mediante recurso jerárquico, y se considere la disolución voluntaria de nuestra institución. Manifestamos respetuosamente a su Digna Autoridad Ad quem, que la ASFI al emitir la Resolución Administrativa No. 403/2013 confirmada mediante resolución 605/2013, no ha tomado en cuenta los hechos posteriores a la misma,* ***creando una ambigüedad o vació en el accionar futuro de nuestra institución,*** *siendo que ya se sometió a consideración de los socios los instructivos emanados de dicho informe y a lo cual nuestros socios decidieron* ***rechazar la disolución voluntaria*** *y encarar un plan de emergencia precautelando sus ahorros, dando lectura de el referido informe en las respectivas asambleas en los departamentos en los cuales tenemos sucursales, donde todos los socios aceptaron la no disolución y la presentación de un Plan de viabilidad financiera con la devolución gradual de los ahorros, no siendo un fundamento válido el utilizado por la ASFI de que nuestras actas tienen observaciones que* ***no han sido demostradas por dicho ente regulador.***

10. *De la revisión en inextenso de la Resolución Administrativa ASFI 605/2013 se evidencia claramente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero reconoce expresamente que nuestra institución desvirtúa muchos de los aspectos contenidos en dicha resolución, en tal sentido la citada autoridad debió proceder conforme a procedimiento y de acuerdo a sus mismos fundamentos, revocar parcialmente la resolución, pero en total desapego a la normativa administrativa ratifica en todas sus partes la resolución impugnada mediante recurso de revocatoria.*

MAS FUNDAMENTO APLICABLE AL CASO *- Finalmente el código de Comercio también aplicable a la Ley de Cooperativas, en su Art 383 establece lo siguiente:*

> *"Frente a la duda en la existencia de una causal de disolución se estará a favor de la SUBSISTENCA DE LA SOCIEDAD"*

<u>CONCLUSIONES</u>

En razón a todo lo manifestado con anterioridad, nuestra institución cooperativa efectúa las siguientes conclusiones:

1. *De acuerdo a los argumentos legales expuestos, se deja claramente establecido*

que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) ***no tiene tuición, facultades y competencia*** *sobre las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que* ***no hayan obtenido la Licencia de funcionamiento.***

2. *Que la Ley de Bancos y Entidades Financieras, y la Recopilación de Normas, solo es aplicable a las instituciones de intermediación financiera* ***que cuenten con licencia de funcionamiento.***
3. *Que la disolución o liquidación voluntaria de acuerdo a normativa que regula el sector cooperativo que no cuenta con licencia funcionamiento, solo pueden disolverse o revocarse su autorización legal de conformidad a lo establecido por los* ***Art. 71, 72*** *de la nueva* ***Ley General de Sociedades Cooperativas,*** *indicando que para ambos casos la institución legal para supervisar o proceder con éstas opciones, es el* ***AFCOOP*** *el mismo que cuenta con la tuición legal correspondiente, todo en concordancia con nuestro* ***Estatuto Orgánico del Art. 109 al 113.***

PETITORIO

Es en razón a lo expuesto, considerando los fundamentos técnicos y jurídicos expuestos, es que de conformidad a lo establecido por los artículos ***52 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2.003, REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA,*** *en concordancia con lo establecido por la* ***LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO No. 2341 de fecha 23 de abril del 2.002, planteamos RECURSO JERÁRQUICO,*** *en contra de el Informe de Inspección de Seguimiento con Corte al 30 de Junio de 2.012* ***ASFI / DSR IV / R- 120024/2012 DE FECHA 21/09/2012*** *y informe* (sic) *ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013,* ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 403/2013 DE FECHA 03 DE JULIO DE 2013 y RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA CONFIRMATORIA ASFI No. 605/2013 DE FECHA 16 DE SEPTIEMBRE DE 2013, solicitando la REVOCATORIA PARCIAL del PUNTO PRIMERO de la resolución confirmada y LA REVOCATORIA TOTAL de la RESOLUCIÓN 605/2013,*** *en tal sentido solicitamos a su Digna Autoridad Ad quem se pronuncie con relación a la presente impugnación…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Encontrándose la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.** dentro de los alcances del artículo 3° de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, referida a su incorporación

al ámbito de la supervisión de la intermediación financiera, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, instruye a la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.,** convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios para poner en su consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa y, además, suspender toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo modalidades distintas a Certificados de Aportación.

Por memorial presentado el 30 de julio de 2013, la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº 605/2013 de 16 de septiembre de 2013, que confirma la Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013.

Mediante memorial presentado en fecha 7 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 605/2013 de 16 de septiembre de 2013, mismo que se pasa a resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa que ampara la decisión del Ente Regulador.-

Compulsado el expediente, se tiene que, el presente proceso se inicia a consecuencia de la Inspección que se expresa en el informe120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, en el cual el Ente Regulador hace observaciones a la Cooperativa.

Las observaciones relevantes se detallan a continuación:

"…***Solvencia Patrimonial***

Al 31 de julio de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "La Trinidad" Ltda., presenta una crítica situación financiera, misma que se ve reflejada en los siguientes aspectos:

- ✓ *La Relación Pérdidas Acumuladas respecto del Capital Primario alcanza al 193.76%, causal de Intervención según lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*
- ✓ *No cumple con el Límite Legal de Solvencia Patrimonial mismo que es negativo y asciende a -7.16% (jul/2012), inferior al mínimo requerido según lo establecido en el Artículo 47, inciso a) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
- ✓ *La constante generación de Resultados Netos Negativos y principalmente la tendencia creciente de los Gastos Administrativos, afectan progresivamente sus Pérdidas Acumuladas y deterioran aún más la situación financiera y patrimonial de la Entidad, aspecto que expone un manejo deficiente de sus recursos e inversiones.*
- ✓ *Expone una elevada pesadez de Cartera de Créditos, misma que asciende a un 7.95% (dic/2011) y 8.32% (jul/2012), índices superiores al promedio de las cooperativas reguladas de 1.87% y 2.17% respectivamente.*

A la fecha de corte, la Entidad no ha reducido sus gastos administrativos y tampoco su estructura, ocasionando que incurra en gastos que no le generan beneficio alguno y no responden a la crítica situación financiera al presentar pérdidas acumuladas que superan el 50% de su capital primario,

"…Asimismo, se verificó que los gastos financieros en los que incurre la Cooperativa no guardan relación con las tasas promedio del mercado del sistema cooperativo regulado como se evidencia en los cuadros que se presentan a continuación…"

"…Al respecto, el 30.88% de Certificados de Aportación Remunerados (instrumentados como DPF como muestra el cuadro) permite evidenciar la omisión a instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DSR IV/ R-47067 / 2011 de 5 de mayo de 2011, relacionadas con el manejo prudencial y de austeridad en cuanto a tasas pasivas que debe manejar la Cooperativa considerando sus resultados acumulados negativos.

Es importante recalcar que el rango de tasas de interés observado se encuentra alejado del tarifario vigente por lo que se aprobaron operaciones en condiciones preferenciales que se alejan de la realidad económica de la entidad, ofertando tasas pasivas superiores al 10% que alcanzan incluso el 18.59%, porcentajes superiores al sistema cooperativo regulado, aminorando su spread financiero y por ende generando un resultado financiero bruto que no es suficiente para soportar sus gastos administrativos, distorsionando las tasas de mercado.

Por otro lado, se ha evidenciado que la entidad no ha implementado totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción, resultado del Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales cuyos plazos fenecieron durante la gestión 2010, como se observa en el siguiente cuadro:

"…Incumplimiento a instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Los consejos de Administración, Vigilancia y Ejecutivos han incumplido sus responsabilidades señaladas en su estatuto al no haber observado el cumplimiento de las disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las cuales entre otras se describen en el siguiente cuadro:

DOCUMENTO	FECHA DE EMISIÓN	OMISIÓN DE INSTRUCCIONES DE ASFI
Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-42393/2010	26/03/2012	Reducción de los elevados Gastos Administrativos.
		Prohibición de otorgar créditos que exceden los límites legales.
		Prohibición de realizar actividades de compra de terrenos.
		Ajustes determinados en Inspección (se revirtieron los ajustes realizados).
Carta ASFI/DSR IV/R-47067/2011	05/05/2011	Suspender la promoción del producto DPF ACCIÓN.
Carta ASFI/DSR IV/R-62609/2012	23/05/2012	Difusión publicitaria.
Carta ASFI/DSR IV/R-91783/2012	28/07/2012	Se reitera la anterior instrucción.
Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-76228/2012	22/06/2012	Reversión de operaciones con las Cooperativas Piraí y CREDICOOP.

- *Se constituyeron Certificados de Aportación Voluntarios, a través del descuento de un porcentaje del monto desembolsado, incrementando el patrimonio de la*

Cooperativa vía créditos, contraviniendo lo establecido en el inciso 2) del Artículo 54 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), operativa que debe suspenderse.

- *La captación de depósitos de dinero en calidad de Cajas de Ahorro, Certificado de Depósito a Plazo, la emisión de Tarjetas de Débito y la Administración de Cartera de terceros, no son operaciones permitidas para Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias en proceso de adecuación, como lo establece en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 6, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en concordancia a lo señalado en el Artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
- *La Cooperativa emite material publicitario promoviendo operaciones no permitidas (Depósitos a Plazo Fijo y Caja de Ahorro), transgrediendo lo establecido en el Artículo 7 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) e instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión en notas recurrentes, en las que se conmina al cese de cualquier tipo de publicidad que contravenga la normativa vigente, haciendo la entidad caso omiso a disposiciones de esta Autoridad.*
- *Se ha procedido a la devolución de Certificados de Aportación Obligatorios, en contraposición al Artículo 73 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que prohíbe su redención cuando existen pérdidas acumuladas o deficiencias en la constitución de previsiones, debiendo establecer las responsabilidades solidarias y mancomunadas de quienes han autorizado las cancelaciones, ya que se ha provocado daño económico a la Cooperativa.*
  La devolución incluye Certificados de Aportación Obligatorios a ex consejeros y ejecutivos de la entidad como se expone en el siguiente cuadro:

Nombre	Cancelados		Nuevos		Diferencia	%
	N° CAO	Monto Bs	N° CAO	Monto Bs		
GUTIERREZ ROCA JOAQUIN PEDRO PABLO	36,026	889,560	16,546	165,460	724,100	18.60%
HORNEZ FERNANDEZ ERICK ALEJANDRO	8,912	985,960	569	5,690	980,270	0.58%
LOPEZ JUSTINIANO MARCOS SERGIO	3	24,000			24,000	0.00%
ROCA URIOSTE JORGE IVAN	4,102	928,264	20,270	202,700	725,564	21.84%
TOTAL		**2,827,784**		**373,850**	**2,453,934**	**13.22%**

…"Transparencia de la Información

- *Se ha verificado el uso de "fecha valor" en los registros contables. Al respecto, dichos registros constituyen una mala práctica e incumplen lo establecido en el numeral 14, punto I, Título I Disposiciones Generales del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *Se observa la existencia de Certificados de Aportación Remunerados en las Cooperativas de Ahorro y Crédito Piraí Ltda. y Credicoop Santa Cruz Ltda., documentos que no se encuentran contabilizados en el Balance General, que han sido revertidos contablemente o que se exponen en Cuentas de Registro (Cuentas de Orden), que continúan en poder de la Cooperativa, los cuales han sido objeto de cambios y transacciones, a pesar de estar observados en el Informe de*

Inspección ASFI/DSR IV/R-76228/2012 de 22 de junio de 2012.

La Cooperativa al encontrarse incluida en el proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) no puede realizar operaciones prohibidas por el precitado cuerpo normativo, por lo que se consideró prudente la realización de los siguientes ajustes:

- *En la cuenta analítica 143.99.2.29 "Otras Cuentas por Cobrar", se exponen* ***Bs13.079.507*** *producto de compra de bienes realizables (terrenos) para su posterior venta, provenientes de la gestión 2009, operación no permitida para Entidades de Intermediación Financiera. Originalmente estos bienes se encontraban contabilizados en el grupo 150 "Bienes Realizables", los cuales han sido cedidos a empresas para su comercialización, sin embargo, el derecho propietario continúa a favor de la Cooperativa, en este sentido, se debe reclasificar el importe al grupo 150 constituyendo la previsión del 100% en aplicación al Artículo 57 Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el Manual de cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *La entidad otorga anticipos (registrados en Cuentas por Cobrar) para la construcción de inmuebles para su posterior venta, incumpliendo lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras que prohíbe la adquisición o construcción de bienes para su venta. Al efectuar estas transacciones, la entidad deteriora aún más su situación financiera, además de incumplir con lo descrito en el Artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por tener las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias objeto único. Asimismo, la Cooperativa, al haber ingresado a un proceso de adecuación que va enfocado a la aplicación plena de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, debe dejar de lado las operaciones permitidas por el artículo 8 del Decreto Supremo 25703.*

  Se observa la existencia de un bien inmueble a nombre de la Cooperativa La Trinidad Ltda. con folio real N°7014010004121 con una superficie de 8.5250 Hectáreas, el cual no se encuentra contabilizado, ni expuesto en los estados financieros de la entidad.
- *En el Informe de Inspección ASFI DSR IV/R-76228/2012 de 22 de junio de 2012, se observa la venta de Bienes Realizables a las Cooperativas Credicoop y Piraí con la aceptación de Certificados de Aportación Remunerados y Certificados de Depósito a Plazo Fijo respectivamente, afirmando que: "…Estas transacciones incumplen la descripción del Grupo 160 "Inversiones Permanentes" del Manual de cuentas para Bancos y Entidades Financieras, mismo que establece que "las inversiones en depósitos o valores emitidos por entidades financieras que no respondan a la definición de "entidades de intermediación financiera ", o inversiones en valores representativos de deuda que no estén inscritos en el "Registro del Mercado de Valores" deben contabilizarse como un préstamo en el grupo "130.00 - Cartera" y sujetarse a todas las regulaciones de ese grupo", conforme lo establecido en el Título I, Artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que señala: "Todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera,*

asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

En consecuencia y considerando que el Libro 3°, Título II, Capítulo I, Anexo I, Sección 1, Artículo 3, Numeral 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que establece que toda operación de crédito debe estar documentada mediante un contrato y al evidenciarse la ausencia de una evaluación económica que demuestre la capacidad de pago de las citadas entidades, la Cooperativa deberá previsionar estas operaciones en un 100%"…"

Asimismo, se observan las siguientes operaciones:

- ✓ *Mediante comprobante contable 6369 de 11 de mayo de 2012 se procede al registro de Certificados de Aportación Remunerados por un valor de $us1.100.000, este registro se lo realiza contra Otras Cuentas por Pagar.*
- ✓ *El 14 de mayo de 2012 con la cuenta por pagar generada, mediante comprobantes contables 6456, 6466 y 6467 se procede a dar de baja dos créditos (Sr. Walter Estensoro por $us57.000 y Sr. Mario Callejas por $us5.000) y se procede a registrar un Ingreso Diferido por la diferencia.*
- ✓ *El 26 de junio de 2012 según comprobantes contables 8602 y 8605 se procede a revertir la operación con los Certificados de Aportación Remunerados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Piraí Ltda., sin embargo, los citados certificados quedaron en poder de la Cooperativa, realizándose operaciones económicas con ellas.*
- ✓ *La baja del crédito del Sr. Walter Estensoro por $us57.000 se realiza con la condonación de intereses por $us23.299. En fecha 26 de junio de 2012 vuelve la operación a cartera de créditos, dicha transacción no se encuentra registrada en el Módulo de Cartera, siendo que en el extracto de pagos no se evidencia la misma, exponiendo incoherencias, falta de integridad de la información entre los respaldos contables y los datos obtenidos de ésta operación a través del módulo, situación que permite ratificar la manipulación y alteración de los datos registrados en el sistema como se muestra en el cuadro que se presenta a continuación:*

Fecha Corte	Nro. Operación	Nombre	Desembolso ($us)	Fecha Operación	Tipo Crédito	Saldo ($us)	Estado
31/05/2012	10014970	ESTENSORO CALLAU WALTER	72,000	03/03/2009	H0	15,082	EJECUCION
31/07/2012	10014970	ESTENSORO CALLAU WALTER	72,000	03/03/2009	H0	38,751	EJECUCION

La reposición de la deuda crediticia del Sr. Mario Callejas no se realiza con el alta en cartera, si no en Otras Cuentas por Cobrar, importe que permanece expuesto a la fecha de inspección.

- ✓ *El 22 y 27 de agosto de 2012, mediante comprobantes contables 11583 y 11819 se recepcionan los cheques del Banco Económico N°1001 y 1002 (cada uno de Bs696.000) contra entrega de los Certificados de Aportación Remunerados de Piraí Ltda. N°18-543 y 18-548. Este ingreso de efectivo ha sido registrado por concepto de Venta de Bienes Realizables. En este sentido, se evidencia la propiedad del terreno*

"La Trinidad" Ltda. con folio real N°7014010004121 (superficie de 8.5250 Hectáreas), el mismo no se encuentra contabilizado por cuanto no se expone en los estados financieros de la entidad.

- ✓ *A la fecha quedan en poder de la Cooperativa siete Certificados de Aportación Remunerados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Piraí Ltda. por un valor de $us700.000 no contabilizados en sus Estados Financieros.*

  En este sentido, la entidad no expone transparentemente las transacciones ni las incluye en sus estados financieros el registro todos sus activos con las correspondientes previsiones, por lo que su información no es confiable, oportuna e integra.

Prácticas de gestión alejadas de sanas prácticas prudenciales

- ➢ *Se han realizado operaciones con empresas constructoras relacionadas entre sí, en las cuales se observan movimientos poco transparentes entre cuentas y en condiciones preferenciales; los créditos fueron utilizados para la cancelación de créditos en mora (propios y de terceras personas) sin el análisis y justificación correspondiente. Esta operativa evidencia malas prácticas e incumplimiento a normativa vigente.**

  En visita efectuada a las oficinas de las empresas, se verificó que las mismas no están operando (no se pudo verificar la fuente generadora de ingresos), por lo que deben ser previsionadas en un 100%, no pudiendo ser castigadas.

  **Adicionalmente, la Cooperativa no puede otorgar créditos a empresas de lucro, por incumplir el Inc. a del Artículo 66 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, vigente al cierre de inspección…"*

En este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, misma que determinó, en su parte resolutiva, que la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD " LTDA.,** convoque a una Asamblea Extraordinaria de Socios y ponga en consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa y a su vez suspenda toda captación de recursos de sus socios y proceda a la devolución ordenada de aportes, esto en razón a que, la recurrente, no habría cumplido con las observaciones realizadas en la inspección plasmada en el Informe de Inspección de Seguimiento ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, sustento de dicha resolución, así como con el informe ASFI/DSR/IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013.

De la revisión de la Resolución Administrativa, se tiene que, el Ente Regulador se ha pronunciado en sentido de que la causa o motivo para solicitar la disolución voluntaria de la cooperativa, y la decisión de suspender la captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada, se encontraría en el hecho de que la Cooperativa, desde el inicio del proceso de adecuación, habría demostrado una inviabilidad financiera, así como no habría cumplido con un sin número de observaciones realizadas por el Ente Regulador en el informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, cuyo seguimiento se estableció en el informe ASFI/DSR/IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013.

Nótese en este punto que, el requisito de situación Financiera Patrimonial y de Gobierno de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, conforme manda el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, son para aquellas que no iniciaron su proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010.

Sin embargo, la misma, no aplica al caso de autos en razón a que la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA**. presentó su solicitud antes de la emisión del mencionado reglamento, encontrándose, a la fecha, en la denominada fase tres de la primera etapa, por lo que se debe aplicar dicho reglamento, precisamente, en lo referido a la primera etapa fase tres y no así a la que corresponde a la etapa uno de la fase uno.

Por lo que, corresponde remitir el trámite al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado a través de Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, que en su parte pertinente, señala:

> "…***Artículo 1 (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y crédito societarias)*** *La CAC Societarias que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación, deben cumplir con las siguientes fases:*
>
> *1)* ***Fase I*** *Diagnóstico de Requisitos*
> *2)* ***Fase II*** *Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales***.**
> *3)* ***Fase III*** *Evaluación del plan de Acción y emisión del certificado de adecuación previa visita de inspección y evaluación técnica legal ASFI…*
>
> ***Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales).*** *La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:*
>
> ***1)*** *Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.*
>
> ***2)*** *Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.*
>
> ***3)*** *Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.*
>
> *El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.*
>
> *Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.*

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, ***debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales****.*

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal…"

De lo transcrito, son posibles las siguientes conclusiones:

- Conforme se tiene de la norma transcrita, correspondía a la Autoridad Reguladora establecer un plazo definitivo para la corrección de todas las observaciones a fin de poder evaluar su cumplimiento, sin embargo de ello, no se tiene constancia de que la Autoridad hubiera otorgado algún plazo para que la recurrente incluya la reformulación del plan de acción de Requisitos Operativos y Documentales.

- Si bien, la Autoridad Reguladora realizó una nueva inspección en el mes de abril de 2013, cuyo informe sustenta la Resolución ASFI Nº 403/2013, en la misma estableció que la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA**. no contaba con toda la documentación contable que le permita efectuar una evaluación adecuada de la situación financiera y que le permita verificar si se realizaron los registros contables instruidos en la gestión 2012, sin embargo, no existe un pronunciamiento en sentido de establecer si la falta de tales documentos era una situación que se podía subsanar o, por el contrario, era insubsanable, toda vez que la recurrente, mediante memorial de 16 de diciembre de 2013, ha presentado a esta Autoridad Jerárquica, el legajo de los Estados Financieros a octubre de 2013, señalando que habría dado cumplimiento a todos los ajustes dispuestos por la Autoridad, por lo que dicha documentación contable debe ser evaluada por la Autoridad Reguladora a fin de establecer si con ello se superaron las observaciones y la crítica situación financiera o, por el contrario, estaría en una situación que no le permitiría continuar con sus actividades.

Por lo expuesto, se puede concluir que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con la normativa aplicable al caso de autos, viciando el proceso de anulabilidad, correspondiendo que la misma reconduzca el procedimiento, en estricto apego al debido proceso administrativo, considerando la realización de una nueva inspección, y la otorgación de un plazo prudencial para que -la ahora recurrente- pueda subsanar las observaciones.

Es importante también que el Ente Regulador, a momento de adoptar su decisión, señale bajo qué norma se ampararía para instruir poner a consideración de los socios la disolución voluntaria de la Cooperativa, esto en razón a lo referido por el recurrente en su Recurso Jerárquico, cuando señala que "*al no ser aplicable para nuestra institución la Ley de Bancos*

y Entidades Financieras y al no haberse abrogado la normativa que regula nuestro accionar jurídico, vale decir, la Ley General de Sociedades Cooperativas y sus Decretos Reglamentarios, por la nueva Ley, se debe indicar que el Art. 71 y 72 de la precitada nueva Ley de Cooperativas establece en su "ARTICULO 71. (DISOLUCIÓN). Son causales de disolución las siguientes: 1. Por voluntad de las dos terceras partes de sus asociadas y asociados, expresada en Asamblea General Extraordinaria. 8. Por incumplimiento de los principios y valores del cooperativismo ***a ser determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP. Todos los casos del presente artículo estarán sujetos al decreto supremo reglamentario de la presente ley*** *y su "ARTICULO 72. (LIQUIDACION) I. En los casos expresados en el artículo precedente, se procederá a la liquidación de la cooperativa. Para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, deberá organizar la Comisión Liquidadora que estará integrada por un representante de la citada entidad y un representante nombrado por la Asamblea General Extraordinaria. 11. La liquidación se efectuará de acuerdo a esta ley, su decreto supremo reglamentario y el estatuto orgánico, así como la legislación aplicable en los diferentes sectores regulados." Que, los Art. 71 y 72 del mismo cuerpo legal, establecen claramente que la* ***Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP es la institución encargada de revocar la autorización legal para que funcione una sociedad cooperativa.*** *Que, nuestro Estatuto Orgánico en su Art. 109, ratificando lo expuesto con anterioridad, establece claramente que la cooperativa se disolverá por determinación expresa de la Asamblea General Extraordinaria de socios y por lo establecido por los artículos correspondientes de la Ley General de Sociedades Cooperativas, ordenada la liquidación por el Consejo Nacional de Cooperativas ahora la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, actualmente a la espera del decreto reglamentario correspondiente para la adecuación respectiva, en tal sentido se deja claramente establecido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero* ***no tiene competencia <u>para determinar la disolución de una entidad que no cuente con licencia de funcionamiento</u>****…"*

Si bien la Autoridad Reguladora señaló que sí tiene Competencia sobre las Cooperativas en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 (Artículo 3 del Texto Ordenado de la Ley de Bancos), cuando en su Resolución Confirmatoria menciona que:

> *"…las cooperativas de ahorro y crédito societarias quedaban incorporadas al ámbito de supervisión de este Órganos Fiscalizador, lo que implica que ASFI asumió la atribución de fiscalizar a estas entidades en sustitución de la Dirección General de Cooperativas…".*

Así también, menciona que:

> *"…El mismo artículo 3 de la Ley N° 3892, establece también que la modalidad de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias será reglamentada por la propia Autoridad de Supervisión. Es así que a los efectos de constituirse en entidades de intermediación financiera, autorizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las cooperativas de ahorro y crédito societarias deberán cumplir con el proceso de adecuación al ámbito de regulación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de acuerdo al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado mediante Resolución*

ASFI SB N° 0198/2008 de 14 de octubre de 2008 y sus posteriores modificaciones y actualizaciones.

Es así que este Órgano Regulador cuenta con atribuciones plenas para fiscalizar a las cooperativas de ahorro y crédito societarias, tal y como la misma entidad recurrente sostiene en el mismo memorial recursivo cuando expresa en la página 4: "… contamos con una doble legislación, por el sujeto nos regula la Ley General de Sociedades Cooperativas y su normas conexas y por el objeto en cuanto a la actividad financiera nos encontramos regulados actualmente por la Ley 1488 con sus modificaciones y reglamentos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero."

Finalmente no debe omitirse el artículo 332, parágrafo I. de la Constitución Política del Estado dispone: "Las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras"…"

Sin embargo de ello, ninguna de las normas, citadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hace referencia a la competencia que tendría ésta para disponer la disolución de la Cooperativa.

Si bien el Reglamento para la Constitución Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas, en su artículo 6, Inc. 4, señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero puede convocar a una Asamblea Extraordinaria, cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica y financiera de la Cooperativa, lo misma no hace referencia a que la Autoridad pueda disponer la disolución de la Cooperativa, por lo que a momento de tomar una determinación y en sujeción al debido proceso, deberá fundamentar legalmente la atribución que le asistiría para tomar una determinación en ese sentido.

2.2. Respecto a nuevos incumplimientos de la COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA. .-

La Autoridad Reguladora, en el Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, producto de la nueva inspección realizada, determina nuevos incumplimientos, los cuales señalamos:

- Concesión de nuevas operaciones crediticias.
- Devolución de aportes con intereses pactados que oscilan entre el 2% y 3,5%.
- Utilización de fecha valor de manera discriminada.
- Inexistencia de controles internos efectivos.
- Concesión de créditos a ejecutivos y personas vinculadas a éstos.
- Devolución de Certificados de Aportación Obligatorios en contraposición a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Nótese en este punto que los citados incumplimientos, establecidos en el informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, fueron a las instrucciones impartidas mediante el informe ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de 21 de septiembre de 2012, hecho que ha dado lugar a que se vulnere el debido proceso ya que las instrucciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, así como los plazos pertinentes, debieron estar contenidas en un acto

administrativo y no en un informe, hecho que ha dado lugar a que la recurrente considere que estaba a tiempo de subsanar las observaciones.

La recurrente no niega la comisión de las operaciones observadas sino que simplemente se limita a justificarlas, en el entendido, precisamente, de que se encontraba dentro del plazo para ello, argumentando que, en el caso de nuevos créditos, se dieron en la agencia de Sucre en la cual no se realizó ninguna Asamblea respecto a considerar las instrucciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y que los montos son insignificantes, además, que la concesión de créditos a personas vinculadas contaban con garantías superiores al crédito y que los mismos ya fueron cancelados.

En este sentido, el Ente Regulador deberá determinar si las operaciones observadas fueron susbsanadas dentro de los plazos previstos por la circular ASFI/DEJ/2070/2013 de fecha 16 de abril de 2013.

En relación al Control Interno, manifiestan que la empresa QUIMEL fue contratada para ayudar a regularizar los registros contables y que se realizaron varios ajustes cuyo resultado se expone en los Estados Financieros presentados al 31 de mayo de 2013 (Anexo 3 al Recurso Jerárquico) y con mayor énfasis en los Estados Financieros a Octubre 2013, los mismos que fueron presentados en diciembre de 2013 a ésta Autoridad Jerárquica (éstos últimos no son de conocimiento de la Autoridad Reguladora), por lo que conviene que la Autoridad Reguladora considere la misma a fin de poder validar las aseveraciones de la recurrente.

2.3. Notificación del informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013.-

La recurrente, señala que el Informe ASFI/DSR IV/R-61551/2013 de 29 de abril de 2013, no habría sido de su conocimiento, hecho que habría generado que se vulnere el debido proceso y habría dado lugar a su indefensión e inseguridad jurídica.

Respecto al mencionado informe, se tiene que, ni la Ley del Procedimiento Administrativo ni sus Decretos Supremos Reglamentarios, establecen que los informes jurídicos y técnicos que sustentan una resolución deban ser notificados, en razón a que éstos no son actos administrativos ni pueden ser objeto de impugnación, toda vez que lo impugnable es la decisión de la Administración Pública, decisión que, para el caso, se encuentra plasmada en la Resolución Administrativa ASFI Nº 403/2013 de 3 de julio de 2013, misma que sí fue de conocimiento del recurrente y fue objeto de impugnación, por lo que no existe ninguna vulneración al derecho del debido proceso del recurrente.

Sin embargo de ello, no se debe confundir con la obligación que tenía la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de notificar a la recurrente con el informe de inspección ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, que determinó las observaciones a subsanar por parte de la Cooperativa, pues ello correspondía en cumplimiento de lo establecido en el artículo 4º, Sección 2, del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas.

El hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiera notificado a la **COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA**. con el Informe/ASFI/DSR IV/R-120024/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, recién el 26 de diciembre de 2013, claramente evidencia que la recurrente no pudo realizar ninguna acción correctiva a las

observaciones realizadas por la ASFI dentro de la gestión 2012, al contar con muy poco plazo para el cierre de dicha gestión, por lo que la Autoridad deberá realizar una nueva inspección de seguimiento, determinando un plazo perentorio para la implementación de las correcciones a las observaciones, en cumplimiento, también, a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4º, Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas, que señala:

> "*Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario* ***en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales."*** (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

CONSIDERANDO:

Que, del análisis ut supra se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, una vez cumplido a cabalidad el debido proceso, deberá pronunciarse técnica y legalmente y adoptar una decisión conforme manda la norma, desarrollándola cual en derecho hubiera correspondido.

Que, por lo señalado, dentro de la competencia de esta instancia jerárquica, respecto al control de legalidad del proceso administrativo seguido, detecta quela Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha cumplido con el principio del debido proceso y con la fundamentación que debe hacer al caso.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del acto administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los recurrentes; en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N°403/2013 de 3 de julio de 2013, **inclusive,** debiendo en consecuencia,

dictarse nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 012/2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2014

La Paz, 26 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de fecha 17 de diciembre de 2013, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la circular APS/DS/169/2013 de fecha 20 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 006/2014 de fecha 10 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 015/2014 de fecha 27 de enero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 31 de diciembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, representada legalmente por su Gerente Regional, Sr. René Darío Mostajo Otasevic, en mérito al Testimonio de Poder Nº 325/2012 otorgado en fecha 25 de abril de 2012, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 111 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estensoro, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de fecha 17 de diciembre de 2013, que

declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Circular APS/DS/169/2013 de fecha 20 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/EXT/DS/1/2014, con fecha de recepción 06 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de fecha 17 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de enero de 2014, notificado en fecha 15 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de fecha 17 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. CIRCULAR APS/DS/169/2013 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, estableció lo siguiente:

> "…*Como es de su conocimiento la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 210/2013 de fecha 15 de marzo de 2013, ratificada mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2013 de 10 de septiembre de 2013, determinó modificar el parágrafo tercero del artículo 3 (Coberturas inferiores a un año) del Reglamento de Desgravamen Hipotecario aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 381 de 9 de diciembre de 1999 disponiendo que a partir del 1º de mayo de 2013:*
>
> > "…*las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida, deberán constituir Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido.*"
>
> *En este sentido, considerando que esta Reserva forma parte de los Recursos de Inversión Requeridos y con el propósito de verificar la integridad en la constitución de esta y así respaldar la correcta aplicación de la norma, evitando distorsiones en la forma de cálculo, se aclara que el procedimiento de cálculo de la reserva de siniestros ocurridos y no reportados del ramo de desgravamen hipotecario para póliza con cobertura mensual y vigencia vencida se efectúa de la siguiente manera:*
>
> ***Ramo de Desgravamen Hipotecario***
> ***Cobertura Mensual con Vigencia Vencida***
>
> *(+) Producción Directa Neta de Anulaciones del mes de reporte*
> *(+) Producción Aceptada en Reaseguro del mes de reporte*

(-) Producción Cedida a Reaseguro del mes de reporte

_____

(=) Reserva de Siniestros Ocurridos y no reportados (Producción Neta Retenida)

Dicha forma de cálculo será verificada mensualmente por esta autoridad de fiscalización (sic), *debiendo dar estricto cumplimiento a la misma…*"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 11 de diciembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, argumentando lo siguiente:

"…***III. INCONSISTENCIAS TÉCNICAS***

La Circular que hoy impugnamos, tiene como precedente las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 210-2013 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013, mismas que en su parte considerativa no adoptaron seguir con el debido proceso administrativo previo a la determinación de una modificación de ésta naturaleza; pero más aun (sic) *para determinar un cambio al parágrafo tercero del artículo 3 (Coberturas inferiores a un año), se requería un análisis técnico pormenorizado y debidamente sustentado antes de elevar del 20% actualmente determinado al 100%, es decir, quintuplicar el monto de una reserva de ésta naturaleza.*

La Circular y todos los elementos administrativos anteriores a ella, se han ocupado de establecer reservas técnicas en los seguros de desgravamen hipotecario con la finalidad de hacer frente a las obligaciones contraídas por las entidades aseguradoras a través de los contratos de seguros, que en el caso específico de las pólizas de desgravamen hipotecario con cobertura mensual y vigencia vencida que están siendo comercializadas por las compañías de seguros de personas "se observa una ausencia total de reservas que respalden la obligación contraída debido a que el pago de la correspondiente prima se produce vencido el mes de cobertura", según la APS.

En otro (sic) *parte de la Circular, establece lo siguiente:*

> "…*las entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida, deberán constituir Reserva para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por cientos (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido*".

NACIONAL VIDA S.A. considera que la constitución de reservas para Siniestros Ocurridos y No Reportados (IBNR) perfectamente se puede regular e implantar por parte de la APS, NO DESCONOCEMOS SU CAPACIDAD DE EMITIR NORMAS PARA EL SECTOR, pero sí en cambio hemos observado que la determinación establecida en el Circular ha transgredido principios básicos del Derecho Administrativo que en este caso se han pasado por alto y es por ello que en tiempo hábil y oportuno presentamos éste Recurso

debido a que es esa disposición afecta a nuestra empresa aseguradora y al propio mercado de seguros, pues en cualquier norma de contenido regulador y modulador del mercado una autoridad reguladora (en este caso la Autoridad de Pensiones y Seguros o APS) debe necesariamente considerar criterios técnicos de validez general y las mejores prácticas en la materia.

Asimismo debe incorporar fundamentos técnicos que permitan ser la base de criterios legales y que puedan ser aplicados con principios que sustenten una determinación de ésta naturaleza; por lo que la ***base técnica*** *es fundamental para la adopción de cualquier determinación final de la administración, más aun si se pretende incorporar nuevos parámetros para la constitución de reservas sobre siniestros ocurridos y no reportados que afectan a las compañías aseguradoras que tiene un ejercicio fiscal anual y que planifican su presupuesto en función de normas que deben otorgar un marco de certidumbre al mercado de seguros.*

Sin el respaldo técnico sólido y necesario para que todos los regulados puedan cumplir de manera idónea las disposiciones administrativas de una entidad reguladora como lo es la APS sólo se genera incertidumbre en el mercado de seguros, inseguridad jurídica y desapego a los principios universales que sustentan el mercado asegurador, pero es más negativo aun que (sic) *sin un criterio técnico que respalde las acciones de la autoridad sus decisiones recaen dentro de la ARBITRARIEDAD y por tanto se aparta de los preceptos jurídicos administrativos cuyo principio fundamental es el DEBIDO PROCESO, mismo que tienen su respaldo constitucional en el art. 115, numeral II de la Constitución Política vigente.*

Otra norma que no se ha considerado apropiadamente antes de realizar la arbitraria modificación, es la que se tiene en el artículo 14 del D.S. N° 25201 de 16 de octubre de 1998 que establece:

> *"... las clases de Reservas para Siniestros Pendientes, entre las que se encuentra la Reserva para Siniestros Ocurridos y no reportados, que constituyen una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo de la reserva han ocurrido y no han sido denunciados a la Entidad Aseguradora"*

Claramente lo establece ya el Decreto Reglamentario de la Ley de Seguros N° 25201, <u>que la reserva para Siniestros Ocurridos y No Reportados se calcula sobre la estimación de siniestros que a la fecha de cálculo de la reserva han ocurrido y no han sido reportados</u>.

De lo mencionado, se puede evidenciar que lo establecido en la Circular, no cuenta con un sustento metodológico y técnico adecuado sobre la base de la estimación de los siniestros ocurridos, por lo que la determinación del ente regulador ha vulnerado el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativos en sus incisos d), e).

Otro elemento que es notario (sic) *tiene relación con la confusión en la que ingresa la Autoridad Regulatoria* (sic)*, pues confunde la Reserva de Riesgo en Curso, que como su nombre lo indica es una provisión para* ***RIESGO EN CURSO,*** *y no así para* ***SINIESTROS, siendo que éste es el que debió emplearse para el análisis de*** (sic) ***caso específico.***

Desde el punto de vista técnico existen dos (2) grandes grupos de Reservas, uno es el de RIESGO/PRIMAS y el otro es el de SINIESTROS. Ambos son complementarios pero no sustitutivos, debiendo el ente regulador establecer si éstos conceptos han sido

debidamente analizados y considerados para la determinación que establece la Circular.

Sobre lo mencionado es importante hacer una diferencia técnica entre Riesgo y Siniestro, siendo que el ***Riesgo:*** *Es el hecho que de producirse puede originar una pérdida económica y el* ***Siniestro:*** *Es la materialización del riesgo, es decir, la OCURRENCIA DEL EVENTO y DONDE YA SE PRODUCE UNA PERDIDA.*

Como quiera que ambos se producen en tiempos diferentes las RESERVAS son diferentes de los SINIESTROS, tal como de manera uniforme lo reconoce la doctrina en ésta materia.

Si no se consideran éstas grandes diferencias en la elaboración de este tipo de determinaciones que afectan a los estados financieros de una empresa aseguradora, podemos establecer que es IMPRESCINDIBLE LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS MATEMÁTICOS ACTUARIALES PARA QUE UN TERCERO IMPARCIAL DETERMINE SI LAS RESERVAS EFECTIVAMENTE DEBEN SER CONSTITUIDAS SOBRE EL CIEN POR CIENTO, O SOBRE UN PORCENTAJE RACIONALMENTE CONSIDERADO, CASO CONTRARIO, LA ARBITRARIEDAD DE LA AUTORIDAD ESTARÍA SIENDO LA ÚNICA BASE PARA LA DETERMINACIÓN DE INCREMENTO DE RESERVAS Y ESO OCURRE PRECISAMENTE CON LA ARBITRARIA CIRCULAR.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS

La Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 determina claramente cuáles son los elementos básicos de un Acto Administrativo definitivo (Circular, Resolución), siendo que todos los actos de la administración pública deben aplicar las normas de la Ley N° 2341 sin excusa alguna, de forma tal, que un Acto Definitivo cuente con el respaldo técnico y legal que sustentará sus determinaciones.

La Ley antes citada establece en su ***artículo 28*** *los* ***Elementos Esenciales del Acto Administrativo,*** *en el presente caso la APS no ha dado cumplimiento a los siguientes incisos que pasamos a demostrar:*

Inciso b) CAUSA.- *El sustento de los hechos y antecedentes que deben servir de causa a la decisión administrativa no cuentan con el debido respaldo técnico necesario para determinar la constitución de reserva "...para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido", más aun si no se cuentan con "****informes técnicos"*** *que reflejen los estudios matemáticos actuariales que respalden ésta modificación a la disposición normativa vigente sin una metodología adecuada.*

Se conoce que dentro de los procedimientos de la APS se han realizado estudios técnicos de empresas de reconocido nivel internacional, con lo cual se ha sustentando (sic) *técnicamente la necesidad y los parámetros necesarios para enfrentar cambios en la normativa, sin estos, solo se tiene la ARBITRARIEDAD DE PARTE DEL ENTE REGULADOR.*

El DS 27175, refiere en el artículo 17 del Capítulo III La Resolución Administrativa que:

"inciso d) Los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y respaldan..."

Al mencionar ésta (sic) *artículo y el respectivo inciso nos referimos a la inexistencia de un informe técnico el cual sea la base "técnica" que sustente la consideración matemática - actuarial que determine el 100% de Reserva, extremo establecido en la Circular, porque de no existir un informe técnico la APS habría procedido a través de la*

ARBITRARIEDAD a regular, situación que violenta el DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, o de no haber sido dada a conocer a los regulados el "estudio", no sólo vulneraba el debido proceso, sino, además transgredía el DERECHO A LA DEFENSA.

NACIONAL VIDA S.A. con la intención de seguir disposiciones elaboradas dentro del marco jurídico completo, además hace notar que la APS también ha transgredido la jerarquía normativa, toda vez que la forma de cálculo está señalada en el artículo 14 del D.S. N° 25201 que Reglamenta la Ley de Seguros, debiendo toda norma inferior seguir los parámetros establecidos en el DS citado, por lo que al modificar el concepto de cálculo mediante una Resolución y en éste caso la Circular APS/DS 169-2013 una modificación del 100% en las reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados, ha atentado al DEBIDO PROCESO, por lo que la APS tampoco está cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley N° 1883 que a la letra dice:

> *"FUNCIONES y OBJETIVOS.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:*
>
> *a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro." (Las negrillas son nuestras).*

Por lo expuesto, no existe base técnica cierta que sustente lo establecido en la Circular APS/DS 169-2013 de fecha 20 de noviembre de 2013, por lo que se han vulnerado los artículos 115 numeral II de la Constitución Política del Estado: "El Estado Garantiza el derecho al debido proceso...", El Título II Acto Administrativo, Elementos del Acto Administrativo, inciso e) Razonabilidad "Los servidores públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y la norma jurídica aplicable al caso y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico.", y se han vulnerado así mismo la Ley N° 2341 y el DS que se ha citado, siendo éstas normas superiores a una Resolución Administrativa y por cierto a una Circular.

Sobre lo expuesto, solicitamos a la APS realizar un <u>Análisis de Mercado</u> a fin de determinar en un estudio la base para una siniestralidad histórica del producto en el sector y determine recién entonces el mejor método y porcentaje racional de la siniestralidad que debe ser constituida como RESERVA.

De ésta forma los criterios y sustentos técnicos que emplee la APS podrán ser respaldados de acuerdo a los principios que rigen la materia y no así emitir normas sin fundamentación que recaen en la ARBITRARIEDAD.

V. PETITORIO.

Por todos los argumentos Técnicos y Legales expuestos en el presente Recurso de Revocatoria, NACIONAL VIDA S.A., solicita:

a) REVOCAR totalmente la Circular APS/DS 169-2013 de fecha 20 de noviembre de 2013, por no contar con los fundamentos técnicos, matemático-actuariales expresos y necesarios que la respalden y por falta de cumplimiento legal de toda la normativa establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo descrita en el presente Recurso,

que difiere en la violación al DEBIDO PROCESO establecido en la Constitución Política del Estado y las Sentencias Constitucionales vigentes que reconocen la Jerarquía Normativa.

b) En virtud a lo expuesto pedimos también, amparados en el Artículo 40 del D.S. 27175 del 15 de septiembre de 2003, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa, reservándose NACIONAL VIDA S.A acudir a la vía jerárquica en caso de no ser atendidos estos pedidos que forman parte del debido proceso administrativo.

c) Así mismo nos reservamos el derecho de acudir a la jurisdicción Constitucional en caso de no proceder de acuerdo a la jerarquía normativa que establece la Constitución…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de 17 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** contra la Circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, con base en los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en resumen, los argumentos de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *consisten en que la Circular APS/DS/Nº 169-2013 de 20 de noviembre de 2013 carece de sustento técnico, carece de un informe matemático actuarial que determine la razonabilidad del incremento del porcentaje del 20% al 100%.*

Que esta actitud de la APS vulnera el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, vulnera el principio de jerarquía normativa y constituye un acto arbitrario, y que más bien, el ente fiscalizador debería llevar a cabo un análisis de mercado para determinar los criterios de incremento de porcentajes.

CONSIDERANDO:

Que respecto del Recurso de Revocatoria, es menester efectuar un análisis retrospectivo en relación a su naturaleza y condiciones de procedencia. Veamos:

1. *Según lo dispone el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341:*

"I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o interés legítimos.

II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa"

2. *Que concordante con esta disposición, el artículo 47.I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala: "Los recursos de revocatoria* ***proceden*** *contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente (…)".*

3. *Como se puede colegir, la Circular APS/DS/N° 169-2013 de 20 de noviembre de 2013, si bien es un acto administrativo por contener una manifestación unilateral de la voluntad de la administración, sin embargo no tiene carácter definitivo toda vez que se limita a reproducir y aclarar lo resuelto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013, confirmada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013 en lo que toca al parágrafo tercero del artículo 3 (Coberturas Inferiores a Un Año) del Reglamento de Desgravamen Hipotecario, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999. Dicho de otra manera contiene un acto de comunicación simple.*

Que en efecto, la Circular APS/DS/N° 169-2013 de 20 de noviembre de 2013, conforme se ha afirmado en el párrafo precedente, no es una resolución administrativa culminativa de ningún proceso administrativo por cuanto no ha creado, suprimido ni modificado ninguna situación jurídica, se limita simplemente, como ya se indicó, a reproducir lo decidido en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, por la que se incluye en la Resolución Administrativa IS 381 de 9 de diciembre de 1999 la constitución de reservas para siniestros ocurridos y no reportados.

4. *La Circular APS/DS/N° 169-2013 de 20 de noviembre de 2013 es eso; una circular y como tal, un acto administrativo de menor jerarquía y de carácter operativo conforme las previsiones del* ***artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003,*** *pues tiende a instrumentalizar lo razonado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013. Por lo que queda claro que la Circular que se "impugna" se limita a aclarar lo confirmado no sólo por el ente fiscalizador, sino, por la instancia superior que es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.*

5. *Aclarado el carácter de la Circular APS/DS/N° 169-2013 de 20 de noviembre de 2013, corresponde manifestar que siendo un acto administrativo operativo de menor jerarquía, no es objeto elegible para la procedencia de la interposición de un recurso de revocatoria, conforme lo determinado en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 ya que el recurso incoado por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no se adecúa a los presupuestos anotados en dicho artículo.*

6. *Que en todo caso* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *en el tiempo hábil y oportuno de los cinco (5) días hábiles administrativos de haber sido notificada, pudo hacer uso e invocar la facultad señalada en el artículo 20 del referido Decreto Supremo, si consideraba que la Circular que nos ocupa, le causaba perjuicios.*

7. *Que no cumpliendo la Circular APS/DS/N° 169-2013 de 20 de noviembre de 2013 con los requisitos de procedencia, tal situación se subsume en lo dispuesto por* ***el artículo***

43.d) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 *que señala: "**FORMAS DE RESOLUCIÓN EN RECURSO DE REVOCATORIA. I.** Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: …**d) Improcedentes.** Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente **no cumpliese con los requisitos exigidos**" (las negritas son de la APS).*

*Que la categoría **Improcedente** es definida como: Inoportunidad. Falta de derecho. Ineficacia de escrito, prueba, recurso o cualquier otra actuación. Falta de fundamento (Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas de Manuel Ossorio).*

CONSIDERANDO:

Que en congruencia con lo precedentemente expuesto, no corresponde entrar en mayor análisis de este caso, por presentar el Recurso de Revocatoria deficiencias procesales administrativas que la hacen improcedente por disposición de las normas vigentes transcritas…"

4. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 31 de diciembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de 17 de diciembre de 2013, expresando lo siguiente:

"… ***II. ANTECEDENTES DE HECHO.-***

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., presentó un Recurso de Revocatoria en fecha 10 de abril de 2013, en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013, acto administrativo que en suma determinaba dentro de su RESUELVE PRIMERO:

"se modifica el parágrafo tercero del artículo 3 (Coberturas inferiores a un Año) del Reglamento de Desgravamen Hipotecario aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de abril de 1999, por el siguiente texto: Las entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida, deberán constituir reserva para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por cientos (sic) *(100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido".*
Al respecto NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. advirtió que dicho acto administrativo adolecía de vulneraciones jurídicas que necesariamente la autoridad reguladora debía aplicar para que la modificación tenga base en derecho y no así en base a la ARBITRARIEDAD.

Lo que observó NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. específicamente, fue que la determinación de modificar el Artículo 3 (Coberturas Inferiores a un Año) del Reglamento de Desgravamen Hipotecario que fue aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de abril de 1999, tenía dos connotaciones:

<u>La primera</u> referida a la determinación de emplear un porcentaje para la Reserva, pero el que se determinó por parte de la APS no cuenta con ningún respaldo técnico

apropiado que fundamente el empleo del 100% de reserva de la prima neta de reaseguro del mes vencido.

La segunda, referida al tiempo en el cual la autoridad reguladora quería que se ponga en vigencia, siendo aproximadamente dos meses el plazo para hacerlo, tiempo que administrativamente era insuficiente para NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A.

Es necesario aclarar que, el recurso presentado no va en contra de la capacidad que tiene la APS para establecer normativa regulatoria operativa para el cumplimiento de la Ley de seguros y sus reglamentos, NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. reconoce la necesidad de contar con una Reserva para Siniestros Ocurridos y no Reportados, siendo que el fondo de nuestro recurso se dirigió estrictamente a pedir a la APS que su determinación cuente con el fundamento de hecho y de derecho que es necesario realizar de conformidad al Procedimiento Legal Administrativo vigente.

En ésta resolución recurrida, ninguno de los considerandos que planteó la APS discurrió ***nuestra solicitud de realizar un informe técnico matemático actuarial,*** *por lo que NUESTRA PETICIÓN NO FUE CONSIDERADA DE CONFORMIDAD A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y MUCHO MENOS DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SU DECRETO REGLAMENTARIO, NI COMO SE DETERMINA EN EL D.S. 27175.*

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013, en sus considerandos copia diferentes artículos de la Ley 1883, siendo que éstos artículos citados evidentemente muestran la obligación que tienen las entidades Aseguradoras y Reaseguradoras de cumplir con la obligación de mantener reservas técnicas, con lo que NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. NO DISCREPA, sino que, se ha evidenciado el incumplimiento de parte de la APS en la aplicación del DEBIDO PROCESO que hace a las consideraciones mínimas y básicas para que una decisión administrativa como lo es el de pretender IMPONER ARBITRARIAMENTE UN PORCENTAJE QUE RAYA EN EL EXTREMO SIN FUNDAMENTO TÉCNICO ALGUNO, más aun si el único sustento para hacerlo es que algunas empresas aseguradoras no constituían reservas para riesgos en curso, es decir, que a toda luz se puede observar que la APS no está reputando sólo por necesidad, sino, que está sancionado (sic) *a las empresas que antes no constituían reserva, siendo que ésta sanción al ser determinada en un 100% para la constitución de reservas es arbitrario* (sic)*, extremo al que se llega no por interpretación, sino, que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210/-2013* (sic) *lo expresa claramente en su segundo Considerando, parágrafo 6to. de la página 2 y además porque no se encuentra dentro de la resolución citada otro considerando que tenga el fundamento técnico expreso que sustente la determinación adoptada para imponer el 100%.*

En fecha 16 de mayo de 2013 la APS nos notificó con la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 449-2013 de fecha 09 de mayo de 2013, en la cual en suma establece:

1.- Un cuadro comparativo en el cual la APS desarrolla parte del D.S. 25201 y lo que NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. supuestamente señaló, siendo que el D.S. antes citado establece que es una estimación de siniestro y que según la APS, NACIONAL

VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. interpreta erróneamente lo determinado por el D.S. antes citado ya estaríamos considerando que: "es un cálculo que se aplica a la ***estimación*** *de siniestros" (el resaltado es nuestro); también dentro del cuadro la APS concluye que NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. INTERPRETA ERRÓNEAMENTE LO DETERMINADO POR EL D.S. 25201, PERO EN EL PARÁGRAFO QUE SE ENCUENTRA DESPUÉS DEL CUADRO, LA APS ESTABLECE QUE:*

"...por cuanto la norma no determina de manera especifica (sic) cual sería la forma de estimación".

Lo que acabamos de citar tiene un concepto legal que debe ser analizado, lo que en otras palabras dice: LA NORMA NO DICE COMO SE ESTIMARÁ, como la norma no dice como (sic), es el ente regulador el llamado por ley para hacerlo, pero éste cómo debe seguir por disposición normativa el debido proceso, es decir, que el administrador NO PUEDE NI DEBE REALIZAR UN CALCULO A OJO DE BUEN CUBERO, SINO, QUE DEBERÁ FUNDAMENTAR SU ACTO O DECISIÓN, PERO ÉSTE DEBE TENER UN RESPALDO TÉCNICO A LO QUE NOSOTROS IDENTIFICAMOS COMO UN INFORME TÉCNICO MATEMÁTICO ACTUARIAL PARA QUE DETERMINE UN TERCERO EL PORCENTAJE ADECUADO, ya que el imponer 100% sólo porque la Autoridad así lo manifiesta, es claramente definido en DERECHO que la autoridad está abusivamente determinando su capricho de forma que LA ARBITRARIEDAD está guiando la determinación adoptada por la APS.

Por último, la APS en fecha 21 de noviembre de 2013, notifica a NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. con la Circular APS/DS/169 (sic) de fecha 20 de noviembre de 2013, mediante la cual modifica el parágrafo tercero del artículo 3 (Coberturas inferiores a un año) del Reglamento de Desgravamen Hipotecario aprobado mediante Resolución Administrativa IS N°381 de 9 de diciembre de 1999 disponiendo que a partir del 1° de mayo de 2013:

"...las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida, deberá constituir Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido."

Al respecto, NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. presenta un Recurso de Revocatoria en contra de la Circular antes citada, pero la APS nos notificó con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1157-2013, la cual se pronuncia sobre nuestro recurso planteado, estableciendo en suma la IMPROCEDENCIA DEL MISMO en base a que la Circular no es un acto administrativo definitivo, sin embargo la APS como administración pública no sólo debe considerar lo que expuso en su Resolución, sino también, lo que la CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DETERMINAN, ya que la Circular APS/DS/169-2013 es un acto administrativo de menor jerarquía o de orden operativo mediante el cual nos obliga al ser notificados a cumplir con una disposición que no cuenta con los fundamentos legales necesarios para que sean constituidos en derecho y además que está en su contenido realiza una interpretación que va más allá de las atribuciones y/o contenido de una simple Circular, razón por la que en aplicación a lo

dispuesto en la Constitución Política del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo, su Decreto Reglamentario, el D.S. 27175 y la jurisprudencia Constitucional que hace al presente caso, es que la APS debió considerar el fondo de nuestro recurso de conformidad al derecho a la defensa y por no hacerlo en esa instancia y en virtud a éste DERECHO A LA DEFENSA EL CUAL ES AMPLIO E IRRESTRICTO es que ahora presentamos el RECURSO JERÁRQUICO QUE CORRESPONDE.

III. <u>FUNDAMENTOS JURÍDICOS</u>

Señor Viceministro, todos los antecedentes expuestos, que hacen a las diferentes actuaciones administrativas por parte de la APS, llevan a determinar que:

a) Se presentó un Recurso de Revocatoria en fecha 10 de abril de 2013, mismo que directamente solicitaba el pronunciamiento expreso en cuanto a la determinación de parte de la APS entidad que definió emplear el 100% para una reserva para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido, siendo que ésta determinación NO CUENTA con respaldo técnico, es decir no cuenta con el fundamento necesario para ser adoptado por el ente regulador de ACUERDO AL DEBIDO PROCESO.

Definimos que no ha cumplido con el DEBIDO PROCESO porque la propia CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DETERMINA en su artículo 115 numeral I que a la letra dice:

"Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos."

Al respecto, cabe hacer notar que nuestros derechos como ser el de contar con una norma debidamente elaborada es necesario de forma que no sea el capricho y/o ARBITRARIEDAD y uso de PODER REGULADOR la que se convierta en normativa, recalcando que NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. está de acuerdo con la constitución de reserva, pero que el camino para lograrlo sea dentro de los parámetros legales establecidos, siendo que tenemos el interés legítimo al ser un regulado por parte de la APS.

En cuanto al numeral II del artículo 115, éste establece: "El Estado garantiza el debido proceso", referido a que cualquier instancia del Estado debe garantizar todas sus actuaciones conforme a derecho, por lo que si bien la APS no siguió el DEBIDO PROCESO, en el control de legalidad que su autoridad debe realizar, es necesario que en aplicación a la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, artículo 4 inciso c) "Principio de Sometimiento pleno de la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.", además el Viceministerio deberá a la vez emplear el inciso d) Principio de Verdad Material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.", en éste entendido se deberá analizar que más allá de lo

establecido por la APS en sus actos administrativos definitivos y preparatorios, se deberá revisar si el ente regulador HA DESARROLLADO FORMALMENTE LOS RESPALDOS TÉCNICOS VALIDOS Y APROPIADOS PARA DETERMINAR SI EL 100% ES EL MONTO QUE TÉCNICAMENTE SE DEBE EMPLEAR, DE FORMA QUE NO SEA UNA DESCISIÓN ARBITRARIA DE PARTE DE LA AUTORIDAD REGULADORA.

Además de solicitar que la determinación administrativa del regulador cuente con un informe matemático actuarial para evitar la ARBITRARIEDAD DEL ACTO.

Ésta petición que realizó NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. EN TODOS LOS RECURSOS PRESENTADOS Y QUE HASTA LA FECHA NO HA MERECIDO CONSIDERACIÓN ALGUNA POR LA APS, NI SIQUIERA CON UN CONSIDERANDO EN EL CUAL TÉCNICAMENTE NOS DIGAN QUE NO CORRESPONDE REALIZAR UN ESTUDIO MATEMÁTICO ACTUARIAL EN BASE A UN FUNDAMENTÓ TÉCNICO SOLIDO, por lo que la APS vulneró nuestro DERECHO A LA PETICIÓN CONSAGRADO EN EL ART. 24 DE LA PROPIA CONSITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, que a la letra dice:

"Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de éste derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario."

Esta determinación constitucional obliga a la administración pública a manifestarse con las consideraciones de hecho y de derecho necesarias, según además lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, que al respecto en su Sección Segunda, artículo 16 (Derecho de las Personas) dice:

"En su relación con la Administración Pública, las Personas tienen los siguientes derechos: a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente;..

...h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen;"
Señor Viceministro, no es nuestro capricho el de solicitar que la determinación del 100% para la constitución de reserva sea revisada, sino que ésta debe contar con el sustento técnico necesario QUE DEMUESTRE QUE EL PORCENTAJE (100%) empleado es el adecuado o en su defecto que éste deba corregirse, de ésta forma con toda seguridad podremos establecer que el porcentaje que resulte del informe técnico actuarial tiene respaldo de forma que éste sea constituido conforme a derecho para poder dar cumplimiento a cabalidad y dentro del DEBIDO PROCESO.

También la Doctrina del Derecho Administrativo refiere a la Motivación de los Actos Administrativos, siendo que los tratadistas más reconocidos en la materia como lo son ISMAEL FARRADO Y PATRICIA MARTÍNEZ, en su obra titulada MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO establece en la página 197 inciso C) La motivación, que dentro del punto 1. Concepto y Fundamentos dice:

"Es la explicitación de cuáles son las circunstancias de hecho que fundamentan la emanación del acto, y está contenida en los "considerandos"...En principio, todo acto administrativo debe ser motivado; motivación que reviste mayor importancia en los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales.

...La falta de motivación no sólo implica vicio de forma, sino también y esencialmente de arbitrariedad.

...La motivación debe ser concomitante al acto, aún que en algunos casos puede ser previa (v.gr, cuando surge de informes y dictámenes..."

Por lo expuesto, claramente se define que es IMPERIOSA LA NECESIDAD DE FUNDAMENTAR EL RAZONAMIENTO TÉCNICO QUE HABILITE CONFORME AL DEBIDO PROCESO QUE EL 100% ES LA CANTIDAD ADECUADA, sin embargo la APS EN NINGUNA INSTANCIA DENTRO DE SUS ACTOS ADMINISTRATIVOS PUBLICADOS O NOTIFICADOS HA REALIZADO UNA FUNDAMENTACIÓN QUE RESPALDE SU POSTURA.

Por lo expuesto sobre la doctrina, nuestra pretensión no es que el Estado Plurinacional rebaje su soberanía normativa, la intención es hacer notar que nuestra legislación tiene base y sustento en la doctrina, además tampoco pretendemos hacer ver que la APS no está facultada, sino más bien nuestra intención es la de respaldar la facultad de modificar o crear norma reguladora, pero que ésta sea bajo el manto del DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Por último, decimos que la determinación unilateral del ente regulador al NO CONTAR CON UN RESPALDO TÉCNICO, ES DECIR, UN INFORME MATEMÁTICO ACTUARIAL QUE DETERMINE A CIENCIA CIERTA QUE EFECTIVAMENTE LA RESERVA SEA EL CIEN POR CIENTO (100%), LLEVA CLARAMENTE A DETERMINAR LA ARBITRARIEDAD con la que la APS está procediendo, también al respecto la Doctrina según los tratadistas ISMAEL FARRADO Y PATRICIA MARTÍNEZ, han realizado exposiciones sobre que éste elemento es rechazado del ordenamiento jurídico administrativo (ARBITRARIEDAD) no sólo es un vicio del objeto, sino también es un vicio de la voluntad, "...ya que el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, veleidad o capricho personal."

Conviene tener presente que si bien el vicio es de tipo subjetivo, su apreciación es objetiva; el funcionario se aparta de lo determinado por la razón y el derecho. Su calificación es de "muy grave"". Pág. 210, numeral 2, Manual de Derecho Administrativo.

Todo lo establecido en la doctrina ha sido recogido por nuestra legislación administrativa, ya que la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2003 en su artículo 28 establece los (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) como ser:

Inciso b) CAUSA "Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable", al respecto comentar que la determinación de emplear una Reserva para Siniestros Ocurridos no Reportados sobre el 100% de la prima neta de reaseguro del mes vencido debe ser sustentado con INFORME TÉCNICO, que a nuestro criterio de ser un INFORME TÉCNICO MATEMÁTICO ACTUARIAL ELABORADO POR UN TERCERO, sin embargo las resoluciones administrativas APS/DJ/DS/N° 210/2013 conjuntamente otras que se refieren al presente caso y la Resolución Administrativa MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013, NO HAN CONSIDERADO LOS EXTREMOS QUE HEMOS HECHO NOTAR EN SU MOMENTO A LA APS, POR LO QUE LES HACEMOS CONOCER MEDIANTE ÉSTE RECURSO A ÉSTA INSTANCIA JERÁRQUICA, DE FORMA QUE EN EL CONTROL DE LEGALIDAD QUE REALICEN VEAN QUE LA INSTANCIA INFERIOR (APS) NO SE PRONUNCIÓ DE CONFORMIDAD AL DEBIDO PROCESO EN CUANTO A: ***1.- NUESTRA PETICIÓN DE ELABORACIÓN DE UN INFORME MATEMÁTICO ACTUARIAL Y 2.- EN CUANTO A LA FUNDAMENTACIÓN QUE DEBE EXISTIR PARA RESPALDAR UNA DETERMINACIÓN COMO SER EL EMPLEO DEL 100% O EN SU CASO, EL FUNDAMENTO PARA LA NEGATIVA A NUESTRA PETICIÓN.***

Otro elemento que la APS no ha empleado en cuanto a la determinación de realizar una reserva del 100% es la establecida en el Art. 29 (Contenido de los Actos Administrativos) de la Ley N° 2341, mismo que establece:

"Los Actos administrativos se emitirán por el órgano competente y ***su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico."***

Al respecto, establecemos que la APS además de no contar con un CONSIDERANDO que fundamente su postura técnica, HA DETERMINADO QUE SE CONSTITUYA LA RESERVA PARA SINIESTROS OCURRIDOS Y NO REPORTADOS SOBRE EL CIEN POR CIENTO (100%) DE LA PRIMA NETA DE REASEGURO DEL MES VENCIDO sólo en base al segundo Considerando, parágrafo 6to. de la página 2 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210/-2013 (sic), *que la autoridad reguladora al realizar una FISCALIZACIÓN materializó que algunas empresas no constituían reserva para riesgos en curso, por lo que determinó establecer un 100%, pero claramente se lee que éste porcentaje NO deviene de un ANÁLISIS TÉCNICO, SINO, DE UNA DECISIÓN SUBJETIVA QUE PENALIZA LO ANTERIORMENTE ESTABLECIDO, ES DECIR, EL 100% AL NO TENER SUSTENTO TÉCNICO EXPRESO PUES ES UN CASTIGO DE LA APS QUE ESTARÍA CAMUFLADO EN LA MODIFICACIÓN DE LA NORMA QUE RESOLVIÓ EN LA RESOLUCIÓN ANTES CITADA.*

NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. está consiente que las RESERVAS TÉCNICAS tienen como finalidad hacer frente a las obligaciones contraídas, por lo que está de acuerdo en establecer un porcentaje que resulte de un estudio realizado por un técnico especializado y que con éste se establezca el porcentaje necesario, de forma que éste estudio que acabaría en un informe técnico sea el sustento, es decir, el FUNDAMENTO DE LA DETERMINACIÓN ADMINISTRATIVA, teniendo además en cuenta que la propia Ley

N° 1883 en su Art. 12 (OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS) inciso a) establece:

"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista"

Lo establecido en el artículo e inciso precedente, directamente RESGUARDA AL BENEFICIARIO O CLIENTE en cuanto a Siniestros Ocurridos y no Reportados, ya que la obligación de la entidad fue definida a priori, por lo que la APS NO PUEDE ESTABLECER QUE LOS CLIENTES DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN DE NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. ESTÉN DESPROTEGIDOS.

Otro elemento, es que el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece que:

"I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

II. Para efectos de esta Ley, se entenderá por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa." (Las negrillas son nuestras)

En cuanto al numeral I. de la norma precedentemente citada, NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. ha considerado y evidenciado que la Circular tiene una connotación equivalente a un acto administrativo definitivo, ya que a nuestro criterio como interesados hemos sido afectados al determinar en todo un parágrafo (Tercero) de la Circular, que ésta realiza una interpretación, ya que la Circular para ser considerada como tal sólo se limitaría a establecer lo Resuelto en la Resolución Administrativa Vigente. Si fuese el caso de que la autoridad pretendió aclarar dicho aspecto de la interpretación, ésta debió contar con los recaudos necesarios o la materialización apropiada para que no se fusione con las consideraciones de un acto administrativo definitivo, de modo que se tenga una Circular que otorgue en su contenido una comunicación simple.

Y considerando el numeral II del artículo antes citado, a toda luz la Circular en cuestión al realizar la interpretación ha "definido" o creado una situación jurídica, por lo que habilita a que se EJERZA EL DERECHO A LA DEFENSA QUE TENEMOS GARANTIZADO EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y LA NEGACIÓN DE ESTE PRINCIPIO POR CUALQUIER MOTIVO DE FORMA ESTARÍA VULNERANDO LA AMPLIA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y SOBRE TODO SERÍA ATENTATORIA CONTRA LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL QUE HA DEFINIDO QUE LOS PLAZOS NO PUEDEN SER BARRERA PARA EL EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES COMO LO ES EL PODER MATERIALIZAR EL DERECHO A LA DEFENSA CONCORDANTE CON EL Art. 119 DE LA C.P.E.

Por último, cerramos puntualizando lo siguiente:

1.- Cuando se emitió la Resolución administrativa APS DJ/DS/N° 449-2013, la APS estableció una base de cálculo para la Reserva de siniestros ocurridos y no reportados sobre la Prima Neta de Reaseguro (prima cedida a reaseguradores por el porcentaje de retención de riesgo de la Compañía aseguradora (sic)) suponiendo primas ficticias sin ningún tipo de recargos, aspecto (Suposiciones o interpretaciones) que no pueden ser guía para la determinación normativa de modificar un Reglamento que norma a todo el mercado asegurador, siendo que al existir vacíos de ésta naturaleza, es necesario que el Regulador se base en todos los elementos técnicos para determinar FUNDAMENTOS SÓLIDOS que no requieran de interpretación subjetiva de los actores, situación por la cual Nacional Vida Seguro de Personas S.A. solicitó un estudio matemático actuarial desde un inicio.

2.- Referido a que la Circular APS/DS 169-2013, no sólo notifica las Resoluciones Vigentes, sino que, cuenta con un parágrafo en el cual se establece una INTERPRETACIÓN de los Actos Administrativos que sustentarían la modificación de Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados, con lo que deja de ser una simple Circular y toma la connotación de un acto definitivo per se.

3.- Es que los actos administrativos previos a la emisión de la Circular antes referida han ido mudando la interpretación de su modificación, situación que nos ha colocado en indefensión debido a que no se ha mantenido el contexto e interpretación global de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013, por lo que es atentatorio al DEBIDO PROCESO PERO SOBRE TODO AL DERECHO A LA DEFENSA.

PETITORIO

En base a todos los argumentos de hecho y sobre todo por el respaldo jurídico establecido además de la doctrina que se ha materializado en lo establecido en el Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. solicita:

a) En virtud a la modificación que se establece en la Circular APS/DS/169/2013 por la interpretación realizada en ésta, ya que ha definido una situación jurídica más allá de lo que debió establecer como una simple circular, por lo que se activa el Derecho a la Defensa de parte de NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. al advertir que ésta es atentatoria a sus intereses legítimos como administrado y regulado, por lo que se solicita en virtud al EMPLEO DEL DERECHO A LA DEFENSA QUE TIENE NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. POR MANDATO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA COMO TAMBIÉN POR JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL determinar la prosecución del presente Recurso.

b) Dentro del Control de Legalidad que debe realizar ésta instancia, verificar que la falta de FUNDAMENTACIÓN TÉCNICA EN LOS CONSIDERANDOS DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DE PARTE DE LA APS, SOBRE LA APLICACIÓN

PARA LA CONSTITUCIÓN DE RESERVA PARA SINIESTROS OCURRIDOS Y NO REPORTADOS SOBRE EL CIEN POR CIENTO (100%) DE LA PRIMA NETA DE REASEGURO DEL MES VENCIDO NO TIENE FUNDAMENTO DE HECHO (INFORME TÉCNICO), POR LO QUE VULNERA LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA desarrollada en el presente Recurso y solicitamos disponer la NULIDAD de las actuaciones de la APS al respecto.

c) *Toda vez que NACIONAL VIDA SEGURO DE PERSONAS S.A. solicitó EN VIRTUD AL ART. 24 DE LA C.P.E. pronunciamiento sobre la elaboración de un INFORME TÉCNICO mediante el cual se determine un estudio matemático actuarial, mismo que no fue debidamente rechazado o aceptado de acuerdo al debido proceso, se solicita que la APS responda conforme a derecho con todas las consideraciones procedimentales legales para el efecto, debiendo previamente realizar la Anulación de los actos previos que vulneraron nuestra petición.*

Así mismo, recordamos que los principios fundamentales que no fueron atendidos ni cumplidos por la APS y que en caso de no ser atendidos en ésta instancia, nos otorga la posibilidad de recurrir a las acciones legales que nos franquea la Constitución Política del Estado…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Con el fin de verificar la integridad en la constitución de Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados y respaldar la correcta aplicación de la norma, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, aclaró el procedimiento de cálculo del Ramo de Desgravamen Hipotecario para Póliza con Cobertura Mensual y Vigencia Vencida.

En fecha 11 de diciembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la precitada circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de 17 de diciembre de 2013, que declara improcedente el señalado recurso, en atención a que si bien la señalada circular es un acto administrativo, al resultar de menor jerarquía "*no es un objeto elegible para la procedencia de la interposición de un recurso de revocatoria*", toda vez que la recurrente, pudo en tiempo hábil y oportuno, hacer uso e invocar la facultad señalada en el artículo 20° del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En tal sentido, mediante memorial de 31 de diciembre de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de 17 de diciembre de 2013, argumentando que la Circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, sería atentatoria a sus intereses legítimos como administrado y regulado, toda vez que en Recurso de Revocatoria solicitó la elaboración de un Informe Técnico, mediante el cual se determine un estudio matemático actuarial, mismo que no fue aceptado, rechazado, ni cuenta con un pronunciamiento por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la cual tampoco atendió los principios fundamentales vulnerados.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la obligación de pronunciarse.-

2.1.1. Impugnación contra los actos administrativos de menor jerarquía.-

El artículo 17º, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, señala que:

> "…*La Administración Pública está* ***obligada a dictar resolución expresa*** *en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación*…"
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Entonces, el Ente Regulador debe considerar emitir la Resolución Administrativa que corresponda, y no así pronunciarse mediante una circular que, como ella bien reconoce, se trata de un acto administrativo de menor importancia, más aún si se tiene presente que el acto a emitir producirá efectos jurídicos, que eventualmente pueden ser objeto de impugnación a través de los recursos de Revocatoria y Jerárquico.

En materia administrativa, el proceso se rige por el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso de autos.

Para ello, debe revisarse la normativa administrativa especial, es decir el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

> "…***Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).*** *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*
>
> ***Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).*** *I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados* ***o personas interesadas*** *solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación,*** **que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente**

fundada y motivada…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, la norma administrativa delega a la recurrente, la responsabilidad de solicitar se consigne el acto administrativo de menor jerarquía, en un acto recurrible.

Subsumiéndonos al caso de autos, si bien **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** tenía la obligación de requerir a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consigne el contenido de la circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, en una Resolución Administrativa, a efectos de hacerla recurrible de Revocatoria, sin embargo, se tiene que la propia normativa administrativa, prevé que, ante la omisión del interesado, la Entidad Reguladora, tiene la obligación de reencauzar el procedimiento, conforme lo señala el artículo 42º de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo:

"…*Artículo 42º. (Calificación del Procedimiento). El órgano administrativo* ***calificará y determinará el procedimiento que corresponda*** *a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Debe quedar con ello establecido, que hace a la responsabilidad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el haberse pronunciado mediante una circular, cuando conforme a lo originalmente impetrado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, correspondía lo haga mediante la Resolución Administrativa que ahora se extraña.

Por tanto, en virtud a lo establecido en los señalados artículos 17º y 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Ente Regulador, tiene la responsabilidad de reencauzar el procedimiento administrativo, debiendo pronunciarse directamente mediante Resolución Administrativa expresa.

Por todo lo señalado, queda claro que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no dio cumplimiento al procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2.2. Declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1157-2013 de 17 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** contra la circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013.

Al respecto, el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17º, define al **acto administrativo** como aquel "…*que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora****, con alcance general o particular, emitido por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En la economía jurídica boliviana (Art. 56º, Ley Nº 2341), cualquier persona que se sintiera agraviada, puede presentar los recursos administrativos -de Revocatoria y Jerárquico, según corresponda-, "*contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a* ***criterio de los interesados*** ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos****. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…*" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este contexto, al contener la circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013 una decisión definitiva, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros debió pronunciarse de manera fundamentada y motivada, sobre el fondo de la misma, a través de una Resolución Administrativa y consecuentemente, resolverla en ese sentido.

Por lo tanto, el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación, los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual, las autoridades **podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades**, es decir, se entiende que por virtud de este principio, se sanean en todo procedimiento administrativo, los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.

Así, debe prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, **por encima de formalísimos cuya realización no incida en su validez**, no determinen aspectos importantes en la decisión final, y no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales, deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

> "*…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria….*"
>
> *En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y*

se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"

Asimismo, se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

"*…Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

En el mismo sentido, ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

"*…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de*

progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Consiguientemente, se concluye que el Ente Regulador ha vulnerado los derechos al debido proceso y a la petición de la recurrente, al no haber pronunciado Resolución Administrativa a la solicitud de la misma (en su lugar haber pronunciado un acto administrativo de menor importancia, cual es una circular), y luego, fundado en ello, al no haberle permitido el ejercicio del derecho a la defensa, cuando la inexistencia de una resolución recurrible resulta entonces, de la omisión generada por la propia Entidad Reguladora; consecuentemente, que el procedimiento administrativo se encuentre viciado de nulidad relativa, en infracción al artículo 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que determina que "*el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones*…"

Que, en el presente caso al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa de la recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la determinación adoptada en el caso denunciado, para que ejerza su derecho a la defensa.

2.3. Otras peticiones de la recurrente.-

Con referencia a las solicitudes de "*Consulta a impuestos nacionales*" que sale en el otrosí 1 del memorial presentado en fecha 31 de diciembre de 2013, y de "*suspender la ejecución y cumplimiento de la Circular APS/DS 169*" del memorial presentado en fecha 17 de febrero de 2014, dada la determinación que sale en la parte dispositiva infra de la presente

Resolución Ministerial Jerárquica, lo mismo inhibe al presente, de mayor consideración o pronunciamiento.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con el principio del debido proceso, principio de legalidad.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del acto administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados; en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectado el procedimiento y en especial, los derechos consagrados de la recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, ya que el presente Recurso versa sobre la improcedencia resuelta por la Autoridad recurrida y no así sobre aspectos sustanciales que, previamente, deben ser resueltos por el Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR la Circular APS/DS/169/2013 de 20 de noviembre de 2013, debiendo en consecuencia, emitirse Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 624/2013 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 013/2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2014

La Paz, 26 de febrero de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 007/2014 de 13 de enero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 016/2014 de 28 de enero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 10 de octubre de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, representada legalmente por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, según Testimonio de Poder Nº 408/2013, otorgado en fecha 24 de julio de 2013, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 57 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Osvaldo Lozada Rojas, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó

totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-155925 con fecha de recepción 14 de octubre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 17 de octubre de 2013, notificado en fecha 24 de octubre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante Auto de fecha 17 de octubre de 2013, notificado en fecha 24 de octubre de 2013, se dispuso la notificación al **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** con el Recurso Jerárquico interpuesto por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, a los fines que en su calidad de tercero legítimo interesado, presente sus alegatos si lo creyere conveniente, lo que en definitiva sucedió mediante memorial de fecha 7 de noviembre de 2013.

Que el día 14 de noviembre de 2013, se recibió en Audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de la recurrente **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** a solicitud de la misma.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RELACIÓN DE RECLAMOS ESCRITOS DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.

1.1. Nota de fecha 29 de octubre de 2012.-

Mediante nota presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 29 de octubre de 2012, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** presenta reclamo y denuncia contravenciones cometidas por el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, por supuestas irregularidades cometidas durante las gestiones 1994 y 1995, en operaciones crediticias otorgadas a la empresa que representa; asimismo, requirió que el nombrado Banco le otorgue certificaciones sobre las operaciones cuestionadas a través del Órgano Regulador, el que, a través de la nota ASFI/DDC/R-149986/2012 de 16 de noviembre de 2012, le respondió refiriendo que en el año 2011, el señor Roberto Comboni presentó un reclamo similar, oportunidad en la que se emitió respuesta, por lo que reiteran el

contenido de aquella carta; además se le refirió que la nota fue remitida al **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** a efectos de las certificaciones solicitadas.

1.2. Nota de fecha 30 de noviembre de 2012.-

Mediante nota recepcionada en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 30 de noviembre de 2012, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** expresa su oposición al contenido de la precitada nota ASFI/DDC/R-149986/2012, con el fin de proseguir con las instancias legales consiguientes, y pide especial pronunciamiento sobre los puntos especificados en su carta de 29 de octubre de 2012, a través de la emisión de la resolución correspondiente.

El Órgano Regulador, a través de nota ASFI/DDC/R-172085/2012 de fecha 27 de diciembre de 2012, responde aclarando que no es competencia de esa Autoridad Administrativa, revisar y pronunciarse sobre fallos judiciales con calidad de cosa juzgada, recordándole que sobre su reclamo existen sentencias judiciales, y que para desvirtuar dichos fallos, debe apelar en la misma vía jurisdiccional, al igual que para resolver la supuesta adulteración o falsificación del contrato de crédito Nº 1034/94 de 29 de diciembre de 1994, por constituir un acto delictivo sobre el que no tiene facultad para resolver al tratarse de una controversia de esta naturaleza.

1.3. Nota de fecha 17 de enero de 2013.-

La **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, a través de la nota presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 17 de enero de 2013, cuestiona la respuesta de la nota ASFI/DDC/R-172085/2012 de fecha 27 de diciembre de 2012, e insiste en solicitar un especial pronunciamiento sobre cada uno de los puntos señalados en su anteriores notas, así como en su correspondiente resolución.

1.4. Nota de fecha 4 de marzo de 2013.-

Mediante nota presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 4 de marzo de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** pide se rechace cualquier nuevo plazo "*dilatorio*" solicitado por el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, para atender los informes y certificaciones exigidas mediante nota de 29 de octubre de 2012, y solicita se resuelva el trámite con el Dictamen correspondiente.

1.5. Nota de fecha 21 de marzo de 2013.-

A través de nota recibida en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha 21 de marzo de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** reitera se dicte resolución, sancionando a la entidad denunciada con el 3% de su Capital Mínimo, y con la devolución equivalente al doble de lo cobrado en exceso.

1.6. Nota de fecha 10 de abril de 2013.-

Mediante nota presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 10 de abril de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** observa y pide complementación de la nota de respuesta de la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero de 5 de abril de 2013, por cuanto a su criterio, la misma tampoco da respuesta a los hechos reclamados anteriormente, y reitera se emita la correspondiente resolución.

1.7. Nota de fecha 15 de abril de 2013.-

Por notas de fechas 11 y 15 de abril de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** solicita audiencia de fundamentación oral.

1.8. Nota de fecha 8 de mayo de 2013.-

La **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** aclara que, habiendo transcurrido más de seis (6) meses desde la iniciación del reclamo, el tiempo para dar explicaciones, informes y otros ha vencido, al amparo de la Ley N° 2341 (artículos 17°, 51° y 52°), la Ley Nº 1178, el Decreto Supremo 23318-A, y la Ley Nº 1488, solicitando que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dicte resolución expresa y fundamentada, sobre los hechos denunciados en un plazo no mayor a 5 días, a fin de proseguir con las instancias legales que el caso aconseje.

1.9. Memorial presentado a la ASFI el 27 de junio de 2013.-

Aquejando el tiempo transcurrido sin que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiera dictado resolución, por tanto, ante el silencio administrativo negativo, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** interpone recurso de Revocatoria, solicitando se deje sin efecto la nota de respuesta de fecha 16 de mayo de 2013, notificada a la recurrente el 19 de junio de 2013, debiendo dictarse resolución expresa sobre los puntos de la denuncia.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 427/2013 DE 11 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió: "*rechazar las solicitudes efectuadas por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, dentro del reclamo interpuesto contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., señalando que esta Autoridad de Supervisión en el marco de sus atribuciones carece de competencia para conocer, revisar y pronunciarse sobre su reclamo debido a las sentencias judiciales que versan sobre los puntos de su petición*", determinación fundada en las consideraciones siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, en fecha 29 de octubre de 2012, la señora Mery Wilma Comboni de Molina, presentó reclamo a esta Autoridad de Supervisión, en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por las supuestas irregularidades en las operaciones crediticias otorgadas a la Empresa Comboni y Asociados S.R.L. en los años 1994 y 1995; asimismo, solicitó el citado Banco le otorgue certificaciones sobre dichas operaciones.*
>
> *Que, con carta ASFI/DDC/R-149986/2012 de fecha 16 de noviembre de 2012, esta Autoridad de Supervisión otorgó respuesta a la señora Comboni, señalando que en la gestión 2011 el señor Roberto Comboni, presentó un reclamo sobre los mismos*

aspectos que ella manifiesta y en la misma gestión se emitió respuesta, por lo que se reitera el contenido, además se le indicó que su carta fue remitida al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para que directamente le proporcione las certificaciones que solicitó.

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-149994/2012 de fecha 16 de noviembre de 2012, esta Autoridad de Supervisión solicitó al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. que directamente le proporcione las certificaciones que requiere la reclamante.

Que, en fecha 29 de noviembre de 2012, la señora Mery Wilma Comboni de Molina, reiteró su reclamo solicitando que esta Autoridad de Supervisión se pronuncie sobre los puntos reclamados en su carta recibida el 29 de octubre de 2012.

Que, con carta BMSC/GAL/1641/2012 de fecha 4 de diciembre 2013, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. remitió copia de la respuesta otorgada a la señora Comboni, referente a su solicitud de certificaciones de la operaciones crediticias contraídas por la Empresa Comboni y Asociados S.R.L.

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-172085/2012 de fecha 27 de diciembre de 2012, nuevamente se emite respuesta a la señora Comboni, aclarando que no es competencia de esta Autoridad Supervisión, revisar y pronunciarse sobre fallos judiciales con calidad de cosa juzgada, debido a que sobre su reclamo existen sentencias judiciales y para desvirtuar dichos fallos debe apelar en la misma vía jurisdiccional y sobre la supuesta adulteración o falsificación del contrato de crédito N° 1034/94 de 29 de diciembre de 1994, hecho que constituiría un acto delictivo, no tenemos facultad para resolver controversias o hechos delictivos.

Que, el 16 de enero de 2013, la señora Comboni, presentó carta indicando que la Autoridad de Supervisión debe pronunciarse o dictar resolución sobre los nueve (9) puntos planteados en su carta recibida el 29 de octubre de 2012, relacionados con las operaciones crediticias contraídas por la Empresa Comboni y Asociados S.R.L.

Que, a través de la carta ASFI/DDC/R-17325/2013 de fecha 4 febrero de 2013, a insistencia de la reclamante y considerando que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no había otorgado las certificaciones requeridas a la señora Comboni, se solicitó a la Entidad Financiera remita las certificaciones y documentación respaltadoria sobre los puntos reclamados.

Que, con carta BMSC/GAL/110/2013 de fecha 14 febrero de 2013, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. solicita la documentación presentada por la reclamante y pide ampliación de plazo para la remisión del informe solicitado hasta el 28 de marzo de 2013.

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-29457/2013 de fecha 28 febrero de 2013, esta Autoridad de Supervisión remitió al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. la documentación solicitada.

Que, la Entidad Financiera mediante carta BMSC/GAL/166/2013 de fecha 7 de marzo de 2013, nuevamente solicita ampliación de plazo hasta el 28 de marzo de 2013, aspecto que fue aceptada en una reunión sostenida con personeros del Banco y esta Autoridad de Supervisión.

Que, la señora Comboni, en fechas 4 y 21 de marzo de 2013, volvió a presentar otras dos (2) cartas en las que reitera su reclamo contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., solicitando resolución sancionando al Banco o dictamen sobre su caso.

Que, el 28 de marzo de 2013, con carta BMSC/GAL/225/2013 el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., remite el informe solicitado por esta Autoridad de Supervisión sobre el reclamo de la Empresa Comboni y Asociados S.R.L.

Que, a través de la carta ASFI/DDC/R-49235/2013 de fecha 5 de abril de 2013, esta Autoridad de Supervisión procedió a dar respuesta a las cartas de la señora Comboni, presentadas el 16 de enero, 4 y 21 de marzo de 2013 respectivamente, en la que se reiteró que sobre su reclamo existen sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas con calidad de cosa juzgada y esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para revisar y pronunciarse sobre dichas sentencias.

Que, la señora Comboni, en fechas 11, 12 y 16 de abril de 2013, volvió a presentar tres (3) cartas reiterando su reclamo y solicitando audiencia con la Directora Ejecutiva de esta Autoridad de Supervisión.

Que, el 25 de abril de 2013, se efectuó la audiencia solicitada por la señora Comboni, en la que se le aclaró los motivos por las cuales esta Autoridad de Supervisión no puede pronunciarse sobre su reclamo.

Que, la reclamante no conforme con las aclaraciones efectuadas en la audiencia llevada a cabo el 25 de abril de 2013 en la ciudad de Cochabamba, nuevamente presentó otra carta en fecha 8 de mayo de 2013, mediante la cual reitera su reclamo.

Que, con carta ASFI/DDC/R-75966/2013 de fecha 24 de mayo de 2013, esta Autoridad de Supervisión solicitó al Banco aclaraciones sobre el reclamo de la señora Comboni.

Que, mediante carta BMSC/GAL/422/2013 de fecha 6 de junio de 2013, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. remitió informe, señalando que la señora Comboni, carece de personería para actuar en representación de la Empresa Comboni Asociados S.R.L. y reitera el contenido de sus informes anteriores sobre el reclamo de la Empresa.

Que, el 31 de mayo y 10 de junio de 2013, la señora Comboni, presentó nuevamente dos (2) cartas en las que reitera su reclamo solicitando la emisión de una resolución.

Que, a través de la ASFI/DDC/R-71458/2013 de fecha 16 de mayo de 2013, notificada a la señora Comboni, el 19 de junio de 2013, se emitió respuesta a las cartas de reclamo recepcionadas en fechas 11, 12 y 16 de abril de 2013, señalando que no

corresponde iniciar un proceso sancionatorio en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. sobre su reclamo, además esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para revisar procesos judiciales.

Que, con carta BMSC/GAL/464/2013 de fecha 24 de junio de 2013, el Banco complementa la información remitida a esta Autoridad de Supervisión.

Que, el 27 de junio de 2013, esta Autoridad de Supervisión recepcionó el memorial de Recurso de Revocatoria de la señora Comboni el mismo que manifiesta considerar la posición asumida por esta Autoridad de Supervisión, mediante nota ASFI/DDC/R-71458/2013 de 16 de mayo y dejándola sin efecto y debiendo dictarse Resolución expresa sobre los puntos concretos presentados en la denuncia (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral y escrita y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

Que, el artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) señala que:

"Son atribuciones de la Superintendencia:

1. *Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera.*
2. *Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera.*
3. *Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables.*
4. *Supervisar a las personas naturales o jurídicas que efectúen actividades auxiliares de la intermediación financiera.*
5. *Ejercer supervisión consolidada de conformidad al artículo 6° de la presente Ley.*
6. *Incorporar al ámbito de su competencia, de acuerdo con el Banco Central de Bolivia, a otras personas o entidades que realicen actividades de intermediación financiera.*
7. *Elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera.*
8. *Establecer sistemas preventivos de control y vigilancia.*
9. *Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero.*
10. *Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.*
11. *Disponer la regularización obligatoria y la intervención de las entidades de intermediación financiera.*

12. *Mantener un registro de funcionarios y empleados y ex funcionarios y ex empleados suspendidos o inhabilitados en el ejercicio de la actividad financiera. Este registro formará una base de datos única y compartida con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a la que tendrán acceso todas las instituciones que forman parte del Sistema de Regulación Financiera.*
13. *Celebrar acuerdos con otros organismos extranjeros de supervisión del sector financiero.*
14. *Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control.*
15. *Dirigir las investigaciones de legitimación de ganancias ilícitas y suscribir convenios con organismos internacionales con funciones análogas.*
16. *Se autoriza al Superintendente de Bancos y Entidades Financieras establecer cronogramas de adecuación para constituir previsiones por modificaciones a la normativa prudencia…".*

Que, por su parte, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa, señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil.

Que, el literal a) del artículo 16 de la citada Ley determina que en su relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

Que, el artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo señala que: "se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado; consiguientemente, es obligatorio, exigible ejecutable y se presume legítimo".

Que, el artículo 42 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo señala que: "El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación".

Que, el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinto (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada...".

Que, el inciso c), parágrafo II, artículo 28 del Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo Decreto Supremo N° 27113 relativo al objeto del acto administrativo determina: "Asegure derechos adquiridos mediante sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada o mediante actos administrativos que se encuentren firmes en sede administrativa".

Que, el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que: "Todo proceso judicial entre la Entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes".

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 dispone que: "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 29 de octubre de 2012, la señora Mery Wilma Comboni de Molina, presentó reclamo a esta Autoridad de Supervisión, en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por las supuestas irregularidades en las operaciones crediticias otorgadas a la Empresa Comboni y Asociados S.R.L. en los años 1994 y 1995; asimismo, solicitó que el mencionado Banco le otorgue certificaciones sobre dichas operaciones.

Que, sobre el particular esta Autoridad de Supervisión dio respuesta con carta ASFI/DDC/R-149986/2012 de fecha 16 de noviembre de 2012 recepcionada por la reclamante en fecha 26 de noviembre de 2012 en la que señala lo siguiente: "…Al respecto, comunicamos a usted que de acuerdo a la revisión de los antecedentes de su reclamo, se establece que en fecha 12 de octubre de 2011, el señor Roberto Comboni Viscarra, presentó su reclamo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), por los mismos aspectos que su persona manifiesta en su carta contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Considerando que el reclamo presentado por su persona, es el mismo caso que del señor Roberto Comboni, se comunica a usted, que se gestionó en su oportunidad y de acuerdo al análisis de la documentación existente, la respuesta fue emitida mediante carta ASFI/DDC/R-140491/2011 de 29 de diciembre de 2011, entregándose al señor Comboni en fecha 6 de enero de 2012.

En ese sentido, reiteramos el contenido de la carta ASFI/DDC/R-140491/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…".

Que, además se envió la carta ASFI/DDC/R-149994/2012 de fecha 16 de noviembre de 2012, poniendo en conocimiento del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., la solicitud de certificaciones de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, y que las mismas deberán ser otorgadas de manera directa a la reclamante siempre y cuando corresponda.

Que, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con nota BMSC/GAL/1641/2012 de fecha 04 de diciembre de 2012, señala que en relación a la entrega de certificaciones sobre operaciones crediticias otorgadas a la empresa Comboni Asociados S.R.L., se habría dado respuesta a la solicitud de la reclamante con nota PR/BMSC 353064/2012 de fecha 04 de diciembre de 2012.

Que, con carta recepcionada por esta Autoridad de Supervisión en fecha 30 de noviembre de 2012 la señora Mery Wilma Comboni de Molina, reiteró su reclamo solicitando pronunciamiento sobre los puntos reclamados en su carta de fecha 29 de octubre de 2012.

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-172085/2012 de 27 de diciembre de 2012 esta Autoridad de Supervisión respondió por segunda vez a la señora Mery Wilma Comboni de Molina señalando lo siguiente: "...Al respecto, comunicamos a usted que la Entidad Financiera a raíz del incumplimiento de pago de las operaciones crediticias contraídas en los años 1994 y 1995, por la Empresa Comboni & Asociados, procedió al inicio de una demanda de cobranza judicial en el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba y durante la tramitación del proceso judicial las liquidaciones presentadas al juez de la causa, no habrían merecido impugnación alguna por parte del demandado, habiendo sido aprobadas de manera definitiva por la autoridad judicial (…)

Al existir, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas pasadas en Autoridad de Cosa Juzgada, emergentes del debate y compulsa efectuadas por las partes sobre los créditos reclamados, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene competencia para revisar y pronunciarse sobre dichas sentencias...".

Que, esta Autoridad de Supervisión en fecha 17 de enero de 2013 recibió nuevamente reclamo de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, reiterando se dé respuesta a los nueve puntos de su carta de fecha 22 de octubre de 2012 recepcionada por esta Autoridad de Supervisión en fecha 29 de octubre de 2012.

Que, sobre la carta de reclamo de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, esta Autoridad de Supervisión realizó gestiones a través de carta ASFI/DDC/R-17325/2013 de fecha 4 de febrero de 2013 y carta ASFI/DDC/R-29457/2013 de fecha 28 de febrero de 2013, en las que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., mediante nota BMSC/GAL/110/2013 de fecha 14 de febrero de 2013; nota BMSC/GAL/166/2013 de fecha 7 de marzo de 2013 y nota BMSC/GAL/225/2013 de fecha 28 de marzo de 2013, señala que:

"…1) Los reclamos que ha formulado Mery Wilma Comboni de Molina, quien en ningún momento ha acreditado personería legal alguna para actuar en nombre y legítima representación de Comboni Asociados S.R.L. han sido resueltos por la autoridad judicial competente hace más de 15 años atrás y sobre los fallos dictados por dicha autoridad judicial existe autoridad de cosa juzgada…

2) Los reclamos que formula Mery Wilma Comboni de Molina, conforme se acredita de su propia carta y de la documentación que se acompaña, demuestra con absoluta claridad que se trata de operaciones cuya antigüedad data de mucho más de 17 años, que en el campo del Derecho Administrativo y a los efectos de la prescripción impide que se ejerza actividad fiscalizadora, conforme lo manda el artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

3) Actualmente, ante la Fiscalía Departamental de Cochabamba Mery Wilma Comboni de Molina tramita una acción penal contra ex funcionarios del Banco, sobre la base de los hechos ahora reclamados…".

Que, la señora Mery Wilma Comboni de Molina, en el transcurso del análisis de su reclamo presentó nuevamente dos cartas de reclamo recepcionadas por esta Autoridad de Supervisión en fechas 4 y 21 de marzo de 2013, en las cuales solicita Resolución o Dictamen, la imposición de sanción a la Entidad Financiera y la devolución de lo cobrado en exceso.

Que, la Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DDC/R-49235/2013 de fecha 5 de abril de 2013 da respuesta a las cartas de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, recibidas en fechas 17 de enero de 2013, 4 y 21 de marzo de 2013, señalando que: "…con relación al reclamo contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por operaciones crediticias otorgadas a la Empresa "Comboni & Asociados" S.R.L.

Al respecto, adjuntamos a la presente, copia simple de la carta BMSC/GAL/225/2013 de fecha 28 de marzo de 2013 y sus anexos, remitidos por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. mediante la cual informa sobre los nueve (9) puntos reclamados en su carta de fecha 22 de octubre de 2012.

Con relación a su solicitud de un pronunciamiento especial a los puntos reclamados, reiteramos el contenido de la carta ASFI/DDC/R-172085/2012 de fecha 27 de diciembre de 2012...".

Que, en fecha 11 de abril de 2013 esta Autoridad de Supervisión recepciona de nuevo carta de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, mediante la cual solicita complementación y Resolución expresa.

Que, en fecha 12 de abril de 2013 esta Autoridad de Supervisión recepciona carta de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, en la que solicita audiencia de fundamentación oral.

Que, en fecha 16 de abril de 2013 esta Autoridad de Supervisión recepciona carta de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, reiterando solicitud de audiencia para fundamentación oral, además de especial pronunciamiento dictando Resolución.

Que, en fecha 25 de abril de 2013 se procedió con la reunión solicitada por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, señalándole a ella y sus abogados que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para conocer temas que se encuentran con sentencias judiciales y que además se encuentra ventilándose procesos penales en contra de funcionarios de la Entidad Financiera recurrida.

Que, mediante carta recepcionada en fecha 9 de mayo de 2013 por esta Autoridad de Supervisión la señora Mery Wilma Comboni de Molina, reitera y pide Resolución expresa y fundamentada.

Que, con carta ASFI/DDC/R-75966/2013 de fecha 24 de mayo de 2013, esta Autoridad de Supervisión requiere del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., lo siguiente: "…informe debidamente fundamentado en el que se consideren los extremos expuestos por la reclamante; asimismo, señalar el destino que se dio a los supuestos débitos efectuados de la caja de ahorro N° 01-008-094757, en las siguientes fechas y montos:

1. *12-02-1996 por $us.1.000.- (Un Mil 00/100 Dólares Americanos).*
2. *15-02-1996 por $us.500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos).*
3. *09-04-1996 por $us.8.300.- (Ocho Mil Trescientos 00/100 Dólares Americanos).*
4. *22-11-1996 por $us.7.800.- (Siete Mil Ochocientos 00/100 Dólares Americanos).*
5. *19-06-1997 por $us.9.481,70 (Nueve Mil Cuatrocientos Ochenta y Uno 70/100 Dólares Americanos).*
6. *30-12-1999 por $us.15.237,20 (Quince Mil Doscientos Treinta y Siete 20/100 Dólares Americanos).*
7. *Adjuntar copia del extracto de la caja de ahorro N° 01-008-094757, de las gestiones 1996 y 1997".*

Que, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., con nota BMSC/GAL/422/2013 de fecha 6 de junio de 2013, refiere lo siguiente: "…Al respecto y previamente a responder los extremos expuestos en la impertinente nota remitida por la reclamante, corresponde poner en conocimiento de su Autoridad ciertos extremos relacionados con la total y absoluta falta de personería que tiene Mery Wilma Comboni de Molina para actuar en representación de COMBONI y ASOCIADOS S.R.L. y consiguientemente para tomar conocimiento de las operaciones realizadas por dicha empresa, conforme los alcances del Art. 86 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras…la certificación emitida por el concesionario del Registro de Comercio, acreditan de manera incontrovertible la ausencia de legalidad y legitimidad en la representación que Mery Wilma Comboni de Molina dice tener para con la sociedad COMBONI y ASOCIADOS S.R.L., al no ser socia y mucho menos representante legalmente acreditada de dicha sociedad. En ese contexto cualquier Poder que supuestamente se hubiera emitido a su favor para la representación de la citada empresa carece de los elementos de oponibilidad y

eficacia, conforme las previsiones contenidas en el Art 29 numeral 5 y en el Art. 31, ambas normas del Código de Comercio…".

Que, con carta recepcionada en fecha 31 de mayo de 2013 por esta Autoridad de Supervisión la señora Mery Wilma Comboni de Loayza, solicita dictar Resolución.

Que, con carta recepcionada en fecha 10 de junio de 2013 por esta Autoridad de Supervisión la señora Mery Wilma Comboni de Loayza, aclara y reitera que: "…si bien el ordenamiento jurídico boliviano, no otorga facultades a ASFI, para conocer y resolver controversias que están siendo consideradas por el Poder Judicial, ***si está en la OBLIGACIÓN DE REQUERIR, DE UNA ENTIDAD POR ELLA SUPERVISADA, INFORMACIÓN RELACIONADA A UN HECHO ADMINISTRATIVO IRREGULAR…****Demás está decir que ASFI, no va a resolver controversia alguna, para eso, ya la Juez de la causa pertinente en Audiencia Pública, ha aplicado Medidas Cautelares a los imputados****...****".*

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-71458/2013 de fecha 16 de mayo de 2013, se dio respuesta a la señora Mery Wilma Comboni de Molina, indicando lo siguiente:

"Nos referimos a sus cartas recibidas en fechas 11, 12, y 16 de abril de 2013…Al respecto, comunicamos a usted que en el marco de lo establecido en el parágrafo I del artículo 8, Sección 1, Capítulo I del Decreto Supremo N° 27175 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, esta Autoridad de Supervisión se ha pronunciado a través de las cartas ASFI/DDC/R-149986/2012, ASFI/DDC/R-172085/2013 y ASFI/DDC/R-49235/2013 de fechas 16 de noviembre de 2012, 27 de diciembre de 2012 y 5 de abril de 2013 respectivamente, señalando que no tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre su reclamo, debido a que existen sentencias judiciales sobre el mismo... la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 83/2006 de 19 de diciembre de 2006, señala lo siguiente:

*…****En otros casos la SBEF tendrá que esperar y supeditarse a las decisiones de otras autoridades, cuando su decisión se base fundamentalmente en los aspectos que decidan esas autoridades****...".*

Que, respecto de las cartas recibidas en fechas 31 de mayo de 2013, 10 de junio de 2013 y 27 de junio de 2013, respectivamente corresponde señalar:

Que, conforme cursa los antecedentes sobre el reclamo de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, que en representación de la Empresa Constructora Comboni y Asociados S.R.L., alega que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., cometió una serie de irregularidades en las operaciones crediticias otorgadas a la mencionada empresa, tales como la adulteración o falsificación de Testimonios de Contratos de Créditos, desconocimiento del destino de los montos de remates, supuestos débitos efectuados por el Banco no registrados para la amortización de los créditos y otros.

Que, según la documentación remitida por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y la Empresa Comboni Asociados S.R.L., se evidencia que a raíz del incumplimiento de pago de las operaciones crediticias contraídas en los años 1994 y 1995 por la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., el Banco inició una demanda de cobranza judicial en el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba, habiendo concluido dicho proceso en fecha 24 de mayo de 1997, con sentencia favorable a la Entidad Financiera, debidamente ejecutoriada en fecha 23 de julio de 1997.

Que, durante la tramitación del proceso judicial, no habrían merecido impugnación alguna por parte del demandado, es decir la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., estaba conforme con los importes exigidos por el Banco, en ese sentido, han sido aprobadas de manera definitiva por la autoridad judicial, asimismo, la reclamante recién pretende desvirtuar resoluciones judiciales, que ya tienen calidad de Cosa Juzgada, posterior a la sentencia las futuras actuaciones de la Entidad Financiera respecto a la adjudicación y remate de bienes que garantizaban las operaciones crediticias, fueron aprobadas por la autoridad judicial y con pleno conocimiento de las partes.

*Que, en ese sentido, se procedió a emitir respuestas a la señora Mery Wilma Comboni de Loayza, señalando que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para revisar y pronunciarse sobre su reclamo recibido el 29 de octubre de 2012, referente a las operaciones crediticias de la Empresa Comboni y Asociados, debido a que el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que determina: "**Todo proceso judicial entre la Entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes"**, asimismo, se le explicó a la reclamante que con relación a la supuesta adulteración de documentos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en complicidad con la Notaría de Fe Pública, Dra. Julieta Larraín y demás actos delictivos denunciados por la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento y tramitación.*

Que, sobre el particular, las atribuciones y funciones de esta Autoridad de Supervisión, no le confieren facultad alguna para resolver controversias o hechos delictivos, menos aún cuando estos hechos ya han sido puestos en conocimiento de la autoridad jurisdiccional competente, tal como se evidencia en el presente caso, porque existe una demanda judicial instaurada por la mencionada empresa en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por los hechos reclamados.

Que, a pesar de las respuestas otorgadas, la señora Comboni, una y otra vez vuelve a presentar cartas reiterando su reclamo, señalando que la Autoridad de Supervisión debe pronunciarse sobre su caso, debido a que su pedido sería netamente administrativo, al respecto cabe hacer notar que al existir una controversia entre el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y la Empresa Comboni Asociados S.R.L. (cliente), que están siendo atendidas en la jurisdicción ordinaria, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 83/2006 de 19 de diciembre de 2006, señala lo siguiente:

"…existen casos en que la SBEF puede ejercitar su competencia para investigar y controlar, independientemente de que se estén ventilando los mismos hechos en otras instancias y adoptar las decisiones independientemente. En otros casos la SBEF tendrá que esperar y supeditarse a las decisiones de otras autoridades, cuando su decisión se base fundamentalmente en los aspectos que decidan esas autoridades..."

Que, de acuerdo a lo señalado esta Autoridad de Supervisión se supedita o se somete a las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas con calidad de cosa juzgada, respecto al reclamo de la Empresa Comboni y Asociados S.R.L. contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Que, con relación a un supuesto débito de $us.42.318,90 (Cuarenta y Dos Mil Trescientos Dieciocho 90/100 Dólares Americanos) reclamado por la señora Comboni, el Banco mediante carta BMSC/GAL/464/2013 de fecha 24 de junio de 2013 señala que:

*"**1. Supuesto Débito efectuado el 12 de febrero de 1996 por $us. 1.000**.-*

…evidenciar que en esa fecha (12 de febrero de 1996), se ha efectuado un pago en efectivo por la suma de $us. 1000.- (UN MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), el cual posteriormente ha sido aplicado al préstamo N° 049 013144 11148295 que la empresa COMBONI ASOCIADOS S.R.L. mantenía con nuestra institución...

2. Supuesto Débito efectuado el 15 de febrero de 1996 por $us. 500.-

…para el mes de febrero de 1996, se ha podido evidenciar que en esa fecha (15 de febrero de 1996), se ha efectuado un pago en efectivo por la suma de $us. 500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), el cual posteriormente ha sido aplicado al préstamo N° 04901314411148295 que la empresa COMBONI ASOCIADOS S.R.L. mantenía con nuestra institución...

3. Supuesto Débito efectuado el 9 de abril de 1996 por $us. 8.300.-

…para el mes de abril de 1996, se ha podido evidenciar que en esa fecha (9 de abril de 1996), se ha efectuado un pago en efectivo por la suma de $us. 8.300.- (OCHO MIL TRESCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), el cual posteriormente ha sido aplicado al préstamo N° 049 013144 11148295 que la empresa COMBONI ASOCIADOS S.R.L. mantenía con nuestra institución...

4. Supuesto Débito efectuado el 22 de noviembre de 1996 por $us. 7.800.-

Habiendo revisado el extracto de la cuenta de ahorro N° 01-008-094757, con los movimientos del mes de noviembre de 1996, cuya copia se acompaña a la presente, se ha podido evidenciar que no existe débito alguno efectuado en dicha fecha. No obstante y revisando los documentos adjuntos por la propia reclamante se puede evidenciar que el 22 de noviembre de 1996, se habría suscrito la Escritura Pública N° 1942 otorgada ante Notario de Fe Pública Julieta Larraín de Jiménez, mediante la cual nuestra institución otorgó un préstamo por la suma de $us. 7.800.- (SIETE MIL

OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) a favor de Ruperto Simón Becerra Rozo para la compra de una oficina en el Edificio COMBONI, préstamo que fue desembolsado el 9 de enero de 1997 en la cuenta de ahorro N° 01-008-094757...

5. Supuesto Débito efectuado el 10 de junio de 1997 por $us. 9.481, 70.-

Revisado el extracto de la cuenta de ahorro N° 01-008-094757, que contiene el detalle de movimientos del mes de junio de 1997, se puede evidenciar que evidentemente el 10 de ese mes se ha producido un débito por la suma $us. 9.481,70 (NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UNO 70/100 DÓLARES AMERICANOS). Asimismo, se ha podido verificar que dicho débito ha sido realizado para la emisión de un cheque de gerencia girado a favor de la empresa NEPTUNO PERFORACIONES...

6. Supuesto Débito efectuado el 30 de diciembre de 1999 por $us. 15.237,20.-

Conforme se evidencia en el extracto de la cuenta de ahorro N° 01-008-094757 que contiene los movimientos de diciembre de 1999 cuya copia se acompaña a la presente, la suma de $us. 15.237,20 (QUINCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE 20/100 DÓLARES AMERICANOS), no fue debitada en fecha 30 de diciembre de 1999 de la cuenta de ahorro antes indicada, sino que fue ***ACREDITADA*** *en esa misma fecha a la cuenta de ahorro antes referida…*

7. Extractos de la cuenta de ahorro N° 01-008-094757 de las gestiones 1996 y 1997.-

Adjuntamos a la presente nota, copias de los extractos de los meses de mayo a diciembre de 1996, en razón a que por la antigüedad de dichos periodos, los archivos informáticos que contienen esta información se encuentran dañados sin que hubiera sido posible su restauración, haciendo notar que la antigüedad de dicha información es superior a los 17 años…".

Que, por otro lado, mediante carta ASFI/DDC/R-49235/2013 de 5 de abril de 2013 se facilitó a la señora Mery Comboni, el informe y documentación remitida por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. referente a los nueve (9) puntos reclamados en su carta de fecha 29 de octubre de 2012, sobre las operaciones crediticias otorgadas a la empresa Comboni y Asociados S.R.L., a pesar que la misma contaba con dicha documentación, incluso se procedió a otorgar copias de las partes pertinentes del expediente judicial.

Que, no corresponde a esta Autoridad de Supervisión analizar de fondo el reclamo de la señora Comboni, y emitir un pronunciamiento respecto a la legalidad o no de los documentos observados, ni tampoco instruir o disponer la devolución de dinero por los supuestos cobros irregulares de los créditos contraídos por la Empresa Comboni Asociados S.R.L., considerando que estos aspectos no han sido comprobados ante la autoridad judicial que conoció su caso.

Que, esta Autoridad de Supervisión en lo que refiere a la solicitud de fecha 10 de junio de 2013 se reitera lo comunicado a la señora Mery Wilma Comboni de Molina, en las cartas ASFI/DDC/R-149986/2012 de fecha 16 de noviembre de 2012, ASFI/DDC/R-172085/2012 de fecha 27 de diciembre de 2012 y ASFI/DDC/R-49235/2013 de 5 de abril de 2013.

Que, cabe señalar que la reclamante en carta recibida por esta Autoridad de Supervisión en fecha 10 de junio de 2013 refiere que: "...la Juez de la causa pertinente en Audiencia Pública, ha aplicado Medidas Cautelares a los imputados, toda vez que existen suficientes indicios sobre la existencia de los hechos ilícitos y la participación de los mismos".

Que, respecto a hechos que involucran la presunta comisión de delitos tipificados y sancionados por el Código Penal, aclarar que esta Autoridad de Supervisión se encuentra en el ámbito administrativo y el reclamo al encontrarse en instancias judiciales, corresponde a la Autoridad Jurisdiccional su conocimiento y decisión.

Que, es bueno señalar que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para emitir certificaciones sobre actos realizados entre los consumidores financieros y Entidades Financieras.

Que, esta Autoridad de Supervisión no tiene atribución para conocer casos que competen a Autoridades Jurisdiccionales conforme señala el artículo 154 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, correspondiendo a la autoridad llamada por Ley realizar las solicitudes de certificaciones y/o explicaciones que ameriten, en aplicación de los artículos 14 y 17 del Código de Procedimiento Penal.

Que, con memorial recepcionado por esta Autoridad de Supervisión en fecha 28 de junio de 2013, la señora Mery Wilma Comboni de Molina, presenta Recurso de Revocatoria contra la carta ASFI/DDC/R-71458/2013 de fecha 16 de mayo de 2013, amparándose en el artículo 17, parágrafo III que señala: "Transcurrido el plazo previsto sin que la Administración Pública hubiera dictado la resolución expresa, la persona podrá considerar desestimada su solicitud, por silencio administrativo negativo, pudiendo deducir el recurso administrativo que corresponda o, en su caso jurisdiccional…".

Que, al respecto el artículo 42 establece: "El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación".

Que, en ese sentido, sobre el memorial de Recurso de Revocatoria presentado en fecha 28 de junio de 2013 por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, en la que dirige el referido recurso contra la carta ASFI/DDC/R-71458/2013 de 16 de mayo de 2013, corresponde señalar que para accionar el procedimiento recursivo, debe existir cumplimiento del artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que señala: "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada".

Que, de acuerdo a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2013 de 17 de abril de 2013 que establece: "…Por tanto, es una carga procesal impuesta al Ente Regulador, reencauzar el procedimiento administrativo en lo sustancial, superando el vicio adjetivo originado por la recurrente, debiendo pronunciarse directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del citado artículo 42 y del artículo 56, ambos de la Ley de Procedimiento Administrativo…".

Que, siguiendo ese lineamiento corresponde a esta Autoridad de Supervisión reencauzar el procedimiento y emitir Resolución fundamentada en respuesta a los puntos del reclamo presentado por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, en cartas recepcionadas en fechas 29 de octubre de 2012, 30 de noviembre de 2012, 17 de enero de 2013, 4 de marzo de 2013, 21 de marzo de 2013, 11 de abril de 2013, 12 de abril de 2013, 16 de abril de 2013, las mencionadas habrían sido respondidas por esta Autoridad de Supervisión.

Que, en respuesta a las cartas de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, recepcionadas en fechas 9 de mayo de 2013, 31 de mayo de 2013 y 10 de junio de 2013, esta Autoridad de Supervisión ratifica su posición sobre no tener competencia para conocer y pronunciarse sobre reclamos en los que existen sentencias judiciales y debido a que existen procesos pendientes en la vía ordinaria esta Autoridad de Supervisión tendrá que esperar y supeditarse a las decisiones de otras autoridades, cuando la decisión que deba tomar se base fundamentalmente en aspectos que decida la autoridad jurisdiccional.

CONSIDERANDO:

Que, con relación a los reclamos de la señora Mery Wilma Comboni, esta Autoridad de Supervisión no tiene atribuciones, ni competencia para revisar fallos judiciales y pronunciarse sobre los mismos de acuerdo al artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y conforme lo establece el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

3.1. Memorial de 27 de agosto de 2013.-

Mediante memorial presentado el 27 de agosto de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, bajo los siguientes argumentos:

*"… **I.- ANTECEDENTES.-***

Por fin, después de más de 8 meses de iniciado el último tramite (ya que como bien sabe existieron muchos otros), su Autoridad se anima a dictar Resolución, aunque de la manera más inexacta, irresponsable y sesgada.

Debo aclarar, que en fecha 19 de agosto pasado, he sido notificada con el responde al memorial de enmienda, en el que recién se me entregan cartas y otros, a las que se

hacen mención en dicha Resolución, de las cuales muchas no conocía, para que una vez cumplido esto, pueda presentar el RECURSO DE REVOCATORIA a la Resolución 427/2.013 de fecha 11/07/2.013.

II.- DE LA DENUNCIA.-

Es importante recordar, que la denuncia ante su Autoridad, se circunscribía en una serie de hechos totalmente irregulares, cometidos por el Banco Mercantil Santa Cruz en contra de COMBONI ASOCIADOS, debidamente documentados por esta parte y que ASFI tenía la obligación de investigar, recabando la información veraz, completa y documentada sobre los mismos, aclarando por enésima vez, que nada tienen que ver con los tribunales o instancias judiciales, sino que son más bien de orden estrictamente bancario y/o administrativo.

Sobre el tema en particular y la denuncia planteada, es importante hacer presente los siguientes aspectos que fueron solicitados en vía de denuncia a su Autoridad, para que Ud. por medio de su personal, investigue con el Banco, esperando una respuesta o explicación, más o menos coherente, que nunca ha existido y que; ante la negligencia y parcialidad de su despacho, que nunca asumió su verdadero rol de Autoridad y menos de SUPERVISIÓN quedando asi DEMOSTRADA LA DENUNCIA en cinco puntos; los más importantes:

1.- LA ALTERACIÓN Y MANEJO A CONVENIENCIA POR PARTE DEL BANCO MERCANITL SANTA CRUZ, DEL TESTIMONIO DE PRÉSTAMO Nro. 1034 DE FECHA 29 DE SEPTIEMBRE DEL AÑO 1.994 AUTORIZADO ANTE LA NOTARÍA JULIETA LARRAIN. CAMBIANDO UNA DE LAS HOJAS DONDE SE ESTIPULABAN LAS GARANTÍAS, SIN EL CONOCIMIENTO NI ACEPTACIÓN DE COMBONI, lo que lo hace nulo y la nulidad no prescribe. Cursa en poder de ASFI los dos Testimonios, con el mismo número y fecha, pero con distinto contenido.

2.- EL CAMBIO O MODIFICACIÓN QUE REALIZA EL BANCO DE MANERA UNILATERAL A LAS CONDICIONES DEL PRÉSTAMO ARRIBA MENCIONADO, MEDIANTE TESTIMONIO Nro. 64 DE FECHA 27 DE ENERO DEL AÑO 1.995, AUTORIZADO ANTE LA MISMA NOTARÍA, DEJANDO DE LADO A LA EMPRESA COMBONI. SIENDO EL DEUDOR PRINCIPAL. Esto está expresamente sancionado por el Art. 8 de su Reglamento en la parte pertinente a sus Disposiciones Específicas ¿y pretende decir que no tiene competencia?

A estos dos puntos, es necesario recordarle a su Autoridad lo siguiente; mediante carta de fecha 28 de marzo pasado, que cursa en su despacho, que en fotocopia y para facilitar su verificación acompaño, el Banco Mercantil Santa Cruz "informa a ASFI" que la Cámara Departamental de Minería, nunca fue garante de la Empresa deudora. Nada más FALSO, lo que si (sic) es cierto es que ésta fue la razón principal para ALTERAR el Testimonio de Préstamo Nro. 1034. Acompaño una vez más al efecto, fotocopias de las dos hojas de dicho Testimonio; la PRIMERA que corresponde a la original, en la que se establecía que la Cámara Departamental de Minería, cubría la garantía hasta la suma de $us. 200.000.- y la SEGUNDA que es la "alterada", en la que se anula dicha

garantía. Sin embargo y como no hay irregularidad perfecta, se mantiene la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA, en la que claramente se establece la solidaridad de la garantía.

Diga Ud. si solamente estos dos hechos totalmente irregulares y dolosos, no merecían ser investigados por su Autoridad y sancionados en el ámbito estrictamente administrativo, obligando si se puede, a que el banco explique lo inexplicable y de no ser así, se sancione de acuerdo a sus Reglamentos; hoy en día claramente contemplados en la nueva ley del sistema financiero. Permitir esto; sin importar las instancias judiciales, sean penales o civiles, CONVIERTEN A ASFI EN CÓMPLICE DE ESTAS IRREGULARIDADES, además de estarle ocasionando un daño económico al Estado, toda vez que esta tremenda contravención bancaria (tipificada por la nueva ley, en su Art. 41, Inc. II, b.- como Gravedad Media), como Ud. bien sabe, es pasible a una sanción no menor al 3% de su capital mínimo de acuerdo al Art. 99, inc. 2 de la ley Nro. 1488, todavía en vigencia.

3.- La substracción sistemática realizada por el Banco Mercantil Santa Cruz de fondos de la cuenta de Comboni, que suman más de $us. 60.000.- sin ningún tipo de autorización, respaldo, ni constancia del destino o pago para el cual fueron utilizados y completamente al margen de lo que se encontraba en ejecución judicial. Aclarando que cursan en su despacho los números de recibos y fechas de tales débitos.

Sobre este punto, hago notar hechos que demuestran la manifiesta mala intención del Banco y la negligencia de ASFI; toda vez que, en la misma carta enviada por el Banco a ASFI de fecha 28 de marzo del año 2.013 que adjunto, en la hoja cuatro, punto 5, claramente el Banco reconoce que de la revisión que efectuaron de las cuentas de Comboni, pudieron evidenciar la inexistencia del débito de Sus. 42.318.90.-. Para luego y ante una "oficiosa información proporcionada por ASFI", el Banco mediante carta de 24 de junio pasado, recién señala "SUPUESTOS DÉBITOS", con diferentes fechas y montos. Hay que señalar que SUPUESTO significa fingido, hipotético e incierto; ¿Una entidad Bancaria, que se precia de ser sería, puede hablar de "supuestos débitos"?, y de ser así deben aclarar si existen o no existen. Hago notar que, mediante liquidaciones enviadas por el mismo Banco en años anteriores a ASFI; que en fotocopias también adjunto; estos "supuestos montos" nunca aparecieron ni existieron.

4.- El cobro excesivo de intereses sobre montos inexistentes

5.- Dos remate de bienes posteriores, totalmente excesivos y sin explicación del destino injustificado que se le dio a los montos obtenidos de dichos remate.

Aclarando; porque salta a la vista, que de igual manera las fotocopias de las liquidaciones envidas por el Banco a ASFI, no demuestran, justifican, ni coinciden mínimamente con esos cobros y remates excesivos.

*III.- **FUNDAMENTOS DE HECHO.-***

Su Autoridad, después da una serie de considerandos oscuros y contradictorios, enumeración de cartas y otros, con los que ha pretendido justificar una Resolución

totalmente infundada y sin respaldo legal alguno, con un total desconocimiento de los hechos; porque nunca los ha investigado o los ha querido investigar, infringiendo normas y no queriendo asumir sus verdaderas atribuciones, jurisdicción y competencia como AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN FINANCIERO Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, dicta en fecha 11 de julio del año 2.013, una RESOLUCIÓN de lo mas incompleta, incongruente y en total contravención a su condición de Autoridad, contraviniendo de la manera más inexplicable disposiciones legales que van desde la Constitución Política del Estado, Ley de Bancos, Ley de Procedimiento Administrativo, Reglamentos internos de ASFI y otras disposiciones a las que ASFI a pesar de mencionarlas, les da la interpretación más inapropiada, sesgada y forzada.

Esta parte, en ningún momento le ha pedido a su Autoridad conocer, revisar o pronunciarse sobre sentencias Judiciales u otras; si están ejecutoriadas o no. Lo que se solicito del Banco, y que ASFI tenía la obligación de investigar a fondo es: 1.- la razón para la EXISTENCIA DE UN DOCUMENTO ALTERADO EN SU CONTENIDO Y OTRO EN EL QUE SE EXCLUYE AL DEUDOR PRINCIPAL, NEGOCIANDO UNILATERALMENTE A ESPALDAS DE ÉL. 2.- EL RETIRO DE MONTOS SIN AUTORIZACIÓN NI DESTINO JUSTIFICADO. 3.- EL COBRO EXCESIVO DE INTERESES POSTERIORES AL JUICIO. 4.-REMATES POR MONTOS IRRISORIOS, TAMBIÉN POSTERIORES AL JUICIO Y CUYOS MONTOS NO SE SABEN QUE CUENTAS FUERON A PAGAR.

Estos son hechos irregulares estrictamente Administrativos y Bancarios, que debían ser explicados por el Banco, para que ASFI los valore en la justa medida y LOS SANCIONE EN EL ÁMBITO TOTALMENTE ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL, sin importar las instancias judiciales, sean penales o civiles, que tienen sus propios mecanismos de demanda y defensa, plazos e instancias, debiendo más bien en su caso y una vez valorados los hechos denunciados, remitirlos a la Autoridad que competa.

Como puede verse, nada de lo solicitado tiene que ver con las demandas y mucho menos pretender pronunciamientos judiciales de ningún tipo; mas aun y a modo de información que contradice la que Ud. maneja, los juicios no han concluido, ya que la alteración del documento probadamente denunciado, lo hace nulo y la NULIDAD NO PRESCRIBE. Pero este es un tema que si, esta ventilándose en los tribunales y simplemente a ASFI le corresponde verificar e investigar la existencia de hechos irregulares, que atentan contra los clientes y que ponen totalmente en tela de juicio el correcto funcionamiento y accionar de una entidad Bancaria del nivel del Banco Mercantil Santa Cruz, en resguardo del consumidor y la transparencia de las transacciones bancarias.

IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Todo lo anotado, así como en todo lo actuado por su Autoridad, puede verse las omisiones, contravenciones, a normas, leyes y otras disposiciones vigentes, sobre las cuales respaldo el presente recurso y son:

1.- Ley 2341 de fecha 23/4/2.002, Art. 4 inc. a, b, d, f, e, i; Art. 16 inc. a, e, h, i, l y m.

2.- Ley SAFCO 1178 de 20/7/1990, Arts. 28.29 y 35

3.- D.S. 23318 de 3 de noviembre del año 1.992

4.- Ley 1488 Arts. 92 y 99 inc. 2

5.- Constitución Política del Estado.- Arts. 232,235 y 332-1

6.- Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (ASFI).

Sección 2.- Disposiciones Especificas Art. 8; Disposiciones Administrativas Art. 3 Sección 3.- Políticas y Procedimiento con relación a la atención al cliente y usuario Art. 2 inc. 1, 3, 4 y 5 Sección 4.- Funcionamiento de Punto de Reclamo.- Art. 3 Sección 5.- Funcionamiento de Central de Reclamos ASFI, Art 1, 2 y 3 Es importante nuevamente hacer mención a lo que establece el Art. 4 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, especialmente en sus incisos: B).- Principio de Auto Tutela: la administración pública dicta actos que tiene efectos sobre ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por si misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior; D).- Principio de verdad material: la administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Así mismo, la Sentencia Constitucional N° 140/2003-R de fecha 6 de febrero del año 2.003, en su parte más importante señala; "conviene recordar que la investigación penal es independiente de cualquier otro proceso administrativo que se pueda instaurar...".

Considero necesario también hacer recordar y notar a su Autoridad, por su importancia, la razón de ser y los principios que tiene ia Nueva Lev del Sistema Financiero, con relación a la Protección al Consumidor y la garantía en la defensa de los mismos por parte de ASFI, investigación de denuncias, transparencia en la información, el establecimiento de sanciones administrativas; sin importar las demás sanciones establecidas por ley, la prohibición expresa de modificaciones unilaterales a los contratos, salvo cuando beneficien al Consumidor, y otras que claramente demuestran el verdadero espíritu de la Ley que es la DEFENSA DEL CONSUMIDOR y por sobre todas las cosas el VERDADERO ROL QUE DEBE DESEMPEÑAR ASFI, en su condición de Autoridad, sin excusas, sin prejuicios ni intereses de ningún tipo. Haciendo notar también que todas estas disposiciones que hoy se encuentra claramente establecidas en la nueva Ley, ya estaban comprendidas en las atribuciones y reglamentos de ASFI.

Debemos recordar además, que las Resoluciones contrarias a la Constitución y a las Leyes, así como el incumplimiento de deberes, constituyen también comisión de delito, más aun si comprometen al Estado y le ocasionan daño económico.

V.- PETITORIO.-

Por todo lo anotado, al amparo de los arts. 64 y 65 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nro. 2341, interpongo el presente recurso de REVOCATORIA a la Resolución 427/2.013 de 11 de julio del año 2.013, dictada por su Autoridad, a fin de que luego de una nueva evaluación de los hechos, la reconsidere y LA REVOQUE,

substanciándola y pronunciándose expresa y fundamentadamente, sobre cada uno de los CINCO PUNTOS CLARAMENTE DENUNCIADOS y arriba anotados.

Caso contrario, DEBERÁ FUNDAMENTAR SU RESOLUCIÓN aclarando los siguientes aspectos:

1.- Cuales son las verdaderas funciones, atribuciones y responsabilidad de ASFI, en su condición de AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, con relación a las entidades supervisadas y los consumidores financieros.

2.- Extractando de su totalmente infundada Resolución, ¿porque no es de competencia ni atribución de ASFI, en su condición de Autoridad de Supervisión (fiscalización superior, controlar, enjuiciar, revisar, estar al tanto, vigilar, etc.) la investigación de un documento de préstamo, demostradamente fraguado y alterado por una institución bancaría dependiente de Uds.?.

2.- Si para ASFI es normal y no es de su competencia, que los bancos modifiquen reglas de un contrato de préstamo unilateralmente, sin importar para nada lo que establecen las leyes en general y el Art. 8 de su Reglamento, (Disposiciones Especificas), que establece hasta sanciones.

3.- Porque no es atribución ni competencia de ASFI el investigar y verificar denuncias, sobre la sustracción abusiva de montos de dinero de una cuenta particular por parte de una entidad bancaria supervisada, de manera totalmente irregular y sin autorización alguna del titular de la misma. Más aún si consideramos que este constituye un hecho doloso, tipificado por nuestras leyes como abuso de confianza, apropiación indebida y otros.

4.- Porque no es atribución ni competencia de ASFI, la verificación ante una denuncia formal, para la investigación del cobro de intereses a cero días.

5.- Si las entidades financieras fiscalizadas por ASFI, pueden seguir rematando bienes, posteriores a la cancelación de la deuda o por el contrario ASFI debe verificar y observar estos abusos.

Debemos aclarar a su Autoridad, que todos los aspectos denunciados y claramente explicados dentro el presente caso, se encuentran totalmente contemplados en la nueva Ley del Sistema Financiero, que si bien todavía no está en vigencia, ya marca el verdadero espíritu de la ley, de las atribuciones de ASFI como Autoridad y que no pueden dejar de ser observada por Ud., mas aun si muchas de sus disposiciones, han sido extractadas del Reglamento de ASFI, de manera mejor substanciada…"

3.2. Alegatos del tercero interesado.-

El **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, en su condición de tercero interesado, mediante memorial presentado en fecha 20 de septiembre de 2013, presenta alegatos respecto al Recurso de Revocatoria interpuesto por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, afirmando lo siguiente:

"…Habiendo sido notificados con el memorial de 22 de agosto de 2013, a través del cual Mery Wilma Comboni interpone Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio de 2013, tenemos a bien responder al mismo, solicitando a su Autoridad rechace los argumentos expuestos por la pseudo recurrente, debiendo confirmarse la Resolución recurrida en atención a los siguientes argumentos:

Mery Wilma Comboni, pretende trastocar todo el sistema legal de nuestro país, al exigir que una Autoridad en materia administrativa asuma conocimiento y emita pronunciamientos que son de competencia exclusiva de una Autoridad jurisdiccional, desconociendo principios fundamentales que hacen a un Estado de Derecho, como es el referido a la división de los Poderes del Estado, en este ilegal acometido, demanda que su Autoridad vulnere normas constitucionales como es la contenida en el Art. 179 de la Constitución Política del Estado.

En efecto, señora Directora, los términos expuestos en el recurso de revocatoria no consideran que en la ejecución judicial de los créditos existen pronunciamientos judiciales expresos y definitivos emergentes del debate efectuado ante autoridad jurisdiccional competente la cual ha validado, en estricto apego a normas procesales vigentes, todas las actuaciones judiciales, entre las que se encuentran los remates efectuados y las liquidaciones presentadas en dicha ejecución, sin mencionar que ha sido la propia empresa ejecutada - respecto a la cual, la recurrente carece de representación y personería alguna conforme ha sido sobradamente expuesto en el curso del presente trámite - quien ha omitido hacer uso de las instancias procesales para exponer las observaciones que ahora indica en contra de las mencionadas liquidaciones, dejando caducar sus derechos por efecto de la preclusión procesal pretendiéndose ahora que sea la Autoridad Administrativa, quien de manera forzada e ilegal, subsane la incuria y negligencia en que la empresa ejecutada ha incurrido a lo largo del proceso.

Conforme se evidencia de toda la documentación aparejada por nuestra entidad en respuesta a las comunicaciones de ASFI, por las que nos hacía conocer los desatinados reclamos de Mery Wilma Comboni, el entonces Banco Mercantil S.A. otorgó dos préstamos a favor de la Empresa Constructora COMBONI ASOCIADOS S.R.L., con destino la (sic) *construcción y conclusión del Edificio "COMBONI CENTER" ubicado en la Avenida San Martin esquina Jordán de la ciudad de Cochabamba, teniendo ambos créditos, entre otras garantías, hipotecas sobre los siguientes inmuebles:*

a) Hipotecas sobre un edificio en construcción de diez niveles con destino a locales comerciales y oficinas, ubicado en la Avenida San Martín esquina Jordán de la ciudad de Cochabamba.

b) Hipotecas sobre dos fracciones de terrenos contiguos cada uno con una extensión superficial de 5.600 m^2, los cuales se encuentran ubicados en la zona El Bajío, La Guardia (Santa Cruz) en el km. 10 de la carretera a Cochabamba. La hipoteca sobre este inmueble fue constituida en virtud al derecho propietario que la Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L., tenía sobre dicho inmueble,

conforme se acredita de toda la documentación presentada al Banco al momento de la tramitación del crédito, habiendo, los representantes legales de la empresa, suscrito los contratos de préstamos en condición de propietarios de estas dos fracciones de terrenos.

En relación a la garantía descrita en el inciso a), cabe hacer notar que el primer crédito fue garantizado con los terrenos sobre los que se inició la construcción del mencionado edificio, terrenos que en ese entonces, los cuales en su momento eran de propiedad de la Cámara Departamental de Minería, del señor Rodolfo Vera Vargas y del señor Ángel Serrano Sibüa, respectivamente, quienes en su condición de propietarios, intervinieron en la suscripción de la Escritura Pública correspondiente al primer préstamo, manifestando su consentimiento para la constitución de los respectivos gravámenes. Posteriormente, para la suscripción del segundo préstamo, dichos inmuebles ya eran de propiedad de la Empresa COMBONI Y ASOCIADOS S.R.L., en virtud a transferencias que fueron autorizadas por el Banco, por lo que para la constitución de esta segunda hipoteca, la empresa deudora manifestó plenamente su consentimiento; en consecuencia no pudo haber existido irregularidad alguna en la constitución de la hipoteca sobre dicho inmueble como pretende hacer ver la recurrente y menos figura delictiva alguna.

En relación a las acusaciones sobre débitos indebidos que nuestra institución habría efectuado, a través de nota BMSC/GAL/424/2013 de 24 de junio de 2013, la cual debe constar en el expediente correspondiente al presente trámite administrativo; nuestra entidad dio detallada y completa respuesta explicando cada una de las transacciones acusadas por Mery Wilma Comboni como débitos indebidos, desvirtuando las maliciosas acusaciones de esta persona, quien de ninguna manera pudo ni puede rebatir la documentación que respalda dichas explicaciones la que demuestra de manera objetiva la total ausencia e inexistencia de irregularidad alguna.

Por último y en lo que se refiere a los supuestos cobros excesivos sobre montos inexistentes, hacemos notar que esta afirmación es novedosa y que es referida recién en el memorial de revocatoria, sin que anteriormente hubiera mención alguna sobre a dicho extremo, demostrándose de esta manera que los argumentos expuestos por la recurrente a lo largo de este trámite administrativo, siempre careció de respaldo y de coherencia y lógica jurídica. No obstante y para despejar cualquier duda sobre este aspecto, nuevamente nos remitimos a los anexos enviados por nuestra entidad en cada una de sus notas, los que contienen de manera detallada el cobro que se ha efectuados a los créditos de la Empresa Comboni y asociados S.R.L.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a su Autoridad rechace el pseudo recurso de revocatoria interpuesto por Mery Wilma Comboni, confirmando la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio de 2013…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 624/2013 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI**

ASOCIADOS S.R.L., la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta las consideraciones siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que, en fecha 29 de octubre de 2012, la señora Mery Wilma Comboni de Molina, presentó reclamo a esta Autoridad de Supervisión, en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por las supuestas irregularidades en las operaciones crediticias otorgadas a la Empresa Comboni y Asociados S.R.L. en los años 1994 y 1995, solicitando expresamente lo siguiente:

"1.

a) Cuál fue el documento base de la demanda, con el que el Banco Mercantil Santa Cruz, en fecha 7 de febrero del año 1997, inicio proceso ejecutivo a Comboni Asociados; especificando número de testimonio, fecha del mismo y ante que Notario fue autorizado.
b) Cuál fue la base total de la demanda;
c) Qué pagos se hicieron;
d) Cuántos remates se realizaron y sobre que montos;
e) Qué débitos de cuentas se hicieron;
f) Cuáles fueron los destinos de los montos cobrados por el banco y
g) Cuál fue el pago total realizado.

2. Porqué existen DOS TESTIMONIOS DE PRÉSTAMO, CON EL MISMO NÚMERO, FECHA y AUTORIZADO ANTE LA MISMA NOTARÍA, PERO CON DISTINTO CONTENIDO (TESTIMONIO Nro. 1034, DE 29 DE DICIEMBRE DE 1.994, NOTARÍA DE LA DRA. JULIETA LARRAÍN DE JIMÉNEZ). Acompaño a la presente a fs. 16 los dos testimonios mencionados, en los que resalta la diferencia de contenido en los incisos 3.1 de ambos documentos y el número de formulario o papel sellado 1853461 y 1853486.

3. Informe detallado de las deudas de la empresa COMBONI ASOCIADOS, hasta el 6 de enero del año 1.999. Con especificación y respaldo de los remates realizados para cubrir la deuda y los abonos a las cuentas respectivas.

4. Cuáles fueron los bienes de COMBONI ASOCIADOS y/o LA CÁMARA DE MINERÍA, que fueron adjudicados a empleados del mismo banco y cuál la razón para dichas adjudicaciones. Acompaño a fs. 3, resumen de las adjudicaciones.

5. Existe un monto de $us. 42.318.90, que fue debitado por el Banco de la Caja de Ahorro Nro. 01-008-008-094757 de la empresa COMBONI ASOCIADOS. Pido se CERTIFIQUE Y RESPALDE DOCUMENTALMENTE, cuál fue el destino de dicho monto. Acompaño a fs. 1, resumen con las fechas de los respectivos débitos.

6. Porqué si al 6 de enero del año 1.999, la Empresa COMBONI, adeudaba al Banco $us. 28.591.-, según informes presentados por el mismo Banco; esperan dos y cuatro años para realizar el cuarto y quinto remate respectivamente, por montos muy superiores y, documentalmente, cuál fue el destino de los montos percibidos por dichos remates. Acompaño a fs. 6, resumen de los cinco remates.

7. *Certifiquen si de acuerdo a informes que cursan en la Superintendencia de Bancos, al 31 de diciembre de 1.998, la empresa COMBONI, ya tenía cancelada la suma de $us. 676.409.- correspondiente a capital más intereses. Acompaño a fs. 4, resumen e informe presentado por el Banco Mercantil Santa Cruz, a la Superintendencia de Bancos.*

8. *Por qué el Banco Mercantil Santa Cruz, al iniciar el proceso ejecutivo contra COMBONI ASOCIADOS, omite o deja de lado a la Cámara de Minería, siendo esta garante mancomunada de la obligación de la empresa COMBONI. Acompaño a fs. 2, testimonio Nro. 64, debidamente legalizado de complementación y aclaración.*

9. *Qué destino se le dio a los pagos o débitos, que los adjunto en fotocopias de recibos, emitidos por el banco y que a continuación detallo:*

9.1	*A fs. 1, recibo Nro. 23454*	*$us. 1.071*	*intereses a 0 días.*
9.2	*A fs. 1, recibo Nro. 23455*	*$us. 2.014.27*	*intereses a 0 días.*
9.3	*A fs. 1, recibo Nro. 32536*	*$us.12.000*	*por 0 días de intereses*
9.4	*A fs. 2, recibos Nro. 31444*	*$us.11.700*	*intereses cobrados antes de su vencimiento*
9.5	*A fs. 1, recibo Nro. 23453*	*$us. 41.900*	*sólo a intereses, pagados el mismo día de su vencimiento*
9.6	*A fs. 1, recibo Nro. 28873*	*$us. 31.8700*	*cobrado el 13 de enero, cuando su vencimiento era el 27 de abril.*
9.7	*A fs. 1, recibo Nro. 103686*	*$us. 6.786*	*que destino se les dio*
9.8	*A fs. 1, recibo Nro. 77510*	*$us. 7.800*	*que destino se les dio*
9.9	*A fs. 1, nota de débito*	*$us. 15.900*	*que destino se les dio*

Que, esta Autoridad de Supervisión, con carta ASFI/DDC/R-75966/2013 de fecha 24 de mayo de 2013, solicita al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. informe, debidamente

*fundamentado, en el que se consideren los extremos expuestos por la reclamante; asimismo, se señale el destino que se dio a los supuestos débitos efectuados de la caja de ahorro N° **01-008-094757**, en las siguientes fechas y montos:*

"1. 12-02-1996 por $us.1.000.- (Un Mil 00/100 Dólares Americanos).
2. 15-02-1996 por $us.500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos).
3. 09-04-1996 por $us.8.300.- (Ocho Mil Trescientos 00/100 Dólares Americanos).
4. 22-11-1996 por $us.7.800.- (Siete Mil Ochocientos 00/100 Dólares Americanos).
5. 19-06-1997 por $us.9.481,70 (Nueve Mil Cuatrocientos Ochenta y Uno 70/100 Dólares Americanos).
6. 30-12-1999 por $us.15.237,20 (Quince Mil Doscientos Treinta y Siete 20/100 Dólares Americanos).
7. Adjuntar copia del extracto de la caja de ahorro N° 01-008-094757, de las gestiones 1996 y 1997".

Que, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., mediante nota BMSC/GAL/422/2013 de 6 de junio de 2013, sobre la solicitud de esta Autoridad de Supervisión, expresa lo siguiente: "…previamente a responder los extremos expuestos en la impertinente nota remitida por la reclamante, corresponde poner en conocimiento de su Autoridad ciertos extremos relacionados con la total y absoluta falta de personería que tiene Mery Wilma Comboni de Molina para actuar en representación de COMBONI y ASOCIADOS S.R.L. y consiguientemente para tomar conocimiento de las operaciones realizadas por dicha empresa, conforme los alcances del Art. 86 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras… la certificación emitida por el concesionario del Registro de Comercio, acreditan de manera incontrovertible la ausencia de legalidad y legitimidad en la representación que Mery Wilma Comboni de Molina dice tener para con la sociedad COMBONI y ASOCIADOS S.R.L., al no ser socia y mucho menos representante legalmente acreditada de dicha sociedad. En ese contexto cualquier Poder que supuestamente se hubiera emitido a su favor para la representación de la citada empresa carece de los elementos de oponibilidad y eficacia, conforme las previsiones contenidas en el Art 29 numeral 5 y en el Art. 31, ambas normas del Código de Comercio…" (el subrayado es nuestro).

Que, por otra parte, esta Autoridad de Supervisión luego de la revisión del expediente, pudo evidenciar que la denuncia de la señora Comboni de Molina se refería al mismo caso demandado por el señor Roberto Comboni Viscarra, la cual fue atendida con carta ASFI/DDC/R-140491 de 29 de diciembre de 2011 y recepcionada por el mencionado solicitante en fecha 6 de enero de 2012, la cual claramente mencionaba:

"Nos referimos a su carta de fecha 12 de octubre de 2011, mediante la cual presentó reclamo contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por supuestas alteraciones a los Contratos de Crédito, los cuales habrían sido utilizados para la demanda judicial y posterior remate de bienes que garantizan las operaciones crediticias.--- Al respecto, comunicamos a usted que de acuerdo a las gestiones realizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. informó con carta BMSC/GAL/1696/2011 de 12 de diciembre de 2011, que mediante Escrituras

Públicas N° 1034/94 de 29 de diciembre de 1994 y N° 736/95 de 15 de agosto de 1995, la Entidad Financiera habría otorgado a la Empresa "Comboni Asociados" S.R.L. dos créditos por la suma total de $us. 530.000.- (Quinientos Treinta Mil 00/100 Dólares Americanos) y que emergente de un proceso de ejecución judicial para la cobranza de dichos créditos, existen pronunciamientos judiciales expresos y definitivos emitidos por la autoridad jurisdiccional competente a favor del Banco.--- De la revisión efectuada a la documentación remitida por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. como por su persona al Ente Regulador, se evidencia la suscripción de dos contratos de crédito entre la entidad financiera y la Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L. dichos contratos fueron admitidos por el Juez de la causa para el inicio del juicio ejecutivo, proceso judicial que habría terminado con una sentencia a favor del Banco y a raíz de esta sentencia se prosiguió con el remate de los bienes que garantizaban dichos créditos en base a liquidaciones y procedimientos establecidos para los mismos.--- Sobre el particular, el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece: Todo proceso judicial entre la entidad supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes.--- En este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tiene atribuciones de pronunciarse sobre delitos penales como la adulteración de Escrituras Públicas dichos aspectos deberían ser resueltos en la vía jurisdiccional correspondiente; asimismo, el Ente Regulador no se encuentra facultado para pronunciarse sobre los fallos o sentencias judiciales ejecutoriadas, por tanto, la Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L. mediante las instancias jurisdiccionales correspondientes puede interponer los recursos que la Ley le franquea, para desvirtuar los argumentos que la Entidad Financiera utilizó para ganar el citado juicio ejecutivo…".

Que, esta Autoridad de Supervisión, con relación a los reclamos de la señora Mery Wilma Comboni, no tiene atribuciones, ni competencia para revisar fallos judiciales y pronunciarse sobre los mismos de acuerdo al artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y conforme lo establece el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por lo que dispone en la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio de 2013, lo siguiente:

*"**ÚNICO**.- Rechazar las solicitudes efectuadas por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, dentro del reclamo interpuesto contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. señalando que esta Autoridad de Supervisión en el marco de sus atribuciones carece de competencia para conocer, revisar y pronunciarse sobre su reclamo debido a las sentencias judiciales que versan sobre los puntos de su petición".*

Que, en fecha 28 de agosto de 2013, la señora Mery Wilma Comboni de Molina presenta Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio de 2013, manifestando lo siguiente:

- *Después de más de 8 meses de iniciado el último trámite, su Autoridad se anima a dictar Resolución, aunque de manera inexacta, irresponsable y sesgada.*

- *La denuncia interpuesta ante su Autoridad se circunscribía a una serie de hechos*

totalmente irregulares cometidos por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en contra de Comboni Asociados, debidamente documentados por esta parte y que ASFI tenía la obligación de investigar, recabando la información veraz, completa y documentada sobre los mismos, aclarando que nada tienen que ver con los tribunales o instancias judiciales, sino que son más bien de orden estrictamente bancario y/o administrativo.

- *Los aspectos que fueron solicitados en vía de denuncia para que se investigue con el Banco, no fueron realizados, ante la negligencia y parcialidad de esta Autoridad de Supervisión, se han resumido en cinco puntos:*

  1. *"La alteración y manejo a conveniencia por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. del Testimonio de Préstamo Nro. 1034 de fecha 29 de septiembre del año 1.994 autorizado ante la Notaría Julieta Larraín, cambiando una de las hojas donde se estipulaban las garantías, sin el conocimiento ni aceptación de Comboni, lo que hace nulo y la nulidad no prescribe.*

  2. *El cambio o modificación que realiza el Banco de manera unilateral a las condiciones del préstamo arriba mencionado, mediante Testimonio ante la misma Notaría, dejando de lado a la Empresa Comboni, siendo el deudor principal. Esto está expresamente sancionado por el Art. 8 de su Reglamento en la parte pertinente a sus Disposiciones Específicas, y pretende decir que no tiene competencia?*

  3. *La sustracción sistemática realizada por el Banco Mercantil Santa Cruz de fondos de la cuenta de Comboni, que suman más de $us. 60.000.- sin ningún tipo de autorizaciones, respaldo, ni constancia del destino o pago para el cual fueron utilizados y completamente al margen de lo que se encontraba en ejecución judicial. Aclarando que cursan en su despacho los números de recibos y fechas de tales débitos.*

  4. *El cobro excesivo de intereses sobre montos inexistentes.*

  5. *Dos remates de bienes posteriores, totalmente excesivos y sin explicación del destino injustificado que se le dio a los montos obtenidos de dichos remates".*

- *La Resolución recurrida es totalmente infundada y sin respaldo legal alguno, con un total desconocimiento de los hechos, porque nunca los han investigado o los ha querido investigar, infringiendo normas.*

- *Lo que se solicitó del Banco y que ASFI tenía la obligación de investigar a fondo es:* ***1****. La razón para la existencia de un documento alterado y el otro en el que se excluye al deudor principal, negociando unilateralmente a espaldas de él.* ***2.*** *El retiro de montos sin autorización ni destino justificado.* ***3.*** *El cobro excesivo de*

intereses posteriores al juicio. ***4.*** *Remates por montos irrisorios, también posteriores al juicio y cuyos montos no se saben que cuentas fueron a pagar.*

- *Estos hechos irregulares estrictamente administrativos y bancarios que debían ser explicados por el Banco, para que ASFI los valore en la justa medida y los sancione en el ámbito totalmente administrativo e institucional.*

- *Al amparo de los artículos 64 y 65 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nro. 2341, interpone Recurso de Revocatoria a la Resolución 427/2013 de 11 de julio de 2.013, a fin de que luego de una nueva evaluación de los hechos, la considere y la revoque, sustanciándola y pronunciándose expresa y fundamentadamente sobre cada uno de los CINCO PUNTOS claramente denunciados, debiendo fundamentar la Resolución aclarando los siguientes aspectos:*

  1. *"Cuáles son las verdaderas funciones, atribuciones y responsabilidad de ASFI, en su condición de AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, con relación a las entidades supervisadas y los consumidores financieros.*

  2. *Extractando de su totalmente infundada Resolución, por qué no es de competencia ni atribución de ASFI, en su condición de Autoridad de Supervisión (fiscalización superior, controlar, enjuiciar, revisar, estar al tanto, vigilar, etc.) la investigación de un documento de préstamo demostradamente fraguado y alterado por una institución bancaria dependiente de Uds.?*

  3. *Si para ASFI es normal y no es de su competencia que los bancos modifiquen reglas de un contrato de préstamo unilateralmente, sin importar para nada lo que establecen las leyes en general y el Art. 8 de su Reglamento (Disposiciones Específicas), que establece hasta sanciones.*

  4. *Por qué no es atribución ni competencia de ASFI el investigar y verificar denuncias sobre la sustracción abusiva de montos de dinero de una cuenta particular por parte de una entidad bancaria supervisada, de manera totalmente irregular y sin autorización alguna del titular de la misma. Más aún si consideramos que este constituye un hecho doloso tipificado por nuestras leyes como abuso de confianza, apropiación indebida y otros.*

  5. *Por qué no es atribución ni competencia de ASFI, la verificación ante una denuncia formal para la investigación del cobro de intereses a cero días.*

  6. *Si las entidades financieras fiscalizadas por ASFI pueden seguir rematando bienes posteriores a la cancelación de la deuda o por el contrario ASFI debe verificar y observar estos abusos".*

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

Que, a efectos de establecer una interpretación íntegra de la norma legal aplicada en el presente caso, es pertinente enunciar la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2006 de 15 de marzo de 2006, que establece: "… el ***principio de verdad material*** *consagrado en el literal d) del Artículo 4 de la Ley de Procedimiento administrativo No. 2341 señala: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". Es evidente que la Administración Pública debe ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, pero con el fin de que el acto administrativo resulte independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes, obliga al Juez a adoptar una decisión circunscrita a ese aspecto…" (El resaltado y subrayado es nuestro).*

Que, la Sra. Mary Wilma Comboni de Molina, en Recurso de Revocatoria pide la sustanciación y fundamentación expresa sobre cada uno de los siguientes puntos:

- ***Punto N° 1.***

Cuáles son las verdaderas funciones, atribuciones y responsabilidad de ASFI, en su condición de AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, con relación a las entidades supervisadas y los consumidores financieros.

De acuerdo al Decreto Supremo N° 22203, Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera (ASFI), es una institución derecho público, de duración indefinida, con autonomía económica-administrativa, que ejerce sus funciones bajo la tuición del Ministerio de Finanzas (actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), cuyo objetivo principal es cumplir y hacer cumplir las leyes, decretos y normas reglamentarias relativas al Sistema Financiero Nacional, velar por la estabilidad y solvencia de las entidades que lo integran y precautelar el manejo de los ahorros y depósitos del público, teniendo las siguientes funciones:

a) Velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento del sistema financiero nacional y el cumplimiento de las normas que lo rigen;

b) Mantener actualizados los valores correspondientes a las sanciones pecuniarias señaladas en la Ley General de Bancos de 11 de julio de 1928.

c) Fijar los capitales pagados mínimos para el funcionamiento de las entidades bajo su jurisdicción;

d) Inspeccionar a las entidades a que se refiere el artículo 3;

e) Autorizar la organización, funcionamiento, fusión y, cierre de las entidades bajo su control o de sus sucursales, agencias u oficinas;

f) Aprobar los estatutos de las entidades bajo su control así como sus modificaciones y ampliaciones, sin perjuicio de los trámites previstos en disposiciones legales vigentes;

g) Velar por la veracidad de la información que todas las entidades bajo su control deben rendir a sus accionistas, socios y público en general; así como a la propia Superintendencia;

h) Dictar disposiciones normativas y reglamentarias, concernientes al control, estabilidad y solidez económica y financiera de las entidades bajo su fiscalización;

i) Dictar normas para definir y uniformar la contabilidad y planes de cuentas de las entidades bajo su control;

j) Interpretar en el ámbito administrativo, los alcances de las disposiciones legales y administrativas que rigen a las entidades a su cargo;

k) Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control cuando estas contravengan las disposiciones que las norman, en los casos previstos por ley;

l) Establecer la Central de Información de Riesgos, de conformidad con lo dispuesto en el presente estatuto orgánico;

m) Elaborar las estadísticas del sistema financiero, debiendo publicarlas oportuna y periódicamente, propiciando la transparencia del mercado;

n) Autorizar a las entidades bajo su control, la realización de operaciones financieras no previstas en las leyes que las rigen y que incidental o temporalmente resulten necesarias para la mejor ejecución de sus actividades y operaciones;

o) Elaborar un sistema de indicadores, relaciones o razones (ratios), que permita la implantación de un método preventivo de vigilancia;

p) Adoptar medidas precautorias directas en resguardo de los bancos y entidades financieras en crisis contra los directores, ejecutivos y funcionarios de esas entidades. Cuando se rehúse la exhibición de documentos o valores, podrá disponer la requisición de bóvedas, muebles u otros recintos de seguridad;

q) Las demás que le señale la ley.

Asimismo y de acuerdo al artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), tiene las siguientes atribuciones:

1. *Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera.*

2. *Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera.*
3. *Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables.*
4. *Supervisar a las personas naturales o jurídicas que efectúen actividades auxiliares de la intermediación financiera.*
5. *Ejercer supervisión consolidada de conformidad al artículo 6° de la presente Ley.*
6. *Incorporar al ámbito de su competencia, de acuerdo con el Banco Central de Bolivia, a otras personas o entidades que realicen actividades de intermediación financiera.*
7. *Elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera.*
8. *Establecer sistemas preventivos de control y vigilancia.*
9. *Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero.*
10. *Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.*
11. *Disponer la regularización obligatoria y la intervención de las entidades de intermediación financiera.*
12. *Mantener un registro de funcionarios y empleados y ex funcionarios y ex empleados suspendidos o inhabilitados en el ejercicio de la actividad financiera. Este registro formará una base de datos única y compartida con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a la que tendrán acceso todas las instituciones que forman parte del Sistema de Regulación Financiera.*
13. *Celebrar acuerdos con otros organismos extranjeros de supervisión del sector financiero.*
14. *Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control.*
15. *Dirigir las investigaciones de legitimación de ganancias ilícitas y suscribir convenios con organismos internacionales con funciones análogas.*
16. *Se autoriza al Superintendente de Bancos y Entidades Financieras establecer cronogramas de adecuación para constituir previsiones por modificaciones a la normativa prudencia…".*

Finalmente, el Libro 4°, Título I, Capítulo I, Sección 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece el Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario (Consumidor Financiero), cuyo objeto es normar los derechos que tienen los clientes y usuarios, sus políticas y procedimientos mínimos que deben

observar las entidades financieras para la atención, a través de su Punto de Reclamo, situación que le da derecho a presentar su reclamo correspondiente.

- ***Punto N° 2.***

Extractando de su totalmente infundada Resolución, por qué no es de competencia ni atribución de ASFI, en su condición de Autoridad de Supervisión (fiscalización superior, controlar, enjuiciar, revisar, estar al tanto, vigilar, etc.) la investigación de un documento de préstamo demostradamente fraguado y alterado por una institución bancaria dependiente de Uds.?

La investigación del documento que alega la Sra. Comboni, corresponde a un contrato de préstamo protocolizado el 29 de diciembre de 1994 en la Notaría de Fe Pública N° 18 a cargo de la Dra. Julieta Larraín de Jiménez, el mismo que fue suscrito de conformidad a los términos establecidos por ambas partes, cuyo Testimonio corresponde al N° 1034. Asimismo y como consecuencia del incumplimiento de pago de las operaciones por parte de la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., el Banco inició una demanda de cobranza judicial ante el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba, habiendo concluido dicho proceso en fecha 24 de mayo de 1997, con sentencia favorable a la Entidad Financiera, debidamente ejecutoriada en fecha 23 de julio de 1997.

En este sentido, es pertinente dejar constancia que esta Autoridad de Supervisión no tiene atribuciones ni facultades que le permitan investigar un "delito", que está circunscrito al ámbito de la justicia ordinaria en materia penal como es el caso de "Falsedad Material", tipificado en el Código Penal en el artículo 198 que dispone: "El que forjare en todo o en parte un documento público falto o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en privación de libertad…", situación que tendrá como fin, lograr la efectiva investigación y posterior calificación del daño ocasionado (El subrayado es nuestro).

De la misma forma se explica en la Resolución ASFI N° 427/2013, cuando se menciona que esta Autoridad de Supervisión, en el marco de sus atribuciones, carece de competencia; entendiéndose como competencia el tribunal que va a conocer, con preferencia o exclusión de los demás, de una controversia que ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional. Por ello se ha señalado que, si la jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la competencia fija los límites dentro de los cuales se ejerce tal facultad.

- ***Punto N° 3.***

Si para ASFI es normal y no es de su competencia que los bancos modifiquen reglas de un contrato de préstamo unilateralmente, sin importar para nada lo que establecen las leyes en general y el Art. 8 de su Reglamento (Disposiciones Específicas), que establece hasta sanciones.

El artículo 42 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, dispone: "Las tasas de interés activas y pasivas de las operaciones del sistema de intermediación financiera, así como las comisiones y recargos por otros servicios, serán libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios. Las entidades de intermediación financiera no podrán modificar unilateralmente los términos, tasas de interés y condiciones pactadas en los contratos…"

En el presente caso, la Ley de Bancos y Entidades Financieras es clara al manifestar la prohibición, bajo pena de sanciones correspondientes, por la modificación de los términos establecidos en los contratos correspondientes. Esta prohibición se mantiene vigente mientras dure la operación crediticia.

Cuando los prestatarios por cualquier motivo dejen de honrar sus obligaciones, la institución financiera está obligada también a cumplir las disposiciones para la recuperación de cartera establecidas en el Título V, Anexo I, Sección 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (vigente hasta el 6 de enero de 2013), que mencionan:

*"**Artículo 1°** - **Inicio de acciones judiciales**.- Las acciones judiciales deben ser iniciadas a más tardar a los 91 días de la fecha en que entró en mora un prestatario, a menos que se cuente con una autorización para su postergación por un plazo máximo de 90 días adicionales, emitida por el nivel competente superior al que aprobó el crédito. Esta autorización debe ser puesta en conocimiento del Directorio u órgano equivalente y constar en la carpeta del deudor, conteniendo como mínimo la siguiente información:*

1. *Monto del crédito,*
2. *Antigüedad de la mora,*
3. *Motivo y plazo de postergación de la ejecución,*
4. *Nivel de autorización, nombres y firmas, y*
5. *Fecha de sesión de Directorio.*

***Artículo 2°** - **Acciones extrajudiciales**.- La EIF en base a un estudio de costo-beneficio puede optar por las acciones extrajudiciales de cobranza, desestimando la iniciación de acciones judiciales a aquellos prestatarios con endeudamiento total, igual o menor al monto que establezca el Directorio u órgano equivalente de cada EIF.*

Los procesos de acciones extrajudiciales de cobranza, deben estar sujetos al secreto bancario. Asimismo, deben respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos establecidos en la Constitución Política del Estado.

***Artículo 3° - Información para la Junta Ordinaria de Accionistas**.- La Junta General Ordinaria de Accionistas u órgano equivalente debe ser informada por el Síndico de todo crédito en mora igual o superior al 1% del patrimonio neto de la EIF y de todo crédito en mora por más de 90 días al que no se haya iniciado la acción*

judicial durante el ejercicio anual. La Junta debe necesariamente adoptar decisiones sobre ambos aspectos.

Artículo 4° - Informes de los abogados.- *Hasta el día 10 del mes siguiente a cada trimestre calendario, como mínimo, la EIF debe contar con los informes de los abogados encargados de las acciones judiciales, conteniendo el detalle de la situación o estado actual en que se encuentra cada prestatario en ejecución, así como la opinión legal del abogado patrocinante respecto de las posibilidades de recuperación de los créditos otorgados.*

Cada trimestre como mínimo, el Gerente General y el responsable del área respectiva debe presentar un informe al Directorio sobre la cartera en cobranza judicial" (el subrayado es nuestro).

Como se podrá observar, este Órgano regulador también conmina a las entidades de intermediación financiera a mantener niveles aceptables de mora, disponiendo que todo crédito que exceda los 90 días de mora inicie las acciones legales correspondientes para su recuperación, situación que implica el accionar del órgano judicial competente a los efectos de la recuperación de la cartera en mora, ámbito en el cual, esta Autoridad de Supervisión ya no tiene competencia.

- ***Punto N° 4.***

Por qué no es atribución ni competencia de ASFI el investigar y verificar denuncias sobre la sustracción abusiva de montos de dinero de una cuenta particular por parte de una entidad bancaria supervisada, de manera totalmente irregular y sin autorización alguna del titular de la misma. Más aún si consideramos que este constituye un hecho doloso tipificado por nuestras leyes como abuso de confianza, apropiación indebida y otros.

El artículo 86 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece: "Las operaciones realizadas por las entidades de intermediación financiera, estarán sujetas al secreto bancario. No podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular, a quien éste autorice o a la persona que lo representa legalmente…".

El numeral 1 del artículo 87 de la citada Ley N° 1488, dispone que el secreto bancario será levantado únicamente mediante orden judicial motivada, expedida por un juez competente o a requerimiento fiscal expreso motivado, dentro de un proceso formal y de manera expresa, por intermedio de la Superintendencia.

El artículo 88 de la misma norma legal, dispone: "Quedan obligados a guardar secreto de los asuntos y operaciones del sistema financiero y sus clientes, que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, los directores, Síndicos, gerentes y suplentes de:

- *Entidades de intermediación financiera*
- *Banco Central de Bolivia*

- *Expresas de Auditoría Externa*
- *Empresas valuadoras de riesgo.*
- *Empresas vinculadas de entidades financieras*
- ***Funcionarios públicos relacionados con la actividad de intermediación financiera***

El artículo 1307 del Código de Comercio en lo referente al Secreto Bancario establece que: "Las entidades bancarias y de crédito guardarán el debido secreto acerca de las operaciones que realicen y de la información recibida de sus clientes. Las entidades bancarias y de crédito y funcionarios que violen esta disposición, responderán solidariamente de los daños y perjuicios ocasionados con ello, salvo que deban revelar tales secretos por mandato del juez dentro de juicio, con los recaudos correspondientes, y por requerimiento fundado de la autoridad administrativa de control. La información intercambiada entre los Bancos y entidades de crédito entre sí gozan también del secreto bancario".

En el presente caso, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a través de su carta CITE PR BMSA 33816/12 de 10 de septiembre de 2012 manifiesta que: "… habiendo revisado los antecedentes correspondientes a su reclamo se ha podido evidenciar que la señora Mery Wilma Comboni de Molina quien ha suscrito el referido reclamo, no acredita la representación legal de la empresa COMBONI ASOCIADOS S.R.L. sin que dicha persona pueda tener interés legítimo en la solicitud que realiza, por lo que al tratarse de información amparada en el Secreto Bancario, lamentamos comunicar que no podemos atender su solicitud".

Asimismo, mediante carta complementaria BMSC/338161 de 1 de octubre de 2012, el mencionado Banco manifiesta: "Habiendo efectuado un análisis de dicho Poder hemos evidenciado que el mismo no puede ser considerado como un documento idóneo que acredite la representación de la sociedad de referencia en razón a las siguientes omisiones: a. No se acredita en el Poder la condición de Gerente General de la Sociedad Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L. que tiene el poderdante Silvio Roberto Ramiro Comboni Viscarra, situación que no permite evidenciar cual es la fuente del mandato para que la señora Mery Wilma Comboni de Molina actúe en representación de la mencionada sociedad. 2. El Poder antes indicado no ha cumplido con la formalidad de su registro conforme imperativamente lo dispone el numeral 5) del artículo 29 del Código de Comercio en actual vigencia, omisión que determina que el mandato contenido en el referido Poder no sea oponible a nuestra entidad bancaria…".

Por otra parte, los hechos ilícitos que alega la Sra. Comboni de Molina como hecho doloso tipificado por nuestras leyes, así como abuso de confianza, apropiación indebida y otros, también corresponden al ámbito penal, situación en la cual no tenemos competencia.

Al margen de lo alegado por la entidad financiera, esta Autoridad de Supervisión, atendiendo las reiteradas solicitudes de la parte interesada y en cumplimiento a los Principios de Transparencia e Informalidad, solicitó al Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

a través de la nota ASFI/DDC/R-75966/2013 de 24 de mayo de 2013 detalle de los supuestos débitos efectuados de la caja de ahorro N° 01-0088-094757 reclamados por la Sra. Comboni Molina, la misma que fue atendida por el Banco en fecha 24 de junio de 2013 con nota BMSC/GAL/464/2013, donde se explica los débitos reclamados, los cuales corresponden a las gestiones 1996 y 1997.

- ***Punto N° 5.***

Por qué no es atribución ni competencia de ASFI, la verificación ante una denuncia formal para la investigación del cobro de intereses a cero días.

Sobre la presente denuncia, y como se ha venido explicando, este cobro de intereses se produjo en las gestiones 1996 – 1997, situación que no fue denunciado (sic) *en su debida oportunidad, por parte de la Sra. Comboni ni de ninguno de los representantes de la empresa que representa, situación que fue dilucidada en el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba, habiendo concluido con sentencia ejecutoriada favorable a la entidad financiera el 23 de julio de 1997.*

Por esta situación, esta Autoridad de Supervisión no tiene facultad para verificar, mucho menos investigar, el cobro de intereses irregulares de los créditos obtenidos en las gestiones 1994 – 1995 por la empresa Comboni Asociados S.R.L., en razón a que dichos aspectos no han sido invocados por la parte interesada en las instancias judiciales correspondientes habilitadas para el efecto, situación que se vio concluida con la sentencia ejecutoriada de fecha 23 de julio de 1997.

- ***Punto N° 6.***

Si las entidades financieras fiscalizadas por ASFI pueden seguir rematando bienes posteriores a la cancelación de la deuda o por el contrario ASFI debe verificar y observar estos abusos.

A partir de la norma dispuesta en el Título V, Anexo I, Sección 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (vigente hasta el 6 de enero de 2013), explicada en el Punto N° 3, esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para supervisar y/o fiscalizar acciones emergentes de acciones judiciales, situación que deberá ser reorientada a través del Juzgado que atendió el proceso judicial.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el parágrafo I del artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, se establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y

supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993, señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y el de ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que intermedien recursos financieros.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera, valores y seguros.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, la Ley No. 393 de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, en la Disposición Transitoria Octava, prescribe que la misma entrará en vigencia a los noventa (90) días de promulgada. Mientras no se emita normativa reglamentaria se considerará vigente la normativa emitida bajo la Ley No. 1488 de 14 de abril de 1993.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo el artículo 43 del citado Decreto Supremo, establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo de veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, el inciso c) parágrafo II, del artículo 28 del Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (DS 27113) referente al objeto del acto administrativo dispone: "Asegure derechos adquiridos mediante sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada o mediante actos administrativos que se encuentren firmes en sede administrativa".

Que, el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que: "Todo proceso judicial entre la Entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes" (…)".

En mérito a tales fundamentos, el Ente Regulador resuelve:

"…***ÚNICO.- CONFIRMAR*** *la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero...*"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

4.1. Memorial de 10 de octubre de 2013.-

En fecha 10 de octubre de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 624/2012 de 25 de septiembre de 2013, expresando lo siguiente:

"…***I.- ANTECEDENTES.-***

A fin de que la Autoridad Superior, tome conocimiento de los hechos y revoque y defina el fondo de lo recurrido, es necesario en vía de información, reiterar que, al margen del presente trámite, ya se hicieron reclamos y solicitudes que datan de hace mas (sic) de 10 años atrás, mediante una serie de cartas y notas que cursan en las oficinas de ASFI, SIN HABER SIDO NUNCA RESUELTAS y en muchos casos ni respondidas.

Es a partir de agosto del año 2.012, que mi persona se hace cargo del presente trámite, presentado cartas y memoriales de fechas 15, 22 y 24 de agosto y 20 de septiembre del mismo año, ante el denominado punto de reclamo del banco Mercantil Santa Cruz, de acuerdo a lo establecido por los reglamentos y disposiciones de ASFI, los mismos que fueron soslayados por el Banco, pidiendo primero ampliaciones de plazo y luego observaciones a la representación, que no le venia al caso, demostrando su manifiesta y mal intencionada disposición a dar las CERTIFICACIONES E INFORMES REQUERIDOS.

Por lo que, en fecha 22 de octubre del 2.012, presente denuncia formal ante ASFI, por las contravenciones, irregularidades e ILEGALIDADES, cometidas por el Banco Mercantil Santa Cruz, en perjuicio de mis poder conferentes Comboni Asociados.

A este trámite, iniciado en fecha 22 de octubre del 2.012, después de muchos reclamos y reiteraciones, mediante más de 10 cartas y memoriales pidiendo RESOLUCCIÓN (sic) *EXPRESA, incluido un Recurso de Revocatoria por silencio administrativo de fecha 1 de julio de 2.013, recién la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), dicta la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio del 2.013, ante la cual planteo el Recurso de Revocatoria correspondiente, en fecha 27 de agosto del 2.013, habiendo ASFI recién dictado la Resolución Confirmatoria N° 624/2013 de fecha 25 de septiembre de 2.013.*

Quiero hacer conocer a la Autoridad Superior que deberá resolver el presente Recurso Jerárquico, que ante la total negligencia, desidia y desinterés en revisar los antecedentes del proceso, para que luego de una verdadera valoración e

investigación de los hechos denunciados, dicte una JUSTA Y RESPONSABLE Resolución, enmarcada dentro sus reales atribuciones, sus reglamentos y la ley, me permito prácticamente transcribir los argumentos del Recurso de Revocatoria de 27 de agosto pasado, complementando con algunos argumentos necesarios y emergentes de la Resolución ASFI 624/2.013.

II.- DE LA DENUNCIA.-

Es importante recordar, que la denuncia, se circunscribía en una serie de hechos totalmente irregulares, cometidos por el Banco Mercantil Santa Cruz en contra de COMBONI ASOCIADOS, debidamente documentados por esta parte y que ASFI tenía la obligación de investigar, recabando la información veraz, completa y documentada sobre los mismos, aclarando por enésima vez, que nada tienen que ver con los tribunales o instancias judiciales, sino que son mas bien de orden estrictamente bancario y/o administrativo.

Sobre el tema en particular y la denuncia planteada, es importante hacer presente los siguientes aspectos que fueron solicitados en vía de denuncia a ASFI, para que esta, por medio de su personal, investigue con el Banco, esperando una respuesta o explicación, más o menos coherente, que nunca ha existido, amparada en la negligencia y parcialidad de su despacho, que nunca asumió su verdadero rol de Autoridad y menos de SUPERVISIÓN quedando así DEMOSTRADA LA DENUNCIA resumida en cinco puntos; los más importantes:

PUNTO 1.- LA ALTERACIÓN Y MANEJO A CONVENIENCIA POR PARTE DEL BANCO MERCANITL SANTA CRUZ, DEL TESTIMONIO DE PRÉSTAMO Nro. 1034 DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DEL AÑO 1.994 AUTORIZADO ANTE LA NOTARÍA JULIETA LARRAIN. CAMBIANDO UNA DE LAS HOJAS DONDE SE ESTIPULABAN LAS GARANTÍAS, SIN EL CONOCIMIENTO NI ACEPTACIÓN DE COMBONI lo que lo hace nulo y la nulidad no prescribe. Cursa en poder de ASFI los dos Testimonios, con el mismo número y fecha, pero con distinto contenido.

PUNTO 2.- EL CAMBIO O MODIFICACIÓN QUE REALIZA EL BANCO DE MANERA UNILATERAL A LAS CONDICIONES DEL PRÉSTAMO ARRIBA MENCIONADO, MEDIANTE TESTIMONIO Nro. 64 DE FECHA 27 DE ENERO DEL AÑO 1.995, AUTORIZADO ANTE LA MISMA NOTARÍA, DEJANDO DE LADO A LA EMPRESA COMBONI SIENDO EL DEUDOR PRINCIPAL. Esto está expresamente sancionado por el Art. 8 de los Reglamentos de ASFI en la parte pertinente a sus Disposiciones Específicas (hoy inserto en la nueva Ley de Servicios Financieros en sus Arts. 86 y 87) ¿y ASFI pretende decir que no tiene competencia?

A estos dos puntos, es necesario recordarle a su Autoridad y hacer conocer a la Autoridad Superior lo siguiente:

2.1.- Que mediante memorial de 2 de octubre del año 2.012 presentado ante la fiscalía por el señor Efraín Morales Morales, personero del Banco denunciado; que ya

cursa en obrados, pero que nuevamente adjunto, claramente dicho personero, reconoce expresamente el hecho irregular e ilícito cometido, al afirmar: "Lo cierto y evidente es que de la lectura de la minuta de préstamo con garantía hipotecaria que corresponde al Testimonio Nro. 1034, se establece la inserción de la limitante referida, sin embargo el instrumento presentado para la ejecución civil determina la inexistencia de dicha limitante..."; "Queda claro que al darse cuenta de la limitante inexistencia en el documento base de la ejecución civil, a fin de evitar precisamente malas interpretaciones personeros legales del Banco Mercantil y de la Cámara Departamental de Minería proceden a la suscripción de la Escritura Publica Nro. 64...". Cabe aclarar, sin la participación de Comboni, deudor principal del préstamo.

2.2.- Que mediante carta de fecha 28 de marzo pasado, que cursa en su despacho, y que en fotocopia para facilitar su verificación nuevamente acompaño, el Banco Mercantil Santa Cruz "informa a ASFI" que la Cámara Departamental de Minería, nunca fue garante de la Empresa deudora. Nada más FALSO, lo que si es cierto, es que ésta fue la razón principal para ALTERAR el Testimonio de Préstamo Nro. 1034. Acompaño también una vez más al efecto, fotocopias de las dos hojas de dicho Testimonio; la PRIMERA que corresponde a la original, en la que se establecía que la Cámara Departamental de Minería, cubría la garantía hasta la suma de Sus. 200.000.- y la SEGUNDA que es la "alterada", en la que se anula dicha garantía. Sin embargo y como no hay irregularidad perfecta, se mantiene la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA, en la que claramente se establece la solidaridad de la garantía.

Diga Ud. si solamente estos dos hechos totalmente irregulares y dolosos, no merecían ser investigados por su Autoridad y sancionados en el ámbito estrictamente administrativo, obligando si se puede, a que el banco explique lo inexplicable y de no ser así, se sancione de acuerdo a sus Reglamentos; hoy en día claramente contemplados en la nueva ley del sistema financiero. Permitir esto; sin importar las instancias judiciales, sean penales o civiles, CONVIERTEN A ASFI EN CÓMPLICE DE ESTAS IRREGULARIDADES e ILÍCITOS, además de estarle ocasionando un daño económico al Estado, toda vez que esta tremenda contravención bancaria (tipificada por la nueva ley, en su Art. 41, Inc. II, b.- como Gravedad Media), como Ud. bien sabe, es pasible a una sanción no menor al 3% de su capital mínimo de acuerdo al Art. 99, inc. 2 de la ley Nro. 1488, todavía en vigencia.

PUNTO 3.- LA SUSTRACCIÓN SISTEMÁTICA REALIZADA POR EL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ DE FONDOS DE LA CUENTA PARTICULAR DE COMBONI, QUE SUMAN MAS DE $US. 60.000.- sin ningún tipo de autorización, respaldo, ni constancia del destino o pago para el cual fueron utilizados y completamente al margen de lo que se encontraba en ejecución judicial. Aclarando que cursan en su despacho los números de recibos y fechas de tales débitos.

Sobre este punto, hago notar hechos que demuestran la manifiesta mala intención del Banco y la negligencia de ASFI; toda vez que, en la misma carta enviada por el Banco a ASFI de fecha 28 de marzo del año 2.013 que adjunto, en la hoja cuatro, punto 5, claramente el Banco reconoce que de la revisión que efectuaron de las

cuentas de Comboni, pudieron evidenciar la inexistencia del débito de Sus. 42.318.90.-. Para luego y ante una "oficiosa información proporcionada por ASFI", el Banco mediante carta de 24 de junio pasado, recién señala "SUPUESTOS DÉBITOS", con diferentes fechas y montos. Hay que señalar que SUPUESTO significa fingido, hipotético e incierto; Una entidad Bancaria, que se precia de ser sería» puede hablar de "supuestos débitos"?, y de ser así deben aclarar si existen o no existen. Hago notar que, mediante liquidaciones enviadas por el mismo Banco en años anteriores a ASFI; que en fotocopias también adjunto; estos "supuestos montos" nunca aparecieron ni existieron.

PUNTO 4.- El cobro excesivo de intereses sobre montos inexistentes (sic)

PUNTO 5.- Dos remate de bienes posteriores, totalmente excesivos y sin explicación del destino injustificado que se le dio a los montos obtenidos de dichos remate.

Aclarando; porque salta a la vista, que de igual manera las fotocopias de las liquidaciones enviadas por el Banco a ASFI, no demuestran, justifican, ni coinciden mínimamente con esos cobros y remates excesivos.

III.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

Su Autoridad, después da una serie de considerandos oscuros y contradictorios, enumeración de cartas y otros, con los que ha pretendido justificar una Resolución totalmente infundada y sin respaldo legal alguno, con un total desconocimiento de los hechos; porque nunca los ha investigado o los ha querido investigar, infringiendo normas y no queriendo asumir sus verdaderas atribuciones, jurisdicción y competencia como AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN FINANCIERO Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, dicta en fecha 11 de julio del año 2.013, una RESOLUCIÓN de lo mas incompleta, incongruente y en total contravención a su condición de Autoridad y que la ratifica mediante Resolución de fecha 25 de septiembre pasado, contraviniendo de la manera más inexplicable disposiciones legales que van desde la Constitución Política del Estado, Ley de Bancos, Ley de Procedimiento Administrativo, Reglamentos internos de ASFI y otras disposiciones a las que ASFI a pesar de mencionarlas, les da la interpretación más inapropiada, sesgada y forzada.

Esta parte, en ningún momento le ha pedido a su Autoridad conocer, revisar o pronunciarse sobre sentencias Judiciales u otras; si están ejecutoriadas o no. Lo que se solicito del Banco, y que ASFI tenía la obligación de investigar a fondo es:

1- la razón para la EXISTENCIA DE UN DOCUMENTO ALTERADO EN SU CONTENIDO Y
2.- OTRO EN EL QUE SE EXCLUYE AL DEUDOR PRINCIPAL, NEGOCIANDO UNILATERALMENTE A ESPALDAS DE ÉL.
3.- EL RETIRO Y SUSTRACCIÓN DE MONTOS SIN AUTORIZACIÓN NI DESTINO JUSTIFICADO.
4.- EL COBRO EXCESIVO DE INTERESES POSTERIORES AL JUICIO.

5.- REMATES POR MONTOS IRRISORIOS, TAMBIÉN POSTERIORES AL JUICIO Y CUYOS MONTOS NO SE SABEN QUE CUENTAS FUERON A PAGAR.

Estos son hechos irregulares estrictamente Administrativos y Bancarios, que debían ser explicados por el Banco, para que ASFI los valore en la justa medida y LOS SANCIONE EN EL ÁMBITO TOTALMENTE ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL, sin importar las instancias judiciales, sean penales o civiles, que tienen sus propios mecanismos de demanda y defensa, plazos e instancias, debiendo mas bien en su caso y una vez valorados los hechos denunciados, remitirlos a la Autoridad que competa, denunciando los ilícitos a la Fiscalía o adhiriéndose al proceso instaurado por el CONSUMIDOR afectado, como establece la ley SAFCO en su Art. 35.

Como puede verse, nada de lo solicitado tiene que ver con las demandas y mucho menos pretender pronunciamientos judiciales de ningún tipo; mas aun y a modo de información que contradice la que ASFI oficiosamente maneja, los juicios no han concluido, ya que la alteración del documento probadamente denunciado, lo hace nulo y la NULIDAD NO PRESCRIBE. Pero este es un tema que si, esta ventilándose en los tribunales y simplemente a ASFI le corresponde verificar e investigar la existencia de hechos irregulares, que atenían contra los clientes y que ponen totalmente en tela de juicio el correcto funcionamiento y accionar de una entidad Bancaria del nivel del Banco Mercantil Santa Cruz, en resguardo del consumidor y la transparencia de las transacciones bancarias.

IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Todo lo anotado, así como en todo lo actuado por su Autoridad, pueden verse las omisiones, contravenciones, a normas, leyes y otras disposiciones vigentes, sobre las cuales respaldo el presente recurso y son:

1.- Constitución Política del Estado PlurinacionaL- Art. 24; Art. 232; Art. 235 y Art. 332-1. Este último, claramente determina "Las entidades financieras, estarán reguladas y SUPERVISADAS por una institución de regulación de bancos y entidades financieras. Esta institución tendrá carácter de derechos público y jurisdicción en todo el territorio boliviano."

2.- Ley de Procedimiento Administrativo Nro. 2341.- Art. 4 incs. a, b, c, d, f, j, k, l; haciendo especial referencia a los incisos b).- Principio de Auto Tutela: la administración pública dicta actos que tiene efectos sobre ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por si misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior; d).- Principio de verdad material: la administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; Art. 11 inc. II; Art. 16 inc. a, e, h, i, l y m; Art. 66 y 68 (sic)

2.- (sic) *Ley SAFCO 1178, Arts. 28, 29 y 35*

4.- Ley de Bancos y Entidades Financieras Nro. 1488.- Arts. 42 que dice "...Jas entidades de intermediación financiera, NO podrán modificar unilateralmente los términos, tasas de interés y condiciones pactadas en los contratos..."; Arts. 92 y 99 inc. 2

5.- Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (ASFI).

Sección 2.- Disposiciones Especificas Art. 8 que dice "Las entidades financieras que modifiquen unilateralmente los términos, tasas de interés y demás condiciones pactadas en los contratos de crédito, serán sancionados con amonestación escrita, conminadas a respetar cada uno de los términos y condiciones contractuales pactados y a devolver, de ser el caso, las sumas cobradas en exceso como resultado de dicha modificación unilateral. En caso de reincidencia, se aplicara a la entidad infractora una multa equivalente hasta el doble de lo cobrado en exceso como consecuencia de la modificación unilateral, sin perjuicio de proceder a la devolución del caso"; Disposiciones Administrativas Art. 3

Sección 3.- Políticas y Procedimiento con relación a la atención al cliente y usuario Art 2 inc. 1, 3, 4 y 5

Sección 4.- Funcionamiento de Punto de Reclamo.- Art. 3

Sección 5.- Funcionamiento de Central de Reclamos ASFI, Art 1, 2 y 3

Así mismo, la Sentencia Constitucional N° 140/2003-R de fecha 6 de febrero del año 2.003, en su parte más importante señala; "conviene recordar que la investigación penal es independiente de cualquier otro proceso administrativo que se pueda instaurar...".

Considero necesario también hacer notar que lo estipulado en la Sentencia Constitucional mencionada guarda total relación con la Nueva Ley de Servicios Financieros. Hago notar a su Autoridad, por su importancia, la razón de ser y los principios que tiene la Nueva Ley del Sistema Financiero, con relación a la Protección al Consumidor y la garantía en la defensa de los mismos por parte de ASFI, investigación de denuncias, transparencia en la información, el establecimiento de sanciones administrativas; sin importar las demás sanciones establecidas por ley, la prohibición expresa de modificaciones unilaterales a los contratos, salvo cuando beneficien al Consumidor, y otras que claramente demuestran el verdadero espíritu de la Ley que es la DEFENSA DEL CONSUMIDOR y por sobre todas las cosas el VERDADERO ROL QUE DEBE DESEMPEÑAR ASFI, en su condición de Autoridad, sin excusas, sin prejuicios ni intereses de ningún tipo. Haciendo notar también que todas estas disposiciones que hoy se encuentra claramente establecidas en la nueva Ley, ya estaban, en gran parte comprendidas en las atribuciones y reglamentos de ASFI.

Debemos recordar además, que las Resoluciones contrarias a la Constitución y a las Leyes, así como el incumplimiento de deberes, constituyen también comisión de delito, más aun si comprometen al Estado y le ocasionan daño económico.

Por lo que el dejar pasar los hechos denunciados significaría que la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO "ASFI", representante del Estado, no cumple con sus funciones de control y mucho menos de protección al CONSUMIDOR, muy por el contrario estaría AVALANDO el hecho de que una, entidad supervisada, ALTERE DOCUMENTOS A SU ANTOJO, CAMBIE LAS CONDICIONES DE UN CONTRATO SIN LA PARTICIPACIÓN DEL PRINCIPAL ACTOR DEL HECHO, SUSTRAIGA LA CANTIDAD DE DINERO QUE QUIERA DE LAS CUENTAS PARTICULARES DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS, REMATE BIENES HASTA EL CANSANCIO SOBRE DEUDAS YA CANCELADAS, COBRE INTERESES SOBRE MONTOS YA INEXISTENTES, ETC.

V.- PETITORIO.-

Por todo lo anotado, al amparo de los arts. 66 y 68 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nro. 2341, interpongo el presente recurso JERÁRQUICO a las Resolución 427/2.013 de 11 de julio del año 2.013 y 624/2013 de 25 de septiembre pasado, dictadas por su Autoridad, a fin de que la Autoridad Superior LAS REVOQUE, pronunciándose sobre el fondo del recurso y sobre cada uno de los CINCO PUNTOS CLARAMENTE DENUNCIADOS y arriba anotados…"

4.2. Alegatos del tercero interesado.-

En fecha 7 de noviembre de 2013, el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** presenta memorial, formulando alegatos solicitando se rechace el Recurso Jerárquico interpuesto por Mery Wilma Comboni de Molina y se confirme la Resolución ASFI N° 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, expresando lo siguiente:

"*…Habiendo sido notificados con el memorial de 9 de octubre de 2013, a través del cual Mery Wilma Comboni interpone Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, dentro del plazo previsto por el Art. 41 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, tenemos a bien responder al mismo, solicitando a su Autoridad rechace los argumentos expuestos por la pseudo recurrente, debiendo confirmarse las Resoluciones emitidas por la Autoridad Supervisora en atención a los mismo* (sic) *argumentos y fundamentos expuestos por nuestra entidad a lo largo del presente procedimiento administrativo, los cuales no han podido se rebatidos por la recurrente y que por el contrario son absolutamente concordantes con los fundamentos sobre los cuales la Autoridad regulatoria ha basado las Resoluciones que ahora son impuganadas (sic). Dichos argumentos son los siguientes:*

Mery Wilma Comboni, pretende trastocar todo el sistema legal de nuestro país, al exigir que una Autoridad en materia administrativa asuma conocimiento y emita pronunciamientos que son de competencia exclusiva de una Autoridad jurisdiccional, desconociendo principios fundamentales que hacen a un Estado de Derecho, como es el referido a la división de los Poderes del Estado, en este ilegal acometido, demanda que su Autoridad vulnere normas constitucionales como es la contenida en el Art. 179 de la Constitución Política del Estado.

En efecto, los términos expuestos por la recurrente, que son idénticos en todos sus memoriales cartas y recursos, no consideran que en la ejecución judicial de los créditos existen pronunciamientos judiciales expresos y definitivos emergentes del debate efectuado ante autoridad jurisdiccional competente la cual ha validado, en estricto apego a normas procesales vigentes, todas las actuaciones judiciales, entre las que se encuentran los remates efectuados y las liquidaciones presentadas en dicha ejecución, sin mencionar que ha sido la propia empresa ejecutada - respecto a la cual, la recurrente carece de representación y personería alguna conforme ha sido sobradamente expuesto en el curso del presente trámite - quien ha omitido hacer uso de las instancias procesales para exponer las observaciones que ahora indica en contra de las mencionadas liquidaciones, dejando caducar sus derechos por efecto de la preclusión procesal, pretendiéndose ahora que sea la Autoridad Administrativa, quien de manera forzada e ilegal, subsane la incuria y negligencia en que la empresa ejecutada ha incurrido a lo largo del proceso.

Conforme se evidencia de toda la documentación aparejada por nuestra entidad en respuesta a las comunicaciones de ASFI, por las que nos hacía conocer los desatinados reclamos de Mery Wilma Comboni, el entonces Banco Mercantil S.A. otorgó dos préstamos a favor de la Empresa Constructora COMBONI ASOCIADOS S.R.L., con destino la construcción y conclusión del Edificio "COMBONI CENTER" ubicado en la Avenida San Martín esquina Jordán de la ciudad de Cochabamba, teniendo ambos créditos, entre otras garantías, hipotecas sobre los siguientes inmuebles:

a) Hipotecas sobre un edificio en construcción de diez niveles con destino a locales comerciales y oficinas, ubicado en la Avenida San Martín esquina Jordán de la ciudad de Cochabamba.

b) Hipotecas sobre dos fracciones de terrenos contiguos cada uno con una extensión superficial de 5.600 m^2, los cuales se encuentran ubicados en la zona El Bajío, La Guardia (Santa Cruz) en el km. 10 de la carretera a Cochabamba. La hipoteca sobre este inmueble fue constituida en virtud al derecho propietario que la Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L., tenía sobre dicho inmueble, conforme se acredita de toda la documentación presentada al Banco al momento de la tramitación del crédito, habiendo, los representantes legales de la empresa, suscrito los contratos de préstamos en condición de propietarios de estas dos fracciones de terrenos.

En relación a la garantía descrita en el inciso a), cabe hacer notar que el primer crédito fue garantizado con los terrenos sobre los que se inició la construcción del mencionado edificio, terrenos que en ese entonces, los cuales en su momento eran de propiedad de la Cámara Departamental de Minería, del señor Rodolfo Vera Vargas y del señor Ángel Serrano Sibila, respectivamente, quienes en su condición de propietarios, intervinieron en la suscripción de la Escritura Pública correspondiente al primer préstamo, manifestando su consentimiento para la constitución de los respectivos gravámenes. Posteriormente, para la suscripción del segundo préstamo, dichos inmuebles ya eran de propiedad de la Empresa COMBONI Y ASOCIADOS

S.R.L., en virtud a transferencias que fueron autorizadas por el Banco, por lo que para la constitución de esta segunda hipoteca, la empresa deudora manifestó plenamente su consentimiento; en consecuencia no pudo haber existido irregularidad alguna en la constitución de la hipoteca sobre dicho inmueble como pretende hacer ver la recurrente y menos figura delictiva alguna.

En relación a las acusaciones sobre débitos indebidos que nuestra institución habría efectuado, a través de nota BMSC/GAL/424/2013 de 24 de junio de 2013, la cual debe constar en el expediente correspondiente al presente trámite administrativo; nuestra entidad dio detallada y completa respuesta explicando cada una de las transacciones acusadas por Mery Wilma Comboni como débitos indebidos, desvirtuando las maliciosas acusaciones de esta persona, quien de ninguna manera pudo ni puede rebatir la documentación que respalda dichas explicaciones la que demuestra de manera objetiva la total ausencia e inexistencia de irregularidad alguna.

Por último y en lo que se refiere a los supuestos cobros excesivos sobre montos inexistentes, hacemos notar que esta afirmación es novedosa y que es referida recién en el memorial de revocatoria, sin que anteriormente hubiera mención alguna sobre a dicho extremo, demostrándose de esta manera que los argumentos expuestos por la recurrente a lo largo de este trámite administrativo, siempre careció de respaldo y de coherencia y lógica jurídica. No obstante y para despejar cualquier duda sobre este aspecto, nuevamente nos remitimos a los anexos enviados por nuestra entidad en cada una de sus notas, los que contienen de manera detallada el cobro que se ha efectuados a los créditos de la Empresa Comboni y Asociados S.R.L.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a su Autoridad rechace el Recurso Jerárquico interpuesto por Mery Wilma Comboni, confirmando la Resolución ASFI N° 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, que a su vez confirma la Resolución ASFI N° 427/2013 de 11 de julio por el que se rechaza el reclamo interpuesto por la recurrente en contra de nuestra institución bancaria…"

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 14 de noviembre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, que fuera solicitada por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, mediante memorial presentado en fecha 1° de noviembre de 2013 y señalada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 088/2013 de 4 de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de

la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** representada por la señora Mery Wilma Comboni de Molina, en fecha 29 de octubre de 2012, presenta ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, reclamo y denuncia contra el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, por aparentes irregularidades en las operaciones crediticias otorgadas a la Empresa Constructora durante las gestiones 1994 y 1995, adicionalmente solicita que la Entidad Financiera le otorgue certificación de una serie de puntos sobre dichas operaciones y se le inicie un proceso sancionatorio.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha 16 de noviembre de 2012, da respuesta a la representante legal de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, señalando que un requerimiento similar fue presentado por el señor Roberto Comboni en el año 2011, el mismo que fue atendido en la misma gestión, asimismo, señalan que su nota de reclamo fue derivada al **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, para que directamente le proporcione las certificaciones solicitadas.

Con notas posteriores dirigidas al Ente Regulador, la señora Mery Wilma Comboni de Molina reitera su reclamo y exige que éste se pronuncie sobre los puntos exigidos.

El 27 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero responde a la señora Mery Wilma Comboni de Molina, puntualizando que no es competencia de ese Órgano Regulador, revisar y pronunciarse sobre fallos judiciales con calidad de cosa juzgada, debido a que sobre el reclamo existen sentencias judiciales y para desvirtuar dichos fallos debe apelar en la misma vía jurisdiccional, así como sobre la supuesta adulteración o falsificación del citado contrato de crédito Nº 1034/94, hecho que constituiría un acto delictivo y, no tienen facultad para resolver controversias de esa naturaleza.

La señora Mery Wilma Comboni de Molina en representación de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, mediante carta de fecha 16 de enero de 2013, insiste en el pronunciamiento expreso mediante resolución administrativa sobre los puntos reclamados y denunciados en su primera nota de octubre/2012, relacionados con las operaciones crediticias contraídas por la misma.

Con el propósito de que el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** dé cumplimiento en remitir los informes solicitados por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** y dispuestas por el Órgano Regulador, esta Entidad Financiera en dos oportunidades solicita ampliación de plazo para la remisión de los mismos. Dichos informes son remitidos a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 28 de marzo de 2013, señalando lo siguiente:

"…1) Los reclamos que ha formulado Mery wilma Comboni de Molina, quien en ningún momento ha acreditado personería legal alguna para actuar en nombre y legítima representación de Comboni Asociados S.R.L. han sido resueltos por la autoridad judicial competente hace más de 15 años atrás y sobre los fallos dictados por dicha autoridad judicial existe autoridad de cosa juzgada…

2) Los reclamos que formula Mery Wilma Comboni de Molina, conforme se acredita de su propia carta y de la documentación que se acompaña, demuestra con absoluta claridad que se trata de operaciones cuya antigüedad data de mucho más de 17 años, que en el campo del Derecho Administrativo y a los efectos de la prescripción impide que se ejerza actividad fiscalizadora, conforme lo manda el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
3) Actualmente, ante la Fiscalía Departamental de Cochabamba, Mery Wilma Comboni de Molina tramita una acción penal contra ex funcionarios del Banco, sobre la base de los hechos ahora reclamados…"

El 5 de abril de 2013, el Órgano Regulador responde a las cartas de la señora Mery Wilma Comboni de Molina, repitiéndole que sobre su reclamo presentado ya existen sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas con calidad de cosa juzgada y que ese Ente Fiscalizador no tiene competencia para revisar y pronunciarse sobre dichos fallos.

La **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, no conforme con la respuesta y con las aclaraciones efectuadas en la audiencia del 25 de abril de 2013, volvió a presentar varias notas reiterando su reclamo y exigiendo el pronunciamiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de resolución administrativa, para tener la posibilidad de acudir a instancias superiores establecidas por ley.

De los antecedentes remitidos a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tanto, por el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, como, por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, el Ente Fiscalizador "…*evidencia que a raíz del incumplimiento de pago de las operaciones crediticias contraídas en los años 1994 y 1995 por la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., el Banco Mercantil inició una demanda de cobranza judicial en el Juzgado Segundo de Partido en lo Civil de Cochabamba, habiendo concluido dicho proceso en fecha 24 de mayo de 1997, con sentencia favorable a la Entidad Financiera, debidamente ejecutoriada en fecha 23 de julio de 1997.*

Asimismo, durante la tramitación del proceso judicial, no habrían merecido impugnación alguna por parte del demandado, es decir la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., estaba conforme con los importes exigidos por el Banco, en ese sentido, han sido aprobadas de manera definitiva por la autoridad judicial, asimismo, la reclamante recién pretende desvirtuar resoluciones judiciales, que ya tienen calidad de Cosa Juzgada, posterior a la sentencia las futuras actuaciones de la Entidad Financiera respecto a la adjudicación y remate de bienes que garantizaban las operaciones crediticias, fueron aprobadas por la autoridad judicial y con pleno conocimiento de las partes".

El Ente Fiscalizador mediante nota escrita a **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, dio respuesta a sus reiteradas cartas de reclamo, refiriéndole que por su requerimiento no corresponde iniciar proceso sancionatorio en contra del **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, asimismo, le reiteran que ese Órgano de Supervisión "*…no tiene competencia para revisar y pronunciarse sobre su reclamo presentado el 29 de octubre de 2012, referido a las operaciones crediticias de la Empresa Constructora Comboni, debido a que el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Banco y Entidades Financieras, que determina: "Todo proceso judicial entre la entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes", asimismo, se le explicó a la reclamante que con relación a la supuesta adulteración de documentos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en complicidad con la Notaría de Fe Pública, Dra. Julieta Larraín y demás actos delictivos denunciados por la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento y tramitación*".

La **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión en fecha 27 de junio de 2013, y ante el silencio administrativo negativo de conformidad al artículo 17°, parágrafo III de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, presenta Recurso de Revocatoria contra la Carta ASFI/DDC/R-71458/2013.

El Órgano Fiscalizador, reencauzando el procedimiento administrativo en lo sustancial, emite Resolución Administrativa fundamentada ASFI N° 427/2013 de fecha 11 de julio de 2013, en respuesta al reclamo presentado en varias oportunidades por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, resolviendo rechazar las solicitudes efectuadas por la nombrada señora, dentro del reclamo interpuesto contra el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, señalando que:

a). A raíz del incumplimiento de pago de las operaciones crediticias contraídas en los años 1994 y 1995 por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, el Banco inició una demanda de cobranza judicial, con sentencia favorable a la Entidad Financiera, ejecutoriada el 23 de julio de 1997;

b). Durante la tramitación del proceso judicial, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** estaba conforme con los importes exigidos por el Banco y no habrían merecido impugnación, siendo aprobadas de manera definitiva por el Juez, teniendo la calidad de cosa juzgada;

c). La Autoridad de Supervisión en el marco de sus atribuciones carece de competencia para conocer, revisar y pronunciarse sobre su reclamo debido a las sentencias judiciales que versan sobre los puntos de su petición;

d). El artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina: "*Todo proceso judicial entre la Entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes*";

e). Sobre la supuesta adulteración de documentos por parte del Banco **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima**, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento y tramitación.

A través de memorial presentado en fecha 27 de agosto de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, pidiendo se revoque, substanciándola y pronunciándose expresa y fundamentadamente, sobre cada uno de los puntos denunciados.

En fecha 25 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013, por la cual se resuelve confirmar la Resolución ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, notificada a la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** en fecha 27 de septiembre de 2013.

La la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, a través de su representante Mery Wilma Comboni de Molina, en fecha 10 de octubre de 2013 interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, el mismo que se pasa a analizar y resolver a continuación:

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previo al análisis correspondiente, es importante señalar que, en ejercicio del control de legalidad que debe realizar esta instancia jerárquica, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se circunscribirá a determinar si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, -en el pronunciamiento de la Resolución impugnada-, ha actuado conforme a derecho, al confirmar la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, de lo que en definitiva depende se ingrese o no a una evaluación sobre los alegatos de fondo contenidos en el Recurso Jerárquico.

2.1. El Derecho de Petición.-

A tiempo de su Recurso Jerárquico, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** alega que:

> "…*ASFI tenía la obligación de investigar a fondo es:*
>
> *1- la razón para la EXISTENCIA DE UN DOCUMENTO ALTERADO EN SU CONTENIDO Y*
> *2.- OTRO EN EL QUE SE EXCLUYE AL DEUDOR PRINCIPAL, NEGOCIANDO UNILATERALMENTE A ESPALDAS DE ÉL***.**
> *3.- EL RETIRO Y SUSTRACCIÓN DE MONTOS SIN AUTORIZACIÓN NI DESTINO JUSTIFICADO.*
> *4.- EL COBRO EXCESIVO DE INTERESES POSTERIORES AL JUICIO.*
> *5.- REMATES POR MONTOS IRRISORIOS, TAMBIÉN POSTERIORES AL JUICIO Y CUYOS MONTOS NO SE SABEN QUE CUENTAS FUERON A PAGAR.*

Estos son hechos irregulares estrictamente Administrativos y Bancarios, que debían ser explicados por el Banco, para que ASFI los valore en la justa medida y LOS SANCIONE EN EL ÁMBITO TOTALMENTE ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL, sin importar las instancias judiciales, sean penales o civiles, que tienen sus propios mecanismos de demanda y defensa, plazos e instancias, debiendo mas bien en su caso y una vez valorados los hechos denunciados, remitirlos a la Autoridad que competa, denunciando los ilícitos a la Fiscalía o adhiriéndose al proceso instaurado por el CONSUMIDOR afectado, como establece la ley SAFCO en su Art. 35…"

Esto tiene que ver con la nota de 29 de octubre de 2012, presentada por la misma Empresa Constructora ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que, en ejercicio del derecho constitucional de petición, reclama, denuncia y exige respuesta, sobre las varias peticiones que allí constan.

En este sentido, es pertinente traer a colación el derecho a la petición, establecido en el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, cuando sostiene que: "*Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario*".

En consecuencia, el ejercicio del derecho de petición supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener respuesta, lo que significa que el Estado está obligado a resolverla; sin embargo, el sentido de la decisión o respuesta dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida, podrá ser positiva o en su caso negativa, conforme ya se tiene sentado el precedente administrativo de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2013 de fecha 12 de septiembre de 2013, es decir, que la obligación administrativa de resolver determinada pretensión, no significa que tal resolución la debe atender de manera necesariamente favorable, sino que también puede dar lugar a la negativa fundada de la misma.

Precisamente, en materia administrativa, el artículo 16° de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, dispone: "*(Derechos de las Personas). En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos**: a)** A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente…*"

En este sentido, previa revisión de la documental adjunta al expediente administrativo, se evidenció que las diferentes notas y memoriales presentados por la peticionante fueron respondidos mediante cartas y, finalmente, a través de las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013 y ASFI 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, señalando, entre otros, que:

"*…la Entidad Financiera a raíz del incumplimiento de pago de las operaciones crediticias contraídas en los años 1994 y 1995, por la Empresa Comboni y Asociados, procedió al inicio de una demanda de cobranza judicial en el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba y durante la tramitación del proceso judicial las*

liquidaciones presentadas al juez de la causa, no habrían merecido impugnación alguna por parte del demandado, habiendo sido aprobadas de manera definitiva por la autoridad judicial…"

"…Al existir, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas pasadas en Autoridad de Cosa Juzgada, emergentes del debate y compulsa efectuadas por las partes sobre los créditos reclamados, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene competencia para revisar y pronunciar sobre dichas sentencias…"

Respuestas que fueron debidamente notificadas a la peticionante, reflejándose que en el presente caso, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha dado contestación a las diferentes peticiones formuladas por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, entre ellos, los cinco puntos señalados ahora sucintamente en su Recuro Jerárquico (que fueron con mayor amplitud desarrollados en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 27 de agosto de 2013), el que habiendo ameritado y dado lugar a la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, permite extractar de ésta, la evidencia a la conclusión precitada.

En este sentido, se tiene el reclamo del Recurso Jerárquico, en sentido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero "*da una serie de considerandos oscuros y contradictorios, enumeración de cartas y otros, con los que ha pretendido justificar una Resolución totalmente infundada y sin respaldo legal alguno,* (…) *les da la interpretación más inapropiada, sesgada y forzada…*" (Nota ASFI/DDC/R-172085/2012 de 27 de diciembre de 2012, conforme es mencionada en la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013).

Ello hace pertinente traer a colación, lo determinado por el ex Tribunal Constitucional, ahora Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, la que a su vez se remite a la 0742/2010-R de 26 de julio de 2010, para determinar, en lo que interesa al caso, que:

"…La doctrina y jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el particular señala al debido proceso como aquella garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas, siendo la motivación de los hechos, un instrumento para erradicar la arbitrariedad del poder y fortalecer el Estado Democrático de Derecho. Deviniendo en consecuencia la necesidad de fundamentar las decisiones judiciales.

Sobre el particular tenemos la SC 0012/2006-R de 4 de enero, al hacer referencia a la exigencia de que la decisión judicial sea fundamentada, precisó, que: ´La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ***ello no supone que las decisiones jurisdiccionales***

tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión*; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución…´. Razonamiento ratificado por las SSCC 0112/2010-R de 10 de mayo y 0147/2010-R entre otras…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Establecido tal extremo y conforme se ha anunciado supra, es pertinente a continuación, traer en evidencia los pronunciamientos del Ente Regulador, a la serie de extremos reclamados por la recurrente:

2.1.1. Acerca de la sustitución de una de las hojas del Testimonio de préstamo, y la modificación unilateral de las condiciones del mismo.-

Conforme a los alegatos que han sido desarrollados en el Recurso de Revocatoria de 27 de agosto de 2013, la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** aqueja:

> "…*PUNTO 1.- LA ALTERACIÓN Y MANEJO A CONVENIENCIA POR PARTE DEL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ, DEL TESTIMONIO DE PRÉSTAMO Nro. 1034 DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DEL AÑO 1.994 AUTORIZADO ANTE LA NOTARÍA JULIETA LARRAIN. CAMBIANDO UNA DE LAS HOJAS DONDE SE ESTIPULABAN LAS GARANTÍAS, SIN EL CONOCIMIENTO NI ACEPTACIÓN DE COMBONI lo que lo hace nulo y la nulidad no prescribe*…"

Y después alega también:

> "…*PUNTO 2.- EL CAMBIO O MODIFICACIÓN QUE REALIZA EL BANCO DE MANERA UNILATERAL A LAS CONDICIONES DEL PRÉSTAMO* (…) *MEDIANTE TESTIMONIO Nro. 64 DE FECHA 27 DE ENERO DEL AÑO 1.995, AUTORIZADO ANTE LA MISMA NOTARÍA, DEJANDO DE LADO A LA EMPRESA COMBONI SIENDO EL DEUDOR PRINCIPAL. Esto esta expresamente sancionado por el Art. 8 de los Reglamentos de ASFI en la parte pertinente a sus Disposiciones Específicas (hoy inserto en la nueva Ley de Servicios Financieros en sus Arts. 86 y 87) ¿y ASFI pretende decir que no tiene competencia?* (…)
>
> *2.1.- Que mediante memorial de 2 de octubre del año 2.012 presentado ante la fiscalía por el señor Efraín Morales Morales, personero del Banco denunciado; que ya cursa en obrados, pero que nuevamente adjunto, claramente dicho personero, reconoce expresamente el hecho irregular e ilícito cometido,* (…) *Cabe aclarar, sin la participación de Comboni, deudor principal del préstamo.*
>
> *2.2.- Que mediante carta de fecha 28 de marzo pasado, que cursa en su despacho, y que en fotocopia para facilitar su verificación nuevamente acompaño, el Banco Mercantil Santa Cruz "informa a ASFI" que la Cámara Departamental de Minería,*

nunca fue garante de la Empresa deudora. Nada mas FALSO, lo que si es cierto, es que ésta fue la razón principal para ALTERAR el Testimonio de Préstamo Nro. 1034 (…)

Diga Ud. si solamente estos dos hechos totalmente irregulares y dolosos, no merecían ser investigados por su Autoridad y sancionados en el ámbito estrictamente administrativo, obligando si se puede, a que el banco explique lo inexplicable y de no ser así, se sancione de acuerdo a sus Reglamentos…"

En atención a ello, la Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, ha señalado que:

"*…esta Autoridad de Supervisión luego de la revisión del expediente, pudo evidenciar que la denuncia de la señora Comboni de Molina se refería al mismo caso demandado por el señor Roberto Comboni Viscarra, la cual fue atendida con carta ASFI/DDC/R-140491 de 29 de diciembre de 2011 y recepcionada por el mencionado solicitante en fecha 6 de enero de 2012, la cual claramente mencionaba:*

"(…) ***De la revisión efectuada a la documentación remitida por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. como por su persona al Ente Regulador, se evidencia la suscripción de dos contratos de crédito entre la entidad financiera y la Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L. dichos contratos fueron admitidos por el Juez de la causa para el inicio del juicio ejecutivo, proceso judicial que habría terminado con una sentencia a favor del Banco y a raíz de esta sentencia se prosiguió con el remate de los bienes que garantizaban dichos créditos en base a liquidaciones y procedimientos establecidos para los mismos****.--- Sobre el particular, el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece****: Todo proceso judicial entre la entidad supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes****.--- En este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tiene atribuciones de pronunciarse sobre delitos penales como la adulteración de Escrituras Públicas dichos aspectos deberían ser resueltos en la vía jurisdiccional correspondiente; asimismo****, el Ente Regulador no se encuentra facultado para pronunciarse sobre los fallos o sentencias judiciales ejecutoriadas, por tanto, la Empresa Constructora Comboni Asociados S.R.L. mediante las instancias jurisdiccionales correspondientes puede interponer los recursos que la Ley le franquea, para desvirtuar los argumentos que la Entidad Financiera utilizó para ganar el citado juicio ejecutivo****…*".

Que, ***esta Autoridad de Supervisión, con relación a los reclamos de la señora Mery Wilma Comboni, no tiene atribuciones, ni competencia para revisar fallos judiciales y pronunciarse sobre los mismos de acuerdo al artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras*** *(Texto Ordenado) y conforme lo establece el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,* (…)

…La investigación del documento que alega la Sra. Comboni, corresponde a un contrato de préstamo protocolizado el 29 de diciembre de 1994 en la Notaría de Fe Pública N° 18 a cargo de la Dra. Julieta Larraín de Jiménez, el mismo que fue suscrito

de conformidad a los términos establecidos por ambas partes, cuyo Testimonio corresponde al N° 1034. Asimismo y como consecuencia del incumplimiento de pago de las operaciones por parte de la Empresa Comboni y Asociados S.R.L., el Banco inició una demanda de cobranza judicial ante el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba, habiendo concluido dicho proceso en fecha 24 de mayo de 1997, con sentencia favorable a la Entidad Financiera, debidamente ejecutoriada en fecha 23 de julio de 1997.

En este sentido, es pertinente dejar constancia que ***esta Autoridad de Supervisión no tiene atribuciones ni facultades que le permitan investigar un "delito", que está circunscrito al ámbito de la justicia ordinaria en materia penal como es el caso de "Falsedad Material"****, tipificado en el Código Penal en el artículo 198* (…)

De la misma forma se explica en la Resolución ASFI N° 427/2013, cuando se menciona que esta Autoridad de Supervisión, en el marco de sus atribuciones, carece de competencia; entendiéndose como competencia el tribunal que va a conocer, con preferencia o exclusión de los demás, de una controversia que ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional. Por ello se ha señalado que, si la jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la competencia fija los límites dentro de los cuales se ejerce tal facultad (…)

…este Órgano regulador también conmina a las entidades de intermediación financiera a mantener niveles aceptables de mora, disponiendo que todo crédito que exceda los 90 días de mora inicie las acciones legales correspondientes para su recuperación, situación que implica ***el accionar del órgano judicial competente a los efectos de la recuperación de la cartera en mora, ámbito en el cual, esta Autoridad de Supervisión ya no tiene competencia****…*"(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consta entonces que, el fundamento expuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su decisión de rechazar el conocimiento de los hechos denunciados por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, tiene que ver con su auto calificación de incompetencia, en el entendido de que tales hechos han sido objeto de dos procesos por ante la sede judicial (según sea la materia): dentro del proceso de ejecución que le ha seguido el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** (por ante el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba), como también en la vía penal (aquel dentro del cual el personero del Banco, señor Efraín Morales Morales, presentara el memorial de 2 de octubre de 2012, conforme es referido por la propia recurrente), ambos, sobre los que no existe incertidumbre sobre su efectiva ocurrencia, toda vez que han sido repetidamente aludidos en el proceso administrativo presente, o en su caso, no se ha negado su existencia.

Entonces, conforme lo ha señalado la Entidad recurrida en su Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, es aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en sentido que "*Todo proceso judicial entre la Entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes*", empero además, el extremo

compele a la estricta observancia de la garantía dispuesta por el artículo 117°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, a saber: "*Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho*…"

Ahora bien; la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** reclama "*LA ALTERACIÓN Y MANEJO A CONVENIENCIA POR PARTE DEL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ, DEL TESTIMONIO DE PRÉSTAMO Nro. 1034 DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DEL AÑO 1.994*", y la estipulación "*DE MANERA UNILATERAL A LAS CONDICIONES DEL PRÉSTAMO (…) DEJANDO DE LADO A LA EMPRESA COMBONI*". No obstante, y en función del proceso ejecutivo de cobranza supra señalado (por ante el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba), deben quedar establecidos los extremos siguientes:

Un proceso de ejecución obedece a una naturaleza especial, lo que en principio determina no corresponda a uno de conocimiento (el ordinario por antonomasia) por cuanto, no tiene por finalidad establecer la existencia de un derecho a efectos de permitir su ejercicio a quien le corresponda; en el proceso ejecutivo el derecho sustancial no es el controvertido porque ya existe, y sólo se demanda su cumplimiento (ejecución).

Entonces, un proceso de ejecución parte del presupuesto de la existencia de una verdad jurídica, contenida en el llamado título -sea ejecutivo o coactivo, según la intención plasmada en el mismo-, determinando, en palabras de Decker Morales, el "*reconocimiento del crédito en el título convencional suscrito entre el acreedor y el deudor. Es por esta razón que, el juicio ejecutivo procede a sola presentación del referido título en el que consta la obligación*", o en las de Couture: "*se procura la efectividad de un derecho ya reconocido*".

Baste referir que, en líneas generales *et iuris tantum*, se presume la eficacia del título ejecutivo que cumple con los requisitos para ello, de manera tal que, no es esa eficacia la que debe demostrarse -de ser el caso-, dentro del proceso de ejecución, sino por el contario, su ineficacia, y no por parte del ejecutante, sino por el ejecutado, única posibilidad de que el título de la ejecución quede sujeto a término de prueba (el que además, de ser necesario, es sumario).

Por otra parte, la actuación del ejecutado está determinada por lo que en técnica jurídica se denomina *excepción*, entendida primero como la posibilidad idónea para ejercitar el derecho de defensa por parte del demandado dentro de un proceso, empero además, como **una carga procesal** para el mismo, toda vez que la excepción, exige su imprescindible interposición por parte del demandado interesado en ello, de manera tal que su inejercicio dentro de los plazos procesales dispuestos para tal fin, sólo puede determinar su aceptación para con el título y para con el contenido del mismo, el que de esa se transforma en una presunción *iure et iure*: la verdad jurídica contenida en el título de la ejecución, se vuelve una verdad jurídica inmodificable (por lo menos dentro del propio proceso de la ejecución).

Así planteados los extremos que hacen al instituto jurídico *excepción*, determina que si el ejecutado como tal, no ha opuesto alguna de las excepciones conforme se lo permite la ley procesal, entonces está admitiendo la validez del título cual verdad jurídica indiscutible, y por tanto, precluye su derecho a la objeción del título, lo que desde luego, no importa que se le esté infringiendo su derecho a la defensa; simplemente el ejecutado ha renunciado,

tácitamente, a hacer valer el mismo dentro de la oportunidad legal dispuesta para ello; lo contrario importaría una infracción de la garantía constitucional a la seguridad jurídica.

Ahora bien; la economía jurídica boliviana, en cuanto a las excepciones posibles dentro de los procesos de ejecución, ha implementado las señaladas en los artículos 507º del Código de Procedimiento Civil de 1976 (en función a la data del proceso ejecutivo al que se refiere el de autos) para el caso del proceso ejecutivo, y 49º, parágrafo III, de la Ley Nº 1760 de 28 de febrero de 1997, para el caso del proceso coactivo civil de garantías reales.

Entonces, ante la citación a un proceso de cobranza, cuyo fundamento -a criterio del ejecutado- resulta en un título falso o carente de fuerza legal (sea por haberse en el mismo, sustituido una de las hojas del Testimonio de préstamo, o por haberse modificado unilateralmente las condiciones del mismo, como lo refiere la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**) lo lógico en derecho, es que **el ejecutado interponga las respectivas excepciones** -defensas idóneas-, a efectos desvirtuar la existencia de título ejecutivo y por tanto, dar lugar mas bien al consiguiente proceso de conocimiento (para el caso de que tales excepciones resulten en definitiva probadas).

Lo contario importa, como ha sucedido dentro del proceso de ejecución al que se refieren tanto la Recurrente como la Recurrida, que por la inacción y omisión de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** cual ejecutada, le ha dotado al título de la ejecución de la calidad de una verdad jurídica indiscutible.

Asimismo, puede que en la percepción de la recurrente "*la* -supuesta- *nulidad no prescribe*", empero tratándose de un documento público sobre una obligación contractual civil, es pertinente tener en cuenta que "*la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas **judicialmente***" (Cód. Civil, Art. 546º; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), y que "*la acción de nulidad puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga un interés legítimo*" (ídem, Art. 551º).

Asimismo, en relación al argumento en sentido de que la Cámara Departamental de Minería nunca fue garante de la Empresa deudora (ahora recurrente), la Autoridad Reguladora se pronunció en sentido de que al existir sobre el tema, una sentencia ejecutoriada pronunciada en sede judicial, no tiene atribuciones ni facultades para pronunciarse sobre tales extremos ahora, haciendo ello al tema de la competencia que ha sido ya supra referida, cuando se ha señalado que es aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en sentido que "*Todo proceso judicial entre la Entidad Supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en las instancias correspondientes*", además de la garantía dispuesta por el artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, a saber: "*Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho…*"

2.1.2. Acerca de la sustracción de $us.60.000 de la cuenta de la ahora recurrente.-

La **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** ha alegado también:

> "*…La substracción sistemática realizada por el Banco Mercantil Santa Cruz de fondos de la cuenta de Comboni, que suman más de $us. 60.000.- sin ningún tipo de*

autorización, respaldo, ni constancia del destino o pago para el cual fueron utilizados y completamente al margen de lo que se encontraba en ejecución judicial. Aclarando que cursan en su despacho los números de recibos y fechas de tales débitos…"

Al respecto, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, ha señalado que:

> "…***los hechos ilícitos que alega la Sra. Comboni de Molina como hecho doloso tipificado por nuestras leyes, así como abuso de confianza, apropiación indebida y otros, también corresponden al ámbito penal, situación en la cual no tenemos competencia*** (…)
>
> …***el Banco en fecha 24 de junio de 2013 con nota BMSC/GAL/464/2013, donde se explica los débitos reclamados****, los cuales corresponden a las gestiones 1996 y 1997*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el presente caso, el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** observó que la señora Mery Wilma Comboni de Molina, no acredita la representación legal de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, razón por la cual no pueden atender su solicitud debido al secreto bancario establecido en la norma antes citada; sin embargo de ello, a requerimiento de la ASFI, mediante nota ASFI/DDC/R-75966/2013 de 24 de mayo de 2013, el Banco, mediante nota BMSC/GAL/464/2013 de fecha 24 de junio de 2013, presentó una explicación de los débitos reclamados por la Sra. Comboni Molina, que habrían sido efectuados de la caja de ahorro N° 01-0088-094757 en las gestiones 1996 y 1997, mismas que fueron puestas en conocimiento de la recurrente.

Es decir que pese a que la información tenía una antigüedad mayor a los 10 años, que es el tiempo que la norma establece como plazo para conservar la información (artículo 94º de la Ley Nº 1488), se hizo un esfuerzo en brindar la información disponible, pese a que el Banco estaba liberado de la obligación de contar con dicha información por lo dispuesto en la norma antes referida.

2.1.3. Sobre el cobro excesivo de intereses sobre montos inexistentes.-

Asimismo, habiendo también reclamado la recurrente, "*El cobro excesivo de intereses sobre montos inexistentes*", al respecto se ha pronunciado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, de la siguiente manera:

> "…***este cobro de intereses se produjo en las gestiones 1996 – 1997, situación que no fue denunciado*** (sic) ***en su debida oportunidad, por parte de la Sra. Comboni ni de ninguno de los representantes de la empresa que representa, situación que fue dilucidada en el Juzgado 2° de Partido en lo Civil de Cochabamba, habiendo concluido con sentencia ejecutoriada*** *favorable a la entidad financiera el 23 de julio de 1997.*
>
> *Por esta situación, esta Autoridad de Supervisión no tiene facultad para verificar, mucho menos investigar,* ***el cobro de intereses irregulares*** *de los créditos obtenidos en las gestiones 1994 - 1995 por la empresa Comboni Asociados S.R.L., en razón a que*

dichos aspectos no han sido invocados por la parte interesada en las instancias judiciales correspondientes habilitadas para el efecto, situación que se vio concluida con la sentencia ejecutoriada de fecha 23 de julio de 1997…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La Autoridad Reguladora señala que el cobro de los intereses se dio en las gestiones 1996 y 1997, hecho que no fue denunciado oportunamente por persona alguna de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, y dado que este tema fue dilucidado en el Juzgado 2º de Partido en lo Civil de Cochabamba, el cual concluyó con una sentencia ejecutoriada favorable a la entidad financiera, en julio de 1997, no tiene facultad para verificar y mucho menos investigar las supuestas irregularidades en el cobro de intereses de los créditos obtenidos en las gestiones 1994 y 1995 por la misma Empresa (ahora recurrente).

Al existir una sentencia ejecutoriada sobre la cobranza judicial, de las operaciones crediticias contraídas en los años 1994 y 1995, efectuada por el **Banco Mercantil Santa Cruz Sociedad Anónima** en contra de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, la Autoridad Reguladora perdió su competencia sobre tales hechos ya que no es la instancia competente para resolver controversias o hechos delictivos.

2.1.4. Acerca de la ocurrencia de los actos de remate "*posteriores*".-

Finalmente, sobre la existencia de "*Dos remate de bienes posteriores, totalmente excesivos y sin explicación del destino injustificado que se le dio a los montos obtenidos de dichos remate*" que alega la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, la Autoridad Recurrida ha señalado que:

> "…*A partir de la norma dispuesta en el Título V, Anexo I, Sección 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (vigente hasta el 6 de enero de 2013), explicada en el Punto N° 3, esta Autoridad de Supervisión* ***no tiene competencia para supervisar y/o fiscalizar acciones emergentes de acciones judiciales***…" (Resolución Administrativa ASFI Nº 624/2013 de 25 de septiembre de 2013; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir que cuando los deudores dejan de pagar sus cuotas, por cualquier razón, las entidades financieras están obligadas a cumplir las disposiciones establecidas en la normativa, para recuperar la cartera, tal como establecía la norma aplicable y vigente hasta el 6 de enero de 2013 (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Título V, Anexo I, Sección 5, artículos 1º al 4º), además se debe considerar, tal como ya se manifestó en anteriores puntos, existe una sentencia ejecutoriada sobre los créditos y los cobros realizados por el Banco, razón por la cual la ASFI no tiene facultades para revisar o cuestionar dicha sentencia.

2.2. Conclusión.-

De las exposiciones contenidas en los numerales precedentes, se establece no sólo haber existido el fundamento suficiente (en los términos de las Sentencias Constitucionales 0742/2010-R de 26 de julio de 2010 y 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010), sino que el

mismo es plenamente pertinente, por cuanto, al contrario de lo alegado por la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.** en sus recursos -tanto el de Revocatoria como el Jerárquico-, importan que la generalidad de extremos sobre los que pretendió su pronunciamiento, han sido atendidos, por tanto, se han desarrollado y cumplido para el caso, el derecho a la petición y -su complemento- la garantía a obtener respuesta a las peticiones elevadas.

Por ello, es pertinente señalar que el derecho a elevar peticiones y a obtener respuestas fundadas sobre lo mismo, no quiere decir que necesariamente se deba responder de la forma que pretende el peticionante, sino que debe efectivizarse una respuesta, debidamente fundamentada, lo que para el caso ha sucedido plenamente, conforme lo visto y analizado, por tanto, no se ha producido dentro del caso, inobservancia a las garantías a la seguridad jurídica y al debido proceso, establecido en el artículo 115°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado y en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4°, inciso a).

CONSIDERANDO:

Que por todo el análisis efectuado y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a determinar de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un correcto análisis de la norma constitucional, así como se ha pronunciado suficientemente sobre los puntos denunciados y reclamados por la recurrente, como se ha podido observar y verificar en los argumentos expuestos en los considerandos anteriores, habiendo tal Órgano de Supervisión, adecuado su actuar a lo establecido por norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 624/2013 de 25 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa ASFI Nº 427/2013 de 11 de julio de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se salvan los derechos de la **EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.**, para acudir a la vía legal que considere le sea pertinente, en tutela de los derechos que creyere le correspondan.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 887-2013 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 014/2014 DE 10 DE MARZO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2014

La Paz, 10 de marzo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, la que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 008/2014 de 17 de febrero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 022/2014 de 24 de febrero de 2014**,** emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables. Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de octubre de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, representada legalmente por el Sr. Miguel Angel Barragán Ibargüen, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 19/2010 de fecha 8 de enero de 2010, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 69 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Carlos Huanca Ayaviri, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/8593/2013, con fecha de recepción 23 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013.

Que, mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2013, notificado en fecha 18 de diciembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2013 DE 31 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...*"

2. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó con el cargo a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, conforme la siguiente redacción:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se ha evidenciado que su autoridad ha incumplido con la instrucción emanada por ésta Autoridad de Fiscalización en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011, debido a que las muestras de las Rosetas SOAT remitidas, mediante nota CITE: Ger. Grl. 084/2011 de 9 de noviembre de 2011, contienen deficiencias insubsanables de acuerdo a las siguientes consideraciones:*
>
> *1) Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 127-2011.*

2) *La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.*

3) *Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127.*

*En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFOM INTERNATIONAL S.A.** por haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003 que establece que: "el color de la roseta SOAT fijada por Resolución Administrativa debe necesariamente ser impresa en las Rosetas SOAT, por lo que si alguna entidad aseguradora incumple la disposición se hace pasible a las sanciones que para el efecto fije el Órgano de Fiscalización…*"

Por nota ANL-0147/12 de 22 de marzo de 2012, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** respondió a los cargos de la nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, manifestando que por los argumentos presentados y al haber producido prueba pericial, solicita se proceda a dejar sin efecto todos los cargos imputados y dar por concluido el proceso sancionatorio.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de 15 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió sancionar a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, con una multa en bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta mil uno Unidades de Fomento de Vivienda), por la contravención al artículo 17° del Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003 – Texto Ordenado del Reglamento único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT.

Interpuesto el Recurso de Revocatoria, contra la última Resolución mencionada, por parte de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de 15 de octubre de 2012, mediante la cual, confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012.

Por su efecto, mediante memorial de fecha 1° de noviembre de 2012, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012, correspondiéndole al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de 15 de junio de 2012, inclusive, por los siguientes fundamentos:

"…***2.1. Principio de verdad material y garantía del debido proceso.-***

*La recurrente **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, refiere que: "la APS en mérito al principio de verdad material*

que rige en materia administrativa no consideró adecuadamente todos los hechos relacionados al presente caso y que derivaron en la sanción posterior", expresión que tiene relación con lo que también señala el recurso, en sentido que:

"…Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha efectuado y realizado todos los actuados necesarios y a su alcance para cumplir lo dispuesto por la APS, en cuanto se refiere a las rosetas SOAT gestión 2012, afirmación ratificada técnicamente por el proveedor, quien de manera verbal y escrita ha explicado reiteradamente LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y TECNICA de que las rosetas puedan ser impresas en 7 colores, sin que ello genere vulneración a las especificaciones y medidas de seguridad de las propias rosetas (Autodestructibilidad)…"

A su vez, lo señalado tiene que ver con lo referido en el Informe Técnico sin fecha, con firma del Sr. Juan Carlos Zamorano Somoza, Gerente General de Flexo Print S.R.L., presentado por la ahora recurrente mediante su nota ANL-0209/12 de 19 de abril de 2012, y que establece lo siguiente:

*"**OBJETIVO***

El objetivo del presente informe técnico es de aclarar todas aquellas dudas sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad SOAT 2012.

CONCEPTOS BÁSICOS

1. HOLOGRAMA: Es una técnica avanzada de fotografía, que consiste en crear imágenes tridimensionales. Para esto se utiliza un rayo láser, que graba microscópicamente una película fotosensible. Ésta, al recibir la luz desde la perspectiva adecuada, proyecta una imagen en tres dimensiones.

2. SUSTRATO: Cualquier superficie sobre la que se pueda producir una impresión.

3. SIMULAR: Representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es.

DESARROLLO

La fabricación de hologramas en general utiliza 3 tecnologías. La primera es la fabricación mediante el uso de una matriz de puntos, la segunda el empleo de rayos laser y la tercera y mas reciente el uso de rayo electrón.

Para la fabricación de hologramas "SOAT 2012" se utilizó la tecnología de rayo laser por su buena relación costo beneficio. Independiente cual sea la tecnología utilizada, para la fabricación del holograma se utiliza como sustrato de fabricación un film de poliéster. El poliéster, es un sustrato que permite tener una alta calidad y estabilidad en la reproducción gráfica además de tener una vida prolongada en ambientes diversos como por ejemplo el contacto permanente con los rayos solares.

Sobre el film de poliéster se aplica una capa de zinc durante la fabricación del holograma que permite tener el brillo característico que tienen los hologramas

además de proteger la impresión del holograma (…)

En el caso de las rosetas "SOAT 2012" se utilizó un elemento adicional que fue el pegamento para que el holograma sea autoadhesivo (…)

Si analizamos las especificaciones técnicas del Anexo 1 de la resolución administrativa Nro. 127/2011 se pueden evidenciar los siguientes errores en las especificaciones técnicas.

1. El Anexo uno hace referencia a siete códigos de color "Pantone" que se refieren a los siete colores que tiene el diseño de la "Wipala" (sic).

Es vital entender que la escala "Pantone" de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estándar para sistema de impresión tipo Offset, Flexografía, Serigrafía y huecograbado y no así en la producción de hologramas que se este (sic) se realiza bajo un proceso fotográfico y de sensibilización bajo luz.

El otro punto importante, es que la escala de colores "Pantone" es tomada como válida cuando la impresión se la realiza sobre un "papel" que cumpla las características que exigen las normas ISO 536, 534, 11475. 2471. 8254-1 y 5627.

Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma respecto al ángulo que se mire y el reflejo de la luz.

En el caso de los hologramas lo que se hace es tratar de "Simular" los colores que se reproducen sobre el papel.

2. Realizar la sobre impresión de colores sobre el holograma.

En anteriores versiones de la roseta SOAT lo que se hizo fue sobre imprimir el holograma con una sola tinta Pantone (…)

Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse a los vidrios de los automóviles. Una característica indispensable en la roseta, es la capacidad que debe tener de adherirse al vidrio de los vehículos y no desprenderse bajo ninguna circunstancia. Técnicamente es imposible hacer la sobre impresión de colores en la roseta 2012 dad la gran cantidad de colores que se necesita reproducir (…)

Adicionalmente a estos temas, cabe mencionar que la sobreimpresión hace que todos los elementos holográficos y de seguridad desaparezcan ya que la tinta los cubre. Esto podemos lo podemos (sic) ver en anteriores versiones el efecto holográfico es casi nulo por la sobre impresión del holograma facilitando de esta manera la falsificación del mismo…"

Resulta entonces, que en la pretensión de la recurrente y conforme lo expresara en la nota de descargos ANL-0147/12 de 22 de marzo de 2012, existe:

"…la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos (sic) por la APS, tales como los hologramas y la autodestructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas (…)

Como se puede apreciar, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente,…"

Aquello, conforme expresa la recurrente, determinaría la inobservancia del artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en cuanto el mismo refiere que "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal…", y aquí se habría desconocido la imposibilidad material de cumplir con las especificaciones de los anexos I y II, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, que aprueba "el color de la Roseta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, en los colores y con las especificaciones mínimas detalladas en el Anexo I y en la distribución establecida en el Anexo II de la presente Resolución Administrativa".

No obstante, la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de 15 de octubre de 2012, ha establecido que:

"…es necesario preponderar la existencia de la nota de 27 de julio de 2012, suscrita por Fernando Márquez, personero de GAF Tradin (sic), Hologramas Latinoamericanos y dirigido a esta autoridad; a través de la cual remite una versión propia de la Roseta SOAT 2012, conforme las especificaciones consignadas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127 – 2011 de 01 de julio de 2011. Aspecto que demuestra la posibilidad técnica de la fabricación de dichas rosetas…"

La nota en cuestión, de fecha 27 de julio de 2012 y con firma del señor Fernando Márquez, en representación de GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, señala:

"…Mediante la presente me permito presentarle mi empresa y nuestro deseo de ser considerados para la producción de las rosetas del SOAT.

Gaf Trading para su marca: "Hologramas Latinoamericanos" es una empresa especializada en la producción y comercialización de hologramas, que realiza esta labor en Bolivia hace ya más de 6 años.

Adjunto encontrará 3 muestras número 000005, 000006 y 000007 de una versión propia de la viñeta con la wiphala impresa a full color para que evalúe la calidad de impresión y resolución holográfica…"

Amén de ello y previamente a considerar la acusada infracción al principio administrativo de verdad material, se debe considerar que el mismo artículo 4° de la Ley N° 2341, ahora en su inciso c), ha establecido que "La Administración Pública regirá sus actos…, asegurando a los administrados el debido proceso", el que tiene esencia constitucional según lo señala el artículo 115°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado (El Estado garantiza el derecho al debido proceso), es necesario dilucidar previamente las siguientes consideraciones:

2.1.1. Error inducido por el Ente Regulador.-

Procedida con la notificación del cargo mediante la nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, y recibidos los descargos en la nota ANL-0147/12 de 22 de marzo de 2012, el Ente Regulador, a través de la providencia de 9 de abril de 2012, dispuso

que:

"…Al ser deber de la Autoridad Administrativa investigar la verdad material, cuando los hechos puestos en su conocimiento acarrean duda razonable sobre las cuestiones debatidas,… se apertura de manera excepcional un término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos a objeto de que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. pueda acreditar a través de documentación original y debidamente firmada y rubricada el contenido del Informe Técnico otorgado por la Empresa Flexo Print S.R.L., presentado en calidad de prueba de descargo…"

De tal enunciado resulta que, si bien en ese momento el Ente Regulador no formuló juicio de valor alguno referido al informe técnico de Flexo Print S.R.L. (de hecho, lo que se hacía era observar el mismo por no ser original, y por no encontrarse firmado ni rubricado), empero aperturaba un término de prueba para subsanar las observaciones sobre el mismo, entonces sugería que tal informe técnico era suficiente o determinante, y si bien la misma providencia señalaba también que podía "agregarse cualquier otra prueba o alegación que considere pertinente", lo mismo, al resultar abstracto, no establecía la insuficiencia del informe técnico presentado, insuficiencia que después va a ser fundamental en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012, cuando en el entender del Ente Fiscalizador, se desvirtúa el informe técnico de Flexo Print S.R.L. mediante la nota de fecha 27 de julio de 2012 de GAF Trading Hologramas Latinoamericanos.

En tal sentido, en Ente Fiscalizador debió tener presente que, conforme lo señala el artículo 47°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, "Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho" y no proceder a desvirtuar a través de una simple nota.

Sin embargo, correspondió fundamentarse sobre el medio de prueba en el que se constituyó el informe técnico de Flexo Print S.R.L., ofrecido por la recurrente; dado su carácter técnico, que resultaría no ser uno instrumental, documental o literal, como mal sugiere la providencia de 9 de abril de 2012, sino mas bien uno pericial: "Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos" (Couture en su Fundamentos).

En una u otra posibilidad, dicha prueba resultaría en una opinión interesada y por tanto objetable, toda vez que Flexo Print S.R.L. no es propiamente un tercero ajeno a la controversia, sino el proveedor de las Rosetas controvertidas, y por tanto, esa opinión técnica se encuentra influida por el interés particular de que se determine la imposibilidad de la fabricación de las Rosetas en los términos señalados en los anexos aprobados por la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011.

Por tanto, al haberse aperturado un término de prueba para que la entonces imputada "pueda acreditar a través de documentación original y debidamente firmada y rubricada el contenido del Informe Técnico otorgado por la Empresa Flexo Print S.R.L.", sin aclarar la suficiencia jurídica de tal prueba, se ha inducido a error a la recurrente ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL***

***SOCIEDAD ANÓNIMA**, toda vez que resultándole a ella subjetivamente suficiente tal prueba, ha cumplido con las exigencias del Ente Regulador de presentarla en original y debidamente firmada, cuando tal medio de prueba, por su naturaleza y origen, no cumplía con su objetivo de constituir una única evidencia razonable sobre el hecho que pretende demostrarse.*

2.1.2. Omisión del derecho de pronunciamiento sobre la prueba.-

En fecha 2 de octubre de 2012 y en oportunidad del informe APS/DS/JTS/1306/2012, con la referencia "Recurso de Revocatoria formulado por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. Caso ROSETAS SOAT 2012" (entonces en los prolegómenos de la confirmatoria y ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012), se hizo conocer de la existencia y se adjuntó, la nota de 27 de julio de 2012, presentada por GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, nota que después le ha servido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para -según lo señala el Ente Regulador- desvirtuar el informe técnico de Flexo Print S.R.L.

Sobre la existencia y trascendencia de la nota de 27 de julio de 2012, también se pronuncia el informe legal APS/DJ/DS/317/2012 de 8 de octubre de 2012, en las circunstancias -iguales que el anterior-, previas al pronunciamiento de la resolución al Recurso de Revocatoria.

Luego, conforme sale del expediente, lo que siguió es el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012, la que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012, en cuanto al alegato sobre la imposibilidad de cumplimiento y el principio de verdad material, por encontrarse desvirtuado –según lo anota la Autoridad recurrida- por la nota de 27 de julio de 2012. De estos dos últimos actuados (informes APS/DS/JTS/1306/2012 y APS/DJ/DS/317/2012), no existe constancia de notificación alguna.

Como se comprende, en ningún momento desde que se acumuló en el expediente, hasta su consideración ulterior en resolución, la nota de 27 de julio de 2012 fue puesta en conocimiento de la recurrente, de manera tal que la misma no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto o hacer sobre lo mismo expresión de agravios alguna, resultando habérsela producido a sus espaldas, sin la garantía que hace al derecho a la probanza en su faceta de objeción a la prueba.

Es pertinente traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, cuando señala:

"…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras)".

El debido proceso adjetivo se instituye como el vértice de una pirámide en el cual confluyen todos los otros principios adjetivos, comprendiendo varios elementos conforme los ha señalado el mismo Tribunal, ahora en la Sentencia Constitucional 0999/2003-R de 16 de julio:

"…La garantía constitucional del debido proceso,… asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio y asumir defensa, y en su caso hacer uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. En virtud de ello, los órganos jurisdiccionales que conozcan de un proceso deben observar los principios, derechos y normas que la citada garantía resguarda, infiriéndose de ello que ante la vulneración de los mismos se tiene por conculcada la referida disposición constitucional.

La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de ***publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba****; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes…." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Resultando de tales extremos haberse infringido el debido proceso administrativo, ocasionado la indefensión a la ahora recurrente, así como también se ha inobservado el principio de verdad material, por cuanto, a la Autoridad recurrida le resultó suficiente la nota de GAF Trading de fecha 30 de julio de 2012 para desvirtuar el contenido del informe técnico de Flexo Print S.R.L., sin que hubiera tomado la medida adecuada para dirimir la falta de claridad y concordancia que existe entre las opiniones que aparentemente ambos documentos importarían.

2.2. El cumplimiento de la determinación.-

Sin perjuicio de lo anterior, el Recurso Jerárquico manifiesta que para la aprobación del arte de las Rosetas, el proveedor sostuvo varias reuniones con personeros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en las que se habría manifestado la imposibilidad de elaborarlas con las características exigidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011; sin embargo, dichas observaciones habrían sido realizada de forma verbal, entonces no existiendo documento alguno que respalde tal afirmación.

Al respecto, se transcribe en lo pertinente, el artículo 11°, inciso b), de la Resolución Administrativa IS N° 595 de fecha 19 de octubre de 2004:

"Remitir oficialmente a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dos (2) ejemplares de Roseta SOAT ***a efectos de*** *publicación y* ***comprobación de las características establecidas*** *en el artículo precedente." (Las negrillas fueron insertas*

en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

De la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente, se establece que, si bien la Autoridad Reguladora aprobó el arte mediante nota APS/DS/3926/2011 de fecha 11 de octubre de 2011, nunca dio su aprobación o conformidad a las pruebas finales de las Rosetas presentadas por la recurrente en fecha 9 de noviembre de 2012, tal como lo exige el precitado artículo 11°, inciso b), de la Resolución Administrativa IS N° 595.

*Es necesario señalar que, la ahora recurrente cumplió con enviar los dos ejemplares de Rosetas en tiempo oportuno, sin embargo, la Autoridad Reguladora no emitió oportunamente su aprobación o desaprobación a dichos ejemplares, resultando que en fechas 25 de noviembre y 7 de diciembre de 2012, mediante informes UC/35/2011 y APS/DS/JTS/1173/2011, respectivamente, se establece que las Rosetas señaladas, "**no cumplen** a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011", pronunciamiento que era importante sustanciarse en su momento si se considera que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 27295, señala que "Con este propósito las entidades aseguradoras deberán **ofertar la cobertura con al menos quince días de anticipación a la finalización de cada período anual**" (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica), lo que supone que las Rosetas deberían encontrarse dispuestas para su comercialización ya para mediados del mes de diciembre de 2011; en lugar de ello, por recomendación del informe legal APS/DJ/DS/0022/2012 de 24 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros da inicio al proceso sancionatorio.*

*Por otra parte, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** autorizó al proveedor, la fabricación de las Rosetas, sin contar con la previa aprobación del Ente Regulador, tal como lo señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012:*

*"…Se evidenció que la autorización para la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 fue emitida por Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. sin el consentimiento expreso de este órgano de regulación. **(Esta afirmación fue efectuada por el asesor legal de la aseguradora).** Por lo tanto se ratifica que éste órgano de regulación comunicó a la aseguradora que el arte remitido y que luego sería utilizado en la elaboración de las Rosetas SOAT 2012 cumplía con las características requeridas, pero en ningún momento aprobó o dio su conformidad a la Roseta 2012, es decir al producto acabado que se comercializa en la actualidad, hecho corroborado en la audiencia efectuada en fecha 31 de mayo de 2012 en la que la propia aseguradora afirmó que la autorización para la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 fue emitida tanto por Seguros Illimani S.A. como por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. …"*

Por lo expuesto, se llega a la conclusión de que la ahora recurrente habría incumplido lo dispuesto por el inciso b) del artículo 11°, de la Resolución Administrativa N° 595 de 19 de octubre de 2004, al haber autorizado o solicitado al proveedor la fabricación de las Rosetas, sin contar con la autorización previa y expresa de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, más aún, a sabiendas de que dichas Rosetas no cumplían con las características definidas en la Resolución Administrativa

APS/DS/DJ N° 127-2011.

No obstante de lo hasta aquí expresado, que no deja de ser fundamental, llama la atención la actuación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que no se pronunció respecto de las pruebas finales de las Rosetas que le fueron presentadas en fecha 9 de noviembre de 2011, cuando también se le solicitó su autorización, sino hasta la notificación de cargos realizada en fecha 8 de marzo de 2012, fecha en la cual las Rosetas en su presentación controvertida, se encontraban comercializadas, siendo que, como se refirió supra, en fecha 25 de noviembre ya era de conocimiento de la Autoridad que tales pruebas finales no cumplían a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, además que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 27295 establece que las Rosetas deben ser ofertadas y comercializadas ***con al menos quince días de anticipación a la finalización de cada período anual****, lo que supone que las debieron encontrarse ya dispuestas para su comercialización, precisamente con ese plazo de quince días con anticipación al fin de la gestión 2011.*

Ahora bien, respecto al argumento de la recurrente en sentido de que, la imposibilidad técnica de cumplir con todas las especificaciones establecidas por la Autoridad para las Rosetas habría sido autorizada por uno de sus funcionarios de ésta, de forma verbal, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha realizado una correcta sustanciación sobre el extremo, toda vez que, conforme a la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012, se ha limitado al intercambio de la correspondencia siguiente:

*"...**1.** CITE: ANL-0542/12 de 11 de septiembre de 2012, remitido por el Gerente General de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., al Gerente General de Flexo Print S.R.L., en el cual solicitan se indique el nombre de la persona que habría autorizado la fabricación de la Roseta SOAT 2012.*

***2.** CITE GG-0060/12 de 14 de septiembre de 2012, remitida por el Gerente Administrativo de Flexo Print S.R.L. y dirigida al Gerente General de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., en el cual indican que no podrán atender la solicitud por encontrarse los señores Juan Carlos Zamorano Valdez y Juan Carlos Zamorano Somoza de viaje…"*

Determinando que el órgano Fiscalizador no hubiera extremado los recursos para esclarecer lo señalado por la ahora recurrente, cuando amerita ser esclarecido a los fines de analizarse la aplicabilidad al caso del principio de informalismo (Art. 4°, Inc. 'l', Ley N° 2314) y su trascendencia final sobre el caso.

De igual manera, el informe técnico de la empresa Flexo Print S.R.L., proveedora de las Rosetas, y presentado como descargo en fecha 22 de marzo de 2012 a la Autoridad Reguladora, si bien hace referencia a la imposibilidad técnica de cumplir con los requerimientos establecidos en la resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, fue acreditado extemporáneamente, pues debió haberse hecho valer con anticipación a la autorización de fabricación de las rosetas, a fin de que la Autoridad tome conocimiento oportuno de tales observaciones, por lo que dicho informe técnico no puede ser considerado como descargo para el incumplimiento.

2.3. La alegada inexistencia de fundamentación.-

Señala también la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA****, que "En ningún momento la APS en la Resolución ahora recurrida desvirtua (sic) nuestro argumento de que la R.A. 406 no contaba con fundamentación clara y precisa para la decisión asumida".*

Toda vez que por la decisión final que sigue a continuación, tal extremo pierde trascendencia, sin embargo es pertinente dejar constancia que, de la revisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de 15 de junio de 2012, se evidencia que la misma, contrariamente a lo señalado por la recurrente, se encuentra fundamentada con claridad y precisión.

Como el presupuesto del Recurso Jerárquico hace alusión a la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 y a su disconformidad para con la decisión de la impugnación contra la misma, se trae a colación lo expresado por la misma recurrente, empero a tiempo de su Recurso de Revocatoria de fecha 20 de agosto de 2012, cuando afirmara:

"…sin mayor explicación, ni mucho menos fundamentación clara y precisa, determinan que se incumplido (sic) la norma y corresponde una sanción, reiteramos sin mayor fundamentación, ignorando preceptos y principios legales en materia administrativa (Verdad material)…"

De ello, se infiere que el reclamo sobre la supuesta falta de fundamentación en la resolución sancionatoria, está en concreto referido a la imposibilidad de cumplimiento que pretende hacerse valer al amparo del principio de búsqueda de la verdad material, entonces haciendo a lo ya supra considerado, haciendo pertinente ratificar todo el análisis anterior para hacer innecesario entrar en mayores consideraciones…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 150-2013 DE 25 DE FEBRERO DE 2012.-

Anulado el anterior proceso administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de 15 de junio de 2012, inclusive, la Autoridad Reguladora emitió una nueva Resolución Administrativa sancionatoria, la APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013, mediante la cual resolvió:

"…***ÚNICO.- SANCIONAR*** *a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.,*** *con una multa en Bolivianos equivalente 40.001 UFV´s (Cuarenta y Un Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención del artículo 17 del decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2033 Texto Ordenado Reglamento Único del seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito-SOAT…"*

Los argumentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que luego de haberse analizado los descargos presentados en su día, la APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de 15 de junio de 2012, notificada a

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. *en fecha 27 de julio de 2012, por la cual sanciona a esta aseguradora con una multa equivalente en Bolivianos, de 40.001 Unidades de Fomento a la Vivienda.*

Que interpuesto el Recurso de Revocatoria, oportunamente, la APS emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 808-2012 de 15 de octubre de 2012 confirmando totalmente la resolución anotada en el párrafo anterior. Ulteriormente, ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *interpone Recurso Jerárquico contra la mencionada Resolución Nº 808, de cuya consecuencia, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emite la* ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013****, la que en su parte resolutiva decide anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de 15 de junio de 2012 inclusive, debiendo emitirse nueva resolución administrativa.*

Que en mérito al carácter mandatorio de la Resolución Ministerial Jerárquica, es imperativo retrotraer el proceso al momento de la recepción de los descargos de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *transcrito en un Considerando anterior.*

CONSIDERANDO:

Que resultará útil referirse a consideraciones teleológicas del SOAT (cuyo antecedente legal se encuentra en el Decreto Supremo Nº 26871 de 17 de diciembre de 2002). Veamos:

a) El artículo 2 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003 establece: *"(****ALCANCE DE LA COBERTURA).-*** *El SOAT tiene como objetivo, otorgar una cobertura uniforme y única de gastos médicos por accidente y la indemnización por muerte o incapacidad total permanente a cualquier persona individual que sufra un accidente provocado por vehículo automotor. EL SOAT es indisputable, de beneficio uniforme, irreversible y a su acción será directa e inmediata contra la entidad aseguradora".*

b) La definición de ROSETA SOAT se encuentra en el artículo 3 de aquél Decreto Supremo*, que señala: "Es el adhesivo que entregarán las entidades aseguradoras a los asegurados del SOAT, que sirve para detectar visualmente que el vehículo cuenta con el SOAT".*

c) El artículo 17 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003 define: *"(****ROSETA SOAT).-*** *las entidades aseguradoras entregarán al asegurado una roseta, la cual variará de color en cada periodo anual de vigencia del SPAT, contará con el número de placa del vehículo y deberá colocarse en el vidrio parabrisas delantero de los vehículos que cuenten con éste, o en un lugar visible en los vehículos que cuenten con el mismo. Las entidades aseguradoras tomarán las medidas necesarias para asegurar la autenticidad de sus rosetas. Su presencia no exime de portar el Certificado SOAT.*

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante resolución administrativa, fijará con al menos tres meses de anticipación, al vencimiento del plazo de la Póliza SOAT, el color de la roseta SOAT y las características técnicas de seguridad,

con el cual todas las entidades aseguradoras, deberán imprimir sus rosetas SOAT. Si alguna entidad aseguradora, incumpliera la presente disposición, se hará pasible a las sanciones que para el efecto fije la SPVS…".

Que puede advertirse que lo que pretende la institución SOAT, es cubrir las contingencias emergentes de los accidentes de tráfico en lo que toca a las personas y sus derechohabientes, y en ese objetivo, en el plano operativo, las normas contextualizan (léase, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1 de julio de 2011) las características técnicas del material que ha de objetivar el SOAT, que no es otro que la denominada ***Roseta SOAT,*** *instrumento que debe reunir seguridad, visibilidad y adherencia.*

CONSIDERANDO:

Que de manera resumida, los argumentos de la ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013****, cuyo artículo Único anula obrados hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de 15 de junio de 2012, son los siguientes:*

a) Error Inducido por el Ente Regulador: *Si bien el ente regulador no emite juicio de valor respecto del informe técnico de Flexo Print ya que se limita a observar la falta de firma, rúbrica y no ser original el documento; sin embargo, "sugiere" que el informe es suficiente o determinante y que si bien la providencia de 9 de abril de 2012 señala que podía agregarse cualquier otra prueba o alegación que considere pertinente, esto resulta abstracto ya que no se establece la insuficiencia del informe técnico, por lo que al aperturar un término de prueba para la entonces imputada, sin establecer la suficiencia jurídica de tal prueba se ha inducido a error a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.***

b) Omisión del derecho de pronunciarse sobre la prueba: *la APS no ha hecho conocer a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *la carta de 27 de julio de 2012 emitida por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS y firmada por Fernando Márques, documento que ha servido de base para desvirtuar el informe técnico de Flexo Print y que no fue puesto en conocimiento de la aseguradora sin que ésta pueda ejercer su derecho a la probanza y sometido a indefensión.*

c) El Cumplimiento de la determinación: *Si bien* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *cumplió con enviar los dos ejemplares de Rosetas en tiempo oportuno, la APS no emitió oportunamente la aprobación o desaprobación de dichos ejemplares, pronunciamiento que era importante emitir en su momento, considerando que el artículo 10 del Decreto Supremo N° 27195 señala: "Con este propósito las entidades aseguradoras deberán ofertar la cobertura con al menos quince días de anticipación a la finalización de cada periodo anual", lo que supone que las Rosetas debían encontrarse dispuestas para su comercialización a mediados del mes de diciembre de 2011.*

Añade, la Resolución Ministerial Jerárquica, que llama la atención que la APS no se hubiera pronunciado respecto de las pruebas finales de las rosetas que le fueron presentadas en fecha 9 de noviembre de 2011 cuando también se solicitó su autorización, sino hasta la notificación de cargos de 8 de marzo de 2012.

Tampoco la APS ha hecho una correcta sustanciación de la afirmación de la recurrente en sentido de que uno de sus funcionarios habría autorizado la comercialización de las Rosetas, pese a la imposibilidad técnica de cumplir con todas las especificaciones establecidas en la norma.

CONSIDERANDO:

*Que en cuanto al **inciso a)** del anterior Considerando, la APS afirma en su providencia de 9 de abril de 2012 (como bien reconoce la resolución jerárquica ya que su contenido es por demás claro); que no podía emitir juicio de mérito alguno sobre una fotocopia por lo que solicitó se acredite en original con firmas y rúbricas el informe técnico de Flexo Print, y en adición, se presente cualquier otra prueba o alegación que la ahora recurrente considerare pertinente. La naturaleza de la providencia de 9 de abril de 2012 impedía pronunciamientos concretos porque aun no se había resuelto el caso en el fondo (se estaba solicitando pruebas aún), por tanto, no se podía ser concreto o suficiente. Tampoco la APS podía constreñir a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** a presentar tal o cual prueba, ya que la pertinencia correspondía a esta aseguradora en lo que creyere conveniente a sus intereses. Ergo, la aseguradora no podía verse en la situación de haber sido inducida a error.*

*Que en cuanto al **inciso b)** del anterior Considerando, la carta de 27 de julio de 2012 adjunta muestra de una roseta que reúne las características técnicas señaladas por el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003 y la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/127-2011 de 1 de julio de 2011, extremo que contradijo lo argüido por Flexo Print a través de su informe técnico.*

*Que es importante sustentar la frase en negrillas precedente con la siguiente transcripción del Informe (entonces sin fecha ni firma ni rúbrica) de Flexo Print: "**DESARROLLO:** La fabricación de hologramas en general utiliza 3 tecnologías. La primera es la fabricación mediante el uso de una matriz de puntos, la segunda el empleo de rayos laser y la tercera y más reciente el uso de rayo electrón…", "Para la fabricación del holograma "SOAT 2012" se utilizó la tecnología de rayo laser por su buena relación costo beneficio…".*

Que como se puede colegir, Flexo Print basa su juicio empírico de imposibilidad de fabricar la roseta SOAT 2012 simplemente en la utilización de la "tecnología rayo laser", nada dice de pruebas (que hubiera efectuado) con tecnología de puntos o de rayo electrón, luego, la imposibilidad alegada por Flexo Print no pasa de ser una posición personal y unilateral. Por eso es que la APS nunca ha señalado que el reiterado informe de Flexo Print fuera falso o que hubiera sido "desvirtuado" por la carta de 27 de julio de GAF Trading, corroborándose de esta manera que tanto Flexo Print como GAF Trading usan tecnologías (instrumentos de fabricación) distintos y por lo tanto, con distintos resultados.

*Que este extremo (en sentido de que la APS no ha emitido el juicio de valor "desvirtuado") se ratifica con el tenor de la siguiente transcripción de la página 13 de la Resolución Administrativa APS/DJ7DS/Nº 808-2012 de 15 de octubre de 2012: "…En este entendido es necesario **preponderar** la existencia de la nota de 27 de julio de 2012, suscrita por Fernando Márques, personero de GAF Trading Hologramas Latinoamericanos y dirigido a esta Autoridad; a través de la cual remite una versión*

propia de la "Roseta SOAT 2012" conforme las especificaciones consignadas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/ 127-2011 de 1 de julio de 2011,. Aspecto que demuestra la posibilidad técnica de la fabricación de dichas rosetas". Nótese que no se usa el término "desvirtuar" o similar, sino, simplemente preponderar o resaltar, o destacar.

La anterior transcripción cursa en la última parte de la resolución administrativa confirmatoria y en ninguna de sus partes usa el término "desvirtuado" (entendido como quitar virtud de verdadero a algo o a una cosa), o que señale que lo que Flexo Print informó es falso; reiteramos que queda la posibilidad de que este fabricante no cuente con instrumentos materiales apropiados (posibilidad confirmada en el informe de Flexo Print cuando se refiere a que ella ha usado la tecnología rayo laser) pero que otro fabricante sí los posee para fabricar lo que se requiere. Implicítamente, Flexo Print manifestó que ella no puede fabricar la roseta, no dijo que no se pueda fabricar la roseta de modo definitivo o que nadie pueda fabricarla.

Que es en este escenario que la APS valora la carta de GAF Trading y como la carta de 27 de julio de 2012 de este fabricante no se refiere directamente a Flexo Print (ni siquiera la menciona) no consideró necesario correrla en traslado. El juicio de valoración del peso de la carta de 27 de julio de 2012 correspondió a la APS como ente juzgador en aplicación de lo previsto en el artículo 29.III. del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que faculta a esta Autoridad a valorar las pruebas de acuerdo a la sana crítica; esto es, de acuerdo a su propio criterio, sin que ello hubiera menoscabado el derecho a defensa de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.***

Que debe recalcarse el hecho de que la influencia de la carta de 27 de julio de 2012 no fue el elemento esencial ni fundamental que sirvió de base a la resolución confirmatoria de la APS, sino que existen otros como la extemporaneidad en la presentación de informes técnicos, la falta de autorización expresa del ente regulador para la aprobación final de la Roseta SOAT 2012, y la carencia de respuesta de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *a la solicitud de la APS para que informara quién era la persona que autorizó el proceso de fabricación definitiva de la roseta, tanto de la aseguradora (reenvíar la solicitud al fabricanet) como de Flexo Print para no responder a la solicitud de identificación efectuada (porque sus personeros estaban de viaje).*

Que en cuanto al ***inciso c)*** *del anterior Considerando, esto es, la falta de pronunciamiento de la APS para la aprobación o desaprobación de las rosetas, es imprescindible acudir al tenor de la carta APS/DS/5427/2011 de 9 de diciembre de 2011 dirigida a la aseguradora que, textualmente, dice: "Acusamos recibo de su nota Ger. Gral. 084/2011, mediante la cual remite a esta Autoridad las muestras de roseta SOAT 2012. Al respecto, comunicamos a usted que* ***las muestras no están de acuerdo al arte aprobado*** *en nota APS/DS/3927/2011 y según las especificaciones del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DJ/DJ/N° 127 de 01 de julio de 2011. Por otra parte, se recuerda de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución Administrativa SPVS-IS/N° 959 de 9 de diciembre de 2008: "…las entidades aseguradoras deben ofertar la cobertura con* ***al menos quince días de anticipación*** *a la finalización de cada periodo anual…" (las negrillas son de la APS).*

*Que esta carta fue recibida por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** en fecha 13 de diciembre de 2011 de acuerdo al sello de esta aseguradora, cuya letra y espíritu es revelar que la APS no está de acuerdo con las muestras porque no guardan conformidad con el arte, y en adición, recuerda el plazo que rige para la oferta de las coberturas de la roseta SOAT 2012. Por supuesto que el tenor de esta carta es de pleno conocimiento de la aseguradora por lo que no puede alegar que hubo falta de pronunciamiento oportuno del ente regulador.*

*Que en lo relacionado con que uno de los funcionarios de la APS, de manera verbal, habría autorizado la fabricación de la roseta SOAT 2012, nada hay que pueda considerarse como sustento de tal afirmación; en efecto, revisados los antecedentes, ninguno de los documentos cursantes o presentados por la aseguradora sustenta su declaración. Oportuno es señalar que si **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** afirma algo, tiene el deber de demostrarlo.*

Que no obstante lo anterior y en un rol decididamente pro activo y diligente, la APS remitió cartas a las partes concernidas solicitando el nombre del funcionario que habría autorizado la fabricación acusada, sin que éstas hubieran respondido positivamente; en un caso, derivaron la respuesta al fabricante, y en otro, se manifestó que el representante legal, se encontraba de viaje.

CONSIDERANDO:

*Que en relación a la primera parte del **descargo subtitulado: "I. VULNERACIÓN A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS"** anotado en el tercer Considerando de la presente resolución, la empresa aseguradora indica que la redacción de la carta de cargos CITE: APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012 vulnera el Principio de Presunción de Inocencia, se debe manifestar que es necesario definir en qué consiste dicho principio consagrado en el artículo 116, parágrafo I de la CPE.*

A este efecto, la Sentencia Constitucional No. 11/00 de 03 de marzo de 2000, que sobre dicha máxima constitucional indica:

"…se constituye en una garantía del "debido Proceso", protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrán dar margen al prejuzgamiento y a condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba al acusador, vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso, y que los jueces dicten sentencia condenatoria siempre que exista plena prueba, o sea, cuando no haya duda sobre la culpabilidad del encausado demostrada por todos los medios de prueba, dentro de un proceso en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa…"

De esta definición se puede establecer que dicho principio tiene tres finalidades:

1. *Proteger al encausado de actitudes arbitrarias que den lugar al prejuzgamiento y condenas **sin proceso.***
2. *Obligar al acusador a probar sus sindicaciones.*

3. *Obligar a los juzgadores a dictar sentencia cuando haya prueba plena demostrada por todos los medios dentro de un proceso que asegure las garantías de defensa del acusado.*

Los hechos que vulneran este principio, según criterio del personero de la empresa aseguradora, se traducen en haber incluido en la notificación de cargos el texto siguiente:

1. *"…se ha advertido que su entidad HA INCUMPLIDO con la instrucción emanada por esta autoridad…".*
2. *"…notificamos a usted, en su condición de representante legal de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., POR HABER CONTRAVENIDO lo determinado en el artículo 17…".*

Contrastando lo indicado en el descargo del regulado con lo interpretado en la sentencia constitucional, se concluye nítidamente que la Notificación de cargos acusada, busca precisamente que ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *se ponga a derecho a fin de producir sus probanzas, extremo que revela la no existencia de prejuzgamiento, entendido como el juzgamiento de las cosas realizado antes del tiempo oportuno, o sin tener conocimiento de ellas. Así como tampoco existe una sanción o condena impuesta sin proceso previo.*

Asimismo, la notificación de cargos contra de la empresa aseguradora se realiza sobre la base de una diligencia preliminar en la cual se recaban los elementos necesarios para emitir la misma. Estos elementos constituyen afirmaciones con niveles iniciales de convicción que deben ser sometidos al filtro de las probanzas que pueda producir la aseguradora, y en caso de ser suficientes o insuficientes las mismas, emitir el juicio de mérito definitivo correspondiente.

Consecuentemente y en relación a la sentencia o resolución del procedimiento sancionatorio, ésta se dicta una vez que el administrado, en este caso, ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *presente pruebas de descargo, asegurando de esta manera el ejercicio de su derecho a la defensa. Luego, no hay vulneración a ninguna garantía o principio constitucional, mucho menos nulidad alguna.*

Que en relación a la segunda parte del ***descargo subtitulado:*** *"****II.- SOBRE LA SUPUESTA INFRACCIÓN A LOS ANEXOS I Y II DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DS/DJ/Nº 127-2011 Y AL ARTÍCULO 17 DEL DECRETO SUPREMO Nº 27195,*** *corresponde señalar que el único momento en que se hace conocer a la APS la imposibilidad técnica de fabricar la roseta SOAT 2012 es mediante el informe sin fecha ni firma ni rúbrica de Flexo Print, adjuntada a la carta CITE ANL 0147/12 de 22 de marzo de 2012; esto es, tres meses después que entrara en comercialización la indicada roseta. Esta digresión que se hace se encuentra respaldada por la carta citada líneas precedentes; o sea, documentalmente, mientras que la afirmación de* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *se sustenta en afirmaciones sin respaldo documental.*

Que en relación a este tema, recuérdese la existencia de la carta APS/DS/5427/2011 de 9 de diciembre de 2011, puesta en conocimiento de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *en fecha 13 de diciembre de 2011, por cuyo*

intermedio se comunica a la aseguradora que las muestras no están de acuerdo al arte aprobado en nota APS/DS/3927/2011 y según las especificaciones del Anexo I de la Resolución Administrativa APS(DS/DS/127-2011 de 1 de julio de 2011, añadiéndose el plazo existente de 15 días de anticipación a la finalización de cada periodo anual para la oferta de cobertura. Por lo que decididamente, la APS expresa su posición de que a través de una carta, se hizo conocer a ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *el desacuerdo del ente regulador con las muestras, significando esto que no se la roseta SOAT 2012.*

Que por si lo anterior no fuera suficiente para reafirmar la posición del APS de que ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *ofertó la cobertura de la roseta SOAT 2012 sin autorización del ente regulador, se tiene que en la reunión de 31 de mayo de 2012 (sostenida entre la APS,* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *con su asesor legal Rigoberto Paredes, Flexo Print y personal de la Dirección Jurídica de la APS, cuyo contenido consta en grabación a cargo de la Dirección de Comunicaciones de esta Autoridad) el asesor legal Rigoberto Paredes afirmó que la autorización para la fabricación de las rosetas SOAT 2012 fue emitida por* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *y* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.,*** *sin el consentimiento expreso del órgano fiscalizador, por la premura de tiempo.*

CONSIDERANDO:

Que en lo que hace a los demás argumentos de la aseguradora cuando explica y aclara el proceso de diseño, fabricación y presentación, cabe señalar que la misma resulta absolutamente extemporánea (22 de marzo de 2012) pues a esta fecha, la roseta ya se comercializaba.

CONSIDERANDO:

Que de lo expuesto, se concluye que corresponde confirmar los descargos presentados e imputados a ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 7 de mayo de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 150/2013 de 25 de febrero de 2013, con los siguientes argumentos:

"…III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

III.1. *Nuestro ordenamiento jurídico establece que la Administración Pública en su conjunto debe regirse por el Principio de Verdad Material, en consecuencia, corresponde efectuar previamente una relación y fundamentación de los hechos que hacen al presente caso.*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), convocó a las entidades aseguradoras a participar de la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) para la gestión 2012. Mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº J27- 2011 de fecha 01 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó la Roseta del SOAT de la

gestión 2012.

Ahora bien, como es de su conocimiento nuestra compañía conjuntamente con la otra aseguradora autorizada para la comercialización del SOAT, procedimos a la búsqueda de empresas que fabriquen las rosetas, habiendo aceptado ambas compañías que la empresa Plexo Print sea el único proveedor de las rosetas SOAT para la gestión 2012, esa empresa antes de proceder a la impresión de las rosetas, sostuvo constantes y reiteradas reuniones con funcionarios de la APS, a efectos de explicar técnicamente las características de las rosetas SOAT, así como también la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos por la APS, tales como los hologramas y la autodestructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas.

Lo señalado precedentemente está demostrado y corroborado por el Informe Técnico enviado por Flexo Print a requerimiento nuestro y que fue presentado oportunamente en calidad de prueba de descargo dentro del presente proceso.

En el citado Informe Técnico el proveedor efectúa una serie de aclaraciones sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad de las rosetas SOAT 2012, sin embargo, consideramos necesario hacer énfasis en algunas de esas aclaraciones.

1) *"Es vital entender que la escala Pantone de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estandar* (sic) *para sistemas de impresión Offset, Flebografía, serigrafía y huecograbado Y NO ASÍ EN LA PRODUCCIÓN DE HOLOGRAMAS..." '(Las mayúsculas son nuestras).*

2) *"Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma... "*

3) *"Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de Unta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles ..."*

Todas estas aclaraciones y explicaciones también fueron otorgadas a la APS en la audiencia solicitada por nuestra compañía, en la que los técnicos expertos en estos temas reiteraron esta imposibilidad.

Como se puede apreciar, de acuerdo al informe técnico y la ratificación en audiencia, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente. Toda esta situación, como señalamos anteriormente, fue puesto (sic) *en conocimiento de los funcionarios de la APS en las varias reuniones sostenidas entre los representantes de Flexo Print y los funcionarios de la APS.*

Ahora bien, con respecto al citado informe emitido por el proveedor, conforme se plasmó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-S1REF1 004/2013, debe ser analizado y si fuera el caso refutado técnicamente por la APS, situación que no se cumple, puesto que de la revisión in extenso de la R.A. 150, se desprende que el informe no merece mayor pronunciamiento ni mucho menos es desvirtuado

técnicamente, en consecuencia debemos entender que el mismo cuenta con lodo el valor pericial puesto que fue emitido por una empresa conocedora y experta en el rubro.

En ese sentido, nuevamente la APS incurre en el error de no valorar jurídica y técnicamente la prueba aportada por nuestra compañía.

*La APS, pretende **"preponderar o resaltar o destacar"** la nota de fecha 27 de julio de 2012 enviada por el Sr. Fernando Marques personero de GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, utilizándola como argumento para desvirtuar el informe técnico presentado por Flexo Print, sin embargo, entendemos que la APS tenía la obligación de poner en conocimiento de nuestra compañía dicha nota puesto que en el hipotético y no admitido caso de que su* (sic) *fuera evidente lo manifestado por GAF, nuestra compañía tenía el derecho de conocer esa muestra y pronunciarse sobre la misma en el entendido de que se trataba de una "prueba pericial" que podía ser objetada o desvirtuada, más aún desconocemos si las muestras remitidas por GAF a la APS cumplían con todas las exigencias establecidas para la fabricación de las Rosetas SOAT, no solo las referidas a las especificaciones técnicas sino en particular a las condiciones de seguridad e indestructibilidad, aspectos esenciales y obligatorios, asimismo, desconocemos si esas muestras fueron objeto de pruebas por parte del ente fiscalizador y el resultado de las mismas.*

La APS en cuanto se refiere a esta prueba, como ella misma lo admite, consideró que no era necesario correr en traslado, puesto que la APS al amparo de lo establecido en el artículo 29.III del D.S. 27175 la valoraría de acuerdo a la sana crítica; Consideramos que la APS incurre nuevamente en error, puesto que el citado artículo si bien faculta a esa autoridad a valorar la prueba, no le faculta a no poner en conocimiento del administrado la prueba en un proceso sancionatorio, tal cual ocurrió en el presente caso.

Por otra parle, confirmando el extraño actuar de la APS en cuanto se refiere a la nota enviada por GRAF, nuestra compañía en fecha 1 de abril de 2013 mediante nota Cite ANL-0186/12 solicitó expresamente se nos remita una fotocopia legalizada de la citada nota, solicitud que hasta la fecha no fue cumplida por la APS.

Finalmente corresponde pronunciarse sobre las afirmaciones de la APS sobre su aprobación o desaprobación de las muestras de las rosetas enviadas por nuestra compañía.

En este sentido, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., en fecha 9 de noviembre de 2011, en cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 11, Inc. B) de la R.A. IS 595, remitió a la APS dos ejemplares de la Roseta SOAT 2012, debemos hacer notar que las muestras fueron enviadas con una anticipación de casi 40 días con relación a la obligación de comercializar el SOAT con una antelación de 15 días a la finalización del período anual (31/12/11)

La APS en fecha 13 de diciembre de 2011, es decir dos días antes tener que comercializar el SOAT y 35 días luego de recibir las muestras, de manera totalmente extemporánea nos comunica que "...las muestras no están de acuerdo al arte aprobado...", aspecto que vulnera los principios de eficacia, eficiencia y celeridad que está obligada a cumplir la administración, en este caso el Ente Fiscalizador; más

aún, en la comunicación no especifican cual sería supuestamente la falla o el incumplimiento al arte aprobado, ocasionando que nuestra compañía no pueda - si fuera evidente la falla o incumplimiento - resolver o subsanar inmediatamente la observación, situación que lógicamente no pudimos realizar, puesto que desconocíamos completamente a qué se refería la observación.

Debemos recordar a la APS que la comercialización del SOAT al ser un seguro obligatorio y a nivel nacional, implica un movimiento operativo masivo por parte de las compañías aseguradoras, en cuanto se refiere a la emisión de certificados, propaganda, contratación de oferentes casuales, distribución de material a todo el territorio nacional, tal cual obliga la propia APS, situación que es de conocimiento pleno de la APPS (sic)*, no otra cosa se desprende puesto que inician la "licitación" del SOAT con una anticipación de por lo menos 5 meses a la conclusión del periodo anual.*

En este sentido resulta incoherente e ilógico que conocedores de estas obligaciones se pronuncien sobre las muestras de Rosetas SOAT con una anticipación de 2 días, considerando que las mismas fueron enviadas con casi 40 días de antelación.

Debemos entender que el espíritu del anexo de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127, en cuanto se refiere a que las entidades aseguradoras deben ofertar la cobertura con al menos quince días de anticipación, es que la sociedad en su conjunto tenga las facilidades y oportunidades para adquirir este seguro obligatorio, es decir, se intenta precautelar y beneficiar el bien superior que es la sociedad, en este sentido, nuestra compañía ante la premura del tiempo - recordemos que quedaban sólo dos días para iniciar la comercialización del SOAT y ante el desconocimiento de las "observaciones concretas" sobre las muestras enviadas - actuó correctamente y reiteramos velando el bien mayor.

IV.-CONCLUSIONES

Como es de conocimiento suyo, es obligación de la administración pública, en mérito a los principios generales de la actividad administrativa efectuar considerar los elementos de hecho que ha dado lugar a la conducta del administrado, en el presente caso por toda la explicación precedente, se concluye que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha efectuado y realizado todos los actuados necesarios y a su alcance para cumplir lo dispuesto por la APS, en cuanto se refiere a las rosetas SOAT gestión 2012, afirmación ratificada técnicamente por el proveedor, quien de manera verbal y escrita ha explicado reiteradamente LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y TECNICA de que las rosetas puedan ser impresas en 7 colores, sin que ello genere vulneración a las especificaciones y medidas de seguridad de las propias rosetas (Autodestructibilidad).

Asimismo, resulta fundamental al momento de resolver el presente recurso considerar la posición asumida por nuestra compañía en beneficio de la colectividad y ante la pasividad y retraso por parte del Ente Fiscalizador

No es lógico ni legal pretender ahora sancionar a una compañía de seguros por un hecho que estaba fuera de su alcance y que técnica y materialmente no se podía hacer, por lo que, consideramos que la sanción impuesta por la APS y plasmada en la R.A. 406 no corresponde por que (sic) *no se han considerado elementos objetivos*

además de que la citada resolución no ha cumplido a cabalidad con preceptos legales en materia administrativa.

Efectuamos la anterior afirmación, en base a lo señalado en nuestro ordenamiento jurídico en materia administrativa, la misma que contempla una serie de principios, los mismos que deben ser cumplidos por la administración pública y los administrados, lo contrario implicaría una vulneración a derechos previstos en nuestra Constitución Política del Estado, así como también en la propia Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que, es preciso señalar lo siguiente: (sic)

V.- PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

i Admita el presente Recurso de Revocatoria.

ii. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 150-203 (sic) ***de fecha 25 de febrero de 2013, modificada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 324 de fecha 9 de abril de 2013, dejando sin efecto la sanción impuesta a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*** …"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 887-2013 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 150-2013 de 25 de febrero de 2013, modificada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 324-2013 de 9 de abril de 2013 que rectifica el error en el monto de la multa.*

SEGUNDO.- *Se modifica, únicamente, la sanción impuesta de 40.001 UFV´s como sigue:*

"ÚNICO.- SANCIONAR *a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a 10.000 UFV´s (Diez Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención del artículo 17 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003- Texto Ordenado del Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito".*

TERCERO.- *Mediante la Dirección Administrativo Financiera de la APS, procédase a la devolución del saldo que corresponda como consecuencia de la modificación del monto de la sanción impuesta por la resolución recurrida…"*

Los argumentos expuestos en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que entrando al análisis de los argumentos contenidos en el Recurso de Revocatoria se tiene:

Que en cuanto al ***argumento 1*** *del memorial de recurso de revocatoria anotado en el sexto Considerando de la presente Resolución, es necesario indicar que cuando* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *se adjudicó la fabricación y comercialización de las Rosetas 2012, lo hizo conociendo de antemano los requisitos, características y condiciones que debía reunir la roseta. En efecto, esta Aseguradora conocía de manera anticipada (julio de 2011) a la comercialización, que las características de la Roseta 2012 a ser objetivadas constaban en los* ***anexos I*** *y* ***II*** *de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011 de 01 de julio de 2011****.*** *Si además a este hecho se agrega que* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *es una institución de larga data en el mercado de seguros, no puede alegar que lo exigido por la APS para la fabricación y comercialización de las Rosetas 2012 no "puede aplicarse en la producción de hologramas" ya que resulta extemporáneo y poco serio que en la fecha actual alegue la imposibilidad de la fabricación, toda vez que la Compañía Aseguradora tuvo el momento procesal oportuno (vía recursiva), dispuesto por el Decreto Supremo N° 27175, para efectuar su reclamo y no lo hizo.*

Que en adición, conforme señala la resolución recurrida, el único momento en que se hace conocer a la APS la imposibilidad de fabricar la Roseta 2012 es mediante informe sin fecha ni rúbrica de Flexoprint, adjuntada a la carta CITE: ANL 0147/12 de 22 de marzo de 2012, o lo que es lo mismo, tres meses después de que la roseta comenzó a ser comercializada

Que en cuanto al ***argumento 2,*** *del memorial de recurso de revocatoria anotado en el sexto Considerando de la presente Resolución, no resulta racional que la APS refute el informe técnico de Flexoprint (sin fecha ni firma, adjuntada a la carta de CITE: ANL 0147/12 de 22 de marzo de 2012) porque, conforme se ha explicado,* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *asumió la responsabilidad por la fabricación y comercialización de la Roseta 2012 tal como la APS condicionó en su momento. Cualquier observación respecto de "imposibilidades" técnicas o materiales debieron haberse comunicado antes de la adjudicación y no esperar tres meses (desde la comercialización de la roseta) para alegar la referida imposibilidad.*

Que en cuanto a los ***argumento 3 y 4*** *del memorial de recurso de revocatoria, anotado en el sexto Considerando de la presente Resolución, la APS, cumpliendo con lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004-2012 de 31 de enero de 2013, puso en conocimiento de* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *la carta de 27 de julio de 2012 de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS que adjuntaba una muestra de la Roseta 2012 como prueba de que sí era posible y factible fabricar la misma conforme lo determinado por los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.*

Que a fin de cumplir con lo señalado en la resolución administrativa jerárquica, en fecha 24 de mayo de 2013, se emitió un Auto (notificado el 31 de mayo de 2013 a

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. *por el que se corre en traslado la carta de 27 de julio de 2012 de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, así como el holograma de la ROSETA 2012, a fin de que se pronuncie técnicamente sobre si la muestra aprobada como arte y las comercializadas guardan conformidad en color, visibilidad y destacan los colores de la Wiphala conforme la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2011 de 1 de julio de 2011.*

Que ante la respuesta imprecisa de la Aseguradora, nuevamente y en fecha 29 de julio de 2013, se emite un Auto (notificado el 02 de agosto de 2013 por el que se solicita a ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *presentar su posición clara y concreta respecto de la muestra de la ROSETA 2012 elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, que oportunamente fue puesta en su conocimiento, otorgándosele 10 días hábiles administrativos como plazo para el efecto.*

Que luego de la notificación con las cartas señaladas, ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *responde mediante carta CITE: ANL-0412/13 de 16 de agosto de 2013 (recibida en la APS en la misma fecha), indicando que lo solicitado mediante Auto de 29 de julio de 2013, fue absuelto y explicado claramente en la citada pericia, por lo que ratifican el contenido de la misma.*

Que expuesta la situación, debe manifestarse que la consideración teleológica del SOAT (cuyo antecedente legal se encuentra en el Decreto Supremo Nº 26871 de 17 de diciembre de 2002) es cubrir las contingencias emergentes de los accidentes de tránsito en lo que toca a las personas y sus derechohabientes y en ese propósito, en el plano operativo, las normas contextualizan (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2011 de 1 de julio de 2011) las características técnicas del material que ha de objetivar el instrumento del SOAT, mismo que debe reunir seguridad, visibilidad y adherencia.

Este razonamiento se desprende de lo señalado en el ***artículo 2 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003;*** *la definición de ROSETA SOAT que se encuentra en el* ***artículo 3 de dicho Decreto Supremo;*** *y el* ***artículo 17 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003.***

Que luego de corrida en traslado la muestra elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *se ratifica en la versión de su informe pericial anterior. Verificada dicha ratificación, se encuentra que no hay un pronunciamiento expreso sobre la muestra elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS; esto es, no hay un análisis o comentario que mencione si la referida muestra fue elaborada de acuerdo a las especificaciones técnicas emitidas por el Ente Regulador.*

Que en la penúltima página (CONCLUSIONES) del Informe adjuntado a la carta CITE: ANL-0357/13 de 12 de julio de 2013, recibido en la APS el 17 de julio del mismo año, se indica que:

> *"**a)** No es posible determinar los colores (según código Pantone solicitado) de la muestra del expediente ni en la muestra facilitada por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. de la Roseta 2012 a simple vista (…)*

b) *Se ha podido determinar que la APS al emitir a Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 estableció un formato para la elaboración de la Roseta 2012, no obstante también emitió la nota que comunicó a Credinform que el arte para la elaboración de las Rosetas SAT 2012 presentado por Flexo Print, cumplía con las características establecidas en la referida Resolución, que derivó en la producción y comercialización de la misma.*

Existe un error en la solicitud de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/ N° 127-2011/AnexoI/1.1.; dado que el color azul 266-C presenta en su cuatricromía los mismos valores del color Verde 356-C, error que podría generar la repetición de un color en la impresión del arte personalizado. La RA al no definir correctamente la gama de colores según el PANTONE y no definir el procedimiento para obtener los colores de la Wiphala, es causante de los posibles errores en los que hubiese podido incurrir en la elaboración del arte de la Roseta 2012, si estos se hubieran producido.

c) *En caso de seguir exactamente las condiciones y requisitos establecidos en la R.A. N° 127-2011, en cuanto se refiere a cuatricromías, no se hubiese podido obtener a roseta esperada".*

Que puede observarse ante estas conclusiones que ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *se contradice; primero, señala que el arte cumplía con las características, y luego, se contradice, anotando que hubiesen podido existir posibles errores en el arte de la Roseta 2012, y se insiste que la "culpa" radica en el "error" del contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011. Pero lo más llamativo es que nada dice respecto de la muestra de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, que en opinión de la APS, cumple a cabalidad con los requisitos exigidos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011. En otras palabras, no es posible conocer la posición clara y concreta de la aseguradora respecto de la muestra de GAF TRADING, pese a habérsele reiterado que exponga su posición a través de dos autos debidamente notificados.*

Que en cuanto al ***argumento 5*** *del memorial de recurso de revocatoria, anotado en el sexto Considerando de la presente Resolución, no debe confundirse el visto bueno otorgado* ***al "arte"*** *con la roseta fabricada luego. Si la APS comunicó su disconformidad con las rosetas definitivas (distintas del arte) es una muestra de que el ente fiscalizador dio a conocer su posición respecto al asunto y la Aseguradora pudo haber solicitado una prórroga del plazo de inicio de la comercialización de la roseta, y no proceder,* ***por sí y ante sí,*** *a comercializar sabiendo de la disconformidad de la APS.*

Que en cuanto al ***argumento 6*** *del memorial de recurso de revocatoria anotado en el sexto Considerando de la presente Resolución, la APS considera firmemente que SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. ha incumplido la norma acusada en la resolución que se impugna, y que cuando se le pidió pronunciarse respecto de la muestra elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, no lo hizo de manera clara y definitiva.*

Que el anterior párrafo se explica por sí mismo en sentido de que la muestra de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS no coincide con la que elaboró FLEXO PRINT para su comercialización. Si se tiene en cuenta que el cargo imputado era el incumplimiento de los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1 de julio de 2011, y ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *nada manifiesta en sentido de si las muestras no coinciden, se puede inferir (dada la muestra de GAF TRADING) que sí era posible la fabricación de la roseta SOAT 2012 en los términos determinados (en cuanto a colores de la Wiphala y visibilidad de los mismos) ya que esta aseguradora en ninguna parte de su respuesta al Auto de 29 de julio de 2013 indica que no era o no es posible (definitivamente) fabricar la tantas veces nombrada roseta conforme las normas diseñadas anticipadamente.*

Que no obstante el análisis desarrollado a lo largo de esta Resolución Administrativa, que además confirma la infracción, es de mucha importancia mencionar que a la fecha presente, la Roseta SOAT 2012 ha sido comercializada, sin que la falta de cumplimiento de los requisitos señalados en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1 de julio de 2011 hubieran menguado o causado daño al objetivo teleológico conforme se ha explicado.

Que tampoco se ha evidenciado que algún ciudadano(a) hubiera sido privado de los beneficios de dicha roseta a causa del anterior incumplimiento, o hubiera constituido directamente déficits de cobertura.

Que tampoco se ha evidenciado que la conducta de la Compañía sea reiterativa o reincidente, por cuanto es la primera vez que presenta este tipo de contravención.

Que en este cuadro de situación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros considera que la aseguradora no ha presentado argumentos que enerven o destruyan los fundamentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 150-2013 de 25 de febrero de 2013, correspondiendo confirmar parcialmente la misma…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 12 de agosto de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DS/N° 887/2013 de 30 de septiembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.***

La APS en la Resolución ahora recurrida realiza un análisis de los fundamentos expuestos por nuestra compañía en el recurso de revocatoria, resumiéndolos en dos, por lo que pasamos nuevamente a exponer nuestros argumentos y desvirtuar los señalados por el ente fiscalizador:

III.1. SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE ELABORACION DE LA ROSETA:

Como es de su conocimiento nuestra compañía conjuntamente con la otra aseguradora autorizada para la comercialización del SOAT 2012, procedimos a la búsqueda de empresas que fabriquen las rosetas, habiendo aceptado ambas compañías que la empresa Flexo Print sea el único proveedor de las rosetas SOAT para la gestión 2012, esa empresa antes de proceder a la impresión de las rosetas,

sostuvo constantes y reiteradas reuniones con funcionarios de la APS, a efectos de explicar técnicamente las características de las rosetas SOAT, así como también la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos por la APS, tales como los hologramas y la autodestructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas. Lo señalado precedentemente está demostrado y corroborado por el Informe Técnico enviado por Flexo Print a requerimiento nuestro y que fue presentado oportunamente en calidad de prueba de descargo dentro del presente proceso.

En el citado Informe Técnico el proveedor efectúa una serie de aclaraciones sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad de las rosetas SOAT 2012, sin embargo, consideramos necesario hacer énfasis en algunas de esas aclaraciones.

> *1) "Es vital entender que la escala Pantone de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estándar para sistemas de impresión Offset, Flebografía, serigrafía y huecograbado Y NO ASÍ EN LA PRODUCCIÓN DE HOLOGRAMAS..." (Las mayúsculas son nuestras).*
>
> *2) "Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma..."*
>
> *3) "Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles..."*

Todas estas aclaraciones y explicaciones también fueron otorgadas a la APS en la audiencia solicitada por nuestra compañía, en la que los técnicos expertos en estos temas reiteraron esta imposibilidad.

Como se puede apreciar, de acuerdo al informe técnico y la ratificación en audiencia, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente, toda esta situación, como señalamos anteriormente, fue puesto en conocimiento de los funcionarios de la APS en la varias reuniones sostenidas entre los representantes de Flexo Print y los funcionarios de la APS.

Esta situación fue confirmada y ratificada mediante la pericia presentada por nuestra compañía a la APS, la misma que fue elaborada a requerimiento de la propia autoridad fiscalizadora.

En la citada pericia se evidencia como bien señala y acepta la propia APS que:

> *"a"* (sic) *No es posible determinar los colores (según código de color PANTONE solicitado) de la muestra aprobada del expediente ni en la muestra facilitada por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. de la ROSETA 2012 a simple vista, debido a lo expuesto en el informe.*
>
> *b) Se ha podido determinar que la APS el* (sic) *emitir la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, estableció un formato para la elaboración de la ROSETA 2012, no obstante también emitido* (sic) *la nota APS/DS/3926/2011 de fs.27 por el*

que comunico a Credinform que el arte para la elaboración de Rosetas SOAT 2012 presentado por Flexo Print, cumplía con las características establecidas en la referida Resolución, que derivó a la producción y comercialización de la misma.

Señalar que existe un error en la solicitud de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011/Anexo I/1.1; dado que el color Azul 286-C presenta en su cuatricomía los mismos valores del color Verde 356-C, error que podría generar la repetición de un color en la impresión del arte personalizado. La RA al no definir correctamente la gama de colores según el PANTONE y no definir el procedimiento para obtener los colores de la Wiphala, son causantes de los posibles errores en los que hubiese podido incurrir al elaborarse el arte de la ROSETA 2012, si estos se hubieran producido.

c) En caso de seguir exactamente las condiciones y requisitos establecidos en la R.A. N° 127-2011, en cuanto se refiere a cuatricomías, no se hubiese podido obtener la roseta esperada"

Esta pericia no mereció mayor análisis u observación por parte de la APS en la resolución ahora recurrida, sin embargo, resulta trascendental lo concluido por el perito, puesto que de las conclusiones se establece con claridad la imposibilidad de fabricar las rosetas con las especificaciones establecidas por la APS, sin que esto afecte los requisitos de seguridad previstos por la propia autoridad.

Como es de conocimiento suyo, es obligación de la administración pública, en mérito a los principios generales de la actividad administrativa efectuar considerar los elementos de hecho que ha dado lugar a la conducta del administrado, en el presente caso por toda la explicación precedente, se concluye que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha efectuado y realizado todos los actuados necesarios y a su alcance para cumplir lo dispuesto por la APS, en cuanto se refiere a las rosetas SOAT gestión 2012, afirmación ratificada técnicamente por el proveedor, quien de manera verbal y escrita ha explicado reiteradamente LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y TECNICA de que las rosetas puedan ser impresas en 7 colores, sin que ello genere vulneración a las especificaciones y medidas de seguridad de las propias rosetas (Autodestructibilidad). Todo esto ratificado y confirmado por el informe pericial presentado a la APS.

Finalmente, reiteramos que no resulta lógico sancionar a nuestra compañía por un hecho que estaba fuera de su alcance, por lo que, consideramos que la sanción impuesta por la APS y plasmada en la R.A. 887 no corresponde porque no se han considerado elementos objetivos.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1° Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175.

2° Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013. *dejando* (sic) *sin efecto la sanción impuesta a nuestra compañía…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

A los efectos de la decisión de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, es pertinente dejar constancia de los antecedentes normativos siguientes:

- Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003.

  Artículo 17º: "*La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa, fijará con al menos tres meses de anticipación, al vencimiento del plazo de la póliza SOAT, el color de la Roseta SOAT y las características técnicas de seguridad, con el cual todas las entidades aseguradoras, deberán imprimir sus rosetas SOAT. Si alguna entidad aseguradora, incumpliere la presente disposición, se hará pasible a las sanciones que para el efecto fije la SPVS*".

- Resolución Administrativa IS Nº 595-2004 de 19 de octubre de 2004.

  Artículo 11º (*Requerimientos*), Inc. b): "*Remitir oficialmente a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dos (2) ejemplares de Roseta SOAT a efectos de publicación y comprobación de las características establecidas en el artículo precedente*".

- Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011.

  "…***PRIMERO.-*** *Aprobar el color de la Roseta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, en los colores y con las*

especificaciones mínimas detalladas en el Anexo I y en la distribución establecida en el Anexo II de la presente Resolución Administrativa (…)

ANEXO I

COLORES Y ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

1.1. COLORES

-Gráfico de muestra- *Violeta 256 - C* (*C=72; M=84; Y=0; K=0*)

-Ídem- *Verde 356 - C* (*C=96; M=27; Y=100; K=16*)

-Ibídem- *Azul 286 - C* (*C=96; M=27; Y=100; K=16*)

-Ibídem- *Naranja 165 - C* (*C=0; M=75; Y=96; K=0*)

-Ibídem- *Amarillo P - VCU* (*C=0; M=10; Y=100; K=0*)

-Ibídem- *Rojo - C* (*C=8; M=97; Y=100; K=1*)

-Ibídem- *Blanco sin Código adicional* (*C=0; M=0; Y=0; K=0*)

1.2. ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

- *Tamaño: 70mm x70mm (Triangulo* (sic) *)*
- *Tamaño: 70mm(Circular)*
- *Holograma Bidi-tridimensional*
- *Imagen Aleatoria del Escudo del Estado Plurinacional de Bolivia y el texto SOAT.*
- *Poliester* (sic) *Plata Tamper Evident Autodestructible.*
- *Autoadhesivo al frente.*
- *Diseño Personalizado.*

ANEXO II

DISTRIBUCIÓN DE COLORES DE LA ROSETA 2012

Roseta para Vehículo Particular -gráfico de muestra; se destaca la wiphala dispuesta en triángulo y con fondo plateado-

Roseta para Vehículo Público -ídem- …"

La aprobación a la que hace referencia la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011, se efectuó con base en el arte para la elaboración de las Rosetas SOAT para la gestión 2012, que fuera presentado por la empresa Flexo Print S.R.L. (proveedora de las Rosetas), conforme consta en la nota APS/DS/3926/2011 de 11 de

octubre de 2011 (que se menciona en el informe APS/DS/JTS/1173/2011 de 7 de diciembre de 2011).

En la tarea de verificar el cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011, el Ente Regulador emitió el informe legal APS/DJ/DS/0022/2012 de 24 de enero de 2012, el que señala que:

> "…*Mediante nota GER Grl. 084/2011 de 9 de noviembre de 2011, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. remite las dos muestras de las Rosetas SOAT 2012, las mismas que revisadas en detalle no cumplen a cabalidad con los requisitos especificados mediante PANTONE en el anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N* (sic) *127-2011 ni guardan relación con el arte presentado por el proveedor que mereció la aprobación de colores por parte de la APS, mediante nota APS/DS/4655/2011*…"

El informe legal APS/DJ/DS/0022/2012 termina concluyendo que:

> "…*De lo expuesto precedentemente se ha verificado que los colores de la Roseta SOAT, remitida por Seguros y Reaseguros Credinform S.A. no guardan relación con los aprobados por la APS en el arte presentado por Flexo Print ni con los autorizados mediante Resolución Administrativa 127-2011*…"

El extremo dio lugar a la notificación del cargo contra **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, conforme sale en la nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, por cuanto, en el entender del Ente Regulador:

> "(…)
>
> 1) *Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.*
>
> 2) *La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.*
>
> 3) *Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127*…"

Entendiendo de ello "*haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003* (…) *y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011*".

A su tiempo, conocidos los descargos de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, dieron lugar a la imposición de la sanción mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012, la que ha sido objeto de la impugnación que le es inherente, conforme consta de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013.

Entonces, siguiendo el procedimiento administrativo sancionatorio, la Autoridad Reguladora emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013, mediante la cual resolvió:

> "…***ÚNICO.- SANCIONAR*** *a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.,*** *con una multa en Bolivianos equivalente 40.001 UFV´s (Cuarenta y Un Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención del artículo 17 del decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2033 Texto Ordenado Reglamento Único del seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito-SOAT…*"

Con respecto a la diferencia de cifra (entre la expresión literal "*Cuarenta y Un Mil*" y la numeral ""*40.001*) y a petición de la misma recurrente, la Autoridad Reguladora emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 324-2013 de 9 de abril de 2013, mediante la cual aclaró que el importe válido es el numeral, es decir, 40.001 UFV´s (son Cuarenta Mil y Una Unidades de Fomento a la Vivienda).

En fecha 7 de mayo de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 150/2013 de 25 de febrero de 2013, el que fue resuelto mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, confirmándose parcialmente la anterior, en cuanto se modifica el importe de la multa en bolivianos, en el equivalente a 10.000 UFV´s (Diez Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).

Por su efecto, en fecha 12 de agosto de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 887/2013, mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

La recurrente manifiesta que, luego de efectuar una búsqueda de empresas que fabriquen las rosetas de SOAT conforme a las especificaciones de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011, contrató con la empresa Flexo Print S.R.L., a efectos sea la proveedora de las mismas para la gestión 2012, a cuyo fin, los personeros de la empresa nombrada, habrían mantenido constantes y reiteradas reuniones con funcionarios de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a efectos de explicar técnicamente las características de las rosetas de SOAT, así como también la imposibilidad de cumplir con los colores establecidos en las especificaciones de seguridad dispuestos por el Ente Regulador (hologramas y auto destructibilidad).

A efectos de respaldar tal alegato, presenta la prueba que importa un informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L. (toda vez que el Recuso no precisa el Informe al que se refiere, se lo tiene a aquel que, con la firma del señor Juan Carlos Zamorano Somoza, fuera adjuntado al expediente en fecha 23 de abril de 2012, mediante la nota ANL-0209/12, fojas 36ª a 40ª).

Del precitado Informe Técnico, la recurrente resalta las siguientes aclaraciones efectuadas por Flexo Print S.R.L.:

"…*1) Es vital entender que la escala Pantone de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estándar para sistemas de impresión Offset, Flebografía, serigrafía y huecograbado Y NO ASÍ EN LA PRODUCCIÓN DE HOLOGRAMAS...*" *(Las mayúsculas son nuestras).*

2) "Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma..."

3) "Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles..."

Según hace notar la recurrente, estas aclaraciones y explicaciones también fueron puestas en conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la audiencia desarrollada en fecha 31 de mayo de 2012.

Tal situación, a su decir, fue confirmada y ratificada mediante el informe pericial de 11 de julio de 2013 (fojas 300ª a 307ª), presentado por los Diseñadores Gráficos Omar Alberto Anda Cazuriaga y Luis Damián Montoya Montaño, conforme se adjunta al expediente en fecha 17 de julio de 2013, mediante la nota ANL-0357/13, y del que rescatan las expresiones siguientes:

"…*a) No es posible determinar los colores (según código de color PANTONE solicitado) de la muestra aprobada del expediente en original de proceso de APS en el folio 0027 ni en la muestra facilitada por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. de la ROSETA 2012 a simple vista, debido a lo expuesto en el informe.*

b) Se ha podido determinar que la APS el (sic) *emitir la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, estableció un formato para la elaboración de la ROSETA 2012, no obstante también emitido* (sic) *la nota* -APS/DS/3926/2011- *que comunico* (sic) *a Credinform que el arte para la elaboración de Rosetas SOAT 2012 presentado por Flexo Print, cumplía con las características establecidas en la referida Resolución, que derivó a* (sic) *la producción y comercialización de la misma.*

Señalar que existe un error en la solicitud de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011/Anexo I/1.1; dado que el color Azul 286-C presenta en su cuatricomía los mismos valores del color Verde 356-C, error que podría generar la repetición de un color en la impresión del arte personalizado. La RA APS/DS/DJ N° 127-2011 al no definir correctamente la gama de colores según el PANTONE y no definir el procedimiento para obtener los colores de la Wipala (sic)*, son causantes de los posibles errores en los que hubiese podido incurrir al elaborarse el arte de la ROSETA 2012, si estos se hubieran producido.*

c) En caso de seguir exactamente las condiciones y requisitos establecidos en la R.A. N° 127-2011, en cuanto se refiere a cuatricomías, no se hubiese podido obtener la roseta esperada…"

Pericia que, siempre a decir de la recurrente, no habría merecido mayor análisis u observación por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la resolución ahora recurrida.

Tal extremo determina sea pertinente al presente, traer a colación lo que al respecto ha mencionado el Ente Regulador en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 (ahora recurrida), conforme a la siguiente transcripción de sus partes pertinentes:

> "…*el único momento en que se hace conocer a la APS la imposibilidad de fabricar la Roseta 2012 es mediante informe sin fecha ni rúbrica de Flexoprint, adjuntada a la carta CITE: ANL 0147/12 de 22 de marzo de 2012, o lo que es lo mismo, tres meses después de que la roseta comenzó a ser comercializada* (…)
>
> …*Cualquier observación respecto de "imposibilidades" técnicas o materiales debieron haberse comunicado antes de la adjudicación y no esperar tres meses (desde la comercialización de la roseta) para alegar la referida imposibilidad* (…)
>
> …*la APS, cumpliendo con lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004-2012 de 31 de enero de 2013, puso en conocimiento de* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *la carta de 27 de julio de 2012 de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS que adjuntaba una muestra de la Roseta 2012 como prueba de que* ***sí era posible y factible fabricar la misma conforme lo determinado por los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 127-2011****.*
>
> *Que a fin de cumplir con lo señalado en la resolución administrativa jerárquica, en fecha 24 de mayo de 2013, se emitió un Auto (notificado el 31 de mayo de 2013 a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *por el que se corre en traslado la carta de 27 de julio de 2012 de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, así como el holograma de la ROSETA 2012, a fin de que se pronuncie técnicamente sobre si la muestra aprobada como arte y las comercializadas guardan conformidad en color, visibilidad y destacan los colores de la Wiphala conforme la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2011 de 1 de julio de 2011.*
>
> *Que ante la respuesta imprecisa de la Aseguradora, nuevamente y en fecha 29 de julio de 2013, se emite un Auto (notificado el 02 de agosto de 2013 por el que se solicita a* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *presentar su posición clara y concreta respecto de la muestra de la ROSETA 2012 elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, que oportunamente fue puesta en su conocimiento, otorgándosele 10 días hábiles administrativos como plazo para el efecto.*
>
> *Que luego de la notificación con las cartas señaladas,* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *responde mediante carta CITE: ANL-0412/13 de 16 de agosto de 2013 (recibida en la APS en la misma fecha), indicando que lo solicitado mediante Auto de 29 de julio de 2013, fue absuelto y explicado claramente en la citada pericia, por lo que ratifican el contenido de la misma* (…)
>
> …*no hay un pronunciamiento expreso sobre la muestra elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS; esto es, no hay un análisis o comentario que mencione si la referida muestra fue elaborada de acuerdo a las especificaciones técnicas emitidas por el Ente Regulador* (…)

… esta aseguradora –se refiere a la recurrente **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**- *en ninguna parte de su respuesta al Auto de 29 de julio de 2013 indica que no era o no es posible (definitivamente) fabricar la tantas veces nombrada roseta conforme las normas diseñadas anticipadamente*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, se puede apreciar que la Autoridad Reguladora, a fin de desvirtuar los argumentos de la recurrente en sentido de la supuesta imposibilidad de elaborar las rosetas SOAT con las características establecidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 127-2011, ha presentado como prueba de que sí era posible la elaboración en las condiciones establecidas por la norma última nombrada, la muestra de las rosetas, presentada mediante nota de 27 de julio de 2013 por la empresa GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, en su propuesta para adjudicarse la fabricación; al respecto, el Ente Regulador, mediante autos de fechas 24 de mayo de 2013, 27 de junio de 2013 y 29 de julio de 2013, ha requerido de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, su pronunciamiento respecto de dicha muestra.

Es decir, dio la oportunidad a la recurrente de refutar, observar, cuestionar o lo que fuere necesario efectuar en el marco de respeto al debido proceso, con respecto a las mencionadas muestras, a fin de solventar su posición referida a la imposibilidad de fabricar las rosetas con las características exigidas por la Autoridad; sin embargo, la ahora recurrente se limitó únicamente, a ratificarse en lo señalado en el informe pericial presentado en fecha 14 de junio de 2013 mediante nota ANL-0302/13, y evito el pronunciamiento requerido.

Al presente, a los fines de de verificar si dicho informe pericial presenta una "posición clara y concreta" sobre la muestra presentada por la empresa GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, se transcriben las partes pertinentes del mencionado informe:

"*..Al punto* "a)" *elementos de análisis Arte aprobado por la APS y Roseta comercializada posteriormente para esto se analizó las siguientes muestras:*

Muestra A1.- Muestra original aprobada y analizada del expediente del proceso de APS en el folio 0027.

Muestra B1.- Recolectada y proporcionada por la empresa SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. Roseta de SOAT 2012.

Muestra C1.- Anexo 1 y Anexo 2 de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011. ESPECIFICACIONES TECNICAS…"

Como se puede observar, no existe una manifestación expresa respecto a la propuesta presentada por GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, como elemento de análisis del informe pericial, se ha prescindido de la misma; las conclusiones del informe señalan:

"…*a) El diseño personalizado no guarda las características mínimas y solicitadas por APS en el Anexo 1 y 2 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N°127-2011 en la muestra aprobada del expediente en original de proceso de APS en el folio 0027, ni en la muestra recolectada y proporcionada por SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*

Con respecto a las especificaciones del Anexo 1 y 2 de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 150-2011, en el punto 1.1 del anexo 1 presenta una gama de colores con código Pantone, entendiendo que FiexoPrint no se adecuó a las especificaciones solicitadas por la APS, realizando un trabajo holográfico en la totalidad de la roseta SOAT, siendo esta aprobada por la APS.

b) Señalar que existe un ERROR EN LA SOLICITUD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DS/DJ N° 127-2011/ANEXO I/1.1; el color Azul 286-C presenta en su cuatricomía los mismos valores del color Verde 356-C, error que podría generar la repetición de un color en la impresión del arte personalizado, ERROR QUE GENERARÍA UNA INADECUADA ELABORACIÓN DESDE EL INICIO.

c) En caso de seguir exactamente las condiciones y requisitos establecidos en la R.A. N° 127-2011, en cuanto se refiere a cuatricomías, no hubiese sido posible obtener la roseta esperada…"

De la lectura de lo transcrito líneas arriba, se puede apreciar que las conclusiones simplemente se limitan a cuestionar y observar un supuesto error en los requisitos de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, sin embargo, **no hace ninguna referencia a la muestra de la Roseta presentada por la empresa GAF Trading Hologramas Latinoamericanos**, la que, conforme al segundo considerando del auto de fecha 24 de mayo de 2013 ("*la entrega de la carta de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS* ***contiene un ejemplar de la Roseta SOAT-2012 que cumple con los requisitos estipulados en las normas pertinentes***"; Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), demuestra que sí era posible cumplir con los requisitos exigidos en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011.

Es decir que, en atención al artículo 4º, inciso d) ("*Principio de verdad material*"), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, **sí era posible la fabricación de las rosetas con las características establecidas previamente por el Órgano Regulador y aceptadas por la ahora recurrente**, determinando que los informes adjuntos en fechas 23 de abril de 2012 (mediante nota ANL-0209/12, de Flexo Print S.R.L.), y 17 de julio de 2013 (mediante nota ANL-0357/13, de los diseñadores gráficos Anda y Montoya), refieran, como se lee de su propio tenor, **una presunción técnica** (Ej.: "*Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento* ***lo que quitaría*** *completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles*"; Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) **no demostrada**, referida a los inconvenientes de fabricación de las rosetas en las condiciones establecidas.

Por el contrario, ante la existencia de la muestra presentada por GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, **hacía al interés de SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., desvirtuar la aseveración de la Autoridad Reguladora**; sin embargo y pese a las reiteradas solicitudes efectuadas por esta última a través de los autos relacionados ut supra, no existe un pronunciamiento de la recurrente, ni de los peritos por ella ofrecidos, acerca del cómo es que el ejemplar de la roseta presentada por la empresa GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, cumpla con las características establecidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, toda vez que **la existencia de la misma, desvirtúa cualquier observación a lo dispuesto en la citada Resolución en sentido de la imposibilidad**

de cumplir con los requerimientos en ella establecidos para la elaboración de las rosetas SOAT-2012, observación que además, resulta tardía en función de haberse puesto en ejecución la Resolución precitada, sin que hubiera existido impugnación oportuna contra la misma.

En efecto, es importante dejar establecido que, **las observaciones efectuadas a los requerimientos de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 y que constan en el informe pericial de los de los diseñadores gráficos Anda y Montoya, son extemporáneas, toda vez que las mismas debieron realizarse en tiempo y trámite oportunos, es decir, después de conocida la Resolución citada y antes de proceder a la autorización de la elaboración de las rosetas, a través de los mecanismos formales que establece la normativa vigente**; el no haber obrado de tal manera y, en su lugar, haber comercializado las rosetas SOAT sin que cumplan con las características exigidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 127-2011, determina que la ahora recurrente ha actuado en contravención del artículo 17ª del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2033 (Texto Ordenado del Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT).

Asimismo, se tiene presente que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, si bien, ha confirmado la existencia de la señalada contravención por parte de la recurrente, también ha considerado las atenuantes favorables a la recurrente: que la misma no ha causado daño, no se ha evidenciado que algún ciudadano hubiera sido privado de los servicios del Seguro Obligatorio o que hubiera incidido en déficits de cobertura, así como tampoco se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, por lo que ha disminuido el importe de la multa en bolivianos al equivalente a 10.000.- UFV's (Diez mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma en su aplicación al caso concreto.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, la que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 150-2013 de 25 de febrero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA “MONTERO” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 578/2013 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 015/2014 DE 11 DE MARZO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 015/2014

La Paz, 11 de marzo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 578/2013 de 9 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 009/2014 de 19 de febrero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 023/2014 de 24 de mayo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 1° de octubre de 2013, **LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.,** legalmente representada por los señores Luís Alberto Medina Justiniano y Elvio Luis Caballero Acosta, como su Gerente General y su Presidente del Consejo de Administración, respectivamente, tal como lo acreditan los Instrumentos Públicos Nº 187/2012 de fecha 20 de noviembre de 2012, y N° 1739/2006 de fecha 29 de diciembre de 2006, otorgados ambos por ante la Notaría de Fe Pública Nº 2 de la ciudad de Montero, Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Melfy Parada Rivera, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°578/2013 de 9 de septiembre

de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº350/2013 de 14 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de 29 de octubre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.,** mismo que fue notificado el 5 de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 350/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"UNICO:*** *La Cooperativa debe convocar a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, de acuerdo a su estatuto en vigencia, con el objeto único de dar lectura en detalle y en su integridad de la presente Resolución y se ponga a consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa, debiendo remitir el acta correspondiente a esta Autoridad de Supervisión dentro de las siguientes 48 horas de su realización."*

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

> "… ***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, la Resolución ASFI N° 139/2013 de 15 de marzo de 2013, notificada a la Cooperativa, el 22 de marzo de 2013, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por los representantes legales de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Montero" Ltda., ha determinado la anulación del proceso administrativo hasta carta ASFI/DSR IV/R-162258/2012 de 10 de diciembre de 2012 inclusive, que hace conocer los resultados de la Inspección de Seguimiento expresados en Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012.*
>
> *Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012 recomienda: 1) convocar a una Asamblea General de Socios con el objeto de dar lectura al informe de inspección y se trate la disolución voluntaria de la cooperativa; 2) Contabilizar las reclasificaciones, reversiones y ajustes de acuerdo a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados por Bs2.513.943. Adicionalmente, deben ajustarse Bs4.129.423 por incumplimiento al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*
>
> *Que, en el marco de la Ley N° 3892 modificatoria de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se ha efectuado una Inspección de Seguimiento, con fecha de corte al 30 de junio de 2012, a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Montero" Ltda., entidad que se encuentra en Proceso de Adecuación.*
>
> *Que, el objetivo general de la Inspección fue evaluar la situación financiera de la Entidad, la gestión de riesgo global y el grado de avance en la implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

Que, los resultados de la evaluación efectuada a la Entidad, se han plasmado en el Informe de Inspección de Seguimiento ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012, con corte al 30 de junio de 2012, en el que se ha establecido deficiencias importantes en la gestión y control interno que han generado ajustes y reclasificaciones, deteriorando aún más la situación financiera de la Cooperativa.

Las observaciones relevantes se detallan a continuación:

RIESGO OPERATIVO CONTABLE

Se han establecido deficiencias en la gestión y control interno de la Entidad, adopción de malas prácticas contables e incumplimiento a la normativa vigente, de manera recurrente respecto a la anterior inspección, mismas que se detallan a continuación:

Cartera

La Entidad no constituye Previsiones Específicas de acuerdo con lo dispuesto en el Libro 3°, Título II, Capítulo I, Anexo 1, Sección 3, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Exposición" y "Prudencia", hecho por el cual se presentan deficiencias por ***Bs527.118***

Cta. Ctble.	Previsiones Específicas (Bs)		Diferencia Balance - ASFI (Normativa)
	Balance General	ASFI	
	Normativa	Normativa	
139.01	517,236	555,647	-38,411
139.03	846,013	994,449	-148,436
139.04	122,108	122,108	0
139.05	34,078	34,516	-437
139.06	2,787,663	3,127,495	-339,833
139.07	137,586	137,586	0
Total	**4,444,683**	**4,971,800**	**-527,118**

- ✓ *Adicionalmente y en función a la revisión de las carpetas casos especiales, se ha determinado que la entidad debe constituir una Previsión Adicional que asciende a* ***Bs1.861.402.***

Casos especiales

Se han evidenciado operaciones que no se enmarcan dentro de Sanas Prácticas y Normativa Prudencial, por lo que deben ser previsionadas en un 100%, no pudiendo ser castigadas, siendo responsabilidad de la Entidad el proceder con su total recuperación, de acuerdo con lo establecido en Libro 3°, Título II, Capítulo I, Anexo 1, Sección 2, Artículo 8 "Evaluación y Calificación de Cartera", los créditos clasificados como microcrédito y consumo deben ser calificados por días mora en este sentido, este aspecto incidirá en el cálculo de la previsión específica, productos devengados y estado.

NRO. OP.	NOMBRE	MONTO DESEM. BS.	SALDO BS	PREVISIÓN DETERMINADA BS	PREVISIÓN CAC BS	DIFERENCIA EN BS	OBSERVACIONES
10095531	Arteaga Rea Jesús Ernesto	94,707	91,222	91,222	6386	84,836	No existe respaldo del ingreso generado por el titular $us1.241 (Consultora Contable), no se efectuó análisis de los ingresos del titular.
10095636	Gutierrez Flores Rómulo	59,075	59,075	59,075	148	58,927	Cálculo de ingresos sin respaldo, no incorpora análisis de gastos operativos de la actividad (transporte), no existe evidencia de la actualización del mismo a momento de reprogramar la operación. Cronograma de pagos (semestral) no se adecúa al flujo de ingresos de la actividad de transporte del titular (mensual). Se evidencia alteraciones en el plan de pagos original, efectuando esta práctica para poner en estado vigente la operación N° 10094023 (en mora) y poder reprogramar el préstamo.
10095530	Limpias Soleto José María	686,624	686,624	686,624	1717	684,907	El análisis se basa en la declaración del prestatario sin que el oficial de crédito valide la información, no presenta las boletas de pago del Ingenio Azucarero "Guabira S.A." ni se evidenció relevamiento y verificación de la actividad del deudor, no se sustenta la utilidad operativa del flujo por $us55.589 (semestral).
10095603	Medina Salvatierra Juan	40,000	40,000	40,000	0	40,000	El CIE dado en garantía fue liquidado en fecha 28.05.2012 y no existe adenda al contrato original en la que se cambie la garantía de la operación.
10095604		51,380	51,380	51,380	0	51,380	
10094508	Peña Erik Ernesto	115,591	112,064	56,032	2802	53,231	No se cuenta con documentación que respalde la actividad de Tornería. Se evidencian modificaciones al Plan de Pago, vigentando operaciones con problemas de pago.
10094514	Serrate Ribera Galy Silvia	20,580	20,580	20,580	0	20,580	No existe verificación laboral, no existe informe BIC del cliente. El CIE dado en garantía fue liquidado en fecha 29.11.2010, no existe una adenda al contrato original en la que se cambie la garantía de la operación. De la misma manera, el CIE no está endosado a favor de la Cooperativa.
10095519	Villarroel Agramont Daniela Nicole Crysthal	490,383	490,383	490,383	12260	478,123	La prestataria trabaja en dos empresas constructoras: SERCO (propiedad de su padre, quien mantiene una deuda castigada por $us85.142 en el Banco de Crédito S.A.) y SISPREIND (cuyo propietario tiene una deuda castigada por Bs7.530.770 en Banco BISA S.A.). Asimismo, se verificó por vía telefónica, que los ingresos percibidos son inferiores (Bs3.800) respecto de los respaldos presentados (Bs34.500). Se entrevistó al Sr. Juan Carlos de Oliva, Gerente General de SISPREIND quien señaló tener una sociedad con la empresa constructora SERCO, asociación que administra el proyecto de urbanización de los lotes de terrenos adquiridos por la prestataria.
10093666	PROESABOL Promoción de la Ecomomía Social	146,804	101,306	101,306	5065	96,241	Se evidenció alteraciones en el Plan de Pagos original; se efectúa esta práctica para poner en estado vigente el crédito con problemas de mora. Asimismo, se evidenció el registro de transacciones con fecha valor por cobro de préstamos, sin respaldo. La operación se encuentra en estado vencido sin embargo es reportada como vigente al Buró de Información Crediticia.
TOTAL		1,739,444	1,686,935	1,596,603	28,376	1,568,226	

Se evidencia la otorgación de operaciones a prestatarios y garantes que mantienen deudas directas e indirectas en ejecución y castigadas en el Sistema Financiero al momento del desembolso, de acuerdo con el siguiente detalle:

NRO. OP.	NOMBRE	MONTO DESEMB. BS	SALDO BS	PREVISIÓN DETERMINADA BS	PREVISIÓN CAC BS	DIFERENCIA EN BS	OBSERVACIONES
10095129	Badani García Fausto	137,200	119,540	-	-	-	Cónyuge del prestatario no fue considerada en el análisis como parte de la unidad económica familiar, se evidenció en su reporte BIC, deuda castigada en Banco Unión S.A. por Bs9.094 como titular y Bs4.388 como garante.
10094715	Colque Suaznabar José Luis*	349,860	346,780	173,390	4,334	169,056	Según reporte INFOCRED, el prestatario presenta deuda indirecta en ejecución en Banco Sol S.A. por Bs28.169 y deuda directa vencida en la entidad por Bs92.463.
10095294	Limpias Mendez Fernando*	109,760	106,238	53,119	1,328	51,791	Según reporte INFOCRED, el prestatario presenta deuda directa en ejecución en BANCO UNION S.A. por Bs787.814.
10095522	Barba Espinoza Edda*	75,460	74,184	74,184	1,855	72,329	Según reporte INFOCRED, el garante personal presenta deuda directa castigada en Banco BISA S.A. Por Bs7.530.770 .
TOTALES		672,280	646,742	300,693	7,516	293,176	
				TOTAL		1,861,402	

A continuación se detalla el total de la Previsión Específica que debe ser constituida por la entidad.

Cuentas por cobrar

- *A la fecha de corte, la Subcuenta 142.99 "Otros Pagos Anticipados" registra un saldo de **Bs2.493.226**, correspondiente a la cancelación de intereses pagados anticipadamente por depósitos de sus socios, mismos que no han sido afectados a cuentas de resultados oportunamente, incrementando de esta manera el Activo, incumpliendo los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Prudencia" y "Exposición", debiendo reconocer el gasto de acuerdo con el siguiente detalle:*

Concepto	Bs.
Cajas de Ahorro	641,642
Aguinaldo Navideño	42,647
Incentivo Patrimonial	1,808,936
Total	2,493,226

Bienes Realizables

La Cooperativa al encontrarse incluida en el proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) no puede realizar operaciones prohibidas por el precitado cuerpo normativo, en este marco esta Dirección de Supervisión consideró prudente la proposición de los siguientes ajustes:

En la Subcuenta 157.01 "Otros Bienes Realizables" la Entidad ha contabilizado Bs5.065.423 por la compra de terrenos, misma que ha sido pagada mediante la constitución de Certificados de Aportación y en efectivo al Sr. Juan Rolando Ortiz Paz. Cabe mencionar que la adquisición de bienes para la venta está prohibida a las entidades financieras por ser de objeto único de acuerdo con lo establecido en los Artículos 1 y 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). Asimismo, la Cooperativa, al haber ingresado a un proceso de adecuación que va enfocado a la aplicación plena de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, debe dejar de lado las operaciones permitidas por el artículo 8 del Decreto Supremo 25703.

Asimismo, y en cumplimiento a lo estipulado en el Artículo 57 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Cooperativa debe previsionar un importe de ***Bs1.448.948*** *correspondiente a la previsión por desvalorización del valor del bien incorporado, debiendo afectar cuentas de resultados.*

Al respecto, en Informe ASFI/DSR IV/R-50555/2010 de 21 de mayo de 2010, se realizó una observación similar, la misma que fue aceptada y se registró el ajuste correspondiente.

Patrimonio

La Cuenta Analítica 311.02.1.12 "Certificados de Aportación Recibidos en Especie" expone un saldo de Bs2.667.500, que se origina por la compra de un terreno del Sr. Juan Rolando Ortiz Paz, registro efectuado en fecha 4 de mayo de 2011, incumpliendo el Artículo 22 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y la descripción de la Cuenta 311.00 "Capital Pagado" del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

La Cuenta Analítica 311.02.1.18 "Certificados de Aportación Voluntarios Capitalización", expone un saldo de Bs15.287.700, monto que ha originado intereses por Bs1.808.938 (incluidos en el monto observado en la Subcuenta 142.99), incumpliendo con lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dado que los Certificados de Aportación Obligatorios no pueden generar rendimiento.

El Patrimonio expone un saldo de Bs309.791 correspondientes a Cargos Devengados por pagar por diversos productos, por ende estos saldos deben ser reclasificados al Pasivo en cumplimiento al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y al Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "exposición" de acuerdo con el siguiente detalle:

Cuenta	Nombre	Saldo
311.02.2.48	Cargos Devengados CIE Premios al Instante	24
311.02.2.68	Cargos Devengados CIE Aguinaldo Navideño	3,619
311.02.2.89	Cargos Devengados Cuenta VIP	74,619
311.02.2.90	Cargos Devengados Cuenta Adel. Plus	13,969
311.02.2.98	Cargos Devengados CIE	217,561
Total		**309,791**

- ✓ *El Patrimonio de la Entidad presenta dentro de su composición saldos correspondientes a Certificados de Inversión Empresarial y Cajas de Ahorro de acuerdo con el siguiente detalle*:

Cuenta	Detalle	Saldo
311.02.1.02	CERT.APORTACION EN CAJA DE AHORRO MN	9,713,051
311.02.1.04	CERT.APORTACION EN CAJA DE AHORRO S/MOV. MN	13,490
311.02.1.21	CERT.INV.EMPRESARIALES 1 A 30 DIAS MN	1,927,268
311.02.1.22	CERT.INV.EMPRESARIAL 31 A 60 DIAS MN	483,368
311.02.1.23	CERT.INV.EMPRESARIAL 61 A 90 DIAS MN	636,980
311.02.1.24	CERT.INV.EMPRESARIAL 91 A 180 DIAS MN	1,541,092
311.02.1.25	CERT.INV.EMPRESARIAL 181 A 360 DIAS MN	3,806,811
311.02.1.26	CERT.INV.EMPRESARIALES 361 A 720 DIAS MN	5,125,484
311.02.1.27	CERT.INV.EMPRESARIALES 721 A 1080 DIAS MN	22,000
311.02.1.28	CERT.INV.EMPRESARIALES MAYOR A 1080 DIAS MN	54,000
311.02.2.02	CERT.APORT.EN CAJAS DE AHORRO ME	4,228,692
311.02.2.04	CERT.APORT.EN CAJAS DE AHORRO S/MOV.	3,901
311.02.2.11	CERT.INV.EMPRESARIALES A 30 DIAS ME	1,303,408
311.02.2.12	CERT.INV.EMPRESARIALES 31 A 60 DIAS ME	689,569
311.02.2.13	CERT.INV.EMPRESARIALES 61 A 90 DIAS ME	386,904
311.02.2.14	CERT.INV.EMPRESARIALES 91 A 180 DIAS ME	540,841
311.02.2.15	CERT.INV.EMPRESARIALES 181 A 360 DIAS ME	1,887,881
311.02.2.16	CERT.INV.EMPRESARIALES 361 A 720 DIAS ME	6,432,858
311.02.2.18	CERT.INV.EMPRESARIALES MAS DE 1080 DIAS ME	1,250,012
Total		**40,047,607**

El Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece que la captación de ahorros de los socios, durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, sólo puede ser realizada en forma de Certificados de Aportación Obligatorios y/o Voluntarios, según lo dispone el Artículo 8° del Decreto Supremo 25703 del 14 de marzo de 2010, considerando las restricciones señaladas en el Artículo 9 del citado cuerpo normativo.

Al respecto, la captación de depósitos de dinero en calidad de Cajas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Certificados de Inversión Empresarial, así como las Órdenes de Retiro y Tarjetas de Débito reconocidas en su Reglamento de Captaciones, no son operaciones permitidas para Cooperativas en Proceso de Adecuación, según lo establecido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 6, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras concordante con lo señalado en el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Gastos Administrativos

A la fecha de corte, la Entidad no ha reducido sus Gastos Administrativos y tampoco su estructura orgánica, ocasionando que la Cooperativa incurra en gastos que no le generan beneficio alguno y no responden a la crítica situación financiera al presentar Pérdidas Acumuladas que superan el 50% de su capital primario. El uso indiscriminado de recursos (gastos publicitarios, de confraternización, compra uniformes deportivos para apoyo a campeonatos, etc.), deteriora aún más la posición financiera y patrimonial de la Cooperativa, poniendo en riesgo los ahorros de sus socios y su posterior devolución.

RIESGO LEGAL

Gobierno Corporativo

Asambleas Generales de Socios

No se ha realizado la Asamblea Extraordinaria de Socios con el propósito de dar lectura inextensa al Informe ASFI/DSR IV/R-50555/2010 de 21 de mayo de 2010, incumpliendo lo instruido por esta Autoridad de Fiscalización (solo se hizo mención a las conclusiones en la Asamblea General Ordinaria de Socios de 23 de Octubre de 2010).

En la Asamblea General Ordinaria llevada a cabo el 24 de diciembre de 2011, no se han dado lectura a los Informes del Consejo de Vigilancia ni a los de los Comités.

Consejo de Administración

El Consejo de Administración no ejerce las funciones que sus Estatutos (Artículo 66 inc. b., c., d., r., u.) le imponen en su calidad de Órgano Directivo, tampoco expone de manera transparente la situación financiera de la Cooperativa a sus socios con el objetivo de que estos cuenten con información veraz y oportuna de las deficiencias de gestión determinadas, para que posteriormente puedan asumir las medidas necesarias, toda vez que no se ha dado conocer íntegramente los resultados de inspección plasmados en Informe ASFI/DSR IV/R-50555/2010, no se ha dado lectura a los informes de gestión del Consejo de Vigilancia y Comités en las Asambleas General Ordinaria.

Consejo de Vigilancia

El Consejo de Vigilancia tiene como función el informar de inmediato a la Asamblea General de Socios acerca de las situaciones en las que existan deficiencias que afecten el normal desarrollo de las actividades de la entidad o cuando se incumpla la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), normas y los reglamentos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aspecto que no se ha cumplido, principalmente debido a la crítica situación financiera de la Cooperativa, vulnerando el Libro 3°, Título IX, Capítulo II, Sección 4, Artículo 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

El Consejo de Vigilancia incumple las responsabilidades estipuladas en el Libro 3°, Título IX, Anexo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en lo referente a:

Revisar al menos anualmente las políticas, procedimientos, y mecanismos orientados a generar un sistema adecuado de control interno.

Conocer los principales riesgos que enfrenta la Entidad, controlar que los límites aceptables para dichos riesgos se cumplen y asegurarse que la Gerencia General los cumpla.

Asegurarse que la Gerencia General realiza un monitoreo adecuado de la efectividad del Sistema de Control Interno.

SEGUIMIENTO AL INFORME ANTERIOR

La Cooperativa no ha efectuado las acciones correspondientes que permitan subsanar las observaciones determinadas en el INFORME/ASFI/DSR IV/R-50555/2010 de fecha 21 de mayo de 2010, de acuerdo con el siguiente detalle:

SEGUIMIENTO AL PLAN COMPLEMENTARIO				
	Subsanadas	No subsanadas	Parcialmente subsanadas	Total Observaciones
N° Obs.	35	35	15	85
%	41%	41%	18%	100%

Asimismo, se ha evidenciado que la Entidad no ha implementado todas las acciones correctivas del Plan de Acción, resultado del Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales, observándose un bajo nivel de avance como se resume en el siguiente cuadro:

SEGUIMIENTO PLAN DE ACCIÓN DE REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES				
	Subsanadas	No subsanadas	Parcialmente subsanadas	Total Observaciones
N° Obs.	25	8	16	49
%	51%	16%	33%	100%

*A continuación se detallan las observaciones no subsanadas **(NS)**, manteniendo el mismo orden de los Numerales e Incisos del Anexo I de la Circular SB/588/2008 de 14 de octubre de 2008.*

1. Requisitos Operativos

1.2 *La Entidad presenta un Coeficiente de Adecuación Patrimonial negativo equivalente al -26.18% por debajo del mínimo requerido.* ***(NS)***

1.4 k *Los controles de restricción no mitigan la utilización de utilitarios sensitivos que permitan modificar datos en el ambiente de producción.* ***(NS)***

1.4 m *No cuentan con documentación relacionada a cambios y puesta en producción que abarque todos los aspectos de incorporación, actualización, bajas y mantenimiento de software a nivel corporativo.* ***(NS)***

Se ha evidenciado la apertura de un Punto de Atención Financiero denominado Cooperativa Gremialista, la cual carece de aprobación, de acuerdo a lo establecido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. ***(NS)***

1.5 c *La Entidad no cuenta con un documento de análisis técnico que cubra toda la infraestructura tecnológica, el cual debe estar conformado mínimamente por una matriz de riesgos, un análisis de Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas (FODA) y de factibilidad.* ***(NS)***

1.10 *No se cuenta con controles internos adecuados de acuerdo a lo estipulado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y demás normativa prudencial*

Límites y Prohibiciones

Como resultado de los ajustes realizados durante la visita de inspección, la Cooperativa al presentar un patrimonio neto negativo, incurre en incumplimiento a los Límites Legales establecidos en el Artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) concordante con el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Anexo 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

SITUACIÓN FINANCIERA

Al 30 de junio de 2012 la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Montero" Ltda., presenta una crítica situación financiera, que se ve reflejada en los siguientes aspectos:

La relación Pérdidas Acumuladas respecto del Capital Primario alcanza al 111.77%, causal de Intervención según lo establecido en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO (Expresado en Bolivianos)			30.07.2012
(+)	Aportes de los socios cooperativistas - Certificados de Aportación		22,223,083
	311.00	Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)*	22,223,083
(+)	Fondos de reserva, no distribuibles.		176,969
	342.05	Otras Reservas Distribuibles	176,969
(+)	Donaciones recibidas de libre disposición		289,931
	323.01	Donaciones no capitalizables	289,931
(=)	**CAPITAL PRIMARIO INICIAL**		**22,689,983**
	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión		(25,361,253)
	PERDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO		**-111.77%**
Con los ajustes determinados en inspección, este indice ascenderia a -140.10%			

- ✓ *No cumple con el Límite Legal de Solvencia Patrimonial mismo que es negativo y asciende a -5.55% a la fecha de corte, inferior al mínimo requerido según lo establecido en el Artículo 47, inciso a de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.*

La constante generación de Resultados Netos Negativos y principalmente la tendencia creciente de los gastos administrativos que afectan progresivamente sus Pérdidas Acumuladas; Bs10.58MM (dic/2009), Bs24.58MM (dic/2010), Bs24.37MM (dic/2011) y Bs25.15MM (jun/2012), deteriorando aún más la situación financiera y patrimonial, aspecto que expone un manejo deficiente de sus recursos e inversiones.

Expone una elevada pesadez de Cartera de créditos, misma que asciende a un 28.99% (dic/2010), 16.66% (dic/2011) y 14.68% (jun/2012), índices superiores al promedio de las cooperativas reguladas de 2.09%, 1.87% y 2.14% respectivamente.

El índice de Previsión para Incobrabilidad de Cartera morosa asciende a 99.52%, inferior al promedio de las Cooperativas reguladas (163.04%) y al exigido por sanas prácticas que determinan una cobertura igual o mayor al 100%.

La cooperativa oferta tasas pasivas que oscilan alrededor del 13%, misma que es superior al sistema cooperativo regulado, aminorando su spread financiero y por ende

generando un resultado financiero bruto que no es suficiente para soportar sus gastos administrativos.

IV. AJUSTES Y RECLASIFICACIONES

Como resultado de la visita de inspección, se han determinado ajustes y reclasificaciones, contenidos en el Informe ASFI/DSR IV/ R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012, a continuación se detallan los mismos en su totalidad:

DETALLE	Ajustes	Reclasif.	PCGA	Normativa
	Bs	Bs	Bs	Bs
PATRIMONIO CONTABLE				
Disponibilidades (110)	**1,985**			
Faltante en arqueo bóveda	1,985		1,985	
Sobrante arqueo cajero automático		(490)		
Cartera de Créditos (130)	**2,508,911**			
Reclasificación anticipos a personal a cartera de créditos		38,531		
Previsión anticipos a personal sin contrato.	38,531			38,531
Reclasificación créditos al personal a cartera		81,860		
Previsión créditos al personal	81,860			81,860
Deficiencia de previsión específica para inc. de cartera	2,388,520			2,388,520
Otras Cuentas por Cobrar (140)	**2,657,732**			
Reclasificación anticipos a personal a cartera de créditos		(38,531)		
Reclasificación créditos al personal a cartera		(81,860)		
Anticipo sin documentación que haga exigible el cobro	9,470		9,470	
Intereses pagados anticipadamente por depósitos	2,493,226		2,493,226	
Previsión partidas excedidas en el plazo de 91 y 330 días	155,036			155,036
Bienes Realizables (150)	**1,448,948**			
Previsión desvalorización Art. 57 LBEF	1,448,948			1,448,948
Inversiones Permanentes (160)	**137**			
Sin derecho propietario de la acción de Cosmol	137		137	
Bienes de Uso (170)	**-**			
Reclasificación de la cuenta 175.01 a 184.01		(195,772)		
Otros Activos (180)	**23,344**			
Reclasificación de la cuenta 175.01 a 184.01		195,772		
Se debe registrar al gasto el saldo en biblioteca	6,816		6,816	
Partidas excedidas en el plazo de 30 días	16,528			16,528
Otras Cuentas por Pagar (240)	**2,309**			
Sobrante arqueo cajero automático		490		
Cargos por productos devengados	2,309		2,309	
Reclasificación Cert. Aportación y cargos devengados		44,150,413		
Capital Social (310)	**-**			
Reclasificación Cert. Aportación y cargos devengados		(44,150,413)		
TOTAL AJUSTES	**6,643,366**	**-**	**2,513,943**	**4,129,423**

Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA).

Considerando las observaciones anteriormente expuestas la posición financiera ajustada de la Cooperativa es la siguiente:

CODIGO	N O M B R E	30.06.2012	AJUSTES	RECLASIF	SALDO AJUSTADO
100.00	**ACTIVO**	**44,360,498**			**37,718,951**
110.00	DISPONIBILIDADES	3,057,177	(1,985)	(490)	3,054,702
120.00	INVERSIONES TEMPORARIAS	198,496			198,496
130.00	CARTERA	31,211,515	(2,508,911)	120,391	28,822,995
140.00	OTRAS CUENTAS POR COBRAR	3,037,525	(2,657,732)	(120,391)	259,402
150.00	BIENES REALIZABLES	3,799,068	(1,448,948)		2,350,120
160.00	INVERSIONES PERMANENTES	310,497	(137)		310,360
170.00	BIENES DE USO	2,509,253		-	2,509,253
180.00	OTROS ACTIVOS	236,967	(23,344)	-	213,623
200.00	**PASIVO**	**2,262,168**			**46,414,400**
210.00	OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	34,005			34,005
220.00	OBLIGACIONES CON INSTITUCIONES FISCALES	-			-
230.00	OBLIGACIONES CON BANCOS Y ENTIDADES DE FINANCIAMIENTO	306,286			306,286
240.00	OTRAS CUENTAS POR PAGAR	1,866,300	2,309	44,149,923	46,018,532
250.00	PREVISIONES	55,576			55,576
300.00	**PATRIMONIO**	**42,098,330**			**(8,695,449)**
310.00	CAPITAL SOCIAL	66,776,925		(44,150,413)	22,626,512
320.00	APORTES NO CAPITALIZADOS	289,931			289,931
330.00	AJUSTES AL PATRIMONIO	-			-
340.00	RESERVAS	176,969			176,969
350.00	RESULTADOS ACUMULADOS	(25,145,495)	(6,643,366)	-	(31,788,861)
353.00	Pérdidas Acumuladas	(24,366,265)			(24,366,265)
354.00	Pérdidas del Periodo o Gestión	(779,230)	(6,643,366)		(7,422,596)
	TOTAL PASIVO Y PATRIMONIO	**44,360,498**			**37,718,951**

CÓDIGO	NOMBRE	SEGÚN ASFI (TOTAL AJUSTES)	
		SALDO TOTAL ACTIVO	ACTIVO COMPUTABLE
CATEGORIA I	ACTIVOS CON RIESGOS DE 0%	1,317,227	0
CATEGORIA II	ACTIVOS CON RIESGOS DE 10%	0	0
CATEGORIA III	ACTIVOS CON RIESGOS DE 20%	2,179,567	435,913
CATEGORIA IV	ACTIVOS CON RIESGOS DE 50%	0	0
CATEGORIA V	ACTIVOS CON RIESGOS DE 75%	0	0
CATEGORIA VI	ACTIVOS CON RIESGOS DE 100%	34,222,157	34,222,157
TOTALES		37,718,951	34,658,070
TOTAL ACTIVO MAS CONTINGENTES			37,718,951
TOTAL ACTIVO DE RIESGO COMPUTABLE			34,658,070
10% SOBRE EL ACTIVO COMPUTABLE			3,465,807
PATRIMONIO NETO			-9,098,878
EXCEDENTE / (DEFICIT) PATRIMONIAL			-12,564,685
COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL			**-26.25%**

CONSIDERANDO:

Que el Informe ASFI/DSR IV/R-54298/2013 de 15 de abril de 2013, establece en su parte conclusiva:

1. *La Cooperativa, expone una crítica situación financiera y patrimonial, indicadores de rentabilidad negativos además de incumplir proyecciones elaboradas y reticencia a cumplir con instrucciones emitidas por este Organismo de Fiscalización. Asimismo, se aprecia que no ha tomado las acciones necesarias para reducir sus Gastos Administrativos y por ende sus Pérdidas Acumuladas que la colocan en una posición de insolvencia técnica.*

2. *Se han establecido deficiencias en la gestión de la entidad de manera recurrente respecto a la anterior inspección, los incumplimientos se deben principalmente a la inobservancia de las funciones y atribuciones de los consejos y ejecutivos, falta de transparencia y confiabilidad de la información financiera, vulneración de principios básicos de control interno e inadecuada tecnología crediticia.*

4. *La Cooperativa debe contabilizar las reclasificaciones, reversiones y ajustes de acuerdo a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados por* ***Bs2.513.943****, mismos que deben ser registrados al cierre del mes de recepción de la presente Resolución. Adicionalmente se identificaron incumplimientos al Manual de Cuentas y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que ascienden a* ***Bs4.129.423.***

5. *No se han evidenciado avances en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales e instrucciones emitidas en el último Informe de Inspección, observándose poca disposición por parte de los Consejeros y Ejecutivos de la Entidad para subsanar las observaciones realizadas y revertir la situación financiera de la Cooperativa.*

CONSIDERANDO:

Que, conforme lo dispuesto en el Artículo 124 de su estatuto en vigencia, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Montero" Ltda. puede disolverse por decisión voluntaria de las 2/3 partes de sus socios, manifestadas en Asamblea General Extraordinaria.

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-54298/2013 de 15 de abril de 2013, recomienda emitir Resolución Administrativa, mediante la cual se instruya la disolución voluntaria de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Montero" Ltda. dada su crítica situación financiera."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 19 de julio de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N°578/2013 de 9 de septiembre o de 2013, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 578/2013 DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/Nº 578/2013 de 9 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Que, mediante memorial presentado a esta Autoridad de Supervisión en fecha 19 de julio de 2013, la Cooperativa Montero Ltda., considerándose lesionada y perjudicada con la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, interpone recurso de revocatoria contra la misma, cuyos fundamentos se trascriben a continuación:

ANTECEDENTES

Cabe recalcar que el presente Recurso de Revocatoria que nuestra institución presenta ante su Autoridad, emana de un procedimiento o acto administrativo que comenzó en el mes de ***agosto del 2.012*** *con una visita efectuada por sus técnicos, la misma que derivó en la elaboración de un informe con corte al 30 de junio del año 2.012 con fecha de elaboración* ***23 de agosto del 2.012,*** *vale decir que nos encontramos a casi un año del hecho o el inicio del acto administrativo y recientemente, después de casi un año se elabora y se nos hace conocer la* ***Resolución ASFI 350/2013 14 de junio del 2013,*** *resolución con la cual supuestamente se nos da conocimiento legal y formal del informe* ***ASFI /DSR IV/R104090/2012 del 23 de agosto del 2.012,*** *toda vez que mediante* ***Resolución ASFI No. 139/2013 de fecha 15 de marzo del 2.013,*** *su Autoridad dispuso* ***la "ANULACIÓN del proceso administrativo hasta el VICIO MAS ANTIGUO, es decir hasta la CARTA ASFI/DSR IV/R-162258/2012 de 10 de diciembre de 2012",*** *carta ésta última donde se nos hacía conocer el informe antes citado y las instrucciones que emanaban del mismo, lo cual causó un grave perjuicio a nuestra institución que será explicado en el presente recurso.*

OBSERVACIONES AL INFORME DE LA INSPECCIÓN CON CORTE AL 30 DE JUNIO 2012

En primera instancia su Autoridad debe coincidir que, antes al estar adecuado nuestro accionar a la normativa de la Ley General de Sociedades Cooperativas y normas conexas y que al migrar a los parámetros establecidos por la Ley de Bancos y Entidades Financieras, existen deficiencias con las que cuenta nuestra institución y el sistema cooperativo societario en general, pero cabe reiterarle que nuestra entidad siempre ha tratado de cumplir en su totalidad con las recomendaciones conforme a lo dispuesto por su Ente Fiscalizador sin contar de que existían y aún existen muchas lagunas legales en la aplicación de las normas, habiendo registrando todos los ajustes contables de los anteriores informes en inclusive el informe que hoy es ratificado mediante la resolución hoy

*impugnada, informes que fueron efectuados frutos de inspecciones a nuestra entidad financiera **no bancaria,** ajustes que nos debilitó de gran manera patrimonialmente al margen de que fue acompañada de una campaña de desprestigio comercial y legal de las cooperativas societarias, pero es imperiosamente necesario hacerle conocer algunas deficiencias u observaciones al informe de inspección con corte al 30 de junio del 2.012 efectuado por sus subalternos y que es necesario refutar nuevamente en algunos aspectos por parte de nuestra institución, en tal sentido pasamos ratificar y a exponer de forma reiterada nuestras observaciones:*

1. *De acuerdo al informe que motiva la tardía, inoportuna e ineficaz Resolución **ASFI 350/2013, INFORME / ASFI / DSR IV / R-104090 / 2012,** el mismo data del **23 de agosto de 2012,** que fue remitido por su Autoridad a nuestra institución mediante carta fechada de **10 de diciembre de 2012** y notificado en fecha **18 de diciembre de 2012**, es decir que el informe de inspección fue entregado a nuestra cooperativa después de casi **4 meses** de haber sido emitido, lo cual en virtud a que los actos administrativos no se encontraban enmarcados en la normativa legal vigente, motivó a que nuestra institución mediante Carta **G.G. 02/2013 de fecha 03 de enero del 2.013** solicite a su Autoridad que consigne dicho acto administrativo en una Resolución debidamente **fundada y motivada**, toda vez que se trataba de un acto administrativo de vital importancia para cualquier institución, ya que se instruía convocar a una asamblea de socios para considerar la disolución voluntaria, acto administrativo que de manera irresponsable no puede ser considerado como un acto de escaza relevancia o importancia y fue comunicada mediante una simple carta. En virtud a dicha solicitud, su Autoridad elevó la citada carta a rango de Acto Administrativo mediante **Resolución ASFI 052/2013 de fecha 25 de enero del 2.013,** resolución que fue notificada a nuestra institución en fecha **31 de enero del 2.013.** Posteriormente y una vez notificados con la Resolución ASFI 052/20 13, conforme a procedimiento administrativo, nuestra institución interpuso Recurso de Revocatoria mediante memorial recepcionado en fecha **15 de febrero del 2.013. Un mes después**, su Autoridad mediante **Resolución ASFI No. 139/2013 de fecha 15 de marzo del 2.013** notificada a nuestra institución en fecha **22 de marzo del 2.013,** dispuso la **"ANULACIÓN del proceso administrativo hasta el VICIO MAS ANTIGUO (SU AUTORIDAD RECONOCE QUE EXISTIERON VICIOS DE NULIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO), es decir hasta la CARTA ASFI/DSR IV/R-162258/2012 de 10 de diciembre de 2012"** instruyendo la emisión de una nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada. Para finalizar y supuestamente dando cumplimiento a la Resolución ASFI 139/2013, su Autoridad **DESPUÉS DE CASI 3 MESES,** emite la **Resolución ASFI No. 350/2.013** de fecha **14 de junio del 2.013** en la cual Resuelve totalmente a destiempo y después de que nuestra institución ya ha cumplido con lo resuelto, que nuestra institución Convoque nuevamente a una Asamblea General Extraordinaria para dar lectura en detalle a la presente resolución y se considere la disolución voluntaria de nuestra institución. Con lo expuesto, se demuestra claramente que existe por parte de la **AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FIANANCIERO (ASFI) dilación, lenidad y negligencia** en todo el presente acto y posterior proceso administrativo, vulnerando el Principio de Eficacia establecido en la Ley No. 2431 en su Art. 4 inc. J) y el Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad establecido en el inciso k) del mismo artículo y cuerpo legal, en concordancia con el **Decreto Supremo No. 27175.***

2. *En la introducción del citado informe inc. A) Objetivo y Alcance del Trabajo, se manifiesta que uno de los objetivos generales es ver* ***el grado de avance en la implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales,*** *siendo que a pesar de haber presentado en dos oportunidades el Plan de Acción y la reformulación del mismo con posterioridad****, nunca se nos efectuó observación alguna, rechazo o aprobación del mismo,*** *además que dicho plan es referido a la* ***fase I*** *indicando que actualmente nos encontramos en la* ***fase III,*** *en tal sentido es incoherente evaluar un plan de acción que ni siquiera fue considerado por los subalternos de su institución y que no teníamos la certeza de aplicar o modificar, lo cual vulnera nuevamente los principios señalados en el punto anterior.*

3. *En el parágrafo II RESULTADOS DE LA INSPECCIÓN inc. A) numeral 1, los técnicos de su institución señalan que no contamos con un Plan Estratégico a corto y mediano plazo, lo cual* ***no es cierto,*** *toda vez que nuestra institución si ha presentado dicho plan conjuntamente con nuestro Plan de Acción reformulado, tal como consta en nuestra carta de fecha 28 de febrero del 2.012, la misma que fue motivada debido a observaciones efectuadas por su Autoridad mediante carta ASFI / DSR IV / R-135232 /2011.*

4. *Con relación a las observaciones efectuadas a las Políticas y Reglamento de Créditos en el numeral 2.1, cabe indicar que hemos ido modificando nuestros reglamentos y tratando de adecuarlos a la normativa en actual vigencia, seguramente los mismos cuentan con muchas deficiencias que son subsanables o perfectibles. Con relación a los cobros adicionales señalados en el informe, referidos específicamente al cobro de formularios, cabe señalar que la mayoría de las instituciones financieras reguladas y no reguladas efectúan este tipo de cobros, lo cual no justifica de ninguna forma que nuestra institución efectúe dichos cobros pero si demuestra la falta de ecuanimidad por parte del ente regulador.*

5. *En el 2.2 Proceso Crediticio, refutamos las siguientes observaciones:*

   - *Se observó la no participación del cónyuge del prestatario como codeudor en 25 operaciones, en tal sentido cabe indicar que existen operaciones personales en las cuales se les solicita como garantía adicional un inmueble el mismo que es gravado en un 50%, pero que no es considerado como un crédito hipotecario, el mismo que es denominado por nuestra institución como créditos personales hipotecarios en razón a los montos solicitados. Así mismo, existen operaciones hipotecarias que no cuentan con la firma del cónyuge, pero que sí cuentan con el poder notarial correspondiente para proceder con la hipoteca del 100% del inmueble otorgado en garantía. Con relación a las garantías autoliquidables con certificados de inversión empresarial, existen operaciones que no cuentan con la firma del cónyuge debido a que los mismos son considerados como depósitos a plazo y se encuentran a nombre de un solo titular, por ende se puede disponer del 100% del mismo para garantizar la deuda o pagar la misma sin necesidad de la firma del cónyuge y no puede considerarse como un bien ganancial tal como lo establecían en su momento sus técnicos al momento de la inspección en razón de que no es un bien que tenga un registro*

público y en todo caso tendríamos que suponer que a las personas que tienen dinero en caja de ahorro y son casados, no podría retirar su dinero sin la firma de su cónyuge.

- *Se observó la falta de análisis de capacidad de pago de la señora Juana Rodríguez Ortega, operación crediticia considerada como Autoliquidable ya que se encuentra garantizada por Certificado de Inversión Empresarial o depósito a plazo y de acuerdo a nuestro reglamento de crédito, específicamente en el Título IV Art. 41, para éste tipo de operaciones no es necesario la demostración de ingresos al ser una operación debidamente garantizada con el propio dinero del prestatario,* ***encontrándose a la fecha del presente Recurso de Revocatoria debidamente pagado.***

- *Se observó que no existe constancia de recepción de los fondos desembolsados por parte del señor Prudencio Maquera Paco, indicando que sí existe la constancia correspondiente la misma que fue realizada vía contabilidad en razón a que se emitió un cheque bancario destinado a la compra de la maquinaria objeto del crédito, indicando que los técnicos encargados de la inspección nunca solicitaron documentación al respecto.*

- *Se observó que no se realizó seguimiento al cumplimiento del destino de dos créditos relativo a la cancelación de pasivos, indicando que dichos pasivos fueron debidamente cancelados y se recabó la documentación original de las garantías en las instituciones financieras en las que se encontraban.*

6. *Se debe indicar que si bien nuestra institución tiene deficiencias en la tecnología crediticia, es menester indicarle que hemos modificado nuestros reglamentos para ir perfeccionando la otorgación de los préstamos, además de contar con otros mecanismos adicionales que nos garantizan el pago de los préstamos como ser lo convenios con instituciones gremiales, transportistas y otros. Dentro de dicho proceso de modificación y adecuación de la tecnología crediticia, nos encontrábamos en proceso de fortalecimiento del área con la ayuda de consultores de SERVIRED, pero dicho proceso se truncó a raíz de los problemas suscitados con las cooperativas societarias. Además se debe indicar que en la visita de inspección no hubo la posibilidad de discutir abiertamente las observaciones efectuadas a nuestras carpetas de créditos, con lo cual se nos negó la posibilidad de justificar o refutar las mismas ya que en muchas de ellas no correspondían las observaciones, a pesar que se programaron reuniones para revisar dichas observaciones pero no fueron cumplidas por parte de sus técnicos. De la revisión de su informe de inspección se evidencia claramente que no existe un detalle de los casos observados, simplemente se limitan a citar número de operaciones, lo cual nos imposibilita efectuar un correcto análisis de las observaciones y objetar con el correspondiente justificativo.*

7. *En punto 2.5 COBROS INDEBIDOS, reiteran la observación establecida en el punto 2.1 de su informe, a la cual reiteramos nuestra consideración que su Autoridad no es ecuánime ya que otras instituciones reguladas y no reguladas siguen efectuando estos cobros adicionales por reposición de formularios o papelería.*

8. *En el punto 2.6 observan la constitución de certificados vía créditos, cabe indicar al respecto que la constitución de certificados es efectuada antes de realizar el desembolso correspondiente y no es descontada del préstamo, ya que fue una observación efectuada con anterioridad, con lo cual la gerencia general emitió la instructiva correspondiente y que nuestra institución ha dado estricto cumplimiento.*

9. *En el punto 2.7 ALTERACIONES DE PLANES DE PAGO, se debe indicar que la observación se muestra muy general y no se especifica cuál es la supuesta alteración a los planes de pago, en tal sentido no se puede efectuar un correcto análisis de la misma, ya que existen una serie de variables por las cuales los planes de pagos pueden sufrir variaciones.*

10. *En el punto 2.8 CASOS ESPECIALES:*

- *Operación Jesús Ernesto Arteaga Rea, se debe indicar que el presente crédito se encuentra cancelado en su totalidad.*

- *Operación Rómulo Gutiérrez Flores, indicar que en el presente caso se cuenta con un convenio institucional adicional con la garantía hipotecaria de un inmueble de propiedad de la institución de transporte, además que el prestatario tiene también como actividad laboral adicional a la del transporte siendo ésta de agricultor.*

- *Operación José María Limpias Soleto, indicar que el presente crédito es una venta de un inmueble de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento el prestatario comprador pierde el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y el inmueble puede ser colocado o vendido a otra persona, en tal sentido no vemos coherente generar una previsión al 100% en la presente operación,* ***peor aún si el préstamo se encuentra a la fecha debidamente cancelado.***

- *Operación Juan Medina Salvatierra, se debe indicar que las operaciones descritas en su informe, se tratan de créditos autoliquidables con la garantía de certificado de inversión empresarial, el mismo que de acuerdo a contrato y al exceder el plazo del crédito al plazo del certificado, éste último es renovado y adquiere una nueva numeración que de acuerdo a contrato de préstamo en su cláusula décima sexta establece que no es necesaria la inclusión de la nueva numeración, estableciendo específicamente lo siguiente: "En caso de renovación manual o automática del* ***CIES****, éste garantizará la presente operación, sin necesidad de suscribir un nuevo contrato que incluya la nueva numeración del citado* ***CIES". Se debe indicar además que el préstamo a la presente fecha se encuentra debidamente cancelado.***

- *Operación Erick Ernesto Peña, indicar que existen las fotografías en la carpeta que demuestran la actividad laboral del prestatario, en tal sentido no corresponde la observación.*

- *Operación Daniela Nicole Chrystal Villarroel Agramont, indicar que el presente crédito es una venta de inmuebles de nuestra institución con reserva de propiedad o en*

arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento la prestataria compradora pierde el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y los inmuebles pueden ser colocados o vendidos a otras personas, en tal sentido no vemos coherente generar una previsión al 100% en la presente operación. ***Se debe indicar que a la presente fecha el préstamo se encuentra debidamente cancelado.***

En razón a los argumentos expuestos, consideramos que no es necesario constituir una previsión adicional sobre las operaciones citadas con anterioridad, toda vez que no constituye riesgo alguno en la recuperación del dinero al ser créditos debidamente garantizados o inmuebles colocados a créditos con reserva de propiedad, que en razón al tiempo transcurrido desde la elaboración del informe a la fecha, muchos de estos préstamos se encuentran cancelados.

11. *En el punto 2.9* ***CRÉDITOS VINCULADOS****, se debe indicar que las operaciones descritas con anterioridad son créditos que fueron otorgados sin ningún tipo de favorecimiento o condiciones especiales, además que se trata de ventas de inmuebles de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento los prestatarios compradores pierden el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y los inmuebles pueden ser colocados o vendidos a otras personas. Adicionalmente cabe indicar que el señor Carlos Eduardo Nostas Melgar ya no es funcionario de nuestra cooperativa, en tal sentido no es aplicable la normativa en cuestión, así mismo los créditos de los señores Jesús Ernesto Artega Rea, Luis Alberto Medina Justiniano y Gonzalo Hurtado Saucedo, han sido cancelados en su totalidad, en tal sentido* ***no corresponde la presente observación al encontrarse subsanada.***

    De acuerdo a los argumentos y fundamentos expuestos, podemos concluir que muchas de las observaciones efectuadas por sus técnicos no corresponden debido a que las mismas son ambiguas, sin profundidad o especificidad, además que muchas han sido debidamente subsanadas, lo cual demuestra nuestra total voluntad de adecuar a nuestra institución a la tecnología crediticia establecida por la norma ASFI, Indicar además que en su gran mayoría de las carpetas observadas, los prestatarios cuentan con un buen comportamiento de pago, lo que demuestra que a pesar que tenemos algunas deficiencias en la tecnología crediticia, el análisis de la capacidad de pago efectuado por nuestra institución no es tan deficiente como pretenden afirmar sus técnicos, ya que no se puede sacar conclusiones de tal magnitud con ínfimas operaciones en su mayoría subsanadas o con observaciones que no corresponden y que no pueden determinar serias deficiencias en la gestión de Riesgo Crediticio.

12. *En el punto 3 RIESGO OPERATIVO CONTABLE:*

    - *Establecen erróneamente en su informe como una observación reiterada que nuestra institución mantiene montos en efectivo dentro de oficina central que superan los límites coberturados teniendo como supuesto límite la suma de $us.*

50.000, siendo que nuestra póliza de seguros establece que nuestro monto coberturado es de ***Sus. 150.000.***

- *Así mismo los saldos expuestos en su informe contemplan nuestra caja central y nuestra caja externa, debiendo sus técnicos en su momento verificar con nuestro departamento contable si dichos montos correspondían exclusivamente a nuestra oficina central o de nuestra caja externa.*

- *Con relación a su observación sobre un giro de cheque en descubierto, cabe indicar que el mismo fue girado en virtud a que la socia requirente de la cancelación del certificado de inversión empresarial tenía la necesidad de constituirse a la ciudad de Santa Cruz con urgencia, en tal sentido se procedió a entregar el cheque fuera del horario bancario y se le comunico que pase a cobrarlo al otro día por la tarde en razón a que nuestra institución efectuaría el depósito a la mañana siguiente tal como ocurrió, demostrando tal situación documentalmente al técnico que observó la presente situación. Además cabe indicar que la inspección claramente especifica que fue efectuada con corte al 30 de junio del 2.012, y el presente hecho fue una situación circunstancial generada por una corrida de depósitos y que fue debidamente aclarada a los técnicos y que no tuvo ninguna implicancia legal, ya que el saldo fue cubierto a primera hora de la mañana siguiente.*

- *Manifiestan en su informe de inspección que nuestra entidad presenta saldos en diferentes bancos que ascienden al 55%, 40% y 28% de nuestro patrimonio neto, con lo cual supuestamente incumplimos con el Art. 79, inc. g) de la LBEF, normativa que dice textualmente "***Conceder créditos a una entidad del sistema financiero por mas del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto……",** *obviamente existe una errónea interpretación de la norma por parte de sus técnicos, ya que nuestra institución* ***no ha concedido créditos a ninguna institución o entidad del sistema financiero****, ya que el dinero con el cual se contaba en dichos bancos se encontraban en calidad de depósitos y aunque sea utilizada en forma análoga la citada normativa a los depósitos, la solución sería mantener dicho dinero en bóveda pero se incumpliría con la cobertura del seguro correspondiente.*

13. *En el 3.3 CARTERA, manifestamos las siguientes observaciones:*

- *Queremos manifestar enfáticamente que nuestra institución* ***si hace las previsiones*** *recomendadas en las diferentes visitas sin excepción alguna, en tal sentido sus técnicos no pueden manifestar como cierta tal situación cuando la realidad fáctica es totalmente diferente.*

- *En su informe establece que nuestra institución debe constituir una previsión específica por Bs. 527.118, pero no expone un detalle de los casos por los cuales se calcula la diferencia de previsión, toda vez que al establecer la constitución de una previsión específica, debe ser clara y detallada de los mismos, ya que no podemos constituir previsión simplemente por constituirla sin justificación técnica alguna.*

- *Con relación a la instrucción de constituir previsión por las carpetas descritas en los puntos 2.3 y 2.8, por la suma de Bs. 1.861.402, cabe señalar que hemos efectuado las observaciones correspondientes justificando el porqué no deberíamos constituir tal previsión, en tal sentido esperaremos una respuesta de su Autoridad al presente recurso para proceder con dicha instructiva.*

- *Indicar que al solicitar la reclasificación de préstamos hipotecarios de vivienda en primer grado vigentes y préstamos de vivienda en primer grado reprogramados, que supuestamente registran con tipos de garantías y destinos distintos a construcción, refacción o adquisición de viviendas, se debe establecer claramente cuales fueron los préstamos observados para proceder con dicha reclasificación y de acuerda a una revisión minuciosa y si corresponde, se procedería a reclasificar los mismos, ya que para realizar dicha operación debemos contar con la justificación correspondiente.*

14. *En el punto 3.4:*

- *Observan que nuestra institución no cuenta con una política de otorgación de anticipos al personal, observación que si bien es cierta, la misma no genera ningún tipo de riesgo en la recuperabilidad ya que la normativa laboral establece que los trabajadores consolidan sus beneficios al tercer mes de iniciado su trabajo y cada año se consolida la indemnización correspondiente, monto de dinero que en caso de existir problemas puede ser destinado a cubrir los anticipos efectuados, ya sea en negociación directa o vía judicial laboral. Así mismo cabe indicar que en este momento todos los anticipos se encuentran enmarcado en lo establecido en el manual de cuentas para bancos y entidades financieras, en tal sentido no es necesario la elaboración de una política de anticipos ya que nos enmarcamos en la norma. Con relación, a los anticipos efectuados a los señores Javier Sandy Soliz, Rolando Barranco, Daniel Albitre y Carlos Parada, se debe indicar que los montos son ínfimos y no sobrepasan los 90 días de permanencia de los anticipos al personal establecido en el manual de cuentas.*

- *Observan que se entrega efectivo mediante abono en cuenta o en efectivo por varios conceptos, indicando que no contamos con un adecuado control con lo cual supuestamente se deteriora aún más la situación de la cooperativa, en tal sentido cabe señalar que nuestra institución ha efectuado la entrega del efectivo descritos en su informe contabilizándolos en Cuentas por Cobrar y no imputando directamente al gasto para realizar la recuperación correspondiente en el momento dado, toda vez que si imputamos al gasto, estos movimientos no serían sujetos a revisión y por ende a la recuperación de los mismos, de lo cual se concluye que lo único que buscamos es recuperar dichas cuentas en beneficio de nuestra institución y no se busca deteriorar nuestra situación.*

- *Observan que existen pagos correspondientes a la cancelación anticipada de intereses y que los mismos no han sido afectados a cuentas de resultados oportunamente, incrementando de esta manera el activo de la entidad, sobre la presente observación cabe señalar lo siguiente:*

- *En primera instancia, que no existen intereses anticipados por concepto de cajas de ahorros como exponen sus técnicos en su detalle.*

- *Con relación a los importes pagados anticipadamente por el aguinaldo Navideño e Incentivo Patrimonial, que no han sido afectados oportunamente, estos son devengados de manera mensual y cargados al gasto financiero respectivamente, indicando que al vencimiento final de cada depósito, éste interés anticipado es regularizado, interés que se encuentra garantizado con el mismo depósito a plazo.*

- *Manifiestan que nuestra institución debe previsionar en un 100% un monto de Bs. 5.470 al no existir un documento de exigibilidad con el Banco Unión por un débito realizado en exceso, al respecto se debe manifestar que el presente problema fue suscitado por un débito realizado erróneamente por parte del Banco Unión relativo a las operaciones diarias que se efectúa en los ATM (Cajeros Automáticos), pero que existe la relación contractual que regula las conciliaciones correspondientes, en tal sentido dicha diferencia fue subsanada con posterioridad por parte del Banco Unión S.A.*

- *Observan que la entidad debe previsionar Bs. 155.036 por cuentas por cobrar que exceden el plazo de 330 días:*

  - *Por cobrar a cajeros móviles, indicando que el monto correspondiente a los cajeros móviles se está devolviendo mensualmente al existir un contrato de reconocimiento de deuda por parte de los mismos por la suma de Bs. 28.469.*

  - *Con relación a la retención bancaria por proceso laboral, se debe señalar que la misma fue clasificada en cuentas por cobrar debido a que el Banco realizo el débito por la retención y que a la fecha dicha retención ya fue liberada mediante la orden judicial correspondiente.*

  - *Es menester aclarar que no hubo una entrega de efectivo al ex cajero, la verdad fáctica de los hechos consistió en la comisión del delito de hurto por parte del ex cajero, con lo cual nuestra institución inicio la acción legal correspondiente y se procedió a efectuar un arreglo con la familia del ex funcionario quienes otorgaron una garantía real de un inmueble para el pago del dinero sustraído, en tal sentido la recuperación del mismo se encuentra debidamente respaldada.*

- *Observan que el monto de Bs. 81.860 sobre Créditos al Personal deben ser recuperados de acuerdo a los plazos pactados, en tal sentido cabe indicar que los créditos otorgados al personal se vienen cobrando de acuerdo al plazo pactado, adicionalmente se debe indicar que los préstamos otorgados al personal han sido colocados a una tasa del 20% anual con lo cual se genera intereses en beneficio de nuestra institución, por lo cual no corresponde la presente observación. En lo que respecta al préstamo otorgado al Gerente General, el mismo fue otorgado de manera excepcional por una urgencia de salud, pero a la fecha ha sido cancelado en su totalidad.*

15. *En el inciso 3.4 observan lo siguiente:*

- *Observan que la adquisición de bienes para la venta se encuentra prohibida a las entidades financieras por ser de objeto único de acuerdo con lo establecido en los Art. 1 y 70 de la LBEF, al respecto cabe señalar los siguientes aspectos legales:*

  - *En primera instancia se debe indicar que mediante Ley No. 3892 de fecha 18 de junio de 2.008, se establecieron algunas modificaciones a la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Dentro de las modificaciones más importantes y que nos interesan como institución tenemos que se incluyó a nuestro sector cooperativa dentro del ámbito de regulación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), así mismo se cambio nuestra denominación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Cerrada de Carácter Comunal a Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria y de la misma forma nos incluyó como una Entidad de Intermediación Financiera. De la citada ley se puede establecer claramente que si bien se nos incluyó al ámbito de supervisión de la Autoridad de supervisión del Sistema Financiero como una Entidad de Intermediación Financiera, en ninguna de sus partes se derogó o abrogó en parte ninguna normativa que nos regulaba y que nos sigue regulando en nuestra vida jurídica hasta la presente fecha, como ser la Ley General de Sociedades Cooperativas, Decreto Supremo 25703 y otros, en tal sentido nuestra institución se sigue basando en las precitadas normativas para su funcionamiento legal y operativo.*

  - *El Reglamento para las Cooperativas Societarias establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Circular SB/0588/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 y resolución SB No. 0198/2008 de la misma fecha, en su Capítulo III (REGLAMENTO PARA COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO), SECCIÓN 1, Art. 3 en su última parte establece claramente lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios****." De acuerdo a la modificación establecida al citado reglamente mediante Circular ASFI/038/2010 del 22 de febrero de 2010 y Resolución ASFI No. 157/2010, de la misma forma en su artículo 4 (Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de supervisión) establece lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento;* ***La CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios."*** *De acuerdo a la última modificación establecida al citado reglamente mediante Circular ASFI/151/2012 del 20 de noviembre de 2012 y Resolución ASFI No. 631/2012, de la misma forma en su artículo 5 establece lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000,***

además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios."

- *Indicar que el Art. 4 inc. a) de nuestro Estatuto Orgánico establece dentro del los objetivos de nuestra institución* ***"promover el desarrollo económico y social de sus asociados"****, de lo cual se infiere que al dotarles de un lugar donde vivir y mejorar su condición de vida promovemos el desarrollo social de nuestros socios. El inciso m) del art. 4 de la citada norma estatutaria, establece que la cooperativa tiene también por objeto crear y prestar nuevos servicios complementarios como ser el de* ***vivienda****. De lo expuesto se concluye, que de acuerdo a lo establecido por nuestro Estatuto Orgánico, nuestra institución financiera no está prohibida de efectuar compra de inmuebles para luego ser cedidos al crédito o al contado a nuestros socios, siempre buscando el bienestar social de los mismos.*

- *La Ley General de Sociedades Cooperativas establecida mediante Decreto Ley 5035 de fecha 13 de septiembre de 1958, establece en su artículo 1, numeral 4), que el objetivo de la sociedad no es el lucro sino la* ***acción conjunta de los socios para su mejoramiento económico y social*** *y para extender los beneficios de la educación cooperativa y la asistencia social a toda la comunidad.*

- *El* ***Decreto Supremo 25703*** *del 14 de marzo de 2.000, establece claramente en su Art. 8* ***(OPERACIONES DE LAS COOPERATIVAS COMUNALES)*** *inc. g)* ***Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad****. Así mismo el inc. k) del citado artículo y norma legal, establece lo siguiente* ***"Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro."****.*

- *Es en razón a los fundamentos legales expuesto que se determina claramente que nuestra institución cooperativa,* ***si se encuentra facultada para la adquisición de inmuebles*** *bajo los parámetros antes establecidos.*

- *Estipulan también en el presente punto que nuestra institución debe previsionar un importe de Bs. 1.488.948 por desvalorización del valor del bien incorporado, al respecto cabe señalar lo siguiente:*

- *La normativa a la cual hacen referencia para constituir la previsión es el Art. 57 de la LBEF, la misma que dice lo siguiente: "Los bienes muebles o inmuebles que pasen a ser propiedad de una entidad de intermediación financiera,* ***como consecuencia de las acciones judiciales o extrajudiciales que ejerza para obtener la recuperación de sus créditos****, deberán ser vendidos en el plazo de un (1) año, desde la fecha de adjudicación. A la fecha de adjudicación del bien, la entidad financiera deberá previsionar al menos el veinticinco por ciento (25%) del valor en libros de dicho bien……".*

- *Se debe dejar claramente establecido que los bienes o el bien incorporado a nuestro activo, fue adquirido mediante compra directa, figura que de acuerdo a*

los argumentos legales expuestos anteriormente se encuentra permitido para las cooperativas societarias y al establecer explícitamente la normativa establecida en el Art. 57 de la LBEF que la previsión debe efectuarse para los bienes muebles e inmuebles que pasen a ser propiedad de la institución financiera ***como consecuencia de las acciones judiciales o extrajudiciales que ejerza para obtener la recuperación de sus créditos****, en tal sentido* ***la previsión para la compra de nuestros inmuebles no es aplicable, por lo cual su Autoridad debe dejar sin efecto la instrucción emitida en su informe, indicando además que de acuerdo a lo expuesto procederemos a la liberación de la previsión constituida porque La misma no se encuentra enmarcada en la normativa legal vigente.***

16. *En el punto 3.8 otros activos, los técnicos que efectuaron la inspección manifiestan que nuestra institución no da de baja la papelería utilizada durante el mes y sobrevaluamos de esta manera nuestro activo, lo cual se encuentra totalmente fuera de la verdad, ya que todos los meses se da baja a la papelería y se apropia al gasto, tal como se demuestra en nuestra información contable que sus técnicos no tuvieron el cuidado de revisar al momento de la inspección.*

17. *En el punto 3.9 Otras Cuentas por Pagar, indican que supuestamente nuestro sistema no constituye los cargos devengados de acuerdo al manual de cuentas, siendo que nuestro sistema sí constituye los cargos devengados y se encuentra parametrizado de acuerdo al MCBEF, indicando además que en el detalle expresado por sus técnicos en el presente punto establecen una diferencia, pero no se demuestra objetivamente la causa, motivo o justificación que origina la supuesta diferencia. Dentro del trabajo de inspección efectuado por sus técnicos se explicó de manera clara que no existía ninguna diferencia en el cálculo correspondiente, pero nuestros argumentos no fueron tomados en cuenta por los mismos. En tal sentido, su Autoridad por intermedio de sus técnicos debe ordenar que se determine con la debida justificación técnica la supuesta diferencia indicada en su informe.*

18. *En el punto 3.10 Patrimonio*

    - *En su párrafo tercero, manifiestan que nuestra institución al constituir Certificados de Aportación en Especie, incumplimos la normativa legal establecida en el Art. 22 de la LBEF, el mismo que expresamente dice lo siguiente: "Los aportes de capital sólo podrán hacerse en efectivo. Toda suscripción nueva de acciones de capital en una* ***entidad financiera bancaria*** *o de servicios financieros, deberá ser pagada dentro el plazo máximo de un año, computable a partir de la fecha del contrato de suscripción de acciones". Que el Art. 1 de la LBEFN establece en lo que respecta a las cooperativas societarias que son "Entidades de Intermediación Financiera,* ***no bancaria*** *constituida como sociedad cooperativa…". De lo expuesto se concluye que la normativa legal establecida en el Art. 22 de LBEF es aplicable para las* ***entidades financieras bancarias*** *y no así para las entidades financieras* ***no bancarias*** *como es nuestro caso. Adicionalmente la Ley General de Sociedades Cooperativas en su artículo 1 inc. 3) estable lo siguiente "Se establece un régimen en el que las* ***aportaciones individuales consistentes en certificados de aportaciones en efectivo, bienes,*** *derechos, trabajo, constituyen una propiedad común con funciones de*

servicio social o de utilidad pública". Que el Art. 75 inc. 2) de la Ley General de Sociedades Cooperativas establece lo siguiente con relación al Fondo Social "inc. 2) ***Con el valor de inventario de los bienes muebles e inmuebles, aportados por los socios y por personas naturales o jurídicas y constituidos en propiedad cooperativa****.". Que el Art. 76 de la LGSC establece lo siguiente* ***"Las aportaciones podrán hacerse en*** *efectivo,* ***bienes*** *o capacidad de trabajo; estarán representadas por Certificados que serán nominativos, individuales, iguales e inalterables en su valor y sólo transferibles en las condiciones en que determinen el Reglamento de esta Ley y los Estatutos de cada sociedad cooperativa.", en tal sentido nuestra institución* ***no incumple la normativa legal vigente señalada con anterioridad, por lo tanto no corresponde la observación.***

- *Observan que el patrimonio de nuestra entidad presenta dentro de su composición saldos correspondientes a certificados de aportación voluntarios y remunerados, de la misma forma que los productos devengados por dicho concepto y que estos deben ser reclasificados a nuestro pasivo, al respecto se debe indicar que en el transcurso del proceso de adecuación a la norma por parte de nuestra entidad, el criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha si* SIC (sido) ***ambiguo e inconsistente****, esto debido a que mediante carta ASFI/DSR IV/R37158/2011 de 06 de abril de 2.011, se nos expresó que de acuerdo a el Título 1, Capítulo III, Sección 2, Art. 3, Numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,* ***nuestra institución debía incluir en el Plan de Acción un Cronograma de Conversión y Reclasificación contable de los Certificados de Aportación de nuestros socios que tengan la condición de depósito****, pero posteriormente mediante carta ASFI/DSR IV / R-135232/201 1 de 15 de diciembre de 2.011, su institución efectúa una serie de observaciones a la Proyección Financiera presentada por nuestra institución en el Plan de Acción, donde cambiando totalmente su criterio anterior, nos manifestaron lo siguiente* ***"Con relación al cronograma de conversión y reclasificación contable de los certificados de aportación de sus socios que tengan condición de depósitos, éste no podrá efectuarse, sin que antes la Cooperativa haya obtenido el Certificado de adecuación. Por lo tanto, dichos depósitos deberán mantenerse en el Patrimonio y los saldos registrados en el Pasivo deben ser reclasificados al Patrimonio"****, empero en el último informe que nos presentan con corte al* ***30 de junio del 2.012*** *nos indican nuevamente que dichas operaciones corresponden a Cuentas por Pagar, es decir que nuevamente tendríamos que reclasificar las mismas al pasivo de nuestra institución, pero bajo ninguna circunstancia debe ser considerado como materia observable, toda vez que tenemos la instrucción expresa de la ASFI de no realizar una reclasificación hasta contar con certificado de adecuación, en tal sentido* ***no corresponde su observación****, ya que la ASFI debe establecer un criterio claro y uniforme al respecto con fundamento técnico y legal. De acuerdo a lo manifestado y en aplicación a la determinación de nuestra Magna Asamblea General Extraordinaria Socios se estableció que el total de los certificados patrimoniales y de todos los ahorros bajo cualquier modalidad se conviertan o reclasifiquen al pasivo.*

19. *En el punto 3.11 observan lo siguiente:*

- *Manifiestan que nuestra institución ha registrado indebidamente la suma de Bs. 5.055, monto el cual debe ser revertido ya que hasta la fecha no han sido percibidos dada*

*la situación de la Cooperativa San Luis Ltda., al respecto debemos manifestar enfáticamente que el citado monto **no ha sido registrado indebidamente** toda vez que la apropiación de dicha cuenta fue realizada de manera correcta bajo el principio de contabilidad del **devengado** y en virtud a un contrato de administración de cartera, pero surgió una causal sobreviniente debido a la quiebra de la citada institución y por ende lo que corresponde es previsionar dicho monto, pero bajo ninguna circunstancia puede considerarse como un registro indebido.*

- *Observan que la Cuenta Analítica 54201101 "Ganancias por operaciones de cambio y Arbitraje" registra operaciones que han generado ganancias para la Cooperativa basados en la diferencia por tipo de cambio, en este sentido supuestamente nuestra entidad ha generado ingresos sin el correspondiente flujo de efectivo, por lo que deberíamos identificar todas las transacciones que hayan sido contabilizadas bajo esta mecánica y revertir los ingresos según corresponda. Al respecto se debe manifestar que si bien se genera este ingreso por la diferencia de cambio en el registro de compra de bienes y servicios, entre el total de la factura comercial y el importe pagado en moneda extranjera expresado al tipo de cambio contable, el efecto en resultados es nulo ya que estamos debitando el gasto con abono a la cuenta antes nombrada.*

20. *En el punto 3.12 observan que nuestra institución no ha reducido gastos administrativos y estructura, incurriendo en gastos que no generan beneficio y no responden a la crítica situación, al respecto se debe manifestar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta ASFI/DSR IV/R-109191- 2010 de fecha 19 de octubre de 2.010, nos autorizó a presentar un Plan de Estabilización Financiera, el mismo que fue presentado y modificado en iteradas oportunidades ante observaciones de su organismo de regulación. En fecha 28 febrero del 2.012, nuestra entidad presentó un Plan de Acción corregido en base a las observaciones anteriormente planteadas, el mismo que establecía como supuestos principales la expansión de los servicios cooperativos, disminución del periodo de rotación de nuestra cartera de créditos, incremento sustancial de cartera colocada, incremento de operaciones de microcréditos, entre otros, para lo cual se definieron acciones específicas contenidas en un Plan Comercial ampliamente detallado. Estas acciones se implementaron en la gestión 2.012 y se suscribieron acuerdos tendientes a alcanzar los objetivos propuestos, además de la ejecución de acciones tendientes a este fin. Es posible advertir los logros alcanzados en el cuadro aquí detallado en cuanto a colocaciones mensuales y tipos de créditos a colocar, lo cual redundaría posteriormente en mayores ingresos financieros y una mayor rentabilidad de cartera. Para sostener este crecimiento proyectado, era necesario incurrir en gastos administrativos, a los cuales se hace referencia, los mismos que cuentan con su sustento correspondiente para las operaciones realizadas, por lo tanto no corresponde la utilización del término **"uso discrecional de recursos de la entidad"** toda vez que estos gastos fueron destinado a obtener un mayor ingreso para beneficio de nuestra cooperativa y no así para beneficio personal tal como se demuestra en el siguiente cuadro donde se expresa la tendencia creciente a la proyección planteada en la colocación de préstamos.*

DESEMBOLSOS POR MES (expresados en bolivianos)

Año	Mes	Cantidad	Importe	Proyección Mes	% Cumplimiento
2012	4	26	1.367.691	2.438.730	56%
2012	5	70	1.939.342	2.438.730	80%
2012	6	147	3.568.004	2.438.730	146%
2012	7	136	3.602.062	2.438.730	148%

Con relación al cuadro donde detallan algunas cuentas de gastos efectuados por nuestra institución, es menester expresar enfáticamente que existe direccionamiento malintencionado por parte de sus técnicos, toda vez que exponen importes gastados de cada rubro con una sola glosa como concepto, que no corresponde al total de la exposición del gasto general, con lo cual pretenden hacer ver como gastos exorbitantes por parte de nuestra institución, como por ejemplo en el detalle Pasaje a Directores, Funcionarios, Fletes y Almacenamiento, establecen la suma en la gestión 2.011 de Bs 19.769 y en la gestión 2.012 la suma de Bs. 27.732 por el supuesto concepto de Flete Vagoneta Viaje al Municipio de Chapare, dando a entender maliciosamente como si la suma de ***Bs. 27.732*** *hubiera sido utilizada para ese único concepto o fin, omitiendo de forma temeraria detallar los demás conceptos contemplados en dicha partida.*

21. *En el punto 4.1.1 Asambleas Generales de Socios, observan los siguientes aspectos:*

    - *No se ha realizado la Asamblea Extraordinaria de Socios con el propósito único de dar lectura inextensa al INFORME /ASFI/DSRIV/R-50555/2010 de fecha 21 de mayo de 2010, cabe indicar que la asamblea informativa instruida por la ASFI no fue efectuada toda vez que mediante carta ASFI/DSR IV/R-109191-2010 de fecha 19 de octubre de 2.010, nos autorizó a presentar un nuevo Plan de Acción, con lo cual de manera intrínseca se dejo sin efecto el informe antes citado, pero que por responsabilidad mediante Asamblea de fecha 23 de octubre se hizo conocer de tal situación a nuestra masa societaria donde se expuso las conclusiones del informe y la situación de la cooperativa mediante la lectura del balance auditado correspondiente de gestión, procediéndose con la elaboración o reformulación del precitado plan,* ***en tal sentido no corresponde la observación dado que la ASFI de manera intrínseca dejo sin efecto las instrucciones emanadas por dicho informe al autorizar la presentación de un nuevo plan de acción.***

22. *En el punto 4.1.2 observan los siguientes aspectos:*

    - *Manifiestan que el señor Elvio Caballero Acosta incurre incompatibilidad señalada en el Art. 32 de la LBEF, al respecto es menester expresar que el artículo citado con anterioridad establece lo siguiente "No podrán ser directores o síndicos de* ***entidades financieras bancarias*** *las personas que incurran en las prohibiciones del artículo 10 de la presente ley, artículo 310 del Código de Comercio....", en tal sentido al ser nuestra cooperativa* ***una Entidad de Intermediación Financiera No Bancaria****, la normativa*

expresada al respecto no es aplicable en el presente caso, de lo que se concluye que ***no corresponde su observación.***

- *Así mismo expresan que el funcionario Javier Sandy Soliz mantiene deuda castigada indirecta, pero no establece alguna implicancia legal sobre la situación señalada,* ***en tal sentido sus técnicos deben ser más claro en sus observaciones****.*

23. *En el punto 4.1.3 Funciones del Consejo de Administración:*

- *Observan que supuestamente el Consejo de Administración no ejerce las funciones que la Ley y sus Estatutos le imponen en su calidad de órgano directivo, al respecto se debe indicar que la observación efectuada es muy general, no contando con la debida justificación ni el sustento legal correspondiente, en este tipo de informes no es ético generalizar las observaciones ya que el mismo sería leído en una asamblea de nuestros socios y lo que lograrían sus técnicos con este tipo de observaciones malintencionadas es hacer creer a nuestra masa societaria que el Consejo de Administración incumple con todas sus funciones lo cual se encuentra totalmente fuera de la realidad fáctica de los hechos. Así mismo manifestar enfáticamente que nuestra institución no oculta información o expone datos falsos en la exposición de nuestra situación financiera, en tal sentido nuestra información proporcionada a nuestros socios es totalmente transparente ya que en todas las asambleas generales se leen los estados financieros debidamente auditados, los dos últimos auditados por una empresa auditora autorizada por la ASFI y en los mismos se ha expuesto las pérdidas acumuladas de todas las gestiones.* ***En tal sentido su Autoridad debería instruir a sus técnicos que efectúen un informe debidamente especificado.***

- *Manifiestan también incumplimiento a nuestro Estatuto por parte del Consejo de Administración con relación al plazo para enviar sus resoluciones al Consejo de Vigilancia, cuando claramente nuestro estatuto orgánico en su Art. 70 DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE inc. f), establece textualmente lo siguiente "Poner en conocimiento del Consejo de Vigilancia las disposiciones y acuerdos que haya tomado el Consejo de Administración, dentro del plazo de 5 días,****cuando estas disposiciones afecten los límites y requisitos establecidos por el presente estatuto.*** *Del análisis de la normativa estatutaria se establece claramente que el Cónsejo de Administración no tiene un plazo para enviar sus resoluciones y es más, no tiene la obligación de darlas a conocer, solo cuando éstas disposiciones afecten los límites y requisitos establecidos por el estatuto. En tal sentido* ***la observación no corresponde por no tener fundamento legal****.*

24. *En el punto 4.1.4 Responsabilidades, manifiestan de manera* ***temeraria y malintencionada*** *que existe incumplimiento de las funciones, falta de una administración transparente por parte de ambos consejos y los ejecutivos, aspecto que genera responsabilidades tanto ante la sociedad cooperativa como ante terceros. Nos parece totalmente inadecuado e irresponsable lo manifestado por sus técnicos en el presente punto, en primer lugar porque han efectuado un prejuzgamiento estableciendo responsabilidades sin haber realizado una auditoría que determine tal situación, además que nuevamente recaen en la falta de especificidad en nombres o*

actos concretos que puedan tal vez ser vistos como actos dolosos que determinen responsabilidades de los directores o ejecutivos de nuestra institución, siendo que el informe efectuado por sus técnicos tiene bastantes falencias, ambigüedades, falta de sustento y otros aspectos que debilitan el mismo. Creemos que la redacción de la presente observación debió ser efectuada de manera objetiva sin prejuzgamientos sin fundamentación, precautelando el ***principio de inocencia*** *reconocido por nuestra Constitución Política del Estado.*

25. *En el punto 4.1.5 Proceso Electoral, manifiestan que nuestra institución carece de un reglamento eleccionario para desarrollar un proceso transparente, a lo cual debemos indicar que si bien no se cuenta con un reglamento especifico, nuestra institución aplica nuestras normas estatutarias que establece los pasos a seguir en el proceso eleccionario.*

26. *En el punto 4.1.6 VALOR DE LOS CERTIFICADOS DE APORTACIÓN, se debe indicar que si bien es cierta la observación sobre la facultad del Consejo de Administración para fijar el valor de los certificados de aportación, debemos aclarar que no se ha adecuado nuestro estatuto debido a que el mismo es anterior a la normativa en actual vigencia y que de continuar con nuestras operaciones se procederá a la modificación correspondiente.*

27. *En el punto 4.3 observan los siguientes aspectos refutables:*

    - *Manifiestan que los contratos de préstamos no se hace referencia al número de instrumento mediante el cual los representantes ejercen el mandato, a lo cual cabe señalar que no es necesaria la inclusión del numero de instrumento del poder notarial de representación para que el contrato tenga validez legal, toda vez que nuestra institución cuenta con el mismo y cuando es requerido por alguna autoridad judicial o administrativa es debidamente presentado con las formalidades correspondientes.*

    - *Se debe manifestar que los contratos de crédito en su mayoría cuentan con la cláusula que hace referencia a la normativa que fija el cálculo del interés penal y además nuestro sistema se encuentra debidamente parametrizado en aplicación a la norma.*

    - *Debemos manifestar que todos los contratos de préstamos de nuestra institución contienen las clausulas correspondientes donde se informa al prestatario sobre la tasa de interés según normativa vigente y no como lo manifiestan sus técnicos faltando totalmente a la verdad.*

28. *Punto 4.5 Procesos Ajenos a la Recuperación de Cartera, cabe manifestar que mediante Informe Jurídico No. 63/2.012 de fecha 13 de agosto del 2.012 se informó sobré el avance de los proceso seguidos en contra de los ex funcionarios y en el mismo se demuestra claramente los avances de cada uno de los procesos y el estado actual a la fecha de presentación, en tal sentido sus técnicos al expresar la presente observación están faltando a la verdad objetiva.*

29. *Punto 4.6 Otras Observaciones, se debe indicar que si bien dentro de la cartera castigada existen casos con embargo bienes, los informen detallan claramente el porqué no se ha procedido con el remate de los bienes y la razón específica es que los bienes inmuebles (terrenos rústicos) no han sido ubicados físicamente, habiendo recurrido a las instancias administrativas y municipales para lograr la ubicación correspondiente pero vanos han sido los esfuerzos al respecto. Así mismo y de forma reiterativa, recaen en la falta de especificidad en sus observaciones, toda vez que no hacen referencia a los casos de manera detallada para que nuestra institución pueda efectuar un correcto análisis y fundamentación de nuestra observación.*

30. *En el punto 7.1 Consejo de Vigilancia, cabe indicar que se ha informado a los socios de la Cooperativa durante las asambleas informativas de fecha 23 de octubre del 2010 y 24 de diciembre de 2011, en la cual se expusieron las conclusiones del informe y la situación de la cooperativa mediante la lectura de los correspondientes balances auditados de gestión.*

31. *En el punto 7.2 Auditoría interna.*

    - *Se debe indicar que con el fin de que las observaciones realizadas por Auditoría Interna sean atendidas oportunamente por la Gerencia General, fue autorizado por el Consejo de Vigilancia que dichos informes sean dirigidos a la Gerencia General con copia al Consejo de Vigilancia, situación que fue puesta en conocimiento de los técnicos de ASFI en el momento de la inspección correspondiente. Posterior a ello dicha operativa fue modificada y los informes de Auditoría Interna se presentan directamente al Consejo de Vigilancia en cumplimiento a la normativa correspondiente.*

    - *Si bien no se cuenta con los títulos de los procedimientos y técnicas empleados, evaluación e impacto en la elaboración de los informes de auditoría los mismos se encuentran desarrollados al detalle en cada uno de los informes realizados por la auditora interna.*

    - *En cuanto a la presentación de informes trimestrales cabe indicar que en el mes de agosto se subsano dicha situación con la presentación del informe correspondiente y posterior a ello, se han presentado con la periodicidad establecida.*

Unidad de Riesgo

- *Manifiestan que la Dra. Paula Bejarano cumple dos funciones simultáneamente, funciones que fueron asignadas por ser necesaria la implementación de la unidad de riesgo crediticio y con el fin de no incrementar el gasto administrativo, indicando además de que ambas funciones no pueden ser consideradas bajo ninguna circunstancia como incompatibles.*

- *En cuanto a la observación del perfil profesional que tiene la encargada de riesgo crediticio, debemos indicar que la misma cuenta con la experiencia suficiente en el tema de otorgamiento de créditos y normativa establecida por la superintendencia*

de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, toda vez que la misma ha desempeñado funciones de Asesora Legal en la IFD FUNBODEM.

- *En cuanto al supuesto incumplimiento del numeral 1.1 del Manual de procedimiento de riesgo crediticio debemos informar que a partir de la designación de la funcionaria, las carpetas de crédito cuentan con el respectivo informe de riesgo en el cual se establecen las observaciones a ser subsanadas previo a la consideración por parte del Comité de Créditos, por lo que la observación realizadas por la ASFI en cuanto a que "**la Entidad no ha coberturado al menos en un 100% las previsiones específicas para su cartera de crédito",** es ambigua y no se puede determinar con claridad el fin de la observación, en tal sentido su autoridad debería instruir a sus técnicos se proceda a una aclaración sobre la observación realizada.*

32. ***B SEGUIMIENTO AL INFORME ANTERIOR***

- *Expresan que nuestra institución no ha efectuado acciones para subsanar las observaciones determinadas en el informe ASFI/DSR IV/R-50555/2010 de fecha 21 de mayo del 2010, indicando al respecto que como en todo su informe recaen en la generalidad y no clarifican ni especifican que aspectos hemos cumplido y cuáles no, sin contar que en su detalle expresado en su cuadro hablan que **hemos subsanado un 41% y parcialmente subsanadas un 18%,** lo que con lleva* SIC (conlleva) *a un cumplimiento del **59%**, quedando **supuestamente** sin subsanar un 41%, pero como lo manifestamos no conocemos a que observaciones se refieren y si las mismas se encuentran subsanadas, porque sus técnicos no tienen la verdad absoluta de las cosas y tenemos el derecho de revisarlas y si corresponde refutarlas.*

- *Así mismo, expresan que supuestamente no hemos implementado todas las acciones correctivas del Plan de Acción, indicando además que tenemos un bajo nivel de avance, en tal sentido manifestamos nuevamente la falta de **especificidad** en el informe de sus técnicos, además de una marcada mal intención o direccionamiento del mismo, ya que en el mismo cuadro expresan que **hemos subsanado 51%, parcialmente subsanadas 33%,** lo que conlleva a un **cumplimiento del 84%** y sin revisar nuestra institución los datos que no han sido expuestos por sus técnicos.*

- *Queremos dejar claramente establecido que manifestamos que los técnicos no especifican las observaciones, porque en el detalle establecido en los requisitos operativos nombran algunas e insertan otras que surgieron de la última inspección, cuando el seguimiento es al informe del año 2.010, lo cual demuestra una total falta de objetividad y direccionamiento por parte de sus técnicos.*

33. *En el inciso **V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**, manifestamos lo siguiente:*

- *Con relación a lo expresado por sus técnicos relativo a la relación de Pérdidas Acumuladas sobre Capital Primario es de 111.77% y el Coeficiente de adecuación Patrimonial es negativo, es menester indicarle que de acuerdo a nuestras observaciones técnicas y legales, la relación de pérdida y el CAP, tendrán una*

variación considerable, la misma que previamente debe ser ajustada para demostrar la realidad fáctica de nuestros estados financieros.

- *Con relación al segundo punto de sus conclusiones y recomendaciones, se debe indicar nuevamente que el informe de sus técnicos se ha efectuado de manera malintencionada y con poca objetividad, toda vez que nuestra cooperativa ha venido cumpliendo con casi todas las instrucciones emitidas y no ha habido reticencia a las mismas. Con relación a nuestras proyecciones cabe manifestar que a pesar de que la ASFI no se pronuncio sobre las mismas, nuestra institución trato de dar cumplimiento a las mismas sin haber sido aprobadas u observadas, buscando siempre la mayor rentabilidad o beneficio para nuestra cooperativa.*

- *Así mismo, mal pueden manifestar inobservancia de las funciones y atribuciones de los Consejeros y Ejecutivos sin entrar en la especificidad de cada una de las personas que son atañidas con lo expresado, peor aún manifestar de forma temeraria falta de transparencia y confiabilidad en la información, toda vez que la información brindada por nuestra institución se encuentra enmarcada de acuerdo a lo establecido por la normativa para cooperativas societarias en proceso de adecuación, dada las lagunas legales que han existido en el transcurso de este proceso y que su organismo ha tratado de ir subsanando con las correspondientes modificaciones a la norma.*

- *Con relación al tema específico del desembolso de operaciones, ya hemos manifestado claramente que al margen de que los supuestos créditos vinculados son ínfimos en números de casos y montos, además no ha existido salida de efectivo al ser venta de lotes a créditos con reserva de propiedad y que su recuperabilidad está debidamente garantizada. Con relación a la deficiencia en la tecnología crediticia, la misma es perfectible en el transcurso del tiempo a corto plazo, pero también se debe tomar en cuenta que somos una institución pequeña de una población cercana a Santa Cruz y que existen otros aspectos que inciden en dicha deficiencia al ser una cooperativa de pueblo que no puede ser medida como otras instituciones.*

- *De igual manera en el tema de reajuste y reclasificación, se debe indicar que de acuerdo a nuestras observaciones técnicas y legales debidamente fundamentadas, consideramos de manera certera que tendrán una variación en beneficio de nuestra institución, las mismas que previamente deberán ser modificadas por la ASFI para su posterior aplicabilidad por parte de nuestra institución.*

- *De la misma manera, sus técnicos mal pueden manifestar poca predisposición de los consejeros y ejecutivos en el cumplimiento del plan de acción e instrucciones emitidas por la ASFI, cuando hemos aplicado todos los ajustes sugeridos por su entidad supervisora, afectando de gran manera nuestro patrimonio y nuestros estados de resultados, en tal sentido rechazamos plenamente lo manifestado por sus técnicos respecto a la presente conclusión.*

CONCLUSIONES DE NUESTRA INSTITUCIÓN

En razón a todo lo manifestado con anterioridad, nuestra institución efectúa las siguientes conclusiones:

1. *En el desarrollo de nuestra exposición de argumentos técnicos y legales del presente Recurso de Revocatoria, hemos demostrado que el informe realizado por sus técnicos carece de muchas deficiencias, entre ellas tenemos que el mismo es demasiado genérico, tiene falta de especificidad en casi todos los aspectos, efectúa observaciones sin implicancias legales o técnicas o sin efecto secundario, distorsionan información o no expresan la misma de manera objetiva, es inconsistente en muchos aspectos, denota demasiadas ambigüedades, careciendo de fundamentos en muchas de sus observaciones,* ***lo cual determina claramente que el informe de sus técnicos se encuentra TOTALMENTE DIRECCIONADO, MALINTENCIONADO, AMBIGUO E IRRESPONSABLE****.*

2. *Adicionalmente sus técnicos efectúan cuestiones de exposición que no tiene afectación alguna en la previsión, en los resultados, en el control interno o en la legalidad, observaciones que creemos que son realizadas con la simple finalidad de indisponer a nuestra masa societaria en contra de los consejeros y ejecutivos de nuestra institución cooperativa, actitud que demuestra la* ***mala fe y poca objetividad*** *de sus técnicos en la elaboración del informe, indicando que es obligación de los mismos ser responsables en la exposición del informe, el mismo que bajo ninguna circunstancia de ser efectuado con un direccionamiento malintencionado, lo cual conllevaría a una responsabilidad administrativa.*

3. *Se debe dejar claramente establecido que nuestra institución aplicó sin ninguna observación o reticencia, todos los ajustes sugeridos de la primera inspección realizada por su ente regulador, lo cual genero un grave detrimento en nuestra situación patrimonial y nuestros estados de resultados, pero que fueron aplicados siempre con la finalidad de adecuamos a la norma y lograr la correspondiente licencia de funcionamiento, lo que siempre demostró nuestra total predisposición en la aplicación de sus instrucciones.*

4. *De los antecedentes expuestos, se demuestra claramente el excesivo retraso e ineficacia del presente proceso administrativo, toda vez que el informe que da inicio al presente data de fecha* ***23 de agosto de 2012****, que fue remitido por su Autoridad a nuestra institución mediante carta fechada de* ***10 de diciembre de 2012*** *y notificado en fecha* ***18 de diciembre de 2012****, es decir que el informe de inspección fue entregado a nuestra cooperativa después de casi* ***4 meses*** *de haber sido emitido desconociendo el motivo del extraño retraso en la entrega del mismo que pudo ser de mayor utilidad y beneficio para nuestros socios si hubiere sido entregado de manera oportuna. En virtud a nuestra institución consideró que los actos administrativos no se encontraban enmarcados en la normativa legal vigente, motivó a que mediante Carta* ***G.G. 02/2013 de fecha 03 de enero del 2.013*** *solicitemos a su Autoridad que consigne dicho acto en una Resolución debidamente* ***fundada y motivada****, toda vez que se trataba de un acto administrativo de vital importancia para cualquier institución, ya que el mismo instruía convocar a una asamblea de socios para*

considerar la disolución voluntaria, instrucción que no puede ser considerada como un acto de escaza relevancia o importancia y que fue comunicada mediante una simple carta. En virtud a dicha solicitud, su Autoridad elevó la citada carta a rango de Acto Administrativo mediante ***Resolución ASFI 052/2013 de fecha 25 de enero del 2.013,*** *resolución que fue notificada a nuestra institución en fecha* ***31 de enero del 2.013.*** *Posteriormente y una vez notificados con la Resolución ASFI 052/2013, conforme a procedimiento administrativo, nuestra institución interpuso Recurso de Revocatoria mediante memorial recepcionado en fecha* ***15 de febrero del 2.013. Un mes después****, su Autoridad mediante* ***Resolución ASFI No. 139/2013 de fecha 15 de marzo del 2.013*** *notificada a nuestra institución en fecha* ***22 de marzo del 2.013,*** *dispuso la* ***"ANULACIÓN del proceso administrativo hasta el VICIO MAS ANTIGUO, es decir hasta la CARTA ASFI/DSR IV/R162258/2012 de 10 de diciembre de 2012"*** *instruyendo la emisión de una nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada. Así mismo y supuestamente dando cumplimiento a la Resolución ASFI 139/2013, su Autoridad* ***DESPUÉS DE CASI 3 MESES****, emite la* ***Resolución ASFI No. 350/2.013*** *de fecha* ***14 de junio del 2.013*** *notificada en fecha* ***20 de junio del 2.013,*** *en la cual Resuelve totalmente a destiempo y después de que hemos cumplido con lo resuelto, que nuestra institución convoque nuevamente a una Asamblea General Extraordinaria para dar lectura en detalle a la presente resolución y se considere la disolución voluntaria de nuestra institución. Adicionalmente en la misma fecha de emisión y notificación que la Resolución ASFI No. 350/2.013, se nos notifica la* ***Resolución Administrativa ASFI No. 351/2.013 de fecha 14 de junio del 2.013****, en la cual se nos instruye* ***EN FORMA TOTALMENTE CONTRADICTORIA*** *a la resolución anterior, que se proceda a la devolución ordenada de los depósitos captados, fortalecer los procedimientos de cobranza y textualmente lo siguiente "Remitir mensualmente informes detallados de la Unidad de Auditoría Interna y el Consejo de Vigilancia, describiendo las operaciones realizadas y el impacto en el* ***proceso de salida ordenada****", de lo expuesto nos encontramos con que* ***en una Resolución Administrativa nos instruyen a convocar a una asamblea general extraordinaria de socios para considerar la disolución voluntaria y en otra resolución notificada el mismo día, de forma incongruente, se nos instruye tomar medidas o cumplir medidas tendientes a cumplir con el proceso de Salida Ordenada ya decidido por nuestra Asamblea General Extraordinaria de Socios,*** *la misma que es de su conocimiento y que se encuentra actualmente en aplicación. Su Autoridad al emitir la primer resolución es decir la Resolución Administrativa No. 350/2013, no ha tomado en cuenta los hechos posteriores a la misma, pero contradictoriamente en la Resolución Administrativa 351/2013, prácticamente nos instruye que continuemos con la Salida Ordenada Sin Disolución,* ***creando una ambigüedad o vació en el accionar futuro de nuestra institución.***

5. PETITORIO

Es en razón a lo expuesto, considerando los fundamentos técnicos y jurídicos expuestos, es que de conformidad a lo establecido por los artículos ***46 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2.003, REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA,*** *en concordancia con lo establecido por la* ***LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO No. 2341 de fecha 23 de abril del 2.002,*** *planteamos* ***RECURSO DE REVOCATORIA*** *en contra de* ***el Informe ASFI /DSR IV/R-***

104090/2012 del 23 de agosto de 2.012 Inspección de Seguimiento con Corte al 30 de Junio de 2.012 y Resolución Administrativa ASFI No. 350/2013 de fecha 14 de junio de 2013, *solicitando la* ***REVOCATORIA TOTAL de los actos administrativos impugnados****, en tal sentido su Digna Autoridad debe respetar las determinaciones efectuadas por nuestras Asambleas Generales Extraordinarias de Socios de fecha 26 de enero del 2.013 y 09 de febrero del mismo año, es decir que nuestra institución decidió efectuar una* ***SALIDA ORDENADA SIN DISOLUCIÓN de acuerdo a recomendación de sus Técnicos, en reunión sostenida en fecha 23 de enero de 2013***

OTROSÍ 1°.- *Es totalmente necesario manifestar nuestro malestar por los constantes errores, que hemos sufrido como institución por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), institución que usted dirige, pero queremos hacer énfasis en un aspecto que consideramos trascendental o relevante en todo este proceso administrativo, en tal sentido pasamos a exponer el mismo:*

- *En primera instancia queremos indicar que cuando su Autoridad nos notificó mediante carta en fecha 18 de diciembre del 2012 con el informe ASFI/DSR IV/R104090/2012 de fecha 23 de agosto del 2.012, nuestra institución a pesar de utilizar el recurso de revocatoria y con el fin de dar cumplimiento a sus instrucciones, procedimos a convocar a la Asamblea General Extraordinaria de Socios para dar lectura al citado informe y poner a consideración de la Asamblea la Disolución Voluntaria de nuestra entidad. Posteriormente y tres días antes de realizar nuestra Asamblea de Socios, su Autoridad nos convocó a una reunión de emergencia efectuada el día miércoles 23 de enero del 2013 en las oficinas de la ASFI de la ciudad de Santa Cruz, reunión en la cual los técnicos de la ASFI, Lic. Donoso, que entonces fungía como Director General Técnico de la ASFI y el Lic. Céspedes, Director de Riesgos IV, último éste que indicaba lo siguiente"... tenemos tres opciones para la cooperativa y vamos a ir analizando cada una: transferencia de activos y pasivos, la segunda opción sería una disolución voluntaria* ***y la tercera, que le estamos viniendo a plantear acá, es un plan de salida ordenada sin disolución.*** *Veamos cada una de qué se trata para que ustedes también lo analicen...". Posteriormente, el Lic. Donoso, puntualizó que ".. esa es la finalidad a corto plazo.* ***Creemos que si la entidad entra en un proceso tan restrictivo, más bien al segundo año deberían tener la posibilidad de hacer un poco de intermediación entre sus socios, volver a tener la confianza, volver a hacer crecer la cartera y manteniendo niveles más o menos estables de rendimientos..."*** *para agregar posteriormente* ***". . . La intención del plan no es llegar a una liquidación voluntaria.*** *No estamos yendo tanto a eso, no queremos que dejen de existir, este más bien es un plan real, un plan verídico, osea, no es un plan con proyecciones, por que no queremos proyecciones... Es un plan que tiene que ser tomado en cuenta ya, aplicado ya y además con controles correspondientes..." y culminar indicando que* ***"... es una alternativa muy parecida a la liquidación, pero con la cooperativa todavía funcionando y ante todo las responsabilidades intactas. Todavía sigo adelante en un entendido de <u>reducción pero con generación</u>. Esa es la diferencia...".***

  En virtud a lo manifestado en la precitada reunión, nos cambió totalmente el esquema en el cual se había trabajado para la asamblea, ya que supuestamente se

nos daba una oportunidad en lo posterior para seguir funcionando como cooperativa, en tal sentido nuestro personal trabajo para elaborar un plan de emergencia para adoptar las medidas sugeridas por sus técnicos y plantear a la Asamblea una ***Salida Ordenada SIN DISOLUCIÓN****, pero el día de la Asamblea sábado 26 de enero, extrañamente y desconociendo los motivos de su accionar, su Autoridad emite un comunicado* ***público*** *en el Periódico de Circulación Nacional EL DEBER, sin tomar en cuenta que somos una Cooperativa de Socios y por ende la información de nuestra institución* ***sólo puede ser brindada a los mismos y no a la población en general****, ya que dicha información se encuentra protegida por los artículos 86 y siguientes de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (SECRETO BANCARIO), específicamente el Art. 89 del citado cuerpo legal establece textualmente lo siguiente "El Superintendente y los empleados de la Superintendencia, aún después de cesar en sus funciones ,* ***están prohibidos de dar a conocer información relacionada con los documentos , informes u operaciones de las instituciones financieras*** *o de personas relacionadas con el sistema financiero .* ***El funcionario o empleado que infrinja esta prohibición, será destituido del cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civil o penal que correspondan."*** *De lo expuesto se evidencia con claridad que usted como Autoridad, ha incumplido el presente artículo, habiendo causado daño incalculable a nuestra institución y por ende a nuestra masa societaria, en tal sentido haremos cumplir la normativa legal vigente al efecto, solo con el fin de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) respete las decisiones asumidas por nuestra Asamblea General Extraordinaria de Socios de continuar con una SALIDA ORDENADA DEL SISTEMA SIN DISOLUCIÓN…"*

Que, en virtud a los argumentos expuestos por la entidad recurrente en el memorial de impugnación presentado en fecha 19 de julio de 2013, este Ente Fiscalizador ha dispuesto de oficio la apertura del período probatorio, habiendo emitido para tal fin el Auto de fecha 26 de julio de 2013, otorgando a la entidad un plazo de cinco día para la producción de la prueba.
Que, notificada la Cooperativa Montero Ltda. con el referido auto, dentro del plazo legal presentó la siguiente prueba documental:

1. *Carta de fecha 28 de febrero del 2.012 en la cual se presenta el plan de acción, la misma que se encuentra en los archivos de su institución.*
2. *Extracto de pago de crédito de Juana Rodríguez Ortega.*
3. *Respaldo contable del desembolso de crédito de Prudencio Maquera Paco.*
4. *Extracto de pago de crédito de Jesús Ernesto Arteaga Rea.*
5. *Extracto de pago de crédito de José María Limpias Soleto.*
6. *Extracto de pago de crédito de Juan Medina Salvatierra.*
7. *Extracto de pago de crédito de Daniela Nicole Chrystal Villarroel Agramont.*
8. *Extracto de pago de créditos de Luís Alberto Medina Justiniano.*
9. *Extracto de pago de créditos de Gonzalo Hurtado Saucedo.*
10. *Póliza de seguro donde se establece el monto coberturado de Sus. 150.000 y no Sus. 50.000. como lo manifestaron los técnicos ASFI.*
11. *Informe contable de la aplicación de las previsiones recomendadas por parte de ASFI.*

12. *Documento de Garantía firmado con la familia del ex funcionario Rolan Cortez para el pago del monto sustraído.*
13. *Informe contable sobre la cuenta 181.03 Papelería adjunto Mayores Contables.*
14. *Fotocopias de dos modelos de contratos donde se informa a los clientes de la tasa y cargos que se cobran en el préstamo.*
15. *Fotocopias de las Asambleas Ordinarias de las Gestiones 2.010 y 2.011.*
16. *Fotocopias legalizadas de Acta de Asamblea Extraordinaria Testimonio 01/2013 (Lectura de Informe ASFI).*
17. *Fotocopias legalizadas de Acta de Asamblea Extraordinaria Testimonio 02/2013 (Continuación de Asamblea y Propuesta de Disolución).*

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, establece en el artículo 332, parágrafo I., que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el Supremo Gobierno dispuso que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y, además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, el artículo 153° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del País, la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control

interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal, al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Que, el artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), modificada por el artículo 3 de la Ley N° 3892, establece que: "Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito societarias abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades."

Que, el numeral el artículo 3, Sección 4, Capítulo VI del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, insertado en el Título IV, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es causal para desestimar la continuidad del proceso de adecuación cuando la situación financiera comprometa la solvencia, sostenibilidad o continuidad operativa de la CAC Societaria, que dé lugar al incumplimiento de las obligaciones líquidas y exigibles.

CONSIDERANDO:

Que, al amparo del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Cooperativa Montero Ltda., solicita en el Otrosí 2 del memorial de impugnación, la suspensión de la ejecución del acto impugnado mientras se agote la vía administrativa, toda vez que considera que su efecto provoca un perjuicio irreversible a la entidad.

Que, el precitado Reglamento a Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, dispone en el artículo 40, parágrafo II, que la suspensión del acto administrativo procederá siempre que exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de derechos de terceros.

Que, a tiempo de solicitar la suspensión del acto administrativo, la entidad no expuso las razones que se constituyan en fundamento para que esta Autoridad de Supervisión analice y considere la suspensión impetrada.

Que, el acto administrativo impugnado por la Cooperativa Montero Ltda., tiene como principal objetivo precautelar el ahorro de los socios, en aplicación del artículo 331 de la Constitución Política del Estado, que considera de interés público cualquier actividad relacionada al aprovechamiento e inversión del ahorro.

Que, no existe argumento ni fundamento alguno que permita a este Órgano Fiscalizador suspender la ejecución del acto administrativo impugnado, correspondiendo en la presente resolución declarar la improcedencia de la suspensión impetrada.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con los artículos 36 y 46 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala:

> *"I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*
>
> *II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa."*

Que, el artículo 27 de la referida Ley N° 2341, establece: "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que, el artículo 51 de la misma Ley N° 2341, dispone: "I. El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución dictada por el órgano administrativo competente, salvando los recursos establecidos por ley".

Que, los precedentes normativos antes citados, infieren que los recursos administrativos recaen única y necesariamente en los actos de la administración pública de carácter definitivo de alcance general o particular, acto que en caso en cuestión constituye la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013 y no así el Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012, el cual no puede ser objeto de impugnación.

Que, la controversia planteada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Montero Ltda., está referida en varias de sus partes a su disconformidad con el contenido del informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 del 23 de agosto de 2012.

Que, los informes como tal, constituyen documentos de uso interno de una entidad pública dirigido a la máxima autoridad administrativa para que ella, en uso de sus facultades declarativas, dispositivas o decisorias sobre los temas que son de su competencia, tome la decisión de considerarlas a tiempo de disponer la resolución que corresponda dentro de los alcances del mencionado artículo 48°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Que, revisado el memorial de impugnación presentado el 19 de julio de 2013, se advierte que la Cooperativa objeta varios aspectos del Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012, es así que en la página dos, expresa "OBSERVACIONES AL INFORME DE LA INSPECCIÓN CON CORTE AL 30 DE JUNIO DE 2012".

Que, en aplicación del alcance previsto por ley respecto a los recursos contra los actos administrativos de carácter definitivo, corresponde considerar en el presente acto en instancia recursiva, los hechos objetados que se encuentran plasmados en la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de julio de 2013 y no así aquellos que se refieran al contenido del Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012 no considerados en la Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, en el Informe ASFI/DAJ/R-129942/2013 de 29 de agosto de 2013, se expone el resultado del análisis legal efectuado a los fundamentos de impugnación, así como a las pruebas presentadas por la entidad en su memorial de fecha 12 de agosto de 2013, manifestando lo siguiente:

En el punto 10, refieren:

- *"Operación Jesús Ernesto Arteaga Rea, se debe indicar que el presente crédito se encuentra cancelado en su totalidad.*

- *Operación Rómulo Gutiérrez Flores, indicar que en el presente caso se cuenta con un convenio institucional adicional con la garantía hipotecaria de un inmueble de propiedad de la institución de transporte, además que el prestatario tiene también como actividad laboral adicional a la del transporte siendo ésta de agricultor.*

- *Operación José María Limpias Soleto, indicar que el presente crédito es una venta de un inmueble de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento el prestatario comprador pierde el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y el inmueble puede ser colocado o vendido a otra persona, en tal sentido no vemos coherente generar una previsión al 100% en la presente operación, peor aún si el préstamo se encuentra a la fecha debidamente cancelado.*

- *Operación Juan Medina Salvatierra, se debe indicar que las operaciones descritas en su informe, se tratan de créditos autoliquidables con la garantía de certificado*

de inversión empresarial, el mismo que de acuerdo a contrato y al exceder el plazo del crédito al plazo del certificado, éste último es renovado y adquiere una nueva numeración que de acuerdo a contrato de préstamo en su cláusula décima sexta establece que no es necesaria la inclusión de la nueva numeración, estableciendo específicamente lo siguiente: "En caso de renovación manual o automática del CIES, éste garantizará la presente operación, sin necesidad de suscribir un nuevo contrato que incluya la nueva numeración del citado CIES". Se debe indicar además que el préstamo a la presente fecha se encuentra debidamente cancelado.

- *Operación Erick Ernesto Peña, indicar que existen las fotografías en la carpeta que demuestran la actividad laboral del prestatario, en tal sentido no corresponde la observación.*

- *Operación Daniela Nicole Chrystal Villarroel Agramont, indicar que el presente crédito es una venta de inmuebles de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento la prestataria compradora pierde el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y los inmuebles pueden ser colocados o vendidos a otras personas, en tal sentido no vemos coherente generar una previsión al 100% en la presente operación. Se debe indicar que a la presente fecha el préstamo se encuentra debidamente cancelado.*

En razón a los argumentos expuestos, consideramos que no es necesario constituir una previsión adicional sobre las operaciones citadas con anterioridad, toda vez que no constituye riesgo alguno en la recuperación del dinero al ser créditos debidamente garantizados o inmuebles colocados a créditos con reserva de propiedad, que en razón al tiempo transcurrido desde la elaboración del informe a la fecha, muchos de estos préstamos se encuentran cancelados."

Revisada detalladamente la prueba aportada y el contenido de la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, se advierte que en la página 6 de la referida Resolución, bajo el título de "Casos especiales", se observó la existencia de operaciones que no se enmarcan dentro de sanas prácticas y normativa prudencial, por lo que deben ser previsionadas en un 100%; dichas operaciones fueron detalladas en un cuadro insertado a continuación de la observación indicada, en cuyo contenido se advierte el registro de las siguientes operaciones: a) Nro. 10095531 Arteaga Rea Jesús Ernesto; b) Nro. 10095530 Limpias Soleto José María; c) Nro. 10095603 Medina Salvatierra Juan; d) Nro. 10095519 Villarroel Agramont Daniela Nicole Crysthal.

De acuerdo a las pruebas presentadas por la Cooperativa en el memorial de fecha 12 de agosto de 2013, se tienen los extractos de pago de estas operaciones, conforme a lo referido en los numerales 4, 5, 6 y 7, respectivamente. En este caso se desvirtúa parcialmente la consideración plasmada en la página 6 de la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013 bajo el título "Casos especiales", sólo en lo referente a las operaciones: a) Nro. 10095531 Arteaga Rea Jesús Ernesto; b) Nro.

10095530 Limpias Soleto José María; c) Nro. 10095603 Medina Salvatierra Juan; d) Nro. 10095519 Villarroel Agramont Daniela Nicole Crysthal, manteniéndose subsistente el resto de las operaciones observadas en el título "Casos especiales", por no haber aportado prueba sobre lo aseverado en la impugnación.

Que, la prueba referida a las operaciones crediticias de Luis Alberto Medina Justiniano y Gonzalo Hurtado Saucedo (numerales 8 y 9), relacionada al descargo del Punto 11 del memorial de impugnación, resultan irrelevantes, puesto que dichas operaciones no fueron consideradas en la Resolución N° 350/2013.

En el punto 13, refieren:

- *"Queremos manifestar enfáticamente que nuestra institución **sí hace las previsiones** recomendadas en las diferentes visitas sin excepción alguna, en tal sentido sus técnicos no pueden manifestar como cierta tal situación cuando la realidad fáctica es totalmente diferente.*

- *En su informe establece que nuestra institución debe constituir una previsión específica por Bs. 527.118, pero no expone un detalle de los casos por los cuales se calcula la diferencia de previsión, toda vez que al establecer la constitución de una previsión específica, debe ser clara y detallada de los mismos, ya que no podemos constituir previsión simplemente por constituirla sin justificación técnica alguna.*

- *Con relación a la instrucción de constituir previsión por las carpetas descritas en los puntos 2.3 y 2.8, por la suma de Bs. 1.861.402, cabe señalar que hemos efectuado las observaciones correspondientes justificando por qué no deberíamos constituir tal previsión, en tal sentido esperaremos una respuesta de su Autoridad al presente recurso para proceder con dicha instructiva.*

- *Indicar que al solicitar la reclasificación de préstamos hipotecarios de vivienda en primer grado vigentes y préstamos de vivienda en primer grado reprogramados, que supuestamente registran con tipos de garantías y destinos distintos a construcción, refacción o adquisición de viviendas, se debe establecer claramente cuáles fueron los préstamos observados para proceder con dicha reclasificación y de acuerda a una revisión minuciosa y si corresponde, se procedería a reclasificar los mismos, ya que para realizar dicha operación debemos contar con la justificación correspondiente."*

El comportamiento de la cartera es dinámico, dado que día tras día los saldos, días mora y previsiones varían, en este sentido, se observa un incumplimiento en el registro de previsiones a una fecha de corte determinada, afectando la exposición de los estados financieros, la acción correctiva no debe ir solo a cumplir el registro del monto observado, sino más bien a generar controles respectivos, revisiones y parametrizaciones que permitan mostrar la situación real de su gasto por este concepto. Por lo tanto, en función a las características de cada operación y sus días

mora la entidad debe determinar el monto real que deben expresen sus previsiones específicas a una fecha determinada.

El comprobante presentado como respaldo registra Bs3.664.321 correspondiente a la deficiencia identificada en INFORME/ASFI/DSR IV/R- 50555/2010 de 21 de mayo 2010. En este sentido ratificamos que la constitución debe ser oportuna y debe exponerse en el momento en el cual se conoce la calificación de la operación, no puede ser diferida y al cierre de cada mes debe permitir mostrar la posición de la entidad con relación a la perdida esperada, misma que se muestra a través de las previsiones.

En el punto 14, refieren:

- *"Observan que existen pagos correspondientes a la cancelación anticipada de intereses y que los mismos no han sido afectados a cuentas de resultados oportunamente, incrementando de esta manera el activo de la entidad, sobre la presente observación cabe señalar lo siguiente:*

  - *En primera instancia, que no existen intereses anticipados por concepto de cajas de ahorros como exponen sus técnicos en su detalle.*

  - *Con relación a los importes pagados anticipadamente por el aguinaldo Navideño e Incentivo Patrimonial, que no han sido afectados oportunamente, estos son devengados de manera mensual y cargados al gasto financiero respectivamente, indicando que al vencimiento final de cada depósito, éste interés anticipado es regularizado, interés que se encuentra garantizado con el mismo depósito a plazo".*

En lo que a pago anticipado de intereses se refiere, en el cuadro se evidencia el detalle de cuentas en las cuales se cancelan los intereses anticipadamente, por tanto deben afectar al gasto en cumplimiento al Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de Prudencia y Exposición, de acuerdo con el siguiente detalle, ratificando la observación:

Cuenta Analítica	Detalle	Saldo Bs
142.99.1.05	INTERESES CIE. CTA ADELANTADA	380.777
142.99.1.06	INTERESES CIE. AGUINALDO NAVIDEÑO	23.446
142.99.1.07	INCENTIVO ADELANTADO POR CAPITALIZACIÓN	740.409
142.99.2.05	INTERESES CIE. CTA ADELANTADA	260.864
142.99.2.06	INTERESES CIE. AGUINALDO NAVIDEÑO	19.201
142.99.2.07	INCENTIVO ADELANTADO POR CAPITALIZACIÓN	1.068.529
TOTAL		**2.493.226**

Al respecto no se evidencia prueba que permita analizar la regularización de la observación.

En el punto 15, refieren:

- *"Observan que la adquisición de bienes para la venta se encuentra prohibida a las entidades financieras por ser de objeto único de acuerdo con lo establecido en los Art. 1 y 70 de la LBEF, …"*

En el marco de las competencias atribuidas por el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que le delega una facultad reglamentaria a esta Autoridad de Supervisión sobre las modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de supervisión, la obtención de la licencia de funcionamiento, su disolución y cierre entre otros, se ha elaborado normativa plasmada en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, para dar cumplimiento a lo señalado.

Bajo esta premisa, la normativa reglamentaria tiene por propósito lograr de manera paulatina el cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, dejando atrás las prácticas y operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, de manera tal que al momento de la emisión de la Licencia de Funcionamiento se encuentren plenamente habilitadas para cumplir la señalada norma. Es así, que el proceso de adecuación, precisamente tiene por propósito lograr el cumplimiento progresivo de las disposiciones legales vigentes, como los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Manual de Cuentas, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Las previsiones por Bs1.488.948 por la desvalorización del valor de los bienes incorporados por la compra de bienes inmuebles incorporados al activo de la entidad en aplicación del Artículo 57 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, sigue la línea de una interpretación por analogía y sanas prácticas, ante la ejecución de operaciones que deberían dejarse de lado, considerando que la entidad estaba en un proceso de adecuación, cuya finalidad era la incorporación a la regulación de esta Autoridad, por consiguiente la aplicación plena de la señalada disposición legal.

En aplicación del objetivo de la adecuación al ámbito de regulación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa regulatoria, la adquisición de bienes para la venta está expresamente prohibida según lo dispuesto en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras (Cuenta 151.00 Bienes Adquiridos o Construidos para la Venta).

En el punto 16, refieren:

"En el punto 3.8 otros activos, los técnicos que efectuaron la inspección manifiestan que nuestra institución no da de baja la papelería utilizada durante el mes y sobrevaluamos de esta manera nuestro activo, lo cual se encuentra totalmente fuera de la verdad, ya que todos los meses se da baja a la papelería y se apropia al gasto, tal como se demuestra en nuestra información contable que sus técnicos no tuvieron el cuidado de revisar al momento de la inspección."

Evaluada la prueba señalada en el numeral 13) del memorial presentado en fecha 12 de agosto de 2013 y, conforme a lo expuesto en el Informe ASFI/DSR IV/R-122615/2013 de 16 de agosto de 2013, la observación se considera subsanada, por tanto se desestima parcialmente la observación contenida en el Título IV. "AJUSTES Y RECLASIFICACIONES" de la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, únicamente en lo referente al ajuste por registro del gasto en biblioteca por Bs6.816, manteniéndose firmes las demás observaciones de este título.

En el punto 18, refieren:

- *"En su párrafo tercero, manifiestan que nuestra institución al constituir Certificados de Aportación en Especie, incumplimos la normativa legal establecida en el Art. 22 de la LBEF …"*

Al respecto, cabe señalar que el Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, inmerso en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece el proceso que deben seguir y culminar las cooperativas societarias para adecuarse al ámbito de regulación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme a lo previsto en la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Es así que el inicio del proceso de adecuación, importa incorporar en la entidad las operaciones, limitaciones, prohibiciones, plazos, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución, cierre, etc., conforme a lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), eliminar prácticas no acordes a esta ley y abstenerse de realizar aquello que expresamente lo prohíbe.

Ahora bien, conforme al informe de inspección ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012, la que tuvo como uno de sus objetivos la implementación del plan de acción para la incorporación al ámbito de regulación, se observa que la cuenta analítica 311.02.1.12 "Certificados de Aportación Recibidos en Especie" expone un saldo de Bs2.667.500, que se origina por la compra de un terreno del Sr. Juan Rolando Ortiz Paz, registro efectuado en fecha 4 de mayo de 2011, incumpliendo el Artículo 22 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y la descripción de la Cuenta 311.00 "Capital Pagado" del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Lo anterior demuestra que encontrándose en el proceso de adecuación al ámbito de regulación, la entidad realizó esta práctica que se encuentra expresamente prohibida por el artículo 22 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), lo que constituye incumplimiento al plan de regularización dispuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, causal para desestimar la continuidad del proceso de adecuación, conforme al numeral 2), artículo 3, Sección 4 del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso

en el Capítulo VI, Título IV del Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- *"Observan que el patrimonio de nuestra entidad presenta dentro de su composición saldos correspondientes a certificados de aportación voluntarios y remunerados, de la misma forma que los productos devengados por dicho concepto y que estos deben ser reclasificados a nuestro pasivo…"*

En lo referente al cronograma de conversión y reclasificación de los certificados de aportación, el tratamiento y la aplicación de la normativa estaba en función a los registros contables como a la naturaleza de los depósitos como tal, ya que los mismos eran considerados por la Cooperativa Montero Ltda., como patrimonio ya que estos exponían una situación financiera favorable a la entidad; sin embargo, no cumplían con las características de ser obligaciones con el público, ya que estas operaciones no estaban permitidas para las cooperativas de ahorro y crédito societarias.

Complementariamente, las observaciones realizadas por este Órgano de Supervisión son realizadas con un criterio objetivo y en aplicación de la normativa en vigencia, por lo que al haberse aprobado y puesto en vigencia las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, su cumplimiento es obligatorio, correspondiendo la reclasificación contable y el cronograma de conversión de los certificados de aportación en calidad de depósitos.

En el punto 20, refieren:

- *"En el punto 3.12 observan que nuestra institución no ha reducido gastos administrativos y estructura, incurriendo en gastos que no generan beneficio y no responden a la crítica situación, al respecto se debe manifestar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero …"*

Se observó el comportamiento financiero y administrativo de la Cooperativa, donde las pérdidas presentan una tendencia creciente desde la gestión 2.000 a la fecha, lo que corrobora el hecho de que no se realizaron esfuerzos para reducir la estructura de costos de la Cooperativa y revertir en algún punto las pérdidas acumuladas, deteriorando su situación financiera y llevándola al grado de insolvencia técnica.

Los argumentos vertidos por la entidad, no desvirtúan de manera alguna las aseveraciones realizadas, ya que claramente pudo apreciarse que la situación financiera de la Cooperativa se ha deteriorado de manera continua y permanente.

Asimismo, se observan gastos de representación por Bs61.928 y de confraternización Bs67.429, durante las gestiones 2011 y el mes de junio de 2012 entre otros, mismos que no se encuentran acordes a la realidad económica de la Cooperativa.

Al respecto no se evidencia prueba que permita analizar la regularización de la observación.

Que, mediante memorial recepcionado por esta Autoridad de Supervisión en fecha 12 de agosto de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Montero" Ltda., ofrece y produce pruebas, mismas que demostrarían los fundamentos de hecho y derecho del recurso planteado en contra de la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, las que son objeto del siguiente análisis:

A. *"2. Extracto de pago de crédito de Juana Rodríguez Ortega."*

Durante la inspección se seguimiento con corte al 30 de junio de 2012, se observó que no se realizó el análisis de capacidad de pago de la Sra. Juana Rodríguez, observación asentada en el Punto 2.2 (Proceso Crediticio), del Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012. Cabe señalar que esta observación no ha sido considerada en la Resolución impugnada.

B. *"3. Respaldo contable del desembolso de crédito de Prudencio Maquera Paco."*

Durante la inspección se seguimiento con corte al 30 de junio de 2012, se observó el desembolso de tres operaciones de crédito a través de cheque del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en favor del señor Duberty Lopez Lopez por $us149.890, cuyo destino es la compra de maquinaria.

Cabe señalar que si bien el caso del Sr. Prudencio Maquera Paco fue observado en el Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012, Punto 2.2 (Proceso Crediticio), manifestando que no existe constancia de la recepción de los fondos desembolsados por la Cooperativa, esta observación no ha sido considerada en la Resolución impugnada.

C. *"10. Póliza de seguro donde se establece el monto coberturado de Sus. 150.000 y no Sus. 50.000. como lo manifestaron los técnicos ASFI."*

La observación, no ha sido considerada en la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, por tanto amerita el análisis de esta prueba.

D. *"11. Informe contable de la aplicación de las previsiones recomendadas por parte de ASFI.."*

El el registro de previsiones contables según el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, se originan en función a fundamentos prudenciales que incluyen criterios de recuperabilidad y exposición, considerando la naturaleza de las operaciones; en este sentido, ASFI en función a normativa vigente y principios contables, instruye su aplicación. En este caso se presentan comprobantes de previsiones correspondientes a observaciones identificadas en el Informe ASFI/DSR IV/R-50555/2010 de 21 de mayo 2010, de acuerdo al siguiente detalle:

Descripción
Faltante Tesorero
Previsión Específica Cartera
Ajuste Ganancias a Realizar
Gastos Activados
Previsión Intereses Reprogramados
Previsión Certif. Aport. Diferidos
Previsión Bienes Realizables (Quinta)
Previsión Vehículo Dación Pago
Previsión Bienes Realiz. 25% (Aportes)
Previsión Inversión Undescoop.
Cargo Por Costo Ordenes De Retiro
Cargo Por Costo Diferido De Lotes

Al respecto, la entidad registró previsiones y contabilizó en sus estados financieros las observaciones descritas anteriormente, sin embargo, en las inspecciones posteriores realizadas, se evidenciaron observaciones reiterativas y no se identificaron controles internos que prevean no incurrir nuevamente en los errores expuestos.

E. *"12. Documento de Garantía firmado con la familia del ex funcionario Rolan Cortez para el pago del monto sustraído."*

La observación, no ha sido considerada en la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, por tanto amerita el análisis de esta prueba.

F. *14. Fotocopias de dos modelos de contratos donde se informa a los clientes de la tasa y cargos que se cobran en el préstamo.*

Los argumentos expuestos en el presente numeral no han sido considerados en la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013; sin embargo, de la revisión de los contratos, en relación al argumento en sentido que: "se informa a los clientes de la tasa y cargos que se cobran en el préstamo", se puede evidenciar que los contratos adjuntos no consideran el D.S. 28166 de 17 de mayo de 2005 en actual vigencia, que fija la modalidad de cálculo de la tasa de interés penal.

G. *15. Fotocopias de las Asambleas Ordinarias de las Gestiones 2.010 y 2.011.*

Al respecto, de su revisión se puede establecer que, ambas asambleas (23/10/2010 y 24/12/2011) se han llevado a cabo fuera del término previsto en el Artículo 205 del Código de Comercio, es decir dentro de los 90 días siguientes al cierre del ejercicio económico.

Se puede evidenciar que en Asamblea General Ordinaria de 24 de diciembre de 2011, no se ha dado lectura al Informe del Consejo de Vigilancia, debido que ninguno de sus miembros asistió, asimismo, se ha obviado leer los Informes de los Comités.

H. *16 y 17. Fotocopia legalizada de Acta de Asamblea Extraordinaria Testimonio 01/2013 (Lectura de Informe ASFI) y Fotocopia legalizada de Acta de Asamblea*

Extraordinaria Testimonio 02/2013 (Continuación de Asamblea y Propuesta de Disolución).

Las actas legalizadas adjuntas constituyen hechos posteriores a la inspección de Seguimiento con corte al 30 de junio de 2012 cuyos resultados esenciales fueron plasmados en la Resolución ASFI N° 350 de 14 de junio de 2013.

De la revisión de las actas, se puede establecer que en la Asamblea Extraordinaria del 26 de enero de 2013 se dio lectura al Informe de Inspección ASFI DSR IV/R-104090/2012, en la que se analizó el Plan de Emergencia adoptando determinaciones como la reducción de la planilla salarial, eliminación de gastos publicitarios, reducción de gastos operativos y financieros, adecuada administración de mora, devolución de ahorro fiscalizado por ASFI, cese temporal de captación y colocación capitalización parcial mediante aportes extraordinarios de socios

Asimismo, en Asamblea de 9 de febrero de 2013 se determinó la salida ordenada, conversión total de los certificados patrimoniales y de todos los ahorros bajo cualquier modalidad al pasivo, para operativizar la devolución de ahorros, devolución de ahorros a prorrata y evaluación periódica del plan entre los puntos más sobresalientes.

CONSIDERANDO:

Que, en el memorial presentado en fecha 19 de julio de 2013, la Cooperativa Montero Ltda. ha expuesto un extenso fundamento de razones que en su mayor parte refuta argumentaciones contenidas en el Informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012 y en menor medida objeta consideraciones contenidas en la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013.

Que, si bien la entidad desvirtúa parcialmente algunos aspectos contenidos en el subtítulo "Casos Especiales" y del Título "AJUSTES Y RECLASIFICACIONES", no lo hace con todos los otros elementos de orden técnico también considerados en la referida Resolución ASFI N° 350/2013.

Que, el aspecto más gravitante de la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, que en esencia es el sustento de lo determinado en dicha resolución, se plasma en el Título "SITUACIÓN FINANCIERA", sobre el cual la Cooperativa no ha hecho referencia alguna en su memorial de impugnación.

Que, en la precitada Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013, se consideró que la crítica situación financiera de la entidad, se ve reflejada en los siguientes aspectos:

- ✓ *La Relación Pérdidas Acumuladas respecto del Capital Primario alcanza al 111.77%, causal de Intervención según lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488.*

	CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO (Expresado en bolivianos)		***30.06.2013***
(+)	***Aportes de los socios cooperativistas – Certificados de Aportación***		***22.223.083***
	311.00	*Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios) **	*22.223.083*
(+)	***Fondos de reserva no distribuibles***		***176.969***
	342.05	*Otras Reservas no Distribuibles*	*176.969*
(+)	***Donaciones recibidas de libre disposición***		***289.931***
	323.01	*Donaciones no capitalizables*	*289.931*
(*)	***CAPITAL PRIMARIO INICIAL***		***22.689.983***
	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión		*(25.361.253)*
	PÉRDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO		***-111,77%***

* *Con los ajustes determinados en inspección, este indicador asciende a -140.1%*

- ✓ *No cumple con el Límite Legal de Solvencia Patrimonial mismo que es negativo y asciende a -5.55% (jun/2012), inferior al mínimo requerido por la misma Ley N° 1488 (10%).*

- ✓ *La constante generación de resultados netos negativos y principalmente la tendencia creciente de los Gastos Administrativos, que afectan progresivamente sus Pérdidas Acumuladas; Bs10.58 millones (dic/2009, Bs24,58 millones, (dic/2010), Bs24.37 millones (dic/2011) y Bs25.15 millones junio/2012), deteriorando aún más la situación financiera y patrimonial de la Entidad, aspecto que expone un manejo deficiente de sus recursos e inversiones.*

- ✓ *Expone una elevada pesadez de Cartera de créditos, misma que asciende a un 28.99% (dic/2010), 16.66% (dic/2011) y 1.468% (jun/2012).*

- ✓ *El índice de previsión para incobrabilidad de Cartera Morosa, asciende a 99,52%, índice inferior al promedio de las cooperativas reguladas (163.04%) y también al exigido por sanas prácticas que determinan una cobertura igual o mayor al 100%.*

Que, además de los indicadores que reflejan la crítica situación financiera de la entidad, también se evidenció que la Cooperativa oferta tasas pasivas que oscilan alrededor del 13%, misma que es muy superior al sistema cooperativo regulado, aminorando su spread financiero y por ende generando un resultado financiero bruto que no es suficiente para soportar sus gastos administrativos.

Que, los indicadores antes expuestos, son en esencia la causa que determina la inviabilidad financiera de la entidad y que sin embargo no son refutados en su memorial de impugnación.

Que el Informe ASFI/DSR IV/R-122615/2013 de 16 de agosto de 2013 manifiesta que la Cooperativa no implementó soluciones estructurales que permitan revertir la tendencia de los resultados de la entidad hasta ingresar en una situación de cesación de pagos por su situación de liquidez.

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-129942/2013 de 29 de agosto de 2013 recomienda emitir resolución administrativa confirmando en todas sus partes la Resolución ASFI N° 350/2013 de 14 de junio de 2013…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 1de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 578/2013 de 9 de septiembre de 2013, argumentando lo siguiente:

"…***OBSERVACIONES AL INFORME DE LA INSPECCIÓN CON CORTE AL 30 DE JUNIO 2012***

En primera instancia queremos manifestar a su Digna Autoridad Ad quem, que antes al estar adecuado nuestro accionar a la normativa de la Ley General de Sociedades Cooperativas con sus normas conexas y que al migrar a los parámetros establecidos por la Ley de Bancos y Entidades Financieras, existen deficiencias con las que cuenta nuestra institución y el sistema cooperativo societario en general, pero nuestra entidad siempre ha tratado de cumplir en su totalidad con las recomendaciones conforme a lo dispuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sin contar de que existían y aún existen muchas lagunas o deficiencias legales en la aplicación de las normas, habiendo registrando todos los ajustes contables de todos los informes e inclusive el informe que es nuevamente ratificado mediante la resolución confirmatoria impugnada mediante le presente recurso jerárquico, informes que fueron efectuados frutos de inspecciones a nuestra entidad financiera ***no bancaria,*** *ajustes que nos debilitó de gran manera patrimonialmente al margen de que fue acompañada de una campaña de desprestigio comercial y legal de las cooperativas societarias, pero es imperiosamente necesario hacerle conocer algunas deficiencias u observaciones al informe de inspección con corte al 30 de junio del 2.012 efectuado por los funcionarios de la ASFI y que es necesario refutar nuevamente en algunos aspectos por parte de nuestra institución, en tal sentido pasamos ratificar y a exponer de forma reiterada nuestras observaciones:*

1. *De acuerdo al informe que motiva la tardía, inoportuna e ineficaz Resolución* ***ASFI 350/2013, INFORME / ASFI / DSR IV / R-104090 / 2012*** *hoy ratificada en todas sus partes mediante la Resolución* ***ASFI 578/2013 de fecha 09/09/2013,*** *data de fecha* ***23 de agosto de 2012,*** *el mismo fue remitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a nuestra institución mediante carta fechada de* ***10 de diciembre de 2012*** *y notificado en fecha* ***18 de diciembre de 2012,*** *es decir que el informe de inspección fue entregado a nuestra cooperativa después de casi* ***4 MESES*** *de haber sido emitido, lo cual en virtud a que los actos administrativos no se encontraban enmarcados en la normativa legal vigente motivó a que nuestra institución mediante Carta* ***G.G. 02/2013 de fecha 03 de enero del 2.013*** *solicite a la Autoridad a quo, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente* ***fundada*** *y* ***motivada,*** *toda vez que se trataba de un acto administrativo de vital importancia para cualquier institución ya que se*

instruía convocar a una asamblea de socios para considerar la disolución voluntaria, acto administrativo que de manera irresponsable fue considerado como un acto de escaza relevancia o importancia y fue comunicada mediante una simple carta. En virtud a dicha solicitud, la precitada Autoridad elevó la simple carta a rango de Acto Administrativo mediante ***Resolución ASFI 052/2013 de fecha 25 de enero del 2.013,*** *resolución que fue notificada a nuestra institución en fecha* ***31 de enero del 2013.***

Posteriormente y una vez notificados con la Resolución ASFI 052/2013, conforme a procedimiento administrativo, nuestra institución interpuso Recurso de Revocatoria mediante memorial recepcionado en fecha ***15 de febrero del 2.013. Un mes después,*** *la Autoridad a quo mediante* ***Resolución ASFI No. 139/2013 de fecha 15 de marzo del 2.013*** *notificada a nuestra institución en fecha* ***22 de marzo del 2.013,*** *dispuso la* ***"ANULACIÓN del proceso administrativo hasta el VICIO MAS ANTIGUO (SU AUTORIDAD RECONOCE QUE EXISTIERON VICIOS DE NULIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO), es decir hasta la CARTA ASFI/DSR IV/R-162258/2012 de 10 de diciembre de 2012" esto debido a la falta de fundamentación,*** *instruyendo la emisión de una nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada. Dando cumplimiento a la Resolución ASFI 139/2013, la Autoridad a quo* ***DESPUES DE CASI 3 MESES,*** *emite la* ***Resolución ASFI No. 350/2.013*** *de fecha* ***14 de junio del 2.013*** *en la cual Resuelve totalmente a destiempo y* ***DESPUES QUE NUESTRA INSTITUCIÓN YA HA CUMPLIDO CON LO RESUELTO,*** *que nuestra institución* ***Convoque nuevamente*** *a una Asamblea General Extraordinaria para dar lectura en detalle a la presente resolución y se considere la disolución voluntaria de nuestra institución. Con lo expuesto, se demuestra claramente que existe por parte de la* ***AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FIANANCIERO (ASFI) dilación, lenidad*** *y* ***negligencia*** *en todo el presente acto y posterior proceso administrativo, vulnerando el* ***Principio de Eficacia*** *establecido en la Ley No. 2431 en su Art. 4 inc. J) y el* ***Principio de Economía, Simplicidad*** *y* ***Celeridad*** *establecido en el inciso k) del mismo artículo y cuerpo legal, en concordancia con el* ***Decreto Supremo No. 27175.***

2. *En la introducción del citado informe inc. A) Objetivo y Alcance del Trabajo, se manifiesta que uno de los objetivos generales es ver* ***el grado de avance en la implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos*** *y* ***Documentales,*** *siendo que a pesar de haber presentado en dos oportunidades el Plan de Acción y la reformulación del mismo con posterioridad,* ***nunca se nos efectuó observación alguna, rechazo o aprobación del mismo,*** *además que dicho plan es referido a la* ***fase I*** *indicando que actualmente nos encontramos en la* ***fase III,*** *en tal sentido es incoherente evaluar un plan de acción que ni siquiera fue considerado por los subalternos de de la ASFI y que no teníamos la certeza de aplicar o modificar, lo cual vulnera nuevamente los principios señalados en el punto anterior.*

3. *En el parágrafo II RESULTADOS DE LA INSPECCIÓN inc. A) numeral 1, los técnicos de la ASFI señalan que no contamos con un Plan Estratégico a corto y mediano plazo, lo cual* ***no es cierto,*** *toda vez que nuestra institución si ha presentado dicho plan*

conjuntamente con nuestro Plan de Acción reformulado, tal como consta en nuestra carta de fecha 28 de febrero del 2.012, la misma que fue motivada debido a observaciones efectuadas por su Autoridad mediante carta ASFI / DSRI/ R-13 5232 /2011.

4. *Con relación a las observaciones efectuadas a las Políticas y Reglamento de Créditos en el numeral 2.1, cabe indicar que hemos ido modificando nuestros reglamentos y tratando de adecuarlos a la normativa en actual vigencia, seguramente los mismos cuentan con muchas deficiencias que son subsanables o perfectibles. Con relación a los cobros adicionales señalados en el informe, referidos específicamente al cobro de formularios, cabe señalar que la mayoría de las instituciones financieras reguladas y no reguladas efectúan este tipo de cobros, lo cual no justifica de ninguna forma que nuestra institución-efectúe dichos cobros pero si demuestra la falta de ecuanimidad por parte del ente regulador.*

5. *En el 2.2 Proceso Crediticio, refutamos las siguientes observaciones:*

- *Se observó la no participación del cónyuge del prestatario como codeudor en 25 operaciones, en tal sentido cabe indicar que existen operaciones personales en las cuales se les solicita como garantía adicional un inmueble el mismo que es gravado en un 50%, pero que no es considerado como un crédito hipotecario, el mismo que es denominado por nuestra institución como créditos personales hipotecarios en razón a los montos solicitados. Así mismo, existen operaciones hipotecarias que no cuentan con la firma del cónyuge, pero que si cuentan con el poder notarial correspondiente para proceder con la hipoteca del 100% del inmueble otorgado en garantía. Con relación a las garantías autoliquidables con certificados de inversión empresarial, existen operaciones que no cuentan con la firma del cónyuge debido a que los mismos son considerados de manera análoga como depósitos a plazo y se encuentran a nombre de un solo titular, por ende se puede disponer del 100% del mismo para garantizar la deuda o pagar la misma sin necesidad de la firma del cónyuge y no puede considerarse como un bien ganancial tal como lo establecían en su momento sus técnicos al momento de la inspección en razón de que no es un bien que tenga un registro público y en todo caso tendríamos que suponer mal que a las personas que tienen dinero en caja de ahorro y son casados, no podría retirar su dinero sin la firma de su cónyuge.*

- *Se observo la falta de análisis de capacidad de pago de la señora Juana Rodríguez Ortega, operación crediticia considerada como Autoliquidable ya que se encuentra garantizada por Certificado de Inversión Empresarial o depósito a plazo y de acuerdo a nuestro reglamento de crédito, específicamente en el Título IV Art. 41, para éste tipo de operaciones no es necesario la demostración de ingresos al ser una operación debidamente garantizada con el propio dinero del prestatario,* ***encontrándose a la fecha del presente Recurso debidamente pagado.***

- *Se observo que no existe constancia de recepción de los fondos desembolsados por parte del señor Prudencio Maquera Paco, indicando que si existe la constancia correspondiente la misma que fue realizada vía contabilidad en razón*

a que se emitió un cheque bancario destinado a la compra de la maquinaria objeto del crédito, indicando que los técnicos encargados de la inspección nunca solicitaron documentación al respecto.

- *Se observo que no se realizo seguimiento al cumplimiento del destino de dos créditos relativo a la cancelación de pasivos, indicando que dichos pasivos fueron debidamente cancelados y se recabó la documentación original de las garantías en las instituciones financieras en las que se encontraban.*

6. *Se debe indicar que si bien nuestra institución tiene deficiencias en la tecnología crediticia, es menester indicarle que hemos modificado nuestros reglamentos para ir perfeccionando la otorgación de los préstamos, además de contar con otros mecanismos adicionales que nos garantizan el pago de los préstamos como ser lo convenios con instituciones gremiales, transportistas y otros. Dentro de dicho proceso de modificación y adecuación de la tecnología crediticia, nos encontrábamos en proceso de fortalecimiento del área con la ayuda de consultores de SERVIRED, pero dicho proceso se trunco a raíz de los problemas suscitados con las cooperativas societarias. Además se debe indicar que en la visita de inspección no hubo la posibilidad de discutir abiertamente las observaciones efectuadas a nuestras carpetas de créditos, con lo cual se nos negó la posibilidad de justificar o refutar las mismas ya que en muchas de ellas no correspondían las observaciones, a pesar que se programaron reuniones para revisar dichas observaciones pero no fueron cumplidas por parte de sus técnicos. De la revisión del informe de inspección se evidencia claramente que no existe un detalle de los casos observados, simplemente se limitan a citar número de operaciones, lo cual nos imposibilita efectuar un correcto análisis de las observaciones y objetar con el correspondiente justificativo.*

7. *En el punto 2.5 COBROS INDEBIDOS, reiteran la observación establecida en el punto 2.1 de su informe, a la cual reiteramos nuestra consideración que la Autoridad no es ecuánime ya que otras instituciones reguladas y no reguladas siguen efectuando estos cobros adicionales por reposición de formularios o papelería.*

8. *En el punto 2.6 observan la constitución de certificados vía créditos, cabe indicar al respecto que la constitución de certificados es efectuada antes de realizar el desembolso correspondiente y no es descontada del préstamo, ya que fue una observación efectuada con anterioridad, con lo cual la gerencia general emitió la instructiva correspondiente y que nuestra institución ha dado estricto cumplimiento.*

9. *En el punto 2.7 ALTERACIONES DE PLANES DE PAGO, se debe indicar que la observación se muestra muy general y no se especifica cuál es la supuesta alteración a los planes de pago, en tal sentido no se puede efectuar un correcto análisis de la misma, ya que existen una serie de variables por las cuales los planes de pagos pueden sufrir variaciones.*

10. *En el punto 2.8 CASOS ESPECIALES:*

- *Operación Jesús Ernesto Arteaga Rea, se debe indicar que el presente crédito se encuentra cancelado en su totalidad, o Operación Rómulo Gutiérrez Flores, indicar que en el presente caso se cuenta con un convenio institucional adicional con la garantía hipotecaria de un inmueble de propiedad de la institución de transporte, además que el prestatario tiene también como actividad laboral adicional a la del transporte siendo ésta de agricultor.*

- *Operación José María Limpias Soleto, indicar que el presente crédito es una venta de un inmueble de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento el prestatario comprador pierde el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y el inmueble puede ser colocado o vendido a otra persona, en tal sentido no vemos coherente generar una previsión al 100% en la presente operación,* ***peor aún si el préstamo se encuentra a la fecha debidamente cancelado.***

- *Operación Juan Medina Salvatierra, se debe indicar que las operaciones descritas en su informe, se tratan de créditos autoliquidables con la garantía de certificado de inversión empresarial, el mismo que de acuerdo a contrato y al exceder el plazo del crédito al plazo del certificado, éste última es renovado y adquiere una nueva numeración que de acuerdo a contrato de préstamo en su cláusula décima sexta establece que no es necesaria la inclusión de la nueva numeración, estableciendo específicamente lo siguiente: "****En caso de renovación manual o automática del CIES, éste garantizará la presente operación, sin necesidad de suscribir un nuevo contrato que incluya la nueva numeración del citado CIES". Se debe indicar además que el préstamo a la presente fecha se encuentra debidamente cancelado,***

- *Operación Erick Ernesto Peña, indicar que existen las fotografías en la carpeta que demuestran la actividad laboral del prestatario, en tal sentido no corresponde la observación.*

- *Operación Daniela Nicole Chrystal Villarroel Agramont, indicar que el presente crédito es una venta de inmuebles de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento la prestataria compradora pierde el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y los inmuebles pueden ser colocados o vendidos a otras personas, en tal sentido no vemos coherente generar una previsión al 100% en la presente operación.* ***Se debe indicar que a la presente fecha el préstamo se encuentra debidamente cancelado.***

En razón a los argumentos expuestos, consideramos que no es necesario constituir una previsión adicional sobre las operaciones citadas con anterioridad, toda vez que no constituye riesgo alguno en la recuperación del dinero al ser créditos debidamente garantizados o inmuebles colocados a créditos con reserva de propiedad, que en razón al tiempo transcurrido desde la elaboración del informe a la fecha, muchos de estos préstamos se encuentran cancelados.
11…. *En el punto 2.9* ***CREDITOS VINCULADOS,*** *se debe indicar que las operaciones descritas con anterioridad son créditos que fueron otorgados sin ningún tipo de*

favorecimiento o condiciones especiales, además que se trata de ventas de inmuebles de nuestra institución con reserva de propiedad o en arras, donde no hubo salida de efectivo por parte de nuestra institución y en caso de incumplimiento los prestatarios compradores pierden el dinero pagado en calidad de arras a favor de nuestra institución y los inmuebles pueden ser colocados o vendidos a otras personas. Adicionalmente cabe indicar que el señor Carlos Eduardo Nostas Melgar ya no es funcionario de nuestra cooperativa, en tal sentido no es aplicable la normativa en cuestión, así mismo los créditos de los señores Jesús Ernesto Artega Rea, Luís Alberto Medina Justiniano y Gonzalo Hurtado Saucedo, han sido cancelados en su totalidad, en tal sentido ***no corresponde la presente observación al encontrarse subsanada.***

De acuerdo a los argumentos y fundamentos expuestos, podemos concluir que muchas de las observaciones efectuadas por sus técnicos no corresponden debido a que las mismas son ambiguas, sin profundidad o especificidad, además que muchas de estas han sido debidamente subsanadas, lo cual demostró nuestra total voluntad de adecuar a nuestra institución a la tecnología crediticia establecida por la norma ASFI. Indicar además que en su gran mayoría de las carpetas observadas, los prestatarios cuentan con un buen comportamiento de pago, lo que demuestra que a pesar que tenemos algunas deficiencias en la tecnología crediticia, el análisis de la capacidad de pago efectuado por nuestra institución no es tan deficiente como pretenden afirmar los técnicos de la ASFI, ya que no se puede sacar conclusiones de tal magnitud con ínfimas operaciones en su mayoría subsanadas o con observaciones que no corresponden y que no pueden determinar supuestamente serias deficiencias en la gestión de Riesgo Crediticio.

12. *En el punto 3 RIESGO OPERATIVO CONTABLE:*

- *Establecen erróneamente en su informe como una observación reiterada que nuestra institución mantiene montos en efectivo dentro de oficina central que superan los límites coberturados teniendo como supuesto límite la suma de $us. 50.000, siendo que nuestra póliza de seguros establece que nuestro monto coberturado es de* ***Sus. 150.000.***

- *Así mismo los saldos expuestos en su informe contemplaba nuestra caja central y nuestra caja externa, debiendo sus técnicos en su momento verificar con nuestro departamento contable si dichos montos correspondían exclusivamente a nuestra oficina central o de nuestra caja externa.*

- *Con relación a la observación sobre un giro de cheque en descubierto, cabe indicar que el mismo fue girado en virtud a que la socia requirente de la cancelación del certificado de inversión empresarial tenía la necesidad de constituirse a la ciudad de Santa Cruz con urgencia, en tal sentido se procedió a entregar el cheque fuera del horario bancario y se le comunico que pase a cobrarlo al otro día por la tarde en razón a que nuestra institución efectuaría el depósito a la mañana siguiente tal como ocurrió, demostrando tal situación documentalmente al técnico que observó la presente situación. Además cabe indicar que la inspección claramente especifica que fue efectuada con corte al*

30 de junio del 2.012, y el presente hecho fue una situación circunstancial generada por una corrida de depósitos y que fue debidamente aclarada a los técnicos y que no tuvo ninguna implicancia legal, ya que el saldo fue cubierto a primera hora de la mañana siguiente.

- *Manifiestan en su informe de inspección que nuestra entidad presenta saldos en diferentes bancos que ascienden al 55%, 40% y 28% de nuestro patrimonio neto, con lo cual supuestamente incumplimos con el Art. 79, inc. g) de la LBEF, normativa que dice textualmente* ***"Conceder créditos a una entidad del sistema financiero por mas del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto****", obviamente existe una errónea interpretación de la norma por parte de sus técnicos, ya que nuestra institución* ***no ha concedido créditos a ninguna institución o entidad del sistema financiero,*** *ya que el dinero con el cual se contaba en dichos bancos se encontraban en calidad de depósitos y aunque sea utilizada en forma análoga la citada normativa a los depósitos, la solución sería mantener dicho dinero en bóveda pero se incumpliría con la cobertura del seguro correspondiente.*

13 *En el 3.3 CARTERA, manifestamos las siguientes observaciones:*

- *Queremos manifestar enfáticamente que nuestra institución* ***si hace las previsiones*** *recomendadas en las diferentes visitas sin excepción alguna, en tal sentido sus técnicos no pueden manifestar como cierta tal situación cuando la realidad fáctica es totalmente diferente,*

- *En su informe establece que nuestra institución debe constituir una previsión específica por Bs. 527.118, pero no expone un detalle de los casos por los cuales se calcula la diferencia de previsión, toda vez que al establecer la constitución de una* ***previsión especifica,*** *debe ser clara y detallada de los mismos, ya que no podemos constituir previsión simplemente por constituirla sin justificación técnica alguna,*

- *Con relación a la instrucción de constituir previsión por las carpetas descritas en los puntos 2.3 y 2.8, por la suma de Bs. 1.861.402, cabe señalar que hemos efectuado las observaciones correspondientes justificando el porqué no deberíamos constituir tal previsión, en tal sentido la Autoridad debe dar una respuesta al respecto para proceder con dicha instructiva o ser desvirtuada mediante el presente recurso.*

- *Indicar que al solicitar la reclasificación de préstamos hipotecarios de vivienda en primer grado vigentes y préstamos de vivienda en primer grado reprogramados, que supuestamente registran con tipos de garantías y destinos distintos a construcción, refacción o adquisición de viviendas, se debe establecer claramente cuáles fueron los préstamos observados para proceder con dicha reclasificación y de acuerda a una revisión minuciosa y si corresponde, se procedería a reclasificar los mismos, ya que para realizar dicha operación debemos contar con la justificación correspondiente.*

14. En el punto 3.4:

- *Observan que nuestra institución no cuenta con una política de otorgación de anticipos al personal, observación que si bien es cierta, la misma no genera ningún tipo de riesgo en la recuperabilidad ya que la normativa laboral establece que los trabajadores consolidan sus beneficios al tercer mes de iniciado su trabajo y cada año se consolida la indemnización correspondiente, monto de dinero que en caso de existir problemas puede ser destinado a cubrir los anticipos efectuados, ya sea en negociación directa o vía judicial laboral. Así mismo cabe indicar que en este momento todos los anticipos se encuentran enmarcado en lo establecido en el manual de cuentas para bancos y entidades financieras, en tal sentido no es necesario la elaboración de una política de anticipos ya que nos enmarcamos en la norma. Con relación a los anticipos efectuados a los señores Javier Sandy Soliz, Rolando Barranco, Daniel Albitre y Carlos Parada, se debe indicar que los montos son ínfimos y no sobrepasan los 90 días de permanencia de los anticipos al personal establecido en el manual de cuentas.*

- *Observan que se entrega efectivo mediante abono en cuenta o en efectivo por varios conceptos, indicando que no contamos con un adecuado control con lo cual supuestamente se deteriora aún más la situación de la cooperativa, en tal sentido cabe señalar que nuestra institución ha efectuado la entrega del efectivo descritos en el informe contabilizándolos en Cuentas por Cobrar y no imputando directamente al gasto para realizar la recuperación correspondiente en el momento dado, toda vez que si imputamos al gasto, estos movimientos no serían sujetos a revisión y por ende a la recuperación de los mismos, de lo cual se concluye que lo único que buscamos es recuperar dichas cuentas en beneficio de nuestra institución y no se busca deteriorar nuestra situación.*

- *Observan que existen pagos correspondientes a la cancelación anticipada de intereses y que los mismos no han sido afectados a cuentas de resultados oportunamente, incrementando de esta manera el activo de la entidad, sobre la presente observación cabe señalar lo siguiente:*

  - *En primera instancia, que no existen intereses anticipados por concepto de cajas de ahorros como exponen sus técnicos en su detalle.*

  - *Con relación a los importes pagados anticipadamente por el aguinaldo Navideño e Incentivo Patrimonial, que no han sido afectados oportunamente, estos son devengados de manera mensual y cargados al gasto financiero respectivamente, indicando que al vencimiento final de cada depósito, éste interés anticipado es regularizado, interés que se encuentra garantizado con el mismo depósito a plazo.*

- *Manifiestan que nuestra institución debe previsionar en un 100% un monto de Bs. 5.470 al no existir un documento de exigibilidad con el Banco Unión por un débito realizado en exceso, al respecto se debe manifestar que el presente problema fue suscitado por un débito realizado erróneamente por parte del Banco Unión*

relativo a las operaciones diarias que se efectúa en los ATM (Cajeros Automáticos), pero que existe la relación contractual que regula las conciliaciones correspondientes, en tal sentido dicha diferencia fue subsanada con posterioridad por parte del Banco Unión S.A.

- *Observan que la entidad debe previsionar Bs. 155.036 por cuentas por cobrar que exceden el plazo de 330 días:*

  - *Por cobrar a cajeros móviles, indicando que el monto correspondiente a los cajeros móviles se está devolviendo mensualmente al existir un contrato de reconocimiento de deuda por parte de los mismos por la suma de Bs. 28.469.*

  - *Con relación a la retención bancaria por proceso laboral, se debe señalar que la misma fue clasificada en cuentas por cobrar debido a que el Banco realizo el débito por la retención y que a la fecha dicha retención ya fue liberada mediante la orden judicial correspondiente.*

  - *Es menester aclarar que no hubo una entrega de efectivo al ex cajero, la verdad fáctica de los hechos consistió en la comisión del delito de hurto por parte del ex cajero, con lo cual nuestra institución inicio la acción legal correspondiente y se procedió a efectuar un arreglo con la familia del ex funcionario quienes otorgaron una garantía real de un inmueble para el pago del dinero sustraído, en tal sentido la recuperación del mismo se encuentra debidamente respaldada.*

- *Observan que el monto de Bs. 81.860 sobre Créditos al Personal deben ser recuperados de acuerdo a los plazos pactados, en tal sentido cabe indicar que los créditos otorgados al personal se vienen cobrando de acuerdo al plazo pactado, adicionalmente se debe indicar que los préstamos otorgados al personal han sido colocados a una tasa del 20% anual con lo cual se genera intereses en beneficio de nuestra institución, por lo cual no corresponde la presente observación. En lo que respecta al préstamo otorgado al Gerente General, el mismo fue otorgado de manera excepcional por una urgencia de salud, pero a la fecha ha sido cancelado en su totalidad.*

15 *En el inciso 3.4 observan lo siguiente:*

- *Observan que la adquisición de bienes para la venta se encuentra prohibida a las entidades financieras por ser de objeto único de acuerdo con lo establecido en los Art. 1 y 70 de la LBEF, al respecto cabe señalar los siguientes aspectos legales:*

  - *En primera instancia se debe indicar que mediante Ley No. 3892 de fecha 18 de junio de 2.008, se establecieron algunas modificaciones a la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Dentro de las modificaciones más importantes y que nos interesan como institución tenemos que se incluyó a nuestro sector cooperativa dentro del ámbito de regulación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), así mismo se cambio nuestra denominación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Cerrada de*

Carácter Comunal a Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria y de la misma forma nos incluyó como una Entidad de Intermediación Financiera. De la citada ley se puede establecer claramente que si bien se nos incluyó al ámbito de supervisión de la Autoridad de supervisión del Sistema Financiero como una Entidad de Intermediación Financiera, en ninguna de sus partes se derogó o abrogó en parte ninguna normativa que nos regulaba y que nos sigue regulando en nuestra vida jurídica hasta la presente fecha, como ser la Ley General de Sociedades Cooperativas, Decreto Supremo 25703 y otros, en tal sentido nuestra institución se sigue basando en las precitadas normativas para su funcionamiento legal y operativo.

- *El Reglamento para las Cooperativas Societarias establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Circular SB/0588/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 y resolución SB No. 0198/2008 de la misma fecha, en su Capítulo III (REGLAMENTO PARA COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO), SECCIÓN 1, Art. 3 en su última parte establece claramente lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios."*** *De acuerdo a la modificación establecida al citado reglamente mediante Circular ASFI/038/2010 del 22 de febrero de 2010 y Resolución ASFI No. 157/2010, de la misma forma en su artículo 4 (Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de supervisión) establece lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley ,No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios."*** *De acuerdo a la última modificación establecida al citado reglamente mediante Circular ASFI/151/2012 del 20 de noviembre de 2012 y Resolución ASFI No. 631/2012, de la misma forma en su artículo 5 establece lo siguiente "Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley No. 3892 y la obtención de la licencia de funcionamiento,* ***La CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo No. 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios."***

- *Indicar que el Art. 4 inc. a) de nuestro Estatuto Orgánico establece dentro del los objetivos de nuestra institución* ***"promover el desarrollo económico*** *y* ***social de sus asociados",*** *de lo cual se infiere que al dotarles de un lugar donde vivir y mejorar su condición de vida promovemos el desarrollo social de nuestros socios. El inciso m) del art. 4 de la citada norma estatutaria, establece que la cooperativa tiene también por objeto crear y prestar nuevos servicios complementarios como ser el de* ***vivienda.*** *De lo expuesto*

se concluye, que de acuerdo a lo establecido por nuestro Estatuto Orgánico, nuestra institución financiera no está prohibida de efectuar compra de inmuebles para luego ser cedidos al crédito o al contado a nuestros socios, siempre buscando el bienestar social de los mismos.

- *La Ley General de Sociedades Cooperativas establecida mediante Decreto Ley 5035 de fecha 13 de septiembre de 1958, establece en su artículo 1, numeral 4), que el objetivo de la sociedad no es el lucro sino la* ***acción conjunta de los socios para su mejoramiento económico y social*** *y para extender los beneficios de la educación cooperativa y la asistencia social a toda la comunidad.*

- *El* ***Decreto Supremo 25703*** *del 14 de marzo de 2.000, establece claramente en su Art. 8 (****OPERACIONES DE LAS COOPERATIVAS COMUNALES)*** *inc. g)* ***Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad.*** *Así mismo el inc. k) del citado artículo y norma legal, establece lo siguiente "****Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro."***

- *Es en razón a los fundamentos legales expuesto que se determina claramente que nuestra institución cooperativa,* ***si se encuentra facultada para la adquisición de inmuebles*** *bajo los parámetros antes establecidos.*

- *Estipulan también en el presente punto que nuestra institución debe previsionar un importe de Bs. 1.488.948 por desvalorización del valor del bien incorporado, al respecto cabe señalar lo siguiente:*

  - *La normativa a la cual hacen referencia para constituir la previsión es el Art. 57 de la LBEF, la misma que dice lo siguiente: "Los bienes muebles o inmuebles que pasen a ser propiedad de una entidad de intermediación financiera,* ***como consecuencia de las acciones judiciales o extra judiciales que ejerza para obtener la recuperación de sus créditos,*** *deberán ser vendidos en el plazo de un (1) año, desde la fecha de adjudicación. A la fecha de adjudicación del bien, la entidad financiera deberá previsionar al menos el veinticinco por ciento (25%) del valor en libros de dicho bien…."*

    ".Se debe dejar claramente establecido que los bienes o el bien incorporado a nuestro activo, fue adquirido mediante compra directa, figura que de acuerdo a los argumentos legales expuestos anteriormente se encuentra permitido para las cooperativas societarias y al establecer explícitamente la normativa establecida en el Art. 57 de la LBEF que la previsión debe efectuarse para los bienes muebles e inmuebles que pasen a ser propiedad de la institución financiera ***como consecuencia de las acciones judiciales o extrajudiciales que ejerza para obtener la recuperación de sus créditos, en tal sentido la previsión para la compra de nuestros inmuebles no es aplicable, por lo cual su Autoridad debe dejar sin***

efecto la instrucción emitida en su informe, indicando además que de acuerdo a lo expuesto procederemos a la_liberación de la previsión constituida porque la misma no se encuentra enmarcada en la normativa legal vigente.

16. *En el punto 3.8 otros activos, los técnicos que efectuaron la inspección manifiestan que nuestra institución no da de baja la papelería utilizada durante el mes y sobrevaluamos de esta manera nuestro activo, lo cual se encuentra totalmente fuera de la verdad, ya que todos los meses se da baja a la papelería y se apropia al gasto, tal como se demuestra en nuestra información contable que sus técnicos no tuvieron el cuidado de revisar al momento de la inspección.*

17. *En el punto 3.9 Otras Cuentas por Pagar, indican que supuestamente nuestro sistema no constituye los cargos devengados de acuerdo al manual de cuentas, siendo que nuestro sistema sí constituye los cargos devengados y se encuentra parametrizado de acuerdo al MCBEF, indicando además que en el detalle expresado por sus técnicos en el presente punto establecen una diferencia, pero no se demuestra objetivamente la causa, motivo o justificación que origina la supuesta diferencia. Dentro del trabajo de inspección efectuado por sus técnicos se explicó de manera clara que no existía ninguna diferencia en el cálculo correspondiente, pero nuestros argumentos no fueron tomados en cuenta por los mismos. En tal sentido, su Autoridad por intermedio de sus técnicos debe ordenar que se determine con la debida justificación técnica la supuesta diferencia indicada en su informe.*

18. *….En el punto 3.10 Patrimonio*

- *En su párrafo tercero, manifiestan que nuestra institución al constituir Certificados de Aportación en Especie, incumplimos la normativa legal establecida en el Art. 22 de la LBEF, el mismo que expresamente dice lo siguiente: "Los aportes de capital sólo podrán hacerse en efectivo. Toda suscripción nueva de acciones de capital en una* ***entidad financiera bancaria*** *o de servicios financieros, deberá ser pagada dentro el plazo máximo de un año, computable a partir de la fecha del contrato de suscripción de acciones". Que el Art. 1 de la LBEFN establece en lo que respecta a las cooperativas societarias que son "Entidades de Intermediación Financiera,* ***no bancaria*** *constituida como sociedad cooperativa...". De lo expuesto se concluye que la normativa legal establecida en el Art. 22 de LBEF es aplicable para las* ***entidades financieras bancarias*** *y no así para las entidades financieras* ***no bancarias*** *como es nuestro caso. Adicionalmente la Ley General de Sociedades Cooperativas en su artículo 1 inc. 3) estable lo siguiente "Se establece un régimen en el que las* ***aportaciones individuales consistentes en certificados de aportaciones en efectivo, bienes,*** *derechos, trabajo, constituyen una propiedad común con funciones de servicio social o de utilidad pública". Que el Art. 75 inc. 2) de la Ley General de Sociedades Cooperativas establece lo siguiente con relación al Fondo Social "inc. 2)* ***Con el valor de inventario de los bienes muebles e inmuebles, aportados por los socios*** *y* ***por personas naturales o jurídicas*** *y* ***constituidos en propiedad***

cooperativa.". *Que el Art. 76 de la LGSC establece lo siguiente* ***"Las aportaciones podrán hacerse en*** *efectivo, bienes o capacidad de trabajo; estarán representadas por Certificados que serán nominativos, individuales, iguales e inalterables en su valor y sólo transferibles en las condiciones en que determinen el Reglamento de esta Ley y los Estatutos de cada sociedad cooperativa.", en tal sentido nuestra institución* ***no incumple la normativa legal vigente señalada con anterioridad, por lo tanto no corresponde la observación.***

- *Observan que el patrimonio de nuestra entidad presenta dentro de su composición saldos correspondientes a certificados de aportación voluntarios y remunerados, de la misma forma que los productos devengados por dicho concepto y que estos deben ser reclasificados a nuestro pasivo, al respecto se debe indicar que en el transcurso del proceso de adecuación a la norma por parte de nuestra entidad, el criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha si* ***ambiguo e inconsistente,*** *esto debido a que mediante carta ASFI/DSR IV/ R- 37158/2011 de 06 de abril de 2.011, se nos expresó que de acuerdo a el Título I, Capítulo III, Sección 2, Art. 3, Numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,* ***nuestra institución debía incluir en el Plan de Acción un Cronograma de Conversión y Reclasificación contable de los Certificados de Aportación de nuestros socios que tengan la condición de depósito,*** *pero posteriormente mediante carta ASFI/DSR IV / R-135232/2011 de 15 de diciembre de 2.011, la ASFI efectúa una serie de observaciones a la Proyección Financiera presentada por nuestra institución en el Plan de Acción, donde cambiando totalmente su criterio anterior, nos manifestaron lo siguiente* ***"Con relación al cronograma de conversión y reclasificación contable de los certificados de aportación de sus socios que tengan condición de depósitos, éste no podrá efectuarse, sin que antes la Cooperativa haya obtenido el Certificado de adecuación. Por lo tanto, dichos depósitos deberán mantenerse en el Patrimonio y los saldos registrados en el Pasivo deben ser reclasificados al Patrimonio",*** *empero en el informe que nos presentan con corte al* ***30 de junio del 2.012*** *nos indican nuevamente que dichas operaciones corresponden a Cuentas por Pagar, es decir que nuevamente tendríamos que reclasificar las mismas al pasivo de nuestra institución, pero bajo ninguna circunstancia debe ser considerado como materia observable, toda vez que tenemos la instrucción expresa de la ASFI de no realizar una reclasificación hasta contar con certificado de adecuación, en tal sentido* ***no corresponde la observación,*** *ya que la ASFI debe establecer un criterio claro y uniforme al respecto con fundamento técnico y legal. De acuerdo a lo manifestado y en aplicación a la determinación de nuestra Magna Asamblea General Extraordinaria Socios se estableció que el total de los certificados patrimoniales y de todos los ahorros bajo cualquier modalidad se conviertan o reclasifiquen al pasivo para su correspondiente devolución.*

19 *En el punto 3.11 observan lo siguiente:*

- *Manifiestan en el informe que nuestra institución ha registrado indebidamente la suma de Bs. 5.055, monto el cual debe ser revertido ya que hasta la fecha no han sido percibidos dada la situación de la Cooperativa San Luis Ltda., al respecto*

*debemos manifestar enfáticamente que el citado monto **no ha sido registrado indebidamente** toda vez que la apropiación de dicha cuenta fue realizada de manera correcta bajo el principio de contabilidad del **devengado** y en virtud a un contrato de administración de cartera, pero surgió una causal sobreviniente debido a la supuesta quiebra de la citada institución y por ende lo que corresponde es previsionar dicho monto, pero bajo ninguna circunstancia puede considerarse como un registro indebido.*

- *Observan que la Cuenta Analítica 54201101 "Ganancias por operaciones de cambio y Arbitraje" registra operaciones que han generado ganancias para la Cooperativa basados en la diferencia por tipo de cambio, en este sentido supuestamente nuestra entidad ha generado ingresos sin el correspondiente flujo de efectivo, por lo que deberíamos identificar todas las transacciones que hayan sido contabilizadas bajo esta mecánica y revertir los ingresos según corresponda. Al respecto se debe manifestar que si bien se genera este ingreso por la diferencia de cambio en el registro de compra de bienes y servicios, entre el total de la factura comercial y el importe pagado en moneda extranjera expresado al tipo de cambio contable, el efecto en resultados es nulo ya que estamos debitando el gasto con abono a la cuenta antes nombrada.*

20 *En el punto 3.12 observan que nuestra institución no ha reducido gastos administrativos y estructura, incurriendo en gastos que no generan beneficio y no responden a la crítica situación, al respecto se debe manifestar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta ASFI/DSR IV/R-109191- 2010 de fecha 19 de octubre de 2.010, nos autorizó a presentar un Plan de Estabilización Financiera, el mismo que fue presentado y modificado en reiteradas oportunidades ante observaciones de su organismo de regulación. En fecha 28 febrero del 2.012, nuestra entidad presentó un Plan de Acción corregido en base a las observaciones anteriormente planteadas, el mismo que establecía como supuestos principales la expansión de los servicios cooperativos, disminución del periodo de rotación de nuestra cartera de créditos, incremento sustancial de cartera colocada, incremento de operaciones de microcréditos, entre otros, para lo cual se definieron acciones específicas contenidas en un Plan Comercial ampliamente detallado. Estas acciones se implementaron en la gestión 2.012 y se suscribieron acuerdos tendientes a alcanzar los objetivos propuestos, además de la ejecución de acciones tendientes a este fin. Es posible advertir los logros alcanzados en el cuadro aquí detallado en cuanto a colocaciones mensuales y tipos de créditos a colocar, lo cual redundaría posteriormente en mayores ingresos financieros y una mayor rentabilidad de cartera. Para sostener este crecimiento proyectado, era necesario incurrir en gastos administrativos, a los cuales se hace referencia, los mismos que cuentan con su sustento correspondiente para las operaciones realizadas, por lo tanto no corresponde la utilización del término **"uso discrecional de recursos de la entidad"** toda vez que estos gastos fueron destinado a obtener un mayor ingreso para beneficio de nuestra cooperativa y no así para beneficio personal, tal como se demuestra en el siguiente cuadro donde se expresa la tendencia creciente a la proyección planteada en la colocación de préstamos.*

Desembolsos por mes (expresados en bolivianos)

Año	*Mes*	*Cantidad*	*Importe*	*Proyección Mes*	*% Cumplimiento*
2012	*4*	*26*	*1.367.691*	*2.438.730*	*56%*
2012	*5*	*70*	*1.939.342*	*2.438.730*	*80%*
2012	*6*	*147*	*3.568.004*	*2.438.730*	*146%*
2012	*7*	*136*	*3.602.062*	*2.438.730*	*148%*

Con relación al cuadro donde detallan algunas cuentas de gastos efectuados por nuestra institución, es menester expresar enfáticamente que existió direccionamiento malintencionado por parte de los técnicos de la ASFI, toda vez que exponen importes gastados de cada rubro con una sola glosa como concepto, que no corresponde al total de la exposición del gasto general, con lo cual pretenden hacer ver como gastos exorbitantes por parte de nuestra institución, como por ejemplo en el detalle Pasaje a Directores, Funcionarios, Fletes y Almacenamiento, establecen la suma en la gestión 2.011 de Bs 19.769 y en la gestión 2.012 la suma de Bs. 27.732 por el supuesto concepto de Flete Vagoneta Viaje al Municipio de Chapare, dando a entender maliciosamente como si la suma de ***Bs. 27.732*** *hubiera sido utilizada para ese único concepto o fin, omitiendo de forma temeraria detallar los demás conceptos contemplados en dicha partida.*

21. *En el punto 4.1.1 Asambleas Generales de Socios, observan los siguientes aspectos:*

- *No se ha realizado la Asamblea Extraordinaria de Socios con el propósito único de dar lectura inextensa al INFORME /ASFI/DSRIV/R-50555/2010 de fecha 21 de mayo de 2010, cabe indicar que la asamblea informativa instruida por la ASFI no fue efectuada toda vez que mediante carta ASFI/DSR IV/R-109191-2010 de fecha 19 de octubre de 2.010, nos autorizó a presentar un nuevo Plan de Acción, con lo cual de manera intrínseca se dejo sin efecto el informe antes citado, pero que por responsabilidad mediante Asamblea de fecha 23 de octubre se hizo conocer de tal situación a nuestra masa societaria donde se expuso las conclusiones del informe y la situación de la cooperativa mediante la lectura del balance auditado correspondiente de gestión, procediéndose* ***con*** *la elaboración o reformulación del precitado plan,* ***en tal sentido no corresponde la observación dado que la ASFI de manera intrínseca dejo sin efecto las instrucciones emanadas por dicho informe al autorizar la presentación de un nuevo plan de acción.***

22*. En el punto 4.1.2 observan los siguientes aspectos:*

- *Manifiestan que el señor Elvio Caballero Acosta incurre incompatibilidad señalada en el Art. 32 de la LBEF, al respecto es menester expresar que el artículo citado con anterioridad establece lo siguiente "No podrán ser directores o síndicos de* ***entidades financieras bancarias*** *las personas que incurran en las prohibiciones del artículo 10 de la presente ley, artículo 310 del Código de Comercio....", en tal sentido al ser nuestra cooperativa una* ***Entidad de Intermediación Financiera No Bancaria,*** *la normativa*

expresada al respecto no es aplicable en el presente caso, de lo que se concluye que ***no corresponde la observación.***

- *Así mismo expresan que el funcionario Javier Sandy Soliz mantiene deuda castigada indirecta, pero no establece alguna implicancia legal sobre la situación señalada,* ***en tal sentido sus técnicos deben ser más claro en sus observaciones.***

23*. En el punto 4.1.3 Funciones del Consejo de Administración:*

- *Observan que supuestamente el Consejo de Administración no ejerce las funciones que la Ley y sus Estatutos le imponen en su calidad de órgano directivo, al respecto se debe indicar que la observación efectuada es muy general, no contando con la debida justificación ni el sustento legal correspondiente, en este tipo de informes no es* ***ético*** *generalizar las observaciones ya que el mismo sería leído en una asamblea de nuestros socios y lo que lograrían sus técnicos con este tipo de observaciones malintencionadas es hacer creer a nuestra masa societaria que el Consejo de Administración incumple con todas sus funciones lo cual se encuentra totalmente fuera de la realidad fáctica de los hechos. Así mismo manifestar enfáticamente que nuestra institución no oculta información o expone datos falsos en la exposición de nuestra situación financiera, en tal sentido nuestra información proporcionada a nuestros socios es totalmente transparente ya que en todas las asambleas generales se leen los estados financieros debidamente auditados, los dos últimos auditados por una empresa auditora autorizada por la ASFI y en los mismos se ha expuesto las pérdidas acumuladas de todas las gestiones.* ***En tal sentido la Autoridad de Supervisión debió instruir a sus técnicos que efectúen un informe debidamente especificado.***

- *Manifiestan también incumplimiento a nuestro Estatuto por parte del Consejo de Administración con relación al plazo para enviar sus resoluciones al Consejo de Vigilancia, cuando claramente nuestro estatuto orgánico en su Art. 70 DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE inc. f), establece textualmente lo siguiente "Poner en conocimiento del Consejo de Vigilancia las disposiciones y acuerdos que haya tomado el Consejo de Administración, dentro del plazo de 5 días,* ***cuando estas disposiciones afecten los límites*** *y* ***requisitos establecidos por el presente estatuto.*** *Del análisis de la normativa estatutaria se establece claramente que el Consejo de Administración no tiene un plazo para enviar sus resoluciones y es más, no tiene la obligación de darlas a conocer, solo cuando éstas disposiciones afecten los límites y requisitos establecidos por el estatuto. En tal sentido* ***la observación no corresponde por no tener fundamento legal.***

24. *En el punto* ***4.1.4*** *Responsabilidades, manifiestan de manera* ***temeraria y malintencionada*** *que existe incumplimiento de las funciones, falta de una administración transparente por parte de ambos consejos y los ejecutivos, aspecto que genera responsabilidades tanto ante la sociedad cooperativa como ante terceros. Nos parece totalmente inadecuado e irresponsable lo manifestado por los técnicos ASFI en el presente punto, en primer lugar porque han efectuado un prejuzgamiento estableciendo responsabilidades sin haber realizado una auditoría*

que determine tal situación, además que nuevamente recaen en la falta de especificidad en nombres o actos concretos que puedan tal vez ser vistos como actos dolosos que determinen responsabilidades de los directores o ejecutivos de nuestra institución, siendo que el informe efectuado por sus técnicos tiene bastantes falencias, ambigüedades, falta de sustento y otros aspectos que debilitan el mismo. Creemos que la redacción de la presente observación debió ser efectuada de manera objetiva sin efectuar prejuzgamientos sin fundamentación, precautelando el ***principio de inocencia*** *reconocido por nuestra Constitución Política del Estado.*

25. *En el punto 4.1.5 Proceso Electoral, manifiestan que nuestra institución carece de un reglamento eleccionario para desarrollar un proceso transparente, a lo cual debemos indicar que si bien no se cuenta con un reglamento especifico, nuestra institución aplica nuestras normas estatutarias que establece los pasos a seguir en el proceso eleccionario.*

26. *En el punto 4.1.6 VALOR DE LOS CERTIFICADOS DE APORTACIÓN, se debe indicar que si bien es cierta la observación sobre la facultad del Consejo de Administración para fijar el valor de los certificados de aportación, debemos aclarar que no se ha adecuado nuestro estatuto debido a que el mismo es anterior a la normativa en actual vigencia y que de continuar con nuestras operaciones con posterioridad, se procedería a la modificación correspondiente.*

27. *En el punto 4.3 observan los siguientes aspectos refutables:*

- *Manifiestan que los contratos de préstamos no se hace referencia al número de instrumento mediante el cual los representantes ejercen el mandato, a lo cual cabe señalar que no es necesaria la inclusión del numero de instrumento del poder notarial de representación para que el contrato tenga validez legal, toda vez que nuestra institución cuenta con el mismo y cuando es requerido por alguna autoridad judicial o administrativa es debidamente presentado con las formalidades correspondientes, o Se debe manifestar que los contratos de crédito en su mayoría cuentan con la cláusula que hace referencia a la normativa que fija el cálculo del interés penal y además nuestro sistema se encuentra debidamente parametrizado en aplicación a la norma.*

- *Debemos manifestar que todos los contratos de préstamos de nuestra institución contienen las clausulas correspondientes donde se informa al prestatario sobre la tasa de interés según normativa vigente y no como lo manifiestan sus técnicos faltando totalmente a la verdad, existiendo tal vez algunos contratos que por error no consignan lo manifestado.*

28. *Punto 4.5 Procesos Ajenos a la Recuperación de Cartera, cabe manifestar que mediante Informe Jurídico No. 63/2.012 de fecha 13 de agosto del 2.012 se informó sobre el avance de los proceso seguidos en contra de los ex funcionarios y en el mismo se demuestra claramente los avances de cada uno de los procesos y el estado actual a la fecha de presentación, en tal sentido sus técnicos al expresar la*

presente observación están faltando a la verdad objetiva.

29. *Punto 4.6 Otras Observaciones, se debe indicar que si bien dentro de la cartera castigada existen casos con embargo de bienes, los informen detallan claramente el porqué no se ha procedido con el remate de los bienes y la razón específica es que los bienes inmuebles (terrenos rústicos) no han sido ubicados físicamente, habiendo recurrido a las instancias administrativas y municipales para lograr la ubicación correspondiente pero vanos han sido los esfuerzos al respecto. Así mismo y de forma reiterativa, recaen en la falta de especificidad en sus observaciones, toda vez que no hacen referencia a los casos de manera detallada para que nuestra institución pueda efectuar un correcto análisis y fundamentación de nuestra observación.*

30. *En el punto 7.1 Consejo de Vigilancia, cabe indicar que se ha informado a los socios de la Cooperativa durante las asambleas informativas de fecha 23 de octubre del 2010 y 24 de diciembre de 2011, en la cual se expusieron las conclusiones del informe y la situación de la cooperativa mediante la lectura de los correspondientes balances auditados de gestión.*

31. *En el punto 7.2 Auditoría interna.*

- *Se debe indicar que con el fin de que las observaciones realizadas por Auditoría Interna sean atendidas oportunamente por la Gerencia General, fue autorizado por el Consejo de Vigilancia que dichos informes sean dirigidos a la Gerencia General con copia al Consejo de Vigilancia, situación que fue puesta en conocimiento de los técnicos de ASFI en el momento de la inspección correspondiente. Posterior a ello dicha proceder fue modificada y los informes de Auditoría Interna se presentan directamente al Consejo de Vigilancia en cumplimiento a la normativa correspondiente.*

- *Si bien no se cuenta con los títulos de los procedimientos y técnicas empleados, evaluación e impacto en la elaboración de los informes de auditoría los mismos se encuentran desarrollados al detalle en cada uno de los informes realizados por la auditora interna.*

- *En cuanto a la presentación de informes trimestrales cabe indicar que en el mes de agosto se subsano dicha situación con la presentación del informe correspondiente y posterior a ello, se han presentado con la periodicidad establecida.*

Unidad de Riesgo

- *Manifiestan que la Dra. Paula Bejarano cumple dos funciones simultáneamente, funciones que fueron asignadas por ser necesaria la implementación de la unidad de riesgo crediticio y con el fin de no incrementar el gasto administrativo, indicando además de que ambas*

funciones no pueden ser consideradas bajo ninguna circunstancia como incompatibles.

- *En cuanto a la observación del perfil profesional que tiene la encargada de riesgo crediticio, debemos indicar que la misma cuenta con la experiencia suficiente en el tema de otorgamiento de créditos y normativa establecida por la superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, toda vez que la misma ha desempeñado funciones de Asesora Legal en la IFD FUNBODEM.*

- *En cuanto al supuesto incumplimiento del numeral 1.1 del Manual de procedimiento de riesgo crediticio debemos informar que a partir de la designación de la funcionaria, las carpetas de crédito cuentan con el respectivo informe de riesgo en el cual se establecen las observaciones a ser subsanadas previo a la consideración por parte del Comité de Créditos, por lo que la observación realizada por la ASFI en cuanto a que **"la Entidad no ha coberturado al menos en un 100% las previsiones específicas para su cartera de crédito",** es ambigua y no se puede determinar con claridad el fin de la observación, en tal sentido la Autoridad debió instruir a sus técnicos se proceda a una aclaración sobre la observación realizada.*

32. SEGUIMIENTO AL INFORME ANTERIOR

- *Expresan que nuestra institución no ha efectuado acciones para subsanar las observaciones determinadas en el informe **ASFI/DSRIV/R-50555/2010** de fecha 21 de mayo del 2010, indicando al respecto que como en todo su informe recaen en la generalidad y no clarifican ni especifican que aspectos hemos cumplido y cuáles no, sin contar que en su detalle expresado en su cuadro hablan que **hemos subsanado un 41%** y **parcialmente subsanadas un 18%,** lo que con lleva a un cumplimiento del **59%,** quedando **supuestamente** sin subsanar un **41%,** pero como lo manifestamos no conocemos a que observaciones se refieren y si las mismas se encuentran subsanadas, porque los técnicos **ASFI** no tienen la verdad absoluta de las cosas y tenemos el derecho de revisarlas y si corresponde refutarlas.*

- *Así mismo expresan que supuestamente no hemos implementado todas las acciones correctivas del Plan de Acción, indicando además que tenemos un bajo nivel de avance, en tal sentido manifestamos nuevamente la falta de **especificidad** en el informe de sus técnicos, además de una marcada mal intención o direccionamiento del mismo, ya que en el mismo cuadro expresan que **hemos subsanado 51%, parcialmente subsanadas 33%,** lo que conlleva a un **cumplimiento del 84%** y sin revisar nuestra institución los datos que no han sido expuestos por sus técnicos.*

- *Queremos dejar claramente establecido que manifestamos que los técnicos no especifican las observaciones, porque en el detalle establecido en los requisitos operativos nombran algunas e insertan otras que surgieron de la última inspección, cuando el seguimiento es al informe del año 2.010, lo cual*

demuestra una total falta de objetividad y direccionamiento por parte de dichos técnicos.

33. *En el inciso* ***V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES,*** *manifestamos lo siguiente:*

- *Con relación a lo expresado por sus técnicos relativo a la relación de Pérdidas Acumuladas sobre Capital Primario es de 111.77% y el Coeficiente de adecuación Patrimonial es negativo, es menester indicarle que de acuerdo a nuestras observaciones técnicas y legales, la relación de pérdida y el CAP, tendría una variación considerable, la misma que previamente debe ser ajustada para demostrar la realidad fáctica de nuestros estados financieros, o Con relación al segundo punto de las conclusiones y recomendaciones del informe ASFI, se debe indicar nuevamente que el referido informe de los técnicos se ha efectuado de manera malintencionada y con poca objetividad, toda vez que nuestra cooperativa ha venido cumpliendo con casi todas las instrucciones emitidas y no ha habido reticencia a las mismas.*

- *Con relación a nuestras proyecciones cabe manifestar que a pesar de que la ASFI no se pronuncio sobre las mismas, nuestra institución trato de dar cumplimiento a las mismas sin haber sido aprobadas u observadas, buscando siempre la mayor rentabilidad o beneficio para nuestra cooperativa.*

- *Así mismo, mal pueden manifestar inobservancia de las funciones y atribuciones de los Consejeros y Ejecutivos sin entrar en la especificidad de cada una de las personas que son atañidas con lo expresado, peor aún manifestar de forma temeraria falta de transparencia y confiabilidad en la información, toda vez que la información brindada por nuestra institución se encuentra enmarcada de acuerdo a lo establecido por la normativa para cooperativas societarias en proceso de adecuación, dada las lagunas legales que han existido en el transcurso de este proceso y que la ASFI ha tratado de ir subsanando con las correspondientes modificaciones a la norma.*

- *Con relación al tema específico del desembolso de operaciones, ya hemos manifestado claramente que al margen de que los supuestos créditos vinculados, son ínfimos en números de casos y montos, además no ha existido salida de efectivo al ser venta de lotes a créditos con reserva de propiedad y que su recuperabilidad está debidamente garantizada. Con relación a la deficiencia en la tecnología crediticia, la misma es perfectible en el transcurso del tiempo a corto plazo, pero también se debe tomar en cuenta que somos una institución pequeña de una población cercana a Santa Cruz y que existen otros aspectos que inciden en dicha deficiencia al ser una cooperativa de pueblo que no puede ser medida como otras instituciones.*

- *De igual manera en el tema de reajuste y reclasificación, se debe indicar que de acuerdo a nuestras observaciones técnicas y legales debidamente fundamentadas, consideramos de manera certera que tendrán una variación en beneficio de nuestra institución, las mismas que previamente deberán ser*

modificadas por la ASFI para su posterior aplicabilidad por parte de nuestra institución.

- *De la misma manera, los técnicos ASFI mal pueden manifestar poca predisposición de los consejeros y ejecutivos en el cumplimiento del plan de acción e instrucciones emitidas por la ASFI, cuando hemos aplicado todos los ajustes sugeridos por su entidad supervisora, afectando de gran manera nuestro patrimonio y nuestros estados de resultados, en tal sentido rechazamos plenamente lo manifestado por los técnicos ASFI respecto a la presente conclusión.*

RESOLUCIÓN OBJETO DEL PRESENTE RECURSO ASFI 578/2013 DEL 09 DE SEPTIEMBRE DEL 2.013

De manera específica y clara, efectuamos nuestras observaciones conforme a derecho y procedimiento administrativo sobre la citada resolución administrativa confirmatoria que vulnera nuestros derechos como institución y de nuestra masa societaria, indicando que con el fin de no ser reiterativos, solo expresaremos los fundamentos que no fueron expresados con relación al informe de inspección los mismos que ratificamos en lo que corresponda a la presente resolución, en tal sentido exponemos lo siguientes:

1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la citada Resolución 578/2013, expresa que "los informes como tal, constituyen documentos de uso interno de una entidad pública dirigido a la máxima autoridad administrativa para que ella, en uso de sus facultades declarativas, dispositivas o decisoria sobres temas de su competencia, tome la decisión de considerarlas a tiempo de disponer la resolución de corresponda..." y en virtud a dicho fundamento nuestra institución no podría objetar o impugnar dicho informe. Es menester expresar enfáticamente que los informes emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero si constituyen actos administrativos operativos de menor jerarquía propios de la administración pública ya que estos establecen* ***declaraciones de la administración pública que son o no considerados para dictar una resolución administrativa*** *tal como lo establece el Art. 27 de la* ***Ley No. 2341.*** *Que los informes emitidos por la ASFI constituyen además la constancia formal de las inspecciones efectuadas por dicho ente a las instituciones en proceso de adecuación o que se encuentran reguladas, inspecciones que constituyen actos administrativos de menor relevancia que son consignados en informes tal como lo establece el Art. 31 del Decreto Supremo No. 27175 en su parágrafo segundo que a la letra expresa lo siguiente "II. A tiempo de señalarse lugar, fecha y hora de realización de la inspección las Superintendencias identificarán los aspectos que deberá ser establecidos en dicho acto o que serán motivo de informe" de lo cual se infiere que la inspección efectuada a nuestra institución constituye un acto administrativo declarativo que se expresa o que consta en un informe de inspección, el mismo que debe ser de conocimiento formal de la institución administrada con fines de observación o cumplimiento de recomendaciones establecidas*

en el mismo. Si interpretamos como mal lo efectúa la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera que los informes son documentos internos y que no constituyen actos administrativos al no tener la característica de ser definitivos, nos encontraríamos con que las recomendaciones emitidas in situ y en los informes emitidos por los técnicos productos de las inspecciones realizadas tanto para nuestra institución y para todo el sistema regulado en general, ***no es de cumplimiento obligatorio*** *en tanto y en cuanto no se emita una resolución administrativa debidamente fundamentada por la Autoridad, cuando claramente el Art. 27 de la Ley 2341 establece que "Se considera acto administrativo,* ***toda declaración,*** *disposición o decisión de la Administración Pública", motivo por el cual nuestra institución impugnó expresamente el informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2.012 y las Resoluciones Administrativas que tenían como base dicho informe.*

2. *En la página 39 inc. H. de la presente resolución objeto de impugnación, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero expresa que las actas legalizadas adjuntas constituyen hechos posteriores a la inspección con corte al 30 de junio de 2012 pero que si son considerados en la presente resolución, acta en las cuales se establece que nuestra institución a pesar de los recursos planteados ya ha dado cumplimiento a la instrucción de convocar a una asamblea extraordinaria para dar lectura al citado informe ASFI, además que en una asamblea posterior y que también fue adjuntada a nuestro legajo de pruebas, establece claramente la voluntad de nuestra masa societaria de aplica una SALIDA ORDENADA DEL SISTEMA con la finalidad de proceder a la devolución de los ahorros de nuestros socios, con lo cual se ha dado cumplimiento a las instrucciones emanada por parte de la ASFI y que cumplen con el principio de eficacia establecido por el Art. 4 en su inciso j) de la Ley No. 2431, toda vez que la voluntad de nuestra institución no es incumplir con la instrucción antes citada, si no desvirtuar un informe por demás de malintencionada y con total direccionamiento.*

3. *En las Páginas 39 y 40 de la resolución impugnada, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero reconoce expresamente que nuestra institución desvirtúa algunos aspectos contenidos en la Resolución 350/2013 sin mencionar que los aspectos que no fueron expuestos en ésta última resolución claramente no fueron expresados al no corresponder conforme a derecho ocultando gran parte del informe malintencionado emitido por los técnicos de la ASFI, en tal sentido la citada autoridad debió proceder conforme a procedimiento y de acuerdo a sus mismos fundamentos revocar parcialmente la resolución, pero en total desapego a la normativa administrativa ratifica en todas sus partes la resolución impugnada mediante recurso de revocatoria.*

4. *En la página 41 de la Resolución 578/2013 utiliza como fundamento legal base para dicha resolución la normativa establecida en el numeral 1), artículo 3, Sección 4, del Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias sin licencia de funcionamiento, inmerso en el Capítulo VI, Título IV, Libro I° de la*

Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la misma que claramente en el título de la Sección 4 ***INTERVENCIÓN PARA EL PROCESO DE QUIEBRA,*** *es decir que en la citada normativa establece todo el procedimiento cuando se trata de una intervención incluyendo dentro de dicho procedimiento el hecho de que debe emitirse una resolución administrativa de intervención y otros aspectos relativos a la intervención y que* ***no es aplicable al presente caso que es producto de otro acto administrativo,*** *en tal sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha efectuado una errónea aplicación de la normativa legal para mal fundamentar su resolución confirmatoria.*

FALTA DE COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

Adicionalmente a nuestro extenso fundamento expuesto, se debe dejar claramente establecido que nuestra Cooperativa, es una entidad que se encuentra actualmente en proceso de adecuación Fase III y que no cuenta con la correspondiente Licencia de Funcionamiento emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y al estar en proceso de adecuación las normas establecidas por La Ley de Bancos y Entidades Financieras y la correspondiente recopilación, ***NO ES APLICABLE*** *a nuestra institución y a ninguna cooperativa que se encuentre en las mismas circunstancia, careciendo su Digna Autoridad de Competencia, esto en razón a los argumentos expuestos en el presente recurso.*

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias como es nuestro caso, si bien fueron incluidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo a normativa reglamentaria al respecto, existe como requisito ***sine qua non*** *que es la obtención de la* ***licencia de funcionamiento*** *para que dicha normativa sea aplicable a nuestra institución, tal como se establece el Art. 3 del* ***REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO*** *de la Recopilación de Normas, el mismo que expresa en su definiciones lo siguiente; "Cooperativa de ahorro y crédito societaria en proceso de adecuación: Sociedad cooperativa de objeto único, en proceso de adecuación para ser considerada entidad de intermediación financiera no bancaria y sujeta al ámbito de aplicación de la LBEF,* ***a partir de la obtención de la licencia de funcionamiento.".*** *Ratificando lo expresado y para dar otro ejemplo preciso, en la* ***Resolución ASFI 426/2012*** *de fecha 29 de agosto del 2.012, resolución que aprueba el Reglamento para la Intervención, Disolución, Liquidación, Clausura y Cierre de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no hayan obtenido la licencia de funcionamiento, en una de sus partes consideratives como fundamento legal para aprobar dicho reglamento, establece textualmente lo siguiente:* ***"Que, al no ser aplicable a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no cuenten con licencia de funcionamiento, los alcances de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)....".***

Así mismo y reafirmando la fundamentación legal de la ***falta de competencia*** *de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el Art. 14 del Decreto Supremo No. 27175 en su parágrafo I (SUJETOS REGULADOS), establece claramente lo siguiente, " Se consideran operadores financieros y se constituyen en los sujetos regulados del*

SIREFI, las personas jurídicas que actúan en los mercados financieros ofertando o intermediando servicios de carácter financiero, constituidas en el tipo societario que según su actividad, establecen las respectivas normas sectoriales y que, habiendo cumplido los requisitos para su habilitación legal, ***cuenten con autorización de funcionamiento otorgada por la Superintendencia sectorial correspondiente.".*** *Se debe indicar adicionalmente que de conformidad a lo establecido por el Art. 28 inc. a) de la Ley No. 2341, determina como uno de los elemento esenciales del acto administrativo para que el mismo tenga validez, el de la* ***Competencia,*** *es decir que el acto administrativo* ***debe necesariamente ser dictado por autoridad competente,*** *lo cual claramente no ocurre en el presente caso y en el caso de las cooperativas societarias en general que no cuentan con licencia de funcionamiento y que se encuentran en proceso de adecuación.*

Que, al no ser aplicable para nuestra institución la Ley de Bancos y Entidades Financieras y al haberse abrogado la normativa que regula nuestro accionar jurídico, vale decir, la Ley General de Sociedades Cooperativas y sus Decretos Reglamentarios, por la nueva Ley, se debe indicar que el Art. 71 y 72 de la precitada nueva Ley de Cooperativas establece en su *"ARTICULO 71. (DISOLUCIÓN). Son causales de disolución las siguientes: 1. Por voluntad de las dos terceras partes de sus asociadas y asociados, expresada en Asamblea General Extraordinaria. 8. Por incumplimiento de los principios y valores del cooperativismo* ***a ser determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP". Todos los casos del presente artículo estarán sujetos al decreto supremo reglamentario de la presente ley*** *y su "ARTICULO 72. (LIQUIDACION) I. En los casos expresados en el artículo precedente, se procederá a la liquidación de la cooperativa. Para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP, deberá organizar la Comisión Liquidadora que estará integrada por un representante de la citada entidad y un representante nombrado por la Asamblea General Extraordinaria. 11. La liquidación se efectuará de acuerdo a esta ley, su decreto supremo reglamentario y el estatuto orgánico, así como la legislación aplicable en los diferentes sectores regulados. " Que, los Art. 71 y 72 del mismo cuerpo legal, establecen claramente que la* ***Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas-AFCOOP es la institución encargada de revocar la autorización legal para que funcione una sociedad cooperativa.***

<u>CONCLUSIONES</u>

En razón a todo lo manifestado con anterioridad, nuestra institución efectúa las siguientes conclusiones:

1. En el desarrollo de nuestra exposición de argumentos técnicos y legales del presente Recurso Jerárquico, hemos demostrado que el informe realizado por los técnicos de la ASFI presenta muchas deficiencias técnicas, objetivas y legales, entre ellas tenemos que dicho informe es demasiado genérico, lo que conlleva a una falta de especificidad en casi todos los aspectos expuestos, efectúan observaciones sin implicancias legales, técnicas o sin efectos secundarios, distorsionan información o no expresan la misma de manera objetiva, es inconsistente en muchos aspectos, denota demasiadas ambigüedades, careciendo de fundamentos en muchas de sus

observaciones, ***lo cual determina claramente que el informe de sus técnicos se encuentra TOTALMENTE DIRECCIONADO, MALINTENCIONADO, AMBIGUO E IRRESPONSABLE.***

2. Adicionalmente los técnicos ASFI efectúan cuestiones de exposición que no tiene afectación alguna en la previsión, en los resultados, en el control interno o en la legalidad, observaciones que creemos que fueron realizadas con la simple finalidad de indisponer a nuestra masa societaria en contra de los consejeros y ejecutivos de nuestra institución cooperativa, actitud que demuestra la ***mala fe*** *y* ***poca objetividad*** *de los técnicos en la elaboración del informe, indicando que es obligación de los mismos ser responsables en la exposición del informe, el mismo que bajo ninguna circunstancia de ser efectuado con un direccionamiento malintencionado, lo cual conllevaría a una responsabilidad administrativa.*

3. Se debe dejar claramente establecido que nuestra institución aplicó sin ninguna observación o reticencia, todos los ajustes sugeridos de la primera inspección realizada por el ente regulador, lo cual genero un grave detrimento en nuestra situación patrimonial y nuestros estados de resultados, pero que fueron aplicados siempre con la finalidad de adecuamos a la norma y lograr la correspondiente licencia de funcionamiento, lo que siempre demostró nuestra total predisposición en la aplicación de sus instrucciones.

4. De los antecedentes expuestos, se demuestra claramente el excesivo retraso e ineficacia del presente proceso administrativo, toda vez que el informe que da inicio al presente data de fecha ***23 de agosto de 2012,*** *que fue remitido por su Autoridad a nuestra institución mediante carta fechada de* ***10 de diciembre de 2012*** *y notificado en fecha* ***18 de diciembre de 2012,*** *es decir que el informe de inspección fue entregado a nuestra cooperativa después de casi* ***4 meses*** *de haber sido emitido desconociendo el motivo del extraño retraso en la entrega del mismo que pudo ser de mayor utilidad y beneficio para nuestros socios si hubiere sido entregado de manera oportuna. En virtud a nuestra institución consideró que los actos administrativos no se encontraban enmarcados en la normativa legal vigente, motivó a que mediante Carta* ***G.G. 02/2013 de fecha 03 de enero del 2.013*** *solicitemos a la Autoridad de Supervisión que consigne dicho acto en una Resolución debidamente* ***fundada*** *y* ***motivada,*** *toda vez que se trataba de un acto administrativo de vital importancia para cualquier institución, ya que el mismo instruía convocar a una asamblea de socios para considerar la disolución voluntaria, instrucción que no puede ser considerada como un acto de escaza relevancia o importancia y que fue comunicada mediante una simple carta. En virtud a dicha solicitud, la Autoridad elevó la citada carta a rango de Acto Administrativo mediante* ***Resolución ASFI 052/2013 de fecha 25 de enero del 2.013*** *resolución que fue notificada a nuestra institución en fecha* ***31 de enero del 2.013****.Posteriormente y una vez notificados con la Resolución ASFI 052/2013, conforme a procedimiento administrativo, nuestra institución interpuso Recurso de Revocatoria mediante memorial recepcionado en fecha* ***15 de febrero del 2.013. Un mes después,*** *la Autoridad de Supervisión mediante* ***Resolución ASFI No. 139/2013 de fecha 15 de marzo del 2.013*** *notificada a nuestra institución en fecha* ***22 de marzo del 2.013,*** *dispuso la* ***"ANULACIÓN del proceso***

administrativo hasta el VICIO MAS ANTIGUO, es decir hasta la CARTA ASFI/DSR IV/R-162258/2012 de 10 de diciembre de 2012" *instruyendo la emisión de una nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada ya que la anterior carecía de tales aspectos. Así mismo y supuestamente dando cumplimiento a la Resolución ASFI 139/2013, la Autoridad de Supervisión* ***DESPUES DE CASI 3 MESES,*** *emite la* ***Resolución ASFI No. 350/2.013*** *de fecha* ***14 de junio del 2.013*** *notificada en fecha* ***20 de junio del 2.013,*** *en la cual Resuelve totalmente a destiempo y después de que hemos cumplido con lo resuelto, que nuestra institución convoque nuevamente a una Asamblea General Extraordinaria para dar lectura en detalle a la presente resolución y se considere la disolución voluntaria de nuestra institución. Adicionalmente en la misma fecha de emisión y notificación que la Resolución ASFI No. 350/2.013, se nos notifica la* ***Resolución Administrativa ASFI No. 351/2.013 de fecha 14 de junio del 2013*** *en la cual se nos instruye* ***EN FORMA TOTALMENTE CONTRADICTORIA*** *a la resolución anterior, que se proceda a la devolución ordenada de los depósitos captados, fortalecer los procedimientos de cobranza y textualmente lo siguiente "Remitir mensualmente informes detallados de la Unidad de Auditoría Interna y el Consejo de Vigilancia, describiendo las operaciones realizadas y el impacto en el* ***proceso de salida ordenada",*** *de lo expuesto nos encontramos con que* ***en una Resolución Administrativa nos instruyen a convocar a una asamblea general extraordinaria de socios para considerar la disolución voluntaria*** *y* ***en otra resolución notificada el mismo día, de forma incongruente, se nos instruye tomar medidas o cumplir medidas tendientes a cumplir con el proceso de Salida Ordenada ya decidido por nuestra Asamblea General Extraordinaria de Socios,*** *la misma que es de conocimiento de la ASFI y que se encuentra actualmente en aplicación. La Autoridad de supervisión al emitir la primera resolución, es decir la Resolución Administrativa No. 350/2013, no ha tomado en cuenta los hechos posteriores a la misma, pero contradictoriamente en la Resolución Administrativa 351/2013, prácticamente nos instruye que continuemos con la Salida Ordenada Sin Disolución,* ***creando una ambigüedad o vació en el accionar futuro de nuestra institución.***

5. Por último y continuando con el irregular proceder por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la Resolución ASFI 578/2013 ratifica totalmente en todas sus partes la resolución 350/2.013 la misma que se basa en un informe totalmente malintencionado carente de fundamentos técnicos y por sobre todo carente de fundamentos legales, además de la ***FALTA DE COMPETENCIA*** *expuesta con anterioridad.*

<u>PETITORIO</u>

Es en razón a lo expuesto, considerando los fundamentos técnicos y jurídicos expuestos, es que de conformidad a lo establecido por los artículos ***52 y siguientes*** *del* ***Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2.003, REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA****, en concordancia con lo establecido por la* ***LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO No. 2341 de fecha 23 de abril del 2.002****, planteamos* ***<u>RECURSO JERARQUICO</u>*** *en contra de* ***el Informe ASFI / DSR IV / R- 104090 / 2012 del 23 de agosto de 2.012 Inspección de Seguimiento con Corte al 30 de Junio de 2.012 y Resolución Administrativa ASFI No. 350/2013 de fecha 14 de junio de 2013 y Resolución***

Administrativa ASFI No. 578/2013 de fecha 09 de septiembre de 2013, *solicitando la* ***REVOCATORIA TOTAL de los actos administrativos impugnados,*** *en tal sentido su Digna Autoridad debe hacer respetar las determinaciones efectuadas por nuestras Asambleas Generales Extraordinarias de Socios de fecha 26 de enero del 2.013 y 09 de febrero del mismo año, es decir que nuestra institución ya decidió efectuar una* ***SALIDA ORDENADA SIN DISOLUCIÓN de*** *acuerdo a recomendación de los Técnicos ASFI, en reunión sostenida en fecha 23 de enero de 2013 .*

OTROSÍ 1°.- *Es totalmente necesario manifestar nuestro malestar por los constantes errores, que hemos sufrido como institución por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), pero queremos hacer énfasis en un aspecto que consideramos trascendental o relevante en todo este proceso administrativo, en tal sentido pasamos a exponer el mismo:*

- *En primera instancia queremos indicar que cuando la Autoridad de Supervisión nos notificó mediante carta en fecha 18 de diciembre del 2012 con el informe ASFI/DSR IV/R104090/2012 de fecha 23 de agosto del 2.012, nuestra institución a pesar de utilizar el recurso de revocatoria y con el fin de dar cumplimiento a las instrucciones emanadas con una simple carta, procedimos a convocar a la Asamblea General Extraordinaria de Socios para dar lectura al citado informe y poner a consideración de la Asamblea la Disolución Voluntaria de nuestra entidad. Posteriormente y tres días antes de realizar nuestra Asamblea de Socios, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero nos convocó a una reunión de emergencia efectuada el día miércoles 23 de enero del 2013 en las oficinas de la ASFI de la ciudad de Santa Cruz, reunión en la cual los técnicos de la ASFI, Lic. Donoso, que entonces fungía como Director General Técnico de la ASFI y el Lic. Céspedes, Director de Riesgos IV, último éste que indicaba lo siguiente[44]... tenemos tres opciones para la cooperativa y vamos a ir analizando cada una: transferencia de activos y pasivos, la segunda opción sería una disolución voluntaria y* ***la tercera, que le estamos viniendo a plantear acá, es un plan de salida ordenada sin disolución.*** *Veamos cada una de qué se trata para que ustedes también lo analicen...". Posteriormente, el Lic. Donoso, puntualizó que "...esa es la finalidad a corto plazo.* ***Creemos que si la entidad entra en un proceso tan restrictivo, más bien al segundo año deberían tener la posibilidad de hacer un poco de intermediación entre sus socios, volver a tener la confianza, volver a hacer crecer la cartera y manteniendo niveles más o menos estables de rendimientos..."*** *para agregar posteriormente* ***"...La intención del plan no es llegar a una liquidación voluntaria.*** *No estamos yendo tanto a eso,* ***no queremos que dejen de existir,*** *este más bien es un plan real, un plan verídico, o sea, no es un plan con proyecciones, porque no queremos proyecciones... Es un plan que tiene que ser tomado en cuenta ya, aplicado ya y además con controles correspondientes..." y culminar indicando que* ***es una alternativa muy parecida a la liquidación, pero con la cooperativa todavía funcionando y ante todo las responsabilidades intactas. Todavía sigo adelante en un entendido de reducción pero con generación. Esa es la diferencia...".*** *En virtud a lo manifestado en la precitada reunión, nos cambió totalmente el esquema en el cual se había trabajado para la asamblea, ya que supuestamente se nos daba*

una oportunidad en lo posterior para seguir funcionando como cooperativa, en tal sentido nuestro personal trabajo para elaborar un plan de emergencia para adoptar las medidas sugeridas por los técnicos y plantear a la Asamblea una ***Salida Ordenada SIN DISOLUCIÓN,*** *pero el día de la Asamblea sábado 26 de enero, extrañamente y desconociendo los motivos de su accionar, la Autoridad de Supervisión emite un comunicado* ***público*** *en el Periódico de Circulación Nacional EL DEBER (Publicación acompañada al presente recurso con la correspondiente certificación de autenticidad en su parte posterior), sin tomar en cuenta que somos una Cooperativa de Socios y por ende la información de nuestra institución* ***sólo puede ser brindada a los mismos y no a la opinión pública en general,*** *ya que dicha información se encuentra protegida por los artículos 86 y siguientes de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (SECRETO BANCARIO), específicamente el Art. 89 del citado cuerpo legal establece textualmente lo siguiente "El Superintendente y los empleados de la Superintendencia, aún después de cesar en sus funciones,* ***están prohibidos de dar a conocer información relacionada con los documentos, informes u operaciones de las instituciones financieras*** *o de personas relacionadas con el sistema financiero.* ***El funcionario o empleado que infrinja esta prohibición, será destituido del cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civil o penal que correspondan."*** *De lo expuesto se evidencia con claridad que la Autoridad de supervisión, ha incumplido el presente artículo, habiendo causado daño incalculable a nuestra institución y por ende a nuestra masa societaria, en tal sentido haremos cumplir la normativa legal vigente al efecto, solo con el fin de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) respete las decisiones asumidas por nuestra Asamblea General Extraordinaria de Socios de continuar con una SALIDA ORDENADA DEL SISTEMA SIN DISOLUCIÓN, debiendo su persona como Autoridad AD QUEM ordenar el inicio del proceso sumario interno para proceder conforme a derecho…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

A los fines de la "*incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión*" dispuesta por la Ley N° Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, conforme lo señala el memorial de Recurso Jerárquico, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó una inspección en agosto de la gestión 2012, de cuyo efecto se proceden observaciones que en definitiva, y no obstante los intentos de la ahora recurrente por

salvarlos a satisfacción del Ente Regulador, van a dar lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013, por la que se instruye a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.,** convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios para poner en su consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa y, además, suspender toda captación de recursos de sus socios y proceder a la devolución ordenada de los depósitos captados bajo modalidades distintas a Certificados de Aportación.

Por memorial de 19 de julio de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA**. presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº 578/2013 de 9 de septiembre de 2013, que confirma la anterior; y mediante memorial presentado en fecha 1 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 578/2013 de 9 de septiembre de 2013, mismo que se pasa a resolver y analizar a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Inicialmente corresponde revisar la normativa pertinente al presente caso de autos, como sigue:

- **Ley Nº 3892, de 18 de junio de 2008**

  "Artículo 1.- (Modificación al Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras). *Se incluyen en el Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, las siguientes definiciones:*

  Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria: Entidad de Intermediación Financiera, no bancaria constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a realizar operaciones de ahorro y crédito exclusivamente con sus socios, en el marco de esta Ley, en el territorio nacional.
  Cooperativa de Ahorro y Crédito de Vínculo Laboral: Sociedad sin fines de lucro de objeto único que realiza operaciones de ahorro únicamente con sus socios y otorga créditos para el mejoramiento económico y social de los mismos y se organiza en el seno de una institución o empresa, pública o privada, o un gremio profesional. La afiliación es libre y voluntaria. En ningún caso podrán establecerse mecanismos obligatorios de afiliación como condición de trabajo y no pueden mantener oficinas abiertas para la atención al público.

  Se modifica la definición 12 del Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

  ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).

Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

***Artículo 70**. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*

***Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley..."** que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.*

*Las operaciones activas y pasivas, **las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro** y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resoluciones Administrativas**, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero: ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, que en su parte concerniente, determinan lo siguiente:

A. Resolución Administrativa ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010.-

"CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

***Artículo 4º.- Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.-** La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de la regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*

***Etapa 1.** Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.*

Etapa 2. *Obtención de la Licencia de Funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI.*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley Nº 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo Nº 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios… "

"SECCIÓN 2: OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS

Artículo 1º.- Proceso para la Obtención del certificado de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.- *La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos*
Fase II: *Elaboración del Plan de Acción*
Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación*

Artículo 2º.- Fase I: Diagnóstico de Requisitos*.- La CAC Societaria debe contratar en el plazo máximo de treinta (30) días a partir de la emisión del Presente Reglamento, a la firma inscrita en el Registro de Firmas de Auditoría Externa de ASFI, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria para cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo I del Presente Reglamento…"*

La Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010, fue puesta en vigencia mediante Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, la misma que en su numeral 3 establece la ampliación del plazo de adecuación "…***hasta el 30 de junio de 2010****, a aquellas CAC Cerradas de carácter comunal, actualmente denominadas Cooperativas Societarias,* ***que al momento de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraban en funcionamiento*** *y no iniciaron el proceso de adecuación ante ASFI"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

B. Resolución Administrativa ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012.-

CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

"…Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. Certificado de adecuación: *Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

Etapa 2. Licencia de funcionamiento: *Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). *A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:*

1) *Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente*

2) *Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario*

3) *Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios*

4) *Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran*

5) *Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI*

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). *A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.*

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). *La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos.*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.*

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). *Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.*

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). *La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:*

1) *Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.*

2) *Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.*

3) *Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.*

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal..." (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

Nótese que la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, incorpora nuevos requisitos para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas, introducidas al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

2.2. Falta de fundamentación suficiente en el pronunciamiento del Ente Regulador.-

La Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013, determinó que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.**, convoque a una Asamblea Extraordinaria de Socios, de acuerdo a su estatuto en vigencia, "*con el objeto*

único de dar lectura en detalle y en su integridad de la presente Resolución y se ponga en consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa".

No obstante, tal Resolución Administrativa se funda en el informe ASFI/DSR IV/R-104090/2012 de 23 de agosto de 2012 (anterior en diez meses a la emisión de la Resolución), cuando la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.** ya había presentado su solicitud de adecuación, encontrándose en la primera etapa, fase III, a la que se refiere la Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012, correspondiendo remitirse al mismo por cuestión de irretroactividad de la norma, en concreto a su artículo 4°:

> ***"…Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación).*** *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*
>
> *Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación,* ***debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales****.*
>
> *De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, conforme se tiene de la norma transcrita, correspondía a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establecer un plazo definitivo para la corrección de todas las observaciones, a fin de poder evaluar su cumplimiento; de la ocurrencia del otorgamiento de tal plazo definitivo, fundamentalmente para que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.** reformule su plan de acción de Requisitos Operativos y Documentales; en tanto no sucediere ello, no correspondía emitir ningún pronunciamiento como el de la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013.

En definitiva**, se extraña el plazo que debió haber sido señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a los fines que la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA., remita el Plan de Acción Complementario, conforme lo exige la norma**.

La determinación del Ente Regulador importa una infracción al principio de legalidad, así como también a la debida fundamentación que le era exigible, al resultar este un acto determinante para la decisión que debe adoptar cualquier juzgador, en todos los ámbitos y en especial en el procedimiento administrativo.

Como válido precedente administrativo de regulación financiera, se tiene lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 022/2011 de la siguiente manera:

"El Principio de Motivación, conforme dicta la doctrina, la jurisprudencia, los precedentes administrativos y la propia normativa administrativa (Artículo 28, incisos b) y e), Artículo 16 de la Ley No. 2341, Artículo 17 parágrafo II, inciso d) del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175), determina que la Administración Pública se encuentra obligada a emitir los actos administrativos con la debida fundamentación, especificando de forma clara y específica los fundamentos por el cual emite su decisión.

Entonces, la motivación de todo acto administrativo, constituye el elemento esencial, consagrado en nuestra economía jurídica administrativa, que permite al administrado contar con la garantía y seguridad jurídica del proceso que se lleva, ya que le permite conocer de manera clara e inequívoca las bases por las cuales la Administración ha emitido su decisión.

Por lo que, en todo proceso administrativo y en especial en uno sancionatorio, conforme concluye uniformemente la doctrina, la motivación de los actos debe encontrarse en cada acto administrativo que se emita, ya que la fundamentación que motiva la imposición de la sanción, el carácter de la misma en relación a la infracciones cometidas, permitirá al administrado, poder ejercer correctamente el derecho a la defensa y poder advertir si se ha o no violado su derecho subjetivo o cumplido cabalmente la normativa.

Corrobora lo dicho, Wróblewski ("Sentido y Hecho" en el derecho, trad. Española, San Sebastián, 1988, p.61 y ss.) al decir:

" (...) El juez que no justifica sus propias decisiones en la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae al control externo de las razones por la que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejercita democráticamente el poder del que dispone justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. Es claro, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones".

Es así que la motivación al ser la garantía del administrado al debido proceso, obliga al regulador a otorgar decisiones fundadas o motivadas como se dijo, pero considerando todas y cada una de las peticiones del solicitante, recurrente, etc.

La falta de fundamentación o motivación de una o varias las peticiones o solicitudes o argumentaciones presentadas por el recurrente, viola el debido proceso y las garantías del administrado, por lo que la Administración Pública se encuentra obligada a atender ***todas*** *las solicitudes formuladas en los Recursos de impugnación, mediante pronunciamientos fundados y motivados de la aceptación o rechazo de las pretensiones solicitadas…"*

Aplicando lo antedicho al caso concreto, se observa que los actos administrativos del Ente Regulador no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas, en razón a haberse determinado "*convocar a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, de acuerdo a su estatuto en vigencia, con el objeto único de dar lectura en detalle y en su integridad de la*

presente Resolución y se ponga a consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa" (Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2013 de 14 de junio de 2013), prescindiendo de considerar, o en su caso de motivar y justificar, la inexistencia del plazo al que se refiere el artículo 4° de la Resolución Administrativa ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, conforme se ha establecido precedentemente.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis ut supra, se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha transgredido el debido proceso administrativo, en cuanto al deber de la Administración de pronunciar sus actos mediante Resoluciones debidamente fundamentadas.

Por lo señalado, dentro de la competencia de esta instancia jerárquica respecto al control de legalidad del proceso administrativo seguido, detecta -conforme se señaló- que no se ha cumplido con el principio del debido proceso en cuanto a la fundamentación que debe hacer a las Resoluciones Administrativas.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la la Resolución Administrativa ASFI Nº350/2013 de 14 de junio de 2013, **inclusive,** debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA “VIRGEN DE COPACABANA” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 633/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 016/2014 DE 11 DE MARZO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 016/2014

La Paz, 11 de marzo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 010/2014 de 20 de febrero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 024/2014 de 25 de febrero de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 29 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**, legalmente representada por su Gerente General, Sr. Víctor Isaac Pinto Peña, en virtud al Testimonio Poder N° 1805/2013 de fecha 21 de agosto 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 42 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre

de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-166339/2013, con fecha de recepción 1º de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 6 de noviembre de 2013, notificado a la recurrente en fecha 8 de noviembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013.

Que, en fecha 19 de noviembre de 2013, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos solicitada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 040/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 040/2013 de 24 de junio de 2013, se resolvió:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 653/2012 de 26 de noviembre de 2012* ***inclusive****, debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

Los principales fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica son los siguientes:

> "…***2.2. De los antecedentes relacionados con la solicitud de incorporación.-***
>
> *La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., presentó su solicitud de ingreso al ámbito de regulación, mediante nota CITE VDCACV-PE-Nº002/11, de fecha* ***29 de diciembre de 2011, reiterando la misma*** *mediante nota VDC-EJ-OC-PE Nro. 033/2012 de 21 de marzo de 2012.*
>
> *Mediante Nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012, de fecha* ***8 de mayo de 2012****, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncia en el fondo, determinando que la Cooperativa no cumple con los requisitos para la incorporación al proceso de adecuación, es decir que, no ha demostrado estar en funcionamiento al de 18 de junio*

de 2008, fecha de promulgación de la Ley N° 3892, y que su incorporación se produjo hasta el 30 de junio de 2010, instruyendo por ello el cese de sus operaciones.

2.3. Del funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. a tiempo de la promulgación de la Ley Nº 3892.-

La recurrente, asevera que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. habría cumplido con el requisito establecido en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, es decir, que sí se encontraba en funcionamiento a dicha fecha, adjuntando para ello fotocopia legalizada de los formularios 200-IVA, 400-IT, 608-RC IVA, 500 IU y 605 de la gestión 2008, así como comprobantes de ingreso, comprobantes de egreso, comprobantes de traspasos, balances de sumas y saldos, libros mayores, estado de situación patrimonial, reportes de operaciones de caja, documentos de otorgación y amortización de préstamos, cambio de moneda, aportes de socios, movimientos de cajas de ahorro, depósitos a plazo, comisiones de corresponsalía, presentación de Estados Financieros Anuales, certificados por el servicio de impuestos nacionales, pago de obligaciones sociales a la Caja de Salud CORDES, aportes a las AFP's Previsión y Futuro de Bolivia y Finiquitos según formularios del Ministerio de Trabajo.

Sin embargo y sobre tal aseveración y documentación presentada, la Autoridad Reguladora, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de fecha 23 de enero de 2013, ha determinado:

"...Que, de la revisión de la prueba documental presentada por la Cooperativa mediante memorial de 21 de diciembre de 2012, consistente en: estados financieros contables de los meses de mayo de 2007 y agosto a diciembre de 2007; finiquitos pagados en la gestión 2008; comprobantes de pago a la Caja de Salud CORDES, advirtiendo el pago de aportaciones de la gestión 2008 con el cheque N° 22 de 29 de mayo de 2008, con cargo a la cuenta personal del Sr. Julio Marín Duran en el Banco Ganadero S.A. (página 40); Certificación de Formularios de Impuestos Nacionales 2008 - 2011; estados financieros contables de enero a marzo de 2008, se determina que la misma no hace a las funciones propias de una cooperativa de ahorro y crédito, no cuenta en algunos casos con la debida suscripción del responsable de su elaboración y aprobación (ejemplo estados financieros de enero a marzo de 2008); ***está referida a períodos que no corresponden a la causa que motivó el rechazo a la solicitud de ingreso al proceso de adecuación*** *(ejemplo Comprobantes ingreso, egreso, traspaso, balance de sumas y saldos, reporte de operaciones de caja, etc., gestión 2007)* ***y en su generalidad no están referidas a la comprobación de haber realizado alguna de las operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 25703 de 14 de marzo de 2000,*** *limitándose a representar gestiones administrativas como declaración de impuestos, pagos a la Caja de Salud CORDES, planillas de sueldos, pago de aporta a las AFP Previsión y Futuro S.A., finiquitos, certificación de pago de impuestos y aportes a la Caja de Salud, etc..".*
(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo y en cuanto al interrogatorio efectuado a los testigos presentados por la Cooperativa, que fueran practicados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concluye que todos los cajeros de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., efectuaban únicamente la labor de cobranza de impuestos a contribuyentes, por cuenta del Banco Ganadero S.A., toda vez que dicha entidad bancaria había terciarizado este servicio, lo que evidencia -según la Autoridad- que las labores que realizaban hasta el mes de junio de 2008, no consistían funciones propias de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda.

Finalmente, la Autoridad presenta las siguientes conclusiones: (...)

"Que, la Certificación SIN/GDLPZ/DRE/COF/NOT/0094/2013 de 4 de enero de 2013 emitida por el Servicio de Impuestos Nacionales presentada en fecha 16 de enero de 2013, acredita que la Cooperativa cuenta con declaraciones juradas correspondientes al Impuesto al Valor Agregado (Form. 200), Impuesto a las Transacciones (Form. 400) e Impuesto a las Utilidades (Form. 605) correspondientes a la gestión 2008, donde el Form. 200 registra pagos de enero a abril de 2008 y el Form. 400 registra pagos de enero a mayo de 2008, declarando sin movimiento o en cero el resto del período, certificación que tampoco importa la ejecución de operaciones propias de la cooperativa de ahorro y crédito previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703.

Que, la certificación emitida por la Caja de Salud CORDES, manifiesta que la Cooperativa estuvo afiliada desde el 1 de julio de 2007 hasta el 31 de julio de 2008, adeudando aportes patronales los meses de mayo, junio y julio de 2008, los mismos que se encuentran en proceso de regularización por convenio de fecha 13 de abril de 2012, la que igualmente no acredita que la entidad haya estado realizado al 18 de junio de 2008 operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 (...)

Que, el Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, concluye que la información financiera presentada es insuficiente, incompleta, carece de sustento y respaldo, no demuestra de forma fehaciente su funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892 en fecha 18 de junio de 2008, que la misma carece de información financiera contable histórica que sustente la continuidad de sus operaciones ininterrumpidamente, la deficiente situación financiera por la que atraviesa la entidad y falta de información financiera veraz, hace inviable la presentación de un Plan de Acción, la reactivación de la Cooperativa fue dispuesta por un Comité Reorganizador conformado por dos personas que sin serlo, se atribuyeron la condición de socios, lo que consta en el Acta de fecha 17 de septiembre de 2011, protocolizada en Testimonio N° 782/2011 de 22 de septiembre de 2011 por lo que la misma no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 3 de la Sección 10, Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a las premisas establecidas en el Anexo VI del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito (...)

"...Que, el Informe ASFI/DAJ/R-9623/2013 de 18 de enero de 2013, concluye que de acuerdo al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de

Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a la estructura vigente al momento de presentarse el recurso de revocatoria de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., se tiene lo siguiente:

A. *El artículo 1, Sección 10, establece que las cooperativas societarias que se encontraban en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y no iniciaron el proceso de adecuación, podrán hacerlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012.*

   De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, funcionamiento implica la acción y efecto de funcionar; funcionar, de acuerdo a la misma fuente, implica ejecutar las funciones que le son propias. En este sentido, es determinante establecer si al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., venía realizando las funciones que le son propias, conforme al artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

B. *De acuerdo a los resultados expuestos en los informes de inspección ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012 y ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, no se presentó documentación que acredite que la Cooperativa haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008.*

C. *La documentación necesaria para determinar si la entidad estuvo o no en funcionamiento al 18 de junio de 2008, es aquella que exprese la realización o ejecución de actividades que le son propias, es decir aquellas señaladas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703, que sin embargo nunca fueron expuestas ante el Órgano Fiscalizador.*

D. *La documentación presentada por la entidad en calidad de prueba, no hacen a actividades que son propias a una cooperativa de ahorro y crédito societaria.*

E. *El Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, ratifica la inviabilidad financiera de la Cooperativa expresadas en los informes de inspección antes indicados.*

F. *El proceso de adecuación previsto en la Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, condiciona su inicio a que la entidad haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008 y que exista viabilidad financiera y de gobierno, estas últimas determinadas en las visitas de inspección bajo las premisas del Anexo VI del Reglamento.*

G. *Durante el trámite del recurso de revocatoria, la Cooperativa no ha demostrado haber estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008 ni que sea financieramente viable, en consecuencia no ha aportado elementos suficientes de prueba que*

permitan a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero revocar lo dispuesto en la Resolución ASFI Nº 653/2012 de 26 de noviembre de 2012..."

De lo transcrito, se tiene que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se ha pronunciado en sentido de que la causa o motivo del rechazo a la solicitud de ingreso al proceso de adecuación, se circunscribe a que la recurrente no habría demostrado ***haber realizado ninguna de las operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 25703 de 14 de marzo de 2000.***

Sin embargo de ello, el hecho de que prestaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., conforme el artículo 8 inc. m) del Decreto Supremo Nº 25703, resultaría en una operación propia de las Cooperativas De Ahorro Y Crédito Cerradas, consistente en "Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias".

Esta como otras de las argumentaciones presentadas por la entidad recurrente, que no han sido analizadas por la Autoridad Reguladora, denota el incumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, y en especial del inc. d) artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, quien para emitir una firme y serena convicción debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad, siguiendo los hechos, documentos presentados y que se requiera, para recién pronunciarse si existe algún documento contrato u otra documentación que permita validar dicho extremo.

Asimismo, la Entidad Supervisora, principalmente omitió señalar cuáles son las operaciones o actividades mínimas que tendría que cumplir o haber cumplido la cooperativa para que la misma ***se considere en funcionamiento al 18 de junio de 2008,*** *fecha establecida en la Ley Nº 3892, y no dejar en incertidumbre a su regulado, quien no conoce los parámetros establecidos para llegar a dicho convencimiento y de esta manera pueda ejercer el derecho a la defensa que le asiste.*

Siguiendo la misma línea de razonamiento, tenemos que de igual manera a tiempo de valorar los Estados Financieros, el Ente Regulador se pronuncia en sentido de que los mismos serían insuficientes y carecerían de sustento y respaldo, sin señalar las causas para llegar a dicha conclusión.

Por lo que, la Autoridad Fiscalizadora deberá hacer un nuevo análisis y una nueva valoración de la documentación presentada y requerir si así ameritaría (bajo el principio de verdad material) mayor documentación, a fin de determinar si la misma cumple o no con los requisitos que respaldarían el requisito de encontrarse en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892.

Por lo tanto, se observa que las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 045/2013 de 23 de enero de 2013, y ASFI Nº 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas, toda vez que no existe una enunciación clara y concreta sobre las observaciones que fundan el rechazo, aspecto que no permite al

recurrente tener en claro los argumentos que basan dicha decisión, dando a entender subjetividad en la decisión.

2.4 De las Resoluciones ASFI Nº 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI Nº 233/2012, de 12 de junio de 2012.-

La recurrente señala que, en el transcurso del presente proceso, la Autoridad usa de manera indistinta y discrecional las Resoluciones ASFI Nº 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI Nº 233/2012, de 12 de junio de 2012, para fundamentar su decisión; asimismo, señala que al haber presentado la carta de inicio al proceso de adecuación en fecha 29 de diciembre de 2011, correspondía aplicar la normativa establecida en la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.

Argumentación que amerita traer a colación los antecedentes del caso, cual se procede a continuación:

- *Mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 (Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito), en el artículo 1, Sección 10, señaló que la CAC Societaria que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el proceso de adecuación ante ASFI,* ***tenía plazo hasta el 30 de junio de 2010*** *para iniciarlo, caso contrario será considerada como entidad que realiza actividad financiera ilegal.*

- *La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., presenta su solicitud de ingreso al ámbito de regulación, mediante nota CITE VDCACV-PE-Nº002/11, de fecha 29 de diciembre de 2011 (****Es decir fuera del plazo previsto por la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero*** *de 2010.*

- *En fecha 15 de febrero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó una Visita de Inspección Ocular con corte al 31 de diciembre de 2011, concluyendo en el informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, que no se encontró evidencia suficiente que acredite que la Cooperativa se encontraba en funcionamiento a la promulgación de la Ley 3892, pese a que la Cooperativa presentó documentación acreditando que contaba con NIT, Licencia de Funcionamiento, que se hallaba registrada en INALCO y DIGECOOP, Acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios, celebrada en fecha 17 de septiembre de 2011, así como Estados Financieros de las gestiones 2006 y 2007.*

- *La Cooperativa, mediante nota VDC-EJ-OC-PE N° 0024/12 de 29 de febrero de 2012 comunica la suscripción del contrato con la empresa AXON SRL, para la provisión de Cesión de Licencia de Uso y Soporte y Mantenimiento de un sistema automatizado para el manejo de información financiera SFI.*

- *La Autoridad Fiscalizadora mediante nota ASFI/DSR IV/R-29977/2012 de fecha 13 de marzo de 2012, recomienda no efectuar gastos* ***y que ésta debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que***

no ingresaron al proceso en los plazos establecidos,...”*, en la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010 (Resolución ASFI Nº 157/2010).*

- *La Cooperativa, mediante nota VDC-EJ-OC-PE Nro. 033/2012 de 21 de marzo de 2012, reitera su intención de incorporarse al proceso de adecuación, indicando además que el 95% de los requerimientos operativos y documentales serán concluidos hasta el 30/04/2012.*

- *En fecha 30 de marzo de 2012, mediante nota ASFI/DSR IV/R-38631/2012, la ASFI ratifica la posición asumida mediante nota ASFI/DSR IV/R-29977/2012 de 13 de marzo de 2012, señalando también que cualquier decisión de gasto realizada en contraposición a la instrucción dada en dicha nota, será de responsabilidad de la Cooperativa.*

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante notas ASFI/DSR IV/R-55690/2012, de fechas 8 de mayo de 2012, ASFI/DSR IV/R- 103549/2012 de 22 de agosto de 2012 y ASFI /DSR/IV/R- 106507/2012 de 28 de agosto de 2012 determina el cese de operaciones de la Cooperativa.*

  Nótese en este punto que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite su primer acto administrativo (Nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012, de fecha 8 de mayo de 2012) y se pronuncia en el fondo, determinando:

  > *“...que de acuerdo con el Título I, Capítulo III, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se definen dos requisitos para la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal, que al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008 se hayan encontrado en funcionamiento y que la incorporación se haya producido hasta el 30 de junio de 2010 inclusive.*

  En consecuencia, como resultado del informe mencionado precedentemente, está Autoridad de Supervisión instruye el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Comunal “Virgen de Copacabana Ltda...”

- *En fecha 12 de junio de 2012, la Entidad Reguladora emitió la Resolución Administrativa ASFI/233/2012 (Reglamento para la Constitución Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito), estableciendo nuevas reglas para el Proceso de Adecuación y ampliando el plazo para la incorporación hasta el 1 de octubre de 2012. En la misma, se estableció las etapas de cumplimiento y evaluación como ser: Análisis de la Viabilidad Financiera y de gobierno.*

- *En Fecha 15 de octubre de 2012 mediante nota EJ-OC-AJ-Nº003/12 la Cooperativa solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero reconsidere su medida de cese de funciones y enmiende su determinación discrecional y aplique la Resolución ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012*

- *En fecha 18 de octubre de 2012, mediante informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012, el Ente Regulador detalla los resultados de una segunda inspección realizada a la Cooperativa, habiendo establecido el incumplimiento por no haber demostrado que se encontraba en funcionamiento al* ***18 de junio de 2012*** *y por presentar inviabilidad financiera, requisitos establecidos en la Resolución ASFI Nº 233/2012.*

- *Mediante Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, se resuelve rechazar la solicitud al Proceso de Adecuación de la Cooperativa por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículos 1,2,3 y su Anexo IV.*

Nótese en este punto que la ASFI, en fecha 26 de noviembre de 2012, emite un segundo acto administrativo (Resolución Administrativa ASFI Nº 653/2012 de 26 de noviembre de 2012,) por el cual nuevamente rechaza la solicitud al Proceso de Adecuación de la Cooperativa, esta vez, por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, que establece que además de que las Cooperativas demuestren que estas se encontraban en funcionamiento al 18 de junio de 2012 y que deberían tener viabilidad financiera y de gobierno.

Por lo que, en mérito a lo anterior se llegan a las siguientes conclusiones:

Pese a que la Autoridad Reguladora comunica a la Cooperativa de que ésta debería esperar una nueva norma que defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas, la misma realiza una Visita de Inspección Ocular con corte al 31 de diciembre de 2011 y concluye que no habría encontrado evidencia suficiente que acredite el funcionamiento de la Cooperativa a la promulgación de la Ley 3892, y, a su vez, determina el cese de operaciones de la Cooperativa.

Que, en este sentido, si bien el presente proceso no versa sobre dichos actuados, cabe precisar que la Autoridad Supervisora no debió emitir ningún pronunciamiento cual lo hizo, tomando en cuenta la fecha de presentación de la solicitud.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber emitido dos actos administrativos, con requisitos adicionales uno del otro, ha generado inseguridad jurídica al regulado, quien a ciencia cierta no conoce cuál de las normas le corresponde sea aplicada a la misma, contando con dos rechazos la primera arguyendo que la solicitud se encontraría fuera de plazo establecido en la Circular ASFI Nº 38/2010 de 22 de febrero de 2010 y principalmente que no habría cumplido con los requisitos de la Ley Nº 3892 en cuanto al funcionamiento y el segundo acto señalando que ésta no habría cumplido con los requisitos de la Resolución ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012, generando incertidumbre al administrado en cuanto a qué norma debió ser aplicada y qué requisitos debió cumplir para obtener el certificado de Adecuación.

Que dicha confusión ha llevado a que la propia recurrente que, a través de nota EJ-OC-AJ-Nº 003/2012 de fecha 15 de octubre de 2012, solicita y pide a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aplique la Resolución Nº 233/2012, en razón a que ésta sería más beneficiosa, al señalar:

"…en Asamblea General Extraordinaria de Socios celebrada el 16 de junio de 2012 protocolizada mediante Testimonio Nº 0588/2012 en cuyo orden del día se encontraba incluida informe sobre el proceso de adecuación, se establece que en virtud a la nueva Resolución ASFI Nº 233/2012 las condiciones son mucho más favorables (sic) para la Cooperativa, por lo que se resuelve proseguir el proceso de adecuación con el respaldo de todos los socios..."

Sin embargo la recurrente, a tiempo del recurso jerárquico, solicita que se aplique el procedimiento establecido mediante Circular ASFI Nº 38/2010 de 22 de febrero de 2010, que puso en vigencia la Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010.

Por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá pronunciarse respecto de cuál es la norma a ser aplicada al caso de autos, tomando en cuenta que la solicitud de adecuación presentada por la Cooperativa, mediante nota CITE VDCACV-PE-Nº002/11, fue aceptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en primera instancia.

Finalmente cabe precisar, que ni la Autoridad Fiscalizadora, ni la recurrente deberán considerar que las normas se aplican a criterio personal o conveniencia, sino responden a un análisis legal de su aplicabilidad y vigencia, conforme tendrá que realizarlo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de emitir su pronunciamiento.

2.5. En cuanto a vulneración al principio de Jerarquía Normativa y principio de Legalidad.-

La recurrente señala que la Ley Nº 3892 es clara al señalar que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias quedaron incorporadas al ámbito de supervisión, simplemente demostrando su funcionamiento antes y durante la promulgación de dicha Ley, que al haberse emitido normativa regulatoria por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, estableciendo nuevos requisitos, (Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012), como ser la viabilidad financiera y de gobierno para la incorporación, se hubiera vulnerado el principio de jerarquía normativa y el de legalidad.

Sobre el argumento presentado tenemos que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su artículo 410, señala:

> *"II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa."*
>
> *"La aplicación de las normas jurídica se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:*
>
> 1. *Constitución Política del Estado.*
> 2. *Los tratados internacionales*
> 3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*

4. *Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes."*

Que, el artículo 4 inc. h), de la Ley del Procedimiento Administrativo, en cuanto al Principio de Jerarquía Normativa señala que las leyes y normas de rango inferior, no pueden contravenir o vulnerar lo dispuesto en la Constitución Política del Estado u otra norma superior.

Que, para el caso que nos ocupa, se tiene que la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008, que modifica la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su artículo 3, señala:

> ***ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).***
>
> *Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:*
>
> *Artículo 70. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante* ***deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras****.*
>
> ***Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley..."*** *que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.*
> *Las operaciones activas y pasivas,* ***las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades****"*
>
> *(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).*

Que, si bien es cierto que la Ley Nº 3892 establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias quedaron incorporadas al ámbito de supervisión, ésta incorporación no es tácita como lo hace ver la recurrente, ya que es la propia norma la que establece como primer requisito que las Cooperativas demuestren haber estado en funcionamiento a la fecha de promulgación de la referida Ley, que, a su vez, la precitada norma establece que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades

*Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la autorizada para emitir los correspondientes reglamentos estableciendo "…**las modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro, plazos**, **limitaciones y prohibiciones,** la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo etc." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, en este sentido y en el marco de su competencia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012.

Que, si bien, esta amplía el plazo de incorporación al proceso de Adecuación de las Cooperativas hasta el 1 de octubre 2012 y establece como nuevo requisito la viabilidad financiera y de gobierno para la adecuación de las Cooperativas, el mismo corresponde a un requisito adicional de prudencia, que será aplicado a quienes presenten su solicitud de adecuación con posterioridad a la emisión de la mencionada norma, por lo que, en el presente caso, no existe ninguna vulneración al principio de jerarquía normativa, en razón a que la misma no es contraria a la Ley sino emergente del marco normativo establecido en la misma, y por lo tanto en el marco de su competencia.

Por último, debe aclararse que los cambios que ha venido sufriendo el Reglamento y que los mismos modificarían y tergiversarían la Ley 3892 de fecha 18 de junio de 2008, se tiene que, las Resoluciones SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, SB/264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/10 de 23 de noviembre de 2009 y ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 han quedado firmes en sede administrativa, por lo que si la recurrente consideraba que las mismas eran contrarias a la Ley, debieron ser impugnadas en su oportunidad. Al no haberlo ejercido su derecho de impugnación en su debida oportunidad, esta instancia jerárquica no se encuentra facultada a revisar actos administrativos que han quedado firmes en sede administrativa.

De igual modo se le recuerda a la recurrente que el presente proceso versa respecto de si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha cumplido con el procedimiento legalmente establecido y ha actuado conforme a derecho al rechazar la solicitud de adecuación al Proceso de Adecuación y al haber determinado el Cese de Operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., y no así sobre la impugnación de la Resolución ASFI N° 233/12 de 12 de junio de 2012.

Finalmente respecto a la vulneración al principio de legalidad, se tiene que, congruentemente con lo analizado y expuesto supra, no existe ninguna vulneración al principio de legalidad debido a que la modificación al Reglamento para la Constitución y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no transgrede la Ley N° 3892 de fecha 18 de junio de 2008, sino cumple el mandato de regulación, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha sometido su actuar a la Ley y ordenamiento jurídico al emitir el Reglamento para la Constitución y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito mediante Resolución Administrativa ASFI N°233/12 de 12 de junio de 2012.

2.6. En cuanto a que ésta Autoridad disponga y admita el Plan de Corto Plazo.-

Al respecto, se tiene que es la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la llamada por ley para regular y dar inicio al proceso de incorporación de las CAC, así como evaluar e incorporar a las mismas al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. La evaluación y calificación en cuanto al Proceso de Adecuación, conforme lo establece la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, Resoluciones ASFI/157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/20 de 12 de junio de 2012, y no así a ésta instancia jerárquica, quien carece de competencia.

Es así que, y conforme prevé el artículo 52 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Superintendencia General del SIREFI hoy Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, tiene como competencia la de resolver los recursos jerárquicos interpuestos de puro derecho, situación que siguiendo a Julio Rodolfo Comadira, implica el control de legalidad y examen que hace el Superior Jerárquico sobre los actos emitidos por la Autoridad inferior, para constatar la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior, por lo que, esta instancia jerárquica, carece de competencia para aprobar, admitir o determinar la presentación del Plan de Acción a corto plazo, dicha pretensión deberá ser solicitada al órgano regulador, una vez cumplidos los requisitos establecidos para su incorporación.

2.7. En cuanto a la situación económica y financiera de la Cooperativa y los daños que se habrían causado.-

Al respecto, se tiene que, dentro de la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y de este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, no está la de establecer daños y perjuicios, así como tampoco pronunciarse sobre la presunta inviabilidad financiera, por lo que ésta cartera encuentra una razón de incompetencia para pronunciarse, en cuanto a la materia planteada, ello en estricta aplicación de los artículos 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 7 parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003.

2.8. En cuanto a la solicitud de suspensión.-

La recurrente solicita, a esta instancia jerárquica, la suspensión de ejecución de la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012.

Revisados los antecedentes y del análisis ut supra, dicha solicitud pierde vigencia, en virtud a que esta instancia jerárquica, ha concluido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado debidamente su Resolución Administrativa, permitiendo que la recurrente considere que su rechazo se ha debido a la subjetividad y discrecionalidad de la Autoridad, por lo que se ha transgredido el

debido proceso, argumento que hace a la determinación final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, siendo la Autoridad de primera instancia la que deberá pronunciarse en caso de presentarse una nueva solicitud de suspensión.

CONSIDERANDO:

El Debido proceso, es el derecho que le asiste al regulado y la obligación que debe asumir la Autoridad Reguladora, por lo que corresponde traer a colación el precedente administrativo rescatado ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso:

> *"…por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:*
>
> *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes"* (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> *En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:*
>
> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que*

componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Es así que, al evidenciarse transgresión al Debido proceso, conforme ya se tiene expuesto, es deber del Ente Regulador pronunciarse técnica y legalmente sobre la solicitud de adecuación al Proceso de Adecuación de parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. y determinar de manera cierta y evidente, sobre cuál es el motivo de su definición, señalando la causal y desarrollándola cual en derecho corresponde y no sucedió en el caso de autos.

Por lo señalado, al haberse detectado –conforme ya se señaló- que no se ha cumplido con el principio del debido proceso, fundamentación y demás preceptos y

principios administrativos, debe proceder a reponer lo obrado a efecto de que los vicios sea subsanados.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y en especial los derechos consagrados del recurrente…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 424/2013 DE 15 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***PRIMERO.- NO ADMITIR*** *a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. el ingreso al Proceso de Adecuación, solicitado mediante nota VDC-CACV-PE-Nº002/11 de 29 de diciembre de 2011, por incumplimiento al requisito establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y Sección 10, Artículos 1 y 2, (Estructura Actual) relativo al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en base a las consideraciones establecidas en la presente Resolución.*

SEGUNDO.- *La Entidad debe convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, conforme a lo establecido en su estatuto orgánico, con el objeto único de dar lectura en detalle a la presente Resolución y poner a su consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa, debiendo remitir el acta correspondiente a esta Autoridad de Supervisión dentro de las siguientes 48 horas de su realización.*

TERCERO.- *Disponer el cese inmediato de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. Y proceder a un cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos…*"

Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Administrativa son:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, en el marco de las atribuciones y competencias atribuidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por el artículo 3 de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria del artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha elaborado normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB/264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/09 de 23 de noviembre de 2009, ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/12 de 12 de

junio de 2012. (Se hace referencia a la normativa puesta en vigencia hasta el momento de la emisión de la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 que Rechaza la solicitud de incorporación al proceso de adecuación).

Que, la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, bajo la denominación de Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente a ese momento) en su artículo Único de la Sección 10 (Disposición Transitoria) señalaba que: "La CAC Cerrada de carácter comunal que al momento de la promulgación de la Ley No. 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el proceso de adecuación ante ASFI, tiene plazo hasta el 30 de junio de 2010 para iniciarlo, caso contrario será considerada como una entidad que realiza actividad financiera ilegal al amparo del Artículo 331° de la Nueva Constitución Política del Estado y el Artículo 91° de la LBEF."

Que, la Carta VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, enviada por la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. a esta Autoridad de Supervisión, por la que solicita el registro al proceso de adecuación, fue presentada fuera del término establecido en la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 vigente por entonces, mismo que feneció el 30 de junio de 2010, por lo que en ese momento la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria realizaba actividad financiera ilegal, al no contar con autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, la carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012 por la que se remite a la Cooperativa, copia del Informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, manifiesta que de acuerdo con el Titulo 1, Capítulo III, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se establecen dos requisitos para la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal: 1) que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 se hayan encontrado en funcionamiento; y 2) que la incorporación se haya producido hasta el 30 de junio de 2010 inclusive. Dado que la Cooperativa no cumplía con estos dos requisitos, se instruye el cese de operaciones. Complementariamente, se manifiesta que el incumplimiento de la misma, hará susceptible a que las operaciones realizadas se consideren como una actividad financiera ilegal. Entendiéndose que la normativa vigente en ese momento es el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobado y puesto en vigencia por Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.

Que, la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, modificando el contenido del Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (estructura vigente a esa fecha), e incorpora en el marco de sus competencias y bajo sometimiento pleno a la ley, requisitos adicionales como son el análisis y evaluación de la viabilidad financiera

y de gobierno, como requisitos adicionales de prudencia, actuando de forma justa, con las Cooperativas que iniciaron el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, como disponía la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.

Que, la señalada disposición Reglamentaria dispone en su artículo 5, Sección 1, que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) debe cumplir con dos etapas: Etapa 1, para la obtención del certificado de adecuación y la Etapa 2 en la que la Autoridad de Supervisión otorga la licencia de funcionamiento. Asimismo, establece que durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892, es decir desde el 18 de junio de 2008, hasta la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la Entidad podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

Que, no obstante las limitaciones establecidas en el Reglamento precedentemente citado, mediante Informe ASFI/DSR IV/R-104067/2012 de 23 de agosto de 2012, se evidenció que la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., realizaba promoción de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo sin autorización de este Ente Fiscalizador, incurriendo en la prohibición prevista en el artículo 7 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). Asimismo, del Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se establece de la revisión de sus bases de datos la captación de Depósitos a Plazo Fijo y depósitos en Cajas de Ahorro.

Que, la captación de Depósitos a Plazo Fijo y depósitos en Cajas de Ahorro, son operaciones prohibidas para entidades que no cuentan con licencia de funcionamiento, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el artículo 91 de la misma Ley que establece su nulidad, aspecto que incide negativamente en la confianza del público y pone en riesgo sus depósitos y al mismo sistema financiero.

Que, el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, señala las operaciones permitidas a las cooperativas comunales, ahora cooperativas societarias, donde se advierte que ninguna de ellas les autoriza a recibir Cajas de Ahorro ni Depósitos a Plazo Fijo.

Que, el artículo 9 del Decreto Supremo 25703, establece la prohibición que tienen las Cooperativas de Ahorro Cerradas, ahora Societarias, de captar depósitos, bajo ninguna modalidad.

Que, el artículo 1, Sección 10, del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, puesto en vigencia con la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, señala que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que se encontraban en funcionamiento hasta antes de la

promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, que no iniciaron el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, podrán iniciarlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012, dando cumplimiento a las siguientes etapas: 1) Etapa I: Presentación de la carta de intención. 2) Etapa II: Análisis de la viabilidad financiera y de gobierno. 3) Etapa III: Inicio del proceso de adecuación. Complementariamente el artículo 2 de la misma Sección, determina la presentación ante esta Autoridad de Supervisión, de una carta firmada por los Consejos de Administración y Vigilancia, acordada y aprobada en Asamblea Extraordinaria de Socios, manifestando su intención de ingresar al proceso de adecuación, adjuntando documentación que demuestre que la entidad se encontraba en funcionamiento al momento de promulgación de la Ley N° 3892. Al respecto la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., no ha cumplido con las exigencias de la normativa antes citada.

Que, mediante nota ASFI/DSR IV/ R- 106507/2012 de 28 de agosto de 2012, se instruyó a la Cooperativa la elaboración de un plan de devolución sistemática de los ahorros de sus socios y cierre ordenado de la Cooperativa, quedando prohibida de realizar cualquier tipo de captación, proceder al cierre ordenado de las agencias a nivel nacional manteniendo la atención a puerta cerrada en la Oficina Central y sucursales de Potosí, Sucre y Tarija únicamente para efectos de atender a puerta cerrada las operaciones de devolución de los ahorros de los socios y recuperación de cartera; sin embargo, del Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se han determinado captaciones de dineros en calidad de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo, constituyéndose éstas en operaciones no permitidas para la Cooperativa al no contar con licencia de funcionamiento, lo que implica incumplimiento a la instrucción emitida.

Que, desde el mes de mayo de 2012, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha procedido a emitir diversas notas por las que se instruye el cese de operaciones, más al contrario la Cooperativa ha continuado captando depósitos del público, instrumentados como cajas de ahorro, depósitos a plazo fijo y certificados de aportación, incurriendo en actividad financiera ilegal, pues no cuenta con la correspondiente autorización para hacerlo, ya que estas operaciones están reservadas exclusivamente para entidades de intermediación financiera con licencia de funcionamiento otorgada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2011, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable. Asimismo, el acto administrativo deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

Que, en cumplimiento de lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 de 24 de junio de 2013, en la búsqueda de un orden justo se establece que al emitirse el primer acto administrativo mediante nota ASFI/DSR

IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012, por la que se instruye el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria, era aplicable la Sección 10, Capítulo III, Título I de la Recopilación de Nomas para Bancos y Entidades Financieras vigente por Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010. En ese entendido, la Cooperativa estaba realizando actividad financiera ilegal, lo que hace aplicable el artículo 91 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras. Con posterioridad mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, se pone en vigencia nueva normativa, por lo que se aplica en este caso en particular esta última, pudiendo desarrollarse de esta manera los principios y valores que consagra el orden constitucional.

Que, como se establece en el artículo 3, Sección 10, Capítulo III, Título I inherente al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, puesto en vigencia mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, esta Autoridad de Supervisión, realizó la visita de inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" del 3 al 12 de octubre de 2012, cuyos resultados se expresan en Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012.

Que, el inciso d), parágrafo II del artículo 17 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiero aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que la Resolución Administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.

Que, el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, determina en su parte conclusiva:

1. *La Cooperativa no cuenta con legajos de balance ni con estados de cuenta que respalden los Estados Financieros desde la gestión 2007 al 2010; hecho que impide su análisis al no existir información contable oportuna, fehaciente, clara, concreta e individualizada de todas sus operaciones, incumpliendo el artículo 46 del Código de Comercio, concordante con el Título I, Inciso J "Otras Disposiciones", Numerales 1 y 2 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y Título II, Capítulo II, Sección 9, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. (Estructura vigente al cierre de inspección)*

2. *El 7 de septiembre de 2011, el Comité Reorganizador conformado por personas que no eran socios de la cooperativa convocaron a Asamblea Extraordinaria de fecha 17 de septiembre de 2011 con la asistencia de 26 personas que se arrogan la condición de "socios refundadores", quienes determinan "reactivar la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda." Procedimiento que incumple lo establecido en los artículos 33 y 44 de su Estatuto, que estipulan que las convocatorias a Asambleas deben ser efectuadas por el Consejo de Administración.*

Con posterioridad, a la Asamblea que determino la "reactivación" de la Cooperativa, se han realizado diversos actos como la revocatoria del Poder General de Administración N° 44/2008 de 22 de febrero de 2008 otorgándose Poder de Administración en favor del señor Víctor Isaac Pinto Peña. Asimismo, se ha evidenciado la apertura de agencias a nivel nacional, sin autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

3. *La entidad presenta inviabilidad financiera de acuerdo al siguiente análisis:*

- *Pérdidas acumuladas y de gestión sobre capital primario de 82.68%.*

- *En la estructura de Activos de la Cooperativa, la cartera de créditos representa el 16.56% del Activo total con operaciones otorgadas a partir de la gestión 2011, dicha estructura no responde al giro del negocio ni al objeto único de la entidad, que le permita la generación de ingresos para su sostenibilidad en el tiempo, siendo las cuentas más significativas "Otras Cuentas por Cobrar (29.56%), Bienes de Uso (27.02%) y Otros Activos (21.84%).*

- *Los gastos administrativos representan el 978.60% de los ingresos financieros con tendencia creciente y con relación a la cartera bruta del 324.15%, que refleja una administración que pone en riesgo el aporte de los socios.*

- *Las pérdidas acumuladas son de Bs381.405 generando indicadores de rentabilidad negativos (ROA -66.34% y ROE -96.94%), arriesgando seriamente el aporte de los socios.*

- *El Coeficiente de Adecuación Patrimonial ajustado es 4.43% y el capital primario asciende a Bs461.300 equivalente a 44.231 Derechos Especiales de Giro, incumpliendo los límites legales mínimos requeridos por la Ley de Bancos y Entidades Financieras para Cooperativas.*

4. *Se observa debilidades en la selección de prestatarios, políticas, prácticas y procedimientos de concesión de créditos, determinación de la capacidad de pago, administración, control interno y sistemas de evaluación y calificación de cartera, se determina la inexistencia de una adecuada tecnología crediticia que mantenga la calidad de la cartera de créditos.*

5. *La Cooperativa presentó Declaraciones Juradas a Impuestos Nacionales correspondientes a la gestión 2008, no se tiene información de respaldo para identificar el tipo de operaciones que efectuaron en esta gestión.*

6. *La entidad, desde su reinicio de operaciones en la gestión 2011, ha captado recursos bajo la modalidad de Cajas de Ahorro y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, en contravención a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703*

y la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que ha realizado operaciones no permitidas.

7. *La Cooperativa incumplió instrucciones emitidas por este Organismo de Fiscalización, realizando operaciones posteriores a la fecha de instrucción de cese de operaciones (nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012), efectuando dos desembolsos de crédito, emisión de tres Certificados de Depósito a Plazo Fijo y captando dos depósitos en calidad de Cajas de Ahorro, operaciones no permitidas para la Cooperativa, de acuerdo al siguiente detalle:*

Fecha Operación	Nº Crédito	C.I.	Nombre	Desembolso $US
10/09/2012	10035	4297604LP	Soraide Jimenez Luis Dario	7,000
13/09/2012	10036	5115702PO	Miranda Escarcha Luis	1,500

Fecha		Nº cuenta DPF	C.I.	Nombre	Saldo Bs	Plazo días
Apertura	Vencimiento					
14/09/2012	13/12/2012	500000006600002	999999PO	Sejas Alvaro	22,073	90
07/09/2012	08/10/2012	500000008200001	6695303PO	Huancamurana Mario	7,519	30
07/09/2012	09/10/2012	500000009000001	552155PO	Miranda Escarcha Luis	8,555	30

Nº Caja Ahorro Plus	C.I.	Nombre	Fecha Depósito	Nº Comp.	Monto Bs
5051-000124	3662514PO	Mamani Coronado Néstor	30/08/2012	677	10,000
5051-000124	3662514PO	Mamani Coronado Néstor	26/09/2012	884	10,000
Total					20,000

CONSIDERANDO:

Que, la documentación adjunta a las cartas VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, VDC-EJ-OC-PE-N°0024/12 de 29 de febrero de 2012, VDC-EJ-OC-PE-N°0084/12 de 13 de agosto de 2012, VDC-EJ-OC-PE-N°0091/12 de 24 de agosto de 2012 y VDC-EJ-OC-PE-N°0100/12 de 3 de septiembre de 2012, fueron objeto de análisis y valoración adicional en Inspección realizada con corte al 30 de septiembre de 2012, plasmándose sus resultados en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se concluye que la misma no acredita que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria se haya encontrado en funcionamiento al 18 de junio de 2008, pues no se tratan de operaciones autorizadas por el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

Que, las conclusiones a las que arriba el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se fundan en los principales hallazgos y resultados descritos a continuación:

A INFORMACION

La entidad proporcionó a la Comisión, información de forma parcial, justificando mediante nota de entrega N° 0004 de 8 de octubre de 2012 que debido a que "la anterior administración hasta la fecha no entregó la totalidad de la información y documentación, nos hallamos impedidos de poder entregar la siguiente documentación:

- *Libros Mayores de 2007 a 2011 (septiembre 15)*
- *Estado de Resultados 2009, 2010 y 2011 (septiembre)*
- *Estados Financieros Auditados o Informes de Auditoría Externa (2007 a 2011)*
- *Memorias Anuales (2007 a 2011)*
- *Estados de Cuenta de (2007 a 2011 septiembre)*
- *Conciliaciones Bancarias (2007 a 2011 septiembre)*
- *Libros de Actas de Asamblea de socios, Consejeros de Administración, Vigilancia y comité de créditos (2007 a 2011 septiembre)*
- *Bases de datos (2007 a 2011 septiembre)*
- *Ningún archivo magnético (2007 a 2011 septiembre)*
- *La Cooperativa en la actualidad no cuenta con licencias de Software*
- *La Cooperativa no cuenta con contratos de servicios de limpieza y seguridad"*

La información entregada a la Comisión fue la siguiente:

- *Actas de Asamblea General Extraordinaria de Socios, Actas del Consejo de Administración y Poderes; de acuerdo al siguiente detalle:*

ACTAS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION				
FECHA DEL ACTA	***Nº TESTIMONIO***	***FECHA DEL TESTIMONIO***		***ORDEN DEL DIA***
17 de septiembre de 2011	*783/2011*	*22/09/11*	*1*	*POSESIÓN DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA*
1 de diciembre de 2012			*1*	*NOMBRAMIENTO DEL GERENTE GENERAL*
			2	*APERTURA DE CUENTAS BANCARIAS*
			3	*PODER AL SR. JOSE MIGUEL VALVERDE PLAZA PARA EL CARGO DE GERENTE ADMINISTRADOR (PODER Nº 123/2012 DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2012).*

ACTAS PROTOCOLIZADAS DE ASAMBLEAS (sic) ***GENERAL EXTRAORDINARIA DE SOCIOS***				
FECHA DEL ACTA	***Nº TESTIMONIO***	***FECHA DEL TESTIMONIO***		***ORDEN DEL DIA***
24 de abril de 2007	*2007*	*24/06/2007*	*1*	*ADECUACIÓN PARA OPERAR COMO COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CERRADA*
			2	*CAMBIO DE RAZÓN SOCIAL, OBJETO SOCIAL Y/O DOMICILIO*
			3	*APROBACIÓN DEL PROYECTO DEL NUEVO ESTATUTO DE ACUERDO AL DS 25703*
			4	*ELECCIÓN DEL COMITÉ DE CRÉDITO*
			5	*INCLUSIÓN DE NUEVOS SOCIOS*
17 de septiembre de 2007	*782/2011*	*22/09/2011*	*1*	*INFORME DEL COMITÉ REORGANIZADOR*
			2	*REACTIVACIÓN DE LAS OPERACIONES DE LA COOPERATIVA*
			3	*INFORMES DE GESTIONES ANTERIORES ADMINISTRATIVAS Y/U OPERATIVAS*
			4	*INFORME SOBRE EL CAPITAL SOCIAL*
			5	*ELECCIÓN Y POSESIÓN DE LOS CONSEJEROS DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA*
11 de febrero de 2012	*458/2012*	*25/05/2012*	*1*	*INFORME PROCESO DE ADECUACIÓN*
			2	*CONSIDERAR Y APROBAR ESTADOS FINANCIEROS 2011*
			3	*CONOCER Y APROBAR MEMORIA 2011*
			4	*RESPONSABILIDAD ECONÓMICA GESTIONES 2007,2008,2009,2010 Y HASTA EL 15.09.2011 DE SOCIOS FUNDADORES, CONSEJOS DE ADM. Y VIG. Y EJECUTIVOS Y PERSONAL DE LA COOPERATIVA CONFORME A PODERES Y MANUALES*
11 de febrero de 2012	*459/2012*	*25/05/2012*	*1*	*LECTURA Y APROBACIÓN DEL ACTA ANTERIOR*
			2	*REFORMA DEL ESTATUTO*
			3	*CONFORMAR COMITÉ DE CRÉDITOS*
			4	*DISOLUCIÓN DE LOS COMITÉS EDUCACIÓN, PREVISIÓN Y ASISTENCIA SOCIAL*
			5	*APROBAR PLAN ESTRATÉGICO*
16 de junio de 2012	*588/2012*	*27/06/2012*	*1*	*CONTROL DEL QUORUM*
			2	*APERTURA DE LA ASAMBLEA*
			3	*LECTURA Y APROBACIÓN DEL ACTA DE LA ASAMBLEA ANTERIOR*
			4	*INFORME SOBRE EL PROCESO DE ADECUACIÓN*
			5	*ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN*
			6	*ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE VIGILANCIA*
			7	*DESIGNACIÓN DE DOS SOCIOS PARA LA FIRMA DEL ACTA*
			8	*CLAUSURA*

PODERES		
Nº TESTIMONIO	FECHA	DETALLE
44/2008	22.02.2008	REVOCATORIA DE PODER 40/2007, 42/2007, 52/2007, 109/2007, 191/2007 Y 192/2007 Y ASIGNACIÓN DE NUEVOS PODERES AL SR. JUAN RAMON RIOS BASCON – GERENTE GENERAL, EDWIN GASTON TERCEROS ALIENDRE – PRESIDENTE DEL COMITÉ DE CRÉDITOS E IRMA ELIZABETH MENDOZA MORGANA – TESORERA.
941/2011	30.09.2011	REVOCATORIA PODER 44/2008 DE FECHA 22 DE FEBRERO DE 2012 Y OTORGAMIENTO DE PODER ALSR. (sic) VICTOR ISAAC PINTO PEÑA COMO PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.
123/2012	06.02.2012	PODER AL SR. JOSÉ MIGUEL VALVERDE PALZA PARA EL CARGO DE GARENTE ADMINISTRADOR (PODER Nº 123/2012 DE FECHA 6 DE FEBRERO 2012).
645/2012	27/06/2012	REVOCATORIA DEL PODER 941/2011 DE FECHA 30.09.11 Y NUEVO PODER AL SR. VICTOR RAMIRO PAIRUMANI PEREZ CARGO DEL PRESIDENTE DEL CONSEJOD E ADMINISTRACIÓN.
753/2012	24/07/2012	REVOCATORIA PODER 123/2012 DE 6 DE FEBRERO 2012, Y ASIGNACIÓN DE PODER AL SR. GONZALO JESÚS RODRÍGUEZ CORDOVA EN SU CARGO DE GERENTE GENERAL.

Asimismo, la entidad entregó al equipo de Inspección, Estados Financieros de las gestiones 2006, 2007 y 2012, Balance General 2009 y 2010 (sin Estado de Resultados), mayores de las cuentas del último trimestre de la gestión 2011 y 2012 con corte a septiembre.

Adicionalmente, la entidad presento a la Comisión Comprobantes Contables de Ingresos, Egresos y Traspasos, desde el mes de enero 2007 a marzo 2008, los cuales no cuentan con firma de quien los elaboró ni el aprobador, en algunos casos carecen de respaldos y no se encuentran empastados ni notariados.

Por otro lado, la entidad presentó Declaraciones Juradas a Impuestos Nacionales correspondiente a la gestión 2008, al respecto, no se pudo identificar el concepto de dichos impuestos, puesto que la entidad no presentó los comprobantes contables posteriores a marzo 2008.

B RIESGO OPERATIVO CONTABLE

B.1 Legajos de balance y estados de cuenta

- *La Cooperativa no cuenta con legajos de balance ni con estados de cuenta que respalden los Estados Financieros; hecho que dificulta el análisis al no existir información contable oportuna, fehaciente, clara, concreta e individualizada de todas sus operaciones, incumpliendo el artículo 46 del Código de Comercio, Título I, inciso J "Otras Disposiciones", numerales 1 y 2 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y Título II, Capítulo II, Sección 9, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al cierre de Inspección).*

- *No contabiliza los registros de forma adecuada a su naturaleza y organización, sobre una base uniforme que permita conocer su situación financiera y contar con sustento de cada uno de los actos y operaciones sujetas a contabilización. El Libro Diario no incorpora la integridad de los comprobantes contables, no adjunta documentación de respaldo, no mantiene registro correlativo, glosa clara y precisa sobre cada partida, nombre y firma de los responsables de su elaboración y aprobación, incumpliendo los artículos 36 y 44 del Código de*

Comercio y el Título I, inciso J, numeral 1 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

B.2 Auditoría Externa

- *No se ha podido evidenciar la realización de auditorías externas a ninguna gestión, incumpliendo lo señalado en el Título I, Inciso E, Punto 1 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

B.3 Disponibilidades

- *Se observa que las cuentas que mantiene la Cooperativa a partir del último trimestre de la gestión 2011 a la fecha de corte se encuentran a nombre del Sr. Víctor Isaac Pinto Peña (Coordinador Financiero), incumpliendo el Principio de Contabilidad Generalmente Aceptado de "Exposición".*

B.4 Otras Cuentas por Cobrar

- *Deficiencia de previsión por Bs90.055 correspondiente a cuentas por cobrar Administradora de Fondo de Pensiones Futuro, Previsión y Caja CORDES, sin contar con un documento que haga exigible el cobro.*

- *Deficiencia en previsión por Bs7.000 por garantía otorgada por contrato de alquiler de las anteriores oficinas en el edificio Paladium, correspondientes a partidas excedidas en el plazo de 330 días de permanencia, debiendo previsionarse en un 100% en cumplimiento al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

B.6 Bienes de Uso

- *No se efectúa el registro de la depreciación anual de los Bienes de Uso, que afecta cuentas de resultados.*

B.7 Otros Activos

- *No se registran las amortizaciones por Gastos de Organización, mejoras en Inmuebles Alquilados, así como los Programas y Aplicaciones Informáticas.*

- *No se entregó un estado de cuenta detallado de los Gastos de Organización y Mejoras en Inmuebles Alquilados, para poder realizar un análisis y determinar si se registran gastos activados.*

B.8 Capital Social

- *La entidad registra Certificados de Aportación suscritos pendientes de pago (Bs10.900), incrementando inadecuadamente el patrimonio.*

- *En la inspección realizada al 31.12.2011 cuyos resultados se encuentran plasmados en el Informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, se registraban 26 socios (re-fundadores) con aportes mayores a Bs3.000, al 30 de septiembre de 2012, se han adicionado dos socios (Amelungue Ramos*

Mauricio y Miranda Herrera Paula), también se observa el aumento de aportes de los Socios Víctor Pinto (Bs57.000), Rossio Rodríguez (Bs42.000) y Gonzalo Rodríguez (Bs9.000) como se detalla en el siguiente cuadro:

	No.	NOMBRE	Nº CERTIFICADOS	VALOR NOMINAL EN BOLIVIANOS	%	FECHA DE APERTURA
	1	**PINTO PENA VICTOR ISAAC**	3	180,000	21.57%	
				169,000		30/04/2012
				9,000		03/07/2012
				2,000		23/07/2012
	2	**RODRIGUEZ CORDOVA ROSSIO CRISTA**	3	168,000	20.13%	
				151,000		30/04/2012
				6,000		03/07/2012
				11,000		23/07/2012
	3	**RODRIGUEZ CORDOVA GONZALO JESU**	3 (sic)	25,200	3.02%	
				18000		15/09/2011
				7200		25/06/2012
	4	**ALBA APAZA ELMER RONALD**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	5	**ALEJO AGUILAR EDWIN ISMAEL**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
*	6	AMELUNGE RAMOS MAURICIO	1	3,000	0.36%	23/07/2012
	7	**APAZA MAMANI AMELIA**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	8	**APAZA MOLLOSTACA MARIA VIRGINIA**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	9	**BOZO OROZCO JULIO ALBERTO**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	10	**CHOQUE QUISPE ISABEL FILOMENA**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	11	**CORDOVA QUISBERT ROSARIO**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	12	**DE VISCARRA HORTENSIA MORALES DI**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	13	**FERNANDEZ INFANTES CONRAD ABAD**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	14	**GUISBERTH CRISTINA CORDOVA DE**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	15	**JURADO CASANOVAS LEONARDO**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	16	**MACHADO CARLOS ALBERTO**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	17	**MENDOZA MURILLO JOSE**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
*	18	MIRANDA HERRERA PAULA	1	3,000	0.36%	23/07/2012
	19	**PAIRUMANI PEREZ VICTOR RAMIRO**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	20	**PINTO LARREA VICTOR**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	21	**QUENTA VILLCA FELIPE**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	22	**QUISPE CALLISAYA SUSANA JULIETA**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	23	**QUISPE LOPEZ FREDDY DAVID**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	24	**SILVA BALBOA CELESTE ISIDORO**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	25	**VISCARRA FLORES PEDRO JOSE**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	26	**VISCARRA MORALES CAROLA MIRIAM**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	27	**VISCARRA MORALES SILVANA**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
	28	**ZABALA PADILLA JORGE**	1	3,000	0.36%	15/09/2011
			TOTAL	**821,400**		

* *Socios nuevos*

El cuadro anterior demuestra el reinicio de operaciones a partir de la gestión 2011, desconociendo a todos los socios inscritos anteriormente (Testimonio N° 0782/2011, protocolización de Acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios de fecha 17 de septiembre de 2011).

Se evidencia concentración del 44,72% de certificados de aportación en tres socios que mantienen una relación de parentesco, Víctor Isaac Pinto Peña y Rossio Cristal Rodríguez Córdova (son esposos) y Gonzalo Jesús Rodríguez Córdova (Hermana de la señora Rossio Cristal Rodríguez Córdova).

B.9 Operaciones No Permitidas

La canalización de ahorro de los socios de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, solo puede ser realizada mediante Certificados de Aportación

Obligatorios y Voluntarios, según lo dispone el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, considerando las restricciones señaladas en el artículo 9 del citado Decreto Supremo, que prohíbe la captación de depósitos bajo ninguna otra modalidad. Contrariamente a lo señalado la Cooperativa, desde su reinicio de operaciones ha captado recursos bajo la modalidad de Caja de Ahorros y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, bajo el siguiente detalle:

Tipo de Operación	Nº operaciones	Saldo Bs
CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO	14	510,593
CAJA DE AHORRO	61	251,550
TOTALES:	**75**	**762,143**

B.10 Personal

De la revisión de Currículums Vitae del personal de la entidad, se evidencia que reiniciaron sus actividades a partir de enero de 2012 con la contratación de personal operativo, como se detalla en el siguiente cuadro:

Nº	Nro Contrato	Nombre	Profesión	Cargo	Tipo Contrato	Fecha inicio de funciones	Firma del contrato	Suscribe el Contrato
1	VDC 001/12	Yuri Nicolás Tarifa Molina	Auxiliar de Contabilidad	Gerente de Operaciones	Indefinido	1 de enero de 2012	1 de enero de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
2	VDC 002/12	Robert Luis Pinedo Quisbert	Técnico en Computación (Programación)	Operador de Sistemas	Indefinido	1 de enero de 2012	1 de enero de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
3	VDC 003/12	Felipe Quenta Villca	Bachiller en Humanidades	Encargado Administrativo	Indefinido	1 de enero de 2012	1 de enero de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
4	VDC 004/12	Carlos Alberto Machado	Programador de Sistemas	Cajero	Indefinido	1 de enero de 2012	1 de enero de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
5	VDC 005/12	Marina Choque Chui	Licenciada en Auditoria	Contadora	Indefinido	13 de febrero de 2012	13 de febrero de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
6	VDC 006/12	Lola Sandra Urizar Vargas	Bachiller	Gerente Regional de la Sucursal de Potosí	Indefinido	1 de abril de 2012	1 de abril de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
7	VDC 007/12	Octavio Sanchez Rodriguez	Contador General	Jefe de Operaciones de la Suc de Potosí	Indefinido	1 de abril de 2012	1 de abril de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
8	VDC 008/12	Berna Mamani Quenta	Comerciante	Encargada de Limpieza – Mensajera Suc Potosí	Indefinido	1 de abril de 2012	1 de abril de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
9	VDC 009/12	Marcelo Martin Garcia Valdez	Programador de Sistemas	Gerente Regional de la Sucursal de Sucre	Indefinido	1 de abril de 2012	1 de abril de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
10	VDC 010/12	Maria Roxana Escobar Hurtado	Diseño y decoración de interiores	Cajera de la Sucursal de Sucre	Indefinido	1 de abril de 2012	1 de abril de 2012	Victor Isaac Pinto Peña
11	VDC 014/12	Victor Isaac Pinto Peña	Auditor Financiero – Contador Publico	Coordinador Financiero	Indefinido	21 de julio de 2012	21 de julio de 2012	Gonzalo Jesus Rodriguez Cordova
12	VDC 015/12	Gonzalo Jesus Rodriguez Cordova	Egresado Facultad de Ciencias Economicas y Financieras	Gerente General	Indefinido	21 de julio de 2012	21 de julio de 2012	Victor Isaac Pinto Peña

B.11 Instructiva Cese de Operaciones

- *Con relación a las bases de datos obtenidas durante las inspecciones a la Cooperativa, se pudo verificar operaciones realizadas a partir del último trimestre de la gestión 2011 a la fecha de corte de la inspección (septiembre 2012), como se evidencia en el siguiente cuadro:*

Bases de Datos	Insp. Dic2011			Insp. Sep2012		
	Nº Ope	Saldo (Bs)	Fecha Apertura	Nº Ope	Saldo (Bs)	Fecha Apertura
CARTERA	16	217,195	Nov2011 a Feb2012	34	359,960	Nov2011 a Sep2012
CAJAS DE AHORRO	11	5,396	15-sep-11	61	251,550	May a Ago 2012
DPF	2	148,738	5 y 6 Dic2011	14	510,593	Dic2011 a Sep 2012
CERTIF. APORTACION	45	183,300	Sep2011 a Dic2011	105	461,300	Sep2011 a Ago2012

- *Según cartas ASFI/DSR IV/R-55690/2012, ASFI/DSR IV/R-103549/2012, ASFI/DSR IV/R-106507/2012 y ASFI/DSR IV/R-118655/2012 de 8 de mayo de 2012, 22 de agosto de 2012, 28 de agosto de 2012 y 20 de septiembre de 2012 respectivamente se instruye el cese de operaciones prohibiendo realizar actividades de intermediación financiera. Al respecto, la entidad incumplió esta instrucción, registrando en su base de datos operaciones posteriores, 2 desembolsos de Crédito, 3 Certificados de Depósito a Plazo Fijo y 2 depósitos en Caja de Ahorro, de acuerdo al siguiente detalle:*

Fecha Operación	Nº Crédito	C.I.	Nombre	Desembolso $US
10/09/2012	10035	4297604LP	Soraide Jimenez Luis Dario	7,000
13/09/2012	10036	5115702PO	Miranda Escarcha Luis	1,500

Fecha		Nº cuenta DPF	C.I.	Nombre	Saldo Bs	Plazo días
Apertura	Vencimiento					
14/09/2012	13/12/2012	500000006600002	999999PO	Sejas Alvaro	22,073	90
07/09/2012	08/10/2012	500000008200001	6695303PO	Huancamurana Mario	7,519	30
07/09/2012	09/10/2012	500000009000001	552155PO	Miranda Escarcha Luis	8,555	30

Nº Caja Ahorro Plus	C.I.	Nombre	Fecha Depósito	Nº Comp.	Monto Bs
5051-000124	3662514PO	Mamani Coronado Néstor	30/08/2012	677	10,000
5051-000124	3662514PO	Mamani Coronado Néstor	26/09/2012	884	10,000
Total					20,000

C RIESGO CREDITICIO

C.1 Política de Créditos

La Política de Créditos de la Cooperativa no se adecua al Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, principalmente respecto a:

- *Límites internos de concentración crediticia.*
- *Evaluación y Calificación de la cartera*
- *Tipos de Crédito*
- *Régimen de previsiones.*
- *Política de Reprogramaciones.*

- *No determina los tiempos máximos para la tramitación por tipo y producto de crédito, en cumplimiento al Título V, Anexo I, Sección 1, artículo 1, numeral 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al cierre de inspección).*
- *Define un límite de 70 años de edad para los sujetos de crédito, contraviniendo el Título V, Anexo I, Sección 1, artículo 1, numeral 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al cierre de inspección).*
- *Sustituye el término "Refinanciamiento" por "Reutilización", que no se encuentra acorde a lo establecido en el Título V, Anexo I, Sección 1, artículo 3, numeral 16 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al cierre de inspección).*
- *No menciona límites legales del 1%, 3%, 5% y 10% establecidos en el Título I, Capítulo III, Anexo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al cierre de inspección).*
- *No define "Garantía Autoliquidable" de acuerdo a lo establecido en el Título V, Anexo I, Sección 3, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al cierre de inspección).*
- *No establece la consulta de antecedentes crediticios, nivel de endeudamiento y comportamiento de pagos del deudor, cónyuge y/o garante en los Buros de Información Crediticia.*
- *No cuenta con una Política de Cobranzas que contemple procedimientos para inicio de acciones judiciales, cobranza extrajudicial y castigo de la cartera incobrable.*
- *No establece una política de excepciones.*
- *Para créditos de consumo a personas asalariadas, no establece la obligatoriedad de presentación de las 3 últimas papeletas de pago.*

D RIESGO LEGAL

D.1 Consejos elegidos en las últimas Asambleas Generales Ordinaria

Del acta de Asamblea General Ordinaria de Socios 24 de abril de 2007, se establece como miembros de los Consejos:

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN	
Juan Alberto Taborga Villegas	*Presidente*
Giovany de la Cruz Guzmán Heretty	*Vicepresidente*
Lourdes Marín Duran	*Tesorera*
Victor Justo Velarde Mamani	*Vocal*
Gonzalo Martínez Osinaga	*Vocal*
CONSEJO DE VIGILANCIA	
Raúl Luis Salvatierra Márquez	*Presidente*
Linzett Alejandra Céspedes Mendoza	*Secretario*
Alvina Amanda Torrez Antezana	*Vocal*

Ante la renuncia del Sr. Juan Alberto Taborga Villegas y Lourdes Marín Duran en Asamblea General Ordinaria de 31 de enero de 2008 (Presidente y Tesorera del Consejo de Administración respectivamente), se elige como Presidente del Consejo de Administración al Sr. Jaime Oscar Verástegui Antezana y como Tesorera a la Sra. Irma Elizabeth Mendoza Morgana.

D.2 Asamblea General Extraordinaria de 7 de septiembre de 2011

En fecha 7 de septiembre de 2011, el Comité Reorganizador conformado por el Lic. Víctor Isaac Pinto Peña y el Dr. Julio Alberto Bozo Orozco, sin ser socios de la Cooperativa convocaron a Asamblea Extraordinaria a través del periódico "La Jornada". Con anterioridad a este acto, el Presidente del Consejo de Administración electo en fecha 31 de enero de 2008 hizo entrega de documentación al señalado Comité.

En la mencionada Asamblea Extraordinaria que fue organizada "con el propósito de reactivar la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda." habiéndose reunido 26 personas que se arrogaron la calidad de socios refundadores. En el orden del día se tocó como primer punto: Informe del Comité Reorganizador, que en puntos sobresalientes exponen:

- *"El Comité reorganizador por intermedio del Sr. Víctor Pinto Peña, informó a cerca de la labor cumplida hasta el momento para* ***reconstituir la cooperativa…"***

- *Se hace referencia a la entrega de documentos del anterior Presidente del Consejo de Administración Sr. Jaime Verástegui, mismo que pese al compromiso hasta abril de 2011 no entregó la demás documentación, "… aspecto que deberá evaluar la Asamblea de Reconstitución"*

- *Se menciona que los anteriores administradores no entregaron "… ningún mueble, inmueble…". "La cooperativa en la actualidad no cuenta con oficina, la dirección que se describe en los diferentes documentos, prácticamente es inexistente." "… la cooperativa no tiene ningún recurso económico, financiero o patrimonial…"*

- *La Asamblea resuelve "La reactivación de la cooperativa… para que pueda operar desde el 3 de octubre del presente año" (2011).*

- *Manifiestan que se ha evidenciado "Quienes presidieron los consejos de administración, vigilancia, comités de crédito, administradores que* ***causaron la interrupción de las actividades de la cooperativa*** *y pasividad de los socios fundadores y todos los demás socios son absolutamente responsables …", "Para el inicio del nuevo periodo deben tomarse en cuenta estos aspectos …deberá procederse al castigo de activos y pasivos* ***debiendo asumir las***

obligaciones sociales como único vestigio institucional de gestiones anteriores …"

- *La Asamblea resuelve que sobre la base de la personería jurídica vigente el Consejo de Administración ejecute el* ***"relanzamiento de funcionamiento"*** *de la Cooperativa.*

Respecto al procedimiento de convocatoria y realización de la Asamblea, esta no se realizó de acuerdo a lo establecido en su Estatuto vigente, determinando la ineficacia de este acto, vulnerando los derechos de los miembros del Consejo de Administración a quienes corresponde convocarla, según lo establecido en los artículos 33 y 44 de su Estatuto. Asimismo, personas ajenas a la Cooperativa desconocen la calidad societaria de los inscritos hasta el 31 de diciembre de 2008 determinando su expulsión, contrariando su derecho a la libertad de asociación y vulnerándose el derecho a un debido proceso.

D.3 Acciones realizadas con posterioridad

a) Deudas con Administradoras de Fondo de Pensiones – Baja de Registros

- *En fecha 19 de enero de 2009 el Sr. Jaime Oscar Verástegui Antezana suscribió un "Convenio de Plan de Pagos" con la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. cuyo plazo fue hasta 29 de mayo de 2009.*

- *Se evidencia una tabla de amortización de aportes devengados a la Caja de Salud "CORDES" de fecha 19 de julio de 2011 en la que figura el Sr. Jaime Verástegui en su condición de Presidente del Consejo de Administración y formulario de pago de contribuciones a la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A de 30 de junio de 2012 en el que firma como representante legal de la cooperativa el Sr. Jaime Verástegui Antezana.*

Detalle	Al 30.06.2011 (Bs)	Observaciones
AFP Previsión	12.025	Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril de 2008
AFP Futuro	57.478	Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril, mayo, junio y julio de 2008
CORDES	29.764	Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril, mayo, junio y julio de 2008
Total	**99.267**	

- *Al respecto, la entidad presentó pago de formularios de Caja CORDES y las Administradoras de Pensiones Futuro y Previsión, como se detalla a continuación, no se evidenciaron pagos posteriores por los meses de abril a junio de 2008 y a partir del mes de noviembre 2008 a diciembre de 2011.*

  - ✓ *Pagos a las Administradoras de Fondo de Pensiones Futuro y Previsión por los meses de: julio a diciembre de 2007, de enero a marzo y de julio a octubre de 2008, de enero a septiembre de 2012.*

- ✓ *Pagos a Caja CORDES por los meses de: gestión 2007 de julio a diciembre, gestión 2008 de enero a abril y octubre, gestión 2012 de enero a septiembre.*

b) Actualización de Licencias de Funcionamiento Gobierno Municipal Número de Identificación Tributaria, Padrón del Empleador

- *Se actualizó la Licencia de funcionamiento del Gobierno Municipal de la ciudad de La Paz, con nueva dirección calle Mercado 1362, cuya fecha de emisión es 13 de octubre de 2011.*

- *El Número de Identificación Tributaria registra el alta de impuestos IT, IUE, IVA, RC-IVA en fecha 5 de octubre de 2011.*

c) Revocatoria de Poder N° 44/2008 de 22 de febrero de2008 otorgado por anteriores Consejeros

- *Mediante Testimonio N° 941/2011 de 30 de septiembre de 2011, se procedió a revocar el Poder General de Administración N° 44/2008 de 22 de febrero de 2008 y los Consejos de Administración y Vigilancia otorgan nuevo Poder de administración en favor del señor Víctor Isaac Pinto Peña.*

D.4 Asamblea General Ordinaria de 11 de febrero de 2012

- *A tiempo de considerar y aprobar los Estados Financieros de la gestión 2011, el Presidente del Consejo de Administración informó que "… a partir de la fecha de reactivación, la puesta en marcha, los vestigios de gestiones anteriores resulta que el cierre del primer ejercicio corresponde solo a dos meses noviembre y diciembre de la gestión 2011, …". Asimismo, a tiempo de conocer y aprobar la memoria anual se justifica su no elaboración debido a la poca actividad económica.*

D.5 Apertura de agencias

- *Se ha evidenciado la apertura de agencias en Tarija, Potosí y Sucre, vulnerando los artículos 2 y 5 de su Estatuto vigente que establece un radio de acción en la ciudad de La Paz y sin autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

E SITUACIÓN FINANCIERA

E.1 *De la información financiera presentada se ha elaborado el siguiente balance resumido:*

En unidades de Bolivianos

							PARTICIPACIÓN					
	31/12/2007	31/12/2008	31/12/2009	31/12/2010	31/12/2011	31/08/2012	30/09/2012				DIFERENCIA	
NOMBRE	7.57	6.97	6.97	6.94	6.86	6.86	6.86	31/12/2011	31/08/2012	30/09/2012	Sep12-Dic11	%
ACTIVO	**832,798**	**701,012**	**246,261**	**150,810**	**466,732**	**1,146,841**	**1,047,290**	**100.00%**	**100.00%**	**100.00%**	**580.557**	**124.39%**
DISPONIBILIDADES	14,913	18,248	11,583	3,268	28,882	149,846	50,061	6.19%	13.07%	4.78%	21,179	73.33%
INVERSIONES TEMPORARIAS	-	-	-	-	-	2	2	0.00%	0.00%	0.00%	2	#DIV/0! (sic)
CARTERA	170,086	121,490	72,894	24,298	165,059	224,862	175,988	35.36%	19.61%	16.80%	10,929	6.62%
OTRAS CUENTAS POR COBRAR	537,197	479,887	93,632	92,854	131,623	301,820	309,528	28.20%	26.32%	29.56%	177,906	135.16%

BIENES REALIZABLES	-	-	-	-	-	-	-	0.00%	0.00%	0.00%	0	#DIV/0! (sic)
INVERSIONES PERMANENTES	-	-	-	-	-	-	-	0.00%	0.00%	0.00%	0	#DIV/0! (sic)
BIENES DE USO	22,378	20,140	17,902	10,665	119,529	282,858	282,975	25.61%	24.66%	27.02%	163,447	136.74%
OTROS ACTIVOS	88,224	61,246	50,249	19,725	21,639		228,735	4.64%	16.35%	21.84%	207,096	957.03%
PASIVO	**651,586**	**947,895**	**493,145**	**397,694**	**285,264**	**1,037,460**	**192,618**	**61.12%**	**90.46%**	**18.39%**	**(92,647)**	**-32.48%**
OBLIGACIONES CON EL PÚBLICO	**293,978**	**193,738**	**135,537**	**51,417**	**154,134**	**869,747**	**-**	**33.02%**	**75.84%**	**0.00%**	**(154,134)**	**-100.00%**
OTRAS CUENTAS POR PAGAR	357,608	754,157	357,608	346,277	131,131	167,713	192,618	28.10%	14.62%	18.39%	61,487	46.89%
PATRIMONIO	**181,211**	**(246,884)**	**(246,884)**	**(246,884)**	**181,468**	**109,378**	**854,670**	**38.88%**	**9.54%**	**81.61%**	**673,202**	**370.98%**
CAPITAL SOCIAL	346,000	135,700	135,700	135,700	186,200	461,300	1,236,074	39,89%	40.22%	118.03%	1,049,874	563.84%
APORTES NO CAPITALIZADOS	-	-	-	-	-	-	-	0.00%	0.00%	0.00%	0	#DIV/0! (sic)
AJUSTES AL PATRIMONIO	-	-	-	-	-	-	-	0.00%	0.00%	0.00%	0	#DIV/0! (sic)
RESERVAS	-	-	-	-	-	-	-	0.00%	0.00%	0.00%	0	#DIV/0! (sic)
RESULTADOS ACUMULADOS	(164,789)	(382,584)	(382,584)	(382,584)	(4,732)	(351,922)	(381,405)	-1.01%	-30.69	-36.42%	(376,673)	7959.91%
Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	463	(164,789)	(164,789)	(164,789)	-	(4,732)	(4,732)	0.00%	-0.41%	-0.45%	(4,732)	#DIV/0! (sic)
Utilidades (Pérdidas) del Periodo o Gestión	(165,252)	(217,795)	(217,795)	(217,795)	(4,732)	(347,190)	(376,673)	-1.01%	-30.27%	-35.97%	(371,940)	7859.91%
PASIVO Y PATRIMONIO	**832,797**	**701,011**	**246,261**	**150,810**	**466,732**	**1,146,839**	**1,047,288**	**100.00%**	**100.00%**	**100.00%**	**580,555**	**124.39%**

La información de la gestión 2008, solamente contiene operaciones registradas hasta el 31 de marzo de 2008.

De cuyo análisis, se tiene lo siguiente:

- *Se evidencia una tendencia decreciente del activo, pasivo y patrimonio desde la gestión 2007 a 2010.*
- *Se desconocen las razones por las cuales al 31 de diciembre de 2011 no se registran las pérdidas acumuladas.*
- *Mediante acta de asamblea general extraordinaria de socios celebrada el 17 de septiembre de 2011, se resuelve la reactivación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Comunal Cerrada "Virgen de Copacabana" Ltda., iniciando sus operaciones nuevamente desde el 3 de octubre de 2011 con nuevos estados financieros.*
- *El activo al 30.09.2012 alcanza a Bs1.047.290, el pasivo Bs192.618 y el patrimonio Bs854.670, conformado por certificados de aportación y ahorro de sus socios (Caja de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo) y una pérdida del periodo de Bs376.673.*
- *Los activos líquidos representan 4.78% del activo total (Bs50.061) que se han reducido en Bs21.179 respecto a diciembre 2011 (Bs28.882).*
- *La razón activo líquido sobre pasivo muestra un coeficiente de 25.99%, por encima de lo reportado en diciembre/2011 (10.12%), debido a que los ahorros de sus socios fueron registrados en el Patrimonio. La tendencia del activo líquido es como sigue:*

	31/12/2007	31/12/2008	31/12/2009	31/12/2010	31/12/2011	31/08/2012	30/09/2012
ACTIVOS LÍQUIDOS	2%	3%	2%	0%	4%	21%	7%
CARTERA NETA	24%	17%	10%	3%	24%	32%	25%
OTROS ACTIVOS	92%	80%	23%	18%	39%	110%	117%
TOTAL	119%	100%	35%	22%	67%	164%	149%

La información de la gestión 2008, solamente contiene operaciones registradas hasta el 31 de marzo de 2008.

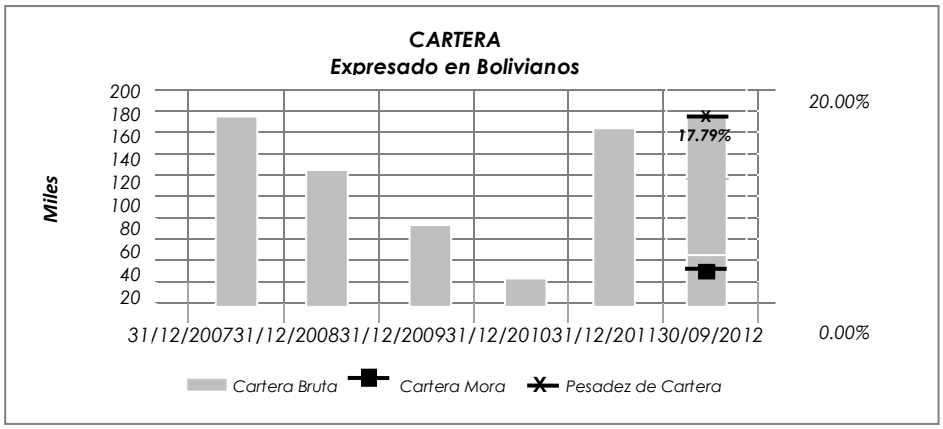
- *La tendencia de activos líquidos contra las obligaciones con el público (Caja de Ahorro y Certificados de Aportación Remunerados de sus socios) es la siguiente:*

	31/12/2007	31/12/2008	31/12/2009	31/12/2010	31/12/2011	31/08/2012	30/09/2012
PATRIMONIO	181,211	(246,884)	(246,884)	(246,884)	181,468	109,378	854,670
ACTIVOS LÍQUIDOS	14,913	18,248	11,583	3,268	28,882	149,848	50,063
CARTERA NETA	170,086	121,490	72,894	24,298	165,059	224,862	175,988
OBLIG. PÚBLICO	293,978	193,738	135,537	51,417	154,134	869,747	0

La información de la gestión 2008, solamente contiene operaciones registradas hasta el 31 de marzo de 2008.

- *La cartera bruta alcanza a Bs173.386, representa el 16.56% del activo total, pese a que la entidad no constituye previsiones por incobrabilidad de cartera, siendo la cuenta más representativa otras cuentas por cobrar por Bs309.528 (29.56%), bienes de uso por Bs282.975 (27.02%) y otros activos por Bs228.735 (21.84%).*

- *Desde la gestión 2008 la cartera bruta ha tenido una tendencia decreciente, durante la presente gestión se incrementó en Bs9.279 (5.65%), con una pesadez del 17.79%, no cuenta con previsiones específicas ni genéricas.*



La información de la gestión 2008, solamente contiene operaciones registradas hasta el 31 de marzo de 2008.

- *El capital primario asciende a Bs461.300 equivalente a 44.231 Derechos Especiales de Giro, inferior al mínimo requerido para Cooperativas de 100.000. Por otro lado, la relación pérdidas acumuladas y de gestión sobre capital primario es de -82.68%, comprometiendo el patrimonio en esta proporción.*

	CALCULO DE CAPITAL PRIMARIO (Expresado en Bolivianos)	30.09 2012
(+)	**Aportes de los socios cooperativistas – Certificados de Aportación**	**461,300**
	311.00 Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)	461,300
(+)	**Fondos de reserva no distribuibles**	**0**
	342.03 Reservas no distribuible (sic) por ajuste por inflación del patrimonio	
(+)	**Donaciones recibidas de libre disposición**	**0**
	322.02 Donaciones recibidas de libre disponibilidad pendientes de capitalización	
(=)	**CAPITAL PRIMARIO INICIAL**	**461,300**
	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	(381,405)
	PÉRDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO	**-82.68%**

- *El Coeficiente de Adecuación Patrimonial ajustado es 4.43%, inferior al mínimo requerido por el inciso a) del artículo 47 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (10%), cuyo cálculo es el siguiente:*

Código	Nombre	Saldo Total Activo	Coeficiente de Riesgo	CAP ENTIDAD	CAP Con Ajustes
Categoría I	Activos con riesgo de 0%	49,492	0%	0	0
Categoría II	Activos con riesgo de 10%	0	10%	0	0
Categoría III	Activos con riesgo de 20%	570	20%	114	114
Categoría IV	Activos con riesgo de 50%	0	50%	0	0
Categoría V	Activos con riesgo de 75%	0	75%	0	0
Categoría VI	Activos con riesgo de 100%	997,227	100%	997,227	997,227
Totales		**1,047,290**		**997,341**	**997,341**
Total Activo mas Contingentes			**A**	1,047,290	1,047,290
Total Activo de Riesgo Computable			**B**	997,341	997,341
10% sobre el Activo Computable			**10% DE B**	99,734	99,734
Patrimonio Neto			**P.N.**	44,231	7,661
Excedente / (Deficit) Patrimonial			**D - C**	-55,503	-92,073
Coeficiente de Suficiencia Patrimonial			**D / B**	**4,43%**	**0.77%**

- *El activo improductivo a diciembre 2011 fue del 64.84%, a septiembre alcanza a 86.39%, lo cual deriva en una estructura financiera menos eficiente, al ser financiados por pasivos con costo.*

E.2 DESEMPEÑO FINANCIERO

ENTIDAD : COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.
ANALISIS DE RESULTADOS / VARIACIÓN ACUMULADA
En unidades de Bolivianos

	31/12/2007	31/12/2008	31/12/2009	31/12/2010	31/12/2011	31/08/2012	30/09/2012	Participación			Diferencia	
	Anual	Anual	Anual	6.94	6.86	6.86	6.86	31/12/2011	31/08/2012	30/09/2012	Sep12-Dic11	Rel.%
Ingresos Financieros	3,513	0	0	0	1,375	38,502	41,922	100.00%	100.00%	100.00%	40,247	2403.10%
Gastos Financieros	(240)	(8,690)	0	0	(740)	(12,524)	(14,283)	-44.21%	-32.53%	-34.07%	(13,543)	1829.22%
RESULTADO FINANCIERO BRUTO	3,272	(8,690)	0	0	934	25,979	27,639	55.79%	67.47%	65.93%	26.704	2857.79%
Comisiones por servicios neto	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Ingresos Operativos Diversos neto	0	0	0	0	0	2,001	2,427	0.00%	5.20%	5.79%	2,427	
Ganacias (sic) por cambio y arbitraje	0	0	0	0	0	990	987	0.00%	2.57%	2.35%	987	
Impuestos	0	0	0	0	(50)	(2,077)	(2,197)	-2.99%	-5.39%	-5.24%	(2,147)	4294.40%
MARGEN OPERATIVO BRUTO	3,272	(8,690)	0	0	884	26,893	28,855	52.81%	69.85%	68.83%	27,971	3162.52%
Gastos de personal	0	0	0	0	(511)	(229,400)	(233,960)	-30.52%	-595.81%	-558.08%	(233,448)	45673.91%
Gastos Administrativos-(Personal+Deprec+Amort)	0	0	0	0	(5,102)	(146,919)	(174,093)	-304.62%	-381.58%	-415.28%	(168,991)	3312.45%
MARGEN OPERATIVO NETO	3,272	(8,690)	0	0	(4,728)	(349,426)	(379,197)	-282.33%	-907.54%	-904.53%	(374,469)	7919.61%
Recup. Act. Financieros netos	0	0	0	0	0	624	741	0.00%	1.62%	1.77%	741	
Ingresos por inversiones no financieras neto	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Venta de bienes realizables neto	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Ajuste por diferencia de cambio, mantenimiento de valor	0	0	0	0	0	1,613	1,785	0.00%	4.19%	4.26%	1,785	
Ajuste por inflación neto	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Depreciación y Desvalorización de Bs.de Uso + Bs. alquilados	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Amortización de Cargos Diferidos	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Impuestos IUE	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
RESULTADO ECONOMICO BRUTO	3,272	(8,690)	0	0	(4,728)	(347,190)	(376,672)	-282.33%	-901.74%	-898.51%	(371,943)	7866.19%
Ingresos extraordinarios netos	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
Ingresos de gestiones anteriores	0	0	0	0	0	0	0	0.00%	0.00%	0.00%	0	
RESULTADO NETO DEL EJERCICIO	3,272	(8,690)	0	0	(4,728)	(347,190)	(376,672)	-282.33%	-901.74%	-898.51%	(371,943)	7866.19%

- *No se cuenta con información de las gestiones 2009 y 2010, cuyos resultados no igualan con los registrados en el balance general.*

- *Los ingresos y los gastos financieros se han incrementado en Bs40.247 (2403.10%) y Bs13.543 (1829.22%) respectivamente, generando un resultado financiero bruto de Bs27.639, que no permite cubrir los gastos administrativos Bs174.093 y de Personal Bs233.960, obteniendo una pérdida de gestión de Bs376.672.*

- *Los gastos administrativos representan el 978.60% de los ingresos financieros, que se incrementó respecto a diciembre 2011 (338.12%). El ratio gastos administrativos sobre cartera bruta aumento de 6.01% a 324.15%, aspecto que denota un aumento de la deficiencia en la colocación de sus recursos económicos.*

- *Los índices de rentabilidad son negativos ROA -66.34% y ROE -96.94%, evidenciando deficiencia en el uso de sus activos.*

E.3 CRITERIOS DE VIABILIDAD FINANCIERA

La entidad solo cumple el 7% de los criterios de viabilidad financiera, según el siguiente cuadro:

CRITERIOS DE VIABILIDAD FINANCIERA

No.	CRITERIO	EVALUACIÓN	CUMPLE		
			SI	NO	N/A
1	Pérdidas iguales o mayores al 50% del Capital Primario.	La entidad tiene pérdidas acumuladas del 82.68%		1	
2	Insuficiencia mayor al 50% del nivel de CAP establecido en la LBEF Artículo 47 (10%).	A septiembre el CAP es 0.77%		1	
3	Imposibilidad de cumplimiento en el pago de una o más obligaciones líquidas y exigibles.	El activo líquido/pasivo alcanza a 26%		1	
4	Denuncias o reclamos realizados por socios de la Cooperativas (sic) directamente a ASFI sobre la no devolución de depósitos.				1
5	Que no haya tenido continuidad en la atención a sus socios en los últimos 3 años 8desde la promulgación de la Ley No 3892 18 de junio de 2008).	El 1er certificado de aportación fue realizado en fecha 5.12.11		1	
6	Que se hayan determinado prácticas de gestión que pongan en grave peligro los depósitos del público, al situación de solvencia y liquidez de la entidad, como ser:				1
6a.	Que los auditores externos de la entidad se hayan abstenido de omitir (sic) opinión o que su opinión haya sido negativa.	La entidad no ha realizado ninguna auditoría externa		1	
6b.	Existencia de créditos vinculados en concordancia con el Artículo 50 de la LBEF, otorgados de manera preferencial o irregular.	Existe (sic) vinculados (Sra. Veronica Trujillo con un saldo de Bs27 mil, mantiene cargo de suplente del consejo de vigilancia)		1	
7	Que la relación de activos de primera calidad respecto al total de depósitos recibidos por la entidad sea inferior al 0.8.				1
	OTROS CRITERIOS				
8	Margen Financiero negativo o inferior a un porcentaje determinado en relación al promedio del sistema.	El margen financiero a sept.2012 alcanza a Bs27.639	1		
9	Liquidez (disponibilidades <= 30 días / depósitos del público) inferior a un	Liquidez Disponible / Depósitos a30 días a agosto		1	

	porcentaje determinado	*alcanza a 22.55%.*			
10	*Definir un porcentaje de relación de Activo Improductivo sobre el Activo total, que permita determinar una estructura financiera inadecuada y que comprometa la sostenibilidad en el tiempo.*	*El activo improductivo a sept. 2012 alcanza a 86.39%.*		*1*	
11	*Definir una cobertura mínima de previsiones sobre cartera en mora, en el caso de estar por debajo , la constitución de la deficiencia impactaría de manera significativa el Patrimonio*	*La entidad no registra previsiones de cartera ni cuentas por cobrar antigua data.*		*1*	
12	*En base a un análisis de tendencias (activos, ingresos, pérdidas, etc…), determinar si la entidad presenta una propensión negativa y que incidirá en su sostenibilidad en el tiempo, os e encuentra discordante al comportamiento del mercado.*	*Porcentaje bajo en Cartera Neta y pérdidas del periodo que son negativas.*		*1*	
	Los datos fueron obtenidos en base a estados financieros proporcionados por la entidad con corte a septiembre 2012		***1***	***10***	***3***
		nivel de cumplimiento			***7%***

CONSIDERANDO

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 de 24 de junio de 2013, en el análisis de la controversia del presente caso, en relación al funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. a tiempo de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, señala:

> *"… Sin embargo de ello, el hecho de que prestaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., conforme el artículo 8 inc. m) del Decreto Supremo N° 25703, resultaría en una operación propia de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas, consistente en "Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias"*
>
> *Esta como otras de las argumentaciones presentadas por la entidad recurrente, que no han sido analizadas por la Autoridad Reguladora, denota el incumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, y en especial del inc. d) artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, quien para emitir una firme y serena convicción debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad, siguiendo los hechos, documentos presentados y que se requiera, para recién pronunciarse si existe algún documento contrato u otra documentación que permita validar dicho extremo."*

Al respecto, el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A. no se adecua a lo señalado en el inciso m) del Decreto Supremo N° 25703, puesto que no existe evidencia de la existencia de un contrato de corresponsalía válido para producir efectos, que haya sido firmado con ninguna entidad financiera bancaria o no bancaria que haya estado vigente al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Asimismo, en cumplimiento de lo señalado por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha procedido a realizar las siguientes acciones:

- *Mediante notas ASFI/DSR IV/R-149844/2012 de 16 de noviembre de 2012 y ASFI/DSR IV/R-158745/2012 de 4 de diciembre de 2012, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicitó al Presidente Ejecutivo del Servicio de Impuestos Nacionales información de la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. referida a todos los movimientos, reportes, altas, bajas, cierre o reactivación de su Número de Identificación Tributaria en las gestiones 2001 al 2012, en respuesta a la solicitud, mediante CITE: SIN/GRE/DPCR/NOT/4142/2012 de 26 de noviembre de 2012, en la que se establece como Número de Identificación Tributaria 141185027 inscrito en fecha 2 de agosto de 2006, estado activo habilitado, actividad otro tipo de crédito hasta el 26 de febrero de 2010, reinicio en fecha 5 de octubre de 2011, jurisdicción Gerencia Distrital de La Paz, representante legal Pinto Peña Víctor Isaac, no registra sucursales. En este sentido, no se ha podido evidenciar la realización de operaciones propias de Cooperativas de Ahorro y Crédito, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo 25703.*

- *Mediante comunicación ASFI/DSR I/R-153677/2012 de 23 de noviembre de 2012, se anexo carta GO/E/284/2012 NUT108196 de la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" de 16 de noviembre de 2012, en la cual se adjuntó fotocopia simple del contrato de servicios de cobranza de impuestos y otros servicios suscritos con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. de fechas 7 diciembre de 2007, enero y febrero de 2008.*

Se adjunta fotocopia del CITE-ADM-CI 015/2008 de 19 de febrero de 2008 de la Cooperativa Virgen de Copacabana haciendo referencia a temas tratados de manera verbal para la rescisión de contrato por servicios de cobranza de impuestos y otros servicios.

Se adjunta fotocopia del MLP/GOP/0057/08 del 19 de febrero de 2008 de Mutual La Paz, poniendo en consideración del Directorio la posible rescisión de Contrato con la Cooperativa Virgen de Copacabana.

Se adjunta Fotocopia de Acta de Directorio de Mutual La Paz N°013/2008 de 19 de febrero de 2008, en la que se determina resolver el contrato suscrito con la Cooperativa Virgen de Copacabana, por incumplimiento en la entrega de la boleta de garantía.

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectúo la evaluación de dicha documentación, concluyendo que la misma no demuestra el funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda. al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, por cuanto dicha información se refiere a los meses de enero y febrero de 2008, como se detalla a continuación:

Fecha	N° CC	DETALLE	IMPORTE Bs
11/01/2008	246	Pago prima mensual Dic/2007	20,000.00
11/01/2008	247	Pago 45% de comisiones por recaudaciones RUAT Dic/2007	5,169.40
28/01/2008	671	Reembolso por gastos de instalación Ventanilla Tarija	37,838.50
20/02/2008	759	Pago 45% de comisiones por recaudaciones RUAT Ene/2008	22,825.84
TOTAL PAGOS			**85,833.74**

De lo anterior se establece que esta Autoridad de Supervisión, ha procedido a investigar la verdad material dando preponderancia a la verdad jurídica objetiva, por tanto, no se limitó solamente a conocer la documentación ya ofrecida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.

"Asimismo, la Entidad Supervisora, principalmente omitió señalar cuáles son las operaciones o actividades mínimas que tendría que cumplir o haber cumplido la cooperativa para que la misma se considere en funcionamiento al 18 de junio de 2008, fecha establecida en la Ley N° 3892, y no dejar en incertidumbre a su regulado quien no conoce los parámetros establecidos para llegar a dicho convencimiento y de esta manera pueda ejercer el derecho a la defensa que le asiste."

La documentación presentada por la Cooperativa, mediante notas dirigidas a esta Autoridad de Supervisión como la exhibida en Inspección, no constituyen elementos suficientes de prueba que justifiquen los argumentos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., lo que implica que no se ha demostrado la realización de las actividades propias de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, las mismas que se detallan a continuación: a) Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos. b) Emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias. Los certificados de aportación voluntarios que no estuvieran garantizando préstamos, podrán ser retirados de acuerdo con las normas vigentes en cada Cooperativa. c) Recibir créditos de personas jurídicas nacionales o extranjeras. d) Recibir créditos del Estado e instituciones públicas. e) Recibir donaciones. f) Otorgar préstamos de corto, mediano y largo plazo, con garantías solidarias, personales, hipotecarias, prendarias o combinadas, en las mismas condiciones y límites establecidos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas. g) Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad. h) Realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país. i) Realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas. j) Comprar, conservar y vender por cuenta propia certificados de depósito emitidos por entidades financieras y títulos emitidos por el Banco Central de Bolivia y por el Tesoro General de la Nación. k) Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro. l) Recibir letras u otros efectos en cobranza, así como, efectuar operaciones de cobranza de luz, agua, teléfono y otros servicios. m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, de acuerdo al Reglamento que emita la Superintendencia.

> *"Siguiendo la misma línea de razonamiento, tenemos que de igual manera a tiempo de valorar los Estados Financieros, el Ente Regulador se pronuncia en*

sentido de que los mismos serían insuficientes y carecerían de sustento y respaldo, sin señalar las causas para llegar a dicha conclusión."

Los estados financieros presentados no cumplen con los requisitos mínimos requeridos de confiablidad, al estar incompletos en las gestiones 2009 y 2010 solo hay Balance General que muestra la situación a una fecha determinada, sin embargo, al no tener el Estado de Resultados se desconoce los resultados de gestión obtenidos. Adicionalmente, no cuentan con los demás estados financieros (Estado de Ganancias y Pérdidas, Flujo de Efectivo y Evolución del Patrimonio), demostrando una situación financiera que no puede ser validada ya que carecen de documentación de respaldo, debido a que solo se cuenta con comprobantes contables de ingresos, egresos y traspasos desde el mes de enero 2007 a marzo 2008 y del mes de septiembre de 2011 a septiembre de 2012, incumpliendo normativa vigente citamos el artículo 46 del Código de Comercio, que establece que mínimamente deberían tener el Estado de Situación Patrimonial y Estado de Ganancias y Pérdidas.

"Por lo que, la Autoridad Fiscalizadora deberá hacer un nuevo análisis y una nueva valoración de la documentación presentada y requerir si así ameritaría (bajo el principio de verdad material) mayor documentación, a fin de determinar si la misma cumple o no con los requisitos que respaldarían el requisito de encontrarse en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892.

Por lo tanto, se observa que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, y ASFI N°653/2012 de 26 de noviembre de 2012, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas, toda vez que no existe una enunciación clara y concreta sobre las observaciones que fundan el rechazo, aspecto que no permite al recurrente tener en claro los argumentos que basan dicha decisión, dando o entender subjetividad en la decisión."

Esta Autoridad de Supervisión, ha procedido a la valoración de toda la documentación existente relacionada a la demostración del funcionamiento o no de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en este sentido, en inspección realizada del 3 al 12 de octubre de 2012, cuyos resultados se expresan en Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se ha recabado parcialmente la documentación requerida, debido a que la entidad no logró proporcionar a la Comisión de Inspección, la totalidad de la misma, que se constituye en información esencial para determinar la realización de operaciones permitidas a Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Al respecto, la Cooperativa según nota 004 de 8 de octubre de 2012 comunica que la anterior administración no entrego la totalidad de la información y documentación, por tanto se hallan impedidos de entregar lo siguiente:

- *Libros Mayores de 2007 a 2011 (septiembre 15)*
- *Estado de Resultados 2009, 2010 y 2011 (septiembre)*

- *Estados Financieros Auditados o Informes de Auditoría Externa (2007 a 2011)*
- *Memorias Anuales (2007 a 2011)*
- *Estados de Cuenta de (2007 a 2011 septiembre)*
- *Conciliaciones Bancarias (2007 a 2011 septiembre)*
- *Libros de Actas de Asamblea de socios, Consejeros de Administración, Vigilancia y comité de créditos (2007 a 2011 septiembre)*
- *Bases de datos (2007 a 2011 septiembre)*
- *Ningún archivo magnético (2007 a 2011 septiembre)*

La entidad solamente entregó Estados Financieros de las gestiones 2006, 2007 y 2012, Balance General 2009 y 2010 (sin Estado de Resultados), mayores de las cuentas con el movimiento del último trimestre de la gestión 2011 y 2012 (septiembre), comprobantes contables de ingresos, egresos y traspasos, desde el mes de enero 2007 a marzo 2008, declaraciones juradas a Impuestos Nacionales correspondiente a la gestión 2008 de los que no se pudo identificar el concepto, puesto que la entidad no presentó los comprobantes contables posteriores a marzo 2008.

Asimismo, se ha procedido a la revisión de un "Convenio de Plan de Pagos" suscrito en fecha 19 de enero de 2009 con la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A.; tabla de amortización de aportes devengados a la Caja de Salud "CORDES" de fecha 19 de julio de 2011 y formulario de pago de contribuciones a la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A de 30 de junio de 2012.

La entidad presentó pago de formularios de las Administradoras de Pensiones Futuro y Previsión y la Caja CORDES, donde no se evidenciaron pagos posteriores por los meses de abril a junio de 2008 y a partir del mes de noviembre 2008 a diciembre de 2011.

Por otra parte la Cooperativa presentó la Licencia de funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., otorgada por el Gobierno Municipal de la ciudad de La Paz, mostrando como fecha de emisión el 13 de octubre de 2011.

Asimismo, presentaron el Número de Identificación Tributaria de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. que registra el alta de impuestos IT, IUE, IVA, RC-IVA en fecha 5 de octubre de 2011.

No se ha podido evidenciar la realización de auditorías externas de ninguna gestión.

Adjunto a memorial de fecha 21 de noviembre de 2012, presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., se encuentra la siguiente documentación:

- *En los siguientes anillados se adjunta la siguiente información correspondiente a los meses de mayo a diciembre de 2007: comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, balance de sumas y saldos, libros de compras y ventas IVA, reporte de operaciones de caja, adjunta*

facturas originales, papeletas de otorgación de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiro de capital, rendiciones de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y Administradoras de Fondos de Pensiones, de acuerdo al siguiente detalle:

- ✓ *Un legajo anillado de los meses de mayo, junio y julio de 2007 foliados del 000001 al 000095*
- ✓ *Un legajo anillado del mes de agosto de 2007 foliados del 000001 al 000140*
- ✓ *Un legajo anillado del mes de septiembre de 2007 foliados del 000001 al 000193*
- ✓ *Un legajo anillado del mes de octubre de 2007 foliados del 000001 al 000216*
- ✓ *Un legajo anillado del mes de noviembre de 2007 foliados del 000001 al 000344*
- ✓ *Un legajo anillado del mes de diciembre de 2007 foliados del 000001 al 000425*

- ➢ *Los libros empastados remitidos a esta Autoridad correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo 2008 en la que se adjunta: Formularios de Impuestos IVA e IT, libro de compras y ventas, Estado de Situación Patrimonial, Estado de Ganancias y Pérdidas, Libros Mayores, comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, reporte de operaciones de caja, adjunta facturas originales, papeletas de cambio de monedas, papeletas de depósitos y retiro de cajas de ahorro, papeletas de otorgación y amortización de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiros de capital, rendiciones de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y Administradoras de Fondos de Pensiones.*

  - ✓ *Un libro empastado del mes de enero de 2008 foliados del 000001 al 000243*
  - ✓ *Un libro empastado del mes de febrero de 2008 foliados del 000001 al 000226*
  - ✓ *Un libro empastado del mes de marzo de 2008 foliados del 000001 al 000264*

- ➢ *Se remite un legajo de Formularios Certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales y Fotocopias de Estados de Situación Patrimonial de las gestiones 2008, 2009, 2010 y 2011, foliados del 000001 al 000095, correspondiente a formularios mensuales del Impuesto al Valor Agregado IVA (Formulario - 200), Impuesto a las Transacciones IT (Formulario - 400), Régimen Complementario del IVA (Formulario - 608), Impuesto a las Utilidades IUE (Formulario - 500) y Presentación de Estados Financieros o Memoria Anual (Formulario - 605), Estados de Situación Patrimonial Anual.*

- *En un legajo de Caja de Salud CORDES correspondiente a la Gestión 2008, foliados del 000001 al 000126, se adjuntan Formularios de Liquidación y pago mensual de aportes, planilla de sueldos, convenio de pago suscrito entre la Cooperativa y CORDES, incluye pagos realizados de la gestión 2008 hasta el mes de noviembre y de la Gestión 2012.*

- *De la revisión de un legajo de los Aportes a las Administradoras de Fondos de Pensión Previsión y Futuro de la gestión 2008, foliados del 000001 al 000061, se adjunta información correspondiente a planillas de sueldos, formularios de pago de contribuciones, convenios de pago suscritos entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y la Cooperativa, Compromisos de pago, liquidaciones, planes de pago suscritos en la gestión 2009.*

- *Se envió un legajo de Finiquitos cancelados al personal en la gestión 2008, foliados del 000001 al 000196, en la misma se adjunta Comprobantes de Depósito y Finiquitos personalizados según formularios del Ministerio del Trabajo, de las oficinas de La Paz, Cochabamba, Oruro, Sucre, Santa Cruz, incluye papeletas de depósito bancario, contienen firmas de la Cooperativa, personal interesado y visto bueno del Ministerio del trabajo, cabe aclarar que los finiquitos cancelados son entre los meses de junio y octubre de 2008.*

Esta Autoridad de Supervisión, ha considerado todos los documentos cuya existencia se ha evidenciado en inspección, los datos y los hechos reflejados en las actas de la Cooperativa, información que ha sido remitida y los que han sido solicitados a otras Direcciones transversales del mismo Órgano de Regulación y al Servicio de Impuestos Nacionales, estos han sido íntegramente analizados y valorados a fin de llegar al conocimiento de la realidad, sobre la cual se llega a la conclusión de que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana no ha acreditado la realización de operaciones propias de cooperativas de ahorro y crédito societarias al 18 de junio de 2008, condición que debe cumplirse para el inicio del proceso de adecuación.

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 de 24 de junio de 2013, en el análisis de la controversia del presente caso, en relación a las Resoluciones ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI N° 233/2012, de 12 de junio de 2012, señala:

"Pese a que la Autoridad Reguladora comunica a la Cooperativa de que ésta debería esperar una nueva norma que defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas, la misma realiza una Visita de Inspección Ocular con corte al 31 de diciembre de 2011 y concluye que no habría encontrado evidencia suficiente que acredite el funcionamiento de la Cooperativa a la promulgación de la Ley 3892, y a su vez, determina el cese de operaciones de la Cooperativa.

Que, en este sentido, si bien el presente proceso no versa sobre dichos actuados, cabe precisar que la Autoridad Supervisora no debió emitir ningún pronunciamiento cual lo hizo, tomando en cuenta la fecha de presentación de la solicitud.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber emitido dos actos administrativos, con requisitos adicionales uno del otro, ha generado inseguridad jurídica al regulado quien a ciencia cierta no conoce cuál de las normas le corresponde sea aplicada a la misma, contando con dos rechazos la primera arguyendo que la solicitud se encontraría fuera de plazo establecido en la Circular ASFI N° 38/2010 de 22 de febrero de 2010 y principalmente que no habría cumplido con los requisitos de la Ley N° 3892 en cuanto al funcionamiento y el segundo acto señalando que ésta no habría cumplido con los requisitos de la Resolución ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, generando incertidumbre al administrado en cuanto a qué norma debió ser aplicada y qué requisitos debió cumplir para obtener el certificado de Adecuación.

Que dicha confusión ha llevado a que la propia recurrente que, a través de nota EJ-OC-AJ-N° 003/2012 de fecha 15 de octubre de 2012, solicita y pide a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aplique la Resolución N° 233/2012, en razón a que ésta sería más beneficiosa, al señalar:

> *"...en Asamblea General Extraordinaria de Socios celebrada el 16 de junio de 2012 protocolizada mediante Testimonio N° 0588/2012 en cuyo orden del día se encontraba incluida informe sobre el proceso de adecuación, se establece que en virtud a la nueva Resolución ASFI N° 233/2012 las condiciones son mucho más favorables (sic) para la Cooperativa, por lo que se resuelve proseguir el proceso de adecuación con el respaldo de todos los socios..."*

Sin embargo la recurrente, a tiempo del recurso jerárquico, solicita que se aplique el procedimiento establecido mediante Circular ASFI N° 38/2010 de 22 de febrero de 2010 que puso en vigencia la Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010. Por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá pronunciarse respecto de cuál es la norma a ser aplicada al caso de autos, tomando en cuenta que la solicitud de adecuación presentada por la Cooperativa, mediante nota CITE VDCACV-PE-N°002/11, fue aceptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en primera instancia."

Al respecto, la carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012 por la que se remite a la Cooperativa, copia del Informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, señala en función al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado y vigente en ese momento mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, que de acuerdo con la Sección 10, Capítulo III, Título I, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se establecen dos requisitos para la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal: 1) que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 se hayan encontrado en funcionamiento; y 2) que la incorporación se haya producido hasta el 30 de junio de 2010. Los resultados del Informe señalado determinan que "no existe suficiente evidencia del funcionamiento de la entidad a la fecha de la

promulgación de la Ley N°3892, reactivando sus operaciones con la constitución de nuevos aportes el 17 de septiembre de 2011.". Asimismo, la nota por la que solicita "el registro al proceso de adecuación" fue presentada el 29 de diciembre de 2011. De lo señalado se establece que la Cooperativa no cumplía con estos dos requisitos, razón por la que se instruye el cese de operaciones. Asimismo, según normativa vigente en el momento de la emisión de éste acto administrativo se señaló ante el incumplimiento de la instructiva se considerará las operaciones realizadas como actividad financiera ilegal.

Posteriormente, en el marco de las competencias atribuidas por el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que le delega una facultad reglamentaria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, modificando el contenido del Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (estructura vigente a la fecha en la que se emite el segundo acto administrativo Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012), e incorpora nuevos requisitos como son el análisis y evaluación de la viabilidad financiera y de gobierno, como exigencias adicionales de prudencia, actuando de forma justa y equitativa, con las Cooperativas que iniciaron el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, como disponía la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.

Bajo esta premisa legal la norma aplicable al presente caso es la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que modifica el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, en cumplimiento a un mandato de regulación, estableciendo como primer requisito a cumplir para que una cooperativa inicie el proceso de adecuación, el demostrar que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. se encontraba en funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DSR IV/R-100680/2013 de 8 de julio de 2013, recomienda emitir Resolución Administrativa de no Admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., por incumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 5, Sección 1 y artículos 1 y 2, Sección 10, Capítulo III, Título I, Libro 1°, contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura actual) y disponer el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. y el inicio del cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE COMPLEMENTACIÓN Y ENMIENDA ASFI Nº 478/2013 DE 01 DE AGOSTO DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa de Complementación y Enmienda ASFI Nº 478/2013 de 1° de agosto de 2013, mediante la cual resolvió:

"...***ÚNICO:*** *Declarar* ***IMPROCEDENTE*** *la solicitud de complementación y enmienda de la Resolución N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, solicitada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., en el memorial de fecha 25 de julio de 2013, conforme a los fundamentos expuestos en la presente Resolución…*"

Los argumentos expuestos en dicha Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 de 24 de junio de 2013, notificada a esta Autoridad de Supervisión el 1 de julio de 2013,dispuso anular el proceso administrativo hasta la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 inclusive, al considerar que el acto administrativo no gozaba de validez y había sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y en especial los derechos consagrados del recurrente, debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la señalada Resolución.

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013 esta Autoridad de Supervisión, resuelve NO ADMITIR a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. el ingreso al Proceso de Adecuación, solicitado mediante nota VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, por incumplimiento al requisito establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Libro 1°, Título I, Capítulo III, sección 1, artículo 5 y Sección 10, Artículos 1 y 2, (Estructura actual) relativo al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008. En consecuencia, se dispone el cese inmediato de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. y proceder a un cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos, a su vez se señala convocar a una Asamblea Extraordinaria de Socios, con el objeto único de dar lectura en detalle a la Resolución y poner a su consideración la disolución voluntaria de la Cooperativa.

Que, mediante memorial recepcionado en fecha 25 de julio de 2013 la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda., al amparo de lo señalado en el artículo 36 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113, solicita aclaración y complementación, de la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, en los siguientes términos:

"En fecha 24 de junio de 2013, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013, por la que anulaba el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 inclusive, debiendo en consecuencia,

dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Lo dispuesto por la autoridad jerárquica tuvo su fundamento en todos los argumentos señalados y descritos en la parte considerativa de la citada resolución ministerial y ha dispuesto que la ASFI a tiempo de emitir su pronunciamiento, debe aplicar las normas previo análisis legal de su aplicabilidad y vigencia, en consecuencia, corresponde analizar los mismos ha objeto de evidenciar que la ASFI a momento de emitir la R.A. 424, a nuestro entender, no ha valorado ni ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por la autoridad jerárquica, en consecuencia corresponde complementarla y aclararla.

Efectuamos esta afirmación basándonos en las conclusiones y determinaciones que estableció la Resolución Ministerial 040/2013, las cuales pasamos a detallar:

- *En las páginas 88 a 92, se dispone que se defina y fundamente el reglamento que corresponde aplicar a la CAC VDC Ltda., entre sus Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12 concerniente a las secciones 1° y 2° en ambos casos respectivamente.*

  De la simple lectura de la R.A. 424 se evidencia que no existe análisis y menos pronunciamiento claro y concreto sobre este tema, en consecuencia, corresponde complementar la citada resolución exponiendo y aclarando la norma que se va a aplicar.

- *De igual manera, en la página 101, se señala que la ASFI al haber emitido dos actos administrativos, con requisitos adicionales uno del otro, ha generado inseguridad jurídica a la CAC VDC Ltda., quien a ciencia cierta no conoce cuál de las normas le corresponde sea aplicada a la misma, contando con dos rechazos la primera arguyendo que la solicitud se encontraría fuera de plazo establecido en la Circular ASFI N°38/2010 de 22 de febrero de 2010 y principalmente que no habría cumplido con los requisitos de la Ley N°3892 en cuanto al funcionamiento y el segundo acto señalando que ésta no habría cumplido con los requisitos de la Resolución N°233/2012 de 12 de junio de 2012, generando incertidumbre al administrado en cuanto a que norma debió ser aplicada y qué requisitos debió cumplir para obtener el certificado de Adecuación*

  Por lo que, consideramos que corresponde complementar y aclarar el porqué sobre la emisión de dos actos administrativos oscuros e imprecisos.

- *En la página 97, señala que la argumentaciones presentadas por la CAC VDC Ltda., no han sido analizadas por ASFI, puesto que no se estaría cumpliendo lo preceptuado en el inc. d) artículo 4 de la Ley*

N°2341 del Procedimiento Administrativo, puesto que se debe realizar quién cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad, siguiendo los hechos, documentos presentados y que se requiera, para recién pronunciarse si existe algún contrato u otra documentación que permita validar dicho extremo.

En el presente caso, este precepto legal no ha sido cumplido, puesto que para emitir la R.A. 424, la ASFI no ha solicitado ni ha requerido documentación o información para poder evaluarla y analizarla para cumplir lo dispuesto por Resolución Ministerial, en consecuencia corresponde aclarar los motivos por los que no solicitaron mayor información o documentación.

- *De igual manera en la página 97, se menciona que se omitió señalar el cuáles son las operaciones o actividades mínimas que tendría que cumplir o haber cumplido la CAC VDC Ltda., para que la misma se considere en funcionamiento al 18 de junio de 2008 y no dejar en incertidumbre al regulado.*

  Ahora bien, de la lectura de la R.A. 424, se desprende que esta decisión no fue cumplida a cabalidad por la ASFI, en virtud que no se evidencia de forma clara y precisa la relación de esas actividades, por lo que, corresponde aclarar esta nueva y reiterada omisión.

- *Asimismo, en la página 97, señala que el Ente Regulador no señala las causas por las que concluye que los Estados Financieros son insuficientes y carecen de sustento legal.*

  En este sentido, de la simple lectura de la R.A. 424 se evidencia que tampoco se ha dado cumplimiento a lo manifestado y expuesto por la autoridad jerárquica, por lo que, corresponde aclarar y complementar las causas por las que se consideró insuficiente respaldo los Estados Financieros y la documentación inherente y complementaria presentada por la Cooperativa Virgen de Copacabana.

- *Finalmente, en las páginas 103 y 104, se señala que la ASFI emitió la resolución ASFI N°233/2012 de 12 de junio de 2012, y que, si bien, esta amplia el plazo de incorporación al proceso de adecuación de cooperativas hasta el 1 de octubre de 2012 y establece como nuevo requisito la viabilidad financiera y de gobierno para la adecuación de cooperativas, el mismo corresponde a un requisito adicional de prudencia,* ***que será aplicado a quien presenten su solicitud de adecuación con posterioridad a la emisión de la mencionada norma.***

En este sentido, consideramos necesario que se complemente y aclare porqué habiendo instruido el cese de operaciones, medida arbitraria no contemplada en el ordenamiento jurídico vigente, desde el mes de mayo de 2012 coartó nuestros ingresos financieros provocándonos inviabilidad financiera, lo paradójico es que los actuados y fundamentos de la ASFI precisamente son evaluando y calificando ampulosamente lo que la propia ASFI causó."

CONSIDERANDO:

Que, conforme al artículo 2 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe aplicar los procedimientos administrativos de acuerdo a normativa sectorial aplicable.

Que, el numeral I. del artículo 36 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113, establece que "Los administrados que intervengan en el procedimiento podrán solicitar, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos que presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la resolución."

Que, la misma disposición legal numeral II. establece que se resolverá la procedencia o improcedencia de la solicitud en un plazo de cinco (5) días de presentada la solicitud de aclaración y complementación, sin embargo esta no puede alterar sustancialmente la resolución.

Que, conforme establece la Constitución Política del Estado, es deber del Estado garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa amplia y suficiente de las personas naturales y jurídicas.

Que, el inciso a) del Artículo 4 de la Ley N° 2341 establece como "Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad".

CONSIDERANDO:

Que, en el memorial presentado en fecha 25 de julio de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda., manifiesta: "En las páginas 88 a 92, se dispone que se defina y fundamente el reglamento que corresponde aplicar a la CAC VDC Ltda., entre sus Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12 concerniente a las secciones 1° y 2° en ambos casos respectivamente.

De la simple lectura de la R.A. 424 se evidencia que no existe análisis y menos pronunciamiento claro y concreto sobre este tema, en consecuencia, corresponde complementar la citada resolución exponiendo y aclarando la norma que se va a aplicar."

Que, en la página 39 de la Resolución Administrativa N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, se considera la norma aplicable al señalar que: "la norma aplicable al presente caso es la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que modifica el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, en cumplimiento a un mandato de regulación, estableciendo como primer requisito a cumplir para que una cooperativa inicie el proceso de adecuación, el demostrar que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. se encontraba en funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008."

Que, la Cooperativa manifiesta en función a la interpretación que hace de las conclusiones establecidas en la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013, se realice una complementación y aclaración del porqué se emitieron dos actos administrativos oscuros e imprecisos.

Que, al respecto, la solicitud expuesta no versa sobre los actuados a los que hace referencia la Resolución Ministerial anteriormente señalada. Cabe señalar que la apreciación realizada por la entidad, en sentido de que los actos administrativos emitidos son oscuros e imprecisos es subjetiva ya que la normativa emitida por esta Autoridad de Supervisión, inmersa en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ha sido aplicada en función a su vigencia.

Que, la Cooperativa señala que no se ha cumplido con lo dispuesto en el inc. d) artículo 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, puesto que la Resolución Administrativa ASFI N° 424/2013 no ha solicitado documentación o información para poder evaluarla y analizarla, dando cumplimiento a lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013, por lo que a criterio de la Cooperativa correspondería aclarar los motivos por los que no se solicitó mayor información o documentación.

Que, al respecto, la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013 ha recogido el análisis de toda la documentación presentada en las inspecciones realizadas, aquella que ha sido remitida por la Cooperativa, la solicitada al Servicio de Impuestos Nacionales, la solicitada al Banco Ganadero S.A., a la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" y a otras Direcciones de Supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. La documentación señalada ha sido íntegramente analizada y valorada a fin de lograr establecer si la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda. se encontraba en funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, la Cooperativa no ha acreditado más documentación ni otros elementos de prueba que conduzcan a demostrar su funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892. Asimismo, la propia Cooperativa manifestó la imposibilidad de la entrega de documentación que demostraría su funcionamiento mediante nota de entrega N° 0004 de 8 de octubre de 2012. La documentación respaldatoria de la realización de operaciones permitidas para cooperativas de ahorro y crédito societarias, no se encuentra en la Entidad, aspecto que se ha evidenciado en las visitas realizadas, razón por la que no ha sido necesario solicitar mayor información o documentación.

Que, cabe manifestar que mediante nota Cite: GG. 272/2012 de 14 de noviembre de 2012, el Banco Ganadero S.A. señala que no ha suscrito ningún convenio o contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda.

Que, de la valoración y análisis de la documentación señalada, se establece que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana no ha demostrado la realización de operaciones propias de cooperativas de ahorro y crédito societarias al 18 de junio de 2008, fecha en la que se promulga la Ley N° 3892.

Que, la cooperativa manifiesta que de manera reiterada se omitió establecer de forma clara y precisa la relación de operaciones para que la Cooperativa sea considerada como entidad en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, señala y detalla en las páginas 32 y 33 las operaciones que debía haber cumplido para que la Cooperativa se considere en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, las que se encuentran determinadas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

Que, finalmente la entidad manifiesta que debe complementarse y aclarar las causas por las que se consideró insuficiente respaldo los Estados Financieros y la documentación inherente y complementaria presentada por la Cooperativa.

Que, la Resolución ASFI N° 424/2013, establece que los estados financieros presentados no cumplen con los requisitos mínimos requeridos de confiablidad, al estar incompletos en las gestiones 2009 y 2010, gestiones en las que solo se cuenta con Balance General que muestra la situación a una fecha determinada, sin embargo, al no tener el Estado de Resultados, se desconoce los resultados de gestión obtenidos; adicionalmente, no cuentan con los demás estados financieros (Estado de Ganancias y Pérdidas, Flujo de Efectivo y Evolución del Patrimonio) ni con todos los comprobantes contables que validan cada transacción plasmada en estos Estados Financieros, demostrando una situación financiera que no puede ser evaluada ni valorada ya que carecen de documentación de respaldo, debido a que solo se cuenta con comprobantes contables de ingresos, egresos y

traspasos desde el mes de enero 2007 a marzo 2008 y del mes de septiembre de 2011 a septiembre de 2012, incumpliendo el artículo 46 del Código de Comercio, que establece que mínimamente deberían tener el Estado de Situación Patrimonial y Estado de Ganancias y Pérdidas.

CONSIDERANDO:

Que, la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, es clara y precisa respecto a los puntos observados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. en el memorial presentado en fecha 25 de julio de 2013, respecto a los cuales pide complementación y enmienda, sin que presenten omisiones o contradicciones que ameriten complementación y aclaración.

Que, el artículo 36 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2004, prevé que la autoridad administrativa, resolverá la procedencia o improcedencia de la solicitud dentro de los 5 días siguientes a su presentación.

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-114136/2013 de 1 de agosto de 2013, concluye que los argumentos señalados por la entidad a tiempo de solicitar complementación y aclaración han sido considerados en la Resolución N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, recomendando se emita Resolución declarando improcedente la solicitud de complementación y aclaración impetrada por la Cooperativa…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de agosto de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 478/2013 de 1° de agosto de 2013, argumentando lo siguiente:

"…***III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO***

La R.A. 424, objeto del presente recurso, en el numeral Primero de su parte resolutiva, establece lo siguiente: "NO ADMITIR a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. el ingreso al Proceso de Adecuación solicitado mediante nota VDC-CACVPE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, por incumplimiento al requisito establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Libro 1°, Título I, Capítulo III, sección 1, articulo 5 y Sección 10, Artículos 1 y 2, (Estructura actual) relativo al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en base a las consideraciones establecidas en la presente Resolución"

Ahora bien, la decisión principal de la R.A. 424 es la de no admitir a la Cooperativa el ingreso al proceso de adecuación, por el supuesto incumplimiento a requisitos establecidos en la normativa vigente, en particular al requisito de no haber estado operando antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892.

Antes de ingresar a desvirtuar el argumento señalado por la ASFI, corresponde analizar ciertos aspectos que fueron ignorados e incumplidos por la autoridad, los mismos que llevaron a la confusión del administrado y por lógica consecuencia repercutieron en las decisiones tomadas por la Cooperativa, así como también en el posterior desfase económico producido por la entidad. Aspectos que pasamos a argumentar y demostrar.

III.1.- SOBRE LA ACTUACIÓN EQUIVOCADA DE LA ASFI.

La Resolución ASFI N° 157/2010 de fecha 22 de febrero de 2010, establece con claridad meridiana en el artículo único de la sección 10, que el plazo para iniciar el proceso de adecuación es hasta el 30 de junio de 2010.

La Cooperativa en fecha 29 de diciembre de 2011, mediante nota CITE VDCACV-PE-N° 002/11, solicitó a la ASFI el ingreso al proceso de adecuación establecido en la R.A. ASFI 157/2010, resulta obvio e indiscutible que la solicitud fue presentada fuera del plazo previsto por la R.A. 157/2010.

Como es de conocimiento de su autoridad, la administración pública y los funcionarios que dependen de ella tienen el deber y obligación de actuar conforme lo establecen las normas en materia administrativa y los principios que rigen el procedimiento administrativo.

Bajo este marco, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4, establece los principios que se deben aplicar en la actividad administrativa, principios que entre otras cosas intentar precautelar los derechos de los administrados.

En este sentido, corresponde profundizar conceptualmente sobre ciertos principios, esto con el propósito de establecer las equivocaciones e incumplimientos en los que incurrió la ASFI en el presente tema, ocasionando confusión de parte de nuestra Cooperativa así como también efectúe actuados innecesarios.

Principio de Eficacia: *La Ley N° 2341 sobre este principio señala: "Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad,* ***evitando dilaciones indebidas****" (Las negrillas son nuestras)*

De igual manera, la doctrina en general sobre este principio señala lo siguiente:

I. *La eficacia, consistente en la consecución de fines de interés general, actúa como principio esencial para la actuación administrativa buscando la calidad de los servicios y la buena gestión económica. El principio de eficacia buscará, mediante su inspiración, que la Administración Pública cumpla los objetivos fijados en los servicios prestados a los ciudadanos. Pero debe ir más allá del mero cumplimiento, tendiendo hacia unos índices de calidad óptimos. (Junta de Castilla-La Mancha).*

II. *La eficacia implica llegar a un objetivo previamente establecido, aun si existen formalismos cuya realización no incida en su validez, este término está vinculado al término eficiencia, que es realizar un objetivo previamente establecido al menor*

tiempo y costo posible. (Augusto Romero Castellanos- Los Principios del Procedimiento Administrativo)

Resulta claro que cuando hablamos de este principio, no estamos ante un tema en absoluto baladí ya que además de negarse en ocasiones el valor jurídico del principio de eficacia, estimamos que se está incumpliendo un mandato constitucional que incluso puede tener unos efectos más graves de los que a priori pudiera pensarse ya que el desvalor de la ineficacia lleva a la desconfianza de la sociedad respecto a la acción pública e incluso a su cuestionamiento, provocando una clara disfunción entre el Estado y la sociedad de consecuencias lamentables.

Principio de celeridad: *La Ley N° 2341 norma también el principio de celeridad: "Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad,* ***evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias****" (Las negrillas son nuestras).*
Este principio normado por nuestro ordenamiento jurídico tiene su asidero en lo que la doctrina en general entiende por celeridad en el procedimiento administrativo, tal cual transcribimos a continuación.

I. "Los procedimientos administrativos se deben impulsar de oficio, esto es, por iniciativa propia del organismo o unidad que deba ejecutarlos -sin esperar cada vez una activación o solicitud por parte del interesado- en todas sus etapas. Son los funcionarios los obligados a hacer progresar los procedimientos administrativos en cada una de sus fases y pasos. Las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa, tanto en la iniciación de los procedimientos como en sus etapas sucesivas, facilitando los trámites que se deben cumplir. Los expedientes deben tramitarse en orden de ingreso, salvo que el titular de la unidad administrativa dé una orden en contrario, la que debe quedar en constancia. (Ernesto Jinesta - Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo)

Está claro que la administración pública tiene la obligación de evitar que el administrado incurra en trámites y diligencias innecesarias como ocurrió en el caso que nos ocupa, no otra cosa se desprende de la simple revisión de los antecedentes.

Corresponde analizar lo ocurrido desde la solicitud de incorporación al proceso de adecuación por parte de la Cooperativa, solicitud que fue presentada en fecha 30 de diciembre de 2011, es decir, fuera del plazo previsto por la R.A., 157-2010 (30 de junio de 2010), este simple hecho ameritaba el inmediato rechazo por parte de la ASFI a nuestra solicitud, puesto que se habría incumplido por parte de la Cooperativa con un requisito sine qua non, que era el tema del plazo. Ante ese hecho la ASFI no actuó correctamente, por decir lo menos, puesto que empezó a realizar actos y diligencias que no tenían razón de ser, de igual manera requirió y solicitó a la Cooperativa la remisión de documentos, informes y otros, es más realizó inspecciones - con qué propósito? Si era obvio y lógico que en su primera actuación debía rechazar in límine la solicitud por haber sido presentada fuera de plazo.

Esta actitud e irresponsabilidad de la ASFI, ocasionó que la Cooperativa entienda que su solicitud estaba correcta y debía ser tramitada hasta su conclusión con una decisión final por parte de la ASFI, y para tal efecto intentaba cumplir con todas las exigencias, solicitudes, documentación, inspecciones efectuadas por la Autoridad - nos preguntamos qué hubiera ocurrido si la Cooperativa hubiese cumplido los demás requisitos exigidos por la ASFI, ésta hubiese autorizado el ingreso al proceso de adecuación? Sabiendo que la solicitud estaba presentada fuera de plazo?, la respuesta es obvia, NO, puesto que resulta hasta ingenuo creer que la ASFI hubiese ignorado que la presentación de la solicitud fue realizada fuera del plazo establecido por la R.A. 157-2010 y dar curso a la solicitud

La afirmación anterior se encuentra respaldada por lo que la propia ASFI señala en su Nota Cite ASFI/DSR/IV/R-29977/2012 de fecha 13 de marzo de 2012, cuando recomienda a la Cooperativa no efectuar gastos ***y que esta debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que no ingresaron al proceso en los plazos establecidos****." (Las negrillas son nuestras). Entonces resulta evidente que la ASFI, conocía que la Cooperativa había presentado su solicitud fuera del plazo, lo que no es comprensible es el porqué la ASFI continuaba tramitando la solicitud y no se pronunciaba — estaba esperando una nueva norma? Cuanto más iba a esperar?, iba a permitir que el administrado continúe confundido y en la incertidumbre? son preguntas que la ASFI debe responder y fundamentar legalmente.*

La ASFI, luego de efectuar una serie de trámites y gestiones que a la final resultaban innecesarias, recién en fecha 8 de mayo de 2012, pone en conocimiento de la Cooperativa en informe 22453/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, por el que se establece que la Cooperativa supuestamente no cumplía con el requisito exigidos por la R.A.157-2010 de haber estado funcionando antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892.

No es posible ignorar que la Autoridad Jerárquica dispuso que ASFI defina y fundamente el Reglamento que corresponde aplicar a la CAC VDC Ltda., entre sus Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12.

La ASFI en su Resolución N°424/2013 notificada el 22 de julio de 2013 y Resolución ASFI N°478/2013 notificada el 9 de agosto de 2013, establece con claridad meridiana que el Reglamento que corresponde aplicar a la CAC VDC Ltda., ***es la Resolución ASFI N°233/2012*** *de 12 de junio de 2012. Sin embargo, conforme a los antecedentes previos a la Resolución ASFI N°424/2013, ASFI evaluó el presente caso estrictamente sobre la base de la Sección 10, artículos 1°, 2° y 3°, es decir:*

1) *Presentación de la carta de intención firmada por Consejos de Administración y Vigilancia, acordada y aprobada en Asamblea Extraordinaria de Socios, manifestando su intención de ingresar al proceso de adecuación.*

2) *Adjuntar documentación que demuestre que se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N°3892.*

Ahora bien, resulta lógico concluir y entender que cuando se cumplen estos dos requisitos, la ASFI debería realizar visita de Inspección con la finalidad de evaluar y analizar la situación financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el anexo VI de la Resolución ASFI N°233/2012.

Sin embargo, contrariamente, mediante credencial ASFI/DSR IV/R-125229/2012 de 4 de octubre de 2012 ASFI realizó visita de inspección, dicha acción incuestionablemente constituye RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE FUNCIONAMIENTO a la fecha de promulgación de la Ley N°3892 y reglamento de adecuación para cooperativas que no iniciaron su proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010.

Concluyendo, resulta a todas luces que la ASFI actuó de manera negligente cuando no se pronunció inmediatamente rechazando nuestra solicitud de incorporación al proceso de adecuación, por haberse presentado la misma fuera del plazo señalado por la norma, esta negligencia ocasionó confusión e incertidumbre por parte del administrado así como la realización de actuados y diligencias innecesarias durante toda la tramitación del proceso.

III.2. SOBRE LA RESOLUCIÓN 424/2013

a) *La ASFI emitió la R.A. 424, la cual a nuestro entender no cumplía lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico en lo que se refiere a la motivación y fundamentación, además no se pronunciaba sobre hechos y aspectos importantes y determinantes dentro del presente proceso y finalmente tampoco cumplía lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013, motivo por el cual nuestra Cooperativa presentó en fecha 25 de julio de 2013, solicitud de aclaración y complementación de la R.A. 424, la cual con argumentos débiles e inconsistentes fue declarada improcedente.*

   Es bien sabido que la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en sus artículos 28, 29 y 30 regula los elementos del acto administrativo y el contenido formal de éste, debido a que su concurrencia responde a las exigencias mínimas de identificación y de certeza de la decisión adoptada por la autoridad administrativa. Un elemento importante de este contenido, es su motivación (fundamentación), de acuerdo a lo previsto por los incisos b) y e) del artículo 28 de la citada disposición legal.

   Motivar un acto administrativo es: i) hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales se apoya la Administración al adoptar sus decisiones, de forma que se aprecie la legalidad y la racionalidad del mandato; y, ii) reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar que la norma jurídica aplicada fundamenta la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.

La doctrina administrativa es uniforme al establecer que la motivación se constituye en un requisito esencial del acto administrativo y que este requisito se encuentra directamente vinculado con la presunción de legitimidad del acto administrativo. En tal sentido, la adecuada motivación constituye una de las garantías centrales de los administrados que caracteriza al Derecho Administrativo, es decir, que si bien todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad, ello es así en tanto esté debidamente motivado.

La exigencia de la motivación del acto administrativo se halla, también, vinculada con la vigencia de la seguridad jurídica. Desde esta óptica, el requisito de motivación constituye uno de los medios de control más efectivos de la arbitrariedad administrativa a poco que se advierta que donde las decisiones de los órganos administrativos no son explicadas o fundadas jurídicamente con certeza y lógica, mal se puede hablar de la existencia de una seguridad jurídica. (Guido Santiago Tawil, La motivación del acto administrativo, Ediciones Depalma, pág. 14)

La ausencia de la motivación de un acto administrativo genera su automática nulidad por la violación de la garantía de la defensa en juicio, puesto que al no hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales se apoya y al no fijar los hechos de cuya consideración se parte e incluirlos en el supuesto de una norma jurídica, la Administración no permite que el administrado, por ejemplo en un procedimiento administrativo sancionatorio, asuma conocimiento de las causas que han dado origen a la sanción, o del razonamiento y análisis jurídico (hecho imputado a la norma) que se hubiera utilizado al aplicar la sanción, generando lógicamente la indefensión del administrado.

En el presente caso, como se puede establecer de la lectura del acto administrativo recurrido, la ASFI no motivó debida y correctamente su decisión de no admitir a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. el ingreso al proceso de adecuación, incumpliendo lo dispuesto por los artículos 4 inciso c), 28 inciso b), 29 y 30 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo al adoptar la decisión contenida en el acto administrativo recurrido; y, que actuó bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, sin tomar en cuenta todos los elementos inherentes al presente caso.

b) De la lectura de la R.A. 424, se desprende que el único fundamento por el cual se rechaza la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. para ingresar al proceso de adecuación, es el establecido en el Libro 1°, Título 1, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y Sección 10, artículos 1 y 2, relativos al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de fecha 18 de junio de 2008.

Ahora bien, la ASFI, llega a esa conclusión -para nosotros incorrecta- luego de desarrollar una serie de argumentos sin mayor respaldo y fundamento, ignorando y no evaluando en su real dimensión los hechos y documentos que

cursan en el proceso, olvidándose de otro principio rector en materia administrativa que es el principio de verdad material, por el que, si las partes no presentan pruebas, la Administración Pública debe utilizar todos los medios posibles para poder llegar a la verdad de los hechos; todas las medidas probatorias permitidas por ley. Supone una primacía para llegar a la verdad de los hechos, pues detrás está el interés público.

Esto es fundamental respecto a la decisión que finalmente adopte la administración en el procedimiento: Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no.

En el presente caso, la ASFI fue más allá y ni siquiera valoró adecuadamente las pruebas aportadas por la Cooperativa, las cuales demostraban fehacientemente que estaba en funcionamiento antes y a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892, efectuamos tal afirmación en base a los antecedentes que cursan en el expediente y sobre todo por toda la prueba documental y testifical que ofrecimos a lo largo de la tramitación del presente proceso, prueba que tenemos a bien reiterar y justificar.

**** De la Prueba Documental:***

i. Documentación Contable e Impositiva:

La Cooperativa, oportunamente y tal cual reconoce la propia ASFI, presentó documentación consistente en comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, balances de sumas y saldos, libros de compras y ventas IVA, facturas originales, rendiciones de cuenta, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y AFP'S de los meses mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2007; Documentación consistente en formulario de Impuestos IVA e IT, libro de compras y ventas IVA, Estado de Situación Patrimonial, Estado de Ganancias y Pérdidas, Libros Mayores comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, reporte de operaciones de caja, facturas originales, papeletas de cambio de moneda, papeletas de depósito y retiro de cajas de ahorro, papeletas de otorgación y amortización de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiros de capital, rendiciones de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y AFP'S, de los meses de enero, febrero, marzo de 2008.

De igual manera, presentó legajos de Formularios Impositivos certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales y fotocopias de Estados de Situación Patrimonial de las gestiones 2008, 2009, 2010 y 2011, correspondiente a formularios mensuales del Impuesto al Valor Agregado IVA (Formulario - 200), Impuesto a las Transacciones IT (Formulario - 400), Régimen Complementario del IVA (Formulario - 608), Impuesto a las Utilidades IUE

(Formulario - 500) y Presentación de Estados Financieros o Memoria Anual (Formulario - 605), Estados de Situación Patrimonial Anual.

ii. Aportes y Finiquitos laborales:

Asimismo, presentó legajos de documentación de la Caja de Salud CORDES correspondiente a la gestión 2008, correspondiente a Recibo de Ingreso Oficial CORDES, Formularios de Liquidación y pago mensual de aportes, planilla de sueldos, convenio de pago suscrito entre la Cooperativa y CORDES, incluye pagos realizados de la gestión 2008 hasta el mes de noviembre de la gestión 2012.

También se presentó legajos de los aportes a las Administradoras de Fondos de Pensión Previsión y Futuro de la gestión 2008, correspondiente a planillas de sueldos, formularios de pago de contribuciones, convenios de pago, liquidaciones, planes de pago suscritos en la gestión 2009.

Finalmente se presentó legajo de Finiquitos realizados con el personal en la gestión 2008, correspondiente a comprobantes de depósito y finiquitos personalizados según formularios del Ministerio de Trabajo de las oficinas de La Paz, Cochabamba, Oruro, Sucre, Santa Cruz, incluye papeletas de depósito bancario, contienen firmas de la Cooperativa, personal interesado y V°B° del Ministerio del Trabajo.

De la revisión de toda esta documentación, se desprende que la Cooperativa efectivamente estaba operando antes, durante y posterior a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892, puesto que efectuaba aportes a las AFP'S, pagaba tributos, contrataba y despedía personal, aspectos y hechos que implican necesariamente en mérito a la verdad material que la cooperativa estaba operando, más aún, el hecho de cancelar tributos implica que los mismos eran producto de actividades desarrolladas por la Cooperativa y lógicamente esas actividades eran propias de su rubro.

iii. Contrato Banco Ganadero:

La ASFI, ha señalado que no se ha evidenciado que la Cooperativa haya realizado actividades propias de la misma y que estén establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703, sin embargo, esa afirmación es incorrecta puesto que como señalamos oportunamente, la cooperativa efectuaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S .A., actividad que se encuentra enmarcado en lo preceptuado por el inciso m) del artículo 8, del Decreto Supremo N° 25703 que señala:

"...m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias...".

La ASFI en la página 31 de la R.A., sobre este punto señala que: "...Al respecto, el servicio de cobro de impuesto por cuenta del Banco Ganadero S.A., no se adecua (sic) *a lo señalado en el inciso m) del Decreto Supremo N° 25703, puesto que no existe evidencia de la existencia de un contrato de corresponsalía válido para producir efectos, que hay sido firmado con ninguna entidad financiera bancaria o no bancaria que haya estado vigente al momento de la promulgación de la Ley N° 3892".*

El único argumento de la ASFI es la inexistencia de un contrato de corresponsalía, sin considerar la verdad material de los hechos los que a todos los efectos demuestran que sí se estaba realizando el servicio de cobro de impuesto por cuenta del Banco Ganadero S.A.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, ratificamos que nuestra Cooperativa si estaba operando y realizando actividades propias de las Cooperativas, en particular la corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, no otra cosa se desprende del Contrato civil comercial suscrito en fecha 01 de junio de 2007 con el señor Julio Marín Durán, contrato por el que, la Cooperativa se obligaba entre otras cosas a la prestación del servicio de recaudación tributaria y otros, en virtud al Contrato de Prestación de Servicios de Terciarización que mantiene el señor Julio Marín con el Banco Ganadero S.A.

El contrato de terciarización al que se hace referencia es la Escritura Pública plasmada en el Testimonio N° 1655/2007 de fecha 3 de agosto de 2007, extendida por ante la Notaria de Fe Pública N 22 a cargo de la Dra. Verónica Molina Pascual, en el que se especifican los servicios que debía presar el Sr. Julio Marín, los que posteriormente y en mérito al citado Contrato Civil Comercial fueron cedidos a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana", presentamos el duplicado original del testimonio N° 1655/2007 de fecha 3 de agosto de 2007 y original del Contrato Civil Comercial.

Resulta preciso y necesario aclarar sobre el Testimonio N° 1655/2007 mencionado en el párrafo precedente y el porqué "sale a luz" ahora; Nuestra Cooperativa apenas tuvo acceso a esa información gestionó la obtención del mismo, en ese sentido, se tramitó una orden judicial (adjuntamos fotocopia) para que la autoridad competente instruya a la Notaria que faccionó el testimonio, nos extienda un duplicado, que tenemos a bien adjuntar a la presente.

Como se entenderá, si la ASFI antes de emitir la resolución ahora recurrida hubiese dado cumplimiento a una de las recomendaciones de la autoridad jerárquica, la señalada en la página 97 de la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 que textualmente dice: ". . . requerir si así amerita (bajo el principio de verdad material) mayor documentación a fin de determinar si la misma cumple o no con los requisitos que respaldarían el requisito de encontrarse en funcionamiento..." esta documentación obtenida recientemente hubiese sido presentada por la cooperativa y al haberse demostrado la existencia de un contrato de corresponsalía suscrito por nuestra Cooperativa el que estaba vigente antes y a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892.

Nuevamente se evidencia que en la sustanciación del proceso, la ASFI actuó de manera negligente, actuar que no puede ir en perjuicio del administrado.

Asimismo, es necesario manifestar que en virtud al contrato de corresponsalía, nuestra Cooperativa ha generado ingresos por comisiones de corresponsalía, los mismos que fueron declarados a Impuestos Nacionales, por lo que, también queda evidente que nuestra Cooperativa se encontraba en funcionamiento antes y durante la

promulgación de la Ley 3892. Con la finalidad de demostrar las declaraciones y pagos efectuados a Impuestos Nacionales, presentamos los siguientes resúmenes de los Formularios 200 - IVA y 400 IT:

DESCRIPCIÓN	PERÍODO DE DECLARACIÓN IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) (Expresado en Bolivianos)					
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Ingresos Financieros	321.183	346.833	243.476	216.742	222.682	0
Egresos con facturas	192.708	291.281	218.099	169.481	223.123	39.387
Saldo Neto o Base Imponible	128.475	55.552	25.377	47.261	(441)	(39.387)
Importa a Favor o Contra del SIN	16.702	7.222	3.299	6.144	(57)	(5.120)
Importe Pagado	16.702	7.222	3.299	6.144	0	0
DESCRIPCIÓN	PAGO MEDIANTE SISTEMA BANCARIO					
Fecha real de la actividad	20/02/2008	20/03/2008	21/04/2008	19/05/2008	20/06/2008	21/07/2008
Entidad Bancaria	GANADERO	GANADERO	GANADERO	GANADERO	FIE	BISA
Código Transacción SIN	153437900	158461313	164043755	170156819	175738881	180502035
Nombre Cajero	Liliana Vargas Canaza	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edison Mendizabal	Alberto Salvatierra

DESCRIPCIÓN	PERÍODO DE DECLARACIÓN IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IT) (Expresado en Bolivianos)					
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Ingresos Facturados	321.183	346.833	243.476	216.742	222.682	0
Importa a Favor o Contra del SIN	9.635	10.405	7.304	6.502	6.680	0
Importe Pagado	9.635	10.405	7.304	6.502	6.680	0
DESCRIPCIÓN	PAGO MEDIANTE SISTEMA BANCARIO					
Fecha real de la actividad	20/02/2008	20/03/2008	21/04/2008	19/05/2008	20/06/2008	21/07/2008
Entidad Bancaria	GANADERO	GANADERO	GANADERO	GANADERO	FIE	BISA
Código Transacción SIN	153438332	158461949	164042977	170157921	175739728	180501476
Nombre Cajero	Liliana Vargas Canaza	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edison Mendizabal	Alberto Salvatierra

De la Prueba Testifical:

De igual manera, de la abundante y uniforme prueba testifical producida por la Cooperativa, se ratifica y comprueba que la misma estaba operando y funcionando en la gestión 2008, es decir, antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892, prueba que no fue considerada por la ASFI al momento de emitir la R.A. 424, vulnerando nuevamente el principio de verdad material.

IV. SOBRE LA VIABILIDAD FINANCIERA

No obstante que la Resolución ASFI N° 424/13 determina No Admitir la incorporación al Proceso de Adecuación a nuestra Cooperativa, por el supuesto incumplimiento al requisito relativo al funcionamiento antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892; es necesario rebatir el análisis erróneo que efectúa la ASFI sobre la viabilidad financiera.

En primera instancia es necesario mencionar que, el pronunciamiento de la Autoridad Jerárquica determina que no existe ninguna vulneración al principio de legalidad y que la modificación al Reglamento para la Constitución y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no transgrede la Ley No 3892, si no cumple el

mandato de regulación, por lo que ASFI ha sometido su actuar a la Ley y ordenamiento jurídico al emitir la Resolución ASFI No 233/2012.

La precisión jurídica que realiza la Autoridad Jerárquica y que ratifica la Autoridad del Sistema Financiero (ASFI) a través de su Resolución ASFI N°424/2013, finalmente permite a la CAC Societaria VDC Ltda., establecer con claridad meridiana que los actos administrativos realizados por ASFI invocando la Resolución No 157/2010 son nulos de puro derecho, por lo que, sobre la base de este antecedente procederemos a ejercer defensa sobre resultados de evaluación y análisis de la situación financiera, patrimonial y de gobierno a los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2012, bajo las premisas establecidas en el anexo VI de la Resolución ASFI N° 233/2012 que se describen en el informe de inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012.

- ***Antecedentes previos al análisis de viabilidad.***

La CAC Societaria VDC Ltda., pone en antecedentes para los fines consiguientes, que cuando presentó la carta manifestando su intención de ingresar al proceso de adecuación, tenía una situación económica financiera patrimonial razonable con tendencia positiva de desarrollo, sin embargo, durante todo este tiempo la ASFI, con su accionar, generó inseguridad jurídica e incumplió el debido proceso, paralelamente en el ámbito económico, financiero y patrimonial impidió la generación de ingresos económicos causando daño, obstrucción y deterioro en el desarrollo de la CAC Societaria VDC Ltda., aspectos que sustentamos a continuación:

IV.1. Pruebas de viabilidad, sostenibilidad y capacidad económica:

Presentamos en calidad de prueba documentos y descargos que acreditan razonablemente viabilidad, sostenibilidad, solvencia económica, financiera y patrimonial, asimismo capacidad para cumplir requisitos documentales y operativos de adecuación y funcionamiento de la CAC Societaria VDC Ltda., de conformidad a la Resolución ASFI N° 233/2012:

- *Estados financieros al 31 de diciembre de 2011, que expone una situación económica, financiera y patrimonial adecuada para incorporarse al proceso de adecuación.*

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 2011 (Expresado en Bolivianos)			
ACTIVO		***PASIVO Y PATRIMONIO***	
Disponibilidades	***28.882,20***	***Obligaciones con el público***	***154.133,79***
Inversiones Temporarias	***0,00***	***Obligaciones Fiscales a La Vista***	***0,00***
Cartera	***165.059,30***	***Bancos y Entidades de Financiamiento***	***0,00***
Otras por Cobrar	***131.622,74***	***Otras cuentas por Pagar***	***131.080,62***
Inversiones Permanentes	***0,00***	***Previsiones***	***0,00***
Bienes de Uso	***119.528,70***	***TOTAL PASIVO***	***285.214,41***
Otros Activos	***21.639,37***	***Capital Pagado***	***186.200,00***
		Resultados Acumulados	***(4.682,12***
		TOTAL PATRIMONIO	***181.517,88***
	466.732,31	***TOTAL PASIVOS Y PATRIMONIO***	***466.732,29***

- *Informe "Diagnostico de Requisitos" al 30 de junio de 2012 elaborado por AUDINACO SRL., firma de Auditoría Externa inscrita en los registros de ASFI, que demuestra el cumplimiento de requisitos documentales y operativos de adecuación y funcionamiento en un porcentaje superior al 60% con la consiguiente capacidad de cumplir el 100% a través del Plan de Acción que admite el Reglamento de Adecuación.*

- *Por otra parte, la permanencia que tiene y que ha soportado serenamente por 18 meses, a pesar de las tergiversaciones y restricciones, hechos que demuestran fehacientemente que se vulneró reiteradamente nuestro derecho fundamental al trabajo inclusive trasgrediendo determinaciones y recomendaciones de la Autoridad Jerárquica.*

BALANCE GENERAL
AL 30 DE JUNIO DE 2013
(Expresado en Bolivianos)

ACTIVO		**PASIVO Y PATRIMONIO**		
Disponibilidades	**116.958,31**	**Obligaciones con el público**		**0,00**
Inversiones Temporarias	**0,00**	**Obligaciones Fiscales a La Vista**		**0,00**
Cartera	**95.243,39**	**Bancos y Entidades de Financiamiento**		**0,00**
Otras por Cobrar	**327.220,33**	**Otras cuentas por Pagar**		**444.629,02**
Inversiones Permanentes	**0,00**	**Previsiones**		**0,00**
Bienes de Uso	**282.975,49**	**TOTAL PASIVO**		**444.629,02**
Otros Activos	**255.363,04**	**Capital Pagado**		**1.228.114.,03**
		Resultados Acumulados		**(595.282,49)**
		Pérdidas Acumuladas	**(608.434,11)**	
		Utilidad del Período	**13.151,62**	
		TOTAL PATRIMONIO		**632.831,54**
	1.077.760,56	**TOTAL PASIVOS Y PATRIMONIO**		**1.077.460,56**

IV.2. Imposibilidad de generar ingresos financieros:

Para los fines consiguientes, es necesario aclarar que la ASFI con sus actos administrativos erróneos, como el cese de operaciones y cierre de oficinas, obstruyó la generación de ingresos financieros, y por ende el desarrollo económico, financiero y patrimonial de la CAC Societaria VDC Ltda. Este funesto antecedente que hoy lo exponemos en calidad de prueba histórica, en una sana y serena convicción de evaluación legal y económica, fue sistemáticamente evitado y omitido por la ASFI en sus Resoluciones ASFI N° 653/12, N° 045/13 y N° 424/13, encubriendo hechos relevantes que afectan negativamente hasta la fecha la admisión al proceso de adecuación de la CAC Societaria VDC Ltda.

De acuerdo a lo que establece la RA ASFI N°233/2012, la viabilidad financiera será evaluada conforme al ANEXO VI, la cual define los criterios de viabilidad, así como también señala los criterios técnicos y financieros que deben ser tomados en cuenta

para determinar la viabilidad de las cooperativas, aspectos que de la simple lectura de la resolución ahora recurrida se evidencian que no han sido considerados.

El punto 1. del Anexo VI sobre situación financiera, patrimonial y de gobierno, establece de manera lógica y racional que la capacidad de soportar gastos financieros, administrativos y operativos, proviene de una suficiente generación de ingresos financieros.

Los antecedentes ocurridos, en los que la ASFI mediante nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de fecha 8 de mayo 2012, ratificada con nota ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de fecha 22 de agosto de 2012 invocando en ambos casos la Resolución ASFI N° 157/2010, instruyó el cese de operaciones medida que además de ser ilegal, desde 8 de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2012 e inclusive hasta la fecha de presentación del presente recurso, IMPIDEN la generación de ingresos financieros distorsionando la capacidad de soportar gastos financieros, administrativos y operativos. Tal medida fue objeto constante de verificación por los funcionarios de ASFI en las inspecciones a nuestra cooperativa, aclarándonos que la medida de cese de operaciones debe ser cumplida.

Por lo expuesto, esta es otra clara prueba de la irracionalidad ejercida por la ASFI, porque sus instructivos de cese de operaciones impidieron la generación de ingresos financieros y consecuentemente distorsionaron los criterios financieros y técnicos de viabilidad de la CAC Societaria VDC Ltda., al 30 de septiembre de 2012 que paradójicamente se reiteran en la Resolución ASFI N° 424/20 13 y se mantiene hasta la fecha.

IV.3. Resultados de viabilidad al 30 de septiembre de 2012:

No obstante que la Autoridad Jerárquica determinó ajustar el presente caso a derecho, la Resolución ASFI N° 424/2013 incurre en la misma intransigencia que se ejerció desde la presentación de nuestra carta de solicitud de incorporación al proceso de adecuación en franca desobediencia Institucional, que nos provoca de manera recurrente indefensión y paralelamente mantiene daño, deterioro y obstrucción de desarrollo económico, financiero y patrimonial.

Con el propósito de superar este inconveniente en el marco legítimo de derecho y defensa e igualdad de oportunidades previsto por la actual Constitución, presentamos en calidad de prueba cálculos e información en cuadros y formatos utilizados por la ASFI que demuestran la VIABILIDAD DE LA CAC SOCIETARIA VDC Ltda., al 30 de septiembre de 2012, de conformidad a la Etapa II, del artículo 1°, artículo 3° y bajo las premisas establecidas en el anexo VI de la Sección 10 de la Resolución ASFI N° 233/2012.

IV.4. Inobservancias en las inspecciones de la ASFI:

Los criterios técnicos y financieros, establecidos en los puntos 2 y 3 del Anexo VI, derivan directamente del punto 1.), consecuentemente, considerando que el primer punto es substancial y los dos posteriores complementarios, cuestionan estructuralmente la inspección realizada por la ASFI, resultados del informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012, Resolución ASFI N° 653/2012, Resolución ASFI N° 045/2013 y Resolución ASFI N° 424/2013.

Conforme a Normas de Auditoria Generalmente Aceptadas, la segunda Norma de Ejecución del Trabajo, establece requisitos:

- *Planeamiento y Supervisión*
- *Evaluación de Control Interno*
- *Evidencia Suficiente y Pertinente*

Evitando explicaciones académicas, concretamente puntualizamos que en la etapa de planificación los Supervisores de la ASFI tuvieron que establecer que la CAC Societaria VDC Ltda., por instrucción de la propia ASFI estaba desde el 8 de mayo de 2012 con "impedimento legal" para generar ingresos financieros, un problema sumamente importante que sin duda afectaría a los estados financieros, siendo absurda la elaboración de programa de inspección para obtención suficiente y pertinente de pruebas, constituyendo un alto riesgo para emitir informe profesional, independiente y ético.

IV.5. Distorsión como resultado de las inspecciones:

ESTADOS FINANCIEROS (BASE DE ANÁLISIS)

Los saldos de Estados Financieros al 30 de septiembre de 2012, según Cuadro #1, establecidos por la ASFI y la CAC Societaria VDC Ltda., son idénticos, por lo que, el análisis, coeficientes técnicos y financieros deberían ser congruentes con el mismo.

CUADRO # 1

RESUMEN BALANCE GENERAL
Al 30 de Septiembre de 2012
(Expresado en Bolivianos)

CÓDIGO, CAPÍTULO Y GRUPO		ASFI	VDC Ltda.
COD	**ACTIVO**	1,047,287.60	1,047,287.60
100	Disponibilidades	50,060.70	50,060.70
120	Inversiones Temporarias	0.00	0.00
130	Cartera	175,987.94	175,987.94
140	Otras por Cobrar	309,528.41	309,528.41
160	Inversiones Permanentes	0.00	0.00
170	Bienes de Uso	282,975.49	282,975.49
180	Otros Activos	228,735.06	228,735.06
	PASIVO	192,617.73	192,617.73
210	Obligaciones con el público	0.00	0.00
221	Obligaciones Fiscales a La Vista	0.00	0.00
230	Bancos y Entidades y Financiamiento	0.00	0.00
240	Otras cuentas por Pagar	192,617.73	192,617.73
250	Previsiones	0.00	0.00
	PATRIMONIO	854,669.87	854,669.87
311	Capital Pagado	1,236,074.48	1,236,074.48
310	Aportes No Capitalizados	0.00	0.00
350	**Resultados Acumulados**	**(381,404.61)**	(381,404.61)
353	Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	(4,732.10)	(4,732.10)
354	Utilidades (Pérdidas) del período	(376,672.51)	(376,672.51)
	PASIVO Y PATRIMONIO	1,047,287.60	1,047,287.60

CAPITAL PRIMARIO Y PÉRDIDAS ACUMULADAS

Sobre la base de los saldos que se exponen en Estados Financieros y cumpliendo el formato del Reglamento vigente ANEXO "A", del cálculo realizado en el ***Cuadro #2****, se establece que el porcentaje de pérdida acumulada e importe del capital primario de la ASFI difiere substancialmente con el obtenido por la CAC Societaria VDC Ltda., obsérvese que el formato de cálculo reconoce el 100% del código 311.00 correspondiente al capital pagado que se expone conforme al punto 1, art. 3°, Sección 2, Capítulo III de la Resolución ASFI N° 233/2012, por lo que:*

- *Las pérdidas acumuladas en relación al capital primario es 31% inferior al 50%*
- *El capital primario es Bs866.032, $us126.244 y 81.987 Deg's, solvencia suficiente para incorporarse al proceso de adecuación.*

CUADRO # 2

CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO
Estados Financieros al 30 de Septiembre de 2012
(Expresado en Bolivianos)

	COMPONENTES		ASFI	t/c 6,86 VDC Ltda.
	Cálculo del Capital Primario			
(+)	**Aportes de los socios cooperativistas - certificados de aportación**		**461,300**	**1,236,074**
	311.00 Capital Pagado		461,300	1,236,074
(+)	Fondos de reserva, no distribuibles.		-	-
	342.03 Reservas por ajuste global del patrimonio no distribuibles		-	-
(+)	Donaciones recibidas de libre disposición			
	323.01 Donaciones pendientes de capitalización		-	-
(=)	**CAPITAL PRIMARIO INICIAL**		**461,300**	**1,236,074**
(-)	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión		(381,405)	(381,405)
(-)	Otros (Reservas para el fondo de educación y Fondo de Asistencia y P.S.)		-	-
	PÉRDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO		**-82.68%**	**-30.86%**
(=)	**CAPITAL PRIMARIO DESPUES DE AJUSTES**		**79,895**	**854,670**
	Cálculo del Capital Secundario			
(+)	Obligaciones subordinadas (S/G Reglamento)		-	-
(+)	253.00 Previsiones genéricas voluntaria, hasta el 2% de sus activos		11,363	11,363
(=)	**CAPITAL SEGUNDARIO**		**11,363**	**11,363**
	(Computable sólo hasta el 100% del capital Primario			
(+)	333.00 Ajustes por participación en entidades financieras y afines			
(=)	**CAPITAL SEGUNDARIO DESPUES DE AJUSTES**		**11,363**	**11,363**
	Cálculo del Patrimonio Neto			
(+)	**CAPITAL PRIMARIO DESPUÉS DE AJUSTES**		79,895	854,670
(+)	**CAPITAL SECUNDARIO DESPUÉS DE AJUSTES**		11,363	11,363
(-)	Inversiones en sociedades anónimas de seguros		-	-
(-)	Inversiones en empreses de servicios financieros.		-	-
(=)	**PATRIMONIO NETO**	Bs	**91,258**	**866,032**
		$us	1,303	126,244

COEFICIENTE DE ADECUACIÓN PATRIMONIAL (CAP)

Sobre la base de los saldos que se exponen en Estados Financieros y cumpliendo el formato del Reglamento vigente ANEXO "B", del cálculo efectuado en el ***Cuadro #3****, se establece que el* ***Coeficiente de Adecuación Patrimonial*** *es 87%, superior al mínimo requerido por el inciso a) del artículo 47 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (10%), nótese que el establecido por la ASFI sin ninguna justificación disminuye a Bs44.231.-, obsérvese que el formato de cálculo reconoce el 100% del código 311.00*

correspondiente al capital pagado neto del código 350 correspondiente a Resultados Acumulados que en el presente caso son Pérdidas Acumuladas, por lo que, la solvencia obtenida por la CAC Societaria VDC Ltda., es aplicable para el análisis de viabilidad e incorporación al proceso de adecuación.

CUADRO # 3

COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL
Estados Financieros al 30 de Septiembre de 2012
(Expresado en Bolivianos)

ACTIVOS COMPUTABLES

DESCRIPCIÓN	COD.	RIESGO	ASFI	VDC Ltda.
CATEGORÍA I	I	0%	0.00	0.00
CATEGORÍA II	II	10%	0.00	0.00
CATEGORÍA III	III	20%	114.00	113.65
CATEGORÍA IV	IV	50%	0.00	0.00
CATEGORÍA V	V	75%	0.00	0.00
CATEGORÍA VI	VI	100%	997,227.00	997,227.00
TOTALES			997,341.00	997,340.65

CALCULO DEL COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL

DESCRIPCIÓN	REF	CRITERIO	ASFI	VDC Ltda.
TOTAL ACTIVO	A	BG	1,047,287.60	1,047,287.60
ACTIVO DE RIESGO CIMPUTABLE	B		997,340.55	997,340.55
PATRIMONIO NETO REQUERIDO 10%	C	10% de B	99,734.06	99,734.06
PATRIMONIO NETO	D	P.N	**44,231.00**	**866,032.39**
EXCEDENTE (DÉFICIT) PATRIMONIAL	E	D - C	(55,503.06)	766,298.34
COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL	F	D / B	**4.43%**	**86.83%**

RESUMEN Y PONDERACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE VIABILIDAD

En la evaluación de cumplimiento de viabilidad, también evidenciamos una grave distorsión en los criterios técnicos y financieros aplicados por la ASFI, tal como se demuestra en el resumen que se presenta a continuación (cuadro # 4), en el que podrán observar que del universo de criterios de viabilidad establecidos por la ASFI, solo tres (3) son aplicables y once (11) no son aplicables; en consecuencia el catorce por ciento (14%) son aceptables y el ochenta y seis por ciento (86%) inaplicables o irracionales:

CUADRO #4

CRITERIOS DE VIABILIDAD FINANCIERA
COOPERATIVA VIRGEN DE COPACABANA LTDA. – AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2012

No.	CRITERIO	SEGÚN CAC VDC Ltda.			
		INOBSERVANCIA	SI	NO	N/A
1	Pérdidas iguales o mayores al 50% del Capital Primario.	La Pérdida Acumulada en relación al Capital es 31% (Anexo #20)			
2	Insuficiencia mayor al 50% del nivel de CAP establecido en la LBEF, Art. 47 (10%).	El CAP al 30/09/12 es 87% (Anexo #21)			
3	Imposibilidad de cumplimiento en el	El IMPEDIMENTO de generar			

	pago de una o más obligaciones líquidas y exigibles.	*ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
4	*Denuncias o reclamos realizados por socios de la Cooperativas (sic) directamente a ASFI sobre la no devolución de depósitos.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
5	*Que no haya tenido continuidad en la atención a sus socios en los últimos 3 años 8desde la promulgación de la Ley No 3892 18 de junio de 2008).*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
6	*Que se hayan determinado prácticas de gestión que pongan en grave peligro los depósitos del público, al situación de solvencia y liquidez de la entidad, como ser:*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
6.a	*Que los auditores externos de la entidad se hayan abstenido de omitir (sic) opinión o que su opinión haya sido negativa.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
6.b	*Existencia de créditos vinculados en concordancia con el Artículo 50 de la LBEF, otorgados de manera preferencial o irregular.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
OTROS CRITERIOS				
7	*Que la relación de activos de primera calidad respecto al total de depósitos recibidos por la entidad sea inferior al 0.8.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
8	*Margen Financiero negativo o inferior a un porcentaje determinado en relación al promedio del sistema.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
9	*Liquidez (disponibilidades <= 30 días / depósitos del público) inferior a un porcentaje determinado*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
10	*Definir un porcentaje de relación de Activo Improductivo sobre el Activo total, que permita determinar una estructura financiera inadecuada y que comprometa la sostenibilidad en el tiempo.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
11	*Definir una cobertura mínima de previsiones sobre cartera en mora, en el caso de estar por debajo , la constitución de la deficiencia impactaría de manera significativa el Patrimonio*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
12	*En base a un análisis de tendencias (activos, ingresos, pérdidas, etc.), determinar si la entidad presenta una propensión negativa y que incidirá en su sostenibilidad en el tiempo, os e encuentra discordante al comportamiento del mercado.*	*El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio*		
		RESULTADO		
		NIVEL DE CUMPLIMIENTO		
Conclusión: La CAC Societaria VDC Ltda, cumple los requisitos básicos de viabilidad				

1. ***Pérdidas.-*** *La pérdida acumulada sobre el capital primario es 31%, razonablemente* ***aceptable*** *para que la CAC VDC Ltda. se incorpore al proceso de adecuación, no*

obstante a que el cese de operaciones instruido por la ASFI desde el 8 de mayo de 2012 fue la causa principal para que la CAC VDC no genere ingresos financieros.

2. ***El Coeficiente de Suficiencia Patrimonial (CAP).-*** *De acuerdo al formato establecido por la ASFI el CAP es del ochenta y siete por ciento (87%),* ***superior al mínimo*** *legal del diez por ciento (10%), por lo que, es* ***suficiente*** *para incorporarse al proceso de adecuación.*

3. ***Pago de una o más obligaciones líquidas,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, otra vez citado como causante nefasto, disminuyó los niveles de liquidez para pago de obligaciones, pero la convicción y decisión de los socios permitió hasta la fecha cumplir todas las obligaciones líquidas, sin embargo, como este hecho fue provocado por ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en criterio inaplicable.*

4. ***Denuncias o reclamos,*** *no obstante los inconvenientes en el desarrollo de nuestras actividades por 18 meses provocado por la ASFI, sin que existan reclamos, constituye una prueba de cumplimiento de viabilidad de la CAC Societaria VDC Ltda., sin embargo, al no estar contemplado en el ordenamiento técnico, este criterio se convierte en discrecional e inaplicable.*

5. ***Tres (3) años de atención continua a socios.-*** *En la recopilación de normas de la ASFI no existe ningún indicador concerniente o semejante a este punto, por lo que, no corresponde aplicar al análisis o evaluación de viabilidad.*

6. ***Prácticas que pongan en grave peligro.-*** *No existen observaciones por parte de la ASFI. La CAC Societaria VDC Ltda., opera únicamente con socios cooperativistas no con el público, por lo que, no es aplicable este criterio en el análisis o evaluación de viabilidad.*

    a. ***Informe negativo o abstención de auditoría externa.-*** *El informe de diagnóstico elaborado por AUDINACO Srl., firma de auditoría inscrita en la ASFI, fue desconocido mediante Nota ASFI/DRS IV/R-103549/2012, por lo que, no es aplicable este criterio en el análisis o evaluación de viabilidad.*

    b. ***Crédito vinculado.-*** *El crédito otorgado a nuestra socia Verónica Trujillo, argumentando que ella se desempeña como parte del consejo de vigilancia, es desatinado, debido a que la ASFI no revela que el crédito fue otorgado el 20 de noviembre de 2011, es decir casi un año antes de que ejerza su posesión, por lo que no es aplicable para el análisis o evaluación de viabilidad.*

7. ***Activos de primera calidad inferior al 0,8,*** *indicador no aplicable en el análisis o evaluación de viabilidad.*

8. ***El margen financiero negativo o inferior al promedio del sistema,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, disminuyó dramáticamente el margen financiero precisamente por la ausencia de ingresos financieros, puesto que este aspecto fue*

inducido y provocado por la ASFI, por lo que, este hecho invalida este criterio, convirtiéndolo en irracional e inaplicable.

9. ***Liquidez Disponibilidades <= a 30 días para depósitos del público,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, disminuyó los niveles de liquidez y extinguió depósitos de los socios, puesto que este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

10. ***Activo improductivo sobre activo total,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, mantuvo activos improductivos, como este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

11. ***Previsiones para cartera en mora,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, incidió negativamente en el desarrollo de cartera y por ende los riesgos de mora como este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

12. ***La medición de propensión negativa e incidencia de sostenibilidad en el tiempo,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, incidió negativamente en la tendencia de activos, ingresos, pérdidas, etc., como este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

Todo lo señalado precedentemente, demuestra de manera contundente la viabilidad de la Cooperativa, aspecto que de manera equivocada la ASFI pone en tela de juicio.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

1. *Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175*

2. *Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa ASFI /N° 424/2013 de fecha 15 de julio de 2013 y por consiguiente, se admita el ingreso y prosecución del proceso de adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. (CAC Societaria VDC Ltda.), por cumplimiento a requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Libro I, Título 1, Capítulo III, sección 1, articulo 5 y Sección 10 (Estructura actual…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 633/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha 27 de septiembre de 2013, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.,** emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013, resolviendo:

"…***ÚNICO:*** ***CONFIRMAR*** *parcialmente la Resolución ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013, ratificando los resuelves Segundo y Tercero y modificando el resuelve Primero con el siguiente texto:*

*"**NO ADMITIR** a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. al Proceso de Adecuación, solicitado mediante nota VDC-CACV-PE-Nº002/11 de 29 de diciembre de 2011, por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Libro 1°, Título 1, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y Sección 10, Artículos 1, 2 y 3 (Estructura Actual), relativos a: 1) Funcionamiento de la Cooperativa hasta la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y 2) Demostrar viabilidad financiera, en base a las consideraciones establecidas en la presente resolución".*

Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013, que se sostiene los siguientes argumentos de orden técnico y legal:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, establece en el artículo 332, parágrafo I., que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el Supremo Gobierno dispuso que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y, además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, el artículo 153° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del País, la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Que, el artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), modificado por el artículo 3 de la Ley N° 3892, establece que: "Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito societarias abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades."

Que, el Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y, Sección 10, artículo 1 y 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al momento de iniciarse el presente proceso administrativo), Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1 de la actual estructura, señala que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que pretendan ingresar al proceso de adecuación y ser incorporadas al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), deben cumplir con el requisito esencial de haber estado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley No. 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, el Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Estructura vigente al momento del análisis), Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 10 de la actual estructura, establece: "(Viabilidad financiera y de gobierno). ASFI realizará visitas de inspección a las CAC Societarias que presenten la carta de intención, conforme lo establecido en el Artículo 1° de la presente Sección, con la finalidad de evaluar y analizar su situación financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el Anexo 9 del presente Reglamento."

Que, el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala en su segunda parte que, ante la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, corresponderá la emisión de una resolución administrativa de no admisión de la cooperativa solicitante al proceso de adecuación.

Que, el Anexo 9 del Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras determina los criterios a ser considerados para establecer la situación financiera y de gobierno.

CONSIDERANDO:

Que, en relación al argumento de que ASFI habría actuado con irresponsabilidad al no haberse pronunciado por el inmediato rechazo a la solicitud de incorporación al proceso de adecuación, ocasionó que la Cooperativa entienda que su solicitud estaba correcta y debía ser tramitada hasta su conclusión con una decisión final por parte de la ASFI, y para tal efecto intentaba cumplir con todas las exigencias, solicitudes, documentación, inspecciones efectuadas por la Autoridad, al respecto se señala lo siguiente:

1. *Es incorrecta la aseveración realizada por la Cooperativa en sentido que esta Autoridad de Supervisión actuó de manera negligente al no haberse pronunciado de manera inmediata con el rechazo a la solicitud de ingreso al proceso de adecuación presentada fuera del plazo establecido en la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, debido a que por criterios de favorabilidad se emitieron las notas ASFI/DSR IV/R-29977/2012 y ASFI/DSR IV/R-38631/2012 de 13 y 30 de marzo de 2012 respectivamente, debido a que se comunicó a la entidad que no efectúe gastos en software y otros, (siendo su responsabilidad, en caso de incumplimiento), debiendo esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas que no ingresaron al proceso en los plazos establecidos. Esta recomendación se la efectuó debido a que en aplicación de la facultad reglamentaria otorgada a esta Autoridad de Supervisión por el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, se estaban elaborando modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito que permitirían ingresar al proceso de adecuación a aquellas cooperativas que no lo habían hecho.*

2. *Sobre la oportunidad para emitir el rechazo a la solicitud de incorporación al proceso de adecuación, cabe manifestar en primer lugar que uno de los principios que deben regir el proceso administrativo es el de Verdad Material, contemplado en el literal d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, que manifiesta: "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil"*

Esto implica que la autoridad administrativa competente, debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, para lo cual, debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias.

En base a los criterios de orden legal y doctrinal precedentemente expuestos, de acuerdo al Informe ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, referido en la Resolución ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, se tiene que mediante carta CITE VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., solicitó ingresar al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En fecha 15 de febrero de 2012, se realizó una visita de inspección ocular a la entidad con corte al 31/12/2012, en cuya oportunidad la entidad no entregó a la comisión de inspección la información financiera solicitada, como ser: estados financieros auditados, balances y estado de resultados mensuales, legajos de balance, comprobantes contables, ni otra información solicitada que acredite el funcionamiento de la Cooperativa al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, argumentando no contar con la misma, habiendo proporcionado únicamente documentos de deuda con las AFP´s Futuro y Previsión y Caja CORDES, de acuerdo al siguiente detalle:

Detalle	***Al 30.06.2011 (Bs)***	***Observaciones***
AFP Previsión	*12.025*	*Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril de 2008.*
AFP Futuro	*57.478*	*Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril, mayo, junio y julio de 2008.*
CORDES	*29.764*	*Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril, mayo, junio y julio de 2008.*
Total	***99.267***	

Como resultado de esta visita de inspección, se emite el Informe ASFI/DSR IV/R-22453 de 28 de febrero de 2012, el mismo que concluye que no se encontró evidencia suficiente que acredite su funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892, sin embargo existen pruebas fehacientes de su reactivación con la constitución de nuevos aportes a partir de fecha 17 de septiembre de 2011.

En fecha 8 de mayo de 2012, mediante carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012, se comunicó a la Cooperativa la imposibilidad de su incorporación al proceso de adecuación en cumplimiento al Título I, Capítulo III, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la entidad no cumple con los requisitos previstos en reglamento, como es que la entidad se encuentre en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y que su solicitud de incorporación se haya realizado antes del 30 de junio de 2010. Asimismo, se instruye el cese de operaciones de la Cooperativa, advirtiendo que el incumplimiento de esa instrucción sería susceptible a ser considerada actividad financiera ilegal.

De lo anterior se colige que al momento de haber presentado la Cooperativa la carta solicitando la incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el plazo legal previsto en el Reglamento aprobado mediante

Resolución ASFI N° 038/2010 de 22 de febrero de 2010 había vencido el 30 de junio de 2010.

Toda vez que las modificaciones al Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobadas mediante Resolución ASFI N° 233 de 12 de junio de 2012 amplió este plazo hasta el 1 de octubre de 2012, la solicitud fue considerada en base a los criterios establecidos principalmente en el Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5, Sección 2, artículos 1 y 2 y también la Sección 10 y el Anexo VI, no mencionados por la Cooperativa en sus consideraciones generales.

Queda claro entonces que esta Autoridad de Supervisión no se limitó al análisis y consideración de la verdad formal a tiempo de considerar la solicitud de incorporación al proceso de adecuación de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., habiendo agotado las acciones necesarias y suficientes para constatar la realidad sustancial de los hechos, lo que justifica las acciones tomadas al investigar y determinar la veracidad de las cuestiones y relevancia en el asunto tratado y de ninguna manera podría interpretarse estas diligencias como un implícito reconocimiento de cumplimiento a los requisitos reglamentarios, tal como sostiene la entidad recurrente.

Que, la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., sostiene que ASFI no motivó debida y correctamente su decisión de no admitir su ingreso al proceso de adecuación, incumpliendo lo dispuesto por los artículos 4 inciso c), 28 inciso b), 29 y 30 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al adoptar la decisión contenida en el acto administrativo recurrido bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, sin tomar en cuenta todos los elementos inherentes al presente caso.

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 de 24 de junio de 2013, que dispuso la anulación del presente proceso administrativo hasta la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 inclusive, sustentó su decisión considerando que esta Autoridad de Supervisión, no había efectuado una correcta motivación de las causas que determinaron la no admisión de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. al proceso de adecuación; en este sentido señaló expresamente los sustentos sin la suficiente motivación contemplados en el acto anulado, instruyendo se elabore nueva resolución administrativa ajustándola a derecho.

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad superior, en la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, ahora recurrida, se subsanaron uno a uno los aspectos de dieron lugar a la anulación del proceso administrativo, exponiendo la motivación que conducía al ente fiscalizador a disponer por la no admisión de la Cooperativa al proceso de adecuación; en este sentido la motivación fue la siguiente:

a) "...Sin embargo de ello, el hecho de que prestaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., conforme el articulo 8 inc. m) del Decreto Supremo N° 25703, resultada en una operación propia de las

Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas, consistente en "Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancadas y no bancarias.

Esta como otras de las argumentaciones presentadas por la entidad recurrente, que no han sido analizadas por la Autoridad Reguladora, denota el incumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, y en especial del inc. d) artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, quien para emitir una firme y serena convicción debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad, siguiendo los hechos, documentos presentados y que se requiera, para recién pronunciarse si existe algún documento contrato u otra documentación que permita validar dicho extremo".

En la Resolución ASFI N° 424/2013 se manifestó:

El servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A. no se adecua a lo señalado en el inciso m) del Decreto Supremo N° 25703, puesto que no existe evidencia de la existencia de un contrato de corresponsalía válido para producir efectos legales, que haya estado vigente al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Asimismo, en cumplimiento de lo señalado por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha procedido a realizar las siguientes acciones:

- *Mediante notas ASFI/DSR IV/R-149844/2012 de 16 de noviembre de 2012 y ASFI/DSR IV/R-158745/2012 de 4 de diciembre de 2012, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicitó al Presidente Ejecutivo del Servicio de Impuestos Nacionales información de la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. referida a todos los movimientos, reportes, altas, bajas, cierre o reactivación de su Número de Identificación Tributaria en las gestiones 2001 al 2012, en respuesta a la solicitud, mediante CITE: SIN/GRE/DPCR/NOT/4142/2012 de 26 de noviembre de 2012, en la que se establece como Número de Identificación Tributaria 141185027 inscrito en fecha 2 de agosto de 2006, estado activo habilitado, actividad otro tipo de crédito hasta el 26 de febrero de 2010, reinicio en fecha 5 de octubre de 2011, jurisdicción Gerencia Distrital de La Paz, representante legal Pinto Peña Víctor Isaac, no registra sucursales. En este sentido, no se ha podido evidenciar la realización de operaciones propias de Cooperativas de Ahorro y Crédito, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo 25703.*

- *La Dirección de Supervisión de Riesgos I (DSR I), proporcionó la carta GO/E/284/2012 NUT108196 de la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" de 16 de noviembre de 2012, en la cual se adjuntó fotocopia simple del contrato de servicios de cobranza de impuestos y otros servicios suscritos con la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. de fechas 7 diciembre de 2007, enero y febrero de 2008. Asimismo, proporcionó la siguiente documentación:*

- *Fotocopia de la nota CITE-ADM-CI 015/2008 de 19 de febrero de 2008 de la Cooperativa Virgen de Copacabana haciendo referencia a temas tratados de manera verbal para la rescisión de contrato por servicios de cobranza de impuestos y otros servicios.*
- *Fotocopia de la nota MLP/GQP/0057/08 del 19 de febrero de 2008 de Mutual La Paz, poniendo en consideración del Directorio la posible rescisión de Contrato con la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda.*
- *Fotocopia de Acta de Directorio de la Mutual La Paz N°013/2008 de 19 de febrero de 2008, en la que se determina resolver el contrato suscrito con la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., por incumplimiento en la entrega de la boleta de garantía.*

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectúo la evaluación de dicha documentación, concluyendo que la misma no demuestra el funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, por cuanto dicha información se refiere a los meses de enero y febrero de 2008.

De lo anterior se establece que esta Autoridad de Supervisión, ha procedido a investigar la verdad material dando preponderancia a la verdad jurídica objetiva, por tanto, no se limitó solamente a conocer la documentación ya ofrecida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.

b) "Asimismo, la Entidad Supervisora, principalmente omitió señalar cuáles son las operaciones o actividades mínimas que tendría que cumplir o haber cumplido la cooperativa para que la misma se considere en funcionamiento al 18 de junio de 2008, fecha establecida en la Ley N° 3892 y no dejar en incertidumbre a su regulado quien no conoce los parámetros establecidos para llegar a dicho convencimiento y de esta manera pueda ejercer el derecho a la defensa que le asiste."

Pese a que en la página 38 de la Resolución ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, anulada por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se manifestó en detalle las operaciones o actividades que tendría que cumplir o haber cumplido la Cooperativa para considerarla en funcionamiento al 18 de junio de 2008, en la Resolución ASFI N° 424/2013 se manifestó:

Tanto la documentación presentada por la Cooperativa mediante notas dirigidas a esta Autoridad de Supervisión como la exhibida en inspección, no constituyen elementos suficientes de prueba que justifiquen los argumentos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., lo que implica que no se ha demostrado la realización de las actividades propias de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, las mismas que se detallan a continuación: a) Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos. b) Emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias. Los certificados de aportación voluntarios que no estuvieran garantizando

préstamos, podrán ser retirados de acuerdo con las normas vigentes en cada Cooperativa. c) Recibir créditos de personas jurídicas nacionales o extranjeras. d) Recibir créditos del Estado e instituciones públicas. e) Recibir donaciones. f) Otorgar préstamos de corto, mediano y largo plazo, con garantías solidarias, personales, hipotecarias, prendarias o combinadas, en las mismas condiciones y límites establecidos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas. g) Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad. h) Realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país. i) Realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas. j) Comprar, conservar y vender por cuenta propia certificados de depósito emitidos por entidades financieras y títulos emitidos por el Banco Central de Bolivia y por el Tesoro General de la Nación. k) Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro. l) Recibir letras u otros efectos en cobranza, así como, efectuar operaciones de cobranza de luz, agua, teléfono y otros servicios. m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, de acuerdo al Reglamento que emita la Superintendencia.

c) *"Siguiendo la misma línea de razonamiento, tenemos que de igual manera a tiempo de valorar los Estados Financieros, el Ente Regulador se pronuncia en sentido de que los mismos serían insuficientes y carecerían de sustento y respaldo, sin señalar las causas para llegar a dicha conclusión."*

En la Resolución ASFI N° 424/2013 se manifestó:

Los estados financieros presentados no cumplen con los requisitos mínimos de confiablidad requeridos al estar incompletos en las gestiones 2009 y 2010, solo se cuenta con el balance general que muestra la situación a una fecha determinada, sin embargo, al no tener el estado de resultados, se desconocen los resultados de la gestión obtenidos. Adicionalmente, no cuentan con los demás estados financieros (Estado de Ganancias y Pérdidas, Flujo de Efectivo y Evolución del Patrimonio), demostrando una situación financiera que no puede ser validada, ya que carecen de documentación de respaldo, toda vez que sólo se cuenta con comprobantes contables de ingresos, egresos y traspasos desde el mes de enero 2007 a marzo de 2008 y del mes de septiembre de 2011 a septiembre de 2012, incumpliendo el artículo 46 del Código de Comercio, que establece que mínimamente deberían tener el Estado de Situación Patrimonial y Estado de Ganancias y Pérdidas.

d) *"Por lo que, la Autoridad Fiscalizadora deberá hacer un nuevo análisis y una nueva valoración de la documentación presentada y requerir si así ameritaría (bajo el principio de verdad material) mayor documentación, a fin de determinar si la misma cumple o no con los requisitos que respaldarían el requisito de encontrarse en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 Por lo tanto, se observa que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, y ASFI N°653/2012 de 26 de noviembre de 2012, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas, toda vez que no existe*

una enunciación clara y concreta sobre las observaciones que fundan el rechazo, aspecto que no permite al recurrente tener en claro los argumentos que basan dicha decisión, dando o entender subjetividad en la decisión"

En la Resolución ASFI N° 424/2013 se manifestó:

Esta Autoridad de Supervisión, ha procedido a la valoración de toda la documentación existente relacionada a la demostración del funcionamiento o no de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en este sentido, en inspección realizada del 3 al 12 de octubre de 2012, cuyos resultados se expresan en Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se ha recabado parcialmente la documentación requerida, debido a que la entidad no logró proporcionar a la Comisión de Inspección, la totalidad de la misma, que se constituye en información esencial para determinar la realización de operaciones permitidas a Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Al respecto, la Cooperativa según nota 004 de 8 de octubre de 2012 comunica que la anterior administración no entregó la totalidad de la información y documentación, por tanto se hallan impedidos de entregar lo siguiente:

- *Libros Mayores de 2007 a 2011 (septiembre 15)*
- *Estado de Resultados 2009, 2010 y 2011 (septiembre)*
- *Estados Financieros Auditados o Informes de Auditoría Externa (2007 a 2011)*
- *Memorias Anuales (2007 a 2011)*
- *Estados de Cuenta de (2007 a 2011 septiembre)*
- *Conciliaciones Bancarias (2007 a 2011 septiembre)*
- *Libros de Actas de Asamblea de socios, Consejeros de Administración, Vigilancia y comité de créditos (2007 a 2011 septiembre)*
- *Bases de datos (2007 a 2011 septiembre)*
- *Ningún archivo magnético (2007 a 2011 septiembre)*

La entidad solamente entregó Estados Financieros de las gestiones 2006, 2007 y 2012, Balance General 2009 y 2010 (sin Estado de Resultados), mayores de las cuentas con el movimiento del último trimestre de la gestión 2011 y 2012 (septiembre), comprobantes contables de ingresos, egresos y traspasos, desde el mes de enero 2007 a marzo 2008, declaraciones juradas a Impuestos Nacionales correspondiente a la gestión 2008 de los que no se pudo identificar el concepto, puesto que la entidad no presentó los comprobantes contables posteriores a marzo 2008.

Asimismo, se ha procedido a la revisión de un "Convenio de Plan de Pagos" suscrito en fecha 19 de enero de 2009 con la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A.; tabla de amortización de aportes devengados a la Caja de Salud "CORDES" de fecha 19 de julio de 2011 y formulario de pago de contribuciones a la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. de 30 de junio de 2012.

La entidad presentó pago de formularios de las Administradoras de Pensiones Futuro y Previsión y la Caja CORDES, donde no se evidenciaron pagos posteriores por los

meses de abril a junio de 2008 y a partir del mes de noviembre 2008 a diciembre de 2011.

Por otra parte la Cooperativa presentó la Licencia de funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria 'Virgen de Copacabana" Ltda., otorgada por el Gobierno Municipal de la ciudad de La Paz, mostrando como fecha de emisión el 13 de octubre de 2011.

Asimismo, presentaron el Número de Identificación Tributaria de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., que registra el alta de impuestos IT, IUE, IVA, RC-IVA en fecha 5 de octubre de 2011.

No se ha podido evidenciar la realización de auditorías externas de ninguna gestión.

Adjunto a memorial de fecha 21 de noviembre de 2012, presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., se encuentra la siguiente documentación:

- *En los siguientes anillados se adjunta la siguiente información correspondiente a los meses de mayo a diciembre de 2007: comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, balance de sumas y saldos, libros de compras y ventas IVA, reporte de operaciones de caja, adjunta facturas originales, papeletas de otorgación de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiro de capital, rendiciones de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y Administradoras de Fondos de Pensiones, de acuerdo al siguiente detalle:*

    - ✓ *Un legajo anillado de los meses de mayo, junio y julio de 2007 foliados del 000001 al 000095.*
    - ✓ *Un legajo anillado del mes de agosto de 2007 foliados del 000001 al 000140.*
    - ✓ *Un legajo anillado del mes de septiembre de 2007 foliados del 000001 al 000193.*
    - ✓ *Un legajo anillado del mes de octubre de 2007 foliados del 000001 al 000216.*
    - ✓ *Un legajo anillado del mes de noviembre de 2007 foliados del 000001 al 000344.*
    - ✓ *Un legajo anillado del mes de diciembre de 2007 foliados del 000001 al 000425.*
    - ✓ *Los libros empastados remitidos a esta Autoridad correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo 2008 en la que se adjunta: Formularios de Impuestos IVA e IT, libro de compras y ventas, Estado de Situación Patrimonial, Estado de Ganancias y Pérdidas, Libros Mayores, comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, reporte de operaciones de caja, adjunta facturas originales, papeletas de cambio de monedas, papeletas de depósitos y retiro de cajas de ahorro, papeletas de otorgación y amortización de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiros de capital, rendiciones*

de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y Administradoras de Fondos de Pensiones.

- ✓ *Un libro empastado del mes de enero de 2008 foliados del 000001 al 000243.*
- ✓ *Un libro empastado del mes de febrero de 2008 foliados del 000001 al 000226.*
- ✓ *Un libro empastado del mes de marzo de 2008 foliados del 000001 al 000264.*

- ➢ *Se remite un legajo de Formularios Certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales y Fotocopias de Estados de Situación Patrimonial de las gestiones 2008, 2009, 2010 y 2011, foliados del 000001 al 000095, correspondiente a formularios mensuales del Impuesto al Valor Agregado IVA (Formulario - 200), Impuesto a las Transacciones IT (Formulario - 400), Régimen Complementario del IVA (Formulario - 608), Impuesto a las Utilidades IUE (Formulario - 500) y Presentación de Estados Financieros o Memoria Anual (Formulario - 605), Estados de Situación Patrimonial Anual.*

- ➢ *En un legajo de Caja de Salud CORDES correspondiente a la Gestión 2008, foliados del 000001 al 000126, se adjuntan Formularios de Liquidación y pago mensual de aportes, planilla de sueldos, convenio de pago suscrito entre la Cooperativa y CORDES, incluye pagos realizados de la gestión 2008 hasta el mes de noviembre y de la Gestión 2012.*

- ➢ *De la revisión de un legajo de los Aportes a las Administradoras de Fondos de Pensión Previsión y Futuro de la gestión 2008, foliados del 000001 al 000061, se adjunta información correspondiente a planillas de sueldos, formularios de pago de contribuciones, convenios de pago suscritos entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y la Cooperativa, Compromisos de pago, liquidaciones, planes de pago suscritos en la gestión 2009.*

- ➢ *Se envió un legajo de Finiquitos cancelados al personal en la gestión 2008, foliados del 000001 al 000196 en la misma se adjunta Comprobantes de Depósito y Finiquitos personalizados según formularios del Ministerio del Trabajo, de las oficinas de La Paz, Cochabamba, Oruro, Sucre, Santa Cruz, incluye papeletas de depósito bancario, contienen firmas de la Cooperativa, personal interesado y visto bueno del Ministerio del trabajo, cabe aclarar que los finiquitos cancelados son entre los meses de junio y octubre de 2008.*

Esta Autoridad de Supervisión, ha considerado todos los documentos cuya existencia se ha evidenciado en inspección, los datos y los hechos reflejados en las actas de la Cooperativa, información que ha sido remitida y los que han sido solicitados a otras Direcciones transversales del mismo Órgano de Regulación y al Servicio de Impuestos Nacionales, estos han sido íntegramente analizados y valorados a fin de llegar al conocimiento de la realidad, sobre la cual se llega a la conclusión de que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana no ha acreditado la realización de operaciones propias de cooperativas de ahorro y crédito societarias al 18

de junio de 2008, condición que debe cumplirse para el inicio del proceso de adecuación.

e) "Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber emitido dos actos administrativos, con requisitos adicionales uno del otro, ha generado inseguridad jurídica al regulado quien a ciencia cierta no conoce cuál de las normas le corresponde sea aplicada a la misma, contando con dos rechazos la primera arguyendo que la solicitud se encontrada fuera de plazo establecido en la Circular ASFI N° 38/2010 de 22 de febrero de 2010 y principalmente que no habría cumplido con los requisitos de la Ley N° 3892 en cuanto al funcionamiento y el segundo acto señalando que ésta no habría cumplido con los requisitos de la Resolución ASFI/233/20 12 de 12 de junio de 2012, generando incertidumbre al administrado en cuanto a qué norma debió ser aplicada y qué requisitos debió cumplir para obtener el certificado de Adecuación.

Que dicha confusión ha llevado a que la propia recurrente que, a través de nota EJ-OC-A JN° 003/2012 de fecha 15 de octubre de 2012, solicita y pide a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aplique la Resolución N° 233/2012, en razón a que ésta sería más beneficiosa, al señalar:

> *"… en Asamblea General Extraordinaria de Socios celebrada el 16 de junio de 2012 protocolizada mediante Testimonio N° 0588/2012 en cuyo orden del día se encontraba incluida informe sobre el proceso de adecuación, se establece que en virtud a la nueva Resolución ASFI N° 233/2012 las condiciones son mucho más favorables (sic) para la Cooperativa, por lo que se resuelve proseguir el proceso de adecuación con el respaldo de todos los socios..."*

Sin embargo la recurrente, a tiempo del recurso jerárquico, solicita que se aplique el procedimiento establecido mediante Circular ASFI N° 38/2010 de 22 de febrero de 2010 que puso en vigencia la Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010. Por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá pronunciarse respecto de cuál es la norma a ser aplicada al caso de autos, tomando en cuenta que la solicitud de adecuación presentada por la Cooperativa, mediante nota CITE VDCACV-PE-N°002/11, fue aceptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en primera instancia."

En la Resolución ASFI N° 424/2013 se manifestó:

Al respecto, la carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012 por la que se remite a la Cooperativa, copia del Informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, señala en función al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado y vigente en ese momento mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, que de acuerdo con La Sección 10, Capítulo III, Título 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se establecen dos requisitos para la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal: 1) que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de

junio de 2008 se hayan encontrado en funcionamiento; y 2) que la incorporación se haya producido hasta el 30 de junio de 2010. Los resultados del Informe señalado determinan que "no existe suficiente evidencia del funcionamiento de la entidad a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892, reactivando sus operaciones con la constitución de nuevos aportes el 17 de septiembre de 2011.". Asimismo, la nota por la que solicita "el registro al proceso de adecuación" fue presentada el 29 de diciembre de 2011. De lo señalado se establece que la Cooperativa no cumplía con estos dos requisitos, razón por la que se instruye el cese de operaciones. Asimismo, según normativa vigente en el momento de la emisión de éste acto administrativo se señaló ante el incumplimiento de la instructiva se considerará las operaciones realizadas como actividad financiera ilegal.

Posteriormente, en el marco de las competencias atribuidas por, el artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que le delega una facultad reglamentaria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, modificando el contenido del Capítulo III, Título 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (estructura vigente a la fecha en la que se emite el segundo acto administrativo Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012), e incorpora nuevos requisitos como son el análisis y evaluación de la viabilidad financiera y de gobierno, como exigencias adicionales de prudencia, actuando de forma justa y equitativa, con las Cooperativas que iniciaron el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, como disponía la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.

Bajo esta premisa legal la norma aplicable al presente caso es la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que modifica el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, en cumplimiento a un mandato de regulación, estableciendo como primer requisito a cumplir para que una cooperativa inicie el proceso de adecuación, el demostrar que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria 'Virgen de Copacabana" Ltda., se encontraba en funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, de los aspectos contenidos en la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013 precedentemente señalados, se evidencia que la carencia de fundamentos sostenida por la entidad recurrente no son fundados, toda vez que tal como se demostró, todas las omisiones extrañadas por la autoridad superior jerárquica en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 de 24 de junio de 2013, fueron contempladas.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de la prueba presentada y referida por la Cooperativa en el presente proceso administrativo, se tienen los siguientes resultados:

De la prueba documental

Documentación Contable e Impositiva

La documentación contable e impositiva, aportes y finiquitos laborales que menciona la Cooperativa no demuestran la realización de actividades financieras propias de una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societarias tal como se manifestó en la Resolución N° 424/2013, cuyo tenor ha sido extensamente expuesto en el consideración precedente.

No obstante, a tiempo de emitir la Resolución N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, esta Autoridad de Supervisión ha evaluado nuevamente todos los documentos cuya existencia se ha evidenciado en inspección, los datos y los hechos reflejados en las actas de la Cooperativa, información que ha sido remitida y los que han sido solicitados a otras Direcciones transversales del mismo Órgano de Regulación y al Servicio de Impuestos Nacionales, estos han sido íntegramente analizados y valorados a fin de llegar al conocimiento de la realidad, sobre la cual se llega a la conclusión de que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana no ha acreditado la realización de operaciones propias de cooperativas de ahorro y crédito societarias al 18 de junio de 2008, condición que debe cumplirse para el inicio del proceso de adecuación.

De lo anterior se infiere que esta Autoridad de Supervisión revisó de manera íntegra y sistemática toda la documentación a la que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda. hace referencia, llegándose a la conclusión de que la entidad recurrente no estaba en funcionamiento hasta la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, debido a que no realizaba ninguna de las operaciones establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo 25703.

1.2 Contrato Banco Ganadero

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. asevera que: "… la cooperativa efectuaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S .A., actividad que se encuentra enmarcado en lo preceptuado por el inciso m) del artículo 8, del Decreto Supremo N° 25703 que señala: "...m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias...".

Asimismo, manifiesta que el único argumento, de esta Autoridad de Supervisión sería la inexistencia de un contrato de corresponsalía, sin considerar la verdad material, que demostraría que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. realizaba el cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A.

Al respecto, dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 4, inc. d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, esta Autoridad de Supervisión investigó la verdad material para dar primacía a la verdad jurídica objetiva, sin limitarse a la prueba ofrecida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., en tal sentido mediante nota ASFI/DSR II/R-143918/2012 solicitó información al Banco Ganadero S.A., el que mediante nota Cite: GG. 272/2012 de 14 de noviembre de 2012, señala que ***no ha suscrito ningún convenio o contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda****.*

Lo afirmado por el Banco, se corrobora con el análisis de la documentación que la propia Cooperativa adjunta a su memorial de revocatoria, consistente en la Escritura Pública N° 1655/2007 de 23 de julio de 2007 y el Contrato Privado "Civil Comercial" de 1 de junio de 2007, de la cual se advierte lo siguiente:

Escritura Pública N° 1655/2007 de 23 de julio de 2007

1. *La cláusula segunda (De las Partes), interviene en el acto, por un lado el Banco Ganadero S.A., representado por Jaime Ronald Gutiérrez López y Wilfredo Chacón Argandoña, en condiciones de Gerente General y Gerente de Medios y por otra* ***Julio Marín Durán*** *con cédula de identidad N° 2637309 LP, en adelante simplemente denominado* ***"ADMINISTRADOR DE SERVICIOS"****.*

   Es decir que en el contrato plasmado en la Escritura N° 1655/2007 de 23 de julio de 2007, se constituyen en partes, por un lado el Banco Ganadero S.A. y por otro el Sr. Julio Marín Duran como persona natural, sin que en ningún acápite se manifieste que actúa en representación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda., es más, en ninguna cláusula del contrato se hace mención alguna a la Cooperativa.

2. *La cláusula tercera (Objeto del Contrato) señala: "El presente contrato tiene como objeto la prestación por parte del ADMINISTRADOR DE SERVICIOS, del Servicio de Recaudación de Tributos Fiscales a través de la recepción de declaraciones juradas originales y/o rectificatorias, boletas de pago y otros documentos de pago, de contribuyentes a quienes el Servicio de Impuestos Nacionales define como Resto, Principales y Grandes Contribuyentes, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Ministerial N° 770 de 3 de noviembre de 2004, los instructivos que la reglamentan, el Pliego de Condiciones, la Resolución de Adjudicación, en las cláusulas del presente documento y en las normas y procedimientos internos del BANCO: que sin necesidad de ser insertados formarán parte integrante e indivisible del presente contrato."*

3. *En la cláusula décimo primera (De las Garantías), participa la esposa del Sr. Julio Marín, Sra. Sonia Eliana Taborga Villegas, en calidad de copropietaria del inmueble otorgado en garantía hipotecaria en favor del Banco Ganadero S.A. a los efectos del cumplimiento del contrato.*

Por lo anterior, se tiene que el cumplimiento del contrato obliga al Administrador de Servicios quien no es otro que el Sr. Julio Marín Durán y no la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda.

Contrato Privado "Civil Comercial" de 1 de junio de 2007

La cláusula tercera (Del Objeto del Contrato), expresa: "El objeto del presente contrato es formalizar un Convenio para la dotación de personal a nivel nacional tanto de supervisión y de cajeros, para la prestación del servicio de recaudación tributaria y otros, en instalaciones del Banco Ganadero S.A. ***en virtud al Contrato de Prestación de Servicios de terciarizacion que mantiene dicho Banco con el Sr. Julio Marín Duran****, entendiendo por éste el acto por el cual LA COOPERATIVA en las ciudades que así lo requiera* ***el Sr. Marín dispondrá de personal necesario para la correcta estación del servicio****."*

Lo anterior infiere con toda claridad que el contrato de servicios con el Banco Ganadero S.A. lo mantuvo el Sr. Julio Marín y no la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., por tanto la entidad no puede sostener que estos documentos representan un contrato de corresponsalía acorde al inciso m) del artículo 8, del Decreto Supremo N° 25703.

Que, en la acuciosa búsqueda de la verdad material sobre el funcionamiento de la Cooperativa al 18 de junio de 2008, fecha de promulgación de la Ley N° 3892, se solicitó mayor información al Banco Ganadero S.A. sobre el contrato de servicios suscrito con el Sr. Julio Marín Durán y su esposa Sra. Sonia Eliana Taborga Villegas, habiendo aseverado dicha entidad bancaria que el Servicio de Impuestos Nacionales resolvió el contrato para la prestación del servicio de recaudación de tributos en fecha 2 de junio de 2008, habiéndose comunicado al Sr. Julio Marín y su esposa la resolución del contrato a partir de fecha 12 de junio de 2008, hecho que es corroborado con la declaración de los testigos presentado por la Cooperativa: Irma Elizabett Mendoza Morgana, Claudia Alejandra Mercado Gunther, Freddy Isidro Camacho Mendoza, Yuri Nicolás Tarifa Molina y Adalberto Henry Palacios de la Barra.

Que, los ingresos generados por "comisiones de corresponsalía", a los que la Cooperativa hace referencia se generaron por el pago que realizaba el señor Julio Marín Duran a la Cooperativa por cuenta de los servicios que esta le prestaba, en virtud al contrato suscrito entre ambos en fecha 1 de junio de 2007.

Que, en los cuadros adjuntos, se evidencia en la página 13 del memorial presentado por la Cooperativa recurrente, que no se registran ingresos en el mes de junio de 2008, consignándose únicamente en el formulario de junio 2008, compras con facturas Bs39.387; saldo neto o base imponible (Bs39.387); e importe a favor o en contra del SIN (Bs5.120) correspondiente al crédito fiscal razón por la que no se realizó pago alguno, hecho que ratifica que la Cooperativa no se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892.

Que, de lo anterior se infiere que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, no existió ningún contrato de corresponsalía suscrito entre la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. y el Banco Ganadero S.A. que permita a este órgano fiscalizador considerar que la Cooperativa realizaba operaciones propias de la entidad.

Que, el marco normativo vigente al momento de la suscripción del contrato entre el Banco Ganadero S.A. y los Señores Julio Marin Duran y Sonia Elena Taborga Villegas (17 de julio de 2007). En ese sentido, cabe hacer mención a que mediante Resolución SB N° 3/2007 de 22 de enero de 2007, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pone en vigencia las modificaciones al Reglamento de Mandatos de Intermediación Financiera, que incorpora a las personas naturales como posibles mandatarios, a quienes se les encomendaría la realización o prestación de determinadas operaciones o servicios. Asimismo, define el mandato de intermediación financiera como un contrato expreso, por el cual el mandante encargaba al mandatario la realización de determinadas operaciones y servicios financieros, en concordancia con lo señalado en el artículo 1237 del Código de Comercio.

Que, en el marco señalado, era permisible que el Banco Ganadero S.A. firme el contrato de mandatario con personas naturales, tal como se hizo en el caso de los Señores Julio Marin Duran y Sonia Elena Taborga Villegas mediante contrato de 17 de julio de 2007, donde el primero se obliga a la prestación del Servicio de Recaudación de Tributos Fiscales a través de la recepción de declaraciones juradas originales y/o rectificatorias, boletas de pago y otros documentos de pago, de contribuyentes en aplicación a lo establecido en la Resolución Ministerial N° 770 de 3 de noviembre de 2004 como señala la cláusula Tercera que establece el objeto del contrato.

Que, con el propósito de concertar y unificar criterios legales, se emite la Resolución ASFI N° 1/2012 de 6 de enero de 2012, que pone en vigencia el Reglamento para Corresponsalías de Entidades Supervisadas en sustitución del Reglamento para Efectuar Mandatos de Intermediación Financiera.

CONSIDERANDO:

Viabilidad Financiera

Que, sobre los otros aspectos expuestos en el memorial de impugnación, el Informe ASFI/DSR IV/R-136097/2013 de 9 de septiembre de 2013, señala:

> ***Antecedentes previos al análisis de viabilidad***
> ***Situación Financiera al 31 de diciembre de 2011***
>
> *La Cooperativa indica que cuando presentó su carta VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, con la intención de ingresar al proceso de adecuación, contaba con una situación económica financiera patrimonial*

razonable con tendencia positiva en desarrollo, adecuada para incorporarse al proceso de adecuación.

Al respecto, de acuerdo con la información financiera proporcionada por la entidad en la inspección que se expone en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, la Cooperativa registraba perdidas por Bs4.728 en la gestión 2011, sobrepasando en 282% los ingresos financieros. Al respecto, el Libro 1, Título I, Capítulo III, Anexo 9, Punto 1 y 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que:

1) *Se entenderá como viabilidad financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a* ***corto, mediano y largo plazo*** *mediante una suficiente generación de ingresos financieros. Es decir, no exponer y hacer uso de los recursos de sus socios para gastos corrientes, poniendo en riesgo la devolución de estos.*

2) *La viabilidad financiera también se evaluará en función a criterios técnicos que establezcan si la CAC Societaria puede* ***prevalecer en el tiempo****, que incluyan solvencia, liquidez, generación de recursos y estructura financiera.*

3) *En el cálculo de los criterios financieros mínimos a ser aplicados para determinar la viabilidad* ***se tomarán en cuenta*** *posibles* ***ajustes, reclasificaciones y reversiones*** *determinadas a los Estados Financieros de la CAC Societaria, en función a la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Principios de Contabilidad Generalmente aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad, que se evidencien en la inspección realizada y se plasmen en un informe técnico legal.*

Que, el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, considerado en la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, determina en el punto 3 de su parte conclusiva lo siguiente:

3. La entidad presenta inviabilidad financiera de acuerdo al siguiente análisis:

- *Pérdidas acumuladas y de gestión sobre capital primario de 82.68%.*

- *En la estructura de Activos de la Cooperativa, la cartera de créditos representa el 16.56% del Activo total con operaciones otorgadas a partir de la gestión 2011, dicha estructura no responde al giro del negocio ni al objeto único de la entidad, que le permita la generación de ingresos para su sostenibilidad en el tiempo, siendo las cuentas más significativas "Otras Cuentas por Cobrar (29.56%), Bienes de Uso (27.02%) y Otros Activos (21.84%).*

- *Los gastos administrativos representan el 978.60% de los ingresos financieros con tendencia creciente y con relación a la cartera bruta del 324.15%, que refleja una administración que pone en riesgo el aporte de los socios.*

- *Las pérdidas acumuladas son de Bs381.405 generando indicadores de rentabilidad negativos (ROA -66.34% y ROE -96.94%), arriesgando seriamente el aporte de los socios.*

- *El Coeficiente de Adecuación Patrimonial ajustado es 4.43% y el capital primario asciende a Bs461.300 equivalente a 44.231 Derechos Especiales de Giro, incumpliendo los límites legales mínimos requeridos por la Ley de Bancos y Entidades Financieras para Cooperativas.*

Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales

La normativa menciona que se debe cumplir con el Libro 1 Título I Capítulo III, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, para poder iniciar el Proceso de Adecuación (Presentación de Carta de Intención, Análisis de Viabilidad Financiera y de Gobierno, Inicio del Proceso de Adecuación). Es decir, la entidad, al no cumplir con los requisitos mencionados anteriormente, no debió haber realizado esta tarea, ocasionando un gasto adicional a la entidad.

Mediante INFORME/ASFI/DSR IV / R-133612 / 2012 del 18 de octubre de 2012, se evidencia lo siguiente:

Meses de Evaluación	*Resultados Obtenidos*
Diciembre 2011	- *Inexistencia de Resultados Acumulados.* - *Resultado del periodo negativo (Bs4.728).*
Agosto 2012	- *Margen Operativo Neto negativo (Bs349.426).* - *Resultado del periodo negativo (Bs347.190).*
Septiembre 2012	- *Margen Operativo Neto negativo (Bs379.197).* - *Resultado del periodo negativo (Bs376.672).*

Concluyendo que la entidad, no se encuentra en condiciones para ser viable financieramente.

Situación Financiera al 30 de junio de 2013

En relación a la información financiera presentada al 30 de junio de 2013, se observa lo siguiente:

- ✓ *Pérdidas Acumuladas de Bs608.434 que representan el 49.54% de su Capital Primario.*

- ✓ *El Capital Social de Bs1.228.114 está compuesto por Obligaciones con el Público, dificultando el análisis, señalar que las depósitos bajo las modalidad de*

cajas de ahorro y Depósitos a Plazo Fijo son operaciones no permitidas de acuerdo con el Decreto Supremo 25703 de fecha 14 de marzo de 2000.

- ✓ *El porcentaje de cartera de créditos (activo productivo) solo representa el 8.84% del Total Activo, siendo Otras Cuentas por Cobrar y Bienes de Uso las más representativas (30.36% y 26.26% respectivamente), estructura no acorde a la de una entidad de intermediación financiera.*

Imposibilidad de Generar Ingresos Financieros

La Cooperativa señala que a consecuencia de las cartas ASFI/DSR IV/R-55690/2012 y ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 8 de mayo y 22 de agosto de 2012, en las cuales se instruye el cese de operaciones, no lograron generar Ingresos.

BALANCE RESUMIDO

En unidades de Bolivianos

NOMBRE	31/12/2011 6.86	31/01/2012 6.86	28/02/2012 6.86	31/03/2012 6.86	30/04/2012 6.86	31/05/2012 6.86	30/06/2012 6.86	31/12/2012 6.86
A C T I V O	**466,732**	**481,118**	**757,175**	**907,120**	**931,796**	**943,328**	**1,003,434**	**1,065,663**
DISPONIBILIDADES	28,882	10,472	83,080	112,014	103,509	87,791	60,836	105,511
CARTERA	165,059	193,559	249,745	278,120	268,117	263,632	254,865	133,727
OTRAS CUENTAS POR COBRAR	131,623	135,918	191,570	231,710	239,920	264,535	304,093	299,575
BIENES DE USO	119,529	119,529	119,529	149,024	183,049	187,416	225,712	282,975
OTROS ACTIVOS	21,639	21,639	113,250	136,253	137,201	139,953	157,927	243,875
P A S I V O	**285,264**	**306,505**	**589,511**	**556,091**	**602,558**	**691,248**	**782,955**	**282,442**
OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	**154,134**	**181,018**	**407,249**	**352,444**	**381,263**	**503,883**	**584,488**	**10,478**
OTRAS CUENTAS POR PAGAR	131,131	125,487	182,262	203,647	221,295	187,365	198,467	271,964
P A T R I M O N I O	**181,468**	**174,612**	**167,664**	**351,028**	**329,238**	**252,080**	**220,479**	**783,220**
CAPITAL SOCIAL	186,200	192,500	200,200	409,500	420,000	421,100	430,400	1,391,654
RESULTADOS ACUMULADOS	(4,732)	(17,888)	(32,536)	(58,472)	(90,762)	(169,020)	(209,921)	(608,434)
Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	-	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)
Utilidades (Pérdidas) del Periodo o Ges	(4,732)	(13,156)	(27,804)	(53,740)	(86,030)	(164,288)	(205,189)	(603,702)
PASIVO Y PATRIMONIO	**466,732**	**481,118**	**757,175**	**907,120**	**931,796**	**943,328**	**1,003,434**	**1,065,662**

Al respecto, las pérdidas acumuladas exponen una tendencia creciente a partir de la reactivación de la Cooperativa en fecha 7 de septiembre de 2011 (por un denominado "Comité Reorganizador conformado por personas que no eran socias de la Cooperativa"), registrando Pérdidas del periodo de Bs4.732 al 31 de diciembre de 2011, posteriormente, alcanzo Bs86.030 al 30 de abril de 2012; evidenciándose un deterioro progresivo de la entidad.

En ese entendido, se puede apreciar que la entidad presentaba pérdidas ocasionadas por un inadecuado manejo de recursos.

Inobservancias en las Inspecciones de la ASFI

Respecto al punto relativo a las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (requisitos), cabe resaltar que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determina y programa sus visitas de inspección de acuerdo con el Reglamento para Visitas de Inspección dispuesto en el Capítulo I, Título II, Libro 7 de la Recopilación de

Normas para Bancos y Entidades Financieras; además de manuales internos que no necesariamente deben contener los requisitos mencionados por la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., con el argumento "siendo absurda la elaboración de programa de Inspección". Es así que las mencionadas inspecciones se realizaron de acuerdo a un Memorandum de Planificación determinando objetivos y designando funcionarios para llevar a cabo las mismas.

Capital Primario, Pérdidas Acumuladas y Patrimonio Neto al 30 de Septiembre de 2012

Se aclara que el Capital Primario de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1 (Capital Primario), Sección 9, Capítulo III, Título I del Libro 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras está compuesto por:

- ✓ *Aportes de los socios cooperativistas, representados por Certificados de Aportación.*
- ✓ *Fondo de Reserva, constituido por los excedentes de percepción que arroje el balance.*
- ✓ *Donaciones recibidas de libre disposición.*

En este sentido, el cálculo de la Cooperativa es erróneo ya que el importe expuesto en la cuenta 311 por Bs1.236.074 está compuesto por Capital Social y Certificados de Aportación Remunerados denominados (Ahorros y Depósitos a Plazo Fijo), incumpliendo con la normativa vigente. Al respecto, se evidenció la reclasificación de Bs774.774 del Pasivo al Patrimonio en fecha 30 de septiembre de 2012, como se observa a continuación:

NOMBRE	31/12/2011 6.86	31/03/2012 6.86	30/06/2012 6.86	31/07/2012 6.86	31/08/2012 6.86	30/09/2012 6.86
P A S I V O	**285,264**	**556,091**	**782,955**	**974,352**	**1,037,460**	**192,618**
OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	**154,134**	**352,444**	**584,488**	**750,373**	**869,747**	**-**
OTRAS CUENTAS POR PAGAR	131,131	203,647	198,467	223,979	167,713	192,618
P A T R I M O N I O	**181,468**	**351,028**	**220,479**	**191,026**	**109,378**	**854,670**
CAPITAL SOCIAL	186,200	409,500	430,400	460,300	461,300	1,236,074
RESULTADOS ACUMULADOS	(4,732)	(58,472)	(209,921)	(269,274)	(351,922)	(381,405)
Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	-	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)
Utilidades (Pérdidas) del Periodo o Ges	(4,732)	(53,740)	(205,189)	(264,542)	(347,190)	(376,673)
PASIVO Y PATRIMONIO	**466,732**	**907,120**	**1,003,434**	**1,165,378**	**1,146,839**	**1,047,288**

Por lo tanto, el Capital Primario de la entidad asciende a Bs461.300 equivalente a 44.231 DEG, inferior al mínimo requerido para entidades Cooperativas (100 mil DEG).

Asimismo, el cálculo del Patrimonio Neto y Coeficiente de Adecuación Patrimonial es erróneo, ya que toma en cuenta el importe de Bs1.236.074 como capital pagado.

Consecuentemente, la relación de Pérdidas Acumuladas y de Gestión sobre Capital Primario es de -82.68, comprometiendo el Patrimonio en esta proporción y no así en 31% (cálculo de la entidad).

Criterios de Viabilidad Financiera

	CRITERIOS DE VIABILIDAD FINANCIERA		SEGÚN ASFI			SEGÚN ENTIDAD		
No	CRITERIO	EVALUACIÓN	CUMPLE			CUMPLE		
			SI	NO	N/A	SI	NO	N/A
1	Pérdidas iguales o mayores al 50% del Capital Primario.	La entidad tiene pérdidas acumuladas del 82.68%		1		1		
2	Insuficiencia mayor al 50% del nivel de CAP establecido en la LBEF Artículo 47 (10%).	A septiembre el CAP es 0.77%.		1		1		
3	Imposibilidad de cumplimiento en el pago de una o más obligaciones líquidas y exigibles.	El activo líquido/ pasivo alcanza a 26%		1				1
4	Denuncias o reclamos realizados por socios de la Cooperativas directamente a ASFI sobre la no devolución de depósitos.				1			1
5	Que no haya tenido continuidad en la atención a sus socios en los últimos 3 años (desde la promulgación de la Ley No 3892 18 de junio de 2008).	El 1er certificado de aportación fue realizado en fecha 5.12.11		1				1
6	Que se hayan determinado prácticas de gestión que pongan en grave peligro los depósitos del público, la situación de solvencia y liquidez de la entidad, como ser:				1			1
6a.	Que los auditores externos de la entidad se hayan abstenido de omitir opinión o que su opinión haya sido negativa.	La entidad no ha realizado ninguna auditoria externa		1				1
6b.	Existencia de créditos vinculados en concordancia con el Artículo 50 de la LBEF, otorgados de manera preferencial o irregular.	Existe vinculados (Sra. Veronica Trujillo con un saldo de Bs27 mil, mantiene cargo de suplente del consejo de vigilancia)		1				1
7	Que la relación de activos de primera calidad respecto al total de depósitos recibidos por la entidad sea inferior al 0.8.				1			1
	OTROS CRITERIOS							
8	Margen Financiero negativo o inferior a un porcentaje determinado en relación al promedio del sistema.	El margen financiero a sept.2012 alcanza a Bs27.639	1					1
9	Liquidez (disponibilidades <= 30 días / depósitos del público) inferior a un porcentaje determinado.	Liquidez Disponible / Depósitos a 30 dias a agosto alcanza a 22.55%.		1				1
10	Definir un porcentaje de relación de Activo Improductivo sobre el Activo total, que permita determinar una estructura financiera inadecuada y que comprometa la sostenibilidad en el tiempo.	El activo improductivo a sept. 2012 alcanza a 86.39%.		1				1
11	Definir una cobertura mínima de previsiones sobre cartera en mora, en el caso de estar por debajo, la constitución de la deficiencia impactaría de manera significativa el Patrimonio.	La entidad no registra previsiones de carta ni cuentas por cobrar por antigua data.		1				1
12	En base a un análisis de tendencias (activos, ingresos, pérdidas, etc…), determinar si la entidad presenta una propensión negativa y que incidirá en su sostenibilidad en el tiempo, o se encuentra discordante al comportamiento del mercado.	Porcentaje bajo en Cartera Neta y pérdidas del periodo que son negativas.		1				1
	Los datos fueron obtenidos en base a estados financieros proporcionados por la entidad con corte a septiembre 2012		**1**	**10**	**3**	**2**	**0**	**12**

Los criterios establecidos por ASFI, son prudenciales, asegurando que la entidad cuenta con la suficiente solidez financiera para poder ser viable en el corto, mediano y sobre todo largo plazo.

El hecho de no contar con auditoria externa, operaciones crediticias a consejeros, liquidez insuficiente, tener demasiado activo improductivo, ocasiona que la tendencia en la generación de flujos sea decreciente, ocasionando que cada vez sea más difícil la devolución del ahorro de los socios.

1) Pérdidas Iguales o mayores al 50% del Capital Primario

La entidad determina pérdidas del 31% sobre el Capital Primario en base a un capital social erróneo de Bs1.236.074 compuesto por Capital Social y Certificados de Aportación Remunerados denominados (Ahorros y Depósitos a Plazo Fijo), incumpliendo con la normativa vigente, según el siguiente cuadro se puede evidenciar la diferencia en el cálculo:

	S/ ENTIDAD	S/ ASFI
CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO (Expresado en Bolivianos)	**30.09.2012**	**30.09.2012**
(+) Aportes de los socios cooperativistas - Certificados de Aportación	**1,236,074**	**461,300**
311.00 Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)	1,236,074	461,300
(+) Fondos de reserva, no distribuibles.	**0**	**0**
342.03 Reservas no distribuible por ajuste por inflación del patrimonio		
(+) Donaciones recibidas de libre disposición	**0**	**0**
322.02 Donaciones recibidas de libre disponibilidad pendientes de capitalización		
(=) CAPITAL PRIMARIO INICIAL	**1,236,074**	**461,300**
Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	(381,405)	(381,405)
PÉRDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO	**-30.86%**	**-82.68%**

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

2) Insuficiencia mayor al 50% del nivel de CAP establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, artículo 47 (10%)

El cálculo de la entidad relacionada el Coeficiente de Adecuación Patrimonial es erróneo (CAP = 87%), ya que toma en cuenta el importe de Bs1.236.074 como capital pagado.

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

3) Imposibilidad de cumplimiento en el pago de una o más obligaciones líquidas exigibles.

La entidad indica que se ha encontrado "impedida de generar ingresos financieros, otro vez citado como causante nefasto, disminuyo los niveles de liquidez, para pago de obligaciones, pero la convicción y decisión de los socios permitió hasta la fecha cumplir todas las obligaciones liquidas, sin embargo, como este hecho fue provocado por ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en criterio inaplicable".

Al respecto, se reitera que en la gestión 2011, momento en que la Cooperativa fue reactivada, registró pérdidas del periodo de Bs4.732 al 31 de diciembre de 2011, alcanzando Bs53.740 para el 30 de abril de 2012; hecho posterior, en fecha 8 de mayo de 2012 a través de carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012, se instruye el cese de operaciones, producto del Informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012. En ese entendido, se puede observar que la entidad presentaba pérdidas ocasionadas por un inadecuado manejo de recursos, antes de la instrucción del cese de operaciones.

4) Denuncias o reclamos realizados por los socios de la CAC directamente a ASFI sobre la no devolución de depósitos.

Se ha calificado como N/A (No aplicable), debido a que se desconoce de alguna denuncia o reclamo por devolución del ahorro de algún socio.

5) Que no haya tenido continuidad en la atención a sus socios en los últimos 3 años (desde la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008)

La Entidad indica "que no existe ningún indicador concerniente o semejante a este punto, por lo que, no corresponde aplicar al análisis o evaluación de viabilidad.

Al respecto, en Inspección con corte al 30 de septiembre de 2012, se determinó que la emisión del primer Certificado de Aportación fue en fecha 5 de diciembre de 2011, por lo tanto, las gestiones 2008, 2009, 2010 no atendieron a ningún socio.

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

6) Que se hayan determinado prácticas de gestión que pongan en grave peligro los depósitos del público, la situación de solvencia y liquidez de la entidad como ser:

Que los Auditores se hayan abstenido de emitir opinión o que su opinión haya sido negativa

La entidad menciona el informe de Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la consultora AUDINACO S.R.L., sin embargo, aclarar que dicho informe se orienta a evaluar la capacidad de la entidad en proceso de adecuación para cumplir con los requisitos operativos y documentales, según lo dispone el Artículo 2, Sección 2, Capítulo III, Título I, Libro 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y en ningún momento reemplaza o es similar a un Informe de Auditoría Externa que incluya un Dictamen u opinión sobre la situación financiera al cierre de una gestión.

Asimismo, en la visita realizada con corte al 30 de septiembre de 2012, la Cooperativa no proporciono informes de Auditorías Externas de las gestiones 2007 al 2011.

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

7) Que la relación de activos de primera calidad respecto al total de depósitos recibidos por la entidad sea inferior al 0.8.

Este punto se determinó como "no aplicable", debido a que no se contaba con suficiente información para determinar si era inferior o superior al 0.8.

8) Margen Financiero negativo o inferior a un porcentaje determinado con relación al promedio del sistema.

Este punto fue determinado como "cumplido" ya que cuenta con un Margen Financiero Bruto positivo de Bs27.639.

9) Liquidez (Disponibilidades <= 30 días/depósitos del público) inferior a un porcentaje determinado

La entidad justifica el deterioro de este indicador mencionando "que por el impedimento de generar ingresos, disminuyo los niveles de liquidez y extinguió depósitos de los socios, puesto que este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalidado este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable".

Al respecto, se evidencia que las Obligaciones con el Público presentaron una tendencia creciente antes de la instrucción del cese de operaciones, en contradicción con la aseveración de la Cooperativa que indica que hubo una extinción provocada por ASFI.

NOMBRE	31/12/2011	31/03/2012	30/06/2012	31/08/2012
OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	154,134	352,444	584,488	869,747

Al 30 de septiembre de 2012, la Liquidez (Disponibilidad/depósitos del público a 30 días) alcanza a 22.55%, inferior en relación al promedio del Sistema Cooperativo (41.68% a septiembre/2012), mostrando que la entidad presenta problemas de

iliquidez y posible cesación de pagos, tomando en cuenta que el porcentaje nunca fue superior al 50% desde diciembre 2011.

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

10) Definir un porcentaje de relación de Activo improductivo sobre Activo Total, que permita determinar una estructura financiera inadecuada y que comprometa la sostenibilidad en el tiempo

La entidad justifica el deterioro de este indicador indicando "que por impedimento de generar ingresos financieros, mantuvo activos improductivos, aspecto que fue inducido y provocado por la ASFI, invalidando este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable"

Al respecto, se puede observar que los Activos Improductivos presentaron una tendencia creciente antes de la instrucción del cese de operaciones:

	31/12/2011	31/01/2012	28/02/2012	31/03/2012	30/06/2012	30/09/2012
Activo Improductivo / Activo Total	64.84%	60.22%	67.56%	69.84%	75.00%	86.39%

Dichos Activos Improductivos representan 86.39% al 30 de septiembre de 2012, superior al promedio de Cooperativas Supervisadas (14.21% al 30 de septiembre de 2012) Dicho indicador se encontraría financiado por Pasivos con costo, exponiendo ineficiencia por parte de la entidad y comprometiendo su sostenibilidad en el tiempo.

Asimismo, presenta una estructura financiera inadecuada ya que las principales cuentas del Activos son: Cuentas por Cobrar en 29.56%, Bienes de Uso en 27.02% y Otros Activos en 21.84%. La Cartera alcanzó solo el 16.80% y Disponibilidades al 4.78%, ambos en relación al Activo Total.

Estos porcentajes muestran que la entidad habría estado invirtiendo en Activos Improductivos, haciendo caso omiso a la instrucción de cese de operaciones.

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

11) Definir una cobertura mínima de previsiones sobre cartera en mora, en el caso de estar por debajo, la constitución de la deficiencia impactaría de manera significativa al Patrimonio.

La entidad justifica el deterioro de este indicador indicando "que por impedimento de generar ingresos financieros, hecho que incidió negativamente en el desarrollo de la cartera y por ende mantuvo activos improductivos, aspecto que fue inducido y provocado por la ASFI, invalidando este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable"

Toda Entidad Financiera está en la obligación de reconocer una previsión por el deterioro de su cartera, en este caso, la entidad no registro ninguna previsión (Dic/2011 al Sept/2013), ocasionando que el Activo se encuentre sobrevaluado.

Asimismo, ASFI dispuso el cese de operaciones nuevas y no así para el cobro de los créditos otorgados.

En este sentido, se mantiene el incumplimiento.

12) En base a un análisis de tendencia (activos, ingresos, perdidas, etc.) determinar si la entidad presenta propensión negativa y que incidirá en su sostenibilidad en el tiempo o que se encuentra discordante al comportamiento del mercado.

La entidad justifica el deterioro de este indicador indicando "que por impedimento de generar ingresos financieros, hecho que incidió negativamente en la tendencia de activos, ingresos, pérdidas, etc., aspectos que fueron inducidos y provocado por la ASFI, invalidando este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable"

Al respecto, se puede observar que el Activo, Ingresos Financieros y Resultado Neto del Ejercicio presentaron una tendencia creciente antes de la instrucción del cese de operaciones:

NOMBRE	31/12/2011	31/03/2012	30/06/2012	31/08/2012	30/09/2012
A C T I V O	466,732	907,120	1,003,434	1,146,841	1,047,290
INGRESOS FINANCIEROS	1,675	13,873	29,525	38,502	41,922
RESULTADO NETO DEL EJERCICIO	(4,728)	(53,739)	(205,189)	(347,190)	(376,672)

Sin embargo, la estructura financiera es inadecuada ya que las principales cuentas del Activo son: Cuentas por Cobrar, Bienes de Uso y Otros Activos y no la cuenta Cartera.

La falta de generación de flujos positivos incide directamente en la sostenibilidad en el tiempo de la Cooperativa y el deterioro progresivo.

La administración de la entidad y la obtención de resultados es responsabilidad de la entidad, ya que ASFI solo cumplió con la función de precautelar el Sistema Financiero y el ahorro de sus socios, ya que este último es considerado un bien público protegido.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis precedentemente efectuado, se ha establecido que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., no sólo incumple el requisito previsto en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y, Sección 10, artículo 1 y 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (haberse encontrado en funcionamiento hasta antes de la promulgación del Ley N° 3892), sino que además incumple el requisito previsto en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (demostrar viabilidad financiera bajo las premisas establecidas en el Anexo 9 del citado Reglamento).

Que, el mismo artículo 3 de la Sección 10 antes referida, establece que: "Si ASFI determina la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo 9 del presente Reglamento, emitirá a la CAC Societaria, una Resolución Administrativa de No Admisión al Proceso de Adecuación, la misma que será remitida por ASFI a la Dirección General de Cooperativas con el fin de que dicha instancia cancele la personalidad jurídica."

Que, dentro de la motivación que debe contener todo acto administrativo, debe quedar claramente establecido, la causa que induce a la Administración Pública a asumir la determinación adoptada, a efectos de que el administrado pueda asumir en forma íntegra su legítimo derecho de defensa.

Que, en la resolución recurrida, existe fundamento suficiente que permite concluir que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., incumplió los requisitos de admisión al proceso de adecuación por: 1) no haber estado en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y 2) por su inviabilidad financiera, sin embargo la referida resolución no incorporó esta segunda causal en la parte determinativa, siendo que esta constituye un aspecto determinante a ser considerado al momento de asumir la decisión administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 49 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que la Autoridad Regulatoria que conozca de un recurso tendrá un plazo de 20 días para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, el artículo 43, parágrafo I del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece: "Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida."

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-136097/2013 de 9 de septiembre de 2013, emite las siguientes conclusiones:

Los argumentos esgrimidos por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. en su memorial de revocatoria presentado el 30 de agosto de 2013, no desvirtúan los fundamentos señalados en la Resolución ASFI N° 424 de 15 de julio de 2013.

Del análisis del memorial y de la documentación presentada por la Cooperativa recurrente, se establece que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. no se encontraba en funcionamiento antes y durante la

promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, al no haber estado realizando las operaciones señaladas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703.

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-140013/2013 de 16 de septiembre de 2013 recomienda emitir resolución administrativa confirmando parcialmente la Resolución ASFI N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, debiendo revocarse el Resuelve Primero y en su lugar incorporarse también como casual de rechazo, el incumplimiento al requisito previsto en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, bajo las premisas establecidas en el Anexo 9, por no haber demostrado viabilidad financiera.

6.- MEMORIAL DE 8 DE OCTUBRE DE 2013, SOLICITANDO ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**, mediante memorial de fecha 8 de octubre de 2013, con sello de recepción de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero del día 9 de octubre de 2013, solicita aclaración y complementación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 emitida el 27 de septiembre de 2013, bajo los siguientes argumentos:

"…***SOLICITA ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACION***

El Decreto Supremo N°27113 en su artículo 36 dispone que: "I. Los administrados que intervengan en el procedimiento podrán solicitar, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos que presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la Resolución. II. La autoridad administrativa - ejecutiva resolverá la procedencia o improcedencia de la solicitud dentro de los cinco (5) días siguientes a su presentación. La aclaración no alterará sustancialmente la Resolución. (...)"

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURIDICOS

En las páginas 21 al 36 de la R.A.633/2013 realiza una amplia explicación acerca de quienes jurídicamente suscribieron el Contrato de Corresponsalía delegado por el Servicio de Impuestos Nacionales, cuyo objeto es el cobro de Impuestos a través del Sistema Financiero del período 2007 y 2008, a cambio del pago de una comisión por servicios financieros, considerando que en el presente proceso administrativo debe regir el principio de la verdad material, contemplado en el literal d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341, por lo que, solicitamos se procedan a las siguientes aclaraciones y complementaciones:

1) Amplié y aclare describiendo objetivamente quien operativizó el funcionamiento de cobro de impuestos en la gestión 2008, emergente del contrato subsidiario suscrito entre el Banco Ganadero S.A. y Servicio de Impuestos Nacionales.

2) Aclare, considerando las pruebas testificales que cursa en vuestra Institución, cual

es la verdad material, operativa y laboral de las funciones realizadas por los cajeros de la CAC VDC Ltda., relativo al cobro de impuestos en la gestión 2008, emergente del contrato subsidiario suscrito entre el Banco Ganadero S.A. y Servicio de Impuestos Nacionales.

3) *Amplié y aclare si la declaración y pago de Impuestos IVA, IT e IUE de la gestión 2008 por parte de la CAC VDC Ltda., corresponden a Otros Ingresos Operativos por comisión de servicios de cobranzas lo cual demuestra fehacientemente la realización de actividades financieras propias de una cooperativa de ahorro y crédito, emergente del contrato subsidiario suscrito entre el Banco Ganadero S.A. y Servicio de Impuestos Nacionales.*

4) *Aclare, bajo el principio de verdad material si el contrato suscrito por la CAC VDC Ltda., con el Sr. Julio Marín jurídicamente y operativamente es subsidiario al contrato suscrito entre el Sr. Julio Marín con el Banco Ganadero S.A., y que ambos en el fondo provienen según sus características operativas del suscrito entre en Banco Ganadero S.A. con el Servicio de Impuestos Nacionales (SIN).*

5) *Amplié y aclare, que la resolución de los contratos de corresponsalía y en particular el contrato de cobro de impuestos nacionales por parte del sistema financiero incluye plazo perentorio para conciliación de saldos, conclusión de procesos operativos y administrativos manteniendo el funcionamiento de las partes contratantes propios de una resolución que en tiempo promedio supera los noventa (90) días, para recién consolidarse la suspensión definitiva del contrato.*

6) *Aclare, fundamentando jurídica y operativamente si las funciones realizadas por la CAC VDC Ltda., en relación al cobro de impuestos ocurridos en la gestión 2008 fue por cuenta propia o delegada.*

7) *Amplié sus evidencias de la declaración de los testigos y aclare las paginas donde se corrobora el 12 de junio de 2008 como fecha de resolución de contrato, según menciona en la página 35 de la R.A.N°633/2013 supuestamente corroborado por funcionarios de la CAC VDC Ltda., Irma Elizabeth Mendoza, Claudia Alejandra Mercado, Freddy Isidro Camacho, Yuri Nicolás Molina y Adalberto Palacios.*

8) *Amplié los alcances de la cláusula tercera del contrato subsidiario revelado en la página 34 de la R.A.N°633/2013 y aclare sus conclusiones de funcionamiento operativo.*

9) *Amplié conforme a los documentos que cursan en vuestra Institución los nombres que firman los finiquitos al personal de la CAC VDC Ltda., como parte patronal y aclare su incidencia jurídica en el contrato subsidiario con el Sr. Julio Marín y Banco Ganadero.*

En la página 36 de la R.A 633/2013 considera que 1) Se entenderá como viabilidad

financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo, MEDIANTE LA SUFICIENTE GENERACION DE INGRESOS FINANCIEROS, sobre la base de vuestra afirmación, respetuosamente solicitamos se aclara y complemente lo siguiente:

A. *Complemente y señale cómo la CAC VDC Ltda., podía generar suficientes ingresos financieros cumpliendo su nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012 que instruye "Cese de Operaciones", para soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo sin arrojar pérdidas o resultados negativos, instructivo que constantemente fueron verificados con inspecciones de ASFI.*

B. *Aclare y detalle que cooperativas de ahorro y crédito en proceso de adecuación sin certificado de adecuación cumplen y no cumplen el Capital Mínimo de l00milDEG.*

C. *Complemente y aclare, porque los Anexos del Cálculo del Capital Primario y Coeficiente de Suficiencia Patrimonial para cooperativas de ahorro y crédito, no presentan ninguna deducción en la cuenta contable 311.00 Capital Pagado.*

D. *Aclare porque no considera que la CAC VDC Ltda., instrumento y respaldo todos sus recursos patrimoniales con Certificados de Aportación Voluntarios conforme a la reconversión estipulada por la normativa de adecuación y por instrucción de sus propios inspectores.*

PETITORIO

Por todo lo expuesto y al amparo de lo dispuesto por el Artículo 36 del Decreto Supremo N°24113, solicitamos se proceda a la complementación y aclaración de las observaciones realizadas precedentemente, en virtud a que las mismas hacen al fondo del presente proceso administrativo y deben ser necesariamente atendidas por esa autoridad de supervisión, lo contrario implicaría una vulneración a derechos del administrado como ser el derecho a la defensa y al debido proceso…"

7.- AUTO DE FECHA 16 DE OCTUBRE DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 16 de octubre de 2013, emite Auto resolviendo la solicitud de complementación y aclaración formulada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**, determinando:

"…***ÚNICO:*** *Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de complementación y aclaración de la Resolución ASFI N° 633/2013 de 27 de septiembre de 2013, presentada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., en el memorial de fecha 09 de octubre de 2013…*"

Improcedencia resuelta en base a los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, lo solicitado en los puntos 1 al 9 del memorial de complementación, ha sido ampliamente analizado en las páginas 33 a 36 de la Resolución ASFI N° 633/2013, habiéndose concluido lo siguiente:

1) *De acuerdo a lo expuesto en la carta Cite: GG. 272/2012 de 14 de noviembre de 2012 remitida por el Banco Ganadero S.A., se tiene que esa entidad bancaria no suscribió ningún contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda.*

2) *Según la carta Cite: GG. 484/2013 de 27 de septiembre de 2013, el contrato de servicios suscrito por el Banco Ganadero S.A. con el Sr. Julio Marín Duran y Sonia Taborga Villegas, fue resuelto el 12 de junio de 2008 en razón a que el Servicio de Impuestos Nacionales comunicó a la entidad bancaria la resolución del contrato de adhesión para la prestación del servicio de recaudación de tributos.*

Que, por lo aseverado por el Banco Ganadero S.A., no existe ningún contrato de corresponsalía suscrito con la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. en virtud al artículo 9, inciso m) del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

Que, respecto a lo aseverado en el Punto A. de la página 4 del memorial de complementación, se manifestó en la página 36 de la Resolución ASFI N° 633/2013 que: "… de acuerdo con la información financiera proporcionada por la entidad en la inspección que se expone en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, la Cooperativa registraba pérdidas por Bs4.728 en la gestión 2011, sobrepasando en 282% los ingresos financieros…", por lo que no amerita mayor aclaración o complementación.

Que, la aclaración impetrada en el Punto B. de la página 4 del memorial de 9 de octubre de 2013, es impertinente al objeto del acto administrativo impugnado.

Que, a la complementación solicitada en el Punto C., se tiene que hasta el mes de agosto 2012 la Cooperativa registró las obligaciones con sus socios por Caja de Ahorro y Depósitos a Plazo fijo, en la cuenta 210 "Obligaciones con el Público". Posteriormente, sin considerar la naturaleza de esas obligaciones, las reclasificó en el mes de septiembre 2012 a la cuenta 311.00 "Capital Pagado".

Que, mediante Inspección realizada a la entidad, esta Autoridad de Supervisión instruyó la regularización de estas operaciones mediante su reclasificación al Pasivo, debido a que en la cuenta 311.00 "Capital Pagado", solo debe registrarse los certificados de aportación obligatorios tal como ya fue expuesto en la página 40 de la Resolución ASFI N° 633/2013 de 27 de septiembre de 2013.

Que, respecto a la aclaración solicitada en el punto D., se reitera lo expuesto en la respuesta a la complementación solicitada en el punto C, en sentido que al 30 de septiembre de 2012, la Cooperativa efectuó la reclasificación de Bs774.774 de sus obligaciones contabilizadas en la cuenta 210.00 "Obligaciones con el Público" a la cuenta 311.02 "Certificados de Aportación", exponiendo las obligaciones con sus

socios como parte de su Capital Social, en este sentido, conforme al numeral 1), artículo 3, de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, corresponde la reconversión y reclasificación contable de los certificados de aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos. En ningún momento se instruyó a la entidad la reclasificación de las obligaciones del público al capital social de la Cooperativa.

CONSIDERANDO:

Que, la Resolución ASFI N° 633/2013 de 27 de septiembre de 2013, es clara y precisa respecto a los puntos sobre los cuales la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. solicita aclaración y complementación, sin que presente contradicciones, ambigüedades u omisiones sobre cuestiones esenciales en el presente proceso administrativo, que amerite atención a lo solicitado en el memorial de fecha 9 de octubre de 2013.

Que, el artículo 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, dispuesto mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, prevé que la autoridad administrativa resolverá la procedencia o improcedencia de la solicitud dentro de los cinco días siguientes a su presentación…"

8.- RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 29 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de fecha 27 de septiembre de 2013, bajo los siguientes argumentos:

"…***III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO***

La R.A. 633/2013, objeto del presente recurso, en el numeral Primero de su parte resolutiva, establece lo siguiente: "CONFIRMAR parcialmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 424/2013 de 15 de julio de 2013, ratificando los resuelves segundo y tercero y modificando el resuelve Primero con el siguiente texto:

NO ADMITIR a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. al proceso de Adecuación, solicitado mediante nota VDC-CACV-PE-N° 002/11 de 29 de diciembre de 2011, por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades financieras, libro 1°, Título 1, Capítulo III, sección 1, artículo 5 y Sección 10, artículos 1, 2 y 3, (estructura actual), relativos a: 1) funcionamiento de la cooperativa hasta la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y 2) Demostrar viabilidad financiera, en base a las consideraciones establecidas en la presente resolución"

De la simple lectura de la R.A, 633/2013, se evidencia que la ASFI, en su razonamiento, que por decir lo menos se entiende como descuidado y negligente, no ha analizado,

evaluado y menos valorado los argumentos técnicos y legales que la cooperativa ha plasmado, explicado y demostrado en el Recurso de Revocatoria.

Ante esta conducta reiterada por parte de la ASFI, antes de ingresar al fondo mismo del tema que nos ocupa, nos corresponde reiterar algunos de los argumentos señalados en nuestro recurso, en particular referidos a la actuación errada de la ASFI, lo que llevó a la confusión del administrado y por lógica consecuencia repercutieron en las decisiones tomadas por la Cooperativa, así como también en el posterior desfase económico producido por la entidad. Aspectos que pasamos a argumentar y demostrar.

III.1.- SOBRE EL ACTUAR ERRÓNEO DE LA ASFI.

La ASFI en la Resolución ahora recurrida, pretende justificar su actuar negligente argumentando que tal decisión fue debido a criterios de favorabilidad y continúan señalando que "previnieron" a la cooperativa que no efectúe más gastos porque serán de responsabilidad de la cooperativa.

Nos preguntamos, favorabilidad para quien?? Ahora resulta que so pretexto de favorabilidad, ya no se aplican las normas como debe ser, ignorando el hecho de que las decisiones que la administración debe tomar y comunicar oportunamente al administrado no se cumplen.

Como es bien sabido, la Resolución ASFI N° 157/2010 de fecha 22 de febrero de 2010, establece con claridad meridiana en el artículo único de la sección 10, que el plazo para iniciar el proceso de adecuación es hasta el 30 de junio de 2010.

La Cooperativa en fecha 29 de diciembre de 2011, mediante nota CITE VDCACV-PE-N° 002/11, solicitó a la ASFI el ingreso al proceso de adecuación establecido en la R.A. ASFI 157/2010, resulta obvio e indiscutible que la solicitud fue presentada fuera del plazo previsto por la R.A. 157/2010.

Como es de conocimiento de su autoridad, la administración pública y los funcionarios que dependen de ella tienen el deber y obligación de actuar conforme lo establecen las normas en materia administrativa y los principios que rigen el procedimiento administrativo.

Bajo este marco, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4, establece los principios que se deben aplicar en la actividad administrativa, principios que entre otras cosas intentar precautelar los derechos de los administrados.

En este sentido, corresponde profundizar conceptualmente sobre ciertos principios, esto con el propósito de establecer las equivocaciones e incumplimientos en los que incurrió la ASFI en el presente tema, ocasionando confusión de parte de nuestra Cooperativa así como también efectúe actuados innecesarios.

Principio de Eficacia: *La Ley N° 2341 sobre este principio señala: "Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad,* ***evitando dilaciones indebidas"*** *(Las negrillas son nuestras)*

De igual manera, la doctrina en general sobre este principio señala lo siguiente:

- ***I.*** *La eficacia, consistente en la consecución de fines de interés general, actúa como principio esencial para la actuación administrativa buscando la calidad de los servicios y la buena gestión económica. El principio de eficacia buscará, mediante su inspiración, que la Administración Pública cumpla los objetivos fijados en los servicios prestados a los ciudadanos. Pero debe ir más allá del mero cumplimiento, tendiendo hacia unos índices de calidad óptimos. (Junta de Castilla-La Mancha).*
- ***II.*** *La eficacia implica llegar a un objetivo previamente establecido, aun si existen formalismos cuya realización no incida en su validez, este término está vinculado al término eficiencia, que es realizar un objetivo previamente establecido al menor tiempo y costo posible. (Augusto Romero Castellanos- Los Principios del Procedimiento Administrativo)*

Resulta claro que cuando hablamos de este principio, no estamos ante un tema en absoluto baladí ya que además de negarse en ocasiones el valor jurídico del principio de eficacia, estimamos que se está incumpliendo un mandato constitucional que incluso puede tener unos efectos más graves de los que a priori pudiera pensarse ya que el desvalor de la ineficacia lleva a la desconfianza de la sociedad respecto a la acción pública e incluso a su cuestionamiento, provocando una clara disfunción entre el Estado y la sociedad de consecuencias lamentables.

Principio de celeridad: *La Ley Nº 2341 norma también el principio de celeridad: "Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad,* ***evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias"*** *(Las negrillas son nuestras).*

Este principio normado por nuestro ordenamiento jurídico tiene su asidero en lo que la doctrina en general entiende por celeridad en el procedimiento administrativo, tal cual transcribimos a continuación.

- *I. "Los procedimientos administrativos se deben impulsar de oficio, esto es, por iniciativa propia del organismo o unidad que deba ejecutarlos -sin esperar cada vez una activación o solicitud por parte del interesado- en todas sus etapas. Son los funcionarios los obligados a hacer progresar los procedimientos administrativos en cada una de sus fases y pasos. Las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa, tanto en la iniciación de los procedimientos como en sus etapas sucesivas, facilitando los trámites que se deben cumplir. Los expedientes deben tramitarse en orden de ingreso, salvo que el titular de la unidad administrativa dé una orden en contrario, la que debe quedar en constancia. (Ernesto Jinesta- Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo)*

Está claro que la administración pública tiene la obligación de evitar que el administrado incurra en trámites y diligencias innecesarias como ocurrió en el caso que nos ocupa, no otra cosa se desprende de la simple revisión de los antecedentes.

Corresponde analizar lo ocurrido desde la solicitud de incorporación al proceso de adecuación por parte de la Cooperativa, solicitud que fue presentada en fecha 30 de diciembre de 2011, es decir, fuera del plazo previsto por la R.A., 157-2010 (30 de junio de 2010), este simple hecho ameritaba el inmediato rechazo por parte de la ASFI a nuestra solicitud, puesto que se habría incumplido por parte de la Cooperativa con un requisito sine qua nom, que era el tema del plazo.

Ante ese hecho la ASFI no actuó correctamente, por decir lo menos, puesto que empezó a realizar actos y diligencias que no tenían razón de ser, de igual manera requirió y solicitó a la Cooperativa la remisión de documentos, informes y otros, es más realizó inspecciones – con qué propósito? Si era obvio y lógico que en su primera actuación debía rechazar in límine la solicitud por haber sido presentada fuera de plazo.

Esta actitud e irresponsabilidad de la ASFI, ocasionó que la Cooperativa entienda que su solicitud estaba correcta y debía ser tramitada hasta su conclusión con una decisión final por parte de la ASFI, y para tal efecto intentaba cumplir con todas las exigencias, solicitudes, documentación, inspecciones efectuadas por la Autoridad - nos preguntamos qué hubiera ocurrido si la Cooperativa hubiese cumplido los demás requisitos exigidos por la ASFI, ésta hubiese autorizado el ingreso al proceso de adecuación? Sabiendo que la solicitud estaba presentada fuera de plazo?, la respuesta es obvia, NO, puesto que resulta hasta ingenuo creer que la ASFI hubiese ignorado que la presentación de la solicitud fue realizada fuera del plazo establecido por la R.A. 157-2010 y dar curso a la solicitud

La afirmación anterior se encuentra respaldada por lo que la propia ASFI señala en su Nota Cite ASFI/DSR/IV/R-29977/2012 de fecha 13 de marzo de 2012, cuando recomienda a la Cooperativa no efectuar gastos ***y que esta debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que no ingresaron al proceso en los plazos establecidos."*** *(Las negrillas son nuestras). Entonces resulta evidente que la ASFI, conocía que la Cooperativa había presentado su solicitud fuera del plazo, lo que no es comprensible es el porqué la ASFI continuaba tramitando la solicitud y no se pronunciaba – estaba esperando una nueva norma? Cuanto más iba a esperar?, iba a permitir que el administrado continúe confundido y en la incertidumbre? son preguntas que la ASFI debe responder y fundamentar legalmente.*

La ASFI, luego de efectuar una serie de trámites y gestiones que a la final resultaban innecesarias, recién en fecha 8 de mayo de 2012, pone en conocimiento de la Cooperativa en informe 22453/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, por el que se establece que la Cooperativa supuestamente no cumplía con el requisito exigido por la R.A.157-2010 de haber estado funcionando antes y a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892.

No es posible ignorar que la Autoridad Jerárquica dispuso que ASFI defina y fundamente el Reglamento que corresponde aplicar a la CAC VDC Ltda., entre sus Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12.

La ASFI en su Resolución N°424/2013 notificada el 22 de julio de 2013 y Resolución ASFI N°478/2013 notificada el 9 de agosto de 2013, establece con claridad meridiana que el Reglamento que corresponde aplicar a la CAC VDC Ltda., ***es la Resolución ASFI N°233/2012*** *de 12 de junio de 2012. Sin embargo, conforme a los antecedentes previos a la Resolución ASFI N°424/2013, ASFI evaluó el presente caso estrictamente sobre la base de la* ***Sección 10, artículos 1º, 2º y 3º,*** *es decir:*

1) *Presentación de la carta de intención firmada por Consejos de Administración y Vigilancia, acordada y aprobada en Asamblea Extraordinaria de Socios, manifestando su intención de ingresar al proceso de adecuación.*
2) *Adjuntar documentación que demuestre que se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N°3892.*

Ahora bien, resulta lógico concluir y entender que cuando se cumplen estos dos requisitos, la ASFI debería realizar visita de Inspección con la finalidad de evaluar y analizar la situación financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el anexo VI de la Resolución ASFI N°233/2012.

Sin embargo, contrariamente, mediante credencial ASFI/DSR IV/R-125229/2012 de 4 de octubre de 2012 ASFI realizó visita de inspección, dicha acción incuestionablemente constituye RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE FUNCIONAMIENTO a la fecha de promulgación de la Ley N°3892 y reglamento de adecuación para cooperativas que no iniciaron su proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010.

Concluyendo, resulta a todas luces que la ASFI actuó de manera negligente cuando no se pronunció inmediatamente rechazando nuestra solicitud de incorporación al proceso de adecuación, por haberse presentado la misma fuera del plazo señalado por la norma, esta negligencia ocasionó confusión e incertidumbre por parte del administrado así como la realización de actuados y diligencias innecesarias durante toda la tramitación del proceso, nos preguntamos correspondía seguir realizando tantos actuados, requerimientos, pronunciamientos, incluso inspecciones… por que?, para qué?, lógicamente sin razón alguna, ignorando principios básicos en materia administrativa, como son los de eficacia, eficiencia y oportunidad, todo este actuar negligente por parte de la ASFI obviamente generó múltiples daños a la cooperativa, los que deben ser resarcidos por quien lo ocasionó y recurriremos a las instancias correspondientes para tal efecto.

III.2. SOBRE LA RESOLUCION 633/2013

La R.A. 633/2013 es emitida en virtud al Recurso de Revocatoria presentado por la cooperativa en contra de la R.A. 424/2013, en ese sentido corresponde reiterar los

argumentos técnicos y legales expuestos en nuestro recurso de revocatoria, los mismos que no fueron desvirtuados consistentemente por la ASFI en la R.A. 633/2013.

a) La ASFI emitió la R.A. 424/2013, la cual a nuestro entender no cumplía lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico en lo que se refiere a la motivación y fundamentación, además no se pronunciaba sobre hechos y aspectos importantes y determinantes dentro del presente proceso y finalmente tampoco cumplía lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013, motivo por el cual nuestra Cooperativa presentó a ASFI en fecha 25 de julio de 2013, solicitud de aclaración y complementación de la R.A. 424/2013, la cual con argumentos débiles e inconsistentes fue declarada improcedente.

Es bien sabido que la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en sus artículos 28, 29 y 30 regula los elementos del acto administrativo y el contenido formal de éste, debido a que su concurrencia responde a las exigencias mínimas de identificación y de certeza de la decisión adoptada por la autoridad administrativa. Un elemento importante de este contenido, es su motivación (fundamentación), de acuerdo a lo previsto por los incisos b) y e) del artículo 28 de la citada disposición legal.

Motivar un acto administrativo es: i) hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales se apoya la Administración al adoptar sus decisiones, de forma que se aprecie la legalidad y la racionalidad del mandato; y, ii) reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar que la norma jurídica aplicada fundamenta la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.

La doctrina administrativa es uniforme al establecer que la motivación se constituye en un requisito esencial del acto administrativo y que este requisito se encuentra directamente vinculado con la presunción de legitimidad del acto administrativo. En tal sentido, la adecuada motivación constituye una de las garantías centrales de los administrados que caracteriza al Derecho Administrativo, es decir, que si bien todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad, ello es así en tanto esté debidamente motivado.

La exigencia de la motivación del acto administrativo se halla, también, vinculada con la vigencia de la seguridad jurídica. Desde esta óptica, el requisito de motivación constituye uno de los medios de control más efectivos de la arbitrariedad administrativa a poco que se advierta que donde las decisiones de los órganos administrativos no son explicadas o fundadas jurídicamente con certeza y lógica, mal se puede hablar de la existencia de una seguridad jurídica. (Guido Santiago Tawil, La motivación del acto

administrativo, Ediciones Depalma, pág.14)

La ausencia de la motivación de un acto administrativo genera su automática nulidad por la violación de la garantía de la defensa en juicio, puesto que al no hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales se apoya y al no fijar los hechos de cuya consideración se parte e incluirlos en el supuesto de una norma jurídica, la Administración no permite que el administrado, por ejemplo en un procedimiento administrativo sancionatorio, asuma conocimiento de las causas que han dado origen a la sanción, o del razonamiento y análisis jurídico (hecho imputado a la norma) que se hubiera utilizado al aplicar la sanción, generando lógicamente la indefensión del administrado.

En el presente caso, como se puede establecer de la lectura del acto administrativo recurrido, la ASFI no motivó debida y correctamente su decisión de no admitir a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., el ingreso al proceso de adecuación, incumpliendo lo dispuesto por los artículos 4 inciso c), 28 inciso b), 29 y 30 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo al adoptar la decisión contenida en el acto administrativo recurrido; y, que actuó bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, sin tomar en cuenta todos los elementos inherentes al presente caso.

b) De la lectura de la R.A. 424/2013, se desprende que el único fundamento por el cual se rechaza la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. para ingresar al proceso de adecuación, es el establecido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y Sección 10, artículos 1 y 2, relativos al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de fecha 18 de junio de 2008.

Ahora bien, la ASFI, llega a esa conclusión – para nosotros incorrecta – luego de desarrollar una serie de argumentos sin mayor respaldo y fundamento, ignorando y no evaluando en su real dimensión los hechos y documentos que cursan en el proceso, olvidándose de otro principio rector en materia administrativa que es el principio de verdad material, por el que, si las partes no presentan pruebas, la Administración Pública debe utilizar todos los medios posibles para poder llegar a la verdad de los hechos; todas las medidas probatorias permitidas por ley. Supone una primacía para llegar a la verdad de los hechos, pues detrás está el interés público.

Esto es fundamental respecto a la decisión que finalmente adopte la administración en el procedimiento: Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en

consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no.

La ASFI, en la R.A. 633/2013, intenta justificar la causal por la que no se aceptó a la Cooperativa en el proceso de adecuación, es decir, el no funcionamiento hasta la promulgación de la Ley N° 3892, refiriéndose entre otras cosas a la prueba documental presentada por nuestra cooperativa, sin embargo, de la lectura de la R.A. 633/2013, se evidencia que todos los argumentos planteados por la ASFI, no desvirtúan el hecho de que la Cooperativa antes de la promulgación de la Ley N° 3892 estaba operando, en este sentido, nuevamente debemos reiterar algunos aspectos sobre toda la prueba presentada, la cual demuestra fehacientemente que sí se estaba operando .

- ***De la Prueba Documental:***

La Cooperativa con el propósito de demostrar el funcionamiento de la misma antes la promulgación de la Ley N° 3892, presentó una serie de documentos, de índole contable, impositiva, contractual y otras, la ASFI en cuanto se refiere a la prueba documental de carácter contable e impositivo, se limitó a señalar que esa autoridad revisó de manera íntegra y sistemática la documentación, llegando a la conclusión de que la entidad no estaba funcionando, sin embargo, no efectúa un análisis pormenorizado de toda esa documentación, la cual de manera objetiva demuestra que se efectuaron operaciones antes de la vigencia de la Ley N° 3892, es decir, sí cumplía ese requisito.

En virtud de lo señalado precedentemente, es decir, el no análisis por parte de la ASFI de la prueba documental, nos corresponde reiterarla para que su autoridad la evalúe.

i. Documentación Contable e Impositiva:

La Cooperativa, oportunamente y tal cual reconoce la propia ASFI, presentó documentación consistente en comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, balances de sumas y saldos, libros de compras y ventas IVA, facturas originales, rendiciones de cuenta, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y AFP'S de los meses mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2007; Documentación consistente en formulario de Impuestos IVA e IT, libro de compras y ventas IVA, Estado de Situación Patrimonial, Estado de Ganancias y Pérdidas, Libros Mayores comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, reporte de operaciones de caja, facturas originales, papeletas de cambio de moneda, papeletas de depósito y retiro de cajas de ahorro, papeletas de otorgación y amortización de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiros de capital, rendiciones de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y AFP'S, de los meses de enero, febrero, marzo de 2008.

De igual manera, presentó legajos de Formularios Impositivos certificados por el

Servicio de Impuestos Nacionales y fotocopias de Estados de Situación Patrimonial de las gestiones 2008, 2009, 2010 y 2011, correspondiente a formularios mensuales del Impuesto al Valor Agregado IVA (Formulario – 200), Impuesto a las Transacciones IT (Formulario – 400), Régimen Complementario del IVA (Formulario – 608), Impuesto a las Utilidades IUE (Formulario – 500) y Presentación de Estados Financieros o Memoria Anual (Formulario – 605), Estados de Situación Patrimonial Anual.

ii. Aportes y Finiquitos laborales:

Asimismo, presentó legajos de documentación de la Caja de Salud CORDES correspondiente a la gestión 2008, correspondiente a Recibo de Ingreso Oficial CORDES, Formularios de Liquidación y pago mensual de aportes, planilla de sueldos, convenio de pago suscrito entre la Cooperativa y CORDES, incluye pagos realizados de la gestión 2008 hasta el mes de noviembre de la gestión 2012.

También se presentó legajos de los aportes a las Administradoras de Fondos de Pensión Previsión y Futuro de la gestión 2008, correspondiente a planillas de sueldos, formularios de pago de contribuciones, convenios de pago, liquidaciones, planes de pago suscritos en la gestión 2009.

Finalmente se presentó legajo de Finiquitos realizados con el personal en la gestión 2008, correspondiente a comprobantes de depósito y finiquitos personalizados según formularios del Ministerio de Trabajo de las oficinas de La Paz, Cochabamba, Oruro, Sucre, Santa Cruz, incluye papeletas de depósito bancario, contienen firmas de la Cooperativa, personal interesado y V°B° del Ministerio del Trabajo.

De la revisión de toda esta documentación, se desprende que la Cooperativa efectivamente estaba operando antes, durante y posterior a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892, puesto que efectuaba aportes a las AFP'S, pagaba tributos, contrataba y despedía personal, aspectos y hechos que implican necesariamente en mérito a la verdad material que la cooperativa estaba operando, más aún, el hecho de cancelar tributos implica que los mismos eran producto de actividades desarrolladas por la Cooperativa y lógicamente esas actividades eran propias de su rubro.

iii. Corresponsalía del Banco Ganadero:

Como su propia autoridad determinó en la Resolución Jerárquica 040/2013, resulta importante que se demuestre el funcionamiento de la Cooperativa antes de la promulgación de la Ley N° 3892, demostración que partía del hecho de estar realizando operaciones propias de su rubro, en ese sentido, nuestra Cooperativa presentó el Contrato Privado de fecha 1 de junio de 2007, el cual demuestra fehacientemente el funcionamiento de la Cooperativa, sin embargo, la ASFI de manera sesgada pretende de todas las maneras posibles e imaginables, minimizar e ignorar la validez de ese contrato.

En este sentido, la ASFI, señala que en mérito a la verdad material investigó los hechos concluyendo que no existía un contrato de prestación de servicios entre el Banco Ganadero S.A. y la Cooperativa.

Ahora bien, acá nuevamente se comprueba el actuar por decir "extraño" de la ASFI, puesto que nuestra Cooperativa en ningún momento señaló que existía un contrato directo entre el Banco Ganadero S.A. y nosotros, por tanto la ASFI, nuevamente demuestra una total incoherencia en sus pronunciamientos.

Lo que nuestra Cooperativa señaló es que efectuaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., actividad que se encuentra enmarcado en lo preceptuado por el inciso m) del artículo 8, del Decreto Supremo N° 25703 que señala: "…m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias…".

En su momento el único argumento de la ASFI es la inexistencia de un contrato de corresponsalía, sin considerar la verdad material de los hechos los que a todos los efectos demuestran que sí se estaba realizando el servicio de cobro de impuesto por cuenta del Banco Ganadero S.A.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, ratificamos que nuestra Cooperativa si estaba operando y realizando actividades propias de las Cooperativas, en particular la corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, no otra cosa se desprende del Contrato civil comercial suscrito en fecha 01 de junio de 2007 con el señor Julio Marín Durán, contrato por el que, la Cooperativa se obligaba entre otras cosas a la prestación del servicio de recaudación tributaria y otros, en virtud al Contrato de Prestación de Servicios de Terciarización que mantiene el señor Julio Marín con el Banco Ganadero S.A.

- ***Sobre el Contrato Privado de Corresponsalía***

En este sentido, corresponde profundizar sobre el Contrato Privado de fecha 1 de junio de 2007.

El contrato de terciarización al que se hace referencia es la Escritura Pública plasmada en el Testimonio N° 1655/2007 de fecha 3 de agosto de 2007, extendida por ante la Notaria de Fe Pública Nª 22 a cargo de la Dra. Verónica Molina Pascual, en el que se especifican los servicios que debía presar el Sr. Julio Marín, los que posteriormente y en mérito al citado Contrato Civil Comercial fueron cedidos a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana", presentamos el duplicado original del testimonio N° 1655/2007 de fecha 3 de agosto de 2007 y original del Contrato Civil Comercial.

Resulta preciso y necesario aclarar sobre el Testimonio N° 1655/2007 mencionado en el párrafo precedente y el porqué "sale a luz" ahora; Nuestra Cooperativa apenas tuvo acceso a esa información gestionó la obtención del mismo, en ese sentido, se tramitó una orden judicial, se adjuntó fotocopia al recurso de Revocatoria para que la autoridad competente instruya a la Notaria que faccionó el testimonio, nos extienda un duplicado.

Asimismo, es necesario manifestar que en virtud al contrato de corresponsalía, nuestra Cooperativa ha generado ingresos por comisiones de corresponsalía, los mismos que fueron declarados a Impuestos Nacionales, por lo que, también queda evidente que nuestra Cooperativa se encontraba en funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley 3892. Con la finalidad de demostrar las declaraciones y pagos efectuados a Impuestos Nacionales, presentamos los siguientes resúmenes de los Formularios 200 – IVA y 400 IT:

DESCRIPCION	PERIODO DE DECLARACION IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) (Expresado en Bolivianos)					
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Ingresos Financieros	321.183	346.833	243.476	216.742	222.682	0
Egresos con facturas	192.708	291.281	218.099	169.481	223.123	39.387
Saldo Neto o Base Imponible	128.475	55.552	25.377	47.261	(441)	(39.387)
Importe a Favor o Contra del SIN	16.702	7.222	3.299	6.144	(57)	(5.120)
Importe Pagado	16.702	7.222	3.299	6.144	0	0
DESCRIPCION	PAGO MEDIANTE SISTEMA BANCARIO					
Fecha real de la actividad	**20/02/2008**	**20/03/2008**	**21/04/2008**	**19/05/2008**	**20/06/2008**	**21/07/2008**
Entidad Bancaria	GANADERO	GANADERO	GANADERO	GANADERO	FIE	BISA
Código Transaccion SIN	153437900	158461313	164043755	170156819	175738881	180502035
Nombre Cajero	Liliana Vargas Canaza	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edson Mendizabal	Alberto Salvatierra

DESCRIPCION	PERIODO DE DECLARACION IMPUESTO A LAS TRANSACCIONES (IT) (Expresado en Bolivianos)					
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Ingresos Facturados	321.183	346.833	243.476	216.742	222.682	0
Importe a Favor o Contra del SIN	9.635	10.405	7.304	6.502	6.680	0
Importe Pagado	9.635	10.405	7.304	6.502	6.680	0
DESCRIPCION	PAGO MEDIANTE SISTEMA BANCARIO					
Fecha real de la actividad	**20/02/2008**	**20/03/2008**	**21/04/2008**	**19/05/2008**	**20/06/2008**	**21/07/2008**
Entidad Bancaria	GANADERO	GANADERO	GANADERO	GANADERO	FIE	BISA
Código Transaccion SIN	153438332	158461949	164042977	170157921	175739728	180501476
Nombre Cajero	Liliana Vargas Canaza	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edwin Terceros	Edson Mendizabal	Alberto Salvatierra

Sobre el citado contrato privado, la ASFI intenta desvirtuarlo, cuando de manera escueta y sin mayor fundamentación señala en la parte final de la página 34 de la R.A. 633/2013 que el contrato de servicios con el Banco Ganadero S.A. lo mantuvo el Sr. Julio Marín y no la Cooperativa, afirmación totalmente equivocada, puesto que de la simple lectura del contrato privado de fecha 1 de junio de 2007 se evidencia que el Sr. Marín terciarizó mediante la Cooperativa Virgen de Copacabana, la prestación de servicios de cobro de impuestos, en consecuencia, se cumplía lo preceptuado en el inciso m) del artículo 8 del D.S. 25703.

La ASFI, en su afán de justificar lo injustificable, afirma además que el contrato de corresponsalía habría sido resuelto el 12 de junio de 2008, hecho confirmado con las declaraciones testificales; Sin embargo, de la revisión de los antecedentes se evidencia que ninguno de los testigos declaró eso, menos corroboró la fecha de resolución, por lo que la ASFI efectúa afirmaciones erradas.

El contrato suscrito por la Cooperativa con los señores Marín, en mérito al convenio suscrito entre los citados señores y el Banco Ganadero S.A., para todos los efectos

legales estaba subsistente al 18 de junio de 2008, puesto que los servicios que prestaba la Cooperativa se estaban efectuando.

Ahora bien, es preciso aclarar que los contratos de esa naturaleza tienen características particulares, puesto que por ejemplo aún en el caso de ser resueltos las obligaciones de las partes se mantienen hasta que todas las cuentas se concilien, en el caso que nos ocupa, ocurrió eso, puesto que posterior a la resolución, se efectuaron conciliaciones, declaraciones juradas, llenado de formularios, etc., en consecuencia, se evidencia la realización de operaciones propias del rubro, conforme lo prevé el inciso m) del artículo 8 del D.S. 25703.

De igual manera, de la abundante y uniforme prueba testifical producida por la Cooperativa, se ratifica y comprueba que la misma estaba operando y funcionando en la gestión 2008, es decir, antes y durante la promulgación de la Ley N° 3892, prueba que no fue considerada por la ASFI al momento de emitir la R.A. 424/2013 y menos analizada en la R.A. 633/2013, vulnerando nuevamente el principio de verdad material.

III. SOBRE EL PRINCIPIO DE LA PROHIBICION "REFORMATIO IN PEIUS"

La R.A. 424/2013, recurrida en revocatoria, no autorizaba el ingreso al proceso de adecuación SOLO POR EL INCUMPLIMIENTO A LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMA, EN CUANTO SE REFIERE AL FUNCIONAMIENTO DE LA COOPERATIVA HASTA LA PROMULGACION DE LA LEY N° 3892, sin embargo, de la lectura de la R.A. 633/2013, se evidencia que la ASFI nuevamente atentando en contra de la cooperativa, resuelve agravar la situación de la cooperativa, no otra cosa se desprende cuando dispone que no se puede admitir a la Cooperativa además del supuesto incumplimiento señalado precedentemente sino que incluye otro supuesto incumplimiento, ahora referido a la viabilidad financiera, situación que en ningún momento fue considerado por la ASFI en la R.A. 424/2013.

Como es de conocimiento de su autoridad, la administración debe regir su conducta y accionar a principios rectores del derecho administrativo, los cuales están aceptados por la doctrina en general, entre estos está el principio de la prohibición "Reformatio in peius", por el cual se establece que la situación inicial del administrado no puede ser agravada por la administración con un posterior acto administrativo, en el presente caso, la situación de la cooperativa establecida en la R.A.424/2013, (supuesto incumplimiento de un requisito – no funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892), se agrava en la R.A. 633/2013, cuando la ASFI en esa posterior resolución dispone que el supuesto incumplimiento ya no sólo se refiere al funcionamiento, sino que también la Cooperativa no demostró viabilidad financiera, vulnerando con esta agravación principios administrativos e inclusive constitucionales, confirmando el actuar contradictorio y sesgado de la ASFI.

IV. SOBRE LA VIABILIDAD FINANCIERA

Sin perjuicio de lo señalado en el Numeral III del presente recurso, ahora resulta

necesario pronunciarse y rebatir el análisis erróneo que efectúa la ASFI sobre la viabilidad financiera.

En primera instancia es necesario mencionar que, el pronunciamiento de la Autoridad Jerárquica determina que no existe ninguna vulneración al principio de legalidad y que la modificación al Reglamento para la Constitución y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no transgrede la Ley No3892, si no cumple el mandato de regulación, por lo que ASFI ha sometido su actuar a la Ley y ordenamiento jurídico al emitir la Resolución ASFI No233/2012.

La precisión jurídica que realiza la Autoridad Jerárquica y que ratifica la Autoridad del Sistema Financiero (ASFI) a través de su Resolución ASFI N°424/2013, finalmente permite a la CAC Societaria VDC Ltda., establecer con claridad meridiana que los actos administrativos realizados por ASFI invocando la Resolución No157/2010 son nulos de puro derecho, por lo que, sobre la base de este antecedente procederemos a ejercer defensa sobre resultados de evaluación y análisis de la situación financiera, patrimonial y de gobierno a los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2012, bajo las premisas establecidas en el anexo VI de la Resolución ASFI N°233/2012 que se describen en el informe de inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012.

- ***Antecedentes previos al análisis de viabilidad.***

La CAC Societaria VDC Ltda., pone en antecedentes para los fines consiguientes, que cuando presentó la carta manifestando su intención de ingresar al proceso de adecuación, tenía una situación económica financiera patrimonial razonable con tendencia positiva de desarrollo, sin embargo, durante todo este tiempo la ASFI, con su accionar, generó inseguridad jurídica e incumplió el debido proceso, paralelamente en el ámbito económico, financiero y patrimonial impidió la generación de ingresos financieros causando daño, obstrucción y deterioro en el desarrollo de la CAC Societaria VDC Ltda., aspectos que sustentamos a continuación:

IV.1. Pruebas de viabilidad, sostenibilidad y capacidad económica:

Presentamos en calidad de prueba documentos y descargos que acreditan razonablemente viabilidad, sostenibilidad, solvencia económica, financiera y patrimonial, asimismo capacidad para cumplir requisitos documentales y operativos de adecuación y funcionamiento de la CAC Societaria VDC Ltda., de conformidad a la Resolución ASFI N°233/2012:

- *Estados financieros al 31 de diciembre de 2011, que expone una situación económica, financiera y patrimonial adecuada para incorporarse al proceso de adecuación.*

BALANCE GENERAL
AL 31 DE DICIEMBRE DE 2011
(Expresado en Bolivianos)

ACTIVO		**PASIVO Y PATRIMONIO**	
Disponibilidades	**28.882,20**	**Obligaciones con el público**	**154.133,79**
Inversiones Temporarias	**0,00**	**Obligaciones Fiscales a La Vista**	**0,00**
Cartera	**165.059,30**	**Bancos y Entidades de Financiamiento**	**0,00**
Otras por Cobrar	**131.622,74**	**Otras cuentas por Pagar**	**131.080,62**
Inversiones Permanentes	**0,00**	**Previsiones**	**0,00**
Bienes de Uso	**119.528,70**	**TOTAL PASIVO**	**285.214,41**
Otros Activos	**21.639,37**	Capital Pagado	**186.200,00**
		Resultados Acumulados	**(4.682,12)**
		TOTAL PATRIMONIO	**181.517,88**
	466.732,31	**TOTAL PASIVOS Y PATRIMONIO**	**466.732,29**

- *Informe "Diagnostico de Requisitos" al 30 de junio de 2012 elaborado por AUDINACO SRL., firma de Auditoría Externa inscrita en los registros de ASFI, que demuestra el cumplimiento de requisitos documentales y operativos de adecuación y funcionamiento en un porcentaje superior al 60% con la consiguiente capacidad de cumplir el 100% a través del Plan de Acción que admite el Reglamento de Adecuación.*

- *Por otra parte, la permanencia que tiene y que ha soportado serenamente por 18 meses, a pesar de las tergiversaciones y restricciones, hechos que demuestran fehacientemente que se vulneró reiteradamente nuestro derecho fundamental al trabajo inclusive trasgrediendo determinaciones y recomendaciones de la Autoridad Jerárquica.*

BALANCE GENERAL
AL 30 DE JUNIO DE 2013
(Expresado en Bolivianos)

ACTIVO		**PASIVO Y PATRIMONIO**		
Disponibilidades	**116.958,31**	**Obligaciones con el público**		**0,00**
Inversiones Temporarias	**0,00**	**Obligaciones Fiscales a La Vista**		**0,00**
Cartera	**95.243,39**	**Bancos y Entidades de Financiamiento**		**0,00**
Otras por Cobrar	**327.220,33**	**Otras cuentas por Pagar**		**444.629,02**
Inversiones Permanentes	**0,00**	**Previsiones**		**0,00**
Bienes de Uso	**282.975,49**	**TOTAL PASIVO**		**444.629,02**
Otros Activos	**255.363,04**	Capital Pagado		**1.228.114,03**
		Resultados Acumulados		**(595.282,49)**
		Pérdidas Acumuladas	**(608.434,11)**	
		Utilidad del Periodo	**13.151,62**	
		TOTAL PATRIMONIO		**632.831,54**
	1.077.760,56	**TOTAL PASIVOS Y PATRIMONIO**		**1.077.460,56**

IV.2. Imposibilidad de generar ingresos financieros:

Para los fines consiguientes, es necesario aclarar que la ASFI con sus actos administrativos erróneos, como el cese de operaciones y cierre de oficinas, obstruyó la generación de ingresos financieros, y por ende el desarrollo económico, financiero y patrimonial de la CAC Societaria VDC Ltda. Este funesto antecedente que hoy lo exponemos en calidad de prueba histórica, en una sana y serena convicción de evaluación legal y económica, fue sistemáticamente evitado y omitido por la ASFI en

sus Resoluciones ASFI N°653/12, N°045/13 y N°424/13, encubriendo hechos relevantes que afectan negativamente hasta la fecha la admisión al proceso de adecuación de la CAC Societaria VDC Ltda.

De acuerdo a lo que establece la RA ASFI N°233/2012, la viabilidad financiera será evaluada conforme al ANEXO VI, la cual define los criterios de viabilidad, así como también señala los criterios técnicos y financieros que deben ser tomados en cuenta para determinar la viabilidad de las cooperativas, aspectos que de la simple lectura de la resolución ahora recurrida se evidencian que no han sido considerados.

El punto 1) del Anexo VI sobre situación financiera, patrimonial y de gobierno, establece de manera lógica y racional que la capacidad de soportar gastos financieros, administrativos y operativos, proviene de una suficiente generación de ingresos financieros.

Los antecedentes ocurridos, en los que la ASFI mediante nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de fecha 8 de mayo 2012, ratificada con nota ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de fecha 22 de agosto de 2012 invocando en ambos casos la Resolución ASFI N°157/2010, instruyó el cese de operaciones medida que además de ser ilegal, desde 8 de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2012 e inclusive hasta la fecha de presentación del presente recurso, IMPIDEN la generación de ingresos financieros distorsionando la capacidad de soportar gastos financieros, administrativos y operativos. Tal medida fue objeto constante de verificación por los funcionarios de ASFI en las inspecciones a nuestra cooperativa, aclarándonos que la medida de cese de operaciones debe ser cumplida.

Por lo expuesto, esta es otra clara prueba de la irracionalidad ejercida por la ASFI, porque sus instructivos de cese de operaciones impidieron la generación de ingresos financieros y consecuentemente distorsionaron los criterios financieros y técnicos de viabilidad de la CAC Societaria VDC Ltda., al 30 de septiembre de 2012 que paradójicamente se reiteran en la Resolución ASFI N°424/2013 y se mantiene hasta la fecha.

IV.3. Resultados de viabilidad al 30 de septiembre de 2012:

No obstante que la Autoridad Jerárquica determinó ajustar el presente caso a derecho, la Resolución ASFI N°424/2013 incurre en la misma intransigencia que se ejerció desde la presentación de nuestra carta de solicitud de incorporación al proceso de adecuación en franca desobediencia Institucional, que nos provoca de manera recurrente indefensión y paralelamente mantiene daño, deterioro y obstrucción de desarrollo económico, financiero y patrimonial.

Con el propósito de superar este inconveniente en el marco legitimo de derecho y defensa e igualdad de oportunidades previsto por la actual Constitución, presentamos en calidad de prueba cálculos e información en cuadros y formatos utilizados por la ASFI que demuestran la VIABILIDAD DE LA CAC SOCIETARIA VDC Ltda., al 30 de

septiembre de 2012, de conformidad a la Etapa II, del artículo 1°, artículo 3° y bajo las premisas establecidas en el anexo VI de la Sección 10 de la Resolución ASFI N°233/2012.

IV.4. Inobservancias en las inspecciones de la ASFI:

Los criterios técnicos y financieros, establecidos en los puntos 2 y 3 del Anexo VI, derivan directamente del punto 1.), consecuentemente, considerando que el primer punto es substancial y los dos posteriores complementarios, cuestionan estructuralmente la inspección realizada por la ASFI, resultados del informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012, Resolución ASFI N°653/2012, Resolución ASFI N°045/2013 y Resolución ASFI N°424/2013.

Conforme a Normas de Auditoria Generalmente Aceptadas, la segunda Norma de Ejecución del Trabajo, establece requisitos:

- *Planeamiento y Supervisión*
- *Evaluación de Control Interno*
- *Evidencia Suficiente y Pertinente*

Evitando explicaciones académicas, concretamente puntualizamos que en la etapa de planificación los Supervisores de la ASFI tuvieron que establecer que la CAC Societaria VDC Ltda., por instrucción de la propia ASFI estaba desde el 8 de mayo de 2012 con "impedimento legal" para generar ingresos financieros, un problema sumamente importante que sin duda afectaría a los estados financieros, siendo absurda la elaboración de programa de inspección para obtención suficiente y pertinente de pruebas, constituyendo un alto riesgo para emitir informe profesional, independiente y ético.

IV.5. Distorsión como resultado de las inspecciones:

<u>ESTADOS FINANCIEROS (BASE DE ANALISIS)</u>

Los saldos de Estados Financieros al 30 de septiembre de 2012, según Cuadro #1, establecidos por la ASFI y la CAC Societaria VDC Ltda., son idénticos, por lo que, el análisis, coeficientes técnicos y financieros deberían ser congruentes con el mismo.

CUADRO #1

RESUMEN BALANCE GENERAL
Al 30 de Septiembre de 2012
(Expresado en Bolivianos)

CODIGO, CAPITULO Y GRUPO		ASFI	VDC Ltda.
COD	**ACTIVO**	1.047.287,60	1.047.287,60
100	Disponibilidades	50.060,70	50.060,70
120	Inversiones Temporarias	0,00	0,00
130	Cartera	175.987,94	175.987,94
140	Otras por Cobrar	309.528,41	309.528,41
160	Inversiones Permanentes	0,00	0,00
170	Bienes de Uso	282.975,49	282.975,49
180	Otros Activos	228.735,06	228.735,06
	PASIVO	192.617,73	192.617,73
210	Obligaciones con el público	0,00	0,00
221	Obligaciones Fiscales a La Vista	0,00	0,00
230	Bancos y Entidades de Financiamiento	0,00	0,00
240	Otras cuentas por Pagar	192.617,73	192.617,73
250	Previsiones	0,00	0,00
	PATRIMONIO	854.669,87	854.669,87
311	Capital Pagado	1.236.074,48	1.236.074,48
310	Aportes No Capitalizados	0,00	0,00
350	**Resultados Acumulados**	**(381.404,61)**	(381.404,61)
353	Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	(4.732,10)	(4.732,10)
354	Utilidades (Pérdidas) del periodo	(376.672,51)	(376.672,51)
	PASIVO Y PATRIMONIO	1.047.287,60	1.047.287,60

CAPITAL PRIMARIO Y PÉRDIDAS ACUMULADAS

Sobre la base de los saldos que se exponen en Estados Financieros y cumpliendo el formato del Reglamento vigente ANEXO "A", del cálculo realizado en el ***Cuadro #2****, se establece que* ***el porcentaje de pérdida acumulada e importe del capital primario*** *de la ASFI difiere substancialmente con el obtenido por la CAC Societaria VDC Ltda., obsérvese que el formato de cálculo reconoce el 100% del código 311.00 correspondiente al capital pagado que se expone conforme al punto 1, art. 3º, Sección 2, Capítulo III de la Resolución ASFI Nº233/2012, por lo que:*

- *Las pérdidas acumuladas en relación al capital primario es 31% inferior al 50%*
- *El capital primario es Bs866.032, $us126.244 y 81.987 Deg`s, solvencia suficiente para incorporarse al proceso de adecuación.*

CUADRO #2

CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO
Estados Financieros al 30 de Septiembre de 2012
(Expresado en Bolivianos)

				t/c 6,86
	COMPONENTES		**ASFI**	**VDC Ltda.**
	Cálculo del Capital Primario			
(+)	**Aportes de los socios cooperativistas - certificados de aportación**		**461.300**	**1.236.074**
	311.00 Capital Pagado		461.300	1.236.074
(+)	**Fondos de reserva, no distribuibles.**		-	-
	342.03 Reservas por ajuste global del patrimonio no distribuibles		-	-
(+)	**Donaciones recibidas de libre disposición**			
	323.01 Donaciones pendientes de capitalización		-	-
(=)	**CAPITAL PRIMARIO INICIAL**		**461.300**	**1.236.074**
(-)	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión		(381.405)	(381.405)
(-)	Otros (Reservas para el fondo de educación y Fondo de Asistencia y P.S.)		-	-
	PERDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTION / CAPITAL PRIMARIO		**-82,68%**	**-30,86%**
(=)	**CAPITAL PRIMARIO DESPUÉS DE AJUSTES**		**79.895**	**854.670**
	Cálculo del Capital Secundario			
(+)	Obligaciones subordinadas (S/G Reglamento)		-	-
(+)	253.00 Previsiones genéricas voluntarias, hasta el 2% de sus activos		11.363	11.363
(=)	**CAPITAL SECUNDARIO**		**11.363**	**11.363**
	(Computable sólo hasta el 100% del capital Primario)			
(+)	333.00 Ajustes por participación en entidades financieras y afines			
(=)	**CAPITAL SECUNDARIO DESPUÉS DE AJUSTES**		**11.363**	**11.363**
	Cálculo del Patrimonio Neto			
(+)	**CAPITAL PRIMARIO DESPUÉS DE AJUSTES**		79.895	854.670
(+)	**CAPITAL SECUNDARIO DESPUÉS DE AJUSTES**		11.363	11.363
(-)	Inversiones en sociedades anónimas de seguros		-	-
(-)	Inversiones en empresas de servicios financieros.		-	-
(=)	**PATRIMONIO NETO**	Bs	**91.258**	**866.032**
		$us	13.303	126.244

COEFICIENTE DE ADECUACION PATRIMONIAL (CAP)

Sobre la base de los saldos que se exponen en Estados Financieros y cumpliendo el formato del Reglamento vigente ANEXO "B", del cálculo efectuado en el ***Cuadro #3****, se establece que el* ***Coeficiente de Adecuación Patrimonial*** *es 87%, superior al mínimo requerido por el inciso a) del artículo 47 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (10%), nótese que el establecido por la ASFI sin ninguna justificación disminuye a Bs44.231.-, obsérvese que el formato de cálculo reconoce el 100% del código 311.00 correspondiente al capital pagado neto del código 350 correspondiente a Resultados Acumulados que en el presente caso son Pérdidas Acumuladas, por lo que, la solvencia obtenida por la CAC Societaria VDC Ltda., es aplicable para el análisis de viabilidad e incorporación al proceso de adecuación.*

CUADRO #3

COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL

Estados Financieros al 30 de Septiembre de 2012

(Expresado en Bolivianos)

ACTIVOS COMPUTABLES

DESCRIPCION	COD.	RIESGO	ASFI	VDC Ltda.
CATEGORÍA I	I	0%	0,00	0,00
CATEGORÍA II	II	10%	0,00	0,00
CATEGORÍA III	III	20%	114,00	113,65
CATEGORÍA IV	IV	50%	0,00	0,00
CATEGORÍA V	V	75%	0,00	0,00
CATEGORÍA VI	VI	100%	997.227,00	997.227,00
TOTALES			**997.341,00**	**997.340,65**

CALCULO DEL COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL

DESCRIPCION	REF	CRITERIO	ASFI	VDC Ltda.
TOTAL ACTIVO	A	BG	1.047.287,60	1.047.287,60
ACTIVO DE RIESGO COMPUTABLE	B		997.340,55	997.340,55
PATRIMONIO NETO REQUERIDO 10%	C	10% de B	99.734,06	99.734,06
PATRIMONIO NETO	D	P.N	**44.231,00**	**866.032,39**
EXCEDENTE (DÉFICIT) PATRIMONIAL	E	D - C	(55.503,06)	766.298,34
COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL	F	D / B	**4,43%**	**86,83%**

RESUMEN Y PONDERACION DE CUMPLIMIENTO DE VIABILIDAD

En la evaluación de cumplimiento de viabilidad, también evidenciamos una grave distorsión en los criterios técnicos y financieros aplicados por la ASFI, tal como se demuestra en el resumen que se presenta a continuación (cuadro#4), en el que podrán observar que del universo de criterios de viabilidad establecidos por la ASFI, solo tres (3) son aplicables y once (11) no son aplicables; en consecuencia el catorce por ciento (14%) son aceptables y el ochenta y seis por ciento (86%) inaplicables o irracionales:

CUADRO #4

CRITERIOS DE VIABILIDAD FINANCIERA

COOPERATIVA VIRGEN DE COPACABANA LTDA. - AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2012

Nº	CRITERIO	SEGÚN CAC VDC Ltda.			
		INOBSERVANCIA	SI	NO	N/A
1	Pérdidas Iguales o mayores del 50% del Capital Primario	La Pérdida Acumulada en relación al Capital es 31% (Anexo #20)	1		
2	Insuficiencia mayor al 50% del nivel del CAP establecido en la LBEF, Art. 47 (10%)	El CAP al 30/09/12 es 87% (Anexo #21)	1		
3	Imposibilidad de cumplimiento en el pago de una o mas obligaciones liquidas exigibles	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
4	Denuncias o reclamos realizados por los socios de la CAC directamente a ASFI sobre la no devolucion de depósitos	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
5	Que no haya tenido continuidad en la atención a sus socios en los ultimos 3 años (desde la promulgacion de la Ley Nº3892)	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
6	Que se hayan determinado practicas de gestión que pongan en grave peligro los depositos del publico, la situacion de solvencia y liquidez de la entidad como ser:	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
6.a	Que los Auditores Externos se hayan abstenido de emitir opinión o que su opinión haya sido negativa	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
6.b	Existencia de creditos vinculados en concordancia con el Art. 50 de la LBEF otorgados de manera irregular o preferencial	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
OTROS CRITERIOS					
7	Que la relacion de activos de primera calidad respecto al total de depositos rebidos por la entidad sea inferior al 0,8	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
8	Margen Financiero negativo o inferior a un porcentaje determinado con relacion al promedio del sistema	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
9	Liquidez (Disponibilidad <=30 días/ depositos del publico) inferior a un porcentaje determinado	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
10	Definir un porcentaje de relacion de Activo Improductivo sobre el Activo Total, que permita determinar una estructura financiera inadecuada y que comprometa la sostenibilidad en el tiempo	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
11	Definir una cobertura minima de previsiones sobre cartera en mora, en el caso de estar por debajo, la constitucion de la deficiencia impactaria de manera significativa al patrimonio	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
12	En base a un analisis de tendencias (activos, ingresos, pérdidas, etc.) determinar si la entidad presenta propensión negativa y que incidira en su sostenibilidad en el tiempo o que se encuentra discordante al comportamiento del mercado	El IMPEDIMENTO de generar ingresos financieros, convierte en absurdo e inaplicable al criterio			1
		RESULTADO	2	0	12
		NIVEL DE CUMPLIMIENTO	14%	0%	86%

Conclusión: La CAC Societaria VDC Ltda, cumple los requisitos básicos de viabilidad

1. ***Pérdidas***.- *La pérdida acumulada sobre el capital primario es 31%, porcentaje razonablemente* ***aceptable*** *para que la CAC VDC Ltda. se incorpore al proceso de adecuación, no obstante a que el cese de operaciones instruido por la ASFI desde el 8 de mayo de 2012 fue la causa principal para que la CAC VDC no genere ingresos financieros.*

2. ***El Coeficiente de Suficiencia Patrimonial (CAP)***.- *De acuerdo al formato establecido por la ASFI el CAP es del ochenta y siete por*

*ciento (87%), **superior al mínimo** legal del diez por ciento (10%), por lo que, es **suficiente** para incorporarse al proceso de adecuación.*

3. ***Pago de una o más obligaciones liquidas**, el impedimento de generar ingresos financieros, otra vez citado como causante nefasto, disminuyo los niveles de liquidez para pago de obligaciones, pero la convicción y decisión de los socios permitió hasta la fecha cumplir todas las obligaciones liquidas, sin embargo, como este hecho fue provocado por ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en criterio inaplicable.*

4. ***Denuncias o reclamos**, no obstante los inconvenientes en el desarrollo de nuestras actividades por 18 meses provocado por la ASFI, sin que existan reclamos, constituye una prueba de cumplimiento de viabilidad de la CAC Societaria VDC Ltda., sin embargo, al no estar contemplado en el ordenamiento técnico, este criterio se convierte en discrecional e inaplicable.*

5. ***Tres (3) años de atención continua a socios.-** En la recopilación de normas de la ASFI no existe ningún indicador concerniente o semejante a este punto, por lo que, no corresponde aplicar al análisis o evaluación de viabilidad.*

6. ***Prácticas que pongan en grave peligro.-** No existen observaciones por parte de la ASFI. La CAC Societaria VDC Ltda., opera únicamente con socios cooperativistas no con el público, por lo que, no es aplicable este criterio en el análisis o evaluación de viabilidad.*

    a. ***Informe negativo o abstención de auditoría externa.-** El informe de diagnóstico elaborado por AUDINACO Srl., firma de auditoría inscrita en la ASFI, fue desconocido mediante Nota ASFI/DRS IV/ R-103549/2012, por lo que, no es aplicable este criterio en el análisis o evaluación de viabilidad.*

    b. ***Crédito vinculado.-** El crédito otorgado a nuestra socia Verónica Trujillo, argumentando que ella se desempeña como parte del consejo de vigilancia, es desatinado, debido a que la ASFI no revela que el crédito fue otorgado el 20 de noviembre de 2011, es decir casi un año antes de que ejerza su posesión, por lo que no es aplicable para el análisis o evaluación de viabilidad*

7. ***Activos de primera calidad inferior al 0,8**, indicador no aplicable en el análisis o evaluación de viabilidad.*

8. ***El margen financiero negativo o inferior al promedio del sistema****, el impedimento de generar ingresos financieros, disminuyó dramáticamente el margen financiero precisamente por la ausencia de ingresos financieros, puesto que este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI, por lo que, este hecho invalida este criterio, convirtiéndolo en irracional e inaplicable.*

9. ***Liquidez Disponibilidades <= a 30 días para depósitos del público****, el impedimento de generar ingresos financieros, disminuyó los niveles de liquidez y extinguió depósitos de los socios, puesto que este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

10. ***Activo improductivo sobre activo total,*** *el impedimento de generar ingresos financieros, mantuvo activos improductivos, como este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

11. ***Previsiones para cartera en mora****, el impedimento de generar ingresos financieros, incidió negativamente en el desarrollo de cartera y por ende los riesgos de mora como este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

12. ***La medición de propensión negativa e incidencia de sostenibilidad en el tiempo****, el impedimento de generar ingresos financieros, incidió negativamente en la tendencia de de activos, ingresos, pérdidas, etc., como este aspecto fue inducido y provocado por la ASFI invalida este criterio convirtiéndolo en absurdo e inaplicable.*

Todo lo señalado precedentemente, demuestra de manera contundente la viabilidad de la Cooperativa, aspecto que de manera equivocada la ASFI pone en tela de juicio

V. SITUACIONES ANÁLOGAS

Hemos tomado conocimiento que la ASFI ante situaciones similares a la presentada por la Cooperativa – por no decir idénticas – ha actuado de manera diferente, es decir, que ha determinado admitir a otras cooperativas cuando las mismas incumplían de manera clara y precisa muchos de los requisitos exigidos por la norma, sobre todo el requisito que ahora es utilizado por la ASFI para negarnos la autorización, es decir, la ASFI no valora ni evalúa de manera igualitaria a todos los fiscalizados, incumpliendo también el derecho de igualdad.

En este sentido, entendemos que por ejemplo, la Cooperativa de Crédito Comunal "Cruz del Oriente" Ltda., la Cooperativa de Crédito Comunal "1ro. De Septiembre"

Ltda., la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cerrada Comunal "De la Familia" Ltda., no cumplían ese requisito, sin embargo fueron aceptadas al proceso de adecuación.

Nuestra Cooperativa con el propósito de comprobar esta situación solicitó a la propia ASFI, mediante órdenes judiciales que adjuntamos a la presente, nos extiendan fotocopias legalizadas de la documentación de admisión al proceso de adecuación de las citadas cooperativas, de igual manera, mediante otra orden judicial solicitamos la documentación de otras 37 Cooperativas, sin embargo, la ASFI, con la misma actitud negligente hasta la fecha no se ha pronunciado a nuestra solicitud, incumpliendo inclusive ordenes de una autoridad jurisdiccional competente, lo que nos obliga a preguntarnos, porque la ASFI se niega a proporcionar esa documentación???

Ante el silencio de la ASFI, mediante órdenes judiciales hemos obtenido información contundente que acredita que otras cooperativas no estaban funcionando a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 y sin embargo fueron autorizadas por la ASFI al proceso de adecuación, adjuntamos originales de la citada documentación.

De todas maneras, será su autoridad la que instruya y obligue a la ASFI a adjuntar al expediente del presente proceso toda esa documentación la misma que confirmará lo señalado y demostrado por nosotros en el presente recurso y de esta manera subsanar las arbitrariedades en las que la ASFI está incurriendo ocasionando un perjuicio a la Cooperativa.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

1. *Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175.*

2. *Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa ASFI /N° 633/2013 de fecha 27 de septiembre de 2013 y por consiguiente, se admita el ingreso y prosecución del proceso de adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. (CAC Societaria VDC Ltda.)…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1.- ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013, resolvió no admitir a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** a Proceso de Adecuación solicitado por la misma, por incumplimiento "*al requisito establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Libro 1º, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y Sección 10, Artículos 1 y 2, (Estructura Actual) relativo al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008*", decisión confirmada -parcialmente- mediante la Resolución ASFI Nº 424/2013, determinando expresamente "***NO ADMITIR*** *a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. al Proceso de Adecuación solicitado, por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Libro 1º, Título 1, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y Sección 10, Artículos 1, 2 y 3 (Estructura actual), relativos a:* ***1)*** *Funcionamiento de la cooperativa hasta la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008 y* ***2)*** *Demostrar viabilidad financiera...*"

En fecha 29 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013, mismo que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Inicialmente corresponde revisar la normativa pertinente al presente caso de autos, como sigue:

- **Ley Nº 3892, de 18 de junio de 2008**

  "Artículo 1.- (Modificación al Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras). *Se incluyen en el Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, las siguientes definiciones:*

  > *Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria: Entidad de Intermediación Financiera, no bancaria constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a realizar operaciones de ahorro y crédito exclusivamente con sus socios, en el marco de esta Ley, en el territorio nacional.*

Cooperativa de Ahorro y Crédito de Vínculo Laboral: Sociedad sin fines de lucro de objeto único que realiza operaciones de ahorro únicamente con sus socios y otorga créditos para el mejoramiento económico y social de los mismos y se organiza en el seno de una institución o empresa, pública o privada, o un gremio profesional. La afiliación es libre y voluntaria. En ningún caso podrán establecerse mecanismos obligatorios de afiliación como condición de trabajo y no pueden mantener oficinas abiertas para la atención al público.

Se modifica la definición 12 del Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).

Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

***Artículo 70**. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*

***Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley..."** que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.*

*Las operaciones activas y pasivas, **las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro** y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resoluciones Administrativas**, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero: ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, que en su parte concerniente, determinan lo siguiente:

A. Resolución Administrativa ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010.-

"CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4º.- Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.- *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de la regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*

> ***Etapa 1.*** *Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.*
>
> ***Etapa 2.*** *Obtención de la Licencia de Funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI.*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley Nº 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo Nº 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios… "

"SECCIÓN 2: OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS

Artículo 1º.- Proceso para la Obtención del certificado de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.- *La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

> ***Fase I:*** *Diagnóstico de Requisitos*
> ***Fase II:*** *Elaboración del Plan de Acción*
> ***Fase III:*** *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación*

Artículo 2º.- Fase I: Diagnóstico de Requisitos*.- La CAC Societaria debe contratar en el plazo máximo de treinta (30) días a partir de la emisión del Presente Reglamento, a la firma inscrita en el Registro de Firmas de Auditoría Externa de ASFI, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria para cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo I del Presente Reglamento…"*

La Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010, fue puesta en vigencia mediante Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, la misma que en su numeral 3 establece la ampliación del plazo de adecuación "…***hasta el 30 de junio de 2010,*** *a aquellas CAC Cerradas de carácter comunal, actualmente denominadas Cooperativas Societarias,* ***que al momento de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraban en funcionamiento*** *y no iniciaron el proceso de adecuación ante ASFI"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

B. Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012.-

CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

"...Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. Certificado de adecuación: *Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

Etapa 2. Licencia de funcionamiento: *Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). *A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:*

1) *Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente*

2) *Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario*

3) *Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios*

4) *Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran*

5) *Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI*

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). *A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.*

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). *La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos.*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.*

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). *Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.*

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). *La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:*

1) *Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.*

2) *Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.*

3) *Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.*

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal..." (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

Nótese que la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, incorpora nuevos requisitos para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas, introducidas al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

2.2. Del funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. a la fecha de emisión de la Ley Nº 3892, 18 de junio de 2008.

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA VIRGEN DE COPACABANA LTDA.**, argumenta que sí se encontraba en funcionamiento a tiempo de la emisión y luego de la emisión de la Ley Nº 3892, tal como acreditarían los documentos presentados para el efecto, consistentes en lo siguiente:

"(…)

iv. Documentación Contable e Impositiva:

La Cooperativa, oportunamente y tal cual reconoce la propia ASFI, presentó documentación consistente en comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, balances de sumas y saldos, libros de compras y ventas IVA, facturas originales, rendiciones de cuenta, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y AFP'S de los meses mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2007; Documentación consistente en formulario de Impuestos IVA e IT, libro de compras y ventas IVA, Estado de Situación Patrimonial, Estado de Ganancias y Pérdidas, Libros Mayores comprobantes contables de ingreso, egreso y traspasos, reporte de operaciones de caja, facturas originales, papeletas de cambio de moneda, papeletas de depósito y retiro de cajas de ahorro, papeletas de otorgación y amortización de préstamos, papeletas de certificados de aportes y retiros de capital, rendiciones de cuentas, planilla de sueldos y salarios, formularios de pago de aportes patronales y laborales a CORDES y AFP'S, de los meses de enero, febrero, marzo de 2008.

De igual manera, presentó legajos de Formularios Impositivos certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales y fotocopias de Estados de Situación Patrimonial de las gestiones 2008, 2009, 2010 y 2011, correspondiente a formularios mensuales del Impuesto al Valor Agregado IVA (Formulario – 200), Impuesto a las Transacciones IT (Formulario – 400), Régimen Complementario del IVA (Formulario – 608), Impuesto a las Utilidades IUE (Formulario – 500) y Presentación de Estados Financieros o Memoria Anual (Formulario – 605), Estados de Situación Patrimonial Anual.

v. Aportes y Finiquitos laborales:

Asimismo, presentó legajos de documentación de la Caja de Salud CORDES

correspondiente a la gestión 2008, correspondiente a Recibo de Ingreso Oficial CORDES, Formularios de Liquidación y pago mensual de aportes, planilla de sueldos, convenio de pago suscrito entre la Cooperativa y CORDES, incluye pagos realizados de la gestión 2008 hasta el mes de noviembre de la gestión 2012.

También se presentó legajos de los aportes a las Administradoras de Fondos de Pensión Previsión y Futuro de la gestión 2008, correspondiente a planillas de sueldos, formularios de pago de contribuciones, convenios de pago, liquidaciones, planes de pago suscritos en la gestión 2009.

Finalmente se presentó legajo de Finiquitos realizados con el personal en la gestión 2008, correspondiente a comprobantes de depósito y finiquitos personalizados según formularios del Ministerio de Trabajo de las oficinas de La Paz, Cochabamba, Oruro, Sucre, Santa Cruz, incluye papeletas de depósito bancario, contienen firmas de la Cooperativa, personal interesado y V°B° del Ministerio del Trabajo.

De la revisión de toda esta documentación, se desprende que la Cooperativa efectivamente estaba operando antes, durante y posterior a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892, puesto que efectuaba aportes a las AFP'S, pagaba tributos, contrataba y despedía personal, aspectos y hechos que implican necesariamente en mérito a la verdad material que la cooperativa estaba operando, más aún, el hecho de cancelar tributos implica que los mismos eran producto de actividades desarrolladas por la Cooperativa y lógicamente esas actividades eran propias de su rubro.

vi. Corresponsalía del Banco Ganadero:

Como su propia autoridad determinó en la Resolución Jerárquica 040/2013, resulta importante que se demuestre el funcionamiento de la Cooperativa antes de la promulgación de la Ley N° 3892, demostración que partía del hecho de estar realizando operaciones propias de su rubro, en ese sentido, nuestra Cooperativa presentó el Contrato Privado de fecha 1 de junio de 2007, el cual demuestra fehacientemente el funcionamiento de la Cooperativa, sin embargo, la ASFI de manera sesgada pretende de todas las maneras posibles e imaginables, minimizar e ignorar la validez de ese contrato.

En este sentido, la ASFI, señala que en mérito a la verdad material investigó los hechos concluyendo que no existía un contrato de prestación de servicios entre el Banco Ganadero S.A. y la Cooperativa.

Ahora bien, acá nuevamente se comprueba el actuar por decir "extraño" de la ASFI, puesto que nuestra Cooperativa en ningún momento señaló que existía un contrato directo entre el Banco Ganadero S.A. y nosotros, por tanto la ASFI, nuevamente demuestra una total incoherencia en sus pronunciamientos.

Lo que nuestra Cooperativa señaló es que efectuaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., actividad que se encuentra

enmarcado en lo preceptuado por el inciso m) del artículo 8, del Decreto Supremo Nº 25703 que señala: "…m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias…".

En su momento el único argumento de la ASFI es la inexistencia de un contrato de corresponsalía, sin considerar la verdad material de los hechos los que a todos los efectos demuestran que sí se estaba realizando el servicio de cobro de impuesto por cuenta del Banco Ganadero S.A.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, ratificamos que nuestra Cooperativa si estaba operando y realizando actividades propias de las Cooperativas, en particular la corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, no otra cosa se desprende del Contrato civil comercial suscrito en fecha 01 de junio de 2007 con el señor Julio Marín Durán, contrato por el que, la Cooperativa se obligaba entre otras cosas a la prestación del servicio de recaudación tributaria y otros, en virtud al Contrato de Prestación de Servicios de Terciarización que mantiene el señor Julio Marín con el Banco Ganadero S.A. …"

Es decir que, a criterio de la recurrente, el hecho de haber presentado formularios de impuestos al Valor Agregado (IVA) sin pago alguno (cero movimiento) por los meses de mayo y junio de 2008, formulario de pago del impuesto a las transacciones (IT) por el mes de mayo y formulario con movimiento 0 (cero) por el mes de junio, ambos de 2008, formularios de pago de aportes a CORDES por la gestión 2008, así como pago de finiquitos, demostraría que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** sí se encontraba en funcionamiento a la fecha de emisión de la Ley Nº 3892, de 18 de junio de 2008.

Al respecto, ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 040/2013 de 24 de junio de 2013, ésta Autoridad Jerárquica estableció que la Autoridad Reguladora debió realizar la evaluación de la documentación ofrecida y producida por la recurrente, a fin de establecer que:

"*…el hecho de que prestaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., conforme el artículo 8 inc. m) del Decreto Supremo Nº 25703, resultaría en una operación propia de las Cooperativas De Ahorro y Crédito Cerradas, consistente en "Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias".*

Esta como otras de las argumentaciones presentadas por la entidad recurrente, que no han sido analizadas por la Autoridad Reguladora, denota el incumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, y en especial del inc. d) artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, quien para emitir una firme y serena convicción debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad, siguiendo los hechos, documentos presentados y que se requiera, para recién pronunciarse si existe algún documento contrato u otra documentación que permita validar dicho extremo.

Asimismo, la Entidad Supervisora, principalmente omitió señalar cuáles son las operaciones o actividades mínimas que tendría que cumplir o haber cumplido la

cooperativa para que la misma ***se considere en funcionamiento al 18 de junio de 2008,*** *fecha establecida en la Ley N° 3892, y no dejar en incertidumbre a su regulado, quien no conoce los parámetros establecidos para llegar a dicho convencimiento y de esta manera pueda ejercer el derecho a la defensa que le asiste.*"

En tal sentido, la Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013, se ha manifestado indicando que la la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA. no se encontraba en funcionamiento** al 18 de junio de 2008, fecha de promulgación de la Ley Nº 3892, **debido a que no se encontraba realizando actividades propias de una cooperativa, señaladas en el artículo 8º del Decreto Supremo Nº 25703**, toda vez que la ahora recurrente no firmó ningún contrato de corresponsalía con una entidad financiera bancaria o no bancaria (artículo 8º, inciso m, del Decreto Supremo Nº 25703), tal como lo confirmó el Banco Ganadero S.A. en su nota GG. 272/2012 de 14 de noviembre de 2012, permitiendo a la recurrida, señalar que:

"…*esta Autoridad de Supervisión investigó la verdad material para dar primacía a la verdad jurídica objetiva, sin limitarse a la prueba ofrecida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., en tal sentido mediante nota ASFI/DSR II/R-143918/2012 solicitó información al Banco Ganadero S.A., el que mediante nota Cite: GG. 272/2012 de 14 de noviembre de 2012, señala que* ***no ha suscrito ningún convenio o contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda****. …*"

En efecto, el contrato suscrito por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** y en base al cual esta sostiene que sí se encontraba haciendo actividades propias de una cooperativa, fue suscrito con el señor Julio Marín (no con el Banco Ganadero S.A.) el 1º de junio de 2007, y es un contrato "*Civil Comercial*" por el cual, la Cooperativa se **obliga a dotar personal a nivel nacional**, tanto de supervisión y de cajeros, para que el señor Marín pueda cumplir la prestación del servicio de recaudación tributaria y otros en instalaciones del Banco Ganadero S.A. (cláusula tercera del contrato), por lo que bajo esas condiciones, la ahora recurrente mal puede alegar que al 18 de junio de 2008 se encontraba realizando actividades propias de una Cooperativa: "*dotar personal*" no es una actividad que se encuentre establecida entre las permitidas por el artículo 8ª, inciso m), del Decreto Supremo Nº 25703.

Adicionalmente, el contrato firmado con el señor Julio Marín habría sido resuelto en fecha 2 de junio de 2008, haciéndose efectiva tal resolución en fecha 12 de junio del mismo año, por lo que se infiere que la Cooperativa no se encontraba realizando la dotación de personal al señor Julio Marín, a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892, vale decir, al 18 de junio de 2008.

2.3. De la supuesta inviabilidad financiera de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.

La recurrente argumenta que antes de ingresar al proceso de adecuación "*tenía una situación económica financiera patrimonial razonable con tendencia positiva de desarrollo*", y que la

Autoridad Reguladora, con su accionar, impidió que la Cooperativa pueda generar ingresos financieros lo que causó su deterioro financiero, presentando una serie de explicaciones sobre el efecto de haber dado cumplimiento a la instrucción de la ASFI de suspender operaciones.

Por su parte, la Autoridad reguladora ha efectuado, también, una amplia explicación sobre los incumplimientos de la Cooperativa recurrente, a los requisitos para demostrar viabilidad financiera, conforme están establecidos en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Si bien ha existido una instrucción de parte de la Autoridad Reguladora en sentido de ordenársele a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.** suspender sus operaciones, tal decisión habría sido tomada precautelando los intereses de los socios de la propia Cooperativa, toda vez que la misma presentaba una tendencia creciente en sus pérdidas como se puede apreciar del cuadro siguiente:

BALANCE RESUMIDO

En unidades de Bolivianos

NOMBRE	31/12/2011 6.86	31/01/2012 6.86	28/02/2012 6.86	31/03/2012 6.86	30/04/2012 6.86	31/05/2012 6.86	30/06/2012 6.86	31/12/2012 6.86
A C T I V O	**466,732**	**481,118**	**757,175**	**907,120**	**931,796**	**943,328**	**1,003,434**	**1,065,663**
DISPONIBILIDADES	28,882	10,472	83,080	112,014	103,509	87,791	60,836	105,511
CARTERA	165,059	193,559	249,745	278,120	268,117	263,632	254,865	133,727
OTRAS CUENTAS POR COBRAR	131,623	135,918	191,570	231,710	239,920	264,535	304,093	299,575
BIENES DE USO	119,529	119,529	119,529	149,024	183,049	187,416	225,712	282,975
OTROS ACTIVOS	21,639	21,639	113,250	136,253	137,201	139,953	157,927	243,875
P A S I V O	**285,264**	**306,505**	**589,511**	**556,091**	**602,558**	**691,248**	**782,955**	**282,442**
OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	**154,134**	**181,018**	**407,249**	**352,444**	**381,263**	**503,883**	**584,488**	**10,478**
OTRAS CUENTAS POR PAGAR	131,131	125,487	182,262	203,647	221,295	187,365	198,467	271,964
P A T R I M O N I O	**181,468**	**174,612**	**167,664**	**351,028**	**329,238**	**252,080**	**220,479**	**783,220**
CAPITAL SOCIAL	186,200	192,500	200,200	409,500	420,000	421,100	430,400	1,391,654
RESULTADOS ACUMULADOS	(4,732)	(17,888)	(32,536)	(58,472)	(90,762)	(169,020)	(209,921)	(608,434)
Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	-	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)	(4,732)
Utilidades (Pérdidas) del Periodo o Ges	(4,732)	(13,156)	(27,804)	(53,740)	(86,030)	(164,288)	(205,189)	(603,702)
PASIVO Y PATRIMONIO	**466,732**	**481,118**	**757,175**	**907,120**	**931,796**	**943,328**	**1,003,434**	**1,065,662**

Es evidente la tendencia creciente de las pérdidas acumuladas de la Cooperativa en un período tan corto ya que de representar el 2,54% del Capital Social al 31 de diciembre de 2011, llegaron al 40,14% al 31 de mayo de 2012, lo cual obviamente demostraba una situación financiera preocupante.

Sin embargo de ello, el análisis financiero realizado por la recurrente así como por la Autoridad Reguladora al 30 de septiembre de 2012, tiene un punto fundamental de discrepancia o diferencia, esto es, el importe del Capital Social, como se puede apreciar en el cuadro siguiente:

	S/ ENTIDAD	S/ ASFI
CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO (Expresado en Bolivianos)	**30.09.2012**	**30.09.2012**
(+) Aportes de los socios cooperativistas - Certificados de Aportación	**1,236,074**	**461,300**
311.00 Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)	1,236,074	461,300
(+) Fondos de reserva, no distribuibles.	**0**	**0**
342.03 Reservas no distribuible por ajuste por inflación del patrimonio		
(+) Donaciones recibidas de libre disposición	**0**	**0**
322.02 Donaciones recibidas de libre disponibilidad pendientes de capitalización		
(=) CAPITAL PRIMARIO INICIAL	**1,236,074**	**461,300**
Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	(381,405)	(381,405)
PÉRDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO	**-30.86%**	**-82.68%**

Es decir que la Autoridad Reguladora observó que la Cooperativa ha incluido, en contra de lo dispuesto en la normativa, en el Capital Social Certificados de Aportación Remunerados de

Socios (Ahorros y Depósitos a Plazo Fijo), los cuales deben figurar en el Pasivo, toda vez, que constituyen una Obligación y no un Aporte propiamente dicho. Dichas obligaciones ascienden a Bs774.774.-, según la Autoridad reguladora, es decir el 62,68% de la cifra manejada por la recurrente. Por lo tanto, los cálculos financieros que realiza la Cooperativa en relación a los realizados por la Autoridad Reguladora, obviamente, son significativamente diferentes.

En todo caso, la recurrente no ha argumentado nada al respecto de lo observado por la Autoridad Reguladora en sentido de que no corresponde registrar en el Capital Social los certificados de Aportación Remunerados, limitándose a señalar que:

> *"Los saldos de Estados Financieros al 30 de septiembre de 2012, según Cuadro #1, establecidos por la ASFI y la CAC Societaria VDC Ltda., son idénticos, por lo que, el análisis, coeficientes técnicos y financieros deberían ser congruentes con el mismo.*

CUADRO #1

RESUMEN BALANCE GENERAL
Al 30 de Septiembre de 2012
(Expresado en Bolivianos)

CODIGO, CAPITULO Y GRUPO		ASFI	VDC Ltda.
COD	**ACTIVO**	1.047.287,60	1.047.287,60
100	Disponibilidades	50.060,70	50.060,70
120	Inversiones Temporarias	0,00	0,00
130	Cartera	175.987,94	175.987,94
140	Otras por Cobrar	309.528,41	309.528,41
160	Inversiones Permanentes	0,00	0,00
170	Bienes de Uso	282.975,49	282.975,49
180	Otros Activos	228.735,06	228.735,06
	PASIVO	192.617,73	192.617,73
210	Obligaciones con el público	0,00	0,00
221	Obligaciones Fiscales a La Vista	0,00	0,00
230	Bancos y Entidades de Financiamiento	0,00	0,00
240	Otras cuentas por Pagar	192.617,73	192.617,73
250	Previsiones	0,00	0,00
	PATRIMONIO	854.669,87	854.669,87
311	Capital Pagado	1.236.074,48	1.236.074,48
310	Aportes No Capitalizados	0,00	0,00
350	**Resultados Acumulados**	**(381.404,61)**	(381.404,61)
353	Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	(4.732,10)	(4.732,10)
354	Utilidades (Pérdidas) del periodo	(376.672,51)	(376.672,51)
	PASIVO Y PATRIMONIO	1.047.287,60	1.047.287,60

(…)"

Es decir que, la recurrente no tiene mayor argumento respecto al porqué los certificados de Aportación Remunerados, deben ser registrados en el Capital Social, limitándose a señalar que se deben tomar las cifras del estado Financiero a septiembre de 2012, sin desvirtuar el criterio de la Autoridad Reguladora, en sentido de que el importe del Capital Social de dicho Estado Financiero, no es correcto y que el verdadero importe del Capital Social de la Cooperativa al 30 de septiembre de 2012, base para el cálculo de la viabilidad financiera, sería de Bs461.300.- y no Bs1.236.074.-, por cuya consecuencia no presentaría viabilidad financiera tal cual lo señala la misma Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013 (páginas 41 a 46).

En tal sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha emitido un fallo confuso (la Resolución Administrativa ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013) e incongruente, por cuanto, ha considerado como trascendental la supuesta inviabilidad financiera de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**, no

obstante, al decidir "***NO ADMITIR*** *a la Cooperativa* (…) *el ingreso al Proceso de Adecuación*", lo hace por otro motivo: "*por incumplimiento al requisito establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 y Sección 10, Artículos 1 y 2, (Estructura Actual) relativo al funcionamiento de la cooperativa antes y a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en base a las consideraciones establecidas en la presente Resolución*".

Determina ello a su vez que, en inobservancia al artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), no exista una investigación y consiguiente pronunciamiento motivado, al porqué, en criterio del Regulador el verdadero importe del Capital Social de la Cooperativa al 30 de septiembre de 2012, base para el cálculo de la viabilidad financiera, sería de Bs461.300.-, por cuya consecuencia no presentaría viabilidad financiera, tal cual lo señala la misma Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa ASFI Nº 633/2013 de 27 de septiembre de 2013.

Estos extremos importan necesariamente, una infracción al derecho de defensa de la recurrente, por cuanto, resulta que se deja en la incertidumbre jurídica el resultado a sus defensas ampliamente expuestas, las que desde esa lógica, no tenían razón en desarrollarse, sin embargo de lo cual y allí radica la incongruencia, han merecido su consideración -no su resolución- por parte del la Autoridad recurrida.

Por lo demás y encontrándose claro que los derechos de defensa y de congruencia en las decisiones, corresponden a la garantía del debido proceso administrativo, es menester traer a colación lo señalado por el ex Tribunal Constitucional (actual Tribunal Constitucional Plurinacional) en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010 (conforme es mencionada en el precedente de regulación financiera de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010):

> "…*Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro*

ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:

"*…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional…*"

CONSIDERANDO:

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y en especial los derechos consagrados del recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 424/2013 de 15 de julio de 2013, **inclusive,** debiendo en consecuencia emitirse una nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 DE 15 DE OCTUBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 017/2014 DE 18 DE MARZO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2014

La Paz, 18 de marzo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 011/2014 de 24 de febrero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 026/2014 de 27 de febrero de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 5 de noviembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por su Gerente de Inversiones, Sr. José Antonio Gil, en mérito al Testimonio de Poder Nº 563/2001, otorgado en fecha 3 de octubre de 2001 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013

de 15 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/9019/2013, con fecha de recepción del 08 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 11 de noviembre de 2013, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 14 de noviembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013.

Que, mediante Auto de 12 de noviembre de 2013, se dispone la notificación a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a efectos de que en calidad de tercero interesado, se apersone y presente sus alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 DE 18 DE JUNIO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº551-2013 de 18 de junio de 2013, presentó los argumentos siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS), es el conjunto de normas de carácter jurídico, técnico y administrativo que regula la contratación de bienes y servicios, el manejo y la disposición de bienes de las entidades públicas, en forma interrelacionada con los sistemas establecidos en la Ley Nº 1178 de 20 de julio de 1990, de Administración y Control Gubernamentales.*
>
> *Que el artículo 12 de las NB-SABS define al Subsistema de Contratación de Bienes y Servicios, como el conjunto interrelacionado de principios, elementos jurídicos, técnicos y administrativos, que regulan el proceso de contratación de bienes, obras, servicios generales y servicios de consultoría.*
>
> *Que el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de*

no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones".

Que el parágrafo I de la Disposición Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 Reglamentario de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece lo siguiente: "I. Se incluye el inciso o) en el artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con el siguiente texto:…

> *o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones".*

Que el inciso hh) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009 define al "Proponente" como Persona natural o jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización.

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047-2011 de 21 de febrero de 2011 se consigna la CIRCULAR: AP/DPC/CO/05-2011 de 01 de febrero de 2011, que regula el tratamiento y extensión del Certificado de No Adeudo; confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 01 de junio de 2011.

Que es necesario determinar la vigencia de los Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que a solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. mediante PREV-COB-99-03-13 de 11 de marzo de 2013, y con el fin de facilitar obtención de los CNA se considera importante establecer su emisión vía web.

Que con el fin de regular la tramitación y extensión de los CNA a empresas unipersonales, es preciso contar con norma que les permita obtener el señalado documento para tener la posibilidad de participar en los proceso (sic) *de contratación de bienes y servicios con el Estado, entre otros aspectos; en el cual se exprese el estado de deuda a la Seguridad Social de Largo Plazo. En ese sentido, es pertinente complementar la normativa existente con la presente regulación…*"

Con tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°551-2013 dispuso:

"…***PRIMERO.- (OBJETO).*** *El objeto de la presente Resolución Administrativa, es complementar la normativa para la emisión de Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo.*

SEGUNDO.- (FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES). *Las empresas unipersonales que no tengan dependientes podrán registrarse en la GPS declarando esta situación, haciendo uso del Formulario de*

*Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes - FIEUD cuyo formato está definido en el **Anexo I,** el mismo que tendrá calidad de declaración jurada.*

El FIEUD deberá estar a disposición de todas las personas en las oficinas de la GPS, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.

***TERCERO.- (VIGENCIA).** I. La vigencia de cada CNA así como de la nota de No Registro señalada en la Disposición Transitoria de la presente norma, será hasta el último día calendario del mes de su emisión.*

II. El CNA emitido para empresas unipersonales tendrá vigencia indefinida entre tanto la condición de empresa sin dependientes del solicitante se mantenga como tal, siendo responsabilidad de la empresa, la actualización de sus datos en relación a la existencia de dependientes.

***CUARTO.- (FORMATO DE RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA POR CASUÍSTICA).** La GPS deberá responder a las solicitudes de Certificado de No Adeudo (CNA), emitiendo cualquiera de los documentos que se detallan a continuación, conforme a la casuística respectiva:*

1. *CNA para Empleadores registrados que no tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo, conforme al formato establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°047-2011, en el cual se deberá incluir un párrafo que indique la vigencia del certificado determinada por la Disposición TERCERA anterior conforme a lo siguiente: "El presente documento tiene vigencia hasta el <día>de<mes>del<año> (hasta el último día del mes de su emisión).*

2. *Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo (**Anexo II**).*

3. *CNA para empresas unipersonales que se registren en la GPS y que declaran no tener dependientes haciendo uso del Formulario establecido por la disposición SEGUNDA de la presente Resolución Administrativa (**Anexo III**).*

***QUINTO.- (CNA PARA EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES).** I. La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (GPS), deberá emitir los CNA conforme al punto 3. de la disposición CUARTA anterior, a aquellas empresas unipersonales que se hubieren registrado haciendo uso del Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes, en el plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de su solicitud.*

II. La empresa unipersonal sin dependientes podrá solicitar su CNA al día siguiente de efectuada su inscripción en la GPS.

SEXTO.- (RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA VIA WEB).- *I. La GPS deberá desarrollar un sistema de respuesta a las solicitudes de Certificados de No Adeudo, mediante el cual los Empleadores registrados al Sistema Integral de Pensiones – SIP, podrán generar "los Certificados de No Adeudo", la "Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo", el "CNA para empresas unipersonales sin dependientes" y la "nota de No Registro", emitidos por la GPS a través del Sitio Web de la misma.*

II. Dicho sistema de generación de CNA en línea, deberá estar publicado en el Sitio Web de la GPS con las restricciones y seguridades del caso para cada Empleador registrado al SIP, dentro del plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.

III. Los CNA emitidos en línea por la GPS, deberán reflejarse en la "Base de Datos de CNA emitidos" al momento de generarse el CNA en línea.

IV. Se autoriza a la GPS la firma digital para los Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo responsabilidad de la misma implementar las medidas de seguridad que correspondan.

SÉPTIMO.- (COMUNICACIÓN MASIVA).- *I. Se instruye a las GPS, efectuar al menos dos (2) publicaciones mensuales en los meses de julio y diciembre de cada gestión en día domingo, en medios escritos de circulación nacional, considerando lo establecido en la presente Resolución Administrativa.*

II. Vencido el plazo determinado por el parágrafo II. del artículo precedente, la GPS deberá efectuar 2 publicaciones seguidas el primer y segundo domingo inmediatamente posteriores a dicho vencimiento, las mismas que reemplazarán a las correspondientes a diciembre de 2013.

OCTAVO.- (PAGO DE MORA PARA OBTENCIÓN DE CNA).- *Para aquellos Empleadores que con el objeto de obtener un CNA efectúen el pago total de las Contribuciones que tuviesen en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, conforme a la Liquidación de Mora emitida por la GPS en la fecha de pago, la GPS deberá emitir los CNA dentro del plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de la citada fecha.*

NOVENO.- (DISPOSICIÓN TRANSITORIA).- *I. De forma transitoria, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deberán emitir el documento de No Registro conforme al* ***Anexo IV****, para aquellos Empleadores que no se encuentran registrados en la AFP en la que el CNA es solicitado, por lo tanto, el proponente* ***deberá presentar la documentación escrita de ambas AFP*** *(Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A.) como se indica a continuación:*

- *Cuando el Empleador tiene a sus dependientes registrados en una sola AFP, deberá presentar el CNA emitido por dicha Administradora y el documento de No Registro emitido por la otra AFP.*

- *Cuando el Empleador tiene a sus dependientes registrados en ambas AFP, deberá presentar los CNA emitidos tanto por Futuro de Bolivia S.A. AFP como por BBVA Previsión AFP S.A.*

- *No es sujeto de contrataciones de Bienes y Servicios para el Estado, el Empleador que presentare el documento de No Registro de ambas AFP…*"

1.1. Anexos.-

Los anexos a los que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013, son los que se transcriben a continuación:

a) ANEXO I.-

"***Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes Sistema Integral De Pensiones*** (…)"

b) ANEXO II.-

"FORMATO DE "NOTA PARA EMPLEADORES REGISTRADOS QUE TIENEN DEUDA CON (sic) ***SEGURIDAD SOCIAL DE LARGO PLAZO"***

Solicitud de Certificado de No Adeudo
RECHAZADO
POR DEUDA
Debido a que la Empresa Proponente, en su calidad de Empleador presenta mora al SSO y/o SIP.

<Regional>,<día>DE<mes>DEL<año>
No. XXXXX

Señor(a)
<Nombres y Apellidos>
<Cargo>
<RAZON SOCIAL DE LA EMPRESA >
<Tipo de Identificación> <Número de Identificación>
Presente

Referencia: ***Empleador con deuda a la Seguridad Social de Largo Plazo.***

De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente, ***<Nombre de la AFP*>*** *certifica que la empresa <****Nombre de la Persona Jurídica>*** *con* ***<Tipo de Identificación> <No. de Identificación>****, se encuentra con Mora a la Seguridad Social de Largo Plazo.*

*Por tanto, la empresa <****Nombre de la Persona Jurídica>*** *NO ES SUJETO DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO a efectos del artículo 100 (CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y el parágrafo I. de la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, entretanto no regularice su mora pendiente con esta Administradora.*

A la fecha de emisión de la presente nota, el último periodo de cotización acreditado corresponde al periodo de cotización ***<Mes, Año>****.*

Asimismo, tenemos a bien adjuntar a la presente la Liquidación de Mora actualizada al <día>de<mes>del<año>.

Es cuanto se informa para fines del interesado.

<Firma y Sello>
<Representante Legal>
<Nombre de la AFP>*

IMPORTANTE: La presente podrá ser emitida vía internet, ingresando a la siguiente página web: ***<SITIO WEB AFP >***

Datos que serán sustituidos por "Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo" cuando concluya el periodo de transición…"

c) ANEXO III.-

"FORMATO "CNA PARA EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES"

<Regional>,<día>DE<mes>DEL<año>
Certificación No. XXXXX

Señor(a)
<Nombres y Apellidos>
<Cargo>
<Persona Jurídica>
<Tipo de Identificación> <Número de Identificación>
Presente

Referencia: ***Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo – empresa unipersonal sin dependientes.***

De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente, ***<Nombre de la AFP*>*** *certifica que la empresa unipersonal <****Nombre de la Empresa Unipersonal>*** *con* ***<Tipo de Identificación> <No. de Identificación>****, se encuentra registrada en esta AFP* sin dependientes, por lo tanto no presenta mora a la Seguridad Social de Largo Plazo.*

El presente documento tendrá vigencia indefinida entre tanto la condición del solicitante (empresa sin dependientes) se mantenga como tal, siendo responsabilidad de la empresa, la actualización de sus datos en relación a la existencia de dependientes.

Es cuanto se informa para fines del interesado.

<Firma y Sello>
<Representante Legal>
<Nombre de la AFP>

IMPORTANTE: La presente podrá ser emitida vía internet, ingresando a la siguiente página web: ***<SITIO WEB AFP >***

****Datos que serán sustituidos por "Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo" cuando concluya el periodo de transición…***"

d) ANEXO IV.-

"…***FORMATO "NOTA PARA EMPLEADORES NO REGISTRADOS EN LA ADMINISTRADORA A LA QUE SOLICITAN EL CNA"***

<Regional>,<día>DE<mes>DEL<año>
No. XXXXX

Señor(a)
<Nombres y Apellidos>
<Cargo>
<Persona Jurídica>
<Tipo de Identificación> <Número de Identificación>
Presente

Referencia: ***Empleador no registrado en la <Nombre de la AFP>.***

De mi consideración: (Comentario.- Sólo saludo inicial o suprimir)

De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente, ***<Nombre de la AFP>*** *certifica que la empresa <****Nombre de la Persona Jurídica>*** *con* ***<Tipo de Identificación> <No. de Identificación>****, NO SE ENCUENTRA REGISTRADA en nuestra AFP.*

*Por tanto, para que la empresa <****Nombre de la Persona Jurídica>*** *sea sujeto de Contrataciones del Estado a efectos del artículo 100 (CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, debe presentar a la entidad contratante, tanto la presente nota como un Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo emitido por* ***<Nombre de la otra AFP>****.*

El presente documento tiene vigencia hasta el <día>de<mes>del<año> (hasta el último día del mes de su emisión.

Es cuanto se informa para fines del interesado.

IMPORTANTE: La presente podrá ser emitida vía internet, ingresando a la siguiente página web: ***<SITIO WEB AFP >***

<Firma y Sello>
<Representante Legal>
<Nombre de la AFP>…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 12 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.***

A efectos de que su Autoridad pueda rectificar las incongruencias de la norma emitida, nos permitimos exponer los siguientes fundamentos de orden técnico y legal, que solicitamos sean objeto de la sana crítica y valoración razonada conforme a lo siguiente:

a) De la autorización de uso de firma digital:

Llama la Atención (sic) *que su Autoridad haya dispuesto en el artículo SEXTO, parágrafo IV, la autorización del uso de firma digital al señalar textualmente; lo siguiente:* ***"Se autoriza a la GPS la firma digital*** *para los Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo responsabilidad de la misma implementar las medidas de seguridad que corresponda" (las negrillas son nuestras); toda vez que dicha figura no se encuentra prevista en nuestra legislación, careciendo de reglamento que viabilice su uso.*

Para ilustrar la situación es necesario entender el significado de la firma digital, entendiéndose que ella "...es un mecanismo criptográfico que permite al receptor de un mensaje firmado digitalmente determinar la entidad originadora de dicho mensaje (autenticación de origen y no repudio), y confirmar que el mensaje no ha sido alterado desde que fue firmado por el originador (integridad)". En ese entendido, la firma digital, no es sino la transformación de un mensaje utilizando un sistema de cifrado asimétrico de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante, pueda determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido alterado desde el momento en que se hizo la transformación. Es un sello integrado en datos digitales, creado con una clave privada, que permite identificar al propietario de la firma y comprobar que los datos no han sido falsificados.

Aspecto total y completamente diferente al señalado ut supra, es la consignación de una firma pre impresa en el documento que se emite vía WEB a solicitud de un empleador; y que necesariamente deberá ser impreso para su presentación en las licitaciones para contrataciones de bienes y servicios del Estado; aspecto que deberá ser oportunamente aclarado por su Autoridad.

b) Del objeto de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013:

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de fecha 18 de, junio de 2013, establece en su Artículo Primero que: "El objeto de la presente Resolución Administrativa, es complementar la normativa para la emisión de Certificado de No

Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo". Respecto a este punto es necesario señalar que lo indicado por el Regulador no se cumple en la presente resolución y carece de la debida fundamentación y congruencia, debido a que:

a. Limita y no complementa la norma, considerando lo siguiente:

El Articulo (sic) *100 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones" (las negrillas y subrayado es nuestro* (sic)*).*

De la simple lectura del Título de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551/2013 y de la delimitación del Objeto, se evidencia que el Regulador omite la certificación de deudas al Sistema Integrado de Pensione (sic) *(SIP), como está establecido en la Ley de Pensiones.*

b) En el procedimiento para CNA, pretende normar (sic) *procedimiento de Registro de Empresas, situación que no está incluida en el objeto y título de la mencionada Resolución, situación que debería ser considerada en forma separada, siguiendo la norma establecida para registros.*

c) Es contradictoria y confunde los conceptos de la Ley de Pensiones, (que tenemos a bien puntualizar para los párrafos siguientes) considerando las siguientes definiciones:

i. Empleador: Es la persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, <u>que contrata a una o más personas bajo relación de dependencia laboral</u>, de acuerdo a disposiciones legales vigentes.
ii. <u>Mora del Empleador.</u> El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones y deberá pagar el interés por mora y el interés incremental.
iii. <u>Plazo de pago de Contribuciones</u>: Los <u>Empleadores</u> deberán pagar las Contribuciones al SIP hasta el último día hábil del mes siguiente de devengado el salario de sus trabajadores. A partir del día siguiente de vencido dicho plazo, el Empleador incurre en mora.

*d) De acuerdo al diccionario de Cabanellas, Empresa *EMPRESA. Acción o propósito difícil e incierto que requiere esforzado comienzo. En general, designio, finalidad o intención. <u>Asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realizar obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos los miembros de las ventajas que reporte</u>. Casa o sociedad mercantil. Unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue* (sic) *obtención de beneficio, a través de la explotación de la*

riqueza, de la publicidad, el crédito, etc. Organización de personal, capital y trabajo, con una finalidad lucrativa, ya sea de carácter privado, en que persigue la obtención de un lucro para los socios o los accionistas; o de carácter público, en que se propone realizar un servicio público o cumplir otra finalidad beneficiosa para el interés general. MERCANTIL. Organización lucrativa de personal (empresario o dirección, socios industriales o trabajadores), capital (dinero, propiedades, m quinas (sic) *y herramientas, mobiliario y trabajo (actividad organizadora, directiva, investigadora, publicitaria, técnica y de ejecución material), con unidad de nombre, permanencia en actividad y finalidad definida.*

d) Del Formulario de inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes:

El artículo SEGUNDO de la resolución recurrida establece que: "...las empresas unipersonales que no tengan dependientes podrán registrarse en la GPS declarando esta situación, haciendo uso del Formulario de Inscripción Empresas Unipersonales, sin Dependientes-FIEUD cuyo formato está definido en el Anexo I, el mismo que tendrá calidad de declaración Jurada... El FIEUD deberá estar a disposición de todas las personas en las oficinas de la GPS, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa" "Así también en sus considerandos indican: "Que con el fin de regular la tramitación y extensión de los CNA a empresas unipersonales, es preciso contar con (sic) *norma que les permita obtener el señalado documento para tener la posibilidad de participar en los procesos de contratación de bienes y servicios con el Estado, entre otros aspectos; en el cual se exprese el estado de deuda a la Seguridad Social de Largo plazo. En este sentido, es pertinente complementar la normativa existente con la presente regulación". Al respecto es importante mencionar lo siguiente:*

a. *La normativa de la Seguridad Social a Largo Plazo, está establecida para Asegurados, (persona Asegurada Dependiente o independiente, socio(a) Trabajador)* ***y Empleadores,*** *por lo cual resulta contradictorio que el Regulador pretenda normar el "Registro de Empresas Unipersonales sin Dependientes", cuando las funciones que tiene la GPS (en transición la AFP), están referidos a prestar sus servicios a los Asegurados o a quienes tengan derecho a ser Asegurados, sin discriminación; y Recaudar, acreditar y Administrar las Contribuciones de los Asegurados. Por lo expuesto al existir Empresas sean unipersonales o sociedades mercantiles (a las cuales omite el Regulador), que no tengan dependientes, la AFP no tiene obligación debido a que no existen Asegurados, sobre los* (sic) *debe efectuar el registro y administración, así también las Empresas no generan obligaciones respecto a la Seguridad Social a Largo Plazo, situación contraria que ocurre con los Empleadores, por lo cual no cumple el objeto de administración de aportes.*

b. *El mencionado FIEUD presenta errores en la aplicación y terminología confundiendo conceptos de Empleador y otros que se citan a continuación y se evidencian en el escaneado adjunto:*

i. *El título del FIEUD, señala Formulario de Inscripción Empresas Unipersonales sin Dependientes Sistema Integral de Pensiones, es necesario aclarar al regulador que dicho sistema, está compuesto por: El Régimen Contributivo (contempla la Prestación de Vejez, Prestación de Invalidez, las Pensiones por Muerte derivadas de éstas y Gastos Funerarios); El Régimen Semicontributivo (contempla la Prestación Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas y Gastos Funerarios); y El Régimen No Contributivo (contempla la Renta Dignidad y Gastos Funerales), por lo cual entendemos que una empresa sin dependientes no corresponde a ningún Régimen del Sistema de Pensiones.*

ii. *En el campo de Forma de Manejo de Correspondencia, indica Centralizada o distribución por sitio de trabajo, es ilógico que se consigne distribución por sitio de trabajo en el FIEUD, debido a que ese campo está habilitado para Empleadores con diversas sucursales, para que la información de correspondencia les sea remitida a cada sucursal, situación que no aplica a Empresas Unipersonales, debido a que si una Empresa Unipersonal tuviese sucursales, debería contratar personal para la atención de las mismas, por lo cual dejaría de ser una empresa unipersonal sin dependientes.*

iii. *Respecto al campo "Domicilio legal del Empleador", también es errado este término, debido a que confunde en un mismo formulario dos conceptos diferentes. Empresa y Empleador, por lo cual si es Empleador, no correspondería el llenado del FIEUD y debería cumplir todas las obligaciones respecto a la Seguridad Social de largo plazo.*

iv. *Señala un párrafo que indica " Los datos consignados en el presente Formulario tienen calidad de declaración jurada, en caso de alguna modificación respecto al número de dependientes la misma deberá ser comunicada de inmediato a la GPS", en toda la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551/2013, no establece el procedimiento para dicha comunicación, el concepto de inmediatez no está definido en un plazo, tampoco establece el procedimiento que debe seguir la GPS, es decir deberá llenar un Formulario de Empleador, el FIEUD será anulado?, cuales son los plazos?*

v. *Respecto al campo que señala "(*) de acuerdo al Art 2 del D.S. 29537 de 1 de mayo de 2008, debe adjuntar al presente formulario de inscripción el testimonio de poder de Representante legal y una copia de su documento de identidad, que acredite su representación, cuando corresponda".*

   El Decreto señalado se refiere a lo siguiente: "Todo Empleador se encuentra obligado a llenar, firmar y presentar al Ente Gestor del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, el Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a través de su Representante Legal, adjuntando para tal efecto el Testimonio del Poder que acredite su representación, cuando corresponda.... De la simple lectura nuevamente se

evidencia que el mencionado artículo solo está referido para EMPLEADORES, por lo cual no corresponde su mención en el FIEUD.

vi. *Respecto al campo "sello de la Empresa o Empleador", al igual que lo descrito anteriormente confunde en un mismo formulario dos conceptos diferentes, Empresa y Empleador, por lo cual si es Empleador, no correspondería el llenado del FIEUD y debería cumplir todas las obligaciones respecto a la Seguridad Social de largo plazo.*

vii. *Se adjunta imagen de las observaciones señaladas en los incisos anteriores:* (…)

d) (sic) ***<u>De la vigencia de los CNA:</u>***

Respecto al artículo tercero referido VIGENCIA, señala: "La vigencia de cada CNA así como la nota de No registro señalada en la disposición Transitoria de la presente norma, será hasta el último día calendario del mes de emisión ... El CNA emitido para empresas unipersonales tendrá vigencia indefinida entre tanto la condición de empresa sin dependientes del solicitante se mantenga como tal, siendo responsabilidad de la empresa, la actualización de sus actos en relación a la existencia de dependientes"

Respecto a la vigencia de un CNA para empleadores sin deuda es correcto que sea válido hasta el último mes de emisión, debido a que cada mes devenga una nueva obligación de pago, no <u>obstante los CNA de empleadores con deuda o Empresas no registradas,</u> no pueden tener la misma vigencia debido a que su condición puede ser modificada con el pago de la obligación y consecuente acreditación; y con el registro y pago como Empleador.

Respecto al CNA para empresas Unipersonales y la vigencia indefinida que determina el regulador, nuevamente se evidencia la confusión de conceptos, un Certificado de No adeudo emitido por la GPS, solo puede ser otorgado a <u>Empleadores</u> registrados, quienes tienen una obligación de pago por sus Dependientes hasta determinada fecha; y que al infringir dicha obligación se constituyen en mora. La GPS no pudiese certificar que una Empresa Unipersonal sin dependientes no genera Mora, por la contradicción de los mismos conceptos establecidos anteriormente y principalmente porque la mora es establecida para el Empleador; y mucho menos aún establecer que una certificación tenga una vigencia indefinida, debido a que dicha situación se constituye en un acto discriminatorio para con los demás empleadores que tiene (sic) *dependiente* (sic) *y hacen sus aportes a la Seguridad Social de Largo Plazo, vulnerando los principios establecidos por la Ley N° 045 "Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación"*

e) ***<u>Del formato de los CNA por casuísticas</u>:***

Respecto al artículo cuarto (Formato de respuesta a solicitudes de CNA por casuística), en la que el Regulador indica "La GPS deberá responder a las

solicitudes de Certificado de No Adeudo (CNA), emitiendo cualquiera de los documentos que se detallan a continuación, conforma (sic) *casuística respectiva. 1.CNA para Empleadores registrados que no tienen deuda con la Seguridad Social de largo plazo, conforme al formato establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047/2011, en el cual se deberá incluir un párrafo que indique la vigencia del certificado determinada por la disposición TERCERA anterior conforme a lo siguiente: "El presente documento tiene vigencia hasta el <día> de <mes>de<año> (hasta el último día del mes de su emisión}. 2. Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo (Anexo II). 3. CNA para empresas unipersonales que se registren en la GPS y que declaran no tener dependientes haciendo uso del Formulario establecido por la disposición SEGUNDA de la presente Resolución Administrativa (ANEXO III).*

a. *Respecto al Formato de CNA para Empleadores Registrados sin deuda establecidos, nuevamente el Regulador omite normar el formato para aquellos Empleadores que hubiesen sido recientemente registrados como Empleador; y no registrasen pagos debido a que considerando la fecha de inicio de actividades están dentro de los plazos legales de pago, por lo cual la AFP no puede reportar el último periodo acreditado, debido a que aún no existen pagos, asimismo en el mencionado formato omiten establecer que existen acreditaciones distintas para la Contribución y el FSOL, por lo que deberían registrarse ambos campos.*

b. *Respecto al Anexo II, nota para Empleadores registrados que tienen deuda, también se presentan inconsistencias de conceptos de acuerdo a lo siguiente:*

   i. *No puede señalarse Deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo, debido a que nuevamente se reitera que el artículo 100 de la Ley de Pensiones N° 065, solo está referida a: "adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones", es decir información que mantiene la AFP, caso contrario es abarcar las deudas por obligaciones a la Seguridad Social que mantiene el SENASIR, situación que no corresponde, no cuenta la AFP y no están enmarcadas en la norma señalada.*

   ii. *Consignan una denominación "Empresa Proponente", cuya definición u otro, no es establecida en toda Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551/2013.*

   iii. *Dicho formato omite lo establecido en la Circular AP/DPC/CO/05-2011 de fecha 1 de febrero de 2011, emitida por el mismo Regulador, que indica que: "En el caso que se evidencie que la persona Jurídica presenta adeudos … debe comunicar el estado en el que se encuentra la Gestión de Cobro, así como las acciones a las que se encuentra sujeto el Empleador de acuerdo al título IV de la Ley N° 065 de Pensiones. El Anexo II en el formato enviado omite las instrucciones dispuestas en la mencionada circular, razón por la que debe establecer que la circular ha sido modificada y/o que no es*

necesario informar las acciones a las que se encuentra sujeto el Empleador (…)

iv. *Respecto al Anexo III, referido a CNA para empresas Unipersonales, nuevamente se reitera que la AFP no puede certificar la existencia o no de una obligación para una Empresa que no es Empleador, en último caso podría limitar a informar que se encuentra registrada como Empresa sin dependientes de acuerdo a* (sic) *declaración jurada efectuada por el mismo. Asimismo respecto a la vigencia indefinida, pudiese dar lugar a que las Empresas no actualicen sus datos en relación a la existencia de dependientes, es necesario tomar en cuenta, que aun* (sic) *siendo responsabilidad de la empresa realizar esta actualización, al emitir este documento con vigencia indefinida, estaríamos abriendo la posibilidad a que los mismos no realicen la actualización mencionada, incumpliendo con lo establecido por Ley, con relación a la obligación que los empleadores tienen de acuerdo al D.S. N° 29537 y al artículo 91 de la Ley de pensiones* (sic) *N° 065* (…)

v. *Respecto al Anexo IV, referida a Formato "Nota para Empleadores No registrados en la Administradora a la que solicitan el CNA", este formato no está establecido en el Artículo cuarto de Formato de Respuesta a solicitudes de CNA por casuística, lo que evidencia una vez más que esta resolución presenta errores, no obstante tenemos a bien observar lo siguiente:*

   1. *Consignan el título de Empleadores No Registrados en la Administradora a la que solicitan el CNA, una AFP no puede determinar la calidad de Empleador de una empresa si al menos no existe un trabajador que tenga tramo laboral en la AFP, si no tiene Registro como Empleador y no tiene trabajadores registrados, la calidad que tendrá en la AFP será de Empresa no registrada y no así de Empleador, lo cual nuevamente evidencia que el regulador confunde los conceptos de Empleador y Empresa.*

   2. *El formato establece que para que* (sic)*: "por tanto, para que la empresa <Nombre de la Persona Jurídica>, sea sujeto de contrataciones del Estado…, debe presentar a la entidad contratante, tanto la presente nota como un certificado de no adeudo a la Seguridad Social de largo plazo emitido por <nombre de la otra AFP>".*

   3. *Nuevamente el regulador extralimita la norma, debido a que ninguna AFP podrá certificar mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, debido a que debería incluir la información del SENASIR;*

   4. *La redacción efectuada, da* (sic) *entender que la nota será entendida* (sic) *como un certificado de no adeudo?, es necesario* (sic) *la utilización de los signos de puntuación y comas de forma correcta.*

5. *No obstante lo anterior también se observa que una AFP, no puede determinar que una persona jurídica sea o no sujeto a contratación, si presenta certificación de no Adeudo de la otra AFP, debido a que existe norma específica de contrataciones dispuesta en el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS).*

6. *La AFP debe limitarse a señalar que la empresa no está registrada* (…)

f) <u>Del CNA para empresas unipersonales sin dependientes:</u>

Respecto al artículo Quinto (CNA para empresas unipersonales sin dependientes) que establece: "I. La GPS deberá emitir los CNA conforme al punto 3. de la disposición cuarta anterior a aquellas empresas unipersonales que se hubieren registrado haciendo uso del formulario de inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes, en el plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de su solicitud. II. La empresa unipersonal sin dependientes podrá solicitar su CNA al día siguiente de efectuada su inscripción en la GPS.

Es necesario aclarar al Regulador, que existen procesos operativos que deben efectuarse para registrar un empleador en nuestra base de datos, mismos que no están siendo considerados, así también nuevamente confunde a una empresa que no tiene condición de empleador, no puede otorgarse una certificación de no adeudo.

g) <u>De la emisión de CNA vía WEB:</u>

Respecto al artículo sexto (Respuesta a solicitudes de CNA VIA WEB), que indica que: I. La GPS deberá desarrollar un sistema de respuesta a las solicitudes de Certificados de No Adeudo, mediante el cual los Empleadores registrados al Sistema Integral de pensiones (sic) *-SIP, podrán generar "los certificados de No Adeudo", la "nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo plazo, el CNA para empresas unipersonales sin dependientes" y la "nota de no registro", emitidos por la GPS a través del Sitio WEB de la misma. II. Dicho sistema de generación de CNA en línea, deberá estar publicado en el sitio Web de a* (sic) *GPS con las restricciones y seguridades del caso para cada Empleador registrado al SIP dentro del plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa. Los CNA emitidos en línea por la GPS, deberán reflejarse en la "base de datos de CNA emitidos", al momento de generarse el CNA en línea. Se autoriza a la GP a* (sic) *firma digital para los Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de largo plazo, siendo responsabilidad de la misma implementar las medidas de seguridad que correspondan. Asimismo en sus considerandos indican que: "A solicitud de BBVA Previsión AFP, mediante PREV-COB-99-03-13 de 11 de marzo d e2013* (sic)*, y con el fin de facilitar la obtención de CNA se considera importante establecer su emisión vía WEB". Al respecto es necesario indicar lo siguiente:*

a. *El Regulador no debería normar solo respecto a la solicitud de una AFP, sino de ambas Administradoras que operan el SSO y SIP, en este caso en reunión*

establecida con el Regulador, nuestra AFP manifestó que por la integridad de la información la emisión de los CNA no es viable por WEB, por los procedimientos que se han establecido para generar la información a solicitud del proponente, los cuales contemplan la revisión si los datos proporcionados para la emisión son los correctos, situación que no podrá determinarse con un ingreso vía web, y los solicitantes pudiesen generar información errada y asimismo la falta de control en la emisión.

b. *El regulador no ha considerado que los servicios WEB, son establecidos para Empleadores, no existe forma de generar la información para empresas no registradas, debido a que existen criterios de autentificación de ingreso a las herramientas a través de números de PIN, situación que no puede ser habilitada para ese tipo de empresas.*

c. *La emisión de un CNA es un proceso que debe ser verificado por la AFP, debido a que puede afectar el interés legal de un Empleador, por lo que previa emisión y en el plazo establecido por su Autoridad de un (1) día hábil se efectúan validaciones que no pueden ser efectuadas en línea.*

d. *Asimismo la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 01 de junio de 2011; establece que "…la AFP deberá emitir la certificación de no adeudo en el plazo máximo de un (1) día hábil administrativo a computarse a partir de la fecha de presentación del requerimiento"; por otro lado, la citada normativa también señala que "En caso de que se evidencie que la persona jurídica presenta adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo, la AFP deberá remitir nota de respuesta a la misma, en el plazo señalado en el párrafo anterior...adjuntando liquidación de mora", el emitir CNA en líneas es contradictorio al tiempo establecido en la mencionada circular, y menos aún permitirá dar respuesta de la liquidación en mora.*

e. *Asimismo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 100 de la Ley de Pensiones se establece que: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones" (las negrillas y subrayado es nuestro). De la norma citada precedentemente, se tiene que las AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo,* ***son las únicas entidades autorizadas para la emisión del Certificado de No Adeudo - CNA, a solicitud del empleador proponente****, para que sea éste quien lo presente en los procesos de licitación para contratación de Bienes y Servicios del Estado, por lo cual la emisión de un CNA no puede ser efectuado por el Empleador de forma directa.*

h) Del pago de la mora para la obtención del CNA:

Respecto al artículo Octavo (Pago de Mora para obtención de CNA) que indica que: "Para aquellos Empleadores que con objeto de obtener un CNA efectúen el pago total de las Contribuciones que tuviesen en mora a la Seguridad Social de

Largo Plazo conforme a liquidación emitida por la GPS en la fecha de pago, la GPS deberá emitir los CNA dentro del plazos (sic) *de un (1) día hábil administrativo computable a partir de la citada fecha. Si bien la GPS tiene la obligación de emitir los CNA para Empleadores y el plazo dispuesto por el Regulador para dicho proceso mediante circular y resolución es de un día hábil administrativo, por lo cual no puede establecer un plazo menor para la emisión tal cual sería una generación en línea; así también el mismo no puede desconocer que respecto al pago y acreditación de FPC existe norma de jerarquía mayor establecido mediante el Decreto Supremo N° 778 que en su artículo 14 establece que la GPS tiene la obligación de efectuar la acreditación de los FPCs, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, computables a partir de la fecha de pago, salvo que los FPC presente información errónea, incompleta o faltante.*

Asimismo es de conocimiento del Regulador que existe un plazo normado por esa misma instancia reguladora para que se efectué (sic) *la conciliación bancaria, referida a los pagos recepcionados en un mes y las transferencias de información, por lo cual el Regulador no puede pretender desconocer dichos plazos y establecer ahora que las AFPs otorgue* (sic) *un CNA sin haber siquiera recibido la confirmación de pago de la Entidad Recaudadora y/o verificado que los FPCs presentados presentan* (sic) *toda la información, y/o que producto de la acreditación se presenten nuevas deudas y el CNA sea utilizado por el Empleador como documento inhabilite cualquier otra obligación pendiente.*

Tampoco establece la posibilidad de la generación de liquidaciones con deuda presunta, las mismas que para su Efectivización deben seguir los procedimientos y plazos normados para los Formularios de Efectivizaclón de Mora y pagos, situación que en ninguna casuística establece un día.

i) <u>De la disposición transitoria de la resolución recurrida</u>:

Respecto a la disposición transitoria que señala: "las AFP deberán emitir el documento de No registro conforme el Anexo IV, para aquellos empleadores que no se encuentran registrados en la AFP en la que el CNA es solicitado, por lo tanto el proponente deberá presentar la documentación escrita de ambas AFP (Futuro de Bolivia AFP S.A. y BBVA Previsión AFP S.A) como indica a continuación: Cuando el Empleadores (sic) *tiene a sus dependientes registrados en una sola AFP, deberá presentar el CNA emitido por dicha Administradora y el Documento de No registró emitido por la otra AFP. Cuando el Empleador tiene a sus dependientes registrados en ambas AFP, deberá presentar los CNA emitidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP como por BBVA Previsión AFP. S.A. No es sujeto de contrataciones de Bienes y servicios para el Estado, el Empleador que presentare el documento de No registro de ambas AFP.*

En dicho párrafo nuevamente se cita el término proponente, que no ha sido definido en toda la Resolución que ahora se recurre, asimismo cita que el mismo deberá presentar la documentación escrita de ambas AFP, y no Indica a quien debe presentar las mismas y cuál es el objeto de efectuar lo señalado, s; lo que su Autoridad pretende, es normar la presentación de los documentos a las

entidades Contratantes, esto no debería estar inmerso en la presente Resolución, porque no es tuición de las AFPs dicha evaluación de documentación.

V. PETITORIO:

Por los argumentos esgrimidos por nuestra AFP, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra la Constitución Política del Estado y el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad en su condición de Director del procedimiento administrativo, se sirva REVOCAR la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551 -2013 de fecha 18 de junio de 2013, ajustando la misma a derecho conforme a los fundamentos esgrimidos en nuestro recurso…"

Mediante Auto de 26 de julio de 2013, notificado el 30 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos para que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, remita un informe técnico-legal respecto a los argumentos expuestos por en su Recurso de Revocatoria, en relación al Certificado de No Adeudo para Empresas Unipersonales sin dependientes, su emisión vía WEB y la imposibilidad de cumplir con el plazo establecido para el efecto, el cual fue atendido mediante nota FUT.APS.GALC 1809/2013 de 14 de agosto de 2013.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 10 de septiembre de 2013, pone a la vista el expediente para que la Administradora de Fondos de Pensiones, revise el mismo y formule alegatos que considere necesarios, el cual es atendido por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, mediante memorial presentado el 25 de septiembre de 2013, ratificando los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria y señalando los siguientes fundamentos de orden técnico-legal:

"(…)

a) ***De la autorización de uso de firma digital.-*** *Es imporante* (sic) *mencionar que su Autoridad ha omitido considerar en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013, las Disposiciones Generales del Reglamento a Ley N° 164, de fecha 8 de agosto de 2011,* ***"Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación sobre el desarrollo contenidos y aplicaciones de tecnologías de información y comunicación".*** *Dicho reglamento en su Capitulo* (sic) *I, Disposiciones Generales, señala "El presente Reglamento tiene por objeto regular el desarrollo de contenidos y aplicaciones de tecnologías de información y comunicación, la utilización de firmas digitales, el régimen de certificación digital, la autorización, regulación, fiscalización y control de las entidades que prestan el servicio de certificación digital, aspectos del gobierno electrónico, sofware libre, comercio electrónico y correo electrónico en el Estado Plurinacional de Bolivia"; y establece claramente el concepto de la Firma Digital, asi* (sic) *como, las obligaciones y responsabilidades que la misma conlleva, especificando los*

lineamientos para su utilización, que en todo caso son opuestos a la determinación de la Resolución que se recurre.

b) ***Objeto de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013.-*** *En nuestro recurso de revocatoria se expuso que en el objeto del articulo* (sic) *PRIMERO de la R.A. APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 "...**es complementar la normativa para la emisión de Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo"** (las negrillas son nuestras), claramente se **omite** la certificación de deudas al Sistema Integrado de Pensiones (SIP). Consideramos que no puede existir confusión u omisión, respecto al objeto de la Resolución Administrativa 551/2013, debido a que se entiende que la R.A. 551/2013 no se aplica a las certificaciones de deudas al Sistema Integrado de Pensiones (SIP), contradiciendo su considerando que dice "Que el articulo* (sic) *100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Publica de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones" (el subrayado es nuestro).*

c) ***Procedimiento para CNA.-*** *El procedimiento establecido en la R.A. APS/DPC/DJ/N° 551-2013 establece además el procedimiento de Registro de Empresas, cuando el mismo no se encuentran* (sic) *incluido en el objeto y titulo* (sic) *de la mencionada Resolución, por lo que consideramos que no se puede aplicarse* (sic) *un procedimiento de registro de empresas y emisión de Certificados de No Adeudo para contrataciones del Estado, en una misma Resolución Administrativa, mas* (sic) *aun cuando el titulo* (sic) *de la Resolución Administrativa lleva como titulo* (sic) *"COMPLEMENTA LA NORMATIVA PARA LA EMISIÓN DE CERTIFICADO DE NO ADEUDO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LARGO PLAZO". En este entendido, el registro de empresas debe ser establecido en forma separada, con el objeto de que en la misma se incluyan otros aspectos importantes que puedan aclarar la contradccion* (sic) *y confusión que existe, en cuanto a los términos Empleador y Empresa, mas* (sic) *aun cuando este ultimo* (sic) *no se encuentra descrito en la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010.*

d) ***Del Formulario de inscripción de Empresa Unipersonales*** (sic) ***sin Dependientes.-*** *Reiteramos nuevamente; la confusión que se genera con la creación del Formulario de inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes, debido a que la misma no se encuentra especificada en la normativa de la Seguridad Social a Largo Plazo. Por consiguiente, no se establece como funciones de la GPS, de acuerdo a Ley, la obligación de efectuar el registro y administración de empresas que no tienen dependientes.*

Por otro lado, es importante mencionar que el término Empresa Unipersonal sin dependientes no se encuentra definido en Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones — Definiciones Aplicables (Anexo Ley N° 065), ni en su normativa reglamentaria.

De la misma forma de acuerdo a lo mencionado en nuestro recurso de revocatoria en el ***FIEUD,*** *"Formulario de Inscripción Empresas Unipersonales sin Dependientes Sistema Integral de Pensiones", se incluye erróneamente el termino empresa* ***sin dependientes,*** *sin tomar debida cuenta, que la misma no se encuentra contemplada en ningún Régimen establecido en la Ley N° 065 de Pensiones de fecha 10 de diciembre de 2010, Art. 2 (Sistema Integral de Pensiones).*

Referente a los formatos, solicitamos se tome en cuenta las observaciones realizadas en nuestro Recurso de revocatoria, en cuanto a los campos del FIEUD, ***"Forma de Manejo de Correspondencia, "Domicilio legal del Empleador", "sello de la Empresa o Empleador",*** *debido a que resulta ilógico* (sic) *la utilización de los mismos, cuando el formulario lleva como nombre "Formulario de Inscripción Empresas Unipersonales sin Dependientes Sistema Integral de Pensiones", solo debe ser utilizado para las empresas y no así para los empleadores, los cuales si deben cumplir con todas las obligaciones respecto a la Seguridad Social de Largo Plazo, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Pensiones N° 065.*

Asimismo, es importante solicitar al Regulador, la aclaración con relación al plazo que se entiende existirá, de acuerdo al párrafo que indica" ***Los datos consignados en el presente Formulario tienen calidad de declaración jurada, en caso de alguna modificación respecto al número de dependientes la misma deberá ser comunicada de inmediato a la GPS",*** *(las negrillas y subrayado son nuestros), debido a que de la lectura que el Regulador puede realizar de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551/2013, no existe plazo alguno para dicha comunicación inmediata, por lo que es importante, se realice la aclaración correspondiente, para determinar y aplicar el tratamiento a seguir, de existir una modificación en cuanto a la declaración efectuada.*

e) De la vigencia de los CNA.- *En cuanto a la vigencia para CNA empresas Unipersonales, que se encuentran con vigencia indefinida, consideramos debe ser aclarada, debido a que la misma constituye en un acto discriminatorio para con los demás empleadores que tienen dependientes y hacen sus aportes a la Seguridad Social de Largo Plazo, vulnerando los principios establecidos por la Ley N° 045 "Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación".*

f) Del formato de los CNA por causíticas (sic)***.-*** *Como se podrá apreciar del* (sic) *la compulsa del Recurso de Revocatoria interpuesto por nuestra AFP, efectuamos un detalle de diversas casuísticas que solicitamos sean tomadas en cuenta, con relación al artículo cuarto (Formato de respuesta a solicitudes de CNA por casuística).* ***Formato de CNA para Empleadores Registrados sin deuda, nota para Empleadores registrados que tienen deuda Nota para Empleadores No registrados en la Administradora a la que solicitan*** *el* ***CNA,*** *en nuestras observaciones se señalaron inconsistencias, contradicciones y omisiones, que se cometieron a procesos ya establecidos por el mismo Regulador, los cuales solicitamos sean subsanadas a la brevedad posible, con el fin de que los mismos no generen confusiones y omisiones que puedan conllevar al incumplimiento de la normativa.*

g) ***Del CNA para empresas unipersonales sin dependientes.-*** *Es necesario aclarar al Regulador, que existen procesos operativos que deben efectuarse para registrar un empleador en nuestra base de datos, mismos que no están siendo considerados, los cuales fueron señalados en nuestra nota FUT.APS.GALC.1809/2013, donde se menciono* (sic) *el proceso operativo para el registro de un Empleador.*

h) ***De la emisión de CNA vía WEB.-*** *El Regulador debe tomar en cuenta lo manifestado con relación a que la integridad de la información sobre la emisión de los CNA no es viable por WEB, por los procedimientos a los cuales se deben recurrir para generar la información a solicitud del proponente, los cuales han sido descritos en nuestra nota FUT.APS.GALC. 1809/2013, en el cual se describió las validaciones que se deben realizar para contar con una información correcta, situación que no puede ser realizada o determinada con un ingreso vía WEB, creando la posibilidad de generar información errada e inconsistente que no pueda ser contrastada en ese mismo momento de su generación con el asesoramiento oportuno, para dar una respuesta completa al empleador, en cuanto a lo que requiere para la regularización de sus deudas.*

Asimismo, no se encuentra establecido en la R.A. APS/DPC/DJ/N° 551-2013, las verificaciones que se realizan en cuanto al caso de empleadores 1-1 (Un expediene (sic)*, Una Regional), en caso de empleadores 1-n (Un expediente, varias Regionales), y las verificaciones que actualmente se realizan con una solicitud realizada en nuestras oficinas regionales, por lo que reitramos* (sic) *nuevamente que estas validaciones, son necesarias realizarlas previamente a la generación de un CNA, y que esta situación que no será* (sic) *posible en la emisión en línea* (sic)*. Por otro lado en la R.A. APS/DPC/DJ/N° 551-2013, no existe la posiblidad* (sic) *de retroalimentacion* (sic) *y/o asedoramiento* (sic) *para explicar el por que* (sic) *se origina la mora, y los descargos que podría presentar o que el mismo pueda informar a la AFP si presento* (sic) *descargo u otros, para lo cual el empleador necesariamente debe apersonarse a nuestras oficinas, retrasando aun mas* (sic) *el tiempo para la regualrizacion* (sic) *de su deuda, o en su caso para la emisión del CNA.*

i) ***Del pago de la mora para la obtención del CNA.-*** *Solicitamos al Regulador se consideren los plazos normados por esa misma instancia reguladora, para que se efectúen las conciliaciones bancarias, referida a los pagos recepcionados en un mes y las transferencias de información, por lo cual el Regulador no debe desconocer dichos plazos, de la misma forma, la R.A. APS/DPC/DJ/N° 551-2013, no considera, la posibilidad de la generación de liquidaciones con deuda presunta, las mismas que para su Efectivización deben seguir los procedimientos y plazos normados para los Formularios de Efectivización de Mora y pagos.*

j) ***Liquidación vía Web.-*** *Es importante que el Regulador tome en cuenta, la importancia que conlleva, el informar al empleador, en el momento en que recepciona la nota de respuesta* ***"nota para Empleadores registrados que tienen***

deuda", *el motivo por el cual se genera la mora y la forma de regularización, situación que no podrá llevarse a cabo en una emisión en línea.*

k) ***<u>De la acreditación del pago.-</u>*** *Sin perjuicio de la liquidación que haga la AFP, para que el empleador proceda al pago de la mora al SSO y/o SIP, su Autoridad no puede dejar de lado el hecho de que éste pago, necesarianete* (sic) *debe ser confirmado a través de la entidad finenciera* (sic) *que efectuño* (sic) *la recuadación* (sic), *por lo que ratificamos l oexpresado* (sic) *en nuestra nota FUT.APS.GALC.1809/2013 de fecha 14 de agosto de 2013, en la cuyal* (sic) *detallamso* (sic) *el proceso y los días que se requieren patra* (sic) *la confirmación y posterior acreditación de un pago.*

Por los alegatos ahora esgrimidos por nuestra AFP y considerandos los fundamentos de nuestro recurso, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra la Constitución Política del Estado y el artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, nuevamente solicito a su Autoridad en su condición de Director del procedimiento administrativo, se sirva REVOCAR la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551 -2013 de fecha 18 de junio de 2013, ajustando la misma a derecho…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 DE 15 DE OCTUBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, quedando redactada la parte resolutiva de la siguiente manera:*

"***PRIMERO.- (OBJETO).*** *El objeto de la presente Resolución Administrativa, es complementar la normativa para la respuesta que emitirá la GPS ante una solicitud de Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo.*

SEGUNDO.- (FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES). *Las empresas unipersonales que no tengan dependientes podrán registrarse en la GPS declarando esta situación, haciendo uso del Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes - FIEUD cuyo formato está definido en el* ***Anexo I****, el mismo que tendrá calidad de declaración jurada.*

El FIEUD deberá estar a disposición de todas las personas en las oficinas de la GPS, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.

TERCERO.- (VIGENCIA). *I. La vigencia de cada CNA así como del Documento de No Registro señalado en la Disposición Transitoria de la presente norma, será hasta el último día calendario del mes de su emisión.*

II. La vigencia del CNA emitido para Empresas Unipersonales sin Dependientes será hasta el último día calendario del tercer mes computable a partir de su fecha de emisión, siendo responsabilidad de la empresa, la actualización de sus datos en relación a la existencia de dependientes.

CUARTO.- (FORMATO DE RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA POR CASUÍSTICA). *La GPS deberá responder a las solicitudes de Certificado de No Adeudo (CNA), emitiendo cualquiera de los documentos que se detallan a continuación, conforme a la casuística respectiva:*

I. CNA para Empleadores registrados que no tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo, conforme al formato establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°047-2011.
*II. Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo (**Anexo II**).*
*III. CNA para Empresas Unipersonales sin Dependientes (**Anexo III**).*

QUINTO.- (CNA PARA EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES). *I. La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (GPS), deberá emitir los CNA conforme al punto III. de la disposición CUARTA anterior, a aquellas Empresas Unipersonales sin Dependientes que se encuentren registradas en la GPS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de su solicitud.*

II. La Empresa Unipersonal sin Dependientes que se inscriba a la GPS haciendo uso del FIEUD, podrá solicitar su CNA a partir del segundo día hábil administrativo posterior a dicha inscripción.

SEXTO.- (CNA PARA EMPLEADORES NUEVOS). *El Empleador que se inscriba a la GPS haciendo uso del FIE, podrá solicitar su CNA a partir del segundo (2) día hábil administrativo posterior a dicha inscripción.*

SÉPTIMO.- (RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA VÍA WEB). *I. La GPS deberá desarrollar un sistema de respuesta a las solicitudes de Certificados de No Adeudo, mediante el cual las empresas podrán generar los impresos de "Certificados de No Adeudo", la "Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo", el "CNA para Empresas Unipersonales sin Dependientes" y el "Documento de No Registro", emitidos por la GPS a través del Sitio Web de la misma.*

II. Dicho sistema de generación de respuesta en línea deberá estar publicado en un lugar visible del Sitio Web de la GPS con las restricciones y seguridades correspondientes, dentro del plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.

III. Las respuestas a CNA emitidas en línea por la GPS deberán mantener un registro de control dentro de la "Base de Datos de CNA emitidos" de forma inmediata a la generación en línea de dicha respuesta.

IV. Se instruye a la GPS el uso de la firma digitalizada para todas las respuestas a solicitudes de Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo responsabilidad de la misma implementar las medidas de seguridad de autenticación y verificación que correspondan, siendo obligatorias las siguientes:

1. *El uso de identificadores y claves individuales para el acceso de los Empleadores y/o Empresas Unipersonales sin Dependientes.*
2. *La incorporación de códigos de verificación hash (MD5 y/o SHA-256) en la impresión de todas las respuestas a solicitudes de Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo implementando pantallas que permitan a la empresa el verificar en línea la información y el contenido de los Certificados emitidos.*
3. *El uso de códigos de barra bidimensionales (QR) para la verificación en línea de la información y el contenido de las respuestas emitidas ante una solicitud de CNA.*
4. *Contar con certificados SSL en el sitio Web de la GPS (dirección **https://**) que permitan la autenticación del origen de los Certificados emitidos, debiendo la GPS tomar las previsiones necesarias para que dichos certificados SSL no sufran interrupciones o cortes que afecten el servicio de Autenticación y Encriptación.*

Las medidas de seguridad señaladas precedentemente, deberán ser implementadas como máximo hasta el 13 de diciembre de 2013.

V. Es obligación de la GPS, implementar todas las medidas de seguridad que correspondan a fin de evitar que un Empleador registrado pueda acceder a un Documento de No Registro.

OCTAVO.- (COMUNICACIÓN MASIVA). *I. Se instruye a las GPS, efectuar al menos dos (2) publicaciones mensuales en los meses de julio y diciembre de cada gestión en día domingo, en medios escritos de circulación nacional, considerando lo establecido en la presente Resolución Administrativa.*

II. Vencido el plazo determinado por el parágrafo II. del artículo precedente, la GPS deberá efectuar dos (2) publicaciones seguidas el primer y segundo domingo inmediatamente posteriores a dicho vencimiento, las mismas que reemplazarán a las correspondientes a diciembre de 2013.

NOVENO.- (PAGO DE MORA PARA OBTENCIÓN DE CNA). *I. Para aquellos Empleadores que con el objeto de obtener un CNA efectúen el pago total de las Contribuciones que tuviesen en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, conforme a la Liquidación de Mora emitida por la GPS en la fecha de pago, la GPS deberá emitir el CNA dentro del plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de la presentación de la solicitud formal por parte del Empleador.*

II. Para tal efecto, el Empleador deberá presentar su solicitud formal a más tardar hasta el día siguiente de efectuado el pago, adjuntando a la misma la copia

original con ***todos los datos y los sellos correspondientes legibles*** *del Formulario de Pago de Contribuciones y de la Liquidación de Mora (con la identificación del funcionario de la GPS que firmó la misma y que estampó el sello de conformidad para el pago), cuya información respecto a la fecha de pago y al monto pagado deberá ser coincidente, siendo responsabilidad de la GPS la verificación de éstos datos, tanto en los documentos presentados por el Empleador como en su base de datos de cobranza (monto a pagar).*

III. La GPS deberá archivar en el expediente del Empleador, una copia fotostática de la documentación presentada por éste como constancia de pago y la Liquidación de Mora correspondiente a dicho pago, devolviendo al Empleador su constancia original.

IV. De acuerdo a la fecha de pago, de forma oportuna la GPS deberá verificar que dicho pago haya ingresado a la Entidad Financiera. En caso de constatar que el monto no ingresó, deberá denunciar éste hecho al Ministerio Público.

DÉCIMO.- (DISPOSICIÓN TRANSITORIA). *I. De forma transitoria, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deberán emitir el Documento de No Registro conforme al* ***Anexo IV****, para aquellos Empleadores que no se encuentran registrados en la AFP en la que el CNA es solicitado, por lo tanto, el Proponente* ***deberá presentar a la entidad Estatal contratante la documentación escrita de ambas AFP*** *(Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A.) como se indica a continuación:*

- *Cuando el Empleador tiene a sus dependientes registrados en una sola AFP, deberá presentar el CNA emitido por dicha Administradora y el documento de No Registro emitido por la otra AFP.*

- *Cuando el Empleador tiene a sus dependientes registrados en ambas AFP, deberá presentar los CNA emitidos tanto por Futuro de Bolivia S.A. AFP como por BBVA Previsión AFP S.A.*

- *No es sujeto de contrataciones de Bienes y Servicios para el Estado a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, el proponente que presentare el Documento de No Registro de ambas AFP."*

SEGUNDO.- *Se dispone la modificación del formato adjunto a la CIRCULAR: AP/DPC/CO/05-2011 de 01 de febrero de 2011, consignada a través de la Resolución Administrativa AP/DJ/N°047-2011 de 21 de febrero de 2011 y confirmada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°047-2011 de 01 de junio de 2011, conforme a lo siguiente:*

I. Se elimina la redacción del último punto que señalaba:
"…

- *A la fecha de emisión del presente certificado el último periodo de cotización acreditado corresponde al periodo de cotización <Mes, Año> …"*

II. Se inserta el siguiente texto:

"…

- *El presente documento tiene vigencia hasta el <día>de<mes>del<año> (hasta el último día del mes de su emisión)."*

TERCERO.- *Se dispone la modificación del Anexo 1 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013, debiendo considerarse para su aplicación el ANEXO 1 de la presente Resolución Administrativa.*

CUARTO.- *Se dispone que para una mejor aplicación de la Circular AP/DPC/CO/05-2011 elevada a Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047-2011 de 21 de febrero de 2011 y confirmada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°047-2011 de 01 de junio de 2011, en lo que corresponde a los casos en que se evidencie que la persona jurídica solicitante presente adeudos, se emita respuesta conforme al formato establecido en el Anexo II de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013, debiendo insertar en la Liquidación de Mora que se adjuntará a dicha respuesta, la siguiente leyenda en marca de agua: "NO VÁLIDA PARA PAGOS".*

Igualmente se modifica el Anexo II de la Resolución Administrativa recurrida en lo que corresponde al siguiente párrafo:

"Asimismo, tenemos a bien adjuntar a la presente la Liquidación de Mora actualizada al <día>de<mes>del<año>, la misma que no es válida a efectos de pago."

QUINTO.- *Se dispone que en el ANEXO IV "FORMATO "NOTA PARA EMPLEADORES NO REGISTRADOS EN LA ADMINISTRADORA A LA QUE SOLICITAN EL CNA" de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013, la Referencia de la nota debe decir:*

"Referencia: ***Empresa no registrada en la <Nombre de la AFP>.****"*

Asimismo, se dispone la modificación del título del citado anexo, conforme al siguiente texto:

"FORMATO "DOCUMENTO DE NO REGISTRO""

SEXTO.- *La presente Resolución Administrativa es de atención y cumplimiento obligatorio en todos sus extremos, por las entidades reguladas.*

SÉPTIMO.- *Se dispone que la presente Resolución Administrativa sea notificada a BBVA Previsión AFP S.A., para los fines consiguientes de ley…"*

Los argumentos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013 de 15 de octubre de 2013, son los siguientes:

"…Al respecto, es importante aclarar que el objeto de la firma digital señalada en el artículo SEXTO de la R.A.551-2013, es precisamente el señalado por la AFP en su

Recurso de Revocatoria, es decir: "… permite al receptor de un mensaje firmado digitalmente determinar la entidad originadora de dicho mensaje… permite identificar al propietario de la firma y comprobar que los datos no han sido falsificados."

Bajo este contexto, dicho mecanismo criptográfico otorgará seguridad respecto al documento, permitiendo determinar la entidad originadora del mismo y confirmando que el contenido no ha sido alterado desde que fue firmado por el originador.

Sin perjuicio a lo citado, a objeto de aclarar los términos técnicos usados en la Resolución Administrativa recurrida, corresponde ***modificar*** *la misma, reemplazando el término "firma digital" por "certificados SSL", mismos que permitan autentificar el lugar de origen (sitio Web de la GPS) y emisión de la documentación e información generada en respuesta a solicitudes de CNA y su verificación.*

Asimismo, se establece el uso de la firma digitalizada con el objeto de que las respuestas a CNA emitidas vía Web, tengan el mismo formato que las emitidas en las oficinas de la GPS (transitoriamente las AFP).

Con respecto a la legislación que permite la firma digital, corresponde remitirse en primera instancia a la Constitución Política del Estado, la cual en su artículo 103 establece que el Estado asumirá como política la implementación de estrategias para incorporar el conocimiento y aplicación de nuevas tecnologías de información y comunicación.

En segunda instancia, la Ley No. 164 de 08 de agosto de 2011, Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación, define a la Firma Digital, como aquella que identifica únicamente a su titular, creada por métodos que se encuentren bajo el absoluto y exclusivo control de su titular, susceptible de verificación y está vinculada a los datos del documento digital de modo que cualquier modificación de los mismos ponga en evidencia su alteración.

Asimismo, la señalada Ley sobre la validez de la firma digital establece que, tiene validez jurídica y probatoria del acto jurídico realizado por persona natural o jurídica en documento digital y aprobado por las partes a través de firma digital, celebrado por medio electrónico.

Por otro lado, es importante recordar al regulado sobre la importancia que tiene el uso de la firma digital, como es el acreditar la identidad del titular de la firma digital que consta en el documento confirmando que fue firmado con la clave privada; pues garantiza la integridad del documento firmado; garantiza que el titular de la firma digital no pueda repudiar o desconocer un documento emitido por él; otorga responsabilidad sobre los efectos jurídicos.

De lo expuesto anteriormente se tiene que, esta Autoridad al autorizar a la GPS (transitoriamente las AFP) la firma digital de los Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo (CNA) emitidos vía Web, no contraviene el

ordenamiento jurídico nacional, por el contrario responde a lo que la misma Constitución establece, es decir implementar tecnologías de información y comunicación hacia la sociedad misma. En el presente caso, se trata de ofrecer un servicio oportuno y fiable a aquellas empresas que participan en contrataciones de bienes y servicios con el Estado, que no tuvieran mora a la seguridad social de largo plazo y que requieran la extensión del CNA vía Web; para lo cual la GPS (transitoriamente las AFP) debe tomar todos los recaudos técnicos y seguridades respectivas para este propósito.

Que por otro lado Futuro de Bolivia S.A. AFP señala lo siguiente:

"b) <u>Del objeto de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013:</u> (…)

Al respecto, cabe señalar que la R.A.551-2013 complementa la norma que hasta entonces regía respecto a la emisión de los CNA, la misma que es emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS en el marco de sus funciones y atribuciones determinadas por la Ley de Pensiones, conforme a las diferentes casuísticas que, producto del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, se fueron presentando.

En este entendido, se tiene a bien aclarar lo siguiente:

a) El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones"

En este sentido, la norma emitida por esta Autoridad, tanto en el título como en el objeto, hace alusión a los Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo ***(CNA)****, considerando que la Seguridad Social de Largo Plazo abarca tanto el "****Seguro Social Obligatorio de largo plazo****", sistema aprobado mediante la Ley N°1732, de Pensiones, cuya fecha de inicio fue el 01 de mayo de 1997, como el "****Sistema Integral de Pensiones****" aprobado mediante la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.*

*Asimismo, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, define: "****Seguridad Social de Largo Plazo:*** *Refiere al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema Integral de Pensiones o a ambos según corresponda."*

Por lo tanto, lo señalado por la AFP en relación a que "…el Regulador omite la certificación de deudas al Sistema Integrado (sic) de Pensiones (SIP), como está establecido en la ley (sic) de Pensiones" carece de veracidad y relevancia considerando que una solicitud de CNA puede ser objeto de diferentes respuestas, entre ellas aquella que exprese la existencia de deuda y el No Registro de empresas en la GPS (AFP).

b) En relación a lo señalado por la AFP, respecto a que dentro de la normativa complementaria para los CNA se pretendería normar procedimiento de Registro de Empresas y que dicha situación no estaría incluida en el objeto y título de la mencionada Resolución, es importante señalar que producto de la aplicación del artículo 100 de la Ley de Pensiones, se pudo evidenciar casos de empresas unipersonales que no tienen dependientes; por lo tanto no se constituyen en "Empleador", conforme a la definición de Empleador citada en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, que señalada "Empleador: Es la persona natural o jurídica, público o privada, nacional o extranjera, que contrata a una o más personas bajo relación de dependencia laboral, de acuerdo s (sic) *disposiciones legales vigentes".*

En este sentido, las Empresas Unipersonales sin Dependientes están exentas de las obligaciones determinadas por el artículo 91 de la citada Ley, las cuales se detallan a continuación:

"a. Actuar como agente de retención y pagar:

i. El Aporte del Asegurado, el Aporte Solidario del Asegurado, la Prima por Riesgo Común y la Comisión, deducidos del Total Ganado de los Asegurados bajo su dependencia laboral.

ii. El Aporte Nacional Solidario hasta el monto del Total Ganado que corresponda al Asegurado bajo su dependencia laboral.

iii. Las contribuciones a favor de terceros de sus dependientes, cuando así corresponda.

b. Pagar con sus propios recursos, la Prima por Riesgo Profesional de sus dependientes y el Aporte Patronal Solidario.

c. Presentar las declaraciones de pago y la documentación de respaldo.

Los pagos señalados en el parágrafo anterior deberán realizarse en los plazos establecidos en la presente Ley."

Sin perjuicio a lo citado, conforme a lo determinado por el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, ***el Proponente*** *deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (Transitoriamente las AFP).*

Al respecto, el inciso hh) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, define al Proponente como: "Persona natural o jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización."

Por lo tanto, la citada obligación es para todo aquel Proponente que participa en un proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado y no sólo para los que tienen calidad de Empleadores.

En este sentido, considerando la importancia que tiene para cualquier Proponente el cumplimiento de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios así como de la obligación dispuesta por el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

– APS, dentro del marco de sus funciones y atribuciones determinadas por la citada Ley, complementa la normativa referida a los CNA, disponiendo la obligación de registro de las Empresas Unipersonales sin Dependientes, las mismas que se inscriben a la Gestora haciendo uso del "Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes" ***(FIEUD)****, como un prerrequisito para la obtención del CNA.*

Asimismo, lo señalado precedentemente permite desvirtuar la afirmación de Futuro de Bolivia S.A. AFP en relación a que la Resolución Administrativa recurrida "Es contradictoria y confunde los conceptos de la Ley de Pensiones", siendo clara la diferencia entre Empleador y Empresa, encajando ambos en la definición de Proponente señalada en el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009.

Que por otro lado, en su Recurso de Revocatoria Futuro de Bolivia S.A. AFP señala lo siguiente:

"***c) <u>Del Formulario de inscripción de Empresas Unipersonales con Dependientes:</u>*** (…)

*Al respecto, es importante aclarar que si bien la normativa de la Seguridad Social de Largo Plazo, está establecida para Asegurados y Empleadores, esto no significa que normar respecto al "Registro de Empresas Unipersonales sin Dependientes" sea contraria a la misma, en razón a que la propia Ley de Pensiones al señalar que, "****Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente*** *deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo…" (las negrillas son nuestras), comprende implícitamente a todo aquel que participa en un proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado.*

En lo que respecta a las demás observaciones relativas al formato de Formulario FIEUD, esta Autoridad considera su ajuste y modificación.

Que asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso de Revocatoria expresa lo siguiente:

"d) <u>De la vigencia de los CNA:</u> (…)

En relación a lo señalado por la AFP sobre la respuesta a Empleadores con mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, la norma no establece una vigencia para la misma.

Por otro lado, para aquella empresa que cuente con un Documento de No Registro y posteriormente se inscriba como Empleador en la GPS y solicite un CNA en fecha posterior a dicha inscripción, este último, implícitamente dejará sin efecto el solicitado en fecha anterior a la inscripción.

Asimismo, el hecho de que un Certificado se encuentre vigente no es un óbice para que las empresas y los Empleadores puedan solicitar cuantas certificaciones precisen dentro del mismo periodo (…)

…corresponde aclarar lo siguiente:

- *La calidad de Empresa Unipersonal sin Dependientes es indefinida hasta el momento en que ésta adquiere la condición de Empleador.*

  Sin embargo, considerando que una vez que la empresa adquiera la condición de Empleador, asume las obligaciones y responsabilidades determinadas por la Ley de Pensiones y sus Decretos Reglamentarios. En este sentido, corresponde se ajuste la norma, ***modificando*** *el parágrafo II del Resuelve TERCERO de la Resolución Administrativa recurrida.*

- *La Ley de Pensiones establece la obligación de presentación de la Certificación emitida por la Gestora a todo Proponente para la contratación de Bienes y Servicios del Estado; en este sentido, la misma no se encuentra limitada sólo a Empleadores.*

- *Determinar la vigencia de los CNA para empresas Unipersonales diferente a la de los CNA para otras casuísticas no se constituye en un acto discriminatorio y mucho menos vulnera los principios establecidos por la Ley N° 045 "Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación", los cuales se detallan a continuación:*

  "(…)

  a) Interculturalidad. *Entendida como la* ***interacción entre las culturas****, que se constituye en instrumento para la cohesión y convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones para la construcción de relaciones de igualdad y equidad de manera respetuosa.*

  b) Igualdad. *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho. El Estado promoverá las condiciones necesarias para lograr la igualdad real y efectiva adoptando medidas y políticas de acción afirmativa y/o diferenciada que valoren la diversidad, con el objetivo de lograr equidad y justicia social, garantizando condiciones equitativas específicas para el goce y ejercicio de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política del Estado, leyes nacionales y normativa internacional de Derechos Humanos.*

  c) Equidad. *Entendida como el reconocimiento a la diferencia y el valor social equitativo de las personas para alcanzar la justicia social y el ejercicio pleno de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.*

  d) Protección. *Todos los seres humanos tienen derecho a igual protección contra el racismo y toda forma de discriminación, de manera efectiva y oportuna en sede administrativa y/o jurisdiccional, que implique una reparación o satisfacción justa y adecuada por cualquier daño sufrido como consecuencia del acto racista y/o discriminatorio."*

Asimismo, a continuación se transcribe la definición de "discriminación" establecida por la Ley N° 045 de 08 de octubre de 2010.

"***Discriminación.*** *Se define como "discriminación" a toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual e identidad de géneros, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica, social o de salud, profesión, ocupación u oficio, grado de instrucción, capacidades diferentes y/o discapacidad física, intelectual o sensorial, estado de embarazo, procedencia, apariencia física, vestimenta, apellido u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la* ***Constitución Política del Estado*** *y el derecho internacional. No se considerará discriminación a las medidas de acción afirmativa"* (…)

…en relación a que: "Respecto al Formato de CNA para Empleadores Registrados sin deuda establecidos, nuevamente el Regulador omite normar el formato para aquellos Empleadores que hubiesen sido recientemente registrados como Empleador; y no registrasen pagos debido a que considerando la fecha de inicio de actividades están dentro de los plazos legales de pago, por lo cual la AFP no puede reportar el último periodo acreditado, debido a que aún no existen pagos, asimismo en el mencionado formato omiten (sic) *establecer que existen acreditaciones distintas para la Contribución y el FSOL, por lo que deberían registrarse ambos campos.". Al respecto, corresponde* ***modificar*** *el formato adjunto a la CIRCULAR: AP/DPC/CO/05-2011 de 01 de febrero de 2011 consignada a través de la Resolución Administrativa AP/DJ/N°047-2011 de 21 de febrero de 2011 y confirmada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°047-2011 de 01 de junio de 2011, eliminando el siguiente párrafo:*

"(…)

- *A la fecha de emisión del presente certificado el último periodo de cotización acreditado corresponde al periodo de cotización <Mes, Año>…"*

Lo señalado precedentemente, tiene respaldo en los siguientes puntos:

- *La información respecto al último periodo de cotización acreditado no tiene mayor relevancia para la Entidad Estatal contratante.*

- *Se ha determinado un tiempo de vigencia para los CNA.*

Respecto a la nota para Empleadores registrados que tienen deuda, es importante aclarar los siguientes aspectos:

- *El artículo 1 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, señala que: "****Seguridad Social de Largo Plazo:*** *Refiere al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema Integral de Pensiones o a ambos según corresponda".*

En este sentido, conforme a la definición citada, Seguridad Social de Largo Plazo no refiere a las deudas cuya información corresponde al Sistema de Reparto.

Por lo tanto, lo señalado por la AFP en relación a que: "i. No puede señalarse Deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo, debido a que nuevamente se reitera que el artículo 100 de la Ley de Pensiones N° 065, solo está referida a : "adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones", es decir información que mantiene la AFP, caso contrario es abarcar las deudas por obligaciones a la Seguridad Social que mantiene el SENASIR, situación que no corresponde, no cuenta la AFP y no están enmarcadas en la norma señalada." carece de veracidad y relevancia.

- *El inciso hh) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, define al Proponente como: "Persona natural o jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización."*
  Por lo tanto, lo señalado por la AFP en relación a que: "ii. Consignan una denominación "Empresa proponente", cuya definición u otro, no es establecida en toda Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551/2013." carece de relevancia en razón a que la definición de Proponente se encuentra establecida en el citado Decreto Supremo.

- *La AFP señala que: "iii. Dicho formato omite lo establecido en la Circular AP/DPC/CO/05-2011 de fecha 1 de febrero de 2011, emitida por el mismo Regulador, que indica que: "En el caso que se evidencie que la persona Jurídica presenta adeudos... debe comunicar el estado en el que se encuentra la Gestión de Cobro, así como las acciones a las que se encuentra sujeto el Empleador de acuerdo al título IV de la ley (sic) N° 065 de Pensiones. El Anexo II en el formato enviado omite las instrucciones dispuestas en la mencionada circular, razón por la que debe establecer que la circular ha sido modificada y/o que no es necesario informar las acciones a las que se encuentra sujeto el Empleador.". Al respecto, esta Autoridad considera conveniente **modificar** la norma correspondiente a los CNA.*

Respecto al Anexo III, referido a CNA para Empresas Unipersonales sin Dependientes, es importante aclarar que el formato señala lo siguiente: "De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente, ***<Nombre de la AFP*>*** *certifica que la empresa unipersonal <****Nombre de la Empresa Unipersonal>*** *con* ***<Tipo de Identificación> <No. de Identificación>****, se encuentra registrada en esta AFP* sin dependientes, por lo tanto no presenta mora a la Seguridad Social de Largo Plazo.". En este sentido, el contenido de la misma señala claramente que la empresa que solicita el CNA se encuentra registrada en la AFP sin dependientes, por lo tanto no presenta mora a la Seguridad Social de Largo Plazo.*

*Asimismo, si bien la referencia de la nota señala: "****Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo – empresa unipersonal sin dependientes****", la misma*

no podría ser modificada debido a que ocasionaría confusión a la entidad estatal contratante a la cual se presente el citado documento.

Respecto al Anexo IV, "Nota para Empleadores no registrados en la Administradora a la que solicitan el CNA", sobre el cual Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "…este formato no está establecido en el Artículo cuarto de Formato de Respuesta a solicitudes de CNA por casuística, lo que evidencia una vez más que esta resolución presenta errores…", es importante aclarar a la Administradora que dicho formato no fue incluido en el citado artículo por tratarse de una casuística transitoria, la misma que será de cumplimiento obligatorio por ambas AFP mientras dure el periodo de transición al que hace mención el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

Igualmente, es importante aclarar que el CNA, conforme determina la Ley de Pensiones, corresponde a una certificación emitida por la Gestora, es decir por una sola entidad que administre los Fondos de Pensiones y la Seguridad Social de Largo Plazo.

En este sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante el artículo NOVENO.- (DISPOSICIÓN TRANSITORIA) de la R.A.551-2013, dispone la obligación de las AFP para la emisión de dicho documento.

*En relación a lo señalado por la AFP, respecto a que "…el regulador extralimita la norma, debido a que ninguna AFP podrá certificar mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, debido a que debería incluir la información del SENASIR", corresponde aclarar que el artículo 1 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, señala que: "**Seguridad Social de Largo Plazo:** Refiere al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema Integral de Pensiones o a ambos según corresponda".*

*Respecto a la redacción utilizada en el mismo, la AFP señala que: "4. La redacción efectuada, da entender que la nota será entendida como un certificado de no adeudo?, es necesario la utilización de los signos de puntuación y comas de forma correcta.", se aclara que la nota dice expresamente: "…debe presentar a la entidad contratante, **tanto** la presente nota como un Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo emitido por **<Nombre de la otra AFP>**" (Las negrillas y el subrayado son nuestros).*

En este sentido, se puede evidenciar que la interpretación de la AFP es errada, por lo que no corresponde.

*En relación a que: "No obstante lo anterior también se observa que una AFP, no puede determinar que una persona jurídica sea o no sujeto a contratación, si presenta certificación de no Adeudo de la otra AFP, debido a que existe norma específica de contrataciones dispuesta en el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS).", es importante aclarar que la nota señala textualmente que "Por tanto, para que la empresa <**Nombre de la Persona Jurídica>** sea sujeto de Contrataciones*

del Estado ***a efectos del artículo 100 (CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones****", por lo tanto, la GPS (transitoriamente las AFP) sólo certificará en cuanto a lo que a la Seguridad Social de Largo Plazo concierne, dentro de sus funciones y atribuciones.*

Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "Respecto al artículo Quinto (CNA para empresas unipersonales sin dependientes) que establece: "I. La GPS deberá emitir los CNA conforme al punto 3. de la disposición cuarta anterior a aquellas empresas unipersonales que se hubieren registrado haciendo uso del formulario de inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes, en el plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de su solicitud. II. La empresa unipersonal sin dependientes podrá solicitar su CNA al día siguiente de efectuada su inscripción en la GPS.

Es necesario aclarar al Regulador, que existen procesos operativos que deben efectuarse para registrar un empleador en nuestra base de datos, mismos que no están siendo considerados, así también nuevamente confunde a una empresa que no tiene condición de empleador, no puede otorgarse una certificación de no adeudo."

Al respecto, mediante Auto de 26 de julio de 2013, se instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP la remisión de información complementaria en relación a los procesos operativos señalados en su Recurso de Revocatoria (…)

En este sentido, conforme al proceso operativo descrito por la AFP y considerando que con una prudencial ampliación no se ocasionaría mayor perjuicio a la empresa que requiere el CNA, por lo que corresponde ***ampliar*** *el mismo.*

Asimismo, corresponde aclarar que en el caso de un Empleador que se inscriba a la GPS (transitoriamente las AFP) Haciendo uso del Formulario de Inscripción del Empleador – FIE, el mismo estará habilitado para solicitar un CNA a partir del segundo (2) día hábil administrativo posterior a dicha inscripción.

Bajo este contexto, lo señalado precedentemente será considerado en la presente Resolución Administrativa (…)

Al respecto, corresponde aclarar que esos "procedimientos que se han establecido para generar la información a solicitud del proponente" son parte de los mecanismos de seguridad que la GPS (transitoriamente las AFP) debe implementar conforme al parágrafo IV. del citado Artículo, el mismo que corresponde sea modificado conforme a lo siguiente:

> ***"SÉPTIMO.- (RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA VÍA WEB).*** *I. La GPS deberá desarrollar un sistema de respuesta a las solicitudes de Certificados de No Adeudo, mediante el cual las empresas podrán generar los impresos de "Certificados de No Adeudo", la "Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo", el "CNA para empresas*

unipersonales sin dependientes" y la "nota de No Registro", emitidos por la GPS a través del Sitio Web de la misma.

II. Dicho sistema de generación de CNA en línea deberá estar publicado en un lugar visible del Sitio Web de la GPS con las restricciones y seguridades correspondientes, dentro del plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.

III. Las respuestas a CNA emitidas en línea por la GPS deberán mantener un registro de control dentro de la "Base de Datos de CNA emitidos" de forma inmediata a la generación en línea de dicha respuesta.

IV. Se instruye a la GPS el uso de la firma digitalizada para todas las respuestas a solicitudes de Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo responsabilidad de la misma implementar las medidas de seguridad de autenticación y verificación que correspondan, siendo obligatorias las siguientes:

1. *El uso de identificadores y claves individuales para el acceso de los Empleadores registrados.*
2. *La incorporación de códigos de verificación hash (MD5 y/o SHA-256) en la impresión de todas las respuestas a solicitudes de Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo implementando pantallas que permitan a la empresa el verificar en línea la información y el contenido de los Certificados emitidos.*
3. *El uso de códigos de barra bidimensionales (QR) para la verificación en línea de la información y el contenido de las respuestas emitidas ante una solicitud de CNA.*
4. *Contar con certificados SSL en el sitio web de la GPS (dirección **https://**) que permitan la autenticación del origen de los Certificados emitidos, debiendo la GPS tomar las previsiones necesarias para que dichos certificados SSL no sufran interrupciones o cortes que afecten el servicio de Autenticación y Encriptación.*

Las medidas de seguridad señaladas precedentemente, deberán ser aplicadas dentro de plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa Confirmatoria.

V. Es obligación de la GPS, implementar todas las medidas de seguridad que correspondan a fin de evitar que un Empleador registrado pueda acceder a una nota de No Registro."

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "b. El regulador no ha considerado que los servicios WEB, son establecidos para Empleadores, no existe forma de generar la información para empresas no registradas, debido a que existen criterios de autentificación de ingreso a las herramientas a través de números de PIN, situación que no puede ser habilitada para ese tipo de empresas.".

En relación a lo citado, es importante aclarar que el servicio que otorgue la GPS (transitoriamente las AFP) a través de su sitio Web debe estar abierto en primera instancia a toda aquella empresa que desee un CNA, la misma que mediante su NIT accederá a dos posibilidades:

1. *En caso de que el sistema de la AFP identifique al NIT como no registrado, derivará la opción directamente a un Documento de No Registro.*
2. *En el caso de que el NIT sea identificado como registrado en la AFP, el sistema deberá exigir la inserción del PIN.*

Para tal efecto, es importante que las AFP tomen las medidas que correspondan a fin de evitar que un Empleador registrado pueda acceder a una nota de No Registro.

Por otro lado, la AFP señala que: "c. La emisión de un CNA es un proceso que debe ser verificado por la AFP, debido a que puede afectar el interés legal de un Empleador, por lo que previa emisión y en el plazo establecido por su Autoridad de un (1) día hábil se efectúan validaciones que no pueden ser efectuadas en línea."

Al respecto, mediante Auto de 26 de julio de 2013, se instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP la remisión de información complementaria en relación a los procesos operativos señalados en su Recurso de Revocatoria.

Con nota FUT.APS.GALC 1809/2013 de 14 de agosto de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala lo siguiente:

> *"2. De acuerdo con lo mencionado en nuestro Recurso de Revocatoria, en el cual mencionamos que:*
>
> > *"c. La emisión de un CNA es un proceso que debe ser verificado por la AFP, debido a que puede afectar el interés legal de un Empleador, por lo que previa emisión y en el plazo establecido por su Autoridad de un (1) día hábil se efectúan validaciones que no pueden ser efectuadas en línea"*
> >
> > *Al respecto, previa emisión de los Certificados de No Adeudo se realizan validaciones que están enfocadas a contar con la información correcta y dentro los plazos establecidos en normativa vigente verificando si existe documentación de descargo que pudo presentar el Empleador en las distintas Regionales o áreas, los cuales a nivel enunciativo y no limitativo son los siguientes:*
> >
> > *a) En caso de empleadores 1-1 (Un expediente, Una Regional), se verifica el detalle de pagos efectuados, la correcta identificación de mora (considerando pagos, reacreditaciones, FDNIR, que pudieron ser presentados)*
> >
> > *b) En caso de empleadores I-n (Un expediente, varias Regionales) El proceso se inicia en la sucursal donde se recibe la solicitud, quien procede a la*

verificación obligatoria, de cuáles son las sucursales que se relacionan al número de identificación del Empleador que origina el requerimiento, esto con el fin de generar un solo CNA a nivel nacional de todas las sucursales en las que el empleador presenta registro, pagos y si corresponde mora, solicitando en el día a cada una de nuestras regionales el cumplimiento de las validaciones efectuadas en el párrafo anterior, que influye en el resultado del CNA que se emitirá.

Conforme a lo citado precedentemente, su autoridad podrá evidenciar, que estas validaciones son necesarias para contar con la información correcta, completa y oportuna, la cual permite dar una respuesta certera al empleador, en cuanto a la información que requiere para la regularización de sus deudas, actualización de datos y otros. Situación que no será posible realizarla a través de la emisión en línea.

Sobre lo anterior, también es importante mencionar, que si el empleador tiene dudas u observaciones con relación al resultado del CNA con deuda por encontrarse en mora, no existirá la retroalimentación y/o asesoramiento para explicar el por qué se origina la mora, y los descargos que podría presentar o que él mismo pueda informar a la AFP si presentó descargo u otros, para lo cual el empleador necesariamente deberá apersonarse a nuestras oficinas, retrasando aún más el tiempo para la regularización de su deuda."

Al respecto, es importante aclarar que el procedimiento normado por el artículo 6 de la Resolución Administrativa recurrida, tiene por objeto facilitar a los Empleadores que efectúan sus pagos de contribuciones conforme a lo determinado por norma, tanto en plazo como en forma, a la obtención de un CNA.

En este sentido, en consideración a que los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP versan en lo que al Empleador con mora o en proceso de regularización de la misma respecta, no corresponde dejar sin efecto un procedimiento que facilita la obtención de los CNA para aquellos Empleadores que no tienen Contribuciones en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo y que permite al Empleador moroso tener conocimiento de que se encuentra con mora y/o que la documentación presentada para su regularización todavía no ha sido procesada por la Administradora de Fondos de Pensiones.

Asimismo, si el Empleador tiene dudas u observaciones en relación al resultado del CNA con deuda, se encuentra plenamente facultado para apersonarse a la GPS (transitoriamente las AFP) y solicitar una aclaración.

Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que:

"d. Asimismo la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 047-2011 de 01 de junio de 2011; establece que, "la AFP deberá emitir la certificación de no adeudo en el plazo máximo de un (1) día hábil administrativo a computarse a partir de la fecha de presentación del requerimiento"; por otro lado, la citada normativa también

señala que "En caso de que se evidencie que la persona jurídica presenta adeudos a la Seguridad Social de largo Plazo, la AFP deberá remitir nota de respuesta a la misma, en el plazo señalado en el párrafo anterior adjuntando liquidación de mora", el emitir CNA en líneas (sic) es contradictorio al tiempo establecido en la mencionada circular, y menos aún permitirá dar respuesta de la liquidación en mora."

Respecto a lo citado, corresponde aclarar que la emisión en línea es un mecanismo paralelo al de la emisión dispuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 01 de junio de 2011, con una forma diferente de emisión y por lo tanto con un plazo diferente.

Con nota FUT.APS.GALC 1809/2013 de 14 de agosto de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala lo siguiente:

"Al respecto es necesario señalar que las consultas WEB son a una base de datos fija, y efectuar una liquidación es un proceso que debe contar con un usuario que señale la fecha de liquidación; identificar las deudas en la cual deben incluirse parámetros; señalar las sucursales/regionales a liquidar; y, verificar la liquidación resultante conforme lo señalado precedentemente (es decir que se valide en cada regional si no existen descargos presentados o documentación en proceso de rectificación y/o acreditación).

Además nuevamente se aclara, que el objeto de entregar una liquidación no solo se limita a informar una deuda, sino que el objetivo principal es que el Empleador pueda conocer el origen de la misma y la forma de descargo a fin de no incurrir nuevamente en error de declaración de pago; situación que solo puede ser efectuada con la interacción directa del Empleador y la AFP, considerando la tipología de mora y las casuísticas de error que no son genéricas, y son ocasionadas por las declaraciones únicas e independientes que efectúa cada empleador."

En relación a lo señalado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se aclara lo siguiente:

Respecto al usuario requerido para señalar la fecha y sucursal/regional a liquidar, es el propio Empleador el que insertaría dichos datos, los mismos que estarán en función al sistema que desarrolle la GPS (transitoriamente las AFP) para la emisión de los CNA a través de su Sitio Web.

Asimismo, en caso de existir descargos presentados por el Empleador que no hayan sido procesados por la GPS (transitoriamente las AFP), al realizar la solicitud del CNA vía Web, el Empleador tomará conocimiento inmediato de este hecho y podrá apersonarse a las oficinas de la GPS (transitoriamente las AFP) para aclarar la situación.

Igualmente, es importante señalar que la Liquidación de Mora para el caso de una respuesta con mora ante una solicitud de Certificado de No Adeudo a la

*Seguridad Social de Largo Plazo, **es netamente informativa**, pudiendo el Empleador a partir de la recepción de la misma, presentarse en la GPS (transitoriamente las AFP) para su aclaración y proceder a la regularización y/o pago de la misma.*

Asimismo, es necesario que la Liquidación de Mora que se adjuntará al Empleador con mora, lleve inserta la siguiente leyenda: "NO VÁLIDA PARA PAGOS", siendo que dicho documento no habilita al Empleador para realizar el pago de sus Contribuciones en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Respecto al emisor del CNA, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "Asimismo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 100 de la ley de Pensiones se establece que: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones" (las negrillas y subrayado es nuestro (sic)*). De la norma citada precedentemente, se tiene que las AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad Social de largo (sic) Plazo, **son las únicas entidades autorizadas para la emisión del Certificado de No Adeudo - CNA a solicitud del empleador proponente,** para que sea éste quien lo presente en los procesos de licitación para contratación de Bienes y Servicios del Estado, por lo cual la emisión de un CNA no puede ser efectuado por el Empleador de forma directa."*

Es importante aclarar que evidentemente es la GPS (transitoriamente las AFP) la entidad competente para la emisión de los CNA al contar ésta con la información relativa al estado de pagos y mora a la Seguridad Social de Largo Plazo del Empleador, situación que ésta Autoridad en ningún momento ha desconocido.

Asimismo, corresponde aclarar al regulado que considerando la operativa que se tiene reglamentada para la emisión de los CNA en línea, es la GPS (transitoriamente las AFP) quien a través de su sistema, emitirá la Certificación de deuda o no deuda y de registro o no registro de las empresas solicitantes.

Por lo tanto, es importante señalar que la Certificación de existencia o no de deuda no deja de ser emitida por la AFP pese a que sea el Proponente quien imprima este documento, en el entendido de que será la AFP quien a través de un servicio Web proporcione la información al Proponente.

En relación al artículo octavo de la Resolución Administrativa recurrida, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "h) Del pago de la mora para la obtención del CNA:

Respecto al artículo Octavo (Pago de Mora para obtención de CNA)… si bien la GPS tiene la obligación de emitir los CNA para Empleadores y el plazo dispuesto por el Regulador para dicho proceso mediante circular y resolución es de un día hábil administrativo, por lo cual no puede establecer un plazo menor para la emisión tal cual sería una generación en línea; así también el mismo no puede desconocer que respecto al pago y acreditación de FPC existe norma de

jerarquía mayor establecido (sic) mediante el Decreto Supremo N° 778 que en su artículo 14 establece que la GPS tiene la obligación de efectuar la acreditación de los FPCs (sic), en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, computables a partir de la fecha de pago, salvo que los FPC presente información errónea, incompleta o faltante.

Asimismo es de conocimiento del Regulador que existe un plazo normado por esa misma instancia reguladora para que se efectué la conciliación bancaria, referida a los pagos recepcionados en un mes y las transferencias de información, por lo cual el Regulador no puede pretender desconocer dichos plazos y establecer ahora que las AFPs (sic) otorgue (sic) un CNA sin haber siquiera recibido la confirmación de pago de la Entidad Recaudadora y/o verificado que los FPCs (sic) presentados presentan toda la información, y/o que producto de la acreditación se presenten nuevas deudas y el CNA sea utilizado por el Empleador como documento inhabilite (sic) cualquier otra obligación pendiente.. (sic).

Tampoco establece la posibilidad de la generación de liquidaciones con deuda presunta, las mismas que para su Efectivización deben seguir los procedimientos y plazos normados para los Formularios de Efectivización de Mora y pagos, situación que en ninguna casuística establece un día."

Por otro lado, mediante FUT.APS.GALC 1809/2013 de 14 de agosto de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala lo siguiente:

"Asimismo, aprovechamos la oportunidad para manifestar otros aspectos de orden técnico que impedirían la emisión de CNA en un (1) día hábil contado desde el pago total de la de los mismos que solicitamos sean considerados a la luz del principio de búsqueda de la verdad material establecido por el Art. 180 de Nuestra Constitución Política del Estado y Art. 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo:

En cumplimiento a la RA SPVS IP N° 77/99 Procedimiento de Recaudación y RA SPVS -P N° 241199 Procedimiento de Acreditación en las Cuentas Individuales, a continuación detallamos algunos factores que impiden atender el procesamiento de acreditación en el día:

a) Pago de formularios en la entidad recaudadora 1er día.
b) Remisión de información de recaudación de las entidades recaudadoras para el cargado de depósitos en la AFP día 2° (siempre que no existan problemas)
c) Remisión de formularios en la ciudad hasta el día hábil día 3° (En el mejor de los tiempos).
Existe riesgo el procesar con fotocopias a veces ilegibles.
d) Se necesita Valor cuota de T+1 para la acreditación, es decir un día después de la fecha de pago, cuyo resultado corresponde al día 3° (Artículo 3 de la RA SPVS -P N° 241/99)

Analizando lo señalado arriba señalado (sic), su Autoridad podrá colegir que no es posible atender la acreditación en menores plazos.

Por último; y en conformidad a los expresado ut supra; y en tanto no se resuelva en el fondo nuestro recurso; siendo además evidente la posibilidad de que se modifique la ratio legis de la norma recurrida, solicitamos a su Autoridad disponga la ampliación y/o postergación de la aplicación de lo dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013."

Al respecto, corresponde aclarar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no desconoce lo establecido por el artículo 14 del Decreto Supremo N° 0778 el cual señala: "La GPS tiene la obligación de efectuar la acreditación de los FPC, ***en un plazo <u>no mayor de treinta</u> (30) días calendario contados a partir de la fecha de pago,*** *salvo los casos en los que el FPC presente documentación errónea, incompleta o faltante." (Las negrillas y el subrayado son nuestros). Por lo tanto, la R.A.551-2013, no contraviene la citada norma.*

Asimismo, si la AFP emite una Liquidación de Mora a una fecha determinada y la misma es pagada por el Empleador en su totalidad, se entiende que una vez efectuado el pago, dicho Empleador (en ese momento) no tiene obligaciones pendientes con la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por otro lado, es importante aclarar que el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 077/99 de 30 de abril de 1999, establece lo siguiente: "Las Contribuciones que recauden las entidades autorizadas, deberán ser abonadas efectivamente en las Cuentas Recaudadoras del FCI, el mismo día en que se realiza el pago".

Igualmente, el artículo 6 de la Resolución Administrativa señalada precedentemente, establece lo siguiente: "Los contratos de recaudación suscritos entre las AFP y las entidades autorizadas, deberán contener los siguientes requisitos básicos…

a) Obligación de la entidad recaudadora de ingresar las Contribuciones recibidas, en forma efectiva a la AFP, según los plazos estipulados en el artículo anterior."

En este sentido, corresponde señalar que el punto III) del numeral iv) del inciso e) del ARTÍCULO 4° de la Resolución Administrativa SPVS-IP N°241 de 19 de agosto de 1999, dispone lo siguiente:

"III) El cálculo correspondiente.
Para los pagos realizados con retraso, es decir después del último día de cada mes, la AFP instruirá a la entidad recaudadora su no admisión, debiendo el empleador apersonarse necesariamente por las oficinas de la AFP a fin de que sea incluido en la liquidación, el interés por mora e interés incremental que correspondan.

*Posteriormente, **<u>la AFP estampará el sello de conformidad</u>** en base al cual la entidad recaudadora **<u>recién podrá aceptar el depósito</u>**." (Las negrillas y el subrayado son nuestros).*

Por lo señalado precedentemente, queda claro que es responsabilidad de la GPS (transitoriamente las AFP) la autorización previa a un pago por mora.

*Sin perjuicio a lo citado anteriormente es pertinente la **modificación** del artículo OCTAVO de la R.A.551-2013, en lo que refiere al tratamiento para aquellos Empleadores que efectúen el pago total de las Contribuciones en mora, conforme a la Liquidación de Mora emitida por la GPS, para lo cual la GPS debe emitir el CNA dentro del plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de la presentación de la solicitud formal por parte del Empleador.*

Asimismo, es necesario que se ajuste de la norma exigiéndose al Empleador la presentación de una solicitud formal a más tardar hasta el día siguiente de efectuado el pago, adjuntando copia original con los sellos correspondientes legibles del Formulario de Pago de Contribuciones y de la Liquidación de Mora (con la identificación del funcionario de la GPS que firmó la misma y que estampó el sello de conformidad para el pago), con información respecto a la fecha de pago y al monto pagado debiendo ser coincidentes; siendo responsabilidad de la GPS la verificación de estos datos de forma oportuna, tanto en los documentos presentados por el Empleador como en su base de datos.

*Por otro lado, se debe **<u>complementar</u>** la norma estableciendo que de forma oportuna, la GPS dentro del marco del cuidado exigible y como representante de los Fondos y los Asegurados a la Seguridad Social de Largo Plazo, verifique que el pago haya ingresado a la Entidad Financiera y que, en caso de constatar que el mismo no hubiera ingresado y el solicitante presente documentación que demuestre lo contrario, la GPS deberá denunciar éste hecho al Ministerio Público, considerando los serios indicios de haberse adulterado, fraguado, alterado, etc. documentos y/o datos que respalden el pago de la mora.*

Lo señalado en el párrafo anterior, tiene por finalidad prevenir la presentación de documentación que indebidamente demuestre pagos, cuando estos no fueron realizados.

En relación a la Disposición Transitoria de la R.A.551-2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "En dicho párrafo nuevamente se cita el término proponente, que no ha sido definido en toda la Resolución que ahora se recurre, asimismo cita que el mismo deberá presentar la documentación escrita de ambas AFP, y no indica a quien debe presentar las mismas y cuál es el objeto de efectuar lo señalado, si lo que su Autoridad pretende, es normar la presentación de los documentos a las entidades Contratantes, esto no debería estar inmerso en la presente Resolución, porque no es tuición de las AFPs (sic) dicha evaluación de documentación."

Al respecto, el inciso hh) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de

2009, define al Proponente como: "Persona natural o jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización.", por lo tanto, lo señalado por la AFP, carece de relevancia en razón a que la definición de Proponente se encuentra establecida en el citado Decreto Supremo.

Asimismo, al señalar en la Resolución Administrativa que "…el mismo deberá presentar la documentación escrita de ambas AFP..." esta Autoridad reglamenta lo que corresponde en relación a los CNA, permitiendo a la entidad estatal contratante, conocer cuál es el requisito paralelo al Documento de No Registro para las contrataciones de Bienes y Servicios del Estado, a fin de dar cumplimiento a lo determinado por el Artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente ha presentado argumentos que permiten modificar parcialmente la R.A.551-2013, en consecuencia, se debe confirmar parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 5 de noviembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, argumentado lo siguiente:

"…***I. <u>ANTECEDENTES:</u>***

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013 "COMPLEMENTA LA NORMATIVA PARA LA EMISIÓN DE CERTIFICADOS DE NO ADEUDO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LARGO PLAZO", emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, se ha motivado entre otras, por una solicitud efectuada por BBVA Previsión AFP S.A., mediante su nota PREV-COB-99-03-13 de 11 de marzo de 2013, cuyo contenido se desconoce, y que no consideró de manera previa los criterios y observaciones con las que hubiera podido coadyuvar nuestra AFP, evitando procedimientos administrativos innecesarios.

Toda vez que las disposiciones de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013, afectó (sic) *nuestros intereses legítimos y derechos subjetivos, interpusimos el respectivo recurso de Revocatoria, pronunciándose su Autoridad mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013 de fecha 15 de octubre de 2013, confirmando parcialmente la RESOLUCIÓN ADMNISTRATIVA* (sic) *APS/DPC/DJ/N° 551-2013; sin embargo de ello, la misma sigue siendo lesiva a nuestros intereses conforme se expresa en los siguientes fundamentos:*

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

A efectos de que su Autoridad pueda rectificar las incongruencias de la norma que se impugna, nos permitimos exponer los siguientes fundamentos de orden técnico y legal, que solicitamos sean objeto de la sana crítica y valoración razonada.

1. Artículo PRIMERO (OBJETO).

Respecto al objeto establecido por la presente (sic) *Resolución Administrativa 929/2013 donde señala "El objeto de la presente Resolución Administrativa, es complementar la normativa para la respuesta que emitirá la GPS ante una solicitud de Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo", el objeto de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de fecha 18 de junio de 2013, en la cual en su Artículo Primero señala que: "El objeto de la presente Resolución Administrativa, es complementar la normativa para la emisión de Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo", y de acuerdo a lo mencionado por su Autoridad cuando se refiere a que "...es importante señalar que producto de la aplicación del artículo 100 de la Ley de Pensiones, se pudo evidenciar casos de empresas unipersonales que no tienen dependientes; por lo tanto no se constituyen en "Empleador", conforme a la definición de Empleador citada en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre 2010,..." mencionando además "En este sentido, las Empresas Unipersonales sin Dependientes están exentas de las obligaciones determinadas por el artículo 91 de la cita Ley,..".*

Nos confirman, que para los casos que el Regulador identificó, se pretende normar a través de la Resolución de CNA, un procedimiento de Registro de Empresas, la cual ratificamos que debería realizarse de forma separada, siguiendo la norma establecida para registros, y no incluirse en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013, confirmada parcialmente por la ahora impugnada ahora (sic) *Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 929-2013.*

2. Artículo SEGUNDO (FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES).

Al respecto debemos indicar, que aún (sic) *cuando el Regulador menciona en la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 929-2013* ***"En lo que respecta a las demás observaciones relativas al formato de Formulario FIEUD, esta Autoridad***

considera su ajuste y modificación" *(las negrillas son nuestras). Se puede evidenciar en el nuevo formato de FIEUD de la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 929-2013, que aún se encuentra pendiente la aclaración con relación a las siguientes observaciones:*

"i. El titulo (sic) *del FIEUD, señala Formulario de Inscripción Empresas Unipersonales sin Dependientes* <u>*Sistema Integral de Pensiones,*</u> *es necesario aclarar al regulador que dicho sistema , está compuesto por: El Régimen Contributivo (contempla la Prestación de Vejez, Prestación de Invalidez, las Pensiones por Muerte derivadas de éstas y Gastos Funerarios); El Régimen Semicontributivo (contempla la Prestación Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas y Gastos Funerarios); y El Régimen No Contributivo (contempla la Renta Dignidad y Gastos Funerales), por lo cual entendemos que una empresa sin dependientes no corresponde a ningún Régimen del Sistema de Pensiones."*

"ii. En el campo de Forma de Manejo de Correspondencia, indica Centralizada o distribución por sitio de trabajo, es ilógico que se consigne distribución por sitio de trabajo en el FIEUD, debido a que ese campo está habilitado para Empleadores con diversas sucursales, para que la información de correspondencia les sea remitida a cada sucursal, situación que no aplica a Empresas Unipersonales, debido a que si una Empresa Unipersonal tuviese sucursales, debería contratar personal para la atención de las mismas, por lo cual dejaría de ser una empresa unipersonal sin dependientes."

"iv. Señala un párrafo que indica " Los datos consignados en el presente Formulario tienen calidad de declaración jurada, en caso de alguna modificación respecto al número de dependientes la misma deberá ser comunicada de inmediato a la GPS", en toda la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551/2013, no establece el procedimiento para dicha comunicación, el concepto de inmediatez no está definido en un plazo, tampoco establece el procedimiento que debe seguir la GPS, es decir deberá llenar un Formulario de Empleador, el FIEUD será anulado?, cuales son los plazos?"

"vi. Respecto al campo que señala" (*) de acuerdo al Art 2 del D.S. 29537 de 1 de mayo de 2008, debe adjuntar al presente formulario de inscripción el testimonio de poder de Representante legal y una copia de su documento de identidad, que acredite su representación, cuando corresponda". El Decreto señalado se refiere a lo siguiente: "Todo Empleador se encuentra obligado a llenar, firmar y presentar al Ente Gestor del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, el Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a través de su Representante Legal, adjuntando para tal efecto el Testimonio del Poder que acredite su representación, cuando corresponda.

De la simple lectura nuevamente se evidencia que el mencionado artículo solo está referido para EMPLEADORES, por lo cual no corresponde su mención en el FIEUD", por esta razón ratificamos lo expuesto en nuestro recurso revocatorio.

3. ***Artículo TERCERO (VIGENCIA).***

De acuerdo a lo señalado en nuestro recurso, respecto al artículo tercero referido a la VIGENCIA, ratificamos que "...la vigencia de un CNA para empleadores sin deuda es correcto que sea válido hasta el último mes de emisión, debido a que cada mes devenga una nueva obligación de pago, no obstante los CNA de empleadores con deuda o Empresas no registradas, no pueden tener la misma vigencia debido a que su condición puede ser modificada con el pago de la obligación y consecuente acreditación; y con el registro y pago como Empleador". Al respecto, su Autoridad aclara en los considerandos que "...para aquella empresa que cuente con un documento de no registro y posteriormente se inscriba como empleador en la GPS y solicite un CNA en fecha posterior a dicha inscripción, este último, ***implícitamente*** *dejara* (sic) *sin efecto el solicitado en fecha anterior a la inscripción." (las negrillas y subrayado es nuestro* (sic)*), de lo mencionado se puede entender que al señalar en forma implícita que se dejara* (sic) *sin efecto el CNA solicitado en fecha anterior, no se podrá ejercer el control suficiente y necesario, para que el proponente no pueda utilizar el documento que mejor le convenga a sus intereses, debido a que lo señalado implícitamente no puede ser considerado como norma.*

Asimismo, su autoridad establece que "...,el hecho de que un certificado se encuentre vigente no es un óbice para que las empresas y empleadores puedan solicitar cuantas certificaciones precisen dentro del mismo periodo", sobre lo mencionado, la AFP no está observando las veces que se genera un CNA, sino la vigencia que debe tener la misma y la validez del documento.

4. ***Artículo CUARTO (FORMATO DE RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA POR CASUÍSTICA).***

De acuerdo a lo mencionado en nuestro recurso referente a "i. No puede señalarse Deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo, debido a que nuevamente se reitera que el artículo 100 de la Ley de Pensiones N° 065, solo está referida a: ***"adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones",*** *es decir información que mantiene la AFP, caso contrario es abarcar las deudas por obligaciones a la Seguridad Social que mantiene el SENASIR, situación que no corresponde, no cuenta la AFP y no están enmarcadas en la norma señalada", su Autoridad aclara "..que el artículo 1 del* ***Decreto Supremo Nº 822*** *de 16 de marzo de 2011, señala que "Seguridad Social de Largo Plazo": Refiere al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema Integral de Pensiones o a ambos según corresponda" (las negrillas son nuestras), sin embargo, de la lectura realizada al artículo 1 del D.S. 822 la misma señala "****Artículo 1º.- (Objeto)*** *Se aprueba el Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros beneficios, que en Anexo forma parte integrante del presente Decreto Supremo", en tal sentido ratificamos lo señalado*

en nuestro recurso presentado, debido a que el artículo citado por su Autoridad, no establece lo mencionado.

5. ***Artículo QUINTO (CNA PARA EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES).***

Respecto al Anexo III, referido a CNA para empresas Unipersonales, nuevamente reiteramos que para este tipo de casuísticas debería certificarse el registro debido a que la mora es una condición que solo corresponde a Empleadores, asimismo, de acuerdo al punto dos del artículo tercero, en la que se establece que la vigencia del CNA emitido para empresas unipersonales sin dependientes será hasta el último día calendario del tercer mes computable a partir de su fecha de emisión, no obstante en el anexo III, sigue figurando que tendrá vigencia indefinida.

6. ***Artículo SÉPTIMO (RESPUESTA SOLICITUDES DE CNA VIA WEB).***

Respecto a la emisión de CNA vía WEB, y aun cuando el Regulador mediante R.A 929-2013, instruye a la GPS el uso de la firma digitalizada así como implementa medidas de seguridad de autenticación y verificación, nuestra AFP reitera que velando por la integridad de la información de los CNA, no es viable que los mismos se emitan vía WEB, debido a los procedimientos de revisión, validación que se realizan previos a su emisión, los cuales fueron puestos a conocimiento del Regulador, mediante nuestro Recurso y nota FUT.APS.GALC.1809/2013; mismos que no podrán realizarse con un ingreso vía web, originando de esta forma la generación de información errada y falta de control, situación que actualmente se evidencia en los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1.

CERTIFICACIÓN	OBSERVACIÓN	TIPO EMPRESA	COD. EMPRESA	COD. SUCURSA	NUMERO ID	RAZÓN SOCIAL	CUCE	OBJ. CONTRATACIÓN
CNAEW-0000906	CON DEUDA	EMPLEADOR	21964	22048	1015477021	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO JESÚS NAZARENO LTDA	1015477021	para efectuar trámites legales de la CJN
CNAEW-0000905	CON DEUDA	EMPLEADOR	21964	22048	1015477021	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO JESÚS NAZARENO LTDA	1015477021	para efectuar trámites legales de la CJN
CNAEW-0000274	CON DEUDA	EMPLEADOR	27832	56125	1010051022	ACCIÓN DE SALUD INTEGRAL-A.S.I	0	PAGO FINIQUITO MINISTERIO DE TRABAJO
CNAEW-0000271	CON DEUDA	EMPLEADOR	27832	56125	1010051022	ACCIÓN DE SALUD INTEGRAL-A.S.I	0	PAGO FINIQUITO MINISTERIO DE TRABAJO
CNAEW-0000116	CON DEUDA	EMPLEADOR	30195	44029	1020367024	CORPORACIÓN DE AQUINO BOLIVIA SA	PARA PAGO EN LA CNS	PAGO EN LA CNS
CNAEW-0000115	CON DEUDA	EMPLEADOR	30195	44029	1020367024	CORPORACIÓN DE AQUINO BOLIVIA SA	PARA PAGO EN LA CNS	PAGO EN LA CNS
CNAEW-0001759	CON DEUDA	EMPLEADOR	67391	51879	154008022	TRILOGY SOFTWARE BOLIVIA SRL	0	0

Ejemplo 2.

CERTIFICACIÓN	TIPO EMPRESA	NUMERO ID	RASON (sic) SOCIAL	ZONA	DIRECCIÓN	NUMERO	NUM. TEL. MOVIL	SOLICITANTE	NUM. DOC. SOL	NUM. TEL. FIJO SOL	OBJ. CONTRATACIÓN
CNAEW-0000166	EMPLEADOR	1.014517021	PLÁSTICOS CARMEN S.R.L.	AA	AA	A	111	DDDD	3455	EEEE	dddfdfffd

(…)

Para poder realizar el control de estas Certificaciones de No Adeudo con un objeto de contratación distinto a lo establecido en el artículo 100, nuevamente reiteramos la necesidad de contar con la Base de Datos del RUPE. Asimismo, y considerando que la GPS (transitoriamente la AFP), deben mantener la seguridad de la información y que pueden consultar la información que considere necesaria, se ha verificado que existen proponentes que no han estado solicitando el CNA vía WEB, con información valida, donde el objeto de contratación no es para contrataciones estatales, por lo que solicitamos que para estos proponentes se bloquee el acceso al servicio, y los requerimientos se realicen a través de nuestras oficinas regionales.

Respecto a lo señalado en los considerando (sic) *cuando dice "para tal efecto, es importante que las AFP tomen las medidas que correspondan a fin de evitar que un Empleador registrado pueda acceder a una nota de No Registro". La medida que se ha consignado en el campo llave NIT, valida el registro o no del proponente, bajo ningún procedimiento salvo que su autoridad nos ilustre al respecto, se podrá controlar que una empresa registrada, no pueda obtener CNA de no registro vía WEB, para tal efecto también es necesario contar con la información del RUPE, pues de esta forma se validaría que esta empresa no está en la base de datos del RUPE y evitar que la empresa acceda a emitir el Certificado de No Adeudo.*

Con relación al formato que establece que: "por tanto, para que la empresa <Nombre de la Persona Jurídica>, sea sujeto de contrataciones del Estado..., debe presentar a la entidad contratante, tanto la presente nota como un certificado de no adeudo a la Seguridad Social de largo plazo emitido por <nombre de la otra AFP>", nos ratificamos en lo expuesto en nuestro recurso, "3. Nuevamente el regulador extralimita la norma, debido a que ninguna AFP podrá certificar mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, debido a que debería incluir la información del SENASIR; 4. La redacción efectuada, da entender que la nota será entendida como un certificado de no adeudo?, es necesario la utilización de los signos de puntuación y comas de forma correcta; 5. No obstante lo anterior también se observa que una AFP, no puede determinar que una persona jurídica sea o no sujeto a contratación, si presenta certificación de no Adeudo de la otra AFP, debido a que existe norma específica de contrataciones dispuesta en el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS); 6. La AFP debe limitarse a señalar que la empresa no está registrada."

7. ***<u>Artículo NOVENO (PAGO DE MORA PARA OBTENCIÓN DE CNA)</u>.***

Respecto a lo señalado "Para aquellos Empleadores que con el objeto de obtener un CNA efectúen el pago total de las Contribuciones que tuviesen en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, conforme a la Liquidación de Mora emitida por la GPS en la fecha de pago, la GPS deberá emitir el CNA dentro del plazo de un (1) día hábil administrativo computable a partir de la presentación de la solicitud formal por parte del Empleador.

II Para tal efecto, el Empleador deberá presentar su solicitud formal a mas (sic) *tardar hasta el día siguiente de efectuado el pago adjuntando a la misma copia original con* ***todos los datos y los sellos correspondientes legibles*** *del Formulario de pago de Contribuciones y de la Liquidación de Mora (con identificación del funcionario de la GPS que firmo* (sic) *la misma y que estampo* (sic) *el sello de conformidad para el pago), cuya información respecto a la fecha de pago y al monto pagado deberá ser coincidente, siendo responsabilidad d* (sic) *la GPS la verificación de estos datos, tanto en los documentos presentados por el Empleador como en su base de datos de cobranza monto a pagar.*

III. La GPS deberá archivar en el expediente del Empleador, una copia fotostática de la documentación presentada por este como constancia de pago y la Liquidación de Mora correspondiente a dicho pago, devolviendo al Empleador su constancia original. De acuerdo a la fecha de pago de forma oportuna la GPS deberá verificar que dicho pago haya ingresado a la Entidad Financiera. En caso de constatar que el monto no ingreso (sic) *deberá denunciar este hecho al Ministerio Publico."*

Respecto a lo mencionado en los considerando sobre que el Articulo (sic) *4 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 241/1999, establece "la AFP estampara* (sic) *el sello de conformidad en base al cual la entidad recaudadora recién podrá aceptar el depósito", se refiere a que la AFP calcula los intereses en lo que respecta a la declaración presentada por el empleador, y producto de la acreditación del mismo se calculara* (sic) *la nueva deuda o la regularización de la misma, y no así con verificaciones previas, mas* (sic) *aun cuando el empleador tiene la facultad de efectuar el pago de cualquier periodo de cotización, según lo citado en el artículo 98 de la Ley 065/2010, en la cual se establece el pago de contribuciones no pagadas, y que a la fecha aún no tiene reglamento. Dentro del procedimiento para la generación de CNA para empresas que pagan se establece la presentación de FPC y Liquidación de Mora, como dos documentos diferentes, siendo que el cálculo de intereses efectuada a la declaración, es la liquidación que efectúa la AFP, caso contrario se entiende, que la AFP debería liquidar previamente la mora en un formato aun no especificado y posteriormente comparar la declaración con dicha liquidación, situación que operativamente no es viable, salvo en los casos de deuda efectiva, que previo caso deberían cumplir el procedimiento de efectivización de mora en los plazos dispuestos en la Circular APS/DPC/188/2012 y complementaria la Circular APS/DPC/129/2013 que regula los FEM.*

Asimismo, respecto al inicio de la denuncia al Ministerio Publico (sic), *se debe tener un procedimiento previo, debido a que si bien la Entidad Recaudadora tiene "a) Obligación de la entidad recaudadora de ingresar las Contribuciones recibidas, en forma a la AFP, según los plazos estipulados en el artículo anterior", es importante señalar que pueden existir casos en los cuales no se hubiere digitado el número de NIT, u otro, situación que fue prevista por su Autoridad mediante Circular APS/DPC/147-2012 (Conciliación Bancaria).*

Por todo lo anteriormente expuesto nuevamente se solicita que en el plazo para las empresas que pagan, sea mayor al normado para la emisión del CNA, que debería ser concluida la Acreditación, que es el único procedimiento con el que se podría verificar que la deuda esta regularizada, vencido el plazo de la acreditación, la cual debería seguir la misma priorización de acreditación de independientes, debido a que mensualmente se reciben en promedio 5187 FPC's para el cálculo de intereses.

8. Artículo DÉCIMO (DISPOSICIÓN TRANSITORIA (CUARTO).

Respecto a lo señalado por su Autoridad, con relación a insertar en la Liquidación de Mora la leyenda en marca de agua "NO VALIDA PARA PAGOS", solicitamos que en penúltimo parágrafo de la nota de respuesta para empleadores registrados que tiene deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo se incluya el siguiente texto: "...debiendo presentarse en nuestras oficinas en un plazo no mayor a un día hábil, contados a partir de la recepción de la presente nota, para el asesoramiento de regularización de los conceptos cobrados.", esto con el propósito de que este parágrafo, se pueda entender también como un proceso de gestión de cobro.

Asimismo, los nuevos formatos de la presente Resolución Administrativa, requieren una adecuación en nuestros sistemas, por lo que es necesaria la consideración de que se otorgue quince (15) días hábiles, considerando que dichos formatos deben aplicarse con carácter obligatorio, sin embargo para ello se requiere un plazo para su implementación, el cual consideramos podría ser efectivo no antes del 18 de noviembre de 2013.

III. PETITORIO:

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad se sirva elevar el presente Recurso Jerárquico ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a fin de que esta Autoridad disponga la urgente REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013 de fecha 15 de octubre de 2013 y en consecuencia de la APS/DJ/DPC/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013…"

5. NOTIFICACIÓN AL TERCER INTERESADO.-

En fecha 14 de noviembre de 2013, conforme fuera ordenado por auto de 12 de noviembre de 2013, se notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** a los efectos de que en su calidad de tercer interesado -conforme sale del expediente-, se apersone y presente sus alegatos en un plazo no mayor de diez (10) días, extremo que en definitiva no se produjo.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, con el objeto de complementar el procedimiento establecido para la emisión del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo que se halla establecido por la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047-2011 de 21 de febrero de 2011, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 1° de junio de 2011.

En fecha 12 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013, habiendo en su mérito determinado el Ente Regulador, mediante auto de 26 de julio de 2013, la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, a efectos de que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** remita un informe técnico-legal respecto a:

- Los procesos operativos que efectuaría para el registro de un Empleador y de una empresa que no tiene dependientes.

- La validación que realizaría previa a la emisión de los Certificados de No Adeudo.

- La imposibilidad o restricción que tendría, para la emisión de la liquidación de mora a través de su sitio WEB.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), mediante nota FUT.APS.GALC 1809/2013 de 14 de agosto de 2013, en atención al

informe solicitado, señaló el proceso operativo para el registro de un Empleador, desde el formulario de inscripción hasta el archivo del expediente, señalando que, dentro del proceso de validación para la emisión del Certificado de No Adeudo, se verifican todas las sucursales que pueda tener el Empleador, el detalle de los pagos efectuados y la correcta identificación de mora, y que en la emisión del Certificado de No Adeudo vía web, no existiría retroalimentación y asesoramiento para que el Empleador conozca el origen de la deuda y los descargos que puede presentar; asimismo, señala que existen algunos factores que impiden atender el procesamiento de acreditación en el día.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 10 de septiembre de 2013, pone a la vista el expediente para que la Administradora de Fondos de Pensiones, revise el mismo y formule alegatos que considere necesarios.

La Administradora de Fondos de Pensiones, mediante memorial presentado el 25 de septiembre de 2013, ratifica los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria.

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, resolución contra la cual **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 1° de octubre de 2013, interpone Recurso Jerárquico, el que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Controversias referidas a las Empresas Unipersonales sin Dependientes como participantes de los procesos estatales de contratación.-

Previo al análisis correspondiente, es pertinente traer a colación lo determinado por el Decreto Supremo Nº 0181 de 28 de junio de 2009 (Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios):

> "…***ARTÍCULO 5.- (DEFINICIONES).*** *Para efecto de las presentes NB-SABS y su reglamentación, se establecen las siguientes definiciones:* (…)
>
> …***hh) Proponente:*** *Persona natural o jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización* (…)
>
> ***Artículo 42.- (Proponente).*** *Son sujetos proponentes en procesos de contratación, los siguientes:*
>
> *a) Personas naturales en la modalidad ANPE; en Licitación Pública sólo cuando se trate de adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles;*
> *b) Personas jurídicas;*
> *c) Micro y Pequeñas Empresas;*
> *d) Asociaciones de Pequeños Productores Urbanos y Rurales;*
> *e) Organizaciones Económicas Campesinas – OECAS;*

f) Cooperativas;
g) Asociaciones Civiles sin Fines de Lucro, legalmente constituidas:
h) Empresas Públicas, Empresas Públicas Nacionales Estratégicas y Empresas con participación Estatal Mayoritaria, de acuerdo con lo establecido en el Parágrafo II del Artículo 72 de las presentes NB-SABS;
i) Entidades Públicas que tengan capacidad para prestar servicios y ejecutar obras…"

Asimismo, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, señala:

> "…***Artículo 100. (CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO).*** *Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones…*"

De la norma transcrita se tiene que, un **proponente** es toda persona natural o jurídica, participante activo de un proceso de contratación, para cuyo efecto, debe presentar el requisito del Certificado de No Adeudo por contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones, emitido por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

La Entidad Reguladora, mediante la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, expresa que: "*producto de la aplicación del artículo 100 de la Ley de Pensiones, se pudo evidenciar casos de empresas unipersonales que no tienen dependientes, por lo tanto no se constituyen en "Empleador*".

Al respecto, una Empresa Unipersonal es -por oposición a la sociedad comercial o a la persona jurídica-, una persona natural con un emprendimiento lucrativo (comercial) propio, como tal, única propietaria o dueña de su empresa, entonces con responsabilidad ilimitada y con capacidad única para contratar y obligarse.

Ahora bien, puede una Empresa Unipersonal, requerir para el cumplimiento de sus fines, de trabajadores que le sean dependientes, pero también, como persona natural con las habilidades intelectuales y físicas suficientes para ello, puede por sí misma realizar todo el ciclo comercial requerido, sin necesidad de dependientes, resultando entonces una Empresa Unipersonal sin Dependientes, a la que por lo mismo, no le caracteriza una relación laboral (de dependencia económica y subordinación jurídica): no existen empleador y empleado, o patrón y obrero, sólo existe un dueño.

En tal sentido, es evidente que este tipo de Empresas no entra en la definición de Empleador establecida en el anexo de la Ley Nº 065 de Pensiones, aquel que establece que:

> "…***Empleador:*** *Es la persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que contrata a una o más personas bajo relación de dependencia laboral, de acuerdo a disposiciones legales vigentes…*"

Ello por cuanto, no cuenta con personas bajo relación de dependencia laboral, lo que no quiere decir que no pueda constituirse en **proponente** para contrataciones con el Estado.

2.1.1. Del objeto de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013.-

Mediante el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, modificado parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó lo siguiente:

> "…***PRIMERO.- (OBJETO).*** *El objeto de la presente Resolución Administrativa, es complementar la normativa para la respuesta que emitirá la GPS ante una solicitud de Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo*…"

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), en su Recurso Jerárquico, señala que la Entidad Reguladora norma, a través de la señalada Resolución Administrativa, un procedimiento de registro de Empresas, empero que en criterio de la recurrente:

> "…*para los casos que el Regulador identificó* -Empresas Unipersonales sin Dependientes-*, se pretende normar a través de la Resolución de CNA, un procedimiento de Registro de Empresas, la cual ratificamos que debería realizarse de forma separada, siguiendo la norma establecida para registros, y no incluirse en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013, confirmada parcialmente por la ahora impugnada ahora* (sic) *Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/Nº 929-2013*…"

Teniendo presente que la emisión del Certificado de No Adeudo -como requisito para ser partícipes de las licitaciones públicas- es inherente a los empleadores registrados en la Seguridad Social de Largo Plazo, obviamente y por todo lo dicho, no es exigible en los casos de Empresas Unipersonales sin Dependientes.

Ahora bien; la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº551-2013 ha entendido precisamente ello, cuando ha dispuesto que:

> "…***SEGUNDO.- (FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS UNIPERSONALES SIN DEPENDIENTES).*** *Las empresas unipersonales que no tengan dependientes podrán registrarse en la GPS declarando esta situación, haciendo uso del Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes - FIEUD cuyo formato está definido en el* ***Anexo I,*** *el mismo que tendrá calidad de declaración jurada.*
>
> *El FIEUD deberá estar a disposición de todas las personas en las oficinas de la GPS, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa*…"

Entonces, el alegato referido a que para los casos de Empresas Unipersonales sin Dependientes, "*debería realizarse* -un procedimiento de registro- *de forma separada*" es en sí mismo, injustificado, por cuanto, la norma de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº551-2013, es suficiente para salvar la situación de aquellas empresas en el ejercicio de su derecho de participación en los procesos estatales de contratación.

Lo anterior, no quiere decir que no sea necesario establecer, por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que el registro de las Empresas Unipersonales sin Dependientes, sirva únicamente para efectos del artículo 100° de la Ley N° 065 de Pensiones, o si el Ente Regulador puede a futuro determinar si habrá de servir para otros propósitos, tal como lo argumenta la recurrente; no obstante, no existiendo mayor fundamento sobre lo mismo, aquello queda en una susceptibilidad inatendible en derecho.

2.1.2. Del Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes (FIEUD).-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) recurre de jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, por cuanto, no obstante el Recurso anterior, aquella mantiene en los anexos de la Resolución Administrativa primero recurrida (Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013), las observaciones al formato del Formulario de Inscripción de Empresas Unipersonales sin Dependientes (FIEUD), en cuanto a que:

a) El título señala "*Sistema Integral de Pensiones*", cuando al tratarse de una Empresa Unipersonal **sin Dependientes**, no corresponde a ningún Régimen del Sistema Integral de Pensiones.
b) El campo "*Forma de Manejo de Correspondencia - Centralizada o Distribución por Sitio de Trabajo*", no corresponde, debido a que ese campo está habilitado para Empleadores con diversas sucursales, lo cual no aplica para Empresas Unipersonales sin dependientes.
c) En caso de alguna modificación respecto al número de dependientes, la Resolución no establece el procedimiento y plazos, que debe seguir la Gestora Pública.
d) El artículo 2º del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008 (mencionado en los anexos para justificar el deber de "*adjuntar al presente formulario de inscripción el testimonio de poder de Representante legal y una copia de su documento de identidad, que acredite su representación, cuando corresponda*"), es aplicable a Empleadores, por lo tanto no corresponde mencionar el mismo para el FIEUD.

Al respecto, de la revisión del Recurso de Revocatoria a su tiempo presentado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, resulta evidente que la misma señaló y argumentó las observaciones (ahora reiteradas), sobre las cuales, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, refirió que "*en lo que respecta a la demás observaciones relativas al formato del Formulario FIEUD, esta Autoridad considera su ajuste y modificación*", determinando que el alegato consista en que no obstante el reclamo original y su sustanciación en el Recurso de Revocatoria, los campos del formulario, observados por la recurrente se mantienen.

No obstante y en líneas generales, queda claro que un formulario como los implementados por los anexos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, constituyen instrumentos útiles a los fines de recabar información que resulte necesaria

al cumplimiento de los fines de la Seguridad Social, que se imponen dada la característica masividad de a quienes va dirigido el servicio.

En tal contexto, los formularios son siempre perfectibles en el tiempo, en función de precisar los requerimientos de información, la aparición de otros nuevos o de nuevas realidades que sean determinantes para la prestación del servicio; en todo caso, hacen a una dinámica de interrelación entre el informante y el registro, empero que de resultar muy genérico -como en el caso de los campos a los que se refiere la recurrente-, ambos podrán acomodarse a las circunstancias resultantes: si determinado requerimiento de información, dado resultar general, no aplica a una realidad particular, es obvio que no debe ser atendida, limitándose la responsabilidad del informante a dejar constancia de esa inaplicabilidad, lo que no por ello puede o debe determinar en la inutilidad del formulario.

En todo caso, tal lógica no infringe los derechos de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en particular, de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, por cuanto, no hacen a sus derechos sustanciales o de mérito, sino a extremos circunstanciales propios de la permanente interrelación entre Administración y administrados, amén de que compelen al Órgano Fiscalizador, a realizar una permanente revisión de los instrumentos que utiliza, en este caso los formularios, que le permita identificar falencias o insuficiencias, a efectos de su mejoramiento.

En este sentido, el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** incumple lo determinado por el 56°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto, no se evidencia en su pretensión, que las resoluciones recurridas le afecten, lesionen o perjudiquen en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, determinando que lo recurrido sea mas bien producto de una susceptibilidad inatendible en derecho.

2.1.3. Del Certificado de No Adeudo para Empresas Unipersonales Sin Dependientes.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala en su Recurso Jerárquico, que el Certificado de No Adeudo (CNA) para Empresas Unipersonales sin Dependientes, establecido en el Anexo III de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013, debiera limitarse a certificar el registro, toda vez que en la mora (adeudo) sólo pueden incurrir los Empleadores; el Anexo III del CNA para Empresas Unipersonales sin Dependientes, señala que:

> "…*De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente,* ***<Nombre de la AFP*>*** *certifica que la empresa unipersonal* ***<Nombre de la Empresa Unipersonal>*** *con* ***<Tipo de Identificación> <No. de Identificación>,*** *se encuentra registrada en esta AFP* sin dependientes, por lo tanto no presenta mora a la Seguridad Social de Largo Plazo.*
>
> *El presente documento tendrá* ***vigencia indefinida*** *entre tanto la condición del solicitante (empresa sin dependientes) se mantenga como tal…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la recurrente refiere que el formato del certificado, establece para el mismo su vigencia indefinida, existiendo una contradicción con lo establecido en el parágrafo II del artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, el que señala que la vigencia para el Certificado de No Adeudo para Empresas Unipersonales sin Dependientes, será hasta el último día calendario del tercer mes computable a partir de su fecha de emisión.

Ahora es pertinente dejar sentado que, tal como lo señala la recurrente, la mora es una figura en la que sólo pueden incurrir los Empleadores, recordando lo establecido en los numerales precedentes, en sentido que para que las Empresas Unipersonales sin Dependientes puedan acceder a contrataciones con el Estado, la Gestora Púbica debe emitir a favor de las mismas, el Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, con la finalidad de establecer el registro de la Empresa y aclarar que la misma no cuenta con mora.

Asimismo, debe quedar claro que en virtud a lo establecido en el artículo 168º, inciso h), de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene entre sus funciones y atribuciones:

> "…*h)* ***Regular****, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, en función de las facultades que le son inherentes, la Entidad Reguladora ha normado procedimientos y documentos que deben ser cumplidos por los regulados, entre ellos, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

Por otra parte, el artículo tercero, parágrafo II, de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, señala que la vigencia para el Certificado de No Adeudo para Empresas Unipersonales sin Dependientes será hasta el **último día calendario del tercer mes computable a partir de su fecha de emisión,** sin embargo, el formato establecido en el Anexo III de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013 (ambas conformantes del presente proceso recursivo), señala que la vigencia del Certificado es **indefinida,** existiendo por lo tanto una contradicción en cuanto a la vigencia señalada, lo que resultando de normas con la misma jerarquía, debe ser aclarado, conforme corresponda, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por lo demás, tratándose de observaciones a necesarios instrumentos (los formularios) que implementa tal Autoridad, corresponde ratificar aquí lo señalado en oportunidad del numeral supra, en sentido de no resultar de la aplicación de los mismos infracción alguna a los derechos de la recurrente, por cuanto, no hacen a sus derechos sustanciales o de mérito, sino a extremos circunstanciales propios de la permanente interrelación entre Administración y administrados, empero que por lo mismo, compelen al Órgano Fiscalizador, a realizar una permanente revisión de los instrumentos que utiliza, en este caso los formularios, que le permita identificar falencias o insuficiencias, a efectos de su mejoramiento.

Asimismo, se ratifica también en que no se evidencia en la pretensión del Recurso Jerárquico que se analiza, que las resoluciones recurridas afecten, lesionen o perjudiquen en sus derechos subjetivos o intereses legítimos de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

2.2. Otros alegatos referidos al Certificado de No Adeudo.-

2.2.1. De la vigencia.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) argumenta en su Recurso Jerárquico, que los Certificados de No Adeudo para **Empleadores con Deuda** o **Empresas no Registradas,** no pueden tener la misma vigencia, debido a que su condición puede ser modificada en cualquier momento.

Asimismo, la recurrente señala que al dejar **implícitamente** sin efecto el Certificado de No Adeudo solicitado anteriormente por el proponente, no se podría ejercer el control suficiente y necesario para que éste no pueda utilizar el documento que mejor le convenga a sus intereses, observando por lo tanto, la vigencia y la validez del documento.

Respecto a la respuesta a Empleadores con mora en la Seguridad Social de Largo Plazo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, señaló que: "*la norma no establece una vigencia para la misma*".

Revisando el artículo Tercero de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, modificado parcialmente mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, se tiene que:

> "…***TERCERO.- (VIGENCIA). I.*** *La vigencia de cada* ***CNA*** *así como del* ***Documento de No Registro*** *señalado en la Disposición Transitoria de la presente norma, será hasta el último día calendario del mes de su emisión*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sobre el particular, es evidente que no corresponde el argumento presentado por la recurrente, toda vez que la vigencia establecida en el artículo tercero transcrito ut supra, determina la vigencia del Certificado de No Adeudo para **Empleadores sin Deudas** a la Seguridad Social de Largo Plazo, así como para el **Documento de No Registro**, no así para Empleadores con mora.

Ahora bien, con relación a la falta de control señalada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** referida a que la Empresa que cuente con un Documento de No Registro y posteriormente se inscriba, deja sin efecto el Certificado de No Adeudo solicitado anteriormente, pudiendo el proponente utilizarlo para fines que mejor le convenga, tampoco corresponde, toda vez que el formato del **Documento de No Registro** establecido en el Anexo IV, simplemente señala que el proponente "*no se encuentra registrado*" en la Administradora de Fondos de Pensiones, y que para ser sujeto a contrataciones con el Estado, a efectos del artículo 100º de la Ley Nº 065, de Pensiones, debe presentar la señalada nota y el Certificado de No Adeudo de la otra Administradora de Fondos de Pensiones.

Téngase presente que la recurrente no ha señalado, para qué otros intereses el proponente podría utilizar el Documento de No Registro, conforme lo por ella alegado.

2.2.2. Del Formato de Respuesta a Solicitudes de Certificado de No Adeudo por Casuística.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013 de 15 de octubre de 2013, señaló que el artículo 1° del Decreto Supremo N° 822 de 16 de marzo de 2011, ha establecido que la **Seguridad Social de Largo Plazo** está referida al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, o al Sistema Integral de Pensiones, o a ambos según corresponda; no así a las deudas del Sistema de Reparto.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) por su parte, argumenta en su Recurso Jerárquico, que el mencionado artículo 1° del Decreto Supremo N° 822 de 16 de marzo de 2011, no establece lo señalado por la Entidad Reguladora, por lo que al determinar "***deudas con la Seguridad Social de Largo Plazo***", estaría abarcando también las deudas por obligaciones a la Seguridad Social que corresponden al Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR).

Tal como se señaló precedentemente, el artículo 100° de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente debe presentar el Certificado de No Adeudo por contribuciones al **Seguro Social Obligatorio de largo plazo** y al **Sistema Integral de Pensiones.**

Asimismo, el Anexo de la misma Ley (*Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones*), señala:

> "…***Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo:*** *Es el sistema de pensiones aprobado mediante la Ley N° 1732, de Pensiones, cuya fecha de inicio fue el 1° de mayo de 1997.*
>
> ***Sistema de Reparto:*** *Es el conjunto de los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte y otras prestaciones y beneficios administrados por el Ente Gestor del Sistema de Reparto, previstos en el Código de Seguridad Social y otra normas específicas*…"

Ahora bien, el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2013, determina lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO 1.- (OBJETO).*** *Se aprueba el* ***Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros beneficios****, que en Anexo forma parte integrante del presente Decreto Supremo*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Y a su vez, el Reglamento referido, señala que:

> "…***ARTÍCULO 1.- (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA).*** *Las definiciones establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, son aplicables en el presente reglamento.*
> *Para los efectos del presente Reglamento, se establece las siguientes definiciones:* (…)
> ***Seguridad Social de Largo Plazo:*** *Refiere al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema Integral de Pensiones o ambos según corresponda*…"

Por lo señalado, es evidente que el artículo 1° del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 de Pensiones, establece que la **Seguridad Social de Largo Plazo** está compuesta por el **Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo**, el **Sistema Integral de Pensiones** o ambos, no correspondiendo por lo tanto, lo señalado por la recurrente.

En tal sentido, para la emisión del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben considerar los aportes realizados en el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo iniciado el 1° de mayo de 1997, los aportes realizados al Sistema Integral de Pensiones a partir de enero de 2011 o ambos según corresponda, no así los aportes realizados al Sistema de Reparto.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante aclarar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se refirió a la definición establecida en el artículo 1° del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, aprobado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

2.2.3. De la respuesta a solicitudes de Certificados de No Adeudo vía web.-

La recurrente señala que, velando por la integridad de la información de los Certificados de No Adeudo, no es viable que los mismos se emitan vía web, debido a los procedimientos de revisión y validación que se realizan previos a su emisión, generando una falta de control toda vez que las medidas de seguridad implementadas, bajo ningún procedimiento pueden controlar que una empresa registrada pueda obtener la nota de no registro vía web, siendo imprescindible contar con la Base de Datos del RUPE.

Asimismo, comunica que existen proponentes que emiten los Certificados de No Adeudo vía web, con un objeto distinto al establecido en el artículo 100° de la Ley N° 065 de Pensiones, para los cuales solicita se bloquee el acceso al servicio vía web y los requerimientos se los realice en sus oficinas regionales.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013 de 15 de octubre de 2013, estableció lo siguiente:

> "…*corresponde aclarar que esos "procedimientos que se han establecido para generar la información a solicitud del proponente" son parte de los mecanismos de seguridad que la GPS (transitoriamente las AFP) debe implementar conforme al parágrafo IV. del citado Artículo* (…)
>
> …*es importante aclarar que el servicio que otorgue la GPS (transitoriamente las AFP) a través de su sitio Web debe estar abierto en primera instancia a toda aquella empresa que desee un CNA, la misma que mediante su NIT accederá a dos posibilidades:*
>
> 1. *En caso de que el sistema de la AFP identifique al NIT como no registrado, derivará la opción directamente a un Documento de No Registro.*
> 2. *En el caso de que el NIT sea identificado como registrado en la AFP, el sistema deberá exigir la inserción del PIN.*
>
> *Para tal efecto, es importante que las AFP tomen las medidas que correspondan a fin de evitar que un Empleador registrado pueda acceder a una nota de No Registro*…"

En base a tales argumentos, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013 modificó el artículo séptimo de la siguiente manera:

> ***"…SÉPTIMO.- (RESPUESTA A SOLICITUDES DE CNA VÍA WEB).*** *I. La GPS deberá desarrollar un sistema de respuesta a las solicitudes de Certificados de No Adeudo, mediante el cual las empresas podrán generar los impresos de "Certificados de No Adeudo", la "Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo", el "CNA para Empresas Unipersonales sin Dependientes" y el "Documento de No Registro", emitidos por la GPS a través del Sitio Web de la misma.*
>
> *II. Dicho sistema de generación de respuesta en línea deberá estar publicado en un lugar visible del Sitio Web de la GPS con las restricciones y seguridades correspondientes, dentro del plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.*
>
> *III. Las respuestas a CNA emitidas en línea por la GPS deberán mantener un registro de control dentro de la "Base de Datos de CNA emitidos" de forma inmediata a la generación en línea de dicha respuesta.*
>
> *IV. Se instruye a la GPS el uso de la firma digitalizada para todas las respuestas a solicitudes de Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo responsabilidad de la misma* ***implementar las medidas de seguridad de autenticación y verificación que correspondan****, siendo obligatorias las siguientes:*
>
> 1. *El* ***uso de identificadores y claves individuales*** *para el acceso de los Empleadores y/o Empresas Unipersonales sin Dependientes.*
> 2. *La* ***incorporación de códigos de verificación*** *hash (MD5 y/o SHA-256) en la impresión de todas las respuestas a solicitudes de Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo implementando pantallas que permitan a la empresa el verificar en línea la información y el contenido de los Certificados emitidos.*
> 3. *El* ***uso de códigos de barra bidimensionales*** *(QR) para la verificación en línea de la información y el contenido de las respuestas emitidas ante una solicitud de CNA.*
> 4. *Contar con certificados SSL en el sitio Web de la GPS (dirección https://) que permitan la autenticación del origen de los Certificados emitidos, debiendo la GPS tomar las previsiones necesarias para que dichos certificados SSL no sufran interrupciones o cortes que afecten el servicio de Autenticación y Encriptación.*
>
> *Las medidas de seguridad señaladas precedentemente, deberán ser implementadas como máximo hasta el 13 de diciembre de 2013.*
>
> *V. Es* ***obligación de la GPS, implementar todas las medidas de seguridad que correspondan a fin de evitar que un Empleador registrado pueda acceder a un Documento de No Registro****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Si bien pueden existir problemas en la emisión de los Certificados de No Adeudo, se considera el que algunos empleadores emiten los mismos para otros fines, existiendo otros procedimientos previos de validación de la información que pueden verse afectados; sin

embargo, es responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones, como administradoras de la información, implementar las medidas de seguridad que consideren necesarias a fin de evitar este tipo de problemas.

Asimismo, es importante que la Entidad Reguladora verifique si el procedimiento establecido en el señalado artículo séptimo, permite a las Administradoras de Fondos de Pensiones una correcta emisión del Certificado de No Adeudo y de la Nota de No Registro, y si es viable o no el acceso a la Base de Datos del RUPE, así como establecer el procedimiento a seguir para aquellos Empleadores que emiten el Certificado de No Adeudo vía web con otros fines.

Finalmente, la recurrente señala que en el formato existen observaciones y falta de signos de puntuación, toda vez que al señalar "*Seguridad Social de Largo Plazo*", la misma hace que se deba incluir la información del SENASIR; asimismo argumenta que una Administradora de Fondos de Pensiones no puede determinar que un proponente sea sujeto de contratación, si presenta el Certificado de No Adeudo de la otra AFP, debiendo limitarse simplemente a que la empresa no se encuentra registrada.

Tal como se señaló precedentemente, la Seguridad Social de Largo Plazo está compuesta por el Seguro Social de Largo Plazo, el Sistema Integral de Pensiones o ambas, por cuya razón, no corresponde el argumento presentado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, toda vez que el mismo no considera los aportes realizados al Sistema de Reparto.

Respecto al formato del Documento de No Registro, que señala que el proponente "*debe presentar a la entidad contratante, tanto la presente nota como un Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo emitido por* ***<Nombre de la otra AFP>",*** es importante que la Entidad Reguladora verifique esta redacción toda vez que, tal como argumenta la recurrente, una Administradora de Fondos de Pensiones no puede certificar la existencia de no adeudo en la otra Administradora de Fondos de Pensiones, lo que sin embargo y como ya se ha establecido, queda circunscrito a extremos circunstanciales propios de la permanente interrelación entre Administración y administrados, empero que por lo mismo, compelen al Órgano Fiscalizador, a realizar una permanente revisión de los instrumentos que utiliza, en este caso los formularios, que le permita identificar falencias o insuficiencias, a efectos de su mejoramiento, sin que por ello justifique revocatoria alguna de las resoluciones impugnadas.

2.2.4. Del Pago de Mora para la obtención del Certificado de No Adeudo.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala también que:

> "…*Respecto a lo mencionado en los considerando sobre que el Articulo* (sic) *4 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 241/1999, establece "la AFP estampara* (sic) *el sello de conformidad en base al cual la entidad recaudadora recién podrá aceptar el depósito", se refiere a que la AFP calcula los intereses en lo que respecta a la declaración presentada por el empleador, y producto de la acreditación del mismo se*

calculara (sic) *la nueva deuda o la regularización de la misma, y no así con verificaciones previas, mas* (sic) *aun cuando el empleador tiene la facultad de efectuar el pago de cualquier periodo de cotización, según lo citado en el artículo 98 de la Ley 065/2010, en la cual se establece el pago de contribuciones no pagadas, y que a la fecha aún no tiene reglamento. Dentro del procedimiento para la generación de CNA para empresas que pagan se establece la presentación de FPC y Liquidación de Mora, como dos documentos diferentes, siendo que el cálculo de intereses efectuada a la declaración, es la liquidación que efectúa la AFP, caso contrario se entiende, que la AFP debería liquidar previamente la mora en un formato aun no especificado y posteriormente comparar la declaración con dicha liquidación, situación que operativamente no es viable, salvo en los casos de deuda efectiva, que previo caso deberían cumplir el procedimiento de efectivización de mora en los plazos dispuestos en la Circular APS/DPC/188/2012 y complementaria la Circular APS/DPC/129/2013 que regula los FEM.*

Asimismo, respecto al inicio de la denuncia al Ministerio Publico (sic), *se debe tener un procedimiento previo, debido a que si bien la Entidad Recaudadora tiene "a) Obligación de la entidad recaudadora de ingresar las Contribuciones recibidas, en forma a la AFP, según los plazos estipulados en el artículo anterior", es importante señalar que pueden existir casos en los cuales no se hubiere digitado el número de NIT, u otro, situación que fue prevista por su Autoridad mediante Circular APS/DPC/147-2012 (Conciliación Bancaria).*

Por todo lo anteriormente expuesto nuevamente se solicita que en el plazo para las empresas que pagan, sea mayor al normado para la emisión del CNA, que debería ser concluida la Acreditación, que es el único procedimiento con el que se podría verificar que la deuda esta regularizada, vencido el plazo de la acreditación, la cual debería seguir la misma priorización de acreditación de independientes, debido a que mensualmente se reciben en promedio 5187 FPC's para el cálculo de intereses…"

En tal sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, señaló que no desconoce el plazo dispuesto para acreditar los FPC, asimismo argumenta que si la Administradora de Fondos de Pensiones emite la Liquidación de Mora en una fecha determinada y la misma es pagada por el empleador en su totalidad, se entiende que el mismo ya no tiene obligaciones pendientes con la Seguridad Social de Largo Plazo, considerando también que el plazo que tienen las entidades autorizadas de recaudar las contribuciones, deben ser abonadas en las Cuentas Recaudadoras del FCI, el mismo día en que se realiza el pago.

No obstante lo razonable de tal posición, el Ente Regulador deberá tener presente que, si bien la acreditación por parte de la entidad recaudadora de las Contribuciones debe ser realizada en el día, el artículo 14° del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de efectuar la acreditación de los FPC, en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario desde la fecha de pago.

Asimismo, es de conocimiento de la Entidad Reguladora, que se cuenta con un procedimiento para el cobro, verificación y acreditación de aportes en mora, los cuales deben ser revisados, a fin de determinar si el pago fue efectuado de manera correcta, y si el Empleador no cuenta con nuevos aportes en mora que puedan afectar la condición de no deudora.

En tal sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al establecer los procedimientos, deberá observar que los mismos no afecten el normal desenvolvimiento y los procesos ya establecidos, lo que resultando diverso del objeto del litigio presente, no justifica la revocatoria alguna de las resoluciones impugnadas.

2.3. De la Disposición Transitoria.-

La recurrente solicita la inclusión de un penúltimo parágrafo en la nota de respuesta para Empleadores registrados con deuda a la Seguridad Social de Largo Plazo, con el siguiente texto: "*debiendo presentarse en nuestras oficinas en un plazo no mayor a un día hábil, contados a partir de la recepción de la presente nota, para el asesoramiento de regularización de los conceptos cobrados*", esto con el propósito de que se pueda entender también como un proceso de gestión de cobro, solicitando también la ampliación de quince (15) días hábiles administrativos para la adecuación de los nuevos formatos en su sistema.

Con respecto a ello y teniendo en cuenta la resolución del presente fallo que sale infra, debe sujetarse a lo mismo el pronunciamiento que corresponda al alegato señalado, por cuanto, la presente instancia jerárquica no tiene competencia para determinar la inclusión o no del parágrafo solicitado por la Administradora de Fondos de Pensiones, por lo que corresponde a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones atender la solicitud de la recurrente, así como determinar si corresponde o no la ampliación solicitada, para la adecuación de sus nuevos formatos, considerando que los mismos no sufrieron grandes modificaciones a los establecidos mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto a los argumentos presentados por la recurrente, conclusión posible en cuanto el objeto de las pretensiones expuestas por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en términos del artículo 56°, parágrafo I, de la ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), no resultan de afectaciones, lesiones o perjuicios a sus derechos subjetivos o intereses legítimos de la última nombrada, de manera tal que no se justifica de manera alguna la revocatoria de las decisiones del Ente Regulador; no obstante, es necesario que el mismo, ahora recurrido, dé atención a la generalidad de observaciones expuestas por las Administradoras de Fondos de Pensiones al respecto, como las que

constan en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico del caso de autos, de manera tal que los cuestionamientos no vayan a futuro a causar el perjuicio que ahora se extraña.

CONSIDERANDO:
Que, de conformidad con el artículo 43º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 551-2013 de 18 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

ARTÍCULO SEGUNDO.- En el plazo de 10 (diez) días hábiles administrativos siguientes a su notificación con la presente Resolución Ministerial Jerárquica, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá dar la atención pertinente que corresponda, a la generalidad de observaciones hechas presentadas por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en el memorial de Recurso Jerárquico presentado en fecha 5 de noviembre de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANAZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 948-2013 DE 24 DE OCTUBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 018/2014 DE 02 DE ABRIL DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2014

La Paz, 02 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 948-2013 de 24 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 012/2014 de 28 de febrero de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 027/2014 de 7 de marzo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 14 de noviembre de 2013, el Sr. Alejandro Fabián Ybarra Carrasco, en su calidad de Director Ejecutivo de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 1082/2009 de fecha 9 de diciembre de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Mariana I. Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 948-2013 de 24 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9286/2013, con fecha de recepción de 19 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 948-2013 de fecha 24 de octubre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 21 de noviembre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, mismo que fue notificado el 28 de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DESP/DJ/DS/6590/2013 de fecha 9 de julio de 2013, notifica a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** por la presunta contravención en la que habría incurrido la Entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

> "…***1.*** *En relación a la* ***Póliza Nº 20009637 con Código 108-910130-2007 10 072****:*
>
> ***a)*** *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que muestra el código 108-910101-2001 03 028-2577, para la Póliza N°20009637 y que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hasta la suma de US$5.000.000, y recepcionada en YPFB Transporte el 03 de mayo de 2012, y contenido emitido por la entidad aseguradora para la referida Póliza, no corresponden ni concuerdan con códigos ni contenidos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la Póliza y Código del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999. que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, como se explica a continuación:*
>
> *- **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*
>
> *- El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

b) *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que muestra el código COD. 108-910101-2001 03 028-2577 que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Nacional de Bolivia S.A., hasta la suma de US$25.977.378,11 recepcionada en YPFB Transporte el 02 de marzo de 2012 junto a su contenido, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la póliza y código del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N°070/1999 de 23 de abril de 1999, como se explica a continuación:*

*- **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

*- El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

c) *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que código 108-910101-2001 03 028-2577 y que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hasta la suma de US$15.054.972,16 recepcionada en YPFB Transporte el 02 de marzo de 2012 junto a su contenido, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la póliza del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999 que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, como se explica a continuación:*

*- **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

*- El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las*

responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".

d) *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que muestra el código COD. 108-910101-2001 03 028-2577 que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Unión S.A., hasta la suma de US$13.159.070 recepcionada en YPFB Transporte el 02 de marzo de 2012 junto a su contenido emitido por la entidad aseguradora, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la póliza del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999. que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, como se explica a continuación:*

- ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El* ***artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999****:* *"…****ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

e) *El "Certificado de Seguro" que no muestra el código de fecha 01 de febrero de 2012 y se identifica la firma de recibido con fecha del 07 de febrero de 2012, se encuentra en idioma Inglés, emitido por la entidad aseguradora para la póliza del epígrafe, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de dicha póliza, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 de 25 de junio de 1998, el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, y lo establecido en el artículo 1006 del Código de Comercio, como se explica a continuación:*

- ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El* ***artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999****:* *"…****ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será*

pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".

*- El **artículo 1006 del Código de Comercio** establece: "**MEDIO DE PRUEBA:** En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. **La póliza debe redactarse en idioma castellano**, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado" (las negritas son de la APS).*

***f)** El "Certificado de Seguro" que no muestra el código, de fecha 14 de febrero de 2012 y se identifica sello de recibido en YPFB en fecha 15 de febrero de 2012, además de encontrarse que el mismo esta idioma Inglés, emitido por la entidad aseguradora para la póliza del epígrafe, no corresponde ni concuerda con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de dicha póliza, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, y lo establecido en el Código de Comercio Decreto Ley N°14379, en el Artículo 1006, como se explica a continuación:.*

*- El **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: … **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

*- El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

*-El **artículo 1006 del Código de Comercio** establece: "**MEDIO DE PRUEBA:** En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. **La póliza debe redactarse en idioma castellano**, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado" (las negritas son de la APS).*

***g)** La "Cláusula de Pruebas y Puesta en Marcha de la Propiedad y la Planta (aplicable a todas las secciones)" y la "Cláusula de Pagos a Cuenta" no cuentan con códigos de registro ni concuerdan con respaldo de autorización de manera previa para su comercialización como parte de la póliza y código del epígrafe, incumpliéndose las normas que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, como se explica:*

- ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998*: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

- *El **artículo 1006 del Código de Comercio** establece: "**MEDIO DE PRUEBA:** En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. **La póliza debe redactarse en idioma castellano**, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado" (las negritas son de la APS).*

***h)** El Condicionado General y Condicionado Particular de la Póliza de Seguro N°20009637, no concuerdan con el texto autorizado mediante Resolución Administrativa N° 946/2007 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización.*

N°	Según Alianza: Póliza de Seguro N°20009637	Según la APS: Textos Autorizados mediante R.A. N°946/2007
1	En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "TIPO: Seguros de todo riesgo de Pérdida Física o daño directo súbito y accidental incluyendo rotura de maquinaria y pérdida de beneficios". El referido texto no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.	En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "Ramo: Todo Riesgo de Pérdida Física directa, súbita y accidental o daño físico directo incluyendo, pero no limitada a , Huelgas, Motines y Conmoción Civil, explosión de calderos, interrupción de negocios y Rotura de maquinaria". El referido Texto no concuerda con el de la póliza emitida con número N°20009637.
2	En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "ASEGURADO: YPFB Transporte S.A. y compañías subsidiarias, asociadas, afiliadas, interrelacionadas, constituidas o que pudieran ser constituidas de ahora en más, entidades en las cuales el asegurado no estuviera obligado legal o contractualmente a proveer aquellos seguros permitidos por las condiciones generales y particulares, o ambas, según sus respectivos derechos e intereses.", de manera anexa, se encuentra el siguiente apartado que establece lo siguiente: "ASEGURADOS ADICIONALES: YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES BOLIVIANOS	En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "ASEGURADO: Transredes S.A. Transporte de Hidrocarburos Sociedad Anónima y compañías subsidiarias, asociadas, afiliadas e interrelacionadas, constituidas o que pudieran constituirse en adelante, entidades por las cuales el asegurado, estuviera legalmente o contractualmente obligado a proveer aquellos seguros permitidos por el condicionado general, o cualquier combinación de los anteriores, como surjan sus respectivos derechos e intereses. Se incluyen los asegurados nombrados según detalle", de manera anexa, se encuentra el siguiente apartado que establece lo siguiente: "TR Holding Ltda., Shell Gas (Latin America) B.V., Prisma Energy Spain S.L., Yacimientos Petrolíferos Bolivianos (Y.P.F:B.) banco Interamericano de Desarrollo (BID) y sus funcionarios y empleados, corporación andina de Fomento (CAF), y sus funcionarios y empleados y cualquier compañía

N°	Según Alianza: Póliza de Seguro N°20009637	Según la APS: Textos Autorizados mediante R.A. N°946/2007
	(YPFB), YPFB Transporte S.A. – Agencia Chile, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), Sinopec Internacional Petroleum Service Ecuador S.A. (Sucursal Bolivia). Y cualquier otra compañía propia o controlada, asociada, afiliada, joint venture, corporación accionista, o cualquier otra compañía o corporación subsidiaria, constituida actualmente o a ser constituida en el futuro según la titularidad de sus respectivos derecho e intereses". Los referidos textos no concuerdan con el texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.	*propia, controlada, asociada, afiliada, de riesgo compartido, accionista o cualesquier compañías o corporaciones subsidiarias, constituida actualmente o se constituyan en el futuro de acuerdo a la titularidad de sus respectivos derechos e intereses como está definido en el condicionado de la póliza original y como se detalla de aquí en adelante.". Los referidos Textos no concuerdan con el de la póliza emitida con número N°20009637.*
3	*En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "VIGENCIA: 12 meses calendarios desde el 14 de febrero 2012 al 14 de febrero 2013 a las 12:00 hora standard local en la dirección principal del asegurado.". El referido texto no se encuentra en el texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.*	*En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "VIGENCIA: Desde: 16 de mayo de 2007 A: 16 de mayo de 2008 ambos días a las 00:01 hora local standard en la dirección del asegurado como se indica en líneas arriba". El referido Texto no se encuentra en la póliza emitida con número N°20009637.*
4	*En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "INTERESES: Toda propiedad asegurada de cualquier tipo o descripción y/o bienes o propiedades en las cuales el asegurado tiene o debería tener interés, incluyendo propiedad de terceros bajo custodia o control del asegurado por el cual el asegurado pueda ser responsable o pueda tener un interés, incluyendo pero no limitado a: propiedades inmuebles, edificios, estructuras, ductos, estaciones de compresión, tanques de almacenamiento, calderas, maquinas, equipos, facilidades, accesorios, suministros, combustibles y cualquier otros bienes propiedad del asegurado y cualquier otro activo bajo la custodia, cuidado y control del asegurado, líneas de transmisión eléctrica y vapor hasta una distancia de 1000 pies de la propiedad del asegurado incluyendo el equipo relacionado al mismo, los costos de copia, remplazo de dibujos, planos, y otros documentos o sistemas de grabación de computadoras, equipos electrónicos y cualquier otra propiedad en la superficie, almacenaje de petróleo y gas en ductos". El referido texto no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.*	*En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "INTERESES: <u>Secciones 1 y 2 Daños a la propiedad y Rotura de Maquinaria:</u> Toda propiedad, mueble e inmueble, de propiedad del asegurado o a su cuidado, custodia o control o por la cual al asegurado sea responsable, todos los edificios, estructuras, ductos, estaciones de compresión, tanques de almacenaje, calderas, maquina, equipo, facilidades, muebles, suministros, combustibles y otros bienes de propiedad de Transredes y otros activos de propiedad de otros bajo cuidado, custodia y control de Transredes; líneas de transmisión eléctrica y vapor hasta una distancia de 1.000 pies de la propiedad del asegurado con sus equipos relacionados con ellas, el costo de copiar planos, dibujos o cualquier otro documento o registros de sistemas de computación, equipo electrónico y cimiento, ductos y otras propiedades bajo la superficie del suelo, existencias de petróleo, gas en almacén ductos y/o como se define ampliamente en el condicionado de la póliza. <u>Sección 3 – Interrupción de Negocios – Periodo de Indemnización de doce (12) meses:</u> Interrupción de negocios a consecuencia de pérdida física y daño físico cubiertos por la sección 1 anterior, sobre la base de beneficio bruto". El referido Texto no concuerda con el de la póliza emitida con número N°20009637.*
5	*En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "PRIMA TOTAL: $us 1.189.319,37". El referido texto no concuerda con en el*	*En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "PRIMA: Prima Anual (100%): Secciones 1,2 y 3 US$ 1.202.320,32 (Incluyendo impuestos y recargos)". El referido Texto no se encuentra en la*

N°	Según Alianza: Póliza de Seguro N°20009637	Según la APS: Textos Autorizados mediante R.A. N°946/2007
	texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.	*póliza emitida con número N°20009637.*
6	*En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "SUBLÍMITES: *Gastos Extraordinarios, horas extras, trabajo nocturno, días no laborales hasta USD5.000.000, *gastos de Investigación y Salvataje hasta USD5.000.000, *Cobertura Automática para construcciones en curso hasta USD10.000.000 como máximo valor por de contrato al inicio USD10.000.000, *Costos de limpieza incluyendo de gastos de limpieza de suelo por derrame, contaminación, filtración y polución hasta USD1.000.000 según NMA1999B, *Huelga, Motín, Conmoción Civil y Daños Maliciosos (Texto adjunto) USD50.000.000". El referido texto no se encuentra en el texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.*	*En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "SUBLÍMITES: Sabotaje US$50.000.000". El referido Texto no se encuentra en la póliza emitida con número N°20009637.*
7	*En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "DEDUCIBLES: SECCIÓN I y II, Daño Material (Incluyendo Rotura de Maquinaria) USD 500.000 todo y cada accidente u ocurrencia excepto: USD1.000.000 para terremoto, inundación, y otros peligros de la naturaleza por ocurrencia, USD250.000 para Todo Riesgo de Construcción , por ocurrencia, USD100.000 para Transportes internos por Ocurrencia, SECCIÖN III, Pérdida de Beneficios y Pérdida de Beneficios Contingente, Deducible:30 (treinta) días para cualquier accidente u ocurrencia. Base: Valor Promedio Diario, pero 60 días en relación a terremoto, inundación, ciclón, tornado, otros riesgos de la naturaleza y rotura de maquinaria.". El referido texto no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 946/2007.*	*En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "DEDUCIBLES: <u>Secciones 1 y 2 – Daños a la Propiedad y Rotura de maquinaria:</u> US$500.000 (100%) por cualquier accidente u ocurrencia, US$250.000 (100%) por cualquier accidente u ocurrencia respecto a proyectos cubiertos bajo construcción en curso incidental, US$100.000 (100%) por cualquier accidente u ocurrencia respecto a movimiento telúricos, inundaciones y tormentas de viento y rotura de maquinaria. Sección 3 – Interrupción de negocios 30 (treinta) días por cualquier accidente u ocurrencia, pero con 60 (sesenta) días respecto a movimientos telúricos, inundaciones, tormentas de viento y rotura de maquinaria.". El referido Texto no concuerda con el de la póliza emitida con número N°20009637.*
8		*En el condicionado General de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado: "DISPOSICIONES GENERALES" el cual incluye los numerales: 1. Discrepancias en la Póliza, 2. Pago de la prima, Vigencia y Rescisión de contrato, 3. Jurisdicción, 4. Rescisión Voluntaria del Contrato de Seguro, 5.Agravación de Riesgo, 6. Reticencia o Inexactitud, 7. Aviso de Siniestro, 8. Prescripción.", El referido Texto no se encuentra en la póliza emitida con número N°20009637.*

- ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998*: *"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: … **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

*- El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

***i)** La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la Calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa establecida en el numeral 3 romano I, de la referida solicitud de información que establecía el contenido siguiente: "Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos (Ej: Copia reporte de la WEB, Copia informa de la calificadora internacional u otra), como se explica a continuación:*

*- **Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **j)** Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

***2.** En relación a la **Póliza Nº 20009638 con Código 108-9109160-2012 04 120**:*

***a)** El "Anexo 1" y su contenido emitido por la entidad aseguradora para la Póliza de Sabotaje y Terrorismo N°20009638 recepcionada en fecha 13 de abril de 2012 por YPFB Transporte, no cuenta ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de dicha póliza, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999. que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, como se explica a continuación:*

*- El artículo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de abril de 1999: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las*

responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".

b) *La entidad aseguradora no proporcionó la siguiente documentación referida en el apartado "CONDICIONES ADICIONALES" del Condicionado Particular de la Póliza de Terrorismo y Sabotaje N°20009638:* ***a)*** *Cláusula Cut Through;* ***b)*** *Exclusión de actos engañosos, y amenazas nucleares, químicas, biológicas y cibernéticas;* ***c)*** *Excluyendo clientes y proveedores;* ***d)*** *Extensión de periodo por 120 días con prima a prorrata en caso de ser requerido por el asegurado, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012 establecida en el numeral 2 romano III en la referida solicitud de información, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, como se explica a continuación:*

- *Artículo 12 j) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…* ***j)*** *Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

c) *El Condicionado General de la Póliza de Seguro del epígrafe no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 205/2012 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización, como se explica a continuación:*

<table>
<tr><th>N°</th><th>Según Alianza: Póliza de Seguro N°20009638</th><th>Según la APS: Textos Autorizados mediante R.A. N°205/2012</th></tr>
<tr><td>1</td><td>En el condicionado General de la Póliza N°20009638, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "<u>CONDICIONES</u>: 23. <u>CANCELACIÓN</u> Esta Póliza no podrá ser cancelada por el Asegurador o el Asegurado excepto en el caso de la falta de pago de la prima, en cuyo caso el Asegurador pueden cancelar a su discreción, mediante notificación por escrito en la que se consigne en qué momento, tendrá lugar, al menos 15 días después, entrará en vigor la cancelación. El envío de la notificación en la forma mencionada constituirá prueba suficiente de la notificación, y la presente póliza quedará sin efecto en la fecha y hora que allí se consignan". El referido texto no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 205/2012.</td><td>En el condicionado General de los textos autorizados se encuentra el apartado y contenido siguiente: "<u>CONDICIONES</u>: 23. <u>CANCELACIÓN</u> Esta Póliza no podrá ser cancelada por el Asegurador o el asegurado excepto en el caso de la falta de pago de la prima, en cuyo caso el asegurador pueden cancelar a su discreción, mediante notificación por escrito y con una antelación no menos de 15 días de conformidad a lo establecido en el artículo 1023 del Código de Comercio. Asimismo y de conformidad al artículo 1024 del Código de Comercio, si la rescisión fuera por voluntad del asegurador, este devolverá a prorrata la parte de la prima de seguro por el tiempo no corrido si fuera por voluntad del asegurado, el asegurador tendrá derecho a la prima por el tiempo corrido, según la tarifa a corto plazo.

<u>TARIFA DE CORTO PLAZO</u>
<table>
<tr><th>MESES DE SEGURO</th><th>PROPORCIÓN DE LA PRIMA ANUAL</th><th>MESES DE SEGURO</th><th>PROPORCIÓN DE PRIMA ANUAL</th></tr>
<tr><td>1</td><td>25%</td><td>6</td><td>80%</td></tr>
<tr><td>2</td><td>40%</td><td>7</td><td>85%</td></tr>
<tr><td>3</td><td>55%</td><td>8</td><td>90%</td></tr>
<tr><td>4</td><td>65%</td><td>9</td><td>95%</td></tr>
</table></td></tr>
</table>

N°	Según Alianza: Póliza de Seguro N°20009638	Según la APS: Textos Autorizados mediante R.A. N°205/2012
		5 | 75% | 10 | 100% Cualquier fracción de mes se computará como mes completo". El referido Texto no concuerda con el de la póliza emitida con número N°20009638.

- *Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *Artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999: "…****ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

d) *La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa establecida en el numeral 3 romano III, de la referida solicitud de información que establecía el contenido siguiente: "Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos (Ej: Copia reporte de la WEB, Copia informa de la calificadora internacional u otra), como se explica a continuación:*

- *Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…****j)*** *Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

3. En relación a la Póliza Nº 20009254 con Código Nº 108-910101-2001 03 028.

a) *La entidad aseguradora no proporcionó el listado de cláusulas establecidas en el apartado "Cláusulas Adicionales", conforme se requirió en el numeral 2 numero romano II, de la Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, como se explica a continuación:*

- Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- *Las entidades aseguradoras y*

*reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **j)** Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

***b)** El Condicionado Particular de la Póliza del epígrafe, no concuerda con el texto autorizado mediante Resolución Administrativa N° 143/2001 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización.*

N°	***Según Alianza: Póliza de Seguro N°20009254***	***Según la APS: Textos Autorizados mediante R.A. N°143/2001***
1	*En el condicionado Particular de la Póliza N°20009254, se encuentra el siguiente detalle de apartados entre otros, no concordantes con los autorizados: "CLIENTES/REGISTRO DE ASEGURADOS, CAPITALES BÁSICOS ASEGURADOS, UBICACIÓN DEL BIEN ASEGURADO, COBERTURAS, ACLARACIONES GENERALES, RAMO, UBICACIÓN DEL RIESGO, ACTIVIDAD, MATERIA DEL SEGURO, COBERTURAS, CLÁUSULAS ADICIONALES, CONDICIONES ESPECIALES, CONDICIONES MECANOGRAFIADAS, ANEXO DE INCLUSIÓN, CLÁUSULAS". Los apartados referidos no concuerdan con los autorizados mediante R.A. N° 143/2001.*	

***a)** Artículo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: … **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** Artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de abril de 1999: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

***c)** La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012,*

incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa establecida en el numeral 3 romano II, de la referida solicitud de información que establecía el contenido siguiente:"Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos (Ej: Copia reporte de la WEB, Copia informa de la calificadora internacional u otra), como se explica a continuación:

- Artículo 12 j) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…* ***j)*** *Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 2 de agosto de 2013, mediante nota CITE A/APS N° 063/2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** presentó descargos, refiriendo lo siguiente:

"…***1.- En relación a la Póliza N°20009637 con Código 108-910130-2007 10 072*** (…)

AL RESPECTO TENEMOS A BIEN SEÑALAR LO SIGUIENTE:

Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras Pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que no incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los Artículos a los que su Autoridad hace referencia.

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada Cláusula, ya registrada con código 108 - 910101 - 2011 03 028 - 2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de daños a la Propiedad, para un diente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función de tiene la APS de registro de las póliza, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo (…)

…Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras Pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los Artículos a los que su Autoridad hace referencia.

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada Cláusula, ya registrada con Código 108 - 910101 - 2011 03 028 - 2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de daños a la

Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función de tiene la APS de registro de las póliza, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo (…)

…Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras Pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los Artículos a los que su Autoridad hace referencia.

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada Cláusula, ya registrada con código 108 - 910101 - 2011 03 028 - 2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de daños a la Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función de tiene la APS de registro de las póliza, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo (…)

…Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N^{0} 326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras Pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los Artículos a los que su Autoridad hace referencia.

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada Cláusula, ya registrada con código 108-910101-2011 03 028-2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de daños a la Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función de tiene la APS de registro de las póliza, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo (…)

…El documento al que hacen referencia no se trata de un certificado de cobertura ni mucho menos de una Póliza que deba redactarse en castellano como lo establece el Artículo 1006 del Código de Comercio. Tampoco se trata de una cobertura, cláusula o anexo que amerite registro y por consiguiente no lleva código.

Se trata de una carta dirigida al la Corporación Andina de Fomento y al Banco

Interamericano de Desarrollo, en la que confirmamos que las Pólizas que menciona la misma carta, se encuentran emitidas por nuestra compañía, la fecha de expiración de las mismas y los límites asegurados de cada una de ellas.

Dicha carta fue solicitada por nuestro cliente Y.P.F.B. Transporte S.A., a requerimiento de las instituciones anteriormente mencionadas, por lo que lejos está de ser un documento que venga a formar parte de algún producto y por consiguiente, deba ser sujeto a registro, codificación o parte de alguna póliza que requiera ser emitida en castellano.

Por lo que queda demostrado que ninguno de los artículos citados como posibles incumplimientos aplican en este caso (…)

…El documento al que hacen referencia ***NO*** *se trata de un certificado de cobertura ni mucho menos de una Póliza que deba redactarse en castellano como lo establece el Artículo 1006 del Código de Comercio. Tampoco se trata de una cobertura o cláusula que amerite registro y por consiguiente no lleva código.*

Se trata de una carta dirigida al la Corporación Andina de Fomento y al Banco Interamericano de Desarrollo, en la que confirmamos que las Pólizas que menciona la misma carta, se encuentran emitidas por nuestra compañía, la fecha de expiración de las mismas y los límites asegurados de cada una de ellas.

Dicha carta fue solicitada por nuestro cliente Y.P.F.B. Transporte S.A., a requerimiento de las instituciones anteriormente mencionadas, por lo que lejos está de ser un documento que venga a formar parte de algún producto y por consiguiente, deba ser sujeto a registro, codificación o parte de alguna póliza que requiera ser emitida en castellano.

Por lo que queda demostrado que ninguno de los artículos citados como posibles incumplimientos aplican en este caso (…)

…Con relación a la cláusula de pruebas y puesta en marcha de la propiedad y planta, aceptamos el cargo en el sentido de que la misma no fue registrada ante su Autoridad, sin embargo, la misma fue emitida en idioma castellano, por lo que se cumple a cabalidad lo establecido en el Art. 1006 del Código de Comercio.

Con relación a la "Cláusula de Pagos a cuenta" existe un error en el título de la misma, ya que no se trata de una cláusula sino simplemente de una aclaración sobre la forma de pago de un siniestro que en este caso beneficia al asegurado, por lo que existe un error interno por parte de Alianza, por la forma de emisión, sin embargo no es una cláusula que modifique algún tipo de cobertura o requiera registro alguno. Asimismo se aclaramos que la mencionada aclaración, fue emitida en idioma castellano, por lo que cumple a cabalidad lo establecido en el Art. 1006 del Código de Comercio (…)

*…**SE PRESENTAN LOS SIGUIENTES DESCARGOS:***

Al punto 1: *Se presenta una modificación en el Tipo o Ramo, ya que el cliente solicitó una separación de !os riesgos políticos y que sean emitidos bajo otra póliza al momento de la renovación, sin embargo no se ha consignado en las condiciones Particulares ningún riesgo que no esté registrado por su Autoridad.*

Al punto 2: *Existe una diferencia en el ASEGURADO, porque el mismo ha cambiado de razón social, sin embargo, se entiende que van a existir este tipo de modificaciones y para eso son las Condiciones Particulares, para ir complementando con las especificaciones del cliente, por cuanto no corresponde la observación a la que hacen referencia.*

Al punto 3: *Se aclara que se trata de una renovación y que por supuesto la vigencia va ir cambiando con el paso de los años, sin embargo, al tratarse de un producto ya registrado ante su Autoridad, no corresponde un nuevo registro, por lo que tampoco corresponde la observación a la que hacen referencia.*

Al punto 4: *En el punto de INTERESES, cabe hacer notar que las coberturas son exactamente las mismas y solo se reordenó el formato de las secciones para un mejor entendimiento.*

Al punto 5: *Con respecto a este punto donde se observa un incremento en la prima, se reitera que al ser una renovación es totalmente normal y justificado que el monto de la prima se modifique, lo cual no implica incumplimiento alguno a la normativa por lo que entendemos el porque de esta observación.*

Al punto 6: *El punto donde se establecen los SUBLÍMITES, deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado y negociado por el cliente, sin que esto implique incumplimiento alguno y mucho menos que hayamos comercializado un producto sin registro.*

Al punto 7: *En el caso de los deducibles nos encontramos con la misma situación ya que lo lógico es que vayan cambiando sin que eso sea sujeto a observación por parte de APS.*

Al punto 8: *Establece que varios numerales de las disposiciones generales no se encuentran en la póliza emitida, sin embargo se hace notar que todos esos artículos se encuentran estipulados en el Código de Comercio y son de cumplimiento obligatorio, estén o no incorporados en las pólizas que vayamos a emitir. Por otro lado no encontramos reglamentación alguna que pudiera estar siendo incumplida por esta omisión y muchos menos los Art. a los que hacen referencia en los cargos, que establecen:*

- ***Articulo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de Seguros que administren: .... f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de Seguros".*
- ***El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de Abril de 1999: ILEGALIDAD DE POLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o clausulas que no se encuentre registrada en la SPVS, será considera ilegal... la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registrada en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieron emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Por todo lo anteriormente señalado, queda comprobado que no existió

incumplimiento alguno a los artículos señalados (…)

…Durante la inspección realizada a la compañía, evidentemente fue solicitada la información mencionada, a consecuencia de la cual Alianza presentó la CIRCULAR APS/DS/41/2012, en la que se encontraban casi todos los reaseguradores , correspondientes, con lo cual se entendió que su Autoridad quedó conforme con ese punto de la solicitud, y a pesar de que el Acta de finalización de trabajo la menciona como observación pendiente, también es evidente que dicha información puede ser conseguida de la web por cualquier persona y en cualquier momento, ya que se trata de información pública y de acceso fácil para cualquier persona incluyendo los funcionarios de su Autoridad, por lo que un descuido de forma (ya que Alianza no se percató de que dicha solicitud fue considerada como no presentada en el Acta), no puede ser considerado un incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros.

2) *En relación a la Póliza* ***N° 20009638 con Código 108- 9109160 - 2012 04 12:*** (…)

…Anexo observado fue emitido a solicitud del cliente para modificar su actividad en cuanto a la gramática del texto para que fuera más entendible y la modificación la siguiente: en lugar de establecer "del puerto de Arica-Chile" por "en el puerto de Arica-Chile". Por lo que entendemos que una corrección de ese tipo no requiere registro alguno, al no estar modificándose absolutamente nada de fondo. Probablemente sea una error titularlo "Anexo" y no "Nota" sin embargo queda clarísimo que no se trata de un anexo normal que amplia o restringe coberturas determinadas en el producto registrado.

Por lo que queda demostrado que no se está incumpliendo los artículos citados en sus cargos (…)

…En la Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012 establecida en el numeral 2 romano III, menciona literalmente "Resolución Administrativa de Registro de Póliza, incluyendo las de las cláusulas y anexos. (Copia de Resoluciones Administrativas". Punto que nuestra compañía cumplió a cabalidad, prueba de ello es que el Acta de finalización del Trabajo de Fiscalización Técnico Financiera de la inspección no menciona en ningún momento que la información solicitada en este punto no fue presentada. De considerar que la aseguradora no presentó la documentación completa, debió ser informado en su momento para su complementación y no así esperar a la notificación de cargos para observar este supuesto incumplimiento, que entendemos no es cierto (…)

…Haciendo un análisis del los textos a comparar, vemos que son ¡guales y las condiciones son las mismas en ambos con excepción del Art. 1024 del Código de Comercio que no fue incluido ei> los textos de la Póliza N° 20009638, omisión que desde ningún punto de vista amerita una observación por incumplimiento, ya que no se estaría incumpliendo en lo establecido por los artículos mencionados en los cargos que a la letra establecen:

- ***Articulo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS****.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de Seguros que administren: .... f) Registrar ante la*

Superintendencia todo servicio, seguro o plan de Seguros".

- ***El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de Abril de 19995 ILEGALIDAD DE POLIZA NO REGISTRADA**: Toda Póliza de Seguros, anexo o clausulas que no se encuentre registrada en la SPVS, será considera legal... la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registrada en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieron emerger de tal situación para la entidad aseguradora"* (…)

…Durante la inspección realizada a la compañía, evidentemente fue solicitada la información mencionada, a consecuencia de la cual Alianza presentó la CIRCULAR APS/DS/41/2012, en la que se encontraban casi todos los reaseguradores correspondientes, con lo cual se entendió que su Autoridad quedó conforme con ese punto de la solicitud, y a pesar de que el Acta de finalización de trabajo la menciona como observación pendiente, también es evidente que dicha información puede ser conseguida de la web por cualquier persona y en cualquier momento, ya que se trata de información pública y de acceso fácil para cualquier persona incluyendo los funcionarios de su Autoridad, por lo que un descuido de forma (ya que Alianza no se percató de que dicha solicitud fue considerada como no presentada en el Acta), no puede ser considerado un incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros.

3. En relación a la Póliza N° 20009254 con Código N° 108 - 910101 - 2001 03 028 (…)

…En la Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012 establecida en el numeral 2 romano II, menciona literalmente "Resolución Administrativa de Registro de Póliza, incluyendo las de las cláusulas y anexos. (Copia de Resoluciones Administrativas". Punto que nuestra compañía cumplió a cabalidad, prueba de ello es que el Acta de finalización del Trabajo de Fiscalización Técnico Financiera de la inspección no menciona en ningún momento que la información solicitada en este punto no fue presentada. De considerar que la aseguradora, no presentó la documentación completa, debió ser informado en su momento para su complementación y no así esperar a la notificación de cargos para observar este supuesto incumplimiento que entendemos no es cierto (…)

…En el Condicionado Particular de la Póliza en cuestión, se incluyeron justamente eso, las especificaciones de nuestro cliente como ser: CLIENTE/REGISTRO DE ASEGURADOS, CAPITALES BASICOS ASEGURADOS y todos los datos que conciernen a nuestro asegurado, y que deben ir en un Condicionado Particular, sin embargo se aclara que con este producto no se otorgó ninguna cobertura que no esté previamente registrada ante su autoridad y por lo tanto no se incumple los artículos que mencionan en sus cargos de acuerdo a lo anteriormente citado(…)

…Durante la inspección realizada a la compañía, evidentemente fue solicitada la información mencionada, a consecuencia de la cual Alianza presentó la CIRCULAR APS/DS/41/2012, en la que se encontraban casi todos los reaseguradores-correspondientes, con lo cual se entendió que su Autoridad quedó conforme con ese punto de la solicitud, y a pesar de que el Acta de finalización de trabajo la menciona como observación pendiente, también es evidente que dicha información puede ser

conseguida de la web por cualquier persona y en cualquier momento, ya que se trata de ***INFORMACIÓN PÚBLICA*** *y de acceso fácil para cualquier persona incluyendo los funcionarios de su Autoridad, por lo que un descuido de forma (ya que Alianza no se percató de que dicha solicitud fue considerada como no presentada en el Acta), no puede ser considerado un incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 796-2013 DE 27 DE AGOSTO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.:***

a) Por el cargo 1.a) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999.*

b) Por el cargo 1.b) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999.*

c) Por el cargo 1.c) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999.*

d) Por el cargo 1.d) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999.*

e) Por el cargo 1.g) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999.*

f) Por el cargo 1.h) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.*

g) Por el cargo 1.i) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.*

h) Por el cargo 2.c) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.*

i) Por el cargo 2.d.) de la Notificación de Cargos, *con multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.*

j) Por el cargo 3.b) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.*

k) Por el cargo 3.c) de la Notificación de Cargos, *con una multa en Bolivianos equivalente a 6.000 UFV´s (Seis Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir el artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.*

SEGUNDO.- SE DEJA SIN EFECTO *los cargos* ***1.e); 1.f); 2.a); 2.b); y 3.a),*** *todos de la Notificación de Cargos, por haberse estimado los descargos presentados…*"

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.,*** *mediante carta CITE: A/APS N° 063/2013 de 02 de agosto de 2013, expresa los siguientes descargos, a los cuales se incorpora, el subsiguiente análisis:*

***1. Póliza Nº 20009637 con Código 108-910130-2007 10 072**:*

***1.1.** En relación al **inciso a) del punto 1** de la Notificación de Cargos: "Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N°326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que no incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los artículos a los que su Autoridad hace referencia.*

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada Cláusula, ya registrada con el código 108-910101-2011 03 028-2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de Dañosa la Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función que tiene la APS de registro de las póliza, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo."

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

***-** El **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

1.1.1. Análisis.

*Que en relación a este punto, se ha verificado que la Póliza "Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código 108-910130-2007 10 072 no contempla ninguna "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización" tal cual se registró mediante Resolución Administrativa SPVS-ISN° 946 de 9 de noviembre de 2007 como hace figurar **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** En todo caso, aquella cláusula corresponde a la aprobada mediante Resolución Administrativa APVS-IS-N° 326 de 7 de mayo de 2007, pero para la Póliza "Multiriesgo" con Código 108-910115-2000 08 019; o sea, para otro producto.*

Que de la evaluación realizada a los argumentos presentados por el supervisado, esta Autoridad encuentra confusión en lo que el supervisado entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 regula el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este sentido, es absolutamente irregular que se incluyan textos o condiciones de una póliza previamente registrada y codificada a otra, porque se estaría permitiendo y dando por bien hecho que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de pólizas ya registrados, para estructurar otros productos nuevos sin necesidad de remitirlos a la Autoridad competente, para evitar su obligación de enviar el producto para su respectivo registro, y mucho peor aún, evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción con la normativa, o sea impreciso, o ambiguo, etc.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien la confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

1.2. *En relación al* ***inciso b) del punto 1*** *de la Notificación de Cargos: la Compañía arguye: "Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N°326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras Pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que no incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los artículos a los que su Autoridad hace referencia.*

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada Cláusula, ya registrada con el código 108-910101-2011 03 028-2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función que tiene la APS de registro de las pólizas, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo."

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

- *El* ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El* ***artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999****:* *"…****ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

1.2.1. Análisis.

Que respecto de esta alegación, se debe reiterar que la Póliza "Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código Nº 108-910101-2001 03 028-2577 contempla la "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización" registrada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 326 de 7 de mayo de 2007 (que no es para TRANSREDES S.A. o YPFB Transporte), pero no así para la Póliza de "Seguro de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código 108-910130-2007 10 072 que sí es para TRANSREDES S.A. o YPFB Transporte, registrada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 946 el 9 de noviembre de 2007.

Por lo que ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *no debió utilizar una cláusula ya registrada en una Póliza para usarla como cláusula de otra póliza, como se ha demostrado.*

Que de la evaluación realizada a los argumentos presentados por el supervisado, esta Autoridad encuentra confusión en lo que el supervisado entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 regula que es el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, no debe olvidarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este sentido, es absolutamente irregular que se incluyan textos o condiciones de una póliza previamente registrada y codificada a otra, porque se estaría permitiendo y dando por bien hecho que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de pólizas ya registrados, para estructurar otros productos nuevos sin necesidad de remitirlos a la Autoridad competente, para evitar su obligación de enviar el producto para su respectivo registro, y mucho peor aún, evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción a la normativa, o es impreciso, o ambiguo, etc.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

1.3. *En relación al* ***inciso c) del punto 1*** *de la Notificación de Cargos, la aseguradora arguye: "Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N°326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras Pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que no incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los artículos a los que su Autoridad hace referencia.*

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada cláusula, ya registrada con el código 108-910101-2011 03 028-2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función que tiene la APS de registro de las pólizas, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo".

Siendo las normas acusadas e incumplidas:

- *El* ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El* ***artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999****: "…* ***ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

1.3.1. Análisis.

Que respecto de esta alegación, se debe reiterar que la Póliza "Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código N° 108-910101-2001 03 028-2577 contempla la "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización" registrada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 326 de 7 de mayo de 2007 (que no es para TRANSREDES S.A. o YPFB Transporte), pero no así para la Póliza de "Seguro de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código 108-910130-2007 10 072 que sí es para TRANSREDES S.A. o YPFB Transporte, registrada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 946 de 9 de noviembre de 2007.

Que ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *no debió utilizar una cláusula ya registrada para una Póliza para usarla como cláusula de otra póliza, como se ha demostrado.*

Que de la evaluación realizada a los argumentos presentados por el supervisado, esta Autoridad encuentra confusión en lo que el supervisado entiende por servicio, seguro

o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 regula que es el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, no debe olvidarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este sentido, es irregular que se incluyan textos o condiciones de una póliza previamente registrada y codificada a otra, porque se estaría permitiendo y dando por bien hecho que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de pólizas ya registrados, para estructurar otros productos nuevos sin necesidad de remitirlos a la Autoridad competente, para evitar su obligación de enviar el producto para su respectivo registro, y mucho peor aún, evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción a la normativa, o es impreciso, o ambiguo, etc.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

1.4. *En relación al* ***inciso d) del punto 1*** *de la Notificación de Cargos la Compañía alega: "Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., registró la cláusula de "Cesión de Derechos de Indemnización" mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N°326 de fecha 07 de mayo de 2007, para nuestras pólizas de Multiriesgo, Todo Riesgo de Daños a la Propiedad y Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, (adjuntamos la Resolución citada), por lo que no incumplimos bajo ningún punto de vista, ninguno de los artículos a los que su Autoridad hace referencia.*

Lo que se hizo fue utilizar la mencionada cláusula, ya registrada con el código 108-910101-2011 03 028-2577 para nuestra Póliza de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad, para un cliente determinado como es Y.P.F.B. transporte, con el mismo texto y contenido que el que fue registrado.

Entendemos que la función que tiene la APS de registro de las pólizas, cláusulas, anexos o cualquier producto que se comercialice, tiene la finalidad de evitar que dichos textos sean abusivos o se encuentren en contradicción al ordenamiento jurídico, caso que tampoco aplica en este caso, ya que la cláusula fue registrada en su momento bajo el mismo texto que fue emitida y para el mismo ramo."

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

- El ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

1.4.1. Análisis.

Que respecto de esta alegación, se debe reiterar que la Póliza "Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código Nº 108-910101-2001 03 028-2577 contempla la "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización" registrada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 326 de 7 de mayo de 2007 (que no es para TRANSREDES S.A. o YPFB Transporte), pero no así para la Póliza de "Seguro de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad" con Código 108-910130-2007 10 072 que sí es para TRANSREDES S.A. o YPFB Transporte, registrada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 946 de 9 de noviembre de 2007.

*Que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** no podía utilizar una cláusula ya registrada para una Póliza para usarla como cláusula de otra póliza, como se ha demostrado.*

Que de la evaluación realizada a los argumentos presentados por la supervisada, esta Autoridad encuentra confusión en lo que la regulada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 regula que es el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, no se debe olvidar que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este sentido, es irregular que se incluyan textos o condiciones de una póliza previamente registrada y codificada a otra, porque se estaría permitiendo y dando por bien hecho que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de pólizas ya registradas, para estructurar otros productos nuevos sin necesidad de remitirlos a la Autoridad competente, para evitar su obligación de enviar el producto para su respectivo registro, y mucho peor aún, evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción a la normativa, o es impreciso, o ambiguo, etc.

*Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien la confirma a la luz de la documentación adjuntada por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

1.5. *En relación al* ***inciso e) del punto 1*** *de la Notificación de Cargos, la aseguradora menciona: "El documento al que hacen referencia no se trata de un certificado de cobertura ni mucho menos de una Póliza que deba redactarse en castellano como lo establece al Artículo1006 del Código de Comercio. Tampoco se trata de una cobertura, cláusula o anexo que amerite registro y por consiguiente no lleva código.*

Se trata de una carta dirigida a la Corporación Andina de Fomento y al Banco interamericano de Desarrollo, en la que confirmamos que las Pólizas que menciona la misma carta, se encuentran emitidas por nuestra compañía, la fecha de expiración de las mismas y los límites asegurados de cada una de ellas.

Dicha carta fue solicitada por nuestro cliente Y.P.F.B. Transporte S.A., a requerimiento de las instituciones anteriormente mencionadas, por lo que lejos está de ser un documento que venga a formar parte de algún producto y por consiguiente, deba ser sujeto a registro, codificación o parte de alguna póliza que requiera ser emitida en castellano.

Por lo que queda demostrado que ninguno de los artículos citados como posibles incumplimientos aplican en este caso".

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

- *El* ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El* ***artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999****: "…****ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

-*El* ***artículo 1006 del Código de Comercio*** *establece: "****MEDIO DE PRUEBA:*** *En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito.* ***La póliza debe redactarse en idioma castellano****, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado" (las negritas son de la APS).*

1.5.1. Análisis.

Siendo evidente que se trata de una certificación y no parte de una Póliza, se levanta el cargo en este punto.

1.6. *En relación al* ***inciso f) del punto 1*** *de la Notificación de Cargos la aseguradora arguye: "El documento al que hacen referencia* ***NO*** *se trata de un certificado de cobertura ni mucho menos de una Póliza que deba redactarse en castellano como lo establece el Artículo 1006 del Código de Comercio. Tampoco se trata de una cobertura o cláusula que amerite registro y por consiguiente no lleva código.*

Se trata de una carta dirigida a la Corporación Andina de Fomento y al Banco Interamericano de Desarrollo, en la que confirmamos que las Pólizas que menciona la misma carta, se encuentran emitidas por nuestra compañía, la fecha de expiración de las mismas y los límites asegurados de cada una de ellas.

Dicha carta fue solicitada por nuestro cliente Y.P.F.B. Transporte S.A., a requerimiento de las instituciones anteriormente mencionadas, por lo que lejos está de ser un documento que venga a formar parte de algún producto y por consiguiente, deba ser sujeto a registro, codificación o parte de alguna póliza que requiera se emitida en castellano.

Por lo que queda demostrado que ninguno de los artículos citados como posibles incumplimientos aplican en este caso.".

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

***-** El **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: … **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

***-**El **artículo 1006 del Código de Comercio** establece: "**MEDIO DE PRUEBA:** En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. **La póliza debe redactarse en idioma castellano**, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado" (las negritas son de la APS).*

1.6.1. Análisis.

Siendo evidente que se trata de una certificación y no parte de una Póliza, se levanta el cargo en este punto.

***1.7.** En relación al **inciso g) del punto 1** de la Notificación de Cargos, la aseguradora alega: "Con relación a la cláusula de pruebas y puesta en marcha de la propiedad y planta, aceptamos el cargo en el sentido de que la misma no fue registrada ante su Autoridad, sin embargo, la misma fue emitida en idioma castellano, por lo que se cumple a cabalidad lo establecido en el Art. 1006 del Código de Comercio.*

Con relación a la "Cláusula de Pagos a Cuenta" existe un error en el título de la misma, ya que no se trata de una cláusula sino simplemente de una aclaración sobre la forma de pago de un siniestro que en este caso beneficia al asegurado, por lo que existe un error interno por parte de Alianza, por la forma de emisión, sin embargo no es una cláusula que modifique algún tipo de cobertura o requiera registro alguno.

Asimismo aclaramos que la mencionada aclaración, fue emitida en idioma castellano, por lo que cumple a cabalidad lo establecido en el Art. 1006 del Código de Comercio".

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

***-**El **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "… **ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

***-**El **artículo 1006 del Código de Comercio** establece: "**MEDIO DE PRUEBA:** En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. **La póliza debe redactarse en idioma castellano**, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado" (las negritas son de la APS).*

1.7.1. Análisis.

*Que se ratifica el cargo en relación la "Cláusula de Pruebas y Puesta en Marcha de la Propiedad y la Planta" ya que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** acepta el cargo, ratificándose la carencia de códigos de registro y autorización para la comercialización.*

Que en lo que toca a la "Cláusula de Pagos a Cuenta", el argumento de que se trata solamente de una aclaración sobre la forma de pago de un siniestro, se considera insuficiente ya que dicha cláusula refiere a "un acuerdo" o lo que es lo mismo, una estipulación, por lo que teniendo esta naturaleza, la misma tiene el efecto potencial de afectar (en su momento) a las otras estipulaciones o acuerdos originalmente pactados, ratificándose el cargo.

Que se deja sin efecto la imputación en relación al artículo 1006 del Código de Comercio por su impertinencia.

***1.8.** En relación al **inciso h) del punto 1** de la Notificación de Cargos, la entidad aseguradora menciona: "**Al punto 1:** Se presenta una modificación en el Tipo o Ramo, ya que el cliente solicitó una separación de los riesgos políticos y que sean emitidos bajo otra póliza al momento de la renovación, sin embargo no se ha consignado en las condiciones Particulares ningún riesgo que no esté registrado por su Autoridad.*

***Al punto 2:** Existe una diferencia en el Asegurado, porque el mismo ha cambiado de razón social, sin embargo, se entiende que van a existir este tipo de modificaciones y para eso son las Condiciones Particulares, para ir complementando con las*

especificaciones del cliente, por cuanto no corresponde la observación a la que hacen referencia.

Al punto 3: *Se aclara que se trata de una renovación y que por supuesto la vigencia va ir cambiando con el paso de los años, sin embargo, al tratarse de un producto ya registrado ante su autoridad, no corresponde un nuevo registro, por lo que tampoco corresponde la observación a la que hacen referencia.*

Al punto 4: *En el punto de INTERESES, cabe hacer notar que las coberturas son exactamente las mismas y solo se reordenó el formato de las secciones para un mejor entendimiento.*

Al punto 5: *Con respecto a este punto donde se observa un incremento en la prima, se reitera que al ser una renovación es totalmente normal y justificado que el monto de la prima se modifique, lo cual no implica incumplimiento alguno a la normativa por lo que no entendemos el por qué de esta observación.*

Al punto 6: *El punto donde se establecen los SUBLÍMITES, deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado y negociado por el cliente, sin que esto implique incumplimiento alguno y mucho menos que hayamos comercializado un producto sin registro.*

Al punto 7: *En el caso de los deducibles nos encontramos con la misma situación ya que lo lógico es que vayan cambiando sin que eso sea sujeto a observación por parte d la APS.*

Al punto 8: *Establece que varios numerales de las disposiciones generales no se encuentran en la póliza emitida, sin embargo se hace notar que todos esos artículos se encuentran estipulados en el Código de Comercio y son de cumplimiento obligatorio, estén o no incorporados en las pólizas que vayamos a emitir. Por otro lado no encontramos reglamentación alguna que pudiera estar siendo incumplida por esta omisión y muchos menos los Art. a los que se hacen referencia en los cargos, que establecen (…):*

Por todo lo anteriormente señalado, queda comprobado que no existió incumplimiento alguno a los artículos señalados.

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

- *El **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*
- *El **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

1.8.1. Análisis.

En cuanto al punto 1 *referido por la Aseguradora en sentido de que se presenta una modificación en el Tipo o Ramo, ya que el cliente solicitó una separación de los riesgos políticos y que sean emitidos bajo otra póliza al momento de la renovación, sin embargo no se ha consignado en las condiciones Particulares ningún riesgo que no esté registrado por su Autoridad, se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que hubo la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

En cuanto al punto 2 *referido por la aseguradora en sentido de que* ***"****Existe una diferencia en el Asegurado, porque el mismo ha cambiado de razón social, sin embargo, se entiende que van a existir ese tipo de modificaciones y para eso son las Condiciones Particulares, para ir complementando con las especificaciones del cliente, por cuanto no corresponde la observación a la que hacen referencia, se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "existe una diferencia y que van a existir ese tipo de modificaciones…", modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este entendido, no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en lo que se llaman pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencias, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o asegurado, lo cual en el presente caso no aplica al evidenciarse que la póliza referida era específica o sea incluía asegurado, prima, vigencia, etc., como se puede apreciar en sus antecedentes de registro, lo que permite evidenciar que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien la confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

En cuanto al punto 3 *referido por la aseguradora en sentido de que "Se aclara que se trata de una renovación y que por supuesto la vigencia va ir cambiando con el paso de los años, sin embargo, al tratarse de un producto ya registrado ante su autoridad, no corresponde un nuevo registro, por lo que tampoco corresponde la observación a la que hacen referencia", se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "se trata de una renovación que va a ir cambiando con el paso de los años…", modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo. Debe tenerse presente que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este entendido, no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en lo que se llaman pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencias, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o asegurado; lo cual en el presente caso no aplica

al evidenciarse que la póliza referida era específica, o sea incluía asegurado, prima, vigencia, etc., como se pudo apreciar en sus antecedentes de registro, lo que permite afirmar que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien la confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

En relación al punto 4 *alegado por la aseguradora en sentido de que "En el punto de INTERESES, cabe hacer notar que las coberturas son exactamente las mismas y solo se reordenó el formato de las secciones para un mejor entendimiento, se encuentra confusión en lo que el supervisado entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que se hace notar además, que la cobertura de Interrupción de negocios no se encuentra en el apartado intereses, así como su cobertura aplicada a la sección 1, sobre la base al beneficio bruto y la referencia a la entidad Transredes, por lo que al no considerarse una observación de formato o de simple reordenación se confirma el cargo imputado.

En cuanto al punto 5 *alegado por la aseguradora en sentido de que* ***"****Con respecto a este punto donde se observa un incremento en la prima, se reitera que al ser una renovación es totalmente normal y justificado que el monto de la prima se modifique, lo cual no implica incumplimiento alguno a la normativa por lo que entendemos el por qué de esta observación", se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "al ser una renovación es totalmente normal y justificado", modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo. Debe tenerse presente que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los

asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en ese entendido, no se puede realizar modificación a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en las denominadas pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencias, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o asegurado, lo cual en el presente caso no aplica, al evidenciarse que la póliza referida era específica; es decir incluía asegurado, prima, vigencia, etc, como se pudo apreciar de los antecedentes de registro, lo que permite afirmar que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

En lo que concierne al punto 6 *alegado por la aseguradora en sentido de que "el punto donde se establecen los SUBLÍMITES, deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado y negociado por el cliente, sin que esto implique incumplimiento alguno y mucho menos que hayamos comercializado un producto sin registro, se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado por el cliente", aceptación implícita de la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye razón para confirmar el cargo. Debe tenerse presente que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

*Que se hace notar, además, que los sublímites "Gastos Extraordinarios, horas extras, trabajo nocturno, días no laborales hasta USD5.000.000, *gastos de Investigación y Salvataje hasta USD5.000.000, *Cobertura Automática para construcciones en curso hasta USD10.000.000 como máximo valor de contrato al inicio USD10.000.000, *Costos*

*de limpieza incluyendo gastos de limpieza de suelo por derrame, contaminación, filtración y polución hasta USD1.000.000 según NMA1999B, *Huelga, Motín, Conmoción Civil y Daños Maliciosos (Texto adjunto) USD50.000.000" no se encuentran en el apartado Sublímites, por lo que no se considera una observación de formato.*

Que en este entendido, no se pueden efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto; en las denominadas pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencias, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o asegurado, lo cual en el presente caso no aplica al evidenciarse que la póliza referida era específica; es decir incluía asegurado, prima, vigencia, etc., como se puede apreciar de los antecedentes de registro, lo que permite afirmar que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

Que asimismo, no es aceptable que se incluya textos o condiciones de un texto previamente registrado a otro texto, porque se estaría validando que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de textos ya registrados, y estructurar productos nuevos sin necesidad de remitirlos a la Autoridad competente, para de esta manera evitar su obligación de enviar el producto para su respectivo registro; o lo que es peor, evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción a la normativa, o si es impreciso, o ambiguo.

Que por lo expuesto se confirma el cargo imputado.

***En cuanto al punto 7** alegado por la aseguradora en sentido de que: **"**En el caso de los deducibles nos encontramos con la misma situación ya que lo lógico es que vayan cambiando sin que eso sea sujeto a observación por parte de la APS, se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "lo lógico es que vayan cambiando…", lo que constituye aceptación implícita de la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye razón para confirmar el cargo. Debe tenerse presente que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en pre-pago, seguro o planes de seguro en general.

Que se hace notar, además, que el deducible de USD1.000.000 para terremoto, inundación y otros peligros de la naturaleza por ocurrencia y USD100.000 para Transportes Internos por Ocurrencia, no se encuentran en el apartado Deducibles, por lo que no se considera una observación de formato.

Que en este entendido, no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en las denominadas pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencias, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o asegurado, lo cual en el presente caso no aplica al evidenciarse que la póliza referida era específica; es decir incluía asegurado, prima, vigencia, etc, como se puede apreciar en sus antecedentes de registro, lo que permite afirmar que se habría registrado para su comercialización por una sola vez.

Que tampoco es aceptable que se incluya textos o condiciones de un texto previamente registrado a otro texto, porque se estaría permitiendo que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de textos ya registrados y estructurar productos nuevos sin necesidad de enviarlos a la Autoridad competente, para de esta manera, evitar la obligación de remitir el producto para su respectivo registro, o evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción a la normativa, o si es impreciso, o ambiguo.

Que en todo caso, se ratifica el cargo imputado.

***En lo que concierne al punto 8** alegado por la aseguradora en sentido de que "establece que varios numerales de las disposiciones generales no se encuentran en la póliza emitida, sin embargo se hace notar que todos esos artículos se encuentran estipulados en el Código de Comercio y son de cumplimiento obligatorio, estén o no incorporados en las pólizas que vayamos a emitir. Por otro lado no encontramos reglamentación alguna que pudiera estar siendo incumplida por esta omisión y muchos menos los Art. a los que se hacen referencia en los cargos, que establecen", se encuentra confusión en lo que el supervisado entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "establece que varios numerales de las disposiciones generales no se encuentran en la póliza emitida, sin embargo…", lo que constituye aceptación expresa de la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye razón para confirmar el cargo. Debe tenerse presente que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma.

Que al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N°70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. N°45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en prepago, seguro o planes de seguro en general.

Que en este entendido, no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en lo que se llaman pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencias, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o asegurado, lo cual en el presente caso no aplica al evidenciarse que la póliza referida era específica o sea incluía asegurado, prima, vigencia, etc., como se puede apreciar en sus antecedentes de registro, lo que permite presumir que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

Que tampoco es aceptable que se incluya textos o condiciones de un texto previamente registrado a otro texto, porque se estaría permitiendo que la aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de textos ya registrados y estructurar productos nuevos sin necesidad de enviarlos a la Autoridad competente en normativa, para de esta manera, evitar la obligación de remitir el producto para su respectivo registro, o evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción a la normativa, o si es impreciso, o ambiguo.

Que en todo caso, se ratifica el cargo imputado.

1.9. *En relación al* ***inciso i) del punto 1*** *de la Notificación de Cargos la aseguradora alega que: "Durante la inspección realizada a la compañía, evidentemente fue solicitada la información mencionada, a consecuencia de la cual Alianza presentó la CIRCULAR APS/DS/41/2012, en la que se encontraban casi todos los reaseguradores correspondientes, con lo cual se entendió que su Autoridad quedó conforme con ese punto de la solicitud, y a pesar de que el Acta de finalización de trabajo la menciona como pendiente, también es evidente que dicha información puede ser conseguida de la WEB por cualquier persona y en cualquier momento, ya que se trata de información pública y de acceso fácil para cualquier persona incluyendo los funcionarios de su Autoridad, por lo que un descuido de forma (ya que Alianza no se percató de que dicha solicitud fue considerada como no presentada en el Acta), no puede ser considerado un incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros".*

Siendo la norma acusada de incumplida:

- *El* ***Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…****j)*** *Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

1.9.1. Análisis.

Que en relación a este punto, manifiesta que como ya existe la Circular APS/DS/41/2012 de 16 de abril de 2012, la APS habría quedado conforme con ese punto de la solicitud y teniendo presente que el Acta de Finalización del Trabajo la

menciona como pendiente y puede ser obtenida fácilmente por internet, no cabe incumplimiento alguno a normas.

*Que contrastado este argumento con la Solicitud de Documentación y/o Información Nº 21/2012 de 13 de junio de 2012, se evidencia que en el acápite "**Requerimiento**. I.3. se menciona: "Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos…"*

*Que conforme esta contrastación, el requerimiento de aquél documento fue objetivo y de pleno conocimiento de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** En todo caso, si esta compañía consideraba que no era necesaria la presentación de dicha copia, pudo tener en mente lo anotado en la última página de la Solicitud que reza: "Nota: Si la información solicitada por la Comisión de Fiscalización no puede ser presentada, deberá respaldar este hecho **mediante comunicación escrita,** caso contrario esto será considerado como una limitación en la fiscalización realizada a la Entidad" (las negrillas corresponden a la APS), por lo que se ratifica el cargo.*

***2.** En relación a la **Póliza Nº 20009638 con Código 108-9109160-2012 04 120**:*

***2.1.** En relación al **inciso a) del punto 2** de la Notificación de Cargos la compañía menciona que el: "Anexo observado fue emitido a solicitud del cliente para modificar su actividad en cuanto a la gramática del texto para que fuera más entendible y la modificación la siguiente: en lugar de establecer "del puerto de Arica-Chile" por "en el puerto de Arica-Chile". Por lo que entendemos que una corrección de ese tipo no requiere registro alguno, al no estar modificándose absolutamente nada de fondo. Probablemente sea un error titularlo "Anexo" y no "Nota" sin embargo queda clarísimo que no se trata de un anexo normal que amplia o restringe coberturas determinadas en el producto registrado.*

Por lo que queda demostrado que no se está incumpliendo los artículos citados en sus cargos".

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

***-** El artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, **uso de anexos** o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

1.2.1. Análisis.

Si bien es cierto que la modificación introducida es en la frase "del puerto de Arica-Chile" por "en el puerto de Arica-Chile", no menos cierto es que el título de tal

modificación es "Anexo 1" y como tal, objeto de las previsiones normativas acusadas de incumplidas, entre ellas, el registro así fuera en una letra, ya que las normas atinentes no contemplan la excepción esgrimida por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.,*** *por lo que se ratifica el cargo.*

2.2. *En relación al* ***inciso b) del punto 2*** *de la Notificación de Cargos, la entidad aseguradora alega: "En la solicitud de documentación y/o información N° 2/2012 establecida en el numeral 2 romano III, menciona literalmente "Resolución Administrativa de Registro de Póliza, incluyendo las de las cláusulas y anexos. (Copia de Resoluciones Administrativas". Punto que nuestra compañía cumplió a cabalidad, prueba de ello es que el acta de finalización del trabajo de Fiscalización Técnico Financiera de la inspección no menciona en ningún momento que la información solicitada en este punto no fue presentada. De considerar que la aseguradora no presentó la documentación completa, debió ser informado en su momento para su complementación y no así esperar a la notificación de cargos para observar este supuesto incumplimiento que entendemos no es cierto".*

Siendo la norma acusada de incumplida:

- *El* ***Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…****j)*** *Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

2.2.1. Análisis.

Que es cierto que la transcripción literal de ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *refleja lo anotado en el punto 2.III de la "Solicitud de Documentación y/o Información N° 2/2012" de 13 de junio de 2012 es fiel, por lo que se debe tener presente que lo que la norma solicita es una* ***resolución administrativa (o copias)*** *incluyendo cláusulas y anexos, sin referirse a la Póliza propiamente, pues de contemplarse a este documento en sí, la obligación subsecuente hubiera sido la presentación de la documentación de las "CONDICIONES ADICIONALES" que son parte integrante de la Póliza, por tanto, inseparable. En adición, el Acta de Finalización del Trabajo de Fiscalización Técnico Financiera de 15 de junio de 2012 no contempla observación alguna a este respecto, aceptándose por tanto el descargo analizado y levantándose la imputación.*

2.3. *En relación al* ***inciso c) del punto 2*** *de la Notificación de Cargos, la compañía esgrime que: "Haciendo un análisis de los textos a comparar, vemos que son iguales y las condiciones son las mismas en ambos con excepción del Art. 1024 del Código de Comercio que no fue incluido en los textos de la Póliza N°20009638, omisión que desde ningún punto de vista amerita una observación por incumplimiento, ya que no se estaría incumpliendo en lo establecido por los artículos mencionados en los cargos que a la letra establecen (…):*

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

***-** El **Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: … **f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

***-** El **Artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999**: "… **ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

2.3.1. Análisis.

*Que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** señala que las condiciones son las mismas con excepción del artículo 1024 del Código de Comercio, omisión que no merece observación de incumplimiento. Contrastada esta versión con el texto del Condicionado General de la Póliza de Seguro del epígrafe, registrada en la APS con la que comercializó la aseguradora, las diferencias son explícitas y se demuestran por sí mismas, no cabiendo mayores exámenes, por lo que se ratifica el cargo.*

***2.4.** En relación al **inciso d) del punto 2** de la Notificación de Cargos: "Durante la inspección realizada a la compañía, evidentemente fue solicitada la información mencionada, a consecuencia de la cual Alianza presentó la CIRCULAR APS/DS/41/2012, en la que se encontraban casi todos los reaseguradores correspondientes, con lo cual se entendió que su Autoridad quedó conforme con ese punto de la solicitud, y a pesar de que el Acta de finalización de trabajo la menciona como observación pendiente, también es evidente que dicha información puede ser conseguida de la WEB por cualquier persona y en cualquier momento, ya que se trata de información pública y de acceso fácil para cualquier persona incluyendo los funcionarios de su Autoridad, por lo que un descuido de forma (ya que Alianza no se percató de que dicha solicitud fue considerada como no presentada en el Acta), no puede ser considerado un incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros".*

Siendo la norma acusada de incumplida:

***-** El **Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…**j)** Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

2.4.1. Análisis.

*Que en relación a este punto, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** manifiesta que como ya existe la Circular APS/DS/41/2012 de 16 de abril de 2012, la APS habría quedado conforme con ese punto de la solicitud teniendo*

presente que el Acta de Finalización del Trabajo la menciona como pendiente, pudiendo ser obtenida fácilmente por internet, por lo que no cabrían incumplimiento alguno a normas.

*Que contrastado este argumento con la Solicitud de Documentación y/o Información Nº 21/2012 de 13 de junio de 2012, se evidencia que en el acápite "**Requerimiento**. I.3. se menciona: "Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos…"*

*Que conforme esta contrastación, el requerimiento de aquél documento fue objetivo y de pleno conocimiento de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** En todo caso, si esta compañía consideraba que no era necesaria la presentación de dicha copia, pudo tener en mente lo anotado en la última página de la Solicitud que reza: "Nota: Si la información solicitada por la Comisión de Fiscalización no puede ser presentada, deberá respaldar este hecho **mediante comunicación escrita,** caso contrario esto será considerado como una limitación en la fiscalización realizada a la Entidad" (las negrillas corresponden a la APS), por lo que se ratifica el cargo*

3. Póliza Nº 20009254 con Código Nº 108-910101-2001 03 028.

3.1. *En relación al **inciso a) del punto 3** de la Notificación de Cargos, la Compañía alega: "En la solicitud de Documentación y/o información N°2/2012 establecida en el numeral 2 romano II, menciona literalmente "Resolución Administrativa de Registro de póliza, incluyendo las de las cláusulas y anexos. (Copia de Resoluciones Administrativas". Punto que nuestra compañía cumplió a cabalidad, prueba de ello es que el acta de finalización del Trabajo de fiscalización técnico financiera de la inspección no menciona en ningún momento que la información solicitada en este punto no fue presentada. De considerar que la aseguradora no presentó la documentación completa, debió ser informado en su momento para su complementación y no así esperar a la notificación de cargos para observar este supuesto incumplimiento que entendemos no es cierto".*

Siendo la norma acusada de incumplida:

***-** El **Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… **j)** Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

3.1.1. Análisis.

*Que es cierto que la transcripción literal de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** refleja lo anotado en el punto 2.II de la "Solicitud de Documentación y/o Información Nº 2/2012" de 13 de junio de 2012 es fiel, por lo que se debe tener presente que lo que la norma solicita es una **resolución administrativa (o copias)** incluyendo cláusulas y anexos, sin referirse a la Póliza propiamente tal, pues de contemplarse a este documento en sí, la obligación subsecuente hubiera sido la presentación de la documentación de las "CONDICIONES ADICIONALES" que son*

parte integrante de la Póliza, por tanto, inseparable. En adición, el Acta de Finalización del Trabajo de Fiscalización Técnico Financiera de 15 de junio de 2012 no contempla observación alguna a este respecto, aceptándose por tanto el descargo analizado y levantándose la imputación.

3.2. *En relación al* ***inciso b) del punto 3*** *de la Notificación de Cargos: "En el Condicionado Particular de la Póliza en cuestión, se incluyeron justamente eso, las especificaciones de nuestro cliente como ser: CLIENTE/REGISTRO DE ASEGURADOS, CAPITALES BÁSICOS ASEGURADOS y todos los datos que conciernen a nuestro asegurado, y que deben ir en un Condicionado Particular, sin embargo se aclara que con este producto no se otorgó ninguna cobertura que no esté previamente registrada ante su autoridad y por lo tanto no se incumple los artículos que mencionan en sus cargos de acuerdo a lo anteriormente citado".*

Siendo las normas acusadas de incumplidas:

- *El* ***Artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

- *El* ***Artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999****:* *"…****ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

3.2.1. Análisis.

Que ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. *señala que se incluyeron las especificaciones del cliente y otros datos que conciernen al asegurado que deben ir en un Condicionado Particular, no pudiendo ser caracterizado como incumplimiento de norma alguna. Contrastada esta versión con el texto del Condicionado Particular de la Póliza de Seguro del epígrafe registrada en la APS con la que comercializó la aseguradora, las diferencias son explícitas y se demuestran por sí mismas, no cabiendo mayores exámenes, por lo que se ratifica el cargo.*

3.3. *En relación al* ***inciso c) del punto 3*** *de la Notificación de Cargos: "Durante la inspección realizada a la compañía, evidentemente fue solicitada la información mencionada, a consecuencia de la cual Alianza presentó la CIRCULAR APS/DS/41/2012, en la que se encontraban casi todos los reaseguradores correspondientes, con lo cual se entendió que su Autoridad quedó conforme con ese punto de la solicitud, y a pesar de que el acta de finalización de trabajo la menciona como observación pendiente, también es evidente que dicha información puede ser conseguida de la WEB por cualquier persona y en cualquier momento, ya que se trata de INFORMACIÓN PÚBLICA y de acceso fácil para cualquier persona incluyendo los funcionarios de su Autoridad, por lo que un descuido de forma (ya que Alianza no se percató de que dicha solicitud fue considerada como no presentada en el Acta),*

no puede ser considerado un incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros".

Siendo la norma acusada de incumplida:

***-** El **Artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998**: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:…**j)** Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…".*

3.3.1. Análisis.

*Que en relación a este punto, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** manifiesta que como ya existe la Circular APS/DS/41/2012 de 16 de abril de 2012, la APS habría quedado conforme con ese punto de la solicitud y teniendo presente que el Acta de Finalización del Trabajo la menciona como pendiente y puede ser obtenida fácilmente por internet, no cabría incumplimiento alguno a normas.*

*Que contrastado este argumento con la Solicitud de Documentación y/o Información Nº 21/2012 de 13 de junio de 2012, se evidencia que en el acápite "**Requerimiento**. I.3. se menciona: "Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos…"*

*Que conforme esta contrastación, el requerimiento de aquél documento fue objetivo y de pleno conocimiento de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** En todo caso, si esta compañía consideraba que no era necesaria la presentación de dicha copia, pudo tener en presente lo anotado en la última página de la Solicitud que reza: "Nota: Si la información solicitada por la Comisión de Fiscalización no puede ser presentada, deberá respaldar este hecho **mediante comunicación escrita,** caso contrario esto será considerado como una limitación en la fiscalización realizada a la Entidad" (las negrillas corresponden a la APS)**,** por lo que se ratifica el cargo*

CONSIDERANDO:

Por lo expuesto, se considera que las conductas descritas individualmente en la presente resolución, se subsumen en las previsiones de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, correspondiendo emitir la correspondiente resolución administrativa sancionatoria, teniendo presente los levantamientos de cargos expresamente anotados en la misma…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 30 de septiembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº796-2013 de 27 de agosto de 2013, con los siguientes argumentos:

"**…***7. <u>Fundamentación</u>*

<u>7.1. Sobre la falta de tipicidad de las sanciones identificadas.</u>

Señor Director, como es de su conocimiento toda sanción administrativa, tiene que estar sujeta a un elemental Principio de tipicidad, requisito sin el cual no es admisible la posibilidad de sancionar administrativamente a una entidad regulada.

Este precepto se halla claramente establecido en el artículo 73 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, que dispone:

ARTICULO 73°.- (Principio de Tipicidad).-

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

III. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad.

En ese sentido, de la revisión de la resolución sancionatoria, se observa que los tres cargos y sus diferentes incisos, no se adecúan a disposiciones sustantivas en forma específica, sino que por el contrario, se limitan a forzar las presuntas contravenciones a incisos genéricos de la Resolución Administrativa Nro. IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 y el artículo 12 f) de la Ley Nro. 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 del 23 de abril de 1999.

Resulta inadmisible que diversas actuaciones ejecutadas por nuestra entidad, calcen únicamente en tres normas de orden general, lo cual demuestra que no ha existido un verdadero análisis por parte de la APS al momento de emitir las sanciones regulatoria, dentro de la resolución que hoy es objeto de recurrencia.

A mayor abundamiento, corresponde que la Autoridad Administrativa, tenga presente que es su obligación realizar un análisis en detalle y subsumir cada conducta presuntamente contraventora a una norma de aplicación especifica y no en forma genérica, aspecto a la que la entidad pública está obligada, en atención a los precedentes constitucionales descritos en la ***Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, que indica:***

"…En coherencia con la indicada normativa, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que las reglas del debido proceso no son sólo aplicables en materia penal, sino también a toda la esfera sancionadora, dentro de ella la materia administrativa. (SC 0787/2000-R). En ese entendido, en su profusa jurisprudencia ha desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos

Civiles y Políticos (PIDCP)". Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la fundamentación y motivación de las resoluciones. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: ***1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos de juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ilícito que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta.*** *En caso de varias contravenciones se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, por tanto, en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso; motivación que en el caso del ñuto Inicial de la Instrucción, debe comprender entre otras cosas:* ***a) la descripción y valoración clara, de los elementos de prueba que dan mérito a la apertura de la causa b)*** *La* ***tipificación legal del hecho, individualizando a cada sanción una de la otra".***

Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por autoridades competentes como la APS deberán estar fundamentadas e individualizadas en debida forma, expresando los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. ***Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes o por la propia autoridad administrativa.***

De la lectura de la Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, se puede afirnar que las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia- administrativa regulatoria, motivo por el cual, la APS tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ***ratio decidendi*** *emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001- R.*

Conclusión.-

En mérito a lo anteriormente expuesto, la determinación de la APS de aplicar para todas las presuntas observaciones y actos ejecutados por nuestra entidad, y aplicando en forma general las previsiones descritas en la Resolución Administrativa Nro. IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 y el articulo 12 f) de la Ley Nro. 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 del 23 de abril de 1999, es totalmente ilegal y le corresponderá realizar una subsunción específica para cada uno de los cargos y sus respectivos incisos, con el objetivo de que cualquier sanciones regulatoria sea aplicable y viable.

7.2. Descargo técnico.- *De igual forma en el marco técnico, corresponde poner en su atención los siguientes elementos de orden técnico legal:*

1) Por el cargo sancionado con el N° 1 inciso h) de la notificación de cargos que establece:

a) *El Condicionado General y Condicionado Particular de las Pólizas de Seguro N°20009637, no concuerdan con el texto autorizado mediante Resolución Administrativa N° 946/2007 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliendo el articulo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización.*

Al respecto informamos que una vez realizado el análisis de las observaciones, se presentan los siguientes descargos que deberán ser valorados por la APS, en el marco de las previsiones establecidas en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo:

Al punto 1: *Se presenta una modificación en el Tipo o Ramo, ya que el cliente solicitó una separación de los riesgos políticos y que sean emitidos bajo otra póliza al momento de la renovación, sin embargo no se ha consignado en las condiciones Particulares ningún riesgo que no esté registrado por su Autoridad, aspecto que es convenientemente soslayado por la APS al momento de emitir la resolución sancionatoria que ahora es objeto de recurrencia en la vía de revocatoria.*

Análisis APS: *Se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por* ***servicio, seguro o plan de seguro,*** *además de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

No ha existido ninguna omisión por parte de Alianza, ni tampoco el uso de anexos o cláusulas no registradas, en este caso, simplemente una separación en la emisión de productos ya registrados por lo que queda demostrado que la confusión se encuentra en el análisis realizado por APS y en todo caso le corresponderá evaluar esta situación en el marco de la Sana Critica y el Prudente Arbitrio, con el objetivo de no incurrir en actividad discrecional que es penalizada con la nulidad del Acto Administrativo.

Por otro lado, la aseguradora expresamente indica que hubo la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo, bajo esta orientación, en esta afirmación APS pretende desvirtuar el significado del descargo en el sentido de que el mismo explica como existió una separación en la forma de emisión, argumentando que el hecho de existir una "modificación" implica una sanción, sin realizar un análisis de si dicha modificación implica una modificación de forma significativa o simplemente de forma que no afecta ni perjudica a nadie y que por el contrario, fue realizada a solicitud del asegurado.

Que al respecto se aclara que el articulo 12 f) de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N° 70/1999, R.A. N°304/1999 Y R.A. 45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguros por APS.

En este argumento existe una vulneración fragante al principio de tipicidad, ya que ninguna de las Resoluciones Administrativas establece una prohibición expresa a realizar adecuaciones y modificaciones de forma a los productos ya registrados, aspecto que deberá ser cuidadosamente analizado por la APS, ya que en la medida en que no pueda exponer bases legales precisas, estarla incumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguros es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios prepago, seguro o planes de seguro en general.

Tampoco la normativa vigente expresa la indivisibilidad de la del contrato de seguros, esta es una apreciación subjetiva por parte de APS que lejos está de ser sancionable.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma...

Al punto 2: *Existe una diferencia en el ASEGURADO, porque el mismo ha cambiado de razón social, sin embargo, se entiende que van a existir este tipo de modificaciones y para eso son las Condiciones Particulares, para ir complementando con las especificaciones del cliente, por cuanto no corresponde la observación a la que hacen referencia.*

Análisis APS: *Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "existe una diferencia y que van a existir este tipo de modificaciones..." modificación acusada y no registrada conforme se ha ' analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo.*

En este caso el asegurado cambió de Razón Social, por lo que APS nuevamente realiza un análisis totalmente sesgado, o directamente no se toma la molestia de analizar la modificación realizada, entendiendo erróneamente que cualquier modificación implica una sanción. Sin embargo, no determinan cual es la modificación sancionable, con un simple análisis del descargo puede deducirse que se trata de una "actualización de la razón social del asegurado". Indicar que este hecho es sujeto a sanción por parte de APS es totalmente equivocado y no cuenta con justificación ni tipificación alguna que lo avale.

Que en este sentido, no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en lo que se llaman pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencia, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o el asegurado, lo cual en el presente caso no aplica al advertirse que la póliza referida era especifica, sea incluía asegurado, prima, vigencia, etc., como se puede apreciar que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

La APS afirma que no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), sin aclarar por qué tendría que volver a registrar los mismo una o varias veces por el simple hecho de que el asegurado haya cambiado su razón social. La normativa no establece la obligación de registrar el

mismo producto varias veces, lo cual sería irrisorio e inconcebible.

Como bien menciona APS, se trata de una póliza específica, esto quiere decir que es un producto elaborado y adecuado para las necesidades de un cliente en específico, sin embargo, de ninguna forma se puede afirmar que la misma sea registrada para su comercialización para una sola vez, ya que no tiene ningún sentido tener que registrarlo nuevamente en cada renovación, siendo que se supone que el mismo ya fue revisado, registrado y codificado anteriormente.

Al punto 3: *Se aclara que se trata de una renovación y que por supuesto la vigencia va ir cambiando con el paso de los años, sin embargo, al tratarse de un producto ya registrado ante su Autoridad, no corresponde un nuevo registro, por lo que tampoco corresponde la observación a la que hacen referencia.*

Nuevamente APS, comete el mismo error indicando "modificación acusada y no registrada" sin realizar análisis alguno, queda claro que en este caso no existe argumento alguno para determinar un incumplimiento.

Al punto 5: *Con respecto a este punto donde se observa un incremento en la prima, se reitera que al ser una renovación es totalmente normal y justificado que el monto de la prima se modifique, lo cual no implica incumplimiento alguno a la normativa por lo que entendemos el porqué de esta observación.*

APS, se limita a reiterar el cargo indicando "modificación acusada y no registrada" sin realizar un análisis, queda claro que en este caso no existe argumento alguno para determinar un incumplimiento.

Al punto 6: *El punto donde se establecen los SUBLÍMITES, deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado y negociado por el cliente, sin que esto implique incumplimiento alguno y mucho menos que hayamos comercializado un producto sin registro.*

APS, se limita a reiterar el cargo indicando "modificación acusada y no registrada" sin realizar análisis alguno, queda claro que en este caso no existe argumento para determinar un incumplimiento.

En este punto es importante tomar en cuenta que APS literalmente establece "Debe tomarse en cuenta que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma". De donde se hace el siguiente análisis, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., realiza las supuestas modificaciones, APS es la encargada de registro de conformidad a la normativa vigente, en ese entendido, quien en todo caso hubiera registrado NO conforme a norma es APS.

Al punto 7*: En el caso de los deducibles nos encontramos con la misma situación ya que lo lógico es que vayan cambiando sin que eso sea sujeto a observación por parte de APS, en todo caso, este es un evento procesal regulatorio que está en el marco del anterior caso, sobre el cual corresponderá a la APS se pronuncie en específico, con el objetivo de lograr el cumplimiento de la obligación de fundamentación establecida en la SC. Nro. 582/05-R de 31 de mayo de 2005y 577/04 de 15 de abril de 2004.*

Al punto 8: *Establece que varios numerales de las disposiciones generales no se*

encuentran en la póliza emitida, sin embargo, se hace notar que todos esos artículos se encuentran estipulados en el Código de Comercio y son de cumplimiento obligatorio, estén o no incorporados en las pólizas que vayamos a emitir. Por otro lado no encontramos reglamentación alguna que pudiera estar siendo incumplida por esta omisión y muchos menos los Art. a los que hacen referencia en los cargos, que establecen:

- ***Articulo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de Seguros que administren: ...**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de Seguros".*
- ***El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de Abril de 1999: "...ILEGALIDAD DE POLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o clausulas que no se encuentre registrada en la SPVS, será considera ilegal... la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registrada en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieron emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Se denota una grave violación al principio de tipificación y legalidad establecido en el artículo 72 y siguientes de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, ya que la normativa no establece que incluir Artículos del Código de Comercio, con la finalidad de mantener al asegurado mas informado sobre sus derechos, puede ser sujeto a observación o sanción al igual que el resto de los puntos observados.

*De igual forma se interpone recurso de revocatoria del inciso **c) del Punto 2** que establece:*

El Condicionado General de la Póliza de Seguro del epígrafe no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N°205/2012 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización.

*Al respecto tenemos a bien presentar los siguientes **descargos:***

Haciendo un análisis del los textos a comparar, vemos que son iguales y las condiciones son las mismas en ambos, con excepción del Art. 1024 del Código de Comercio, que no fue incluido en los textos de la Póliza N° 20009638, omisión que desde ningún punto de vista amerita una observación por incumplimiento, ya que no se estaria incumpliendo en lo establecido por los artículos mencionados' en los cargos que a la letra establecen:

- Articulo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de Seguros que administren: ...**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de Seguros".*

- El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de Abril de 1999:

*"…**ILEGALIDAD DE POLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o clausulas que no se encuentre registrada en la SPVS, será considera ilegal... la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registrada en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieron emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Igualmente se fractura el Principio de Tipicidad, el hecho de que una póliza omita la transcripción de un Artículo del Código de Comercio (que de cualquier forma el cumplimiento del mismo es Ley entre partes) , no afecta en nada a ninguna de las partes, no modifica las condiciones del contrato y mucho menos, vulnera una ley o normativa. A mayor abundamiento, no existe una prohibición expresa en la norma sobre este tipo de omisiones y tampoco la norma establece una obligación de transcribir los Artículos del Código de Comercio dentro del contrato de seguros. Tampoco afecta al registro como tal.

Conclusión

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la APS, ha incurrido en errores sustantivos en la aplicación del procedimiento sancionador y tiene una lectura incompleta e inexacta de las condiciones particulares de cada observación desde el punto de vista técnico, aspecto que deberá explicar y fundamentar, con el objetivo de no incurrir en previsiones legales de nulidad, por práctica regulatoria imprudente y emisión de resoluciones sancionatorias ultra-discrecionales, que quedan a merced de la nulidad establecida en el artículo 35 de la Ley nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

***1.** Revocar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nª 796/2013- del 27 de agosto de 2013, por corresponder en Derecho, en lo concerniente a los cargos Nro. 1 inciso h) y el cargo 2 inciso c).*

***2.** Proceder a fundamentar y motivar la resolución que resuelva la revocatoria, aplicando el Principio de Verdad Material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

***3.** Se pronuncie específicamente sobre la legalidad de aplicación genérica de la Resolución Administrativa Nro. IS N°, 602 de 24 de octubre de 2003 y el artículo 12 f) de la Ley Nro. 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 del 23 de abril de 1999…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 948-2013 DE 24 DE OCTUBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 948-2013 de 24 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar la

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, en base a los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que como quiera que el argumento transversal al recurso de revocatoria que nos ocupa tiene que ver con ***los principios de tipicidad y legalidad*** *invocada como ausentes por la recurrente), efectuemos una ligera digresión al respecto.*

El ***principio de Tipicidad*** *forma parte de la garantía del debido proceso. "Se refiere a la exigencia hecha a la Administración, para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que no puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye.." (Principios de Derecho Administrativo, publicada por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros).*

En otra acepción, tiene que ver con el apotegma latino "Nullum crimen sine lege previae"; "presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el código o las leyes, para poder castigarlos. "Esa descripción desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad", (en opinión de Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales).

En cuanto a este mismo tema, la Ley Nº 2341 de 23 de Abril de 2003 establece que solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias (artículo 73.I).

Que respecto ***el principio de legalidad****, la misma Ley en su artículo 72 señala que las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa.*

El principio de Legalidad se relaciona con que "no es lícito tipificar o imponer sanciones, si éstas no están lo suficientemente delimitadas por una norma previa; de esta forma las sanciones administrativas requieren en ese derecho, de una norma anterior que las prevea expresamente". (Principios de Derecho Administrativo, publicada por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros).

Que en otras palabras y siendo claros los conceptos anteriormente transcritos, el criterio de ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *es que las sanciones determinadas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013 no están previstas en las normas atinentes, por lo que se carecería de tipificación y por ende, de legalidad.*

CONSIDERANDO:

Que en consecuencia y revisados los conceptos precedentes, corresponde analizar los argumentos del recurso de revocatoria que nos ocupa.

CONSIDERANDO:

Que en relación ***a los argumentos 1 y 10 de la recurrente anotado en el sexto Considerando*** *de la presente Resolución, se debe manifestar que el* ***artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998*** *señala:* ***"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …****f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

En otras palabras, está determinando que una obligación de las aseguradoras y reaseguradoras es registrar todo servicio, seguro o plan de seguros, cuya lógica consecuencia es que su incumplimiento, se subsume en lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2002, que establece como sanción leve, el uso de pólizas, anexos, cláusulas adicionales y ***otros no registrados*** *en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o prohibidos por ella.*

Que a este respecto, cualquier modificación efectuada a un texto correspondiente a una Póliza, cláusula o anexo, debe ser registrada ya que las características de las estipulaciones en el mercado de seguros son tan dinámicas y sutiles que toda variación (valga el pleonasmo) en dichos documentos configura un nuevo texto y que a los fines de control de las actividades del mercado, en su faceta de transparencia, confiabilidad, buena fe, y solvencia, el ente regulador debe y tiene que llevar un estricto control, en resguardo de los intereses de los tomadores, asegurados y/o beneficiarios, así como de los propios operadores especializados evitando así, conflictos contractuales que deriven en interminables controversias. Es este el espíritu de la norma incumplida por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A E.M.A.***

Que como lógica consecuencia de la anterior norma, el ***artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999*** *determina: "…* ***ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Que no podría ser de otro modo, ya que si una obligación primaria es registrar, el siguiente capítulo es la ilegalidad de cualquier póliza, anexo o cláusula que no se haya registrado.

Que la Ley no puede entrar (y de hecho no lo hace) en consideraciones singulares de excepción para su aplicación como sugiere la recurrente; en efecto, la Ley no contempla salvedades a su aplicación como el argüido por aquella Aseguradora en sentido de que una vez registrada una póliza, anexo o cláusula, cualquier modificación que se realice ex post no requiere un nuevo registro.

Que en este contexto y en relación a la aplicación genérica o abstracta de la Ley al caso que nos ocupa, es necesario recordar las características de la Ley, entendida

como categoría jurídica de encuadramiento de la sociedad: ***a)*** *Que sea* ***justa,*** *que vaya encaminada al bien público considerado en el momento histórico en que se dicta;* ***b)*** *Que sea* ***auténtica,*** *que haya sido dictada por autoridad legítima y competente;* ***c)*** *Que sea* ***general o abstracta,*** *lo que equivale a su establecimiento en beneficio de todos y para observancia de todos los miembros sociales, con independencia de la calidad y condición de cada uno de ellos, a fin de que considere no a los individuos, sino las acciones en sí mismas;* ***d)*** *Que sea* ***obligatoria,*** *puesto que se hace para su cumplimiento, que debe ser coactivamente impuesto por el Estado (Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales de Manuel Ossorio).*

Que los transcrito deja claramente entrever que la Ley es genérica o abstracta en su aplicación ya que no singulariza a quién va dirigida, sino, va orientada a su cumplimiento por todos y es para todos, por lo que no puede haber una norma expresamente para ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *y otro operador del mercado de manera específica.*

Que lo que ***sí*** *existe (como no puede ser de otra manera conforme se ha demostrado líneas arriba) es que las* ***obligaciones*** *se encuentran expresamente previstas, así como se encuentra expresamente previsto que todo incumplimiento de las normas del mercado de seguros es sancionable previo proceso legal, y los incumplimientos en los que incurrió la Aseguradora* ***sí*** *se encuentran previstos; v.gr.* ***se ha previsto*** *que toda póliza, anexo o cláusula debe ser registrada,* ***se ha previsto*** *que es obligación de las aseguradoras y reaseguradoras registrar toda póliza, anexo o cláusula;* ***se ha previsto*** *que la comercialización de toda póliza, anexo o cláusula no registrada es ilegal y por tanto objeto de sanción, y eso es exactamente lo que hace la APS. Recuérdese que es obligación institucional de la APS supervisar el mercado de seguros así como sancionar a los operadores cuando sea el caso.*

Que por lo expuesto, la invocación de "carencia de tipicidades o carencia de legalidades" es inconsistente.

Que todas estas inconductas administrativas se subsumen en lo señalado en el artículo 16.l.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece que se considera como infracción leve, el uso de pólizas, anexos, cláusulas adicionales y otros ***no registrados*** *en la Superintendencia…o prohibidos por ella. Por lo que si* ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *incurrió en los ilícitos administrativos anotados mal puede ahora señalar que no hay previsiones legales respecto de las conductas sancionadas.*

Que en relación ***al argumento 2 de la recurrente anotado en el sexto Considerando*** *de la presente Resolución, la APS no ha "soslayado" el análisis del argumento de descargo ya que en la página 28 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 796-2013 de 27 de agosto de 2013, se argumenta lo siguiente:*

> *"****1.8.1. Análisis.***
>
> ***En cuanto al punto 1*** *referido por la Aseguradora en sentido de que se presenta una modificación en el Tipo o Ramo, ya que el cliente solicitó una separación de los riesgos políticos y que sean emitidos bajo otra póliza al momento de la*

renovación, sin embargo no se ha consignado en las condiciones Particulares ningún riesgo que no esté registrado por su Autoridad, se encuentra confusión en lo que el supervisado entiende por servicio, seguro o plan de seguro, además, de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.

Por otro lado, la aseguradora expresamente indica que hubo la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo.

Al respecto, se aclara que el artículo 12.f) de la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998 prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N° 70/1999, R.A. N° 304/1999 y R.A. N° 45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguro por la APS.

Asimismo, se recuerda que el contrato de seguro es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios en pre-pago, seguro o planes de seguro en general.

Por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma a la luz de la documentación adjuntada por ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A."***

Que esta paráfrasis de aquella resolución es esclarecedora en cuanto refuta el argumento (no solo de la falta de análisis) de la Aseguradora de que "sólo hubo una modificación del tipo o ramo" siendo una simple separación de riesgos y a pedido del cliente además. Se ha explicado con generosidad que ***cualquier modificación*** *de la Póliza, anexo o cláusula; v.gr. sea del tipo o ramo, sin importar si es a pedido del cliente, debe ser registrada si o si ante la APS, cosa que* ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *no hizo.*

En este sentido, no existe el concepto de que se incluya textos o condiciones de un texto previamente registrado a otro como refiere el supervisado, porque se estaría validando que la (o una) aseguradora pueda extraer palabras, partes o párrafos de textos ya registrados, y estructurar productos nuevos sin necesidad de enviarlos a la Autoridad competente para su respectivo registro, y algo mucho peor, evitar que se evalúe si el producto se encuentra en contradicción la normativa, sea impreciso, ambiguo, y otras establecidas en norma.

Que debe quedar claro que la sanción no es por "haber omitido" alguna póliza, anexo o cláusula, sino por haber modificado y comercializado textos no registrados, como bien admite aquella Aseguradora en sus descargos originales, por lo que no es de buen recibo que ahora y con motivo de sustentar su recurso, señale que "no ha usado" textos no registrados, contradiciendo sus originales argumentos de descargo.

*Que en cuanto a la aseveración de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** que no existe prohibición para efectuar modificaciones a las pólizas, anexos o cláusulas, es cierto, nada hay que impida modificar los textos. Lo que sí existe es la obligación de los operadores del mercado de seguros de **registrar toda modificación** efectuada por ellas antes de su comercialización.*

*Que respecto del registro integral de los servicios, seguros o planes, el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 no contempla excepciones o salvedades como la que sugiere la aseguradora; en efecto, el texto literal de esta disposición utiliza el término inclusivo **"todo"** servicio, seguro o plan de seguros, y no prevé la frase "todo o parte" de los servicios, seguros o planes de seguros, por lo que se puede deducir fácilmente que se está previendo la integralidad de los seguros como un universo total y no parcial.*

*Que en cuanto **al argumento 3 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución**, se tiene que cuando el regulado se refiere al hecho de que por haber cambiado el asegurado de razón social o adecuar el producto, debería registrar el mismo en su integridad, debe recordar que puede usar cláusulas y/o anexos aclaratorios y que como entidad aseguradora, puede modificar los alcances, definiciones así como el contenido de las pólizas de seguros sin necesidad de registrar el producto en su totalidad nuevamente, por lo cual, no se considera razonable el argumento presentado.*

Que en cuanto a la obligación de registrar las modificaciones, tal no se refiere a que se tenga que volver a registrar "en su totalidad" el producto, sino, registrar la modificación efectuada, precisamente a través de anexos o cláusulas que se estime conveniente. Ese es el espíritu de la norma. La APS no ha afirmado que ante cualquier modificación se tenga que registrar "todo" el producto o servicio nuevamente y para constatar ello, bastará leer la resolución impugnada.

*Que en cuanto **al argumento 4 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución,** se debe indicar que no se trata de un simple cambio de fechas de vigencia o de renovación como afirma la recurrente, sino, se trata de un cambio de texto, conforme se demuestra continuación:*

***a)** Según ALIANZA y Póliza de Seguro Nº 20009637:*

En el condicionado Particular de la Póliza N°20009637, se encuentra el apartado y contenido siguiente: "VIGENCIA: 12 meses calendarios desde el 14 de febrero 2012 al 14 de febrero 2013 a las 12:00 hora standard local en la dirección principal del asegurado.". El referido texto no se encuentra en el texto autorizado mediante R.A.

***b)** Según el texto registrado mediante Resolución Administrativa Nº 946/2007:*

En el condicionado Particular de los textos autorizados se encuentra el siguiente apartado y contenido siguiente: "VIGENCIA: Desde: 16 de mayo de 2007 al 16 de mayo de 2008 ambos días a las 00:01 hora local standard en la dirección del asegurado como se indica en líneas arriba". El referido Texto no se encuentra en la póliza emitida con número N°20009637.

Que siendo la modificación ostensible y explicativa por sí misma, inhibe de mayores comentarios.

Que en cuanto ***al argumento 5 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución,*** *corresponde manifestar que no se está sancionando el incremento de la prima per se, sino y nuevamente, el hecho de no haber registrado la modificación del texto que modifica la prima y registrado previamente en la APS. Modificación acusada que fue admitida por* ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.***

Que en cuanto ***al argumento 6 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución,*** *no solo se está observando el cambio en los montos de sub límites, sino además el haber realizado modificaciones al contenido del apartado "sub límites"; el argumento presentado por el supervisado refiere que deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado y negociado, sin embargo, si* ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *observa el apartado "Sublímites" acápite último del Condicionado Particular, podrá apreciar que establece coberturas de "Huelga, Motín, Conmoción Civil y Daños Maliciosos hasta USD50.000.000", pero si la recurrente revisa el mismo Condicionado Particular en el apartado "Excluyendo" se evidencia que excluye "Riesgos Políticos", los cuales de acuerdo a definiciones generales del seguro se entienden como "Huelga, Motín, Conmoción Civil y Daños Maliciosos entre otros; en este entendido, podemos apreciar un problema de ambigüedad, imprecisión y hasta contradicción, lo cual no ha sido evaluado por esta Autoridad antes de su comercialización.*

Señalar que la responsabilidad de registrar lo no registrado es de la APS (ya que es ésta quien está a cargo del tal acto) carece de consistencia pues es la ahora recurrente la que debe activar el acto de registrar y no el ente regulador, el sujeto activo es la aseguradora y no la APS.

Que en cuanto ***al argumento 7 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución,*** *se debe señalar, nuevamente, que no se está sancionando el cambio en los deducibles, sino, el hecho de no haber registrado la modificación. Para demostrar este extremo, observemos las modificaciones efectuadas por* ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.****:*

a) Según el texto modificado por la Aseguradora (no registrado) de la Póliza Nº 20009637:

"DEDUCIBLES: SECCIÓN I y II, Daño Material (Incluyendo Rotura de Maquinaria) USD 500.000 todo y cada accidente u ocurrencia excepto: USD1.000.000 para terremoto, inundación, y otros peligros de la naturaleza por ocurrencia, USD250.000 para Todo Riesgo de Construcción, por ocurrencia, USD100.000 para Transportes internos por Ocurrencia, SECCIÖN III, Pérdida de Beneficios y Pérdida de Beneficios Contingente, Deducible:30 (treinta) días para cualquier accidente u ocurrencia. Base: Valor Promedio Diario, pero 60 días en relación a terremoto, inundación, ciclón, tornado, otros riesgos de la naturaleza y rotura de maquinaria."

b) Según el texto registrado y autorizado en la APS de la Póliza Nº 20009637 mediante Resolución Administrativa Nº 946/2007:

*"DEDUCIBLES: Secciones 1 y 2 – Daños a la Propiedad y Rotura de maquinaria: US$500.000 (100%) por cualquier accidente u ocurrencia, US$250.000 (100%) por cualquier accidente u ocurrencia respecto a proyectos cubiertos bajo construcción en curso incidental, US$100.000 (100%) por cualquier accidente u ocurrencia respecto a movimiento telúricos, inundaciones y tormentas de viento y rotura de maquinaria. Sección 3 – Interrupción de negocios 30 (treinta) días por cualquier accidente u ocurrencia, pero con 60 (sesenta) días respecto a movimientos telúricos, inundaciones, tormentas de viento y rotura de maquinaria"***.**

Nótese las diferencias del texto modificado por la Aseguradora y la registrada en la APS; modificaciones que debían ser registradas y siendo ostensibles, nos inhibe de mayores comentarios.

Que en cuanto ***al argumento 8 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución,*** *el meollo de la sanción no es que los numerales extrañados estén o no en el Código de Comercio (que pudieran estarlo) resulta evidente que los numerales contemplados en el texto registrado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 946-2007 de 9 de noviembre de 2007 no lo están en la Póliza comercializada por* ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *y esta situación importa modificación porque si la Aseguradora estuviera convencida de que "estando previstos estos numerales en el Código de Comercio" no sería necesaria su inclusión en la Póliza en cuestión, no habría registrado los mismos. La contradicción es evidente y la modificación también.*

Que en cuanto ***al argumento 9 de la recurrente anotado en el sexto Considerando de la presente resolución,*** *resulta por demás evidente que los textos no son iguales como se demuestra continuación:*

a) Según el texto modificado por la Aseguradora (no registrado) de la Póliza Nº 20009638:

"CONDICIONES: 23. CANCELACIÓN Esta Póliza no podrá ser cancelada por el Asegurador o el Asegurado excepto en el caso de la falta de pago de la prima, en cuyo caso el Asegurador pueden cancelar a su discreción, mediante notificación por escrito en la que se consigne en qué momento, tendrá lugar, al menos 15 días después, entrará en vigor la cancelación. El envío de la notificación en la forma mencionada constituirá prueba suficiente de la notificación, y la presente póliza quedará sin efecto en la fecha y hora que allí se consignan". El referido texto no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 205/2012.

b) Según el texto registrado y autorizado en la APS de la Póliza Nº 20009638 mediante Resolución Administrativa Nº 205/2012:

"CONDICIONES: 23. CANCELACIÓN Esta Póliza no podrá ser cancelada por el Asegurador o el asegurado excepto en el caso de la falta de pago de la prima, en cuyo caso el asegurador pueden cancelar a su discreción, mediante notificación por escrito y con una antelación no menos de 15 días de conformidad a lo establecido en el artículo 1023 del Código de Comercio. Asimismo y de conformidad al artículo 1024 del Código de Comercio, si la rescisión fuera por voluntad del asegurador, este

devolverá a prorrata la parte de la prima de seguro por el tiempo no corrido si fuera por voluntad del asegurado, el asegurador tendrá derecho a la prima por el tiempo corrido, según la tarifa a corto plazo.

TARIFA DE CORTO PLAZO

MESES DE SEGURO	*PROPORCIÓN DE LA PRIMA ANUAL*	*MESES DE SEGURO*	*PROPORCIÓN DE PRIMA ANUAL*
1	*25%*	*6*	*80%*
2	*40%*	*7*	*85%*
3	*55%*	*8*	*90%*
4	*65%*	*9*	*95%*
5	*75%*	*10*	*100%*

Cualquier fracción de mes se computará como mes completo".

Que por la anterior transcripción, resulta incontestable que los textos son diferentes; esto quiere decir que fueron modificados y dichas alteraciones no fueron registradas como es preceptivo.

CONSIDERANDO:

Que en cuanto a los demás cargos sancionados, ***ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.*** *nada expresa.*

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de agravios esgrimidos expresados en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 14 de noviembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 948-2013 de 24 de octubre de 2013, argumentado lo siguiente:

"**…***7 . Fundamentación*

7.1. Sobre la falta de tipicidad de las sanciones identificadas.

Señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, respetuosamente debo poner en su atención que en la primera instancia recursiva, hemos sido reiterativos en que la APS, dentro de la perspectiva de sancionamiento administrativo, debe cumplir con un elemental Principio de tipicidad, el cual es de cumplimiento obligatorio, tal como

establece el artículo 73 de la Ley Nro. 2341 de procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 73°. - (Principio de Tipicidad). -

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

III. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad.

*En ese sentido, basados en la normatividad anteriormente citada, se observa con absoluta nitidez que sin el requisito de la Tipicidad, **no es admisible la posibilidad de sancionar administrativamente a una entidad regulada.***

Lo anteriormente expuesto halla sentido en el contenido del presente recurso jerárquico, debido a que la revisión de la resolución sancionatoria y también la confirmatoria, se observa que los tres cargos y sus diferentes incisos, no se adecúan a disposiciones sustantivas en forma específica, sino que por el contrario, se limitan a forzar las presuntas contravenciones a incisos genéricos de la Resolución Administrativa Nro. IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 y el articulo 12 f) de la Ley Nro. 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 del 23 de abril de 1999.

Corresponde poner en su atención que la APS tenía la obligación de SUBSUMIR PERFECTAMENTE, las acciones a una de las tres normas de orden especifico y no así en forma general, lo cual demuestra que no ha existido un verdadero análisis por parte de la APS al momento de emitir las sanciones regulatorias, dentro de la resolución que hoy es objeto de recurrencia.

La obligación de SUBSUNBCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA SE HALLA PROTEGIDA POR LAS SIGUIENTES PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES: Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, que indica:

> "En *coherencia con la indicada normativa, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que las reglas del debido proceso no son sólo aplicables en materia penal, sino también a toda la esfera sancionadora, dentro de ella la materia administrativa. (SC 0787/2000-R). En ese entendido, en su profusa jurisprudencia ha desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y*

14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)". Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la fundamentación y motivación de las resoluciones. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: ***1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos*** *de* ***juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ilícito que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta****. En caso de varias contravenciones se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, por tanto, en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso; motivación que en el caso del Auto Inicial de la Instrucción, debe comprender entre otras cosas:* ***a) la descripción y valoración clara de los elementos de prueba que dan mérito a la apertura de la causa b) La tipificación legal del hecho,*** *individualizando a cada sanción una de la otra".*

Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por autoridades competentes como la APS deberán estar fundamentadas e individualizadas en debida forma, expresando los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba.

Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes o por la propia autoridad administrativa.

De la lectura de la Sentencia Constitucional 0802/2007- R de 02 de octubre de 2007, se puede afirmar que las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, la APS tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001- R.

Basados en lo anteriormente expuesto, se puede apreciar que la la (sic) *Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 948-2013 del 24 de octubre de 2013 emitida en vía de revocatoria por parte de la APS, nuevamente incurre en dicho incumplimiento al artículo 73 de la Ley Nro. 2341 de procedimiento administrativo debido a lo siguiente:*

*a) En el contenido de la Resolución que resuelve - la Revocatoria, se puede apreciar que la APS, en forma textual señala**:** "Que lo transcrito deja claramente entrever que la Ley es genérica o abstracta en su aplicación ya que no singulariza a quien va dirigida, sino va orientada a su cumplimiento*

por todos y es para todos, por lo que no puede haber una norma expresamente para ALIANZA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA. U otro operador del mercado en forma específica". De lo anteriormente manifestado, corresponde poner en atención de su Autoridad que nuestra entidad, en ningún momento acudió a manifestar que debería existir una norma especial o nominada para ALIANZA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA., sino que por el contrario reclama la imprudencia normativa cometida por la APS, toda vez que los hechos presuntamente infractores por nuestra entidad, no están adecuadamente tipificados desde el inicio del procedimiento sancionador en nuestra contra, lo cual efectivamente al margen de generar falta de tipicidad, también genera indefensión, ya que el aplicar una sanción apoyándose en normas generales y no así específicas en cuanto a las presuntas infracciones cometidas, por su puesto (sic) *que generan vicios de procedimiento que correspondía a la APS repararlos, pero en todo caso se limita a intentar armar un argumento de respuesta, sobre algo que en ningún momento fue invocado por nosotros, como el reclamar la existencia de una norma para ALIANZA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA.*

b) De igual forma en relación a la aplicación de artículo 16 inciso m) de la RA IS 602/2002, en una amplificación exorbitante de la Discrecionalidad Regulatoria, ahora la APS se refugia en sostener que la sanción está asociada a ***"otros no registrados";*** *este hecho es una confesión expresa por parte de la APS, que no existe posibilidad de subsumir en forma precisa las presuntas contravenciones de ALIANZA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA, a una norma específica y que pueda dar legalidad a un procedimiento sancionador.*

c) Por otra parte, la APS, alude que la revisión que realiza a las pólizas están orientadas a proteger a los tomadores, asegurados o beneficiarios. Sin embargo, corresponde poner en su atención que en todo el procedimiento sancionador que se lleva en contra de nuestra entidad, en ningún momento se establece la existencia de algún daño que se haya causado a ninguno de los actores del contrato de seguro, por lo cual dicha afirmación resulta totalmente estéril en el marco de la fundamentación y pertinencia de la respuesta de la APS.

d) *Por otra parte, resulta altamente recomendable que la instancia jerárquica tome en cuenta que en el propio contenido de la Resolución que resuelve la Revocatoria, la APS, confirma que no existe norma expresa para subsumir la presunta contravención en la que habría ingresado Alianza, aspecto que se torna en una contradicción flagrante que hace que la resolución sea ambigua y oscura, y en todo caso pasible de NULIDAD por imprecisión en su contenido, todo ello sin perjuicio de dejar evidencia de que la fractura que existe entre los considerandos y la parte resolutiva, hace que además ingresemos a una conculcación del Principio de Congruencia, la cual como se conoce en la jurisprudencia administrativa, implica adicionalmente un atentado contra el Debido Proceso, por lo cual corresponderá en rigor de ley, el anular el procedimiento sancionador hasta la etapa de notificación de*

cargos, toda vez que a ciencia cierta, no EXISTE BASE LEGAL para proceder a ejercer una sanción en contra de la empresa que represento.

e) De igual forma corresponde invocar el contenido de lo expuesto en el artículo 43 de la Ley Nro. 2883 que establece:

> ***ARTICULO 43°.-*** *ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS. (De igual forma Invocada por APS)*
>
> *s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus funciones.*

Como se podrá apreciar la APS, tiene la facultad de emitir Resoluciones Reglamentarias específicas para cuestiones transversales del mercado, todo ello con el objetivo de que el asegurado tenga conocimiento de las acciones que pudieran ser vistas como "incumplimientos" a los ojos del ente regulador y evitar los vacíos - jurídicos como el que actualmente padece el procedimiento sancionador el cual es recurrido en la instancia jerárquica.

Conclusión.-

De lo anteriormente manifestado, luego de la revisión de la respuesta en vía de revocatoria por parte de la APS, se observa con nitidez que la APS aplicó para todas las presuntas observaciones y actos ejecutados por nuestra entidad, en forma general las previsiones descritas en la Resolución Administrativa Nro. IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 y el artículo 12 f) de la Ley Nro. 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 del 23 de abril de 1999, sin realizar discriminación o individualización alguna, los cual es contrario al marco legal toda vez que tenía la obligación de realizar una subsunción específica para cada uno de los cargos y sus respectivos incisos, con el objetivo de que cualquier sanciones regulatoria sea aplicable y viable, aspecto que no ha sido debidamente explicado o reparado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 948-2013 del 24 de octubre de 2013.

Asimismo, corresponde dejar claramente establecido que la APS tenía la facultad de conforme el artículo 43 de la Ley Nro. 1883 de Seguros de generar normativa que tienda a cubrir los vacíos jurídicos respecto al desempeño de las actividades de los regulados.

7.2. Descargo técnico.- *De igual forma en el marco técnico, corresponde poner en su atención los siguientes elementos de orden técnico legal:*

1) Por el cargo sancionado con el N° lh de la notificación de cargos que establece:

a) *El Condicionado General y Condicionado Particular de las Pólizas de Seguro N°20009637, no concuerdan con el texto autorizado mediante Resolución Administrativa N° 946/2007 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliendo el articulo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización.*

Al respecto informamos que una vez realizado el análisis de las observaciones, se presentan los siguientes descargos que deberán ser valorados por la APS, en el

marco de las previsiones establecidas en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo:

Al punto 1: *Se presenta una modificación en el Tipo o Ramo, ya que el cliente solicitó una separación de los riesgos políticos y que sean emitidos bajo otra póliza al momento de la renovación, sin embargo no se ha consignado en las condiciones Particulares ningún riesgo que no esté registrado por su Autoridad, aspecto que es convenientemente soslayado por la APS al momento de emitir la resolución sancionatoria que ahora es objeto de recurrencia en la vía de revocatoria.*

Análisis APS: *Se encuentra confusión en lo que la supervisada entiende por* ***servicio, seguro o plan de seguro,*** *además de lo considerado por comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la APS, cuyas omisiones son objeto de sanción.*

No ha existido ninguna omisión por parte de Alianza, ni tampoco el uso de anexos o cláusulas no registradas, en este caso, simplemente una separación en la emisión de productos ya registrados por lo que queda demostrado que la confusión se encuentra en el análisis realizado por APS y en todo caso le corresponderá evaluar esta situación en el marco de la Sana Critica y el Prudente Arbitrio, con el objetivo de no incurrir en actividad discrecional que es penalizada con la nulidad del Acto Administrativo.

Por otro lado, la aseguradora expresamente indica que hubo la modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo, bajo esta orientación, en esta afirmación APS pretende desvirtuar el significado del descargo en el sentido de que el mismo explica como existió una separación en la forma de emisión, argumentando que el hecho de existir una "modificación" implica una sanción, sin realizar un análisis de si dicha modificación implica una modificación de forma significativa o simplemente de forma que no afecta ni perjudica a nadie y que por el contrario, fue realizada a solicitud del asegurado.

Que al respecto se aclara que el artículo 12 f) de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, prevé el registro de servicios, seguro o planes de seguro de manera integral, como un documento único conforme las R.A. N° 70/1999, R.A. N°304/1999 y R.A. 45/2001, que pretenden salvaguardar la equidad en las relaciones entre los asegurados y aseguradoras a través de la regulación del contrato de seguros por APS.

En este argumento existe una vulneración fragante al principio de tipicidad, ya que ninguna de las Resoluciones Administrativas establece una prohibición expresa a realizar adecuaciones y modificaciones de forma a los productos ya registrados, aspecto que deberá ser cuidadosamente analizado por la APS, ya que en la medida en que no pueda exponer bases legales precisas, estaría incumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que asimismo, debe recordarse que el contrato de seguros es objeto de registro y codificación, lo que permite identificarlo como un todo indivisible en las partes que lo integran, ya sean servicios prepago, seguro o planes de seguro en general.

Tampoco la normativa vigente expresa la indivisibilidad de la del contrato de seguros, esta es una apreciación subjetiva por parte de APS que lejos está de ser sancionable.

Que por lo expuesto, el descargo no enerva la imputación y más bien lo confirma...

Al punto 2: *Existe una diferencia en el ASEGURADO, porque el mismo ha cambiado de razón social, sin embargo, se entiende que van a existir este tipo de modificaciones y para eso son las Condiciones Particulares, para ir complementando con las especificaciones del cliente, por cuanto no corresponde la observación a la que hacen referencia.*

Análisis APS: *Que por otro lado, la aseguradora expresamente indica que "existe una diferencia y que van a existir este tipo de modificaciones..." modificación acusada y no registrada conforme se ha analizado, por lo que este elemento constituye una razón más para confirmar el cargo.*

En este caso el asegurado cambió de Razón Social, por lo que APS nuevamente realiza un análisis totalmente sesgado, o directamente no se toma la molestia de analizar la modificación realizada, entendiendo erróneamente que cualquier modificación implica una sanción. Sin embargo, no determinan cual es la modificación sancionable, con un simple análisis del descargo puede deducirse que se trata de una "actualización de la razón social del asegurado". Indicar que este hecho es sujeto a sanción por parte de APS es totalmente equivocado y no cuenta con justificación ni tipificación alguna que lo avale.

Que en este sentido, no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), salvo en los campos establecidos específicamente al momento de registrar el producto, en lo que se llaman pólizas genéricas que incluyen campos como observaciones, aclaraciones, vigencia, coberturas entre otros para ser llenados de acuerdo a las necesidades y requerimiento de la compañía y/o el asegurado, lo cual en el presente caso no aplica al advertirse que la póliza referida era especifica, sea incluía asegurado, prima, vigencia, etc., como se puede apreciar que se había registrado para su comercialización por una sola vez.

La APS afirma que no se puede efectuar modificaciones a los productos previamente registrados (sin volver a registrarlos), sin aclarar por qué tendría que volver a registrar los mismo una o varias veces por el simple hecho de que el asegurado haya cambiado su razón social. La normativa no establece la obligación de registrar el mismo producto varias veces, lo cual sería irrisorio e inconcebible.

Como bien menciona APS, se trata de una póliza específica, esto quiere decir que es un producto elaborado y adecuado para las necesidades de un cliente en específico, sin embargo, de ninguna forma se puede afirmar que la misma sea registrada para su comercialización para una sola vez, ya que no tiene ningún sentido tener que registrarlo nuevamente en cada renovación, siendo que se supone que el mismo ya fue revisado, registrado y codificado anteriormente.

Al punto 3: *Se aclara que se trata de una renovación y que por supuesto la vigencia va ir cambiando con el paso de los años, sin embargo, al tratarse de un producto ya registrado ante su Autoridad, no corresponde un nuevo registro, por lo que tampoco*

corresponde la observación a la que hacen referencia.

Nuevamente APS, comete el mismo error indicando "modificación acusada y no registrada" sin realizar análisis alguno, queda claro que en este caso no existe argumento alguno para determinar un incumplimiento.

Al punto 5: *Con respecto a este punto donde se observa un incremento en la prima, se reitera que al ser una renovación es totalmente normal y justificado que el monto de la prima se modifique, lo cual no implica incumplimiento alguno a la normativa por lo que entendemos el porqué de esta observación.*

APS, se limita a reiterar el cargo indicando "modificación acusada y no registrada" sin realizar un análisis, queda claro que en este caso no existe argumento alguno para determinar un incumplimiento.

Al punto 6: *El punto donde se establecen los SUBLÍMITES, deben ir cambiando de acuerdo a lo solicitado y negociado por el cliente, sin que esto implique incumplimiento alguno y mucho menos que hayamos comercializado un producto sin registro.*

APS, se limita a reiterar el cargo indicando "modificación acusada y no registrada" sin realizar análisis alguno, queda claro que en este caso no existe argumento para determinar un incumplimiento.

En este punto- es importante tomar en cuenta que APS literalmente establece "Debe tomarse en cuenta que lo que se sanciona no es la modificación per se, sino, el hecho de no haber registrado conforme manda la norma". De donde se hace el siguiente análisis, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., realiza las supuestas modificaciones, APS es la encargada de registro de conformidad a la normativa vigente, en ese entendido, quien en todo caso hubiera registrado NO conforme a norma es APS.

Al punto 7: *En el caso de los deducibles nos encontramos con la misma situación ya que lo lógico es que vayan cambiando sin que eso sea sujeto a observación por parte de APS, en todo caso, este es un evento procesal regulatorio que está en el marco del anterior caso, sobre el cual corresponderá a la APS se pronuncie en especifico, con el objetivo de lograr el cumplimiento de la obligación de fundamentación establecida en la SC. Nro. 582/05-R de 31 de mayo de 2005y 577/04 de 15 de abril de 2004.*

Al punto 8: *Establece que varios numerales de las disposiciones generales no se encuentran en la póliza emitida, sin embargo se hace notar que todos esos artículos se encuentran estipulados en el Código de Comercio y son de cumplimiento obligatorio, estén o no incorporados en las pólizas que vayamos a emitir. Por otro lado no encontramos reglamentación alguna que pudiera estar siendo incumplida por esta omisión y muchos menos los Art. a los que hacen referencia en los cargos, que establecen:*

- ***Articulo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de Seguros que administren: ...**f)** Registrar ante la*

Superintendencia todo servicio, seguro o plan de Seguros".

- *El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de Abril de 1999: "…ILEGALIDAD DE* ***POLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o clausulas que no se encuentre registrada en la SPVS, será considera ilegal... la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registrada en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieron emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Se denota una grave violación al principio de tipificación y legalidad establecido en el artículo 72 y siguientes de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, ya que la normativa no establece que incluir Artículos del Código de Comercio, con la finalidad de mantener al asegurado mas informado sobre sus derechos, puede ser sujeto a observación o sanción al igual que el resto de los puntos observados.

Se pretende recurrir el inciso c) del Punto 2 que establece:

El Condicionado General de la Póliza de Seguro del epígrafe no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N°205/2012 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el articulo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización.

Al respecto tenemos a bien presentar los siguientes ***descargos:***

Haciendo un análisis del los textos a comparar, vemos que son iguales y las condiciones son las mismas en ambos con excepción del Art. 1024 del Código de Comercio que no fue incluido en los textos de la Póliza N° 20009638, omisión que desde ningún punto de vista amerita una observación por incumplimiento, ya que no se estaría incumpliendo en lo establecido por los artículos mencionados en los cargos que a la letra establecen:

- ***Articulo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de Seguros que administren: ....* ***f)*** *Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de Seguros".*
- *El artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de Abril de 1999: "…ILEGALIDAD DE* ***POLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o clausulas que no se encuentre registrada en la SPVS, será considera ilegal... la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registrada en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieron emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Igualmente se fractura el Principio de Tipicidad, el hecho de que una póliza omita la transcripción de un Artículo del Código de Comercio (que de cualquier forma el cumplimiento del mismo es Ley entre partes), no afecta en nada a ninguna de las partes, no modifica las condiciones del contrato y mucho menos, vulnera una ley o normativa. A mayor abundamiento, no existe una prohibición expresa en la norma

sobre este tipo de omisiones y tampoco la norma establece una obligación de transcribir los Artículos del Código de Comercio dentro del contrato de seguros. Tampoco afecta al registro como tal.

Conclusión

En mérito en vía jerárquica queda demostrado que la APS, ha incurrido en errores sustantivos en la aplicación del procedimiento sancionador y tiene una lectura incompleta e inexacta de las condiciones particulares de cada observación desde el punto de vista técnico, aspecto que deberá explicar y fundamentar, con el objetivo de no incurrir en previsiones legales de nulidad, por práctica regulatoria imprudente y emisión de resoluciones sancionatorias ultra-discrecionales, que quedan a merced de la nulidad establecida en el artículo 35 de la Ley nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 a 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003 solicito:

1. *REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 948-2013 del 24 de octubre de 2013, toda vez que dicha resolución no cumple con la previsión establecida en el articulo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, y no ha rebasado los argumentos plantados en el Recurso de Revocatoria, incumpliendo la obligación de fundamentación realizando explicaciones sesgadas y parciales en relación a los argumentos expuestos en la revocatoria.*
2. *Conforme lo previsto en el artículo 55 parágrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, solicito a su Autoridad que habiendo cumplido con todos los requisitos establecidos en la normatividad procedimental, se proceda a la admisión del presente Recurso Jerárquico y se emita el consecuente Auto de Admisión…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta de la nota APS/DESP/DJ/DS/6590/2013 de fecha 9 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros llevó adelante la evaluación técnico-financiera a Cuentas de Producción, Reaseguro y Siniestros de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, de cuyo resultado, la notificó con 16 cargos, por presuntas contravenciones en las que habría incurrido la Entidad Aseguradora.

En fecha 2 de agosto de 2013, mediante nota CITE A/APS N° 063/2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** presentó sus correspondientes descargos.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió sancionar a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, con la multa -total- en bolivianos equivalente a 66.000.- UFV's (Sesenta y seis mil Unidades de Fomento a la Vivienda), no obstante de haber desestimado algunos de los cargos originales (1.e), 1.f), 2.a), 2.b) y 3.a) en función de los descargos señalados.

En fecha 30 de septiembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, en atención al cual, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 948-2013 de 24 de octubre de 2013, que confirma totalmente a la anterior, por lo que mediante memorial presentado el 14 de noviembre de 2013, la recurrente presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa última citada, el que pasa a considerarse y resolverse continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la comercialización de las pólizas y cláusulas con anterioridad a su registro.-

Tal como se desprende de los antecedentes, la Autoridad Reguladora ha sancionado a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** por la transgresión en once (11) cargos no desvirtuados -de los dieciséis originales-, conforme son mencionados con el texto siguiente:

> "…***1.*** *En relación a la* ***Póliza Nº 20009637 con Código 108-910130-2007 10 072****:*
>
> ***a)*** *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que muestra el código 108-910101-2001 03 028-2577, para la Póliza N°20009637 y que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hasta la suma de US$5.000.000, y recepcionada en YPFB Transporte el 03 de mayo de 2012, y contenido emitido por la entidad aseguradora para la referida Póliza, no corresponden ni concuerdan con códigos ni contenidos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la Póliza y Código del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen*

la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización (…)

b) *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que muestra el código COD. 108-910101-2001 03 028-2577 que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Nacional de Bolivia S.A., hasta la suma de US$25.977.378,11 recepcionada en YPFB Transporte el 02 de marzo de 2012 junto a su contenido, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la póliza y código del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 de 25 de junio de 1998, y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N°070/1999 de 23 de abril de 1999* (…)

c) *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que código 108-910101-2001 03 028-2577 y que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hasta la suma de US$15.054.972,16 recepcionada en YPFB Transporte el 02 de marzo de 2012 junto a su contenido, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la póliza del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999 que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización*(…)

d) *La "Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad" que muestra el código COD. 108-910101-2001 03 028-2577 que establece entre otras cosas, la subrogación a favor de los señores Banco Unión S.A., hasta la suma de US$13.159.070 recepcionada en YPFB Transporte el 02 de marzo de 2012 junto a su contenido emitido por la entidad aseguradora, no corresponden ni concuerdan con códigos que se hubieran autorizado de manera previa para su comercialización como parte de la póliza del epígrafe, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999. que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización* (…)

g) *La "Cláusula de Pruebas y Puesta en Marcha de la Propiedad y la Planta (aplicable a todas las secciones)" y la "Cláusula de Pagos a Cuenta" no cuentan con códigos de registro ni concuerdan con respaldo de autorización de manera previa para su comercialización como parte de la póliza y código del epígrafe, incumpliéndose las normas que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización* (…)

h) *El Condicionado General y Condicionado Particular de la Póliza de Seguro N°20009637, no concuerdan con el texto autorizado mediante Resolución Administrativa N° 946/2007 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5*

de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización(…)

i) *La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la Calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa establecida en el numeral 3 romano I, de la referida solicitud de información que establecía el contenido siguiente:"Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos (Ej: Copia reporte de la WEB, Copia informa de la calificadora internacional u otra*(…)

2. *En relación a la* ***Póliza Nº 20009638 con Código 108-9109160-2012 04 120****:*

c) *El Condicionado General de la Póliza de Seguro del epígrafe no concuerda con el texto autorizado mediante R.A. N° 205/2012 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización* (…)

d) *La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa establecida en el numeral 3 romano III, de la referida solicitud de información que establecía el contenido siguiente:"Copia de la Calificación Internacional del Reasegurador que respalda los riesgos emitidos (Ej: Copia reporte de la WEB, Copia informa de la calificadora internacional u otra* (…)

3. En relación a la Póliza Nº 20009254 con Código Nº 108-910101-2001 03 028.

b) *El Condicionado Particular de la Póliza del epígrafe, no concuerda con el texto autorizado mediante Resolución Administrativa N° 143/2001 de acuerdo a detalle presentado a continuación, incumpliéndose el artículo 12 inciso f) de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa N°070/1999, que establecen la obligatoriedad del registro de productos de seguros antes de su comercialización* (…)

c) *La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012, incumpliéndose lo establecido en el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa establecida en el numeral 3 romano II, de la referida solicitud de información que establecía el contenido siguiente:"Copia de la Calificación Internacional del*

Reasegurador que respalda los riesgos emitidos (Ej: Copia reporte de la WEB, Copia informa de la calificadora internacional u otra)…"

La normativa que se habría sido transgredido, es la siguiente:

- Para el caso de los cargos 1a, 1b, 1c, 1d, 1g, 1h, 2c y 3b:

- El artículo 12°, inciso f), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998:

  "…*OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros…*"

- El artículo 5° de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de abril de 1999:

  "…*ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA: Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora…*"

Para el caso específico del mencionado cargo 1g, resulta también infringido el artículo 1006° del Código de Comercio, que establece:

"…***MEDIO DE PRUEBA:*** *En contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. La póliza debe redactarse en idioma castellano, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado…*"

- Para el caso de los cargos 1i, 2d y 3c:

- El Artículo 12°, inciso j), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998:

  "…*OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:… j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…*"

Al respecto, la recurrente ha manifestado que:

"…*los tres cargos y sus diferentes incisos, no se adecúan a disposiciones sustantivas en forma específica, sino que por el contrario, se limita a forzar las presuntas contravenciones a incisos genéricos de la Resolución Administrativa Nro. IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 y el artículo 12 f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070 del 23 de abril de 1999.*

Corresponde poner en su atención que la APS tenía la obligación de SUBSUMIR PERFECTAMENTE, las acciones a una de las tres normas de orden especifico y no así en forma general, lo cual demuestra que no ha existido un verdadero análisis por parte de la APS al momento de emitir las sanciones regulatorias, dentro de la resolución que hoy es objeto de recurrencia…"

Entonces, la impugnación fundamental de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, corresponde a lo que la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, refiere como el principio de tipicidad, con el tenor siguiente:

"…*Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*…"

En ese entendido, para la recurrente no se habría cumplido con el principio señalado, toda vez que los cargos efectuados por la Autoridad Reguladora no se subsumen "*perfectamente*" en los artículos imputados como vulnerados.

No obstante, es menester tener como base del análisis (y aclarar en función de lo recurrido) que, la conducta sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es la comercialización, por parte de la compañía de seguros, de Pólizas sin que las mismas hubieran sido previamente registradas, tal como lo exige la Resolución Administrativa IS Nº 070/99 de 23 de abril de 1999.

Por ello, se impone primero el análisis de los cargos **1a, 1b, 1c, 1d, 1g, 1h, 2c** y **3b**, los que, como se tiene dicho, fueron sancionados por incumplimiento a los artículos 12°, inciso f), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y 5° de la Resolución Administrativa IS/N° 070 de 23 de abril de 1999, el cargo **1g** fue, además, sancionado por incumplimiento al artículo 1006° del Código de Comercio; incumplimientos que se han producido en la emisión de tres pólizas emitidas a favor de YPFB Transporte: Nº 20009637 con Código 108-910130-2007 10 072, Nº 20009638 con Código 108-9109160-2012 04 120, y 20009254 con Código 108-910101-2001 03 028.

El factor común de dichos cargos, es el hecho de no haber sido registradas -con carácter previo a su comercialización-, las cláusulas "*de Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad*" (lo que hace a los cargos **1a, 1b, 1c** y **1d**), "*de Pruebas y Puesta en Marcha de la Propiedad y la Planta*" y "*de Pagos a cuenta*" para el cargo **1g**, los Condicionados General y Particular para el cargo **1h**, el Condicionado General para el cargo **2c**, y el Condicionado Particular para el cargo **3b.**

En tal sentido, de la lectura del artículo 12°, inciso f), de la Ley Nº 1883 (de Seguros), se puede establecer que es obligación de las entidades de seguros "*Registrar ante la Superintendencia* ***todo servicio, seguro*** *o plan de seguros*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), de donde resulta que todo servicio y todo seguro, sin excepción, debe ser registrado en la Autoridad Reguladora.

Sin embargo, al ser una norma genérica no define el plazo o el momento en el que el servicio o seguro debe ser registrado, por lo que, para establecer ello, debe recurrirse a lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución Administrativa IS/Nº 070/99 de 23 de abril de 1999, mismo que señala:

"… ***ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:*** *Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal* (…) *La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora*…"

De la lectura anterior se desprende, que el Registro de la Póliza de Seguros debe efectuarse antes de su comercialización; el **artículo 2°** de la misma Resolución es más claro aun cuando indica, precisamente, que "***Las pólizas****, anexos o* ***cláusulas adicionales****, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras* ***deberán ser presentadas*** *a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros* ***para su registro, de manera previa a su comercialización***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo tanto, una póliza o cláusula no registrada por ante la Autoridad Reguladora, no puede ser comercializada, porque de lo contrario, incurriría en la ilegalidad señalada por el artículo 5° de la Resolución Administrativa IS N° 70/99.

Ahora bien; la recurrente **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** señala que no habría incumplido las normas precitadas, por cuanto, las cláusulas comercializadas como parte de las referidas pólizas, habrían sido registradas anteriormente mediante las Resoluciones Administrativas Nº 326 de 7 de mayo de 2007 y Nº 946 de 9 de noviembre de 2007, entonces, con anterioridad a su comercialización a YPFB Transporte.

Ante tal alegato, resulta al presente fundamental establecer, cuáles las Cláusulas y Pólizas que se registraron a través de las mencionadas Resoluciones Administrativas, para lo que, en lo pertinente, se transcriben a continuación:

- **Resolución Administrativa Nº 326 de 7 de mayo de 2007:**

"…***ARTÍCULO 1°*** *Registrar la Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización, para la póliza Multiriesgo, registrada mediante Resolución Administrativa IS No. 457 de fecha 30 de agosto de 2000, correspondiente a la entidad aseguradora ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. de acuerdo a la siguiente codificación:*

Nombre de la Póliza y
Código asignado: ***Multiriesgo***
108-910115-2000 08 019

Cláusula adicional y
Código asignado: ***Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización***
108-910115-2000 08 019-2134

ARTÍCULO 2° *Registrar la Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización, para la Póliza de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad, registrada mediante Resolución Administrativa IS No. 143 de fecha 28 de marzo de 2001, correspondiente a la entidad aseguradora*

ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. de acuerdo a la siguiente codificación:

Nombre de la Póliza y
Código asignado: ***Todo Riesgo de Daños a la Propiedad***
108-910101-2001 03 028

Cláusula adicional y
Código asignado: ***Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización***
108-910101-2001 03 028-2577

ARTÍCULO 3° *Registrar la Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización, para la Póliza de Seguro contra Incendio y Líneas Aliadas, registrada mediante Resolución Administrativa IS No. 384 de fecha 136* (sic) *de diciembre de 1999, correspondiente a la entidad aseguradora ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. de acuerdo a la siguiente codificación:*

Nombre de la Póliza y
Código asignado: ***Todo Riesgo de Daños a la Propiedad***
108-910100-1999 12 01

Cláusula adicional y
Código asignado: ***Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización***
108-910100-1999 12 01-2590*…*"

- **Resolución Administrativa Nº 946 de 9 de noviembre de 2007:**

"*…**ARTÍCULO 1°** Registrar la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad Transredes S.A., correspondiente a la entidad aseguradora ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. de acuerdo a la siguiente codificación:*

Modalidad: SEGUROS GENERALES

Ramo de aplicación: Incendio y Aliados

Nombre de la Póliza y
Código asignado: *Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad Transredes S.A.*
108-910130-2007 10 072
Coberturas y
Códigos asignados: *Daño Material*
108-910130-2007 10 072-1001*…*"

Las Cláusulas adicionales, entre otras, que se registraron a través de la misma Resolución Administrativa, son:

"*…Cláusula de Pruebas y Puesta en Marcha de la Propiedad y*

la Planta
108-910130-2007 10 072-2006

Cláusula de Pagos a Cuenta
108-910130-2007 10 072-2026*…*"

Sobre el punto, la Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa confirmatoria, ha establecido que:

"*…el **artículo 12 f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998** señala: **"OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: …**f)** Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

*En otras palabras, está determinando que una obligación de las aseguradoras y reaseguradoras es registrar todo servicio, seguro o plan de seguros, cuya lógica consecuencia es que su incumplimiento, se subsume en lo dispuesto en el artículo 16.I.m) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2002, que establece como sanción leve, el uso de pólizas, anexos, cláusulas adicionales y **otros no registrados** en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o prohibidos por ella.*

*Que a este respecto, cualquier modificación efectuada a un texto correspondiente a una Póliza, cláusula o anexo, debe ser registrada ya que las características de las estipulaciones en el mercado de seguros son tan dinámicas y sutiles que toda variación (valga el pleonasmo) en dichos documentos configura un nuevo texto y que a los fines de control de las actividades del mercado, en su faceta de transparencia, confiabilidad, buena fe, y solvencia, el ente regulador debe y tiene que llevar un estricto control, en resguardo de los intereses de los tomadores, asegurados y/o beneficiarios, así como de los propios operadores especializados evitando así, conflictos contractuales que deriven en interminables controversias. Es este el espíritu de la norma incumplida por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A E.M.A.***

*Que como lógica consecuencia de la anterior norma, el **artículo 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de 23 de abril de 1999** determina: "…**ILEGALIDAD DE PÓLIZA NO REGISTRADA:** Toda Póliza de Seguros, anexo o cláusula que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal… La comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora".*

Que no podría ser de otro modo, ya que si una obligación primaria es registrar, el siguiente capítulo es la ilegalidad de cualquier póliza, anexo o cláusula que no se haya registrado…"

Entonces, el Ente Regulador aplica tal criterio para establecer que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, habiendo registrado en su momento la Cláusula de

Cesión de Derechos de Indemnización, Código 108-910115-200**0 08 019-2134**, para la póliza de Seguro de Multiriesgo, Código 108-910**115-2000 08 019**, sin embargo, la utilizó en la Póliza Nº 20009637 con Código 108-910**130-2007 10 072**, más de una vez, bajo el Código 108-910101-200**1 03 028-2577.**

Revisados los antecedentes y tal como lo señala la Autoridad Reguladora, los dos últimos Códigos mencionados no se encuentran registrados ante ella, por lo que la compañía recurrente, al haber comercializado la Póliza Nº 20009637 con Código 108-910130-2007 10 072 y la Cláusula de Cesión de Derechos de Indemnización con el Código 108-910101-200**1 03 028-2577**, sí ha incumplido lo dispuesto en el artículo 12°, inciso f), de la Ley de Seguros, y sí ha incurrido en lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución Administrativa IS/Nº 070/99, pues así como la referida Cláusula no fue registrada para ésa Póliza, a su vez la Póliza, con ésa Cláusula, no fue registrada ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con anterioridad a su comercialización.

Asimismo, en relación a los condicionados particular y general observados -cargos **1h**, **2c** y **3b**- de las tres Pólizas (Nº 20009637 con Código 108-910130-2007 10 072, Nº 20009638 con Código 108-9109160-2012 04 120, y Nº 20009254 con Código 108-910101-2001 03 028), los mismos no fueron registrados previamente a su comercialización como parte de las referidas pólizas, lo que determina que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** sí ha incumplido lo dispuesto en el artículo 12°, inciso f), de la Ley de Seguros, y ha incurrido en lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución Administrativa IS/Nº 070/99.

2.2. Otros alegatos del Recurso Jerárquico.-

Respecto a los cargos **1i, 2d** y **3c**, en sentido de que "*La entidad aseguradora no proporcionó el detalle de la Calificación Internacional completa de los Reaseguradores que respaldan el riesgo suscrito facultativamente, conforme se requirió en Solicitud de Documentación y/o Información N°2/2012*", efectivamente la ahora recurrente incumplió también lo establecido en el artículo 12°, inciso j), de la Ley de Seguros N°1883, al no proporcionar la documentación completa, tal como lo solicitó la Autoridad Reguladora, conclusión emergente del hecho de que la recurrente, no presentó mayores argumentos que enerven los cargos y que permitan una mayor consideración al respecto, justificándose la imputación y consiguiente sanción.

Asimismo, es necesario señalar que, si bien la recurrente ha registrado la Cláusula de "*Cesión de Derechos de Indemnización para la Póliza de Todo Riesgo Daños a la Propiedad*", las cláusulas "*de Pruebas y Puesta en Marcha de la Propiedad y la Planta*" y "*de Pagos a cuenta*", no lo hizo para las Pólizas ahora observadas, toda vez que para cada cláusula registrada, la Autoridad asigna un Código, el mismo que es derivado del Código de la Póliza, de lo que resulta que para registrar una Cláusula, previa o simultáneamente debe registrarse la Póliza, tal como se desprende de lo dispuesto en la Resolución Administrativa IS/Nº 304 de 21 de octubre de 1999, a continuación en lo pertinente transcrita:

> "…***REGISTRO DE PÓLIZAS.***
>
> *El código utilizado para el registro de pólizas será:*

REGISTRO DE PÓLIZA = CODIGO CIA + CODIGO RAMO + No. Registro

Donde:
No. Registro = Año (4 dígitos) + Mes (2 dígitos) + Correlativo (3 dígitos)

Entregado el Registro de póliza, se especifica las coberturas, anexos o formularios de la misma, de acuerdo a la siguiente codificación:

Codificación de Cobertura, cláusulas adicionales o formularios = X YYY

Donde:
X = 1 si se trata de coberturas básicas del condicionado general
X = 2 si se trata de cláusulas adicionales y/o anexos que tengan connotación para ampliar o modificar la cobertura básica del condicionado general
X = 3 si se trata de formularios
YYY = Es un correlativo por tipo de cobertura, cláusula o anexo por ramo.

Para el registro de toda cláusula adicional o anexo deber existir necesariamente el registro de la póliza principal que la contiene…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica)

Por lo tanto, el argumento de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, en sentido de que la norma no establecería como un tipo de infracción específico la comercialización de Pólizas no registradas previamente con Cláusulas registradas para otras Pólizas, y que por lo tanto, no habría inobservancia de norma alguna, es infundado e insuficiente para enervar los cargos señalados supra, al quedar demostrado que toda Póliza y/o sus Cláusulas, deben encontrarse registradas de manera previa a su comercialización, en el entendido de que la póliza a ser negociada, debe ser tal cual fue registrada, y que cualquier modificación a la misma Póliza y/o a las Cláusulas que la componen, amerita un nuevo registro al considerarse como una nueva Póliza.

Así también, las cláusulas adicionales que se deban registrar, deben corresponder a una Póliza previamente registrada, es decir que no se pueden registrar cláusulas adicionales de forma independiente.

2.3. Desproporcionalidad e inexistencia de fundamentación en la imposición de las sanciones.-

Conforme consta del artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha resuelto sancionar a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, por los cargos 1.a), 1.b), 1.c), 1.d), 1.g), 1.h), 1.i), 2.c), 2.d.), 3.b) y 3.c) de la notificación de cargos, **para cada uno de los casos**, con el monto en bolivianos equivalente a UFV's UFV`s 6.000.- (seis mil Unidades de Fomento a la Vivienda), haciendo un total de UFV's 66.000.- (sesenta y seis mil Unidades de Fomento a la Vivienda).

No obstante, de la lectura de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013, no es posible establecer cuál ha sido el criterio que ha determinado la imposición de una

sanción tan uniforme en los once casos, habiéndose limitado el regulador a simplemente dejar constancia de la conformidad del rango de la infracción con la cuantía de las sanciones.

Se infiere que el criterio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto en la imposición de las sanciones, obedece únicamente a la conducta sancionada, es decir, a que en todos los casos, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** ha comercializado un producto sin que el mismo se encuentre registrado; no obstante, queda tal abstracción en el campo de la simple presunción por cuanto, como se tiene dicho, la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, no señala concretamente cuál el criterio que ha utilizado para atribuir la idéntica sanción a cada uno de los cargos.

A tal extremo, se tiene presente que para la imposición de la sanción, deben concurrir criterios varios y no únicamente aquel que se infiere ha utilizado la recurrida, por cuanto, dentro del caso de autos debieron analizarse también elementos tales como la gravedad de las infracciones, considerando que el efecto de las mismas difícilmente puede ser el mismo en todos los casos, dado que unos se refieren a pólizas íntegras, y otros sólo a cláusulas específicas, siempre de contenidos distintos, que por ello, determinan necesariamente importancias diversas, por lo que atribuirles la misma sanción, resulta en un criterio desproporcionado.

De manera tal que, la sanción uniforme a todos los cargos, conforme ha sido adoptada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determina una incongruencia entre unos y otros casos, según las evidentes diferencias entre ellos, lo que se hace más ostensible cuando, conforme lo señalado, tal determinación no se halla debidamente fundamentada, conforme lo ordenan los artículos 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En tal sentido, la carencia de fundamento importa una infracción al derecho a recibir decisiones fundadas, lo que conlleva la imposibilidad de obtener decisiones correctas, que sean producto de la razón, por cuanto, más allá de los alegatos expuestos por la parte recurrente, lo que interesa al proceso es la argumentación que realiza el órgano jurisdiccional.

De allí que, conforme lo señalado, entre los requisitos normativos que debe reunir una Resolución Administrativa, se encuentra la motivación, como exigencia de la Constitución Política del Estado (Arts. 24° y 115°, Par. II -en cuanto al derecho a una administración de justicia transparente-) y como garantía contra los fallos arbitrarios, aquellos que contienen una motivación irracional o que son incongruentes, como en el caso de autos, en cuanto a la imposición de las sanciones, determinando el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha infringido el derecho a recibir decisiones debidamente fundamentadas, por cuanto, no ha observado el mismo a tiempo de imponer las sanciones a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, extremo que justifica la determinación que sale infra, en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que, en lo fundamental del Recurso Jerárquico, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** confunde el registro determinado y específico de cláusulas y pólizas anteriores a la controversia, cual si pudieran ser de alcance general a las pólizas -controvertidas- posteriores a tal registro, por lo que en su creencia, resulta que se le estaría sancionando por cláusulas y pólizas registradas, cuando queda claro que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la ha sancionado por la comercialización de pólizas, uso de anexos o cláusulas no registradas, lo que por ello, no infringe el principio de tipicidad.

Que, sin embargo, toda vez que corresponde a la suscrita Autoridad Jerárquica, velar porque el proceso se desarrolle con observancia a la necesaria legalidad que le debe caracterizar, cuidando no se produzcan vicios que determinen su nulidad o anulabilidad, en ejercicio de lo cual, se ha establecido la inexistencia de fundamentación y justificativo para las sanciones impuestas, en función del carácter desproporcionado que importa el atribuirles, a todas ellas, una idéntica multa, sin tener en cuenta sus características diversas como su trascendencia, sus efectos y el objeto sobre el que recaen, habiendo el Ente Regulador con ello, en definitiva, infringido el derecho del administrado, a recibir decisiones debidamente fundamentadas, y por tanto, al debido proceso administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 796-2013 de 27 de agosto de 2013, **inclusive**, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 1106-2013 DE 03 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 019/2014 DE 04 DE ABRIL DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2014

La Paz, 04 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, anuló el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 868-2013 de 23 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 013/2014 de 14 de marzo de 2014, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 030/2014 de 24 de marzo de 2014**,** emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de diciembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Presidente Ejecutivo, Sr. Fernando Arce Grandchant, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0488/2010 de fecha 6 de mayo de 2010, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 868-2013 de 23 de septiembre de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9993/2013, con fecha de recepción 30 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº1106-2013 de 3 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de diciembre de 2013, notificado en fecha 2 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013 de 8 de abril de 2013, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº173/2012 de 21 de marzo de 2012,* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

2. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DS/1125/2012 de 17 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó con cargos a la **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme la siguiente redacción:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se ha advertido que su entidad ha incumplido con la instrucción emanada por ésta Autoridad de Fiscalización en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011, debido a que las muestras de las Rosetas SOAT remitidas, mediante nota CITE: PE/1701/2011 de 14 de noviembre de 2011, contienen deficiencias insubsanables de acuerdo a las siguientes consideraciones:*
>
> 1) *Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 127-2011.*
> 2) *La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.*
> 3) *Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 127.*

*En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** por haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003 que establece que: "el color de la roseta SOAT fijada por Resolución Administrativa debe necesariamente ser impresa en las Rosetas SOAT, por lo que si alguna entidad aseguradora incumple la disposición se hace pasible a las sanciones que para el efecto fije el Órgano de Fiscalización…*"

Por nota GO N° 539/2012 de 7 de marzo de 2012, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** respondió a los cargos de la nota APS/DJ/DS/1179/2012, manifestando sus alegatos, técnicos y legales, a efectos sean aceptados.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012 (rectificada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 235-2012 de 16 de abril de 2012), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió sancionar a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, con una multa en bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta mil un Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención a los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, debido a que las Rosetas SOAT 2012, remitidas mediante nota PE/1701/2011 de 14 de noviembre de 2011, contienen deficiencias insubsanables.

Habiendo dado lugar aquello, al Recurso de Revocatoria presentado por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, mediante la cual, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012.

Mediante memorial de fecha 12 de diciembre de 2012, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012.

En atención a tal Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013 de 8 de abril de 2013, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012, inclusive, con los siguientes argumentos:

"…***2.1. En cuanto a la supuesta vulneración al juez natural.-***

La recurrente refiere que el hecho de que el Analista de Seguros Generales, Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón, no se haya excusado del presente proceso, ha hecho que se vulnere el debido proceso en su connotación al juez natural, en razón a que los Informes Técnicos APS/DS/JTS/371/2012, de 20 de marzo de 2012 y APS/DS/JTS/703/2012 de fecha 8 de junio de 2012, que dan origen a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012, habrían sido emitidos sin objetividad, debido a que el mencionado funcionario mantiene procesos judiciales y tiene una relación de enemistad con Seguros Illimani S.A.

Al respecto, importa traer a colación lo determinado por el Tribunal Constitucional

Plurinacional, en cuanto al juez natural, para ello se transcribe los reiterados precedentes sobre el particular:

> *"… uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al* ***juez natural competente, independiente e imparcial;*** *debiendo entenderse por Juez competente aquel que, de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial;* ***JUEZ INDEPENDIENTE aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado****; y* ***JUEZ IMPARCIAL aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución****. El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas…"*
> *(Mayúsculas y negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Ahora bien, subsumiendo dicho precedente al caso de autos, tenemos que:

El inicio y consiguiente prosecución del presente proceso sancionador, ha sido instaurado y procesado por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), por lo tanto se ha respetado a cabalidad el primer elemento que hace al Juez natural, cual es la competencia, al estar facultado el Director de la APS a procesar y sancionar a las Entidades Aseguradoras, ello en estricta sujeción al Artículo 1 parágrafo V de la N° 3076 de 20 de junio de 2005 y Artículos 167, 168 y 169 de la Ley No. 065 de Pensiones.

El proceso sancionador de autos, emerge de la infracción que habrían sido cometidas por Seguros Illimani S.A. y por la Compañía de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., a lo establecido en los Anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1 de julio de 2011, como entidades aseguradoras únicas que fueron autorizadas para la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito para la gestión 2012 (SOAT 2012).

Este hecho, demostraría que el inicio y consiguiente prosecución del presente proceso se llevó por la detección de una posible infracción y no así por un interés personal y dirigido a una sola institución, es decir fue llevado con independencia, donde la afirmada enemistad que existiría entre el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericon, con Seguros Illimani S.A., no hace a la infracción como tal.

Ahora bien, en cuanto a la imparcialidad de la autoridad, bajo los argumentos presentados por la recurrente, se tiene que de ninguna manera los Informes Técnicos APS/DS/JTS/371/2012, de 20 de marzo de 2012 y APS/DS/JTS/703/2012 de fecha 8 de junio de 2012, emitidos por el Analista de Seguros Generales Javier Gonzalo Zabalaga Pericon, pueden ser considerados como una vulneración al Juez Natural, debido a que estos ***no fueron emitidos por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS.***

Que, en la línea de razonamiento expuesta, cabe a su vez precisar que tanto los informes técnicos y legales, que se emiten en el proceso no tiene carácter vinculante y son facultativos, por lo que no obligan a la Autoridad Administrativa a resolver conforme a ellos (Artículo 48 parágrafo II, Ley del Procedimiento Administrativo), ello en función a que quien asume la responsabilidad por la determinación de sus actos es la Máxima Autoridad Ejecutiva.

Que, sin perjuicio de lo anterior, se evidencia que los Informes Técnicos APS/DS/JTS/371/2012 de 20 de marzo de 2012 y APS/DS/JTS/703/2012 de 8 de junio de 2012, emitidos por el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga, son coincidentes con la posición de los informes legales APS/DJ/DS/078/2012 de 19 de marzo de 2012 y APS/DJ/DS/364/2012 de fecha 19 de noviembre de 2012, suscritos por otros funcionarios.

Por lo que, del análisis ut supra, se tiene que, en el caso de autos, no existe ninguna violación al debido proceso en su connotación al juez natural, debido a que las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, y APS/DJ/DS/Nº 173/2012 de 21 de marzo de 2012, fueron emitidas por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS, Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, quien además no ha sido objetado por la entidad recurrente.

Por último, y en cuanto a la ausencia de notificación de los informes a la recurrente, cabe precisar que dicha situación no puede asimilarse como una vulneración al derecho a la defensa y consiguiente indefensión -como señala la recurrente-, toda vez que los informes jurídicos y técnicos, no tienen calidad de actos administrativos impugnables, ya que, conforme prevé la normativa, lo que es sujeto de impugnación es la decisión de la Administración Pública dada por quien ejerce la competencia, en este caso el Director, mismas que en el presente proceso se traducen en la Resoluciones Administrativas que ha emitido y que fundamentalmente han sido debidamente notificadas a la recurrente, quien en base a las mismas ha ejercido su derecho de defensa tanto en instancia de revocatoria como jerárquica.

Por lo que, la recurrente, no puede alegar una vulneración al derecho del debido proceso y al de defensa, bajo los argumentos expuestos.

2.2. En cuanto a la obligación de excusarse de los funcionarios y la prueba presentada.-

Sobre el particular, la recurrente no debe olvidar que el presente recurso versa sobre el control de legalidad a las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012 y APS/DJ/DS/Nº 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, y no así sobre el proceso disciplinario a seguirse contra el ***Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón*** *(funcionario de la APS), por lo que, en el marco de la competencia que asiste a este Ministerio, no corresponde a esta autoridad pronunciarse sobre el particular en el caso de autos.*

Sin embargo de ello, corresponde hacer algunas precisiones:

Que, el artículo 10 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece que:

> *"I. En observancia del principio de imparcialidad, las excusas y recusaciones serán procesadas conforme a reglamentación especial para cada sistema de organización administrativa, aplicable a los órganos de la administración pública (...)"*

Que, concordante con la normativa citada, el artículo 11 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su parágrafo I, establece:

> *"Precautelando la imparcialidad en los trámites, las autoridades y funcionarios de las Superintendencias del SIREFI que intervengan en un procedimiento administrativo, mediando causal justificada que pueda comprometer su imparcialidad, podrán excusarse de oficio o a instancia de parte en el conocimiento o resolución de determinado caso".*

De la norma transcrita, se tiene que, todo funcionario que se encuentre en una relación de parentesco, enemistad u otra que pueda comprometer su imparcialidad dentro de la tramitación de cualquier proceso, ***está obligado a presentar excusa a fin de que, justamente, se puedan evitar posibles susceptibilidades por parte del interesado.***

Que, la eventualidad que el servidor público, no de cumplimiento a la normativa, conforme lo establece el artículo 10 parágrafo IV, de la Ley de Procedimiento Administrativo, el mismo puede ser sujeto a responsabilidad.

2.3. De la falta de motivación y búsqueda de la verdad material.-

La recurrente refiere que la Autoridad Fiscalizadora, hubiera omitido pronunciarse sobre todas las cuestiones alegadas, y que no hubiera valorado la prueba presentada, y consiguientemente no existiría la debida motivación de la decisión adoptada.

De la revisión de los antecedentes y de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012 y APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012, se tiene en lo conducente lo siguiente:

- *En fecha 21 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros apertura un plazo de 5 días hábiles administrativos, para que Seguros Illimani S.A. presente toda la documentación complementaria necesaria.*

- *En fecha 13 de junio de 2012, Seguros Illimani S.A., ofrece prueba solicitando se señale día y hora para realizar inspección a las instalaciones de la Empresa FLEXO PRINT S.R.L, asimismo solicita se nombre perito, para el caso de autos, y solicita se señale día y hora para una reunión a llevarse a cabo con las siguientes entidades: CREDINFORM S.A., FLEXO PRINT S.R.L., Seguros Illimani S.A. y los funcionarios pertinentes de la APS.*

- *En fecha 20 de junio de 2012, el Ente Regulador emite providencia señalando que la Aseguradora aclare y establezca puntualmente los aspectos a probar en la inspección a la empresa Flexo Print S.R.L., solicitada por la recurrente.*

  En relación al nombramiento de perito, la Autoridad refiere que ésta se pronunciará una vez aclarados los extremos indicados;

  En referencia a la solicitud de señalamiento de fecha y hora para llevarse la reunión, en dependencias de la APS, la misma es desestimada

- *En fecha 5 de julio de 2012, Seguros Illimani S.A. solicita un pronunciamiento expreso en cuanto a que el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón funcionario de la APS tendría enemistad con la recurrente, que el hecho de que este no se haya excusado ha dado lugar a que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 173-2012, de 21 de marzo de 2012, sea nula.*

De lo transcrito, se observa que la Entidad Fiscalizadora, apertura término de prueba a tiempo del Recurso de Revocatoria, pero hizo caso omiso a la solicitud de prueba solicitada por Seguros Illimani S.A., asimismo se evidencia que no se ha pronunciado sobre toda la documentación de descargo, ni sobre lo alegado por Seguros Illimani S.A., en sus memoriales de fecha 3 de marzo de 2012, 15 de mayo y 5 de julio, de 2012.

Este actuar de la Autoridad Fiscalizadora, es contrario al debido proceso, que exige a la Administración Pública la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, tal cual aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes, evitando pretender que toda la prueba a considerar sea únicamente la aportada por el recurrente.

Por lo que, la APS, en cumplimiento de este principio, y a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, debió haber dado lugar a la realización de los actos solicitados como prueba, a efectos del cumplimiento del debido proceso, o en su caso fundamentar en contrario, pero no sucedió ello.

Asimismo, y congruentemente con lo anterior, la Autoridad Fiscalizadora tiene la obligación de pronunciarse sobre todos los puntos alegados y argumentados por la recurrente, sin excepción, y ello en estricta observancia al debido proceso que rige el procedimiento administrativo.

Situación similar ha ocurrido en el caso seguido contra la otra entidad aseguradora Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., a quien se le siguió el mismo proceso sancionatorio, que fue resuelto mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013, determinando la anulación del procedimiento administrativo, y cuyos argumentos principales, respecto al tema en desarrollo fueron los siguientes:

> *"…Sin embargo, correspondió fundamentarse sobre el medio de prueba en el que se constituyó el informe técnico de Flexo Print S.R.L., ofrecido por la*

recurrente; dado su carácter técnico, que resultaría no ser uno instrumental, documental o literal, como mal sugiere la providencia de 9 de abril de 2012, sino mas bien uno pericial: "Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos" (Couture en su Fundamentos).

En una u otra posibilidad, dicha prueba resultaría en una opinión interesada y por tanto objetable, toda vez que Flexo Print S.R.L. no es propiamente un tercero ajeno a la controversia, sino el proveedor de las Rosetas controvertidas, y por tanto, esa opinión técnica se encuentra influida por el interés particular de que se determine la imposibilidad de la fabricación de las Rosetas en los términos señalados en los anexos aprobados por la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011…

…Como se comprende, en ningún momento desde que se acumuló en el expediente, hasta su consideración ulterior en resolución, la nota de 27 de julio de 2012 fue puesta en conocimiento de la recurrente, de manera tal que la misma no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto o hacer sobre lo mismo expresión de agravios alguna, resultando habérsela producido a sus espaldas, sin la garantía que hace al derecho a la probanza en su faceta de objeción a la prueba...

…Resultando de tales extremos haberse infringido el debido proceso administrativo, ocasionado la indefensión a la ahora recurrente, así como también se ha inobservado el principio de verdad material, por cuanto, a la Autoridad recurrida le resultó suficiente la nota de GAF Trading de fecha 30 de julio de 2012 para desvirtuar el contenido del informe técnico de Flexo Print S.R.L., sin que hubiera tomado la medida adecuada para dirimir la falta de claridad y concordancia que existe entre las opiniones que aparentemente ambos documentos importarían…

…Como el presupuesto del Recurso Jerárquico hace alusión a la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 y a su disconformidad para con la decisión de la impugnación contra la misma, se trae a colación lo expresado por la misma recurrente, empero a tiempo de su Recurso de Revocatoria de fecha 20 de agosto de 2012, cuando afirmara:

> *"…sin mayor explicación, ni mucho menos fundamentación clara y precisa, determinan que se incumplido (sic) la norma y corresponde una sanción, reiteramos sin mayor fundamentación, ignorando preceptos y principios legales en materia administrativa (Verdad material)…"*

De ello, se infiere que el reclamo sobre la supuesta falta de fundamentación en la resolución sancionatoria, está en concreto referido a la imposibilidad de cumplimiento que pretende hacerse valer al amparo del principio de búsqueda de la verdad material, entonces haciendo a lo ya supra

considerado, haciendo pertinente ratificar todo el análisis anterior para hacer innecesario entrar en mayores consideraciones…"

Asimismo y conforme se procedió en la citada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013, es pertinente traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, cuando señala:

> *"…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras)".*
>
> *El debido proceso adjetivo se instituye como el vértice de una pirámide en el cual confluyen todos los otros principios adjetivos, comprendiendo varios elementos conforme los ha señalado el mismo Tribunal, ahora en la Sentencia Constitucional 0999/2003-R de 16 de julio:*
>
> *"…La garantía constitucional del debido proceso,… asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio y asumir defensa, y en su caso hacer uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. En virtud de ello, los órganos jurisdiccionales que conozcan de un proceso deben observar los principios, derechos y normas que la citada garantía resguarda, infiriéndose de ello que ante la vulneración de los mismos se tiene por conculcada la referida disposición constitucional.*
>
> *La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de* ***publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba****; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes…."*

Por lo tanto, ha quedado sentado que la Autoridad Reguladora, ha vulnerado el debido proceso y generado indefensión a la recurrente, al no haberse pronunciarse sobre cada uno de los argumentos presentados por la recurrente y valorar todas las

pruebas aportadas y aquellas necesarias, en cumplimiento del principio de verdad material.

Que, ya la Resolución Ministerial Jerárquica de MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 19/2011, consecuente con lo dispuesto en el artículo 29 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado a través de Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala:

> *"Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica".*

Que, respecto a la valoración de la prueba, William Durán Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales, refiere "…el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica; de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene…"

Que, todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, que señala:

> *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente Artículo; y,"*

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, establece, en cuanto a la motivación:

> *"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos."*

Que, a su vez, en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en su libro de Jurisprudencia Administrativa, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

> *"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal*

(exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

Ahora bien, complementando lo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, estableció:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 868-2013 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Siguiendo el procedimiento administrativo y en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013 de 8 de abril de 2013, la Autoridad Reguladora emitió la -nueva- Resolución Administrativa, APS/DJ/DS/Nº 868-2013 de 23 de septiembre de 2013, mediante la cual resolvió:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a 10.000UFV´s (Diez Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención de los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011...*"

Los argumentos de la precitada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que de manera previa a ingresar al análisis de los descargos presentados por la Aseguradora, es necesario realizar algunas consideraciones conceptuales, tales como:

a) *El sistema de identificación de colores Pantone es el más conocido para especificar colores* ***de una manera precisa*** *a través de una tabla que muestra una serie de colores. La ventaja de este sistema es que cada una de las muestras está numerada y una vez seleccionada es posible* ***recrear el color de manera exacta****.*

b) *El holograma, en cambio es una imagen registrada con el uso de una luz coherente de láser y permite guardar información bi o tridimensional de un tema holografiado. Con una fuente única de luz blanca, la imagen se reproduce y aparece en dos o tres dimensiones exactamente como se registró. La imagen puede proyectarse dentro o formarse fuera del soporte material.*

En la placa impresionada, quedan registradas las diferencias de fase entre la luz difractada por cada punto del objeto y el haz luminoso original. Esa placa impresionada es la que se denomina holograma, que al ser iluminado por transmisión con la misma luz de referencia utilizada en su impresión, la luz transmitida es análoga a la reflejada directamente por el objeto y se obtiene así una fiel reproducción de éste. El proceso holográfico dependerá de la capacidad de dos ondas de luz para anularse entre sí (interferencia destructiva) o de añadirse entre sí (interferencia constructiva).

CONSIDERANDO:

Que efectuadas las precisiones anteriores, corresponde analizar los argumentos esgrimidos por la Entidad Aseguradora siguiendo el mismo orden de exposición en el que se presentaron.

Análisis de los puntos 2.1.1. y 2.1.2.:

Que Seguros Illimani S.A. remite adjunto al Cite GO N° 539/2012 la nota de Industrias Lara Bisch S.A. en la que, luego de hacer mención al proceso de elaboración de los hologramas, establece en su último párrafo, concretamente lo siguiente:

> *"Ya que nuestra empresa no produce hologramas y nuestra industria grafica se dedica a la impresión offset, flexográfica y digital no podemos expresar opinión técnica acerca de los colores vistos en los hologramas en relación a los códigos Pantone mencionados en el anexo I, ya que no existen colores impresos en los hologramas."*

Que respecto a la nota de 01 de marzo de 2012 remitida por ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *a Industrias Lara Bish S.A. solicitando se proceda a realizar un análisis pericial sobre la composición de las muestras de las Rosetas SOAT con numeración N° 8500000 y N° 8500000 (prueba) y las Rosetas SOAT 2012 N° 1282831 y N° 1011451 (comercializadas actualmente), debe dejarse claramente establecido que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima segunda Edición), Perito es el."Entendido, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte" y Pericia es: "Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte."*

Que de los conceptos transcritos, se aprecia por la certificación de 02 de marzo de 2012, firmada por Ma. Jenny Peláez Bolívar y Yagui Baptista Antezana, en calidad de Encargada de Pre–prensa y Asistente Técnico de la empresa Industrias Lara Bisch S.A., que esta empresa no se dedica a la producción de hologramas por lo que manifiesta que no puede pronunciarse respecto a ello.

Que al ser la propia empresa (Industrias Lara Bisch S.A.) quien expresa que no puede emitir un criterio técnico, por no producir holograma y que se dedica únicamente a la impresión offset, flexográfica y digital, se concluye que al no tener pericia en holograma se encuentra incapacitada para emitir opinión técnica sobre las Rosetas SOAT 2012.

Con respecto al punto 2.1.3. y 2.2.1.:

La Aseguradora alega que: "Después de tres meses y 22 días, en que Seguros Illimani remitió la Prueba Final mediante ***Cite: PE/1701/2011,*** *y dos meses y 23 días de enviada la Roseta Un Millón, a través de la* ***Cite: PE/1949/2011,*** *último plazo que coincide con el período de comercialización de la Roseta SOAT en el mercado nacional, la APS, manifiesta su disconformidad con el producto final????. Acá debemos mencionar que por el principio de oportunidad, esta observación ya no es pertinente, más aún cuando la última impresión se hizo de acuerdo a la aprobación que la APS realizó mediante* ***APS/DS/3926/2011,*** *Resolución dentro de la cual se aprueba el arte final de FLEXO PRINT. Asimismo, cabe destacar que desde un inicio el error de realizar la aprobación del arte, estuvo en la APS desde la Resolución Administrativa* ***N° APS/DS/DJ/N° 127/2011, que aprueba un proceso de elaboración de hologramas que no se aplica a los mismos, por lo que en este caso se debía multar a los asesores técnicos de la APS, respecto a este punto (IMPRESIÓN DE HOLOGRAMAS Y APROBACIÓN DE PANTONES PARA SU IMPRESIÓN) y no a Seguros Illimani.***

Estamos ante un sistema que garantiza la presunción de inocencia y no el de culpabilidad, por lo que la aseveración que realiza el ente regulador respecto a que las MUESTRAS de Rosetas no cumplen con lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127/2011, ***NO VA****, pues no existe el respectivo informe técnico correspondiente y (como se dice vulgarmente) ustedes realizan una apreciación a ojo de buen cubero y pretenden sancionarnos?????. Sres. Esto no va por lo que su apreciación debió haber sido sustentada técnicamente y habérsenos hecho conocer la misma, para que procedamos a defendernos de lo contrario nos dejan en completo estado de indefensión, situación que en un 'Estado de Derecho' es reprochable y más aún si se trata de un ente regulador como lo es la APS".*

Que ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *alega que "después de tres meses y 22 días, este órgano de regulación ha expresado su disconformidad con las rosetas comercializadas actualmente"; sin embargo dicha aseveración omite referirse a lo determinado por el Articulo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que de manera textual establece: "las infracciones prescriben en el término de dos (2) años (…)"', es decir que según dicha norma el derecho de la APS para iniciar proceso sancionatorio no ha caducado, por lo que la Aseguradora no puede acusar la vulneración del principio de oportunidad.*

Que en este entendido, las infracciones a las instrucciones emanadas de la Autoridad de Fiscalización pueden ser sancionadas en cualquier momento, dentro del término dispuesto por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°

2341, sin que esto perjudique el plazo de comercialización del SOAT 2012, ni afecte los derechos de los consumidores.

Que más aún, el hecho de que la APS hubiera manifestado su disconformidad con las muestras de la Roseta 2012 en tiempos límites, no obstaba a ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *a representar tal hecho ni a efectuar alguna observación urgente, pudiendo inclusive solicitar prórroga del inicio de la comercialización, o simplemente advertir que ante el tiempo límite, se procedería a su comercialización, pero de ninguna manera, proceder* ***por sí y ante sí,*** *obviando la autorización y conformidad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por carecer de facultades para ello.*

Que por otro lado, argumentar que la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N°127-2011 de 1 de julio de 2011 contiene "errores" o que "el procedimiento estuvo mal llevado desde un principio" que hace imposible la fabricación de la Roseta 2012 conforme ella pide, no es correcto, dado que acorde a la comunicación remitida a la compañía por nota APS/DS/3926/11 en fecha 11 de octubre de 2011 esta APS verificó que "el ***arte*** *para la elaboración de las Rosetas SOAT 2012, presentado por Flexo Print S.R.L., cumple con las características establecidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1° de julio de 2011".*

Que dicha nota constituye una aceptación del arte que debió contener el holograma, ya que no debe olvidarse que la roseta aprobada está conformada por dos partes:

i) La representada por la holografía donde se detallan los componentes del fondo holográfico, y

ii) El triángulo o imagen central (whipala) que debió ser elaborada por simple proceso de impresión, respetando los códigos de los siete (7) colores elegidos del Sistema Pantone dispuestos por la Resolución Administrativa.

Que lo aseverado se confirma con la prueba presentada por Flexo Print y aprobada por la APS, la misma que desde su propio título HOLOGRAM DESIGN OPTION – VA) determina únicamente el arte holográfico, desagregado en 10 recuadros de imágenes holográficas de fondo, (denominadas: Recombined, Foreground, Background, Midground, True Colour Image, Gradient Colour, Kinetic Effect, Animated Image y Micro Text), sin hacer mención del arte central de la Roseta 2012 (whipala), debido a que, como ya se indicó, la misma tenía que haberse elaborado por simple proceso de impresión con los siete (7) colores elegidos del Sistema Pantone.

Que tan evidente es lo dicho que se patentiza en la Roseta SOAT N° 000007, elaborada por la Empresa GAF TRADING Hologramas Latinoamericanos, misma que fue puesta en conocimiento de la Compañía Aseguradora mediante Auto de 15 de abril de 2013, a efecto de que pueda emitir criterio al respecto.

Que no obstante lo dicho si la entidad aseguradora al ser notificada con la Resolución Administrativa N° APS/DS/DJ N° 127/11, que aprobó el proceso de elaboración de las rosetas 2012, observó la existencia de algún error, tenía el derecho

indisputable de recurrir la misma, sin embargo no se pronunció al respecto, es más remitió las rosetas para su respectivo registro luego de aprobarse el arte más no así, el producto final a ser comercializado.

Que este análisis lleva, inequívocamente, a la conclusión de que una cosa es el arte o modelo, con el que la APS estuvo de acuerdo y otra, muy diferente, la muestra fabricada definitivamente que no satisface los requisitos descritos en la Resolución.

Que por todo lo expuesto y explicado, no está demás recordar que ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *es y ha sido parte de los procesos de Autorización para la Comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito desde el año 2001 y que en cada una de las gestiones en las que participó, lo hizo bajo la misma modalidad, cumpliendo lo establecido en las Resoluciones Administrativas que regulan las características de las Rosetas SOAT, por lo que no es correcto que la Entidad Aseguradora pretenda atribuir el incumplimiento de las características mínimas de la Roseta SOAT para la gestión 2012 a un error del órgano de regulación.*

Respecto del punto 2.1.4. de los Descargos.

Que en cuanto al informe o carta de Lara Bisch, ya se ha emitido el criterio correspondiente. Respecto de la carta a ser presentada por FLEXO PRINT, se analizará más adelante pronunciamientos expresos, tanto de la aseguradora como de esta compañía.

En cuanto al punto 2.2.2. de los Descargos:

Que se explicó con generosidad, la APS puede iniciar el proceso sancionatorio dentro de los plazos de prescripción determinados en la norma pertinente, por lo que el principio de "oportunidad" no se ve afectado con el presente proceso ni obstó (en su momento) a que ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *hubiera podido representar tiempos límites ante la APS, conforme se ha explicado precedentemente.*

CONSIDERANDO:

Que un aspecto a ser destacado es el hecho de que mediante Auto de 15 de abril de 2013 notificado el 22 de abril del mismo mes y año a ***SEGUROS ILLIMANI S.A.****, la APS dispuso lo siguiente:*

"(…) ***TERCERO I.-****Se dispone la realización del peritaje propuesto por* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.,*** *a cuyo fin se prorroga el término probatorio hasta quince (15) días hábiles administrativos, contados a partir del día siguiente de notificada la Aseguradora con el presente Auto.*

II.- *Dentro del término fijado en el anterior parágrafo,* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *deberá producir y presentar un informe pericial que acredite:*

a) *Que las muestras de la Roseta SOAT 2012 aprobadas como Arte y las comercializadas posteriormente, guardan (técnicamente) conformidad en color, visibilidad de los colores, y que destacan los colores de la Whipala, en conformidad*

con la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011 de 1° de julio de 2011 y sus dos anexos.

b) *Que la anterior conformidad de los colores, sea apreciable o visible a simple vista.*

III.-*El Informe Pericial deberá estar emitido por profesional idóneo, acreditado documentalmente como estudioso en la materia.*

CUARTO.- *En cuanto a la reunión entre* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.,*** *CREDINFORM S.A. y FLEXO PRINT, todas las interrogantes serán expuestas el día de la audiencia, señalada en el anterior artículo, siendo la presencia de CREDINFORM S.A. innecesaria por haberse resuelto el caso en lo que a esta aseguradora concierne***.**

QUINTO.- *Póngase en conocimiento de* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.****, la muestra elaborada por la empresa GAF TRADING, presentada a este ente regulador mediante carta de 27 de julio de 2012, conforme a las especificaciones técnicas del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011, a objeto de que presente a la APS los argumentos que creyere oportuno y conveniente (…)"*

Que por carta CITE: GO/1174/2013 de 3 de junio de 2013, ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *adjunta el informe pericial solicitado, estableciendo lo siguiente:*

a) *La pericia identifica la muestra de GAF TRADING con el código "D1".*

b) *La pericia efectúa una descripción de métodos de impresión más no especifica a cuál se refiere.*

c) *La pericia concluye indicando que no es posible determinar los colores PANTONE ni en la muestra facilitada por la Aseguradora.*

d) *Que existe un error en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 que podría generar repetición de colores.*

e) *Nada dice respecto de la muestra elaborada por GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, misma que sí reúne las características técnicas que la APS exigió en su momento.*

Que en vista del no pronunciamiento (de ***SEGUROS ILLIMANI S.A.****) en relación a la muestra de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, la APS emitió el Auto de 24 de junio de 2013, notificado el 1 de julio del presente año, en cuyo artículo* ***SEGUNDO. d)*** *solicita a la Aseguradora, presentar respuestas concretas y puntuales a los requerimientos contenidos en los artículos tercero y quinto del Auto de 15 de abril de 2013, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles administrativos a este fin.*

Que haciendo un paréntesis, debe manifestarse que esta sucesión de autos administrativos tiene el objeto de cumplir con lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013, de 08 de abril de 2013, respecto a la búsqueda de la verdad material y la valoración de todas las pruebas cursantes en obrados.

Que retomando el análisis, ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *responde al Auto de 24 de junio de 2013 por carta CITE: GO/1401/2013 de 15 de julio de 2013, adjuntando una versión del*

informe pericial, el que básicamente reproduce la anterior pericia; no obstante y en las últimas páginas, se acompaña un "Informe Pericial Complementario" en el que (aparte de ratificarse en el informe de 3 de junio de 2013) indica que:

> *"(…)* ***las muestras de la Roseta 2012 no guardan técnicamente conformidad en color, visibilidad de colores de acuerdo a lo solicitado por la APS mediante RA APS/DS/DJ/N 127-2011****, debido a la ausencia del proceso de impresión de los colores para el diseño personalizado requerido. Señalar que en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N°127-2011/Anexo I/1.1…., el color azul 286-C presenta en su cuatricromía los mismos valores del color Verde 356-C, error que podría generar la repetición de un color en la impresión del arte personalizado para obtener la Whiphala.*
>
> *Tal como hemos señalado en nuestro informe pericial de 3 de junio de 2013 no es posible determinar los colores (según código de color PANTONE solicitado) a simple vista,* ***puesto que de la comparación del diagrama de elaboración de muestra presentada inicialmente por Flexo Print no es igual al producto presentado como muestra final.***
>
> *(…)* ***la muestra de GAF TRADING fue considerada en la evaluación COMO EL MODELO DE LA MUESTRA FINAL QUE "DEBERÍA HABERSE LOGRADO****". (Negrillas, entrecomillado y subrayado enfatizados por la APS).*

Que la opinión pericial de: Omar Andia C., Diseñador Gráfico; Luis Damián Montoya Montaño, Técnico de Apoyo y, Gabriel Zeballos L., Perito Consultor se explica por sí misma, ahorrando que este órgano fiscalizador emita mayores comentarios o análisis al respecto. Simplemente destacar que resulta por demás esclarecedor la afirmación de que el modelo de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS es lo que debería haberse obtenido como muestra final.

Que es el propio informe pericial complementario, presentado por ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *que despeja toda duda en cuanto al cargo imputado; las rosetas 2012 comercializadas no guardaban conformidad con los parámetros fijados en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N°127-2011 de 01 de julio de 2011, y por tanto, tal hecho convierte a la Aseguradora en sujeto de la sanción prevista en el artículo 17 del Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003 para el caso de que se incumpliere con los requisitos exigidos para la roseta 2012.*

CONSIDERANDO:

Que como colofón de todo el análisis anterior, se debe añadir que ***SEGUROS ILLIMANI S.A.,*** *mediante carta CITE: PE/1592/2013 de 12 de agosto de 2013, recibida en la APS el 19 del mismo mes y año, indica que "habiendo contado con la muestra citada debemos señalar que la misma solo reflejaba el producto final al que se debió llegar a momento de producir la Roseta 2012, el cual no coincide con la muestra que cursa a fs. 0027 que fue elaborada por la empresa Flexo Print". La "muestra citada" se refiere a la muestra de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, declaración que hace innecesario mayores razonamientos al respecto*

Que la anterior paráfrasis se explica por sí misma en sentido de que la muestra de GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS no coincide con la que elaboró

FLEXO PRINT para su comercialización. Si se tiene en cuenta que el cargo imputado era el incumplimiento de los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2011 de 1 de julio de 2011, y ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *manifiesta que las muestras no coinciden, se puede deducir que sí era posible la fabricación de la dicha roseta SOAT 2012 en los términos determinados (en cuanto a colores de la Wiphala y visibilidad de los mismos) ya que esta aseguradora en ninguna parte de su respuesta al Auto de 29 de julio de 2013 indica que no era o no es posible (definitivamente) fabricar la tantas veces nombrada roseta conforme las normas diseñadas anticipadamente.*

CONSIDERANDO:

Que no obstante el análisis desarrollado a lo largo de esta Resolución Administrativa, que además confirma el cargo imputado, es de mucha importancia mencionar que a la fecha presente, la Roseta SOAT 2012 ha sido comercializada, sin que la falta de cumplimiento de los requisitos señalados en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2011 de 1 de julio de 2011 hubieran menguado o causado daño al objetivo teleológico conforme se ha explicado.

Que tampoco se ha evidenciado que algún ciudadano(a) hubiera sido privado de los beneficios de dicha roseta a causa del anterior incumplimiento, o hubiera constituido directamente, déficits de cobertura.

Que tampoco se ha evidenciado que la conducta de la Compañía sea reiterativa o reincidente, por cuanto es la primera vez (desde el año 2001) que presenta este tipo de contravención.

Que en conclusión se determina que existe mérito para la emisión de la Resolución Administrativa sancionatoria contra la Aseguradora, debiendo considerarse en la gradación de la sanción todos los elementos atenuantes citados precedentemente…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 5 de noviembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 868/2013 de 23 de septiembre de 2013, con los siguientes alegatos:

"*…Habiendo sido notificado con la Resolución APS/DJ/DS/No 868-2013 de fecha 23 de septiembre de 2013 en base la fundamentación legal que expongo, en término hábil solicito se revoque dicha resolución; amparo dicha solicitud en la siguiente fundamentación legal y antecedentes que paso a exponer:*

1. *Mediante memorial que lleva lecha 5 de noviembre de 2013 he recurrido de la Resolución APS/DJ/DS/No 914-2013 de lecha 10 de octubre de 2013.*
2. *A los fines consiguientes y a momento de recurrir de la Resolución APS/DJ/DS/No 868 - 2013 de techa 23 de septiembre de 2013 hago míos todos los argumentos esgrimidos en el memorial citado en el punto precedente.*
3. *Es obvio, conforme lo señala la propia .APS, que no pueden existir dos casos idénticos y con el mismo objeto como se está dando en la practica en los casos que se siguen por supuesta mal impresión de la ROSETA SOAT; uno contra*

Seguros Illimani S.A. ' otro contra la Empresa Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. ello sencillamente no es posible pues existiría riesgo de que en la práctica se den fallos dispares sobre una idéntica situación fáctica planteada al ente regulador como en el caso se está dando.

4. *Los limites subjetivos de la COSA JUZGADA, por regla general, vinculan solamente a las partes y por regla general, la cosa juzgada no beneficia ni perjudica a terceros. Sin embargo lo enunciado admite excepciones fundadas en la vinculación jurídica entre las partes y terceros. En el presente caso no olvidemos que se trata de UN IDENTICO CASO CON IDENTICO OBJETO E IDENTICO INTERES (ASI LO SEÑALA LA PROPIA APS) - En este caso el contrato suscrito con Flexo Print vincula tanto a Seguros Illimani S.A. como a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ambos lo suscribieron y lo refrendaron es decir que arabos eran solidariamente responsables de las eventualidades del contrato en función a su participación en el mercado. Tratándose de obligaciones solidarias la cosa juzgada es invocable por los co responsables que no participaron en el proceso.*

5. *La APS abrió un proceso en contra de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. cuando debió abrirlo contra las dos entidades aseguradoras, el proceso contra Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. a la fecha ya fue juzgado y mereció una sanción por parte de la APS. consecuentemente no corresponde se abra ningún otro caso por un IDENTICO INTERES y OBJETO COMO bien señala la propia APS. Por lo que el proceso en contra de Seguros Illimai* (sic) *debe ser anulado.*

6. *Así mismo invoco el principio procesal* ***non reformatio in pejus****, según Eduardo J. Couture, se tiene que:* ***"La reforma en perjuicio (reformado in pejus) consiste en una prohibición al juez de empeorar la situación del administrado, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario.".*** *Principio que se halla respaldado por sendas Sentencias Constitucionales VINCULANTES a la actividad de cualquier ente jurisdiccional o administrativo encargado de impartir justicia.*

Consecuentemente, solicito a su Autoridad admitir el presente recurso y consecuentemente anular todo el proceso sancionatorio, sea con las formalidades de Ley…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 DE 3 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

"…***PRIMERO.- ANULAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*** *hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 868-2013 de 23 de septiembre de 2013 inclusive.*

SEGUNDO.- ***SUSPENDER*** *el plazo para emitir Resolución Administrativa en tanto y en cuanto este pendiente de resolución el Recurso Jerárquico interpuesto por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°887-2013 de 30 de septiembre de 2013, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución…*"

Los argumentos expuestos para tal decisión, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO (ANALISIS DEL CASO):***

Que de la atenta lectura del memorial de Recurso de Revocatoria se pasa al análisis detallado de cada uno de los puntos esgrimidos por ***SEGUROS ILLIMANI S.A.:***

Que respecto a los puntos 1 y 2 esta APS nada tiene que enervar.

Que respecto al punto 3, la solicitud de anulación será considerada y desarrollada de manera posterior, no obstante debe dejarse claramente sentado que la recurrente yerra al afirmar que "no es concebible ni se ajusta a derecho que coexistan dos procesos idénticos sobre un mismo tema", olvidando que no sólo es posible sino necesaria la coexistencia de ambos procesos toda vez que cada uno de los involucrados debe asumir su propia responsabilidad frente al órgano regulador y en relación a la norma infringida, resultando ello jurídicamente posible y totalmente legal.

Que de hecho y en concordancia con lo anterior, esta APS inició dos procedimientos sancionatorios de manera independiente contra Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. mismos que siguieron su curso normal y de manera paralela, habiendo obtenido ambas compañías Resoluciones Administrativas Sancionatorias, Resoluciones de Revocatoria y finalmente las correspondientes Resoluciones Ministeriales Jerárquicas que anularon los procedimientos. Nótese que la mencionada anulación no estuvo referida a ninguna ilegalidad con la que habrían sido tramitados dichos procedimientos, sino al hecho de no haberse corrido en traslado la muestra de la Roseta SOAT 2012 elaborada por la Compañía GAF TRADING HOLOGRAMAS LATINOAMERICANOS, para que las compañías involucradas puedan pronunciarse técnicamente.

Que lo tocante a los puntos 4, 6, 7, 8, 9 y 10, serán desarrollados en el siguiente acápite que tratará el punto 11 con relación a la solicitud de nulidad del procedimiento administrativo, por los motivos argumentados en el memorial de 30 de septiembre de 2013.

Que respecto al punto 5 aunque la compañía recurrente alega de manera tangencial que se hubiera producido una reformatio in peius, sobre el particular es conveniente referirse a que desde la prisma de derecho administrativo tal principio únicamente puede ser alegado en la vía recursiva por quién se cree afectado por una resolución que ha sido reformada en perjuicio del impugnante, esto es, a favor de uno mismo y no de otro recurrente.

Que lo anterior se confirma por las nociones que sobre este instituto sostienen conocidos doctrinarios, así Buteler menciona que: "Dentro del procedimiento administrativo la reformatio in pejus se verifica cuando el interesado, ante la impugnación de un acto administrativo, ve empeorada su condición jurídica como consecuencia de lo decidido por el órgano llamado a resolver un recurso administrativo"; a su vez. Fraga Pittaluga la describe en los siguientes términos: "...entenderemos por reformatio in peius en el derecho administrativo formal, la modificación de un acto administrativo en su contenido material como consecuencia de la decisión de un recurso administrativo, que comporta disminuir los efectos favorables, agravar los desfavorables o incluir nuevos resultados perjudiciales para el recurrente".

Que de lo transcrito nótese que en el caso presente la APS no ha reformado en perjuicio de Seguros Illimani S.A. ningún acto administrativo, como a continuación se pasa a demostrar:

1. *Dentro del procedimiento Administrativo Sancionatorio contra Seguros Illimani S.A., anulado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ/SIREFI N° 014/2013 de 8 de abril de 2013, esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173/2012 de 21 de marzo de 2012 sancionó, a la ahora Recurrente, con una multa en bolivianos equivalente a 40.001UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).*

2. *Toda vez que la Resolución Ministerial Jerárquica anuló el procedimiento hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173/2012 de 21 de marzo de 2012, la APS (sobre la base de los descargos presentados por Seguros Illimani S.A. a la Notificación de Cargos APS/DJ/DS/1125/2012 de 17 de febrero de 2012) mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS 868-2013 de 23 de septiembre de 2013 sancionó a Seguros Illimani S.A. con una multa en bolivianos equivalente a 10.000UFV's.*

Que debe advertirse que de una multa inicialmente impuesta a Seguros Illimani S.A. de 40.001UFV's, por principios de igualdad y racionalidad se bajó a 10.000UFV's; esto no porque los argumentos de su descargo hayan motivado tal decisión ni porque la Resolución Ministerial Jerárquica lo haya dispuesto, sino por efecto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/887-2013 de 30 de septiembre de 2013 que resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., contra la Resolución APS/DJ/DS/150-2013 de 25 de febrero de 2013, que confirmó parcialmente dicha resolución modificando el monto de la sanción de 40.001UFV's a 10.000UFVs.

Que de lo hasta ahora anotado, se observa que lo argüido por Seguros Illimani S.A. carece de consistencia y fundamento legal, toda vez que el reclamo relacionado con la non reformatio in peius lo efectúa por el supuesto perjuicio que la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/150-2013 de 25 de febrero de 2013 le hubiere ocasionado a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. y no a ella misma.

Que con relación al numeral 1 de la parte de antecedentes del punto 11, los párrafos precedentes se han referido al tema, dejando claramente establecido que la apertura de dos procedimientos administrativos sancionatorios simultáneos, con idéntico interés y objeto, es legal más aún si el elemento subjetivo es diferente; como el caso que se examina, donde Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. son dos personas jurídicas distintas.

Que por otra parte, esta Autoridad de Fiscalización tiene y ha tenido presente el principio del non bis in idem que determina una interdicción de la duplicidad de sanciones cuando necesariamente concurren las tres identidades: personas, cosas y causa de pedir (sujetos, petitum y causa petendi), lo que en el caso presente no se dio, toda vez, que como ya se explicó, el elemento subjetivo en ambos procesos es y ha sido diferente.

Que respecto al numeral 2 de la parte de antecedentes del punto 11, esta APS nada tiene que enervar, a más de citar que el artículo 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, concordante con el inciso e) del artículo 62 del Decreto Supremo N° 27113 otorga al órgano administrativo la facultad ***potestativa*** *de disponer de oficio o a instancia de parte la acumulación de procedimientos cuando estos tengan idéntico interés y objeto; es decir, que la facultad de la APS de disponer la acumulación de un procedimiento a otro es, definitivamente, voluntaria y no obligatoria, respondiendo esto al contenido del numeral 3 del punto 11 en el que la recurrente menciona que: "mediante Auto de 24 de junio de 2013 la APS dispone la NO ACUMULACIÓN de los procedimientos administrativos sancionatorios idénticos iniciados por separado (…)".*

Que con relación a los numerales 4 y 5 de la parte de antecedentes del punto 11 del memorial de recurso de revocatoria, esta APS nada tiene que enervar.

Que respecto al numeral 6 de la parte de antecedentes del punto 11, debe mencionarse que por imperio del artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, la tramitación de un procedimiento administrativo se impulsa de oficio en todas sus etapas, no requiriendo necesariamente el impulso de las partes, como de manera equivocada afirma la entidad recurrente al mencionar: "Posteriormente sin impulso alguno de las partes ni requerimiento alguno de las mismas, la APS pronuncia la RA APS/DJ/DS/N° 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013(…)"

Que el artículo 46 de la Ley 2341, citado precedentemente, deja claramente entrever que el principio de "oficialidad," tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento. En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, su impulsión corresponde en todo caso a la administración, porque su actuación debe satisfacer no sólo el interés individual, sino también el interés colectivo y el propio interés administrativo.

*Que entrando al tema de fondo, Seguros Illimani S.A. arguye que: "****si los procesos separadamente iniciados contra Seguros Illimani S.A. y Credinform S.A. no pueden ser acumulados pero son idénticos y tienen idéntico objeto, como bien lo señala la R.A. APS/DJ/DS/N° 819-2013; estamos en presencia de un doble juzgamiento que atenta contra todo principio legal y constitucional".***

Que es necesario tomar en cuenta que el hecho de que exista un procedimiento administrativo sancionatorio contra Credinform International S.A. con identidad de objeto no significa precisamente que haya un doble juzgamiento, porque para que ello ocurra tendría que haber identidad en el sujeto, que no es el caso, más aún si dicho procedimiento administrativo, al presente, se encuentra en Recurso Jerárquico sobre él cual aún no ha recaído pronunciamiento para alcanzar firmeza administrativa o cosa juzgada formal.

Que en concordancia con lo anterior y conforme a la doctrina imperante "la cosa juzgada surte sus efectos cuando hay un procedimiento pendiente ***sobre cuyo objeto existe ya un pronunciamiento administrativo firme.*** *Ante esta situación, el procedimiento ulterior entraña riesgo cierto de que pueda producirse un doble pronunciamiento sobre el mismo asunto y pueda afirmarse con seguridad que el*

segundo proceso es inútil. La función negativa de la cosa juzgada queda, así, suficientemente justificada, por un lado, en la necesidad de impedir que este segundo proceso finalice con una decisión de fondo, eliminando el riesgo del non bis in idem, y, por otro, en la conveniencia de evitar, en aras de la economía procesal, la sustanciación de un proceso inútil".

Que puede observarse que el inicio de un nuevo procedimiento, cuando se encuentra pendiente otro sobre idéntico objeto, no supone por sí sólo una amenaza cierta a la prohibición del non bis in idem, ya que el primer procedimiento podría finalizar sin decisión de fondo, como sucedió efectivamente cuando el Superior Jerárquico en fecha 31 de enero de 2013 mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 004/2013 anuló el procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido en contra de Credinform International S.A. y de manera posterior también anuló el procedimiento Administrativo Sancionatorio contra Seguros Illimani S.A. a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 014/2013 de 8 de abril de 2013.

Que lo anterior deja claramente entrever que en la medida en que es incierto el riesgo de doble pronunciamiento administrativo, es incierta también la inutilidad del segundo procedimiento, que sólo podría afirmarse si el primero termina con una decisión sobre el fondo del asunto.

Que esta APS, en el análisis del caso, ve que aunque la exclusión radical del procedimiento administrativo incoado contra Seguros Illimani S.A. no queda suficientemente justificado por el riesgo que este comporta que se produzca un doble pronunciamiento administrativo, sin embargo en aras de la efectividad del principio del non bis in idem debe prevenir la eficacia negativa de la futura firmeza administrativa del Procedimiento Administrativo Sancionatorio que se sustancia en instancia Jerárquica a solicitud de Credinform International S.A.

Que por ello y estando pendiente dicho procedimiento administrativo con idéntico objeto, la APS en mérito al principio de racionalidad, propio del Derecho Administrativo, debe proceder a la anulación de lo obrado hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 868-2013 de 23 de septiembre de 2013 inclusive, esto con el único propósito de evitar que recaigan fallos contradictorios contra ambas empresas.

Que sin embargo, una vez que el Recurso Jerárquico interpuesto por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. adquiera firmeza administrativa sobre el fondo se reiniciará el procedimiento administrativo contra Seguros Illimani S.A. a objeto de hacer valer lo resuelto por el Superior Jerárquico pasado en autoridad de cosa juzgada.

Que finalmente y con relación al Recurso de Revocatoria presentado por Seguros Illimani S.A., mediante memorial de 11 de noviembre de 2013 que versa sobre lo principal, por efecto de la presente nulidad se lo tiene por no presentado…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 24 de diciembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de fecha 3 de diciembre de 2013, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"(…)

4. *La resolución ahora recurrida* ***NO RESUELVE EL RECURSO PLANTEADO POR NUESTRA PARTE*** *que lo único que pretendía era se atienda la nulidad del procedimiento sancionatorio relativo a la supuesta infracción que se hubiera cometido en la impresión de las rosetas SOAT (Nulidad relacionada en el punto 1. Del presente memorial). En franco desapego con el PRINCIPIO de CONGRUENCIA y actuando de forma distinta a lo solicitado la APS ha pronunciado la Resolución APS/DJ/DS/No 1106 - 2013 de fecha 3 de diciembre de 2013 ahora recurrida* ***QUE NADA TIENE QUE VER CON LOS RECURSOS PLANTEADOS.***

5. *La Resolución APS/DJ/DS/No 1106 - 2013 de fecha 3 de diciembre de 2013 ahora recurrida contra todo precepto legal y norma existente ha decidido "****Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N0*** (sic) ***868 - 2013 de 23 de septiembre de 2013 inclusive*** *CUANDO DICHO EXTREMO JAMAS FUE SOLICITADO por nuestra parte, atentando contra el* ***principio Dispositivo y el principio de congruencia que rige plenamente en materia administrativa.***

6. *A fin de evitar y eludir explicaciones de fondo en el proceso sancionatorio que nos ocupa, explicaciones jurídicas indispensables e imperativas que hacen al debido proceso y a la obligación de toda Autoridad de motivar sus fallos, la APS ha soslayado pronunciarse sobre puntos y hechos relevantes al actual proceso sancionatorio pronunciando son ello un fallo (el ahora recurrido) que está lejos de la legalidad y se aparta de principio básicos de administración de justicia como he abordado y abordare en lo sucesivo.*

7. ***En un periplo ya fuera de lo común,*** *su Autoridad podrá advertir que la* ***APS*** *ha actuado en el presente proceso, cuando menos,* ***de manera por demás desordenada,*** *ha pronunciado fallos que en primera instancia decidieron rechazar una acumulación de este proceso a otro proceso que se sigue contra la Empresa CREDINFORM, luego pronunciaron un nuevo fallo que revoco dicha decisión de acumulación que inicialmente fue rechazada para luego volverlo a anularla y luego reponerlo* ***¿?????????? ¡!!!!!!!!!!. Dichos fallos CONTRADICTORIOS sobre un mismo tema*** *sumen a la institución que represento en la más absoluta inseguridad jurídica;* ***ES CLARO QUE LA APS NO SABE. EN REALIDAD, SI EL PRESENTE PROCESO DEBE O NO SER ACUMULADO AL PROCESO QUE SE TRAMITA CONTRA CREDINFORM - TAMPOCO SABE SI EL PROCESO QUE TRAMITA CONTRA NUESTRA EMPRESA ES EL MISMO QUE SE TRAMITA CONTRA CREDINFORM - NINGUNA DE LAS BAMBOLENATES Y CONTRADICTORIAS RESOLUCIONES PRONUNCIADAS POR LA APS EXPLICA DE MANERA CLARA LO SEÑALADO SUMIENDO A NUESTRA EMPRESA, COMO YA HEMOS ANOTADO, EN LA MAS ABSOLUTA INSEGURIDAD JURIDICA.***

8. *La resolución ahora recurrida omite pronunciarse sobre un tema de crucial importancia; por nuestra parte hemos solicitado la nulidad de TODO el proceso*

sancionatorio no de parte del mismo. Dicha omisión es tendenciosa pues la APS con ello trata de cubrir y eludir sus propios errores, pues en la práctica conforme la misma institución señala, ha iniciado dos procesos de objeto idéntico, lo cual no es posible. La explicación requerida y soslayada por la APS es imprescindible a objeto de devolver legalidad al proceso sancionatorio objeto del presente recurso.

9. ***Vulneración al Principio de Congruencia.-*** *Al pronunciar una resolución la Autoridad administrativa debe velar por el principio de congruencia y referirse a los puntos opuestos por el administrado* ***UNO POR UNO*** *y desvirtuarlos o en su caso darle la razón, en el presente caso ello no ha sucedido y se han soslayado los extremos opuestos por nuestra parte sin siquiera enumerarlos -* ***Hemos solicitado una cosa y la APS ha fallado en forma distinta entendemos que la explicación de fondo hubiera complicado a la APS sin embargo el respeto al principio ahora abordado es ineludible así complique el accionar de la APS en el presente caso*** *.*

   Con relación al principio de congruencia en las sentencias constitucionales el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que ***"Conforme a este 'principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento****", entre lo que se solicita y aquello que se revuelve, no fallando ni ultra petitum; es decir más allá de lo pedido, ni extra petitum, cosa distinta a lo pedido ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir el de aquellos fundamentos en los que el demandante o recurrente basó su solicitud, empero la resolución recurrida NO SE REFIERE A LOS PUNTOS TOCADOS POR NUETRA PARTE A MOMENTO DE SOLICITAR LA NULIDAD. Al respecto también* ***tenemos la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2785/2010-R Sucre, 10 diciembre de 2010 es clara al respecto y señala: "****Del mismo modo, el Juez de garantías, incurriendo nuevamente en una flagrante transgresión al debido proceso, pronuncia la Resolución que se revisa en la presente Sentencia por este Tribunal, cuya parte dispositiva carece de fundamentos jurídico-fácticos y la debida motivación que sustente la determinación asumida, al remitirse simplemente a "transcribir" la demanda formulada por la accionante y redactar el contenido de la prueba aportada por ésta, de cuyo simple cotejo no se advierte un análisis lógico y probo de deducción, sana crítica y aplicación del derecho, al agregar como "también" vulnerados, los derechos al trabajo, a la igualdad y a la "seguridad jurídica" de la accionante, que no fueron invocados por su abogado ni por la defendida de éste, tornando esta resolución ultra petita, al no guardar congruencia entre lo pedido por la accionante y lo resuelto por el juzgador, quien, finalmente y sin ningún sustento, concede la tutela e incluso impone a las autoridades demandadas, el pago de costas daños y perjuicios "averiguables con posterioridad" (sic). "* ***A mayor abundamiento opongo a su Autoridad las VINCUNATES Sentencias Constitucionales 220/2002 - R, 498/2002 - R, 752/2002 - R y otras a las que nos remitimos y traeremos a colación en su caso de ser necesario.***

10. ***Vulneración al Principio Dispositivo.-*** *El* ***Principio Dispositivo****, impone que sea la parte administrada, quien determine el "tema decidendum" cuando invoque a titulo propio algún extremo dentro del proceso sancionatorio, debiendo el*

juzgador, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a las- alegaciones formuladas por aquéllas en los actos de constitución del proceso, consecuentemente el Juzgador no puede otorgar más de lo pedido o menos de lo pedido, debe ceñirse exclusivamente a lo solicitado por el administrado, otorgarlo de forma motivada o negarlo del mismo modo. Como consecuencia del principio dispositivo, la aportación de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones y defensas constituye una actividad que les es privativa, estando vedada al juzgador la posibilidad de analizar otros extremos o pronunciarse en forma distinta a lo solicitado por el administrado. Se ha planteado en el presente ***caso una solicitud de NULIDAD DE TODO EL PROCESO: HASTA LA FECHA NO TENEMOS EXPLIACION ALGUNA DE LAS RAZONES LEGALES POR LAS CUALES DICHA NULIDAD NO SERIA VIABLE. La APS en todos sus fallos ha decidido soslayar dicha explicación y a cambio a incurrido en un periplo fuera de lo común que la ha llevado a pronunciar una serie de fallos todos ellos contradictorio entre sí. En el presente proceso y mas propiamente en la resolución ahora recurrida se ha verificado la existencia de hechos no afirmados por el administrado que jamás solicito el extremo al que se refiere la resolución ahora recurrida.***

11. ***Falta de Motivación en la Resolución Recurrida.-*** *Es obvio entonces que a la fecha existe una evidente falta de motivación en la Resolución ahora recurrida pues por nuestra parte no entendemos a la fecha cuales son las razones legales para que se haya adoptado una decisión como la que se tiene. Como es que sin pedirlo se ha pronunciado una resolución a la medida de la APS y con ella se haya soslayado la petición nuestra sin tener a la fecha un pronunciamiento cierto y claro sobre lo solicitado.*

12. *La RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 señala claramente que existen dos procesos sancionatorio IDENTICOS sobre un mismo tema, ello es sencillamente ILEGAL, dicha Resolución no fue objeto de recurso alguno y por consiguiente el contenido material de la misma a la fecha es verdad jurídica invariable e inmutable; su Autoridad con el fin de inferir el mayor perjuicio posible a la institución que represento ha decidido anular obrados con lo que ha anulado también la señalada resolución que no fue objeto de recurso alguno intentando de este modo variar nuevamente de forma inmotivada lo ya plasmado en sendas resoluciones pronunciadas por su Autoridad que refieren a que nos encontramos ante dos procesos distintos sobre un mismo tema, extremo que no condice con una sana practica procesal administrativa.*

13. *Note su Autoridad que la solicitud referida en el punto 1. Es una solicitud de anular todo el procedimiento sancionatorio referido y no pretende únicamente anular la RA/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 pues no es concebible ni se ajusta a derecho que coexistan dos proceso idénticos sobre un mismo tema.*

14. *Su Autoridad en la resolución ahora recurrida, se ha limitado a referirse y descartar -* ***EN PARTE*** *- el argumento opuesto por nuestra parte del "NON BIS INIDEM" sin embargo ha omitido referirse a las partes pertinentes de nuestro memorial en el que establecemos que es la propia APS la que de manera reiterativa como veremos más adelante señala que los procesos* ***SON IDENTICOS***

*y **TIENE IDENTICO OBJETO** - Su Autoridad ha guardado silencio sobre ese punto y a la fecha ignoramos cuales son las razones legales para haber pronunciado la resolución ahora recurrida.*

15. *Su Autoridad de igual modo ha SOSLAYANDO otros argumentos expuestos por la entidad que represento; no se ha referido para nada al extremo expuesto en nuestro memorial referido a la COSA JUZGADA y no ha explicado las razones legales por la cuales este precepto de importancia trascendental en el caso expuesto no sería aplicable al caso. Adjunto a la presente remito a su Autoridad la RA APS/DJ/DS/No.- 150 - 2013 de fecha 25 de febrero de 2013 que claramente refleja que el extremo que se está juzgando en el proceso cuya nulidad se ha solicitado ha merecido ya un pronunciamiento de su Autoridad; es más la RA adjunta, en varios de sus puntos, relacionando los hechos juzgados, establece que la contratación para la elaboración de rosetas SOAT fue CONJUNTA e involucro a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. y a la empresa que represento resultando obvio que jurídicamente es imposible aperturar dos procesos "diferentes sobre un **IDENTICO CASO PUES ELLO DERIVARIA EN QUE LA APS Y LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, COMO SUCEDE EN EL PRESENTE CASO, EMITA RESOLUCIONES DISTINTAS SOBRE UN IDENTICO CASO PRESENTADO ANTE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - NOTE SU AUTORIDAD QUE EN EL CASO DE AUTOS, UN IDENTICO CASO, CONFORME ASI LO DEFINE LA PROPIA APS, HA PROVOCADO DOS RESOLUCIONES DISTINTAS; SE HA SANCIONADO A SEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. CON 40.000 UFVS Y A LA EMPRESA QUE REPRESENTO CON 10.000 UFVS** (En cualquier eventualidad invoco el principio de **"non reformatio in peius"**)*

16. *El hecho de que su Autoridad haya pronunciado la resolución ahora recurrida es vulneratorio de varios principios constitucionales, la actitud omisiva de su Autoridad al soslayar los argumentos de nuestra parte y limitarse a rechazar IN LIMINE nuestra petición nos causa indefensión.*

17. ***ESTADO DE INDEFENCION*** (sic).- *De acuerdo a la **VINCULANTE** jurisprudencia constitucional a la que me referiré más adelante, se considera que cuando la autoridad jurisdiccional, administrativa o de cualquier otra índole; encargada de administrar justicia, por cualquier medio, menoscaba, dificulta o reprime el derecho de acceso a los medios de defensa que aseguran el ejercicio a la defensa a los administrados, conculca con dicho accionar el derecho a la defensa que asiste a estos y consiguientemente los sume en indefensión - **SU AUTORIDAD HA OMITIDO REFERIRSE A LOS PUNTOS QUE POR NUESTRA PARTE HEMOS OPUESTO LO QUE SIN DUDA CONCULCA EL DERECHO A LA DEFENSA:** La SC 377/2003/2003-R ha establecido que se entiende por **derecho a la defensa** lo siguiente: **"(...) no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia (...), resultado obvio, que cuando esa posibilidad es impedida por la autoridad jurisdiccional a través de algún acto o resolución, no hace más que incurrir en un acto ilegal que suprime el derecho de acceso a la justicia. " -** Es obvio que*

cuando una Autoridad omite referirse a los argumentos de defensa de la parte acusada conculca el derecho a la defensa.

18. ***FALTA DE MOTIVACION.-*** *En el caso especifico no solo que se ha dado la falta de motivación en la resolución recurrida sino que la APS no se ha referido para nada a nuestros argumentos legales reflejando una actitud omisiva que debe ser subsanada. En consecuencia dicho acto constituye un acto inmotivado de su Autoridad el mismo que lesiona derechos y garantías constitucionales conforme la* ***VINCULANTE*** *Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala:* ***"En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).".*** *- VINCULANTE Sentencia Constitucional que es plenamente aplicable a su Autoridad por imperio de los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 que señala que todo acto administrativo debe ser fundamentado; expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto así como la causa del mismo y el derecho aplicable, extremos que se hallan AUSENTES en la Resolución recurrida.* ***JAMAS SE HA RELACIONADO NI PARA DESVIRTUAR los argumentos relativos a la cosa juzgada y los relativos al NON BIS IN IDEM en relación a las afirmaciones plasmadas por su propia Autoridad en sentido de que los procesos son idénticos.***

19. ***Violación al Principio de Congruencia.-*** *Al pronunciar una resolución la Autoridad administrativa debe velar por el principio de congruencia y referirse a los puntos opuestos por el administrado UNO POR UNO y desvirtuarlos o en su caso darle la razón, en el presente caso ello no ha sucedido y se han soslayado los extremos opuestos por nuestra parte sin siquiera enumerarlos. Con relación al principio de congruencia en las sentencias constitucionales el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que "****Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento",*** *entre lo que se solicita y aquello que se revuelve, no fallando ni ultra petitum; es decir más allá de lo pedido, ni extra petitum, cosa distinta a lo pedido ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir el de aquellos fundamentos en los que el demandante o recurrente basó su solicitud, empero la resolución recurrida NO SE REFIERE A LOS PUNTOS TOCADOS POR NUETRA PARTE A MOMENTO DE SOLICITAR LA NULIDAD. Al respecto también tenemos la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2785/2010-R Sucre, 10 diciembre de 2010 es clara al respecto y señala:* ***"Del mismo modo, el Juez de garantías, incurriendo nuevamente en una flagrante transgresión al debido proceso, pronuncia la Resolución que se revisa en la presente Sentencia por este Tribunal, cuya parte dispositiva carece de fundamentos jurídico-fácticos y la debida motivación que sustente la determinación asumida, al remitirse simplemente a "transcribir" la***

demanda formulada por la accionante y redactar el contenido de la prueba aportada por ésta, de cuyo simple cotejo no se advierte un análisis lógico y probo de deducción, sana crítica y aplicación del derecho, al agregar como "también" vulnerados, los derechos al trabajo, a la igualdad y a la "seguridad jurídica" de la accionante, que no fueron invocados por su abogado ni por la defendida de éste, tornando esta resolución ultra petita, al no guardar congruencia entre lo pedido por la accionante y lo resuelto por el juzgador, quien, finalmente y sin ningún sustento, concede la tutela e incluso impone a las autoridades demandadas, el pago de costas daños y perjuicios "averiguables con posterioridad" (sic)."

20. *A mayor abundamiento opongo a su Autoridad las VINCUNATES* (sic) *Sentencias Constitucionales 220/2002 - R, 498/2002 - R, 752/2002 - R y otras a las que nos remitimos y traeremos a colación en su caso de ser necesario.*

21. ***ASI MISMO Y TODA VEZ QUE LA NULIDAD SOLICITADA FUE SOSLAYADA REITERO A SU AUTORIDAD EN FORMA INEXTENSA ELMEMORIAL*** (sic) ***MEDIANTE EL CUAL SE OPUSO LA MISMA:***

Antecedentes:

1. *Por el presunto incumplimiento a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 127-2011; la APS apertura de forma anómala, dos procesos sancionatorios simultáneos e* ***IDENTICOS*** *a fin de juzgar el mismo acto administrativo supuestamente infringido:*
   a. *Uno contra seguros Illimani S.A. y,*
   b. *Otro contra Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*
2. *Mediante carta CITE PE/1130/2013 de 27 de mayo de 2013 Seguros Illimani S.A. solicita la acumulación de ambos procesos en uno solo.*
3. *Mediante Auto de 24 de junio de 2013 la APS dispone la NO ACUMULACION de los procedimientos administrativos sancionatorios idénticos iniciados, por separado, contra Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*
4. *Contra el auto citado en el punto anterior se presento recurso de revocatoria de fecha de julio de 2013.*
5. *Fruto del recurso citado se pronuncio la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 741-2013 de fecha 13 de agosto de 2013 se dispuso: "DISPONER la acumulación de los procesos sancionatorios iniciados contra Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. por el presunto incumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 127-2011 en relación a la comercialización del SOAT- 2012".*
6. *Posteriormente sin impulso alguno de las partes ni requerimiento alguno de las mismas; la APS pronuncia la RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 que señala: "****REVOCAR la Resolución APS/DJ/DS/No 741-2013 de 13 de agosto de 2013, que dejo sin efecto el artículo Primero del Auto de 24 de junio de 2013 y dispuso la acumulación de los procedimientos administrativos***

incoados contra Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., por tener idéntico interés y objeto respecto a la presunta infracción de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 127-2011 con relación a la Roseta SOAT 2012."

Como su Autoridad podrá advertir, no existe a la fecha claridad objetiva y cierta sobre si se deben acumular o no los procesos iniciados en contra de Seguros Illimani S.A. y en contra de Seguros y Reaseguros Credinform Iternational S.A. iniciados de forma errada, por separado a ambas instituciones por la APS. La falta de argumentos de la APS en cuanto al tema que abordamos ha provocado varios Autos y resoluciones contrarios el uno con el otro como hemos expuesto en antecedentes. ***Ahora bien, si los procesos separadamente iniciados contra Seguros Illimani S.A. y Credinform S.A. no pueden ser acumulados pero son IDENTICOS y TIENE IDENTICO OBJETO como bien lo señala la RA APS/DJ/DS/No 819-2013; ESTAMOS EN PRESECIA*** (sic) ***DE UN DOBLE JUZGAMIENTO QUE ATENTA CONTRA TODO PRINCIPIO LEGAL Y CONSTITUCIONAL.***

El contenido de la RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 es francamente perturbante y raya en lo insólito al señalar:

- ***"Que analizados los antecedentes que informan los procedimientos administrativos instaurados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS contra Seguros Illimani y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. se puede claramente verificar que si bien estos tienen idéntico interés y objeto por cuanto ambos emergen de la supuesta infracción a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 127-2011 en relación a la Roseta SOAT 2012, su acumulación no es posible por encontrarse cada procedimiento en etapas procesales distintas. "***
- ***"Que tal cual los hechos expresados y la redacción de la norma transcrita, ut supra, se concluye la improcedencia de la acumulación de los dos procedimientos administrativos con idéntico interés y objeto pero en diferentes fases procesales ..."***
- ***"RESUELVE: PRIMERO.- REVOCAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 741-2013 de 13 de agosto de 2013, que dejo sin efecto el artículo Primero del Auto de 24 de junio de 2013 y dispuso la acumulación de los procedimientos administrativos incoados contra Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., por tener idéntico interés y objeto respecto a la presunta infracción de la Resolución Administrativa APD/DJ/DS/No 127-2011 con relación a la Roseta 2012."***

A la fecha la RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 ha adquirido ejecutoria y lo contenido en ella es verdad jurídica inmutable e inmodificable; es la propia ***APS LA QUE REFIERE QUE ESTAMOS ANTE DOS PROCESOS SANCIONATORIOS IDENTICOS CON IGUAL OBJETO Y QUE LA UNICA RAZON PARA NO ACUMULARLOS ES QUE SE ENCUENTRAN EN ETAPAS PROCESALES DISTINTAS - VERDAD JURIDICA QUE A LA FECHA NO PUEDE SER VARIADA POR LAS PARTES Y POR NINGUNA AUTORIDAD Y QUE TIENE CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL PRESENTE PROCESO.***

Es decir que la APS, luego de un análisis cuidadoso del tema afirma y señala que

estamos ante procesos idénticos con objetos iguales solo que en etapas procesales distintas- extremo con el que estamos de acuerdo.

Es decir DOS procesos idénticos con objeto IDENTICO respecto a la presunta infracción de la RA APS/ DJ/DS/No 127-2011 con relación a la Roseta SOAT, extremo este IMPOSIBLE pues en ese caso estamos ante un doble Juzgamiento, provocado por impericia de la propia APS, en consecuencia debe dejarse sin efecto el proceso incoado en contra de Seguros Illimani S.A. por las razones legales que a continuación detallo:

Vulneración del principio legal Non Bis In Idem - Cosa Juzgada.-

En el entendido y conforme el contenido de la RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 se debe anular todo el proceso sancionatorio contra Seguros Illimani S.A. por el presunto incumplimiento a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 127-2011.

En materia Administrativa se juzgan hechos y se establecen responsables; en el presente caso se está juzgando la supuesta infracción de la-Resolución Administrativa APD/DJ/DS/No 127-2011 con relación a la Roseta 2012, ese es el objeto del proceso sancionatorio. En consecuencia no es posible iniciar un nuevo proceso con idéntico objeto pues ello vulnera derechos y garantías constitucionales como abordare más adelante.

Iniciado un proceso sancionatorio este derivara indefectiblemente en una sanción o absolución. La resolución ahora recurrida establece claramente que el proceso sancionatorio incoado contra CREDINFORM tiene IDENTICO OBJETO al iniciado contra Seguros Illimani S.A. y que el primero se halla en una etapa final mientras que el segundo se halla en etapa inicial, es decir que el primero tendrá una resolución definitiva con carácter de irrecurribilidad antes que el segundo, es decir que independientemente del contenido del fallo que vincule a CREDINFORM con la supuesta infracción, existirá COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA con respecto al objeto del proceso que se ha iniciado (supuesta infracción de la Resolución Administrativa APD/DJ/DS/No 127 - 2011 con relación a la Roseta 2012) extremo que en los hechos inhibe a la APS a referirse nuevamente al tema.

La APS no puede sancionar nuevamente por el mismo hecho a otra persona ello sencillamente es imposible y derivaría en la infracción de derechos y garantías constitucionales que asisten a cualquier administrado.

La Autoridad de Cosa Juzgada se entiende como: ***"La fuerza definitiva que la ley atribuye a la sentencia firme (v.), bien por haberse dado el último recurso o por no haberse apelado de ella dentro de tiempo o por vicios de forma en la apelación."*** *(Diccionario Diccionario* (sic) *de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio).*

Es absolutamente claro entonces que con respecto al tema objeto del proceso sancionatorio en el que se dio la RA 819/2013 existirá en breve COSA JUZGADA INMUETABLE, en consecuencia, no es posible aperturar un nuevo Proceso Administrativo Sancionatorio sobre un IDENTICO TEMA cuando es claro que dicho

tema ya ha sido juzgado y se halla en etapa decisoria conforme la propia RA 819/2013 refiere.

Es prohibido a cualquier autoridad, sea esta jurisdiccional o administrativa, juzgar nuevamente un hecho ya juzgado el principio ***NON BIS IN IDEM*** *prohíbe a cualquier Autoridad volver sobre un tema ya dilucidado, en el presente caso existirá en breve COSA JUZGADA y prohibición expresa de volver-sobre el mismo tema (NON BIS IN IDEM), al respecto cito VINCULNTES* (sic) *fallos ordinarios y constitucionales:*

a. *El principio del* ***NON BIS IN IDEM*** *se halla inmerso en el derecho que todo ciudadano tiene al DEBIDO PROCESO a fin de lograr fallos congruentes y que los procesos terminen impidiendo' que otras Autoridades se pronuncien sobre extremos ya dilucidados, al respecto la VINCULANTE SC No.- 0883/2005 - R de 29 de julio de 2005 señala lo siguiente:* ***"III.1.Respecto al principio non bis in idem, la SC 0506/2005-R, de 10 de mayo expresó:***

"(...) El principio ***non bis in idem*** *implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad. En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado)* ***y el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá vulneración al non bis in idem, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho. Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal****, (...)*

*En Bolivia, el principio del non bis in idem, si bien no encuentra reconocimiento constitucional autónomo, encuentra protección como elemento de la garantía del debido proceso, establecida en el art. 16 de la CPE. En el Código de procedimiento penal, este principio se encuentra en el art. 4 que señala: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias..."….****III.2****.* ***Sobre las sentencias con autoridad de cosa juzgada****, este Tribunal, a través de la SC 29/2002, de 28 de marzo, estableció que: "(...) se manifiestan bajo una doble perspectiva: formal y material.* ***Así, la característica o efecto de la cosa juzgada formal es la de su inimpugnabilidad o firmeza. Produce este efecto cualquier Resolución firme, respecto a la cual no exista ningún otro recurso previsto en la Ley, (...), hayan transcurrido los plazos para recurrirla o se haya desistido del mismo: empero, al efecto negativo aludido se tiene otro de naturaleza positiva, que se expresa en el deber jurídico que tiene el órgano encargado de su ejecución de hacer efectiva la decisión contenida en el fallo en los términos establecidos en ella. Desde su vertiente material, la cosa juzgada despliega su eficacia frente a los otros oréanos judiciales o administrativos, que lleva un***

mandato implícito de no conocer lo ya resuelto, impidiendo con ello la apertura de otros procesos nuevos sobre el mismo asunto…"

De igual forma Tanto la Autoridad de Cosa Juzgada como el NON BIS IN IDEM prohíben e inhiben el pronunciamiento de un nuevo Auto de Vista.

b. *SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 1218/2000 - R que señala lo siguiente: **"**CONSIDERANDO: Que en el caso de autos, las autoridades recurridas dictaron dos Autos de Vista contradictorios sobre el Auto denegatorio de la cuestión previa de falta de tipicidad, ignorando que su competencia feneció con el pronunciamiento y ejecutoria de la primera resolución, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 in fine de la Ley de Organización Judicial. Que en consecuencia, los Vocales demandados han dictado sin jurisdicción ni competencia el Auto impugnado de 21 de septiembre de 2000, **atentando contra la seguridad jurídica, la cosa juzgada y el derecho de defensa del recurrente**."*

*c. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha emitido el siguiente fallo que ya es parte de la economía jurisprudencial nacional**:** "**COSA JUZGADA MATERIAL - Tiene los caracteres de irrevisibilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Ninguna decisión posterior desconocerá el contenido de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material, cuya "función positiva" impide que, en ningún nuevo proceso, incluyendo tercerías, se decida de modo contrario a como antes fue fallado.** "*

*Por lo señalado, estando probado por la ejecutoriada RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 que hay dos procesos sancionatorios sobre el mismo e idéntico objeto y que la imposibilidad de acumularlos solo radica en el hecho de que se encuentran en etapas procesales distintas, solicito a su Autoridad **REVOCAR LA RESOLUCION RECURRIDA** Y anular todo el proceso sancionatorio incoado en contra de Seguros Illimani S.A. pues no puede existir dos procesos sancionatorios con objeto idéntico, sea con las formalidades de Ley…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

1.1. Antecedentes normativos.-

Es pertinente dejar constancia de la normativa aplicable al caso, conforme a la relación siguiente:

- Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003.

  Artículo 17º: "*La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa, fijará con al menos tres meses de anticipación, al vencimiento del plazo de la póliza SOAT, el color de la Roseta SOAT y las características técnicas de seguridad, con el cual todas las entidades aseguradoras, deberán imprimir sus rosetas SOAT. Si alguna entidad aseguradora, incumpliere la presente disposición, se hará pasible a las sanciones que para el efecto fije la SPVS*".

- Resolución Administrativa IS Nº 595-2004 de 19 de octubre de 2004.

  Artículo 11º (*Requerimientos*), Inc. b): "*Remitir oficialmente a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dos (2) ejemplares de Roseta SOAT a efectos de publicación y comprobación de las características establecidas en el artículo precedente*".

- Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011.

  "…***PRIMERO.-*** *Aprobar el color de la Roseta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, en los colores y con las especificaciones mínimas detalladas en el Anexo I y en la distribución establecida en el Anexo II de la presente Resolución Administrativa* (…)

  ANEXO I

  COLORES Y ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

  1.1. COLORES

  -Gráfico de muestra- *Violeta 256 - C* (*C=72; M=84; Y=0; K=0*)

  -Ídem- *Verde 356 - C* (*C=96; M=27; Y=100; K=16*)

  -Ibídem- *Azul 286 - C* (*C=96; M=27; Y=100; K=16*)

  -Ibídem- *Naranja 165 - C* (*C=0; M=75; Y=96; K=0*)

  -Ibídem- *Amarillo P - VCU* (*C=0; M=10; Y=100; K=0*)

  -Ibídem- *Rojo - C* (*C=8; M=97; Y=100; K=1*)

  -Ibídem- *Blanco sin Código adicional* (*C=0; M=0; Y=0; K=0*)

  1.2. ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

  - *Tamaño: 70mm x70mm (Triangulo* (sic) *)*

- *Tamaño: 70mm(Circular)*
- *Holograma Bidi-tridimensional*
- *Imagen Aleatoria del Escudo del Estado Plurinacional de Bolivia y el texto SOAT.*
- *Poliester* (sic) *Plata Tamper Evident Autodestructible.*
- *Autoadhesivo al frente.*
- *Diseño Personalizado.*

ANEXO II

DISTRIBUCIÓN DE COLORES DE LA ROSETA 2012

Roseta para Vehículo Particular -gráfico de muestra; se destaca la wiphala dispuesta en triángulo y con fondo plateado-

Roseta para Vehículo Público -ídem- …"

1.2. Determinación de la infracción sancionada y primer proceso sancionatorio al que dio lugar.-

La aprobación a la que hace referencia la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011 -supra mencionada-, se efectuó con base en el arte para la elaboración de las Rosetas SOAT para la gestión 2012, que fuera presentado por la empresa Flexo Print S.R.L. (proveedora de las Rosetas), conforme consta en la nota APS/DS/3926/2011 de 11 de octubre de 2011 (que se menciona en el informe APS/DS/JTS/1173/2011 de 7 de diciembre de 2011).

En la tarea de verificar el cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011, el Ente Regulador emitió el informe legal APS/DJ/DS/0023/2012 de 24 de enero de 2012, el que señala que:

> "…*Mediante nota cite: pe* (sic) */1701/2011 de 14 de noviembre de 2011, SEGUROS ILLIMANI S.A. remitió las dos muestras de prueba definitiva de las Rosetas SOAT 2012, las mismas que revisadas en detalle no cumplen a cabalidad con los requisitos especificados mediante PANTONE en el anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N* (sic) *127-2011 ni guardan relación con el arte presentado por el proveedor que mereció la aprobación de colores por parte de la APS, mediante nota APS/DS/4655/2011*…"

El informe legal APS/DJ/DS/0023/2012 termina concluyendo que:

> "…*De lo expuesto precedentemente se ha verificado que los colores de la Roseta SOAT, remitida y actualmente comercializada por Seguros Illimani S.A. no guardan relación con los aprobados por la APS en el arte presentado por Flexo Print ni con los autorizados mediante Resolución Administrativa 127/2011*…"

El extremo dio lugar a la notificación del cargo contra **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme sale en la nota APS/DJ/DS/1125/2012 de 17 de febrero de 2012, por cuanto, en el entender del Ente Regulador:

"(…)

1) *Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.*

2) *La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.*

3) *Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127…*"

Entendiendo de ello "*haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003* (…) *y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011*".

A su tiempo, conocidos los descargos de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, dieron lugar a la imposición de la sanción mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 173-2012 de 21 de marzo de 2012, la que habiendo sido objeto de la impugnación que le es inherente, conforme consta de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013 de 8 de abril de 2013, determinó por parte del Ente Regulador, el pronunciamiento siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012,* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

1.3. Existencia de dos sujetos infractores por idéntico origen.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 352-2011 de 5 de octubre de 2011, otorgó a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** y a **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**, la autorización para la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito para la gestión 2012 (SOAT 2012).

En tal circunstancia, correspondió a ambas aseguradoras contratar a la empresa encargada de la provisión de las Rosetas, lo que debió sujetarse a los requerimientos y exigencias previstas por la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011 de 1º de julio de 2011 y por sus dos anexos, habiendo recaído tal elección en la empresa Flexo Print S.R.L.

No obstante, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros evidenció que:

"…*1) Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.*

2) La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.

3) Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127…" (Nota APS/DJ/DS/1125/2012).

Entendiendo de ello "*haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003* (…) *y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011*", ha determinado el inicio de procesos sancionatorios a ambas aseguradoras, empero por separado.

1.4. La desestimación a la acumulación de obrados.-

Una vez emitida la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013 y, a efectos de su cumplimiento, devuelta la competencia a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, esta pronunció la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 741-2013 de 13 de agosto de 2013, por la que dispuso "*la acumulación de los dos procedimientos sancionatorios iniciados contra* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *y* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM S.A.***"

No obstante, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 (mencionada por la recurrente), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó "***REVOCAR*** *la Resolución APS/DJ/DS/No 741-2013 de 13 de agosto de 2013*", por cuanto:

"…*analizados los antecedentes que informan los procedimientos administrativos instaurados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS contra Seguros Illimani y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. se puede claramente verificar que si bien estos tienen idéntico interés y objeto por cuanto ambos emergen de la supuesta infracción a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 127-2011 en relación a la Roseta SOAT 2012, su acumulación no es posible por encontrarse cada procedimiento en etapas procesales distintas*…"

Estos antecedentes compelen a aclarar los actos administrativos pronunciados por el Ente Fiscalizador, partiendo de la supra relacionada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013 de 8 de abril de 2013 que resolvió "***ANULAR*** *el procedimiento administrativo*", en cuya sustanciación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha dado lugar **a dos procedimientos administrativos distintos**, conforme se establece continuación:

1.4.1. Proceso recursivo por la acumulación de los dos procesos sancionatorios.-

El Órgano Regulador ha pronunciado la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 741-2013 de 13 de agosto de 2013, por la que dispone "*la acumulación de los dos procesos sancionatorios iniciados contra* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *y* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM S.A.*** *por el presunto incumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 en relación a la comercialización de la Roseta SOAT-2012*".

No obstante, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 819-2013 de 5 de septiembre de 2013, dispone "***REVOCAR*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 741-2013 de 13 de agosto de 2013*".

En fecha 30 de septiembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 819-2013.

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 914-2013 de 10 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "***RECHAZAR IN LIMINE*** *la solicitud de anular y dejar sin efecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 819-2013*".

En fecha 5 de noviembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** recurre contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 914-2013; al efecto, el correspondiente escrito señala tratarse de un Recurso de Revocatoria, no obstante, dado haberse interpuesto con anterioridad el Recurso de Revocatoria, conforme al estado procesal, y en virtud del principio de informalismo que caracteriza al procedimiento administrativo, debió otorgársele el trámite correspondiente a un Recurso Jerárquico, de lo que sin embargo no consta mayor antecedente.

Se establece entonces, que todas estas actuaciones corresponden a un proceso distinto del sancionatorio al que se refiere el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013.

1.4.2. Proceso sancionatorio por incumplimiento a los requerimientos establecidos para la Roseta SOAT-2012.-

Siguiendo el procedimiento emergente de la anulación dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2013, la Autoridad Reguladora emitió la -nueva- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 868-2013 de 23 de septiembre de 2013, mediante la cual resolvió:

> "…***PRIMERO.- SANCIONAR A SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a 10.000UFV´s (Diez Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención de los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011…*"

En fecha 11 de noviembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 868/2013 de 23 de septiembre de 2013, dando lugar a que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013

de 3 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelva anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 868-2013 de 23 de septiembre de 2013, inclusive, y suspender el plazo para emitir Resolución Administrativa en tanto y "*en cuanto este pendiente de resolución el Recurso Jerárquico interpuesto por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°887-2013 de 30 de septiembre de 2013*", por cuanto "*estando pendiente dicho procedimiento administrativo con idéntico objeto, la APS en mérito al principio de racionalidad, propio del Derecho Administrativo, debe proceder a la anulación de lo obrado hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 868-2013 de 23 de septiembre de 2013 inclusive, esto con el único propósito de evitar que recaigan fallos contradictorios contra ambas empresas*".

En fecha 24 de diciembre de 2013, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 887/2013 de 3 de diciembre de 2013, mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, importa traer a colación lo establecido por el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en sentido que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…", mención pertinente, por cuanto, así como la Resolución Administrativa impugnada -la APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013- evita pronunciarse sobre la cuestión que dio origen al proceso sancionatorio (conforme a la nota de cargos: "*haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003* (…) *y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011*"), el Recurso Jerárquico de 24 de diciembre de 2013, interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, está referido -conforme lo señala su propia conclusión- a que:

> "…*estando probado por la ejecutoriada RA APS/DJ/DS/No 819-2013 de fecha 5 de septiembre de 2013 que hay dos procesos sancionatorios sobre el mismo e idéntico objeto y que la imposibilidad de acumularlos solo radica en el hecho de que se encuentran en etapas procesales distintas, solicito a su Autoridad* ***REVOCAR LA RESOLUCION RECURRIDA*** *Y anular todo el proceso sancionatorio incoado en contra de Seguros Illimani S.A. pues no puede* (sic) *existir dos procesos sancionatorios con objeto idéntico, sea* con las formalidades de Ley…"

Entonces, es esa determinación la que constituye el objeto del Recurso Jerárquico que se resuelve por la presente, y del que se extraen también los alegatos siguientes:

> "…*En franco desapego con el PRINCIPIO de CONGRUENCIA y actuando de forma distinta a lo solicitado la APS ha pronunciado la Resolución APS/DJ/DS/No 1106 - 2013 de fecha 3 de diciembre de 2013 ahora recurrida* ***QUE NADA TIENE QUE VER CON LOS RECURSOS PLANTEADOS*** (…)
>
> *La Resolución APS/DJ/DS/No 1106 - 2013 de fecha 3 de diciembre de 2013 ahora recurrida contra todo precepto legal y norma existente ha decidido "****Anular el***

Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N0 (sic) ***868 - 2013 de 23 de septiembre de 2013 inclusive*** *CUANDO DICHO EXTREMO JAMAS FUE SOLICITADO por nuestra parte, atentando contra el* ***principio Dispositivo y el principio de congruencia que rige plenamente en materia administrativa***(…)

*…**Hemos solicitado una cosa y la APS ha fallado en forma distinta entendemos que la explicación de fondo hubiera complicado a la APS sin embargo el respeto al principio ahora abordado es ineludible así complique el accionar de la APS en el presente caso***(…)

*…El **Principio Dispositivo**, impone que sea la parte administrada, quien determine el "tema decidendum" cuando invoque a titulo propio algún extremo dentro del proceso sancionatorio, debiendo el juzgador, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a las- alegaciones formuladas por aquéllas en los actos de constitución del proceso, consecuentemente el Juzgador no puede otorgar más de lo pedido o menos de lo pedido, debe ceñirse exclusivamente a lo solicitado por el administrado, otorgarlo de forma motivada o negarlo del mismo modo*(…)

…Es obvio entonces que a la fecha existe una evidente falta de motivación en la Resolución ahora recurrida pues por nuestra parte no entendemos a la fecha cuales son las razones legales para que se haya adoptado una decisión como la que se tiene (…)

…El hecho de que su Autoridad haya pronunciado la resolución ahora recurrida es vulneratorio de varios principios constitucionales, la actitud omisiva de su Autoridad al soslayar los argumentos de nuestra parte y limitarse a rechazar IN LIMINE nuestra petición nos causa indefensión (…)

…Al pronunciar una resolución la Autoridad administrativa debe velar por el principio de congruencia y referirse a los puntos opuestos por el administrado UNO POR UNO y desvirtuarlos o en su caso darle la razón, en el presente caso ello no ha sucedido y se han soslayado los extremos opuestos por nuestra parte sin siquiera enumerarlos…"

Analizado tales alegatos en función del fallo contra el que se recurre (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1106-2013), obliga a dejar constancia que, por el principio de eficacia -que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento-, los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual, las autoridades pueden remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades, es decir, que por virtud de este principio, es posible que la propia Administración, sanee en todo procedimiento administrativo, los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.

No obstante, tal facultad está limitada a cuestiones adjetivas, es decir, cuando ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma, que tengan relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos **en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo**.

Ahora y ya dentro del caso de autos, resulta que la razón que ha motivado la decisión última de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (Res. Adm. APS/DJ/DS/N° 1106-2013), radica en no haberse tenido en cuenta, a tiempo de la Resolución Administrativa inicial (Res. Adm. APS/DJ/DS/N° 868-2013), la existencia de otro proceso de

igual origen y objeto -contra **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**-, por lo que ante el riesgo de discordancia o contradicción entre las Resoluciones definitivas que les vayan a corresponder, ha preferido el Regulador, mediando la anulación, suspender el proceso contra **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** a la espera de la Resolución definitiva del otro.

Como es perceptible del análisis de tal argumento, el mismo no se refiere a cuestiones formales y que como tales, hagan al desarrollo del proceso en su sentido adjetivo, sino que trasciende mas bien al fondo de lo decidido en oportunidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 868-2013 de 23 de septiembre de 2013: la imposición de la sanción a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Corresponde traer a colación lo siguiente:

> "…*aunque la exclusión radical del procedimiento administrativo incoado contra Seguros Illimani S.A. no queda suficientemente justificado por el riesgo que este comporta que se produzca un doble pronunciamiento administrativo, sin embargo en aras de la efectividad del principio del non bis in idem debe prevenir la eficacia negativa de la futura firmeza administrativa del Procedimiento Administrativo Sancionatorio que se sustancia en instancia Jerárquica a solicitud de Credinform International S.A.*
>
> *Que por ello y estando pendiente dicho procedimiento administrativo con idéntico objeto, la APS en mérito al principio de racionalidad, propio del Derecho Administrativo, debe proceder a la anulación de lo obrado hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 868-2013 de 23 de septiembre de 2013 inclusive, esto con el único propósito de evitar que recaigan fallos contradictorios contra ambas empresas.*
>
> *Que sin embargo, una vez que el Recurso Jerárquico interpuesto por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. adquiera firmeza administrativa sobre el fondo se reiniciará el procedimiento administrativo contra Seguros Illimani S.A. a objeto de hacer valer lo resuelto por el Superior Jerárquico pasado en autoridad de cosa juzgada*…" (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la lectura anterior se establece que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha decidido la suspensión del -presente- proceso sancionatorio contra **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, en el entendido de que *racionalmente* (según ella), al encontrarse en trámite a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico otro recurso, esta vez de **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 887-2013 de 30 de septiembre de 2013, por "*idéntico objeto*", existe el riesgo de producirse lo que el Ente Regulador denomina "*un doble pronunciamiento administrativo*" (más propiamente se diría, dos pronunciamientos diferentes entre sí, empero sobre un mismo objeto), importaría un actuar contradictorio y hasta injusto por parte de la Administración.

Sin embargo, no debe perderse de vista la disposición del artículo 17°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en sentido que "*La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos*", lo que es coincidente con el criterio sobre eficiencia que señala el artículo 232° de la Constitución Política del Estado.

Ahora corresponde verificar, si la anulación dispuesta se acomoda a lo que al efecto preceptúa la norma, sea parar dar razón al Fiscalizador, o de no ser así, para darla al recurrente.

Así, el estudio de los artículos 35° (*Nulidad del Acto*) y 36° (*Anulabilidad del Acto*) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, permite establecer que las nulidades y anulabilidades a las que -según corresponda- se refieren los mismos, hacen al acto administrativo en su carácter adjetivo o sustancial, no así al proceso administrativo especial (sea sancionatorio o recursivo).

En efecto; el artículo 35º sobre *Nulidad del Acto*, establece los cinco casos en los que tal figura procede, estos son:

> "…*a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;*
> *b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;*
> *c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;*
> *d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,*
> *e) Cualquier otro establecido expresamente por ley*…"

Y el artículo 36°, sobre *Anulabilidad del Acto*, en su parágrafo I está referido a los "*casos de infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el Artículo anterior*" (con las particularidades que señalan sus parágrafos II y III).

Entonces, diferenciando en la normativa administrativa, expresada fundamentalmente en la Ley Nº 2341, su parte sustancial o adjetiva de su parte procedimental o sustantiva (como en toda rama del Derecho que se precie de un orden en su legislación y de un pensamiento jurídico racionalista), se debe concluir que el capítulo sobre nulidad y anulabilidad de la precitada Ley -donde se encuentran los artículos 35º y 36º-, hace al acto administrativo de carácter adjetivo, aquel que normalmente pronuncia la Administración en sencillo cumplimiento de la finalidad de "*establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público* (Ley Nº 2341, Art. 1º, Inc. 'a')" y de "*hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública* (en su sentido general u ordinario; ídem Inc. 'b')".

Y ello, porque "*el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad*" (ibídem, Art. 4º, Inc 'a'), no así a activar necesariamente un proceso recursivo que, como derecho del Administrado, puede o no ser ejercido por este, por tanto, queda en un procedimiento especial (al igual que el procedimiento sancionatorio).

De todo lo anterior, se concluye que los casos establecidos por los artículos 35º y 36º de la Ley Nº 2341, hacen a vicios esenciales del acto administrativo en su producción y desenvolvimiento normal, mientras que la facultad anulatoria dentro del proceso recursivo, está limitada a cuestiones adjetivas, es decir, cuando ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma, que tengan relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos **en resguardo a la garantía <u>del debido proceso administrativo</u>**.

Por lo que en definitiva, resulta notorio que el fundamento del Ente Regulador, en sentido de "***ANULAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*** *hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 868-2013*" y de "***SUSPENDER*** *el plazo para emitir Resolución Administrativa en tanto y en cuanto esté pendiente de resolución el Recurso Jerárquico interpuesto por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*", es improcedente por su impertinencia.

Asimismo, debe concluirse que, lo expresado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido de evitar pronunciarse sobre el fondo de la controversia "*con el único propósito de evitar que recaigan fallos contradictorios*", no constituye un fundamento válido o suficiente, para justificar la decisión por ella tomada, toda vez que carece de una permisión legal para ello, en infracción al principio de legalidad.

Ahora bien; establecido por el propio Fiscalizador (en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013), en oportunidad de resolver el Recurso de Revocatoria, que "*la exclusión radical del procedimiento administrativo incoado contra Seguros Illimani S.A. no queda suficientemente justificado por el riesgo que este comporta que se produzca un doble pronunciamiento administrativo*", su decisión final es injustificada, máxime si, como se tiene dicho, hace a su obligación la resolución de la controversia puesta a su conocimiento (Art. 17°, Ley N° 2341), resultando una suspensión en una medida excepcional que, como tal, sólo es posible en los casos previstos por la norma, lo que para el de autos, no existe.

En tal sentido, pretender amparar la suspensión dispuesta en el principio de racionalidad, resulta insuficiente, dado lo amplio que en su concepción consiste tal principio (puede invocárselo para alegar la suspensión, como también para disponer lo contrario).

Es de hacer notar otra contradicción más en la que incurre el fallo recurrido, por cuanto, al justificar su decisión "*en aras de la efectividad del principio del non bis in ídem*" desdice todo lo señalado antes en la misma fundamentación, cuando correctamente ha aclarado que:

> "…*esta Autoridad de Fiscalización tiene y ha tenido presente el principio del non bis in idem que determina una interdicción de la duplicidad de sanciones cuando necesariamente concurren las tres identidades: personas, cosas y causa de pedir (sujetos, petitum y causa petendi), lo que en el caso presente no se dio, toda vez, que como ya se explicó, el elemento subjetivo en ambos procesos es y ha sido diferente*…"

Entonces, queda claro que la susceptibilidad de la recurrente **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, referida a la aplicabilidad al caso de la garantía del *non bis in ídem*, y por tanto su eventual infracción, son injustificadas, por cuanto, tal garantía supone "*la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas*" (Santamaría Pastor en *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*) empero **a un mismo sujeto administrado**, por lo que la existencia de dos procesos con sujetos sancionados distintos, debe determinar que a cada cual **según resulte responsable** (Art. 78°, Par. I, Ley N° 2341) se le imponga la sanción que **en justicia** le corresponda, por lo que mal hace la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en justificar su decisión "*en aras de la efectividad del principio del non bis in ídem*", el mismo que para el caso y conforme lo visto, es de impertinente mención.

Comentario aparte merece el procedimiento adoptado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -conforme ha sido relacionado en la parte de antecedentes-, cuando mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 741-2013 de 13 de agosto de 2013, resuelve dejar sin efecto el artículo primero precitado, y "*DISPONER la acumulación de los dos procesos sancionatorios*", para luego, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 819-2013 de 5 de septiembre de 2013, "***REVOCAR** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 741-2013*".

El extremo determina una inadmisible incertidumbre en las actuaciones del Órgano Regulador, por cuanto, el mismo debió considerar los extremos que -posteriormente- van a hacer a su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 819-2013, ya a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 741-2013 que le precedió, para así evitar disponer una acumulación que, en los términos expuestos en el primer fallo mencionado, resulta irrazonada, por tanto, una decisión carente de un imprescindible análisis, en infracción al artículo 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y con respecto a la cual, se vulnera la garantía a la seguridad jurídica, infringiendo el derecho de la administrada al debido proceso administrativo.

Asimismo, el desapego al procedimiento normativo que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013, compele a recordar al Ente Regulador, que su facultad discrecional no es extra legal, como bien lo anota García de Enterria: "*no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto*", encontrándose tal atribución sujeta al control de legalidad, importando entonces que mediante la Resolución recurrida, se han infringido también los principios de legalidad y de discrecionalidad reglada.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013, no ha realizado un correcto análisis de la norma procedimental aplicable al caso, a efectos de hacer efectiva su propia decisión de dejar sin efecto su resolución anterior.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1106-2013 de 3 de diciembre de 2013, **inclusive**, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención al Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por cuanto, la serie de procedimientos que ha adoptado dentro del caso de autos (tales como dejar sin efecto una acumulación por fundamentos que debió tener presente a tiempo de disponerla, anular obrados sin que exista infracción que justifique ello, o suspender procedimientos sin amparo normativo para lo mismo) se alejan del procedimiento establecido al efecto, despojando a sus actos de la garantía a la seguridad jurídica, y por tanto, infringe el derecho al debido proceso de los administrados, exhortándosele en consecuencia, a sustanciar el proceso con estricto apego al procedimiento legal.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL “CONSORCIO BICENTENARIO”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 730/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 020/2014 DE 09 DE ABRIL DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2014

La Paz, 09 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dichaAutoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 014/2014 de 19 de marzo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 031/2014 de 25 de marzo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 20 de noviembre de 2013, el señor Yuri José Bustillos Bautista presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-177573/2013con fecha de recepción 25 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013.

Que, en atención al contenido del Recurso Jerárquico, por providencia de fecha 27 de noviembre de 2013, se dispuso que el señor Yuri José Bustillos Bautista, aclarare si su actuación dentro del Recurso Jerárquico, lo realiza en nombre propio, o de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**.

Que, en cumplimiento a lo anterior, mediante memorial de fecha 9 de diciembre de 2013, el señor Yuri José Bustillos Bautista aclaró su apersonamiento en su calidad de representante legal de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, resultando de ello su personería para representarla mediante Testimonio de Poder Nº 174/2010, otorgado en fecha 23 de febrero de 2010 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 026 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Marlene Ethel Cabrera Jáuregui.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 11 de diciembre de 2013, notificado en fecha 17 de diciembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contrala Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, pronunciada por laAutoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante auto de fecha 11 de diciembre de 2013, notificado en fecha 17 de diciembre de 2013, se dispuso la notificación al **Banco Bisa S.A.**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, a los fines que, en su calidad de tercero legítimo interesado, presente sus alegatos si lo creyere conveniente, lo que en definitiva sucedió mediante nota VPOT-C 313/2013 de fecha 31 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. MEMORIAL DE FECHA 28 DE MAYO DE 2012.-

Mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 28 de mayo de 2012,la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** presenta denuncia en contra del **Banco Bisa S.A.**, por supuestas irregularidades en las que habría incurrido en la emisión y redención de tres Certificados de Depósito a Plazo Fijo, pertenecientes a la ahora recurrente, pidiendo además, se solicite al banco, informe detallado sobre las operaciones financieras realizadas por la entidad que representa, así como detalles del cobro de los referidos Certificados de Depósito a Plazo Fijo que habría realizado el señor Jaime Ponce Ovando.

2. NOTA DE CARGO.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-98204/2013 de fecha 4 de julio de 2013, la Autoridad Reguladora notificó al **Banco Bisa S.A.** con el siguiente cargo:

> "…*CARGO ÚNICO*
>
> *Al artículo 522 del Código de Comercio, debido a que el Banco Bisa S.A. no observó en los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo (DPF's) N° 000000115228-P por Bs400.000,00 (Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos); N" 000000115226-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/100 Bolivianos) y N° 000000115227-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/100 Bolivianos) emitidos en fecha 01 de octubre de 2009, el cumplimiento de los requisitos formales de endoso a tiempo de proceder al cambio de titularidad*…"

3. NOTA DE DESCARGOS.-

Mediante nota VPR 360/2013 presentada en fecha 1 de agosto de 2013, **el Banco Bisa S.A.** hizo presentes sus descargos, alegando vicios de nulidad en la notificación de cargos por falta de fundamentación del acto administrativo, dando una explicación, además, de que no hubo ninguna contravención en los endosos de los tres Certificados de Depósito a Plazo Fijo, toda vez que el propio Código de Comercio, en sus artículos 523º y 524º, establece la posibilidad de endoso en blanco de títulos valores.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 507/2013 DE 20 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió: "*Desestimar el cargo notificado contra el **BANCO BISA S.A.** mediante carta ASFI/DDC/R-105186/2013 por presunto incumplimiento al artículo 522 del Código de Comercio, al haber desvirtuado el mismo*", con base en los argumentos siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, el artículo 522 del Código de Comercio (Requisitos formales del endoso) señala que: "El endoso debe constar en el título o en hoja adherida al mismo, en caso de no ser posible hacerlo en el documento, y deberá llenar los siguientes requisitos:*
>
> *1) Nombre del endosatario;*
>
> *2) Clase de endoso;*
>
> *3) Lugar y fecha del endoso, y*
>
> *4) Firma del endosante".*
>
> ***CONSIDERANDO:***
>
> *Que,el **BANCO BISA S.A.** mediante cartaVPR 360/2013 presentó a esta Autoridad de Supervisión sus descargos en fecha 02 de agosto de 2013, realizándose a continuación la siguiente evaluación:*

La Entidad Financiera señaló los siguientes aspectos:

"1.1. La notificación de cargos ASFI/DDC/R-98204/2013 de 4 de julio pasado, al realizar el cargo, únicamente indica que el Banco Bisa S.A. no habría observado el Art. 522 del Código de Comercio en los tres depósitos a plazo fijo Nros. 000000115228-P por Bs400.000.- (Cuatrocientos mil 00/100 bolivianos), 000000115226-P por Bs500.00.- (Quinientos mil 00/100 bolivianos) y 000000115227-P por Bs500.000.- (Quinientos mil 00/100 bolivianos), emitidos el 1ero. de octubre de 2009, aduciendo simplemente la falta de los requisitos formales en el endoso a tiempo de proceder al cambio de su titularidad.

1.2 Formulada en estos términos la notificación de cargos, constituye un acto administrativo nulo de pleno derecho, en atención a la violación de las siguientes disposiciones legales.

1.2.1. El Artículo 31 del D.S. No. 27113, que reglamenta la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, obliga a que todo acto administrativo cuente con la suficiente motivación cuando se trate de derechos subjetivos y ordena expresamente lo siguiente:

"Artículo 31° (MOTIVACIÓN)

*I**. Serán motivados los actos** señalados en el Artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativos y además los que:*

a) Decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos.

b) Resuelvan peticiones, solicitudes o reclamaciones de administrados.

c) Resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales.

*II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resultan del expediente; **consignará las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión.***

III. La remisión a propuesta, dictámenes, antecedentes o resoluciones previas, no reemplazará a la motivación exigida en este Artículo. (Las negrillas y subrayados son nuestros).

A su vez, los incisos c) y d) del Art. 30 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo claramente determina:

***ARTICULO 30º (Actos Motivados).** Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:*

*c) Se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o **del dictamen de órganos consultivos o de control**, y*

*d) **Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.** (Las negrillas y subrayados son nuestros).*

De igual manera, los incisos b) y e) del Art. 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo enseña y ordena que:

"Art. 28º (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

b) Causa: ***Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa*** *y en el derecho aplicable;*

e) Fundamento: ***Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto****, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente Artículo". (Las negrillas y subrayados son nuestros).*

1.2.2. Como su autoridad podrá advertir de las disposiciones citadas, la motivación no es un requisito meramente formal sino va más allá la motivación es interna corporis, no externa, hace referencia a: la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo, en definitiva la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de derechos.

En definitiva, la motivación constituye un elemento esencial de los actos administrativos, una garantía fundamental del derecho a la defensa y un requisito formal de orden público, cuya omisión no puede ser suplida por ninguna autoridad administrativa ni judicial a posteriori.

En ese caso, la notificación de cargos carece de motivación, hecho que implica ,no(sic) *sólo vicio de forma, sino también, violación de las garantías constitucionales como nuestro derecho a la defensa y al justo debido proceso.*

En ese contexto, el acto motivado es aquel cuya parte dispositiva o resolutiva va precedida de una exposición de razones o fundamentos que justifican la decisión en cuanto a los efectos jurídicos.

Al respecto, el tratadista Eduardo Couture enseña que la motivación constituye un deber administrativo de la autoridad. La Ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto de su voluntad discrecional autoritaria. Un acto administrativo sin motivación priva en este caso del más elemental derecho de defensa para poder fiscalizar los procesos reflexivos de la autoridad.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional contenida en la Sentencia Constitucional SC 0752/2002-R de 25 de junio de 2002 que recogiendo lo señalado de la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre de 2001, es contundente al determinar que el derecho al debido proceso:

…exige que toda Resolución sea debidamente fundada. Es decir, que cada Autoridad que dicte una Resolución, ***debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma.***

Consecuentemente, cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos, toma una decisión de hecho, no de derecho, que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare

en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo, cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión". (Las negrillas y subrayado son nuestros).

1.2.3.Por lo tanto, esta notificación de cargos carece de fundamentación legal por no establecer claramente las razones de hecho y de derecho de la supuesta infracción que se imputa y hace que sea aplicable el Art. 35 de la Ley N° 2341 Ley de Procedimiento Administrativo que determina:

Art. 35º (Nulidad del Acto).

Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;
b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;
*c) **Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido**;*
*d) **Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado**; y,*
*e) **Cualquier otro establecido expresamente por ley**. (El resaltado es nuestro)".*

Tal y como su Autoridad podrá evidenciar de la notificación de cargos contenida en el documento ASFI/DDC/R-98204/2013 de 4 de julio pasado, este acto administrativo es nulo de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en los citados Arts. 30 y 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debido a que:

-Carece de motivación que exprese sucintamente los antecedentes y circunstancias que resultan del caso. Esta notificación en ninguna parte hace referencia a cuáles son los hechos que corresponden o en los que se basa la presunta transgresión al Art. 522 del Código de Comercio.

-Tampoco consigna las razones de hecho y de derecho que justifican la emisión de este acto administrativo de notificación de cargos.

-Menos hace referencia a la valoración de las pruebas presentadas por el BANCO, cuando fue requerido por su autoridad y cumplió prestando el informe de auditoría, que contiene documentos determinantes que debieron ser previamente compulsados antes de emitir la decisión de este cargo.

Por lo que, esta falta de motivación legal en la notificación de cargos, que prescinde de lo establecido en el artículo 31 del D.S. N° 27113 que reglamenta la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y lo determinado en los Arts.: 30 y 35 de la indicada Ley, hace que este acto administrativo sea nulo de pleno derecho y viole nuestro derecho de defensa y el principio al debido proceso".

Sobre el particular, es conveniente realizar las siguientes consideraciones de orden legal:

1. *El Banco Bisa S.A. hace referencia en su carta en varias oportunidades al Decreto Supremo N° 27113, indicando que habría sido incumplida por esta Autoridad de Supervisión, desconociendo que esa norma no es aplicable para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI y que el Reglamento de la Ley N° 2341 que se aprobó para este sistema y es aplicable para esta Autoridad de Supervisión, se encuentra contenido en el **Decreto Supremo N° 27175.***

2. *La notificación es definida en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 23/2007 de 1 de marzo de 2007 indicando que: "La notificación en el derecho administrativo, es el acto, procedimental por medio del cual la administración pública pone en conocimiento de los administrados, sean persona naturales o jurídicas, los actos administrativos emitidos en ejercicio del poder de imperio o por solicitud de los administrados, a través de los medios y mecanismos determinados para el efecto".*

   Al respecto, la Entidad Financiera fue notificada en fecha 25 de julio de 2013 a través de la carta ASFI/DDC/R-105186/2013, en el marco de los artículos 66 y 67 del Decreto Supremo N° 27175, tomando conocimiento acerca del presunto incumplimiento del artículo 522 del Código de Comercio. Siendo este acto administrativo considerado como de menor jerarquía, con relación a las Resoluciones Administrativas conforme establece el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175. La Autoridad de Supervisión a través de las notificaciones de cargo no define derechos, ni toma una decisión final, lo que hace es hacer conocer a la Entidad Financiera sobre ***la existencia de una presunta infracción (es)****, para que precisamente pueda presentar sus descargos y/o explicaciones sobre las mismas, garantizándose en consecuencia su derecho constitucional a la defensa.*

   La Entidad Financiera hace referencia a que la notificación de cargos ASFI/DDC/R-98204/2013 de 04 de julio de 2013, conforme establecen los artículos 30 y 35 de la Ley N° 2341 sería nula de pleno derecho, debido a que carecería de motivación, de las razones de hecho y de derecho que justifican la emisión de este acto administrativo y que se no haría referencia a la valoración de las pruebas presentadas por el BANCO.

   La notificación de cargos observada está debidamente motivada y se emitió como consecuencia de la presentación del reclamo del señor Yuri Bustillos Bautista, a raíz del cual esta Autoridad de Supervisión realizó las diligencias preliminares pertinentes, para la investigación de los aspectos observados por el reclamante en el marco de los artículos 81 de la Ley N° 2341 y 65 del Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, entre las acciones adoptadas se realizó la inspección al Banco Bisa S.A., cuya actividad lógicamente fue de conocimiento de la citada Entidad Financiera, a raíz de esas diligencias preliminares que fueron plasmadas en el informe ASFI/DDC/R-32484/2013 de 05 de marzo de 2013, se identificó una presunta contravención al artículo 522 del Código de Comercio, aspecto que fue notificado al Banco en fecha 25 de julio de 2013, con la finalidad de que presente sus descargos y/o explicaciones, ***en cumplimiento al debido proceso y garantizando su derecho a la defensa.***

   La Entidad Financiera señaló también, que la notificación de cargos ASFI/DDC/R-98204/201 de 4 de julio de 2013, sería nula y carecería de las razones de hecho y derecho que justificaron la emisión de la nota de cargos. Al respecto, es prudente indicar lo que señala la notificación de cargos: "…con relación al reclamo presentado por el señor Yuri José Bustillos Bautista, a través

de la presente ***NOTIFICAMOS*** *al* ***Banco Bisa S.A.****, en la persona de su Gerente General por el siguiente presunto incumplimiento:*

CARGO ÚNICO

Al artículo 522 del Código de Comercio, debido a que el Banco Bisa S.A. no observó en los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo (DPF's) N° 000000115228-P por Bs400.000,00 (Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos); N° 000000115226-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/100 Bolivianos)y N° 000000115227-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/100 Bolivianos) emitidos en fecha 01 de octubre de 2009, el cumplimiento de los requisitos formales de endoso a tiempo de proceder al cambio de titularidad".

De la lectura detenida de la notificación de cargos, ***con referencia a las razones de hecho,*** *se puede advertir que en ese documento se menciona lo siguiente:* ***"Con relación al reclamo presentado por el señor Yuri José Bustillos Bautista",*** *entonces claramente se identifica que la notificación es consecuencia del memorial de reclamo presentado a esta Autoridad de Supervisión, por el señor Bustillos, documento donde se describen los* ***hechos observados por el reclamante****, y de los que la Entidad Financiera* ***tuvo conocimiento en detalle,****por quea través de la carta ASFI/DDC/R-77122/2013 de 27 de mayo de 2013, esta Autoridad de Supervisión remitió al* ***BANCO BISA S.A.*** *el memorial de reclamo, presentado por el señor Yuri José Bustillos Bautista a este Órgano de Supervisión. Al conocer, los hechos observados en el reclamo, la Entidad Financiera remitió el informe de auditoría AI-058/2012 de 23 de julio de 2012, con referencia a los aspectos señalados en el mismo. Complementariamente, en el segundo párrafo de la notificación de cargos se menciona que se emitió la mencionada notificación de cargos debido al* ***hecho presunto****que en los tres (3) depósitos a plazo fijo no se observó el cumplimiento de los requisitos mínimos; en consecuencia, la afirmación del Banco respecto a que no se citaron los hechos motivo de la notificación de cargos carecen de sustento y no corresponden.*

Con relación a la falta de razones de derecho en la notificación de cargos, este aspecto por sí mismo se desvirtúa, puesto que en el citado documento se hace mención al presunto incumplimiento del ***artículo 522 del Código de Comercio*** *por parte del Banco Bisa S.A.*

Sobre la valoración de las pruebas presentadas por el Banco Bisa S.A. y también por el reclamante, durante las diligencias preliminares, estas fueron analizadas, llegándose a desvirtuar muchos aspectos y también a identificar la presunta contravención contenida en la notificación de cargos que le fue notificada precisamente en fecha 25 de julio de 2013 a la Entidad Financiera. Asimismo, la valoración de las pruebas de descargo será considerada más adelante, en el marco del parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175.

Finalmente, con relación a la pretendida nulidad de la notificación de cargos ASFI/DDC/R-98204/2013 de 04 de julio de 2013, el parágrafo II del artículo 35 de la Ley N° 2341 señala claramente que: "Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos

*en la presente Ley", **por lo que no corresponde su tratamiento en esta etapa del proceso sancionatorio**, debiendo sujetarse el Banco a derecho.*

"2. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN ALGUNA AL ART. 522 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y PLENA LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LOS ENDOSOS REALIZADOS EN LOS DPF's".

2.1. Los tres certificados de depósito a plazo fijo señalados en el numeral 1.1., fueron endosados en blanco por el representante legal del Consorcio Bicentenario Sr. Carlos Santa Cruz V., para que se cumpla con la orden instruida en su carta AA-CB N° 0070/09 de fecha 30 de septiembre de 2009 y se presentaron al Banco por el Sr. Jaime Ponce Ovando, en calidad de tenedor de los mismos.

*En consecuencia, los funcionarios del Banco recibieron los tres certificados de depósito a plazo fijo **endosados en blanco** del tenedor Sr. Jaime Ponce Ovando, por lo que en su revisión, como corresponde a ese tipo de endosos, se aplicó en forma correcta lo que expresamente ordenan y enseñan los Arts. 523 y la primera parte del 524 del Código de Comercio:*

*Art. 523.- **(Efectos de la Omisión de requisitos)**. La omisión de los requisitos indicados en el**artículo anterior**, produce los siguientes efectos:*

1) Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco;

2) Si se omite la clase de endoso, se presume que el titulo fue transmitido en propiedad, sin que admita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe;

3) Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante; y

4) Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título.

Es inexistente el endoso cuando falta la firma del endosante. Igualmente, no surte efecto el endoso si aparece en papel separado sin las referencias del título al que corresponda".

Art. 524.- (Endoso en blanco).

*El endoso **en blanco se considera válido con la sola firma del endosante.**. En este caso, **el tenedor legítimopodrá** llenar el endoso en blanco, con su nombre **o transmitir el titulo sin completar el endoso.***

El endoso al portador produce los mismos efectos del endoso en blanco.

2.2. Carlos Morales Guillén en su Código de Comercio Comentado, Anotado y Concordado al comentar los referidos artículos enseña que:

La omisión del nombre del endosatario no invalida el endoso y en contraposición al endoso llamado pleno (que reúne todos los requisitos formales) se lo denomina endoso en blanco, al que está asimilado según su generalidad de las legislaciones el endoso al portador. Es un endoso completo y produce todos los efectos del pleno (Messineo) y en la práctica puede circular como un título al portador, si el tenedor lo transfiere sin llenar el endoso en blanco con su nombre y así sucesivamente.

2.3. De igual manera, el Dr. Jaime Ovando Ovando en su libro Títulos Valores, señala que el endoso en blanco es válido:

Con la sola firma del endosante, y considerando símil del endoso al portador, permite transmitir los títulos nominativos y a la orden sin señalar expresamente el nombre de endosatario".

2.4. Entregados al Banco por el Sr. Jaime Ponce Ovando (tenedor) estos tres depósitos a plazo fijo endosados en blanco, fueron legal y legítimamente recibidos de conformidad con los Arts. 523 y 524 del C. de Comercio citados.

*Asimismo, se debe dejar expresamente aclarado que el Sr. Jaime Ponce Ovando, **<u>en su calidad de tenedor legitimo</u>** de estos tres depósitos a plazo fijo, **era el único que podía hacer uso de la facultad establecida en el segundo párrafo del Art. 524 del Comercio**, de llenar el endoso en blanco con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso. Es decir, en este caso, el Sr. Jaime Ponce Ovando hizo uso de su facultad prevista en el citado artículo, habiendo decidido transmitir el título al Banco sin completar el endoso.*

*De esta manera, ningún funcionario podía llenar o completar los datos respectivos al tipo de endoso, ya que de haberlo hecho, **habría incurrido en el delito de abuso de firma en blanco, tipificado en el Art. 336 del Código Penal.***

Por lo tanto, el Banco cumplió con revisar los respectivos endosos aplicando lo dispuesto por los Arts. 523 y 524 del Código de Comercio que regulan en forma especial y expresa los casos de endosos en blanco, por lo que no correspondía exigir la aplicación del Art. 522 del mismo código, cuya supuesta infracción se pretende imputar al Banco Bisa S.A.

2.5. Asimismo, el Art. 533 del mismo Código de Comercio, dispone expresamente:

Art. 523 (OBLIGACION DEL QUE PAGA). <u>El que paga el título no puede exigir que se compruebe la autenticidad de los endosos, pero debe identificar a la persona que presente el título como último tenedor</u> y verificar la continuidad de los endosos.

En ese sentido, el Banco al recibir los tres indicados depósitos a plazo fijo, también cumplió fiel y estrictamente lo dispuesto en la citada disposición legal al haber procedido a identificar como último tenedor de estos depósitos a plazo fijo al Sr. Jaime Ponce Ovando, quien ordenó que contra la garantía de estos se emitan boletas de garantía por cuenta del Consorcio Bicentenario.

*2.6. Por último, exigir que en este caso se pretenda única y exclusivamente aplicar el Art. 522 del Código de Comercio, **<u>constituye ignorar los principios de sometimiento a la ley y de verdad material consagrados en los incisos c) y d) del Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo; al no considerar lo que ordenan los Arts. 523, 524 y 533 del Código de Comercio que regulan en forma especial los casos de endosos en blanco</u>** y en consecuencia son disposiciones que deben ser aplicadas preferentemente en atención a las particularidades del caso objeto del presente reclamo en esta vía administrativa.*

…En consecuencia, el endoso realizado por el Consorcio Bicentenario, ha surtido los efectos legales que se perseguían y el Banco Bisa S.A. no ha transgredido de manera alguna el indicado Art. 522 del Código de Comercio, por no ser aplicable al presente caso.

En atención a estos fundamentos de derecho, solicitamos a su autoridad se sirva dejar sin efecto el cargo único referido a una inexistente falta de cumplimiento del Banco del Art. 522 del Código de Comercio".

Análisis de los antecedentes del caso sobre este punto y de los descargos presentados por el Banco Bisa S.A.

Se evidencia que según carta Cite: AA-CB N° 0070/09 de fecha 30 de septiembre de 2009, el señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, apoderado y representante legal del "Consorcio Bicentenario", solicitó al Banco Bisa S.A. la apertura de tres (3) Depósitos a Plazo Fijo por un total de Bs1.400.000.- (Un Millón Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos) a nombre del señor Jaime Ponce, (asociado del Consorcio Bicentenario) los cuales debían ser endosados a favor del Banco BISA S.A. como respaldo de las boletas de garantía de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo para la Construcción del "Atrio de la Plaza del Bicentenario".

El 1 de octubre de 2009, el Banco BISA S.A. en atención a la solicitud del señor Santa Cruz, constituyó los siguientes tres (3) Depósitos a Plazo Fijo:

Nº	***DPF***	***FECHA***	***TITULAR***	***MONTO BS.***
1	*115226*	*01.10.2009*	*Asociación Accidental Consorcio Bicentenario*	*500.000,00*
2	*115227*	*01.10.2009*	*Asociación Accidental Consorcio Bicentenario*	*500.000,00*
3	*115228*	*01.10.2009*	*Asociación Accidental Consorcio Bicentenario*	*400.000,00*

*De forma errónea el Banco registró como titular a la **Asociación Accidental "Consorcio Bicentenario"**, siendo que en la mencionada carta se instruyó que sean consignados a nombre de su asociado Jaime Ponce, **percatado de este error operativo respecto a la titularidad de los DPF`s** la Entidad Financiera el 22 de octubre de 2009, cambio la titularidad de los tres (3) DPF's a nombre del señor Jaime Ponce Ovando, **para tal efecto los mencionados depósitos a plazo fijo no fueron endosados con el llenado de todos los requisitos,** conforme requiere **el artículo 522 del código de comercio**, debido a que en esos títulos valor hubo omisión en el registro del nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso, que son parte de los requisitos formales de endoso, evidenciándose **sólo la firma del endosante señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores** a nombre del "Consorcio Bicentenario". El Banco posteriormente, procedió al cambio de la titularidad de los tres Certificados de Depósito a Plazo Fijo a nombre de su tenedor señor **Jaime Ponce Ovando**,*

cumpliendo así la instrucción contenida en la carta Cite: AA-CB N° 0070/09 de fecha 30 de septiembre de 2009.

En sus descargos, la Entidad Financiera señala que el señor Jaime Ponce Ovando era tenedor legítimo de los tres depósitos a plazo fijo y que era el único que podía realizar el endoso con su nombre o transmitir los tres (3) Depósitos a Plazo, en el marco del artículo 524 (endoso en blanco) del Código de Comercio, y que en este caso el señor Ponce, decidió transmitir los títulos valor (DPF) al Banco Bisa S.A. sin completar el endoso, y que en este caso no se consideró lo que señalan los artículos 523, 524 y 533 del Código de Comercio, que regulan en forma especial los casos de endosos en blanco.

En primer lugar corresponde precisar que esta Autoridad de Supervisión observó, el endoso incompleto de los Depósitos a Plazo Fijo Nros. 115226, 115227, 115228 de fecha 01 de octubre de 2009 realizados por el señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, representante en esa época del ***"Consorcio Bicentenario"*** *y no los endosos del señor Jaime Ponce a favor del Banco Bisa S.A.*

En segundo lugar, corresponde revisar lo que establece el Código de Comercio con relación al endoso.

El artículo 523 del Código de Comercio establece que la omisión de los requisitos indicados en elartículo 522, produce los siguientes efectos:

"1) Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco.

2) Si se omite la clase de endoso, se presume que el título fue transmitido en propiedad, sin queadmita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe.

3) Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante.

4) Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título".

En ese marco, se advierte que los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo sólo contaban con la firma del Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, ***y no se llenó las casillas de nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso.***

En atención a lo dispuesto por el artículo 523 de la norma citada precedentemente, como no se registró el nombre del endosatario ***se configuró la figura del endoso en blanco,****y conforme señala el artículo 524 del Código de Comercio* ***el endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante.***

En lo referente a la omisión de la clase de endoso en los Depósitos a Plazo Fijo, se presumiría como dice el numeral 2 del artículo 522 del Código de Comercio que al no contar con este requisito los títulos valor fueron transmitidos en propiedad a favor del Banco Bisa S.A. como contra garantía para la emisión por parte de la Entidad Financiera de las Boletas de Garantía de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo para la construcción del "Atrio de la Plaza del Bicentenario", obra que se adjudicó la ***"Sociedad Accidental Consorcio Bicentenario"*** *del Gobierno Municipal de la ciudad de La Paz.*

Los Depósitos a Plazo Fijo observados no cuentan con el lugar y fecha del endoso; sin embargo, en el marco de los numerales 3 y 4 del pre citado artículo 523 del Código de Comercio, se presume que fueron endosados en este caso en el domicilio del endosante, señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, y que el endoso se lo realizó el día en que el endosante adquirió el título.

*Con relación al artículo 524 de la misma norma, esta determina que el **endoso en blanco** se considera válido **con la sola firma del endosante** y que el tenedor legítimo podrá llenar el endoso en blanco, con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso.*

*Al respecto, se advierte que los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo Nros. 115226, 115227, 115228 **cuentan con la firma del señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores.***

Finalmente, después de realizar la valoración de los antecedentes que cursan en el expediente y de los descargos presentados por el Banco Bisa S.A. aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba , se determina que si bien los títulos valor no fueron endosados con la inserción de todos los requisitos establecidos en el artículo 522 del Código de Comercio, relativos a nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso y que sólo contaba con la firma y nombre del endosante, la falta del llenado de esos requisitos como establecen los artículos 523 y 524 del citado Código de Comercio su transmisión a surtido los correspondientes efectos legales en el marco de la normativa citada y desarrollada anteriormente.

Asimismo, se observa que el no llenado de todos los requisitos en los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo no es atribuible al Banco Bisa S.A. y que en este caso en particular la Entidad Financiera procedió conforme establecen los artículos 523 y 524 del Código de Comercio.

*Por consiguiente, **se desvirtúa el cargo notificado debiendo desestimarse y dejar sin efecto el mismo**…*"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 17 de septiembrede 2013, por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, bajo los siguientes alegatos:

"…***IV. Relación de Derecho y fundamentación jurídica del Recurso de Revocatoria***

En ese sentido, en mérito a lo anteriormente expuesto ejerciendo el Derecho de Defensa que asiste el procedimiento administrativo, se cumple con poner en su atención los siguientes extremos del orden legal, técnico y administrativo que demuestran que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), está actuando en favor de la entidad financiera y en total desmedro de la protección al consumidor financiero, aspecto que es contrario a la política de Gobierno e incluso a las previsiones de la Ley Nro. 393 de Servicios financiero, la cual si bien ha sido

publicada aún su vigencia está diferida, por el periodo de tres meses, pero demuestra el absoluto contrasentido a dicha previsión legal.

En mérito a la Orden Judicial emitida por el Dr. Orlando Blacutt, Juez 2º de Instrucción en lo Civil del Distrito Judicial de La Paz, corresponde poner en su atención que el Banco BISA, no obstante de tener la obligación de dar información detallada respecto al petitorio del memorial que generó la instrucción judicial, lamentablemente se limitó a emitir una carta la cual es bastante incompleta, escueta y violenta flagrantemente la obligación de transparencia que tiene como entidad regulada, en el marco de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, así como la Recopilación de Normas de la ASFI y en específico el Reglamento para la Atención al Cliente y Usuario del Sistema Financiero.

*Corresponde poner en su atención que el Banco BISA S.A. mediante su Nota del 23 de marzo de 2012, se limita a manifestar que la Asociación Accidental PLAZA ATRIO DEL BICENTENARIO, no mantiene cuentas, ni otro tipo de operaciones en la entidad regulada, cuya respuesta se puede verificar en **dos líneas.***

Debo poner en su atención que mediante Orden Judicial se le pidió la siguiente información:

1. *Extienda copias legalizadas de todas las operaciones bancarias y financieras así como los actuados y trámites que se hayan efectuado por y con relación a la Asociación Accidental Consorcio Bicentenario.*
2. *Copias de los siguientes documentos; boletas de garantía, garantías de primer requerimiento, certificados, contratos, depósitos, transferencias, giros, retiros de cuenta, etc.*

Debo poner en su atención que el objetivo de la solicitud de información está orientada a conocer cuáles han sido los detalles sobre las actuaciones de la entidad regulada, dados los siguientes acontecimientos:

- *En fecha 21 de Octubre de 2010, remitimos nota al Banco Bisa S.A., comunicando que en fecha 30 de septiembre del 2009, se aperturaron tres DPF' s por un total de Bs. 1,400.000, para constituirlos como respaldo de las boletas de garantía de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo de la Construcción de la Plaza del Bicentenario, solicitando que dichos DPF's sean abonados en la cuenta corriente No. 190025-001-7.*
- *En fecha 3 de Noviembre del 2010 nuevamente se reitera al Banco Bisa S.A. sean abonados a la cuenta corriente del Consorcio Bicentenario, ya que el objeto de los mismos era solamente constituirse como respaldos de las boletas de garantía actualmente liberados, conforme detalla en nota el Banco Bisa de fecha Cochabamba 11 de Noviembre del año 2010, en su acápite 1"...mediante Carta AA-CB 0070/2009 de fecha 30 de septiembre del año 2009, suscrita por el apoderado del CONSORCIO, señor Carlos Santa Cruz, se solicitó al Banco con cargo a la cuenta No. 190025-001-7, la emisión de tres depósitos a plazo fijo, por importe total de Bs. 1,400,00.- (Un Millón cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos) a la orden de su asociado , señor Jaime Ponce, **como respaldo de fianzas bancarias emitidas por el Banco Bisa, para***

garantizar: "Cumplimiento de Contrato" y "Correcta Inversión de anticipo" en la construcción del Atrio dela Plaza del Bicentenario.

Se inicia una actividad evasiva ya que el Banco Bisa, pese a las reiteradas notas, llamadas telefónicas al Sr. Gabriel Canelas, Subgerente de Negocios de Cochabamba, envió de correo de correos electrónicos, solamente recibimos evasivas, y no nos quieren otorgar ningún tipo de información, remitiéndonos a Jaime Ponce como si el cliente del Banco tuviera la competencia y responsabilidad de otorgarnos dicha información.

Conforme a Nota de fecha 11 de Noviembre del año 2010 del Banco Bisa, se aclara que el Señor Jaime Ponce Ovando, procedió al cobro de los DPF's de su cuenta corriente, evidenciándose que el Banco Bisa tenía conocimiento que dichos depósitos eran exclusivamente respaldo para boletas de Garantía para la Obra del Bicentenario, y que dichos depósitos , no podían ser retirados, sin antes obtener la autorización del Gobierno Municipal de La Paz, por la liberación de las boletas y tampoco sin firma de los socios del Consorcio, caso claro que se puede observar que existe algún tipo de extorción(sic) *que el retiro de dichos depósitos fueron hechos con anterioridad a la autorización del GMLP, incumpliendo nuevamente con la Norma y los contratos asumidos por la Asociación Accidental, como con el Banco, cometiendo una arbitrariedad y perjudicando a la Asociación en conjunto.*

V. Petitorio

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 64 y 65 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013, por la cual procede a desestimar el cargo notificado contra del Banco Bisa s.a.*(sic) *establecido mediante carta ASFI/DDC/R-105186/2013 por presunto incumplimiento al artículo 522 de Código de Comercio, al haber desvirtuado el mismo.*

2. *Se fundamente y se motive sobre los motivos por los cuales la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, actúa con total INDULGENCIA REGULATORIA y deja en la impunidad actos que son ciertamente contrarios a la política de PROTECCIÓN DE USUARIO FINANCIERO, aspecto que se halla descrito en la políticas gubernamentales, e incluso en la recientemente publicada* ***(con vacatio legis)*** *de la Ley de Servicios Financiero Nro. 393 del 21 de agosto de 2013.*

3. *Los motivos por los cuales existiría una diametral contraposición entre la carta ASFI/DDC/R-86828/2013 del 13 de junio de 2013 y la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013.*

4. *A los efectos legales que en Derecho correspondan, se tenga presente que copia del presente documento se está enviado a la Unidad de Transparencia del Ministerio de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para que esta instancia, tenga presente los*

actuados en relación al favorecimiento que se está realizando al Banco BISA S.A.

5. *Se pronuncie específicamente sobre los siguientes puntos:*
   - *En lo relativo a la falta de cumplimiento del artículo 26 del Decreto Supremo Nro. 24771, solicito adicionalmente el análisis de las siguientes directrices:*
   - *Régimen de Infracciones:*
   - *Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF.*
   - *Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.*
   - *Establecer el perfil de la actividad económica del cliente, de las personas naturales y/o jurídicas establecidas por instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
   - *Verificar por medios fehacientes respecto del cliente registrado, su identidad o personería jurídica, domicilio, identidad del representante legal; ocupación, actividad u objeto social según se trate de una persona natural o jurídica, nivel de ingreso percibido, así como cualquier otra información o documentación que fuere requerida por la UIF mediante instrucciones o recomendaciones.*
   - *Actualizar periódicamente los datos del cliente, conforme instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
   - *Comunicar a la UIF acerca de todas las operaciones, sin límite de monto, de personas naturales o jurídicas que rehúsen proporcionar información o documentación requerida, así como- las operaciones que hagan imposible la verificación de la procedencia de sus recursos financieros y de la información proporcionada.*
   - *Desarrollar y ejecutar políticas, normas y procedimientos de control interno para prevenir y detectar la legitimación de ganancias ilícitas, en las que deben incluir como mínimo las condiciones establecidas en las instrucciones y recomendaciones emitidas por la UIF.*
   - *Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF.*
   - *Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF.*
   - *Reportar a la UIF operaciones y transacciones consideradas como sospechosas.*
   - *Cumplir con las normas, instructivos, manuales o instrucciones emitidas por la UIF.*
   - *Elaborar y remitir listas actualizadas de Personas Expuestas Políticamente - PEP, nacionales, extranjeras y de personas que hayan alcanzado fama o notoriedad, de acuerdo a los parámetros establecidos por la UIF.*
   - *Obtener información del cliente sobre el origen y el destino de los fondos, así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario, cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada,*

o parezca que no tiene objeto lícito, conforme lo establecido por la UIF…"

5.1. Apertura de término de prueba.-

En consideración al memorial de Recurso de Revocatoria presentado por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, la Autoridad Reguladora abrió término de prueba mediante auto de fecha 24 de septiembre, por cuyo efecto, en fecha 7 de octubre de 2013 la recurrente presentó los argumentos siguientes:

"…***1. Antecedentes y Relación de Derecho***.-

Ha sido de nuestro conocimiento la providencia del 24 de septiembre: de 2013, en la que dispone la apertura de un término de producción de pruebas de 5 días hábiles para demostrar todo lo aseverado en el memorial del 17 de septiembre de 2013.

Al respecto, corresponde manifestar lo siguiente:

1. *La prueba de los elementos descritos a lo largo, de toda nuestra denuncia, se halla en el contenido de los "Documentos de Trabajo", realizados por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, motivo por el cual en calidad de' prueba solicitamos se remita copia legalizada de todo el trabajo desarrollado por dicha Área Organizacional que preserva al USUARIO frente a una entidad Financiera", motivo por el cual solicitamos que una copia legalizada de toda la carpeta del trabajo realizado por dicha Dirección.*
2. *Tomando en cuenta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en forma inusual abre un término probatorio, solicitamos que los funcionarios del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, que han sido parte de las: operaciones con el Consorcio Bicentenario, sean convocadas por la ASFI, a efectos de que produzcan prueba testifical.*
3. *Asimismo, solicitamos en vía de PROPOSICION DE DILIGENCIAS, se convoque a todo el personal de la entidad supervisada que administró la cuenta del Consorcio Bicentenario dentro de la entidad regulada, con el objetivo de que brinden informes, en específico sobre la forma de administración de los hechos que se denuncian y que son objeto verificación en el actual procedimiento de Revocatoria.*
4. *Se tenga presente qué la "obligación" de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el verificar la VERDAD MATERIAL de lo suscitado en la entidad regulada, tal como lo dispone el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo; ya que de lo contrario el Regulador estaría violando con su deber de perseguir esta verdad material, lo cual indudablemente llevaría a una situación de nulidad de su acto administrativo, tal como lo establece el precedente jurisprudencial regulatorio, contenido en la Resolución Ministerial Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.*
5. *Tomado en cuenta que toda la correspondencia y medios probatorios han sido destacados en la denuncia que se tramitó en la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, solicitamos se acuda con especial interés a la carta del 11de noviembre de 2010, suscrita por Ejecutivos del BISA S.A. que afirmaron:*

Mediante carta AA/CB/ Nro. 0070/2009 de fecha 30 de septiembre de 2010 solicitó al banco, con cargo a la cuenta (...) la emisión de 3 DPF's a la orden de su Asociado, ***para garantizar el "Cumplimiento de ContratoyCorrecta Inversión de Anticipo, en las*** (sic) ***Construcción del atrio de la Plaza Bicentenario.***

6. *Se invoca en calidad de prueba instrumental, el Reglamento de DPF de la ASFI, donde se señala: Constitución del depósito a plazo fijo.- Los depósitos a plazo fijo podrán* ***constituirse*** *en moneda nacional con mantenimiento de valor respecto del dólar estadounidense, a variaciones dé la Unidad de Fomento a la Vivienda, o en moneda extranjera, para su devolución en la misma moneda contra entrega a la fecha de vencimiento, del respectivo certificado original o del CAT para el caso de CDPFs representados mediante anotación en cuenta.*

   Es pertinente el invocar esta norma debido a:

   - *El Poder de Carlos Santa Cruz no- le: daba facultades para* ***CONSTITUIR*** *DPF's.*
   - *El Poder Nro. 617/2009 en el punto 3.3. le daba facultades de abrir o manejar Cuentas Corrientes o a Plazo Fijo.*
   - *En el caso presente, no se abrió una cuenta a Plazo Fijo, sino que se ordenó la emisión de un CDPF,* ***lo cual es diferente.***
   - *Lo dicho implica que el Banco, no cumplió con el deber de revisar diligentemente el Poder 617/2009 de 28 de mayo de 2009.*

7. *Se invoca en calidad de prueba instrumental la* ***Sección II, Capitulo 2 del Título VIII de la RNASFI****. Artículo 9° - Registro de depósitos.- Las entidades financieras deberán llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos, detallando las características de los mismos en cuanto a monto, moneda, plazo de vencimiento, tasa de interés, numeración preimpresa, numeración automática asignada por ,el sistema, código de identificación de certificados renovados o fraccionados o código de identificación de CDPFs representados mediante anotación en cuenta, cuando corresponda, y cualquier otra información de interés relacionada con su emisión.*

8. *Se invoca en calidad de prueba instrumental la* ***RESOLUCION UIF/DIR/001/08****. Artículo 1ro.- Instruir a los Sujetos Obligados, elaborar las Listas PEP's. Contar con Sistemas de Gestión de Riesgos, para determinar si el cliente es PEP. Obtener la aprobación de los Directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con dichos clientes. Tomar medidas razonables para determinar el origen de la riqueza y fondos. Llevar una vigilancia exhaustiva de la relación comercial.*

9. *Se invoca en calidad de prueba instrumental* ***el Título XV, Cap. 1, Secc. 3 art. 2, núm 11) de la RNASFI****. Conocer el cumplimiento de la normatividad prudencial asociada al artículo 91 de la Ley Nro.1488 de Bancos y Entidades Financieras: "Objeto de la Transferencia"(Formularios F1 y F3).*

10. *Se invoca en calidad de prueba instrumental el Art. 9 del D.S. 910. Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF. Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.*

2. *Petitorio*.-

En mérito a lo expuesto, se solicita se-tenga por ratificada la prueba presentada durante este proceso de reclamo y asimismo, se solicita tenga presente la obligación del Regulador de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, con el ineludible precedente regulatorio sobre obligación del Regulador de Acudir a la Verdad Material, establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas…"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 730/2013 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió: "***CONFIRMAR*** *la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013*", a cuyo efecto, expuso los siguientes alegatos:

"…***CONSIDERANDO:***
Que, de la lectura de la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha detectado un error en la numeración de la carta de notificación de cargos ASFI/DDC/R-105186/2013 de 4 de julio de 2013, correspondiendo asignar el número ASFI/DDC/R-98204/2013 de 4 de julio de 2013, tal como se advierte en la citada notificación de cargos.

Que, el artículo 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, establece que las entidades públicas corregirán en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, sin alterar sustancialmente la Resolución.

Que se entiende por error material, a aquellos errores que no afectan la auténtica voluntad administrativa y que sólo inciden en la exteriorización de la declaración de voluntad, no atenta ni a la existencia ni a la legalidad del acto administrativo.

Que, el error detectado debe ser subsanado de oficio por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a fin de aclarar que la correcta numeración de la carta de notificación de cargos establecido en la Resolución ASFI N° 507/2013, es ASFI/DDC/R-98204/2013 de 4 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los argumentos expuestos por el recurrente, de la revisión de los antecedentes y de las normas legales que regulan el tema que se dilucida, se establecen las siguientes consideraciones:

- *A través de los memoriales presentados el 28 de mayo de 2012 y 1 de marzo de 2013, el señor Yuri Jose Bustillos Bautista, formula reclamo contra el Banco Bisa S.A., con referencia a tres Depósitos a Plazo Fijo constituidos para la emisión de boletas de garantía de correcta inversión de anticipo y cumplimiento de contrato, emitidos*

a favor del Gobierno Municipal de La Paz, por cuenta del "Consorcio Bicentario", solicitando el inicio de un proceso sancionatorio.

Que, en atención a dichos reclamos esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero llevo a cabo una inspección especial, cuyos resultados se encuentran en el informe ASFI/DDC/R-32484/2013 de 5 de marzo de 2013, el cual derivó en la notificación de cargos ASFI/DDC/R- 98204/2013 de 4 de julio de 2013, por los incumplimientos siguientes:

"Al artículo 522 del Código de Comercio, debido a que el Banco Bisa S.A. no observó en los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo (DPF´s) N° 000000115228-P por Bs400.000,00 (Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos); N° 000000115226-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/100 Bolivianos) y N° 000000115227-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/1 00 Bolivianos) emitidos en fecha 01 de octubre de 2009, el cumplimiento de los requisitos formales de endoso a tiempo de proceder al cambio de titularidad".
En mérito a lo señalado precedentemente, mediante nota VPR 360/2013, presentada el 2 de agosto de 2013, el Banco Bisa S.A., presenta los descargos correspondientes, los cuales de acuerdo al parágrafo III del artículo 29 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, fueron valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica, el cual de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 31/2006 de 8 de junio de 2006, señala que: "el sistema de la sana crítica o de la lógica, consiste en la libertad que tiene la Autoridad Administrativa para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Empero, este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto, le exige a la Autoridad que funde sus decisiones y exprese las razones por las cuales adopta o no una determinación. Esta valoración deberá estar plenamente acreditada en la Resolución Administrativa correspondiente".

En ese sentido, el Banco Bisa S.A. ha desvirtuado los cargos establecidos en la notificación de cargos ASFI/DDC/R- 98204/2013, así desprende del análisis efectuado en la Resolución ASFI N° 507/2013, páginas 12, 13 y 14, el cual señala "Los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo Nros. 115226, 115227, 115228 cuentan con la firma del señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores.

Finalmente, después de realizar la valoración de los antecedentes que cursan en el expediente y de los descargos presentados por el Banco Bisa SA. aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, se determina que si bien los títulos valor no fueron endosados con la inserción de todos los requisitos establecidos en el artículo 522 del Código de Comercio, relativos a nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso y que sólo contaba con la firma y nombre del endosante, la falta del llenado de esos requisitos como

establecen los artículos 523 y 524 del citado Código de Comercio su transmisión a surtido los correspondientes efectos legales en el marco de la normativa citada y desarrollada anteriormente.

Asimismo, se observa que el no llenado de todos los requisitos en los tres (3) Depósitos a Plazo rijo no es atribuible al Banco Bisa SA. y que en este caso en particular la Entidad Financiera procedió conforme establecen los artículos 523 y 524 del Código de Comercio.

Por consiguiente, ***se desvirtúa el cargo notificado debiendo desestimarse y dejar sin efecto el mismo.".***

Respecto a este argumento, el artículo 522 del Código de Comercio dispone que: "El endoso[1]debe constar en el título o en hoja adherida al mismo, en caso de no ser posible hacerlo en el documento, y deberá llenar los siguientes requisitos:

1) Nombre del endosatario;
2) Clase de endoso:
3) Lugar y fecha del endoso y
4) Firma del endosante"

> *[1]"El endoso es un acto jurídico unilateral de naturaleza cambiaria, que contiene una orden de pago emitida por el primer tomador o titular o por el precedente endosatario y transfiere la titularidad del derecho abstracto, literal, original y autónomo que consigna. Su función principal es transferir la legitimidad derivada del título al endosatario, pero su carácter es accesorio porque presupone un título a la orden ya creado y circulante"(Morales Guillen, Código de Comercio, página 564).*

El artículo 523 del citado Código de Comercio dispone que: "La omisión de los requisitos indicados en el artículo anterior, produce los siguientes efectos:

1) Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco

2) Si se omite la clase de endoso, se presume que el título fue transmitido en propiedad, sin que admita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe;

3) Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante; y

4) Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título.

Es inexistente el endoso cuando falta la firma del endosante. Igualmente, no surte efecto el endoso si aparece en papel separado sin las referencias del título al que corresponda".

Concordante con lo señalado el artículo 524 del referido Código de Comercio señala que "El endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor legítimo podrá llenar el endoso en blanco, con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso. El endoso al portador produce los mismos efectos del endoso en blanco".

De exposición combinada de los artículos 522, 523 y 524 del Código de Comercio, se advierte que la omisión de los requisitos establecidos en el artículo 522 del Código de Comercio, relativos a nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso, constituye un endoso en blanco válido toda vez que cuenta con la firma y nombre del endosante. De igual manera, la doctrina señala que "Todo endoso, contiene de ordinario el nombre del endosatario. La omisión del nombre del endosatario no invalida el endoso y en contraposición al endoso llamado pleno (que reúne todos los requisitos formales) se lo denomina endoso en blanco, al que esta asimilado según la generalidad de las legislaciones el endoso al portador. Es un endoso completo y produce todos los efectos del pleno (Messineo) y en la práctica puede circular como un título al portador, si el tenedor lo transfiere sin llenar el endoso en blanco con su nombre y así sucesivamente hasta que alguno de los tenedores llena con su nombre el endoso, quien para transferirlo debe extender un nuevo endoso pleno o en blanco" (Morales Guillen, Código de Comercio, página 567).

En este marco, se confirma el pronunciamiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero respecto al análisis de los tres Certificados de Depósitos a Plazo Fijo N°115226, N°115227 y N° 115228, en sentido de que si bien el Órgano Regulador observó el endoso de dichos Certificados por cuanto no habría cumplido los requisitos establecidos en el artículo 522 del Código de Comercio, ya que los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo solo llevan la firma del endosante señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores a nombre del "Consorcio Bicentenario", dicho aspecto constituye un endoso en blanco el cual es válido y surte todos los efectos jurídicos.

En ese entendido al haber desvirtuado el Banco Bisa S.A. el cargo notificado (ASFI/DDC/R- 98204/2013), entendido como "el acto jurídico administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por esta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentado toda prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos", así se desprende de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en virtud del artículo 68 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, emitió la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013, el cual desestima el cargo notificado al Banco Bisa S.A. mediante carta ASFI/DDC/R-98204 de 4 de julio de 2013, aspecto que advierte que el Órgano Regulador actuó en el marco del debido proceso en concordancia con el principio de razonabilidad propio del procedimiento

administrativo que establece que "Todo acto administrativo debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen…"(Roberto Dromi, derecho Administrativo, página 459).

*Cabe considerar lo que establece el parágrafo I del artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que determina**:** "En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores, los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente, organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias, donde se identificarán a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso".*

Asimismo, el artículo 82 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo señala que: "La etapa de iniciación se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados, advirtiendo a los mismos que de no presentar pruebas de descargo o alegaciones en el término previsto por esta Ley, se podrá emitir la resolución correspondiente."

Complementariamente, los parágrafos I y II del artículo 65 del Decreto Supremo N° 27175 Reglamento de la Ley para el Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, determinan que:"Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento."; "Para tal efecto, se podrán realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de infracciones."

En ese marco, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 45/2007 de 10 de mayo de 2007 especifica que: "…una vez que la persona natural o jurídica presentara una denuncia ante un órgano regulador, el mismo puede tener dos (2) opciones: 1) Antes de iniciar el procedimiento sancionatorio podrá disponer la realización de diligencias preliminares dispuestas por el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 65 del Decreto Supremo N° 27175, aspecto perfectamente compatible con la apertura del período de información previa que hace referencia el Artículo 40, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo, con la finalidad de conocer las circunstancias del caso y, dependiendo de ello dar inicio recién respectivo procedimiento sancionatorio, o; 2) Podrá directamente disponer la notificación de cargos al verificarse la fehaciente probabilidad de la comisión de una infracción administrativa, de conformidad con el artículo 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

"Ocurrido lo anterior, el regulador también tendrá dos (2) alternativas a seguir dependiendo de los resultados de sus investigaciones: 1) Desestimar la prosecución o el inicio de un procedimiento sancionatorio al no encontrarse los suficientes elementos de convicción para sostener y llevar adelante una formulación de cargos, y 2) En caso de establecer la existencia deberá notificar las mismas al o los presuntos infractores con la finalidad que presenten los descargos que estiman convenientes y si los mismos fueran satisfactorios levantar las imputaciones. (artículos 82 y 83 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículos 66 y 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003)."

En esa misma línea, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFICRJ 60/2007 de 26 de junio de 2007 señala que: "(…) de manera general, el procedimiento es el conjunto de actos realizados ante la autoridad administrativa, por parte del administrado, tendientes a obtener el dictado de un acto administrativo. En cambio el proceso es el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí conforme a reglas preestablecidas, que tiene por fin decidir una controversia entre partes (litigio), por una autoridad imparcial e independiente (juez) mediante una decisión o sentencia con fuerza legal (cosa juzgada (…) (SC 0009/2004 de 28 de enero)."

"Nuestra Ley de ´Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 establece las normas generales para el Procedimiento Administrativo General, normas para el Procedimiento de los Recursos Administrativos y normas para el Procedimiento Sancionador. En ese sentido se puede hablar de un procedimiento general y otros dos que podríamos llamar específicos o especiales."

"El Procedimiento Administrativo general, puede ser iniciado de oficio o instancia de parte, y tendrá por objeto la satisfacción de los intereses de la colectividad en temas o aspectos genéricos. En ese sentido, y efectuando una interpretación sistemática de la Ley de Procedimiento Administrativo con el artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprobó el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el procedimiento Administrativo general de manera enunciativa más no limitativa comprende todo lo referente a las peticiones ciudadanas a la Administración Pública, como la solicitud de la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley."

Consiguientemente, contrario a lo aseverado por el recurrente en relación a que la Autoridad de Supervisión el Sistema Financiero habría actuado con total indulgencia regulatoria, queda claro que el Órgano Regulador realizó las diligencias preliminares dentro del marco de su competencia administrativa establecida por Ley, efectuando como la norma señala (verdad material) todas las actuaciones o diligencias necesarias y pertinentes con la finalidad de verificar y comprobar las afirmaciones del señor Yuri José Bustilos Bautista en esa tarea se realizó la valoración correspondiente por lo que el Banco Bisa S.A. al haber desvirtuado el cargo notificado determinó desestimar el mismo mediante la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013.

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debería fundamentar los motivos por los cuales existiría una diametral contraposición entre la carta ASFI/DDC/R-86828/2013 de 13 de junio de 2012 y la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013, corresponde aclarar que este Órgano de Supervisión en las diligencias preliminares realizadas, evaluó la documentación presentada por el señor Yuri José Bustillos Bautista y posteriormente procedió a realizar la inspección especial in situ entre el 18 al 19 de diciembre de 2012 y del 20 al 22 de febrero de 2013, en la oficina central del Banco Bisa S.A. en la ciudad de La Paz y en la sucursal de Cochabamba, cuyos resultados se encuentran en el informe de inspección ASFI/DDC/R-32484/2013 de 5 de marzo de 2013, donde se advierte presunto incumplimiento por parte del Banco Bisa S.A. al artículo 522 (requisitos formales en el endoso) del Código de Comercio debido a que los tres Depósitos a Plazo Fijo N° 115226, N° 115227 y N° 115228, no habrían sido endosados conforme lo dispone el citado artículo 522.*

  En ese sentido, se emitió la nota ASFI/DDC/R-86828/2013, la cual en el punto nueve señala "Existiría presunto incumplimiento del Banco Bisa S.A. al artículo 522 ***(Requisitos Formales en el Endoso)*** *del Código de Comercio, debido a que en los tres (3) Depósitos a Plazo Fijo (DPF's) N° 000000115227-P por Bs500000,00 (Quinientos Mil 00/100 Bolivianos); N° 000000115228-P por Bs400.000,00 (Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos); N° 00000011 5226-P por Bs500.000,00 (Quinientos Mil 00/1 00 Bolivianos)* ***los cuales fueron emitidos en fecha 01 de octubre de 2009. no siendo endosados correctamente****, y el Banco Bisa SA. no obstante procedió a dar curso al cambio de la titularidad de los mismos siendo que habría omisión en el registro del nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso, que son parte de los requisitos formales de endoso, evidenciándose sólo la firma del endosante señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores como apoderado del "Consorcio Bicentenario". Por las consideraciones anotadas, esta Autoridad de Supervisión iniciará proceso sancionatorio contra el Banco Bisa S.A. sobre este aspecto".*

  Consecuentemente, al haberse identificado presunta contravención del artículo 522 del Código de Comercio por parte del Banco Bisa S.A., la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la notificación de cargos ASFI/DDC/R-98204/2013 de 4 de julio de 2013, mediante el cual se otorgó al Banco Bisa S.A. siete días computables a partir de la notificación, para que efectué el descargo correspondiente, debidamente documentado.

  En tal sentido, dicha entidad financiera mediante nota VPR 360/2013, presentada el 2 de agosto de 2013, desvirtúa el cargo notificado al señalar que el señor Jaime Ponce Ovando era tenedor legítimo de los tres depósitos a plazo fijo N° 000000115227, N° 000000115228 y N° 00000011 5226, de 1 de octubre de 2009, efectuados por el señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, representante legal del Consorcio Bicentenario.

Asimismo, dichos depósitos solo contaban con la firma del señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, no habiéndose llenado las casillas de nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha de endoso, aspecto que en virtud del artículo 523 del Código de Comercio se configura la figura jurídica de endoso en blanco, el cual es válido al contar solo con la firma del endosante.

Lo expuesto demuestra que el Banco Bisa S.A. desvirtuó los cargos notificados por lo que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en virtud de los principios de debido proceso administrativo[1]así como el de legalidad[2]determinó desestimar el presunto incumplimiento del artículo 522 del Código de Comercio.

> *[1]"**El debido proceso administrativo** consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse. ", estos criterios se encuentran contenidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004.*
>
> *[2]"**El principio de legalidad** es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebírselo como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia. Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto: 1) delimitación de su aplicación (reserva Legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la administración.*
>
> *El procedimiento tiende, no sólo a la protección subjetiva del recurrente, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo. Como consecuencia de este principio, el procedimiento se caracteriza por ser instructorio, de impulsión de oficio y con objetivos de verdad material.", Roberto Dromi, Derecho Administrativo 5ta. Edición, Buenos Aires 1996 Pag.765.*

- *En relación a su solicitud de pronunciamiento relativo a aspectos relacionados a la normativa emitida por la Unidad de Investigaciones Financieras, cabe señalar que el recurrente en sus memoriales de denuncia presentados el 28 de mayo de*

2012 y 1 de marzo de 2013, no formula reclamos sobres aspectos relativos a presuntos incumplimientos de la normativa de la Unidad de Investigaciones Financieras que hubiere incumplido el Banco Bisa S.A., tales como:

- *En lo relativo a la falta de cumplimiento del artículo 26 del Decreto Supremo N° 24771, solicitando el análisis de las siguientes directrices:*
- *Régimen de infracciones:*
- *Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF.*
- *Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.*
- *Establecer el perfil de la actividad económica del cliente de las personas naturales y/o jurídicas establecidas por instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
- *Verificar por medios fehacientes respecto del cliente registrado, su identidad o personería jurídica, domicilio, identidad del representante legal, ocupación actividad u objeto social según se trate, nivel de ingreso percibido, así como cualquier otra información que fuere requerida por la UIF.*
- *Actualizar periódicamente los datos del cliente, conforme instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
- *Comunicar a la UIF acerca de todas las operaciones, sin límite de monto que rehúsen proporcionar información requerida.*
- *Desarrollar y ejecutar políticas, normas y procedimientos de control interno para prevenir y detectar la legitimación de ganancias ilícitas, en las que deben incluir como mínimo las instrucciones de la UIF.*
- *Aplicar los procedimientos de debida diligencia establecidos por la UIF.*
- *Aplicar la política de conozca a su cliente establecida por la UIF.*
- *Reportar a la UIF operaciones sospechosas.*
- *Cumplir con normas de la UIF.*
- *Elaborar y remitir listas actualizadas de personas expuestas políticamente y de personas que hayan alcanzado fama o notoriedad de acuerdo a los parámetros de la UIF".*
- *Obtener información del cliente sobre el origen y el destino de los fondos, así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario, cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada o parezca que no tiene objeto lícito conforme lo establece la UIF.*

En este marco, el inciso c) del artículo 4 de La Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, señala que "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

En tal sentido, la Ley determina que los órganos de la Administración pública deben velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos con el objeto de evitar actos que, a futuro lesionen derechos de los administrados.

En ese contexto, el recurso administrativo "Es el medio por el cual se acude a un juez u otra autoridad con una demanda o petición para que sea resuelta. En sentido restringido el recurso es un medio administrativo específico por el que se

ataca solamente actos administrativos y se definen derechos subjetivos o intereses legítimos.

Por medio del recurso administrativo, se promueve la legalidad (legitimidad y oportunidad) de un acto emanado de la autoridad administrativa a fin de que se lo revoque o modifique con el objeto de restablecer el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por dicho acto" (Derecho Administrativo, Roberto Dromi, pág 798).

De acuerdo al parágrafo I del artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 "Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos".

En tal sentido, en Recurso de Revocatoria el recurrente solicita se pronuncie sobre aspectos que no fueron denunciados en su memorial de denuncia, en este marco, el recurso de revocatoria es aquel que se interpone ante la misma autoridad que emitió el acto para que lo revoque, modifique o sustituya, dicho recurso se articula para cuestionar la legitimidad u oportunidad del obrar administrativo.

Por lo que, esta instancia de Revocatoria sólo se pronuncia, en cuanto al ámbito administrativo y al control de legalidad sobre los actos emitidos y no así sobre aspectos nuevos que deben ser denunciados por el recurrente ante la Unidad de Investigaciones Financieras, con el objeto de determinar las supuestas irregularidades, actuación que corresponde a otro proceso siendo que el presente proceso versa sobre los DPF emitidos en fecha 1 de octubre de 2009, relativo al cumplimiento de los requisitos formales de endoso a tiempo de proceder al cambio de titularidad, por lo que esta Autoridad de Supervisión se encuentra imposibilitada de pronunciarse sobre dichos aspectos(…)

(…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 522 del Código de Comercio dispone que: "El endoso[1] *debe constar en el título o en hoja adherida al mismo, en caso de no ser posible hacerlo en el documento, y deberá llenar los siguientes requisitos:*

1. *Nombre del endosatario;*
2. *Clase de endoso:*
3. *Lugar y fecha del endoso y*
4. *Firma del endosante"*

[1] *"El endoso es un acto jurídico unilateral de naturaleza cambiaria, que contiene una orden de pago emitida por el primer tomador o titular o por el precedente endosatario y transfiere la titularidad del*

derecho abstracto, literal, original y autónomo que consigna. Su función principal es transferir la legitimidad derivada del título al endosatario, pero su carácter es accesorio porque presupone un título a la orden ya creado y circulante" (Morales Guillen, Código de Comercio, página 564).

Que, el artículo 523 del citado Código de Comercio dispone que: "La omisión de los requisitos indicados en el artículo anterior, produce los siguientes efectos:

1. *Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco*
2. *Si se omite la clase de endoso, se presume que el título fue transmitido en propiedad, sin que admita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe;*
3. *Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante; y*
4. *Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título.*

Es inexistente el endoso cuando falta la firma del endosante. Igualmente, no surte efecto el endoso si aparece en papel separado sin las referencias del título al que corresponda".

Que, concordante con lo señalado el artículo 524 del referido Código de Comercio señala que "El endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor legítimo podrá llenar el endoso en blanco, con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso. El endoso al portador produce los mismos efectos del endoso en blanco".

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-166701/2013 de 1 de noviembre de 2013, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el señor Yuri Jose Bustillos Bautista, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013.

Que, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha detectado un error en la cita numérica de la carta de notificación de cargos ASFI/DDC/R-105186/2013 de 4 de julio de 2013, efectuada en la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013, siendo la correcta ASFI/DDC/R-98204/2013 de 4 de julio de 2013, tal como se advierte de la citada notificación de cargos…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 20 de noviembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, expresando los alegatos siguientes:

"…***III. <u>Antecedentes y Relación de Hechos.</u>***

Se ha hecho conocer la decisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero, contenida en la Resolución ASFI/N° 730/2013 del 4 de noviembre de 2013, que ratifica la Resolución ASFI N° 507/2013 de 20 de agosto de 2013, por la cual procede a desestimar el cargo notificado contra del Banco Bisa S.A. establecido mediante carta ASFI/DDC/R-105186/2013 por presunto incumplimiento al artículo 522 de Código de Comercio, al haber desvirtuado el mismo.

IV. Relación de Derecho y fundamentación jurídica delRecurso Jerárquico.

En ese sentido, en mérito a lo anteriormente expuesto ejerciendo el Derecho de Defensa que asiste el procedimiento administrativo, se cumple con poner en su atención los siguientes extremos del orden legal, técnico y administrativo que demuestran que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), está actuando en favor de la entidad financiera y en total desmedro de la protección al consumidor financiero, aspecto que es contrario a la política de Gobierno e incluso a las previsiones de la Ley Nro. 393 de Servicios financiero (sic), *la misma que está vigente desde el 18 de noviembre de 2013, incumple flagrantemente el fundamentar y emitir opinión técnico legal especializada sobre el particular.*

Debo poner en su atención que la solicitud de la información estuvo orientada a conocer cuáles han sido los detalles sobre las actuaciones de la entidad regulada, dados que los siguientes acontecimientos demostrados en todos los documentos me han causado daño económico y que han sido indulgentemente obviados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es por ello que pongo en su atención los siguientes extremos de orden fáctico, los cuales la ASFI se niega a considerar y actúa con extrema indulgencia regulatoria en contra del Usuario Financiero incumpliendo los mandatos establecidos por la Nueva Ley de Servicios Financieros N° 393 del 21 de agosto de 2013 y con vigencia al 18 de noviembre de 2013.

- *En fecha 21 de Octubre de 2010, remitimos nota al Banco Bisa S.A., comunicando que en fecha 30 de septiembre del 2009, se aperturaron tres DPF's por un total de Bs.1.400.000.-, para constituirlos como respaldo de las boletas de garantía de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo de la Construcción de la Plaza del Bicentenario, solicitando que dichos DPF's sean abonados en la cuenta corriente No. 190025-001-7, cabe manifestar que esta obra estaba a favor de una entidad pública, como lo es el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.*

- *En fecha 3 de Noviembre del 2010 nuevamente se reitera al Banco Bisa S.A. sean abonados a la cuenta corriente del Consorcio Bicentenario, ya que el objeto de los mismos* ***era solamente constituirse como respaldos de las boletas de garantía actualmente liberados****, conforme detalla en nota el Banco Bisa de fecha Cochabamba 11 de Noviembre del año 2010, en su acápite 1"...mediante Carta AA-CB 0070/2009 de fecha 30 de septiembre del año 2009, suscrita por el apoderado del CONSORCIO, señor Carlos Santa Cruz, se solicitó al Banco con cargo a la cuenta No. 190025-001-7, la emisión de tres depósitos a plazo fijo, por importe total de Bs.1.400.000.- (Un Millón Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos) a la orden de su asociado ,*(sic) *señor Jaime Ponce,* ***como respaldo de fianzas bancarias emitidas por el Banco Bisa, para garantizar: "Cumplimiento de Contrato" y" Correcta Inversión de anticipo" en la construcción del Atrio de la Plaza del Bicentenario.***

Lamentablemente luego de estas normas se inicia una actividad evasiva por parte de la entidad financiera, ya que el Banco Bisa, pese a las reiteradas notas, llamadas telefónicas al Sr. Gabriel Canelas, Subgerente de Negocios de Cochabamba, envió de correo electrónicos, solamente recibimos evasivas, y no nos quisieron otorgar ningún tipo de información, remitiéndonos al Sr. Jaime Ponce (persona externa al Banco) como si el cliente del Banco tuviera la competencia y responsabilidad de otorgarnos dicha información.

Como se puede apreciar, esta acción por parte de la entidad financiera, es ciertamente contradictoria a los mandatos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y la obligación que tiene de dar información al usuario Financieros, tal como lo dispone el Reglamento de Atención al Cliente, aprobado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pero convenientemente no ha sido analizada por la ASFI en total encubrimiento hacia la entidad financiera.

A los efectos de inspección solicita (sic) *por nosotros, pero nunca ejecutada por la ASFI, se puso en consideración que la entidad financiera, habría incumplido básicamente con las previsiones legales contenidas en los numerales 2.2 y 2.3, del numeral 2) de la Sección 2 del Capítulo 1 del Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

> ***"El cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la. entidad supervisada en los términos establecidos en los contratos suscritos, los cuales deben respetar las condiciones generales incluidas en la documentación informativa ofertas o publicidad difundida. Para aquellos productos y/o servicios que no requieran de un contrato la entidad supervisada respeta las condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida***.
>
> "***Atención oportuna, diligente y segura.- Los productos y/o servicios que utiliza el cliente y usuario son brindados de manera oportuna, diligente y segura***".

A mayor abundamiento, debo poner en su atención que conforme a Nota de fecha 11 de Noviembre del año 2010del Banco Bisa, se aclaró que el Señor Jaime Ponce Ovando, procedió al cobro de los DPF's de su cuenta corriente, no obstante que el Banco Bisa tenía conocimiento que dichos depósitos eran exclusivamente respaldo para boletas de Garantía para la Obra del Bicentenario, y que dichos depósitos, no podían ser retirados ni tener otro destino diferente al que motivo la operación de afianzamiento.

Asimismo, corresponde poner en su atención que ninguna operación podía realizarse sin antes obtener la autorización del Gobierno Municipal de La Paz, por la liberación de las boletas y ***tampoco sin firma de los socios del Consorcio.***

En ese sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en forma totalmente inexplicable, ha omitido el verificar la verdad material de todos los extremos que fueron comunicados al inicio de la denuncia ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los cuales fueron los siguientes:

1. *El Banco propició el desvío de fondos con uso exclusivo omitiendo incluso el*

contenido de la carta del 11 de noviembre de 2010, suscrita por Ejecutivos del BISA S.A. afirmaron: Mediante carta AA/CB/ Nro. 0070/2009 de fecha 30 de septiembre de 2010 solicitó al banco, con cargo a la cuenta (...) la emisión de 3 DPF's a la orden de su Asociado ***para garantizar el "Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo, en las Construcción del atrio de la Plaza Bicentenario.***

2. *El Banco incumplió el Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo,* ***Constitución del depósito a plazo fijo.-*** *Los depósitos a plazo fijo podrán* ***constituirse*** *en moneda nacional, en moneda nacional con mantenimiento de valor respecto del dólar estadounidense, en moneda nacional con mantenimiento de valor respecto a variaciones de la Unidad de Fomento a la Vivienda, o en moneda extranjera, para su devolución en la misma moneda contra entrega, a la fecha de vencimiento, del respectivo certificado original o del CAT para el caso de CDPFs representados mediante anotación en cuenta.*

3. *El Banco actuó en negligencia al no revisar con atención el Poder del Sr. Carlos Santa Cruz, quien no tenia facultades para CONSTITUIR DPF'S.*

   - *El Poder Nro. 617/2009 en el punto 3.3. le daba facultades de abrir o manejar Cuentas Corrientes o a Plazo Fijo.*
   - *En el caso presente, no se abrió una cuenta a Plazo Fijo, sino que se ordenó la emisión de un CDPL*(sic), ***lo cual es diferente.***
   - *Lo dicho implica que el Banco, no cumplió con el deber de revisar diligentemente el Poder 617/2009 de 28 de mayo de 2009.*

4. *El Banco incumplió con lo previsto en la Sección II, Capitulo 2 del Título VIII de la RNASFI. Artículo 9º -Registro de depósitos.- Las entidades financieras deberán llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos, detallando las características de los mismos en cuanto al monto, moneda, plazo de vencimiento, tasa de interés, numeración pre impresa, numeración automática asignada por el sistema, código de identificación de certificados renovados o fraccionados o código de' identificación de CDPF's representados mediante anotación en cuenta, cuando corresponda, y cualquier otra información de interés relacionada con su emisión. En el presente caso se puede apreciar que no existió ninguna información relativa a la administración de los DPF's que posteriormente fueron afectados por el Sr. Jaime Ponce, todo en plena complicidad del Banco.*

5. *Asimismo la ASFI omitió cumplir con la obligación de verificar la Violación al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras.*

ARTÍCULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE). *Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.*
Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de

personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

***ARTÍCULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES)**. Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.*

***ARTÍCULO 28.- (REGISTRO).** Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.*

***ARTÍCULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS).**Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.*
Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

***ARTÍCULO 31.- (PROHIBICIÓN).** Los sujetos obligados no podrán poner en conocimiento del cliente ni de persona alguna el reporte de la operación sospechosa.*

***ARTÍCULO 32.- (OBLIGACIÓN DE INFORMAR).** Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.*

***ARTÍCULO 33.- (EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD.** De conformidad al artículo 185 ter de la Ley 1768 los directores, gerentes, administradores o funcionarios encargados de denunciar posibles casos de legitimación de ganancias ilícitas a la Unidad de Investigaciones Financieras estarán exentos de responsabilidad administrativa, civil o penal siempre que la denuncia cumpla las normas establecidas en el presente decreto.*

***ARTÍCULO 39.- (PROCESAMIENTO INTERNO).** Una vez conocido el reporte la Unidad podrá ordenar la continuación de la operación o su suspensión administrativa por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, el mismo que se computará a partir de la confirmación del reporte.*

La continuación de la operación no impide a la Unidad de Investigaciones Financieras solicitar información complementaria sobre la misma.

En caso de que se requiera suspender la operación, la Unidad deberá notificar por escrito al funcionario responsable.
En caso de necesitar un plazo mayor a cuarenta y ocho (48) horas se debe requerir orden judicial.

ARTÍCULO 42.- (RESPONSABILIDADES). *El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capítulo I del Título V generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales. En el caso del Banco Central de Bolivia se sujetará a lo dispuesto por la ley 1670.*

Asimismo el Banco incumplió el artículo 26 del Decreto Supremo Nro. 24771, solicito adicionalmente el análisis de las siguientes directrices:

Régimen de Infracciones:

4 Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF.
5 Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.
6 Establecer el perfil de la actividad económica del cliente, de las personas naturales y/o jurídicas establecidas por instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.
7 Verificar por medios fehacientes respecto del cliente registrado, su identidad o personería jurídica, domicilio, identidad del representante legal; ocupación, actividad u objeto social según se trate de una persona natural o jurídica, nivel de ingreso percibido, así como cualquier otra información o documentación que fuere requerida por la UIF mediante instrucciones o recomendaciones.
8 Actualizar periódicamente los datos del cliente, conforme instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.
9 Comunicar a la UIF acerca de todas las operaciones, sin límite de monto, de personas naturales o jurídicas que. rehúsen proporcionar información o documentación requerida, así como las operaciones que hagan imposible la verificación de la procedencia de sus recursos financieros y de la información proporcionada.
10 Desarrollar y ejecutar políticas, normas y procedimientos de control interno para prevenir y detectar la legitimación de ganancias ilícitas, en las que deben incluir como mínimo las condiciones establecidas en las instrucciones y recomendaciones emitidas por la UIF.
16 Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF. Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF.
17 Reportar a la UIF operaciones y transacciones consideradas como sospechosas.
22 Cumplir con las normas, instructivos, manuales o instrucciones emitidas por la UIF.
23 Elaborar y remitir listas actualizadas de Personas Expuestas Políticamente - PEP, nacionales, extranjeras y de personas que hayan alcanzado fama o

notoriedad, de acuerdo a los parámetros establecidos por la UIF.

27 Obtener información del cliente sobre el origen y el destino de los fondos-, así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario, cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene objeto lícito, conforme lo establecido por la UIF.

Corresponde poner en su atención que todos estos extremos, pese a ser reiterados incluso en la Audiencia de Fundamentación Oral del 20 de Agosto de 2012 realizado en la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, fueron, totalmente omitidos por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, motivo por el cual corresponde que se anulen las actuaciones del Regulador en tanto no se cumpla con la obligación de verificar la verdad material de todos los hechos denunciados.

Como se puede apreciar, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omitió el cumplir la obligación de verificar la verdad material sobre los hechos denunciados, en total contrasentido a lo previsto por el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, es importante que en la instancia jerárquica se tome en cuenta que el hecho de que la ASFI no se pronuncié sobre todos los aspectos descritos en la denuncia, violenta igualmente el elemental Derecho de Petición, el cual se halla establecido en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, y el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

V. <u>Petitorio</u>

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66, 67 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de aplicación específica para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) solicito:

1. *Revocar totalmente la Resolución **ASFI/N° 730/2013 del 4 de noviembre de 2013** y sus precedentes emitida por la Autoridad del Sistema Financiero, por ser desproporcionada e ilegal en el marco del ordenamiento sancionatorio y regulatorio del Sistema Financiero y por omitir el cumplir con el deber de verificar la verdad material en relación a las infracciones cometidas por la entidad financiera.*
2. *Una vez que se proceda a la anulación de los actuados de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se solicita que se intime a la Entidad Reguladora, a pronunciarse sobre todos los aspectos relativos y contenido en la denuncia, así como en la Audiencia de Fundamentación Oral del 20 de Agosto de 2012.*
3. *Se proceda a efectuar una inspección especial en el Banco BISA S.A. con el objetivo de proceder a extraer la- verdad material sobre todos los aspectos*

mencionados en el contenido de la denuncia.

4. *Se sirva tener presente que al ser una infracción continuada, y permanente, se aplique las previsiones legales establecidas en el D.S. 910 y la Ley Nro. 393 del 20 de agosto de 2013, en estricto apego a la jurisprudencia contenida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 del 10 de mayo de 2013.*
5. *Asimismo, que la ASFI explique los motivos por los cuales no dio curso a las denuncias interpuestas al amparo de lo previsto por el D.S. 910…*"

8. ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO.-

Mediante nota VPOT-C 313/2013 de fecha 31 de diciembre de 2013, el **Banco Bisa S.A.** presentó alegatos sobre el Recurso Jerárquico presentado por el "Consorcio Bicentenario", con los siguientes argumentos:

"…**2.-*ELEMENTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE DESVIRTUAN LA DENUNCIA Y EL PROPIO RECURSO.-***

No obstante que en esta instancia del proceso administrativo, ya no corresponde pronunciarse sobre aspectos de hecho que ya han sido considerados y compulsados por la autoridad de primera instancia, simplemente por las desaprensivas y temerarias acusaciones del recurrente en contra de esta institución bancaria que no pueden dejar de ser respondidas por esta parte, aclaramos a autoridad lo siguiente:

2.1. El recurrente señala, en el punto IV de su memorial, que habría solicitado al Banco que los 3 depósitos a plazo fijo sean abonados en la cuenta del consorcio, sin precisar ni aclarar a su autoridad, de forma totalmente maliciosa, seguramente para inducirla en error, que esta solicitud fue realizada un año después de haber sido emitidos los certificados de depósito y no a tiempo de instruir su emisión a nombre de Jaime Ponce.

2.2. De igual forma, el Sr. Bustillos olvida que la carta del Consorcio AA-CB N° 0070/09 de 30 de septiembre de 2009 enviada al Banco, jamás hizo referencia a ninguna instrucción para que dichos depósitos sean abonados en cuenta alguna; tal cual se puede evidenciar de la prueba de descargo que cursa en obrados, el representante legal del Consorcio simplemente se limitó a solicitar la emisión de tres certificados de depósito a plazo fijo a nombre de su asociado, señor Jaime Ponce Ovando, sin consignar ninguna restricción y/o condición respecto a la negociabilidad de dichos títulos.

Recién un año después de emitidos los depósitos, presumiblemente debido a alguna controversia interna suscitada entre los miembros del consocio, el nuevo representante legal, solicitó al Banco el abono de los depósitos en su cuenta corriente No. 1900250017, desconociendo por completo que la titularidad o propiedad sobre los 3 títulos valor como documentos autónomos, correspondía a su asociado Jaime Ponce, por voluntad propia del Consorcio, consentida y expresada por escrito en la nota referida en el párrafo anterior.

2.3. De lo antes expresado queda absolutamente claro y demostrado que el Banco no ha incumplido normativa alguna en el proceso de emisión de los depósitos a plazo fijo y mucho menos en el cambio de su titularidad, como erróneamente sugiere el recurrente.

2.4. Por otra parte, poniendo en evidencia su absoluto desconocimiento sobre el manejo de cuentas bancarias, el señor Yuri Bustillos señala que el Banco habría actuado con negligencia al no revisar con atención el Poder del representante legal del Consorcio, Carlos Santa Cruz, ***"quien solo tenía facultades para abrir o manejar cuentas corrientes o a plazo fijo";*** *confesando así de forma expresa que el mencionado apoderado sí tenía plenas facultades para constituir, administrar y manejar depósitos a plazo fijo del Consorcio. Por lo tanto, tampoco cabe la menor duda que la emisión y cambio de titularidad en los depósitos a plazo fijo ha sido realizada por el apoderado del Consorcio Sr. Carlos Santa Cruz, quien se encontraba debidamente facultado para tal efecto.*

2.5. Con relación al supuesto incumplimiento del Banco al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, no corresponde ni siquiera aclaración alguna debido a que este aspecto no ha sido denunciado por el ahora recurrente en sus memoriales de 28 de mayo de2012 y 1 de marzo de 2013 presentados ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI. Es decir que este nuevo elemento introducido de forma por demás forzada e improcedente en el presente recurso jerárquico no debe ser considerado, debido a que no ha sido objeto de investigación por parte de la autoridad de primera instancia y por lo tanto el Banco tampoco ha tenido la oportunidad de presentar los descargos correspondientes y porque este nuevo elemento nada tiene que ver con el fondo de la presente denuncia.

En consecuencia, resulta evidente que el Consorcio ha recurrido a la vía administrativa para resolver conflictos o controversias suscitadas con sus asociados, tratando de involucrar al Banco en sus relaciones y administración interna, cuando en realidad esta entidad bancaria nada tiene que ver con dicha administración, habiéndonos limitado únicamente a prestarles un servicio financiero en idénticas condiciones que cualquier otro cliente o usuario.

3- INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN ALGUNA AL ART. 522 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y PLENA LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LOS ENDOSOS REALIZADOS EN LOS DPF's.

Con referencia al cargo concreto levantado en contra del Banco por la ASFI referido al supuesto incumplimiento del Art.522 del Código de Comercio a momento del cambio de titularidad de los 3 certificados de depósito a plazo fijo; cargo que ha sido desestimado por resolución ASFI No.507/2013 de 20 de agosto de 2013, la misma que ha sido confirmada por resolución ASFI No.730/2013 de 4 de noviembre de 2013, tenemos a bien dejar expresamente aclarado lo siguiente:

3.1. *Los tres certificados de depósito a plazo fijo señalados en el numeral 1.1., fueron*

endosados "en blanco" por el representante legal del Consorcio Bicentenario Sr. Carlos Santa Cruz V., para que se cumpla con la orden expresa contenida en su carta AA-CB N° 0070/09 de 30 de septiembre de 2009 y presentados al Banco por el Sr. Jaime Ponce Ovando, en calidad de legítimo tenedor de los mismos.

En consecuencia, los funcionarios del Banco recibieron los tres certificados de depósito a plazo fijo ***endosados "en blanco"*** *de su tenedor, Sr. Jaime Ponce Ovando, por lo que en su revisión, como corresponde a este tipo de endosos, se aplicó en forma correcta lo que expresamente ordenan y enseñan los Arts.523 y la primera parte del 524 del Código de Comercio:*

"Art.523.- (Efectos de la omisión de requisitos). *La omisión de los requisitos indicados en el* ***artículo anterior,*** *produce los siguientes efectos:*

1) ***Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco:***
2) *Si****se omite la clase de endoso, se presume que el título fue transmitido en propiedad, sin que admita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe;***
3) *Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante; y*
4) *Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título.*

"Art. 524°.- (Endoso en blanco).

El ***endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante.***

En este caso, el ***tenedor legítimo podrá*** *llenar en endoso en blanco con su nombre* ***o transmitir el título sin completar el endoso.***

El endoso al portador produce los efectos del endoso en blanco."

3.2. *Carlos Morales Guillén en su Código de Comercio Comentado, anotado y concordado" al comentar los referidos artículos enseña que:*

"La omisión del nombre del endosatario ***no invalida el endoso*** *y en contraposición al endoso llamado pleno (que reúne todos los requisitos formales) se lo denomina endoso en blanco, al que está asimilado según la generalidad de las legislaciones al endoso al portador. Es un endoso completo y produce todos los efectos del pleno (Messineo) y en la práctica puede circular como un título al portador, si el tenedor lo transfiere sin llenar el endoso en blanco con su nombre y así sucesivamente."*

3.3. *De igual manera, el Dr. Jaime Ovando Ovando en su Libro "Títulos Valores", señala que el endoso en blanco es válido:*

"con la sola firma del endosante, y considerado símil del endoso al portador, permite transmitir los títulos "nominativos" y "a la orden" sin señalar expresamente el nombre del endosatario."

3.4. *Entregados al Banco por el Sr. Jaime Ponce Ovando (tenedor) estos tres depósitos a plazo fijo* ***endosados en blanco,*** *fueron legal y legítimamente recibidos*

de conformidad con los Arts.523 y 524 del C. de Comercio citados.

Asimismo, se debe dejar expresamente aclarado que el Sr. Jaime Ponce Ovando, ***en su calidad de "tenedor legítimo"*** *de estos tres depósitos a plazo fijo, era el único que podía hacer uso de la facultad establecida en el segundo párrafo del Art. 524 del Código de Comercio, de "llenar el endoso en blanco con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso". Es decir, en este caso, el Sr. Jaime Ponce Ovando hizo uso de su facultad prevista en el citado artículo, habiendo decidido transmitir los títulos al Banco sin completar los endosos. De esta manera, ningún funcionario podía llenar o completar datos respectivos al tipo de endoso, ya que de haberlo hecho,* ***habría incurrido en el delito de "abuso de firma en blanco"*** *tipificado en el Art. 336 del Código Penal.*

Por lo tanto, el Banco cumplió con revisar los respectivos endosos aplicando lo dispuesto por los Arts. 523 y 524 del Código de Comercio que regulan en forma especial y expresa los casos de "endosos en blanco", por lo que no correspondía exigir la aplicación del Art. 522 del mismo código, cuya supuesta infracción se pretende imputar al Banco BISA S.A.

3.5. *Asimismo, el Art. 533 del mismo Código de Comercio, dispone expresamente:*

"Art. 533. (OBLIGACIÓN DEL QUE PAGA). *El que paga un título no puede exigir que se compruebe la autenticidad de los endosos,* ***pero debe identificar a la persona que presente el título como último tenedor*** *y verificar la continuidad de los endosos."*

En ese sentido, el Banco al recibir los tres indicados depósitos a plazo fijo, también cumplió fiel y estrictamente lo dispuesto en la citada disposición legal al haber procedido a identificar como último tenedor de estos depósitos a plazo fijo, al Sr. Jaime Ponce Ovando, quien ordenó que contra la garantía de éstos se emitan boletas de garantía por cuenta del Consorcio Bicentenario.

3.6. *Por último, exigir que en este caso se pretenda única y exclusivamente aplicar el Art. 522 del Código de Comercio, constituye ignorar los principios de sometimiento a la ley y de verdad material consagrados en los incisos* ***c)*** *y d) del Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo; al no considerar lo que ordenan los Arts. 523, 524 y 533 del Código de Comercio* ***que regulan en forma especial los casos de "endosos en blanco"*** *y en consecuencia son disposiciones que deben ser aplicadas preferentemente en atención a las particularidades del caso objeto del presente reclamo en esta vía administrativa.*

4.- PETITORIO.-

En consecuencia, queda claro y demostrado que el endoso en blanco es una forma absolutamente legítima y legal de transmitir un título valor; en ese sentido, la omisión de algunos requisitos formales detallados en el Art.522 del Código de Comercio, no invalida el acto jurídico consistente en la transmisión de un título, por el contrario surte todos los efectos que la propia ley le asigna. En consecuencia, este endoso realizado por el Consorcio Bicentenario, surtió los efectos legales que se perseguían, es decir la

transferencia de los mismos a favor de su tenedor señor Jaime Ponce O.

En atención a los fundamentos de derecho expuestos, solicito a su autoridad se sirva confirmar la resolución impugnada…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos dela Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, en fecha 28 de mayo de 2012, presenta ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, reclamo y denuncia contra el **Banco Bisa S.A.**, en sentido de que no le habría proporcionado información referida a los movimientos de dinero realizados en las cuentas del Consorcio Bicentenario, pese a existir una orden judicial para ello, por lo que solicita se exija la referida información así como los detalles del cobro realizado de DPF`s efectuados por el señor Jaime Ponce Ovando, los mismos que tenían destino y uso exclusivo, además de verificar si es cierto que el señor Ponce Ovando tiene parentesco de afinidad o consanguinidad con funcionarios del Banco.

Luego de notificar al **Banco Bisa S.A.** con el memorial de denuncia, recibir del mismo un informe sobre los extremos solicitados, así como efectuar una inspección especial, mediante nota ASFI/DDC/R-98204/2013 de fecha 04 de julio de 2013 y notificada en fecha 25 de julio de 2013, la Autoridad Reguladora notificó al Banco con el cargo, por presunto incumplimiento a lo establecido en el artículo 522º del Código de Comercio, debido a que la entidad financiera no habría observado el cumplimiento de los requisitos formales de endoso a tiempo de proceder al cambio de titularidad en tres (3) Depósitos a Plazo Fijo (DPF's): Nº 000000115228-P, Nº 000000115226-P y Nº 000000115227-P, emitidos en fecha 1º de octubre de 2009.

Mediante nota VPR 360/2013 presentada en fecha 1º de agosto de 2013, el **Banco Bisa S.A.** remitió sus descargos, alegando vicios de nulidad en la notificación del cargo debido a que la misma no contendría la debida fundamentación, requisito de todo acto administrativo, haciendo constar además, de que no hubo ninguna contravención en los endosos de los tres Certificados de Depósito a Plazo Fijo, toda vez que el propio Código de Comercio, en sus artículos 523º y 524º, establece la posibilidad de endoso en blanco de títulos valores.

Luego de evaluar los descargos, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió desestimar el cargo notificado contra el **Banco Bisa S.A.** al haberse desvirtuado el mismo.

Mediante memorial de fecha 17 de septiembre de 2013, la**ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** presentó Recurso de Revocatoria, mediante el cual solicitó se revoque la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, se fundamente el porqué de tal decisión toda vez que dicho acto -en su criterio- sería contrario a la política de Protección del Usuario contenida en la Ley Nº 393, de Servicios Financieros, y que se pronuncie sobre el incumplimiento al artículo 26º del Decreto Supremo Nº 24771 y otros aspectos establecidos por la Unidad de Investigaciones Financieras, para operaciones que presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada.

En consideración al memorial de Recurso de Revocatoria, la Autoridad Reguladora abrió término de prueba, mediante auto de fecha 24 de septiembre, por cuyo efecto, en fecha 7 de octubre de 2013 la recurrente presentó un memorial señalando que la prueba se encuentra en los "Documentos de Trabajo" levantados por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y solicita que los funcionarios del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, así como del **Banco Bisa S.A.** que han sido parte de las operaciones con la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, sean convocadas a efectos de que produzcan prueba testifical, manifestando también que no se hizo una adecuada revisión de las facultades del señor Carlos Santa Cruz establecidas en el testimonio Poder Nº 617/2009, toda vez que el mismo le daba facultades para abrir Certificados de Depósito a Plazo Fijo y no constituir DPF's, que, en su criterio serían cosas diferentes, con lo que solicitan se tenga por ratificada la prueba presentada durante el proceso de reclamo.

La Autoridad Reguladora, luego de la evaluación y análisis del recurso de Revocatoria, emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, mediante la cual confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013.

Por memorial presentado en fecha 20 de noviembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013.

Mediante nota VPOT-C 313/2013 de fecha 31 de diciembre de 2013, el Banco Bisa S.A. presentó alegatos sobre el Recurso Jerárquico presentado por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, señalando que, de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio, el endoso en blanco es una forma absolutamente legítima y legal de transmitir un título valor, por lo que solicitan confirmar la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En relación a la titularidad y endoso de los DPF`s observados.-

La recurrente señala que, en fecha 21 de octubre de 2010 remitió nota al **Banco Bisa S.A.** solicitando que los importes de tres Certificados de Depósito a Plazo Fijo -DPF's- (Nros.000000115226-P por Bs500.00.- -Quinientos mil 00/100 bolivianos-, 000000115227-P por Bs500.000.- -Quinientos mil 00/100 bolivianos- y000000115228-P por Bs400.000.- -Cuatrocientos mil 00/100 bolivianos-), todos aperturados en fecha 30 de septiembre de 2009 como

respaldo de las boletas de garantía de Cumplimiento de Contrato y correcta Inversión de Anticipo de la Construcción de la Plaza del Bicentenario, sean depositados en la cuenta corriente Nº 190025-001-7 que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** mantenía en el **Banco Bisa S.A.**, sin embargo, nunca se cumplió tal solicitud.

Luego de una serie de reiteraciones a su solicitud, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO",** señala que el **Banco Bisa S.A.**no le proporcionó información referida a las transacciones financieras efectuadas por el señor Jaime Ponce Ovando con los DPF's cuestionados y los dineros cobrados, incumpliendo así su obligación de proporcionar información al usuario financiero, según establece la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

A manera de antecedente, es necesario apuntar que la**ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** fue conformada por las empresas Ponce Construcciones S.R.L., representada por Jaime Ponce Ovando, y la empresa Constructora Olimpo S.R.L., representada por Yuri José Bustillos Bautista, quienes emitieron un poder especial a favor del señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores y a través de éste último, solicitaron la emisión de los tres DPF's a favor del señor Jaime Ponce Ovando, para respaldar la emisión de boletas de garantía, para garantizar el Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo en la Construcción del Atrio de la Plaza Bicentenario.

Como consecuencia de la denuncia interpuesta ante la ASFI por el señor Yuri Bustillos en fecha 28 de mayo de 2012, la Autoridad Reguladora efectuó una investigación, habiendo realizado incluso inspecciones en las oficinas del **Banco Bisa S.A.**en las ciudades de La Paz y Cochabamba, cuyos resultados, en lo pertinente, fueron puestos en conocimiento del recurrente.

De dicha investigación se llegó a determinar, principalmente, lo siguiente:

1. Los DPF's mencionados fueron emitidos, por el Banco Bisa S.A., a favor del señor Jaime Ponce Ovando a requerimiento de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, mediante nota AA-CB 0070/2009 de fecha 30 de septiembre de 2009, solicitud efectuada por el, entonces representante, señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores.
2. Tal como informó el Banco y verificaron los funcionarios de la ASFI, los DPF's fueron emitidos en primera instancia, a favor de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, para luego corregirlos y emitirlos a nombre del señor Jaime Ponce Ovando, tal cual había sido la instrucción del representante legal del Consorcio Bicentenario.
3. Existen contratos de fianza bancaria y constitución de garantía hipotecaria y personal suscritos entre el **Banco Bisa S.A.** y la empresa Ponce Construcciones S.A., entre los cuales se encuentra los correspondientes a las Boletas de Garantía que fueron emitidas para garantizar al Gobierno Municipal de La Paz, el cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo en la Construcción del Atrio de la Plaza Bicentenario.
4. La**ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** firmó, con el **Banco Bisa S.A.**, solamente dos contratos, uno por la apertura de una cuenta corriente y el otro por la apertura de una cuenta de Caja de Ahorro, es decir que no firmaron

ningún contrato de fianza bancaria.

5. Los DPF's Nº 000000115226-P, Nº 000000115227-P y Nº 000000115228-P que fueron emitidos en fecha 1º de octubre de 2009, fueron endosados en blanco por el señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, para que el Banco pueda emitir otros a favor del señor Jaime Ponce Ovando, como fue la instrucción original de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, mediante nota de 30 de septiembre de 2009.
6. El señor Jaime Ponce Ovando, como titular de los DPF's, al vencimiento de los mismos, solicitó que los dineros fueran depositados en su cuenta personal y en una cuenta de la empresa Ponce Construcciones S.R.L., de la cual sería su representante legal.

El cargo imputado al **Banco Bisa S.A.** y consiguientemente desestimado por la Autoridad Reguladora, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, se restringe a lo señalado en el punto 5 anterior, es decir porque el Banco no habría observado el endoso en blanco efectuado por el señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, con las características que establece el Código de Comercio en su artículo 522º, el cual señala:

> "…*Art. 522.- (REQUISITOS FORMALES EN EL ENDOSO). El endoso debe constar en el título o en hoja adherida al mismo, en caso de no ser posible hacerlo en el documento, y deberá llenar los siguientes requisitos:*
>
> *1) Nombre del endosatario;*
> *2) Clase de endoso;*
> *3) Lugar y fecha del endoso, y*
> *4) Firma del endosante*…"

Es decir que al haber sido endosados en blanco, no refieren el nombre de la persona a favor de quien se efectuó el endoso, ni el lugar y fecha; sin embargo y a tiempo de presentar los correspondientes descargos, el **Banco Bisa S.A.**hizo referencia a lo dispuesto en los artículos 523º y 524º del referido cuerpo normativo, los mismos que disponen:

> "*Art. 523.- (EFECTOS DE LA OMISION DE REQUISITOS). La omisión de los requisitos indicados en el artículo anterior, produce los siguientes efectos:*
>
> *1) Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco;*
> *2) Si se omite la clase de endoso, se presume que el titulo fue transmitido en propiedad, sin que admita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe;*
> *3) Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante; y*
> *4) Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título.*
>
> *Es inexistente el endoso cuando falta la firma del endosante. Igualmente, no surte efecto el endoso si aparece en papel separado sin las referencias del título al que corresponda.*

Art. 524.- (ENDOSO EN BLANCO). El endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor legítimo podrá llenar el endoso en blanco, con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso.

El endoso al portador produce los mismos efectos del endoso en blanco…"

En virtud a tales descargos, ratificados en sus alegatos al Recurso Jerárquico como tercer interesado, la Autoridad Reguladora levantó el cargo, toda vez que **el hecho de no haberse señalado el nombre del endosatario, así como el lugar y la fecha no invalida el endoso**.

En tal sentido, la decisión de la Autoridad Reguladora de levantar el cargo al **Banco Bisa S.A.** en consideración a los descargos presentados por dicho Banco, es correcta.

2.2. Otros aspectos del Recurso Jerárquico.-

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente que hace al proceso administrativo sobre el supuesto incumplimiento de normas referidas al endoso, en este caso, de tres DPF`s, nos referimos a otros aspectos que no hacen al referido proceso pero que fueron mencionados en el Recurso Jerárquico interpuesto por el recurrente.

En relación a que no se le habría brindado información del movimiento de las cuentas de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, cabe mencionar que en primera instancia y en virtud a una orden judicial emitida por el Dr. Orlando Blacutt Aguilar, Juez de Turno de Instrucción en lo Civil, solicitó al **Banco Bisa** información sobre el movimiento de las cuentas de **"la Asociación Accidental Plaza Atrio del Bicentenario"** a lo cual el referido Banco respondió que dicha entidad *"no mantiene cuentas ni otro tipo de operaciones con nuestra institución"*. Tal respuesta, como posteriormente verificaron los funcionarios de la Autoridad Reguladora(informe ASF/DDC/R-32484/2013 de 5 de marzo de 2013), corresponde a la realidad debido a que las cuentas que apertura el Consorcio Bicentenario en el Banco Bisa S.A., estaban registradas a nombre de la **Sociedad Accidental "Consorcio Bicentenario"** (Cuenta Corriente), y "**Asoc. Accid. Consorcio**" (Caja de Ahorro); la información recopilada por la Autoridad Reguladora fue puesta en conocimiento del recurrente mediante nota ASFI/DDC/R/113747/2012 de 10 de septiembre de 2012.

Respecto a que el **Banco Bisa S.A.** habría propiciado el desvío de fondos con uso exclusivo, al permitir el cobro de los tres DPF's señalados anteriormente, por parte del señor Jaime Ponce Ovando, toda vez que dichos DPF's fueron emitidos para garantizar el cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo en la Construcción del Atrio de la Plaza Bicentenario, cabe mencionar que la propia**ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, a través de su representante legal de entonces, señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, solicitó al Banco Bisa S.A. emitir los tres DPF`s a nombre del señor Jaime Ponce Ovando, tal como la propia comisión de inspección de la ASFI lo determinó en su informe ASF/DDC/R-32484/2013 de 5 de marzo de 2013, cuando señala:

"…Se evidencia que según carta Cite: AA-CB 0070/2009 de fecha 30 de septiembre de 2009, el señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores apoderado y representante legal del "Consorcio Bicentenario", solicitó al Banco Bisa S.A. la apertura de tres (3) Depósitos a

Plazo Fijo por un total de Bs1.400.000.- (Un Millón Cuatrocientos Mil 00/100 Bolivianos) a nombre del señor Jaime Ponce, (asociado del Consorcio Bicentenario) los cuales debían ser endosados a favor del Banco BISA S.A. como respaldo de las garantías de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo en la Construcción del "Atrio de la Plaza del Bicentenario"."

Tal afirmación también es señalada por el recurrente en el memorial de denuncia de fecha 28 de mayo de 2012, por lo tanto la titularidad de los tres DPF`s estaba en la persona del señor Jaime Ponce Ovando, por propia decisión del Consorcio Bicentenario, manifestada por su representante legal señor Carlos Javier Santa Cruz Vacaflores, conforme se pudo establecer de lo transcrito en el párrafo precedente.

En tal sentido, se tiene lo establecido en el artículo 1383º del Código de Comercio, el que señala:

> "…*Art. 1383. - (DEPOSITOS A LA VISTA Y A PLAZO). El depósito de dinero a la vista es restituible* ***a simple pedido del titular del depósito****, con la sola presentación del certificado de depósito. (Art. 225 Código de Comercio).*
> *El depósito de dinero a plazo fijo es restituible una vez transcurrido el plazo convenido,* ***con la sola presentación del certificado de depósito****.*
>
> *Los depósitos a plazo fijo, por Su naturaleza devengan intereses*…"(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El **Banco Bisa S.A.**pagó los dineros de los DPF's a su titular, el señor Jaime Ponce Ovando, tal como lo verificó la Autoridad Reguladora en las inspecciones realizadas.

Ahora, si los dineros producto del cobro de los DPF's no debieron haber sido dispuestos a otras cuentas que no sean de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, o que previamente debería contarse con una autorización del Gobierno Municipal de La Paz, por la liberación de las Boletas de Garantía, o contar con la firma de todos los socios, como lo manifiesta la recurrente, han resultado de la voluntad manifiesta de la misma al haber operado sin mención -subsanable- de requisitos, y en blanco, de manera tal que, la pretensión de controversia que ahora se hace presente sobre aquellos puntos, no corresponde ser dilucidada en la instancia administrativa presente.

En relación a que el **Banco Bisa S.A.** no actuó con diligencia en sentido de revisar que el poder otorgado por la**ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**, al señor Carlos Javier Santa Cruz, sin perjuicio de que tal observación no fue realizada ni en oportunidad de la denuncia, ni en la del Recurso de Revocatoria (por lo que no fue de conocimiento de la Autoridad Reguladora a tiempo de emitir las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 730/2013 y ASFI Nº 507/2013), se deja constancia que, a solicitud de la comisión de inspección de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el Asesor Legal del Banco emitió un informe respecto del poder Nº 438/2009 de fecha 20 de abril de 2009, otorgado por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** al señor Carlos Javier Santa Cruz, señalando, entre otros, que dicho Poder le facultaba al señor Santa Cruz a la "*administración, representación, bancarias o financieras, y comerciales o*

contractuales, entre las que se encuentran facultades expresas de disposición de los bienes del Consorcio" (página 32 del informe ASF/DDC/R-32484/2013 de 5 de marzo de 2013).

Finalmente, en relación a que el **Banco Bisa S.A.** habría incumplido con lo dispuesto en los artículos 26º, 27º, 28º, 30º, 31º, 32º, 33º, 39º y 42º, especificando, además los varios incisos del referido artículo 26º, todos del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras (aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771), la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013,estableció que el presente proceso corresponde al cumplimiento de los requisitos formales de endoso de los tres DPF's, señalados abundantemente en párrafos precedentes, y no así a aspectos que, además de ser novedosos, no fueron señalados en la denuncia que le dio origen al proceso, por lo que corresponde sean sustanciados por cuerda separada ante la Unidad de Investigaciones Financieras, si hace al interés de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"**.

Sin perjuicio de ello, en el memorial de denuncia presentado por la ahora recurrente, hizo mención al incumplimiento de "*todas las previsiones legales contenidas en el Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nº 24771, relativa a la Política de "Conozca a su cliente"…*", es decir de manera muy general, sin especificar en qué operaciones se habrían dado tales incumplimientos.

Asimismo, en su Recurso de Revocatoria solicita el análisis de:

> "…*En lo relativo a la falta de cumplimiento del artículo 26 del Decreto Supremo Nro. 24771,* ***solicito <u>adicionalmente</u> el análisis de las siguientes directrices****:*
>
> - *Régimen de Infracciones:*
> - *Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF.*
> - *Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.*
> - *Establecer el perfil de la actividad económica del cliente, de las personas naturales y/o jurídicas establecidas por instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
> - *Verificar por medios fehacientes respecto del cliente registrado, su identidad o personería jurídica, domicilio, identidad del representante legal; ocupación, actividad u objeto social según se trate de una persona natural o jurídica, nivel de ingreso percibido, así como cualquier otra información o documentación que fuere requerida por la UIF mediante instrucciones o recomendaciones.*
> - *Actualizar periódicamente los datos del cliente, conforme instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
> - *Comunicar a la UIF acerca de todas las operaciones, sin límite de monto, de personas naturales o jurídicas que rehúsen proporcionar información o documentación requerida, así como- las operaciones que hagan imposible la verificación de la procedencia de sus recursos financieros y de la información proporcionada.*
> - *Desarrollar y ejecutar políticas, normas y procedimientos de control interno para prevenir y detectar la legitimación de ganancias ilícitas, en las que deben incluir como mínimo las condiciones establecidas en las instrucciones y*

recomendaciones emitidas por la UIF.

- *Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF.*
- *Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF.*
- *Reportar a la UIF operaciones y transacciones consideradas como sospechosas.*
- *Cumplir con las normas, instructivos, manuales o instrucciones emitidas por la UIF.*
- *Elaborar y remitir listas actualizadas de Personas Expuestas Políticamente - PEP, nacionales, extranjeras y de personas que hayan alcanzado fama o notoriedad, de acuerdo a los parámetros establecidos por la UIF.*
- *Obtener información del cliente sobre el origen y el destino de los fondos, así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario, cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene objeto lícito, conforme lo establecido por la UIF*…"(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremo que confirma el que los reclamos de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** referidos a "*todas las previsiones legales contenidas en el Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nº 24771, relativa a la Política de "Conozca a su cliente"*…", son posteriores a la denuncia que dio inicio al proceso y sobre la que desarrolló sus actuaciones la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tal como lo estableció la misma en la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, dando razón a su determinación al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los antecedentes que conforman el expediente, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha realizado un análisis de los mismos como también, ha aplicado correctamente la norma.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMATORIA TOTAL de la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 730/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 507/2013 de 20 de agosto de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Supervisión Del Sistema Financiero ,A pronunciarse sobre la generalidad de reclamos y denuncias que ha hecho conocer el

recurrente en la sustanciación del proceso, por cuanto, el hecho de que las mismas no hagan al objeto de la impugnación presente, no puede determinar no sean consideradas en infracción al derecho de petición de la **ASOCIACION ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** (Art. 24ª de la Constitución Política del Estado),haciendo a la obligación del Regulador, direccionar las mismas mediante el procedimiento que en derecho corresponda.

ARTICULO TERCERO.- Se salvan los derechos que la recurrente **ASOCIACION ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"** considere le asisten, de presentar reclamo por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero respecto de aquellas pretensiones que considere no resueltas, o promover el proceso que crea le ampare en la vía legal que corresponda.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “SAN ANTONIO” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 729/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 021/2014 DE 09 DE ABRIL DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2014

La Paz, 09 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 015/2014 de 21 de marzo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 032/2014 de 26 de marzo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 21 de noviembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, legalmente representada por su Gerente General, Lic. Robinsón Salas Molina, tal como lo acredita en Testimonio de Poder N° 368/2013, otorgado en fecha 8 de octubre de 2013 por ante Notaría de Fe Pública N° 58 del Distrito Judicial de Cochabamba, a cargo de la Dra. Karen Álvarez Royo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de diciembre de 2013, notificado en fecha 4 de diciembre siguiente, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**

Que, mediante memorial presentado en fecha 10 de diciembre de 2010, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** adjuntó prueba literal e hizo presentes sus alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** con cargos, conforme se transcribe a continuación:

> "…*De acuerdo con la inspección de Riesgo Operativo realizada por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Antonio" Ltda., con corte al 31 de octubre de 2011, cuyos resultados se encuentran contenidos en el INFORME ASFI/DSR II/R-134505/2011 de 13 de diciembre de 2011, remitido a la Cooperativa mediante carta ASFI/DSR II/R-138767/2011 de 23 de diciembre de 2011, se ha establecido los siguientes presuntos incumplimientos:*
>
> 1) *Al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al no haber informado documentadamente a este Órgano de Supervisión, dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo referido a la apropiación indebida de fondos por el ex cajero Julio Ruslan Garnica, según lo comunicado por el Gerente General a.i. Robinson Salas M. en su carta de 24 de marzo de 2010.*
>
> 2) *Al artículo 1, Sección 3, Capítulo VIII, Título X referido al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), modificado conforme Resolución ASFI N° 1030/2010 de 9 de diciembre de 2010, vigente a la fecha de la inspección, por no reportar a través del Sistema de Registro de Directores, Síndicos y demás Funcionarios, hasta los 10 días hábiles de haberse producido el hecho, las siguientes bajas:*
>
> - *Señora Sandra Huanca Tellez, quien figura en la Planilla de Sueldos de la Cooperativa hasta el 31 de octubre de 2011, sin embargo en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión, no se encuentra registrada la misma.*
> - *Señora Patricia Cornejo Mendoza quien figura en la Planilla de Sueldos de la Cooperativa hasta el 31 de octubre de 2011, y según Historial del Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión, la fecha de baja fue registrada el 3 de octubre de 2012.*

3) *Al numeral 3, artículo 1, Sección 2, Capítulo VIII, Título X referido al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios de la RNBEF, modificado conforme Resolución ASFI N° 1030/2010 de 9 de diciembre de 2010, vigente a la fecha de la inspección, al no haber reportado el alta de la señora Sandra Huanca Tellez en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión, hasta máximo el quinto día hábil del siguiente mes de producida su designación o nombramiento.*

En consecuencia y a los efectos de lo establecido por el artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y por el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título II, Libro 7o - Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se ***NOTIFICA*** *a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, en la persona de su Gerente General en su condición de representante legal de la entidad otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente hábil de la fecha de recepción de la presente notificación, para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota CACSA 123/2013 de 5 de septiembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** hizo presentes los descargos siguientes:

"…***Con relación al primer punto de la nota mencionada en el exordio.***

(…) *El art. 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que se halla vigente por la permisión contenida en la nueva ley del Servicio Financiero infiere que la Entidad Financiera, informará documentalmente bajo responsabilidad a la ASFI dentro de los 10 días hábiles calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la Entidad por sus funcionarios o por terceros, así como cuando se sancione a Directores, Síndicos, Gerentes, o empleados por hechos delictivos.*

Al respecto y con relación al caso concreto del Cajero Julio Garnica y en alusión a la carta de 24 de Marzo de 2010, presentada por Gerencia General al Consejo, de Administración, en la parte final se indica que las acciones cometidas por dicho funcionario se hallan tipificadas como apropiación indebida de fondos, como así incumplimiento al manual de funciones.

Como acción correctiva presentada por la Cooperativa San Antonio a la observación realizada por su Autoridad del Sistema Financiero se ha mencionado que no se reportó al Sr. Julio Garnica porque no se demostró su culpabilidad en la comisión del supuesto hecho delictivo y de acuerdo a la Constitución Política del Estado se presume la inocencia de las personas.

Al respecto es menester hacer la siguiente precisión y en alusión a la notificación de cargos emitida por su Autoridad, Gerencia General al observar que existieron anulaciones de facturas de Comteco y Semapa vio que estos hechos y actos

cometidos por el funcionario correspondían a una apropiación indebida de fondos; empero se constató que el funcionario restituyó esos importes y en conversación sostenida con éste en una fecha posterior a la carta y antes de la adopción de cualquier medida, se mencionó que esas anulaciones se debían a errores involuntarios, sin embargo advertido de éstos yerros, procedió al depósito de los montos observados; de todo lo expuesto se colige que cuando Gerencia General efectuó esa carta adecuó los actos del funcionario de manera unilateral a figuras que están tipificadas dentro el código penal, sin embargo en los hechos fácticos la apropiación indebida de fondos no correspondía ser acusada al Sr. Julio Garnica, porque esta apreciación corresponde al Ministerio Público que es la Autoridad que atribuye los hechos delictivos a una determinada persona en la imputación formal y posterior acusación o delación, tomando como base una denuncia, de acuerdo a elementos probatorios que son aportados por las partes, que conllevan posteriormente a una pena que es determinada por un Tribunal ecuánime e imparcial. En consecuencia, por un error involuntario y una mala expresión de los hechos ocurridos se plasmo (sic) de esa forma en la carta de 24 de Marzo de 2010, cuestión que ha sido aclarada en su momento con el funcionario.

Al respecto el art. 107 es taxativo en cuanto a su alcance al indicar de forma fehaciente que se pondrá a conocimiento de su Autoridad todo hecho delictivo y la atribución para calificar y adecuar una conducta a un tipo penal emerge de un proceso penal que en sentencia ejecutoriada, determinará la adecuación a nuestro código sustantivo penal de un hecho atribuido donde el Estado a través del Ius Puniendi y de sus órganos de justicia sancionará a una persona.

Por tanto, el que Gerencia General de forma subjetiva indique o mencione que el funcionario Julio Garnica haya incurrido en un tipo penal sería afectar la imagen de éste y consiguientemente calumniarlo, más aún cuando los dineros han sido repuestos y de acuerdo a nuestros procedimientos internos se ha visto que no hubo mala fe de éste.

Con relación a este punto, es menester recordar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 019/2013 de fecha 17 de abril de 2013 emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que en su parte considerativa establece que para amoldar una sanción a un determinado hecho es menester cumplir a cabalidad con la norma que en el Art. 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre el principio de tipicidad.

En este caso, con todo lo obrado y lo expuesto precedentemente no se ha incumplido el Art. 107 de la Ley 1488.

Con relación al segundo punto

Con referencia a la obligación de la Entidad de reportar a través del Sistema de Registro de Directores, Síndicos y demás funcionarios, hasta los 10 días hábiles de haberse producido la baja, tenemos a bien indicar lo siguiente:

a) La Sra. Sandra Huanca Tellez fue contratada de acuerdo al aviso de afiliación del trabajador a la Caja Petrolera de Salud en fecha 24 de Octubre 2011 y su parte de retiro se suscito (sic) en fecha 31 de Octubre 2011 por una renuncia voluntaria al cargo, es decir que la funcionaria trabajó el 31 de Octubre de 2011. Por ello con relación a la alta no se dio cumplimiento a la misma con la permisión contenida en el numeral 3, artículo 1, Sección 2, Capítulo VIII, Titulo X referido al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia Ejecutivos y demás funcionarios, que establece que las Entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de registro reportando toda designación o cambio de titulares y suplentes de los miembros del Directorio u órganos equivalentes, Síndicos, Fiscalizadores internos, Inspectores de vigilancia, ejecutivos y demás funcionarios, así como las firmas autorizadas de acuerdo a lo señalado a continuación en lo pertinente al caso de la Sra. Sandra Huanca Tellez en el numeral 3° con relación a los demás funcionaros, que indica: ***"...La información correspondiente al resto del personal de la Entidad supervisada, debe registrarse dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el 5to día hábil del siguiente mes a través del Sistema de Registro".***

Con relación a la observación emitida por su Autoridad se evidencia que la Sra. Sandra Huanca Tellez ingresó en fecha 24 de Octubre 2011 y de forma efímera dentro del mismo mes presenta su renuncia habiendo trabajado sólo 7 días, consiguientemente no se reportó su alta, misma que se encontraba dentro de plazo para ser efectuada, al igual que la baja de esta funcionaria.

b) Habiendo revisado el caso de la Sra. Patricia Cornejo Mendoza debemos manifestar que la citada funcionaria presentó su renuncia voluntaria en fecha 27/09/2012, consiguientemente ella figura en la planilla de sueldo hasta el mes de Septiembre 2012, siendo dada de baja el 01/10/2012, dentro el plazo estipulado, Adjunto carta de renuncia, planilla de sueldo correspondiente al mes de Septiembre 2012.

Con referencia al punto 3

Debemos indicar que está relacionado con el punto 2) inciso a) en el cual mencionamos que la funcionaria fue contratada en fecha 24 de Octubre 2011 y de forma efímera presentó renuncia voluntaria en fecha 31 de Octubre 2011, por esta razón no se procedió a dar de alta y baja.

Por los argumentos esgrimidos precedentemente y la normativa glosada así como la documentación que me permito acompañar y la que cursa en su poder por la inspección realizada a la Entidad; tengo a bien solicitar se sirvan dejar sin efecto los cargos indicados y se proceda al archivo de obrados, Existiendo un compromiso fehaciente de cumplimiento de la norma por parte de la Entidad…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 616/2013 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, con:*

- ***MULTA*** *mínima equivalente a 1,000 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro) por el incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado la comisión del hecho delictivo referido a irregularidades identificadas en las funciones desarrolladas por el ex cajero Julio Ruslan Garnica.*

- ***AMONESTACIÓN ESCRITA,*** *por los incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de las infracciones (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV), por no haber reportado en el Sistema de Registro administrado por ASFI, el "Alta" y "Baja" de la ex funcionaria Sandra Huanca Téllez.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá depositarse en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Unión S.A., en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.*

TERCERO.- *Desestimar el cargo por el incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV, Sección 3, artículo 1), para el caso específico del registro de la "baja" de la señora Patricia Cornejo, contenido en la carta ASFI/ DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013.*

CUARTO.- *En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia y la Asamblea General de Socios de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, debiendo remitirse a este Órgano Supervisor copia de las correspondientes Actas…*"

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y evaluación de los descargos presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, con carta CACSA 123/2013, se*

establecen los aspectos siguientes:

1) ***Incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)***

La Cooperativa como descargo manifiesta que no se reportó el hecho delictivo presuntamente cometido por el señor Garnica, considerando que no se demostró su culpabilidad y que se presume su inocencia conforme establece la Constitución Política del Estado.

Si bien, la determinación de la inocencia o culpabilidad del imputado, corresponde al ámbito penal y será la autoridad competente la que resuelva su punibilidad o eximición; en el ámbito financiero, es obligación de la Cooperativa el cumplir con las previsiones de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), específicamente con lo establecido por el artículo 107, referido a informar documentadamente a esta Autoridad de Supervisión, dentro de los diez (10) días calendario de conocido el hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros. El citado artículo obliga a las entidades a reportar o informar el hecho acaecido, más aun en el caso que nos ocupa, el señor Garnica realizó la devolución de los montos sustraídos, lo que demuestra que sí hubo un hecho delictivo.

La Cooperativa señaló también, que la Gerencia General al observar que existieron anulaciones de facturas de Comteco y Semapa, "adecuó los actos del funcionario de manera unilateral a figuras que están tipificadas en el código penal", siendo que esa apreciación corresponde al Ministerio Público, además que la entidad constató que el funcionario restituyó esos importes, y que esas anulaciones se debieron a "errores involuntarios".

Sin embargo, mediante carta de fecha 24 de marzo de 2010 dirigida a la presidenta del Consejo de Administración, el Gerente General a.i. Robinson Salas, informó hechos irregulares cometidos por el cajero Julio Garnica, señalando que tales acciones estarían tipificadas como "apropiación indebida", en base a los informes emitidos por la Encargada de la Agencia "Loreto", en los que se estableció que el mencionado no reportó como faltantes y sobrantes, los montos cancelados por clientes en el pago de servicios, y que días posteriores fueron regularizados con la devolución que realizó el cajero aludido, de los montos señalados. El hecho que el señor Garnica haya regularizado las transacciones observadas, no le exime de responsabilidad, por lo que la entidad le solicitó que tome la iniciativa de renunciar, ya que si se habrían tratado de "errores involuntarios" como señalan en sus descargos, el mismo habría continuado prestando servicios en la Cooperativa.

En tal sentido, se establece responsabilidad de la entidad y sus ejecutivos, ya que contaban con suficiente documentación e información de respaldo sobre las irregularidades cometidas por el señor Julio Ruslan Garnica, las que configuran hechos delictivos que debieron ser comunicados a esta Autoridad de Supervisión

de acuerdo al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Los descargos y explicaciones presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.,*** *no desvirtúan la infracción al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, mucho más al haberse identificado contradicciones entre los descargos presentados y los documentos oficiales emitidos por la entidad, en referencia a las irregularidades cometidas por el ex funcionario Julio Ruslan Garnica.*

Con relación al descargo que hace referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 019/2013 de 17 de abril de 2013, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas respecto a amoldar una sanción a un determinado hecho cumpliendo con el artículo 71 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo sobre el principio de tipicidad, esta Autoridad de Supervisión enmarcó el procedimiento sancionador dentro del principio administrativo de tipicidad al notificar cargos a la Cooperativa por el incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), toda vez que se evidenció hechos delictivos no informados a ASFI.

2) Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios por la omisión en el reporte de Bajas

Respecto al segundo descargo, se determina lo siguiente:

a) Con relación a la omisión del registro de la "Baja" de la señora Sandra Huanca Téllez, la Cooperativa indica que de acuerdo al aviso de afiliación del trabajador a la Caja Petrolera de Salud, la misma fue contratada el 24 de octubre de 2011 y su retiro se suscitó el 31 de octubre de 2011 por renuncia voluntaria, trabajando siete (7) días.

Asimismo, la entidad señala que no se reportó la baja, debido a la permisión contenida en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numeral 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del supuesto incumplimiento. Al respecto, la entidad realizó una interpretación errónea de lo señalado en la citada norma, toda vez que el artículo 1, Sección 2, mencionado precedentemente, señala que: "Las entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de Registro, ***reportando toda designación*** *o cambio de titulares (…)."., no contemplando dicha norma excepción alguna para los casos de funcionarios que presten servicios por periodos cortos, como fue el caso de la señora Sandra Huanca, por lo que los Registros del "Alta" y "Baja" de la funcionaria eran de carácter obligatorio, independientemente del tiempo que haya permanecido en la entidad.*

Por otra parte, la Cooperativa argumenta que: "…la Sra. Sandra Huanca Tellez ingresó en fecha 24 de Octubre 2011 y de forma efímera dentro del mismo mes presenta su renuncia habiendo trabajado sólo 7 días…", por lo que no reportó el "Alta", indicando además que se encontraban dentro del plazo para efectuarla, al igual que la "Baja" de la funcionaria. Sin embargo, la Cooperativa al señalar que cuando la funcionaria renunció, se encontraba dentro del plazo para efectuar el Alta y Baja, admite que se tenía un plazo establecido por la norma mencionada precedentemente para realizar los registros, y que la Cooperativa no cumplió, independientemente del hecho que la funcionaría prestara servicios por un periodo corto.

Por tanto, los descargos no son válidos, debido a que la norma expresamente establece la obligación de reportar la baja en el plazo de 10 días hábiles de haberse producido el hecho conforme lo dispuesto por el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1, referido al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de incumplimiento.

b) Para el caso del registro de la "Baja" de la señora Patricia Cornejo Mendoza, de acuerdo a la documentación presentada como descargo, la misma presentó su renuncia voluntaria el 27 de septiembre de 2012, siendo reportada la baja el 1 de octubre de 2012, y que de acuerdo a la verificación realizada en el Sistema de Registro administrado por ASFI, el registro de la "Baja" se realizó dentro del plazo establecido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras En consecuencia, corresponde aceptar los descargos presentados por la Cooperativa.

3) Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios por la omisión en el reporte de Altas

En cuanto al tercer cargo, el mismo que está relacionado con el Registro de la "Baja" de la señora Sandra Huanca Téllez, la Cooperativa señala que: "(…) la funcionaria fue contratada en fecha 24 de Octubre de 2011 y de forma efímera presentó renuncia voluntaria en fecha 31 de Octubre 2011, por esta razón no se procedió a dar de alta y baja".

Al respecto, el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, no contiene ninguna disposición para los casos de contrataciones "efímeras", por lo tanto, la entidad debió cumplir con el reporte del "Alta", dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el quinto día hábil del siguiente mes.

Asimismo, existe un reconocimiento expreso por parte de la entidad al señalar que no se procedió a realizar los registros del "Alta y "Baja" en el Sistema

administrado por ASFI, y al no presentar otros descargos, el incumplimiento no está desvirtuado.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis anterior, los descargos presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, no desvirtúan los cargos notificados con carta ASFI/DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013, por las contravenciones al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), y al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de los incumplimientos, al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión la comisión del hecho delictivo referido a irregularidades identificadas en las funciones desarrolladas por el ex cajero Julio Ruslan Garnica, y por la omisión de los Registros de "Alta" y "Baja" de la ex funcionaria Sandra Huanca Téllez, respectivamente, correspondiendo en consecuencia la imposición de sanción administrativa a la Cooperativa.*

Que, con relación a los descargos presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.,*** *en referencia al cargo notificado mediante carta ASFI/ DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013, por la omisión en el registro de la "Baja" de la señora Patricia Cornejo, los mismos desvirtúan el presunto incumplimiento, por lo que corresponde desestimar el cargo notificado.*

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Tipificación. *En el presente caso se han establecido los siguientes incumplimientos:*

1) *Al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber informado documentadamente a este Órgano de Supervisión, dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo referido a la apropiación indebida de fondos por el ex cajero Julio Ruslan Garnica, según lo comunicado por el Gerente General a.i. Robinson Salas M. en su carta de 24 de marzo de 2010 y los descargos presentados por la entidad, evidenciándose el hecho, al haberse repuesto los montos indebidamente apropiados.*

2) *Al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1, contenido en la RNBEF (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV, Sección 3, artículo 1), modificado conforme Resolución ASFI N° 1030/2010 de 9 de diciembre de 2010, vigente a la fecha de incumplimiento, por no reportar a través del Sistema de Registro de Directores, Síndicos y demás Funcionarios, hasta los 10 días hábiles de haberse producido el hecho, la baja de la señora Sandra Huanca Téllez, quien figura en la Planilla de Sueldos de la Cooperativa hasta el 31 de octubre de 2011. Sin embargo, en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión, no se encuentra registrada la misma.*

3) *Al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numeral 3, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV, Sección 2, artículo 1, numeral 3) vigente a la fecha de incumplimiento, al no haber reportado el alta de la señora Sandra Huanca Téllez en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión, hasta máximo el quinto día hábil del siguiente mes de producida su designación o nombramiento.*

El Reglamento de Sanciones Administrativas - Libro 7°, Título II, Capítulo II, Sección 2, artículo 61 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI no contempladas en dicho Reglamento, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas, dentro del marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en cada oportunidad en que pudieran presentarse.

Calificación. *Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas - Título XIII, Capítulo II, Sección II vigente a la fecha de incumplimiento (actualmente Libro 7°, Título II, Capítulo II) contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, las inobservancias a las disposiciones legales así como a las normas reglamentarias, circunscriben la conducta de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, en el ámbito de la imposición de sanciones administrativas.*

Gradación. *Al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio bien pudieron evitarse de haberse tomado en cuenta las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia, al haberse*

identificado que la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****:*

- *No reportó a esta Autoridad de Supervisión, la comisión del hecho delictivo cometido por el Ex funcionario Julio Ruslan Garnica, dentro del plazo de 10 días calendario, computables a partir de que la entidad tomó conocimiento del mismo.*
- *No registró en el Sistema de Registro administrado por ASFI, el "Alta" y "Baja" de la señora Sandra Huanca Téllez.*

Modulación. *A los efectos de modular la sanción aplicable a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, se debe tomar en cuenta lo establecido en:*

1) *El Reglamento de Sanciones Administrativas – Título XIII, Capítulo II, Sección II. Artículo 25 vigente a la fecha de incumplimiento (actualmente Libro 7°, Título II, Capítulo II, Sección 2, artículo 25) contenido en la RNBEF, que señala: "La entidad financiera que omita informar documentadamente a ASFI de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, dentro de los diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso."*

2) *El artículo 99, numeral 1) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que dispone: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: (…)* ***1. Amonestación*** *(…)".*

3) *El artículo 101 del mismo cuerpo legal señala lo siguiente: "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia (…), que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen."*

En este sentido, se establece que la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, ha incumplido lo establecido por el artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), y el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber reportado la comisión del hecho delictivo referido a irregularidades identificadas en las funciones desarrolladas por el ex cajero Julio Ruslan Garnica, y por la omisión de los Registros de "Alta" y "Baja" de la ex funcionaria Sandra Huanca Téllez, respectivamente.*

Que, en el presente caso, se debe considerar que las infracciones que motivaron el presente proceso sancionatorio no tienen el carácter de recurrente. Asimismo, se considera la inexistencia de daños contra terceros, aspectos que son considerados para la sanción a imponerse.

Que, en virtud a los criterios precedentes y considerando la existencia de pluralidad de infracciones cometidas por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, corresponde la imposición de las siguientes sanciones administrativas.*

- ***MULTA*** *mínima equivalente a 1,000 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro) por el incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*

- ***AMONESTACIÓN ESCRITA,*** *por los incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de los incumplimientos, por no haber reportado en el Sistema de Registro administrado por ASFI, el "Alta" y "Baja" de la ex funcionaria Sandra Huanca Téllez.*

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del INFORME/ASFI/ DSR II/R-137902/2013 de 12 de septiembre de 2013, ha analizado los antecedentes, descargos y explicaciones presentadas por parte de la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, concluyendo que:*

1) *En relación al cargo notificado por el incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber informado documentadamente a este Órgano de Supervisión, dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo referido a la apropiación indebida de fondos por el ex cajero Julio Ruslan Garnica, se ha establecido que el mismo no ha sido desvirtuado.*

2) *El cargo por el incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de incumplimiento (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV, Sección 3, artículo 1), por no reportar a través del Sistema de Registro de Directores, Síndicos y demás Funcionarios, hasta los 10 días hábiles de haberse producido el hecho, la baja de la señora Sandra Huanca Téllez, no ha sido desvirtuado, al haberse verificado en el Sistema de Registro de ASFI que la mencionada persona no ha sido registrada, siendo que hasta la fecha no se ha regularizado dicho incumplimiento.*

3) *El cargo por la inobservancia del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numeral 3, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV, Sección 2, artículo 1, numeral 3), al no haber reportado el alta de la señora Sandra Huanca Téllez en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión, hasta máximo el quinto día hábil del siguiente mes de producida su designación o nombramiento, no ha sido desvirtuado, es más se ha determinado un reconocimiento expreso de la entidad, en la omisión de los registros del "Alta" y "Baja", respectivamente.*

Que, el informe concluye también, con relación al cargo referido al supuesto incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios - Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1 contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actualmente Libro 2°, Título V, Capítulo IV, Sección 3, artículo 1), por la omisión en el registro de la "baja" de la ex funcionaria Patricia Cornejo, el mismo ha sido desvirtuado documentalmente, recomendando su desestimación..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 7 de octubre de 2013, por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, a cuyo efecto, expone los alegatos siguientes:

"…***V.- FUNDAMENTACIÓN EN DERECHO Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:***

La Entidad que represento, con la resolución sancionatoria indicada anteriormente, ha sufrido agravios por la omisión de contemplar y aplicar la normativa vigente en toda su dimensión.

El Art. 107 infiere: La entidad financiera, informará documentadamente, bajo responsabilidad, a la Superintendencia dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros así como cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos.

Al respecto y en el tenor del Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y consiguientemente en el presente caso, rigen los siguientes principios:

- *Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*
- *Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo;*
- *Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y,*

particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.

- *Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.*
- *Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.*

De igual forma, se tiene la siguiente sentencia constitucional, emitida por el Tribunal Constitucional, signada con el No. SC 042/2010-R de fecha 17 de mayo de 2010, que establece en su parte pertinente:

"...la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica indubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones de los administrados (Roberto Dromi, El procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo, ambos Ediciones Ciudad Argentina, pags. 79 - (sic) *79 y 846, respectivamente)". Se ha inobservado la intención de la carta de Gerencia, que simplemente era transmitir la evaluación del Sr. Garnica.*

En el caso presente para ilustrar de mejor manera lo que quiere transmitir la Entidad que represento, me permito mencionar que, el señor Julio Garnica incurrió en una CONTRAVENCIÓN O INFRACCIÓN no en un delito, por los yerros que cometió, por eso su autoridad inobserva el principio de tipicidad, porque para aplicar lo que concretamente el Art. 107 a este hecho, la norma diría lo siguiente:

La entidad financiera, informará documentadamente, bajo responsabilidad, a la Superintendencia dentro de los diez (10) dias calendario posteriores al conocimiento de todo hecho ***INFRACCIONAL*** *cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros asi como cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos. O es su caso diría* ***SUPUESTOS HECHOS DELICTIVOS****, tal como se está tratando de adecuar.*

Con relación a este punto, es menester recordar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 019/2013 de fecha 17 de abril de 2013 emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que en su parte considerativa establece que para amoldar una sanción a un determinado hecho es menester cumplir a cabalidad con la norma que en el Art. 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre el principio de tipicidad.

El Art. 73 de la Ley de Procedimiento administrativo sobre el principio de tipicidad determina lo siguiente: "...I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. (...)".

En este caso, con todo lo obrado en la Resolución y lo expuesto precedentemente, no se ha incumplido el Art. 107 de la Ley 1488.

En cuanto al principio de verdad material, lo que nos debe interesar es lo que realmente ocurrió con el ex cajero, Julio Garnica y no propiamente sólo lo que dice le carta.

VI.- SOLICITUD DE PRESCRIPCIÓN:

Claramente se establece que la infracción nace por una nota presentada en fecha ***24 de marzo de 2010*** *presentada por Gerencia al Consejo de Administración, siendo ésta la base la sanción en contra de la Cooperativa.*

Es en esta fecha que nace la infracción aludida por su autoridad y hasta la fecha de la notificación de cargos mediante carta ASFI/DSR II/R-121653/2013 DE 15 DE AGOSTO DE 2013, han transcurrido 3 artos, cuatro meses y 22 días. Es decir la facultad para sancionar ha prescrito al tenor del Art. 79 de la Ley de procedimiento administrativo.

En su caso se podrá aludir que se interrumpió la prescripción por su inspección y detección. Asimismo, porque se solicito (sic) *las medidas correctivas, que han sido tomadas oportunamente por la Entidad y donde se manifiesta que no son recurrentes es más siendo esta la primera vez, empero debemos entender que hubo inactividad del mecanismo sancionador correspondiente y la consiguiente emisión de la notificación de cargos. Dado que su Autoridad ya tenía la certidumbre de que se había infringido esta norma, porque no valoró en su momento lo que la Cooperativa expuso y descargo, y no activo el mecanismo que la ley franquea para iniciar el procedimiento sancionador.*

El tiempo contemplado en la norma es para garantizar la seguridad jurídica del administrado, en el caso concreto de la Entidad que representó que no vio como amenaza el hecho observado por su autoridad en su momento, toda vez, que para la Entidad no se infringió la norma y no transcurrió en exceso el tiempo que la ley franquea para el inicio del procedimiento administrativo.

La Norma transcrita en el Artículo 79 de la ley 2341, indica taxativamente; *"...Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley(...)" SIC.*

Al respecto, es importante mencionar la jurisprudencia sentada en la resolución 2013011 - Sala Plena 023, que tengo a bien detallar a continuación:

"...Que la prescripción extintiva o liberatoria es producto de la inacción, en este caso de la Administración, por el plazo establecido por cada legislación, concluyéndose que es el paso del tiempo la esencia de la prescripción. Cada legislación prevé también, las causas de interrupción y suspensión del término de la prescripción. En el caso de la interrupción, ese instituto, provoca la pérdida del tiempo transcurrido hasta ese día y por tanto, se inicia un nuevo cómputo desde que se considera paralizado el procedimiento. En el caso de la suspensión de la prescripción, al finalizar el tiempo de la suspensión, el reloj vuelve a contar desde donde se encontraba cuando se suspendió; en consecuencia, los plazos de la interrupción y suspensión son distintos.

Establecido el marco doctrinal precedente, resulta necesario también, considerar que la Ley de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, rige para la administración pública y los sistemas de regulación SIRESE, SIREFI y SIRENARE (hoy a cargo de la propia administración pública), así como para los gobiernos municipales y las universidades públicas y que el artículo 80 de dicha norma, prevé en su parágrafo II, que los procedimientos sancionadores que se establezcan para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos de la administración pública comprendidos en el artículo 2° de esa ley, deberán considerar inexcusablemente las sucesivas etapas de iniciación, tramitación y terminación previstas por la indicada Ley de Procedimiento Administrativo y que respecto de ellos, el procedimiento sancionador contenido en esta Ley, tendrá en todo caso, carácter supletorio, esto es, aplicable ante la ausencia de norma expresa y especial (...)".

V.- PETITORIO:

Por lo expuesto al amparo de la ley de procedimiento administrativo y sus respectivas reglamentaciones, así como los fundamentos expuestos precedentemente, solicito:

***1.-** Se tenga por presentado el presente recurso dentro de los plazos establecidos de acuerdo a ley.*
***2.-** Solicito a su Autoridad se sirva aceptar el presente recurso y en consecuencia **REVOCAR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 616/2013 de fecha 19 de septiembre de 2013,** emitida por su Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejando sin efecto sus alcances y multas respectivas.*
***3.-** Asimismo, se declare prescrito el trámite sobre los cargos presentados mediante carta ASFI/DSR II/R-121653/2013 de fecha 15 de agosto de 2013 y dejar sin efecto la resolución la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 616/2013 de fecha 19 de septiembre de 2013 y se disponga el archivo de obrados…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 729/2013 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, con base a los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, respecto al argumento de la entidad recurrente, en sentido que respecto a la apropiación de dineros de la entidad atribuida al ex cajero de la Cooperativa Sr. Julio Ruslan Garnica, no se habría infringido el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, puesto que dicha norma obliga a informar a la Autoridad de Supervisión todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, correspondiendo previamente determinar a las autoridades competentes la comisión del hecho para luego informar a este Órgano Fiscalizador conforme a la norma en cuestión.

Que, en primer lugar, cabe precisar que la obligación para que las entidades financieras informen a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro de los diez días posteriores de su conocimiento, sobre los hechos delictivos cometidos en la entidad por sus funcionados o por terceros, tiene el propósito de que el Órgano Supervisor tome conocimiento de los mismos, independientemente de la realización de acciones complementarias o formalidades a ser realizadas por la entidad, con la finalidad de alertar al sistema regulado, así como a los usuarios en general, sobre prácticas ilícitas que pudieran originar víctimas múltiples, independientemente de las gestiones que la entidad pueda efectuar en sede administrativa o jurisdiccional, por lo que dichas acciones no eximen a la entidad de cumplir el plazo establecido por el citado artículo.

Que, el citado artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, manifiesta claramente que las entidades financieras tienen la obligación de informar la comisión de hechos delictivos cometidos por sus funcionarios o por terceros, dentro de los diez días calendario posteriores a su conocimiento, es decir que en cuanto a la oportunidad del cumplimiento de la obligación, ésta se computa a partir del conocimiento de un delito y no desde que la denuncia haya sido presentada en el Ministerio Público o autoridad judicial competente.

Que, el primer párrafo del artículo 107° de la Ley N° 1488, está referido a la obligación emergente del conocimiento del hecho delictivo, desde luego que conocer un hecho delictivo no importa su constatación o procesamiento, se trata únicamente de dar informe sin mayor mediatez, de lo recién conocido, no del resultado de los trámites ulteriores a tal acontecimiento.

Que, esta disposición legal, tiene por objetivo el reporte de los hechos delictivos cometidos en las entidades financieras, con el fin de alertar al sistema regulado, así como a los usuarios en general, sobre prácticas ilícitas que pudieran originar víctimas múltiples, independientemente de las gestiones que la entidad pueda y deba efectuar en sede administrativa o jurisdiccional, por lo que dichas acciones no eximen a la entidad de cumplir el plazo establecido por el citado artículo.

Que, además de lo anterior, el artículo 107 de la Ley N° 1488 tiene la finalidad de evaluar las acciones correctivas que asumió la entidad para reforzar los mecanismos

de control interno vulnerados, evidenciar el resarcimiento del daño económico y/o perjuicio a terceros y la activación de la póliza de seguro banquera.

Que, la precepción subjetiva sobre la existencia de un hecho delictivo, una vez que ha tomado conocimiento de las circunstancias que lo originan, es independiente del estudio que pueda o deba realizar el Ministerio Público, la justicia ordinaria o un profesional en leyes y no se constituye en un factor determinante para informarlo o no a la Autoridad de Supervisión.

Que, a decir de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 058/2012 de 5 de octubre de 2012, a los fines señalados por el artículo 225°, parágrafo I., de la Constitución Política del Estado, corresponde la aplicación del informe previsto en el artículo 99°, último párrafo, de la Ley N° 1488.

Que, la misma Resolución Ministerial Jerárquica, establece que el informe señalado por el artículo 99°, último párrafo, de la Ley N° 1488, importa el deber de informar al Ministerio Público conforme al Art. 225°, parágrafo I. de la Constitución Política del Estado. En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 260 de 11 de julio de 2012 señala que el extremo es plenamente concordante con el señalado por el artículo 278° de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal).

Que, el artículo 107°, parágrafo I, de la Ley N° 1488, hace referencia al deber de informar de todo hecho delictivo, es decir con prescindencia de aspectos subjetivos que para el caso importan elementos de carácter secundario, como ser: la autoría, las circunstancias, el impacto económico para la entidad, la conciliación realizada con el autor o responsables, etc., lo trascendente es que el hecho delictivo haya sucedido.

Que, por lo anteriormente expuesto, el argumento referido a la falta de determinación en la comisión del hecho delictivo atribuido al Sr. Julio Ruslan Garnica no desvirtúa el fundamento del cargo que determina la multa impuesta.

CONSIDERANDO:

Que, en su acepción general, la prescripción es la cesación de la responsabilidad por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta. Conforme está establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el término para que opere la prescripción de la infracción administrativa es de dos años, sin referirse al momento desde el cual debe computarse este término.

Que, respecto al argumento en sentido que nota presentada en fecha 24 de marzo de 2010, relacionada al caso del cajero Julio Garnica es la fecha en la que nace la infracción aludida, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos mediante carta ASFI/DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013, 3 años, cuatro meses y 22 días, por lo que la facultad para sancionar la infracción habría prescrito al tenor del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción en in instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término dispuesto en la norma, en razón de la inactividad de la administración en razón al derecho que tiene el administrado a que se defina su situación jurídica, pues no puede ser sometido indefinidamente a una eventual sanción.

En el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, está previstala (sic) *interrupción de las sanciones mediante la iniciación del procedimiento de cobro, lo que refiere únicamente a la interrupción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio, que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción.*

En este sentido, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006 señaló que la prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción.

En el mismo sentido, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, señaló que:

> *"Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esa materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción".*

Efectuando un interpretación sistemática y teleológica tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, así como del Reglamento al Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el artículo 52, parágrafo II, de la indicada Ley N° 2341, se tiene lo siguiente:

a) El Artículo 80, parágrafo 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo, específica que los procedimientos administrativos -incluyéndose en ellos los sancionatorios- podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada, determinando el artículo 40, parágrafo 1, de la ley adjetiva administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

b) Por otra parte, el artículo 65, parágrafo 1, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica

que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento".

c) *De las normas antes desarrolladas y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Reglamento al Procedimiento Administrativo para el SIREFI, han reconocido la facultad de los órganos reguladores del SIREFI para iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes, a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiera.*

d) *En base a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.*

e) *Finalmente, corresponde aclarar que si bien el Articulo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que: "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)", esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni contundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción.*

Que, revisados los antecedentes del proceso, se tiene que por la carta dirigida por el Gerente General a la Presidenta de la Cooperativa San Antonio Ltda., la apropiación indebida de fondos atribuido al Sr. Julio Ruslan Garnica, la Cooperativa tuvo conocimiento del hecho el 24 de marzo de 2010, teniendo diez días, conforme al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, para informar a esta Autoridad de Supervisión, es decir hasta el día 5 de abril de 2010.

Que, el 6 de abril de 2010, la entidad cometió la infracción administrativa por la cual fue sancionada, al no haber reportado la apropiación indebida de fondos cometida por el funcionario Julio Ruslan Garnica; esta infracción, conforme al artículo 79 de la Ley N° 2341, prescribía el 6 de abril de 2012.

Que, según el Informe ASFI/DSR II/R-134505/2011 de 13 de diciembre de 2011, se efectuó una visita de inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., para evaluar la gestión de riesgo operativo, labor realizada entre el 28 de noviembre y el 9 de diciembre de 2011 donde se detectó la infracción en cuestión,

habiéndose remitido dicho informe a la Cooperativa mediante Carta ASFI/DSR II/R-138767/2011, recibida por la entidad el 5 de enero de 2012.

Que, de acuerdo al artículo 65 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en concordancia con el artículo 80, parágrafo II de la Ley N° 2341, la primera etapa del procedimiento sancionador para las autoridades de supervisión del SIREFI, constituyen las diligencias preliminares, consistentes en el desarrollo de las labores de supervisión y vigilancia del cumplimiento del orden normativo en el área de su competencia.

Que, habiéndose interrumpido la prescripción de la acción administrativa sancionatoria con la inspección del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2011, el nuevo cómputo de la prescripción comienza desde el 10 de diciembre de 2011, la cual se produciría el 10 de diciembre de 2013, no (sic) *lo cual no ha operado la prescripción invocada por la Cooperativa.*

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos y fundamentos expuestos por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda. en el memorial de 7 de octubre de 2013 interponiendo recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 616/2013, no constituyen elementos que justifiquen la revocatoria de la referida Resolución Administrativa que sanciona a la entidad con multa de 1.000 DEG por infracción al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, la entidad no ha expuesto fundamentación alguna respecto a elementos lesivos contra la segunda parte del resuelve primero ni los resuelves segundo, tercero y cuarto de la misma Resolución ASFI N° 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, a los efectos de su petición.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta que las resoluciones sobre recursos de revocatoria serán "Confirmatorias", cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 21 de noviembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, argumentando lo siguiente:

"…***NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO JERÁRQUICO.-***

La doctrina administrativa definió el RECURSO JERÁRQUICO como la solicitud dirigida al superior jerárquico para que éste revise la decisión impugnada y la revoque o reforme.[1]

([1] *LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de Derecho Administrativo. Ediciones UCV Caracas, 1978*)

El Recurso Jerárquico o de Alzada administrativa, también denominado por algunas leyes Recurso de Apelación, es la reclamación que contra un acto administrativo se interpone para ante el superior jerárquico en el orden administrativo, por estimar que dicho acto lesiona un interés legítimo o un derecho subjetivo; es aquel medio de impugnación del acto administrativo ejercido para ante el superior jerárquico de la autoridad administrativa que dictó el acto impugnado"

Si esto es así, es evidente que la RESOLUCIÓN ASFI N° 729/ 2013 de fecha 4 de noviembre del 2013 es gravísimamente lesiva a los intereses de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" Ltda., por lo que en termino hábil formulamos el presente RECURSO JERARQUICO, bajo la siguiente fundamentación:

- Partamos de precisar que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en su artículo 116-1 establece:

> *Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.*

Si esto es así, quien fue nuestro empleado JULIO RUSLAN CARNICA, prestó servicios en nuestra entidad como CAJERO, y precisamente en el desarrollo de su función, en fecha 16 de marzo de 2010, se cometió un error material al Anular una factura de SEMAPA por el valor de Bs. 124.- y otra de COMTECO por el valor de Bs.160.- y que no fue declarado como sobrantes, y que en fechas posteriores dichos montos son depositados por el Sr. Julio Garnica, sin embargo este hecho aislado, en realidad no configuró un HECHO ILÍCITO sino más bien un simple error de contabilidad de dicho funcionario.

Ahora bien, el eventual daño económico alegado, no pasa de la suma de Bs. 284.- Que además dicho monto fue repuesto en forma inmediata advertido el error. ESTA CIRCUNSTANCIA NO PUEDE SER CONSIDERADO (sic) *COMO HECHO DELICTIVO.*

El artículo 107 de la ley N° 1488, establece:

La entidad financiera, informará documentadamente, bajo responsabilidad, a la Superintendencia dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento de ***TODO HECHO DELICTIVO*** *cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros así como cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos.*

Verificadas las cosas, nunca hubo una apropiación indebida, sino simplemente un error de contabilidad, que fue corregido y además repuesto en cuanto al monto afectado. Ello significa, que al no existir daño al bien jurídico tutelado, NO HUBO NUNCA DELITO, por tanto mal podría haberse informado de un hecho, que es en realidad un error administrativo, como un hecho delictivo.

Si esto es así, no puede acusarse a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" Ltda. como infractora de lo dispuesto por el artículo 107 de la Ley N° 1488; porque NUNCA HUBO UN HECHO ILÍCITO QUE REPORTAR.

Así mismo cabe hacer notar que en la Ley N° 393 de 21 de Agosto de 2013 que ha sancionado la Ley de Servicios Financieros, en el Capítulo II DE LOS DELITOS FINANCIEROS en el Art. 490. (INFORME DOCUMENTAL DE SUPUESTOS HECHOS DELICTIVOS), en el parágrafo II señala textualmente:

> "(sic) *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI emitirá normativa para establecer criterios técnicos y legales para la identificación de estos casos y las sanciones administrativas para quienes incumplan esta obligación.*

En la promulgación de la Ley de Servicios Financieros, el legislador ha visto por conveniente que la ASFI, diseñe un Reglamento para la aplicación de sanciones administrativas que no causen daño económico a terceros, lo cual no se encontraba contemplado en la Ley N° 1488, Ley de Bancos y Entidades Financieras, ya que es importante tomar en cuenta que al momento de aplicar una sanción por el incumplimiento a una normativa esta no haya causado daños a terceras personas, por lo que en el presente caso, la Cooperativa nunca ha generado un perjuicio económico en desmedro de los intereses ni derechos de terceras persona (sic)*, haciendo presente que en todo momento la Cooperativa "San Antonio" Ltda., actúo de buena fe, sin pretender afectar derechos de terceros.*

Si esto es así, no puede acusarse a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" Ltda. como infractora de lo dispuesto por el artículo 107 de la Ley N° 1488; porque NUNCA HUBO UN HECHO ILÍCITO QUE REPOR TAR.

- Sobre la <u>PRESCRIPCIÓN</u>, es prudente puntualizar lo siguiente:

La prescripción es una institución que, como ha venido señalando la doctrina, pretenden reaccionar ante la inactividad de los sujetos que intervienen en las respectivas relaciones jurídicas o, en otros términos, el ordenamiento jurídico establece un plazo que delimita el período de tiempo en el que puede llevarse a cabo una determinada actuación. Ese plazo puede tener efectos hacía atrás, provocando la pérdida de lo que se tenía -prescripción extintiva-, o hacía adelante, provocando la pérdida de lo que se podría alcanzar -caducidad. La prescripción pone fin a la acción (sancionadora) de la Administración. La prescripción -por tanto- es causa de extinción de responsabilidad administrativa

El artículo 79 de la LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, es categórico al precisar:

> *ARTÍCULO 79º- (PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de ¡as sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a*

reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley.

Es evidente que la norma señalada refiere dos situaciones prescriptivas: ***La PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES y la PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES****.*

La prescripción alegada en el recurso revocatorio, y que además se halla plenamente acreditada a la fecha, además de sustentada en el presente recurso jerárquico, es la ***PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN****.*

Sin consentir que en efecto exista la infracción acusada a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" Ltda., de no haber informado sobre el "hecho ilícito" del cajero JULIO RUSLAN GARNICA (circunstancia que no hay como lo explicamos), la misma no puede ser SANCIONADA por haberse operado la PRESCRIPCIÓN.

Es evidente que, el artículo 79 de la LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, no refiere desde cuando se computaran las prescripciones, pero refiere como causal de interrupción de la PRESCRIPCIÓN DE SANCIONES, la INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE COBRO. No refiere en absoluto que causales interrumpen la PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES.

Para orientar esta omisión normativa, el TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ha establecido lo siguiente:

> *Respecto al inicio del cómputo del plazo de la prescripción, al no existir previsión legal expresa, se acude a la doctrina cuyo criterio generalizado establece que el plazo se computa desde el día en que la infracción se hubiera cometido.*
>
> *Sentencia de 18 de abril de 2013*

Ahora bien, la ASFI, ante el vacío normativo sobre causales de interrupción de la PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES, señala lo siguiente:

"Que, de acuerdo al artículo 65 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en concordancia con el artículo 80, parágrafo II de la Ley N° 2341, la primera etapa del procedimiento sancionador para las autoridades de supervisión del SIREFI constituyen las diligencias preliminares, consistentes en el desarrollo de las labores de supervisión y vigilancia del cumplimiento del orden normativo en el área de su competencia."

Así, pretende hacer ver que la visita de inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda. ***para evaluar la gestión de riesgo operativo****, realizada entre el 28 de noviembre y el 9 de diciembre de 2011, donde se detectó la infracción en cuestión, habría interrumpido la PRESCRIPCIÓN.*

ESTA ASEVERACIÓN NO ES EVIDENTE; *nos explicamos porque* (sic)*:*

Dicha inspección, NUNCA ESTUVO DESTINADA A INVESTIGAR EL CASO CONCRETO del cajero JULIO RUSLAN GARNICA, sino simplemente era una inspección de rutina, donde -en efecto- se detectó la misiva de fecha 24 de marzo del 2010 de GERENCIA a la PRESIDENTA DE CACSA LTDA. Ello lleva a concluir, que dicha INSPECCIÓN RUTINARIA no puede nunca ser considerada como DILIGENCIA PRELIMINAR ESPECIFICA AL CASO CONCRETO, y por tanto menos puede ser considerado como un acto que interrumpe la PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN.

Ahora bien, de acuerdo a la carta ASFI/DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó ***CARGOS*** *a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO"' LTDA. Fecha que entendemos da origen al procedimiento sancionador, porque en función a ello, se individualizan a los sujetos administrados y las infracciones eventualmente cometidas, para que en función a esta individualización puedan ejercerse los DERECHOS A LA DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO.*

Si esto es así este pliego de CARGOS, fue emitida (sic) *en fecha 15 de agosto del 2013, es decir fuera del plazo de los DOS AÑOS, operándose por consiguiente la PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN.*

PETITORIO.–

Por todo lo expuesto precedentemente, en mérito a los fundamentos de hecho y de derecho, solicito de manera respetuosa a su Autoridad:

1°.- Se tenga por presentado el RECURSO JERÁRQUICO contra *la resolución ASFI N° 729/2013 de fecha 4 de noviembre del 2013,* ***y se sirva considerar en tiempo y forma en mérito a los argumentos jurídicos - doctrinales y jurisprudenciales y en consecuencia sirva imprimir el trámite que corresponda:***

2do.- <u>Que la Autoridad superior jerárquica, en este caso el SEÑOR MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PUBLICAS, sirva emitir Resolución Administrativa Revocando la Resolución Administrativa ASFI N° 729/2013 de fecha 4 de noviembre de 2013 que en Recurso de Revocatoria confirmo la Resolución Administrativa ASFI No. 616/2013 de fecha 19 de septiembre de 2013 disponiendo en consecuencia la devolución de! monto depositado por la sanción impuesta y por consiguiente se desestime los cargos determinados contra La COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SAN ANTONIO LTDA. y/o en su caso se declare probada la PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN</u>…"

5. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 10 de diciembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** ofreció la literal siguiente:

- Nota ASFI/DSR II/R-138767/2011 de 23 de diciembre de 2011, por el que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente a la Presidenta del

Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, los extremos siguientes:

"…*Para su conocimiento y consideración, remitimos copia del informe ASFI/DSR II/R-134505/2011 de 13 de diciembre de 2011, que contiene los resultados de la visita de inspección de Riesgo Operativo, efectuada a la entidad que usted preside.*

Al respecto, con el fin de regularizar las observaciones señaladas en el informe de referencia, se instruye a la Cooperativa cumplir con los siguientes puntos:

1. *En vista de que persisten observaciones determinadas en la inspección de Riesgo Operativo en la gestión 2009, el Consejo de Administración deberá establecer acciones concretas y efectivas para garantizar un efectivo sistema de control interno, que conlleve a la implementación de una estructura de gestión de riesgo operativo para la consecución de objetivos estratégicos de la entidad.*
2. *Efectuar hasta el 30 de diciembre de 2011, los ajustes y reclasificaciones contables, expuestos en el Título II, Numeral 2.1.3, inciso (f) del Informe, debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión, copias de las papeletas contables hasta el 9 de enero de 2012.*
3. *Implementar las acciones y recomendaciones de los informes elaborados por la Gerencia de Riesgo, a partir de la gestión 2008 a la fecha, evaluando su pertinencia y correspondencia. La aplicación de las medidas correctivas deberá estar plasmada en una matriz que incluya acciones, plazos y responsables.*
   El agrado de avance deberá ser refrendado por un informe de Auditoría Interna el cual deberá ser remitido a esta Autoridad de Supervisión de manera trimestral.
4. *Realizar a través del área de Auditoría Interna, una revisión total de la base de datos de Cajas de Ahorro con el objetivo de precisar el número y el monto de las Cuentas Activas Inmovilizadas y las que correspondan ser transferidas al Tesoro General de la Nación. Asimismo, a fin de evitar situaciones similares a la señalada, la entidad deberá implementar los controles preventivos necesarios en su Sistema Informático.*
5. *Identificar a los responsables de las decisiones asumidas en el caso del Ex Gerente José Miguel Arandia Pariente, e implementar las acciones que correspondan en función de lo establecido en el Estatuto de la entidad.*
6. *Proceder a la identificación y restitución de los importes resultantes de los débitos no autorizados en caja de ahorro, efectuados por el ex Oficial de Créditos Gustavo Mamani.*
7. *Presentar hasta el 31 de enero de 2012, el Plan de Acción donde se establezcan los cronogramas, responsables y las medidas correctivas*

a ser adoptadas por la Cooperativa para subsanar las mismas. Para tal efecto se adjunta en anexo la "Matriz de Observaciones", al que deberá remitirse a esta Autoridad de Supervisión debidamente llenada y firmada por la Gerencia General y la Presidencia a su cargo hasta el 20 de enero de 2012.

Asimismo, cabe hacer notar que el objetivo de dichas acciones no es cumplir la forma sino lograr que las causas que motivaron las observaciones planteadas queden sin efecto o se minimicen, con la finalidad de evitar su recurrencia.

Finalmente, deberá remitir a esta Autoridad de Supervisión, copia legalizada del Acta de la reunión del Consejo de Administración, donde se evidencie que se tomó conocimiento de la presente carta, así como del informe de inspección adjunto…"

- "…*Matriz de observaciones – Riesgo Operativo* (…)

Nº	***Ref. en Informe***	***Observación***	
(…)		(…)	
	j.		
43		*La entidad reportó la baja del ex funcionario Julio Garnica con el código 110 (Renuncia, finalización de contrato, retiro por jubilación o fallecimiento), sin embargo, de acuerdo al informe del 24 de marzo de 2010, emitido por Gerencia General a Presidencia del Consejo de Administración, los actos perpetuados por el funcionario, son tipificados como apropiación indebida de fondos incumpliendo con lo establecido en el Artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 2 de la RNBEF.*	

(…)"

- Nota de fecha 23 de marzo de 2010, remitida por el Auxiliar de Caja, Sr. Julio Ruslan Garnica, a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, por el que en calidad de "*informe*", establece los extremos siguientes:

  "…*Motivo de la presente para reportar el sobrante de SEMAPA caja CSA02 suscitado en fecha 16 de marzo de 2010, causado por un corte de sistema desde la empresa, el cual desconocía por un posible faltante en mi caja, y que fui informado hasta fecha 23 de marzo de 2010, optando mi persona por cubrir dicho monto a la brevedad posible depositando en la cuenta de SEMAPA ni bien advertido del mencionado sobrante…*"

- Nota de fecha 25 de marzo de 2010, remitida por el Sr. Julio Ruslan Garnica a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, sobre "*renuncia irrevocable*", con el contenido siguiente:

  "…*A tiempo de agradecerles su gentil acogida a mi persona en esta prestigiosa entidad financiera dándome la oportunidad de trabajar y adquirir*

experiencia en el cargo de auxiliar de cajas. Pero el tiempo y la necesidad de concluir mis estudios hacen que tome esta decisión de renunciar a dicho cargo…"

- Nota de fecha 20 de octubre de 2010, remitida por la Sra. M. Carina Garnica Oporto a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, con referencia "*Liberación de Gravamen*", por el que señala que:

  "…*A tiempo de solicitar al departamento correspondiente la liberación de gravamen de mi bien inmueble domiciliado en la zona "Sausalito" Km. 6 Av. Blanco Galindo, que realice* (sic) *para garantizar el trabajo del Sr. Julio Ruslan Garnica, quien ya renuncio* (sic), *como cajero…*"

Al respecto, el mismo memorial deja constancia de los extremos que se transcriben a continuación:

"…*Habiendo sido notificada la Cooperativa en fecha 5 de diciembre de 2013 con el auto de fecha 2 de diciembre de 2013 emitido por su autoridad, que en su parte resolutiva otorga el plazo de cinco días hábiles administrativos, a efectos de presentar mayores elementos de prueba que no cursen en el expediente, referente a la Resolución Administrativa ASFI No. 729/2013 de fecha 4 de noviembre de 2013 que en recurso de revocatoria confirmo* (sic) *la Resolución ASFI No. 616/2013 de fecha 19 de septiembre de 2013 pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Al efecto tengo a bien presentar la siguiente documentación:*

1) *Informe sobre la Inspección ordinaria de Riesgo Operativo ASFI/DSR II/R-138767/2011 de fecha 23 de diciembre de 2011, que en su parte pertinente en la matriz de observaciones se detectó la observación que motivo* (sic) *de la sanción emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

2) *Informe de fecha 23 de marzo de 2010 presentado por el cajero JULIO RUSLAN GARNICA, que menciona que el problema suscitado el 16 de marzo de 2013 fue por un corte de sistema desde la empresa SEMAPA y era desconocido por éste, por ello, no reporto* (sic) *el sobrante de caja. Tomando recién conocimiento en una fecha posterior, regularizando de forma voluntaria este error cometido.*

3) *Carta de renuncia de 25 de marzo de 2010, recibido* (sic) *en esa misma fecha.*

4) *Carta de fecha 20 de octubre de 2010, presentada por la garante de Sr. Garnica; quien solicita la liberación de su garantía ofrecida.*

Las cartas presentadas por el funcionario, Julio Garnica, denotan que no hubo (sic) *hechos delictivos que reportar o que informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, simplemente su accionar se debió a yerros cometidos por un defecto en el sistema.*

Por otra parte, la carta sobre la inspección ordinaria muestra de forma fehaciente que la infracción ha prescrito, siendo la carta de fecha 24 de marzo de 2010 emitida por Gerencia sobre la que versa la sanción y la notificación de cargos signado (sic) *con el No. ASFI/DSR II/R-121653/2013 de fecha 15 de agosto de 2013. Que, al tenor del Art. 79 de la Ley 2341 de procedimiento administrativo infiere que, "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años (…)".*

Por los elementos probatorios que adjunta (sic) ***al presente memorial y los argumentos legales contenidos en los recursos de REVOCATORIA y JERÁRQUICO, solicito su valoración y ratifico el pedido de la Entidad que represento ante su autoridad, como MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, REVOCAR LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EMITIDAS POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO 729/2013 DE FECHA 4 DE NOVIEMBRE DE 2013 QUE EN RECURSO REVOCATORIO*** (sic) ***CONFIRMO*** (sic) ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 616/2013 DE FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, disponiendo en consecuencia la devolución del monto solicitado por la sanción impuesta y por consiguiente se desestimen los cargos emitidos contra la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA. O EN SU CASO SE DECLARE PROBADA LA PRESCRIPCIÓN***…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero llevó a efecto la Inspección de Riesgo Operativo a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** con corte al 31 de octubre de 2011, realizada entre fechas 28 de noviembre de 2011 y 9 de diciembre de 2011, cuyos resultados constan en el informe ASFI/DSR II/R-134505/2011 de 13 de diciembre de 2011, estableciendo de ello los tres cargos que salen en la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013, con respecto a los incumplimientos siguientes:

"(…)

1) *Al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)* ***al no haber informado documentadamente a este Órgano de Supervisión, dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo referido a la apropiación indebida de fondos por el ex cajero Julio Ruslan Garnica****, según lo comunicado por el Gerente General a.i.*

Robinson Salas M. en su carta de 24 de marzo de 2010.

2) (…) *por no reportar a través del Sistema de Registro de Directores, Síndicos y demás Funcionarios, hasta los 10 días hábiles de haberse producido el hecho, las siguientes bajas:*

- *Señora* ***Sandra Huanca Tellez****,* (…)
- *Señora* ***Patricia Cornejo Mendoza*** (…)

3) (…) *al no haber reportado el alta de la señora* ***Sandra Huanca Tellez*** *en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En fecha 19 de septiembre de 2013 se pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013, que desestima sancionar el incumplimiento referido a la señora Patricia Cornejo Mendoza, y sancionar a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, con amonestación por su proceder en el caso referido a la señora Sandra Huanca Tellez, y con multa equivalente a 1,000 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro).- al caso del ex cajero Julio Ruslan Garnica.

Interpuesto Recurso de Revocatoria contra el fallo precitado, dio lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, por la que se confirma totalmente la anterior, determinando la presentación del Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse, con la constancia necesaria que, de la lectura del memorial presentado en fecha 21 de noviembre de 2013, se establece que la impugnación está limitada al caso del ex cajero Julio Ruslan Garnica, por lo que en observancia del artículo 63°, parágrafo II ("*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…"), de la Ley N° 2314 de 23 de abril de 2002, extremo que determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se circunscribe a tal extremo.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Establece el artículo 107° -primer párrafo- de la Ley N° 1488 (texto ordenado al 5 de mayo de 2004), de Bancos y Entidades Financieras, que:

> "…***ARTICULO 107º.-*** *La entidad financiera, informará documentadamente, bajo responsabilidad, a la Superintendencia dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros así como cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos*…"

Por otra parte, el Título XIII (Reglamento de Sanciones Administrativas), Capítulo II, Sección II, artículo 25°, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que:

> "…*La entidad financiera que omita informar documentalmente a ASFI de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, dentro de los*

diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro en atención a la gravedad del caso…"

2.2. Determinación de la ocurrencia fáctica de los hechos delictivos.-

El Recurso Jerárquico refiere los extremos siguientes:

- "*…la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en su artículo 116-1 establece:*

  Se garantiza la presunción de inocencia (…)

  Si esto es así, quien fue nuestro empleado JULIO RUSLAN CARNICA, prestó servicios en nuestra entidad como CAJERO, y precisamente en el desarrollo de su función, en fecha 16 de marzo de 2010, se cometió un error material al Anular una factura de SEMAPA por el valor de Bs. 124.- y otra de COMTECO por el valor de Bs.160.- y que no fue declarado como sobrantes, y que en fechas posteriores dichos montos son depositados por el Sr. Julio Garnica, sin embargo este hecho aislado, en realidad no configuró un HECHO ILÍCITO sino más bien un simple error de contabilidad de dicho funcionario (…)

  …por tanto mal podría haberse informado de un hecho, que es en realidad un error administrativo, como un hecho delictivo…"

Corresponde previamente aclarar que, como bien señala la recurrente, el artículo 116°, parágrafo I, de la Constitución Política, ha establecido que el Estado "*garantiza la presunción de inocencia*", principio de carácter constitucional como plasmado en tratados internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos o Convención Americana sobre Derechos Humanos), y que determina que, cualquiera a quien se le atribuye la comisión de una falta, contravención o delito, tiene derecho ser tratado como inocente, en tanto no se haya demostrado plenamente su culpabilidad mediante un fallo que hubiera alcanzado la calidad de cosa juzgada o firmeza administrativa.

En tal contexto, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** reclama que la Resolución Administrativa ASFI N° 616/2013 de 19 de septiembre de 2013 refiera el señalamiento del delito de apropiación indebida en la actuación del ex cajero Julio Ruslan Garnica, sin que exista ninguna declaración de autoridad competente que establezca tal extremo.

No obstante, debe quedar esclarecido que, cuando el precitado artículo 107° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras establece que se debe dar parte "*dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo*", no establece una realidad subjetiva referida a la determinación del autor del hecho delictivo, sino una objetiva: la ocurrencia del hecho delictivo.

Resulta en un error pretender que la norma legal de Bancos, conocida la comisión de un hecho delictivo, otorgue un plazo no mayor de diez días para que la autoridad competente -necesariamente un juez penal- declare la culpabilidad del autor del hecho.

Por tanto, el deber de información al que se refiere el artículo 107°, está referido a los hechos delictivos de los que asuma conocimiento la entidad de intermediación financiera, independientemente de la presunción sobre la autoría del mismo.

La propia Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, pone énfasis en el carácter del "*hecho delictivo* (al) *presuntamente cometido por el señor Garnica*", lo que amén de no conllevar ningún trato cual culpable en contra del mencionado, no importa de manera alguna infracción al principio de presunción de inocencia.

Esclarecido tal extremo, y en lo que se refiere a que el hecho que dio origen a la sanción, "*en realidad no configuró un HECHO ILÍCITO sino más bien un simple error de contabilidad de dicho funcionario*", es menester remitirse nuevamente a lo establecido en la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013, la que palmariamente señala que:

> "*…mediante carta de fecha 24 de marzo de 2010 dirigida a la presidenta del Consejo de Administración, el Gerente General a.i. Robinson Salas,* ***informó hechos irregulares cometidos por el cajero Julio Garnica, señalando que tales acciones estarían tipificadas como "apropiación indebida"****, en base a los informes emitidos por la Encargada de la Agencia "Loreto", en los que se estableció que el mencionado no reportó como faltantes y sobrantes, los montos cancelados por clientes en el pago de servicios, y que días posteriores fueron regularizados con la devolución que realizó el cajero aludido, de los montos señalados. El hecho que el señor Garnica haya regularizado las transacciones observadas, no le exime de responsabilidad, por lo que la entidad le solicitó que tome la iniciativa de renunciar, ya que si se habrían tratado de "errores involuntarios" como señalan en sus descargos, el mismo habría continuado prestando servicios en la Cooperativa…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En función de la literal aportada por la recurrente en fecha 10 de diciembre de 2013, y que ha sido íntegramente valorada para los efectos presentes, en especial, de la nota de 23 de marzo de 2010, se conoce que los hechos irregulares originados en la actuación del ex cajero Julio Ruslan Garnica, sucedieron en fecha 16 de marzo de 2010; según la misma nota, el ex cajero asumió conocimiento de los mismos en esa misma fecha, cuando *fue informado*, obviamente, por la propia entidad ahora recurrente.

En tales circunstancias, el señor Robinson Salas Molina, Gerente General de la entidad, remitió al Consejo de Administración, su nota de 24 de marzo de 2010 (es decir, al día siguiente de la nota del ex cajero), por la que informa de la comisión del ilícito, calificándolo de apropiación indebida "*en base a los informes emitidos por la Encargada de la Agencia "Loreto", en los que se estableció que el mencionado no reportó como faltantes y sobrantes, los montos cancelados por clientes en el pago de servicios*".

Aquí corresponde dejar constancia que, en función de los datos que salen del expediente, fundamentalmente de la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, se conoce que la posición inicial del Sr. Gerente General, Lic. Robinsón Salas Molina,

expresada en su nota de 24 de marzo de 2010, dirigida a la presidenta del Consejo de Administración, está basada en:

> "…*informes emitidos por la Encargada de la Agencia "Loreto", en los que se estableció que el mencionado no reportó como faltantes y sobrantes, los montos cancelados por clientes en el pago de servicios, y que días posteriores fueron regularizados con la devolución que realizó el cajero aludido, de los montos señalados*…"

Entonces, la mención que sale en los descargos -nota CACSA 123/2013- acerca de que "*esas anulaciones se debían a errores involuntarios*", o la que ahora se señala en el Recurso Jerárquico, en sentido de que "*se cometió un error material al Anular una factura de SEMAPA por el valor de Bs. 124.- y otra de COMTECO por el valor de Bs.160.- y que no fue declarado como sobrantes,* (…) *este hecho aislado, en realidad no configuró un HECHO ILÍCITO sino más bien un simple error de contabilidad de dicho funcionario*" corresponden a apreciaciones apriorísticas, por cuanto, la actuación del señor Julio Ruslan Garnica, lejos de sugerir un error involuntario, permite inferir un comportamiento que debió sujetarse al deber de la entidad financiera -ahora recurrente-, de informar documentadamente "*todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros*" (Art. 107°, Ley N° 1488 - texto ordenado al 5 de mayo de 2004-), al haberse cobrado por servicios para después ser revertidos mediante el uso del sistema informático.

En todo caso, le era posible a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, en función del plazo previsto por el artículo 107° de la Ley N° 1488, establecer fehacientemente lo ocurrido con las actividades irregulares del señor Julio Ruslan Garnica y actuar en consecuencia:

- Si resultaba en un simple error de contabilidad -como ahora alega-, rectificar oportunamente la declaración de su Gerente General de fecha 24 de marzo de 2010.

- Si resultaba en un hecho delictivo, informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero conforme se lo ordena el precitado artículo 107°.

Ninguna de las dos opciones consta haber realizado la ahora recurrente, de manera tal que ante la realización de la Inspección de Riesgo Operativo a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, con corte al 31 de octubre de 2011, ha correspondido la consiguiente imputación y posterior sanción, conforme consta ahora de obrados.

2.2. Inexistencia del perjuicio como criterio para la imposición de la sanción.-

El Recurso Jerárquico también señala, que:

> "…*En la promulgación de la Ley de Servicios Financieros* (N° 393 de 21 de agosto de 2013)*, el legislador ha visto por conveniente que la ASFI, diseñe un Reglamento para la aplicación de sanciones administrativas que no causen daño económico a terceros, lo cual no se encontraba contemplado en la Ley N° 1488, Ley de Bancos y*

Entidades Financieras, ya que es importante tomar en cuenta que al momento de aplicar una sanción por el incumplimiento a una normativa esta no haya causado daños a terceras personas, por lo que en el presente caso, la Cooperativa nunca ha generado un perjuicio económico en desmedro de los intereses ni derechos de terceras persona (sic)*, haciendo presente que en todo momento la Cooperativa "San Antonio" Ltda., actúo de buena fe, sin pretender afectar derechos de terceros…*"

Se tiene la mención que realiza la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, del artículo 496° de la -vigente- Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013, como meramente referencial a la sugerida inexistencia de un "*Reglamento para la aplicación de sanciones administrativas que no causen daño económico a terceros*"; no obstante, lo mismo queda en un criterio subjetivo, por cuanto, el régimen legal anterior se encontraba regulado, en cuanto a las sanciones, por el Título XIII, Capítulo II, Sección II (después, por el Libro 7°, Título II, Capítulo II), de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no existiendo base para considerar, que el mismo resulte perjudicial a los intereses legítimos de terceros, como tampoco lo hace el actual, pese a no tener mención expresa sobre *no causar* daño económico a terceros, como sugiere la recurrente.

En todo caso, consta en la -sancionatoria- Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha dado observancia al Reglamento pertinente, en la imposición de la sanción, concretamente al artículo 25° supra transcrito, y referido a que al haber omitido informar el hecho delictivo referido al actuar irregular del ex cajero Julio Ruslan Garnica dentro de los diez días posteriores a su conocimiento, corresponde ser sancionada "*con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro en atención a la gravedad del caso*".

Para el caso, la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 ha impuesto la sanción pecuniaria equivalente a 1,000 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro), lo que amén de encontrarse dentro del rango establecido por el precitado artículo 25°, resulta en la mínima sanción imponible.

Entonces y correspondiendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ejercicio de la discrecionalidad -empero- dentro del rango previsto por la norma, la misma ha optado por la sanción mínima, por cuanto, conforme a los criterios sobre la gravedad de la infracción que salen de la misma Resolución Administrativa sancionatoria:

"*…El Reglamento de Sanciones Administrativas – Título XIII, Capítulo II, Sección II. Artículo 25 vigente a la fecha de incumplimiento (actualmente Libro 7°, Título II, Capítulo II, Sección 2, artículo 25) contenido en la RNBEF, que señala: "La entidad financiera que omita informar documentadamente a ASFI de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, dentro de los diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada <u>con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso</u>.*" (…)

En este sentido, se establece que la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, ha incumplido lo establecido por el artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), y el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber reportado la comisión del hecho delictivo referido a irregularidades identificadas en las funciones desarrolladas por el ex cajero Julio Ruslan Garnica, y por la omisión de los Registros de "Alta" y "Baja" de la ex funcionaria Sandra Huanca Téllez, respectivamente.*

Que, en el presente caso, se debe considerar que las infracciones que motivaron el presente proceso sancionatorio no tienen el carácter de recurrente. Asimismo, se considera la inexistencia de daños contra terceros, aspectos que son considerados para la sanción a imponerse…"

Entonces, el Ente Regulador -ahora recurrido- dentro de su competencia discrecional, ha valorado para la modulación de la sanción, la gravedad de la infracción, y considerado para lo mismo, las circunstancias atenuantes como la inexistencia de agravantes, no habiendo lugar al reclamo sobre que "*es importante tomar en cuenta que al momento de aplicar una sanción por el incumplimiento a una normativa esta no haya causado daños a terceras personas*", como lo señala la recurrente, haciendo en tal sentido injustificado su alegato.

2.3. Inexistencia de prescripción de la infracción.-

Por último, señala también la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** en su Recurso Jerárquico, que:

"*…este pliego de CARGOS* (se refiere a la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-121653/2013 de 15 de agosto de 2013)*, fue emitida* (sic) *en fecha 15 de agosto del 2013, es decir fuera del plazo de los DOS AÑOS, operándose por consiguiente la PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN…*"

Tal alegato tiene relación con lo establecido por el artículo 79° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en sentido que "*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años…*"

Toda vez que el extremo fue alegado ya a tiempo del Recurso de Revocatoria, existe el pronunciamiento pertinente de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que consta en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, y del que se rescatan los extremos siguientes:

"*…la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, señaló que:*

"Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido,

permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esa materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción" (…)

…tanto la Ley de Procedimiento Administrativo (se refiere a su Art. 39°) *así como el Reglamento al Procedimiento Administrativo para el SIREFI* (se refiere a su Art. 65°, Par. I), *han reconocido la facultad de los órganos reguladores del SIREFI para iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes, a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiera.*

…En base a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora (…)

…el 6 de abril de 2010, la entidad cometió la infracción administrativa por la cual fue sancionada, al no haber reportado la apropiación indebida de fondos cometida por el funcionario Julio Ruslan Garnica; esta infracción, conforme al artículo 79 de la Ley N° 2341, prescribía el 6 de abril de 2012 (…)

…habiéndose interrumpido la prescripción de la acción administrativa sancionatoria con la inspección del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2011, el nuevo cómputo de la prescripción comienza desde el 10 de diciembre de 2011, la cual se produciría el 10 de diciembre de 2013, no (sic) *lo cual no ha operado la prescripción invocada por la Cooperativa…*"

Previamente a continuar con el análisis, es pertinente dejar constancia que no hace a la controversia presente, que el comienzo de la prescripción es a partir del día siguiente de producida la infracción, fecha que para el caso de autos es el 6 de abril de 2010, *cuando* la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, en función de la nota presentada en fecha 24 de marzo de 2010 y del plazo al efecto señalado por el artículo 107° de la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras), omitió informar la apropiación indebida de fondos que había sido establecida por el Gerente General de la entidad.

Entonces, la controversia radica en determinar, si la inspección de evaluación de la gestión de riesgo operativo, desarrollada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** entre fechas 28 de noviembre de 2011 y 9 de diciembre de 2011, de la que resultó la imputación de las infracciones a manera de cargos, resulta en un acto suficiente para interrumpir la prescripción, conforme al criterio aplicado por el Ente Regulador, dado el

tiempo mayor a los dos años desde la fecha supra señalada (6 de abril de 2010), hasta la fecha de la notificación de los cargos (28 de agosto de 2013).

A este respecto, el regulador, ahora recurrido, concluye que:

> "…*de acuerdo al artículo 65 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en concordancia con el artículo 80, parágrafo II de la Ley N° 2341, la primera etapa del procedimiento sancionador para las autoridades de supervisión del SIREFI, constituyen las diligencias preliminares, consistentes en el desarrollo de las labores de supervisión y vigilancia del cumplimiento del orden normativo en el área de su competencia.*
>
> *Que, habiéndose interrumpido la prescripción de la acción administrativa sancionatoria con la inspección del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2011, el nuevo cómputo de la prescripción comienza desde el 10 de diciembre de 2011, la cual se produciría el 10 de diciembre de 2013, no* (sic) *lo cual no ha operado la prescripción invocada por la Cooperativa*…"

Por el contrario, la recurrente alega que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero:

> "…*pretende hacer ver que la visita de inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda.* ***para evaluar la gestión de riesgo operativo****, realizada entre el 28 de noviembre y el 9 de diciembre de 2011, donde se detectó la infracción en cuestión, habría interrumpido la PRESCRIPCIÓN.*
>
> ***ESTA ASEVERACIÓN NO ES EVIDENTE;*** *nos explicamos porque* (sic)*:*
>
> *Dicha inspección, NUNCA ESTUVO DESTINADA A INVESTIGAR EL CASO CONCRETO del cajero JULIO RUSLAN GARNICA, sino simplemente era una inspección de rutina, donde -en efecto- se detectó la misiva de fecha 24 de marzo del 2010 de GERENCIA a la PRESIDENTA DE CACSA LTDA. Ello lleva a concluir, que dicha INSPECCIÓN RUTINARIA no puede nunca ser considerada como DILIGENCIA PRELIMINAR ESPECIFICA AL CASO CONCRETO, y por tanto menos puede ser considerado como un acto que interrumpe la PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN*…"

Los extremos señalados dan lugar a determinar cuál la trascendencia sobre el caso, de las denominadas diligencias preliminares a las que se refiere el artículo 81° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002.

En tal sentido, se debe agregar a los hechos incontrovertidos, el que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene la facultad para iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes; en tal sentido, una inspección tiene por objeto verificar el cumplimiento de la norma y, de acuerdo a la misma, el correcto funcionamiento de la entidad, de manera tal que, razonando en sentido inverso, una inspección como la de Riesgo Operativo a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, realizada entre fechas 28 de noviembre de 2011 y 9 de diciembre de 2011, tiene por finalidad determinar la

existencia de irregularidades, las que por su naturaleza, son susceptibles de ser sancionadas administrativamente.

Si la finalidad es la búsqueda de eventuales irregularidades -que también pueden no existir-, es posible que no se conozcan éstas de antemano, es decir, cuáles en concreto son estas y específicamente, si se tratan de infracciones generales y abstractas, o específicas, referidas a un caso concreto; la determinación de ello será, precisamente, resultado de la inspección.

En tal sentido, incurre en un error la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.**, cuando considera que, al no haber estado destinada la inspección del 28 de noviembre de 2011 al 9 de diciembre de 2011, a investigar el caso concreto del ex cajero Julio Ruslan Garnica "*sino simplemente era una inspección de rutina… dicha INSPECCIÓN RUTINARIA no puede nunca ser considerada como DILIGENCIA PRELIMINAR ESPECIFICA AL CASO CONCRETO, y por tanto menos puede ser considerado como un acto que interrumpe la PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN*".

Si una inspección rutinaria, como la califica la recurrente, no pudiere determinar irregularidades específicas, las que, como se tiene dicho, por su naturaleza son sancionables, entonces no existiría motivo a realizar tales inspecciones, por cuanto no servirían en nada al cumplimiento de los objetivos del Ente Regulador.

Consiguientemente, es evidente que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria se interrumpe con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares, si es de oficio, cuando han sido de conocimiento del presunto infractor.

A este efecto, se tiene presente lo señalado por el regulador en el sentido siguiente:

> "…*Que, según el Informe ASFI/DSR II/R-134505/2011 de 13 de diciembre de 2011, se efectuó una visita de inspección a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., para evaluar la gestión de riesgo operativo, labor realizada entre el 28 de noviembre y el 9 de diciembre de 2011 donde se detectó la infracción en cuestión, habiéndose remitido dicho informe a la Cooperativa mediante Carta ASFI/DSR II/R-138767/2011, recibida por la entidad el 5 de enero de 2012…*" (Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013).

Es pertinente traer a colación el precedente de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ Nº 61/2006 de 8 de diciembre de 2006, mencionado también en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 de 19 de enero de 2010, que en lo referente a la interrupción de la prescripción, ha establecido que:

> "…***Interrupción de la Prescripción***
>
> *Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia*

es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción.

El mencionado Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que manifiesta que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)" empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción de las sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción…

…la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo, y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia -si es a instancia de parte- siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003).

Finalmente, corresponde aclarar que si bien el Articulo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)", esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción…"

Asimismo, se evidencia que los resultados de la inspección -incluido el tema del ex cajero Julio Ruslan Garnica -, y que constan del informe ASFI/DSR II/R-134505/2011 de 13 de diciembre de 2011, fueron puestos en conocimiento oportuno de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.** mediante la nota ASFI/DSR II/R-138767/2011 de 5 de enero de 2012 (hechos no controvertidos), con lo que en definitiva, se ha interrumpido el plazo de la prescripción que pudo haber beneficiado a tal entidad.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los antecedentes que conforman el expediente, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha realizado un correcto análisis de los mismos como también en cuanto la aplicación de la norma, determinando que la sanción que hace al hecho controvertido, ha sido correctamente aplicada, no pesando sobre el caso la prescripción que ha sido alegada por la recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el

artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMATORIA TOTAL de la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 729/2013 de 4 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2013 de 19 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 731/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 022/2014 DE 14 DE ABRIL DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 022/2014

La Paz, 14 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013 de 4 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 580/2013 de 9 de septiembre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 016/2014 de 24 de marzo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 033/2014 de 28 de marzo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 25 de noviembre de 2013, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Gorka Fernando Salinas Gamarra, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 394/2009 de fecha 09 de noviembre de 2009, otorgado por ante Notario de Fe Pública Dra. Martha Ariane Antelo Cabruja, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013 de 4 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 580/2013 de 9 de septiembre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-180588/2013, con fecha de recepción 28 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el RecursoJerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013 de 4 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de diciembre de 2013, notificado en fecha 6 de diciembre de 2013, se admite el RecursoJerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013 de 4 de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSV/R-67375/2013 de 9 de mayo de 2013, notificó a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** con los siguientes cargos:

"(…)

1. *La Sociedad Administradora para la cartera del Fondo de Inversión Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody's), calificación menor a la requerida en el Reglamento Interno del Fondo de inversión abierto administrado.*

   Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, después de la disminución de calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes.

   Dichas conductas incumplirían el artículo 18 del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, por lo que habría incumplido el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004, así como lo dispuesto en el inciso a) del artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

2. *El Comité de Inversiones de la Sociedad Administradora no habría tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639 que contarían con calificación de riesgo menor a la mínima requerida, tanto en el Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo como en la Normativa vigente; asimismo no habría tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención del Banco Cruzeiro do Sul. Igualmente, en forma posterior a*

la intervención no habría efectuado un' seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones.

La conducta descrita constituiría incumplimiento al inciso b) del artículo 4 del Reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, al artículo 14 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, por lo que habría incumplido a su vez el inciso b) del artículo 43 y los incisos a), c) y d) del artículo 49 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

3. *La Sociedad Administradora en los Estados Financieros del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa de Corto Plazo correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012, no habría valuado en cero las inversiones que mantenía para el citado Fondo en los Valores con código ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639 y no habría efectuado el castigo contable con cargo a resultados por el 100% del valor de los señalados instrumentos.*
   La citada conducta infringiría lo dispuesto en el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N°115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004.

4. *La Sociedad Administradora, a partir del 18 de noviembre de 2011, habría reportado calificaciones de riesgo distintas a las reales, tanto para el emisor como para los instrumentos, correspondientes a los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639. a través del Formulario FI-10 "Reporte de Inversiones en el Extranjero", conforme el siguiente detalle:*

FECHA		CALIFICACIÓN MOODY'S		CALIFICACIÓN REPORTADA	
Desde	Hasta	TÍTULOS	EMISOR	TÍTULOS	EMISOR
18/11/2011	28/03/2012	Ba3	A3	BB	Al
29/03/2012	04/06/2012	B2	Ba2	BB	Al
05/06/2012	15/08/2012	CaA1	Caa1	BB	Al
16/08/2012	17/09/2012	Ca	Ca	CCC1	Al

Dicha conducta constituiría contravención a lo establecido en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota SC SAFI – 1028/2013 de fecha 5 de junio de 2013, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

Respecto del Cargo 1:

"…*Al respecto cabe aclarar:*

- *El reglamento interno del Fondo Renta Activa Corto Plazo establece en su reglamento:* ***"ARTÍCULO 18. CALIFICACION DE RIESGO INVERSIONES.-*** *El FONDO invertirá en valores locales con calificación de riesgo mínima de:*

  A3 en el caso de Largo Plazo.

  N2 en el caso de valores Corto Plazo.

  La liquidez local del FONDO será mantenida en cuentas corrientes o cajas de ahorro, en entidades financieras que cuenten con una calificación de riesgo como emisor igual o superior a A3 conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.

  En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a 5SS3 en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3", por lo que se habría dado estricto cumplimiento al mismo.

- *Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruceiro do Sul de A1.br (Se adjunta la pantalla respectiva de Bloomberg Anexo ll y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1. por lo que se habría cumplido con el reglamento y al artículo 107 de la normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

- *La ASFI tenía conocimiento de dicha inversión, del reglamento del fondo a la fecha de inversión, y de la calificación de dicha inversión. Esta es informada de forma diaria de las inversiones en el exterior mediante el informe FI-10 (28 de septiembre de 2010) del fondo en cuestión, sin haber efectuado ninguna observación al respecto durante más de 2 años.*

  "Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después de la disminución calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes".

- *Señalar, que en la norma para fondos de inversión y sus sociedades administradoras, en su artículo 107 señala "En el caso de excesos de inversión*

involuntarios, debido a disminuciones de calificación de riesgo u otros relacionados, dichos excesos deberán ser corregidos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Para el caso de inversiones en países sudamericanos, dicho plazo será de noventa (90) días calendario" Desde el 29 de marzo de 2012, se contaba con un periodo de 90 días para adecuar los respectivos límites. El 18 de abril de 2012, se coloca una orden de venta para lograr corregir dicho exceso. Al momento de la intervención del banco habían transcurrido solamente 65 días de dicho plazo.

- *Desde el momento de la reducción de la calificación de riesgo se pusieron órdenes de venta {adjuntas a la presente y remitidas a su Autoridad mediante nota SC SAFI -1554/2012) de los valores en cuestión, buscando en todo momento preservar el capital de los participantes del fondo.*

  Por lo expuesto anteriormente, solicitamos se desestime el presente cargo, ya que en ningún momento se habría incumplido con el reglamento interno del fondo, y por ende con la normativa aplicable…"

Respecto del Cargo 2:

"*…El comité de inversiones de la sociedad administradora no habría tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, que contarían con calificación de riesgo menor a la mínima requerida, tanto en el Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo como en la Normativa vigente;*

- *El comité si tomo las medidas respectivas, al haber colocado la orden de venta de dichos valores, a los 20 días de haberse dado la respectiva disminución en la calificación de riesgo, como se evidencia en la orden adjuntada. Hecho que demuestra que a pesar de contar con 90 días para corregir dicho exceso, se tomaron las medidas correctivas de caso.*

  "Asimismo no habría tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención del Banco Cruzeiro do Sul.

- *Reiteramos que el comité, si tomo las medidas necesarias, colocando la respectiva orden de venta, y efectuando un monitoreo sobre la inversión mencionada hecho que se corrobora incluso con una orden de venta, tres cotizaciones efectuadas y dos informes sobre el BCS, los cuales se adjunta a la presente (Anexo 2).*

  "Igualmente, en forma posterior a la intervención no habría efectuado un seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones"

- *Se efectuaron dos comités extraordinarios en fechas 14 de junio de 2012 y 22 de agosto de 2012 (Anexo 4), analizando la cronología de hechos respectivos,*

determinado la colocación de una nueva orden de venta basada en los hechos descritos, y el informe de Barclays de fecha 07 de junio de 2012, el cual mostraba un mayor precio de recuperación.

"La conducta descrita constituiría incumplimiento al inciso b) el artículo 4 del reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, el artículo 14 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto plazo, por lo que habría incumplido a su vez el inciso b) del artículo 43 y los incisos a), b) y d) del artículo 49 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras"

- *Que el reglamento del comité de Inversión de la Sociedad Administradora en su artículo 4 señala:*

"Artículo IV. Elección del Comité de Inversión

El Comité de Inversión será elegido por el Directorio de la Sociedad, quien le atribuye todas las facultades referidas al cargo."

El Comité de Inversiones de la Sociedad fue designado por el directorio, cumpliendo a cabalidad el artículo mencionado, no existiendo un inciso b) en el mencionado artículo. Se adjunta a la presente el Reglamento del Comité de Inversión. (Anexo3), por lo que no vemos en qué forma se habría incumplido con el mencionado artículo referido.

Asimismo, el artículo 43, en su inciso b) señala: "Respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administran, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables.", el artículo 49 señala:" En las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión deberá existir y funcionar permanentemente por lo menos un Comité de Inversión integrado siquiera por tres (2) miembros. Son responsabilidades del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora: a) Modificar y controlar las políticas de inversión de cada fondo, cuando corresponda, b) Establecer los límites de inversión y analizar los excesos en dichos limites, cuando estos ocurran, d) Monitorear y evaluar las condiciones de mercado"

- *El Comité de Inversiones revisa mensualmente la siguiente información, la cual no es limitativa a cada una de las sesiones, hecho que se puede constatar en las respectivas actas:*

  a) Análisis de indicadores del mercado, evaluando y monitoreando la situación nacional e internacional de los mercados y economías.

  b) Revisión de desempeño de los portafolios administrados de los fondos, como de los límites de inversión y su cumplimiento, evaluando el

desempeño, limites evolución de las inversiones en el extranjero y noticias relevantes de los emisores en los cuales se mantiene inversiones

c) Control de la valoración de la cartera, verificando la valoración correcta de las inversiones que mantiene cada uno de los portafolios.

Se adjuntan actas del Comité de Inversiones de fechas 12 de junio de 2012, 14 de junio de 2012 y 22 de agosto de 2012 (Anexo 4), donde se demuestra que se habría dado estricto cumplimiento a dicho punto, y la respectiva presentación cumpliendo con los puntos mencionados.

Por lo mencionado anteriormente, y al no haber incumplido los mencionados artículos de la normativa vigente ni del reglamento al reglamento del comité de inversiones, solicitados se desestimen los cargos mencionados.

Respecto del Cargo 3:

"*…La Sociedad Administradora en los Estados Financieros del Fondo de Inversión abierto de Renta Activa de Corto Plazo correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012, no habría valuado en cero las inversiones que mantenía para el citado Fondo en los valores con código ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639 y no habría efectuado el castigo contable con cargo a resultados por el 100% del valor de los señalados instrumentos*"

"*La citada conducta infringiría lo dispuesto en el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los valores de oferta pública de renta fija impagos y de los valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N° 115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004*"

Al respecto señalar:

1. *El manejo de las inversiones mantenidas en el Banco Cruzeiro do Sul posteriores a la liquidación extrajudicial emitida por el Banco Central de Brasil, era de conocimiento de su Autoridad, hecho comunicado mediante carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012. (Anexo 5).*

2. *Que producto del manejo realizado por la Sociedad, esta situación no ocasionó un daño al mercado, puesto que la información fue de conocimiento de nuestra Sociedad y de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no llegando esta situación a los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo ni al mercado.*

3. *Los balances respectivos de los fondos son enviados mensualmente hasta el décimo día calendario, por lo que dicho hecho era de conocimiento de su Autoridad, la cual en ningún momento observo la misma. Esta información fue entregada en fechas: 05 de octubre de 2012 y 08 de noviembre de 2012.*

4. *En todo momento se buscó no afectar a los participantes del fondo, hasta poder liquidar dichas inversiones. No se perjudico a ningún cliente ya que solo se limitaron los retiros y depósitos del fondo en las mencionadas fechas, no se obtuvo ningún tipo de ventaja para los administradores del fondo y dicho hecho no tuvo ninguna repercusión en el mercado de valores…*"

Respecto del Cargo 4:

"…La Sociedad Administradora, a partir del 18 de noviembre de 2011, habría reportado calificaciones de riesgo distintas a las reales, tanto para el emisor como para los instrumentos, correspondientesa los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, a través del Formulario FI-10 " Reporte de Inversiones en el extranjero"

FECHA		***CALIFICACIÓN MOODYS***		***CALIFICACIÓN REPORTADA***	
Desde	***Hasta***	***TITULOS***	***EMISOR***	***TITULOS***	***EMISOR***
18/11/2011	*28/03/2012*	*Ba3*	*A3*	*BB*	*A1*
29/03/2012	*04/06/2012*	*B2*	*Ba2*	*BB*	*A1*
05/06/2012	*15/08/2012*	*Caa1*	*Caa1*	*BB*	*A1*
16/08/2012	*17/09/2012*	*Ca*	*Ca*	*CCC1*	*A1*

Dicha conducta constituiría contravención a lo establecido en el Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998"

Cabe señalar que desde el 12 de junio de 2012 se reportó la calificación de riesgo CCC1, y no como Indica el detalle descrito por su Autoridad:

FECHA		***CALIFICACIÓN MOODYS***	***CALIFICACIÓN REPORTADA***
Desde	***Hasta***	***TITULOS***	***TITULOS***
10/16/2013	*17/09/2013*	*Caa1*	*CCC1*

Al tratarse de información generada manualmente, la misma efectivamente no fue actualizada en el reporte enviado a la ASFI hasta el 10/6/2013, por una omisión operativa. Parte de dicho problema se genera en la necesidad de enviar reportes manuales de información, los cuales al no generarse de forma automática son susceptibles a problemas de trascripción.

Se debe considerar al respecto que dicha información solo se envía a la ASFI, para su control interno y la misma no es retransmitida al mercado. Por lo cual no vulnera la esencia del artículo mencionado y no implica por lo tanto un factor que genere una desigualdad de información a los participantes de un fondo o a los participantes del mercado, ni implica un factor para la toma de decisiones de los mismos.

Cabe mencionar por otro lado, que las calificaciones de riesgo son información de carácter público y su fuente es de conocimiento público, y no se remiten solamente a un informe proporcionado por la SAFI…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 580/2013 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

Inicialmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI Nº 369/2013 de 20 de junio de 2013, misma que fue anulada en un primer Recurso de Revocatoria, a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2013 de 19 de agosto de 2013.

Por su efecto, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 580/2013 de 9 de septiembre de 2013, el Ente Regulador resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *con multa en Bolivianos, equivalente a* ***$us77.000.00 (SETENTA Y SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, por los cargos 1, 2, 3 y 4, sobre incumplimientos a la siguiente normativa: artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el inciso b) del artículo 43, artículo 49, inciso a) del artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004; artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los valores de oferta pública de renta fija impagos y de los valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N° 115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004; primer párrafo del artículo 14 y artículo 18 del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo.*

SEGUNDO*.- El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial para la venta y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa...*"

Los argumentos presentados en dicha Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por dicha norma legal y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del Mercado, señala a su vez que la información que por disposición de la Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, actual ASFI, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, debe ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa No. 421 de 13 de agosto de 2004, establece que: "Las Sociedades Administradoras deberán

dar cumplimiento a las siguientes obligaciones, en el marco de la administración de Fondos de Inversión:….b) Respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administran, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables".

Que, el inciso a) del artículo 107 de la misma Normativa, exige para el caso de inversiones de los Fondos de Inversión abiertos en los mercados financieros internacionales, que las mismas cumplan los siguientes criterios: "Los emisores de Valores de Renta Fija y/o los instrumentos financieros de corto plazo emitidos por éstos, en los que inviertan los Fondos de Inversión, deberán estar comprendidos dentro de un nivel de categoría de calificación de riesgo local mínima de A, establecida por una Nationally Recognized Statistical and Rating Organizations (NRSRO) o por una entidad calificadora de la cual sea accionista mayoritario una NRSRO."

Que, el artículo 49 de la citada Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señala en su segundo párrafo: "Son responsabilidades del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora: a) Modificar y controlar las políticas de inversión de cada fondo, cuando corresponda, b) Establecer los límites de inversión y analizar los excesos en dichos límites, cuando estos ocurran, d) Monitorear y evaluar las condiciones de mercado".

Que, el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los valores de oferta pública de renta fija impagos y de los valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N° 115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004, que establece: "…Para el caso de los Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deberán valuar estas inversiones en cero y efectuar el castigo contable con cargo a los productos obtenidos por rendimientos y otros conceptos por el cien por ciento (100%) del valor de la inversión incluidos sus rendimientos devengados, en la fecha en la que se produzca el incumplimiento de pago de la obligación o que el emisor se encuentre en cesación de pagos…"

Que, el primer párrafo del artículo 14 del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, establece que: "Santa Cruz Investments SAFI S.A., ha constituido un comité de inversiones cuyas funciones son: diseñar y controlar las políticas de inversión del FONDO, establecer los límites de inversión y <u>analizar los excesos en dichos límites si estos ocurriesen, controlar y evaluar las condiciones de mercado</u>, definir los tipos de riesgo de las inversiones, los mecanismos de control, administración y cuantificación de los mismos, supervisar las labores del administrador del Fondo, proponer modificaciones a las políticas de inversión y a las normas internas de control en función a las necesidades del proceso de inversión."

Que, el artículo 18 del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, establece que: "En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 <u>en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3</u>".

***CONSIDERANDO**:*

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998, establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

Numeral 1) Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Numeral 2) Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.

Numeral 17) Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Que, el inciso a) del artículo 108 de la referida Ley, modificado por Sentencia Constitucional Nº 0042/2004 de 22 de abril de 2004 dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Autoridad de Supervisión aplicará a los infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa que serán aplicadas mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, el artículo 110 de la misma norma establece que, la sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.

Que, mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad regirán la atribución sancionadora de ASFI.

Que, el artículo 4 del citado Decreto Supremo dispone que, la Autoridad de Supervisión aplicará sanciones en el marco de los principios establecidos en el artículo 3 del citado reglamento, previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción que se establecen en el artículo 11 del mismo cuerpo reglamentario.

Que, el artículo 7 del mencionado Reglamento, en su inciso c) dispone que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave, si esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.

Que, el inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones Administrativas, establece que la sanción de multa será aplicada a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo precedente, a efectos de aplicar la sanción de multa, el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres

supuestos descritos, sin ser necesario que concurran las tres condiciones en una misma infracción para la imposición de la sanción de multa.

Que, el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas dispone la aplicación de la sanción de multa por este ente regulador, según los rangos siguientes:

a) Primer Rango: desde $us 500 hasta $us 10.000.

b) Segundo Rango: desde $us 10.001hasta $us 20.000.

c) Tercer Rango: desde $us 20.001 hasta $us 35.000.

d) Cuarto Rango: desde $us 35.001 hasta $us 70.000.

La aplicación de los rangos señalados se sujetará a lo dispuesto por el Capítulo 1 del Título III del señalado Decreto Supremo.

Que, el artículo 20 del mencionado Reglamento, dispone que en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12 del citado Reglamento y en el marco de lo dispuesto en los artículos 3 y 11 de la misma normativa, la Superintendencia, actual ASFI, podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:

Inciso b) multas por las siguientes causales conforme a los rangos de multa correspondientes:

Primer Rango,

"…

Numeral 1. Enviar información con errores o inconsistencias…

Numeral 4. Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas.

Numeral 7. Incumplir en forma y plazos con las medidas establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas.

Numeral 9. Incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por la Superintendencia, actual ASFI…"

Segundo Rango,

"…

Numeral 7. Causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables. Se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere a dicho monto del perjuicio causado o beneficio obtenido."

***CONSIDERANDO**:*

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-131880/2013 e Informe Legal ASFI/DSV/R-133789/2013 de 2 y 5 de septiembre de 2013, respectivamente, se efectuó el análisis de los cargos notificados y de los descargos presentados, conforme se expone a continuación:

- *Respecto al cargo **1**, la Sociedad Administradora manifiesta textualmente lo siguiente: "La Sociedad Administradora para la Cartera del fondo de inversiones Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo, adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruceiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody's), calificación menor a la requerida en el reglamento interno del fondo de inversión abierto administrado".---Al respecto cabe aclarar:---El reglamento interno del Fondo Renta Activa Corto Plazo establece en su reglamento: "ARTÍCULO 18.CALIFICACION DE RIESGO INVERSIONES.- El FONDO invertirá en valores locales con calificación de riesgo mínima de:---A3 en el caso de Largo Plazo.---N2 en el caso de valores Corto Plazo.---La liquidez local del FONDO será mantenida en cuentas corrientes o cajas de ahorro, en entidades financieras que cuenten con una calificación de riesgo como emisor igual o superior a A3 conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.---En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3", por lo que se habría dado estricto cumplimiento al mismo.---Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruceiro do Sul de A1.br (Se adjunta la pantalla respectiva de Bloomberg Anexo1), y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento y al artículo 107 de la normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.---La ASFI tenía conocimiento de dicha inversión, del reglamento del fondo a la fecha de inversión, y de la calificación de dicha inversión. Esta es informada de forma diaria de las inversiones en el exterior mediante el informe FI-10 (28 de septiembre de 2010) del fondo en cuestión, sin haber efectuado ninguna observación al respecto durante más de 2 años."*

  "Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después de la disminución calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012 de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes.---Señalar, que en la norma para fondos de inversión y sus sociedades administradoras, en su artículo 107 señala "En el caso de excesos de inversión involuntarios, debido a disminuciones de calificación de riesgo u otros relacionados, dichos excesos deberán ser corregidos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Para el caso de inversiones en países sudamericanos, dicho plazo será de noventa (90) días calendario". Desde el 29 de marzo de 2012, se contaba con un periodo de 90 días para adecuar los respectivos límites. El 18 de abril de 2012, se coloca una orden de venta para lograr corregir dicho exceso. Al momento de la intervención del banco habrían transcurrido solamente 65 días de dicho plazo.---Desde el momento de la reducción de la calificación de riesgo se

pusieron órdenes de venta (adjuntas a la presente y remitidas a su Autoridad mediante nota SC SAFI - 1554/2012) de los valores en cuestión, buscando en todo momento preservar el capital de los participantes del fondo.---Por lo expuesto anteriormente, solicitamos se desestime el presente cargo, ya que en ningún momento se habría incumplido con el reglamento interno del fondo, y por ende con la normativa aplicable."

Con relación al descargo presentado por la administradora que manifiesta: "Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruceiro do Sul de A1.br y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento...", se advierte que la Sociedad Administradora no considera la calificación de riesgo de los instrumentos, puesto que solo toma como referencia las calificaciones de riesgo del emisor y del país; sin embargo el artículo 18 del citado Reglamento Interno es claro cuando exige para las inversiones que realice el Fondo en el extranjero que: "tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 ***en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3****", y como se señaló en la notificación de cargos, los Valores contaban con una calificación de BB2 (calificación otorgada por Moody's) en el momento de su adquisición, calificación menor a la exigida en el reglamento interno.*

En este sentido, la Sociedad Administradora en el momento de efectuar dicha inversión era responsable de verificar que la misma cumpla todo lo estipulado tanto en la Normativa, como en lo determinado en el Reglamento Interno del Fondo de Inversión, para el cual se efectuó la adquisición de dichos Valores, tomando en cuenta lo establecido en el numeral 16 del artículo 41 del citado Reglamento Interno que establece como obligación para la SAFI, cumplir lo establecido por la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, demás normas pertinentes y lo determinado en ese Reglamento.

Respecto a lo manifestado por la administradora en relación a que ASFI tenía conocimiento de las calificaciones, sin haberse manifestado en relación a las mismas, cabe precisar que la aprobación del código de emisor del Banco Cruzeiro do Sul correspondió a una solicitud efectuada por SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., la cual cumplía con todos los requerimientos establecidos por el artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, considerándose la calificación de riesgo otorgada a Brasil como país y la calificación local del Banco Cruzeiro do Sul en su calidad de emisor (A1.br). Sin embargo, en forma previa a la inversión la Sociedad Administradora debió verificar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, el Reglamento Interno del Fondo de Inversión para el que se invierta y cualquier otra normativa aplicable, considerando a su vez que la SAFI en ningún momento comunicó a ASFI, la intención de adquirir estos valores.

Por otra parte, la Sociedad Administradora informó en todo momento a este Órgano de Supervisión en los reportes FI-10, una calificación de riesgo para el emisor de A1, pese a que desde el 18 de noviembre de 2011 hasta el momento en

que la administradora dejó de informar dicha inversión, la calificación real era distinta a la reportada, como se observa en el siguiente cuadro:

FECHA*	CALIFICACIÓN MOODYS'		CALIFICACIÓN REPORTADA	
	TÍTULOS	EMISOR	TÍTULOS	EMISOR
18/11/2011	Ba3	A3	BB	A1
29/03/2012	B2	Ba2	BB	A1
05/06/2012	Caa1	Caa1	BB	A1
18/08/2012	Ca	Ca	CCC1	A1

(*) Fecha en las que se han producido las disminuciones en la calificación del Banco Cruzeiro do sul

Este aspecto será considerado en el análisis del cargo 4, tomando en cuenta que el envío de información con errores e inconsistencias a ASFI, se constituye a su vez en infracción a la normativa que rige el Mercado de Valores.

La información incorrecta respecto a las calificaciones de riesgo del Banco Cruzeiro do Sul y de los Bonos con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, remitida por la SAFI a este Órgano de Supervisión, determinaba que dicha inversión se enmarcaba en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, la cual como se ha argumentado establece una calificación mínima para el emisor de A3. Sin embargo, como claramente se analizó precedentemente, la calificación de riesgo del instrumento no cumplía con la determinada en el reglamento interno del Fondo, por lo que se tiene que la SAFI no consideró la prohibición establecida en el inciso d) del artículo 44 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de: "Apartarse o incumplir lo establecido por la Ley del Mercado de Valores, y demás normativa aplicable así como por el Reglamento Interno del Fondo de Inversión administrado, sobre todo en lo relativo a su Política de Inversiones y demás disposiciones aplicables."

En lo que respecta a la calificación de riesgo del emisor de A1, a la que alude la Sociedad Administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de la adquisición de los Bonos del Banco Cruzeiro do Sul cumplía con lo establecido en el artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, el 29 de marzo de 2012, el Banco Cruzeiro do Sul pasa a tener una calificación de BB2, con perspectiva negativa (el 4 de enero de 2012, Moody's ya había anunciado que analizaría una posible disminución en la calificación del Banco Cruzeiro do Sul). En su informe la agencia calificadora manifiesta que el descenso del ranking del Banco Cruzeiro do Sul, responde a que el Banco tenía una dependencia muy grande de depósitos con garantía y acuerdos con el Fondo de Garantía de Crédito (FGC), que a fines de 2011, representó más de un tercio (33%) del financiamiento total del banco. Dicha

disminución en la calificación determinaba el incumplimiento por parte de la SAFI a lo establecido en el artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, que exige que ***los emisores de Valores de Renta Fija*** *y/o los instrumentos financieros de corto plazo emitidos por éstos,* ***en los que inviertan los Fondos de Inversión, deberán estar comprendidos dentro de un nivel de categoría de calificación de riesgo local mínima de A****, y a su vez afectaba a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, analizado precedentemente, que establece: "En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 en* ***instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3****".*

En lo que respecta, al plazo de 90 días para regularizar el exceso en la inversión que se producía a partir de la disminución de la calificación del Banco Cruzeiro do Sul del 29 de marzo de 2012, citado por la SAFI como descargo, cabe precisar que si bien el artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras otorga un plazo de 90 días para la corrección de excesos por disminuciones en la calificación de riesgo, la disminución correspondiente al 29 de marzo de 2012 era la segunda que se producía y la misma advertía una tendencia negativa en la calificación tanto para el emisor como para los valores correspondientes al Banco Cruzeiro do Sul, por tanto, la situación demandaba a la administradora celeridad en la adopción de medidas correctivas.

Asimismo, el plazo de 90 días para la regularización del exceso de inversión finalizaba el día 27 de junio de 2012, debiendo la Sociedad Administradora haber procedido a la corrección del mismo durante ese periodo. Sin embargo, la administradora se limitó a realizar consultas de precios para los valores emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul y no órdenes de venta como manifiesta en sus descargos. La única orden de venta anterior a la intervención del banco, fue efectuada el 18 de abril de 2012, determinando un precio de 99% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 94% para los bonos con código ISIN XS0523748639, precios que no estaban acorde a los vigentes en el mercado en ese momento considerando que la cotización proporcionada el 10 de abril de 2012 por el intermediario, presentaba un precio de 96% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 90% para los bonos con código ISIN XS0523748639.

Durante el plazo de adecuación de 90 días, la SAFI obtuvo las siguientes tres cotizaciones de su intermediario para dichos valores:

FECHA	***PRECIO***	
	XS0452252835	***XS0523748639***
2012-04-10	*96%*	*90%*
2012-05-28	*94%*	*85%*
2012-05-31	*97%*	*88%*

Fuente: Cotizaciones remitidas por Santa Cruz Investments SAFI S.A. en nota SC SAFI – 1554/2012

Considerando que la regularización del exceso determinaba la venta conjunta de los bonos, la opción correspondiente a la cotización del 10 de abril de 2012 era la más conveniente para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, dentro del plazo de adecuación establecido por la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en cumplimiento a su obligación de administrar la cartera del Fondo con la responsabilidad acorde a su carácter profesional, buscando una adecuada rentabilidad y seguridad, con arreglo al principio de distribución de riesgos, preservando siempre el interés e integridad del patrimonio del Fondo y tomando en cuenta la situación particular y delicada que presentaba la inversión. Sin embargo, la Sociedad Administradora fijó precios de venta superiores, los cuales no estaban acorde a los precios vigentes para los mencionados bonos en el mercado, situación que no permitió la venta oportuna de los mismos.

Es así que recién en fecha 18 de diciembre de 2012 (174 días después de vencido el plazo de adecuación) se produce la venta de los bonos a un precio de 18.5%, generando como consecuencia una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us 333,750.00, producto del diferencial de precios entre el precio de venta y el precio de la cotización correspondiente al 10 de abril de 2012, tal como se detalla a continuación:

Título	***Precio de venta***	***Cantidad***	***Precio cotizado****	***Pérdida $us***
XS0452252835	*18.5%*	*200*	*96%*	*155,000.00*
XS0523748639	*18.5%*	*150*	*90%*	*107,250.00*
XS0523748639	*18.5%*	*100*	*90%*	*71,500.00*
Total $us				***333,750.00***

(*) Cotización efectuada por Clariden Leu proporcionada a Santa Cruz Investments S.A. el 10-04-2012

Asimismo, una vez producida la venta de los títulos, el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo presentó tasas de rentabilidad negativas las cuales evidencian descensos del Valor Cuota del Fondo, mostrados en el siguiente cuadro:

FECHA	**VALOR CUOTA**	**TASA DE RENTABILIDAD (%)**			
		30 DÍAS	**90 DÍAS**	**180 DÍAS**	**360 DÍAS**
2012-12-17	110.7108	0.3347	0.6522	4.7765	0.8637
2012-12-18	96.1094	-157.9725	-52.2503	-22.2379	-12.4469
2012-12-19	96.1068	-157.996	-52.2636	-22.5237	-12.4535
2012-12-20	96.1043	-157.8143	-52.2877	-22.5343	-12.46

Por tanto, los argumentos expuestos por la Sociedad Administradora no desvirtúan ningún aspecto de la infracción imputada, correspondiendo ***ratificar*** *el cargo por incumplimiento al artículo 18 del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, al inciso b) del artículo 43 y al inciso a) del artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004.*

Al efecto, corresponde considerar que con la conducta descrita, la SAFI no solo incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), sino que generó una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo y para sus participantes, por lo que corresponde la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Al respecto, el inciso b) parágrafo I del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, establece que se aplicará la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

De acuerdo a lo previsto en el citado precedente, a efectos de aplicar la sanción de multa, el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres supuestos descritos, sin ser necesario que concurran las tres condiciones en una misma infracción para la imposición de la sanción de multa, correspondiendo señalar en el caso analizado, la concurrencia del primer y tercer supuesto, en lo referido a infracción cometida por culpa y el haber ocasionado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo y por ende para sus participantes.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

En este marco, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado; b) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Segundo Rango, el causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables.*

En el ejercicio de la potestad sancionadora, y en aplicación de lo establecido en el citado numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, referido a que se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido, habiéndose determinado una pérdida para el

Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us. 333,750.00 (TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), corresponde la aplicación del tope del Cuarto Rango de multa de $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), conforme señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento.

Por lo que, corresponde imponer a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, la sanción de multa de Cuarto Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso d) del artículo 13, y numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Con relación al cargo 2, la Sociedad administradora señala lo transcrito a continuación: "El comité de inversiones de la sociedad administradora no habría tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, que contarían con calificación de riesgo menor a la mínima requerida, tanto en el Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo como en la Normativa vigente;"---El comité si tomó las medidas respectivas, al haber colocado la orden de venta de dichos valores, a los 20 días de haberse dado la respectiva disminución en la calificación de riesgo, como se evidencia en la orden adjuntada. Hecho que demuestra que a pesar de contar con 90 días para corregir dicho exceso, se tomaron las medidas correctivas del caso."*

  "Asimismo no habría tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención del Banco Cruzeiro do Sul."---Reiteramos que el comité, si tomo las medidas necesarias, colocando la respectiva orden de venta, y efectuando un monitoreo sobre la inversión mencionada hecho que se corrobora incluso con una orden de venta, tres cotizaciones efectuadas y dos informes sobre el BCS, los cuales se adjunta a la presente (Anexo 2).

  "Igualmente, en forma posterior a la intervención no habría efectuado un seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones"---Se efectuaron dos comités extraordinarios en fechas 14 de junio de 2012 y 22 de agosto de 2012 (Anexo 4), analizando la cronología de hechos respectivos, determinado la colocación de una nueva orden de venta basada en los hechos descritos, y el informe de Barclays de fecha 07 de junio de 2012, el cual mostraba un mayor precio de recuperación.

  "La conducta descrita constituiría incumplimiento al inciso b) el artículo 4 del reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, el artículo 14 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto plazo, por lo que habría incumplido a su vez el inciso b) del artículo 43 y los incisos a), b) y d) del artículo 49 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras"---Que el reglamento del comité de Inversión de la Sociedad Administradora en su artículo 4 señala:---"Artículo IV. Elección del Comité de

Inversión---El Comité de Inversión será elegido por el Directorio de la Sociedad, quien le atribuye todas las facultades referidas al cargo."---El Comité de Inversiones de la Sociedad fue designado por el directorio, cumpliendo a cabalidad el artículo mencionado no existiendo un inciso b) en el mencionado artículo. Se adjunta a la presente el Reglamento del Comité de Inversión. (Anexo3), por lo que no vemos en qué forma se habría incumplido con el mencionado artículo referido.---Asimismo, el artículo 43, en su inciso b) señala: "Respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administran, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables.", el artículo 49 señala: "En las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión deberá existir y funcionar permanentemente por lo menos un Comité de Inversión integrado siquiera por tres (2) miembros. Son responsabilidades del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora: a) Modificar y controlar las políticas de inversión de cada fondo, cuando corresponda, b) Establecer los límites de inversión y analizar los excesos en dichos límites, cuando estos ocurran, d) Monitorear y evaluar las condiciones de mercado".---El Comité de Inversiones revisa mensualmente la siguiente información, la cual no es limitativa a cada una de las sesiones, hecho que se puede constatar en las respectivas actas:---a. Análisis de indicadores del mercado, evaluando y monitoreando la situación nacional e internacional de los mercados y economías.---b. Revisión de desempeño de los portafolios administrados de los fondos, como de los límites de inversión y su cumplimiento, evaluando el desempeño, limites, evolución de las inversiones en el extranjero y noticias relevantes de los emisores en los cuales se mantiene inversiones.--- c) Control de la valoración de la cartera, verificando la valoración correcta de las inversiones que mantiene cada uno de los portafolios.---Se adjuntan actas del Comité de Inversiones de fechas 12 de junio de 2012, 14 de junio de 2012 y 22 de agosto de 2012 (Anexo 4), donde se demuestra que se habría dado estricto cumplimiento a dicho punto, y la respectiva presentación cumpliendo con los puntos mencionados.---Por lo mencionado anteriormente, y al no haber incumplido los mencionados artículos de la normativa vigente ni del reglamento al reglamento del comité de inversiones, solicitamos se desestimen los cargos mencionados."

La Administradora manifiesta haber tomado medidas oportunas haciendo alusión al análisis de 2 informes, 3 cotizaciones de precios y a la orden de venta realizada el 18 de abril de 2012. Sin embargo dichas acciones no pueden ser consideradas como descargos suficientes considerando los siguientes aspectos:

- *El acta del Comité de Inversiones del 17 de abril de 2012, manifiesta que el exceso de inversión correspondiente a inversiones en el extranjero se encontraba corregido a esa fecha, es decir que la administradora no consideraba que las inversiones en Valores del Banco Cruzeiro do Sul, desde el 29 de marzo de 2012, infringían lo establecido en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

- *El informe elaborado por ING del 18 de noviembre de 2011, cuando se produce la primera disminución en la calificación del Banco Cruzeiro do Sul, sugiere como atractivos los papeles cortos (CRUZ'12 y CRUZ'13), para los*

tipos de inversores MENOS AVERSOS AL RIESGO, aparte de sugerir cierta cautela.

Asimismo, reiterar que la única orden de venta anterior a la intervención del banco, fue efectuada el 18 de abril de 2012, determinando un precio de 99% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 94% para los bonos con código ISIN XS0523748639, los cuales no estaban acorde a los vigentes en el mercado en ese momento considerando que la cotización proporcionada el 10 de abril de 2012, por el intermediario presentaba un precio de 96% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 90% para los bonos con código ISIN XS0523748639.

Por otro lado, es necesario precisar que una vez realizada la intervención del Banco Cruzeiro do Sul en fecha 4 de junio de 2012 por el Banco Central del Brasil, el 5 de junio de 2012 se produce una tercera disminución en la calificación de riesgo del Banco Cruzeiro do Sul; al respecto, el informe de Moody's advirtió que la disminución en la calificación de la deuda senior del Banco Cruzeiro do Sul a Caa1, obedece a que la calificadora advierte que la fuerza financiera y la solvencia han sido severamente deterioradas por la fuerte debilidad de la calidad de los activos y condiciones de fondeo, los cuales presentan un alto riesgo para los tenedores de bonos.

Pese a este hecho, los Comités de Inversiones efectuados en fechas 12 y 14 de junio de 2012 determinan poner en venta los valores del Banco Cruzeiro do Sul a los precios de mercado anteriores al 4 de junio de 2012, aspecto que se traduce en la siguiente orden de venta: valores con código ISIN XS0452252835 a 97.5% y valores con código ISIN XS0523748639 a 91.99%. Sin embargo, en la consulta efectuada por la administradora en fecha 31 de mayo de 2012 el intermediario proporcionó los siguientes precios: 97% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 88% para los bonos con código ISIN XS0523748639.

Como se puede evidenciar la decisión adoptada por el Comité de Inversiones muestra la ausencia de análisis de la situación y de los hechos que la administradora manifiesta haber realizado para la colocación de la nueva orden de venta.

De igual manera, el Comité de Inversiones efectuado en fecha 14 de junio de 2012 determinaba que se realice un monitoreo constante de las noticias relacionadas con el Banco Cruzeiro do Sul. Situación por la cual, la administradora debió haber efectuado un seguimiento continuo a las noticias que se generaban en relación a la situación del Banco y que las mismas sean de conocimiento del Comité de Inversiones. Sin embargo, como se advierte en las actas del Comité de Inversiones el tema dejó de ser abordado en la reunión correspondiente al día 17 de julio de 2012, pese a que el día 27 de junio de 2012 finalizaba el período de 90 días para la regularización del exceso de inversión, debiendo la administradora haber procedido a la regularización del mismo.

Asimismo, en forma anterior al Comité de Inversiones del día 17 de julio de 2012, el 14 de julio de 2012, la Agencia de Información Financiera Internacional Reuters publicó que las pérdidas del Banco Cruzeiro do Sul duplicaban a las estimadas inicialmente, hecho que resulta ser bastante crítico, el cual determinó un descenso significativo del precio de los bonos. Por tanto, unas pérdidas mayores a las previstas sugieren mayores complicaciones para una posible venta del Banco y un menor interés de parte de los potenciales compradores.

Por otro lado, es necesario precisar que el informe de Barclays de fecha 7 de junio de 2012, remitido por SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. mediante nota SC SAFI – 1554/2012, establece que la decisión de venta del Banco Cruzeiro do Sul estaba en función de tres elementos principales:

- *La naturaleza y magnitud del fraude que pueda ser detectado por la nueva auditoría a ser realizada.*

- *La valoración que puedan dar los potenciales compradores a la red del Banco Cruzeiro do Sul y su portafolio de clientes.*

- *La disponibilidad potencial del FGC/fondo gubernamental para los compradores y/o acreedores potencialmente dispuestos a reducir el valor nominal de sus demandas para facilitar un trato que impulse la recuperación de precios encima de los niveles actuales de negociación.*

En este sentido, el Comité de Inversiones debió haber adoptado nuevas medidas en lo que respecta a la tenencia de dichos valores, considerando que las expectativas de la misma en relación a un precio superior de venta para los títulos, producto de una interpretación errónea del informe emitido por Barclays, perdían toda vigencia y no se ajustaban a la situación real, situación que obligaba necesariamente a una revisión del precio de venta vigente en la orden de venta de dichos valores.

En lo que respecta al Comité de Inversiones que se lleva a cabo el 14 de agosto de 2012, no se aborda de manera específica la situación del Banco Cruzeiro do Sul, ni se revisan los precios correspondientes a la orden de venta, pese a que los precios informados por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. mostraban descensos y eran significativamente más bajos a los registrados un mes atrás y a las noticias que advertían de una situación más deteriorada del Banco Cruzeiro do Sul.

Con relación al segundo Comité Extraordinario llevado a cabo el 22 de agosto de 2012, el mismo tuvo como único objetivo aceptar la oferta realizada por el FGC para la recompra de los bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul antes del 28 de agosto de 2012, para que se consiga el premio consignado en la oferta.

La administradora manifiesta haber dado estricto cumplimiento al artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, así como haber efectuado en su Comité de Inversiones, análisis de indicadores del mercado,

evaluando y monitoreando la situación nacional e internacional de los mercados y economías y la revisión de desempeño de los portafolios administrados de los fondos, como de los límites de inversión y su cumplimiento, evaluando el desempeño, limites, evolución de las inversiones en el extranjero y noticias relevantes de los emisores en los cuales se mantiene inversiones; sin embargo, las actas de los Comités de Inversiones llevados a cabo en fechas 17 de julio y 14 de agosto de 2012, muestran una ausencia total de haber realizado dichas actividades en relación a las inversiones en bonos del Banco Cruzeiro do Sul.

Con relación a la inexistencia del inciso b) del artículo 4 del Reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, se acepta lo expuesto por la entidad como descargo al haberse incluido la cita en base a un documento desactualizado, correspondiendo desestimar parcialmente el cargo notificado en lo que respecta al presunto incumplimiento del señalado Reglamento del Comité de Inversión, aclarándose que la Sociedad Administradora tiene la obligación de actualizar la documentación presentada como requisito para la inscripción y autorización de funcionamiento de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, que consta en los archivos del RMV, debiendo presentar oportunamente las nuevas versiones del Reglamento del Comité de Inversión con los cambios aprobados por su Directorio.

Por otro lado, considerando que los argumentos expuestos por la administradora no desvirtúan la infracción imputada, se ratifica parcialmente el cargo por incumplimiento al artículo 14 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, al inciso b) del artículo 43 y los incisos a), c) y d) del artículo 49 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a la SAFI, por infracción a lo dispuesto en su reglamentación interna y por incumplimiento a lo dispuesto en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se encuentra previsto como infracciones específicas, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en los numerales 4 y 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; asimismo, se debe tomar en cuenta como circunstancias de la infracción imputada, que la omisión en el seguimiento de las inversiones efectuadas fue reiterada durante el periodo analizado previamente, dicha conducta pasiva coadyuvó a generar los efectos directos en el Fondo y por ende en los participantes, que fueron analizados en el cargo 1 precedente, por otro lado la Sociedad no es reincidente en este tipo de infracciones.

Consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de multa de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us4.000.00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numerales 4 y 7, Primer rango, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

➢ *Con relación al cargo 3, la Sociedad Administradora señala textualmente lo siguiente: "La Sociedad Administradora en los Estados Financieros del Fondo de Inversión abierto de Renta Activa de Corto Plazo correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012 no habría valuado en cero las inversiones que mantenía para el citado Fondo en los valores con código ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639 y no habría efectuado el castigo contable con cargo a resultados por el 100% del valor de los señalados instrumentos.---"La citada conducta infringiría lo dispuesto en el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los valores de oferta pública de renta fija impagos y de los valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N° 115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004".---Al respecto señalar:---1. El manejo de las inversiones mantenidas en el Banco Cruzeiro do Sul posteriores a la liquidación extrajudicial emitida por el Banco Central de Brasil, era de conocimiento de su Autoridad, hecho comunicado mediante carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012. (Anexo 5).---2. Que producto del manejo realizado por la Sociedad, esta situación no ocasionó un daño al mercado, puesto que la información fue de conocimiento de nuestra Sociedad y de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no llegando esta situación a los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo ni al mercado.---3. Los balances respectivos de los fondos son enviados mensualmente hasta el décimo día calendario, por lo que dicho hecho era de conocimiento de su Autoridad, la cual en ningún momento observó la misma. Esta información fue entregada en fechas: 05 de octubre de 2012 y 08 de noviembre de 2012.---4. En todo momento se buscó no afectar a los participantes del fondo, hasta poder liquidar dichas inversiones. No se perjudicó a ningún cliente ya que solo se limitaron los retiros y depósitos del fondo en las mencionadas fechas, no se obtuvo ningún tipo de ventaja para los administradores del fondo y dicho hecho no tuvo ninguna repercusión en el mercado de valores."*

Respecto al punto 1 de los descargos, cabe señalar que el artículo segundo del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Oferta Pública de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N°115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004, establece que para el caso de los Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deberán valuar esas inversiones en cero y efectuar el castigo contable con cargo a los productos obtenidos por rendimientos y otros conceptos, por el cien por ciento (100%) del valor de la inversión incluidos sus rendimientos devengados, en la fecha en la que se produzca el incumplimiento de pago de la obligación o que el emisor se encuentre en cesación de pagos. Cuando el prospecto de la emisión de los valores en los que la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión hubiera invertido contenga una previsión que otorgue al emisor un determinado periodo de tolerancia, computable a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del cupón o del valor, según corresponda, para efectuar el cumplimiento del pago de un cupón de intereses o el cumplimento del pago del capital, la Sociedad

Administradora de Fondos de Inversión, valuará en cero dichas inversiones una vez transcurrido dicho periodo de tolerancia.

Del análisis efectuado a la documentación y argumentos vertidos por la SAFI, se evidencia que a partir del 17 de septiembre de 2012, los Bonos CRUZ'12 se encontraban vencidos y los Bonos CRUZ'13 en cesación de pagos, por lo que dichas inversiones debieron ser valuadas en cero y se debió efectuar el castigo contable con cargo a los productos obtenidos por rendimientos y otros conceptos, por el cien por ciento (100%) del valor de la inversión incluidos sus rendimientos devengados, procedimiento omitido por la SAFI conforme se evidencia de la revisión de los Estados Financieros del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa de Corto Plazo correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012.

En este sentido, la Sociedad Administradora tiene la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido por la normativa vigente, el término obligación constituye un vínculo que impone en el presente caso la ejecución de una acción, no existiendo en la norma una excepción o exclusión para la falta de ejecución de dicha obligación.

Con relación a la carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012, señalada en sus descargos, se aclara que la misma fue respondida por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-128234/2012 de 8 de octubre de 2012, que manifestó claramente lo siguiente:

"…La Sociedad es responsable de efectuar un adecuado seguimiento de las inversiones efectuadas, debiendo evitar cualquier situación que sea potencial de pérdidas o daños a los participantes de un determinado Fondo de Inversión.

Este Órgano de Supervisión no se puede pronunciar respecto a las acciones que corresponden propiamente a la Administración de un Fondo de Inversión, las cuales son de total responsabilidad del Administrador del mismo.

El actuar tanto del Administrador como del Comité de Inversiones de un Fondo de Inversión debe ser diligente y responsable, el cual debe estar orientado a precautelar los intereses de los participantes del mismo.

Las acciones que vaya adoptar la SAFI, no pueden ser contrarias a las disposiciones establecidas en la Normativa."

En relación al punto 2, los efectos negativos a los participantes del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo fueron considerados en la evaluación del cargo 1, asimismo se establece que el efecto de no haber aplicado el artículo segundo del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Oferta Pública de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, en los estados financieros del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, conllevó una inadecuada exposición de los mismos.

La Sociedad Administradora indica en el punto 3 de sus descargos que el manejo de las inversiones mantenidas en el Banco Cruzeiro do Sul posteriores a la liquidación extrajudicial emitida por el Banco Central de Brasil, era de conocimiento de ASFI, comunicado mediante carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012 y que los balances respectivos de los fondos fueron enviados el 5 de octubre de 2012 y el 8 de noviembre de 2012; sin embargo la administración del Fondo, de acuerdo a lo establecido normativamente, es de entera responsabilidad de la Sociedad Administradora y en cuanto al contenido de toda la información remitida por la Sociedad Administradora en relación a sus inversiones e información periódica, responde a las obligaciones de información como personas jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, no eximiéndolas de las responsabilidades sobre la calidad y veracidad de la información remitida a este Órgano de Supervisión, conforme lo determina el segundo párrafo del artículo 68 de Ley N° 1834 del Mercado de Valores y el artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004.

Por tanto, se ratifica el cargo por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N°115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004.

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a la SAFI, por infracción a lo dispuesto en el señalado Reglamento para castigo contable, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; asimismo, se debe tomar en cuenta como circunstancias de la infracción imputada, que la omisión en el cumplimiento de la citada disposición contable, conllevó una inadecuada exposición de la información financiera del fondo, en cuanto a los efectos directos en el Fondo y por ende en los participantes, los mismos fueron analizados en el cargo 1 precedente, sin embargo no conllevó para los Administradores del Fondo la obtención de ningún tipo de ventaja, asimismo la Sociedad no es reincidente en este tipo de contravención.

Consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de multa de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us2.000.00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

- *En referencia al cargo 4 la Sociedad Administradora manifiesta lo transcrito a continuación: "La Sociedad Administradora, a partir del 18 de noviembre de 2011, habría reportado calificaciones de riesgo distintas a las reales, tanto para el emisor*

como para los instrumentos, correspondientes a los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, a través del Formulario FI-10 "Reporte de Inversiones en el extranjero"

FECHA		CALIFICACIÓN MOODY'S		CALIFICACIÓN REPORTADA	
Desde	Hasta	TÍTULOS	EMISOR	TÍTULOS	EMISOR
18/11/2011	28/03/2012	Ba3	A3	BB	A1
29/03/2012	04/06/2012	B2	Ba2	BB	A1
05/06/2012	15/08/2012	Caa1	Caa1	BB	A1
16/08/2012	17/09/2012	Ca	Ca	CCC1	A1

Dicha conducta constituiría contravención a lo establecido en el Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998".---Cabe señalar que desde el 12 de junio de 2012 se reportó la calificación de riesgo CCC1, y no como índica el detalle descrito por su Autoridad:

FECHA		CALIFICACIÓN MOODY'S	CALIFICACIÓN REPORTADA
Desde	Hasta	TÍTULOS	TÍTULOS
10/06/2013	17/09/2013	Caa1	CCC1

Al tratarse de información generada manualmente, la misma efectivamente no fue actualizada en el reporte enviado a la ASFI hasta el 10/6/2013, por una omisión operativa. Parte de dicho problema se genera en la necesidad de enviar reportes manuales de información, los cuales al no generarse de forma automática son susceptibles a problemas de trascripción.---Se debe considerar al respecto que dicha información solo se envía a la ASFI, para su control interno y la misma no es retransmitida al mercado. Por lo cual no vulnera la esencia del artículo mencionado y no implica por lo tanto un factor que genere una desigualdad de información a los participantes de un fondo o a los participantes del mercado, ni implica un factor para la toma de decisiones de los mismos.---Cabe mencionar por otro lado, que las calificaciones de riesgo son información de carácter público y su fuente es de conocimiento público, y no se remiten solamente a un informe proporcionado por la SAFI."

La Sociedad Administradora manifiesta que por tratarse de información generada manualmente, la misma efectivamente no fue actualizada en el reporte enviado a ASFI hasta el 10 de junio de 2013, por una omisión operativa. Al respecto, es necesario aclarar que dicho envío de información corresponde al año 2012.

Para el análisis del presente descargo se considera el periodo comprendido entre la fecha en que se produce la primera disminución en las calificaciones de riesgo, 18 de noviembre de 2011 y el 17 de septiembre de 2012, fecha hasta la cual la administradora reportó las inversiones correspondientes a valores emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul. Durante todo este periodo la calificación de riesgo informada para el emisor fue errónea.

En lo que respecta a la calificación de los títulos, sólo entre el 12 de junio de 2012 y 15 de agosto de 2012 del periodo antes señalado, la Sociedad Administradora informó la calificación correcta.

Hechos que evidencian la falta de seguimiento por parte de la SAFI a sus inversiones efectuadas en el extranjero, que no responden a la responsabilidad de la administradora de que la información remitida a ASFI se encuentre libre de errores y omisiones.

Por tanto, los argumentos expuestos por la administradora no desvirtúan la infracción imputada, correspondiendo ratificar el cargo por incumplimiento señalado en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el incumplimiento ratificado a SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A., por enviar información con errores e inconsistencias, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 1, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; asimismo, se debe tomar en cuenta como circunstancias a la infracción imputada, que dicha conducta dificultó en sobremanera la labor de control y supervisión que efectúa este Órgano de Supervisión, empero el incumplimiento no tuvo efectos en el Mercado de Valores y la Sociedad no es reincidente en este tipo de contravención.

Consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de multa de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us3.000.00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

***CONSIDERANDO**:*

Que, en virtud al análisis efectuado, a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se toma en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, mismo que señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

*Que, consiguientemente al haberse ratificado las infracciones imputadas a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.**, por los incumplimientos descritos en los cargos 1, 2, 3 y 4, de conformidad al artículo 7 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, corresponde aplicar el concurso de infracciones, mismo que prevé que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, como sucede en el presente proceso sancionatorio, se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave y si esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.*

*Que, a tal efecto, se establece que la infracción más grave es la descrita en el cargo **1**, que de acuerdo al análisis efectuado debe ser sancionada con multa de Primer*

Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por lo que corresponde imponer dicha sanción incrementada en un 10%, en razón al número de infracciones ratificadas y montos de sanciones calculadas, sumando una multa total de ***$us77.000.00 (SETENTA Y SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en sujeción a los artículos 3, 7, 11, 12 parágrafo I, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo N° 26156.*

Que, la multa impuesta responde al cálculo expuesto en los siguientes cuadros:

Cargo mayor: 1. Inversiones en el extranjero en bonos en infracción a su Reglamento Interno y Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, sancionado con $us:	70,000
Multa adicional del 10% del cargo mayor	7,000
Porcentaje del incremento adicional con relación al cargo mayor:	10%
MULTA TOTAL	77,000

OTROS CARGOS	MULTA CALCULADA (Expresado en $us)	PROPORCIÓN MULTA / TOTAL OTRAS MULTAS	MULTA ADICIONAL APLICADA (Expresado en $us)
2. Comité de Inversiones que no actuó conforme el Reglamento Interno del Fondo y la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.	4,000	44.44%	3,111
3. Omisión de valuación y castigo contable en infracción al Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos.	2,000	22.22%	1,556
4. Envío de información con errores e inconsistencias respecto a las calificaciones de riesgo del emisor y de los bonos en Formularios FI-10	3,000	33.33%	2,333
TOTAL	**9,000**	**100.00%**	**7,000**

(…)"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota presentada el 07 de octubre de 2013, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INEVERSIÓN S.A.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI Nª 580/2013 de 09 de septiembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***7. Fundamentación***

7.1. Descalce normativo en relación a los artículos 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones, aprobado Por Decreto Supremo Nro. 26156.

De la lectura atenta del contenido de la resolución sancionatoria emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, corresponde poner en su atención que nuevamente el Regulador incurre en una flagrante violación del Principio de Proporcionalidad y simultáneamente de legalidad, establecido en los artículos 72 y 75 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, toda vez que de acuerdo a la tipología de las sanciones, se aprecian cuatro rangos de sanción a los cuales una entidad puede estar sometida, en caso de probar la concurrencia de los imperativos hipotéticos de cada sanción.

Al respecto, corresponde invocar en forma expresa lo manifestado en el contenido de la Resolución ASFI N° 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, que dispuso:

"En el ejercicio de la potestad sancionadora y en aplicación de lo establecido en el citado numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, referido a que se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de la multa que correspondiente al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido, habiéndose determinado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, de $us. 333.750.00, corresponde la aplicación del tope del Cuarto Rango demulta (sic) de $us. 70.000 conforme lo señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento".

Como se podrá apreciar, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de aplicar la sanción correspondiente en Cuarto Rango en relación al Cargo Nro. 1, omite considerar y analizar la carencia total de los imperativos hipotéticos para aplicar dicha sanción, toda vez que el artículo 20 del Decreto Supremo Nro. 26156, complementando al artículo 13 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, complementa el artículo 13 de la siguiente forma:

ARTÍCULO 20.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3° y 11° de este mismo decreto supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:

Cuarto Rango:

1. *Realizar operaciones o transacciones ficticias.*
2. *Realizar prácticas manipulatorias* (SIC) *destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones.*

Como se podrá apreciar, la aplicación del Cuarto Rango, en relación al Cargo Nro. 1, es totalmente improcedente ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se limita a la lectura del artículo 13 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, y en forma totalmente inconsistente elude el considerar lo establecido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, donde se puede apreciar que para la imputación de un monto de $us.70.000 debe PROBAR que la entidad que represento ha realizado operaciones o transacciones ficticias o a realizado prácticas manipuladoras destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones.

El regulador, debe tener claramente establecido que el Reglamento de Aplicación de Sanciones, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, no puede ser aplicado en forma segmentada o sesgada, sino que por el contrario debe ser aplicada en forma conjunta a ser esta norma de ORDEN PÚBLICO, o sea dicho enotras (sic) palabras debe ser de cumplimiento obligatorio. En el presente caso, se observa con absoluta nitidez que para ejecución de una sanción de multa equivalente a $us. 70.000, deben concurrir dos elementos esenciales, y sine quanum, los cuales fueron descritos en el artículo 20 del reglamento correspondiente, pero en el caso de la Resolución ASFI Nro. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha podido probar en lo absoluto que la entidad haya incurrido en ninguna de las causales establecidas dichos condicionados.

Conclusión.-

En ese sentido, como se podrá apreciar a través de la instancia de larevocatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en tanto nopueda probar los condicionados del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, está (sic) totalmente imposibilitada de aplicar una sanción por una cuantía de $us.70.000, en Cuarto Rango, ya que esto implica una práctica exorbitante y fuera del marco legal establecido en el régimen sancionador, toda vez que por un Principio de Sometimiento a la Ley, está en la obligación de probar que se han realizado operaciones o transacciones ficticias o a realizado prácticas manipuladoras destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones.

7.2. Reincidencia en el incumplimiento del Principio de Verdad Material e inexistencia de instrumentos de predicción de hechos sobrevinientes.

Como fuera ya explicado en la primera instancia de revocatoria la actividad administrativa debe circunscribirse a elementos fácticos que deben ser confrontados con la normatividad vigente, más aún si se tratan de actos que puedan conllevar la existencia de sanciones de orden administrativo y que afecten el patrimonio de las entidades reguladas, generando riesgos de reputación corporativa.

*En ese sentido, se pretende establecer una sanción regulatoria, por hechos que son naturales en la dinámica del negocio inversor, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite completamente el contemplar la **VERDAD MATERIAL** de los hechos suscitados, lo cual hace que la argumentación del Regulador sea únicamente **TEÓRICA** y no así a través del Principio de la Verdad Material, el cual esta nítidamente establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

*La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe tomar en cuenta que esta forma de emitir resoluciones sancionatorias, sin verificar la verdad de cómo se han suscitado los hechos es totalmente ilegal y está disociada de la legalidad vinculante para los Reguladores, más aún cuando existe la **Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas**[1], por el cual se OBLIGA a los REGULADORES de que al momento de emitir una resolución sancionatoria, debe agotar la revisión y análisis de todos los hechos sobre los cuales se pretende sancionar por una determinada operación financiera.*

*Lo anteriormente expuesto halla pertinencia en el contenido del presente descargo, toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución ASFI No. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, en ninguna de sus partes, hace mención por ejemplo a la existencia de un elemento que se instituye como INCONTROLABLE en cualquier mercado regulado, como es la existencia de FRAUDE, tal cual es el caso de que fue objeto el Banco Cruzeiro do Sul, por ello, **corresponde** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, trascienda la teoría regulatoria y pueda demostrar y explicar, cuál era la forma en la que se debió administrar la evolución de la colocación de los bonos en el Banco Cruzeiro do Sul durante el periodo en el que se desarrollaron los acontecimientos, ya que es extremadamente fácil el poder emitir opiniones cuando se conocen los hechos pasados y no cuando*

se está administrando una operación de inversión donde no existen mecanismos de ninguna naturaleza para conocer hechos futuros, como los suscitados con la intervención del Banco en Brasil.

7.3. Distorsión de la Naturaleza de las Actividades del Mercado Inversor

Por otra parte, se observa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ingresa en un error conceptual, cuando pretende establecer responsabilidad sancionatoria, por las operaciones de riesgo efectuadas en el Banco Cruzeiro do Sul, desconociendo flagrantemente el espíritu de lo previsto en el artículo 87 de la Ley Nro. 1834 del Mercado de Valores que dispone:

"ARTÍCULO 87°.- CONCEPTO., El Fondo de inversión es el patrimonio común autónomo y separado de la sociedad administradora, constituido por la captación de aportes de personas naturales o jurídicas, denominados inversionistas, para su inversión en Valores de oferta pública, bienes y demás activos determinados por esta Ley y sus reglamentos, por cuenta y riesgo de los aportantes, confiados a una sociedad administración e inversión de patrimonio común, cuyos rendimientos se establecen en fundón de los resultados colectivos

Como se puede apreciar con absoluta nitidez, el concepto original sobre el manejo de la inversión, conlleva un contenido equitativo de ***riesgo,*** *el cual es admitido y asumido igualmente por los inversores al momento de depositar éstos montos de dinero en administración de una Sociedad de Administración de Fondos de Inversión, por lo cual no es admisible que el Regulador, pretenda establecer una sanción bajo una hipótesis de generación de daños o formulación de asimetrías de información nocivas para los usuarios, más aún cuando de la revisión total de los antecedentes que forman el proceso en su totalidad, no existe evidencia que permita demostrar que alguien ha sufrido perjuicio alguno.*

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado corresponde poner en su atención que las condiciones de contratación entre la SAFI y sus clientes, están establecidas en el respectivo contrato, en cuyo contenido es perfectamente advertible que ambas partes están dispuestas a asumir los riesgos propios de la operación, motivo por el cual no existen condiciones de asimetría de información al momento de la generación del negocio jurídico entre la entidad y el cliente, aspecto que deberá ser revisado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de las directrices establecidas en las Sentencias Constitucionales Nrs. 582/05-R de 31 de mayo de 2005 y 577/04 del 15 de abril de 2004

7.4. <u>Inexistencia de Competencia de la ASFI para determinar Daño-Precedentes Jurisprudenciales</u>

Es importante considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de establecer la sanción, omitió complemente el límite de su competencia, establecida en el artículo 15 de la Ley Nro. 1864 del Mercado de Valores, toda vez que en su calidad de Regulador no tiene facultades para de determinar DAÑO ECONÓMICO existente, lo cual implica que la afirmación orientada a la existencia de presuntos daños económicos a terceros, ha ingresado en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, que dispone:

ARTÍCULO 122°.-*Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.*

Esta previsión legal, también se halla respaldada por lo establecido en el artículo 106 la Ley Nro. 1864 del Mercado de Valores, que dispone:

ARTÍCULO 106°.- RESPONSABILIDADES

Sin perjuicio de las sanciones administrativas establecidas en la presente Ley o la responsabilidad civil o Penal a que hubiere lugar, toda persona, natural o jurídica, que infrinja las disposiciones establecidas en la presente Ley o sus reglamentos y que cause daño a terceros, está obligada a ***indemnizar*** *los perjuicios ocasionados.*

Como se podrá apreciar con absoluta nitidez, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, actuado en forma ultra-discrecional, intentando instituirse en juez ordinario y además detonar una institución jurídica procesal como la ***indemnización****, sin que la ley le dé facultades para ello y asumiendo funciones y competencias de un juez ordinario del Órgano Judicial.*

Este tipo de actuaciones, ingresan en el marco prohibitivo de los Actos Administrativos, toda vez que el actuar sin competencia implica el violentar el Debido Proceso de la Sede Administrativa, tal como lo disponen las SSCC Nros. 22/05 del 5 de abril de 2005 (RDN) y 87/03 del 9 de septiembre de 2003 (RDN), lo cual implica que la Resolución Nro. ASFI/580/2013 está bajo caución de los efectos del artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional.

7.5. Incorrecta evaluación por parte de la ASFI- Falta de Fundamentación y Motivación-Existencia de Fraude.

En la profusa jurisprudencia del Derecho Administrativo Sancionador se han desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia administrativa comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)". Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la ***fundamentación y motivación*** *de las resoluciones. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: 1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos de juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ilícito o contravención que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta. En caso de co procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha*

entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan:"[...] es así que una resolución que no contenga toda la fundamentación y motivación es arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos, sentencias y resoluciones se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso; motivación que en el caso del Auto Inicial Sancionatorio. Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por un Órgano Administrativo como la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. ***Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes.*** [2]

Como se puede apreciar las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, la ASFI tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001-R, mínimamente debe contener:

- *La especificidad de los hechos objeto del proceso.*
- *Elementos de juicio.*
- *Descripción y valoración clara de la prueba.*
- ***Verificación de todos los hechos y circunstancias suscitados en una determinada operación.***

En el presente caso, es evidente que la Resolución ASFI Nro. 580/2013, nuevamente omite el considerar las normas constitucionales anteriormente instituidas vía jurisprudencia, toda vez que en todo el contenido de la resolución sancionatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite totalmente el referirse a la externalidad relativa al FRAUDE que se habría suscitado en la entidad financiera brasilera en la que se realizó la operación de inversión.

Corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el ***manifestar, explicar y fundamentar*** *cómo afectó la existencia de un CASO FORTUITO e IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE como la intervención del Banco por indicios de Fraude, en la administración del riesgo de las inversiones que se tenían en dicha entidad y cómo nosotros estábamos en posibilidad de conocer estos extremos fácticos, toda vez que lo contrario implicaría el omitir el cumplimiento de lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

7.6. Descargo del Cargo Nro. 1

"La Sociedad Administradora para la Cartera del fondo de inversiones Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo, adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruceiro do Su/ con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde

el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody 's), calificación menor a la requerida en el reglamento interno del fondo de inversión abierto administrado"

Respuesta:

*7.6.1 En el **primer CONSIDERANDO** hacen mención a 2 observaciones:*

a. Que adquirimos los bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo menor a la requerida en el Reglamento Interno del Fondo de Inversiones abierto administrado.

b. Que habríamos mantenido los citados bonos, después de la disminución decalificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012, hastael 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativopara sus participantes.

7.6.2 La sanción siendo de segundo rango, se modula sobre la base de unpresunto daño ocasionado, subjetivo y estimado tal como se menciona enel 1° párrafo de la página 13 de la resolución ASFIN°380/2013:"El cálculo de la perdida para el fondo estimada por este órgano de supervisión…", esta estimación carece de todo lógica, puesto que al introducir esta pérdida estimada el valor de cuota del fondo de inversión sufriría un desproporciona! incremento, teniendo una tasa de rendimiento a 1 día aproximada de 2,072%. El mismo regulador en Resoluciones Administrativas anteriores (remitirse a la Resolución Administrativa SPVS-IV-173 de 18 de abril de 2001), hace cálculos de valores de cuota paralelos, respaldados por análisis técnicos y fechas de corte sustentadas, así como el ajuste correspondiente.

En esta parte, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no puede establecer un cargo por presuntos daño, toda vez que conforme lo establecido en el artículo 15 de la Ley Nro. 1834 del Mercado de Valores, el Regulador no posee competencia para DEFINICIÓN de daños, los cuales en todo caso deberían ser probados a través de los mecanismos legales que tienen quienes se sintieren afectados por el mismo.

7.6.3 Pág. 10 segundo párrafo:

Establecen que con relación al descargo presentado por la administradora que manifiesta que al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 y 28 de septiembre de 2010 la calificación de riego del Banco Cruzeiro do Sul era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento.

Se advierte que la Sociedad Administradora no considera la calificación de riesgo de los instrumentos. Al respecto cabe hacer notar que la ASFI, nunca observó en los cargos la calificación de riesgo de los instrumentos, por lo que no existieron descargos sobre el tema y no es legalmente procedente en una Resolución Administrativa sancionatoria, sancionar a un regulado sobre cargos que no se le realizaron en su momento, ya que esto implica un incumplimiento expreso a nuestro derecho a la legítima defensa en todo caso corresponde

poner en su atención que este tipo de actividad, fractura el Principio de Congruencia y castiga con la nulidad de la Resolución Sancionatoria.

En ese sentido, la Notificación de Cargos al carecer totalmente de imputación administrativa desde su origen está imposibilitada a aplicar sanciones recién en la resolución sancionatoria, toda vez que esta conducta del regulador es contraria al Principio de Congruencia que rige el procedimiento Administrativo, bajo el cual se rige la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Argumentos 1.1 Inversión que no cumplía con el reglamento desde el momento inicial

7.6.4 Vacío jurídico en el reglamento:

La Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras establece en su artículo 107:

*"Los **emisores** de Valores de Renta Fija **y/o** los **instrumentos financieros** de corto plazo emitidos por éstos, en los que inviertan los Fondos de Inversión, deberán estar comprendidos dentro de un nivel de categoría de calificación de **riesgo local** mínima de A, establecida por una Nationally Recognized Statistical and Rating Organizations (NRSRO) o por una entidad calificadora de la cual sea accionista mayoritario una NRSRO. En el caso de Valores representativos de deuda soberana será suficiente el cumplimiento a lo establecido en los incisos d) y e) del presente artículo".*

*La Normativa indicada es una norma superior al Reglamento Interno del Fondo de Inversión por lo que al establecer en este último de manera genérica que se utilice la calificación de riesgo **de los instrumentos y** que **no haga referencia de calificación de riesgo local,** existe un vacío legal que no aclara que también se puede utilizar la calificación del emisor y el riesgo local, esto está cubierto por la norma superior en la cual está enmarcada el Reglamento Interno. Es decir que el alcance que establece Normativa permite utilizar la calificación como emisor y la calificación de riesgo local.*

7.6.5 Imposibilidad de cumplir el reglamento con dicho vacío Jurídico

Si la interpretación afirmada por parte de los personeros de la ASFI fuera tal, no se podía dar cumplimiento a dicho artículo desde un inicio, al contar con una calificación de riesgo de emisor de A3, en países con calificación de BBB3, ya que un emisor de un país no puede tener una calificación mayor a la del riesgo país. Es en este sentido, incluso en la página web de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. se señala lo siguiente:

"¿Qué es el riesgo soberano?

*Es la probabilidad de que las acciones de un gobierno soberano puedan afectar directa o indirectamente la capacidad del emisor de deuda de cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma. **La calificación de riesgo que corresponda a la deuda soberana es entendida como la más alta (la de menor riesgo) que una entidad nacional puede obtener en los mercados internacionales."***

La página web de la CAF menciona el siguiente concepto:

*"**Riesgo Soberano** Es la probabilidad de que las acciones de un gobierno soberano puedan afectar directa o indirectamente la capacidad del emisor de deuda, de cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma. **La calificación de riesgo que corresponda a la deuda soberana es entendida como la más alta (la de menor riesgo) que una entidad nacional puede obtener en los mercados internacionales.**"*

*7.6.6 ASFI Nunca observo dicho vacío jurídico en el Reglamento interno En la Resolución Sancionatoria N° 380/2013 la misma ASFI reconoce (y se contradice) al decir "En lo que respecta a la calificación de riesgo del emisor Al, a la que alude la Sociedad Administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de adquisición de los Bonos del Banco Cruzeiro do Sul **cumplía** con el artículo 107 de la Normativa de Fondos de Inversión..."*

*En todo caso es importante recordar que la ASFI al autorizar el funcionamiento del Fondo de Inversión, aprobó también su Reglamento Interno y nunca observó dicho vacío jurídico. Aprobó el Reglamento Interno del Fondo de Inversión en fecha 6 de febrero del 2009, e incluso menciona en su resolución **(Anexo 1)** en su primera página 3º párrafo textualmente: "Autoriza su funcionamiento previa verificación de que laescritura pública, **el reglamento interno**…cumplen con los requisitos establecidos por dicha norma legal y sus reglamentos".*

Este hecho demuestra que al momento de efectuarse la inversión inicial por parte del Fondo en los valores del BANCO CRUZEIRO DO SUL, los mismos cumplían con lo establecido en la norma vigente y el Reglamento Interno del Fondo y que en todo momento se interpretó dicho vacío jurídico de acuerdo a la norma general que establece como calificación mínima la de los valores localmente (A3 local de acuerdo a la normativa y a nuestro reglamento interno), por lo que nos extraña que recién se observe dicho hecho extemporáneamente, no habiendo aplicado la actual interpretación a momento de haber analizado y aprobado el Reglamento Interno del Fondo.

7.6.7 ASFI Nunca observo dicha inversión ni el supuesto incumplimiento al Reglamento interno del fondo.

*La ASFI tomó conocimiento de la inversión en el BANCO CRUZEIRO DO SUL desde el 28 de septiembre de 2010, mediante los informes FI-10, se adjunta un informe como **(Anexo 2)** con sello de la ASFI. Sin nunca haber observado este supuesto incumplimiento, contrario a sus funciones de acuerdo a la **Ley del mercado de valores: ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.** "Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores: 2. Regular, controlar, supervisar v fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado;".*

Este hecho demuestra que al momento de efectuarse la inversión inicial por parte del fondo en los valores del BANCO CRUZEIRO DO SUL, los mismos cumplían con lo establecido en la norma vigente y el reglamento interno del fondo y que en todo momento se interpretó dicho vacío jurídico de acuerdo a la norma general que establece como calificación mínima la de los valores localmente (A3 local de acuerdo a la normativa y a nuestro reglamento interno),

por lo que nos extraña que recién varios años después la ASFI observe dicho hecho extemporáneamente.

También se presenta como descargo, las cartas enviadas por la ASFI, sobre excesos del fondo de inversión recibidas durante todo el periodo mencionado en las cuales en ningún momento mencionan algún incumplimiento en las inversiones del BANCO CRUZEIRO DO SUL, lo que demuestra, que en todo momento el personal de la ASFI, interpretó al igual que la SAFI, que la inversión inicial de los valores del Banco Cruceiro do Sul cumplían con lo estipulado en el reglamento interno del fondo, y en la normativa vigente. Se adjuntan 3 informes de la ASFI del departamento de inversiones sobre excesos en los límites de inversión sobre el fondo Renta Activa Corto Plazo de fecha: 09 de diciembre de 2010, 19 de enero de 2011 y 21 de noviembre de 2011. ***(Anexo 3)*** *Donde en ningún momento se menciona el supuesto exceso al momento de efectuar la inversión como se menciona en la notificación de cargos: "La Sociedad Administradora para la Cartera del fondo de inversiones Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo, adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruceiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody 's), calificación menor a la requerida en el reglamento interno del fondo de inversión abierto administrado".*

Este hecho demuestra que la ASFI en todo momento al igual que la SAFI interpretó que dicha inversión al momento de ser efectuada cumplía con la normativa vigente y con el Reglamento Interno del Fondo, recién aplicando ésta supuesta interpretación ***varios años después.***

En todo momento de forma mal intencionada se pretende escudar dicha omisión e interpretación por un periodo comprendido entre la adquisición de los mencionados valores entre el 28 de septiembre de 2010 y el 18 de noviembre del 2011 (más de 360 días con información correcta, periodo en el cual la ASFI nunca efectuó observación alguna), fecha en que por un error operativo se reporta mal la calificación, como una justificación para un trabajo deficiente en gabinete, y una interpretación sesgada del Reglamento Interno de nuestro Fondo el cual como se demuestra en los puntos anteriores sufría de un vacío jurídico, el cual fue sobreentendido y dado por bien hecho por los funcionarios de la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI, a! nunca haber observado dicho exceso durante ***varios años.***

7.6.8 Vicios resolutivos y cargos.

En la Resolución sancionatoria N° 380/2013 del 20 de junio de 2013, la misma ASFI reconoce (y se contradice) al decir "En lo que respecta a la calificación de riesgo del emisor A1, a la que alude la Sociedad Administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de adquisición de los Bonos del Banco Cruzeiro do Sul ***cumplía*** *con el artículo 107 de la Normativa de Fondos de Inversión..."*

La propia ASFI en la formulación de cargos se refiere a la calificación de riesgo local sin efectuar una puntualización si la misma se refiere a local o

internacional, hecho que demuestra que siempre se tomó como válida la calificación local para cumplir el reglamento. Tal hecho se muestra en la página 1 de la resolución administrativa en su 5º párrafo y en la página 2 en su 1ºpárrafo, los que mencionan: "Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después ***de la disminución calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012,de A3 a BB2 (Ba2 Moody's)*** *hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes".*

En la parte señalada se puede observar que no se hace referencia a una calificación local o internacional, dicho párrafo se refiere a una calificación local, lo cual demuestra una vez más que en todo momento la ASFI siempre interpretó que la calificación a la que se refería el fondo en su Reglamento Interno era una calificación local. Por lo tanto se demuestra que en todo momento los criterios utilizados por la ASFI y la SAFI para interpretar la apuración del Reglamento Interno, fueron los mismos.

El reglamento interno del Fondo Renta Activa Corto Plazo establece

"ARTÍCULO 18. CALIFICACION DE RIESGO INVERSIONES.- *El FONDO invertirá en valores locales con calificación de riesgo mínima de:*

A3 en el caso de Largo Plazo.

N2 en el caso de valores Corto Plazo.

La liquidez local del FONDO será mantenida en cuentas corrientes o cajas de ahorro, en entidades financieras que cuenten con una calificación de riesgo como emisor Igual o superior a A3 conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.

En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3, por lo que se habría dado estricto cumplimiento al mismo.

Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruzeiro do Sul de A1.br (Se adjunta la pantalla respectiva de Bloomberg(Anexo 4), y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento interno del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo y al artículo 107 de la normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

La propia ASFI en su resolución en la página 11 2º párrafo admite que la SAFI cumplía con la normativa: "En lo que respecta a la calificación de riesgo, a la que alude la sociedad administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de la adquisición de los bonos del banco Cruceiro do Sul

cumplía con lo establecido en el artículo 107 de la normativa para fondos de inversión y sus Sociedades Administradoras...", este hecho demuestra que la Sociedad administradora al momento de efectuar la inversión en los mencionados títulos cumplía con la normativa y con su reglamento el cual tenía un vacío jurídico.

Argumentos 1.2

"Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después de la disminución calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes".

Disminución en la calificación de A3 a BB2:

7.6.9 Señalar, que en la norma para fondos de inversión y sus sociedades administradoras, en su artículo 107 señala "En el caso de excesos de inversión involuntarios, debido a disminuciones de calificación de riesgo u otros relacionados, dichos excesos deberán ser corregidos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. ***Para el caso de inversiones en países sudamericanos, dicho plazo será de noventa (90) días calendario".*** *Desde el 29 de marzo de 2012, se contaba con un periodo de 90 días para adecuar los respectivos límites. El 18 de abril de 2012, se coloca una orden de venta para lograr corregir dicho exceso. Al momento de la intervención del banco* ***por posible fraude*** *habían transcurrido solamente 65 días de dicho plazo.*

7.6.10 Moody's fundamenta la disminución en la calificación de riesgo por los siguientes motivos:

- *"El incremento en la dependencia del Banco a fuentes de financiamiento garantizadas para financiar sus fuentes de préstamos y el debilitamiento de las principales variables de rentabilidad que continua desafiando la generación de capital interno.*
- *El desempeño financiero fue visiblemente afectado a diciembre 2011 por un incremento importante en provisiones adicionales por préstamos fuera de balance, hecho que puso mayor presión a sus ya débiles ganancias. Tales ajustes a las provisiones incrementa las preocupaciones sobre la adecuada política de riesgos del banco y su capacidad de absorber futuras provisiones.*
- *La tendencia negativa de la calificación refleja los retos que el Banco continúa teniendo, más considerando la franquicia de un solo producto en un ambiente de crecimiento moderando de créditos y el incremento de la competencia en su mercado objetivo, combinado con un caro y una pobre diversificación en la estructura de financiamiento y una limitada estructura de capital. Esta situación limitara la generación de ganancias estimadas."*

- *Ninguno de los puntos mencionados, **<u>hacía prever un fraude</u>**, ni tampoco merecía el efectuar una venta apresurada de los bonos CRUZ12 y CRUZ13 que implicarían una pérdida para los inversionistas, si se contaban con 90 días.*

  La mencionada disminución en la calificación a pesar de ser drástica como menciona la ASFI en su análisis, no repercute significativamente en el valor de los títulos, es más los mismos se mantienen estables hasta el día de la intervención del banco. En fecha 16 de enero de 2012, se solicita la cotización de precios a mercado a nuestro Broker internacional, el cual indica para CRUZ'12 un precio de 96% y para CRUZ'13 un precio de 90%, precios que guardaban relación con los anteriormente registrados en el mercado de 96% y 92% precios proporcionados por la BBV (fuente Reuters), y similares a los registrados antes de la caída en la calificación 96% y 92% precios proporcionados por la BBV (fuente Reuters) el 18 de enero de 2012. Si la situación era tan crítica como pretende demostrar la ASFI, se hubiera dado una drástica caída en los precios, hecho que no se dio demostrando que los agentes del mercado en su conjunto tenían la percepción de una subida en la cotización de los precios (Recordamos que los bonos son globales y se incorpora por lo tanto en el proceso de formación de precio la opinión de cientos de agentes a nivel mundial). Asimismo, <u>hasta antes de la intervención por fraude, hecho que nadie conocía</u>, estos valores siguieron negociándose en los mercados internacionales, lo cual demuestra que existían inversionistas racionales que en base a la información existente consideraban que los valores seguirían mostrando una tendencia al alza al igual que la SAFI.

7.6.11 *Desde el momento de la reducción de la calificación de riesgo se puso una orden de venta (remitida a su Autoridad mediante nota SC SAFI - 1554/2012) de los valores en cuestión, buscando en todo momento preservar el capital de los participantes del fondo. <u>Con lo que se habría cumplido la normativa con relación al cargo imputado.</u>*

Si la ASFI considera en estos casos, que un plazo de 90 días es -muy amplio, no debería de modificar la normativa?, Este cuestionamiento pone en evidencia la forma en que la ASFI ingresa en una serie de argumentos subjetivos sin ningún tipo de sustento legal o financiero que permite comprobar los cargos impuestos y las sanciones aplicadas. Si la normativa otorga un plazo de 90 días, es debido a que el espíritu de la misma busca el que se ocasione el menor daño posible a los participantes, evitando el riesgo de venta apresurada. La ASFI, al opinar injustificadamente que se debió vender apresuradamente, por un lado va en contra del espíritu de la norma proponiendo aumentar el riesgo de inversión y, por otro lado, está interviniendo en la propia administración del Fondo.

7.6.12 *La ASFI, no toma en cuenta que los mencionados valores, tal como se les indico en la Carta SC SAFI-1554/2012 en su punto:*

14.- En fecha 18 de abril de 2012, se coloca un orden de venta de los valores a precios de CRUZ'12 un precio de 99% y para CRUZ'13 un precio de 94%,

vigente hasta el 18 de mayo de 2012. El precio colocado fue superior a los reportados por Reuters (CRUZ'12 94.9967% y CRUZ'13 92.0049%) debido a los rumores existentes en el mercado de la negociación de venta del Banco Cruzeiro do Sul al banco BTG Pactual y con la expectativa de tener una recuperación mayor al momento de la venta, hecho que fue tomado en cuenta por varios inversionistas que siguieron comprando dichos valores en los mercados internacionales.

16.- En fecha 31 de mayo de 2012 sale en Reuter's la noticia confirmando los rumores existentes en el mercado sobre la negociación de venta del Banco Cruzeiro do Sul. En fecha 31 de mayo de 2012 y en base a la noticia de venta del Banco, se solicita una nueva cotización de precios a nuestro Broker Internacional, el cual indica para CRUZ'12 un precio de 97% y para CRUZ'13 un precio de 88%, precios superiores a los reportados dos días antes, producto de la posible venta, y mostrando que en caso de confirmarse la misma, los precios alcanzarían niveles altos debido a la calificación del banco comprador (En este caso Banco BTG Pactual S.A. con calificación Aaa.br). Este hecho puede ser corroborado por el informe elaborado por Barclay's posteriormente, donde se muestra el efecto en un valor cuyo emisor es adquirido por otro de mejor calificación de riesgo, subiendo su cotización incluso por encima de un 100%.

Ambos hechos y la información disponible mostraban que en caso de confirmarse la venta del banco, los valores sufrirían un considerable incremento de valor, el cual implicaba una ganancia potencial para el fondo. Por lo expuesto no entendemos cual era el motivo de incurrir en una perdida para el fondo como pretende la ASFI, cuando se tenía el potencial de una ganancia. En todo caso corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el procurar una explicación completa cumpliendo con lo previsto en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

7.6.13 La ASFI no toma en cuenta en su análisis que el 12 de Abril de 2012 Standard & Poor's mantiene la calificación de riesgo nacional al Banco Cruzeiro do Sul con tendencia estable, manteniendo su anterior criterio. Si la situación era tan crítica como indica la ASFI, que exigía una venta apresurada, no debería una institución como S&P haberse manifestado al respecto modificando la calificación. Esto demuestra el grado de subjetividad que han tenido en este caso los funcionarios de la ASFI para evaluar este caso, sin la objetividad que se requiere, acorde a sus responsabilidades y funciones. No hay razón lógica que justifique la utilización solamente la calificación otorgada por Moody's y no enmarcarse considerando lo indicado sobre S&P, que sería lo más coherente.

7.6.14 El hecho que un valor, instrumento o su emisor disminuyan de calificación de riesgo, sea cual sea el motivo, no significa que se debe tomar la decisión de venderlo. Si la SAFI tomaba esa decisión se corría el riesgo por venta apresurada, lo cual más bien fue analizado responsablemente y se tomó la decisión de mantener la inversión, considerando toda la información

disponible en el momento, misma que indicaba que los valores iban a subir de precio. Es por eso que cuando se emite la orden de venta, la misma contempla precios superiores al mercado, por las tendencias existentes y los indicadores y análisis vertidos por especialistas serios y reconocidos. Al respecto, corresponde poner en su atención lo previsto en el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores, que establece que: "La sociedad administradora es responsable de proporcionar a los fondos de inversión los servicios administrativos que éstos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y en general la provisión de un adecuado servicio técnico para la buena administración del fondo.

La sociedad administradora deberá administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia".

Todas las decisiones de la inversión adoptadas por la SAFI, demuestran el cumplimiento estricto al artículo indicado, en particular al último párrafo, con lo cual se cumple irrestrictamente el ***PRINCIPIO DEL BUEN PADRE DE FAMILIA****, siendo que para rebatir este elemento cualitativo, se debería proceder a realizar un análisis de gestión y no así un análisis de una operación en particular, la cual tiene una visión sesgada por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

La ASFI emite opiniones "técnicas" absolutamente subjetivas al indicar que se debieron vender los Bonos, lo cual es una decisión privativa de la SAFI, en el marco del contrato de administración suscrita con cada uno de los participantes del Fondo de Inversión y por cuenta y riesgo de los mismos. Con todo esto, la ASFI se respalda en argumentos subjetivos estableciendo ***culpa*** *que además se permite aclarar y definir que son "actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse", lo cual no es demostrado en la resolución sancionatoria de forma fehaciente.*

El día 4 de junio de 2012, el Banco Central de Brasil comunica la intervención del Banco Cruzeiro do Sul a través del RAET (Administración Especial Temporaria) por un periodo de 180 días designando al FGC (Fondo Garantizador de Créditos) como administrador temporal. De acuerdo a lo descrito por Reuters: "El Organismo monetario dijo el lunes en un comunicado que la decisión tuvo lugar después de la violación de las normas que gobiernan el sistema financiero, además de la verificación de problemas en algunos ítems de activos". (FUENTE: Reuters", 4 de junio ***de 2012, Brasil interviene el banco Cruzeiro do Sul)***

Luego de descubrir ***pérdidas relacionadas con un fraude,*** *el Banco Central de Brasil tomará control del prestamista Cruzeiro de Sul, entidad que estará bajo la administración del Fondo Garantizador de Crédito (FGC) por 180 días.*

Según el diario brasileño Valor Económico, el Banco Central (BC) detectó una serie de préstamos ficticios en el balance de la entidad. ***El fraude habría llevado a pérdidas por 1.300 millones de reales (US$ 637 millones),*** *según informa o Estado de Sao Paulo." (Fuente: Télam* ***"irregularidades del sistema financiero Intervienen el banco Cruzeiro do Sul en Brasil).***

La entidad está sospechada de falsear sus datos para esconder un enorme déficit.

La ASFI omite considerar que según la autoridad monetaria, la intervención se debió al "incumplimiento de normas aplicables al sistema financiero", y se destina a verificar si son reales los datos de la institución sobre sus activos, reportaron las agencias DPA y Brasil. "El Banco Central está adoptando todas las medidas correspondientes para investigar responsabilidades", agrega el comunicado, que afirma que los resultados de las verificaciones podrán resultar en sanciones administrativas."

Este hecho que en todo el contenido de la Resolución de la ASFI 580/2013, en ningún momento es mencionado como debería ser ***"como un fraude bancario sin precedentes",*** *como se muestra en los textos transcritos de la prensa mundial, lo cual implica que al ser de conocimiento público no necesita ser probado, bajo el Principio Jurídico del* ***NOTORIUM NON EGET PROBATIONEM***

La intervención se debe a un fraude contable, y no a otro hecho como pretende hacer notar la ASFI, esto implica un acontecimiento fortuito y de imposibilidad sobrevenida, el cual no podía ser anticipado por la SAFI, por ningún administrador, ni por las calificadoras especializadas.

En conclusión, queda demostrado que la Administradora contaba con un plazo de 90 días de acuerdo a normativa para la venta de estos valores, por lo cual no existía motivo para una venta apresurada y en todo caso todas las situaciones distorsionantes de estas inversiones se suscitaron dentro del periodo legalmente establecido.

En todo momento la SAFI, buscó proteger el patrimonio de sus participantes al buscar el mejor precio de venta posible.

La SAFI actuó con la debida responsabilidad, hecho que se demuestra con el reiterado seguimiento efectuado al mercado al efectuar más de 4 consultas de precios, aspecto que no es valorado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de emitir la Resolución Sancionatoria Nro. 380/2013 del 20 de junio de 2013 y en todo caso corresponderá que sea explicado en la resolución que resuelva esta primera instancia recursiva regulatoria.

A la fecha de intervención del banco, 4 de junio de 2012, solo habían transcurridos 67 días de los 90 que estipula la norma para corregir el mencionado exceso (desde el 29 de marzo de 2012), por lo que se cumplió en todo momento con la normativa vigente, hasta el suceso ajeno al control de la SAFI relacionado a la Intervención por fraude del Banco Cruceiro Do.

Intervención del Banco Cruceiro Do por fraude:

7.6.15 El día sábado 2 de junio de 2012, el Banco Cruceiro Do Sul, rechaza la oferta de compra efectuada por el banco BTG Pactual, al considerar el precio demasiado bajo. Llama la atención en este punto el hecho de que este tipo de anuncios se efectúen en un día no hábil.

7.6.16 El día lunes 4 de junio de 2012, el Banco Central de Brasil comunica la intervención del Banco Cruzeiro do Sul a través del RAET (Administración Especial Temporaria) por un periodo de 180 días designando al FGC (Fondo Garantizador de Créditos) como administrador temporal. De acuerdo a lo

descrito por Reuters: "El Organismo monetario dijo el lunes en un comunicado que la decisión tuvo lugar después de la violación de las normas que gobiernan el sistema financiero, además de la verificación de problemas en algunos ítems de activos".

Se designa al FGC (Fundo Garantidor de Crédito) como administrador temporal.

PriceWaterhouseCoopers es designada por el FGC para auditar al Banco, proceso que se cree termine en los siguientes 30 a 90 días.

Dicha intervención precipita la caída de los valores de un CRUZ12 de 97.50% a 65% y CRUZ13 de 91.99% a 55.00% respectivamente de acuerdo a las cotizaciones referenciales efectuadas a nuestro Broker el 5 de junio de 2012. (Anexo 5)

7.6.17 El día 06 de junio de 2012 en conferencia, los nuevos ejecutivos indicaron que no se usaran fondos externos para hacer frente a los pasivos que pueda tener el banco en los siguientes 180 días. Como primera instancia se usaran los BRL3.6 Bn de cuotas subordinadas que el banco mantiene en el FIDC, fondo estructurado por el FGC el año pasado (2011). Estos recursos proveerán la suficiente liquidez para hacer frente a los vencimientos que se mantiene en los siguientes 180 días y evitar el default. Este hecho implicaba que se podía cubrir el 100% del bono Cruzl2, y por lo tanto hacia innecesaria su venta.

*7.6.18 El día 7 de junio, **se logra consultar con diferentes Brokers sobre la intervención del Banco, como respuesta se recibe de parte de nuestro Broker un análisis realizado por Barclays,** en el cual de manera pormenorizada se detalla la situación a ese momento del Banco, y de los posibles escenarios a los cuales podría atenerse los inversionistas producto de los hallazgos obtenidos de la auditoría a ser realizada.* ***Todos los escenarios reflejan un valor de cotización superior al que en ese momento habían (SIC) en el mercado. O en su defecto abriendo la posibilidad de la venta de la institución a un banco de primera línea, lo cual por tendencias del mercado elevaría la cotización de los valores mencionados***

Figure 1: Scenarios for Price upside of Cruzeiro bonds in caso of an acquisition

	Currentprice ($)	Implied price based on Bradesco's curve plus 150 bp spread %	Implied price based on Bradesco's curve ($)	Potencial priceupside (Bradesco)	Implied price based on ... curve plus 150 bp spread %	Implied price based on ... curve ($)	Potencial priceupside (...)
CRUZ'12	80,0	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
CRUZ'13	49,5	4,63	102,46	53	5,6	101,4	51,9
CRUZ'14	44,5	5,64	103,45	58,9	6,4	102,0	57,5
CRUZ'15	42,5	3,69	112,21	69,7	7,2	103,0	60,5
CRUZ'16	42,5	4,87	111,05	68,5	n/a	n/a	n/a
CRUZ'20 (subordinated)	32,5	6,99	111,66	79,2	10,2	92,8	60,3

Source: Barclays Research

DESCRIPCIÓN	Compra Banco Industrial Comercial S.A.	Compra Banco Industrial y Comercial cobro a vencimiento	Compra Banco Bradesco S.A.	Compra Banco Bradesco S.A., cobro a vencimiento
Valor	CRUZ'13	CRUZ'12	CRUZ'13	CRUZ'12
Serie	XS0 523748639	XS 0452252835	XS 0523748639	XS0 452252835
Fecha de anilla 1*	31- rTBv 12	31- rmv 12	31- mav 12	31- mev 12
Precio al 31 de Mayo de 2012*	92. 0010%	95. 0031%	92. 0010%	95.0 031%
Valor de lo* Títulos al 31 de	230 ,002.50	19 0,006.20	23 0,002.50	190, 006.20
Precio según análisis de BARCLAYS	101 .4000%	10 0.0000%	10 2.4600%	100. 0000%
Cantidad de Valore*	250	20 0	25 0	200
PRECIO Potencial de Acuerdo a	253 ,500.00	20 0,000.00	25 6,150.00	200, 000.00
Utilidad Probable de Venta	23, «7.50	§,9 93.80	26, 147.50	9,9 93.80

Recoveryanalysis (BR1.mn)					
liquidationcosts		30.000			
derivatives		244.185			
Tax/labor (existing)		224.717			
Tax/labor (adtions in liquidarion)	350.752				
Depositsduewithin 180 days		2.647.480			
Total priorityclaims		3.497.134			
RemainingAssetvalue			5.971.921	5.113.285	3.643.148
Recovery %			100%	100%	1005
Senior claims (pari-passu with bonds)	7.629.559				
RemainingAssetValue					
Recovery %			70%	67%	48%
Subordinated Bonds		725.932			
RemainingAssetValue			0%	0%	0%
Recovery %					

Source: Company reports, Barclays Research

En este momento los posibles escenarios eran:

1. Venta de los valores a un precio de 65.00% y 55.00% (precios remitidos por nuestro bróker internacional), reconociendo una pérdida de USD. 157.475,00

2. Esperar:

i. La venta del banco con una posible utilidad de más de USD30 mil.

ii. Posible liquidación con un margen de recuperación entre un 78%, 67% y 48%, esto además tomando en cuenta que el banco poseía los recursos para pagar los bonos CRUZ12, tal como declara su interventor el 6 de junio de 2012.

Producto de este análisis nuestro comité de inversiones instruye, se proceda a colocar una orden de venta (a 97.50% para CRUZ'12 y 91.99% para CRUZ'13), buscando que los valores en caso de llegarse a un acuerdo de venta del mismo elevaran el precio en el mercado.

7.6.19 El 14 de junio de 2012, se tiene un comité extraordinario, analizando los últimos sucesos y noticias generadas, decidiendo:

a. Colocar a la venta los valores del Banco Cruzeiro do Sul a los precios de mercado anteriores al 04 de junio de 2012.

b. Realizar un monitoreo constante a las noticias relacionadas con el Banco Cruzeiro do Sul.

7.6.20 El día 8 de julio de 2012, se cobra con total normalidad el cupón correspondiente a los valores CRUZ13, lo que demuestra que el banco contaba con la liquidez necesaria para poder cumplir con sus obligaciones dentro del plazo indicado por los interventores.

7.6.21 Producto de ambos hechos se puede observar la evolución positiva de los precios desde el 12 de junio de 2012. Por lo que de haber vendido los valores se hubiera perjudicado a los participantes y la recuperación del fondo.

	CRUZ'13
12-JUN-12	35,000%
15-JUN-12	40,000%
30-JUN-12	50,000%
08-JUL-12	50,000%

Fuente BBV: Reuters

7.6.22 El día 15 de agosto de 2012, Se nos informa sobre una oferta de recompra de los Bonos, por parte del Interventor a un precio de 61% y 56% respectivamente, ambos superiores a los precios de cotización de 45%. (Anexo 6), el comité de inversiones por lo tanto evaluando las alternativas de vender los valores en el mercado, opta por aceptar la oferta efectuada por el interventor, misma que implicaba una recuperación adicional para el fondo de USD59, 500.00.

Aceptar la oferta realizada por el FGC para la recompra de los bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul antes del 28 de agosto de 2012, para que se consiga el premio consignado en la oferta. Así mismo, el hecho de aceptar la oferta por parte del interventor implica el bloqueo de los valores para su negociación, hecho no tomado en cuenta por la ASFI. Dichos valores ya no se podían vender en el mercado. (Se adjuntó el acta de comité de inversiones).

7.6.23 El 22 de agosto de 2012 el comité se reúne exclusivamente para analizar este caso:

a. La oferta que se efectuaba de compra de los valores por parte del interventor eran superiores a los de mercado. 61% y 56% respectivamente, ambos superiores a los precios de cotización de 45%.

(Anexo 6)

b. CreditSuisse mantuvo una reunión con el Banco Cruzeiro do Sul en la cual se explicaron los principales problemas y por qué tenía sentido la oferta de recompra de los bonos. Al respecto informaron que el Fondo Garantizador de Créditos (FGC) requería realizar un proceso de restructuración de deudas por el orden de R$ 2.2 mil millones. Como se podría esperar, había muchos inversores disgustados, no sólo por la situación del Banco sino por el recorte agresivo ofrecido por el FGC no sujeto a negociaciones. Tras la revisión de CreditSuisse de la información, consultas mantenidas con algunos brókers, recomiendan aceptar la oferta realizada.

También señalaron, que para tener éxito, el proceso estaba sujeto a una aprobación del 90% de los tenedores (oferta que al parecer tenía mayor probabilidad de tener éxito) y una oferta de compra por un inversor caballero blanco. Puesto que se asumía que el Fondo Garantizador de Créditos (FGC) no negociara mejores términos, las únicas opciones posibles eran: a) aceptar la oferta o b) enfrentar un lento proceso de liquidación.

Asimismo, comentaron que de la información discutida al principio de la intervención al Banco Cruzeiro do Sul, en la cual los activos recuperables eran suficientes para cubrir el 70% de los bonos (sénior unsecuredclaims), un lento y largo proceso de liquidación, ocasionaba un menor nivel de recuperación puesto que el FGC incrementó las provisiones y las facilidades de fondeo por parte del Fondo Garantizador de Créditos (FGC) estaban exentas en el proceso de restructuración. Bajo tal escenario la tasa de recuperación podría terminar por debajo del 60% y por encima del 50% siendo el mayor riesgo que la liquidación de bancos en Brasil tome varios años. De nuevo, a este punto recomendaron aceptar la oferta propuesta- Ambos escenarios presentaban un mejor perfil que el de haber efectuado una venta de los valores en el mercado a un precio de 45% respectivamente

Asimismo, hay que señalar que una vez aceptada la oferta realizada por el FGC (Fondo Garantizador de Créditos), no existía posibilidad alguna de realizar la negociación de los mismos en el mercado internacional, lo cual era parte del acuerdo de recompra suscrito. Situación, que evitaba cualquier intento posterior de negociación de los valores del Banco Cruzeiro do Sul.

7.6.24 El 4 de septiembre de 2012 el comité se reúne para evaluar en su conjunto los siguientes sucesos (Anexo 7):

a. El FGC (Fondo Garantizador de Créditos) en su capacidad como administrador temporal del Banco Cruzeiro do Sul emitió el siguiente comunicado al mercado:

La suscripción de un acuerdo vinculante para la compra y adquisición de acciones del Banco mantiene como condicionante precedente la recompra de obligaciones.

El FGC anunciará cualquier nuevo hecho relevante al mercado el momento que sea disponible.

Aunque los niveles de aceptación de la oferta realizada a la conclusión del primer plazo fueron consistentes con las expectativas del FGC, el umbral necesario no fue alcanzado (90%). Sin embargo, respecto a las emisiones 2015, 2016 y 2020, se alcanzó el porcentaje que permite las modificaciones señaladas en los puntos 3 y 4. Se mantiene la confianza de que se alcanzara el umbral máximo antes del 12 de septiembre de 2012.

b. Noticias de Bloomberg

El Banco Cruzeiro do Sul extiende hasta el 5 de septiembre la primera fecha límite para el programa de recompra luego de que se fallará en adquirir el 90% de aceptación de los inversionistas.

Los inversionistas que deseen aceptar la oferta con el precio Premium ahora tendrán más tiempo para hacerlo. La fecha límite anterior era el 28 de agosto. Los cambios fueron realizados considerando "el número significante de ventas recibidas de los inversores que no pudieron alcanzar los tiempos iniciales", de acuerdo a lo señalado por el banco.

A dicha fecha la venta de los valores se mantenía bloqueada, y la misma reflejaba precios inferiores a los ofertados por el interventor, lo que mostraba como la mejor alternativa el buscar ser parte del acuerdo.

7.6.25 El 17 de septiembre de 2012, un día antes del vencimiento de nuestros valores CRUZ12 se informó a nuestra entidad la decisión del Banco Central de Brasil de realizar la liquidación extrajudicial del Banco Cruzeiro do Sul. Decisión adoptada al no conseguir comprador para esta institución durante el periodo establecido del RAET. El directorio de la sociedad se reúne y evalúa:

- *No existe marco legal en caso de estas eventualidades.*
- *Se informó al Comité, que una alternativa viable para proteger producto de la valoración de estos valores a los participantes del Fondo, es venderlos extra bolsa.*

  Como consecuencia de esta situación el Directorio decidió tomar las siguientes medidas:

1. Informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esta situación.

2. Solicitar la Autoridad de Supervisión de Valores la aprobación del siguiente procedimiento:

a. El Fondo de Inversión venderá sus posiciones en los valores emitidos por esta entidad, fuera del mercado.

b. Santa Cruz Securities S.A. Agencia de Bolsa, realizará la adquisición de estos valores a través de un contrato, el cual establecerá que en caso de

existir una hipotética recuperación mayor al valor pagado por estos títulos al momento de su comercialización o cobro ante el emisor, el importe excedentario será devuelto al Fondo de Inversión.

c.Los valores vencidos adquiridos por la Agencia de Bolsa, serán contabilizados en cuentas por cobrar y aquellos valores que se encuentren vigentes, serán adquiridos para la cartera propia de la Agencia hasta su vencimiento, para después ser contabilizados en cuentas por cobrar.

3. Solicitar la aprobación de la venta de los valores extra bolsa, como parte del procedimiento a seguir.

7.6.26 Para la fecha de liquidación del fondo, el precio de los valores mencionados era de 56% y 45%, de acuerdo a lo reportado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

7.6.27 El 18 de septiembre de 2012, nuestra Sociedad, procede a enviar una nota a la ASFI, solicitando la autorización para los procedimientos, la carta indica textualmente: "Al respecto, al no existir una normativa de cómo se debe proceder en este tipo de eventualidades y de acuerdo a las conversaciones telefónicas sostenidas, respetuosamente solicitamos a su Autoridad la aprobación para efectuar el siguiente procedimiento:

- ✓ *El Fondo de Inversión venderá sus posiciones en los valores emitidos por esta entidad, fuera del mercado.*
- ✓ *Santa Cruz Securities S.A. Agencia de Bolsa, realizará la adquisición de estos valores a través de un contrato, el cual establecerá que en caso de existir una hipotética recuperación mayor al valor pagado por estos títulos al momento de su comercialización o cobro ante el emisor, el importe excedentario será devuelto al Fondo de Inversión.*
- ✓ *Los valores vencidos adquiridos por la Agencia de Bolsa, serán contabilizados en cuentas por cobrar y aquellos valores que se encuentren vigentes, serán adquiridos para la cartera propia de la Agencia hasta su vencimiento, para después ser contabilizados en cuentas por cobrar.*

Asimismo, solicitar que los valores vigentes de esta institución a partir de la fecha sean suspendidos para su valoración a precios de mercado, puesto que esta situación será un reflejo meramente especulativo. De igual forma, solicitar que estos no realicen ningún tipo de previsión contable, hasta conocer las disposiciones de la Liquidación Extrajudicial del Banco Central de Brasil.

Este procedimiento, tiene como único objetivo, precautelar elvalor de cuota de los participantes de! Fondo de Inversión RentaActiva Corto Plazo ME."

Este hecho demuestra que la SAFI en todo momento buscaproteger a sus dientes, va que manifiesta su voluntad de asumirla diferencia que se da entre el valor de mercado de los valores14% para las series CRUZ'12 y CRUZ'13 y los precios de valoración en el portafolio 56% para CRUZ'12 y 45% para CRUZ '13,

7.6.28 El 17 de octubre de 2012, 30 días después, recién se recibe una nota de la ASFI evitando pronunciarse al respecto (3o párrafo de la nota ASFI/DSV/R-128234/2012), e indicando que se precautelen los intereses de los participantes. Este hecho es observable el rezago importante que asignó la ASFI al tomar 30 días en responder ante una consulta tan importante, y más (sic) aun con una respuesta evasiva, contraria a la norma que indica:

Ley del mercado de valores ***"ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.***

Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores:

2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a (sic) *dicho mercado;*

5. Absolver consultas y reclamos que recaigan bajo su competencia.

8. Promover el Mercado de Valores, prestando el asesoramiento necesario y destinando los recursos para tal fin.

Este hecho nos deja como única alternativa para evitar distorsiones en el valor de cuota del Fondo, a más de 319 participantes, a registrar los valores como una cuenta por cobrar. Los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA procedieron a realizar rescates de cuotas hasta el 17 de diciembre de 2012 sin ningún problema.

La contabilización de los valores mencionados en cuentas de liquidez es comunicada de forma escrita a la ASFI mediante nota el 5 de diciembre, además que dicha institución ya había recibido los balances del fondo reflejando esta situación el 31 de septiembre.

7.6.29 Señalar que al 18 de diciembre de 2012 antes de la venta de los mencionados valores, la tasa de rendimiento a 360 días de Renta Activa Corto Plazo era de 0.86% anual. A continuación detallamos las tasas de rendimiento de otros fondos de inversión en el mercado a esa fecha:

SFO	Inversión Internacional	1,76%
SFO	Liquidez	1,58%
SBI	Premier	1,21%
SUN	Mutuo	0,93%
SSC	Renta Activa Corto Plazo	0,86%
CFO	Corto Plazo	0,74%
SNA	Efectivo	0,69%
SME	Fondo Mutuo	0,39%

7.6.30 En fecha 18 de diciembre de 2012, los valores CRUZ'12 y CRUZ" 13 fueron vendidos a un precio de 18.50% y se procedió a realizar el ajuste correspondiente. Señalar que a esta fecha el Fondo de Inversión mantenía 7 participantes de los cuales 3 eran empresas de nuestro conglomerado financiero, mismas que mantenían más del 98% de las cuotas de participación.

Este hecho demuestra que la SAFI, en todo momento actuó velando por los intereses de los participantes, incluso asumiendo como grupo la pérdida registrada el 18 de diciembre de 2012 por un monto aproximado de USD. 120M.

7.6.31 En la resolución la ASFI no analiza los hechos entre el 10 de abril fecha en que pretendía que se hubieran vendido los valores y el 18 de diciembre del 2012, sin valorar los acontecimientos que llevaron a la SAFI a mantener los valores buscando precautelar en todo momento los intereses y los recursos de los participantes. Una prueba más que muestra la deficiente valoración de todos los acontecimientos y la poca colaboración que se prestó a la SAFI en este proceso.

En mérito a todo lo anteriormente descrito, quedan demostrados los siguientes extremos de Orden Legal y Regulatorio:

- *La sanción impuesta por la ASFI, incumpliendo con lo dispuesto el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo emite una resolución sin la debida complementación y fundamentación COMPLETA, es más, en Resoluciones Administrativas anteriores emitidas por el órgano mismo regulador (remitirse a la Resolución Administrativa SPVS-IV-173 de 18 de abril de 2001), con cargos de mala administración e incumplimiento al artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores comprobados y con instrucciones previas de resarcimiento a los participantes de montos respaldados técnicamente (no **estimados** como menciona la Resolución Administrativa N° 380/2013), se modula una sanción cuantiosamente menor, por lo cual sorprende la discriminación con la cual el ente regulador sanciona a nuestra administradora.*
- *En todo momento la Sociedad Administradora cumplió con lo descrito en el Reglamento Interno del Fondo y en la Normativa Vigente, hasta que se dio una imposibilidad sobrevenida producto de una intervención por fraude punto a partir del cual se busca precautelar los intereses de los participantes.*
- *La intervención al Banco Cruzeiro do Sul es producto de fraude, que como bien se menciona, no es señalado en ningún punto de la Resolución Administrativa N° 380/2013.*

7.7. Descargo del Cargo Nro2

"El comité de inversiones de la *sociedad administradora no habría tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, que contarían con calificación de riesgo menor a la mínima requerida, tanto en el Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo como en la Normativa vigente;*"

"*Asimismo no habría tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención* del *Banco Cruzeiro do Sul.*"

"*Igualmente, en forma posterior a la intervención no habría efectuado un seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones*"

Respuesta.-

La ASFI manifiesta: "La Administradora manifiesta haber tomado medidas oportunas haciendo alusión al análisis de 2 informes, 3 cotizaciones de precios y a la orden *de venta realizada el 18 de abril de 2012. Sin embargo dichas acciones n o pueden ser consideradas como descargos…….", cual es el argumento jurídicoque usa la ASFI para quitar validez a las acciones y documentación presentada por la Sociedad, esto demuestra una clara omisión de fundamentación al no considerar como descargo los análisis obtenidos por brokers internacionales sobre el Banco Cruzeiro do Sul (No solo del que manejaba nuestras inversiones sino de otros más, lo que muestra una gestión adicional),*

Asimismo, el texto continua: "más aún si se considera que el informe elaborado por ING el 18 de noviembre de 2011, sugiere como atractivos los papeles cortos (CRUZ '12 y CRUZ'13) para los tipos de inversores MENOS AVERSOS AL RIESGO, aparte de sugerir cautela", sin embargo toma como referencia un párrafo del informe elaborado por ING para dar un argumento subjetivo. Más aún, en toda la Resolución Administrativa 380/2013, la ASFI utiliza las cotizaciones obtenidas por la Administradora, las ***cuales nuevamente no son consideradas como descaraos,*** *para dar opiniones sobre la venta de los valores.*

Asimismo, la ASFI argumenta que ING indica cierta cautela, pero no menciona la frase en su contexto total, la cual indica que sugieren cierta cautela para los valores con mayor vencimiento dentro de los valores de Banco Cruzeirodo Sul. Lo cual demuestra una vez más la subjetividad con la cual se analizó los descargos presentados.

La ASFI indica: *"Asimismo, reiterar que la única orden de venta anterior a la intervención del banco, fue efectuada el 18 de abril de 2012, determinando un precio de 99% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 94% para los bonos con código ISIN XS0523748639, los cuales no estaban acorde a los vigentes en el mercado en ese momento considerando que la cotización proporcionada por el intermediario presentaba un precio de 96% para los bonos con código ISIN XS0422252835 y de 90% para los bonos con código ISIN XS0523748639",reiteramos lo señalado en el punto 7.6.9.*

- *Todo lo expuesto demuestra el análisis y que el comité si tomo las medidas respectivas, al haber colocado la orden de venta de dichos valores, a los 20 días de haberse dado la respectiva disminución en la calificación de riesgo (periodo que llevo el buscar información, monitorear precios, analizar noticias consultar con varios Brokers entre otras labores las que requieren tiempo y prudencia). Este hecho sin embargo, no es tomado como descargo por la ASFI sin motivo jurídico aparente, más allá de una mera subjetividad al momento de analizar los descargos enviados por la administradora. En ningún momento indica el por qué no son válidos como descargos y como medidas oportunas, tampoco evalúa que la medida oportuna es la colocación de una orden de venta, mas (sic) allá de los criterios subjetivos, se toma dicha medida, y se puede discutir la forma pero no negar el hecho, ni la diligencia empleada.*
- *La ASFI, cuestiona la segunda orden de venta puesta por la SAFI, posterior a la intervención por fraude, señalando como comparación los precios enviados por el intermediario en fecha 28 de mayo de 2012, sin embargo no hace referencia a los*

aspectos mencionados en los puntos 7.6.12 hasta 7.6.18. Aún después de toda la información proporcionada, se vuelve a emitir una opinión subjetiva sobre el análisis realizado por el Comité de Inversiones de la Sociedad.

- *La ASFI, hace referencia sobre el Comité de Inversiones realizado en fecha 17 de julio de 2012, indicando que en el mismo no se toman mayores decisiones en base a las noticias surgidas en fecha 14 de julio de 2012, sin embargo, la ASFI no toma en cuenta que en fecha 17 de julio de 2012 sale publicada la siguiente noticia:*

"Brazil's BancoCruzeiro do SulDenles Newspaper Report

In view of the news published on July 14th, 2012, we hereby announces tothe market that the Company disregard the source and the procedure of the information published on "O Estado de Sao Paulo" newspaper, and up to the conclusion of the due diligence that is being performed by Price Watherhouse, PWC,andreléase of the financial statement report wich is forecasted by law, it is not possible to provide the stimated of the potential loses, or the necessity of provisions on the bank or on its subsidiaries….." (Fuente: Latin American Herald Tribune de fecha 17 de julio de 2012)

El análisis abordado por nuestro Comité contemplo las noticias existentes a la fecha, y dada la naturaleza especulativa de las mismas, y de la negación de las fuentes que publicaron las noticias de posibles estimaciones de pérdidas, hubiera sido por demás imprudente tomar una decisión o modificar las órdenes vigentes en el mercado, lo que demuestra el análisis realizado por el Comité de Inversiones. En base a noticias parciales, la ASFI emite opiniones subjetivas sin considerar toda la información vigente en el mercado.

Hacen referencia al Comité de Inversiones del 14 de agosto de 2012, en el cual no se toca de manera específica la situación del Banco Cruzeiro do Sul, sin embargo, 8 días después se realiza un Comité extraordinario para analizar la situación puntual del Banco Cruzeiro do Sul, en el cual se discuten el informeoficial del FGC y de los datos develados por la Auditoría realizada. Hay que señalar, que si bien la conclusión del comité es aceptar la oferta de compra de los bonos, esta se realiza en base a los comentarios vertidos por nuestro bróker, la posibilidad de recuperación en caso de una eventual liquidación y la consideración que los precios ofrecidos de 61% para CRUZ'12 y 56% para CRUZ'13 eran mayores que los reportados por la BBV de 45% para CRUZ'12 y 40% para CRUZ'13, de acuerdo a lo señalado en el punto 7.6.17.

7.8. *Descargo del Cargo Nro. 3*

Antecedentes

7.8.1 Como se detalla en el punto 7.6.21 puntos l,2y3 en fecha 17 de septiembre se informó a nuestra entidad la decisión del Banco Central de Brasil de realizar la liquidación extrajudicial del Banco Cruzeiro do Sul. El Directorio de la sociedad se reúne y evalúa:

- *No existe marco legal en caso de estas eventualidades.*
- *Se informó al Comité, que una alternativa viable para proteger producto de la valoración de estos valores a los participantes del Fondo, es venderlos extra bolsa.*

Como consecuencia de esta situación el Comité decidió tomar las siguientes medidas:

1. Informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esta situación.

2. Solicitar la Autoridad de Supervisión de Valores la aprobación del procedimiento a seguir.

7.8.2 Para la fecha de liquidación del fondo, el precio de los valores mencionados era de 56% y 45%, de acuerdo a lo reportado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

7.8.3 El 18 de septiembre de 2012, nuestra Sociedad, procede a enviar una nota a la ASFI, solicitando la autorización para los procedimientos, la carta Indica textualmente: "Al respecto, al no existir una normativa de cómo se debe proceder en este tipo de eventualidades y de acuerdo a las conversaciones telefónicas sostenidas, respetuosamente solicitamos a su Autoridad la aprobación para efectuar el siguiente procedimiento:

- *El Fondo de Inversión venderá sus posiciones en los valores emitidos por esta entidad, fuera del mercado.*
- *Santa Cruz Securities S.A. Agencia de Bolsa, realizará la adquisición de estos valores a través de un contrato, el cual establecerá que en caso de existir una hipotética recuperación mayor al valor pagado por estos títulos al momento de su comercialización o cobro ante el emisor, el Importe excedentario será devuelto al Fondo de Inversión.*
- *Los valores vencidos adquiridos por la Agencia de Bolsa, serán contabilizados en cuentas por cobrar y aquellos valores que se encuentren vigentes, serán adquiridos para la cartera propia de la Agencia hasta su vencimiento, para después ser contabilizados en cuentas por cobrar.*

Asimismo, solicitar que los valores vigentes de esta institución a partir de la fecha sean suspendidos para su valoración a precios de mercado, puesto que esta situación será un reflejo meramente especulativo. De igual forma, solicitar que estos no realicen ningún tipo de previsión contable, hasta conocer las disposiciones de la Liquidación Extrajudicial del Banco Central de Brasil.

Este procedimiento, tiene como único objetivo, precautelar elvalor de cuota de los participantes del Fondo de InversiónRenta Activa Corto Plazo ME."

Este hecho demuestra que la SAFI en todo momento busca proteger a sus clientes, va que manifiesta su voluntad de asumir la diferencia que se da entre el valor de mercado de los valores y los precios de valoración en el portafolio. Por otro lado en caso de haber efectuado el castigo del 100% del valor de los bonos esto habría tenido los siguientes efectos:

1. *Caída del valor de cuota de USD. 4.57282*
2. *Rentabilidad diaria de -1.491.37%. -64.99% a 30días. -8.03% a 90 días. -9.35% a 180 días y -3.33%a 360 días.*

3. *Perdida para el fondo de USD 213.981.50*

4. *Impacto para 319 clientes*

7.8.4 El 17 de octubre de 2012, 29 días después, recién se recibe una nota de la ASFI evitando pronunciarse al respecto, se adjunta copia con sello de recepción de dicha nota ***(Anexo 8),*** *en el 3° párrafo de la nota ASFI/DSV/R-128234/2012 indica que se precautelen los intereses de los participantes. En este hecho es observable el rezago importante que asignó la ASFI al tomar 30 días en responder una consulta tan importante, y más aun con una respuesta evasiva, contraria a la norma que indica: "Ley del mercado de valores* ***"ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.*** *Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores:*

Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas ha dicho mercado;

5. Absolver consultas y reclamos que recaigan bajo su competencia.

8. Promover el Mercado de Valores, prestando el asesoramiento necesario y destinando los recursos para tal fin."

Este hecho deja como única alternativa para evitar distorsiones en el valor de cuota del Fondo, a más de 319 participantes, a registrar los valores como una cuenta por cobrar, buscando en respuesta a la nota evasiva de la ASFI, una salida alternativa la cual no afectara como se nos indicó a los participantes. Los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA procedieron a realizar rescates de cuotas hasta el 17 de diciembre de 2012 sin ningún inconveniente.

7.8.5 La contabilización de los valores mencionados en cuentas de liquidez es comunicada de forma escrita a la ASFI mediante nota SC SAFI - 2169/2012 el 05 de diciembre de 2012, en respuesta a la nota ASFI/DSV/R-149570/2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, entregada en nuestras oficinas el 3 de diciembre de 2012 (Adjuntamos el sello y fecha de recepción (Anexo 9), 18 días después de ser emitida además que dicha institución ya había recibido los balances del fondo reflejando esta situación el 31 de septiembre de 2012, por lo que este hecho era de su conocimiento 60 días antes.

7.8.6 Señalar que al 18 de diciembre de 2012 antes de la venta de los mencionados valores, la tasa de rendimiento a 360 días de Renta Activa Corto Plazo era de 0.86% anual. A continuación detallamos las tasas de rendimiento de otros fondos de inversión en el mercado a esa fecha:

SFO	*Inversión Internacional*	*1,76%*
SFO	*Liquidez*	*1,58%*
SBI	*Premier*	*1,21%*
SUN	*Mutuo*	*0,93%*
SSC	*Renta Activa Corto Plazo*	*0,86%*
CFO	*Corto Plazo*	*0,74%*
SNA	*Efectivo*	*0,69%*
SME	*Fondo Mutuo*	*0,39%*

7.8.7 En fecha 18 de diciembre de 2012, los valores CRUZ'12 y CRUZ "13 fueron vendidos a un precio de 18.50% y se procedió a realizar el ajuste correspondiente. Señalar que a esta fecha el Fondo de Inversión mantenía 7 participantes de los cuales 3 eran empresas de nuestro conglomerado financiero, mismas que mantenían más del 98% de las cuotas de participación. Este hecho demuestra que la SAFI, en todo momento actuó velando por los intereses de los participantes, incluso asumiendo como grupo la pérdida registrada el 18 de diciembre de 2012 (USD 120MIL)

7.8.8 El 4 de Enero de 2013, este hecho es comunicado mediante la nota SC SAFI - 20/2013 ***(Anexo 10),*** *donde se comunica el procedimiento seguido por nuestra institución una vez declarada la liquidación del Banco Cruceiro do Sul. Señalando, que en todo momento nuestro Administradora busco precautelar los intereses de los participantes del fondo. Sin recibir ninguna pronunciación al respecto*

Todos los hechos descritos demuestran:

- *La SAFI en todo momento busco precautelar los intereses de los participantes, incluso estando dispuesta a asumir los diferenciales de precios de los valores (Punto 1 y 2) de la nota El 18 de septiembre de 2012 enviada a la ASFI y lo expuesto en el punto 7.8.7. Hecho primordial a nuestro entender dentro de nuestra gestión.*
- *La ASFI establece que le efecto de no haber aplicado el artículo segundo del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, en los Estados Financieros del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, conlleva* ***una inadecuada exposición de los mismos.*** *Sin embargo el bien mayor es preservar el Valor de Cuota y las inversiones de los participantes y es fue la determinación responsable que toma la SAFI, buscando la protección de los Inversionistas, cumpliendo a cabalidad con el mandato establecido por el Artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores: "ARTÍCULO 98.- RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD. La sociedad administradora es responsable de proporcionar a los fondos de inversión los servicios administrativos que éstos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y en general la provisión de un adecuado servicio técnico para la buena administración del fondo."*

  <u>La sociedad administradora deberá administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesionalcon conocimiento especializado en la materia.</u>
- *La ASFI, no presto la debida colaboración que exigía el presente caso, y dilato sus respuestas, incluso tomando hasta 1 mes para este fin.*
- *El citado hecho fue de conocimiento de la ASFI desde finales de septiembre.*

7.9. <u>Desconocimiento del Precedente de Jurisprudencial (SIC) en relación a (SIC) Verdad Material</u>

A los efectos legales que en Derecho corresponden solicitamos que en virtud de la obligación establecida en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, se tome especial atención a lo previsto en el contenido de la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de juniode 2013 emitida por el Ministro de Economía v Finanzas Públicas.

8. <u>Petitorio</u>

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, toda vez que la misma ha incurrido en una flagrante violación del Principio de Proporcionalidad, ha precipitado un error esencial y absoluto de aplicación de la norma, tal como fuera fundamentado en el contenido del presente recurso de revocatoria y por una fractura flagrante a lo establecido al Principio de Verdad Material, establecido en el artículo 4 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.

2. A los efectos legales que en Derecho corresponden, solicito respetuosamente, se proceda a una explicación in extenso de lo previsto en el artículo 20 del Reglamento de Aplicación de sanciones, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, en relación a la aplicación del Cuarto Rango, el cual complementa al artículo 13 de dicha norma legal.

3. Proceder a fundamentar y motivar la resolución que resuelva la revocatoria, aplicando el Principio de Verdad Material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, a cuyo efecto corresponderá que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, exhiba los instrumentos legales, administrativos o técnicos que hubieren permitido a nuestra entidad el prever hechos futuros como los fundamentados en el contenido del presente recurso de revocatoria, refiriéndonos específicamente a la intervención del Banco Internacional y la concurrencia de fraude en el mismo.

4. En cumplimiento de todos los preceptos establecidos en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, solicito a su Autoridad se pronuncie sobre cada uno de los puntos esgrimidos en el contenido del presente Recurso de Revocatoria, bajo el apercibimiento de nulidad por falta de motivación y fundamentación.

5. Se proceda a un análisis fundamentado de la externalidad relativa a la intervención del Banco Cruzeiro Do Sul y exhiba a base legal para omitir esta enunciación en el contenido de la Resolución ASFI Nro. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013…"

5. RESOLUCIÓN ASFI N° 731/2013 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 731/2013 de 4 de noviembre 2014, la Autoridad

de Supervisión del sistema Financiero, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 580/2013 de 9 de septiembre de 2013.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO***:

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-131880/2013 e Informe Legal ASFI/DSV/R-133789/2013 de 2 y 5 de septiembre de 2013, respectivamente, se efectuó el análisis de los cargos notificados y de los descargos presentados, conforme se expone a continuación:

- *Respecto al cargo **1**, la Sociedad Administradora manifiesta textualmente lo siguiente: "La Sociedad Administradora para la Cartera del fondo de inversiones Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo, adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruceiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody's), calificación menor a la requerida en el reglamento interno del fondo de inversión abierto administrado".---Al respecto cabe aclarar:---El reglamento interno del Fondo Renta Activa Corto Plazo establece en su reglamento: "ARTICULO 18.CALIFICACION DE RIESGO INVERSIONES.- El FONDO invertirá en valores locales con calificación de riesgo mínima de:---A3 en el caso de Largo Plazo.---N2 en el caso de valores Corto Plazo.---La liquidez local del FONDO será mantenida en cuentas corrientes o cajas de ahorro, en entidades financieras que cuenten con una calificación de riesgo como emisor igual o superior a A3 conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.---En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3", por lo que se habría dado estricto cumplimiento al mismo.---Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruceiro do Sul de A1.br (Se adjunta la pantalla respectiva de Bloomberg Anexo1), y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento y al artículo 107 de la normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.---La ASFI tenía conocimiento de dicha inversión, del reglamento del fondo a la fecha de inversión, y de la calificación de dicha inversión. Esta es informada de forma diaria de las inversiones en el exterior mediante el informe FI-10 (28 de septiembre de 2010) del fondo en cuestión, sin haber efectuado ninguna observación al respecto durante más de 2 años."*

  "Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después de la disminución calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012 de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de

participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes.---Señalar, que en la norma para fondos de inversión y sus sociedades administradoras, en su artículo 107 señala "En el caso de excesos de inversión involuntarios, debido a disminuciones de calificación de riesgo u otros relacionados, dichos excesos deberán ser corregidos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Para el caso de inversiones en países sudamericanos, dicho plazo será de noventa (90) días calendario". Desde el 29 de marzo de 2012, se contaba con un periodo de 90 días para adecuar los respectivos límites. El 18 de abril de 2012, se coloca una orden de venta para lograr corregir dicho exceso. Al momento de la intervención del banco habrían transcurrido solamente 65 días de dicho plazo.---Desde el momento de la reducción de la calificación de riesgo se pusieron órdenes de venta (adjuntas a la presente y remitidas a su Autoridad mediante nota SC SAFI - 1554/2012) de los valores en cuestión, buscando en todo momento preservar el capital de los participantes del fondo.---Por lo expuesto anteriormente, solicitamos se desestime el presente cargo, ya que en ningún momento se habría incumplido con el reglamento interno del fondo, y por ende con la normativa aplicable."

Con relación al descargo presentado por la administradora que manifiesta: "Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruceiro do Sul de A1.br y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento...", se advierte que la Sociedad Administradora no considera la calificación de riesgo de los instrumentos, puesto que solo toma como referencia las calificaciones de riesgo del emisor y del país; sin embargo el artículo 18 del citado Reglamento Interno es claro cuando exige para las inversiones que realice el Fondo en el extranjero que: "tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 ***en instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3****", y como se señaló en la notificación de cargos, los Valores contaban con una calificación de BB2 (calificación otorgada por Moody's) en el momento de su adquisición, calificación menor a la exigida en el reglamento interno.*

En este sentido, la Sociedad Administradora en el momento de efectuar dicha inversión era responsable de verificar que la misma cumpla todo lo estipulado tanto en la Normativa, como en lo determinado en el Reglamento Interno del Fondo de Inversión, para el cual se efectuó la adquisición de dichos Valores, tomando en cuenta lo establecido en el numeral 16 del artículo 41 del citado Reglamento Interno que establece como obligación para la SAFI, cumplir lo establecido por la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, demás normas pertinentes y lo determinado en ese Reglamento.

Respecto a lo manifestado por la administradora en relación a que ASFI tenía conocimiento de las calificaciones, sin haberse manifestado en relación a las mismas, cabe precisar que la aprobación del código de emisor del Banco Cruzeiro do Sul correspondió a una solicitud efectuada por SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., la cual cumplía con todos los requerimientos establecidos por el artículo 107 de la

Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, considerándose la calificación de riesgo otorgada a Brasil como país y la calificación local del Banco Cruzeiro do Sul en su calidad de emisor (A1.br). Sin embargo, en forma previa a la inversión la Sociedad Administradora debió verificar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, el Reglamento Interno del Fondo de Inversión para el que se invierta y cualquier otra normativa aplicable, considerando a su vez que la SAFI en ningún momento comunicó a ASFI, la intención de adquirir estos valores.

Por otra parte, la Sociedad Administradora informó en todo momento a este Órgano de Supervisión en los reportes FI-10, una calificación de riesgo para el emisor de A1, pese a que desde el 18 de noviembre de 2011 hasta el momento en que la administradora dejó de informar dicha inversión, la calificación real era distinta a la reportada, como se observa en el siguiente cuadro:

FECHA*	**CALIFICACIÓN MOODYS'**		**CALIFICACIÓN REPORTADA**	
	TÍTULOS	**EMISOR**	**TÍTULOS**	**EMISOR**
18/11/2011	Ba3	A3	BB	A1
29/03/2012	B2	Ba2	BB	A1
05/06/2012	Caa1	Caa1	BB	A1
18/08/2012	Ca	Ca	CCC1	A1

(*) Fecha en las que se han producido las disminuciones en la calificación del Banco Cruzeiro do sul

Este aspecto será considerado en el análisis del cargo 4, tomando en cuenta que el envío de información con errores e inconsistencias a ASFI, se constituye a su vez en infracción a la normativa que rige el Mercado de Valores.

La información incorrecta respecto a las calificaciones de riesgo del Banco Cruzeiro do Sul y de los Bonos con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, remitida por la SAFI a este Órgano de Supervisión, determinaba que dicha inversión se enmarcaba en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, la cual como se ha argumentado establece una calificación mínima para el emisor de A3. Sin embargo, como claramente se analizó precedentemente, la calificación de riesgo del instrumento no cumplía con la determinada en el reglamento interno del Fondo, por lo que se tiene que la SAFI no consideró la prohibición establecida en el inciso d) del artículo 44 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de: "Apartarse o incumplir lo establecido por la Ley del Mercado de Valores, y demás normativa aplicable así como por el Reglamento Interno del Fondo de Inversión administrado, sobre todo en lo relativo a su Política de Inversiones y demás disposiciones aplicables."

En lo que respecta a la calificación de riesgo del emisor de A1, a la que alude la Sociedad Administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de la adquisición de los Bonos del Banco Cruzeiro do Sul cumplía con lo establecido en el artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, el 29 de marzo de 2012, el Banco Cruzeiro do Sul pasa a tener una calificación de BB2, con perspectiva negativa (el 4 de enero de 2012, Moody's ya había anunciado que analizaría una posible disminución en la calificación del Banco Cruzeiro do Sul). En su informe la agencia calificadora manifiesta que el descenso del ranking del Banco Cruzeiro do Sul, responde a que el Banco tenía una dependencia muy grande de depósitos con garantía y acuerdos con el Fondo de Garantía de Crédito (FGC), que a fines de 2011, representó más de un tercio (33%) del financiamiento total del banco. Dicha disminución en la calificación determinaba el incumplimiento por parte de la SAFI a lo establecido en el artículo 107 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, que exige que ***los emisores de Valores de Renta Fija*** *y/o los instrumentos financieros de corto plazo emitidos por éstos,* ***en los que inviertan los Fondos de Inversión, deberán estar comprendidos dentro de un nivel de categoría de calificación de riesgo local mínima de A****, y a su vez afectaba a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, analizado precedentemente, que establece: "En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 en* ***instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3****".*

En lo que respecta, al plazo de 90 días para regularizar el exceso en la inversión que se producía a partir de la disminución de la calificación del Banco Cruzeiro do Sul del 29 de marzo de 2012, citado por la SAFI como descargo, cabe precisar que si bien el artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras otorga un plazo de 90 días para la corrección de excesos por disminuciones en la calificación de riesgo, la disminución correspondiente al 29 de marzo de 2012 era la segunda que se producía y la misma advertía una tendencia negativa en la calificación tanto para el emisor como para los valores correspondientes al Banco Cruzeiro do Sul, por tanto, la situación demandaba a la administradora celeridad en la adopción de medidas correctivas.

Asimismo, el plazo de 90 días para la regularización del exceso de inversión finalizaba el día 27 de junio de 2012, debiendo la Sociedad Administradora haber procedido a la corrección del mismo durante ese periodo. Sin embargo, la administradora se limitó a realizar consultas de precios para los valores emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul y no órdenes de venta como manifiesta en sus descargos. La única orden de venta anterior a la intervención del banco, fue efectuada el 18 de abril de 2012, determinando un precio de 99% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 94% para los bonos con código ISIN XS0523748639, precios que no estaban acorde a los vigentes en el mercado en ese momento considerando que la cotización proporcionada el 10 de abril de 2012 por el intermediario, presentaba un precio de

96% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 90% para los bonos con código ISIN XS0523748639.

Durante el plazo de adecuación de 90 días, la SAFI obtuvo las siguientes tres cotizaciones de su intermediario para dichos valores:

FECHA	PRECIO	
	XS0452252835	XS0523748639
2012-04-10	96%	90%
2012-05-28	94%	85%
2012-05-31	97%	88%

Fuente: Cotizaciones remitidas por Santa Cruz Investments SAFI S.A. en nota SC SAFI – 1554/2012

Considerando que la regularización del exceso determinaba la venta conjunta de los bonos, la opción correspondiente a la cotización del 10 de abril de 2012 era la más conveniente para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, dentro del plazo de adecuación establecido por la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en cumplimiento a su obligación de administrar la cartera del Fondo con la responsabilidad acorde a su carácter profesional, buscando una adecuada rentabilidad y seguridad, con arreglo al principio de distribución de riesgos, preservando siempre el interés e integridad del patrimonio del Fondo y tomando en cuenta la situación particular y delicada que presentaba la inversión. Sin embargo, la Sociedad Administradora fijó precios de venta superiores, los cuales no estaban acorde a los precios vigentes para los mencionados bonos en el mercado, situación que no permitió la venta oportuna de los mismos.

Es así que recién en fecha 18 de diciembre de 2012 (174 días después de vencido el plazo de adecuación) se produce la venta de los bonos a un precio de 18.5%, generando como consecuencia una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us 333,750.00, producto del diferencial de precios entre el precio de venta y el precio de la cotización correspondiente al 10 de abril de 2012, tal como se detalla a continuación:

Título	Precio de Venta	Cantidad	Precio Cotizado*	Pérdida $us
XS0452252835	18.5%	200	96%	155,000.00
XS0523748639	18.5%	150	90%	107,250.00
XS0523748639	18.5%	100	90%	71,500.00
Total $us				**333,750.00**

Asimismo, una vez producida la venta de los títulos, el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo presentó tasas de rentabilidad negativas las cuales evidencian descensos del Valor Cuota del Fondo, mostrados en el siguiente cuadro:

FECHA	VALOR CUOTA	TASA DE RENTABILIDAD (%)			
		30 DÍAS	90 DÍAS	180 DÍAS	360 DÍAS
2012-12-17	110.7108	0.3347	0.6522	4.7765	0.8637
2012-12-18	96.1094	-157.9725	-52.2503	-22.2379	-12.4469
2012-12-19	96.1068	-157.996	-52.2636	-22.5237	-12.4535
2012-12-20	96.1043	-157.8143	-52.2877	-22.5343	-12.46

Por tanto, los argumentos expuestos por la Sociedad Administradora no desvirtúan ningún aspecto de la infracción imputada, correspondiendo ***ratificar*** *el cargo por incumplimiento al artículo 18 del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, al inciso b) del artículo 43 y al inciso a) del artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004.*

Al efecto, corresponde considerar que con la conducta descrita, la SAFI no solo incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), sino que generó una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo y para sus participantes, por lo que corresponde la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Al respecto, el inciso b) parágrafo I del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, establece que se aplicará la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

De acuerdo a lo previsto en el citado precedente, a efectos de aplicar la sanción de multa, el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres supuestos descritos, sin ser necesario que concurran las tres condiciones en una misma infracción para la imposición de la sanción de multa, correspondiendo señalar en el caso analizado, la concurrencia del primer y tercer supuesto, en lo referido a infracción cometida por culpa y el haber ocasionado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo y por ende para sus participantes.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

En este marco, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado; b) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Segundo Rango, el causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables.*

En el ejercicio de la potestad sancionadora, y en aplicación de lo establecido en el citado numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, referido a que se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido, habiéndose determinado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us. 333,750.00 (TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), corresponde la aplicación del tope del Cuarto Rango de multa de $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), conforme señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento.

Por lo que, corresponde imponer a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, la sanción de multa de Cuarto Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso d) del artículo 13, y numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Con relación al cargo* ***2****, la Sociedad administradora señala lo transcrito a continuación: "El comité de inversiones de la sociedad administradora no habría tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, que contarían con calificación de riesgo menor a la mínima requerida, tanto en el Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo como en la Normativa vigente; "---El comité si tomó las medidas respectivas, al haber colocado la orden de venta de dichos valores, a los 20 días de haberse dado la respectiva disminución en la calificación de riesgo, como se evidencia en la orden adjuntada. Hecho que demuestra que a pesar de contar con 90 días para corregir dicho exceso, se tomaron las medidas correctivas del caso."*

  "Asimismo no habría tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención del Banco Cruzeiro do Sul."---Reiteramos que el comité, si tomo las medidas necesarias, colocando la respectiva orden de venta, y efectuando un monitoreo sobre la inversión mencionada hecho que se corrobora incluso con una orden de venta, tres cotizaciones efectuadas y dos informes sobre el BCS, los cuales se adjunta a la presente (Anexo 2).

"Igualmente, en forma posterior a la intervención no habría efectuado un seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones"---Se efectuaron dos comités extraordinarios en fechas 14 de junio de 2012 y 22 de agosto de 2012 (Anexo 4), analizando la cronología de hechos respectivos, determinado la colocación de una nueva orden de venta basada en los hechos descritos, y el informe de Barclays de fecha 07 de junio de 2012, el cual mostraba un mayor precio de recuperación.

"La conducta descrita constituiría incumplimiento al inciso b) el artículo 4 del reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, el artículo 14 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto plazo, por lo que habría incumplido a su vez el inciso b) del articulo 43 y los incisos a), b) y d) del artículo 49 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras"---Que el reglamento del comité de Inversión de la Sociedad Administradora en su artículo 4 señala:---"Artículo IV. Elección del Comité de Inversión---El Comité de Inversión será elegido por el Directorio de la Sociedad, quien le atribuye todas las facultades referidas al cargo."---El Comité de Inversiones de la Sociedad fue designado por el directorio, cumpliendo a cabalidad el artículo mencionado no existiendo un inciso b) en el mencionado artículo. Se adjunta a la presente el Reglamento del Comité de Inversión. (Anexo3), por lo que no vemos en qué forma se habría incumplido con el mencionado artículo referido.---Asimismo, el articulo 43, en su inciso b) señala: "Respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administran, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables.", el artículo 49 señala: "En las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión deberá existir y funcionar permanentemente por lo menos un Comité de Inversión integrado siquiera por tres (2) miembros. Son responsabilidades del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora: a) Modificar y controlar las políticas de inversión de cada fondo, cuando corresponda, b) Establecer los límites de inversión y analizar los excesos en dichos límites, cuando estos ocurran, d) Monitorear y evaluar las condiciones de mercado".---El Comité de Inversiones revisa mensualmente la siguiente información, la cual no es limitativa a cada una de las sesiones, hecho que se puede constatar en las respectivas actas:---a. Análisis de indicadores del mercado, evaluando y monitoreando la situación nacional e internacional de los mercados y economías.---b. Revisión de desempeño de los portafolios administrados de los fondos, como de los límites de inversión y su cumplimiento, evaluando el desempeño, limites, evolución de las inversiones en el extranjero y noticias relevantes de los emisores en los cuales se mantiene inversiones.--- c) Control de la valoración de la cartera, verificando la valoración correcta de las inversiones que mantiene cada uno de los portafolios.---Se adjuntan actas del Comité de Inversiones de fechas 12 de junio de 2012, 14 de junio de 2012 y 22 de agosto de 2012 (Anexo 4), donde se demuestra que se habría dado estricto cumplimiento a dicho punto, y la respectiva presentación cumpliendo con los puntos mencionados.---Por lo mencionado anteriormente, y al no haber incumplido los mencionados artículos de la normativa vigente ni del reglamento al reglamento del comité de inversiones, solicitamos se desestimen los cargos mencionados."

La Administradora manifiesta haber tomado medidas oportunas haciendo alusión al análisis de 2 informes, 3 cotizaciones de precios y a la orden de venta realizada el 18 de abril de 2012. Sin embargo dichas acciones no pueden ser consideradas como descargos suficientes considerando los siguientes aspectos:

- *El acta del Comité de Inversiones del 17 de abril de 2012, manifiesta que el exceso de inversión correspondiente a inversiones en el extranjero se encontraba corregido a esa fecha, es decir que la administradora no consideraba que las inversiones en Valores del Banco Cruzeiro do Sul, desde el 29 de marzo de 2012, infringían lo establecido en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

- *El informe elaborado por ING del 18 de noviembre de 2011, cuando se produce la primera disminución en la calificación del Banco Cruzeiro do Sul, sugiere como atractivos los papeles cortos (CRUZ'12 y CRUZ'13), para los tipos de inversores MENOS AVERSOS AL RIESGO, aparte de sugerir cierta cautela.*

Asimismo, reiterar que la única orden de venta anterior a la intervención del banco, fue efectuada el 18 de abril de 2012, determinando un precio de 99% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 94% para los bonos con código ISIN XS0523748639, los cuales no estaban acorde a los vigentes en el mercado en ese momento considerando que la cotización proporcionada el 10 de abril de 2012, por el intermediario presentaba un precio de 96% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 90% para los bonos con código ISIN XS0523748639.

Por otro lado, es necesario precisar que una vez realizada la intervención del Banco Cruzeiro do Sul en fecha 4 de junio de 2012 por el Banco Central del Brasil, el 5 de junio de 2012 se produce una tercera disminución en la calificación de riesgo del Banco Cruzeiro do Sul; al respecto, el informe de Moody's advirtió que la disminución en la calificación de la deuda senior del Banco Cruzeiro do Sul a Caa1, obedece a que la calificadora advierte que la fuerza financiera y la solvencia han sido severamente deterioradas por la fuerte debilidad de la calidad de los activos y condiciones de fondeo, los cuales presentan un alto riesgo para los tenedores de bonos.

Pese a este hecho, los Comités de Inversiones efectuados en fechas 12 y 14 de junio de 2012 determinan poner en venta los valores del Banco Cruzeiro do Sul a los precios de mercado anteriores al 4 de junio de 2012, aspecto que se traduce en la siguiente orden de venta: valores con código ISIN XS0452252835 a 97.5% y valores con código ISIN XS0523748639 a 91.99%. Sin embargo, en la consulta efectuada por la administradora en fecha 31 de mayo de 2012 el intermediario proporcionó los siguientes precios: 97% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 88% para los bonos con código ISIN XS0523748639.

Como se puede evidenciar la decisión adoptada por el Comité de Inversiones muestra la ausencia de análisis de la situación y de los hechos que la administradora manifiesta haber realizado para la colocación de la nueva orden de venta.

De igual manera, el Comité de Inversiones efectuado en fecha 14 de junio de 2012 determinaba que se realice un monitoreo constante de las noticias relacionadas con el Banco Cruzeiro do Sul. Situación por la cual, la administradora debió haber efectuado un seguimiento continuo a las noticias que se generaban en relación a la situación del Banco y que las mismas sean de conocimiento del Comité de Inversiones. Sin embargo, como se advierte en las actas del Comité de Inversiones el tema dejó de ser abordado en la reunión correspondiente al día 17 de julio de 2012, pese a que el día 27 de junio de 2012 finalizaba el período de 90 días para la regularización del exceso de inversión, debiendo la administradora haber procedido a la regularización del mismo.

Asimismo, en forma anterior al Comité de Inversiones del día 17 de julio de 2012, el 14 de julio de 2012, la Agencia de Información Financiera Internacional Reuters publicó que las pérdidas del Banco Cruzeiro do Sul duplicaban a las estimadas inicialmente, hecho que resulta ser bastante crítico, el cual determinó un descenso significativo del precio de los bonos. Por tanto, unas pérdidas mayores a las previstas sugieren mayores complicaciones para una posible venta del Banco y un menor interés de parte de los potenciales compradores.

Por otro lado, es necesario precisar que el informe de Barclays de fecha 7 de junio de 2012, remitido por ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *mediante nota SC SAFI – 1554/2012, establece que la decisión de venta del Banco Cruzeiro do Sul estaba en función de tres elementos principales:*

- *La naturaleza y magnitud del fraude que pueda ser detectado por la nueva auditoría a ser realizada.*

- *La valoración que puedan dar los potenciales compradores a la red del Banco Cruzeiro do Sul y su portafolio de clientes.*

- *La disponibilidad potencial del FGC/fondo gubernamental para los compradores y/o acreedores potencialmente dispuestos a reducir el valor nominal de sus demandas para facilitar un trato que impulse la recuperación de precios encima de los niveles actuales de negociación.*

En este sentido, el Comité de Inversiones debió haber adoptado nuevas medidas en lo que respecta a la tenencia de dichos valores, considerando que las expectativas de la misma en relación a un precio superior de venta para los títulos, producto de una interpretación errónea del informe emitido por Barclays, perdían toda vigencia y no se ajustaban a la situación real, situación que obligaba necesariamente a una revisión del precio de venta vigente en la orden de venta de dichos valores.

En lo que respecta al Comité de Inversiones que se lleva a cabo el 14 de agosto de 2012, no se aborda de manera específica la situación del Banco Cruzeiro do Sul, ni se revisan los precios correspondientes a la orden de venta, pese a que los precios informados por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. mostraban descensos y eran significativamente más bajos a los registrados un mes atrás y a las noticias que advertían de una situación más deteriorada del Banco Cruzeiro do Sul.

Con relación al segundo Comité Extraordinario llevado a cabo el 22 de agosto de 2012, el mismo tuvo como único objetivo aceptar la oferta realizada por el FGC para la recompra de los bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul antes del 28 de agosto de 2012, para que se consiga el premio consignado en la oferta.

La administradora manifiesta haber dado estricto cumplimiento al artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, así como haber efectuado en su Comité de Inversiones, análisis de indicadores del mercado, evaluando y monitoreando la situación nacional e internacional de los mercados y economías y la revisión de desempeño de los portafolios administrados de los fondos, como de los límites de inversión y su cumplimiento, evaluando el desempeño, limites, evolución de las inversiones en el extranjero y noticias relevantes de los emisores en los cuales se mantiene inversiones; sin embargo, las actas de los Comités de Inversiones llevados a cabo en fechas 17 de julio y 14 de agosto de 2012, muestran una ausencia total de haber realizado dichas actividades en relación a las inversiones en bonos del Banco Cruzeiro do Sul.

Con relación a la inexistencia del inciso b) del artículo 4 del Reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, se acepta lo expuesto por la entidad como descargo al haberse incluido la cita en base a un documento desactualizado, correspondiendo desestimar parcialmente el cargo notificado en lo que respecta al presunto incumplimiento del señalado Reglamento del Comité de Inversión, aclarándose que la Sociedad Administradora tiene la obligación de actualizar la documentación presentada como requisito para la inscripción y autorización de funcionamiento de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo, que consta en los archivos del RMV, debiendo presentar oportunamente las nuevas versiones del Reglamento del Comité de Inversión con los cambios aprobados por su Directorio.

Por otro lado, considerando que los argumentos expuestos por la administradora no desvirtúan la infracción imputada, se ***ratifica*** *parcialmente el cargo por incumplimiento al artículo 14 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, al inciso b) del artículo 43 y los incisos a), c) y d) del artículo 49 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a la SAFI, por infracción a lo dispuesto en su reglamentación interna y por incumplimiento a lo dispuesto en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se encuentra previsto como infracciones específicas, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en los numerales 4 y 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; asimismo, se debe tomar en cuenta como circunstancias de la infracción imputada, que la omisión en el seguimiento de las inversiones efectuadas fue reiterada durante el periodo analizado previamente, dicha conducta pasiva coadyuvó a generar los efectos directos en el Fondo y por ende en los participantes,

que fueron analizados en el cargo 1 precedente, por otro lado la Sociedad no es reincidente en este tipo de infracciones.

*Consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us4.000.00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numerales 4 y 7, Primer rango, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Con relación al cargo **3**, la Sociedad Administradora señala textualmente lo siguiente: "La Sociedad Administradora en los Estados Financieros del Fondo de Inversión abierto de Renta Activa de Corto Plazo correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012 no habría valuado en cero las inversiones que mantenía para el citado Fondo en los valores con código ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639 y no habría efectuado el castigo contable con cargo a resultados por el 100% del valor de los señalados instrumentos.---"La citada conducta infringiría lo dispuesto en el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los valores de oferta pública de renta fija impagos y de los valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N° 115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004".---Al respecto señalar:---1. El manejo de las inversiones mantenidas en el Banco Cruzeiro do Sul posteriores a la liquidación extrajudicial emitida por el Banco Central de Brasil, era de conocimiento de su Autoridad, hecho comunicado mediante carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012. (Anexo 5).---2. Que producto del manejo realizado por la Sociedad, esta situación no ocasionó un daño al mercado, puesto que la información fue de conocimiento de nuestra Sociedad y de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no llegando esta situación a los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo ni al mercado.---3. Los balances respectivos de los fondos son enviados mensualmente hasta el décimo día calendario, por lo que dicho hecho era de conocimiento de su Autoridad, la cual en ningún momento observó la misma. Esta información fue entregada en fechas: 05 de octubre de 2012 y 08 de noviembre de 2012.---4. En todo momento se buscó no afectar a los participantes del fondo, hasta poder liquidar dichas inversiones. No se perjudicó a ningún cliente ya que solo se limitaron los retiros y depósitos del fondo en las mencionadas fechas, no se obtuvo ningún tipo de ventaja para los administradores del fondo y dicho hecho no tuvo ninguna repercusión en el mercado de valores."*

  Respecto al punto 1 de los descargos, cabe señalar que el artículo segundo del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Oferta Pública de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N°115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004, establece que para el caso de los Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deberán valuar esas inversiones en cero y efectuar el castigo contable con cargo a los productos obtenidos por rendimientos y otros conceptos, por el cien por ciento (100%) del valor de la inversión

incluidos sus rendimientos devengados, en la fecha en la que se produzca el incumplimiento de pago de la obligación o que el emisor se encuentre en cesación de pagos. Cuando el prospecto de la emisión de los valores en los que la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión hubiera invertido contenga una previsión que otorgue al emisor un determinado periodo de tolerancia, computable a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del cupón o del valor, según corresponda, para efectuar el cumplimiento del pago de un cupón de intereses o el cumplimento del pago del capital, la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, valuará en cero dichas inversiones una vez transcurrido dicho periodo de tolerancia.

Del análisis efectuado a la documentación y argumentos vertidos por la SAFI, se evidencia que a partir del 17 de septiembre de 2012, los Bonos CRUZ'12 se encontraban vencidos y los Bonos CRUZ'13 en cesación de pagos, por lo que dichas inversiones debieron ser valuadas en cero y se debió efectuar el castigo contable con cargo a los productos obtenidos por rendimientos y otros conceptos, por el cien por ciento (100%) del valor de la inversión incluidos sus rendimientos devengados, procedimiento omitido por la SAFI conforme se evidencia de la revisión de los Estados Financieros del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa de Corto Plazo correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012.

En este sentido, la Sociedad Administradora tiene la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido por la normativa vigente, el término obligación constituye un vínculo que impone en el presente caso la ejecución de una acción, no existiendo en la norma una excepción o exclusión para la falta de ejecución de dicha obligación.

Con relación a la carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012, señalada en sus descargos, se aclara que la misma fue respondida por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-128234/2012 de 8 de octubre de 2012, que manifestó claramente lo siguiente:

"(…)

- *La Sociedad es responsable de efectuar un adecuado seguimiento de las inversiones efectuadas, debiendo evitar cualquier situación que sea potencial de pérdidas o daños a los participantes de un determinado Fondo de Inversión.*

- *Este Órgano de Supervisión no se puede pronunciar respecto a las acciones que corresponden propiamente a la Administración de un Fondo de Inversión, las cuales son de total responsabilidad del Administrador del mismo.*

- *El actuar tanto del Administrador como del Comité de Inversiones de un Fondo de Inversión debe ser diligente y responsable, el cual debe estar orientado a precautelar los intereses de los participantes del mismo.*

- *Las acciones que vaya adoptar la SAFI, no pueden ser contrarias a las disposiciones establecidas en la Normativa."*

En relación al punto 2, los efectos negativos a los participantes del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo fueron considerados en la evaluación del cargo 1, asimismo se establece que el efecto de no haber aplicado el artículo segundo del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Oferta Pública de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, en los estados financieros del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, conllevó una inadecuada exposición de los mismos.

La Sociedad Administradora indica en el punto 3 de sus descargos que el manejo de las inversiones mantenidas en el Banco Cruzeiro do Sul posteriores a la liquidación extrajudicial emitida por el Banco Central de Brasil, era de conocimiento de ASFI, comunicado mediante carta SC SAFI - 1446/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012 y que los balances respectivos de los fondos fueron enviados el 5 de octubre de 2012 y el 8 de noviembre de 2012; sin embargo la administración del Fondo, de acuerdo a lo establecido normativamente, es de entera responsabilidad de la Sociedad Administradora y en cuanto al contenido de toda la información remitida por la Sociedad Administradora en relación a sus inversiones e información periódica, responde a las obligaciones de información como personas jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, no eximiéndolas de las responsabilidades sobre la calidad y veracidad de la información remitida a este Órgano de Supervisión, conforme lo determina el segundo párrafo del artículo 68 de Ley N° 1834 del Mercado de Valores y el artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004.

*Por tanto, se **ratifica** el cargo por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N°115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a la SAFI, por infracción a lo dispuesto en el señalado Reglamento para castigo contable, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; asimismo, se debe tomar en cuenta como circunstancias de la infracción imputada, que la omisión en el cumplimiento de la citada disposición contable, conllevó una inadecuada exposición de la información financiera del fondo, en cuanto a los efectos directos en el Fondo y por ende en los participantes, los mismos fueron analizados en el cargo 1 precedente, sin embargo no conllevó para los Administradores del Fondo la obtención de ningún tipo de ventaja, asimismo la Sociedad no es reincidente en este tipo de contravención.

*Consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us2.000.00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *En referencia al cargo **4** la Sociedad Administradora manifiesta lo transcrito a continuación: "La Sociedad Administradora, a partir del 18 de noviembre de 2011, habría reportado calificaciones de riesgo distintas a las reales, tanto para el emisor como para los instrumentos, correspondientes a los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, a través del Formulario FI-10 "Reporte de Inversiones en el extranjero"*

FECHA		CALIFICACIÓN MOODY'S		CALIFICACIÓN REPORTADA	
Desde	Hasta	TÍTULOS	EMISOR	TÍTULOS	EMISOR
18/11/2011	28/03/2012	Ba3	A3	BB	A1
29/03/2012	04/06/2012	B2	Ba2	BB	A1
05/06/2012	15/08/2012	Caa1	Caa1	BB	A1
16/08/2012	17/09/2012	Ca	Ca	CCC1	A1

Dicha conducta constituiría contravención a lo establecido en el Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998".---Cabe señalar que desde el 12 de junio de 2012 se reportó la calificación de riesgo CCC1, y no como índica el detalle descrito por su Autoridad:

FECHA		CALIFICACIÓN MOODY'S	CALIFICACIÓN REPORTADA
Desde	Hasta	TÍTULOS	TÍTULOS
10/06/2013	17/09/2013	Caa1	CCC1

Al tratarse de información generada manualmente, la misma efectivamente no fue actualizada en el reporte enviado a la ASFI hasta el 10/6/2013, por una omisión operativa. Parte de dicho problema se genera en la necesidad de enviar reportes manuales de información, los cuales al no generarse de forma automática son susceptibles a problemas de trascripción.---Se debe considerar al respecto que dicha información solo se envía a la ASFI, para su control interno y la misma no es retransmitida al mercado. Por lo cual no vulnera la esencia del artículo mencionado y no implica por lo tanto un factor que genere una desigualdad de información a los participantes de un fondo o a los participantes del mercado, ni implica un factor para la toma de decisiones de los mismos.---Cabe mencionar por otro lado, que las calificaciones de riesgo son información de carácter público y su fuente es de conocimiento público, y no se remiten solamente a un informe proporcionado por la SAFI."

La Sociedad Administradora manifiesta que por tratarse de información generada manualmente, la misma efectivamente no fue actualizada en el reporte enviado a ASFI hasta el 10 de junio de 2013, por una omisión operativa. Al respecto, es necesario aclarar que dicho envío de información corresponde al año 2012.

Para el análisis del presente descargo se considera el periodo comprendido entre la fecha en que se produce la primera disminución en las calificaciones de riesgo, 18 de noviembre de 2011 y el 17 de septiembre de 2012, fecha hasta la cual la administradora reportó las inversiones correspondientes a valores emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul. Durante todo este periodo la calificación de riesgo informada para el emisor fue errónea.

En lo que respecta a la calificación de los títulos, sólo entre el 12 de junio de 2012 y 15 de agosto de 2012 del periodo antes señalado, la Sociedad Administradora informó la calificación correcta.

Hechos que evidencian la falta de seguimiento por parte de la SAFI a sus inversiones efectuadas en el extranjero, que no responden a la responsabilidad de la administradora de que la información remitida a ASFI se encuentre libre de errores y omisiones.

Por tanto, los argumentos expuestos por la administradora no desvirtúan la infracción imputada, correspondiendo ***ratificar*** *el cargo por incumplimiento señalado en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el incumplimiento ratificado a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, por enviar información con errores e inconsistencias, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 1, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; asimismo, se debe tomar en cuenta como circunstancias a la infracción imputada, que dicha conducta dificultó en sobremanera la labor de control y supervisión que efectúa este Órgano de Supervisión, empero el incumplimiento no tuvo efectos en el Mercado de Valores y la Sociedad no es reincidente en este tipo de contravención.*

Consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us3.000.00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

CONSIDERANDO*:*

Que, en virtud al análisis efectuado, a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se toma en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, mismo que señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Que, consiguientemente al haberse ratificado las infracciones imputadas a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, por los incumplimientos descritos en los cargos 1, 2, 3 y 4,*

de conformidad al artículo 7 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, corresponde aplicar el concurso de infracciones, mismo que prevé que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, como sucede en el presente proceso sancionatorio, se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave y si esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.

*Que, a tal efecto, se establece que la infracción más grave es la descrita en el cargo **1**, que de acuerdo al análisis efectuado debe ser sancionada con multa de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por lo que corresponde imponer dicha sanción incrementada en un 10%, en razón al número de infracciones ratificadas y montos de sanciones calculadas, sumando una multa total de **$us77.000.00 (SETENTA Y SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a los artículos 3, 7, 11, 12 parágrafo I, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo N° 26156.*

Que, la multa impuesta responde al cálculo expuesto en los siguientes cuadros:

Cargo mayor: 1. Inversiones en el extranjero en bonos en infracción a su Reglamento Interno y Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, sancionado con $us:	70,000
Multa adicional del 10% del cargo mayor	7,000
Porcentaje del incremento adicional con relación al cargo mayor:	10%
MULTA TOTAL	77,000

OTROS CARGOS	MULTA CALCULADA (Expresado en $us)	PROPORCIÓN MULTA / TOTAL OTRAS MULTAS	MULTA ADICIONAL APLICADA (Expresado en $us)
2. Comité de Inversiones que no actuó conforme el Reglamento Interno del Fondo y la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.	4,000	44.44%	3,111
3. Omisión de valuación y castigo contable en infracción al Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos.	2,000	22.22%	1,556
4. Envío de información con errores e inconsistencias respecto a las calificaciones de riesgo del emisor y de los bonos en Formularios FI-10	3,000	33.33%	2,333
TOTAL	**9,000**	**100.00%**	**7,000**

(…)"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 25 de noviembre de 2013, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** interpuso Recurso Jerárquico, conforme a los argumentos que se transcriben a continuación:

"(…)

6. *Relación de Derecho*

El presente Recurso Jerárquico es interpuesto en contra de la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013 emitida por la Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero, y es presentado en fiel amparo de las previsiones legales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el artículo 16 inciso a) y 66 parágrafo II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 53 y siguientes del Reglamento de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo aplicable al SIREFI aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

7. *Fundamentación*

7.1. *Revela imprecisiones y contradicciones de la ASFI en elcontenido de la Resolución ASFI N° 731/2013.*

A los efectos legales que en Derecho nos corresponden, y en pleno uso de nuestros mecanismos de Defensa, habiendo realizado una revisión in extenso de la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, se observa con absoluta nitidez que la misma adolece nuevamente de vicios de nulidad e imprecisiones técnicas, y en definitiva, no demuestra cuales son los instrumentos que permiten predecir un evento con el suscitado en el Banco Cruzeiro Do Sul, aspectos que ponemos en evidencia a continuación:

1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la respuesta expresada en el segundo párrafo de la página 8 de la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, intenta desnaturalizar el concepto de una "inversión", la cual por definición elemental implica la administración de un activo de riesgo, y en todo caso el hecho de que sean confiados a una* ***sociedad especializada,*** *tal como lo expresa en su resolución no implica que este sello resaltado por la ASFI, es una garantía absoluta sobre las externalidades que se pueden dar un determinado mercado. Es por ello que el hecho de ser una entidad especializada, no implica la facultad de poder controlar lo eventos como los suscitados en el Banco Cruzeiro Do Sul, en consecuencia el argumentos expuesto por la ASFI, es totalmente impertinente como fundamento de una Resolución Sancionatoria.*

2. *Por otra parte, corresponde poner en su atención que la cualidad de "Sociedad Especializada" está orientada a la idoneidad de la entidad para ejecutar con razonable seguridad el giro principal del negocio, aspecto que es evaluado al momento que el Regulador nos otorgó la Autorización de Funcionamiento en el Mercado, y en todo caso se debe comprender que el negocio de la inversión y en definitiva en el Sistema Financiero, tiene sus propios riesgos inherentes, ya que de lo contrario, no existía la necesidad de tener por ejemplo los fondos de protección, tal como incluso dicho espíritu ha sido recuperado por la Nueva Ley de Servicios Financieros 393 del 21 de agosto de 2013.*

3. *Por otra parte, existe una total violación al Principio de Congruencia de una Sanción Administrativa, toda vez que se observa que en el párrafo tercero de la página 8 de la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, la ASFI en forma inexplicable invoca por fuera de la Notificación de Cargos al artículo 43 inciso a) y b) de la Ley del Mercado de Valores, lo cual provoca una nulidad absoluta de la resolución sancionatoria y confirmatoria, toda vez*

que el límite de la acusación administrativa en contra de nuestra entidad está en la Notificación de Cargos y es jurídicamente improcedente el que recién ahora aparezcan otros cargos sobre otros artículos que no han sido inicialmente asumidos en el procedimiento sancionador. Este hecho en el Derecho Administrativo, se instituye en una Violación del Debido Proceso y causa la INDENFENSION de la entidad, lo cual se halla penalizado con la nulidad absoluta, pero sin perjuicio de aquello implica que la ASFI al momento de adecuar la conducta a la norma no estaba segura de la subsunción, aspecto que igualmente deberá ser considerado al momento de que la instancia jerárquica evalúe la seguridad jurídica del procedimiento administrativo.

4. *Por otra parte, la ASFI manifiesta que para el control de las inversiones la Sociedad cuenta con diferentes instancias de control como el Administrador del Fondo, el Comité de Inversión y el Oficial de Cumplimiento, cada uno con funciones específicas y concurrentes y que además manifiesta que durante el periodo de junio a septiembre "sólo en dos comités" se analizó el tema, lo cual evidenciaría que no se tomaron las medidas oportunas para regularizar la citada inversión".* ***(Pag. Res. asfi)*** *Al respecto, se debe tomar en cuenta que los instrumentos de monitoreo estaban perfectamente operables, pero la ASFI en forma conveniente omite considerar de que la externalidad, tampoco podía ser prevista por ninguna de las instancias mencionadas anteriormente, en otras palabras, todavía la ASFI no puede demostrar cómo se podía prever un FRAUDE de las magnitudes que se presentaron en el caso que ahora nos ocupa. Esto demuestra que la hipótesis inicial planteada por nuestra entidad es correcta, ya que cualquier sistema de control o monitoreo puede ser perforado y es permeable al fraude, lo cual no implica que hayamos incumplido con las previsiones prudenciales establecidas en el Reglamento Interno del Fondo y disposiciones reglamentarias o que el Oficial de Cumplimiento haya incumplido el Reglamento Interno del Fondo de Renta Activa de corto plazo.*

5. *Se debe tomar en cuenta que la entidad en ningún momento RECONOCE la existencia de pérdida o daño causado, tal como sugiere en la página 10 tercer párrafo de la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, pero en todo caso, la ASFI nuevamente violenta el espíritu de la norma toda vez que una causal de sanción por existencia de daño, está orientada a la protección de usuario y no así al de los accionistas, pero una vez más este argumentos es totalmente estéril, ya que dentro de la organización de las Sociedades Anónimas, como los esteesta(SIC) SAFI los accionistas tienen perfectamente clara la posibilidad de que en el giro comercial puede existir utilidad como puede existir pérdida, por ello resulta muy extraño que la ASFI quiera sancionarnos por causar un posible daño a los "accionistas", lo cual va en contrasentido incluso de la política actual de Gobierno.*

6. *Se observa que en el contenido de la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, cuando se objetó la facultad o competencia de la ASFI para la determinación de daño, (Argumento. 7.4 del Recurso de Revocatoria), la entidad pública se limita a realizar una retórica de la*

Constitución Política del Estado Plurinacional y otras normas de la material, pero en ningún momento expone con precisión, cual es la norma legal, administrativa, técnica o regulatoria, por la cual tendría la facultad de calificar un daño.

<u>Conclusión</u>

En consecuencia, en mérito a los hechos anteriormente descritos, resulta absolutamente evidente que la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, contiene una serie de contradicción e imprecisiones, que no han podido ser rebasadas por la entidad reguladora, la cual persiste en sancionar sin la existencia de una causal verídica y sin apreciar en lo absoluto el contenido de lo previsto por el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos.

7.2. *<u>Reitera en instancia jerárquica el descalce normativo enrelación a los artículos 13 y 20 del Reglamento deAplicación de Sanciones, aprobado por Decreto SupremoNro. 26156.</u>*

En la instancia jerárquica corresponderá evaluar el contenido de las resoluciones sancionatorias y confirmatorias emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, donde corresponde exhibir al Ministerio una violación del Principio de Proporcionalidad y simultáneamente de legalidad, establecido en los artículos 72 y 75 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, toda vez que de acuerdo a la tipología de las sanciones, se aprecian cuatro rangos de sanción a los cuales una entidad puede estar sometida, en caso de probar la concurrencia de los imperativos hipotéticos de cada sanción. Corresponde invocar en forma expresa lo manifestado en el contenido de la Resolución ASFI N° 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, que dispuso:

"En el ejercicio de la potestad sancionadora y en aplicación de lo establecido en el citado numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, referido a que se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de la multa que correspondiente al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido, habiéndose determinado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, de $us. 333.750.00, corresponde la aplicación del tope del Cuarto Rango de multa de $us. 70.000 conforme lo señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento"

Como se podrá apreciar, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la instancia de revocatoria omite convenientemente, al momento de aplicar la sanción correspondiente en Cuarto Rango en relación al Cargo Nro. 1, omite considerar y analizar la carencia total de los imperativos hipotéticos para aplicar dicha sanción, toda vez que el artículo 20 del Decreto Supremo Nro. 26156, complementando al artículo 13 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, complementa el artículo 13 de la siguiente forma:

ARTICULO 20.- Sin perjuicio de lo señalado en li artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3o y 11° de este mismo

decreto supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:

Cuarto Rango:

1. *Realizar operaciones o transacciones ficticias.*
2. *Realizar prácticas manipulatorias destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones.*

Como se podrá apreciar, la aplicación del Cuarto Rango, en relación al Cargo Nro. 1, es totalmente improcedente ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se limita a la lectura del artículo 13 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156 y en forma totalmente inconsistente elude el considerar lo establecido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, donde se puede apreciar que para la imputación de un monto de $us.70.000 debe ***PROBAR*** *que la entidad que represento ha realizado operaciones o transacciones ficticias o a realizado prácticas manipuladoras destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones.*

El regulador, debe tener claramente establecido que el Reglamento de Aplicación de Sanciones, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, no puede ser aplicado en forma segmentada o sesgada, sino que por el contrario debe ser aplicada en forma conjunta a ser esta norma de ORDEN PÚBLICO, o sea dicho en otras palabras debe ser de cumplimiento obligatorio. En el presente caso, se observa con absoluta nitidez que para ejecución de una sanción de multa equivalente a $us. 70.000, deben concurrir dos elementos esenciales, y sine quanum, los cuales fueron descritos en el artículo 20 del reglamento correspondiente, pero en el caso de la Resolución ASFI Nro. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha podido probar en lo absoluto que la entidad haya incurrido en ninguna de las causales establecidas dichos condicionados.

Conclusión.-

Señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la instancia de revocatoria no ha podido asociar ni subsumir los requisitos del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, por lo cual está totalmente imposibilitada de aplicar una sanción por una cuantía de $us.70.000, en Cuarto Rango, ya que esto implica una práctica de exacción ya que la ASFI por un Principio de Sometimiento a la Ley, estaba en la obligación de probar que se han realizado operaciones o transacciones ***ficticias o a realizado prácticas manipuladoras destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas>tasas o cotizaciones,*** *situación que solicitamos sea analizado con profundidad en la instancia de fin de vía administrativa ante su Autoridad.*

7.3. *Reincidencia en el incumplimiento del Principio de Verdad Material e inexistencia de instrumentos de predicción de hechos sobrevinientes.*

Como fuera ya explicado en la primera instancia de revocatoria y ahora en la

instancia jerárquica la actividad administrativa debe circunscribirse a elementos fácticos que deben ser confrontados con la normatividad vigente, más aún si se tratan de actos que puedan conllevar la existencia de sanciones de orden administrativo y que afecten el patrimonio de las entidades reguladas, generando riesgos de reputación corporativa.

En ese sentido, se pretende establecer una sanción regulatoria, por hechos que son naturales en la dinámica del negocio inversor, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite completamente el contemplar la ***VERDAD MATERIAL*** *de los hechos suscitados, lo cual hace que la argumentación del Regulador sea únicamente* ***TEORICA*** *y no así a través del Principio de la Verdad Material, el cual esta nítidamente establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe tomar en cuenta que esta forma de emitir resoluciones sancionatorias, sin verificar la verdad de cómo se han suscitado los hechos es totalmente ¡legal y está disociada de la legalidad vinculante para los Reguladores, más aún cuando existe la ***Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por e! Ministro de Economía v Finanzas Públicas****, por el cual se OBLIGA a los REGULADORES de que al momento de emitir una resolución sancionatoria, debe agotar la revisión y análisis de todos los hechos sobre los cuales se pretende sancionar por una determinada operación financiera.*

Lo anteriormente expuesto halla pertinencia en el contenido del presente descargo, toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución ASFI No. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013 y en la confirmatoria Resolución ASFI N° 731 del 4 de noviembre de 2013, en ninguna de sus partes, hacen mención en forma completa o pertinente sobre la existencia de un elemento que se instituye como INCONTROLABLE en cualquier mercado regulado, como es la existencia de FRAUDE, tal cual es el caso de que fue objeto el Banco Cruzeiro do Sul, por ello, ***correspondía que*** *la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, trascienda la teoría regulatoria y pueda demostrar y explicar, cuál era la forma en la que se debió administrar la evolución de la colocación de los bonos en el Banco Cruzeiro do Sul durante el periodo en el que se desarrollaron los acontecimientos, ya que es extremadamente fácil el poder emitir opiniones cuando se conocen los hechos pasados y no cuando se está administrando una operación de inversión donde no existen mecanismos de ninguna naturaleza para conocer hechos futuros, como los suscitados con la intervención del Banco en Brasil*

Esta situación que fue ampliamente explicada durante el proceso de la etapa de los descargos e incluso en la revocatoria, y no mereció ningún elemento de justificación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la cual se ha limitado a manifestar que la intervención del Banco no cumple con el elemento de imposibilidad absoluta ***(Pag, 15 último párrafo de la Resolución ASFI N° 731/2013 de! 4 de noviembre de 2013),*** *pero en todo caso es absolutamente observable que el hecho de rehuir de este elemento de defensa, implica el sostener una decisión sin ninguna fundamentación donde persiste incólume el*

hecho de que no existe forma por parte de esta SAFI de poder haber previsto la existencia de un FRAUDE en una entidad que tenía marcadores e indicadores atractivos.

7.4. *Distorsión de la Naturaleza de las Actividades del MercadoInversor.*

Por otra parte, se observa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ingresó en un error conceptual, cuando pretende establecer responsabilidad sancionatoria, por las operaciones de riesgo efectuadas en el Banco Cruzeiro do Sul, desconociendo flagrantemente el espíritu de lo previsto en el artículo 87 de la Ley Nro. 1834 del Mercado de Valores que dispone:

"ARTICULO 87°.- CONCEPTO., El Fondo de inversión es el patrimonio común autónomo y separado de la sociedad administradora, constituido por la captación de aportes de personas naturales o jurídicas, denominados inversionistas, para su inversión en Valores de oferta pública, bienes y demás activos determinados por esta Ley y sus reglamentos, ***por cuenta y riesgo de los aportantes****, confiados a una sociedad administración e inversión de patrimonio común, cuyos rendimientos se establecen en función de los resultados colectivos*

Como se puede apreciar con absoluta nitidez, el concepto original sobre el manejo de la inversión, conlleva un contenido equitativo de ***riesgo,*** *el cual es admitido y asumido igualmente por los inversores al momento de depositar éstos montos de dinero en administración de una Sociedad de Administración de Fondos de Inversión, por lo cual no es admisible que el Regulador, pretenda establecer una sanción bajo una hipótesis de generación de daños o formulación de asimetrías de información nocivas para los usuarios, más aún cuando de la revisión total de los antecedentes que forman el proceso en su totalidad, no existe evidencia que permita demostrar que alguien ha sufrido perjuicio alguno.*

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado corresponde poner en su atención que las condiciones de contratación entre la SAFI y sus clientes, están establecidas en el respectivo contrato, en cuyo contenido es perfectamente advertible que ambas partes están dispuestas a asumir los riesgos propios de la operación, motivo por el cual no existen condiciones de asimetría de información al momento de la generación del negocio jurídico entre la entidad y el cliente, aspecto que deberá ser revisado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de las directrices establecidas en las Sentencias Constitucionales Nrs. 582/05-R de 31 de mayo de 2005 y 577/04 del 15 de abril de 2004

7.5. *Inexistencia de Competencia de la ASFI para determinar Daño-Precedentes Jurisprudenciales*

Es importante considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de establecer la sanción, omitió complemente el límite de su competencia, establecida en el artículo 15 de la Ley Nro. 1864 del Mercado de Valores, toda vez que en su calidad de Regulador no tiene facultades para de determinar DAÑO ECONOMICO existente, lo cual implica que la afirmación

orientada a la existencia de presuntos daños económicos a terceros, ha ingresado en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, que dispone:

ARTICULO 122°.-*Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*

Esta previsión legal, también se halla respaldada por lo establecido en el artículo 106 la Ley Nro. 1864 del Mercado de Valores, que dispone:

ARTÍCULO 106°.- RESPONSABILIDADES

Sin perjuicio de las sanciones administrativas establecidas en la presente Ley o la responsabilidad civil o Penal a que hubiere lugar, toda persona, natural o jurídica, que infrinja las disposiciones establecidas en la presente Ley o sus reglamentos y que cause daño a terceros, está obligada a indemnizarlos perjuicios ocasionados.

Como se podrá apreciar con absoluta nitidez, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, actuado en forma ultra-discrecional, intentando instituirse en juez ordinario y además detonar una institución jurídica procesal como la ***indemnización,*** *sin que la ley le dé facultades para ello y asumiendo funciones y competencias de un juez ordinario del Órgano Judicial.*

Este tipo de actuaciones, ingresan en el marco prohibitivo de los Actos Administrativos, toda vez que el actuar sin competencia implica el violentar el Debido Proceso de la Sede Administrativa, tal como lo disponen las SSCC Nros. 22/05 del 5 de abril de 2005 (RDN) y 87/03 del 9 de septiembre de 2003 (RDN), lo cual implica que la Resolución Nro. ASFI/580/2013 está bajo caución de los efectos del artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional.

7.6. *Incorrecta evaluación por parte de la ASFI- Falta de Fundamentación y Motivación-Existencia de Fraude.*

En la profusa jurisprudencia del Derecho Administrativo Sancionador se han desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia administrativa comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)". Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la ***fundamentación y motivación*** *de las resoluciones. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente*

motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: 1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos de juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ilícito o contravención que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta. En caso de co procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "[...] es así que una resolución que no contenga toda la fundamentación y motivación es una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos, sentencias y resoluciones se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso; motivación que en el caso del Auto Inicial Sancionatorio. Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por un Órgano Administrativo como la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. ***Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes.***

Como se puede apreciar las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, la ASFI tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001-R, mínimamente debe contener:

- *La especificidad de los hechos objeto del proceso.*
- *Elementos de juicio.*
- *Descripción y valoración clara de la prueba.*
- *Verificación de todos los hechos y circunstancias suscitados en una determinada operación.*

En el presente caso, es evidente que la Resolución ASFI Nro. 580/2013, nuevamente omite el considerar las normas constitucionales anteriormente instituidas vía jurisprudencia, toda vez que en todo el contenido de la resolución sancionatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite totalmente el referirse a la externalidad relativa al FRAUDE que se habría suscitado en la entidad financiera brasilera en la que se realizó la operación de inversión.

Corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el ***manifestar, explicar y fundamentar*** *cómo afectó la existencia de un CASO FORTUITO e IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE como la intervención del Banco por indicios de Fraude, en la administración del riesgo de las inversiones que se*

tenían en dicha entidad y cómo nosotros estábamos en posibilidad de conocer estos extremos fácticos, toda vez que lo contrario implicaría el omitir el cumplimiento de lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

7.7. *Descargo del Cargo Nro. 1*

"La Sociedad Administradora para la Cartera del fondo de inversiones Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo, adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruceiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody 's), calificación menor a la requerida en el reglamento interno del fondo de inversión abierto administrado"

7.6.1 *En el* ***primer CONSIDERANDO*** *hacen mención a 2 observaciones:*

a. *Que adquirimos los bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo menor a la requerida en el Reglamento Interno del Fondo de Inversiones abierto administrado.*

b. *Que habríamos mantenido los citados bonos, después de la disminución de calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012, hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo para sus participantes.*

7.6.2 *La sanción siendo de segundo rango, se modula sobre la base de un presunto daño ocasionado y subjetivo tal como se menciona en el 3o párrafo de la página 13 de la resolución ASFI N°580/2013: "Generando como consecuencia una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo.... este cálculo carece de todo lógica, puesto que al introducir esta pérdida el valor de cuota del fondo de inversión sufriría un desproporciona! incremento, teniendo una tasa de rendimiento a 1 día aproximada de 2,072%. El mismo regulador en Resoluciones Administrativas anteriores (remitirse a la Resolución Administrativa SPVS-IV-173 de 18 de abril de 2001), hace cálculos de valores de cuota paralelos, respaldados por análisis técnicos y fechas de corte sustentadas, así como el ajuste correspondiente.*

En esta parte, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no puede establecer un cargo por presuntos daño, toda vez que conforme lo establecido en el artículo 15 de la Ley Nro. 1834 del Mercado de Valores, el Regulador no posee competencia para DEFINICIÓN de daños, los cuales en todo caso deberían ser probados a través de los mecanismos legales que tienen quienes se sintieren afectados por el mismo.

7.6.3 *Pag. 10 primer párrafo:*

Establecen que con relación al descargo presentado por la administradora que manifiesta que al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 y 28 de septiembre de 2010 la calificación de riego

del Banco Cruzeiro do Sul era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento.

Se advierte que la Sociedad Administradora no considera la calificación de riesgo de los instrumentos. Al respecto cabe hacer notar que la ASFI, nunca observó en los caraos la calificación de riesgo de los instrumentos, por lo que no existieron descargos sobre el tema y no es legalmente procedente en una Resolución Administrativa sancionatoria, sancionar a un regulado sobre caraos que no se le realizaron en su momento, ya que esto implica un incumplimiento expreso a nuestro derecho a la legítima defensa, en todo caso corresponde poner en su atención que este tipo de actividad, fractura el Principio de Congruencia y castiga con la nulidad de la Resolución Sancionatoria.

En ese sentido, la Notificación de Cargos al carecer totalmente de imputación administrativa desde su origen está imposibilitada a aplicar sanciones recién en la resolución sancionatoria, toda vez que esta conducta del regulador es contraria al Principio de Congruencia que rige el procedimiento Administrativo, bajo el cual se rige la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo

Argumentos 1.1 Inversión que no cumplía con e/ reglamento desde e! momento inicial

7.6.4 *La Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras establece en su artículo 107:*

"Los emisores de Valores de Renta Fija y/o los instrumentos financieros de corto plazo emitidos por éstos, en los que inviertan los Fondos de Inversión, deberán estar comprendidos dentro de un nivel de categoría de calificación de riesgo local mínima de A, establecida por una Nationally Recognized Statistical and Rating Organizations (NRSRO) o por una entidad calificadora de la cual sea accionista mayoritario una NRSRO. En el caso de Valores representativos de deuda soberana será suficiente el cumplimiento a lo establecido en los incisos d) y e) del presente artículo".

7.6.5 *Vacío jurídico en el reglamento:*

7.6.5.1 La Normativa indicada es una norma superior al Reglamento Interno del Fondo de Inversión por lo que al establecer en este último de manera genérica que se utilice la calificación de riesgo ***de los instrumentos*** *y que* ***no haga referencia de calificación de riesgo local,*** *existe un vacío legal que no aclara que también se puede utilizar la calificación del emisor y el riesgo local, esto está cubierto por la norma superior en la cual está enmarcada el Reglamento Interno.*

7.6.5.2 Es decir que el alcance que establece Normativa permite utilizar la calificación como emisor y la calificación de riesgo local.

7.6.6 *Imposibilidad de cumplir el reglamento con dicho vacío*

7.6.6.1 No se podía dar cumplimiento a dicho artículo desde un inicio, al

contar con una calificación de riesgo de emisor de A3, en países con calificación de BBB3, ya que un emisor de un país no puede tener una calificación mayor a la del riesgo país.

7.6.6.2 Es en este sentido, que incluso en la página (SIC) web de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y de la CAF, se señala lo siguiente

"¿Qué es el riesgo soberano?

Es la probabilidad de que las acciones de un gobierno soberano puedan afectar directa o indirectamente la capacidad del emisor de deuda de cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma. La calificación de riesgo que corresponda a la deuda soberana es entendida como la más alta da de menor riesgo) que una entidad nacional puede obtener en los mercados internacionales."

Riesgo Soberano ***Es la probabilidad de que las acciones de un gobierno soberano puedan afectar directa o indirectamente la capacidad del emisor de deuda, de cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma. Lacalificación de riesgo que corresponda a la deuda soberana esentendida como la más alta (la de menor riesgo) que una entidadnacional puede obtener en los mercados internacionales.***

7.6.7 *ASFI Nunca observo dicho vacío jurídico*

7.6.7.1 En la Resolución Sancionatoria N° 580/2013 la misma ASFI reconoce (y se contradice) al decir "En lo que respecta a la calificación de riesgo del emisor AI, a la que alude la Sociedad Administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de adquisición de los Bonos del Banco Cruzeiro do Sul ***cumplía*** *con el artículo 107 de la Normativa de Fondos de Inversión..."*

7.6.7.2 En todo caso es importante recordar que la ASFI al autorizar el funcionamiento del Fondo de Inversión, aprobó también su Reglamento Interno.

7.6.7.3 La ASFI nunca observó dicho vacío jurídico, ya que aprobó el Reglamento Interno del Fondo de Inversión en fecha 6 de febrero del 2009, e incluso menciona en su resolución ***(Anexo 1)*** *en su primera página 3o párrafo textualmente:*

"Autoriza su funcionamiento previa verificación de que la *escritura pública,* ***el reglamento interno…*** *cumplen con los requisitos establecidos por dicha norma legal y sus reglamentos".*

Este hecho demuestra que al momento de efectuarse la inversión inicial por parte del Fondo en los valores del BANCO CRUZEIRO DO SUL, los mismos cumplían con lo establecido en la norma vigente y el Reglamento Interno del Fondo y que en todo momento se interpretó dicho vacío jurídico de acuerdo a la norma general que establece como calificación mínima la de los valores localmente (A3 local de acuerdo a la normativa y a nuestro reglamento interno), por lo que nos extraña que recién se observe dicho hecho extemporáneamente, no habiendo aplicado la actual interpretación a

momento de haber analizado y aprobado el Reglamento Interno del Fondo.

Eso implica que tomó conocimiento de la inversión en el BANCO CRUZEIRO DO SUL desde el 28 de septiembre de 2010, mediante los informes FI-10, se adjunta un informe como ***(Anexo 2)*** *con sello de la ASFI, contrario a sus funciones de acuerdo a la* ***Ley del mercado de valores: "ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.***

Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores: 2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado;".

Este hecho demuestra que al momento de efectuarse la inversión inicial por parte del fondo en los valores del BANCO CRUZEIRO DO SUL, los mismos cumplían con lo establecido en la norma vigente y el reglamento interno del fondo y que en todo momento se interpretó dicho vacío jurídico de acuerdo a la norma general que establece como calificación mínima la de los valores localmente (A3 local de acuerdo a la normativa y a nuestro reglamento interno), por lo que nos extraña que recién varios años después la ASFI observe dicho hecho extemporáneamente.

7.6.7.4 También se presenta como descargo, las cartas enviadas por la ASFI, sobre excesos del fondo de inversión recibidas durante todo el periodo mencionado, lo que demuestra, que en todo momento el personal de la ASFI, interpretó al igual que la SAFI, que la inversión inicial de los valores del Banco Cruceiro do Sul cumplían con lo estipulado en el reglamento interno del fondo, y en la normativa vigente. Se adjuntan 3 informes de la ASFI del departamento de inversiones sobre excesos en los límites de inversión sobre el fondo Renta Activa Corto Plazo de fecha: 09 de diciembre de 2010, 19 de enero de 2011 y 21 de noviembre de 2011. (Anexo 3) Donde en ningún momento se menciona el supuesto exceso al momento de efectuar la inversión como se menciona en la notificación de cargos: "La Sociedad Administradora para la Cartera del fondo de inversiones Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo, adquirió los Bonos emitidos por el Banco Cruceiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, los cuales desde el momento de su adquisición habrían contado con una calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody 's), calificación menor a la requerida en el reglamento interno del fondo de inversión abierto administrado".

7.6.7.5 Este hecho demuestra que la ASFI en todo momento al igual que la SAFI interpretó que dicha inversión al momento de ser efectuada cumplía con la normativa vigente y con el Reglamento Interno del Fondo, recién aplicando ésta supuesta interpretación varios años después.

En todo momento de forma mal intencionada se pretende escudar dicha omisión e interpretación por un periodo comprendido entre

la adquisición de los mencionados valores entre el 28 de septiembre de 2010 y el 18 de noviembre del 2011(más de 360 días con información correcta, periodo en el cual la ASFI nunca efectuó observación alguna), fecha en que por un error operativo se reporta mal la calificación, como una justificación para un trabajo deficiente en gabinete, y una interpretación sesgada del Reglamento Interno de nuestro Fondo el cual como se demuestra en los puntos anteriores sufría de un vacío jurídico, el cual fue sobreentendido y dado por bien hecho por los funcionarios de la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI, al nunca haber observado dicho exceso.

7.6.8 *Vicios resolutivos y cargos.*

7.6.8.1 En la Resolución sancionatoria N° 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, la misma ASFI reconoce (y se contradice) al decir "En lo que respecta a la calificación de riesgo del emisor Al, a la que alude la Sociedad Administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de adquisición de los Bonos del Banco Cruzeiro do Sul ***cumplía*** *con el artículo 107 de la Normativa de Fondos de Inversión..."*

7.6.8.2 La propia ASFI en la formulación de cargos se refiere a la calificación de riesgo local sin efectuar una puntualización si la misma se refiere a local o internacional, hecho que demuestra que siempre se tomó como válida la calificación local para cumplir el reglamento. Tal hecho se muestra en la página 1 de la resolución administrativa en su 5º párrafo y en la página 2 en su 1° párrafo, los que mencionan: "Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después de la disminución calificación deriesgo de! emisor efectuada e! 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes".

En la parte señalada se puede observar que no se hace referencia a una calificación local o internacional, dicho párrafo se refiere a una calificación local, lo cual demuestra una vez más que en todo momento la ASFI siempre interpretó que la calificación a la que se refería el fondo en su Reglamento Interno era una calificación local. Por lo tanto se demuestra que en todo momento los criterios utilizados por la ASFI y la SAFI para interpretar la aplicación del Reglamento Interno, fueron los mismos.

7.6.8.3 El reglamento interno del Fondo Renta Activa Corto Plazo establece

"ARTÍCULO 18.CALIFICACION DE RIESGO INVERSIONES.-

El FONDO invertirá en valores locales con calificación de riesgo mínima de:

A3 en el caso de Largo Plazo.

N2 en el caso de valores Corto Plazo.

La liquidez local del FONDO será mantenida en cuentas corrientes o cajas de ahorro, en entidades financieras que cuenten con una calificación de riesgo como emisor igual o superior a A3 conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.

En el caso de inversiones en el exterior se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y tratándose de países latinoamericanos una calificación deriesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3 en instrumentos derenta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3, por lo que se habría dado estricto cumplimiento al mismo.

7.6.9 *Al momento de adquirir dichos valores en fecha 30 de septiembre de 2010 y 28 de septiembre de 2010 respectivamente, la calificación del Banco Cruzeiro do Sul de Al.br (Se adjunta la pantalla respectiva de Bloomberg (Anexo 4), y la calificación de riesgo de Brasil era BBB1, por lo que se habría cumplido con el reglamento interno del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo y al artículo 107 de la normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

La propia ASFI en su resolución en la página 11 4º párrafo admite que la SAFI cumplía con la normativa: *"En lo que respecta a la calificación de riesgo, a la que alude la sociedad administradora en sus descargos, corresponde señalar que si bien al momento de la adquisición de los bonos del banco Cruceiro do Sul* cumplía con loestablecido en el artículo 107 de la normativa para fondos deinversión v sus Sociedades Administradoras...", ***este hecho demuestra que la Sociedad administradora al momento de efectuar la inversión en los mencionados títulos cumplía con la normativa y con su reglamento el cual tenía un vacío jurídico.***

Argumentos 1.2

7.6.10 "Asimismo, la Sociedad Administradora habría mantenido los citados Bonos del Banco Cruzeiro do Sul con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo después de la disminución calificación de riesgo del emisor efectuada el 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, lo que habría determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando una posible pérdida para sus participantes"

Disminución en la calificación de A3 a BB2:

7.6.11 Señalar, que en la norma para fondos de inversión y sus sociedades administradoras, en su artículo 107 señala "En el caso de excesos de inversión involuntarios, debido a disminuciones de calificación de riesgo u otros relacionados, dichos excesos deberán ser corregidos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. ***Para el caso de inversiones en países sudamericanos, dicho plazo será de noventa (90) días calendario****. Desde el 29 de marzo de 2012, se contaba con un periodo de 90 días para adecuar los respectivos límites. El 18 de abril de 2012, se coloca una orden de venta para lograr corregir dicho exceso. Al momento de la intervención del banco* ***por posible fraude*** *habían transcurrido solamente 65 días de dicho plazo.*

7.6.12 Moody's fundamenta este hecho por los siguientes motivos:

- *El incremento en la dependencia del Banco a fuentes de financiamiento garantizadas para financiar sus fuentes de préstamos y el debilitamiento de las principales variables de rentabilidad que continua desafiando la generación de capital interno.*
- *El desempeño financiero fue visiblemente afectado a diciembre 2011 por un incremento importante en provisiones adicionales por préstamos fuera de balance, hecho que puso mayor presión a sus ya débiles ganancias. Tales ajustes a las provisiones incrementa las preocupaciones sobre la adecuada política de riesgos del banco y su capacidad de absorber futuras provisiones.*
- *La tendencia negativa de la calificación refleja los retos que el Banco continúa teniendo, más considerando la franquicia de un solo producto en un ambiente de crecimiento moderando de créditos y el incremento de la competencia en su mercado objetivo, combinado con un caro y una pobre diversificación en la estructura de financiamiento y una limitada estructura de capital. Esta situación limitara la generación de ganancias estimadas.*

Ninguno de los puntos mencionados, hacía prever un fraude. Tampoco merecía el efectuar una venta apresurada de los bonos CRUZ12 y CRUZ13 que implicarían una pérdida para los inversionistas, si se contaban con 90 días.

La mencionada disminución en la calificación a pesar de ser drástica como menciona la ASFI en su análisis, no repercute significativamente en el valor de los títulos, es más los mismos se mantienen estables hasta el día de la intervención del banco.

En fecha 16 de enero de 2012, se solicita la cotización de precios a mercado a nuestro Broker internacional, el cual indica para CRUZ'12 un precio de 96% y para CRUZ'13 un precio de 90%, precios que guardaban relación con los anteriormente registrados en el mercado de 96% y 92% precios proporcionados por la BBV (fuente

Reuters), y similares a los registrados antes de la caída en la calificación 96% y 92% precios proporcionados por la BBV (fuente Reuters) el 18 de enero de 2012. Si la situación era tan crítica como pretende demostrar la ASFI, se hubiera dado una drástica caída en los precios, hecho que no se dio demostrando que los agentes del mercado en su conjunto tenían la percepción de una subida en la cotización de los precios (Recordamos que los bonos son globales y se incorpora por lo tanto en el proceso de formación de precio la opinión de cientos de agentes a nivel mundial). Asimismo, hasta antes de la intervención por fraude, hecho que nadie conocía, estos valores siguieron negociándose en los mercados internacionales, lo cual demuestra que existían inversionistas racionales que en base a la información existente consideraban que los valores seguirían mostrando una tendencia al alza al igual que la SAFI

7.6.13 Desde el momento de la reducción de la calificación de riesgo se puso una orden de venta (remitida a su Autoridad mediante nota SC SAFI - 1554/2012) de los valores en cuestión, buscando en todo momento preservar el capital de los participantes del fondo. Con lo que se habría cumplido la normativa con relación al cargo imputado. ¿Si la ASFI considera en estos casos, que un plazo de 90 días es muy amplio, no debería de modificar la normativa?, Este cuestionamiento pone en evidencia la forma en que la ASFI ingresa en una serie de argumentos subjetivos sin ningún tipo de sustento legal o financiero que permite comprobar los cargos impuestos y las sanciones aplicadas. Si la normativa otorga un plazo de 90 días, es debido a que el espíritu de la misma busca el que se ocasione el menor daño posible a los participantes, evitando el riesgo de venta apresurada. La ASFI, al opinar injustificadamente que se debió vender apresuradamente, por un lado va en contra del espíritu de la norma proponiendo aumentar el riesgo de inversión y, por otro lado, está interviniendo en la propia administración del Fondo.

7.6.14 La ASFI, no toma en cuenta que los mencionados valores, tal como se les indico en la Carta SC SAFI-1554/2012 en su punto:

14.- En fecha 18 de abril de 2012, se coloca un orden de venta de los valores a precios de CRUZ'12 un precio de 99% y para CRUZ'13 un precio de 94%, vigente hasta el 18 de mayo de 2012. El precio colocado fue superior a los reportados por Reuters (CRUZ'12 94.9967% y CRUZ'13 92.0049%) debido a los rumores existentes en el mercado de la negociación de venta del Banco Cruzeiro do Sul al banco BTG Pactual y con la expectativa de tener una recuperación mayor al momento de la venta, hecho que fue tomado en cuenta por varios inversionistas que siguieron comprando dichos valores en los mercados internacionales.

16.- En fecha 31 de mayo de 2012 sale en Reuter's la noticia

confirmando los rumores existentes en el mercado sobre la negociación de venta del Banco Cruzeiro do Sul.

En fecha 31 de mayo de 2012 y en base a la noticia de venta del Banco, se solicita una nueva cotización de precios a nuestro Broker Internacional, el cual indica para CRUZ'12 un precio de 97% y para CRUZ'13 un precio de 88%, precios superiores a los reportados dos días antes, producto de la posible venta, y mostrando que en caso de confirmarse la misma, los precios alcanzarían niveles altos debido a la calificación del banco comprador (En este caso Banco BTG Pactual S.A. con calificación Aaa.br). Este hecho puede ser corroborado por el informe elaborado por Barclay's posteriormente, donde se muestra el efecto en un valor cuyo emisor es adquirido por otro de mejor calificación de riesgo, subiendo su cotización incluso por encima de un 100%.

Ambos hechos y la información disponible mostraban que en caso de confirmarse la venta del banco, los valores sufrirían un considerable incremento de valor, el cual implicaba una ganancia potencial para el fondo. Por lo expuesto no entendemos cual era el motivo de incurrir en una perdida para el fondo como pretende la ASFI, cuando se tenía el potencial de una ganancia. En todo caso corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el procurar una explicación completa cumpliendo con lo previsto en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

7.6.15 *La ASFI no toma en cuenta en su análisis que el 12 de Abril de 2012 Standard & Poor's mantiene la calificación de riesgo nacional al Banco Cruzeiro do Sul con tendencia estable, manteniendo su anterior criterio. Si la situación era tan crítica como indica la ASFI, que exigía una venta apresurada, no debería una institución como S&P haberse manifestado al respecto modificando la calificación. Esto demuestra el grado de subjetividad que han tenido en este caso los funcionarios de la ASFI para evaluar este caso, sin la objetividad que se requiere, acorde a sus responsabilidades y funciones. No hay razón lógica que justifique la utilización solamente la calificación otorgada por Moody's y no enmarcarse considerando lo indicado sobre S&P, que sería lo más coherente.*

7.6.16 *El hecho que un valor, instrumento o su emisor disminuyan de calificación de riesgo, sea cual sea el motivo, no significa que se debe tomar la decisión de venderlo. Si la SAFI tomaba esa decisión se corría el riesgo por venta apresurada, lo cual más bien fue analizado responsablemente y se tomó la decisión de mantener la inversión, considerando toda la información disponible en el momento, misma que indicaba que los valores iban a subir de precio. Es por eso que cuando se emite la orden de venta, la misma contempla precios superiores al mercado, por las*

tendencias existentes y los indicadores y análisis vertidos por especialistas serios y reconocidos. Al respecto, corresponde poner en su atención lo previsto en el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores, que establece que:

"La sociedad administradora es responsable de proporcionar a los fondos de inversión los servicios administrativos que éstos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y en general la provisión de un adecuado servicio técnico para la buena administración del fondo.

La sociedad administradora deberá administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia".

Todas las decisiones de la inversión adoptadas por la SAFI, demuestran el cumplimiento estricto al artículo indicado, en particular al último párrafo, con lo cual se cumple irrestrictamente el ***PRINCIPIO DEL BUEN PADRE DE FAMILIA,*** *siendo que para rebatir este elemento cualitativo, se debería proceder a realizar un análisis de gestión y no así un análisis de una operación en particular, la cual tiene una visión sesgada por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

La ASFI emite opiniones "técnicas" absolutamente subjetivas al indicar que se debieron vender los Bonos, lo cual es una decisión privativa de la SAFI, en el marco del contrato de administración suscrita con cada uno de los participantes del Fondo de Inversión y por cuenta y riesgo de los mismos.

Con todo esto, la ASFI se respalda en argumentos subjetivos estableciendo ***culpa*** *que además se permite aclarar y definir que son "actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse", lo cual no es demostrado en la resolución sancionatoria de forma fehaciente.*

*El día 4 de junio de 2012, el Banco Central de Brasil comunica la intervención del Banco Cruzeiro do Sul a través del RAET (Administración Especial Temporaria) por un periodo de 180 días designando al FGC (Fondo Garantizador de Créditos) como administrador temporal. De acuerdo a lo descrito por Reuters: "El Organismo monetario dijo el lunes en un comunicado que la decisión tuvo lugar después de la violación de las normas que gobiernan el sistema financiero, además de la verificación de problemas en algunos ítems de activos". (****FUENTE: Reuters", 4 de junio de 2012, Brasil interviene el Banco Cruzeiro do Sul)***

Luego de descubrir ***pérdidas relacionadas con un fraude,*** *el Banco Central de Brasil tomará control del prestamista Cruzeiro de Sul, entidad que estará bajo la administración del Fondo Garantizador de Crédito (FGC) por 180 días.*

Según el diario brasileño Valor Económico, el Banco Central (BC) detectó una serie de préstamos ficticios en el balance de la entidad. ***El fraude habría llevado a pérdidas por 1.300 millones de reales (US$ 637 millones),*** *según informa O Estado de Sao Paulo." (Fuente: Télam* ***"irregularidades del sistema financiero Intervienen el banco Cruzeiro do Sul en Brasil).***

La entidad está sospechada de falsear sus datos para esconder un enorme déficit.

La ASFI omite considerar que según la autoridad monetaria, la intervención se debió al "incumplimiento de normas aplicables al sistema financiero", y se destina a verificar si son reales los datos de la institución sobre sus activos, reportaron las agencias DPA y Brasil. "El Banco Central está adoptando todas las medidas correspondientes para investigar responsabilidades", agrega el comunicado, que afirma que los resultados de las verificaciones podrán resultar en sanciones administrativas."

Este hecho que en todo el contenido de la Resolución de la ASFI 580/2013, en ningún momento es mencionado como debería ser ***"como un fraude bancario sin precedentes"*** *como se muestra en los textos transcritos de la prensa mundial, lo cual implica que al ser de conocimiento público no necesita ser probado, bajo el Principio Jurídico del* ***NOTORIUM NON EGET PROBATIONEM.***

La intervención se debe a un fraude contable, y no a otro hecho como pretende hacer notar la ASFI, esto implica un acontecimiento fortuito y de imposibilidad sobrevenida, el cual no podía ser anticipado por la SAFI, por ningún administrador, ni por las calificadoras especializadas.

En conclusión, queda demostrado que la Administradora contaba con un plazo de 90 días de acuerdo a normativa para la venta de estos valores, por lo cual no existía motivo para una venta apresurada y en todo caso todas las situaciones distorsionantes de estas inversiones se suscitaron dentro del periodo legalmente establecido.

En todo momento la SAFI, buscó proteger el patrimonio de sus participantes al buscar el mejor precio de venta posible.

La SAFI actuó con la debida responsabilidad, hecho que se demuestra con el reiterado seguimiento efectuado al mercado al efectuar más de 4 consultas de precios, aspecto que no es valorado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de emitir la Resolución Sancionatoria Nro. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013 y en todo caso corresponderá que sea explicado en la resolución que resuelva esta primera instancia recursiva regulatoria.

A la fecha de intervención del banco, 4 de junio de 2012, solo habían transcurridos 67 días de los 90 que estipula la norma para corregir el mencionado exceso (desde el 29 de marzo de 2012), por lo que se cumplió en todo momento con la normativa vigente, hasta el suceso ajeno al control de la SAFI relacionado a la ***Intervención por fraude del Banco.***

Intervención por fraude:

7.6.17 El día sábado 2 de junio de 2012, el Banco Cruceiro Do Sul, rechaza la oferta de compra efectuada por el banco BTG Pactual, al considerar el precio demasiado bajo. Llama la atención en este punto el hecho de que este tipo de anuncios se efectúen en un día no hábil.

7.6.18 *El día lunes 4 de junio de 2012, el Banco Central de Brasil comunica la intervención del Banco Cruzeiro do Sul a través del RAET (Administración Especial Temporaria) por un periodo de 180 días designando al FGC (Fondo Garantizador de Créditos) como administrador temporal. De acuerdo a lo descrito por Reuters: "El* ***Organismo monetario dijo el lunes en un comunicado que la decisión tuvo lugar después de la violación de las normas que gobiernan el sistema financiero, además de la verificación de problemas en algunos ítems de activo****s".*

7.6.19 *Se designa al FGC (Fundo Garantidor de Crédito) como administrador temporal.*

7.6.20 *PriceWaterhouseCoopers es designada por el FGC para auditar al Banco, proceso que se cree termine en los siguientes 30 a 90 días.*

Dicha intervención precipita la caída de los valores de un CRUZ12 de 97.50% a 65% y CRUZ13 de 91.99% a 55.00% respectivamente de acuerdo a las cotizaciones referenciales efectuadas a nuestro Broker el 5 de junio de 2012. (Anexo 5)

7.6.21 *El día 06 de junio de 2012 en conferencia, los nuevos ejecutivos indicaron que no se usaran fondos externos para hacer frente a los pasivos que pueda tener el banco en los siguientes 180 días. Como primera instancia se usaran los BRL3.6 Bn de cuotas subordinadas que el banco mantiene en el FIDC, fondo estructurado por el FGC el año pasado (2011). Estos recursos proveerán la suficiente liquidez para hacer frente a los vencimientos que se mantiene en los siguientes 180 días y evitar el default. Este hecho implicaba que se podía cubrir el 100% del bono Cruz'2, y por lo tanto hacia innecesaria su venta.*

7.6.22 ***El día 7 de junio,*** *se loara consultar con diferentes Brokers sobre la intervención del Banco, como respuesta se recibe de parte de nuestro Broker un análisis realizado por Barclays,* ***en el cual de manera pormenorizada se detalla la situación a ese momento del Banco, y de los posibles escenarios a los cuales podría atenerse los inversionistas producto de los hallazgos obtenidos de la auditoría a ser realizada.*** *Todos los escenarios reflejan un valor de cotización superior al que en ese momento habían en el mercado. O en su defecto abriendo la posibilidad de la venta de la institución a un banco de primera línea, lo cual por tendencias del mercado elevaría la cotización de los valores mencionados.*

Figure 1: Scenarios for Price upside of Cruzeiro bonds in caso of an acquisition

	Currentprice ($)	Implied price based on Bradesco's curve plus 150 bp spread %	Implied price based on Bradesco's curve ($)	Potencial priceupside (Bradesco)	Implied price based on ... curve plus 150 bp spread %	Implied price based on ... curve ($)	Potencial priceupside (...)
CRUZ'12	80,0	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a

CRUZ'13	49,5	4,63	102,46	53	5,6	101,4	51,9
CRUZ'14	44,5	5,64	103,45	58,9	6,4	102,0	57,5
CRUZ'15	42,5	3,69	112,21	69,7	7,2	103,0	60,5
CRUZ'16	42,5	4,87	111,05	68,5	n/a	n/a	n/a
CRUZ'20 (subordinated)	32,5	6,99	111,66	79,2	10,2	92,8	60,3

Source: Barclays Research

DESCRIPCION	Compra Banco Industrial Comercial S.A.	Compra Banco Industrial y Comercial cobro a vencimiento	Compra Banco Bradesco S.A.	Compra Banco Bradesco S.A., cobro a vencimiento
Valor	**CRUZ'13**	**CRUZ'12**	**CRUZ'13**	**CRUZ'12**
Serie	XS0523748639	XS0452252835	XS0523748639	XS0452252835
Fecha de anilla 1*	31-may-12	31-may-12	31-may-12	31-may-12
Precio al 31 de Mayo de 2012*	92.0010%	95.0031%	92.0010%	95.0031%
Valor de lo* Títulos al 31 de Mayo de 2012	230,002.50	190,006.20	230,002.50	190,006.20
Precio según análisis de BARCLAYS	101.4000%	100.0000%	102.4600%	100.0000%
Cantidad de Valores	250	200	250	200
PRECIO Potencial de Acuerdo a Análisis de Barclaya	253,500.00	200,000.00	256,150.00	200,000.00
Utilidad Probable de Venta	23,497.50	**9,993.80**	26,147.50	**9,993.80**

Recoveryanalysis (BR1.mn)				
liquidationcosts	30.000			
derivatives	244.185			
Tax/labor (existing)	224.717			
Tax/labor (adtions in liquidarion)	350.752			
Depositsduewithin 180 days	2.647.480			
Total priorityclaims	3.497.134			
RemainingAssetvalue		5.971.921	5.113.285	3.643.148
Recovery %		100%	100%	1005
Senior claims (pari-passu with bonds)	7.629.559			
RemainingAssetValue				
Recovery %		70%	67%	48%
Subordinated Bonds	725.932			
RemainingAssetValue		0%	0%	0%
Recovery %				

Source: Company reports, Barclays Research

En este momento los posibles escenarios eran:

1. Venta de los valores a un precio de 65.00% y 55.00% (precios remitidos por nuestro bróker internacional), reconociendo

una pérdida de USD. 157.475,00

2. Esperar:

a. La venta del banco con una posible utilidad de más de USD 30 mil.

b. Posible liquidación con un margen de recuperación entre un 78%, 67% y 48%, esto además tomando en cuenta que el banco poseía los recursos para pagar los bonos CRUZ12, tal como declara su interventor el 6 de junio de 2012.

Producto de este análisis nuestro comité de inversiones instruye, se proceda a colocar una orden de venta (a 97.50% para CRUZ'12 y 91.99% para CRUZ'13), buscando que los valores en caso de llegarse a un acuerdo de venta del mismo elevaran el precio en el mercado.

7.6.23 El 14 de junio de 2012, se tiene un comité extraordinario, analizando los últimos sucesos y noticias generadas, decidiendo:

a. Colocar a la venta los valores del Banco Cruzeiro do Sul a los precios de mercado anteriores al 04 de junio de 2012.

b. Realizar un monitoreo constante a las noticias relacionadas con el Banco Cruzeiro do Sul.

7.6.24 El día 8 de julio de 2012, se cobra con total normalidad el cupón correspondiente a los valores CRUZ13, lo que demuestra que elbanco contaba con la liquidez necesaria para poder cumplir con sus obligaciones dentro del plazo indicado por los interventores.

7.6.25 Producto de ambos hechos se puede observar la evolución positiva de los precios desde el 12 de junio de 2012. Por lo que de haber vendido los valores se hubiera perjudicado a los participantes y la recuperación del fondo.

	CRUZ'13
12-JUN-12	35,000%
15-JUN-12	40,000%
30-JUN-12	50,000%
08-JUL-12	50,000%

Fuente BBV: Reuters

7.6.26 El día 15 de agosto de 2012, Se nos informa sobre una oferta de recompra de los Bonos, por parte del Interventor a un precio de 61% y 56% respectivamente, ambos superiores a los precios de cotización de 45%. (Anexo 6), el comité de inversiones por lo tanto evaluando las alternativas de vender los valores en el mercado, opta por aceptar la oferta efectuada por el interventor, misma que

implicaba una recuperación adicional para el fondo de USD59, 500.00.

Aceptar la oferta realizada por el FGC para la recompra de los bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul **antes del 28 de agosto de 2012, para que se consiga el premio consignado en la oferta.** *Así mismo, el hecho de aceptar la oferta por parte del interventor implica el bloqueo de los valores para su negociación, hecho no tomado en cuenta por la ASFI. Dichos valores ya no se podían vender en el mercado. (Se adjuntó el acta de comité de inversiones).*

7.6.27 *El 22 de agosto de 2012 el comité se reúne exclusivamente para analizar este caso:*

La oferta que se efectuaba de compra de los valores por parte del interventor eran superiores (sic) *a los de mercado, 61% y 56% respectivamente, ambos superiores a los precios de cotización de 45%.* ***(Anexo 6)***

Credit Suisse mantuvo una reunión con el Banco Cruzeiro do Sul en la cual se explicaron los principales problemas y por qué tenía sentido la oferta de recompra de los bonos. Al respecto informaron que el Fondo Garantizador de Créditos (FGC) requería realizar un proceso de restructuración de deudas por el orden de R$ 2.2 mil millones. Como se podría esperar, había muchos inversores disgustados, no sólo por la situación del Banco sino por el recorte agresivo ofrecido por el FGC no sujeto a negociaciones. Tras la revisión de Credit Suisse de la información, consultas mantenidas con algunos brókers, recomiendan aceptar la oferta realizada.

También señalaron, que para tener éxito, el proceso estaba sujeto a una aprobación del 90% de los tenedores (oferta que al parecer tenía mayor probabilidad de tener éxito) y una oferta de compra por un inversor caballero blanco. Puesto que se asumía que el Fondo Garantizador de Créditos (FGC) no negociara mejores términos, las únicas opciones posibles eran: a) aceptar la oferta o b) enfrentar un lento proceso de liquidación.

Asimismo, comentaron que de la información discutida al principio de la intervención al Banco Cruzeiro do Sul, en la cual los activos recuperables eran suficientes para cubrir el 70% de los bonos (sénior unsecuredclaims), un lento y largo proceso de liquidación, ocasionaba un menor nivel de recuperación puesto que el FGC incrementó las provisiones y las facilidades de fondeo por parte del Fondo Garantizador de Créditos (FGC) estaban exentas en el proceso de restructuración. Bajo tal escenario la tasa de recuperación podría terminar por debajo del 60% y por encima del 50%, siendo el mayor riesgo que la liquidación de bancos en Brasil tome varios años. De nuevo, a este punto recomendaron aceptar

la oferta propuesta.

Ambos escenarios presentaban un mejor perfil que el de haber efectuado una venta de los valores en el mercado a un precio de 45% respectivamente.

Valor	*CRUZ'12*	*CRUZ'13*
Serie	*XS0452252835*	*XS0523748639*
Fecha de análisis	*31-may-12*	*31-may-12*
*Precio al 22 de Agosto de 2012**	*45.0000%*	*40.0000%*
Cantidad de Valores	*200*	*250*
*Valor de los Títulos al 22 de agosto de 2012**	*90,000.00*	*100,000.00*
Precio según cotización Clariden Leu	*45.0000%*	*45.0000%*
Valor de los Títulos según cotización Clariden Leu	*90,000.00*	*112,500.00*
Utilidad Probable por venta según cotización Clariden Leu		*12,500.00*
Precio ofertado por el Fondo Garantizador de Créditos (FGC)	*61.0000%*	*56.0000%*
Valor de los Títulos según precio ofertado (FGC)	*122,000.00*	*140,000.00*
Utilidad Probable según precio ofertado por Fondo Garantizador de Créditos (FGC)	*32,000.00*	*40,000.00*

Asimismo, hay que señalar que una vez aceptada la oferta realizada por el FGC (Fondo Garantizador de Créditos), no existía posibilidad alguna de realizar la negociación de los mismos en el mercado internacional, lo cual era parte del acuerdo de recompra suscrito. Situación, que evitaba cualquier intento posterior de negociación de los valores del Banco Cruzeiro do Sul.

7.6.28 El 4 de septiembre de 2012 el comité se reúne para evaluar en su conjunto los siguientes sucesos (Anexo 7):

a. El FGC (Fondo Garantizador de Créditos) en su capacidad como administrador temporal del Banco Cruzeiro do Sul emitió el siguiente comunicado al mercado:

- *La suscripción de un acuerdo vinculante para la compra y adquisición de acciones del Banco mantiene como condicionante precedente la recompra de obligaciones.*
- *El FGC anunciará cualquier nuevo hecho relevante al mercado el momento que sea disponible.*
- *Aunque los niveles de aceptación de la oferta realizada a la conclusión del primer plazo fueron consistentes con las*

expectativas del FGC, el umbral necesario no fue alcanzado (90%). Sin embargo, respecto a las emisiones 2015, 2016 y 2020, se alcanzó el porcentaje que permite las modificaciones señaladas en los puntos 3 y 4. Se mantiene la confianza de que se alcanzara el umbral máximo antes del 12 de septiembre de 2012.

b. Noticias de Bloomberg

- *El Banco Cruzeiro do Sul extiende hasta el 5 de septiembre la primera fecha límite para el programa de recompra luego de que se fallará en adquirir el 90% de aceptación de los inversionistas.*
- *Los inversionistas que deseen aceptar la oferta con el precio Premium ahora tendrán más tiempo para hacerlo. La fecha límite anterior era el 28 de agosto. Los cambios fueron realizados considerando "el número significante de ventas recibidas de los inversores que no pudieron alcanzar los tiempos iniciales", de acuerdo a lo señalado por el banco.*

A dicha fecha la venta de los valores se mantenía bloqueada, y la misma reflejaba precios inferiores a los ofertados por el interventor, como se vio anteriormente, lo que mostraba como la mejor alternativa el buscar ser parte del acuerdo.

7.6.29 El 17 de septiembre de 2012, un día antes del vencimiento de nuestros valores CRUZ12 se informó a nuestra entidad la decisión del Banco Central de Brasil de realizar la liquidación extrajudicial del Banco Cruzeiro do Sul. Decisión adoptada al no conseguir comprador para esta institución durante el periodo establecido del RAET. El directorio de la sociedad se reúne y evalúa:

- *No existe marco legal en caso de estas eventualidades.*
- *Se informó al Comité, que una alternativa viable para proteger producto de la valoración de estos valores a los participantes del Fondo, es venderlos extra bolsa.*

Como consecuencia de esta situación el Directorio decidió tomar las siguientes medidas:

1. *Informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esta situación.*
2. *Solicitar la Autoridad de Supervisión de Valores la aprobación del siguiente procedimiento:*

a) El Fondo de Inversión venderá sus posiciones en los valores emitidos por esta entidad, fuera del mercado.

b) Santa Cruz Securities S.A. Agencia de Bolsa, realizará la adquisición de estos valores a través de un contrato, el cual establecerá que en caso de existir una hipotética

recuperación mayor al valor pagado por estos títulos al momento de su comercialización o cobro ante el emisor, el importe excedentario será devuelto al Fondo de Inversión.

c) Los valores vencidos adquiridos por la Agencia de Bolsa, serán contabilizados en cuentas por cobrar y aquellos valores que se encuentren vigentes, serán adquiridos para la cartera propia de la Agencia hasta su vencimiento, para después ser contabilizados en cuentas por cobrar.

3. Solicitar la aprobación de la venta de los valores extra bolsa, como parte del procedimiento a seguir.

7.6.30 Para la fecha de liquidación del fondo, el precio de los valores mencionados era de 56% y 45%, de acuerdo a lo reportado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

7.6.31 El 18 de septiembre de 2012, nuestra Sociedad, procede a enviar una nota a la ASFI, solicitando la autorización para los procedimientos, la carta indica textualmente: "Al respecto, al no existir una normativa de cómo se debe proceder en este tipo de eventualidades y de acuerdo a las conversaciones telefónicas sostenidas, respetuosamente solicitamos a su Autoridad la aprobación para efectuar el siguiente procedimiento:

✓ El Fondo de Inversión venderá sus posiciones en los valores emitidos por esta entidad, fuera del mercado.

✓ Santa Cruz Securities S.A. Agencia de Bolsa, realizará la adquisición de estos valores a través de un contrato, el cual establecerá que en caso de existir una hipotética recuperación mayor al valor pagado por estos títulos al momento de su comercialización o cobro ante el emisor, el importe excedentario será devuelto al Fondo de Inversión.

✓ Los valores vencidos adquiridos por la Agencia de Bolsa, serán contabilizados en cuentas por cobrar y aquellos valores que se encuentren vigentes, serán adquiridos para la cartera propia de la Agencia hasta su vencimiento, para después ser contabilizados en cuentas por cobrar.

Asimismo, solicitar que los valores vigentes de esta institución a partir de la fecha sean suspendidos para su valoración a precios de mercado, puesto que esta situación será un reflejo meramente especulativo. De igual forma, solicitar que estos no realicen ningún tipo de previsión contable, hasta conocer las disposiciones de la Liquidación Extrajudicial del Banco Central de Brasil.

Este procedimiento, tiene como único objetivo, precautelar el valor de cuota de los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo ME."

Este hecho demuestra que la SAFI en todo momento busca

proteger a sus clientes, ya que manifiesta su voluntad de asumir la diferencia que se da entre el valor de mercado de los valores 14% para las series CRUZ'12 v CRUZ'13 y los precios de valoración en el portafolio 56% para CRUZ'12 v 45% para CRUZ'13.

7.6.32 *El 17 de octubre de 2012, 30 días después, recién se recibe una nota de la ASFI evitando pronunciarse al respecto (3o párrafo de la nota ASFI/DSV/R-128234/2012), e indicando que se precautelen los intereses de los participantes. Este hecho es observable el rezagoimportante que asignó la ASFI al tomar 30 días en responder ante una consulta tan importante, y más aun con una respuesta evasiva, contraria a la norma que indica:*

Ley del mercado de valores *"ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.*

Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores:

2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas ha dicho mercado;

5. Absolver consultas y reclamos que recaigan bajo su competencia.

8. Promover el Mercado de Valores, prestando el asesoramiento necesario y destinando los recursos para tal fin.

Este hecho nos deja como única alternativa para evitar distorsiones en el valor de cuota del Fondo, a más de 319 participantes, a registrar los valores como una cuenta por cobrar. Los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA procedieron a realizar rescates de cuotas hasta el 17 de diciembre de 2012 sin ningún problema.

La contabilización de los valores mencionados en cuentas de liquidez es comunicada de forma escrita a la ASFI mediante nota el 5 de diciembre, además que dicha institución ya había recibido los balances del fondo reflejando esta situación el 31 de septiembre.

7.6.33 *Señalar que al 18 de diciembre de 2012 antes de la venta de los mencionados valores, la tasa de rendimiento a 360 días de Renta Activa Corto Plazo era de 0.86% anual. A continuación detallamos las tasas de rendimiento de otros fondos de inversión en el mercado a esa fecha*

SFO	Inversión Internacional	1,76%
SFO	Liquidez	1,58%
SBI	Premier	1,21%
SUN	Mutuo	0,93%
SSC	Renta Activa Corto Plazo	0,86%

CFO	Corto Plazo	0,74%
SNA	Efectivo	0,69%
SME	Fondo Mutuo	0,39%

En fecha 18 de diciembre de 2012, los valores CRUZ'12 y CRUZ" 13 fueron vendidos a un precio de 18.50% y se procedió a realizar el ajuste correspondiente. Señalar que a esta fecha el Fondo de Inversión mantenía 7 participantes de los cuales 3 eran empresas de nuestro conglomerado financiero, mismas que mantenían más del 98% de las cuotas de participación. Este hecho demuestra que la SAFI, en todo momento actuó velando por los intereses de los participantes, incluso asumiendo como grupo la pérdida registrada el 18 de diciembre de 2012 por un monto aproximado de USD. 120M.

7.6.34 En la resolución la ASFI no analiza los hechos entre el 10 de abril fecha en que pretendía que se hubieran vendido los valores y el 18 de diciembre del 2012, sin valorar los acontecimientos que llevaron a la SAFI a mantener los valores buscando precautelar en todo momento los intereses y los recursos de los participantes. Una prueba más que muestra la deficiente valoración de todos los acontecimientos y la poca colaboración que se prestó a la SAFI en este proceso.

En mérito a todo lo anteriormente descrito, quedan demostrados los siguientes extremos de Orden Legal y Regulatorio:

- *La sanción impuesta por la ASFI, incumpliendo con lo dispuesto el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo emite una resolución sin la debida complementación y fundamentación COMPLETA, es más, en Resoluciones Administrativas anteriores emitidas por el órgano mismo regulador (remitirse a la Resolución AdministrativaSPVS-IV-173 de 18 de abril de 2001), con cargos de mala administración e incumplimiento al artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores comprobados y con instrucciones previas de resarcimiento a los participantes de montos respaldados técnicamente, se modula una sanción cuantiosamente menor, por lo cual sorprende la discriminación con la cual el ente regulador sanciona a nuestra administradora.*
- *En todo momento la Sociedad Administradora cumplió con lo descrito en el Reglamento Interno del Fondo y en la Normativa Vigente, hasta que se dio una imposibilidad sobrevenida producto de una intervención por fraude punto a partir del cual se busca precautelar los intereses de los participantes.*
- *La intervención al Banco Cruzeiro do Sul es producto de fraude, que como bien se menciona, no es señalado en ningún punto de la Resolución Administrativa N° 580/2013.*

7.8. <u>Descargo del Cargo Nro. 2</u>

"El comité de inversiones de la sociedad administradora no habría tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los Valores con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, que contarían con calificación de riesgo menor a la mínima requerida, tanto en el Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión de Corto Plazo como en la Normativa vigente;"

"Asimismo no habría tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención del Banco Cruzeiro do Sul."

"Igualmente, en forma posterior a la intervención no habría efectuado un seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones"

Respuesta.-

La ASFI manifiesta: "La Administradora manifiesta haber tomado medidas oportunas haciendo alusión al análisis de 2 informes, 3 cotizaciones de precios y a la orden de venta realizada el 18 de abril de 2012. Sin embargo dichas acciones no pueden ser consideradas como descargos…..", cual es el argumento jurídico que usa la ASFI para quitar validez a las acciones y documentación presentada por la Sociedad, esto demuestra una clara omisión de fundamentación al no considerar como descargo los análisis obtenidos por brokers internacionales sobre el Banco Cruzeiro do Sul (No solo del que manejaba nuestras inversiones sino de otros más, lo que muestra una gestión adicional),

Asimismo, el texto continua: ***"más aún si se considera que el informe elaborado por ING el 18 de noviembre de 2011, sugiere como atractivos los papeles cortos (CRUZ'12 y CRUZ'13) para los tipos de inversores MENOS AVERSOS AL RIESGO, aparte de sugerir cautela",*** *sin embargo toma como referencia un párrafo del informe elaborado por ING para dar un argumento subjetivo. Más aún, en toda la Resolución Administrativa 580/2013, la ASFI utiliza las cotizaciones obtenidas por la Administradora, las* ***cuales nuevamente no son consideradas como descargos,*** *para dar opiniones sobre la venta de los valores.*

Asimismo, la ASFI argumenta que ING indica cierta cautela, pero no menciona la frase en su contexto total, la cual indica que sugieren cierta cautela para los valores con mayor vencimiento dentro de los valores de Banco Cruzeiro do Sul. Lo cual demuestra una vez más la subjetividad con la cual se analizó los descargos presentados.

La ASFI indica: "<u>Asimismo, reiterar que la única orden de venta anterior a la intervención del banco, fue efectuada el 18 de abril de 2012, determinando un precio de 99% para los bonos con código ISIN XS0452252835 y de 94% para los bonos con código ISIN XS0523748639, los cuales no estaban acorde a los vigentes en el mercado en ese momento considerando que la cotización proporcionada por el intermediarlo presentaba un precio de 96% para los bonos con código ISIN XS0422252835 y de 90% para los bonos con código ISIN XS0523748639</u>", reiteramos lo señalado en el punto 7.6.11 al 7.6.16.

- *Todo lo expuesto demuestra el análisis y que el comité si tomo las medidas respectivas, al haber colocado la orden de venta de dichos valores, a los 20 días de haberse dado la respectiva disminución en la calificación de riesgo (periodo que llevo el buscar información, monitorear precios, analizar noticias, consultar con varios Brokers entre otras labores las que requieren tiempo y prudencia). Este hecho sin embargo, no es tomado como descargo por la ASFI sin motivo jurídico aparente, más allá de una mera subjetividad al momento de analizar los descargos enviados por la administradora. En ningún momento indica el por qué no son válidos como descargos y como medidas oportunas, tampoco evalúa que la medida oportuna es la colocación de una orden de venta, más allá de los criterios subjetivos, se toma dicha medida, y se puede discutir la forma pero no negar el hecho, ni la diligencia empleada.*

- *La ASFI, cuestiona la segunda orden de venta puesta por la ASFI, posterior a la intervención por fraude, señalando como comparación los precios enviados por el intermediario en fecha 28 de mayo de 2012, sin embargo no hace referencia a los aspectos mencionados en los puntos 7.6.17 hasta 7.6.28. Aún después de toda la información proporcionada, se vuelve a emitir una opinión subjetiva sobre el análisis realizado por el Comité de Inversiones de la Sociedad.*

La ASFI, hace referencia sobre el Comité de Inversiones realizado en fecha 17 de julio de 2012, indicando que en el mismo no se toman mayores decisiones en base a las noticias surgidas en fecha 14 de julio de 2012, sin embargo, la ASFI no toma en cuenta que en fecha 17 de julio de 2012 sale publicada la siguiente noticia:

"Brazil's Banco Cruzeiro do Sul Denies Newspaper Report

……In view of the news published on July 14th, 2012, we hereby announces to the market that the Company disregard the source and the procedure of the information published on "O Estado de Sao Paulo" newspaper, and up to the conclusion of the due diligence that is being performed by Price Watherhouse, PWC, and the release of the financial statement report which is forecasted by law, it is not possible to provide the estimated amount of the potential loses, or the necessitv of provisions on the bank or on its subsidiaries……" (Fuente: Latin American HeraldTribune de fecha 17 de Julio de 2012)

El análisis abordado por nuestro Comité contemplo las noticias existentes a la fecha, y dada la naturaleza especulativa de las mismas, y de la negación de las fuentes que publicaron las noticias de posibles estimaciones de pérdidas, hubiera sido por demás imprudente tomar una decisión o modificar las órdenes vigentes en el mercado, lo que demuestra el análisis realizado por el Comité de Inversiones. En base a noticias parciales, la ASFI emite opiniones subjetivas sin considerar toda la información vigente en el mercado.

Hacen referencia al Comité de Inversiones del 14 de agosto de 2012, en el cual no se toca de manera específica la situación del Banco Cruzeiro do Sul, sin embargo, 8 días después se realiza un Comité extraordinario para analizar la situación puntual del Banco Cruzeiro do Sul, en el cual se discuten el informe oficial del FGC y de los datos develados por la Auditoría realizada. Hay que señalar, que si bien la conclusión del comité es aceptar la oferta de compra de los bonos, esta se realiza

en base a los comentarios vertidos por nuestro bróker, la posibilidad de recuperación en caso de una eventual liquidación y la consideración que los precios ofrecidos de 61% para CRUZ'12 y 56% para CRUZ'13 eran mayores que los reportados por la BBV de 45% para CRUZ'12 y 40% para CRUZ'13, de acuerdo a lo señalado anteriormente.

7.9. <u>Descargo del Cargo Nro. 3</u>

7.9.1. Como se detalla en el punto 7.6.29 en fecha 17 de septiembre se informó a nuestra entidad la decisión del Banco Central de Brasil de realizar la liquidación extrajudicial del Banco Cruzeiro do Sul. El Directorio de la sociedad se reúne y evalúa:

- *No existe marco legal en caso de estas eventualidades.*
- *Se informó al Comité, que una alternativa viable para proteger producto de la valoración de estos valores a los participantes del Fondo, es venderlos extra bolsa.*

Como consecuencia de esta situación el Comité decidió tomar las siguientes medidas:

1. Informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esta situación.

2. Solicitar la Autoridad de Supervisión de Valores la aprobación del procedimiento a seguir.

7.9.2. Para la fecha de liquidación del fondo, el precio de los valores mencionados era de 56% y 45%, de acuerdo a lo reportado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

7.9.3. El 18 de septiembre de 2012, nuestra Sociedad, procede a enviar una nota a la ASFI, solicitando la autorización para los procedimientos, la carta indica textualmente: "Al respecto, al no existir una normativa de cómo se debe proceder en este tipo de eventualidades y de acuerdo a las conversaciones telefónicas sostenidas, respetuosamente solicitamos a su Autoridad la aprobación para efectuar el siguiente procedimiento:

- *El Fondo de Inversión venderá sus posiciones en los valores emitidos por esta entidad, fuera del mercado.*
- *Santa Cruz Securities S.A. Agencia de Bolsa, realizará la adquisición de estos valores a través de un contrato, el cual establecerá que en caso de existir una hipotética recuperación mayor al valor pagado por estos títulos al momento de su comercialización o cobro ante el emisor, el importe excedentario será devuelto al Fondo de Inversión.*
- *Los valores vencidos adquiridos por la Agencia de Bolsa, serán contabilizados en cuentas por cobrar y aquellos valores que se encuentren vigentes, serán adquiridos para la cartera propia de la Agencia hasta su vencimiento, para después ser contabilizados en cuentas por cobrar.*

Asimismo, solicitar que los valores vigentes de esta institución a partir de la fecha sean suspendidos para su valoración a precios de mercado, puesto que esta situación será un reflejo meramente especulativo. De igual forma, solicitar que estos no realicen ningún tipo de previsión contable, hasta conocer las disposiciones de la Liquidación Extrajudicial del Banco Central de Brasil.

Este procedimiento, tiene como único objetivo, precautelar el valor de cuota de los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo ME."

Este hecho demuestra que la SAFI en todo momento busca proteger a sus clientes, ya que manifiesta su voluntad de asumir la diferencia que se da entre el valor de mercado de los valores y los precios de valoración en el portafolio. Por otro lado en caso de haber efectuado el castigo del 100% del valor de los bonos esto habría tenido los siguientes efectos:

1. *Caída del valor de cuota de USD. 4.57282*
2. *Rentabilidad diaria de -1.491.37%. -64.99% a 30 días. -8.03% a 90 días. -9.35% a 180 días v -3.33% a 360 días.*
3. *Perdida para el fondo de USD 213,981.50*
4. *Impacto para 319 clientes*

7.9.4. *El 17 de octubre de 2012, 29 días después, recién se recibe una nota de la ASFI evitando pronunciarse al respecto, se adjunta copia con sello de recepción de dicha nota (Anexo 8), en el 3o párrafo de la nota ASFI/DSV/R-128234/2012 indica que se precautelen los intereses de los participantes. En este hecho es observable el rezago importante que asignó la ASFI al tomar 30 días en responder una consulta tan importante, y más aun con una respuesta evasiva, contraria a la norma que indica:* ***"Ley del mercado de valores "ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.*** *Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores:*

2. *Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas ha dicho mercado;*

5. *Absolver consultas y reclamos que recaigan bajo su competencia.*

8. *Promover el Mercado de Valores, prestando el asesoramiento necesario y destinando los recursos para tal fin."*

Este hecho deja como única alternativa para evitar distorsiones en el valor de cuota del Fondo, a más de 319 participantes, a registrar los valores como una cuenta por cobrar, buscando en respuesta a la nota evasiva de la ASFI, una salida alternativa la cual no afectara como se nos indicó a los participantes. Los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA procedieron a realizar rescates de cuotas hasta el 17 de diciembre de 2012 sin ningún inconveniente.

7.9.5. La contabilización de los valores mencionados en cuentas de liquidez es comunicada de forma escrita a la ASFI mediante nota SC SAFI- 2169/2012 el 05 de diciembre de 2012, en respuesta a la nota ASFI/DSV/R-149570/1012 de fecha 15 de noviembre de 2012, entregada en nuestras oficinas el 03 de diciembre de 2012 (adjuntamos el sello fecha de recepción (Anexo 9), 18 días después de ser emitida además que dicha institución el 31 de septiembre de 2012, por lo que este hecho era de su conocimiento 60 días antes

7.9.6. Señalar que al 18 de diciembre de 2012 antes de la venta de los mencionados valores, la tasa de rendimiento a 360 días de Renta Activa Corto Plazo era de 0.86% anual. A continuación detallamos las tasas de rendimiento de otros fondos de inversión en el mercado a esa fecha

SFO	Inversión Internacional	1,76%
SFO	Liquidez	1,58%
SBI	Premier	1,21%
SUN	Mutuo	0,93%
SSC	Renta Activa Corto Plazo	0,86%
CFO	Corto Plazo	0,74%
SNA	Efectivo	0,69%
SME	Fondo Mutuo	0,39%

7.9.7. En fecha 18 de diciembre de 2012, los valores CRUZ'12 y CRUZ" 13 fueron vendidos a un precio de 18.50% y se procedió a realizar el ajuste correspondiente. Señalar que a esta fecha el Fondo de Inversión mantenía 7 participantes de los cuales 3 eran empresas de nuestro conglomerado financiero, mismas que mantenían más del 98% de las cuotas de participación. Este hecho demuestra que la SAFI, en todo momento actuó velando por los intereses de los participantes, incluso asumiendo como grupo la pérdida registrada el 18 de diciembre de 2012 (USD 120MIL).

7.9.8. El 4 de Enero de 2013, este hecho es comunicado mediante la nota SC SAFI - 20/2013 **(Anexo 10),** *donde se comunica el procedimiento seguido por nuestra institución una vez declarada la liquidación del Banco Cruceiro do Sul. Señalando, que en todo momento nuestro Administradora busco precautelar los intereses de los participantes del fondo. Sin recibir ninguna pronunciación al respecto*

Todos los hechos descritos demuestran:

- *La SAFI en todo momento busco precautelar los intereses de los participantes, incluso asumiendo los diferenciales de precios de los valores (Punto 1 y 2). Hecho primordial a nuestro entender dentro de nuestra gestión.*
- *La ASFI establece que le efecto de no haber aplicado el artículo segundo del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en*

cesación de pagos, en los Estados Financieros del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, conlleva ***una inadecuada exposición de los mismos.*** *Sin embargo el bien mayor es preservar el Valor de Cuota y las inversiones de los participantes y es fue la determinación responsable que toma la SAFI, buscando la protección de los Inversionistas, cumpliendo a cabalidad con el mandato establecido por el Artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores:*

"ARTICULO 98- RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD. La sociedad administradora es responsable de proporcionar a los fondos de inversión los servicios administrativos que éstos requieran>tales como la cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y engeneral la provisión de un adecuado servicio técnico para la buena administración del fondo."

La sociedad administradora deberá administrar los fondos a sucarao con el cuidado exigible a un administrador profesionalcon conocimiento especializado en la materia.

- *La ASFI, no presto la debida colaboración que exigía el presente caso, y dilato sus respuestas, incluso tomando hasta 1 mes para este fin.*
- *El citado hecho fue de conocimiento de la ASFI desde finales de septiembre*

8. Petitorio

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos artículo 66 parágrafo II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 53 y siguientes del Reglamento de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo aplicable al SIREFI aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 731/2013 del 4 de noviembre de 2013, así como la Resolución 580/2013 del 9 de septiembre de 2013, toda vez que no se ha dado cumplimiento a los requisitos legales para el establecimiento de una sanción, tal como lo disponen los artículos 72 y 73 de la Ley Nro. 2341 de procedimiento Administrativo, y asimismo, la resolución al margen de ser una copia de antecedentes no genera la fundamentación y motivación suficiente, pertinente y competente por lo cual se evidencia una nueva violación al artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

2. *En la instancia jerárquica se tome se instruya a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, emita un informe, por el cual demuestre la forma cómo se podría prever los hechos suscitados en el Banco Cruzeiro Do Sul, toda vez que no obstante nuestra solicitud expresa permanente, no ha sido cumplida en relación al cumplimiento de lo previsto por el Principio de Verdad Material, establecido en el artículo 4 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.*

3. *A los efectos legales que en Derecho corresponden, solicito respetuosamente, se solicite a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, un informe en*

detalle sobre la forma de aplicación del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones, aprobado por Decreto Supremo Nro. 26156, en relación a la aplicación del Cuarto Rango, el cual complementa al artículo 13 de dicha norma legal.

4. *Proceder a fundamentar y motivar la resolución que resuelva el jerárquico, aplicando el Principio de Verdad Material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, a cuyo efecto corresponderá que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, exhiba los instrumentos legales, administrativos o técnicos que hubieren permitido a nuestra entidad el prever hechos futuros como los fundamentados en el contenido del presente recurso de jerárquico, refiriéndonos específicamente a la intervención del Banco Internacional y la concurrencia de fraude en el mismo.*

5. *Se proceda a un análisis fundamentado de la externalidad relativa a la intervención del Banco Cruzeiro Do Sul y exhiba la base legal para omitir esta enunciación en el contenido de la Resolución ASFI Nro. 580/2013 del 9 de septiembre de 2013…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe ASFI/DSV/R-85036/2013 de 11 de junio de 2013, la Dirección de Supervisión de Valores estableció la existencia de una pérdida para el Fondo de Inversión Abierta Renta Activa Corto Plazo, por efecto del actuar de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, en la gestión de inversiones efectuadas en valores emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul, concretamente, de dos bonos emitidos por con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639 (en adelante denominados *los dos valores implicados*).

Sustanciado el extremo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó la posible infracción reflejada en los cuatros cargos que fueron imputados contra la Sociedad Administradora (hoy recurrente) mediante la nota ASFI/DSV/R-67375/2013 de 9 de mayo de 2013, y que se describen a continuación:

Cargo Nº 1: Haber adquirido los dos valores implicados, emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul, cuando en ese momento contaban con calificación de riesgo de BB2 (Ba2 Moody's), menor a la requerida en el Reglamento Interno del Fondo de inversión abierto administrado, y haberlos mantenido ("*para el Fondo de Inversión que administra Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto*

Plazo"), después de la disminución de calificación de riesgo del emisor, efectuada el 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) hasta el 18 de diciembre de 2012, determinando un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, con riesgo de pérdida para sus participantes.

Normativa infringida de acuerdo al cargo: artículo 18º del Reglamento Interno de Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo; artículos 43º, inciso b), y 107º, de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004.

Cargo Nº 2: No haber, el Comité de Inversiones de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, tomado las medidas oportunas para regularizar las inversiones en los dos valores implicados; asimismo, no haber tomado las medidas necesarias respecto a la tenencia de estos Valores hasta la intervención del Banco Cruzeiro do Sul, y (posteriormente a la intervención) no haber efectuado el seguimiento y evaluación continua de las condiciones del Mercado en relación a las citadas inversiones.

Normativa infringida de acuerdo al cargo: artículos 4º, inciso b), del Reglamento del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, 14º del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, 43º, inciso b), y 49º, incisos a), c) y d), de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Cargo Nº 3: No haber valuado en cero, en los Estados Financieros del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa de Corto Plazo, correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2012 y hasta el 17 de diciembre de 2012, las inversiones que mantenía en los dos valores implicados, y no haber efectuado el castigo contable con cargo a resultados por el 100% del valor de los señalados instrumentos.

Normativa infringida de acuerdo al cargo: artículo segundo del Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, aprobado mediante Resolución N°115 de 24 de junio de 1999 y modificado por Resolución N° 380 de 23 de julio de 2004.

Cargo Nº 4: Haber reportado en el Formulario FI-10 "Reporte de Inversiones en el Extranjero", calificaciones de riesgo distintas a las reales, tanto para el emisor Banco Cruzeiro do Sul, como para los dos valores implicados.

Normativa infringida de acuerdo al cargo: artículo 68º de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores).

A tal actuación y habiendo ejercido **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, el derecho a presentar sus descargos como a solicitar la revocatoria de la emergente sanción impuesta, se han emitido sucesivamente las Resoluciones Administrativas ASFI/Nº 580/2013 de 9 de septiembre de 2013 (sancionatoria), y ASFI Nº 731/2013 de 4 de noviembre de 2013

(confirmatoria de la anterior), determinando la interposición, contra la última nombrada, del Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

- **Reglamento para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras:**

  "*…**Artículo 107.-** Los Fondos de Inversión abiertos podrán realizar inversiones en los mercados financieros internacionales hasta el treinta por ciento (30%) del total de su cartera* (…)

  Para tal efecto se deben cumplir los siguientes criterios:

  *a) **Los emisores de Valores** de Renta Fija **y/o los instrumentos financieros** de corto plazo emitidos por éstos, en los que inviertan los Fondos de Inversión, deberán estar comprendidos dentro de un nivel de **categoría de calificación de riesgo local mínima de A**, establecida por una Nationally Recognized Statistical and Rating Organizations (NRSRO) o por una entidad calificadora de la cual sea accionista mayoritario una NRSRO. En el caso de Valores representativos de deuda soberana será suficiente el cumplimiento a lo establecido en los incisos d) y e) del presente artículo* (…)

  d) Los países donde se emitan los Valores, Cuotas de Fondos de Inversión Abiertos e instrumentos financieros de corto plazo referidos en el presente artículo deben estar comprendidos dentro de un nivel de categoría de calificación de riesgo mínima de deuda soberana de AA.

  *Tratándose de países latinoamericanos, **la categoría de calificación de riesgo soberano debe ser la mínima entre, BBB3** y tres (3) puntos o grados superiores a la correspondiente calificación de la deuda soberana del Estado boliviano…*"

- **Reglamento Interno del Fondo de Inversión Renta Activa:**

  "*…ARTÍCULO 18.CALIFICACION DE RIESGO INVERSIONES.-*

  El FONDO invertirá en valores locales con calificación de riesgo mínima de:

  A3 en el caso de Largo Plazo.

  N2 en el caso de valores Corto Plazo.

  La liquidez local del FONDO será mantenida en cuentas corrientes o cajas de ahorro, en entidades financieras que cuenten con una calificación de riesgo como emisor igual o superior a A3 conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.

  *En el caso de **inversiones en el exterior** se deberá hacer en países con una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a AA3 y* tratándose de **países latinoamericanos una calificación de riesgo de deuda soberana igual o mayor a BBB3** en **instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3**…"

- **Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas establecidas en la Ley del Mercado De Valores (Decreto Supremo Nº 26156):**

"…***ARTICULO 13°. (Multas aplicables).-*** *Salvo lo específicamente establecido en el Capítulo II del Título III del presente Decreto Supremo respecto a las infracciones en materia de información, la Superintendencia aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3° y considerando lo establecido en el artículo 11° precedente, según los rangos que se describen a continuación:*

a) *Primer Rango: Desde $us. 500 hasta $us. 10.000*

b) *Segundo Rango: Desde $us. 10.001 hasta $us. 20.000*

c) *Tercer Rango: Desde $us. 20.001 hasta $us. 35.000*

d) *Cuarto Rango: Desde $us. 35.001 hasta $us. 70.000*

La aplicación de los rangos señalados se sujetarán a lo dispuesto por el Capítulo 1 del Título III del presente Decreto Supremo (…)

ARTICULO 20° (Infracciones específicas).- *Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3° y 11° de este mismo Decreto Supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:* (…)

…***b)*** *Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes:* (…)

…*Segundo Rango:* (…)

…***7. Causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros*** *como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables.*

Se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere a dicho monto del perjuicio causado *o beneficio obtenido*…"

(En todos los casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

2.2. Calificación de riesgo de la inversión en los dos valores implicados.-

La recurrente **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, señala que en ningún momento incumplió la normativa referida a las inversiones para el Fondo de Inversión Renta Activa, administrado por ella, debido a que la calificación de riesgo país de la República de Brasil, era de BBB1, y del banco emisor (Banco Cruzeiro do Sul) era de A1, calificaciones que se encontraban dentro de los rangos permitidos por el artículo 107° del Reglamento para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, así como en lo dispuesto en el artículo 18° del Reglamento Interno del Fondo.

También alega que existe un vacío normativo respecto a la calificación de riesgo de los Valores, toda vez que, las referidas normas solamente harían mención a la calificación de riesgo del País y del emisor, y no así a la calificación de riesgo del instrumento o Valor;

además, señala que en la nota de cargo no se le observó la calificación de los Valores, por lo que no presentaron descargos sobre dicha situación.

Al respecto, la Autoridad Reguladora, a lo largo del proceso recursivo, ha mantenido su posición que consta en la Resolución ASFI Nº 580/2013 de 9 de septiembre de 2013, en sentido de señalar que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, sí ha incumplido las normas señaladas en el párrafo anterior, por cuanto:

> "…***adquirió los Bonos*** ***emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul*** *para la cartera del Fondo de Inversión Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo que contaban* ***con calificación de riesgo de BB2*** *(Ba2 Moody's), calificación menor a la requerida en el artículo 18 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión abierto administrado*" (Las negrillas y el subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, el Ente Regulador verificó que:

> "…*la Sociedad Administradora mantuvo los citados Bonos aún después de la disminución de* ***calificación de riesgo del emisor*** *efectuada el 29 de marzo de 2012, de A3 a BB2 (Ba2 Moody's) y posteriores disminuciones de esta calificación hasta el 18 de diciembre de 2012, en infracción a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004, conductas que determinaron un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo, ocasionando como consecuencia una pérdida para sus participantes.*
>
> *Extremos que no fueron desvirtuados por la Sociedad Administradora, ya que en sus descargos solo hicieron referencia a las calificaciones de riesgo del emisor y del país, sin considerar la calificación de riesgo de los instrumentos*" (ídem).

En lo que se refiere al incumplimiento del artículo 107º, inciso a), de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en el criterio del regulador, "*la Sociedad reconoció implícitamente el incumplimiento notificado, al manifestar que contaba con un plazo de 90 días para la corrección de excesos por disminuciones en la calificación de riesgo*".

De todo lo supra transcrito, se puede establecer que los Valores adquiridos para el Fondo, se encontraban con calificación de riesgo **BB2**, por debajo del nivel de calificación de riesgo que exige el Reglamento para Fondos de Inversión (artículo 107º) exige que el emisor y/o los Valores, tengan una calificación mínima de **A**, y el Reglamento Interno del Fondo (artículo 18º) señala que los instrumentos en los que se inviertan, deberán tener una calificación igual o mayor a **A3**, debiéndose considerar que las categorías tienen el siguiente orden:

	Categoría
1	AAA
2	AA1
3	AA2
4	AA3
5	A1

6	A2
7	**A3**
8	BBB1
9	BBB2
10	BBB3
11	BB1
12	**BB2**
13	BB3
14	…

El cuadro precedente, permite establecer que la inversión realizada por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, se encontraba con calificación BB2, entonces cinco niveles más abajo del mínimo requerido (A3) por la norma general y por la norma interna del Fondo.

Ahora bien, en cuanto al argumento de la recurrente en sentido de que en ningún momento la norma se hace referencia a la calificación de riesgo del Valor o instrumento, de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18º del Reglamento Interno del Fondo, se puede apreciar que la misma sí hace referencia a los "**instrumentos de renta fija que cuenten con una calificación de riesgo igual o mayor a A3**"*, determinando el carácter erróneo de lo alegado y haciendo innecesaria mayor consideración al respecto.*

2.3. Aplicación del Cuarto Rango del artículo 20º, del Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores.-

La recurrente señala que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha demostrado que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** hubiera realizado "*operaciones o transacciones ficticias o a* (sic) *realizado prácticas manipuladoras destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones*", además que para justificar su posición, el Ente Regulador se ha limitado "*a la lectura del artículo 13 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, aprobado por Decreto Supremo Nº 26156 y en forma totalmente inconsistente elude el considerar lo establecido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal*", alegando por ello en la inaplicabilidad de la sanción establecida en el Cuarto rango del artículo 20º del Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores.

No obstante, la Autoridad Reguladora ha aclarado pertinentemente, que la sanción no ha sido impuesta por lo dispuesto en el Cuarto rango supra citado, sino en aplicación de lo dispuesto en el numeral 7, del Segundo rango del mismo artículo, conforme a la transcripción siguiente:

> "…*el fundamento establecido en el considerando sexto de la Resolución impugnada, que a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse y tomando en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, estableció que la conducta imputada a la SAFI se ajustó a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El*

hecho sancionado se encuentra plenamente probado; b) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Segundo Rango, el causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables, y no como erróneamente señala el recurrente, que se habría tipificado la infracción como "operaciones o transacciones ficticias o ha realizado prácticas manipuladoras destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones".

Asimismo, la Resolución impugnada, señala que en aplicación de lo establecido en el citado numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, referido a que se puede aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido y habiéndose determinado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us.333,750.00 (TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), corresponde la aplicación del tope del Cuarto Rango de multa de $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), conforme señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento.

En este sentido, se ha impuesto a SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A., la sanción de multa de Cuarto Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), en estricta sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso d) del artículo 13, y numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…"

Asimismo, la misma Autoridad Reguladora, en su Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013 de 4 de noviembre de 2013, ha establecido que:

"…Como ampliamente se ha fundamentado en el punto 7.3, la Resolución recurrida para el cargo 1, estableció como parámetros y/o criterios, que forman parte del principio de proporcionalidad para determinar el monto de la multa, que el hecho sancionado e imputado se encuentra plenamente probado y que el mismo se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Segundo Rango, el causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables. Se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido.

En el ejercicio de la potestad sancionadora, y en aplicación de lo establecido en la citada normativa, habiéndose determinado un efecto negativo en la rentabilidad de la cuota de participación del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us.333.750.00, correspondía la aplicación del tope del Cuarto Rango de multa de

$us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), conforme señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento y en aplicación de lo establecido en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.
En tal sentido, la Resolución ASFI N° 580/2013 establece textualmente en el tercer párrafo de la página 13: "...Es así que recién en fecha 18 de diciembre de 2012 (174 días después de vencido el plazo de adecuación) se produce la venta de los bonos a un precio de 18.5%, generando como consecuencia una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us 333,750.00, producto del diferencial de precios entre el precio de venta y el precio de la cotización correspondiente al 10 de abril de 2012…"

En lo que respecta al cálculo del monto de pérdida para el Fondo, cuestionado por el recurrente en la Resolución ASFI N° 580/2013, se aclara que dicho monto responde a los parámetros detallados a continuación:

- *El 29 de marzo de 2012, al producirse la disminución de la calificación de riesgo del emisor a BB2, se ingresó en incumplimiento al inciso a) del artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*
- *A partir de dicha fecha (29 de marzo), la SAFI contaba con el plazo de 90 días calendario, para la adecuación del exceso del límite de inversión por disminución en la calificación de riesgo, establecido por el citado artículo 107 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, plazo que vencía el 27 de junio de 2012.*
- *Durante el plazo de adecuación la SAFI obtuvo tres cotizaciones que reflejaron los precios del mercado de dichos valores (presentadas por la entidad como descargo).*
- *Las tres cotizaciones son las siguientes:*

  i) 10 de abril de 2012 CRUZ 12 - 96% CRUZ 13 - 90%;
  ii) 28 de mayo de 2012 CRUZ 12 - 94% CRUZ 13 - 85%
  iii) 31 de mayo de 2012 CRUZ 12 - 97% CRUZ 13 - 88%

- *Se consideró los precios de mercado de 96% y 90% proporcionados por su intermediario el 10 de abril de 2012, como los precios más altos en conjunto para ambas series, a los cuales la SAFI pudo haberlos vendido para regularizar el exceso presentado en el plazo de 90 días citado.*
- *Para el cálculo de la pérdida, se considera el periodo comprendido entre el 10 de abril y el 18 de diciembre de 2012, fecha en la que finalmente se produce la venta de los bonos a un precio de 18.5%, conforme el siguiente cuadro:*

Título	Precio de venta	Cantidad	Precio cotizado*	Pérdida $us
XS0452252835	18.5%	200	96%	155,000.00
XS0523748639	18.5%	150	90%	107,250.00
XS0523748639	18.5%	100	90%	71,500.00
Total $us				**333,750.00**

(*) Cotización efectuada por Clariden Leu proporcionada a Santa Cruz Investments S.A. el 10-04-2012

Bajo estos parámetros, se establece que el monto calculado de pérdida para el Fondo es de $us. 333,750.00 (TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), no tratándose de una "estimación" como señala el recurrente.

Por otro lado, respecto al monto calculado para la aplicación de lo establecido en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, cabe señalar que aun considerando el monto de $us213,981.50 que la misma SAFI reconoce en su carta SC SAFI - 1554/2012 de 3 de octubre de 2012, como pérdida para el Fondo, en caso de que hubiesen cumplido el Reglamento para castigo contable de los Valores de oferta pública de renta fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, o el monto de $us120 MIL que la SAFI reconoce como pérdida asumida como grupo financiero al 18 de diciembre de 2012, el monto de la multa impuesta no presentaría variación, pues continuaría en el tope del Cuarto Rango de multa de $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)…"

Entonces y en definitiva, la aplicación de la sanción, no fue basada en lo dispuesto para el Cuarto rango, del artículo 20°, como señala la recurrente, sino en lo dispuesto en el numeral 7 del Segundo rango, el mismo artículo, cuando señala:

"…***Causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros*** *como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables.*

Se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere a dicho monto del perjuicio causado *o beneficio obtenido…*" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial jerárquica)

En tal sentido, corresponde analizar si evidentemente se cumplieron los criterios establecidos en dicha normativa, a cuyo efecto, debe verificarse la existencia o no del perjuicio u obtención de beneficio; la Autoridad reguladora señala que la recurrente, en la administración del Fondo de Inversión Renta Activa, generó perjuicio a los participantes, debido a que no tomaron las acciones oportunas en la venta de los valores con código ISIN XS0452252835 y XS0523748639, emitidos por el Banco Cruzeiro Do Sul, dado que los mismos fueron realizados en el 18,5% de su valor original, lo cual generó una pérdida de $us333.750.- considerando los precios que se podían haber obtenido de haberlos realizado al precio de 96% y 90%, respectivamente, de acuerdo a la cotización efectuada por su intermediario el 10 de abril de 2012.

Luego de la revisión y análisis efectuado a los antecedentes, se puede establecer que, evidentemente hubo un perjuicio a los participantes del Fondo de Inversión Renta Activa, debido a la disminución en el precio de los Valores antes citados, pues la venta de los mismos, en un equivalente al 18,5% respecto del 100% de la inversión es bastante significativo, es decir una disminución del 81,5%.

Las causas que dieron lugar a dicha situación son, a criterio de la recurrente, el fraude financiero efectuado por el Banco Cruzeiro Do Sul, lo que se consideraría un caso fortuito e imposibilidad sobreviniente que liberaría de toda responsabilidad a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**

Es pertinente hacer notar que los Valores en cuestión, **desde que fueron adquiridos, no cumplían con el nivel de Calificación de Riesgo que exigía el artículo 18° del Reglamento Interno del Fondo** (conforme lo determinado supra), es decir, que tales inversiones fueron realizadas **incumpliendo lo establecido en el referido Reglamento Interno del propio Fondo de Inversión Renta Activa**; adicionalmente, se debe tomar en cuenta que en fecha 29 de marzo de 2012, la Calificación de Riesgo del Emisor bajó de BBB1 a BB2 (es decir 4 niveles, de acuerdo a la cuadro de Calificaciones de Riesgo presentado en el numeral precedente), por lo que ya existía una alerta para efectuar un seguimiento más minucioso sobre éstas inversiones, situación que llama la atención de sobremanera, debido a que la inversión así realizada, ha concluido en un perjuicio para el Fondo, tal como lo ha demostrado la propia Entidad Reguladora.

La recurrente considera, que es a partir del 29 de marzo de 2012 que comienza a correr el plazo de 90 días, que otorga el artículo 107° de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, para adecuarse a los límites de inversión, pues es con la disminución en la calificación del emisor -como se mencionó en el párrafo anterior-, que se encontraba fuera de los márgenes permitidos por la norma, por lo que se encontraba obligada a tomar decisiones hasta el 27 de junio de 2012, fecha en que se vencían esos 90 días; sin embargo el Banco fue intervenido por la Autoridad Reguladora del Brasil, a los 65 días, es decir el 4 de junio de 2012.

Una vez conocida la disminución en la calificación de riesgo del emisor, la sociedad administradora ahora recurrente, tomó acciones para informarse de las cotizaciones de los Valores, y en base a ello, tratar de venderlas.

Es así que efectúa consultas a su intermediario en la República de Brasil, el mismo que le da las siguientes cotizaciones, en las diferentes fechas consultadas:

i) 10 de abril de 2012 CRUZ 12 - 96% CRUZ 13 - 90%;
ii) 28 de mayo de 2012 CRUZ 12 - 94% CRUZ 13 - 85%
iii) 31 de mayo de 2012 CRUZ 12 - 97% CRUZ 13 - 88%

La primera orden de venta se la efectúa en fecha 18 de abril de 2012, de la siguiente manera: CRUZ 12 al 99% y CRUZ 13 al 94%, es decir, por encima de los porcentajes que el intermediario dio como posibles, lo que implica que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** estaba buscando

conseguir un precio mayor al que el mercado ofrecía a tal fecha, por lo que se entiende que no hubieran podido ser vendidos: simplemente estaban sobrevalorados.

Es así que, la venta de los Valores observados, se dio en fecha 18 de diciembre de 2012, a un valor equivalente al 18,5%.

De acuerdo a lo establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (extremo no contradicho por la recurrente), después de fecha 29 de marzo de 2012, se dio lugar a dos reuniones extraordinarias del Comité de Inversión -de fechas 14 de junio y 22 de agosto de 2012-, que al no haber dado atención integral al inconveniente suscitado (cuando la alerta ya vino desde la gestión 2011), resultaron insuficientes.

En efecto, el Ente Regulador ha señalado que:

> "…*En relación a este hecho se observa que desde la primera disminución de calificación de riesgo que se produce el 18 de noviembre de 2011, el informe efectuado por ING advierte una situación complicada del Banco Cruzeiro do Sul, recomendando los bonos CRUZ'12 y CRUZ'13 sólo para inversionistas especuladores. Contrariamente a esto,* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *realiza una interpretación errónea del informe de ING considerando el siguiente argumento realizado en el punto 6 de la nota SC SAFI-1554: "…En misma fecha se obtienen un análisis realizado por parte de ING, en el cual realizan un análisis del Banco Cruzeiro do Sul, del cual se menciona que se sigue viendo como atractivos los papeles cortos (CRUZ'12 y CRUZ'13) para aquellos inversores adversos al riesgo, puesto que creen que Cruzeiro puede llegar a pagar los vencimientos más cercanos a ese momento vigentes en caso de un evento de crédito…*"

Por lo tanto, la propia **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** (en concreto, su Comité de Inversiones), no impulsó las acciones oportunas emergentes de la intervención del Banco emisor, pese a que tenían información de las cotizaciones de fechas 10 de abril, 28 y 31 de mayo de 2012, toda vez que el Fondo de inversión Renta Activa es un Fondo de Corto Plazo, lo que implica un movimiento permanente de sus cuotas y que los Valores en los que se invierten deben tener una capacidad de liquidez relativamente inmediata.

Si bien el momento para tomar la decisión puede no estar absolutamente definido, por los acontecimientos supra descritos se puede apreciar que, al tratarse del Fondo de Corto Plazo, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** debió prever contar con Valores de alta liquidez; y Valores como los implicados no tienen esa característica, por lo menos, en el corto plazo y a un precio razonable, comportamiento que es conocido por los diversos operadores que conforman al Mercado de Valores, prueba clara de ello la dieron las otras sociedades administradoras de fondos de inversión que también tenían dineros invertidos en los Valores en cuestión, y se deshicieron de los mismos oportunamente, tal como lo menciona el Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013, transcrita en lo pertinente a continuación:

> "…*También es necesario mencionar, en este caso, que los Bonos emitidos por el Banco Cruzeiro do Sul, fueron adquiridos también por SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. y por BNB SAFI S.A., considerando que la tasa de rendimiento de los mismos era bastante atractiva. Sin embargo, en el caso de SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., la misma procedió a efectuar la venta de dichos valores en cuanto se produjo la*

primera disminución en la calificación de riesgo, venta que se hizo efectiva el 23 de enero de 2012. Por su parte, BNB SAFI S.A., efectuó la venta de los bonos en fecha 21 de agosto de 2011, incluso con anterioridad a la disminución en la calificación de riesgo del 18 de noviembre de 2011. Actuaciones que evidencian un mejor seguimiento de parte de otros regulados en relación a la administración de sus inversiones en el extranjero…"

Desde luego, nada asegura que de ser los dos valores implicados realizados o vendidos luego del 29 de enero de 2012, no se hubiera producido una disminución en el precio; sin embargo, está claro que se podía haber obtenido un precio mayor al que se obtuvo el 18 de diciembre de 2012, considerando las cotizaciones efectuadas por el intermediario y que fueron detalladas líneas arriba, lo cual hubiera generado que las inversiones del Fondo no sean castigadas en la proporción que al final lo fueron.

No obstante lo anterior, no queda claro el por qué la Autoridad Reguladora, a tiempo de imponer la sanción y en la determinación del importe del perjuicio ocasionado, tomó como referencia de precios, los dados por el intermediario, en lugar de considerar el importe original de la inversión.

Se hace notar que la Resolución Administrativa ASFI Nº 580/2013 de 9 de septiembre de 2013, a tiempo de graduar la sanción, ha señalado que:

"*…Que, el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas dispone la aplicación de la sanción de multa por este ente regulador, según los rangos siguientes:*

a) Primer Rango: desde $us 500 hasta $us 10.000.

b) Segundo Rango: desde $us 10.001hasta $us 20.000.

c) Tercer Rango: desde $us 20.001 hasta $us 35.000.

d) Cuarto Rango: desde $us 35.001 hasta $us 70.000. (…)

…A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

En este marco, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado; b) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, Segundo Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Segundo Rango, el causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables.*

En el ejercicio de la potestad sancionadora, y en aplicación de lo establecido en el citado numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, referido a que se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere al monto del perjuicio causado o beneficio obtenido, habiéndose determinado una pérdida para el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo de $us. 333,750.00 (TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), corresponde la aplicación del tope del Cuarto Rango de multa de $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), conforme señala el inciso d) del artículo 13 del citado Reglamento.

Por lo que, corresponde imponer a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, la sanción de multa de Cuarto Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso d) del artículo 13, y numeral 7, Segundo Rango, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…*"

Tal extremo ha sido determinante a los fines de la imposición final de la sanción, por cuanto, conforme continúa señalando la misma Resolución Administrativa ASFI Nº 731/2013:

"*…al haberse ratificado las infracciones imputadas a* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, por los incumplimientos descritos en los cargos 1, 2, 3 y 4, de conformidad al artículo 7 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, corresponde aplicar el concurso de infracciones, mismo que prevé que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, como sucede en el presente proceso sancionatorio, se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave y si esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.*

Que, a tal efecto, se establece que la infracción más grave es la descrita en el cargo ***1****, que de acuerdo al análisis efectuado debe ser sancionada con multa de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us70.000.00 (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por lo que corresponde imponer dicha sanción incrementada en un 10%, en razón al número de infracciones ratificadas y montos de sanciones calculadas, sumando una multa total de* ***$us77.000.00 (SETENTA Y SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en sujeción a los artículos 3, 7, 11, 12 parágrafo I, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo N° 26156…*"

Por consiguiente, si bien es discutible el hecho de que la Autoridad Reguladora, a tiempo de imponer la sanción y en la determinación del importe del perjuicio ocasionado, hubiera tomado los precios referenciales proporcionados por el intermediario y no así el importe original de la inversión, dado el incumplimiento a la normativa aplicable en el momento de realizar la misma (como se explicó ut supra,) el extremo sólo podría determinar un incremento en la cuantía de la multa impuesta, lo que no es admisible en los términos del artículo 63°, parágrafo II ("*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso*), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de

Procedimiento Administrativo), materialización del principio de Non Reformatio in Peius; al extremo, se tiene el precedente de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 28/2011 de 27 de mayo de 2011.

Por consiguiente y en virtud a tal consideración, la sanción impuesta por la Autoridad Reguladora resulta en aplicación a lo dispuesto por el segundo párrafo del numeral 7, referido al Segundo rango establecido en el inciso b) del artículo 20° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores (Decreto Supremo N° 26156), toda vez que el perjuicio determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es superior al límite máximo de sanciones dispuesto en el Cuarto rango del mismo cuerpo normativo, dando lugar a la sanción por dicho importe, es decir, con $us.70.000.- (Setenta mil 00/100 Dólares estadounidenses), a los que con correcto criterio, se ha incrementado hasta $us.77.000.00.- (Setenta y siete mil 00/100 Dólares estadounidenses) "*en sujeción a los artículos 3, 7, 11, 12 parágrafo I, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo N° 26156*", por lo que corresponde dar razón al Ente Regulador, resultando injustificado el alegato de la recurrente referido al cargo N° 1.

2.4. Remisión de información sobre la Calificación de Riesgo y Castigo Contable.-

La Autoridad Reguladora, ha determinado la existencia de información errónea en los reportes presentados por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, desde el 18 de noviembre de 2011 al 17 de septiembre de 2012, conforme al siguiente cuadro:

FECHA		*CALIFICACIÓN MOODY'S*		*CALIFICACIÓN REPORTADA*	
Desde	*Hasta*	*TÍTULOS*	*EMISOR*	*TÍTULOS*	*EMISOR*
18/11/2011	*28/03/2012*	*Ba3*	*A3*	*BB*	*A1*
29/03/2012	*04/06/2012*	*B2*	*Ba2*	*BB*	*A1*
05/06/2012	*15/08/2012*	*Caa1*	*Caa1*	*BB*	*A1*
16/08/2012	*17/09/2012*	*Ca*	*Ca*	*CCC1*	*A1*

El hecho de haber remitido tal información errónea sobre las calificaciones de riesgo del emisor, no puede ser considerado simplemente como un error de transcripción, como argumenta la recurrente, puesto que determinaría la existencia de deficiencias en el control interno, y una falta de seguimiento por parte de los ejecutivos de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, así como de los miembros del Comité de Inversiones, toda vez que el dato erróneo está referido a una inversión cuyo emisor ha sido intervenido y al que, en los prolegómenos a ello, ya se le bajó la calificación de riesgo, es decir que no era una inversión cualquiera que no llamara mayormente la atención, por lo que merecía el mínimo de cuidado y responsabilidad en

todos sus aspectos, por parte de las instancias llamadas a efectuar un control y seguimiento a las inversiones del Fondo.

Así también, dicha situación ha generado una desinformación en el propio Ente Regulador y que no le ha permitido actuar oportunamente, tal como lo manifiesta cuando señala:

> "…*La información falsa respecto a las calificaciones de riesgo del Banco Cruzeiro do Sul y de los Bonos con códigos ISIN XS0452252835 e ISIN XS0523748639, remitida por la SAFI a este Órgano de Supervisión a través de los reportes FI-10 determinaba que dicha inversión se enmarcaba en la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, la cual como se ha argumentado establece una calificación mínima para el emisor de A3.*
>
> *La administradora justifica este accionar señalando haber cometido un error operativo el 18 de noviembre de 2011, no obstante habrá que remarcar que este supuesto error operativo se extendió por más de 270 días, ocasionando el envío de información incorrecta a este Órgano de Supervisión respecto a las calificaciones de riesgo reportadas en las formas FI-10, hecho que evidencia la carencia de seguimiento adecuado a los distintos hechos acontecidos y las disminuciones de calificación que sufrió el Banco Cruzeiro do Sul.*
>
> *La información reportada por la SAFI a través de la Forma FI-10, así como cualquier otra información reportada por los regulados, fue tomada en cuenta por este Órgano de Supervisión en principio como proba, es decir correcta y veraz, pues goza de la presunción del principio de Buena Fe, en el marco de los establecido en el artículo 4 inciso e) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala: "En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La Confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo".*
>
> *En este sentido, ASFI efectuó su labor de control y supervisión con la información proporcionada por la Sociedad Administradora, siendo inadmisible que a estas alturas la entidad regulada cuestione las tareas efectuadas por ASFI de seguimiento y/o control de excesos de límites, si ella misma dificultó esta labor al remitir información no veraz que inducía al error, conducta plenamente probada y sancionada mediante la Resolución ASFI N°580/2013.*
>
> *Asimismo, se advierte que el llamado "error operativo" de no informar oportunamente al regulador sobre las calificaciones reales del emisor de los bonos, tuvo trascendencia a su vez en el seguimiento que realizaba el Comité de Inversiones, puesto que de las actas revisadas correspondientes a 17 de abril de 2012 y 29 de mayo de 2012, posteriores al segundo descenso de la calificación de 29 de marzo de 2012, se advierte que el Comité no trata de manera específica el exceso correspondiente a las inversiones en bonos del Banco Cruzeiro do Sul. Es más el acta del 17 de abril citada, hace alusión que el exceso de inversión correspondiente a inversiones en el extranjero se encontraba corregido a esa fecha. (Las citadas actas constan en Anexo 1 al presente informe)…*"

En relación a que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** no efectuó el castigo contable de las inversiones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento para el castigo contable de los Valores de Oferta Pública de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija, aprobado mediante Resolución Administrativa Nº 115 de 24 de junio de 1999 y modificado mediante Resolución Administrativa Nº 380 de 23 de julio de 2004, cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, lo mismo **ha generado que las inversiones del Fondo se encuentren sobrevaloradas**, lo que obviamente ha repercutido en el Valor de la cartera y, por ende, **en el valor de la cuota del Fondo**, pues dichos Valores debieron ser registrados con valor cero hasta el momento de su venta, tal como establece el mismo Reglamento.

Sobre tal extremo se ha pronunciado la la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de la siguiente manera:

> "…*Respecto al punto 7.6.29 que menciona que la rentabilidad lograda por el Fondo un día antes de la venta de los títulos en fecha 18 de diciembre de 2012 era de 0.86%, corresponde precisar que la misma no reflejaba la situación real del Fondo, dado que su cálculo obedece a la infracción del Reglamento para el castigo contable de los Valores de Oferta Pública de Renta Fija impagos y de los Valores de renta fija cuyos emisores se encuentren en cesación de pagos, puesto que no efectuaron la valoración a cero y efectuar el castigo contable con cargo a los productos obtenidos por rendimientos y otros conceptos, por el cien por ciento (100%) del valor de la inversión incluidos sus rendimientos devengados.*
>
> *Asimismo, una vez producida la venta de los títulos el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo presenta tasas de rentabilidad negativas las cuales evidencian nuevos descensos del Valor Cuota del Fondo, tal como se evidencia en el siguiente cuadro:*

FECHA	VALOR CUOTA	TASA DE RENTABILIDAD (%)			
		30 DÍAS	90 DÍAS	180 DÍAS	360 DÍAS
17/12/2012	110.7108	0.3347	0.6522	4.7765	0.8637
18/12/2012	96.1094	-157.9725	-52.2503	-22.2379	-12.4469
19/12/2012	96.1068	-157.996	-52.2636	-22.5237	-12.4535
20/12/2012	96.1043	-157.8143	-52.2877	-22.5343	-12.46

(…)"

Extremos que determinan el carácter infundado de la impugnación referida a los cargos N° 2, N° 3 y N° 4, correctamente impuestos y sancionados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**

CONSIDERANDO:

Que, en cuanto a la determinación de las conductas sancionables, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha realizado una correcta valoración de los antecedentes que conforman el expediente y ha apegado su determinación a lo que al efecto determina la norma, asimismo en cuanto a la imposición de las sanciones correspondientes, inclusive para el caso del cargo N° 1, en el que si bien es discutible el uso de datos meramente referenciales (en lugar de otros más técnicos y formales), lo mismo no es trascendente en la imposición de la sanción final impuesta.

Que, de conformidad con el artículo 43°, parágrafo I, inc. a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada, cuando ratifique lo dispuesto por la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 731/2013 de 4 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI/N° 580/2013 de 9 de septiembre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍAY FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 742/2013 DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 023/2014 DE 16 DE ABRIL DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2014

La Paz, 16 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General y representante legal de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 017/2014 de 26 de marzo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 034/2014 de 2 de abril de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 27 de noviembre de 2013, el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General, y representante legal de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA** en mérito al

Testimonio de Poder Nº 325/2013, otorgado en fecha 18 de abril de 2013 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 099 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dra. Mabel H. Fernández Rodríguez, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-181574/2013, con fecha de recepción del 29 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 4 de diciembre de 2013, notificado a la parte recurrente en fecha 6 de diciembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013.

Que, en fecha 13 de diciembre de 2013, el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez** presentó dos memoriales, solicitando en uno señalar día y hora de audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, y en el restante la inclusión de documentación complementaria por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 9 de enero de 2014, se llevó a efecto la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-196537/2013 de 26 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hizo presente la documentación complementaria que, atendiendo a la solicitud del Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 095/2013 de 18 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013 de 7 de marzo de 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013 de 7 de marzo de 2013, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas resolvió:

> "…***ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa ASFI Nº 523/2012 de 9 de octubre de 2012 que en Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 407/2012 de 15 de agosto de 2012, anuló el proceso sancionatorio hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-83896/2012 de 10 de julio de 2012, todos los actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*…"

Se debe aclarar que, la redacción que el primer considerando de la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 le atribuye a la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013, no corresponde a lo que en su oportunidad fuera pronunciado por la suscrita Autoridad Jerárquica, infiriéndose que tal redacción le corresponde mas bien, a lo determinado por el propio Regulador a tiempo de su Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012.

2. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota de cargos ASFI/DSR II/R-83896/2012 de 10 de julio de 2012, notificó a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** al haberse establecido diferencias "*entre la Planilla de Sueldos y Salarios y la información reportada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, ejecutivos y demás funcionarios, relativa a 13 cargos de personal*".

Por su emergencia y presentados los descargos por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA** (nota G.G. 2694/2012 de 31 de julio de 2012), mediante la Resolución Administrativa ASFI/Nº 407/2012 de 15 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió: "*Sancionar a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"**, con una multa pecuniaria equivalente al 1% de su Capital Mínimo, por incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber reportado al Sistema de Registros de ASFI a 13 funcionarios con cargos diferentes a los consignados en la planilla de Sueldos y Salarios, sanción que deberá repetirse contra el Gerente General de acuerdo a procedimiento interno*".

En fecha 12 de septiembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 407/2012; en el trámite del mismo, sin embargo, se pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 523/2012 de 9 de octubre de 2012, por el que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó: "***ANULAR**, el proceso sancionatorio iniciado* (…) *hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-83896 de 10 de julio de 2012 inclusive, debiendo emitirse una nueva notificación de cargos, en el marco de lo considerado en la presente Resolución*".

Habiendo la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** presentado, en fecha 24 de octubre de 2012, Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 523/2012, y corridos los trámites inherentes al mismo, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunciar la supra mencionada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013 de 7 de marzo de 2013, en base a los argumentos siguientes:

> "…***2. SOBRE LA ACUSADA VULNERACIÓN NORMATIVA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 523/2012.-***

*De la revisión del Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, se evidencia que, sus alegatos están referidos a dos pretensiones concretas:*

- *Se anule la Resolución Administrativa recurrida ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012 y en consecuencia, se ordene a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pronuncie resolución resolviendo en el fondo el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Sancionatoria ASFI No. 407/2012.*

- *O alternativamente, sea la instancia Jerárquica Administrativa presente, la que revocando la Resolución ASFI No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012, deje sin efecto la sanción impuesta o la modifique por la de amonestación, por no encontrarse fundada en disposición legal alguna.*

Con respecto a la primera pretensión, la recurrente refiere que:

> *"…El procedimiento administrativo establece normas a las que deben sujetarse tanto la administración pública como los sujetos regulados, no gozando aquella de ninguna prerrogativa para "Anular el procedimiento" por causas que no se encuentre expresamente establecidas por ley, por cualquier motivo y en cualquier momento, ni los sujetos regulados y a su vez sujetos de un procedimiento sancionador, facultados para pedir la nulidad o anulabilidad de actos administrativos cuya validez y eficacia no se encuentran comprendidas en las disposiciones que expresamente determinen las causas y condiciones para amparar la nulidad y la anulabilidad de los actos de la administración y las actuaciones de un procedimiento sancionador.*
>
> *Así y con excepción de la nulidad de los actos administrativos señalados en el art. 35 de la Ley 2341 que son nulos de pleno derecho, (no aplicable en el presente caso) las nulidades relativas o anulabilidades de las actuaciones administrativas, se encuentran sujetas a los principios de especificidad, trascendencia y convalidación, según los cuales ningún acto emitido por la administración pública ni los actos del procedimiento pueden declararse nulos si la nulidad no se encuentra expresamente establecida por ley, si el acto cuya nulidad se pretende no ha causado perjuicios afectando los derechos del sujeto regulado y sometido al procedimiento sancionador, y si en casos de causarse esos perjuicios se hubiese convalidado o consentido con el acto originalmente afectado de anulabilidad.*
>
> *A lo anterior, correspóndenos puntualizar que **las actuaciones administrativas de esa ASFI se encuentran sujetas al "principio de sometimiento pleno a la Ley" debiendo adecuar todas sus actuaciones a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 1, 2 y 4 c) y el D.S. 27175, disposiciones que no le otorgan ninguna facultad, potestad ni prerrogativa, para no valorar ni considerar los fundamentos del Recurso de Revocatoria y menos para anular de oficio y por hechos no sancionados con nulidad** todo el procedimiento, pues mas allá que esa facultad normada como "reposición de obrados con la*

anulación del procedimiento" es privativa del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, por disposición expresa del art. 44 del D.S. 27175, la declaratoria de nulidad o de anulabilidad solo proceden si han sido invocadas mediante la interposición de los Recursos administrativos, como expresa y terminantemente lo disponen los arts. 35 II y 36 IV de la citada Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y, en su caso en la vía judicial al amparo del art. 4 inc. g) y 70 de dicha Ley…"

La idea supra transcrita resulta en el eje lineal del recurso que se analiza, toda vez que gran parte de los restantes presupuestos que lo componen (sobre la trascendencia al caso de los principios de estabilidad del acto y de las actuaciones administrativas, de preclusión procesal, de verdad material, de legalidad y presunción de legitimidad, obligatoriedad, exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo y de analogía; sobre los derechos constituciones al debido proceso, a la defensa, a la petición, a intervenir en el procedimiento y obtener respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que se formulen, a la impugnación, a la doble instancia y a la seguridad jurídica; acerca de la validez y eficacia de los actos del procedimiento, el carácter legal de las nulidades y de las anulabilidades; sobre la normativa propia del procedimiento sancionador "incluyendo aquellas que necesariamente deben ser aplicadas en caso de interponerse Recurso de Revocatoria" y la garantía del ejercicio de los derechos de los sujetos regulados), constituyen la serie de alegatos que la recurrente quiere hacer valer en su intención legítima, de que se anule la Resolución Administrativa recurrida ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012 y en consecuencia, se ordene a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pronuncie una nueva resolución, resolviendo en el fondo el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI No. 407/2012.

No obstante, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, ha justificado su decisión de ***ANULAR*** *el proceso sancionatorio, bajo los siguientes fundamentos:*

"…la Notificación de Cargos, la misma que se realizó a la entidad como persona jurídica, debiendo haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable del envío de información a esta Autoridad de Supervisión, disposición que se encuentra establecida en el artículo 5 del Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que menciona: "Responsabilidad.- Es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas…"

Para ello, la autoridad recurrida explica además que:

"…por disposición del artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se establece como atribuciones de la

Superintendencia de Bancos, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, concordante con el párrafo anterior, el artículo 99 de la citada norma establece que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: "...2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (…) 5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. (…). Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada".

Que, el artículo 102 de la referida Ley, establece: "Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La Sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse" (El subrayado es nuestro).

Que, el artículo 33 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que la Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que, el tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la Ley del Procedimiento Administrativo. En este contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho y por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el artículo 36. En este sentido, la doctrina reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Que, el artículo 37 de la citada Ley, señala que los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca, observando los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.

Que, el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, dice: "…Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo…"

A este último respecto (sobre la aplicación al caso del artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113), la recurrente ha señalado:

> *"…El D.S 27113, cuyo art. 55 ha sido invocado en la Resolución que impugnamos, no es aplicable a la ASFI por expresa disposición del art. 2-II de dicho Decreto y, siendo así, se ha efectuado una aplicación de una norma inaplicable y cualquier aplicabilidad que se pretenda ya sea por analogía, ya sea por cualquier otro título* ***ES ILEGAL*** *(…)*
>
> *A lo anterior debe complementarse que la nulidad de los procedimientos administrativos, solo procede si se presentan los dos presupuestos establecidos por el art. 56 (sic, debe referirse al Art. 55°) del Decreto Supremo, indebidamente aplicados en el presente procedimiento; a saber cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione al interés público. Ninguno de esos presupuestos se ha presentado en el caso que nos ocupa…"*

Cabe dejar constancia que, si bien el artículo 2°, parágrafo II, del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo), establece que "Los sistemas de Regulación:… Financiera – SIREFI…, aplicarán sus reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en observancia de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo", no es menos cierto que, contrariamente a lo señalado por la recurrente, ***la Disposición Adicional Segunda del Reglamento a la Ley Nº 2341*** *(aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, aquel cuya aplicación tacha la recurrente de ilegal) determina clara e inequívocamente que: "el presente Reglamento constituye la norma Jurídica marco para la Administración Pública. Los Sistemas de Regulación, SIRESE, SIREFI y SIRENARE,* ***y otros que se crearen conforme a ley, a falta de disposición expresa, lo aplicarán por vía supletoria****.*

Asimismo, conforme se ha transcrito arriba, la Autoridad recurrida ha resuelto la nulidad (relativa) de obrados, por cuanto la notificación del cargo "se realizó a la entidad como persona jurídica", circunstancia que desde luego y más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, determina que de la forma que sale de la última parte del artículo primero, de la Resolución Administrativa ASFI/N° 407/2012 de 15 de agosto de 2012, se esté sancionando al Gerente General de la entidad recurrente, sin que con respecto al mismo se hubieran observado los procedimientos previstos por los artículos 65° y 66° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15

de septiembre de 2003), entonces en infracción al debido proceso, justificando plenamente la nulidad relativa dispuesta, por cuanto de esta manera, se ha generado la indefensión al Administrado, en este caso, ***el Gerente General*** *de la* ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"*** *quien,* ***como persona natural*** ***y dada su situación funcional****, también se encuentra incluida dentro del campo de acción de la Autoridad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Ahora bien; la resolución recurrida ha establecido que:

> *"…de la revisión del expediente administrativo se puede evidenciar que éste proceso administrativo sancionatorio se inició a raíz de la Notificación de Cargos, la misma que se realizó a la entidad como persona jurídica, debiendo haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable del envío de información a esta Autoridad de Supervisión…"*

Declaración que resulta francamente liberatoria de la responsabilidad sancionable que a la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"*** *pudo haberse atribuido por la conducta infringida, dado que establece que debió "haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable" en lugar de la misma, se constituye en la base de la nulidad relativa dispuesta, por lo que se extraña que, no causando agravio alguno a la entidad recurrente la determinación del Ente Regulador, sea la misma la que resulte impugnarla y no así sobre quien se dirige una eventual notificación de cargos: su Gerente General, entendido como persona natural entonces en inobservancia de los artículos 56°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (dice: "a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio") y 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (dice: "afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos o intereses legítimos"), en ambos quedando sujeto al criterio de la recurrente, agravios de los que no existe evidencia alguna con respecto a la misma en la resolución recurrida (conforme lo señalado), circunstancia que a su vez justifica la determinación que sale en la parte final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

En definitiva, teniendo en cuenta que era la pretensión de la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"****, dejar sin efecto la sanción impuesta en su contra, conforme sale del memorial de Recurso de Revocatoria de 12 de septiembre de 2012, resulta concluyente el que el estado actual del proceso refleja haberse atendido favorablemente tal solicitud, lo que no importa se esté sujetando el proceso actual a un trámite separado o distinto, o que el mismo no vaya a merecer una resolución definitiva, toda vez que de la forma que ha dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tales extremo habrán de producirse en función de que se decida imputar cargos, o se decida desestimarlos.*

Es pertinente advertir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en el estado actual del proceso y en el tratamiento que vaya a imponer al trámite, debe estar sujeto al principio de presunción de inocencia y a la naturaleza investigativa de las diligencias preliminares, lo que obliga a evitar cualquier criterio que pretenda

desde ya concluir en responsabilidades no establecidas.

Por su parte, debe tener presente la recurrente, que la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, no pudo haber impuesto cargo alguno, por cuanto más bien viene a disponer se emita una nueva notificación de cargos, es decir, se de inicio al procedimiento como corresponda, en el que deberá considerarse la pertinencia o no de tal imputación por parte de la autoridad competente para ello.

Por lo demás y siendo la preocupación principal de la recurrente, el que la Administración Pública no goce "de ninguna prerrogativa para Anular el procedimiento", resulta pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ N° 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, transcrita, en lo que interesa, a continuación:

> *"…Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una o más normas relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.*
>
> *En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos (…)*
>
> *…la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su procedencia; en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI señala:*
>
> *III.2. Facultad de anulación de obrados por parte de la SPVS*
>
> *El artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como principios de la actividad administrativa los siguientes: a) Principio fundamental. El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad y; c) Principio de sometimiento pleno a la ley. La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,*

asegurando a los administrados el debido proceso.

De la normativa señalada se tiene que la SPVS ***puede disponer la anulación de procedimiento cuando considere que ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma que tenga relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo****…"*

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados como lo ha hecho en la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012.

Entonces, con relación a la segunda pretensión del Recurso Jerárquico (aquella referida a que la instancia Jerárquica Administrativa revoque la Resolución ASFI No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012 y deje sin efecto la sanción impuesta o la modifique por la de amonestación), dado todo lo expresado supra, evita de mayor consideración al presente…"

3. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013**,** imputó con el cargo al Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, conforme se transcribe a continuación:

"…De conformidad a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2013 de 7 de marzo de 2013, del Ministerio de Economía y Finanza Públicas que confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 523/2012 de 9 de octubre de 2012 y de la información contenida en las cartas G.G.00238/2012, G.G.635/2012 y G.G.1087/2012 recibidas el 19 de enero de 2012, 24 de febrero de 2012 y 30 de marzo de 2012, respectivamente, emitidas por la Mutual se estableció presunto incumplimiento a los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", contenido en el Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente en la gestión 2012, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", en el plazo establecido por el citado Reglamento, la designación de nuevas funciones y/o nombramientos de los siguientes funcionarios:

	Nome (sic) ***Nombre del Personal***	***Cargo según Planilla de Sueldos y Salarios del último mes presentada por la Entidad mediante "Anexo B-1"***	***Cargo según Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios***
1	*Geisser Machlcao Konrad*	*Jefe Administrativo a.i.*	*Jefe Depto. Operaciones*
2	*Salazar Villalta Carlos Tito*	*Auxiliar Administrativo*	*Encargado del SARC*
3	*Castro Yaselli Gino Martin*	*Responsable Proyectos*	*Programador*

4	*Villafuerte Castellón Juan*	*Auxiliar Contabilidad*	*Cajero*
5	*Camacho Goyzueta Ramiro*	*Oficial de Operaciones*	*Encargado de Agencia*
6	*Díaz Santa Cruz Maria*	*Oficial de Operaciones*	*Encargada de Agencia*
7	*Paravicini Hurtado Ronald*	*Jefe de Operaciones a.*	*Sub-Jefe Operaciones*
8	*Barrientos Llanos Ximena*	*Encargada de Agencia*	*Cajera*
9	*Toro Malaga Lenny Beatriz*	*Encargada de Agenda*	*Cajera*
10	*Troncoso Guzman J.Carlos*	*Oficial de Créditos*	*Auxiliar de Contabilidad*
11	*Bernal Gutiérrez Lourdes*	*Oficial de Operaciones*	*Encargado de Agencia*
12	*Cueto Espindola Noel*	*Encargado de Agencia*	*Cajero*
13	*Sierra Murillo Marco Antonio*	*Aux. de Contabilidad*	*Cajero*

En consecuencia, conforme lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente hasta la gestión 2012, ***SE NOTIFICA al Gerente General*** *de la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Primera", para que en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, presente los descargos o explicaciones pertinentes, debidamente documentados…*"

4. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante memorial presentado en fecha 9 de septiembre de 2013, y en atención a la nota ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013, el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, presenta sus descargos conforme a la transcripción siguiente:

"…***1. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR***.

Conforme se acredita por los documentos que adjunto (copia con sello de recepción de la Demanda Contencioso Administrativa presentada ante el Tribunal Supremo de Justicia, Fotocopia de la Provisión citatoria y diligencia de citación y notificación al Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, y reporte de "Seguimiento de Causas" de la pagina (sic) *Web de dicho Tribunal),* ***Mutual La Primera*** *interpuso* ***Demanda Contencioso Administrativa*** *contra el Ministro de Economía y Finanzas Públicas,* ***solicitando la nulidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSV/URJ-SIREFI*** (sic) ***No. 012/2013,*** *que confirmó la Resolución ASFI/523/2012 por la que su autoridad resolvió* ***anular*** *el Procedimiento Administrativo Sancionador seguido contra Mutual La Primera, disponiendo la emisión de la notificación de cargos contra mi persona. Conforme a dichos documentos la demanda contencioso administrativa fue admitida en fecha 12 de junio de 2013 y legalmente notificada en fecha 30 de agosto de 2013 encontrándose sujeta al trámite respectivo para el pronunciamiento de la sentencia definitiva.*

Ahora bien y como es de conocimiento de su autoridad, por efectos de la demanda contencioso Administrativa, la ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSV/URJ-SIREFI*** (sic) ***No. 012/2013,*** *(Conforme a la cual se ha emitido la carta de Notificación de cargos*

contra mi persona) no se encuentra ejecutoriada y menos tiene la calidad de cosa juzgada.

Siendo así, los efectos jurídicos se encuentran suspendidos, lo que a su vez importa que dicha Resolución Ministerial Jerárquica no es ni puede ser susceptible de "cumplimiento y/o ejecución", mientras no concluya el Proceso Contencioso Administrativo en el que ha sido impugnada solicitándose su nulidad.

El cumplimiento y los efectos jurídicos de la indicada resolución Jerárquica "de conformidad a la cual -reitero- se emitió la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-123182/2013", depende, pues, de la sentencia que pronuncie la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en el proceso contencioso administrativo, toda vez que al no adquirir firmeza ni tener carácter definitivo las Resoluciones Administrativas impugnadas ante la Jurisdicción ordinaria, tales resoluciones y lo dispuesto en ellas se encuentran sujetas a condición suspensiva y subordinadas a lo que se resuelva en el proceso contencioso administrativo.

Afirmar lo contrario, no sólo que significaría desconocer el principio fundamental de que el Poder Judicial controla la actividad de la Administración Pública (Art. 4 inc. i) de la Ley 2341) y que la declaratoria de ilegalidad de sus actos y resoluciones procede por expresa declaración judicial (art. 4 inc. g) de la Ley 2341), sino, y lo que es peor, significaría desconocer la naturaleza jurídica, su objeto y la razón de ser dentro del ordenamiento jurídico del proceso contencioso administrativo que sujeta y, obviamente, no excluye el control, la fiscalización de la legalidad y la revisión de los actos de la administración pública, mediante impugnación de parte interesada, como expresamente lo disponen los arts. 778 y sgtes. del Código de Procedimiento Civil y art. 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 61 del D.S. 27175.

Téngase presente, que en el caso de Resoluciones Administrativas que declaran la ***Nulidad*** *del Procedimiento, como sucede con la Resolución ASFI/523/2012, ya sea por su propia naturaleza, contenido y efectos, no son similares ni equiparables las Resoluciones cuyo pronunciamiento recae sobre cuestiones de fondo, se pronuncia sobre las pretensiones deducidas y afecta derechos subjetivos de los sujetos administrados, que en el caso particular del procedimiento sancionador se traduce en la imposición de sanciones económicas. Así, en el caso de la* ***nulidad*** *(cuyo objeto y efecto es la declaratoria de inexistencia del procedimiento), la Resolución que declara esa nulidad (ASFI No.523/2012) no se encuentra comprendida, ni podría encontrarse, dentro de las Resoluciones Administrativas susceptibles de ejecución forzosa, y menos al trámite establecido en los arts. 54 y 55 de la Lev No. 2341.*

En ese contexto, la naturaleza jurídica, efectos y diferencias entre la Resolución que declara la Nulidad del Procedimiento y la que se pronuncia sobre pretensiones que inciden en la esfera jurídica del sujeto administrado, en lo referente a los efectos en que se conceden los recursos administrativos también difieren, pues tratándose de Resoluciones como las que declaran la Nulidad, los recursos administrativos se conceden en el efecto suspensivo y no en el efecto devolutivo, pues resulta claro que al declarase la nulidad, se declara la inexistencia del procedimiento, lo que no sucede con el otro

tipo de Resoluciones en las que existe un procedimiento válido y, como tal, admite su continuación sin perjuicio del recurso. Lo señalado corrobora que una Resolución pronunciada en recurso de Revocatoria y de oficio, ni siquiera en la resolución final del procedimiento, no es susceptible de ejecutarse ni cumplirse en tanto no concluya el proceso contencioso administrativo.

Finalmente el fundamento de la suspensión de los efectos que conlleva la Resolución ASFI 523/2012 hasta que el Tribunal Supremo de Justicia pronuncie sentencia en el proceso contencioso administrativo, encuentra su sustento en un criterio de razón práctica no exenta de efectos jurídicos, resguardándose los principios de seguridad jurídica y de legalidad del procedimiento en caso que el Tribunal Supremo de Justicia no declarase la nulidad de las Resoluciones Administrativas pronunciadas en las etapas recursivas (Revocatoria y jerárquica) y en caso de declararse la nulidad que Mutual La Primera ha demandado, evitar la ineficacia del presente procedimiento que, en caso de proseguirse, afectará de manera irreversible mis derechos subjetivos e intereses legítimos, lo que a su vez conlleva la ilegal existencia de dos procedimientos administrativos, fundados en la misma causa, con el mismo objeto contra dos sujetos distintos, Mutual La Primera y mi persona.

Por los antecedentes señalados, solicito respetuosamente a Ud. se digne suspender el procedimiento sancionador iniciado en mi contra, hasta que concluya el Proceso Contencioso Administrativo seguido contra el Ministro de Economía y Finanzas Públicas demandando la nulidad de la Resolución Ministerial Jerárquica en virtud de la cual su autoridad emitió la carta ASFI/DSR II/R-123182/2013 de notificación de cargos.

2. Nulidad del Procedimiento Sancionador.

No obstante que la validez y legitimidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2013 DE (sic) *07/03/13 cuyo cumplimiento se invoca en la notificación de cargos de 19 de agosto de 2013, se encuentra impugnada a raíz de la demanda contencioso-administrativa interpuesta por Mutual La Primera, con el propósito de que vuestra autoridad advierta los vicios de nulidad insubsanables y en consecuencia desestime las diligencias preliminares y la iniciación de proceso administrativo a continuación expongo los siguientes argumentos que afectan el contenido de las actuaciones preliminares del presente proceso bajo los siguientes argumentos:*

2.1. El presunto incumplimiento del Reglamento para el Registro de Funcionarios no se encuentra tipificada con sanción alguna previamente establecida por el Reglamento de Sanciones

En efecto, Sra. Directora, luego de proceder a la revisión del Reglamento de Sanciones de esa ASFI, no existe en ninguna de sus disposiciones sanción expresa con respecto al presunto incumplimiento de los "numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del Reglamento para el Registro de Directores (..) y Funcionarios" violándose de esta manera flagrantemente el principio de legalidad por demás conocido por su autoridad, toda vez que sus funcionarios soslayan el marco constitucional que respalda este principio,

que se constituye en presupuesto esencial para la imposición de cualquier sanción, sea penal o administrativa, la misma que como es de su conocimiento señala de manera expresa y determinante que ***"Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible"*** *(art. 116 parág. II C.P.E.) de tal suerte que constituirá acto por demás ilegal y arbitrario de parte de su autoridad o sus subalternos establecer una sanción administrativa sin que dicha sanción se encuentre regulada en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, lo que en los hechos significará crear un tipo punitivo o norma jurídica usurpando facultades que no le competen y viciando de nulidad insubsanable de manera permanente al presente proceso.*

*Su autoridad, basado en informe previo de la Dirección de Supervisión de Riesgos II, atribuye supuestamente el incumplimiento a los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del Reglamento para el Registro de Funcionarios, y al mismo tiempo pretende atribuir una sanción a dicho supuesto, sin percatarse que toda norma punitiva adquiere tal carácter cuando se halla compuesta de dos partes, a saber: 1) La definición del supuesto de hecho punible (****'El que matare a otro'****) y 2) El establecimiento de la consecuencia jurídica o sanción* ***('será sancionado con presidio de cinco a veinte años')****. En el caso que nos ocupa, y según su interpretación, el supuesto incumplimiento a los numerales del artículo 1, Sección 2 del referido Reglamento, habría configurado el supuesto de hecho punible* ***("No haberse actualizado el Sistema de Registro de Funcionarios dentro del plazo establecido")*** *sin embargo para tal supuesto no se estableció sanción alguna ni mucho menos previa (……¿?.....), es decir no conocemos ni sabemos si el ordenamiento jurídico-administrativo ha determinado previamente una sanción expresa para este supuesto incumplimiento tal como lo señala y exige la propia Constitución Política del Estado así como el art. 73 de la Ley 2341 cuyo parág. II resulta concordante con el principio constitucional que por su importancia transcribimos a continuación:*

> ***"Artículo 73.- (Principio de Tipicidad)***
>
> ***II.*** *Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias."*

Se pretende iniciar un proceso administrativo para concluir con una sanción inexistente, arbitraria e imaginaria, cuya inexistencia inclusive fue reconocida de manera expresa y oficial por su misma autoridad tal cual lo señala el primer párrafo de la pág. 8 de la Resolución ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, cuya copia adjuntamos al presente a mayor abundamiento, y en la que de manera expresa su autoridad reconoce ***"Que, de la revisión del Reglamento de Sanciones que mantiene esta Autoridad de Supervisión, no existe una sanción específica que refiera la presente contravención,*** *por lo esta Autoridad (sic) se sustenta en las atribuciones dispuestas en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la cual menciona: "Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales" (el resaltado y subrayado es nuestro).*

Cabe puntualizar que el art. 99 de la Ley de Bancos y EEFF no tipifica, es decir no describe las infracciones y su correspondiente sanción, sólo establece las formas o tipos de sanciones susceptibles de imposición, en tanto que su tipificación se delega en la

Reglamentación que debió emitir, si correspondiese, esa ASFI, en cumplimiento a lo dispuesto al último párrafo del art. 154 de la precitada Ley.

Sintetizando, la supuesta infracción, o cargos con los que se ha notificado no tienen sanciones previstas en la Ley de Bancos y EEFF ni en la reglamentación dispuesta por esa ASFI.

2.2. El proceso se encuentra afectado de objeto ilícito o jurídicamente imposible.

Tal cual lo establece el art. 84.- de la Ley 2341 aplicable al presente caso, el objeto del presente procedimiento sancionatorio constituye en imponer o desestimar una sanción. Sin embargo, como Ud. pudo advertir en el desarrollo del anterior epígrafe, no existe sanción específica ***previa ni determinada*** *por la Ley de Bancos y EEFF y su reglamentación con respecto al incumplimiento de los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del Reglamento para el Registro de Directores (...) y Funcionarios, y siendo así, demostrado está que el acto administrativo que su autoridad emitirá a través de resolución final carece de objeto lícito y posible toda vez que el ordenamiento jurídico punitivo que ha sido establecido por esa ASFI no reconoce sanción alguna previa ni específica. Como es de su conocimiento el objeto de todo procedimiento sancionatorio conlleva dos aspectos: a) Inmediato y b) mediato. El primero se halla referido a la clase de resolución que Ud. pronunciará (sea imponiendo o desestimando una sanción); el segundo se refiere al tipo de sanción que Ud. considerará la misma que debe encontrarse previamente identificada de manera congruente con los cargos establecidos en las diligencias preliminares. En el supuesto de que su autoridad confirme los cargos establecidos, esto es cumpla el primer presupuesto, sin embargo Ud. se verá imposibilitada de determinar a qué sanción corresponde adecuar la supuesta contravención o infracción o a qué tipo punitivo-administrativo se subsume el supuesto incumplimiento, con lo que quedará expuesto de manera visible el objeto ilícito del presente procedimiento sancionatorio ya que será jurídicamente imposible* ***crear*** *un nuevo tipo en base a un informe y atribuirlo a supuestas infracciones acaecidas en el* ***pasado*** *tornándose nulo de nulidad absoluta y por consiguiente innecesario el desarrollo del procedimiento punitivo.*

Sintetizando, el presente procedimiento es nulo de pleno derecho por encontrarse comprendido en la causal de nulidad establecida por el art. 35-1 inciso b) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

En tal virtud, pido a Ud., conforme a los fundamentos señalados y las normas citadas, declarar la nulidad del presente procedimiento.

3. Descargos.

Los cargos contenidos en la carta ASFI/DSR II/R-123182/2013, se refieren y tienen como fundamento el supuesto incumplimiento a los numerales 2 y 3, artículo 1, sección 2 del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y Demás (sic) *Funcionarios,* ***al no haberse efectuado las actualizaciones*** *en el Sistema de Registro* ***en el plazo establecido en el citado***

Reglamento, la designación de nuevas funciones y/o nombramientos *de los funcionarios que allí se detallan.*

Sin perjuicio de lo solicitado en los puntos precedentes, presento los descargos a los fines de su conocimiento y consideración.

1.- El cargo referido al hecho de no haberse efectuado la actualización de las designaciones y cambio de funciones en el Sistema de Registro y dentro del plazo establecido en el indicado Reglamento, correspondientes a los funcionarios individualizados en la carta de notificación de cargos, se debió a un error u omisión de carácter operativo, originada en nuestro Departamento Administrativo.

2.- Sin embargo, una vez detectada la omisión observada por esa ASFI y referida en el punto precedente, de manera inmediata de ser determinada fue subsanada mediante la actualización del Sistema de Registro. Así se tiene que:

a) Según Carta ASFI/DSR II/R-18572/2012 de 15 de febrero de 2012 recepcionada en fecha ***23 de febrero de 2012*** *se nos instruyó subsanar los reportes e información del Sistema de Registro de Directores (...) y Funcionarios.*

b) Al día siguiente, ***24 de febrero de 2012,*** *mediante carta G.G. 635/2012 de la misma fecha, en respuesta a su carta ASFI/DSR II/R-18752/2012, le hicimos conocer que se procedió a la actualización observada, adjuntando el reporte de los funcionarios con los cargos que correspondían ser reportados; carta que adjuntamos en calidad de prueba.*

3.- Para corroborar lo anterior y a solicitud de esa ASFI remitimos también los memorándums de designación de funciones, conforme se acredita por la carta G.G. No. 1087/2012 de 28 de marzo de 2012, que solicito se tenga también como prueba o descargo.

4.- Ratificando el contenido de nuestra carta G.G. 2694 de 30 de julio de 2012, el retraso en la actualización de los cargos reportados se dio por la dinámica de rotación de funcionarios por los roles de vacaciones y procesos de mitigación de riesgos operativos, y dicho retraso se dio por primera vez en Mutual La Primera.

Sin perjuicio de que su autoridad desestime la imposición de sanciones por no encontrar tipificadas, reguladas ni comprendidas en el Reglamento de Sanciones de la ASFI, pido a Ud. tener presente que al haberse regularizado oportunamente el retraso en la actualización en el Sistema de Registro, y por tanto, subsanada la observación establecida en su carta de Notificación de Cargos No. ASFI/DSR II/R-123182/2013, se desestime también cualquier imposición de sanciones, levantándose los cargos con los que se nos ha notificado…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 620/2013 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa

ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar al señor Carlos de Grandchant Suárez, con multa personal equivalente a una (1) vez su remuneración mensual, por incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 del Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y Funcionarios", en el plazo establecido por el citado Reglamento, la designación de nuevas funciones y/o nombramientos de 13 funcionarios observados.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá depositarse, en el plazo de 15 días posteriores a la notificación con la presente resolución, en el Banco Unión S.A., Cuenta Fiscal N° 1-4678352 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas, en moneda nacional, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.*

TERCERO.- *En cumplimiento al artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ponerse en conocimiento del Directorio de la entidad, debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia del Acta donde se tomó conocimiento de la misma…*"

Los argumentos presentados para la toma de tal decisión, son los siguientes:

"…***1.- Suspensión del Procedimiento Sancionador*** (…)

Análisis

Evaluados los descargos presentados y la documentación remitida, consta la interposición de una Demanda Contencioso Administrativa contra la Resolución Jerárquica (sic) *MEFP/VPSV/URJ-SIREFI N° 012/2013 de 7 de marzo de 2013, la cual debe ser resuelta por el Tribunal Supremo de Justicia conforme las disposiciones prevista en el Código de Procedimiento Civil.*

Con relación a que la Resolución Ministerial Jerárquica no se encuentra ejecutoriada, y sus efectos suspendidos, debe considerarse que el artículo 60 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado con Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que:

"I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales".

Asimismo, el artículo 61 del mismo cuerpo legal establece que: ***"I. Agotada la vía administrativa, quedará expedita la posibilidad de iniciar el proceso contencioso administrativa*** (sic) ***conforme a ley. II. La interposición de una demanda contencioso administrativa no suspende la ejecución de las resoluciones emitidas en el SIREFI, por su efecto devolutivo".***

Las citadas disposiciones expresamente señalan que las resoluciones jerárquicas son definitivas y que la interposición de una demanda contenciosa administrativa no suspende la ejecución de las resoluciones emitidas en el SIREFI "Sistema de Regulación Financiera", disposiciones que con meridiana claridad permiten continuar con el presente proceso administrativo sancionatorio.

En consideración a que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSV/URJ-SIREFI (sic) *N° 012/2013 en su Artículo Único resolvió CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución ASFI/523/2012 de 9 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión notificó cargos al Gerente General de la* ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"*** *a través de la carta ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013, dando de esta manera debido cumplimiento de las disposiciones citadas, así como de lo resuelto por el Ministerio de Economía y Finanzas en dicha Resolución Ministerial.*

El efecto devolutivo de la Demanda Contenciosa Administrativa implica que los efectos de la Resolución Ministerial Jerárquica citada anteriormente, no se suspenden aspecto señalado de manera expresa en el parágrafo I. del artículo 61 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado por Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, mencionado anteriormente.

Por lo anteriormente expuesto, no corresponde la suspensión del presente proceso administrativo sancionatorio, toda vez que el mismo se desarrolla en el marco de lo previsto en los artículos 60 y 61 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado por Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003 y conforme al Principio de Legalidad previsto en el artículo 4 inciso g) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone: "Principio de Legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometida plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario".

Es pertinente señalar que las Resoluciones Administrativas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tienen por objeto cumplir con las etapas correspondientes que dispone la Ley del Procedimiento Administrativo y el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema (sic) *de Regulación Financiera "SIREFI", y en el presente proceso se ha observado estrictamente lo establecido en dichos cuerpos legales.*

En cuanto a que la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución ASFI N° 523/2012 de 9 de octubre de 2012, respondería a un criterio de razón práctica y de resguardo de los principios de control judicial, de legalidad, presunción de legitimidad y

posible afectación a derechos subjetivos, cabe señalar que en observancia estricta del principio de legalidad, la Autoridad de Supervisión, ha proseguido con el procedimiento notificando al Gerente con carta ASFI/DSR II/ R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013, dando cumplimiento como se dijo anteriormente a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2013 de 7 de marzo de 2013 y los artículos 60 y 61 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado por Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Por lo tanto, la solicitud de suspender el procedimiento sancionador hasta que concluya el proceso contencioso administrativo, no es pertinente por ser contraria a lo establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado por Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

2.- Nulidad del Procedimiento Sancionador

Al estar impugnada la validez y legitimidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2013 de 7 de marzo de 2013, a raíz de la Demanda Contencioso-Administrativa, con el propósito de que la ASFI advierta los vicios de nulidad y en consecuencia desestime las diligencias preliminares, el Gerente General de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"****, señor Carlos de Grandchant Suárez, expone lo siguiente:*

2.1. El presunto incumplimiento del Reglamento para el Registro de Funcionarios no se encuentra tipificada con sanción alguna previamente establecida por el Reglamento de sanciones (…)

Análisis

El Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 61 vigente a la fecha del incumplimiento dispone que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse". Esta disposición faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sancionar cualquier incumplimiento a disposiciones legales reglamentarias, como es el caso de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En el caso de los numerales 2 y 3 del artículo 1, Sección 2, Capítulo VIII, Título X del Reglamento de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, es necesario tener en cuenta que en la Sección 5 del mismo, se determina: "Artículo

Único.- Es responsabilidad del Gerente General, efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas". En consecuencia, se cuenta con una normativa expresa que obliga al Gerente General haber observado los numerales 2 y 3 del Reglamento citado anteriormente, por lo que la tipicidad de la infracción se encuentra en dichas normas y acorde al artículo 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento administrativo, que establece: ***"I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en la Leyes y disposiciones Reglamentarias. II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".***

El citado artículo 73 deja claramente establecido que son infracciones las omisiones definidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias, por lo que los reglamentos contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras contienen la tipificación de la conducta observada.

Asimismo, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) fija las sanciones a imponerse por incumplimiento: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:" disposición que otorga el marco legal al presente proceso con la debida tipicidad sobre las infracciones observadas, disposición concordante con el artículo 154 del mismo cuerpo legal que faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Inciso 10) "Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales".

En cuanto a que la Autoridad de Supervisión, basada en un informe de la Dirección de Supervisión de Riesgos II, atribuiría el incumplimiento a los numerales 2 y 3 del artículo 1, sección 2 del Reglamento para el registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, vigente en la fecha del incumplimiento, y al mismo tiempo atribuye una sanción a dicho supuesto, cabe señalar que no se cita expresamente de qué informe se trata, toda vez que en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/ R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013 no se cita informe alguno, por lo cual el argumento es impreciso.

Con relación a que la Resolución ASFI N° 388/2013 de 26 de junio de 2013, reconocería de manera expresa que el Reglamento de Sanciones Administrativas no contempla una sanción específica, sustentando las atribuciones en el artículo 154 numeral 10, de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); debe precisarse que dicha Resolución resuelve el Recurso de Revocatoria en proceso sancionatorio iniciado contra el Gerente General de la Mutual con carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, por incumplimiento en el reporte de Baja, del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira, en el plazo que establece la norma, tratándose de un proceso diferente.

Por lo anterior, los argumentos del punto 2.1 del memorial de descargos no tienen fundamento, por lo que la tipicidad está plenamente reconocida por el artículo 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título (sic) *XIII, Capítulo II, Sección 2 contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y entidades Financieras, concordante con los artículos 72 y 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.*

2.2. El proceso se encuentra afectado de objeto ilícito o jurídicamente imposible (…)

Análisis

Es importante precisar que el artículo 84 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 dispone que: "(Etapa de Terminación). Vencido el término de prueba, la autoridad administrativa correspondiente en el plazo de diez (10) días emitirá resolución que imponga o desestime la sanción administrativa. Contra la Resolución de referencia procederán los recursos administrativos previstos en la presente Ley", el contenido citado de manera expresa difiere del atribuido a dicha disposición legal por el Gerente General de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"****.*

Debe considerarse que de acuerdo a la Constitución Política del Estado en su artículo 332 establece que: "Las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras. Esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio". Asimismo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene facultades para imponer sanciones según los artículos 99 y 154 inciso 10 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, por lo que los actos sancionatorios que emite gozan de la legalidad acorde al artículo 4 inciso g) principio de legalidad previsto en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de fecha 23 de abril de 2002, bajo este entendido, en el presente caso, el objeto como la licitud del proceso están amparados en el marco legal citado.

La afirmación de que el presente procedimiento sería nulo de pleno derecho, de acuerdo al artículo 35 parágrafo I inciso b) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, no tiene respaldo alguno, pues dicha disposición establece: Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: "b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible", disposición no aplicable al presente caso por las razones expresadas anteriormente. Y considerando que el presente proceso se rige por el "Principio de Legalidad y presunción de legitimidad" previsto en el artículo 4 inciso g) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3. Descargos (…)

Análisis

Al haberse manifestado en el descargo que no se efectuó la actualización de las designaciones en el plazo establecido, por un error u omisión de carácter operativo originado en el Departamento Administrativo, el Gerente General ha reconocido y

admitido el incumplimiento notificado con carta ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013.

La actualización del Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y demás Funcionarios es responsabilidad del Gerente General, de conformidad al Título X, Capítulo VIII, Sección 5, artículo único del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, situación que no ocurrió en el caso de los 13 funcionarios objeto de observación en la carta de notificación.

Asimismo, el hecho de haberse procedido con la actualización en el Sistema de Directores, Síndicos, y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y demás Funcionarios, ante la observación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta ASFI/DSR II/R- 18572/2012 de 15 de febrero de 2012, no le exime de responsabilidad al Gerente General, pues se trata de una situación posterior a la infracción cometida.

En cuanto al argumento que el retraso se produjo por la rotación de funcionarios, roles de vacaciones y procesos de mitigación de riesgos operativos, el Gerente General, en su condición de principal ejecutivo de la entidad, tiene la obligación de establecer acciones y mecanismos de gestión orientados a la debida observancia y cumplimiento de las disposiciones legales a las cuales se encuentra obligado, como es el caso del Reglamento de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, situación que se dio en el presente caso.

Referente a las copias de memorándums de designación de funciones, presentados en calidad de descargo, estos fueron cotejados con la información contenida en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y Funcionarios", y constatándose que se trata de la misma información con la que se evidenció el incumplimiento, por lo cual esta documentación no constituye un elemento que desvirtúe el cargo.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis anterior, los descargos presentados por el señor Carlos de Grandchant Suárez, Gerente General de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA",*** *no desvirtúan los cargos notificados con carta ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013, por las contravenciones a los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", contenido en el Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y Funcionarios", correspondiendo en consecuencia la imposición de sanción administrativa al mencionado Gerente.*

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que

cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Tipificación. *En el presente caso, el incumplimiento se encuentra debidamente tipificado en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 del Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, vigente a la fecha del incumplimiento, que dispone:*

"Artículo 1° - Actualización del registro por altas y modificaciones.- Las entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de Registro, reportando toda designación o cambio de titulares y suplentes de los miembros del Directorio u órganos equivalentes, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, así como las firmas autorizadas de acuerdo con lo señalado a continuación:

2. Para Ejecutivos y firmas autorizadas: La información debe registrarse hasta los diez (10) días hábiles después de haberse producido el hecho, especificando nombres y cargos, a través del Sistema de Registro, registrando en los casos que corresponda la firma autorizada digitalizada.

3. Para los demás funcionarios: La información correspondiente al resto del personal de la entidad supervisada, debe registrarse dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el quinto día hábil del siguiente mes, a través del Sistema de Registro".

Calificación. *Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas – Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 61, contenido en la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de incumplimiento, las inobservancias a las disposiciones legales así como a las normas reglamentarias, circunscriben la conducta del señor Carlos de Grandchant Suárez.*

Gradación. *Al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio, bien pudieron evitarse de haberse considerado y cumplido las*

disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte del Gerente General de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA",*** *señor Carlos de Grandchant Suárez, por no dar cumplimiento a los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", contenido en el Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, ejecutivos y Funcionarios", en el plazo establecido por el citado Reglamento.*

Modulación. *A los efectos de modular la sanción aplicable, es pertinente considerar lo siguiente:*

El artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) dispone: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas… 5) Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor…"

El Gerente General de la Mutual, señor Carlos de Grandchant Suárez, no ha cumplido con lo previsto en el Reglamento de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y Funcionarios", de 13 funcionarios, en el plazo establecido por el citado reglamento.

El artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) dispone: "Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera (sic) *forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse".*

En este caso, el Gerente General era el responsable de mantener actualizado el Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y demás Funcionarios, pudiendo advertirse negligencia por la falta de control, seguimiento en mantener actualizada la información referida a los 13 funcionarios observados en la carta de notificación ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013.

Se considera también que este incumplimiento ha sido producido por primera vez, la inexistencia de daño a terceros o a la entidad, así como al ausencia de beneficios para la entidad financiera.

Por los aspectos anteriores, corresponde la imposición de sanción de multa personal de una vez (1) su remuneración mensual al señor Carlos de Grandchant Suárez, Gerente General de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"****, de acuerdo a lo previsto en el artículo 99 inciso 5) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por el incumplimiento a los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", contenido en el Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y Funcionarios", en el plazo establecido por el citado Reglamento.*

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión a través del Informe ASFI/DSR II/R- 142355/2013 de 19 de septiembre de 2013, efectuó la evaluación de los descargos presentados por el Gerente General de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"****, señor Carlos de Grandchant Suárez, concluyendo que no se desvirtuó el incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 del Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, al no haber mantenido actualizado el Sistema de Registro de Directores, y/u Órganos Equivalentes, Ejecutivos y demás Funcionarios…*"

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 11 de octubre de 2013, el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***1. SOBRE ILEGAL AUTO ATRIBUCIÓN DE "TENER FACULTADES PARA SANCIONAR CUALQUIER INCUMPLIMIENTO A DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE NO TIENEN SANCIÓN EXPRESA EN EL REGLAMENTO DE SANCIONES".***

Como bien sabe su Autoridad, las supuestas infracciones contenidas en la carta de Notificación de Cargos No. ASFI/DSR II/R-123182/2013, conforme a la cual se inició el presente procedimiento sancionador, no tienen ninguna sanción previa y expresa en el Reglamento de Sanciones, contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras.

Sin embargo, en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso de Revocatoria y con el fin de justificar la ilegal sanción que se me ha impuesto, se auto

atribuye la potestad de crear sanciones e imponerlas en una Resolución conclusiva del Procedimiento Sancionador, cuando aquellas sólo pueden ser establecidas en el Reglamento y de manera previa al inicio de tal procedimiento.

Consiguientemente, la afirmación que "La disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ***sancionar cualquier incumplimiento a disposiciones legales reglamentarias"*** *no contempladas en ese documento (Pág. 10 de la Resolución ASFI No. 620/2013), es contraria y violatoria de las disposiciones que regulan la potestad sancionadora y el ejercicio de esa potestad, porque:*

a) *La potestad Administrativa sancionadora de esa ASFI, no es potestad arbitraria sino que se encuentra sometida al principio de legalidad expresamente establecido en los arts. 116 II y 232 de la Constitución Política del estado* (sic) *y en los arts. 4 inc. c) y 72 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que precisamente para evitar la arbitrariedad o excesos de los órganos de la Administración Pública y paralelamente como garantía de los derechos de las personas, disponen que* ***Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*** *(Art. 116 II C.P.E.),* ***La*** (sic) ***Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley*** *(Art. 4 inc) c) de la Ley 2341) y* ***Las sanciones administrativas sólo podrán ser impuestas, cuando éstas hayan sido previstas en norma expresa*** *(Art. 72 Ley 2341)*

b) *La potestad sancionadora de la ASFI no se ejerce directamente, sino que para tal efecto, es decir para imponer sanciones y "para el cumplimiento de las atribuciones conferidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debió reglamentar la aplicación de sanciones", conforme al mandato expreso contenido en la última parte del art. 154 de dicha Ley.*

c) *Si la ex Superintendencia de Bancos y la actual ASFI no reglamentaron ni establecieron en sus reglamentos la eventual aplicación de sanciones por las infracciones imputadas en la Notificación de Cargos, no le otorga facultades para sustituir o corregir esa omisión normativa reglamentaria nada menos que en una Resolución conclusiva de un procedimiento Administrativo Sancionador, como resulta ser la ilegal Resolución* ***ASFI No. 620/2013,*** *pues conforme a las disposiciones precedentemente señaladas, ninguna autoridad, judicial ni administrativa, tiene facultades para imponer sanciones que no se encuentren expresa y previamente establecidas en las leyes y normas reglamentarias.*

d) *Esa conclusión se encuentra corroborada por el Principio de Tipicidad establecido en el citado art. 116 numeral II de la Constitución Política del estado* (sic)*, y expresamente desarrollado en el art. 73 numeral II de la Ley 2341 que dispone:* ***"Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".***

Consiguientemente, la disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI, es inaplicable y carece de validez y eficacia jurídica, por su absoluta oposición a los principios, derechos y garantías constitucionales y legales, toda

vez que la potestad sancionadora de la ASFI no le otorga facultades, competencia y atribuciones para crear e imponer sanciones en una Resolución Administrativa Sancionadora, como es la Resolución ASFI No. 620/2013, sin que la sanción impuesta ilegalmente en ésta, se encuentre previamente establecida en el Reglamento de Sanciones (Principio de Tipicidad).

En síntesis, sin sanciones previamente establecidas en la Reglamentación de esa ASFI, su autoridad no se encuentra facultada para ejercer sus atribuciones sancionadoras creando, ilegalmente, en una Resolución administrativa de carácter individual, como resulta la que pone fin al procedimiento administrativo, sanciones discrecionales que no se encuentran establecidas en el Reglamento de Sanciones de esa ASFI.

2. VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

De manera acertada ***el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Unidad de Recursos Jerárquicos*** *elaboró y socializó en su primera edición los "Principios de Derecho Administrativo" pág. 39, señalando en este trabajo que el principio de legalidad en materia administrativa sancionatoria protege los valores que se encuentran en la base de cada uno de los preceptos y en tanto resulten compatibles, teniendo cuidado en su aplicación, haciendo del Derecho Administrativo Sancionador una función evidentemente preventiva.* ***En tal sentido -prosigue- y con tales fundamentos, queda establecido que no es lícito tipificar o imponer sanciones, si éstas no están lo suficientemente delimitadas por una norma previa.*** *En el Derecho, no hay más delitos o infracciones que los contenidos en la norma, de manera tal que, conforme expresa Carlos Fontan Balestra, "el juez frente a un hecho que no coincide con ninguna de las figuras delictivas, está obligado a absolver".*

El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). *El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.*

Ahora bien, en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso de Revocatoria, se ha omitido la imprescindible consideración y aplicación del principio de legalidad que, como tengo señalado se encuentra contenido en el art. 116-11 y 232 de la Constitución Política del Estado y en el art. 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que de manera expresa e inequívoca establece que ***"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando hayan sido previstas por norma expresa",*** *a lo que se suma la incompleta e incorrecta interpretación del art. 73 de dicha Ley, que según criterio de su autoridad "la definición de infracción administrativa contiene la tipificación de la conducta observada".*

La definición de "Infracción Administrativa, Sra Directora, no comprende el concepto ni el principio de tipicidad, *pues éste no queda subsumido en la definición que da el numeral I del art. 73 de la Ley 2341,* ***como ilegalmente interpretó su autoridad,*** *por cuanto que dicho principio únicamente se presenta cuando se cumplen las dos*

condiciones señaladas, a saber: ***Primero,*** *el precepto que define la infracción, es decir, las acciones o* (sic) *omisiones punibles establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarías, (art. 73 I de la Ley 2341) y* ***Segundo,*** *que esas infracciones se encuentren expresamente y anteriormente sancionadas en las leyes y disposiciones reglamentarias (art. 72 y 73 II de la Ley 2341), o dicho de otro modo,* ***no existe tipicidad y consiguientemente la posibilidad legal de imponerse sanción alguna, cuando previamente esa sanción no ha sido expresamente establecida en la Reglamento de Sanciones que competía desarrollara la ASFI.***

En ese contexto y si bien es cierto que el precitado Reglamento de Registro de Directores, Síndicos (...) y demás Funcionarios se estableció "que el incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas", no es menos cierto que éste Reglamento no contiene ni una sola disposición que establezca sanción alguna que pudiese imponerse sobre la supuesta infracción, resultando de ello y a contrario sensu de lo afirmado en la Resolución impugnada, que la definición de infracciones Administrativas" establecida en el numeral I del art. 73 de la Ley 2341, ni la remisión al Reglamento de Sanciones que se menciona en el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos (...) y demás Funcionarios, ***por sí solas no comprenden ni cumplen con los requisitos de tipicidad*** *pues, como se tiene dicho el sólo precepto que declara la infracción por comisión u omisión de las leyes y las normas reglamentarias no adquiere la categoría de Tipicidad, pues sólo es tal cuando el precepto, infracción susceptible de ser sancionada, se encuentra complementado por la sanción que conforme al art. 73 numeral II de la Ley 2341 (que Ud. transcribe, pero no emite criterio alguno) conforme al cual "Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes y disposiciones reglamentarias", principio de tipicidad derivado de la disposición II del art. 116 de la Constitución Política del Estado que prohíbe la imposición de sanciones si éstas no han sido establecidas con anterioridad al hecho que se juzga, y que además resulta plenamente concordante con el Principio de Legalidad establecido en el art. 72 de la Ley 2341 que condiciona la imposición de sanciones cuando estas hayan sido previstas por norma expresa.*

Consiguientemente, las afirmaciones basadas en interpretaciones incorrectas e ilegales que la llevaron a afirmar que "La tipicidad de la infracción se encuentra en dicha norma (Reglamento de Registro de Directores, Síndicos...) por lo que los reglamentos contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras contienen la tipificación de la conducta observada", es absolutamente falsa pues como expresamente reconoce su autoridad, al no existir sanción expresa su potestad para sancionar la adopta ilegalmente del art. 61 del Reglamento de Sanciones que desde luego no impone sanción a ninguna infracción, y cuya ilegalidad e ineficacia jurídica la he demostrado en el anterior punto.

3. DE LA ILEGAL APLICACIÓN DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

Así como la sanción penal máxima aplicable de treinta años de privación de libertad establecida en el art. 118-11 de la Constitución Política del estado (sic), *no les faculta a los jueces y tribunales de sentencia en materia penal a imponer directa y*

discrecionalmente dicha sanción, así también sucede con las disposiciones contenidas en los arts. 99 y siguientes de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que sólo delimitan el marco normativo a partir del cual las ASFI debe, o debió, desarrollar el Reglamento de Sanciones.

Los arts. 99 y siguientes de la Ley 1488 no tipifican cuáles son las Infracciones Administrativas y mucho menos las sanciones que correspondan establecerse a cada infracción, sólo establece las clases o tipos de sanciones que pueden ser aplicadas por la ASFI, desde luego previo el desarrollo reglamentario que le impone la última parte del art. 154 de dicha Ley. En síntesis, sólo señala los tipos de sanciones aplicables y tratándose de multas el tope máximo de las sanciones, no regula ninguna infracción y menos establece sanciones a supuestas infracciones a los Reglamentos que posteriormente emitió la SBEF y la actual ASFI.

La aplicación directa que Ud. hace únicamente con relación a la multa que, tal parece, sí o sí debe imponérseme como ilegalmente se me ha impuesto, no sólo que es ilegal porque el marco normativo contenido en los arts. 99 al 111 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras no puede aplicarse directamente, y menos considerándose ese marco aisladamente del contexto normativo que la propia Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece de manera taxativa en la parte final del art. 154 al disponer que la SBEF, ahora ASFI, para aplicar sus atribuciones, entre ellas la de imponer sanciones establecidas en los arts. 99 y sgtes. de la Ley de Bancos y Entidades Financieras debió reglamentar las sanciones en el marco de esta Ley, lo que una vez más corrobora que su autoridad violó los principios de legalidad y de tipicidad tanto porque la infracción que Ud. sanciona como la sanción (sic) *que ilegalmente me impuso, no se encuentran tipificadas en la Ley de Bancos, cuanto porque en la Resolución ASFI No. 620/2013 se creó e impuso esa sanción, sin que las clases de sanciones que sólo establecen el marco normativo para su desarrollo reglamentario, establecidas en los arts. 99 al 111 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, le permitan ni faculten a su autoridad para imponer directamente sanciones que no cumplen las condiciones de legalidad y tipicidad exigidas por las disposiciones legales que he citado.*

4. DE LA INDEBIDA, PARCIAL E INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 72 Y 73 DE LA LEY 2341.

En el caso que nos ocupa, la supuesta infracción (acción antijurídica) atribuida a mi persona no tiene ninguna sanción, tal como lo reconoce la propia ASFI, resultando de ello que se me ha sancionado en base a normas inexistentes o dicho de otro modo, con tipos administrativos inexistentes, desconociéndose así los principios de legalidad y de tipicidad expresamente establecidos y aplicables en todo procedimiento sancionador, por expresa disposición de los arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuya esencia, en su interpretación fue desconocida por esa ASFI.

En efecto, esos principios y disposiciones legales han sido desconocidos y no aplicados en la Resolución ASFI/No. 620/2013, al imponérseme sanción de multa pecuniaria ***toda vez que*** *se lo ha hecho desconociendo los principios de legalidad y tipicidad que determinan que* ***"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando***

estas hayan sido previstas en norma expresa... Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias" *(arts. 72 y 73 de la Ley 2341).*

No obstante haber citado su autoridad reiteradas veces el art. 73 de la Ley 2341, sólo lo hace con referencia al primer numeral que da el concepto de Infracción Administrativa, ignorando la esencia de su párrafo II, el cual establece una limitación a la facultad discrecional que le otorga el art. 154 inciso 10) de la Ley de Bancos, toda vez que la propia Ley de Pdto. (Sic) Administrativo ha determinado que únicamente se impondrán aquellas sanciones que hayan sido expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias, sin embargo en el caso que nos ocupa, ni la Ley de Bancos, mucho menos el Reglamento de Sanciones que mantiene esa ASFI, establecen ninguna por las infracciones que me fueron imputadas en la notificación de cargos. Tal imposición atenta el principio de legalidad conocido bajo el aforismo "nullum crimen, nulla poena, slne previa lege" el cual en su fundamento se halla vinculado de manera estrecha con el principio de tipicidad, conforme a los cuales se establece de manera clara que no basta que una acción (o retraso) sea antijurídica por el ordenamiento jurídico-administrativo que esa ASFI describió en las páginas 2, 5, 10, 11, 15 y 16, sino que ***dicha acción antijurídica deberá guardar identidad con uno de los tipos sancionatorios administrativos, entiéndase 'tipos administrativos' que sirven de presupuesto de la pena que se pretende aplicar,*** *toda vez que el tipo penal administrativo, cuando se encuentra específicamente descrito otorga certidumbre al accionar del administrado y de esta manera la "potestad punitiva de la administración se enmarca dentro de límites precisos, y los derechos individuales garantizados frente a cualquier intervención arbitraria de los poderes públicos"* ***(v. Sentencia Constitucional Nº 1863/2010-R de 25 de octubre).***

Asimismo dicho ***Tribunal Constitucional, cuyos fallos tienen carácter vinculante y por tanto son de cumplimiento obligatorio por parte de toda autoridad judicial o administrativa, ha establecido*** *que "el Principio de tipicidad obliga a las entidades pública a no efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de las conductas y de las sanciones señaladas en la norma, de tal manera que al calificar una infracción e imponer la sanción correspondiente,* ***los funcionarios competentes deben ceñirse a la tipificación prevista en la ley y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajan en la descripción o aplicar sanciones que no han sido señaladas expresamente en la norma.*** *La finalidad de que este principio de Tipicidad se aplique de manera estricta es que los administrados deben conocer, sin ambigüedades, las conductas que están prohibidos de realizar y las sanciones a las que se someten en caso cometan una infracción".*

Su autoridad, en la Resolución ASFI No. 620/2013, al crear e imponer sanciones inexistentes por no estar establecidas previamente, lo ha hecho en violación de los citados arts. 72 y 73 de la Ley 2341, y siendo así se me ha impuesto la ilegal sanción de multa en desconocimiento absoluto de los principios de legalidad y tipicidad.

5. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 620/2013 Y EL PROCEDIMIENTO.

Conforme a la naturaleza jurídica y a su regulación normativa, el Procedimiento Administrativo Sancionador tiene como fundamento el de garantizar a través del debido

proceso los derechos de los sujetos administrados, y por finalidad hacer efectiva la potestad punitiva administrativa del Estado, potestad cuyo ejercicio se encuentra sujeto a la legalidad y limitada a juzgar únicamente infracciones administrativas que se encuentren previa y expresamente sancionadas. Arts. 72, 73 de la Ley 2341 y 62, 63 y 64 del D.S. 27175.

Por el contrario, no corresponden a su naturaleza, finalidad y objeto, someter a juicio en proceso sancionador infracciones administrativas que no se encuentran sancionadas, como ilegalmente se lo ha hecho en la Resolución ASFI No. 620/2013. En ese contexto la Resolución ASFI No. 620/2013 como todo el procedimiento sancionador, son nulos de pleno derecho conforme a lo dispuesto por el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

***5.1**. Los requisitos esenciales para la constitución, inicio y desarrollo del procedimiento administrativo sancionador y su consiguiente validez legal, además de los sujetos del procedimiento, comprenden los referidos al **Objeto y la Causa,** de cuya existencia depende la legal constitución de la relación jurídico procesal administrativa.*

5.2.** Los actos que comprende el procedimiento sancionador, tienen por finalidad la "preparación de la voluntad Administrativa", que será declarada en la Resolución Final del Procedimiento (acto Administrativo) desestimando o imponiendo las sanciones administrativas previamente tipificadas (arts. 80 al 84 de la Ley 2341 y 65 al 68 del D.S. 27175), cuyo **objeto debe ser lícito y posible material y jurídicamente.

***5.3. La causa** del procedimiento sancionador, se encuentra dada por los antecedentes fácticos o infracciones previamente sancionadas conforme a las leyes y reglamentos, por la determinación concreta de los hechos que constituyen infracciones administrativas y la existencia previa de disposición expresa que establece la sanción aplicable (arts. 71, 72, 73-11, 81 y 82 de la Ley 2341 y Arts. 62,63 y 64 del D.S. 27175).*

***5.4.** Al haberse iniciado el presente proceso sancionador por infracciones no sancionables, se lo ha hecho sin la concurrencia de los presupuestos o requisitos esenciales para su válida constitución y desenvolvimiento y su conclusión "normal", lo que a su vez conlleva la nulidad de la Resolución recurrida que prescindiendo total y absolutamente de los principios de legalidad y tipicidad, amén de crear en ella a título reglamentario sanciones no establecidas en ningún reglamento de esa ASFI, determinan que su objeto sea ilícito por contrario a las leyes.*

*Con relación **al objeto,** por cuanto que al no existir sanciones aplicables a las infracciones o cargos imputados, tal imputación es ilegal por no encontrarse comprendida en ninguna disposición que determine su sanción **(falta de tipicidad),** lo que a su vez determina **la imposibilidad material y jurídica de su juzgamiento,** toda vez que en el Procedimiento sancionador sólo se juzgan las infracciones administrativas que se encuentran previamente sancionadas, y conforme a los arts. 84 (Etapa de Terminación) de la Ley 2341 y 68 (Conclusión) del D.S. 27175, la resolución final sólo recae sobre hechos punibles "imponiendo o desestimando la imposición de sanciones", de tal suerte que en el presente procedimiento al no ser posible, material y jurídicamente,*

juzgar Infracciones no sancionadas, carece el procedimiento, y desde luego la Resolución ASFI No. 620/2013, del requisito esencial objeto lícito y posible material y jurídicamente.

5.5. *Reitero, el principio universal del derecho punitivo Nullium pena sine previa lege, que a su vez se desarrolla en los principios de legalidad y tipicidad, se encuentra expresamente reconocido en los arts. 115 II de la Constitución Política del estado* (sic), *arts. 71,72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo y arts. 17, 24, 26, 62, 63, 64, 65 y sgtes. del D.S. No. 27175; disposiciones aplicables al Procedimiento Administrativo Sancionador y que disponen que "* ***toda sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible", "Las sanciones Administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa, en las leyes y disposiciones reglamentarias"***

5.6. *Al haberse iniciado el presente procedimiento y dictado la Resolución impugnada en base a cargos e infracciones no sancionadas, se lo ha hecho en violación de los principios y de las normas señaladas, lo que a su vez conlleva la nulidad del procedimiento, toda vez que la inexistencia normativa sancionadora sobre los cargos imputados (Principio de legalidad y de Tipicidad) determinan la imposibilidad material y legal de iniciarse un procedimiento sancionador, cuyo objeto -como se tiene señalado- no es otro que "Juzgar infracciones punibles, imponiendo o desestimando la imposición de las sanciones previamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".*

5.7. *La inexistencia de sanciones correlativas a las Infracciones y cargos que se me notificaron, constituyen óbice y prohibición legal para poder iniciarse un* ***proceso sancionador el que no ha sido regulado por las leyes para juzgar infracciones que no tienen sanciones,*** *como sucedió en el presente procedimiento, o lo que es lo mismo: no se abrió su competencia al no concurrir los presupuestos legales habilitantes a los que nos hemos referido reiteradamente en los puntos anteriores.*

5.8. *La nulidad de todo el procedimiento, hasta la notificación de cargos inclusive, se encuentra fundada también en el hecho de que éste acto administrativo que dio inicio al procedimiento, carece de los requisitos de validez y de los elementos esenciales a todo acto administrativo, establecidos en los arts. 27, 28 incs. a), b), c) y f) y 32 de la Ley 2341, a lo que se suma que el procedimiento, la Resolución impugnada y la ilegal sanción que se me ha impuesto, se encuentran en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el parág. I, incs. c) y d) del art. 35 de la Ley 2341.*

CONCLUSIÓN:

Por los fundamentos expuestos, solicitamos a su autoridad REVOCAR la Resolución ASFI No. 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, y en consecuencia dejar sin efecto la ilegal sanción de multa que en ella se me ha impuesto, disponiéndose la restitución del monto de la multa que he efectuado para viabilizar el presente recurso…"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 742/2013 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmó totalmente la Resolución

Administrativa ASFI N° 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, en base a los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del Debido Proceso, consagrado en el Parágrafo II del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, así como el Principio de Verdad Material y en observancia a los fundamentos de la Resolución Jerárquica procede a valorar la impugnación realizada por el señor Carlos De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual "La Primera", de acuerdo a las siguientes consideraciones:

Sobre la potestad sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

El (sic) *Constitución Política del Estado en el artículo 122 expresa: "Son nulos los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la Ley". La competencia consiste en una serie de facultades y obligaciones jurídicas que la legislación atribuye a los órganos de la administración para que ejerciten la función administrativa que les corresponda, asimilándose al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas.*

El artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que los órganos administrativos tienen competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y sólo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente ley.

En el caso de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el artículo 1°, parágrafo IV de la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, señala que la competencia de la SBEF (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) es: "privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares".

Por otra parte, de acuerdo a los artículos 153 y 154, numerales 1 al 3, de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), esta Autoridad de Supervisión es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos, teniendo atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación financiera. Asimismo, tiene dentro de sus atribuciones las de elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera.

En este sentido, la competencia de esta Autoridad de Supervisión, queda clara, habiendo sido también ampliamente desarrollada por la instancia jerárquica, cuando menciona que esta Autoridad de Supervisión puede efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera), como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio, etc.) emitida por las propias entidades.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 22203 que aprueba el Estatuto de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión de Bancos y Entidades Financieras, dentro de las funciones que le otorga a esta Autoridad de Supervisión, está la de interpretar en el ámbito administrativo, los alcances de las disposiciones legales y administrativas que rigen a las entidades a su cargo.

Para el presente caso, se puede observar que esta Autoridad de Supervisión notificó al señor Carlos Jacques De Grandchant Suárez, en su calidad de Gerente General de la Mutual "La Primera", por el presunto incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios (en adelante el Reglamento), contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, cuya responsabilidad se encuentra dispuesta en la Sección 5, del Capítulo VIII, Título X de las referidas normas, mencionándose: "Es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas".

De acuerdo al señor Grandchant Suárez, la notificación de cargos no tiene ninguna sanción previa expresa. Es importante señalar al recurrente que, la notificación de cargos es un acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por ésta, para que presente descargos, alegaciones y/o justificaciones en el plazo establecido por Ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad, puesto que la Resolución Administrativa definitiva deberá resolver sobre estas infracciones. (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2004 de 8 de noviembre de 2004). En este sentido, la notificación de cargos no tiene como relevancia manifestar ninguna sanción previa, simplemente tiene como objetivo hacer conocer todas y cada una de las presuntas infracciones específicas atribuidas a la persona, puesto que de ello derivará la resolución dictada por autoridad.

El hecho, motivo del presente procedimiento administrativo, se inicia cuando el señor Carlos De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual "La Primera", reporta a esta Autoridad de Supervisión el Anexo B-1 conteniendo diferencias en 13 cargos de su personal entre la planilla de sueldos y salarios y la información reportada en el

Reglamento. Cuando la norma reglamentaria menciona: "el Gerente General es el responsable en cuanto a su veracidad y confiabilidad, el incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones", este Reglamento está tipificando claramente la infracción y condicionando una sanción en caso de incumplimiento.

La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinaciones, etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se debe proceder de la siguiente manera: ***a)*** *Subsunción de la actuación de un tipo normativo de infracción;* ***b)*** *Subsunción del tipo de una clase de infracción;* ***c)*** *Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción;* ***d)*** *Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase". (Alejandro Nieto García - "Derecho Administrativo Sancionador" 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pag. 347).*

Estas fases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo son: La tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación, elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión, control y fiscalización de la sanción impuesta por este órgano regulatorio, que ostenta la facultad sancionatoria:

I) Tipificación con relación a la sanción.- *Cumpliendo el principio "nulla poena sine lege previae" que emanaba del inciso II) del artículo 118 de la Constitucional* (sic) *Política del Estado (parágrafo II del artículo 116 de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional), recogido por el Artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo prevé que: "Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa". En este entendido, es la propia Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993, Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF), Capítulo II del Título Octavo, artículo 99 que menciona: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las sanciones…" (El subrayado es nuestro).*

Asimismo, en complementación a la disposición establecida en la LBEF, se encuentra el Reglamento de Sanciones Administrativas el cual dispone en el Capítulo II del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras: "Artículo 2°.- Las normas de la presente Recopilación se sustentan jurídicamente en las disposiciones contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, Capítulo II del Título Octavo, en lo concerniente".

Ahora bien, el artículo 61 del Reglamento citado precedentemente, establece: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI (…) no contempladas en el presente documento (haciendo referencia al Reglamento) en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Directora (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley

de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

Por otra parte, el Principio de Tipicidad, al que hace alusión en bastantes oportunidades el señor Grandchant Suárez, menciona que sólo podrán imponerse sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Para el presente caso, dicha disposición está expresada en el artículo 99 de la LBEF, mencionando que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones, se harán pasibles a la imposición de las sanciones, la cual nos remite al Reglamento de Sanciones de la RNBEF (artículo 61), que reiteramos sanciona, cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI.

En este sentido, y en estricto apego al Principio de Legalidad, lo que esta Autoridad de Supervisión sancionó es el incumplimiento del responsable de la Mutual La Primera al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, al no haber efectuado la actualización de designaciones de nuevas funciones y/o nombramientos de trece (13) de sus funcionarios, que en el caso de Ejecutivos y firmas autorizadas debe registrarse a los diez (10) días hábiles después de haberse producido el hecho y en caso de los demás funcionarios dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el quinto día hábil del siguiente mes.

II) Calificación.- *La calificación es la actividad complementaria a la tipificación que consiste en la labor de encuadramiento de la acción u omisión a la infracción. Para el presente caso, éste se encuentra establecido en el numeral 5. del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con lo dispuesto en el Reglamento de Sanciones, estableciéndose que el señor Carlos Jacques De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual la Primera es el responsable de control y seguimiento de la información registrada en dicho Sistema.*

III Graduación.- *Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso administrativo sancionatorio bien pudo evitarse, de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura como una acción por negligencia de parte del señor Carlos De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual "La Primera", por no dar cumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 del Registro de Directores, Síndico, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

IV Modulación.- *Como se ha manifestado, es el Reglamento de Sanciones contenido en la RNBEF el que en su artículo 61, normativa vigente al momento de producirse el hecho observado, es el que determina que luego de analizado y evaluado podrá ser sancionado por esta Autoridad de Supervisión, dentro del marco de la LBEF, normativa concordante con el numeral 5 del artículo 99 de la mencionada Ley, que dispone la imposición de sanción de multa personal a gerentes de acuerdo a la gravedad de la falta hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor.*

En este sentido, se establece que el señor Carlos Jacques De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual la Primera envió a esta Autoridad de Supervisión información incoherente que se puso en evidencia a través del Anexo B-1, donde se observa flagrantes diferencias entre la Planilla de Sueldos y Salarios y la información reportada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, como son los 13 cargos del personal.

Por los criterios precedentes y luego del correspondiente análisis y evaluación, se establece que la sanción impuesta al señor Carlos Jacques De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual la Primera, se enmarcó en criterios de prudencia, los cuales se traducen en la revisión y verificación de antecedentes similares, que para el presente caso no se presentaron, situación que determinó la atenuación de la sanción al mínimo de lo establecido el numeral 5 del artículo 99 de la LBEF, es decir a una (1) vez su remuneración mensual.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia determina en su primer parágrafo, que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una Institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, la parte pertinente del artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, determinó que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denomine Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y asumirá, además, las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dispone que la aplicación de sanciones constituye una de las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su condición de Órgano Regulador y Supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra reglamentada por normas específicas contenidas en el Libro 7, Título II, Capítulo II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y se ajusta a los lineamientos establecidos por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que ratifica la jurisdicción administrativa y competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 99 numeral 5 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) dispone: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor…".

El artículo 102 de la misma Ley dispone que: "Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera (sic) *forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse".*

El Reglamento para el Registro de Directores Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3, vigente a la fecha del incumplimiento, señala: "Artículo 1° - Actualización del registro por altas y modificaciones.- Las entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de Registro, reportando toda designación o cambio de titulares y suplentes de los miembros del Directorio u órganos equivalentes, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, así como las firmas autorizadas de acuerdo con lo señalado a continuación:

2. *Para Ejecutivos y firmas autorizadas: La información debe registrarse hasta los diez (10) días hábiles después de haberse producido el hecho, especificando nombres y cargos, a través del Sistema de Registro, registrando en los casos que corresponda la firma autorizada digitalizada.*

3. *Para los demás funcionarios: La información correspondiente al resto del personal de la entidad supervisada, debe registrarse dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el quinto día hábil del siguiente mes, a través del Sistema de Registro".*

Que, el citado Reglamento en el Título X, Capítulo VIII, Sección 5, artículo único, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, establece que:

"Artículo Único.- Es responsabilidad del Gerente General, efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas."

CONSIDERANDO:

Que, según el Informe Legal ASFI/DAJ/R-168660/2013 de 6 de noviembre de 2013, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, en consideración a los fundamentos legales expuestos en el mismo, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados en Recurso de Revocatoria por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Primera", de acuerdo con los principios de sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas, concluyéndose que no

se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, por lo que esa Dirección recomienda la confirmación el acto administrativo señalado…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 27 de noviembre de 2013, el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, alegando lo siguiente:

"…***2.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.***

2.1. SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y LAS LEYES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ASFI, Y LA FALTA DE "COMPETENCIA" PARA CREAR E IMPONER SANCIONES NO ESTABLECIDAS PREVIAMENTE.

En el Cuarto Considerando, pág. 5, de la Resolución ASFI No. 742/2013, luego de transcribir el art. 122 de la Constitución Política del Estado y exponer una noción genérica de lo que se entiende por competencia, se remite a los arts. 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 1 párrafo IV de la Ley 3076, y a los arts. 153 y 154, numerales 1 y 3, de la Ley No, 1488, concluyendo "En este sentido, la competencia de esta autoridad de Supervisión, queda clara,..." (¿?).

2.1.1. *En momento alguno y menos en mi Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI 620/2013, he sugerido y menos afirmado que esa Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tuviese la competencia, atribuciones y facultades establecidas en la Constitución Política del Estado, las leyes 1344, 3076 y 2341, y el D.S. 22203.*

2.1.2. *Lo que sí he afirmado, como nuevamente lo hago en el presente recurso, con la debida fundamentación legal y entre otros fundamentos, es que* ***la potestad sancionadora de esa ASFI no es potestad discrecional y que SU AUTORIDAD NO TIENE FACULTADES PARA CREAR E IMPONER SANCIONES DIRECTAMENTE EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, SI LAS INFRACCIONES O CARGOS NO TIENEN SANCIONES EXPRESAS Y PREVIAS EN EL REGLAMENTO DE SANCIONES DE ESA ASFI,*** *conforme a los principios de legalidad y tipicidad establecidos en los en los arts. 116 II de la Constitución Política del estado* (sic), *parte final del art. 154 de la Ley 1488 y arts. 4 inc. 4), 72 y 73 numeral II de la Ley 2341 que, como se demostrará posteriormente, no fueron siquiera citados en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso Jerárquico.*

2.1.3. *No obstante que en la Resolución ASFI 742/2013 se ha desconocido el principio de congruencia, toda vez que se funda y recae sobre cuestiones que no fueron reclamadas como resultan ser las normas y aspectos generales sobre la competencia*

de la ASFI, por una parte, y por otra por no pronunciarse, considerar ni resolver el Recurso de Revocatoria conforme a los fundamentos expuestos en dicho recurso, se han interpretado y aplicado incorrectamente las disposiciones que cita y transcribe, ***pues la potestad sancionadora de la ASFI*** *(competencia conforme al texto de la Resolución objeto de impugnación)* ***no deriva directamente de las normas generales sobre las facultades,*** *atribuciones y competencia de esa ASFI,* ***sino que su ejercicio se encuentra sometido al cumplimiento de los derechos, garantías y principios del Debido Proceso, legalidad y tipicidad,*** *conforme a la Constitución Política y las leyes especiales que han sido desconocidas, violadas y aplicadas erróneamente en la Resolución objeto del presente Recurso Jerárquico.*

2.1.4. *En efecto, las disposiciones que cita y transcribe, por sí solas -como equivocadamente sostiene su autoridad- no le otorgan las facultades o si se quiere la competencia absoluta que se auto atribuye para EJERCER discrecionalmente su potestad sancionadora, prescindiendo a su vez de los principios de legalidad y tipicidad expresamente reconocido en la Constitución Política del Estado (art. 116-11) y las leyes (1488 art. 154, parte final, 2341, arts. 4 inc. c, 72 y 73), por cuanto que:*

a) ***La competencia de la ASFI y de su autoridad, concretamente su potestad sancionadora, no se encuentra comprendida, declarada, normada, constituida, establecida y menos deviene del art. 122 de la Constitución Política del Estado,*** *que solo declara la nulidad los actos señalados en dicho precepto constitucional, sin que de ella deriven las normas que regulan la Potestad Administrativa Sancionadora de los órganos de la Administración Pública, como ilegalmente se interpretó en la Resolución objeto del presente recurso, al margen y en contra de lo dispuesto en la citada norma constitucional que, desde luego, "no le otorga competencia para imponer sanciones administrativas sin que éstas se encuentren previamente establecidas en la ley y el Reglamento de Sanciones de esa ASFI" y por tanto ha sido indebidamente aplicada en el presente procedimiento sancionador, pues dicha disposición constitucional, contrariamente a lo afirmado en la Resolución ASFI 742/2013, no regula su potestad (competencia) sancionadora y menos le otorga facultades para imponer sanciones administrativas que no se encuentran previa y legalmente sancionadas.*

b) Con relación a los arts. 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 1 de la Ley No. 3076, 153 y 154, numerales 1 al 3 del D.S. 22203, si bien es cierto que tales normas le reconocen a la ASFI las competencias, facultades y atribuciones en ellas establecidas, no es menos cierto que ***la "competencia para conocer y resolver un asunto administrativo" y consiguientemente el EJERCICIO de su Potestad Sancionadora, no emanan de la exclusiva y excluyente aplicación de esas disposiciones y que no le reconocen a su autoridad ninguna potestad para actuar con absoluta discrecionalidad e imponer sanciones no establecidas*** *con anterioridad y conforme al orden normativo establecido en la Constitución, las leyes y reglamentos.*

c) Así resulta del propio texto de las disposiciones que han sido incorrectamente interpretadas y por tanto mal aplicadas en la Resolución impugnada, conforme a las

cuales sólo puede EJERCER SU COMPETENCIA "para conocer un asunto administrativo ***"cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del estado*** (sic)***, las leyes y las disposiciones reglamentarias",*** *que en el presente procedimiento sancionador y específicamente con relación a los fundamentos de la nulidad que he solicitado y solicito también a través del presente recurso, no son otras que las establecidas en los arts. 116-11 de la Constitución Política del Estado, 154 parte final de la Ley 1488 y arts. 4 inc, c), 72 y 73 de la Ley 2341, desconocidos y violados en la Resolución impugnada, conforme a los cuales su autoridad se encuentra prohibida de imponer sanciones no establecidas previamente, prohibición que garantiza el efectivo cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, normas éstas últimas y principios señalados que han sido violados al imponerme la ilegal sanción de multa por infracciones no sancionadas ni en la ley ni el Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI.*

d) Ante la imposibilidad jurídica para sostenerse que "la competencia sancionadora de la ASFI emana, deriva o resulta directamente de las normas que cita", se extiende en la transcripción de dichas normas, sin interpretarlas conforme a su propio texto y menos con relación al contexto normativo en función del cual forma parte integrante y, consiguientemente, nada dice de uno de los fundamentos esenciales contenidos en el Recurso de Revocatoria; a saber: a) que el ejercicio de la potestad sancionadora o si se quiere la competencia administrativa de la ASFI para imponer sanciones, depende de la existencia de presupuestos legales que hagan viable el ejercicio de esa su competencia; es decir, que las sanciones se encuentran establecidas de manera expresa en el Reglamento, como lo dispone la parte final del art. 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras; y, b) que la competencia por sí misma, conforme al entendimiento de la Resolución Recurrida, no da lugar a que se desconozcan, desplace o se sustituyan los principio de legalidad y tipicidad, de cuya existencia previa depende, pues, el ejercicio de su potestad (competencia) punitiva en el ámbito Administrativo.

Por lo hasta aquí expuesto, demostrado está que su potestad sancionadora o competencia para sancionar (Rectius: el EJERCICIO de su potestad sancionadora) no emana directamente y de la sola transcripción de las normas en que se funda la Resolución que impugno, pues, reitero, esa potestad no es discrecional sino reglada, lo que importa que sólo puede ser ejercida si se cumplen los presupuestos legales establecidos en los arts. 116-11 de la Constitución Política del Estado, parte final del art. 154 de la Ley 1488 y arts. 4 inc. c), 72 y 73 de la Ley 2341, lo que no ha sucedido en el presente procedimiento sancionador, lo que conlleva su nulidad desde la notificación de cargos por infracciones que no tienen sanción administrativa, incluyendo la ilegal Resolución ASFI No. 620/2013 por la que se me impuso la ilegal e inexistente sanción de multa y la Resolución ASFI 742/2013 contra la que interpongo el presente Recurso.

2.2.- SOBRE LA PROHIBICIÓN DE IMPONER SANCIONES ADMINISTRATIVAS SI LA INFRACCIÓN NO SE ENCUENTRA PREVIAMENTE SANCIONADA.

Si en la primera parte del 4to. Considerando (pág. 5 y primera parte de la pág. 6) no se pronunció sobre los puntos, disposiciones legales y fundamentos expuestos en el

Recurso de Revocatoria con relación a los presupuestos legales para el ejercicio de la Potestad (competencia) sancionadora de esa ASFI, en las consideraciones contenidas en la pág. 6 y primera parte de la pág.7, se pronuncia sobre cuestiones no impugnadas (Notificación de cargos), sostiene que el Reglamento para el Registro de Directores y demás Funcionarios "está tipificando claramente la infracción y condicionando UNA SANCIÓN en caso de incumplimiento", y finalmente se refiere a la "determinación de las sanciones" remitiéndose a la doctrina.

2.2.1. *Como uno de los varios fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria que interpuse contra la Resolución ASFI 620/2013, expresé que* ***"las infracciones contenidas en la notificación de cargos, juzgadas e ilegalmente sancionadas en esa Resolución no se encuentran sancionadas",*** *sin que hubiese reclamado que la "carta de notificación de cargos debe establecer la sanción aplicable", resultando de ello impertinente el pronunciamiento sobre éste último aspecto.*

2.2.2. El Reglamento para el Registro de Directores (...) y demás Funcionarios, *como se resalta en letras cursivas en la Resolución que impugno, establece que "El incumplimiento a esta responsabilidad,* ***dará lugar a la imposición de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas...*** *El Gerente General es el responsable en cuanto a la veracidad y confiabilidad,* ***el incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones".*** *POR TANTO, no establece ninguna sanción para los casos de infracción de sus normas, y siendo así su autoridad no se encontraba ni se encuentra facultada para imponer sanciones inexistentes, tanto en el citado reglamento como en el Reglamento de Sanciones Administrativas al que se remite.*

2.2.3. Infracción y tipicidad no son sinónimos ni la sola definición de infracción conlleva sanción si ésta no se encuentra expresa y anteriormente establecida, como equivocadamente afirma su autoridad *al señalar que "este Reglamento está* ***tipificando la infracción*** *Y CONDICIONANDO UNA SANCIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO".* ***¿CUAL SANCIÓN?: NINGUNA****. Por la sencilla razón que el Reglamento de Sanciones, como también lo reconoce su autoridad, no contempla ninguna sanción por la Infracción al "Reglamento de Directores…." que dio lugar al presente procedimiento sancionador, vale decir y por propio reconocimiento de su autoridad, las infracciones que se me han imputado no se encuentran establecidas en ese Reglamento que, como bien dice Ud. aunque luego se aparta y contraría su propia argumentación,* ***"está CONDICIONANDO UNA SANCIÓN",*** *CONDICIÓN QUE POR REMISIÓN DEL propio Reglamento no es otra que "la aplicación de sanciones establecidas en el Reglamento de Sanciones",* ***Reglamento este último que no contempla ni establece sanciones por las infracciones imputadas.***

2.2.4. *Desconociendo de manera expresa por efectos de su no pronunciamiento, su resolución no recae sobre dos presupuestos legales previos a la "Determinación de las sanciones administrativas"; a saber: que la potestad sancionadora no es potestad discrecional sino normada, y que sin tipificación de la infracción, no puede "determinarse la aplicación de sanciones que previa y expresamente no se encuentren establecidas en la ley y los reglamentos administrativos".*

2.2.5. *Haciendo referencia a conceptos doctrinales que por lo demás se encuentran establecidos en las normas que venimos acusando de violadas, desconoce y contradice "las frases citadas por la lege ferenda" (sic), pues por las infracciones "juzgadas" en el presente procedimiento* ***no existe ninguna sanción concreta*** *y al no existir ninguna sanción concreta* ***tampoco puede determinarse lógicamente la correlación entre lo existente (infracción) y lo inexistente (sanción), ni legalmente, pues si no existe sanción previa y legalmente establecida no puede ser aplicada*** *(Principio de tipicidad),* ***lo que desde luego importa que no puede "determinarse, calificarse, graduarse ni modularse" sanciones jurídicamente inexistentes,*** *como ilegalmente se sostiene en la Resolución ASFI 620/2013, igual que en la Resolución que confirma (ASFI 742/2013).*

2.2.6. Esa ilegalidad consistente en la autoatribución (sic) ***de potestades punitivas que no tiene la ASFI, es consecuencia directa de la expresa omisión en que ha incurrido su autoridad, al soslayar la consideración de las disposiciones legales que fundamentan mi Recurso de Revocatoria,*** *(arts. 116 II, última parte del art. 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, arts. 4 inc. c y 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo) que ni siquiera fueron citados en la Resolución ASFI 742/2013, resultando de ello la violación de dichas disposiciones legales que expresa y terminantemente prohíben imponer sanciones que no estuviesen previamente establecidas conforme a ley.*

En mérito a los fundamentos expuestos en el presente subtítulo y numerales precedentes, se concluye que la ***condición establecida*** *en el último artículo del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", contenido en el Capítulo VIII, Título X, de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras,* ***no fue cumplida al no haberse establecido e incorporado sanción alguna por las infracciones a dicho Reglamento,*** *ni en éste ni en el Reglamento de Sanciones Administrativas al que se remite. Consiguientemente la creación, determinación y aplicación de la ilegal sanción de multa que se me ha impuesto, no sólo que ha sido impuesta sin encontrarse establecida en dichos Reglamentos de la ASFI, sino que resulta inequívocamente violatoria de los principios de legalidad y tipicidad comprendidos en las disposiciones que he señalado y que su autoridad, reitero, soslayó considerarlas o por lo menos citarlas en su Resolución ASFI 742/2013.*

2.3. SOBRE LA ILEGAL AUTO ATRIBUCIÓN DE "TENER FACULTADES PARA SANCIONAR CUALQUIER INCUMPLIMIENTO A DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE NO TIENEN SANCIÓN EXPRESA EN EL REGLAMENTO DE SANCIONES".

Las supuestas infracciones contenidas en la carta de Notificación de Cargos N° ASFI/DSR II/R-123182/2013, conforme a la cual se inició el presente procedimiento sancionador, no tienen ninguna sanción previa y expresa en el Reglamento de Sanciones, contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras. Sin embargo, en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso y con el fin de justificar la ilegal sanción que se

me ha impuesto, se auto atribuye la potestad de crear sanciones e imponerlas en una Resolución conclusiva del Procedimiento Sancionador, cuando aquellas sólo pueden ser establecidas en el Reglamento y de manera previa al inicio de tal procedimiento.

Consiguientemente, la afirmación que "La disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sancionar cualquier incumplimiento a disposiciones legales reglamentarias no contempladas en ese documento" (Pág. 7 y 8 de la Resolución ASFI No. 742/2013), es contraria y violatoria de las disposiciones que regulan la potestad sancionadora y el ejercicio de esa potestad porque:

a) *La potestad Administrativa sancionadora de esa ASFI, no es potestad arbitraria sino que se encuentra sometida al principio de legalidad expresamente establecido en los arts. 117 II, 116 II y 232 de la Constitución Política del estado* (sic) *y en los arts. 4 inc. c) y 72 y 73 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que precisamente para evitar la arbitrariedad o excesos de los órganos de la Administración Pública y paralelamente como garantía de los derechos de las personas, disponen que* ***Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*** *(Art. 116 II C.P.E.),* ***La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley*** *(Art. 4 inc) c) de la Ley 2341) y* ***Las sanciones administrativas sólo podrán ser impuestas, cuando éstas hayan sido previstas en norma expresa*** *(Art. 72 Ley 2341).*

b) *La potestad sancionadora de la ASFI no se ejerce directamente, como ilegalmente se sostiene en la Resolución recurridasino* (sic) *que para tal efecto, es decir para imponer sanciones y "para el cumplimiento de las atribuciones conferidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debió reglamentar la aplicación de sanciones", conforme al mandato expreso contenido en la última parte del art. 154 de dicha Ley. Para el ejercicio de sus atribuciones (entre ellas su potestad para imponer sanciones establecidas en el numeral 10 de dicho artículo expresamente dispone que la SBEF, actual ASFI, debe emitir el Reglamento de Sanciones Administrativas.*

c) Si la ex Superintendencia de Bancos y la actual ASFI no reglamentaron ni establecieron en sus reglamentos la eventual aplicación de sanciones por las infracciones imputadas en la Notificación de Cargos, *ni una sola norma le otorga facultades para sustituir o corregir esa omisión normativa reglamentaria nada menos que en una Resolución conclusiva de un procedimiento Administrativo Sancionador, como resulta ser la ilegal Resolución* ***ASFI No. 620****/2013 y mucho menos en una Resolución que resuelve confirmando aquella (RESOLUCIÓN ASFI 742/2013 objeto del presente recurso), pues conforme a las disposiciones precedentemente señaladas, ninguna autoridad, judicial ni administrativa, tiene facultades para imponer sanciones que no se encuentren expresa y previamente establecidas en las leyes y normas reglamentarias.*

d) *Esa conclusión se encuentra corroborada por el Principio de Tipicidad establecido en el citado art. 116 numeral II de la Constitución Política del estado* (sic)*, y expresamente desarrollado en el art. 73 numeral II de la Ley 2341 que dispone:* ***"Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en***

las leyes y disposiciones reglamentarias", *disposiciones legales que han sido desconocidas, no aplicadas y violadas en la Resolución ASFI No. 742/2013.*

Consiguientemente, ***la disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI, es inaplicable y carece de validez y eficacia jurídica, por su absoluta oposición a los principios, derechos y garantías constitucionales y legales,*** *toda vez que la potestad sancionadora de la ASFI no le otorga a su autoridad facultades, competencia y atribuciones para crear e imponer sanciones en una Resolución Administrativa Sancionadora, como se lo ha hecho ilegalmente en la Resolución ASFI No. 620/2013 y la Resolución Confirmatoria ASFI 742/2013, sin que la sanción impuesta ilegalmente en ésta, se encuentre previamente establecida en el Reglamento de Sanciones (Principio de Tipicidad).*

En síntesis, sin sanciones previamente establecidas en la Reglamentación de esa ASFI, su autoridad no se encuentra facultada para ejercer sus atribuciones sancionadoras creando, ilegalmente, en una Resolución administrativa de carácter individual, como resulta la que pone fin al procedimiento administrativo, sanciones discrecionales que no se encuentran establecidas en el Reglamento de Sanciones de esa ASFI, resultando de ellos NULAS las indicadas resoluciones y todo el procedimiento sancionador iniciado en vista de la Notificación de Cargos No. ASFI/DSR II/R-123182/2013.

2.4. VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

De manera acertada ***el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Unidad de Recursos Jerárquicos*** *elaboró y socializó en su primera edición los "Principios de Derecho Administrativo" pág. 39, señalando en este trabajo que el principio de legalidad en materia administrativa sancionatoria protege los valores que se encuentran en la base de cada uno de los preceptos y en tanto resulten compatibles, teniendo cuidado en su aplicación, haciendo del Derecho Administrativo Sancionador una función evidentemente preventiva.* ***En tal sentido - prosigue- y con tales fundamentos, queda establecido que no es lícito tipificar o imponer sanciones, si éstas no están lo suficientemente delimitadas por una norma previa.*** *En el Derecho, no hay más delitos o infracciones que los contenidos en la norma, de manera tal que, conforme expresa Carlos Fontan Balestra, "el juez frente a un hecho que no coincide con ninguna de las figuras delictivas, está obligado a absolver".*

Por su parte y con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional en su uniforme y vinculante jurisprudencia ha establecido:

"En este contexto, se tiene que la potestad Administrativa sancionatoria esta (sic) *condicionada a la garantía de la "legalidad en materia sancionatoria", postulando que desde la óptica de la teoría general de los derechos fundamentales tiene una doble exigencia que configura su contenido esencial invariable, que se traduce en los siguientes aspectos: a) Por un lado esta* (sic) *constituida por una garantía formal, que se refleja en la llamada "reserva de ley" propiamente tal; y b) Por otro lado, esta*

(sic) conformada por una garantía material, referente a la certeza o taxatividad de la calificación legal, denominado también principio de taxatividad SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0746/2010-R Sucre, 26 de julio de 2010

***El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción, completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis)**. El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto, el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que **exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción,** dando lugar a la aplicación de la máxima universal del 'nullun crimen, nulla poena sine lege (sic)', evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. (SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0179/2013-L (sic)*

*Ahora bien, en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso de Revocatoria (sic), se ha omitido la imprescindible consideración y aplicación de los principio de legalidad y tipicidad que, como tengo señalado se encuentra contenido en el art. 116-11 y 232 de la Constitución Política del Estado y arts 4 INC. C), (sic) 72 Y (sic) 73-11 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que de manera expresa e inequívoca establece que **"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando hayan sido previstas por norma expresa",** a lo que se suma la incorrecta interpretación sobre tipificación, que a criterio de su autoridad "la definición de infracción administrativa contiene la tipificación de la conducta observada".*

Reitero, infracción y sanción no son sinónimos,** como equivocada e ilegalmente sostiene su autoridad. **La definición de "Infracción Administrativa, Sra Directora, no comprende el concepto ni el principio de tipicidad,** pues éste no queda subsumido en la definición que da el numeral I del art. 73 de la Ley 2341, **como ilegalmente interpretó su autoridad,** por cuanto que dicho principio únicamente se presenta cuando se cumplen las dos condiciones señaladas, a saber: **Primero,** el precepto que define la infracción, es decir, las acciones o (sic) omisiones punibles establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias, (art. 73 I de la Ley 2341) y **Segundo,** que esas infracciones se encuentren expresamente y anteriormente sancionadas en las leyes y disposiciones reglamentarias (art. 72 y 73 II de la Ley 2341), o dicho de otro modo, **no existe tipicidad y consiguientemente la posibilidad legal de imponerse sanción alguna, cuando previamente esa sanción no ha sido expresamente establecida en el Reglamento de Sanciones que competía desarrollar a la ASFI.

En ese contexto y si bien es cierto que el precitado Reglamento de Registro de Directores, Síndicos (...) y demás Funcionarios se estableció "que el incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas", no es menos cierto que éste Reglamento no contiene ni una sola disposición que establezca sanción alguna que pudiese imponerse sobre la supuesta infracción, resultando de ello y a contrario sensu de lo afirmado en la Resolución impugnada, que la definición de "Infracciones Administrativas" establecida en el numeral I del art. 73 de la Ley 2341, ni la remisión al

Reglamento de Sanciones que se menciona en el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos (...) y demás Funcionarios, ***por sí solas no comprenden ni cumplen con los requisitos de tipicidad****, pues, como se tiene dicho el sólo precepto que declara la infracción por comisión u omisión de las leyes y las normas reglamentarias no adquieren la categoría de Tipicidad, pues sólo es tal cuando el precepto, infracción susceptible de ser sancionada, se encuentra complementado por la sanción que conforme al art. 73 numeral II de la Ley 2341 (AL QUE Ud. (*sic*) omitió referirse), dispone: "Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes y disposiciones reglamentarias", principio de tipicidad derivado de la disposición II del art. 116 de la Constitución Política del Estado que prohíbe la imposición de sanciones si éstas no han sido establecidas con anterioridad al hecho que se juzga, y que además resulta plenamente concordante con el Principio de Legalidad establecido en el art. 72 de la Ley 2341 que condiciona la imposición de sanciones cuando estas hayan sido previstas por norma expresa.*

Consiguientemente, las afirmaciones basadas en interpretaciones incorrectas e ilegales que la llevaron a afirmar que "La tipicidad de la infracción se encuentra en dichas normas (Art. 99 de la Ley de Bancos y último artículo del Reglamento Para (sic) *el Registro de Directores (...) y demás funcionarios y art. 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas), por lo que los reglamentos contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras contienen la tipificación de la conducta observada",* ***es absolutamente falsa e ilegal,*** *pues como expresamente reconoce su autoridad,* ***al no existir sanción expresa su potestad para sancionar la adopta ilegalmente del art. 61 del Reglamento de Sanciones que desde luego no impone sanción a ninguna infracción,*** *y cuya ilegalidad e ineficacia jurídica la he demostrado en el anterior punto.*

2.5. DE LA ILEGAL APLICACIÓN DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

Los arts. 99 y siguientes de la Ley 1488 no tipifican cuáles son las infracciones Administrativas y mucho menos las sanciones que correspondan establecerse a cada infracción, sólo establece las clases o tipos de sanciones que pueden ser aplicadas por la ASFI, desde luego previo el desarrollo reglamentario que le impone la última parte del art. 154 de dicha Ley. En síntesis, sólo señala los tipos de sanciones aplicables y tratándose de multas el tope máximo de las sanciones, no regula ninguna infracción y menos establece sanciones a supuestas infracciones a los Reglamentos que posteriormente emitió la SBEF y la actual ASFI.

Resulta completamente ilegal imponer sanciones, como ha sucedido en el presente procedimiento en función de los arts. 99, 153 y 154 numerales 1, 2 y 3 que Ud. cita como fundamentos de la Resolución objeto del presente recurso jerárquico, así tenemos que con relación a los arts. 153 y 154 de la Ley 1488 no guarda relación alguna con los principios de Tipicidad y Legalidad, y siendo así se ha aplicado indebida e ilegalmente dichas disposiciones para justificar la ilegal sanción que se me ha impuesto.

La aplicación directa que Ud. hace únicamente con relación a la multa que, tal parece, sí o sí debe imponérseme como ilegalmente se me ha impuesto, no sólo que

es ilegal porque el marco normativo contenido en los arts. 99 al 111 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras no puede aplicarse directamente, y menos considerándose ese marco aisladamente del contexto normativo que la propia Ley de Bancos y Entidades Financieras, ***establece de manera taxativa en la parte final del art. 154 al disponer que la SBEF, ahora ASFI, para aplicar sus atribuciones, entre ellas la de imponer sanciones establecidas en los arts. 99 y sgtes. de la Ley de Bancos y Entidades Financieras debió reglamentar las sanciones en el marco de esta Ley,*** *lo que una vez más corrobora que su autoridad violó los principios de legalidad y de tipicidad tanto porque la infracción que Ud. sanciona como la sanción que ilegalmente me impuso, no se encuentran tipificadas en la Ley de Bancos, cuanto porque en la Resolución ASFI No. 620/2013 y ASFI 742/2013 se creó e impuso esa sanción, sin que las clases de sanciones que sólo establecen el marco normativo para su desarrollo reglamentario, establecidas en los arts. 99 al 111 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, le permitan ni faculten a su autoridad para imponer directamente sanciones que no cumplen las condiciones de legalidad y tipicidad exigidas por las disposiciones legales que he citado.*

2.6. VIOLACIÓN POR NO CONSIDERACIÓN NI APLICACIÓN DE LOS ARTS. 72 Y 73 DE LA LEY 2341.

No obstante que su autoridad soslayó pronunciarse sobre los fundamentos sustentados en los arts. 116-11 de la CPE y 72 y 73 de la Ley 2341, a continuación demostró la violación de dicha disposiciones legales en la Resolución ahora impugnada, ASFI 742/2013.

En el caso que nos ocupa, la supuesta infracción (acción antijurídica) atribuida a mi persona no tiene ninguna sanción, tal como lo reconoce la propia ASFI, resultando de ello que se me ha sancionado en base a normas inexistentes o dicho de otro modo, con tipos administrativos inexistentes, desconociéndose así los principios de legalidad y de tipicidad expresamente establecidos y aplicables en todo procedimiento sancionador, por expresa disposición de los arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuya esencia, en su interpretación fue desconocida por esa ASFI.

En efecto, esos principios y disposiciones legales han sido desconocidos y no aplicados en la Resolución ASFI/No. 742/2013 que confirma la ilegal sanción de multa ***toda vez que*** *se lo ha hecho desconociendo los principios de legalidad y tipicidad que determinan que* ***"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa.... Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"*** *(arts. 72 y 73 de la Ley 2341).*

No obstante haber citado su autoridad reiteradas veces el art. 73 de la Ley 2341, sólo lo hace con referencia al primer numeral que da el concepto de infracción Administrativa, ignorando la esencia de su párrafo II, el cual establece una limitación a la facultad discrecional que le otorga el art. 154 inciso 10) de la Ley de Bancos, toda vez que la propia Ley de Pdto. Administrativo ha determinado que únicamente se impondrán aquellas sanciones que hayan sido expresamente establecidas en las

leyes y disposiciones reglamentarias, sin embargo en el caso que nos ocupa, ni la Ley de Bancos, mucho menos el Reglamento de Sanciones que mantiene esa ASFI, establecen ninguna por las infracciones que me fueron imputadas en la notificación de cargos. Tal imposición atenta el principio de legalidad conocido bajo el aforismo "nullum crimen, nulla poena, sine previa lege (sic)*" el cual en su fundamento se halla vinculado de manera estrecha con el principio de tipicidad, conforme a los cuales se establece de manera clara que no basta que una acción (u omisión) sea antijurídica por el ordenamiento jurídico-administrativo -como afirma su autoridad-, sino que* ***dicha acción antijurídica deberá guardar identidad con uno de los tipos sancionatorios administrativos, entiéndase 'tipos administrativos' que sirven de presupuesto de la pena que se pretende aplicar,*** *toda vez que el tipo penal administrativo, cuando se encuentra específicamente descrito otorga certidumbre al accionar del administrado, y de esta manera "la potestad punitiva" de la administración se enmarca dentro de límites precisos, y los derechos individuales garantizados frente a cualquier intervención arbitraria de los poderes públicos"* ***(v. Sentencia Constitucional No. 1863/2010-R de 25 de octubre).***

Asimismo dicho ***Tribunal Constitucional, cuyos fallos tienen carácter vinculante y por tanto son de cumplimiento obligatorio por parte de toda autoridad judicial o administrativa, ha establecido*** *que "el Principio de tipicidad obliga a las entidades pública* (sic) *a no efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de las conductas y de las sanciones señaladas en la norma, de tal manera que al calificar una infracción e imponer la sanción correspondiente,* ***los funcionarios competentes deben ceñirse a la tipificación prevista en la ley y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajan en la descripción o aplicar sanciones que no han sido señaladas expresamente en la norma.*** *La finalidad de que este principio de Tipicidad se aplique de manera estricta es que los administrados deben conocer, sin ambigüedades, las conductas que están prohibidos de realizar y las sanciones a las que se someten en caso cometan una infracción".*

Su autoridad, en la Resolución ASFI No. 742/2013 confirmatorio de la Resolución ASFI No. 620/2013, al crear e imponer sanciones inexistentes por no estar establecidas previamente, lo ha hecho en violación de los citados arts. 72 y 73 de la Ley 2341, y siendo así se me ha impuesto la ilegal sanción de multa en desconocimiento absoluto de los principios de legalidad y tipicidad.

2.7. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

Conforme a la naturaleza jurídica y a su regulación normativa, el Procedimiento Administrativo Sancionador tiene como fundamento el de garantizar a través del debido proceso los derechos de los sujetos administrados, y por finalidad hacer efectiva la potestad punitiva administrativa del Estado, potestad cuyo ejercicio se encuentra sujeto a la legalidad y limitada a juzgar únicamente infracciones administrativas que se encuentren previa y expresamente sancionadas, conforme a lo dispuesto expresamente en (sic) *los Arts. 72, 73 de la Ley 2341 y 62, 63 y 64 del D.S. 27175.*

Por el contrario, no corresponden a su naturaleza, finalidad y objeto, someter a juicio en proceso sancionador infracciones administrativas que no se encuentran sancionadas, como ilegalmente se lo ha hecho en el presente procedimiento. En ese contexto las Resoluciones ASFI No. 620/2013 y 742/2013 como todo el procedimiento sancionador, son nulos de pleno derecho conforme a lo dispuesto por el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como se demuestra a continuación:

2.7.1. *Los requisitos esenciales para la constitución, inicio y desarrollo del procedimiento administrativo sancionador y su consiguiente validez legal, además de los sujetos del procedimiento, comprenden los referidos al* ***Objeto y la Causa,*** *de cuya existencia depende la legal constitución de la relación jurídico procesal administrativa.*

2.7.2. *Los actos que comprende el procedimiento sancionador, tienen por finalidad la "preparación de la voluntad Administrativa", que será declarada en la Resolución Final del Procedimiento (acto Administrativo) desestimando o imponiendo las sanciones administrativas previamente tipificadas (arts. 80 al 84 de la Ley 2341 y 65 al 68 del D.S. 27175) cuyo* ***objeto debe ser lícito y posible material y jurídicamente.***

2.7.3. *La causa del procedimiento sancionador, se encuentra dada por los antecedentes fácticos o infracciones previamente sancionadas conforme a las leyes y reglamentos, por la determinación concreta de los hechos que constituyen infracciones administrativas y la existencia previa de disposición expresa que establece la sanción aplicable (arts. 71,72,73-11, 81 y 82 de la Ley 2341 y Arts. 62, 63 y 64 del D.S. 27175).*

2.7.4. *Al haberse iniciado el presente proceso sancionador por* ***infracciones no sancionadas,*** *se lo ha hecho sin la concurrencia de los presupuestos o requisitos esenciales para su válida constitución y desenvolvimiento y su conclusión "normal", lo que a su vez conlleva la nulidad de la Resolución recurrida que prescindiendo total y absolutamente de los principios de legalidad y tipicidad, amén de crear en ella a título reglamentario sanciones no establecidas en ningún reglamento de esa ASFI, determinan que su objeto sea ilícito por contrario a las leyes.*

2.7.5. *Con relación* ***al objeto,*** *por cuanto que al no existir sanciones aplicables a las infracciones o cargos imputados, tal imputación es ilegal por no encontrarse comprendida en ninguna disposición que determine su sanción* ***(falta de tipicidad),*** *lo que a su vez determina* ***la imposibilidad material y jurídica de su juzgamiento,*** *toda vez que en el Procedimiento sancionador sólo se juzgan las infracciones administrativas que se encuentran previamente sancionadas, y conforme a los arts. 84 (Etapa de Terminación) de la Ley 2341 y 68 (Conclusión) del D..S.* (sic) *27175, la resolución final sólo recae sobre hechos punibles "imponiendo o desestimando la imposición de sanciones", de tal suerte que en el presente procedimiento al no ser posible, material y jurídicamente, juzgar infracciones no sancionadas, <u>carece el procedimiento, y desde luego la Resolución ASFI No. 742/2013 del requisito esencial objeto lícito y posible material y jurídicamente</u>.*

2.7.6. *Reitero, el principio universal del derecho punitivo Nullium pena sine previa lege* (sic)", *que a su vez se desarrolla en los principios de legalidad y tipicidad, se encuentra expresamente reconocido en los arts. 115 II de la Constitución Política del estado* (sic), *arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo y arts. 17, 24, 26, 62, 63, 64, 65 y sgtes. del D.S. No. 27175; disposiciones aplicables al Procedimiento Administrativo Sancionador y que disponen que "* ***toda sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible", "Las sanciones Administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa, en las leyes y disposiciones reglamentarias".***

2.7.7. *Al haberse iniciado el presente procedimiento y dictado la Resolución impugnada en base a* ***cargos e infracciones no sancionadas,*** *se lo ha hecho en violación de los principios y de las normas señaladas, lo que a su vez conlleva la nulidad del procedimiento, toda vez que la inexistencia normativa sancionadora sobre los cargos imputados (Principio de legalidad y de Tipicidad) determinan la imposibilidad material y legal de iniciarse un procedimiento sancionador, cuyo objeto -como se tiene señalado- no es otro que "Juzgar infracciones punibles, imponiendo o desestimando la imposición de las sanciones previamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".*

2.7.8. *La inexistencia de sanciones correlativas a las infracciones y cargos que se me notificaron, constituyen óbice y prohibición legal para poder iniciarse un* ***proceso sancionador el que no ha sido regulado por las leyes para juzgar infracciones que no tienen sanciones,*** *como sucedió en el presente procedimiento, o lo que es lo mismo: no se abrió su competencia al no concurrir los presupuestos legales habilitantes a los que nos hemos referido reiteradamente en los puntos anteriores.*

2.7.9. *La nulidad de todo el procedimiento, hasta la notificación de cargos inclusive, se encuentra fundada también en el hecho de que éste acto administrativo que dio inicio al procedimiento, carece de los requisitos de validez y de los elementos esenciales a todo acto administrativo, establecidos en los arts. 27, 28 incs. a), b), c) y f) y 32 de la Ley 2341, a lo que se suma que el procedimiento, la Resolución impugnada y la ilegal sanción que se me ha impuesto, se encuentran en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el parág. I, incs. c) y d) del art. 35 de la Ley 2341.*

PETICIÓN:

En mérito a los fundamentos expuestos, solicito respetuosamente al Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se digne admitir el presente Recurso Jeráquico (sic) *y pronunciar Resolución declarando la nulidad de todo el procedimiento sancionador hasta la Carta de Notificación de Cargos ASFI No. ASFI/DSR II/R- 123182/2013, inclusive…*"

9. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 9 de enero de 2014, conforme fuera solicitada por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez** en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE**

AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA, en su memorial presentado en fecha 13 de diciembre de 2013, se llevó a cabo la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

10. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-196537/2013 de 26 de diciembre de 2013 y en atención a lo solicitado en fecha 13 de diciembre de 2013 por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hizo presente la documentación complementaria que le fuera requerida mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 095/2013 de 18 de diciembre de 2013, consistente en ejemplares impresos de las siguientes literales:

- Reglamento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre Sanciones Administrativas (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Libro 7°, Título II, Capítulo II).

- Reglamento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título X, Capítulo VIII).

- Resolución Administrativa ASFI No. 399/2013 de 26 de junio de 2013, pronunciada -según la solicitud- "*en el proceso administrativo iniciada contra Mutual "La Primera" por denuncia del ex empleado Rubén Antonio Gómez Pereira*" y que, entre otros, ha resuelto "***REVOCAR**, en todas sus partes la Resolución ASFI No. 279/2013 de 13 de mayo de 2013*" y "*Sancionar al señor **CARLOS DE GRANDCHANT SUÁREZ**, Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, con multa personal*".

En lo que interesa, a tiempo del memorial de 13 de diciembre de 2013, el señor **Carlos Jacques De Grandchant Suarez** ha referido que la literal precitada, "*declaró y resolvió expresamente que las notificaciones contenidas en la notificación de cargos, no tiene ninguna sanción en el reglamento de sanciones de dicha ASFI*".

En tal sentido, conviene dejar establecido que lo que expresamente señala la Resolución Administrativa ASFI No. 399/2013 de 26 de junio de 2013, es:

> "…*Que, de la revisión del Reglamento de Sanciones que mantiene esta Autoridad de Supervisión, no existe una sanción específica que refiera la presente contravención, por lo que esta Autoridad se sustenta en las atribuciones dispuestas en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la cual menciona "Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales*…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 19 de enero de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, mediante nota G.G. 00238/2012, remitió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sus Anexos Semestrales al 31 de diciembre de 2011, uno de los cuales (el Anexo B-1), referido a la Planilla de Sueldos y Salarios, presentó diferencias en 13 cargos de su personal, con relación al Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Sustanciada tal irregularidad y sopesando la inicial nulidad de obrados dispuesta por la Resolución Administrativa ASFI Nº 523/2012 de 9 de octubre de 2012 (confirmada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013 de 7 de marzo de 2013), devino en la nota ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013, por la que se imputó con el cargo al Gerente General de a **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, señor **Carlos Jacques de Grandchant Suárez**, referido a que:

> "…*de la información contenida en las cartas G.G.00238/2012, G.G.635/2012 y G.G.1087/2012 recibidas el 19 de enero de 2012, 24 de febrero de 2012 y 30 de marzo de 2012, respectivamente, emitidas por la Mutual se estableció presunto incumplimiento a los numerales 2 y 3, artículo 1, Sección 2 del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", contenido en el Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente en la gestión 2012, al no haberse efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", en el plazo establecido por el citado Reglamento, la designación de nuevas funciones y/o nombramientos*…"

Posteriormente y en el desarrollo del proceso sancionatorio y recursivo, se presentaron los descargos de 9 de septiembre de 2013 por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, dando lugar a la Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, luego al Recurso de Revocatoria de 11 de octubre de 2013, a la Resolución Administrativa -confirmatoria de la anterior- ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, y finalmente, el Recurso Jerárquico de 27 de noviembre de 2013, el que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

Para tal fin y toda vez que por imperio del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,*…", cabe dejar constancia que, de la lectura del Recurso Jerárquico interpuesto en fecha 27 de noviembre de 2013, no se encuentra en tela

de juicio el efectivo suceso de la conducta calificada de infractora (la que entonces se tiene por ocurrida), sino el carácter sancionable de la misma.

Asimismo, se tiene por recurrente al señor **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su doble calidad de representante legal de la persona jurídica **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, como de Gerente General (persona natural) de la misma, por cuanto, tal dualidad es manifiesta en la generalidad de escritos por él presentados; no obstante, la sanción impuesta por la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, recae exclusivamente en la segunda de las calidades señaladas, aclaración pertinente por cuanto, como bien ha señalado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013 de 7 de marzo de 2013, correspondiente al proceso recursivo anterior, supra mencionado:

> "…*la resolución recurrida* -se refiere a la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012- *ha establecido que:*
>
> > "…*de la revisión del expediente administrativo se puede evidenciar que éste proceso administrativo sancionatorio se inició a raíz de la Notificación de Cargos, la misma que se realizó a la entidad como persona jurídica, debiendo haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable del envío de información a esta Autoridad de Supervisión*…"
>
> *Declaración que resulta francamente liberatoria de la responsabilidad sancionable que a la* ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"*** *pudo haberse atribuido por la conducta infringida, dado que se dice que debió "haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable" en lugar de la misma, ello es la base de la nulidad dispuesta, por lo que se extraña que, no causando agravio alguno a la entidad recurrente la determinación del Ente Regulador, sea la misma la que resulte impugnarla y no así sobre quien se cierne una eventual notificación de cargos: su Gerente General, entendido como persona natural que consta, sí tuvo participación en esa naturaleza dentro del proceso recursivo, entonces en inobservancia de los artículos 56°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (dice: "a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio") y 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (dice: "afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos o interese legítimos"), en ambos quedando sujeto al criterio de la recurrente, agravios de los que no existe evidencia alguna con respecto a la misma en la resolución recurrida (conforme lo señalado), circunstancia que bien justifica la determinación que sale en la parte final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Facultad sancionatoria por infracción al "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios".-

Cuando en fecha 11 de octubre de 2013, el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA**

VIVIENDA LA PRIMERA, presentara su Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013, estableció de su parte, extremos como los siguientes:

> "…*las supuestas infracciones contenidas en la carta de Notificación de Cargos No. ASFI/DSR II/R-123182/2013, conforme a la cual se inició el presente procedimiento sancionador, no tienen ninguna sanción previa y expresa en el Reglamento de Sanciones, contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras.*
>
> *Sin embargo, en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso de Revocatoria y con el fin de justificar la ilegal sanción que se me ha impuesto, se auto atribuye la potestad de crear sanciones e imponerlas en una Resolución conclusiva del Procedimiento Sancionador, cuando aquellas sólo pueden ser establecidas en el Reglamento y de manera previa al inicio de tal procedimiento* (…)
>
> … *sin sanciones previamente establecidas en la Reglamentación de esa ASFI, su autoridad no se encuentra facultada para ejercer sus atribuciones sancionadoras creando, ilegalmente, en una Resolución administrativa de carácter individual, como resulta la que pone fin al procedimiento administrativo, sanciones discrecionales que no se encuentran establecidas en el Reglamento de Sanciones de esa ASFI* (…)
>
> …*si bien es cierto que el precitado Reglamento de Registro de Directores, Síndicos (...) y demás Funcionarios se estableció "que el incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas", <u>no es menos cierto que éste Reglamento no contiene ni una sola disposición que establezca sanción alguna que pudiese imponerse sobre la supuesta infracción</u>*…"

Tal posición ha dado lugar, a su vez, a la de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, la que, en lo que interesa, señala:

> "…*el señor Carlos De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual "La Primera", reporta a esta Autoridad de Supervisión el Anexo B-1 conteniendo <u>diferencias en 13 cargos de su personal entre la planilla de sueldos y salarios y la información reportada en el Reglamento</u>. Cuando la norma reglamentaria menciona: "el Gerente General es el responsable en cuanto a su veracidad y confiabilidad, el incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones", este Reglamento está tipificando claramente la infracción y condicionando una sanción en caso de incumplimiento* (...)
>
> …***I) Tipificación con relación a la sanción.-*** (…)
>
> …*es la propia Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993, Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF), Capítulo II del Título Octavo, artículo 99 que menciona: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados <u>contravengan las disposiciones de la Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las sanciones</u>…" (El subrayado es nuestro)* (…)

…el Reglamento de Sanciones Administrativas el cual dispone en el Capítulo II del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras: "Artículo 2°.- Las normas de la presente Recopilación se sustentan jurídicamente en las disposiciones contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, Capítulo II del Título Octavo, en lo concerniente" (…)

…el artículo 61 del Reglamento citado precedentemente, establece: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI (…) no contempladas en el presente documento (haciendo referencia al Reglamento) en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Directora (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse" (…)

…el artículo 99 de la LBEF, mencionando que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones, se harán pasibles a la imposición de las sanciones, la cual nos remite al Reglamento de Sanciones de la RNBEF (artículo 61), que reiteramos sanciona, cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI (…)

*…**IV Modulación.-** Como se ha manifestado, es el Reglamento de Sanciones contenido en la RNBEF el que en su artículo 61, normativa vigente al momento de producirse el hecho observado, es el que determina que luego de analizado y evaluado podrá ser sancionado por esta Autoridad de Supervisión, dentro del marco de la LBEF, normativa concordante con el numeral 5 del artículo 99 de la mencionada Ley, que dispone la imposición de sanción de multa personal a gerentes de acuerdo a la gravedad de la falta hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor…"*

La posición anterior hace a la controversia que al presente determina la interposición del Recurso Jerárquico de 27 de noviembre de 2013, en los siete agravios de su numeral 2, fundamentalmente los expresados en los sub numerales 2.1 (*Sobre la violación de los presupuestos establecidos en la Constitución Política del Estado y las leyes para el ejercicio de la potestad sancionadora de la ASFI, y la falta de "competencia" para crear e imponer sanciones no establecidas previamente*), 2.2 (*Sobre la prohibición de imponer sanciones administrativas si la infracción no se encuentra previamente sancionada*) y 2.3 (*Sobre la ilegal auto atribución de "tener facultades para sancionar cualquier incumplimiento a disposiciones reglamentarias que no tienen sanción expresa en el Reglamento de Sanciones*).

A tal efecto, la recurrente tiene expresiones como las siguientes:

"… (**En el sub numeral 2.1:**)

…SU AUTORIDAD NO TIENE FACULTADES PARA CREAR E IMPONER SANCIONES DIRECTAMENTE EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, SI LAS

INFRACCIONES O CARGOS NO TIENEN SANCIONES EXPRESAS Y PREVIAS EN EL REGLAMENTO DE SANCIONES (…)

…***la potestad sancionadora de la ASFI*** *(competencia conforme al texto de la Resolución objeto de impugnación)* ***no deriva directamente de las normas generales sobre las facultades,*** *atribuciones y competencia de esa ASFI,* ***sino que su <u>ejercicio</u> se encuentra sometido al cumplimiento de los derechos, garantías y principios del Debido Proceso, legalidad y tipicidad*** (…)

…***su potestad sancionadora, no se encuentra comprendida, declarada, normada, constituida, establecida y menos deviene del art. 122 de la Constitución Política del Estado*** (…)

…***la "competencia para conocer y resolver un asunto administrativo" y consiguientemente el EJERCICIO de su Potestad Sancionadora, no emanan de la exclusiva y excluyente aplicación de esas disposiciones y que no le reconocen a su autoridad ninguna potestad para actuar con absoluta discrecionalidad e imponer sanciones no establecidas*** (…)

…*<u>sólo puede EJERCER SU COMPETENCIA "para conocer un asunto administrativo</u>* ***"cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias",*** *que en el presente procedimiento sancionador y específicamente con relación a los fundamentos de la nulidad que he solicitado y solicito también a través del presente recurso, no son otras que las establecidas en los arts. 116-11 de la Constitución Política del Estado, 154 parte final de la Ley 1488 y arts. 4 inc, c), 72 y 73 de la Ley 2341* (…)

…*la competencia administrativa de la ASFI para imponer sanciones, depende de la existencia de presupuestos legales que hagan viable el ejercicio de esa su competencia;* (…) *no da lugar a que se desconozcan, desplace o se sustituyan los principio de legalidad y tipicidad, de cuya existencia previa depende, pues, el ejercicio de su potestad (competencia) punitiva en el ámbito Administrativo* (…)

(**En el sub numeral 2.2:**)

…***las infracciones contenidas en la notificación de cargos, juzgadas e ilegalmente sancionadas en esa Resolución no se encuentran sancionadas*** (…)

…***El Reglamento para el Registro de Directores (...) y demás Funcionarios,*** (…) *establece que "El incumplimiento a esta responsabilidad,* ***<u>dará lugar</u> a la imposición de sanciones <u>de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones</u> Administrativas...*** (…) *POR TANTO, no establece ninguna sanción para los casos de infracción de sus normas* (…)

…***Infracción y tipicidad no son sinónimos ni la sola definición de infracción conlleva sanción si ésta no se encuentra expresa y anteriormente establecida*** (…)

… la potestad sancionadora no es potestad discrecional sino normada, y que sin tipificación de la infracción, no puede "determinarse la aplicación de sanciones que previa y expresamente no se encuentren establecidas en la ley y los reglamentos administrativos (…)

…***no existe ninguna <u>sanción concreta</u>*** (…) ***<u>tampoco puede determinarse</u> lógicamente la correlación entre lo existente (infracción) y lo inexistente (sanción)*** (…)

…***Esa ilegalidad consistente en la autoatribución*** (sic) ***de potestades punitivas que no tiene la ASFI*** (…)

(**En el sub numeral 2.3:**)

…Las supuestas infracciones contenidas en la carta de Notificación de Cargos N° ASFI/DSR II/R-123182/2013, (…) *no tienen ninguna sanción previa y expresa en el Reglamento de Sanciones, contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras* (…) *se auto atribuye la potestad de crear sanciones e imponerlas en una Resolución conclusiva del Procedimiento Sancionador, cuando aquellas sólo pueden ser establecidas en el Reglamento y de manera previa al inicio de tal procedimiento*(…)

…<u>la afirmación que "La disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sancionar cualquier incumplimiento a disposiciones legales reglamentarias no contempladas en ese documento</u>" (…) *es contraria y violatoria de las disposiciones que regulan la potestad sancionadora y el ejercicio de esa potestad* (…)

…***Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*** *(Art. 116 II C.P.E.),* ***La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley*** *(Art. 4 inc) c) de la Ley 2341) y* ***Las sanciones administrativas sólo podrán ser impuestas, cuando éstas hayan sido previstas en norma expresa*** *(Art. 72 Ley 2341)* (…)

…para imponer sanciones y "para el cumplimiento de las atribuciones conferidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debió reglamentar la aplicación de sanciones", conforme al mandato expreso contenido en la última parte del art. 154 de dicha Ley (…)

…***Si la ex Superintendencia de Bancos y la actual ASFI no reglamentaron ni establecieron en sus reglamentos la eventual aplicación de sanciones por las infracciones imputadas en la Notificación de Cargos,*** *ni una sola norma le otorga facultades para sustituir o corregir esa omisión normativa reglamentaria* (…)

…el citado art. 116 numeral II de la Constitución Política del estado (sic)*, y expresamente desarrollado en el art. 73 numeral II de la Ley 2341 que dispone:* ***"Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"*** (…)

…***la disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI, es inaplicable y carece de validez y eficacia jurídica, por su absoluta oposición a los principios, derechos y garantías constitucionales y legales,*** *toda vez que la potestad sancionadora de la ASFI no le otorga a su autoridad facultades, competencia y atribuciones para crear e imponer sanciones en una Resolución Administrativa Sancionadora…*"

Con base en tales presupuestos, el recurrente concluye que la "*potestad sancionadora o competencia para sancionar* (…) *no emana directamente y de la sola transcripción de las normas en que se funda la Resolución* (…) *sólo puede ser ejercida si se cumplen los presupuestos legales establecidos en los arts. 116-11 de la Constitución Política del Estado, parte final del art. 154 de la Ley 1488 y arts. 4 inc. c), 72 y 73 de la Ley 2341* (…) *no sólo que ha sido impuesta sin encontrarse establecida en dichos Reglamentos de la ASFI, sino que resulta inequívocamente violatoria de los principios de legalidad y tipicidad* (…) *su autoridad no se encuentra facultada para ejercer sus atribuciones sancionadoras creando, ilegalmente,* (…) *sanciones discrecionales* (…) *resultando de ellos NULAS las indicadas resoluciones y todo el procedimiento sancionador…*"

Al presente y en función a todo ello, cabe establecer que la controversia concreta radica en determinar, si la conducta infractora de no haber "*efectuado la actualización en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", en el plazo establecido por el citado Reglamento, la designación de nuevas funciones y/o nombramientos*", así como tipificada, es o no sancionable.

El Ente Regulador afirma que sí, por cuanto:

"…*el citado Reglamento* -se refiere al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios- *en el Título X, Capítulo VIII, Sección 5, artículo único, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha del incumplimiento, establece que:*

"*Artículo Único.- Es responsabilidad del Gerente General, efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad,* ***dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas***…" (Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013).

Con relación a ello, ya antes había señalado que:

"…*El Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 61 vigente a la fecha del incumplimiento dispone que:* "***Cualquier infracción o incumplimiento*** *a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia* ***no***

***contempladas en el presente documento**, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, **serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas** por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse…*" (Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013; en ambos casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que:

"…*el Reglamento de Sanciones contenido en la RNBEF el que en su* -supra citado- *artículo 61, normativa vigente al momento de producirse el hecho observado, es el que determina* <u>*que luego de analizado y evaluado podrá ser sancionado*</u> *por esta Autoridad de Supervisión, dentro del marco de la LBEF, normativa concordante con el numeral 5 del artículo 99 de la mencionada Ley, que dispone la imposición de sanción de multa personal a gerentes de acuerdo a la gravedad de la falta hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor*…" (Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013).

Al respecto del artículo 61º del Título XIII, Capítulo II, Sección 2, del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que al disponer que "***Cualquier infracción o incumplimiento*** (…) ***no contempladas en el presente documento*** (…) ***serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas*** *por el o la Director (a) Ejecutivo (a)*", resulta ser el centro de la controversia, el recurrente Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, lo ha calificado de:

"…***inaplicable y carece de validez y eficacia jurídica, por su absoluta oposición a los principios, derechos y garantías constitucionales y legales,*** <u>*toda vez que la potestad sancionadora de la ASFI*</u> *no le otorga a su autoridad facultades, competencia y atribuciones para crear e imponer sanciones en una Resolución Administrativa Sancionadora, como se lo ha hecho ilegalmente en la Resolución ASFI No. 620/2013 y la Resolución Confirmatoria ASFI 742/2013, sin que la sanción impuesta ilegalmente en ésta, se encuentre previamente establecida en el Reglamento de Sanciones (Principio de Tipicidad)*…"

Corresponde ahora concluir, en la existencia positiva de la norma del artículo 61º del Título XIII, Capítulo II, Sección 2, del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el que establece que las infracciones no contempladas en el mismo Reglamento, deben ser "***analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas***" por la Directora Ejecutiva de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mas no de manera arbitraria, sino sujeta a la disposición pertinente de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Tal extremo no es desvirtuado con la literal arrimada al expediente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DAJ/R-196537/2013 de 26 de diciembre de 2013, a solicitud del recurrente, por cuanto, tanto el Reglamento de la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre Sanciones Administrativas, como el Reglamento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, hacen mas bien al marco legal que la Autoridad recurrida señala haber cumplido, mientras que determinada mención que sale de la Resolución Administrativa ASFI No. 399/2013 de 26 de junio de 2013, corresponde a una lógica similar, en todo caso no contradictoria, entre las actuaciones del Ente Regulador con relación a aquel al que corresponde tal pronunciamiento.

Entonces, amén del criterio expresado por el recurrente (en sentido que del cumplimiento del artículo 61°, resulta en la imposición de un criterio discrecional de contenido arbitrario) corresponde mas bien a una posición subjetiva del mismo, es pertinente dejar constancia de la firmeza, vigencia y subsistencia de tal norma, no siendo admisible atribuir a esta -menos aún como fundamento de la impugnación- una "*absoluta oposición a los principios, derechos y garantías constitucionales y legales*", por cuanto, ello importaría dar curso a una conjetura sobre inconstitucionalidad, cuando sobre el precitado artículo 61° pesa la presunción de constitucionalidad a la que se refiere el artículo 4º de la Ley Nº 254 de 5 de julio de 2012 (Código Procesal Constitucional).

Para el caso además, la aplicación de la presunción de constitucionalidad no es meramente circunstancial, sino que obedece a la lógica jurídica que impone el hecho de encontrarse fundamentada en una normativa determinada, conforme la secuencia que se relaciona a continuación:

En principio, el Reglamento para el Registro de Directores Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, inserto en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que:

> "…***Artículo 1° - Actualización del registro por altas y modificaciones.-*** *Las entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de Registro, reportando toda designación o cambio de titulares y suplentes de los miembros del Directorio u órganos equivalentes, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, así como las firmas autorizadas de acuerdo con lo señalado a continuación:* (…)
>
> …*Para Ejecutivos y firmas autorizadas: La información debe registrarse hasta los diez (10) días hábiles después de haberse producido el hecho, especificando nombres y cargos, a través del Sistema de Registro, registrando en los casos que corresponda la firma autorizada digitalizada* (…)
>
> …*Para los demás funcionarios: La información correspondiente al resto del personal de la entidad supervisada, debe registrarse dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el quinto día hábil del siguiente mes, a través del Sistema de Registro*…"

Esta la norma que ha sido infringida por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, como Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, por cuanto y como señala el mismo Reglamento, ahora en su Título X, Capítulo VIII, Sección 5:

> "…***Artículo Único.-*** *Es responsabilidad del Gerente General, efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones* ***de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas***…"

Al respecto, la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo):

> "…***Artículo 73.- (Principio de Tipicidad).*** *I.* ***Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las Leyes y disposiciones Reglamentarias***.
>
> *II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente* ***establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias***…"

Así, el aludido Reglamento de Sanciones Administrativas de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, inserto en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que:

> "…***Artículo 61.- (Incumplimiento a normativa legal).*** *Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia* ***no contempladas en el presente documento****, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios,* ***serán*** *analizadas, evaluadas y, de ser el caso,* ***sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse***…"

(En todos los casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces y a su vez, es aplicable al caso, lo dispuesto por la Ley N° 1488 (texto ordenado al 20 de diciembre de 2001) de Bancos y Entidades Financieras, el que señala que:

> "…***Artículo 99.-*** *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:* (…)
>
> *…5) Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor*…"

Como se establece de la secuencia anterior, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de sancionar al Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, Gerente

General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, lo ha hecho plenamente legitimada, con plena competencia y en ejercido de las facultades que, para ello, la norma le ha conferido.

Al respecto, téngase presente que, conforme lo señala el artículo 32º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), "*Los actos de la Administración Pública* -y el Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, definitivamente lo es- *sujetos a esta Ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación*", no existiendo antecedente que, en su debida oportunidad, la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA** (de la cual el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez** es Gerente General), hubiera promovido impugnación u oposición formal alguna contra la misma, menos aún por los alegatos que ahora, recién, pretende hacer valer.

Por lo tanto y en definitiva, la actuación sancionatoria de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que consta en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, **es plenamente legítima** (competencial, facultativa y potestativa), al encontrarse correctamente fundada en los artículos 77º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), 99º de la Ley Nº 1488 (de Bancos y Entidades Financieras) y, fundamentalmente, 61º del Título XIII, Capítulo II, Sección 2, del Reglamento de Sanciones, no habiéndose inobservado para ello el artículo 118º de la Constitución Política del Estado de 1967, actual artículo 116º de la Constitución Política del Estado vigente, determinando resulten injustificados los alegatos opuestos contra lo mismo.

2.2. Las acusadas infracción al principio de congruencia y falta de pronunciamiento.-

No obstante lo anterior, es pertinente también considerar los aspectos mencionados en el Recurso Jerárquico y referidos a que en "*la Resolución ASFI 742/2013 se ha desconocido el principio de congruencia, toda vez que se funda y recae sobre cuestiones que no fueron reclamadas como resultan ser las normas y aspectos generales sobre la competencia de la ASFI, por una parte, y por otra por no pronunciarse, considerar ni resolver el Recurso de Revocatoria conforme a los fundamentos expuestos en dicho recurso*".

En el tenor del mismo Recurso, los fundamentos -del Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**- que no habrían sido considerados a tiempo de la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, están referidas a que:

> "…***la potestad sancionadora de esa ASFI no es potestad discrecional y que SU AUTORIDAD NO TIENE FACULTADES PARA CREAR E IMPONER SANCIONES DIRECTAMENTE EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, SI LAS INFRACCIONES O CARGOS NO TIENEN SANCIONES EXPRESAS Y PREVIAS EN EL REGLAMENTO DE SANCIONES DE ESA ASFI,*** *conforme a los principios de legalidad y tipicidad establecidos en los en los arts. 116 II de la Constitución Política del estado* (sic)*, parte final del art. 154 de la Ley 1488 y arts. 4 inc. 4), 72 y 73 numeral II de la Ley 2341 que, como se demostrará posteriormente, no fueron siquiera citados en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso Jerárquico* (…)

…resulta del propio texto de las disposiciones que han sido incorrectamente interpretadas y por tanto mal aplicadas en la Resolución impugnada, conforme a las cuales sólo puede EJERCER SU COMPETENCIA "para conocer un asunto administrativo ***"cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del estado*** (sic)***, las leyes y las disposiciones reglamentarias",*** *que en el presente procedimiento sancionador y específicamente con relación a los fundamentos de la nulidad que he solicitado y solicito también a través del presente recurso, no son otras que las establecidas en los arts. 116-11 de la Constitución Política del Estado, 154 parte final de la Ley 1488 y arts. 4 inc, c), 72 y 73 de la Ley 2341, desconocidos y violados en la Resolución impugnada, conforme a los cuales su autoridad se encuentra prohibida de imponer sanciones no establecidas previamente, prohibición que garantiza el efectivo cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, normas éstas últimas y principios señalados que han sido violados al imponerme la ilegal sanción de multa por infracciones no sancionadas ni en la ley ni el Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI…*"

En su sentido esencial, se entiende al principio de congruencia como aquel que se manifiesta en la "*Conformidad entre el fallo judicial y las pretensiones planteadas por las partes*" (Cabanellas), o sea, la adecuación entre lo pedido y lo decidido.

Dentro del caso de autos, el Recurso de Revocatoria de 11 de octubre de 2013, presentado por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez** en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, está referido -en necesario resumen, dado haber sido ya supra transcrito- a los extremos siguientes:

"…***1. SOBRE ILEGAL AUTO ATRIBUCIÓN DE "TENER FACULTADES PARA SANCIONAR CUALQUIER INCUMPLIMIENTO A DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE NO TIENEN SANCIÓN EXPRESA EN EL REGLAMENTO DE SANCIONES"*** (…)

a) *La potestad Administrativa sancionadora de esa ASFI, no es potestad arbitraria sino que se encuentra sometida al principio de legalidad* (…)

b) *La potestad sancionadora de la ASFI no se ejerce directamente, sino que para tal efecto,* (…) *debió reglamentar la aplicación de sanciones", conforme al mandato expreso contenido en la última parte del art. 154 de dicha Ley.*

c) (…) *no le otorga facultades para sustituir o corregir esa omisión normativa reglamentaria nada menos que en una Resolución conclusiva de un procedimiento Administrativo Sancionador* (…)

d) *Esa conclusión se encuentra corroborada por el Principio de Tipicidad establecido en el citado art. 116 numeral II de la Constitución Política del estado* (sic) (…)

…la disposición contenida en el art. 61 del Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI, es inaplicable y carece de validez y eficacia jurídica, por su absoluta oposición a los principios, derechos y garantías constitucionales y legales (…)

…su autoridad no se encuentra facultada para ejercer sus atribuciones sancionadoras creando, ilegalmente, en una Resolución administrativa de carácter individual (…)

2. VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD (…)

…las afirmaciones basadas en interpretaciones incorrectas e ilegales que la llevaron a afirmar que "La tipicidad de la infracción se encuentra en dicha norma (Reglamento de Registro de Directores, Síndicos...) por lo que los reglamentos contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras contienen la tipificación de la conducta observada", es absolutamente falsa (…)

3. DE LA ILEGAL APLICACIÓN DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (…)

…La aplicación directa que Ud. hace (…) *no sólo que es ilegal porque el marco normativo contenido en los arts. 99 al 111 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras no puede aplicarse directamente, y menos considerándose ese marco aisladamente del contexto normativo que la propia Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece* (…)

4. DE LA INDEBIDA, PARCIAL E INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 72 Y 73 DE LA LEY 2341 (…)

…Su autoridad, en la Resolución ASFI No. 620/2013, al crear e imponer sanciones inexistentes por no estar establecidas previamente, lo ha hecho en violación de los citados arts. 72 y 73 de la Ley 2341, y siendo así se me ha impuesto la ilegal sanción de multa en desconocimiento absoluto de los principios de legalidad y tipicidad (…)

5. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 620/2013 Y EL PROCEDIMIENTO (…)

…Al haberse iniciado el presente proceso sancionador por infracciones no sancionables, se lo ha hecho sin la concurrencia de los presupuestos o requisitos esenciales para su válida constitución y desenvolvimiento y su conclusión "normal", lo que a su vez conlleva la nulidad de la Resolución recurrida que prescindiendo total y absolutamente de los principios de legalidad y tipicidad (…)

*…Con relación **al objeto,** por cuanto que al no existir sanciones aplicables a las infracciones o cargos imputados, tal imputación es ilegal por no encontrarse comprendida en ninguna disposición que determine su sanción **(falta de tipicidad),** lo que a su vez determina **la imposibilidad material y jurídica de su juzgamiento***(…)

…Al haberse iniciado el presente procedimiento y dictado la Resolución impugnada en base a cargos e infracciones no sancionadas, se lo ha hecho en violación de los principios y de las normas (…)

… La inexistencia de sanciones correlativas a las Infracciones y cargos que se me notificaron, constituyen óbice y prohibición legal para poder iniciarse un ***proceso sancionador el que no ha sido regulado por las leyes para juzgar infracciones que no tienen sanciones,*** (…)

…La nulidad de todo el procedimiento, hasta la notificación de cargos inclusive, se encuentra fundada también en el hecho de que éste acto administrativo que dio inicio al procedimiento, carece de los requisitos de validez y de los elementos esenciales a todo acto administrativo…"

Contrariamente a tales criterios, es pertinente dejar constancia que la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, ha realizado una precisa exposición de los hechos y ha considerado en su integridad, la generalidad de alegatos hechos presentes por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez** en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, como lo explica la propia Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2013, cuando establece que:

"…***Sobre la potestad sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*** (…)

…la competencia de esta Autoridad de Supervisión, queda clara, habiendo sido también ampliamente desarrollada por la instancia jerárquica, cuando menciona que esta Autoridad de Supervisión puede efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera), como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio, etc.) emitida por las propias entidades (…)

…De acuerdo al señor Grandchant Suárez, la notificación de cargos no tiene ninguna sanción previa expresa (…)

…en estricto apego al Principio de Legalidad, lo que esta Autoridad de Supervisión sancionó <u>es el incumplimiento</u> del responsable de la Mutual La Primera <u>al Reglamento</u> para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, al no haber efectuado la actualización de designaciones de nuevas funciones y/o nombramientos de trece (13) de sus funcionarios, que en el caso de Ejecutivos y firmas autorizadas debe registrarse a los diez (10) días hábiles después de haberse producido el hecho y en caso de los demás funcionarios dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento, máximo hasta el quinto día hábil del siguiente mes (…)

…el señor Carlos Jacques De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual la Primera es el responsable de control y seguimiento de la información registrada en dicho Sistema(…)

…se configura como una acción por negligencia de parte del señor Carlos De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual "La Primera", por no dar cumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 del Registro de Directores, Síndico, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras(…)

…el señor Carlos Jacques De Grandchant Suárez, Gerente General de la Mutual la Primera envió a esta Autoridad de Supervisión información incoherente que se puso en evidencia a través del Anexo B-1, donde se observa flagrantes diferencias entre la Planilla de Sueldos y Salarios y la información reportada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, como son los 13 cargos del personal…"

Entonces, la generalidad de los alegatos expresados por el Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, han sido tenidos en cuenta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, siendo ello posible, porque tales alegatos son varios (expresados en cinco numerales, el último de los cuales se subdivide en ocho), empero **lo pretendido configura un solo extremo en concreto**: ***la potestad sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero***.

Los aparentemente diversos alegatos del Recurso de Revocatoria, se encuentran relacionados entre sí, a punto tal que configuran la -única- pretensión expresada en el enunciado, porque no son, sino, presupuestos de esa misma presunción, empero planteados con diverso argumento o vistos con distinto enfoque.

Entonces, puede cada uno de los argumentos expuestos a tiempo del Recurso de Revocatoria del Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, tener una base legal propia y estar fundados en una serie variada de abstracciones técnico-jurídicas ante la común pretensión de todos ellos, ha sido posible un análisis también común, para así poder concluir como sale en la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, que:

"*…se efectuó la evaluación de los argumentos presentados en Recurso de Revocatoria por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Primera", de acuerdo con los principios de sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas, concluyéndose que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, por lo que esa Dirección recomienda la confirmación el acto administrativo señalado*…"

En todo caso, demostrada la fundamentación que hace a la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, es pertinente traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, por la que establece que:

"…*La SC 0742/2010-R de 26 de julio, ha establecido que: "La doctrina y jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el particular señala al debido proceso como aquella garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas, siendo la motivación de los hechos, un instrumento para erradicar la arbitrariedad del poder y fortalecer el Estado Democrático de Derecho. Deviniendo en consecuencia la necesidad de fundamentar las decisiones judiciales.*

Sobre el particular tenemos la SC 0012/2006-R de 4 de enero, al hacer referencia a la exigencia de que la decisión judicial sea fundamentada, precisó, que: 'La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ***ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas*** *o regidas por una particular estructura; pues* ***se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión****; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución…'. Razonamiento ratificado por las SSCC 0112/2010-R de 10 de mayo y 0147/2010-R entre otras…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La exigencia del Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, resulta en exceso subjetiva y por tanto infundada, toda vez que el análisis propuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, impone una valoración universal y conjunta, que en metodología se denomina ANÁLISIS SISTEMÁTICO de TODOS LOS ANTECEDENTES, lo que queda por demás evidenciado de lo supra extractado de ambas actuaciones, extremo que conforme se desprende de la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, no sólo es perfectamente posible para el caso, sino que, por el contenido formal que caracterizó al Recurso de Revocatoria, es el que en derecho se impone.

Por consiguiente, no existe en la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, infracción a los principios de congruencia y motivación, como tampoco omisión de pronunciarme sobre los fundamentos y alegatos presentados por el recurrente; más por el contrario, siendo evidente la existencia de motivación en la decisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013, se debe concluir también en que la misma, es plenamente congruente con los extremos que salen del Recurso de Revocatoria de fecha 11 de octubre de 2013, determinando sean inatendibles los alegatos del Sr. **Carlos Jacques De Grandchant Suarez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA**, a este respecto.

2.3. Restantes alegatos del Recurso Jerárquico.-

Los restantes alegatos del Recurso Jerárquico, contenidos en cuatro acápites (del 2.4 al 2.7), al igual que los que los han precedido, se guían por la lógica del supuesto carácter inexistente, en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **de la facultad sancionatoria** como emergencia de la -no controvertida- infracción al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios; así:

- **En su numeral 2.4 (*Violación de los principios de legalidad y tipicidad*), fundamenta que**:

  "…*en la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso de Revocatoria, se ha omitido la imprescindible consideración y aplicación de los principio de legalidad y tipicidad que, como tengo señalado se encuentra contenido en el art. 116-11 y 232 de la Constitución Política del Estado y arts 4 INC. C), 72 Y 73-11 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que de manera expresa e inequívoca establece que* ***"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando hayan sido previstas por norma expresa"*** (…)

  …***al no existir sanción expresa su potestad para sancionar la adopta ilegalmente del art. 61 del Reglamento de Sanciones que desde luego no impone sanción a ninguna infracción,*** *y cuya ilegalidad e ineficacia jurídica la he demostrado en el anterior punto*…"

- **En su numeral 2.5 (*De la ilegal aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*), fundamenta que**:

  "…***la SBEF, ahora ASFI, para aplicar sus atribuciones, entre ellas la de imponer sanciones establecidas en los arts. 99 y sgtes. de la Ley de Bancos y Entidades Financieras debió reglamentar las sanciones en el marco de esta Ley***…"

- **En su numeral 2.6 (*Violación por no consideración ni aplicación de los Arts. 72 y 73 de la Ley 2341*), fundamenta que**:

  "…*principios y disposiciones legales han sido desconocidos y no aplicados en la Resolución ASFI/No. 742/2013 que confirma la ilegal sanción de multa* ***toda vez que*** *se lo ha hecho desconociendo los principios de legalidad y tipicidad que determinan que* ***"Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa... Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"*** *(arts. 72 y 73 de la Ley 2341)*…"

- **En su numeral 2.7 (*Nulidad del procedimiento sancionador*), fundamenta que**:

"…*no corresponden a su naturaleza, finalidad y objeto, someter a juicio en proceso sancionador infracciones administrativas que no se encuentran sancionadas, como ilegalmente se lo ha hecho en el presente procedimiento*…"

Como se puede evidenciar de la relación resumida precedente, los alegatos referidos a las supuestas violación a los principios de legalidad y tipicidad, no aplicabilidad de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, violación a la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) en sus artículos 72º y 73º, e invalidez del procedimiento sancionador, se circunscriben a la fundamentación descrita y ya analizada, referida al carácter sancionable de la infracción cometida.

En tal sentido, es pertinente ratificar y reproducir la conclusión que consta supra, en sentido que la actuación sancionatoria de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que consta en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, **es plenamente legítima** (competencial, facultativa y potestativa), al encontrarse correctamente fundada en los artículos 77º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), 99º de la Ley Nº 1488 (de Bancos y Entidades Financieras) y, fundamentalmente, 61º del Título XIII, Capítulo II, Sección 2, del Reglamento de Sanciones, no habiéndose inobservado para ello el artículo 118º de la Constitución Política del Estado de 1967, actual artículo 116º de la Constitución Política del Estado vigente, determinando resulten injustificados los alegatos -ahora de los numerales 2.4, 2.5, 2.6 y 2.7 del Recurso Jerárquico- opuestos contra lo mismo.

Comentario aparte merece la pretensión que sale del sub numeral 2.7.9 del Recurso Jerárquico, esta es:

"…*La nulidad de todo el procedimiento,* ***hasta la notificación de cargos inclusive****, se encuentra fundada también en el hecho de que éste acto administrativo que dio inicio al procedimiento, carece de los requisitos de validez y de los elementos esenciales a todo acto administrativo, establecidos en los arts. 27, 28 incs. a), b), c) y f) y 32 de la Ley 2341, a lo que se suma que el procedimiento, la Resolución impugnada y la ilegal sanción que se me ha impuesto, se encuentran en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el parág. I, incs. c) y d) del art. 35 de la Ley 2341*…"

Propuesta que resulta infundada, al pretender hacer extensibles los alegatos sobre invalidez **de la sanción** (entonces limitada a la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013), hasta la nota de cargos ASFI/DSR II/R-123182/2013 de 19 de agosto de 2013 (referida obvia y únicamente **a la infracción**), so alegato de que "*carece de los requisitos de validez y de los elementos esenciales a todo acto administrativo*", señalamiento del que no se acredita mayor fundamento, y que termina por ser confuso, al señalarse impertinentemente (en tanto deja de referirse a la infracción que importa la imputación, que a ello "*se suma que el procedimiento, la Resolución impugnada y la ilegal sanción que se me ha impuesto, se encuentran en la causa de nulidad de pleno derecho*", extremos que en definitiva lo hacen inatendible.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes y actuados que hacen al expediente del caso de autos, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha realizado una

correcta evaluación de los mismos, y ha dado correcta aplicación a la normativa que hace al mismo.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 742/2013 de 8 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/Nº 620/2013 de 23 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 726/2013 DE 30 DE OCTUBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 024/2014 DE 21 DE ABRIL DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2014

La Paz, 21 de Abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, contra la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 018/2014 de 28 de marzo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 037/2014 de 2 de abril de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 27 de noviembre de 2013, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, representada legalmente por su Representante Legal, Sr. Ángel Luis Maya Román, en mérito al Testimonio de Poder Nº 487/2013, otorgado en fecha 1° de octubre de 2013 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 89 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Elva Elena Ugarteche Lino, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de

2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-183447/2013, con fecha de recepción 3 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 6 de diciembre de 2013, notificado a **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** en la misma fecha, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA ASFI/DSL/R-78043/2012 DE 27 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante nota ASFI/DSL/R-78043/2012 de 27 de junio de 2012, dirigida a **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dejó constancia de los siguientes extremos:

> "…*El Informe Jurídico INFORME/ASFI/DSL/R-74643/2012 de fecha 11 de junio de 2012, concluye que la empresa Servicios Financieros ANGELIAS S.R.L., realiza actividad de intermediación financiera ilegal, al estar captando dinero del público con carácter habitual bajo la modalidad de Deposito* (sic) *en Caja de Ahorro para su colocación en activos de riesgo, sin que se encuentre legalmente autorizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), siendo esta una actividad propiamente de las entidades financieras legalmente autorizadas, por lo que estaría contraviniendo lo señalado por los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001), corresponde aplicar los artículos 8 y 91 de la norma enunciada, el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y la Resolución ASFI Nº 205/2010 de 22 de marzo de 2010.*
>
> *Por lo señalado, y dando cumplimiento a la normativa enunciada, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero le instruye la inmediata suspensión de sus actividades de intermediación financiera ilegal, debiendo proceder a la devolución de los dineros captados ilegalmente*…"

2. NOTA GG/00014/12 DE 9 DE JULIO DE 2012.-

Mediante nota GG/00014/12, fechada en 9 de julio de 2012 y recibida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha siguiente, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** atiende la nota ASFI/DSL/R-78043/2012, concluyendo de la siguiente manera:

"…*Servicios Financieros "Angelías" s.r.l., aplica sus préstamos de dinero bajo el producto Mipyme, con indicador altamente favorable al cliente en sus formas de pago, adecuando sus amortizaciones a la forma de ingresos del cliente, observando puntualmente la actividad económica que realiza, para determinar e incentivar el crecimiento en última instancia.*

- ***SERVICIOS FINANCIEROS "ANGELIAS" S.R.L. en estricta aplicación a su Constitución y en observancia a la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001) DECLARAMOS QUE NO REALIZAMOS ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, POR CONSIGUIENTE, REITERAMOS QUE NO CAPTAMOS DINERO DEL PUBLICO BAJO NINGUNA MODALIDAD POR LO TANTO MENCIONAMOS TAMBIÉN QUE NUESTRAS COLOCACIONES EN ACTIVO DE RIESGO, SE LAS EFECTÚA CON RECURSOS PROPIOS Y BAJO NUESTRA ENTERA RESPONSABILIDAD.***

- ***DE TAL MANERA QUE NO ESTARIAMOS CONTRAVINIENDO LO SEÑALADO POR LOS ARTÍCULOS 3, 4, 5 Y 7 DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS No. 1488.***

Los antecedentes mencionados, imbuyen a nuestra Institución salvar elementos de cualquier ilegalidad, sino mas bien actuar con total transparencia y legalidad posible en el marco de la Constitución Política del Estado Plurinacional y las Instituciones establecidas por Ley para el control…"

3. NOTA ASFI/DSL/R-87654/2012 DE 19 DE JULIO DE 2012.-

Mediante nota ASFI/DSL/R-87654/2012 de 19 de julio de 2012, recibida por **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** en fecha 26 de julio siguiente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero conminó al cumplimiento de lo siguiente:

"…*Dando cumplimiento a lo señalado en el artículo* (sic) *4° y 5° de la sección 2 del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Operaciones de Intermediación Financiera Ilegal, aprobado mediante Resolución ASFI/205/2010 de 22 de marzo de 2010, y al haberse establecido la realización de actividad de intermediación financiera ilegal, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero conmina a la empresa Servicios Financieros ANGELIAS S.R.L. a suspender en forma inmediata la realización de estas actividades ilegales y proceder a la devolución total de los recursos captados en Caja de Ahorro, debiendo remitir a este Órgano de Control y Supervisión un cronograma de devolución de estos recursos e informar sobre las restituciones realizadas, hasta que se verifique la devolución total.*

En caso de incumplimiento a la presente conminatoria y de conformidad al artículo 6° Sección 2 del citado Reglamento, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero procederá a la clausura definitiva de las oficinas de la empresa Servicios Financieros ANGELIAS S.R.L. …"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 560/2013 DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Disponer la* ***CLAUSURA DEFINITIVA*** *de los locales donde la empresa SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS S.R.L. realiza actividades de intermediación financiera ilegal, a nivel nacional.*

SEGUNDO.- *La empresa SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS S.R.L, deberá registrar contablemente y reconocer financieramente los saldos existentes en la Cuenta Acreedores Varios, como amortización de los créditos otorgados a terceros, de manera inmediata.*

TERCERO.- *Queda a cargo del cumplimiento de la presente Resolución la Dirección de Soluciones y Liquidaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…*"

Los argumentos que expone la Resolución Administrativa de referencia, son los siguientes:

"…*Que, mediante nota ASFI/DSL/R-87654/2012 de 19 de julio de 2012, se conminó a la empresa a suspender en forma inmediata la realización de actividades ilegales y proceder a la devolución total de los recursos captados bajo la modalidad de Caja de Ahorro, reclasificada en la Cuenta Acreedores Varios, debiendo remitir un cronograma de devolución de los recursos e informar sobre las restituciones realizadas, hasta que se verifique la devolución total.*

Que, la empresa no dio cumplimiento a lo establecido en la conminatoria de 19 de julio de 2012, al no suspender de manera inmediata la realización de actividades de intermediación financiera ilegal, tampoco procedió a la devolución total de los recursos captados en caja de ahorro, no informó sobre las restituciones realizadas a esta Autoridad de Supervisión, contraviniendo lo establecido en el artículo 4°, Sección 2 del Reglamento de Clausura de Locales que realizan actividades de Intermediación Financiera Ilegal, aprobado mediante Resolución 205/2010 de 22 de marzo de 2010, por lo que corresponde la aplicación del artículo 6°, Sección 2 de la referida Resolución que dispone: "Verificado el incumplimiento a la referida conminatoria y siendo evidente la persistencia de las actividades de intermediación financiera ilegal, ASFI procederá a la clausura definitiva de los locales donde se realizan las actividades de intermediación financiera al amparo del artículo 8° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, previa -a la emisión de la Resolución correspondiente (...)".

Que, en fecha 10 de abril de 2013, una Comisión de Inspección Especial de la Dirección de Soluciones y Liquidaciones, se constituyó en la ciudad de Santa Cruz, a fin de realizar una inspección a la empresa, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe ASFI/DSL/R-101718/2012 de 20 de agosto de 2012, que en lo principal indica que la empresa continúa realizando captación de dinero del público bajo la modalidad de Caja de Ahorro, con financiamiento de préstamos otorgados por la empresa Servicios Financieros Angelías S.R.L.

Que, como resultado del análisis de la Cuenta Acreedores Varios, se estableció que la empresa ha transferido los saldos de la cuenta caja de ahorro a ésta, utilizando la misma para registrar los montos que los prestatarios depositan de forma previa al

vencimiento de sus cuotas, los cuales se acumulan sin ser reconocidos inmediatamente como parte del pago de la deuda, generando un interés adicional, para luego ser amortizadas a la deuda, a la fecha de vencimiento, de acuerdo al Plan de Pagos, evidenciándose de esta forma la captación habitual de recursos del público, incumpliendo lo establecido en la conminatoria, por consiguiente; los informes ASFI/DSL/R-124227/2013 y ASFI/DSL/R-127735/2013 de 20 y 26 de agosto de 2013 respectivamente, recomendaron que ante el incumplimiento a la conminatoria, corresponde emitir la Resolución Administrativa que disponga la clausura definitiva de los locales donde la empresa Servicios Financieros Angelías S.R.L., realiza actividades de intermediación financiera ilegal, a nivel nacional, conforme lo establecido en el Artículo 6, Sección 2 del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Operaciones de Intermediación Financiera Ilegal, aprobado mediante Resolución ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010…"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 2 de octubre de 2013, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa N° 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, exponiendo los siguientes alegatos:

"…***III. FUNDAMENTOS DE DERECHO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 560/2013 de 4 de septiembre de 2013.***

3.1.- *La resolución que impugnamos fue elaborada en fecha 4 de septiembre de 2013, tal cual se evidencia en el propio acto administrativo que si bien ésta decisión de la autoridad reguladora con alcance general o particular como lo es en el caso específico, ha sido notificada a la empresa ANGELIAS S.R.L.* ***el 12 de septiembre de 2013, vulnerando lo establecido en el Decreto Supremo 27175 de fecha*** (sic)***, Sección II Efectos de las Resoluciones, Artículo 22 (Efectos)*** *que dice: "…Las notificaciones* ***en ningún caso se efectuaran después de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión la resolución."*** *(Las negrillas y sublineado es nuestro).*

Por lo expuesto, la Resolución ASFI No. 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, debió ser notificada ***como máximo el 10 de septiembre de 2013****, sin* ***embargo el acto de notificación fue realizado el 12 de septiembre del presente año conjuntamente el Acta de Cierre Definitivo, siendo que el plazo según la disposición citada debió notificarse el 10 de septiembre de 2013.***

Señora Directora, usted podrá comprobar que la ASFI en la vía que corresponde no ha cumplido con lo establecido en el Decreto Supremo 27175, siendo considerado el ***acto nulo de pleno,*** *lo cual tiene su respaldo en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341,* ***artículo 35****:*

"…***incisos*** (sic) ***c)*** *Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido;"*

Ya que la normativa establecida en el D.S. 27175 Art. 22 refiere al inicio de la actividad administrativa del acto en sí, es decir, que es el primer paso que se debe

cumplir para que el Acto Administrativo inicie su vigencia, debiendo notificarse dentro de los 5 días hábiles administrativos computando desde la fecha de elaboración que se tiene, por lo que además se debe aplicar los siguientes incisos del artículo antes referido:

inciso d): *"Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado;" al haber incumplido con la notificación de acuerdo al debido proceso se ha violentado lo establecido en el Artículo 115 parágrafo II de la Constitución Política del Estado. ". El estado Garantiza el derecho al debido proceso..."*

Inciso e) *"Cualquier otro establecido expresamente por Ley". Considerando el carácter genérico del concepto "Ley" como toda "norma" y/o disposición legalmente concebida, constituida y vigente, la norma específica para el caso es el antes citado D.S. 27175, el cual no fue cumplido de conformidad a su artículo 22 por la ASFI (Dirección de Solución y Liquidaciones) ya que lamentablemente el acto que recae en la nulidad por no haberse cumplido con los cinco (5) días establecidos en la norma, no podrá ser subsanada por no contar con otro 10 de septiembre de 2013 dentro del calendario, de forma que no se podrá realizar una enmienda en la notificación del acto y lo que conlleva a su contenido, siendo este extremo respaldado por la amplia jurisprudencia constitucional.*

Por lo expuesto, todos éstos (sic) *elementos descritos y obviados hacen a la* ***NULIDAD DEL ACTO de la RESOLUCIÓN ASFI No. 560/2013 DE FECHA 04 DE SEPTIEMBRE DE 2013.***

3.2.- *Esta transgresión además de otras que describirán* (sic) *más adelante, ha* ***ocasionado el cierre total de nuestra empresa****, y nuestra actividad se ha visto totalmente perjudicada no sólo en cuanto a la actividad en sí, sino, que hemos perdido credibilidad de quienes tenían la confianza en nosotros, haciendo que las personas que estaban realizando la devolución de los montos prestados no tenga dónde dar cumplimiento a esas obligaciones generándoles un perjuicio a ellos y lamentablemente debemos decir también, un perjuicio a nuestra empresa, ya que al precintar las oficinas nos dejó en total indefensión e imposibilitados de nuestro derecho Constitucional al trabajo establecidos en los Artículos 46 y 47de la Norma Suprema, por lo que amparados en el* ***D.S. 27175, Artículo 40 (Efecto Devolutivo).-*** *que a la letra señala:*

"...No obstante, ***tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa****...".*

Por lo expuesto, si bien la ASFI pudo prever dentro de sus atribuciones y/o facultadas otorgadas por Ley que la decisión culminaría con un efecto y/o perjuicio, antes de ejecutar el cierre se debió velar por el cuidado de los usuarios para que éstos no se vean afectados y también el cuidado de la empresa que si bien su misión según los antecedentes de los informes técnicos y el procedimiento empleado por el ente regulador no es otra cosa que cerrarnos, se debió por que se podía prever de que el cierre de cualquier empresa como ocurrió en el caso específico, ***no tenga como consecuencias inmediatas perjuicios económicos irreversibles****, velando por parte del ente regulador una la salida ordenada de las supuestas actividades de que se nos acusa, por lo que hoy además presentamos defensa a través de los descargos que*

se irán describiendo más adelante; por lo que nos vemos en la necesidad además de haber hecho notar la Nulidad del Acto, ***SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN ASFI 560/2013 DE FECHA 4 DE SEPTIEMBRE DE 2013,*** *en base al Art. 40 antes descrito, toda vez que el contenido de la Resolución ASFI No. 560/2012 de 4 de septiembre de 2013 nos genera un perjuicio social de imagen corporativa y un perjuicio económico diario que aun no hemos determinado el monto pero que se tendrá y se los presentará a través de los estados financieros que correspondan, pero ésta defensa no sólo pretende mostrar el tema económico, sino, se tiene además la grave perturbación del interés general (Mercado - Clientes) o como también la decisión y el cómo se llevo la materialización de la Resolución ASFI No.560/2013 lo cual afecta directamente los intereses de los derechos de terceros.*

3.3.- *La Resolución ASFI No. 560/2013 de 04/09/13, en su 3era. Consideración realiza automáticamente la descripción normativa que vela la ASFI, como ser los Artículos 1, 3 numeral 1), artículos 5, 8 entre otros de la Ley de Bancos, las cuales no pedimos se modifiquen o no se apliquen, ya que lo fundamental es definir previamente si la empresa ANGELIAS SRL* ***"trabaja recibiendo depósitos mediante cajas de ahorro…"***

Al respecto, debemos manifestar que si bien mediante notas de descargo que remitimos en dos ocasiones dentro de tiempo hábil y oportuno vía Notas GG0014/2012 de fecha 09 de julio de 2012 y GG0016/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012 explicamos que no realizamos la actividad descrita en el Artículo 1 de la Ley de Bancos No. 1488 (Texto Ordenado), mucho menos realizamos otras descritas y prohibidas, sin embargo, de la lectura clara y concreta de la Resolución hoy impugnada mediante éste recurso de revocatoria podemos evidenciar que en ninguno de los CONSIDERANDOS se tiene presente nuestros descargos debidamente descritos y analizados por la autoridad de regulación, los CONSIDERANDOS cuando tocan nuestros informes o demás documentación del caso ***sólo realizan una mención superficial de éstos pero no hay desglose analítico que demuestre que estamos equivocados, peor aún, no encontramos dentro de la Resolución las conclusiones expresadas de parte de ASFI que nuestros estados financieros demuestran que las mal llamadas cajas de ahorro generaron intereses y ganancias; más al contrario es todo lo opuesto, es decir, NO GENERARON INTERESES O GANACIAS*** (sic)**.**

Por lo que resumimos que no hubo un análisis conforme a lo establecido en la Ley No. 2341, ***artículo 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) inciso e)*** *que dice: "Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente Artículo; y,* (sic)*"*

Ésta situación hace objetivamente demostrable que ASFI vulneró nuestro derecho a la defensa establecido en el artículo 117 numeral I de la C.P.E. que establece textualmente que:

"I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente ***en un debido proceso" (negrillas son nuestras)****.*

Al no haber considerado la fundamentación que reza el art. 28 de la Ley No. 2341, también se demuestra que no se siguió el debido proceso para el efecto, siendo

además que lo establecido en la norma citada es concordante con lo descrito en el Artículo 32 (Requisitos Esenciales) del D.S. 27113 de 23 de julio de 2003 que dice:

"Sin perjuicio de los requisitos exigidos por otras normas, se considera requisito esencial previo a la emisión del acto administrativo:

a) El dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando exista riesgo de violación de derechos subjetivos.

b) El debido proceso o garantía de defensa, cuando estén comprometidos derechos subjetivos o intereses legítimos"

Al respecto debemos manifestar que la Resolución ASFI No. 560/2013 no cuenta con el INFORME JURÍDICO de la DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA ASFI, extremo demostrable en la propia Resolución hoy impugnada ya que no existe un INFORME LEGAL DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA, por lo que no se cumplió con lo establecido en el artículo citado, y si hubiese un Informe Legal de parte de la DSL, éste sólo hace al tema específico que respalda las actividades técnicas de esa dirección, más no así suple lo que debió ser analizado y respaldado por un informe de la Dirección Jurídica QUE REALIZA EL CONTROL DE LEGALIDAD INTERNO, por lo que además podemos concluir que el Acto Administrativo signado con ASFI No. 560/2013 no cumple con lo establecido en los Artículos 27 (…"cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente Ley…"), 28 inciso e) y 29 ("Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se sujetará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico…") todos de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la Resolución impugnada no cuenta CON EL FUNDAMENTO ADECUADO QUE DESVIRTUE NUESTROS DESCARGOS.

3.4. *Los ARGUMENTOS DE CARGO POR PARTE DE ASFI en suma establecían que la empresa ANGELIAS SRL realiza actividad financiera ilegal en virtud a que ésta cuenta con "CAJAS DE AHORRO", sin tener permiso de la autoridad competente. (ASFI).*

Nuestro DESCARGO se resume en que si bien existe la denominación de "CAJAS DE AHORRO", fue producto de que LA EMPRESA QUE NOS HIZO EL SERVICIO PARA CONTRA CON EL SISTEMA (SOFTWARE GÉNESIS) QUE EMPLEAMOS "BAUTIZO" a esa cuenta como "CAJA DE AHORROS", que si bien fue ese el nombre empleado, la ***NATURALEZA, LA FUNCIONALIDAD Y LOS RESULTADOS*** *DE DICHA CUENTA* ***NO HACEN A UNA CAJA DE AHORROS PER SE****, es decir, que la MAL LLAMADA "CAJA DE AHORROS"* ***NO CUMPLE CON LOS PARÁMETROS MÍNIMOS DE LA ACTIVIDAD QUE UNA REAL CAJA DE AHORROS REALIZA, características que las podemos encontrar en EL CÓDIGO DE COMERCIO****, el cual define la operativa de manejo y administración de los depósitos en caja de ahorros, que se describen a continuación:*

"Art. 1362 (FACULTAD DE EFECTUAR DEPOSITOS Y RETIROS). En las cuentas de ahorro, el ahorrista ***podrá hacer depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta*** *a* (a *(sic) vista o con previo aviso de acuerdo a la importancia de los pedidos y con sujeción a la reglamentación respectiva.* ***Estos depósitos son de plazo indeterminado y gozan de los beneficios citados en el artículo 1366 hasta la cantidad máxima de dinero que, para cada titular, señala el reglamento respectivo****." (Arts. 1463* (sic, debió decir *1363*) *a 1368 Código de Comercio). (EL* (sic) *sublineado y las negrillas son nuestras)*

*Sobre el artículo citado, hay facultades para los depósitos y retiros **"El Ahorrista"** podrá hacer **depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta**, exponemos las diferencias reales con nuestro caso:*

*No hay ahorrista, sino, **cliente – deudor**.*

No puede retirar los fondos porque éstos son exclusivamente para cubrir sus obligaciones de acuerdo a modalidades de pago específicas de cada cliente, ya sea que éste deba pagara diariamente, semanalmente o quincenalmente, por lo que no tiene la facultad de libre retiro de lo empozado, salvo que hay terminado de pagar su obligación y exista un saldo a favor.

*Lo aseverado además tiene como prueba DE DESCARGO la **CIRCULAR Cite GC-0001/11/12 emitida por la EMPRESA ANGELIAS SRL en fecha 01 de noviembre de 2012**, la cual en suma Instruye* (sic) *para el Módulo Acreedores Varios (antes denominado Caja de Ahorro) que ésta cuanta* (sic) *sólo será para pagos de cuotas de crédito no pudiendo el cliente realizar retiros de ninguna modalidad.*

*"Art. 1363 (LIBRETA DE AHORRO). Fuera de los comprobantes de contabilidad, **<u>los depósitos y los retiros</u>** se anotarán en una libreta que el Banco deberá proporcionar gratuitamente al depositante, los mismos que deberán guardar conformidad con el movimiento de abonos y cargos de los registros llevados por el Banco." (Sublineado y negrillas son nuestras)*

La empresa Angelias SRL no da Libretas de Ahorro, porque no trabajamos con ahorros.

*"Art. 1365 (INTERESES). **<u>Los depósitos de ahorros devengan intereses capitalizables cada treinta de junio y treinta y uno de diciembre de cada año, salvo que se autorice un plazo menor para la capitalización de intereses.</u>** Las tasas serán establecidas por la autoridad administrativa competente teniendo como base los mínimos y máximos señalados en la disposición legal correspondiente."*

Al respecto y contundentemente se establece que ANGELIAS SRL, NO DEVENGA INTERESES CAPITALIZABLES, por lo que el cliente – deudor no tiene una "ganancia" como tampoco tiene a su favor "intereses", situación que es demostrable mediante los extractos individuales de la cuenta "Acreedores Varios".

Dentro de las acciones correctivas que realizó la empresa fue la de solicitar a la compañía proveedora del software que modifique el título de la cuenta, siendo que ésta nos respondió que lo haría pero en el plazo de un mes. Después de ése (sic) *tiempo, la cuenta fue renombrada con la denominación de "ACREEDORES VARIOS", para respaldo de lo establecido adjuntamos las notas dirigidas a la empresa y la nota que responde considerando el plazo de un mes.*

Por lo expuesto, claramente podemos definir que LA EMPRESA ANGELIAS SRL, no ha trabajado con "CAJAS DE AHORRO" propiamente, ya que además tenemos el Informe Técnico Contable de la empresa que respalda ésta aseveración y que además adjuntamos al presente recurso.

3.5.- *Estos descargos que se basan en conceptos fueron presentados a la ASFI mediante las notas de ANGELIAS SRL No. 0014/2012 y 0016/2013 recepcionadas por ASFI en fechas 10 de julio de 2012 y 20 de septiembre de 2012, respectivamente, sin embargo no se realizó un correcto análisis de nuestros descargos, por lo que hoy solicitamos expresamente de acuerdo a la sana crítica, el derecho a la defensa y al debido proceso, considerar éstos extremos de conformidad al* ***artículo 4 inciso d)*** *"Principio de Verdad Material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil." De la Ley de procedimiento Administrativo no. 2341, por lo que expresamente SOLICITAMOS sean pronunciados por la ASFI, resaltando que en necesario que nuevamente la parte técnica respectiva del ente regulador realice la valoración in situ de los extremos antes vertidos.*

IV. PETITORIO.-

Por todos los antecedentes de hecho y las consideraciones legales que tiene el presente recurso de revocatoria, La (sic) *empresa ANGELIAS SRL solicita muy respetuosamente en virtud al artículo 115 numeral I y II, artículo 117 numeral I de la Constitución Política del Estado, artículo 4 incisos c), d), e) h), l), artículo 11, artículo 13, artículo 16 incisos a), b). e), f), h), l), artículos 27, 28, 29, 30, 35 incisos c), d), e), 47, 48, 52, 71 todas de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2003, artículos 28, 29, 31, 32, 92 todos del Decreto Supremo No. 27113 de fecha 23 de julio de 2003 que reglamenta la Ley No. 2341; artículos 15, 17, 23, 25, 31, 34, 40, 62, todos del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, declarar:*

1ro. NULA DE PLENO DERECHO la RESOLUCIÓN ASFI No. 560/2013 de fecha 4 de septiembre de 2013 por haber contravenido las disposiciones legales específicas citadas en el presente recurso…"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 726/2013 DE 30 DE OCTUBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 726/2013 de fecha 30 de octubre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "***CONFIRMAR*** *la Resolución ASFI N° 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*", por los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar el análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente estableciéndose los siguientes aspectos:

1. Notificación de la Resolución ASFI No. 560/2013 de 4 de septiembre de 2013

La empresa ANGELÍAS SRL hace énfasis al expresar que la notificación con la Resolución ASFI No. 560/2013 de 4 de septiembre de 2013 estuvo fuera de plazo y que de acuerdo al artículo 22 del Decreto Supremo N° 27175, Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", considerado como un acto nulo de pleno derecho.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, al respecto establece que el tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la Ley de Procedimiento Administrativo, artículos 35 al 38. En ese contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho en el Artículo 35 y, por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el Artículo 36. Es claro que la Ley de Procedimiento Administrativo, en concordancia con la doctrina, reconoce la nulidad y la anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo, constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, por sus alcances y efectos, la doctrina estableció ***diferencias fundamentales*** *entre ambos institutos, como la convalidación y saneamiento que se puede hacer de los actos anulables, a diferencia de aquellos sancionados con nulidad de pleno derecho, aspecto que hace que su tratamiento sea distinto y que su invocación combinada sea incompatible. Por otra parte, la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuridicidad si se confronta* (sic) *los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por la ley, con las causales de nulidad señaladas en la Ley. De tal manera que, la falta de notificación oportuna de un acto administrativo, bajo ningún parámetro legal puede constituir motivo de "nulidad" del acto administrativo al no estar contemplado expresamente en el Artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo cual nos remite necesariamente a recordar el denominado principio de especificidad que implica que la nulidad, para operar como tal, debe estar prevista en la Ley. (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005)*

De acuerdo a la revisión del expediente del proceso, se evidencia que la notificación fue realizada el 4 de septiembre de 2013 y notificada a la empresa ANGELIAS el 12 de septiembre de 2013, es decir un (1) día hábil administrativo después de lo que establece la norma en su artículo 22 "…Las notificaciones en ningún caso se efectuarán después de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la resolución".

Sobre el particular, es pertinente enunciar, para el presente incidente, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2006 de 3 de febrero de 2006, que menciona: "…la falta de notificación oportuna de un acto administrativo debe ser analizada en base al principio de trascendencia (…) Es decir, para que sea procedente la declaración de anulabilidad, es necesario la existencia de un perjuicio al administrado y un interés legítimo para su declaración…".

Por el análisis del precedente administrativo, se puede apreciar que el objeto de la notificación no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino a asegurar que la determinación administrativa, objeto de la misma, sea conocida efectivamente por el destinatario, a fin de darle la oportunidad de asumir defensa y pueda acceder a todos los recursos que otorga la ley.

Si bien la empresa ANGELÍAS SRL fue notificada fuera del plazo establecido por norma, ésta no demostró ningún perjuicio ocasionado por el día de retraso en que

incurrió esta Autoridad de Supervisión, ni indefensión por este mismo caso, situación que queda claramente demostrada por la presentación del recurso de revocatoria del que ha hecho pleno uso y al cual se está atendiendo en esta oportunidad.

2. Sobre los descargos presentados y la intermediación financiera ilegal.

De la revisión del expediente presentado, se puede observar la presentación de dos (2) descargos realizados por la empresa ANGELÍAS, las cuales corresponden a los Cites: GG/00014/12 y GG/00016/12 de 9 de julio y 17 de septiembre de 2012 respectivamente.

Descargo N° 1 – Cite: GG/00014/12 de 09 de julio de 2012.

- *Cursa en nuestro poder la notificación por la que se señala que se estaría realizando actividad de intermediación financiera ilegal, mediante la captación de dinero del público, bajo la modalidad de Caja de Ahorro.*

- *La creación de SERVICIOS FINANCIEROS "ANGELÍAS" S.R.L. es de orden estrictamente altruista, sociedad conformada por 5 personas que manejan operaciones dirigidas a sectores deprimidos, las cuales ubicaron las expectativas a realizar préstamos de dinero, optando la modalidad crediticia bajo el producto MIPYME, con destino a capital de operación y producción, dirigidas con apego al sector gremial.*

- *Esta primera etapa la llamamos con mucha claridad "Pruebas Financieras" con un ciclo de colocaciones puerta a puerta y las cobranzas en lo posible también puerta a puerta.*

- *El objeto de la sociedad es efectuar toda clase de operaciones comerciales – financieras que se encuentren normadas por el Código de Comercio y disposiciones legales conexas, siendo éstas enunciativas y no limitativas al realizar:*

    - ✓ *Otorgación de dinero de acuerdo a políticas de crédito*
    - ✓ *Prestar servicios de cobranza*
    - ✓ *Compra y venta de los bienes muebles e inmuebles, vehículos*
    - ✓ *Envío y recepción de dinero del interior y exterior de la República, a través de instituciones afines a esta servicio como ser Money Gram, Boligiros, Western Unión y otros, así como efectuar todos los actos permitidos por ley, quedando plenamente facultada la Sociedad adquirir derechos y contraer obligaciones, realizar toda clase de operaciones actos y contratos civiles, comerciales o de cualquier clase, sin limitación alguna.*
    - ✓ *Realizar prestaciones de servicios en toda actividad que se requiera para el logro de sus objetivos.*
    - ✓ *Servicios de Estado, sin ninguna clase de limitaciones*
    - ✓ *La Sociedad tendrá plena capacidad jurídica para aceptar y contratar según se clase comercial.*

- *Las herramientas tecnológicas con la que cuenta es el Sistema de Información "Génesis", considera en su estructura el Plan de cuentas de acuerdo a normas y reglamentos de ASFI.*

- *Los recursos económicos que utiliza, son propios*

- *Las formas de amortización (Plan de pagos) son a) diaria, b) semanal y c) quincenal.*

- *Cada cliente tiene su cuenta por operación crediticia, por lo tanto el sistema aplica el monto de su cuota, en conformidad al Plan de Pago. El Sistema de Información (Génesis), aplica sus amortizaciones de acuerdo a normas establecidas, donde la estructura de la cuota es: Cuota = capital + interés + formularios.*

- *El Sistema de Información aplica en forma diaria y automática el vencimiento de plan de pagos, las formas de amortización permiten que el cliente pueda procesar su amortización con fecha valor y/o acumular en su cuenta individual (Acreedores varios) hasta completar su cuota y vigentar su operación.*

- *Consideramos que la interpretación al manejo de la cuenta individual está con una Caja de Ahorro, pero es una cuenta acumulativa para el cobro de su cuota para el cobro de su cuota, por la fecha de vencimiento o las altas y bajas en ventas que tiene el cliente, con demora en sus amortizaciones de varios días, entonces debemos procesar el cobro por el módulo con "Autorización de Pago", debitando el monto requerido para amortizar la cuota retrasada, reiterando por orden de monto. (intereses + formularios y capital).*

- *Sobre la estructura contable, su naturaleza es la cartera, mantiene escasa cobertura de garantías hipotecarias, con incidencia en la cuenta CAJA DE AHORRO, recepcionando pagos anticipados de clientes que no llegan a cubrir la cuota pactada, determinando con veracidad "no son captaciones de riesgo".*

- *Para la corrección de aplicaciones, nos contactamos con el proveedor para que en el mediano plazo pueda migrar estas apropiaciones a la cuenta ACREEDORES VARIOS y la subcuenta correspondiente con el concepto y metodología adecuada para esta manera de aplicar estos montos acumulativos de amortización a la cuenta "transitoria" CAJA DE AHORRO.*

- *CONCLUSIÓN.- Servicios Financieros ANGELÍAS SRL aplica sus préstamos de dinero bajo el producto Mipyme, con indicador altamente favorable al cliente en sus formas de pago, adecuando sus amortizaciones a la forma de ingresos del cliente, observando puntualmente la actividad económica que realiza para determinar e incentivar el crecimiento en última instancia. Declaran que no realiza actividad de intermediación financiera, por consiguiente reitera que no capta dinero del público, bajo ninguna modalidad, ya que estas colocaciones se efectúan con recursos propios y bajo su responsabilidad.*

Descargo N° 2 – Cite: GG/00016/12 de 17 de septiembre de 2012.

- *Como efecto del compromiso suscrito mediante Acta de Inspección por funcionarios de ASFI de 17 de agosto de 2012, presentamos descargos y alegatos en la veracidad institucional, explicando que la aplicación del módulo de Caja de Ahorro está destinada única y exclusivamente a acumular montos con destino a la amortización del crédito, montos que posteriormente deben y tienen que ser debitados para la amortización de su crédito. La anuencia del cliente para esta modalidad está referida a los depósitos en su cuenta personal hasta reunir la cuota del crédito con vencimiento semanal y quincenal, para operaciones en estado vigente y en forma muy especial a operaciones que se encuentran en estado de ejecución o en trámite de regularización.*

- *El proyecto Mipyme mantiene una característica de amortización en la medida de que la rotación económica por compras y ventas del negocio del cliente le permita procesar sus controles de crecimiento paulatino.*

- *A la fecha, se habilitó el módulo ACREDORES VARIOS con la subcuenta respectiva que es de 30 días (1 mes), cuya forma de aplicación es:*

  - ✓ *Otorgación de crédito: Al desembolso de la operación se crea la cuenta sólo para acumular montos para el pago de su cuota, con inicio en la fecha desembolso y finaliza y/o cierra la cuenta personal a la amortización total de crédito, no pudiendo realizar retiros parciales bajo ninguna modalidad.*

  - ✓ *Como descargo de las aplicaciones en el Módulo de Caja de Ahorro a la fecha, clientes que tienen operaciones crediticias y que tienen saldo en caja se regularizan con el cobro respectivo y/o la devolución de saldos. Para este objeto presentan el cuadro de regularización con la anuencia y firmas correspondientes.*

  - ✓ *Sobre la observación del punto 2 de ASFI, relativa a las fuentes de financiamiento de capital captados por terceros (público), ANGELÍAS menciona que al ser una sociedad compuesta por cinco socios, los mismos realizamos préstamos personales de familiares y/o parientes a quienes por este concepto se les cancela un interés correspondiente. Para tal efecto el Directorio presenta el Acta de Reunión donde se determina proceder a la devolución de los montos que les corresponda, hasta un término de 4 meses, a partir de la fecha.*

  - ✓ *Sobre la observación al punto 3, que tiene referencia a tasas altas que de acuerdo al Código de Comercio entran al campo de la usura, ANGELÍAS manifiesta que están en el orden del 3% de interés tal cual lo tipifica el Código de Comercio, además se cobran los cargos y formularios que sumados todos los porcentajes alcanzan el promedio de 7.7% en*

microcréditos. Para salvar esa situación, elaboran rangos de tasas de interés a aplicar a todas las operaciones crediticias, teniendo como base el 3% mensual para todas las operaciones, diferenciándolos por los montos.

No.	Variación en Bolivianos	Tasa de interés	Spread
1	200 a 4.000	3%	6%
2	4.001 a 10.000	3%	5.50%
3	10.001 a 15.000	3%	5%
4	15.001 a 25.000	3%	4%
5	25.000 adelante	3%	3%

- ✓ *Sobre la observación 4, referente el control interno, la empresa ANGELÍAS manifiesta que todas las observaciones de orden administrativo, legal y operativo están siendo corregidas, actualizadas y/o cambiadas para el buen control y seguimiento interno.*

Sobre el análisis del descargo No. 1

Realizado a través de la carta Cite: GG/00014/12 de 09 de julio de 2012, esta Autoridad de Supervisión realizó un análisis técnico que se encuentra plasmado en el INFORME ASFI/DSL/R-87546/2012 de 19 de julio de 2012 que en la parte conclusiva menciona: "En consideración de los antecedentes descritos y de la normativa señaladas, se ha establecido que Servicios Financieros Angelías S.R.L. realiza actividades de intermediación financiera ilegal, al captar dinero del público sin contar con autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo cual, corresponde:

- ✓ *Emitir la respectiva Conminatoria, en caso de ser necesario mediante Resolución Administrativa establecer la Clausura en calidad de medida preventiva tal como lo establece el artículo 7 de la sección 1 del Reglamento para Clausura Locales que Realizan Operaciones de Intermediación Financiera Ilegal, aprobado mediante la Resolución ASFI No. 205/2010 de 22 de marzo de 2010.*

- ✓ *Efectuar una inspección in situ, en oficinas de la empresa con el objetivo de verificar la documentación remitida a ASFI, asimismo, obtener información complementaria.*

- ✓ *Realizar el seguimiento a las instrucciones impartidas en la Conminatoria"*

Inspección In Situ

En atención a la recomendación del Informe ASFI/DSL/R-87546/2012 de 19 de julio de 2012, esta Autoridad de Supervisión realizó una inspección in situ en las oficinas de la empresa ANGELÍAS, puntualizándose lo siguiente:

a. *La empresa realiza captación de dinero bajo la modalidad de Caja de Ahorro, en la cual los prestatarios de la empresa realizan depósitos y efectúan retiro de dinero.*

b. *Otorga préstamos generalmente por plazos que no superan de un año, los mismos pueden ser amortizados en forma semanal, quincenal o mensual.*

c. *La tasa de interés que estarían cobrando es del 3% mensual, esta situación se pudo comprobar en el Cronograma de Pagos de Préstamos, asimismo, se observa que a la cuota de capital le son adicionados importes por seguro (nominal), costo de formularios y otros cargos que hacen el total de la cuota a ser amortizada por el deudor.*

d. *La empresa para cubrir los préstamos que otorga recurre a Préstamos o financiamiento de terceros, que son familiares como declara el representante legal, cancelando a los financiadores una tasa de interés por el dinero de aproximadamente 2,5% mensual, situación que encarece el costo de la intermediación.*

e. *Al finalizar la inspección fue levantada un acta, en la que se establecieron los siguientes puntos:*

- ✓ *La captación de recursos del público bajo la modalidad de caja de ahorro y que en fecha 17 de septiembre los ejecutivos se comprometen a regularizar dicha situación.*

- ✓ *Las captaciones de financiamiento del capital provienen de terceros, por lo que, los ejecutivos de la empresa se comprometen a remitir a ASFI el acta de directorio con la finalidad de presentar el cronograma de devolución de estos recursos.*

- ✓ *El compromiso por parte de la entidad de regularizar los cobros adicionales que realizan, considerando lo establecido en el Código de Comercio, para lo cual presentarán a ASFI un Plan de Acción.*

- ✓ *Durante la inspección se hizo conocer a la entidad las observaciones detectadas de control interno.*

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

- *Al momento de la Inspección, la empresa estaría realizando captación del público bajo la modalidad de Caja de Ahorro.*

- *Las fuentes de financiamiento corresponden a préstamos de terceros efectuados a la empresa, que en su mayoría son familiares.*

- *Los cargos adicionales por formularios, cuotas del seguro y otros, encarecen la tasa efectiva del crédito.-*

- *Respecto a los anteriores puntos fue suscrita un acta de compromiso de regularización entre el representante legal de la empresa y los miembros de la Comisión (Lic. Eduardo Rocha, Dra. Silvia Alcón y Lic. Karla Jiménez), que vence el 17 de septiembre de 2012*

<u>Sobre el análisis del descargo No. 2</u>

Realizado a través de la carta <u>Cite: GG/00016/12 de 17 de septiembre de 2012</u>, se tiene que esta Autoridad de Supervisión analizó los tres descargos presentados por la empresa ANGELÍAS, mismos que observan en el Informe ASFI/DSL/R-121353/2012 de 25 de septiembre de 2012, en el cual menciona:

- ✓ *<u>"Captación del Público bajo la modalidad de Caja de Ahorro</u>.- El proyecto del producto MiPyme al tener esta característica de amortización en la medida de que la rotación económica por compras y ventas del negocio del cliente permite procesar sus controles de crecimiento paulatino.*

  Para procesar este tipo de cobranza, solicitamos a nuestro proveedor del Sistema Informático "Génesis" la elaboración de un módulo que caracterice este procedimiento de acumulación, sin utilizar el módulo de Caja de Ahorro. Por lo que a la fecha el módulo "Acreedores Varios" ha sido instalado en el sistema eliminando la utilización del módulo de caja de ahorro.

- ✓ *Como descargo de las aplicaciones en el módulo de Caja de Ahorro, clientes que tienen operaciones crediticias con saldo en caja de ahorro, se regularizan con el cobro respectivo y/o la devolución de saldos, con este fin la empresa presenta un cuadro de regularización que demuestra el saldo nulo en todas las cuentas de ahorro detallada por cliente.*

- ✓ *<u>Las fuentes de financiamiento de su actividad provienen de préstamos de terceros</u>.- La entidad presenta el Acta de Reunión Extraordinaria de Socios No. 003/08/12 de 31 de agosto de 2012, en la que se acuerda devolver a los inversionistas en función a las recuperaciones de cartera en un plazo de cuatro (4) meses, teniendo en cuenta que el plazo promedio de los créditos están en el orden de los tres (3) meses.*

- ✓ *<u>Regularización del tema de tasas altas que son tipificadas como usura de acuerdo al Código de Comercio</u>.- La entidad menciona que la tasa de interés activa que se aplica a las operaciones crediticias están en el orden del 3% de interés, sin embargo, al margen de esas aplicaciones se tiene los porcentajes que se cobran como efecto de cargos y formularios que sumados todos los porcentajes se encuentran en el orden del 7.7%, teniendo muy en cuenta que las operaciones que realizan son microcréditos.*

Para salvar esa observación, elaboraron los rangos de tasas de interés a aplicar a todas las operaciones crediticias, teniendo como base el 3% mensual".

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.- *De la evaluación de los descargos presentados por la empresa Servicios Financieros Angelías SRL, se concluye que los descargos presentados por la entidad, respecto a las observaciones en cuanto a contenido y plazo, son razonables, por lo que se recomienda efectuar una inspección de seguimiento con el objeto de evaluar el cumplimiento de las observaciones efectuadas, una vez cumplido el plazo establecido de devolución del financiamiento a terceros.*

3. Sobre su observación de falta de Informe Legal

El Informe ASFI/DSL/R-127735/2013 de 26 de julio de 2013, establece el Informe Legal sobre la empresa Servicios Financieros Angelías S.R.L., cuyos alcances mencionan la ilegalidad de sus actividades y la conminatoria para proceder a su devolución total, situación que ameritó los pasos correspondientes para la clausura definitiva de la mencionada empresa.

CONSIDERANDO:

Que, por los documentos analizados, se tiene que la empresa ANGELÍAS S.R.L., conformó una empresa comercial con cinco (5) socios cuyo objeto fue el préstamo de dineros a sectores deprimidos, optando por un producto Mipyme con destino a capital de operación y producción con apego al sector gremial. Entre sus múltiples operaciones se encuentran: Otorgación de dinero de acuerdo a políticas de crédito y envío y recepción de dinero del interior y exterior de la República, a través de instituciones afines a ésta como son los servicios de Money Gram, Boligiros, Western Unión, actividades reguladas por esta Autoridad de Supervisión.

Que, dentro del giro de su negocio y por su estructura contable, el procedimiento consistía en recibir aportaciones en la cuenta "caja de ahorro" recepcionando pagos anticipados en cuentas individualizadas de sus prestatarios de manera diaria, semanal o quincenal, la cual acumulaba montos, justificando dicho acúmulo (sic) *para el pago de la cuota parte del crédito otorgado al vencimiento pactado. Esta forma de acumular dinero anticipado es considerada captación de dinero otorgándole a esta Autoridad de Supervisión la potestad de intervenir y controlar estas captaciones (Art. 153 LBEF).*

Que, luego de observaciones por parte de ASFI, la cuenta "caja de ahorro" cambió por el de "Acreedores Varios", reconociendo (la empresa ANGELÍAS) nuevamente que esa cuenta contiene operaciones crediticias que tienen saldos en caja y determinándose en inspección "in situ" que los mismos son nuevamente invertidos, encuadrándose en lo que se denomina "intermediación financiera", interpretada en el ámbito de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, como actividades de carácter habitual, consistente en la recepción de depósitos del público, bajo cualquier modalidad, para su colocación en activos de riesgo y restringiendo estas

actividades sólo a entidades de intermediación financiera autorizadas, tal cual lo establece la mencionada Ley, que además señala que ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de las entidades de intermediación financiera sin autorización previa de la Superintendencia. Mencionando además, que aquellas operaciones que fueron realizadas contraviniendo lo dispuesto en la LBEF son nulas de pleno derecho, sin que esto implique eliminar las responsabilidades civiles y penales de quienes realizaron estas operaciones. ***(Artículo 91 LBEF).***

Que, la esencia de los depósitos que realizan los prestatarios o usuarios del servicio, corresponde a un depósito irregular que tiene como objetivo recibir la propiedad del dinero depositado (ya sea en la cuenta caja de ahorro o acreedores varios) y disponer de él, según las conveniencias de la actividad que presta, con el posterior compromiso de descontar la cuota futura del crédito (a mes vencido), siendo registrada sólo contablemente para fines de exposición y control. En este sentido, se tiene que la empresa ANGELÍAS SRL tiene una cuenta de Préstamo de Terceros M/N que asciende a Bs1.046.021,65 en la gestión 2011, la misma que se incrementó en 47,40% ascendiendo a Bs1.541.856,87 en la gestión 2012. Asimismo, la cuenta Préstamos de Terceros M/E se incrementó en el mismo periodo en 18.11% pasando de Bs984.942,84 a Bs1.163.363,20, generando un interés que asciende a Bs14.765.57 en M/N y a Bs23.687,26 ambos en la gestión 2013.

Que, por otra parte también llamó la atención de esta Autoridad de Supervisión lo manifestado por los socios de la empresa, en sentido de que la sociedad capta financiamiento de terceros familiares y por este concepto les cancela un interés correspondiente. Verificada esta observación, se tiene que, evidentemente la empresa para cubrir los préstamos que otorga recurre a financiamiento de terceros, cancelando a los financiadores una tasa de interés mensual del 3% situación que encarece el costo de la intermediación.

Que, los servicios financieros, la acumulación de dineros depositados por sus clientes, así como el financiamiento de capital otorgado por sus familiares y/o parientes (considerados terceros) a quienes les paga un interés convencional, es interpretada por este Órgano de Supervisión como actividad financiera ilegal, establecida en el artículo 331 de la Constitución Política del Estado que menciona: "Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.

Que, la empresa ANGELÍAS SRL, reconoce tácitamente, con carta Cite: GG/00016/12 de 17 de septiembre de 2012, que las operaciones que venía desempeñando estaban fuera de las normas legales, comprometiéndose a devolver a los inversionistas los montos correspondientes, de acuerdo a las recuperaciones de sus créditos y de esta manera subsanar las observaciones realizadas por este Órgano de Fiscalización, situación que es aceptada (Informe ASFI/DSL/R-121353/2012 de 25/9712), recomendando efectuar una inspección de seguimiento con el objeto de

evaluar el cumplimiento de las observaciones efectuadas, una vez cumplido el plazo establecido de devolución de financiamiento a terceros.

Que, en fecha 12 de septiembre de 2013, mediante Resolución ASFI N° 560/2013 esta Autoridad de Supervisión dispone la clausura definitiva de los locales donde la empresa SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS S.R.L. realiza actividades de intermediación financiera ilegal, a nivel nacional, instruyendo el registro contable y el reconocimiento de los saldos existentes en la cuenta Acreedores Varios, quedando este Órgano Fiscalizador a cargo del cumplimiento de la Resolución dispuesta (…)

CONSIDERANDO: (…)

Que, el Reglamento de Clausura de Locales aprobado por Resolución ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010, establece que verificado el incumplimiento de la referida conminatoria y siendo evidente la persistencia de las actividades de intermediación financiera ilegal, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero procederá a la clausura definitiva de los locales donde se realizan las actividades de intermediación financiera al amparo del artículo 8° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, previa a la emisión de la resolución correspondiente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001, define la intermediación financiera, como la actividad realizada con carácter habitual, consistente en la recepción de depósitos del público, bajo cualquier modalidad, para su colocación en activos de riesgo.

Que, el artículo 3, inciso 1) de señalada Ley N° 1488, establece que son actividades de intermediación financiera y de servicios auxiliares del sistema financiero, recibir dinero de personas naturales o jurídicas como depósitos, préstamos o mutuos, o bajo otra modalidad para su colocación conjunta con el capital de la entidad financiera, en créditos o en inversiones del propio giro, disponiendo el artículo 4 que estas operaciones serán realizadas únicamente por las entidades financieras autorizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 5 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, dispone que ninguna persona, natural o jurídica, podrá realizar habitualmente en el territorio del Estado, actividades propias de las entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, descritas en la citada Ley, incluidos los actos de comercio tipificados por los numerales 4, 5, 8, 12 y 20 del artículo 6 del Código de Comercio, sin previa autorización de constitución y funcionamiento otorgados por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con las formalidades establecidas en esta ley.

Que, el artículo 8 de la misma norma legal (LBEF), establece que esta Autoridad de Supervisión, de oficio o a denuncia presentada, previa comprobación, conminará a la persona o entidad que infrinja el Título I, a poner término a dichas actividades,

asimismo en caso de persistir las actividades efectuadas en infracción a la Ley, se dispondrá mediante resolución administrativa la clausura de sus locales, con la facultad de requerir directamente el apoyo de la fuerza pública, elevando antecedentes al Ministerio Público para el enjuiciamiento de sus personeros o representantes legales.

Que, el primer párrafo del artículo 91 de la misma Ley, establece que ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de las entidades de intermediación financiera, sin autorización previa de la Superintendencia, hoy ASFI. Aquellas operaciones realizadas en contravención a lo dispuesto en este artículo, serán nulas de pleno derecho, sin que esto implique eliminar las responsabilidades civiles y penales de quienes realizaron estas operaciones.

Que, el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, teniendo como objetivos: mantener un sistema financiero sano y eficiente, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.

Que, el artículo 154, en sus numerales 1 al 3 de la referida Ley, establece que son atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, entre otras, vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables.

Que, el artículo 5 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002, aclara que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias, la competencia es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio.

Que, el Parágrafo II del artículo 40 de la misma norma, señala que antes de adoptar la decisión de iniciar el procedimiento, el órgano administrativo competente podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancias del caso.

Que, el artículo 81 de la Ley del Procedimiento Administrativo señala: "En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores, los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente, organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias, donde se identificarán a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso".

CONSIDERANDO:

Que, según el Informe Legal ASFI/DAJ/R-161665/2013 de 24 de octubre de 2013, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, en consideración a los fundamentos legales expuestos en el mismo, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados en Recurso de Revocatoria por la empresa SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SRL, de acuerdo con los principios de sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas, concluyéndose que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, por lo que esa Dirección recomienda la confirmación el acto administrativo señalado…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 27 de noviembre de 2013, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, a cuyo efecto expuso los alegatos siguientes:

"…***3.1 SOBRE LA NULIDAD, EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA.-***

La Resolución ASFI N° 560/2013 que impugnamos mediante nuestro Recurso de Revocatoria, no cumplió con las siguientes consideraciones de orden legal:

A) LA (sic) *Nulidad del Acto, que tiene el fundamento real y necesario para que se considere.*

B) El Debido Proceso, lo cual fue ampliamente desglosado en el recurso antes presentado y que ahora nuevamente lo exponemos y

C) El Derecho a la Defensa, que no sólo refiere a que se acepte el recurso, sino, a que la defensa sea confrontada con la normativa legal expresa y no a consideraciones sin fundamento legal y menos que no tenga respaldo normativo, ya que estaríamos en total indefensión porque no sabemos a ciencia cierta que norma es la que se aplicaría.

DESARROLLO.-

La Resolución ASFI N°. 560/2013 fue elaborada en fecha 4 de septiembre de 2013, misma que fue notificada a la empresa ANGELIAS S.R.L. en fecha ***12 de septiembre de 2013****.*

El Decreto Supremo 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, establece en la Sección II Efectos de las Resoluciones, Artículo 22 (Efectos) *que a la letra señala:*

"Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación y, en su

caso, a partir de su publicación. ***<u>Las notificaciones en ningún caso se efectuaran después de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la resolución."</u>*** *(Las negrillas y sublineado son nuestras).*

La ASFI claramente no cumplió con lo dispuesto en su propia normativa, violando el PRINCIPIO DE TIPICIDAD al omitir expresamente algo definido en la norma y disposición reglamentaria (Art. 73 de la Ley N°. 2341), lo cual se hizo notar expresamente en el Recurso de Revocatoria, sin embargo ahora mostramos cual fue la respuesta de la ASFI sobre el punto:

El contenido de los dos considerandos que se encuentra en la Pág. 5 de la Resolución ASFI 726/2013, la ASFI hace un desglose sobre Principios Fundamentales que se traducen en normas rectoras de la actividad administrativa (Derecho Administrativo), mismos que integran EL BLOQUE DE LEGALIDAD "...estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad", refiriéndose al artículo 4 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

Con lo establecido anteriormente, la propia ASFI nos da la razón, ya que todos los argumentos legales expuestos por nosotros (ANGELIAS SRL) en el Recurso de Revocatoria fueron empleados devenidos de la Ley 2341 artículo 4; la ASFI expresa en la página 5 de la R. ASFI N° 726/2013, "...Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras..." concepto que es nuestra base para hacer (sic) *solicitado puntualmente la* ***NULIDAD DEL ACTO*** *(por el incumplimiento al artículo 22 del DS. 27175 OMISIÓN que tiene como consecuencia una notificación fuera de plazo), al respecto, aclaramos que lo central es el* ***incumplimiento de la ASFI*** *y el resultado del incumplimiento es la Notificación fuera de plazo.*

Por lo descrito en el parágrafo anterior, la ASFI además violentó el principio establecido en la Ley N° 2341, artículo 4, cuyo ***inciso c) PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY dice:***

"La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;..."

De lo descrito anteriormente, claramente se tiene sin entrar a "interpretaciones" como pretende la ASFI, que como administrador público debió someterse plenamente a la ley, es decir, a lo que establece la Ley N° 2341, pero específicamente al D.S. 27175 que lo regula al establecer en el Art. 22 el plazo para la notificación de la Resolución, por lo que ***<u>DEBIÓ CUMPLIR CON LA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 560/2013 de fecha 4 de septiembre de 2013, el día miércoles 11/09/13 Y NO ASÍ EL 12/11/13,</u>*** *que además dicho incumplimiento es <u>reconocido por la propia institución reguladora</u>.*

La ASFI en su condición de REGULADOR debe asegurar el DEBIDO PROCESO EN TODAS SUS ACTUACIONES, caso contrario, no pueden exigir que el administrado cumpla y ellos tergiversen bajo el manto de la "interpretación" dando nuevas e ilegales facultades para no cumplir con su norma procedimental madre.

El incumplimiento al DEBIDO PROCESO no sólo queda en no cumplir con el D.S. N° 27175 artículo 22, tampoco se limita a lo establecido en la Ley No. 2341, artículo 4 inciso c) ***Principio de sometimiento pleno a la Ley,*** *sino que, además recae la omisión del acto en el* ***Art. 35 de la Ley N° 2341 inciso d):*** *"Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; que refiere a la* ***NULIDAD DEL ACTO.***

Señor Viceministro, conocemos que EL DEBIDO PROCESO ESTA RESGUARDADO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO en su Art. 115 numeral II., entonces, el no cumplir con lo establecido en la norma específica DS 27175, art. 22 (MANDATO DE NOTIFICAR DENTRO DE LOS 5 DÍAS DESPUÉS DE EMITIDA LA RESOLUCIÓN), también confirma lo establecido en el inciso e) del art. 35 de la Ley N° 2341, que dice: ***"Cualquier otro establecido expresamente por ley.";*** *Que* (sic) *se entiende de éste inciso?, que otro elemento mediante el cual se aplica la NULIDAD por no haberse cumplido con el debido proceso, precepto establecido en el Art. 115 numeral II de la CPE y además en la norma específica, la cual debió emplear la ASFI para la notificación según se establece en el DS 27175, art. 22.*

De lo expuesto, no se requiere interpretación alguna para identificar o camuflar la VIOLACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, A LA LEY Nº 2341 D.S. 27113 Y A LA NORMA ESPECÍFICA D.S. 27175, como pretende la ASFI en el desarrollo de la Resolución 726/2013 de fecha de 30 de octubre de 2013.

Otro elemento a considerar, es que éstas tienen mayor rango jerárquico según el Art. 4 inciso h) de la Ley N° 2341 a una ***interpretación*** *que la ASFI pretende dar o a la supuesta jurisprudencia copiada en la respuesta al recurso de revocatoria que además no se tiene antecedentes si se refiere a un caso similar o inclusive si éstas al final salen procedentes o improcedentes para el administrado o el ente regulador; por último, si su "jurisprudencia" como base de su defensa no es dada a conocer mediante una copia al administrado conjuntamente la Resolución mediante la cual confirman, no podemos leerla en su integridad, analizarla y llegar a estar convencidos de la legalidad o en su defecto podamos recurrir con mayor seguridad jurídica, lo cual el no adjuntar copia in extenso de las citadas Resoluciones no marca jurídicamente parámetros completos* ***como tampoco SE NOS HA NOTIFICADO CON EL INFORME LEGAL ASFI/DAJ/R-161665/2013, QUE NO EXISTÍA EN LA ANTERIOR RESOLUCIÓN ASFI N° 560/2013 <u>y que ahora si se la menciona</u>*** *y QUE SIEMPRE LA PRÁCTICA DE LA ASFI HA SIDO DAR A CONOCER CONJUNTAMENTE LA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN, ADEMÁS MOSTRAR A SU AUTORIDAD QUE COMO* ***<u>DOCUMENTO "NUEVO" DENTRO EL PROCESO ADMINISTRATIVO DEBE SER DE CONOCIMIENTO DE LA OTRA PARTE. CASO CONTRARIO SE "OCULTA" UN NUEVO ELEMENTO POR LO QUE PONE EN INDEFENCIÓN A LA EMPRESA ANGELIAS SRL.</u>***

*En suma señor Viceministro, para el presente punto, puede usted verificar que la Resolución ASFI 560/2013 NO CUENTA CON EL INFORME DE LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ASFI (ASFI/**DAJ**/R-xxx), Y QUE EN ÉSTA NUEVA RESOLUCIÓN ASFI N° 726/2013 SI CUENTA CON DICHO INFORME (ASFI/**DAJ**/R-161665/2013 de 24 de octubre de 2013).*

En suma TODAS las Resoluciones tienen el soporte legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos, además del informe legal del área o dirección responsable y en el caso específico se obvio este aspecto y la ASFI no se pronunció con fundamento legal expreso al respecto, otro elemento es que el INFORME LEGAL ASFI/DAJ/R-161665/2013 de 24 de octubre de 2013; NO HA SIDO PUESTO A NUESTRO CONOCIMIENTO, , de forma que éste acto preparatorio que sería pilar fundamental de la Resolución ASFI N° 726/2013 nos es desconocido y que si bien se lo considerado en la Resolución antes citada, es inexistente para nosotros, por lo que Por lo expuesto, consideramos que en ésta instancia dentro del CONTROL DELEGALIAD ustedes podrán evidenciar además de éste elemento otros de mayor envergadura legal.

La ASFI en la pág. 6 de la R. ASFI N° 726/2013 en sus dos primeros parágrafos quiere confundirnos al exponer elementos de la nulidad con elementos de la anulabilidad, sabiendo que éstos están claramente expresados y diferenciados en la Ley de Procedimiento Administrativo, artículos 35 y 36 verificando las marcadas diferencias entre sí.

En el parágrafo tercero de la página antes citada, la ASFI nuevamente quiere desviar la atención al hablar de la convalidación de los actos, situación que tampoco hace a nuestro caso, sabiendo que éste aspecto está en el art. 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo por lo que innecesariamente lo expone, ya que la NULIDAD expuesta por nosotros fue expuesta de forma clara en el Recurso de Revocatoria de forma que no hay confusión para que la ASFI sustente con la ANULABILIDAD.

En la Página 7 de la R. ASFI 726/2013, primer parágrafo, la ASFI cita a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2006 de 3 de febrero de 2006, que menciona: "...la falta de notificación oportuna de un acto administrativo debe ser analizado al principio de trascendencia (...) Es decir, para que sea procedente la ***declaración de anulabilidad,*** *es necesario la existencia de un perjuicio al administrado y un interés legítimo para su declaración..." (Las negrillas y sublineado es nuestra)*

Al respecto cabe señalar dos aspectos:

1.- Que la empresa ANGELIAS SRL, ***jamás solicito*** (sic) ***LA ANULABILIDAD DE ALGÚN ACTO****, entonces la ASFI de dónde saca éste extremo?, NUESTRO RECURSO DE REVOCATORIA solicitó la* ***NULIDAD DEL ACTO****, PORQUE LA ASFI NO CUMPLIÓ SU PROPIO DS N° 27175 art. 22, en ningún momento solicitamos o expresamos algo sobre la ANULABILIDAD, entonces señor Viceministro, de dónde sale esté argumento legal de la ASFI?, a dónde ésta dirigido?, a que petición del hoy recurrente responde?, pues vemos claramente que la dirección pertinente de la ASFI no tomó su responsabilidad de responder a nuestros pedidos de forma expresa, prueba de ello lo antes citado con lo que DEMOSTRAMOS QUE LA ASFI NO VALORA APROPIADAMENTE LOS ANTECEDENTES DE DESCARGO QUE PRESENTAMOS, VIOLANDO EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO*

(ART. 115, II) y además del respaldo que tenemos en la amplia jurisprudencia constitucional.

2.- Señor Viceministro, de lo establecido por la ASFI sobre "...la existencia de un perjuicio al administrado y un interés legítimo para su declaración..." al respecto, la empresa ANGELIAS SRL estableció en el recurso de revocatoria presentando que la determinación de la autoridad reguladora (Cierre Definitivo) no fue emitido considerando que dicha medida se la adopto (sic) *sin realizar el análisis primario de precautelar que éste cierre no genere perjuicios al administrado y con todo el interés legítimo que tenemos SOLICITAMOS en el recurso de revocatoria como lo hacemos nuevamente a vuestra autoridad que el ente regulador al no realizar el análisis respectivo que en suma es el de velar por los resultados que sus determinaciones tienen, como ser, la de prever si el "cierre" además de afectar a la persona jurídica a la cual se la sanciona, ver si la sanción también llega a las personas naturales que son directamente afectadas con la decisión, es decir, que observamos que la ASFI sanciona con el CIERRE, que ya es una sanción, pero la empresa como tal además de esa sanción recibe una SEGUNDA SANCIÓN que es la de dejar de trabajar ipso facto, con lo que se debe agregar que no puede hacer valer los derechos que tiene frente a terceros (TERCERA SANCIÓN), y poder en su caso recuperar su patrimonio que fue prestado a los clientes, por lo que en suma podemos establecer que la propia ASFI no cumple con su principio llamado SALIDA ORDENADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA, entonces ésta SANCIÓN no ha sido analizada por la ASFI o en su caso, muy conscientes de ello dejan en indefensión a las personas que invirtieron su patrimonio, sin poner en riesgo el patrimonio de los clientes, pero ésta cadena de sanción tras sanción también pone en indefensión al CLIENTE ya que éste no tiene un lugar para poder cumplir con sus obligaciones de pago que aún están pendientes por la simple determinación ipso facto de la ASFI, siendo que LA OBLIGACIÓN CONTRAÍDA por los clientes SUBSISTE, POR LO QUE EL DERECHO DEL ACREDOR ES VIGENTE Y SOLO EL CLIENTE ES QUIEN ESTÁ INCUMPLIENDO LOS PLAZOS mismos que son un perjuicio producto de la inobservancia de la ASFI porque no hay una oficina que tenga plena facultad de abrir y recibir las devoluciones hasta culminar con ellas, considerando que la ASFI jamás mencionó que las obligaciones y/o el contrato entre partes es ilegal.*

3.2 SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO.-

Sobre la Suspensión del Acto, el DS 27175, art. 40 dice: ***"...tratándose de un acto que causen*** (sic) ***un perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dicto la resolución podrá, fundando su decisión suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI, podrá hacerlo dentro del recurso jerárquico.***

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros." *(Las Negrillas son nuestras)*

LA ASFI TUVO LA FACULTA (sic) *A TRAVÉS DEL ART. 40 DEL D.S. 27175 DE SUSPENDER LA EJECUCIÓN DEL ACTO HASTA QUE SE AGOTE LA VÍA ADMINISTRATIVA, DICHA SITUACIÓN ADEMÁS VA DE LA MANO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 116 NUMERAL I REFERIDO* ***A SER INOCENTE HASTA QUE POR RESOLUCIÓN EJECUTORIADA SE DECLARA LA CULPABILIDAD****, SITUACIÓN QUE NO FUE TOMADA ENCUENTA POR LA ASFI incluyendo que ésta entidad conoce que toda Resolución Administrativa es sujeta a impugnaciones a través de los recursos administrativos vigentes, pudiendo establecerse bajo el manto de la supuesta "Actividad Financiera Ilegal" instruir el paro de las actividades de la empresa para que ésta realice una salida ordenada de la actividad que realiza, suspendiendo la ejecución del acto hasta agotar la vía administrativa.*

Debemos recordar que la ASFI dentro de su propia jurisprudencia ha establecido la materialización de la SALIDA ORDENADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA INCLUSIVE CUANDO EL DINERO QUE LA ENTIDAD OBSERVADA TENÍA ERA PRODUCTO DE CAPTACIÓN DIRECTA DE RECURSOS DEL PÚBLICO, siendo el caso de la empresa ANGELIAS SRL sus propios recursos, por qué la ASFI cuando hay una mayor gravedad otorga el beneficio antes descrito y en nuestro caso cuando sólo son 5 personas que colocaron y arriesgaron su propio patrimonio, la autoridad no lo emplea, debiendo considerar que la empresa ANGELIAS SRL aun (sic) *sigue pagando alquileres, servicios básicos y planilla de personal, puesto que en su momento la ASFI conocía que el procedimiento administrativo no culminó con la emisión de la Resolución N° 726/2013, por lo que es necesario considerar ésta solicitud a la brevedad posible.*

Señor Viceministro, usted podrá observar que la ASFI dicto un acto administrativo con todos los efectos negativos antes descritos sin realizar el "análisis correspondiente", la Empresa ANGELIAS SRL, fundamentó, la imperiosa necesidad de suspender los efectos de la Resolución ASFI N° 560/2013 de fecha 04 de septiembre de 2013, pero ésta petición fue negada según se ve en la página 16, primer Considerando, segundo parágrafo, la cual se negó por:

"...esta Autoridad de Supervisión considera que ***por criterios de reputación prudencial no se suspenda la ejecución de la Resolución N° 560/2013*** *de* ***4*** *de septiembre de 2013..." (Las negrillas u* (sic) *sublineado son nuestras) Señor Viceministro, según el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que:*

"Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad,..."; concordante con el artículo antes descrito la norma también establece en su artículo 72 (Principio de Legalidad). "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas ***hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables."*** *(Las negrillas y sublineado son nuestras).*

Al respecto, es claro que la ASFI por criterios de Regulación no suspendió la ejecución de la Resolución ASFI N° 560/2013, pero ya vimos que el art. 73 es muy claro, ***la***

determinación de la ASFI al respecto nos sanciona, *por lo que tiene que estar en una norma expresa y no así en un criterio de regulación que "solo ellos lo conocen", otro elemento que la ASFI no consideró en éste punto como en todos los demás es que NO MOTIVA SUS POSTURAS O DETERMINACIONES COMO LO establece el Art. 31 (Motivación) del D.R. N° 27113 de fecha 23 de julio de 2003, que a la letra dice:*

"I. Serán motivados los actos señalados en el artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo y además los que:

...c) Resulten de atribuciones discrecionales

II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias... consignará las razones de hecho y de derecho qu (sic) *justifican el dictado del acto, individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión.*

III. ...antecedentes o resoluciones previas, no reemplazará a la motivación exigida en este Artículo"

Por lo expresado en el artículo 30 antes citado, define que la administración a través de la discrecionalidad deberá motivar sus actos, cosa que si la ASFI en un supuesto habría discrecionalmente decidido establecer que a través de su ***criterio de regulación decir que no a nuestra petición de Suspensión del Acto, debió cumplir con lo establecido en el art. 30 del D.S. 27113****.*

No desconocemos que la ASFI tiene atribuciones constitucionales además de las establecidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras texto Ordenado, las cuales están en las normas plenamente escritas, es decir, a la vista y conocimiento de todos los que se encuentran involucrados en las actividades financieras reguladas o no, pero no puede en el ámbito del derecho administrativo existir "normativa" que sea subjetiva e inmaterial como ser un ***criterio,*** *es decir, que de un criterio que no está normado se determine la existencia de obligaciones, la cual está además fuera de la ley, es decir, que son inmateriales, no están desglosadas en ninguna norma y que tampoco cuenta con la fundamentación de hecho y derecho para darse, por lo que la* ***ARBITRARIEDAD*** *elemento que no puede ningún funcionario público menos una institución pública emplearla para decidir sobre algo,* ***pues lamentablemente ha sido empleada por la ASFI para decir que no ha lugar la SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 560/2013 DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2013.***

Al respecto pedimos en ésta instancia verifiquen si la ASFI tiene una norma (favor de decirnos que número tiene y cuando ha sido aprobada y publicada) y si ésta tiene expresamente el criterio del ente regulador y/o como base la ARBITRARIEDAD de la Autoridad para que pueda considerar subjetivamente la negación a una petición sin fundamento de hecho y legal; además solicitamos que en ésta instancia se analice objetivamente la SUSPENCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 560/2013 de 4 de Septiembre de 2013, toda vez que se ha cumplido de nuestra parte con lo establecido en el Art. 40 del D.S. 27175 para el efecto y aun seguimos soportando los

gastos de alquiler de oficinas, gastos fijos y planilla de empleados por la ***norma establece que si no se pronuncia favorablemente la autoridad que dictó el acto, es la autoridad jerárquica que podrá hacerlo, considerando que el seguir pagando los elementos antes expresados estamos irrogando gastos y daños graves, por lo que consideramos que en ésta instancia se pronuncie al respecto a la brevedad.***

Continuando con lo establecido en la página N°. 17 de la R. ASFI N° 726/2013, la ASFI coloca toda la normativa que solo hace a la actividad de éste ente, lo propio sucede en la página 18 en la cual ya propiamente desglosan artículos que claramente reflejan lo que la norma dice en contraposición de los fundamentos para no proceder con la Suspensión de la Ejecución de la Resolución N° 560/2013.

Sin embargo hacemos notar que tampoco desglosan la Normativa que refiere e identificación de la definición de CAJAS DE AHORRO, mucho menos encontramos que características tiene el MANEJO de una CAJA DE AHORRO, es decir, nosotros hemos hecho conocer que las CAJAS DE AHORRO TIENEN COMO CARACTERÍSTICA según el CÓDIGO DE COMERCIO QUE:

ÉSTE CÓDIGO define la operativa de manejo y administración de los depósitos en caja de ahorros, que se describen a continuación:

"Art. 1362 (FACULTAD DE EFECTUAR DEPÓSITOS Y RETIROS). En las cuentas de ahorro, el ahorrista ***podrá hacer depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta*** *a (a vista o con previo aviso de acuerdo a la importancia de los pedidos y con sujeción a la reglamentación respectiva.* ***Estos depósitos son de plazo indeterminado y gozan de los beneficios citados en el artículo 1366 hasta la cantidad máxima de dinero que, para cada titular, señala el reglamento respectivo."*** *(Arts. 1463* (sic, debió decir *1363) a 1368 Código de Comercio). (EL* (sic) *sublineado y las negrillas son nuestras)*

*Sobre el artículo citado, hay facultades para los depósitos y retiros "****El Ahorrista****" podrá hacer* ***depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta****, exponemos las diferencias reales con nuestro caso:*

a) No hay ahorrista, sino, ***cliente –deudor****.*

b) No puede retirar los fondos porque éstos son exclusivamente para cubrir sus obligaciones de acuerdo a las modalidades de pago específicas de cada cliente, ya sea que éste deba pagar diariamente, semanalmente o quincenalmente, por lo que no tiene la facultad de libre retiro de lo empozado, salvo que haya terminado de pagar su obligación y exista un saldo a favor.

Lo aseverado además tiene como prueba DE DESCARGO la ***CIRCULAR Cite GG-0001/11/12 emitida por la EMPRESA ANGELIAS SRL en fecha 01 de noviembre de 2012****, la cual en suma instruye para el Módulo Acreedores Varios (antes denominado Caja de Ahorro) que ésta cuenta sólo será para pagos de cuotas de crédito no pudiendo el cliente realizar retiros de ninguna modalidad.*

"Art. 1363 (LIBRETA DE AHORRO). Fuera de los comprobantes de contabilidad, los depósitos y los retiros se anotarán en una libreta que el Banco deberá proporcionar gratuitamente al depositante, los mismos que deberán guardar conformidad con el movimiento de abonos y cargos de los registros llevados por el Banco." (Sublineado y negrillas son nuestras)

La empresa Angelias SRL no da Libretas de Ahorro, porque no trabajamos con ahorros.

"Art. 1365. (INTERESES). ***<u>Los depósitos de ahorros devengan intereses capitalizabas cada treinta de junio y treinta y uno de diciembre de cada año, salvo que se autorice un plazo menor para la capitalización de intereses.</u>*** *Las tasas serán establecidas por la autoridad administrativa competente teniendo como base los mínimos y máximos señalados en la disposición legal correspondiente." (El sublineado y las negrillas son nuestras)*

Al respecto y contundentemente se establece que ANGELIAS SRL, NO DEVENGA INTERESES CAPITALIZABLES, por lo que el cliente - deudor no tiene una "ganancia" como tampoco tiene a su favor "intereses", situación que es demostrable mediante el informe técnico contable adjunto en ANEXOII (sic).

Todo lo expuesto señor Viceministro ha sido argumento legal de descargo expresado a la letra en el Recurso de Revocatoria presentado por la empresa ANGELIAS SRL en contra de la Resolución No. 560/2013, pero de la lectura y análisis in extenso que se puede realizar de la respuesta a nuestro recurso la cual la ASFI lo hizo a través de la Resolución ASFI 726/2013, NO SE ENCUENTRA ASPECTO LEGAL ALGUNO QUE REFIERA A ÉSTE PUNTO, SIENDO FUNDAMENTAL EL DE DILUCIDAR PARA TENER CLARO SI LA EMPRESA ANGELIAS SRL REALIZABA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA ILEGAL (COMO LA ASFI LO DICE) A TRAVÉS DE LAS MAL LLAMADAS "CAJAS DE AHORRO", el no tener pronunciamiento expreso sobre éste punto fundamental, que nos dice?, que la ASFI NO VALORÓ NUESTROS DESCARGOS, ES MÁS NI LOS CONSIDERÓ, estando abundantemente descrito en el recurso previo, pues esta ***<u>OMISIÓN según la normativa es atentatorio al DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO A LA DEFENSA</u>****, establecido en:*

La CPE, artículo 115 numeral II "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa…"

<u>También vulnera la siguiente normativa:</u>

1.-Ley de Procedimiento Administrativo N°. 2341, artículos:

"Art. 4.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).

c) ***Principio de sometimiento pleno a la ley:*** *La administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;"*

"***Art. 28.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) inciso e) Fundamento:*** *Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico.*"

"***Art. 30.- (Actos Motivados).*** *Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:*

a) Resuelvan recursos administrativos."

AL D.S. N° 27113 QUE REGLAMENTA A LA LEY N° 2341.

Art. 28.- (Objeto del Acto Administrativo). I. El objeto del acto administrativo es la decisión, certificación o ***juicio de valor sobre la materia sujeta a conocimiento del órgano administrativo. El acto debe pronunciarse, de manera expresa, sobre todas las peticiones y solicitudes de los administrados..."*** *(Las negrillas y sublineado son nuestras)*

Señor Viceministro, sólo considerando el Art. 28 del D.S. N°. 27113, se puede determinar que la ASFI al no responder puntualmente sobre la normativa del Código de Comercio que respalda la actividad de una verdadera caja de ahorros, habría VULNERADO EL ARTÍCULO ANTES CITADO, CON LO QUE AL REALIZAR UN CONTROL DE LEGALIDAD ES OTRO ELEMENTO QUE EN ÉSTA INSTANCIA TAMBIÉN DEBE TENER PRONUNCIAMIENTO EXPRESO.

Por último, la ASFI en la página 19 de la R. ASFI 726/2013, da su respuesta al Recurso de Revocatoria establece en el cuarto parágrafo que: "...el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: "En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores, los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente, organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias...circunstancias relevantes para el caso."

Al respecto señor Viceministro, hemos visto que tanto en el procedimiento seguido antes de la emisión de la Resolución N° 560/2013 de 4 de septiembre de 2013 los técnicos de la ASFI no han valorado ni revisado los ESTADOS FINANCIEROS DE ANGELIAS SRL EN EL CUAL PUEDEN VERIFICAR CONTABLEMENTE QUE:

a) (sic) *ésta empresa no ha manejado o administrado las mal llamadas cajas de ahorro como cualquier otra entidad financiera que le da un* ***INTERESES*** *en beneficio de su titular, por lo que* ***NO HUBO GANANCIAS*** *favorables al titular, TODA VEZ QUE ÉSTOS SÓLO ERAN PARA AMORTIZAR LA DEUDA CONTRAÍDA, POR LO QUE* ***TAMPOCO HAN SIDO COLOCADOS COMO CAPITAL DE RIESGO****.*

IV. CONCLUSIONES.-

Señor Viceministro, se ha podido observar tanto en la Resolución ASFI 560/2013 de fecha 04 de septiembre de 2013, que la ASFI activó sus mecanismos para determinar que la empresa ANGELIAS SRL realiza la supuesta "actividad financiera ilegal", pero no analizó los descargos presentados apropiadamente, se fue a la forma y superficie

de éstos, pero no al fondo, inclusive previo la emisión de la resolución citada, ya que al no verificar los estados financieros apropiadamente para determinar si las mal llamadas cajas de ahorro funcionaban o tenían características que están claramente definidas en el Código de Comercio.

Nuestro Recurso de Revocatoria tiene puntualmente los fundamentos de derecho que además de ser la defensa de la empresa, los fundamentos no han sido tocados, analizados puntualmente, es decir, que la ASFI no determinó el fondo, claro ejemplo es que su respuesta mediante la Resolución ASFI N° 726/2013 de 30 de octubre de 2013 no se volvió a considerar varios puntos, ignorándolos sólo nos puso en completa indefensión, además de incluir la vasta normativa antes descrita, ya que sabemos que a cada punto la autoridad pública vigente debe pronunciarse conforme al debido proceso establecido en la normativa vigente como ser el D.S. 27113, que reglamenta a la Ley N° 2341, en sus artículos 28 y 31.

V PETITORIO

Por todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el Recurso de Revocatoria como en el presente Recurso Jerárquico, solicitamos:

1.- Revocar totalmente la Resolución ASFI No. 726/2013 de fecha 30 de octubre de 2013, en virtud a todos los fundamentos legales expresados en el Recurso de Revocatoria como los desglosados en el presente Recurso Jerárquico, como ser en suma la violación AL DEBIDO PROCESO, AL DERECHO A LA DEFENSA, las vulneraciones a la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, su Decreto Reglamentario No. 27113 y al D.S. 27175 que Reglamenta (sic) *a la ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y en consecuencia se Revoca* (sic) *totalmente la Resolución N°* ***560/2013 de fecha 04 de septiembre de 2013****...*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Emergente de una denuncia presentada por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la misma, mediante nota ASFI/DSL/R-87654/2012 de 19 de julio de 2012 y en apego al Reglamento de Clausura de Locales aprobado por la Resolución Administrativa ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010, instruyó a **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS**

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, "*suspender en forma inmediata la realización de estas actividades ilegales y proceder a la devolución total de los recursos captados en Caja de Ahorro, debiendo remitir a este Órgano de Control y Supervisión un cronograma de devolución de estos recursos e informar sobre las restituciones realizadas, hasta que se verifique la devolución total*", bajo apercibimiento de procederse "*a la clausura definitiva de las oficinas de la empresa*".

El informe ASFI/DAJ/R-161665/2013 de 24 de octubre de 2013, expresa que no obstante que la ahora recurrente tuvo la oportunidad de presentar sus alegatos impugnatorios contra tales determinaciones, el Ente Regulador estableció que: "*la empresa ANGELÍAS SRL, no dio cumplimiento a lo establecido en la conminatoria de 19 de julio de 2012, no procedió a la devolución de los recursos captados, no envió un cronograma de devolución de los recursos en su totalidad y tampoco informó sobre las restituciones realizadas*".

Por efecto de ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013 y con el fundamento de no haberse suspendido "*la realización de actividades de intermediación financiera ilegal*", dispuso "*la **CLAUSURA DEFINITIVA** de los locales donde la empresa SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS S.R.L. realiza actividades de intermediación financiera ilegal*", y que la misma proceda a "*registrar contablemente y reconocer financieramente los saldos existentes en la Cuenta Acreedores Varios, como amortización de los créditos otorgados a terceros*".

Recurrida de Revocatoria tal determinación, dio lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió confirmar la anterior, presentándose entonces el Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

2.1.1. Acerca de la notificación realizada fuera de plazo.-

- **Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003:**

  "…***Artículo 22.- (Efectos).*** *Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación y, en su caso, a partir de su publicación.* ***Las notificaciones en ningún caso se efectuarán después de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la resolución***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.1.2. Acerca de la intermediación financiera ilegal.-

- **Constitución Política del Estado:**

  "…***Artículo 331.***

  Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del

ahorro, son de interés público y ***sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado****, conforme con la ley…*"

- **Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001):**

"…***ARTICULO 1º.-*** *Para efectos de la presente Ley, se usarán las siguientes definiciones, siendo las mismas de carácter indicativo y no limitativo:* (…)

Intermediación financiera	*Actividad realizada con carácter habitual, consistente en la recepción de depósitos del público, bajo cualquier modalidad, para su colocación en activos de riesgo* (…)

ARTICULO 3º.- *Son actividades de intermediación financiera y de servicios auxiliares del sistema financiero, las siguientes:*

1. Recibir dinero de personas naturales o jurídicas como depósitos, préstamos o mutuos, o bajo otra modalidad para su colocación conjunta con el capital de la entidad financiera, en créditos o en inversiones del propio giro (…)

ARTICULO 4º.- *Las actividades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros señalados en el artículo anterior, serán realizadas por las entidades financieras autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras -* aquí y en las otras menciones similares, léase *Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero-* (…)

ARTICULO 5º.- *Ninguna persona, natural o jurídica, podrá realizar habitualmente en el territorio de la República, actividades propias de las entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros descritas en la presente ley, incluidos los actos de comercio tipificados por los numerales 4, 5, 8, 12 y 20 del artículo 6º del Código de Comercio, sin previa autorización de constitución y funcionamiento otorgados por la Superintendencia, con las formalidades establecidas en esta ley* (…)

ARTICULO 8º.- *La Superintendencia de oficio o a denuncia pública presentada ante la Superintendencia, previa comprobación, conminará a la persona o entidad que infrinja el presente título a poner término a dichas actividades. De persistir la infracción, la Superintendencia, dispondrá mediante resolución administrativa la clausura de sus locales, con la facultad de requerir directamente el apoyo de la fuerza pública, elevando antecedentes al Ministerio Público para el enjuiciamiento de sus personeros o representantes legales* (…)

ARTICULO 91º.- *Ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de las entidades de intermediación financiera, sin autorización previa de la Superintendencia. Aquellas operaciones realizadas en contravención a lo dispuesto en este artículo, serán nulas de pleno derecho, sin que esto implique eliminar las responsabilidades civiles y penales de quienes realizaron estas*

operaciones (…)

ARTICULO 153º.- *La Superintendencia, órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país* (…)*, tendrá los siguientes objetivos:*

1. *Mantener un sistema financiero sano y eficiente.*
2. *Velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.*

ARTICULO 154º.- *Son atribuciones de la Superintendencia:*

1. *Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera.*
2. *Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera.*
3. *Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables…*"

- **Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, aprobado por la Resolución Administrativa ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010:**

Sección 1

"*…Artículo 1. Objeto. El presente reglamento tiene por objeto establecer el procedimiento para el tratamiento de actividades de intermediación financiera ilegal, cometidas por personas naturales o jurídicas, en adelante la empresa, que no cuentan con la autorización de funcionamiento otorgada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuyas conductas y actividades atentan contra el interés público protegido pro la Constitución Política del Estado y la Ley de Bancos y Entidades Financieras…*"

Sección 2

"*…Artículo 1. Informes Legales y Técnicos. Luego de realizado el trabajo de campo sobre la empresa que supuestamente estuviera realizando actividades de intermediación financiera ilegal, se procederá a elaborar Informes Técnico y Legal, en el cual se deberá identificar a las empresas individuales o colectivas presuntamente responsables, las normas y previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso* (…)

Artículo 2. Notificación. La etapa de iniciación se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con las partes sobresalientes y conclusiones de los informes Técnico y Legal, advirtiéndoles que de no presentar pruebas de descargo o alegaciones en el término previsto, para tal efecto, se emitirá la conminatoria y resolución correspondiente, sin perjuicio de las acciones penales emergentes (…)

Artículo 4. Conminatoria. Una vez concluido el plazo probatorio y en el término de 2 días hábiles, en caso de establecerse la realización de actividades de intermediación financiera ilegal, se conminará a la Empresa, a que en el día y de inmediato suspendida sus actividades de intermediación financiera ilegal (…)

Artículo 6. Clausura y Remisión de Antecedentes. Verificado el incumplimiento a la referida conminatoria, y siendo evidente la persistencia de las actividades de intermediación financiera ilegal, ASFI procederá a la clausura definitiva de los locales donde se realizan las actividades de intermediación financiera al amparo del artículo 8º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, previa a la emisión de la Resolución correspondiente…"

2.2. Nulidad de la notificación de 12 de septiembre de 2013.-

El Recurso Jerárquico acusa la nulidad de **la notificación** con la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, por cuanto, tal actuación fue realizada en fecha 12 de septiembre de 2013, "*fuera del plazo establecido por norma*" (conforme lo reconoce la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013), cuando había vencido el término para tal notificación en fecha 11 de septiembre de 2013.

La compulsa de tales datos con los del expediente, evidencian que la notificación con la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013, se realizó más allá de los "*cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la resolución*" a los que se refiere el artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Toda vez que tal controversia fue hecha presente ya a tiempo del Recurso de Revocatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se ha pronunciado sobre la misma, en la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, más no dispositivamente, por cuanto, se limita a concluir que:

"…*Si bien la empresa ANGELÍAS SRL fue notificada fuera del plazo establecido por norma, ésta no demostró ningún perjuicio ocasionado por el día de retraso en que incurrió esta Autoridad de Supervisión, ni indefensión por este mismo caso, situación que queda claramente demostrada por la presentación del recurso de revocatoria del que ha hecho pleno uso y al cual se está atendiendo en esta oportunidad*…"

Por tanto, el rechazo al alegato es mas bien implícito en cuanto a que la infracción en la que ha incurrido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no habría determinado indefensión en la recurrente, dado el ejercicio efectivo que la misma ha hecho, de su derecho de impugnación, ni el suceso de perjuicio (esto último per se discutible, por cuanto, el Recurso de Revocatoria había expresado que: "*Esta transgresión* (…) *ha* ***ocasionado el cierre total de nuestra empresa****, y nuestra actividad se ha visto totalmente* ***perjudicada*** (…) *y lamentablemente debemos decir también, un* ***perjuicio*** *a nuestra empresa, ya que al precintar las oficinas nos dejó en total indefensión e imposibilitados de nuestro derecho Constitucional al Trabajo*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo que debe quedar claro es que **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** ha podido ejercer su derecho de impugnación contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013.

No está demás dejar constancia que, un acto administrativo es esencialmente una "*declaración, disposición o decisión*" (Art. 27º, Ley Nº 2341, de Pcdto. Administrativo), por lo que le es exigible al Regulador, una "*decisión clara y expresa*" (Art. 17º, Par. II, Inc. e), Reglamento aprobado por el D.S. Nº 27175).

Ahora, el Recurso Jerárquico amplía el alegato inicial, cuando señala que:

> "*…la ASFI expresa en la página 5 de la R. ASFI N° 726/2013, "...Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras..." concepto que es nuestra base para hacer* (sic) *solicitado puntualmente la* ***NULIDAD DEL ACTO*** *(por el incumplimiento al artículo 22 del DS. 27175 OMISIÓN que tiene como consecuencia una notificación fuera de plazo), al respecto, aclaramos que lo central es el* ***incumplimiento de la ASFI*** *y el resultado del incumplimiento es la Notificación fuera de plazo* (…)
>
> *El incumplimiento al DEBIDO PROCESO no sólo queda en no cumplir con el D.S. N° 27175 artículo 22, tampoco se limita a lo establecido en la Ley No. 2341, artículo 4 inciso c)* ***Principio de sometimiento pleno a la Ley,*** *sino que, además recae la omisión del acto en el* ***Art. 35 de la Ley N° 2341 inciso d):*** *"Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; que refiere a la* ***NULIDAD DEL ACTO*** (…)
>
> *…EL DEBIDO PROCESO ESTA RESGUARDADO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO en su Art. 115 numeral II., entonces, el no cumplir con lo establecido en la norma específica DS 27175, art. 22 (MANDATO DE NOTIFICAR DENTRO DE LOS 5 DÍAS DESPUÉS DE EMITIDA LA RESOLUCIÓN), también confirma lo establecido en el inciso e) del art. 35 de la Ley N° 2341, que dice:* ***"Cualquier otro establecido expresamente por ley.";*** *Que* (sic) *se entiende de éste inciso?, que otro elemento mediante el cual se aplica la NULIDAD por no haberse cumplido con el debido proceso, precepto establecido en el Art. 115 numeral II de la CPE y además en la norma específica, la cual debió emplear la ASFI para la notificación según se establece en el DS 27175, art. 22…*"

En base a lo mismo, el Recurso Jerárquico acusa además haberse infringido el derecho a la defensa "*porque no sabemos a ciencia cierta que norma es la que se aplicaría*", e inclusive "*el PRINCIPIO DE TIPICIDAD al omitir expresamente algo definido en la norma y disposición reglamentaria...*"

A este respecto, es pertinente reproducir lo señalado en *Principios de Derecho Administrativo*, publicación de este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (2012), que al referirse al principio del debido proceso, lo ha definido de la siguiente manera:

> "*…Garantía constitucional que le asiste al administrado, de ser procesado ejerciendo*

sus derechos a la defensa, a ser oído, a producir prueba, a conseguir resoluciones fundamentadas y en sí a un ***proceso conforme a las leyes*** (…)

En dicha línea constitucional de razonamiento, las actuaciones administrativas deben ser el resultado de un proceso, donde quien haga parte del mismo, tenga las más amplias oportunidades de expresar, fundamentar, defenderse e, igualmente, presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, ***con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso <u>los términos</u> y etapas procesales previstas*** (…)

Todo lo anterior permite señalar que ***el debido proceso resulta de la observancia de los procedimientos administrativos previstos por la norma y <u>que deben ser respetados</u>, tanto por la Administración*** *como por los administrados, y que se fundamenta en el deber de la Administración Pública, de regir su actuación,* ***con observancia a las formas propias de cada trámite****, a los fines de hacer efectivo el derecho de los administrados, a ser escuchados, a asumir defensa y a merecer respuestas a sus peticiones*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A tal criterio se debe añadir que: "***Los términos y plazos*** *para la tramitación de los procedimientos administrativos* ***se entienden como máximos*** *y* ***son obligatorios para las autoridades administrativas****, servidores públicos y los interesados*" (Art. 21°, Par. I, Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo).

A decir de **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** en su Recurso de Revocatoria:

"*…la ASFI en la vía que corresponde no ha cumplido con lo establecido en el Decreto Supremo 27175, siendo considerado el* ***<u>acto nulo de pleno</u>*** (sic)***,*** *lo cual tiene su respaldo en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341,* ***artículo 35****:*

"*…****incisos*** (sic) ***c)*** *Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido;*" (…)

…además se debe aplicar los siguientes incisos del artículo antes referido:

inciso d): *"Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado;" al haber incumplido con la notificación de acuerdo al debido proceso se ha violentado lo establecido en el Artículo 115 parágrafo II de la Constitución Política del Estado. ". El estado Garantiza el derecho al debido proceso..."*

Inciso e) *"Cualquier otro establecido expresamente por Ley"* (…)

…Por lo expuesto, todos éstos (sic) *elementos descritos y obviados hacen a la* ***NULIDAD DEL ACTO de la RESOLUCIÓN ASFI No. 560/2013 DE FECHA 04 DE SEPTIEMBRE DE 2013****...*"

Criterio ahora ampliado en su Recurso Jerárquico, ya a manera de reclamo, cuando señala:

> "…*la empresa ANGELIAS SRL,* ***jamás solicito*** (sic) ***LA ANULABILIDAD DE ALGÚN ACTO****, entonces la ASFI de dónde saca éste extremo?, NUESTRO RECURSO DE REVOCATORIA solicitó la* ***NULIDAD DEL ACTO****, PORQUE LA ASFI NO CUMPLIÓ SU PROPIO DS N° 27175 art. 22, en ningún momento solicitamos o expresamos algo sobre la ANULABILIDAD, entonces señor Viceministro, de dónde sale esté argumento legal de la ASFI?, a dónde ésta dirigido?, a que petición del hoy recurrente responde?, pues vemos claramente que la dirección pertinente de la ASFI no tomó su responsabilidad de responder a nuestros pedidos de forma expresa, prueba de ello lo antes citado con lo que DEMOSTRAMOS QUE LA ASFI NO VALORA APROPIADAMENTE LOS ANTECEDENTES DE DESCARGO QUE PRESENTAMOS, VIOLANDO EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (ART. 115, II) y además del respaldo que tenemos en la amplia jurisprudencia constitucional*…"

Al respecto, cabe dejar constancia que, contrariamente a lo que sugiere la recurrente, **los fundamentos** de la nulidad impetrada, recaen sobre la notificación de fecha 12 de septiembre de 2013 (no así sobre la Resolución Administrativa ASFI No. 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, conforme se desprende del artículo 38º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341), por resultar extemporánea al tenor del artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

En mérito a ello, resulta evidente que **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** hace referencia al instituto jurídico nulidad (Ley 2341, Art. 35°), como aquel que habría sucedido -a su entender- dentro del caso de autos, con referencia a la notificación de 12 de septiembre de 2013; no obstante, se encuentra en lo correcto el Ente Regulador, cuando con mayor propiedad aclara que la figura aplicable al caso, es la de la anulabilidad, por cuanto, señala el artículo 36°, parágrafo III, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, que "***La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ella sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo***" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, siendo precisamente ese el caso que hace a la actuación controvertida, no queda lugar a dudas que lo que operó con referencia a la notificación de fecha 12 de septiembre de 2013, es la anulabilidad (únicamente de la misma, no así de otros actuados procesales); no obstante, consta también del expediente que, el incumplimiento dentro del plazo de la diligencia controvertida, no ha sido óbice para que **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** haga ejercicio de su derecho impugnatorio contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, conforme consta de su Recurso de Revocatoria de 2 de octubre de 2013, el que además de los aspectos referidos a la -improcedente- nulidad invocada, establece extremos como los siguientes:

> "…*La Resolución ASFI No. 560/2013 de 04/09/13, en su 3era. Consideración realiza automáticamente la descripción normativa que vela la ASFI, como ser los Artículos 1,*

3 numeral 1), artículos 5, 8 entre otros de la Ley de Bancos, las cuales no pedimos se modifiquen o no se apliquen, ya que lo fundamental es definir previamente si la empresa ANGELIAS SRL ***"trabaja recibiendo depósitos mediante cajas de ahorro…"***

Al respecto, debemos manifestar que si bien mediante notas de descargo que remitimos en dos ocasiones dentro de tiempo hábil y oportuno vía Notas GG0014/2012 de fecha 09 de julio de 2012 y GG0016/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012 explicamos que no realizamos la actividad descrita en el Artículo 1 de la Ley de Bancos No. 1488 (Texto Ordenado), mucho menos realizamos otras descritas y prohibidas, sin embargo, de la lectura clara y concreta de la Resolución hoy impugnada mediante éste recurso de revocatoria podemos evidenciar que en ninguno de los CONSIDERANDOS se tiene presente nuestros descargos debidamente descritos y analizados por la autoridad de regulación, los CONSIDERANDOS cuando tocan nuestros informes o demás documentación del caso ***sólo realizan una mención superficial de éstos pero no hay desglose analítico que demuestre que estamos equivocados, peor aún, no encontramos dentro de la Resolución las conclusiones expresadas de parte de ASFI que nuestros estados financieros demuestran que las mal llamadas cajas de ahorro generaron intereses y ganancias; más al contrario es todo lo opuesto, es decir, NO GENERARON INTERESES O GANACIAS*** (sic)**.**

Por lo que resumimos que no hubo un análisis conforme a lo establecido en la Ley No. 2341, ***artículo 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) inciso e)*** *que dice: "Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente Artículo; y,* (sic)*"*

Ésta situación hace objetivamente demostrable que ASFI vulneró nuestro derecho a la defensa establecido en el artículo 117 numeral I de la C.P.E. que establece textualmente que:

"I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente ***en un debido proceso" (negrillas son nuestras)***.

Al no haber considerado la fundamentación que reza el art. 28 de la Ley No. 2341, también se demuestra que no se siguió el debido proceso para el efecto, siendo además que lo establecido en la norma citada es concordante con lo descrito en el Artículo 32 (Requisitos Esenciales) del D.S. 27113 de 23 de julio de 2003 que dice:

"Sin perjuicio de los requisitos exigidos por otras normas, se considera requisito esencial previo a la emisión del acto administrativo:

c) El dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando exista riesgo de violación de derechos subjetivos.

d) El debido proceso o garantía de defensa, cuando estén comprometidos derechos subjetivos o intereses legítimos"

Al respecto debemos manifestar que la Resolución ASFI No. 560/2013 no cuenta con el INFORME JURÍDICO de la DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA ASFI, extremo demostrable en la propia Resolución hoy impugnada ya que no existe un INFORME LEGAL DE LA

DIRECCIÓN JURÍDICA, por lo que no se cumplió con lo establecido en el artículo citado, y si hubiese un Informe Legal de parte de la DSL, éste sólo hace al tema específico que respalda las actividades técnicas de esa dirección, más no así suple lo que debió ser analizado y respaldado por un informe de la Dirección Jurídica QUE REALIZA EL CONTROL DE LEGALIDAD INTERNO, por lo que además podemos concluir que el Acto Administrativo signado con ASFI No. 560/2013 no cumple con lo establecido en los Artículos 27 (…"cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente Ley…"), 28 inciso e) y 29 ("Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se sujetará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico…") todos de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la Resolución impugnada no cuenta CON EL FUNDAMENTO ADECUADO QUE DESVIRTUE NUESTROS DESCARGOS.

3.4. *Los ARGUMENTOS DE CARGO POR PARTE DE ASFI en suma establecían que la empresa ANGELIAS SRL realiza actividad financiera ilegal en virtud a que ésta cuenta con "CAJAS DE AHORRO", sin tener permiso de la autoridad competente. (ASFI).*

Nuestro DESCARGO se resume en que si bien existe la denominación de "CAJAS DE AHORRO", fue producto de que LA EMPRESA QUE NOS HIZO EL SERVICIO PARA CONTRA CON EL SISTEMA (SOFTWARE GÉNESIS) QUE EMPLEAMOS "BAUTIZO" a esa cuenta como "CAJA DE AHORROS", que si bien fue ese el nombre empleado, la ***NATURALEZA, LA FUNCIONALIDAD Y LOS RESULTADOS*** *DE DICHA CUENTA* ***NO HACEN A UNA CAJA DE AHORROS PER SE****, es decir, que la MAL LLAMADA "CAJA DE AHORROS"* ***NO CUMPLE CON LOS PARÁMETROS MÍNIMOS DE LA ACTIVIDAD QUE UNA REAL CAJA DE AHORROS REALIZA, características que las podemos encontrar en EL CÓDIGO DE COMERCIO****, el cual define la operativa de manejo y administración de los depósitos en caja de ahorros, que se describen a continuación:*

"Art. 1362 (FACULTAD DE EFECTUAR DEPOSITOS Y RETIROS). En las cuentas de ahorro, el ahorrista ***podrá hacer depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta*** *a* (a *(sic) vista o con previo aviso de acuerdo a la importancia de los pedidos y con sujeción a la reglamentación respectiva.* ***Estos depósitos son de plazo indeterminado y gozan de los beneficios citados en el artículo 1366 hasta la cantidad máxima de dinero que, para cada titular, señala el reglamento respectivo****." (Arts. 1463* (sic, debió decir *1363*) *a 1368 Código de Comercio). (EL* (sic) *sublineado y las negrillas son nuestras)*

Sobre el artículo citado, hay facultades para los depósitos y retiros ***"El Ahorrista"*** *podrá hacer* ***depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta****, exponemos las diferencias reales con nuestro caso:*

No hay ahorrista, sino, ***cliente – deudor****.*

No puede retirar los fondos porque éstos son exclusivamente para cubrir sus obligaciones de acuerdo a modalidades de pago específicas de cada cliente, ya sea que éste deba pagara diariamente, semanalmente o quincenalmente, por lo que no tiene la facultad de libre retiro de lo empozado, salvo que hay terminado de pagar su obligación y exista un saldo a favor.

Lo aseverado además tiene como prueba DE DESCARGO la ***CIRCULAR Cite GC-0001/11/12 emitida por la EMPRESA ANGELIAS SRL en fecha 01 de noviembre de 2012****,*

la cual en suma Instruye (sic) *para el Módulo Acreedores Varios (antes denominado Caja de Ahorro) que ésta cuanta* (sic) *sólo será para pagos de cuotas de crédito no pudiendo el cliente realizar retiros de ninguna modalidad.*

"Art. 1363 (LIBRETA DE AHORRO). Fuera de los comprobantes de contabilidad, ***<u>los depósitos y los retiros</u>*** *se anotarán en una libreta que el Banco deberá proporcionar gratuitamente al depositante, los mismos que deberán guardar conformidad con el movimiento de abonos y cargos de los registros llevados por el Banco." (Sublineado y negrillas son nuestras)*

La empresa Angelias SRL no da Libretas de Ahorro, porque no trabajamos con ahorros.

"Art. 1365 (INTERESES). ***<u>Los depósitos de ahorros devengan intereses capitalizables cada treinta de junio y treinta y uno de diciembre de cada año, salvo que se autorice un plazo menor para la capitalización de intereses.</u>*** *Las tasas serán establecidas por la autoridad administrativa competente teniendo como base los mínimos y máximos señalados en la disposición legal correspondiente."*

Al respecto y contundentemente se establece que ANGELIAS SRL, NO DEVENGA INTERESES CAPITALIZABLES, por lo que el cliente – deudor no tiene una "ganancia" como tampoco tiene a su favor "intereses", situación que es demostrable mediante los extractos individuales de la cuenta "Acreedores Varios".

Dentro de las acciones correctivas que realizó la empresa fue la de solicitar a la compañía proveedora del software que modifique el título de la cuenta, siendo que ésta nos respondió que lo haría pero en el plazo de un mes. Después de ése (sic) *tiempo, la cuenta fue renombrada con la denominación de "ACREEDORES VARIOS", para respaldo de lo establecido adjuntamos las notas dirigidas a la empresa y la nota que responde considerando el plazo de un mes.*

Por lo expuesto, claramente podemos definir que LA EMPRESA ANGELIAS SRL, no ha trabajado con "CAJAS DE AHORRO" propiamente, ya que además tenemos el Informe Técnico Contable de la empresa que respalda ésta aseveración y que además adjuntamos al presente recurso.

3.5.- *Estos descargos que se basan en conceptos fueron presentados a la ASFI mediante las notas de ANGELIAS SRL No. 0014/2012 y 0016/2013 recepcionadas por ASFI en fechas 10 de julio de 2012 y 20 de septiembre de 2012, respectivamente, sin embargo no se realizó un correcto análisis de nuestros descargos, por lo que hoy solicitamos expresamente de acuerdo a la sana crítica, el derecho a la defensa y al debido proceso, considerar éstos extremos de conformidad al* ***artículo 4 inciso d)*** *"Principio de Verdad Material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil." De la Ley de procedimiento Administrativo no. 2341, por lo que expresamente SOLICITAMOS sean pronunciados por la ASFI, resaltando que en necesario que nuevamente la parte técnica respectiva del ente regulador realice la valoración in situ de los extremos antes vertidos…*"

Como se evidencia, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** ha ejercido plenamente sus derechos de defensa y de impugnación con respecto

a la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, no obstante la demora en la notificación de la misma, lo que determina que, dentro de la lógica que importa la evidente concurrencia del instituto jurídico anulabilidad, el vicio reclamado por la recurrente ha sido subsanada por la propia actuación de la misma.

Es pertinente traer a colación el precedente contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2006 de 3 de febrero de 2006, el que establece lo siguiente:

> "…*En derecho administrativo, la anulabilidad o nulidad relativa, constituye una categoría jurídica que configura una especie de sanción para aquellos actos que en su nacimiento, o en su desarrollo, no hubieran observado ciertos requisitos o hubieran infringido el ordenamiento jurídico, tal como lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo en su Capítulo V del Libro Segundo. Sin embargo, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o cuando se dé lugar a la indefensión de los interesados. En el caso de la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para tal efecto, la anulabilidad sólo tendrá lugar cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*
>
> *En consecuencia, la falta de notificación oportuna de un acto administrativo debe ser analizada en base al principio de trascendencia que, de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales establecidos por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, se refiere a que la anulabilidad de las notificaciones no realizadas en el plazo previsto por el Artículo 33, parágrafo III, de la Ley de Procedimiento Administrativo, solo pueden ser procedentes en la medida que haya operado el principio de trascendencia. Es decir, para que sea procedente la declaración de anulabilidad, es necesario la existencia de un perjuicio al administrado y un interés jurídico legítimo para su declaración, no pudiendo admitirse el pronunciamiento de la anulabilidad por la anulabilidad misma, o "para satisfacer pruritos formales" como señala el tratadista Couture.*
>
> *Analizando los antecedente del presente caso, se puede evidenciar que la SPVS cometió un error al notificar su Resolución Administrativa SPVS 736 de 9 de septiembre de 2005 en un domicilio distinto al domicilio especial procedimental señalado por la sociedad recurrente en el procedimiento seguido ante la SPVS, pero por efecto de un memorial de 16 de septiembre de 2005 presentado por la propia compañía recurrente, la SPVS rectificó el error notificando nuevamente en el domicilio correcto de la recurrente.*
>
> *La SPVS notificó correctamente el 22 de septiembre de 2005, es decir después de 9 días hábiles administrativos desde la fecha de la Resolución, sin embargo, este hecho no impidió que Adriática S.A. ejerciera su derecho a impugnar la decisión de fondo de la autoridad administrativa, a través del Recurso Jerárquico, por lo que la anulabilidad, en el presente caso, no puede ser declarada por no haberse configurado uno de sus presupuestos básicos como es el referido a que la naturaleza del término o plazo vencido provoque un perjuicio o ponga en indefensión al*

administrado, situación que no ocurrió en el caso. Además, los efectos de una declaración de anulabilidad solo afectarían al acto de notificación (obligando a que se lo reponga) y no al Acto Administrativo impugnado…"

Consiguientemente, importando la convalidación un principio válido del derecho procesal administrativo, es pertinente considerar con respecto al mismo y en función a lo acaecido dentro el proceso, la coexistencia de otro principio, el de trascendencia, al que se refiere el precedente supra transcrito, que importa que quien alega la nulidad tiene que demostrar encontrarse perjudicado con el acto procesal viciado, que el perjuicio debe ser cierto e irreparable, además que el acto viciado no pueda subsanarse sino es con la declaración de sanción de nulidad; y contrariamente a ello, dentro del caso de autos, al haberse desarrollado el proceso recursivo sobre la cuestión de mérito, sin ningún inconveniente (prueba clara de ello es la existencia del Recurso Jerárquico y, por tanto, la correspondiente Resolución presente), no puede concluirse sino, en el carácter infundado del alegato referido a la nulidad de notificación.

2.2.1. Otras cuestiones reclamadas en el numeral 3.1 del Recurso Jerárquico.-

El numeral 3.1 del Recurso Jerárquico de **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, referido a la nulidad de la notificación de fecha 12 de septiembre de 2013, tiene también expresiones como las siguientes:

- "*…la ASFI pretende dar o a la supuesta jurisprudencia copiada en la respuesta al recurso de revocatoria que además no se tiene antecedentes si se refiere a un caso similar o inclusive si éstas al final salen procedentes o improcedentes para el administrado o el ente regulador; por último, si su "jurisprudencia" como base de su defensa no es dada a conocer mediante una copia al administrado conjuntamente la Resolución mediante la cual confirman, no podemos leerla en su integridad, analizarla y llegar a estar convencidos de la legalidad o en su defecto podamos recurrir con mayor seguridad jurídica, lo cual el no adjuntar copia in extenso de las citadas Resoluciones no marca jurídicamente parámetros completos…*"

- "*…**tampoco SE NOS HA NOTIFICADO CON EL INFORME LEGAL ASFI/DAJ/R-161665/2013, QUE NO EXISTÍA EN LA ANTERIOR RESOLUCIÓN ASFI N° 560/2013 <u>y que ahora si se la menciona</u>** y QUE SIEMPRE LA PRÁCTICA DE LA ASFI HA SIDO DAR A CONOCER CONJUNTAMENTE LA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN, ADEMÁS MOSTRAR A SU AUTORIDAD QUE COMO **<u>DOCUMENTO "NUEVO" DENTRO EL PROCESO ADMINISTRATIVO DEBE SER DE CONOCIMIENTO DE LA OTRA PARTE. CASO CONTRARIO SE "OCULTA" UN NUEVO ELEMENTO POR LO QUE PONE EN INDEFENCIÓN A LA EMPRESA ANGELIAS SRL.</u>*** (…)

  *…la Resolución ASFI 560/2013 NO CUENTA CON EL INFORME DE LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ASFI (ASFI/**DAJ**/R-xxx), Y QUE EN ÉSTA NUEVA RESOLUCIÓN ASFI N° 726/2013 SI CUENTA CON DICHO INFORME (ASFI/**DAJ**/R-161665/2013 de 24 de octubre de 2013)…*"

- "*… la ASFI sanciona con el CIERRE, que ya es una sanción, pero la empresa como tal*

además de esa sanción recibe una SEGUNDA SANCIÓN que es la de dejar de trabajar ipso facto, con lo que se debe agregar que no puede hacer valer los derechos que tiene frente a terceros (TERCERA SANCIÓN), y poder en su caso recuperar su patrimonio que fue prestado a los clientes, por lo que en suma podemos establecer que la propia ASFI no cumple con su principio llamado SALIDA ORDENADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA…"

Al respecto, cabe dejar constancia de los siguientes extremos:

- **Sobre la incertidumbre que acusa la recurrente, por el uso de precedentes administrativos.-**

  Visto lo establecido en el numeral 2.2 supra, el extremo referido al uso de lo que la recurrente denomina jurisprudencia (y que en estricta técnica normativa, son en realidad precedentes administrativos de regulación financiera) pierde totalmente trascendencia, sin embargo de lo cual, corresponde dejar constancia que el reclamo es meramente formal y se refiere a que el Ente Regulador debió realizar, a tiempo del fallo, una presentación acerca de los precedentes administrativos allí mencionados (Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, y SG SIREFI RJ 06/2006 de 3 de febrero de 2006), de manera tal no quede duda alguna acerca de su pertinencia al caso.

  Sin embargo, tal criterio se limita a una aspiración subjetiva de la recurrente, como tal, carente de obligatoriedad, toda vez que no existe norma legal que compela a la Administración, a cumplir con lo expresado por la recurrente, toda vez que su decisión se encuentra fundamentada en la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013.

- **Acerca de la existencia de informe legal como antecedente de la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2013.-**

  El alegato tiene su origen en lo señalado por **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** a tiempo de su Recurso de Revocatoria, en sentido que:

  "*…Al no haber considerado la fundamentación que reza el art. 28 de la Ley No. 2341, también se demuestra que no se siguió el debido proceso para el efecto, siendo además que lo establecido en la norma citada es concordante con lo descrito en el Artículo 32 (Requisitos Esenciales) del D.S. 27113 de 23 de julio de 2003 que dice:*

  "*Sin perjuicio de los requisitos exigidos por otras normas, se considera requisito esencial previo a la emisión del acto administrativo:*

  a) El dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando exista riesgo de violación de derechos subjetivos (…)

…la Resolución ASFI No. 560/2013 no cuenta con el INFORME JURÍDICO de la DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA ASFI, extremo demostrable en la propia Resolución hoy impugnada ya que no existe un INFORME LEGAL DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA, por lo que no se cumplió con lo establecido en el artículo citado, y si hubiese un Informe Legal de parte de la DSL (sic)*, éste sólo hace al tema específico que respalda las actividades técnicas de esa dirección, más no así suple lo que debió ser analizado y respaldado por un informe de la Dirección Jurídica QUE REALIZA EL CONTROL DE LEGALIDAD INTERNO, por lo que además podemos concluir que el Acto Administrativo signado con ASFI No. 560/2013 no cumple con lo establecido en los Artículos 27 (…"cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente Ley…"), 28 inciso e) y 29 ("Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se sujetará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico….") todos de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la Resolución impugnada no cuenta CON EL FUNDAMENTO ADECUADO QUE DESVIRTUE NUESTROS DESCARGOS…*"

Acerca de lo mismo, se ha pronunciado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (tanto en lo que se refiere a la evidente existencia del informe, como al número preciso que le corresponde), a tiempo de la -ahora recurrida- Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, cuando señala que:

"…***Sobre su observación de falta de Informe Legal***

El Informe ASFI/DSL/R-127735/2013 de 26 de julio de 2013, establece el Informe Legal sobre la empresa Servicios Financieros Angelías S.R.L., cuyos alcances mencionan la ilegalidad de sus actividades y la conminatoria para proceder a su devolución total, situación que ameritó los pasos correspondientes para la clausura definitiva de la mencionada empresa…"

Al respecto, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** entiende que el informe legal al que se refieren los artículos 1º y 2º de la sección 2, del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, es aquel con número ASFI/DAJ/R-161665/2013 (del que señala que "***NO EXISTÍA EN LA ANTERIOR RESOLUCIÓN ASFI N° 560/2013 y que ahora si se la menciona***"), cuando el Ente Regulador ahora afirma que el informe pertinente, es mas bien el ASFI/DSL/R-127735/2013 de 26 de julio de 2013 (cursante en obrados) y que como tal, ha sido mencionado pertinentemente, en el introito de la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013.

No obstante, corresponde tenerse en cuenta que el informe que exigen los artículos 1º y 2º de la sección 2, del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, debió de haberse inserto -en cuanto a sus "*partes sobresalientes y conclusiones*"- en la notificación a la que se refiere el segundo artículo y que da inicio al proceso; sin embargo, de la revisión de la nota ASFI/DSL/R-78043/2012 de 27 de junio de 2012, dirigida a **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señaló que:

"…***El Informe Jurídico INFORME/ASFI/DSL/R-74643/2012 de fecha 11 de junio de 2012****, concluye que la empresa Servicios Financieros ANGELIAS S.R.L., realiza actividad de intermediación financiera ilegal*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, el señalamiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en sentido de que es "*El Informe ASFI/DSL/R-127735/2013 de 26 de julio de 2013,* (el que) *establece el Informe Legal sobre la empresa Servicios Financieros Angelías S.R.L.*" no es evidente.

Aun así, la precitada nota ASFI/DSL/R-78043/2012 de 27 de junio de 2012, que da inicio formal al proceso, establece que:

"…***El Informe Jurídico INFORME/ASFI/DSL/R-74643/2012 de fecha 11 de junio de 2012, <u>concluye que</u> la empresa Servicios Financieros ANGELIAS S.R.L., realiza actividad de intermediación financiera ilegal, al estar captando dinero del público con carácter habitual bajo la modalidad de Deposito*** (sic) ***en Caja de Ahorro para su colocación en activos de riesgo, sin que se encuentre legalmente autorizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), siendo esta una actividad propiamente de las entidades financieras legalmente autorizadas, por lo que estaría contraviniendo lo señalado por los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001), corresponde aplicar los artículos 8 y 91 de la norma enunciada, el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y la Resolución ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo determina el que sí se ha dado cumplimiento al artículo 2º de la sección 2, del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, confirmando ello la apreciación anterior, en sentido de existir una imprecisión en lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, al no resultar el informe extrañado el número "*ASFI/DSL/R-127735/2013 de 26 de julio de 2013*", sino que debió referirse mas bien al ASFI/DSL/R-74643/2012 de fecha 11 de junio de 2012, extremo que sin embargo, no vicia el procedimiento.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, constituyendo un acto administrativo "*toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública*" (Art. 27º, Ley Nº 2341), y recayendo el deber de notificación sobre "*todas las resoluciones y actos administrativos*", no corresponde que un informe -el cual no es un acto administrativo, sino que sirve para fundar la decisión del acto administrativo- sea notificado, por lo que en definitiva, el alegato en este sentido es infundado.

- **Acerca de la naturaleza especial del proceso de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal.-**

Para **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, la

clausura definitiva dispuesta por la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, importa per se una sanción, por lo que aqueja que los efectos de la misma, resulten además en otras sanciones.

Las sanciones que, en su entender, se le estarían imponiendo: 1ª, la merituada clausura ("*el CIERRE*" le dice la recurrente), 2ª, "*dejar de trabajar ipso facto*", y 3ª, "*no puede hacer valer los derechos que tiene frente a terceros… y poder en su caso recuperar su patrimonio que fue prestado a los clientes*".

A este respecto, corresponde tener presente que las actividades de Intermediación Financiera ilegal, importan **una inobservancia** al artículo 91° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001), cuyo procedimiento es el que se señala a continuación:

- **Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado al 20 de diciembre de 2001):**

  "…***ARTICULO 91°.-*** *Ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de las entidades de intermediación financiera, sin autorización previa de la Superintendencia. Aquellas operaciones realizadas en contravención a lo dispuesto en este artículo, serán nulas de pleno derecho, sin que esto implique eliminar las responsabilidades civiles y penales de quienes realizaron estas operaciones.*

  En casos de procesos penales, la documentación, informe y opiniones de los órganos e instituciones de supervisión, regulación y control de Estados extranjeros u Organismos Internacionales remitidos oficialmente a la Superintendencia, podrán ser incorporados a las investigaciones a cargo del Ministerio Público y al proceso corno prueba documental.

  La Superintendencia, sin incurrir en violación del secreto bancario, previa solicitud y sin necesidad de reciprocidad, podrá intercambiar información relativa a la legitimación de ganancias ilícitas, con otras instituciones u órganos internacionales análogos, así como instituciones del orden y autoridades judiciales extranjeras o internacionales. La información solicitada por la Superintendencia a órganos o instituciones extranjeras, a efectos de investigación de las actividades financieras ilegales, de legitimación de ganancias ilícitas o de infracciones a las normas de supervisión, regulación y control, dentro del territorio, no requerirán de ninguna formalidad judicial o administrativa para su presentación a las autoridades judiciales.

  La Superintendencia, por si sola o a través de la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF), podrá proporcionar información a órganos o instituciones extranjeras de supervisión, regulación y control de las actividades de intermediación financiera, a los efectos de perseguir los delitos financieros internacionales, sin requerimiento de reciprocidad, salvo la establecida por tratados o convenios internacionales.

Las personas individuales o colectivas que por cualquier medio difundan información falsa acerca del sistema financiero que induzca o provoque el retiro masivo de depósitos de una o varias entidades de intermediación financiera, induzcan a los clientes a no cumplir con los compromisos financieros adquiridos, dañando y/o deteriorando la imagen y estabilidad de una entidad de intermediación financiera o del sistema financiero nacional, serán consideradas sancionado por los artículos 198º, 199º, 232º y 358º del Código Penal.

Se excluyen del alcance del presente artículo, los estudios, análisis y opiniones de carácter científico que, con base a información auténtica y verificable, estén orientados a evaluar o calificar el sistema financiero o sus actores, buscando maximizar su eficiencia y desarrollo…"

- **Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal (Resolución Administrativa ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010); Sección 2**:

"…***Artículo 6. Clausura y Remisión de Antecedentes.*** *Verificado el incumplimiento a la referida conminatoria, y siendo evidente la persistencia de las actividades de intermediación financiera ilegal, ASFI procederá a la clausura definitiva de los locales donde se realizan las actividades de intermediación financiera al amparo del artículo 8º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, previa a la emisión de la Resolución correspondiente…*"

Corresponde dejar constancia que, el objeto del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI N° 205/2010 de 22 de marzo de 2010, es el de:

> "…*establecer el procedimiento para el tratamiento de actividades de intermediación financiera ilegal, cometidas por personas naturales o jurídicas, en adelante Empresa, que no cuentan con la autorización de funcionamiento otorgada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuyas conductas y actividades atentan contra el interés público protegido por la Constitución Política del Estado y la Ley de Bancos y Entidades Financieras…*" (Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, Sección 1, Art. 1°).

Por tanto, cuando el artículo 6°, Sección 2, del mismo, establece la clausura de los locales donde se realiza la Intermediación Financiera Ilegal, no lo hace con el espíritu de aplicar medida disciplinaria alguna, sino simplemente, de dar efectividad al objetivo teleológico de la norma, cual es, el cese de las actividades de Intermediación Financiera ilegal.

Téngase presente además que para llegarse a disponer la clausura, como medida extrema, la norma prevé tanto una conminatoria previa al cese de la Intermediación Financiera Ilegal, como una verificación de la persistencia a tales actividades en

inobservancia de la conminatoria, lo que determina una dinámica condicionada que poco o nada tiene que ver con la que hace a la aplicación de una sanción.

Entiéndase en ello, que el Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, importa un procedimiento administrativo especial, alejado del sancionatorio al que se refieren la Ley N° 2341 y el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, y que como tal, prevé sus propias actuaciones y plazos, por lo que es a la observancia de los mismos que debe sujetarse el trámite, sin que por ello se pueda alegar una inobservancia al debido proceso; más por el contrario, su cumplimiento determina la efectivización de este principio.

Ese carácter especial está determinado porque a quienes está dirigida la norma, son aquellos que realizan la Intermediación Financiera Ilegal, es decir, aquellos que -en una primera aproximación- no se encuentran autorizados para ello; entonces, si no se encuentran autorizados a tal actividad, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de su competencia para estos casos especiales, procede con la clausura y ello deviene de lo que expresamente señalan los artículos 331° de la Constitución Política del Estado, 5°, 8° y 91° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001), supra transcritos.

Lo mismo determina no se pueda pasar a considerar para el caso presente, una salida ordenada como la concibe la recurrente (es decir, con cierto grado de similitud a lo que sucede con las entidades de intermediación financiera reguladas), teniéndose en cuenta para ello, que la propia ejecución de los artículos 2°, 4°, 6° y 8° del Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal, importa una forma de salida ordenada, empero con acomodo a las circunstancias propias de la intermediación financiera ilegal.

Asimismo, señalar cual sanciones el: "*dejar de trabajar ipso facto*", el no poder "*hacer valer los derechos que tiene frente a terceros… y poder en su caso recuperar su patrimonio que fue prestado a los clientes*", resultan en apreciaciones subjetivas inadmisibles, por cuanto, tales circunstancias resultan mas bien en efectos forzosos e inevitables de la clausura, lo que sin embargo, no quiere decir no puedan ser controlados conforme sean promovidos los mecanismos legales implementados para reclamos de tal naturaleza y sin que para ello resulte necesario levantar la clausura ordenada.

En definitiva, los alegatos referidos a estos extremos son también infundados.

2.3. Determinación de la existencia de Intermediación Financiera Ilegal.-

Corresponde hacer notar que, bajo el título "*3.2 SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO*", la recurrente **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, hace presente su solicitud de suspensión del acto administrativo contenido en el artículo primero de la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, mismo que, al ameritar un trámite especial, fue ya resuelto por este Ministerio de

Economía y Finanzas Públicas mediante el auto de 9 de enero de 2014, notificado a la recurrente en fecha 16 de enero siguiente, conforme consta en obrados, extremo concreto que no amerita por lo señalado, mayor atención al presente.

No obstante, el mismo numeral 3.2 del memorial del Recurso Jerárquico, hace mención a otros elementos sustanciales que, por ello, hacen al fondo de la controversia materia del presente proceso, y que no tienen que ver, sino circunstancialmente, con la solicitud de suspensión ya resuelta, y que por ello, son menester se analicen seguidamente.

Así, **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** señala que:

> "…*hacemos notar que tampoco desglosan* -en la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013- *la Normativa que refiere e identificación de la definición de CAJAS DE AHORRO, mucho menos encontramos que características tiene el MANEJO de una CAJA DE AHORRO, es decir, nosotros hemos hecho conocer que las CAJAS DE AHORRO TIENEN COMO CARACTERÍSTICA según el CÓDIGO DE COMERCIO QUE:*
>
> *ÉSTE CÓDIGO define la operativa de manejo y administración de los depósitos en caja de ahorros, que se describen a continuación:*
>
> *"Art. 1362 (FACULTAD DE EFECTUAR DEPÓSITOS Y RETIROS)* (…)
>
> *Sobre el artículo citado, hay facultades para los depósitos y retiros "**El Ahorrista**" podrá hacer **depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta**, exponemos las diferencias reales con nuestro caso:*
>
> *a) No hay ahorrista, sino, **cliente –deudor**.*
>
> *b) No puede retirar los fondos porque éstos son exclusivamente para cubrir sus obligaciones de acuerdo a las modalidades de pago específicas de cada cliente, ya sea que éste deba pagar diariamente, semanalmente o quincenalmente, por lo que no tiene la facultad de libre retiro de lo empozado, salvo que haya terminado de pagar su obligación y exista un saldo a favor.*
>
> *Lo aseverado además tiene como prueba DE DESCARGO la **CIRCULAR Cite GG-0001/11/12 emitida por la EMPRESA ANGELIAS SRL en fecha 01 de noviembre de 2012**, la cual en suma instruye para el Módulo Acreedores Varios (antes denominado Caja de Ahorro) que ésta cuenta sólo será para pagos de cuotas de crédito no pudiendo el cliente realizar retiros de ninguna modalidad.*
>
> *"Art. 1363 (LIBRETA DE AHORRO)* (…)
>
> *La empresa Angelias SRL no da Libretas de Ahorro, porque no trabajamos con ahorros.*

"Art. 1365. (INTERESES). (…)

Al respecto y contundentemente se establece que ANGELIAS SRL, NO DEVENGA INTERESES CAPITALIZABLES, por lo que el cliente - deudor no tiene una "ganancia" como tampoco tiene a su favor "intereses", situación que es demostrable mediante el informe técnico contable adjunto en ANEXOII (sic).

Todo lo expuesto señor Viceministro ha sido argumento legal de descargo expresado a la letra en el Recurso de Revocatoria presentado por la empresa ANGELIAS SRL en contra de la Resolución No. 560/2013, pero de la lectura y análisis in extenso que se puede realizar de la respuesta a nuestro recurso la cual la ASFI lo hizo a través de la Resolución ASFI 726/2013, NO SE ENCUENTRA ASPECTO LEGAL ALGUNO QUE REFIERA A ÉSTE PUNTO, SIENDO FUNDAMENTAL EL DE DILUCIDAR PARA TENER CLARO SI LA EMPRESA ANGELIAS SRL REALIZABA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA ILEGAL (COMO LA ASFI LO DICE) A TRAVÉS DE LAS MAL LLAMADAS "CAJAS DE AHORRO", el no tener pronunciamiento expreso sobre éste punto fundamental, que nos dice?, que la ASFI NO VALORÓ NUESTROS DESCARGOS, ES MÁS NI LOS CONSIDERÓ,…"

En base a tales argumentos, la recurrente acusa la infracción a los artículos 115°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado (en cuanto a la garantía del debido proceso), 4° -inciso 'c' (*Principio de sometimiento pleno a la ley*)-, 28° -inciso 'e' (el *Fundamento* como elemento esencial del acto administrativo), y 30° -inciso 'a' (*Actos motivados*) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo), y 28° (*Objeto del Acto Administrativo*), parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003.

Al respecto, queda claro que **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** fundamenta sus alegatos, en la inexistencia de una cuenta "*caja de ahorro*" mediante la cual realice captaciones de esa naturaleza, habiendo existido una cuenta con ese nombre en oportunidad de una primera inspección por parte del Ente Regulador (después denominada -por efecto de la observación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero- "*Acreedores varios*") la que si bien estaba así denominada, no tenía la característica de una cuenta de ahorros, porque operativamente no cumpliría con lo dispuesto en el Código de Comercio sugiriendo de ello existir una confusión únicamente de nombre, con referencia a la cuenta controvertida.

Amén de ello, alega que el hecho de que con referencia a tal cuenta no se cumplan determinados presupuestos propios de la cuenta de ahorros (Arts. 1363° -*Libreta de ahorros*- y 1365° -*Intereses*- del Código de Comercio), como ser el hecho de no efectuarse retiros de la cuenta ni emitirse libretas de ahorro, demuestra no haberse tratado de una de esa naturaleza.

De la forma que lo plantea la recurrente, la entrega de la libreta y el pago de los intereses (no el surgimiento de los intereses en sí mismos), sería un efecto natural de la apertura de la cuenta de ahorro, pasando por alto que, lejos de ello, esas son actuaciones atribuibles a la voluntad de las personas, de tal manera que, la inexistencia de tales elementos, determinan

un incumplimiento por parte de la entidad, intrascendente dada la materia del presente proceso administrativo y que por ello no amerita mayor análisis.

En todo caso, acerca de existir captaciones de fondos del público destinados a su acomodo en operaciones de crédito (*intermediación financiera* en la definición pertinente del Art. 1° de la Ley N° 1488, e *ilegal* en los términos de los Arts. 5° y 91° de la misma Ley), y no simplemente en un error en la denominación de la cuenta, como lo ha sugerido la recurrente, es pertinente traer a colación la posición técnica -no controvertida al presente- del Ente Regulador, conforme consta en la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, el que a la letra señala:

> "…*Que, por los documentos analizados, se tiene que la empresa ANGELÍAS S.R.L., conformó una empresa comercial con cinco (5) socios cuyo objeto fue el préstamo de dineros a sectores deprimidos, optando por un producto Mipyme con destino a capital de operación y producción con apego al sector gremial. Entre sus múltiples operaciones se encuentran: Otorgación de dinero de acuerdo a políticas de crédito y envío y recepción de dinero del interior y exterior de la República, a través de instituciones afines a ésta como son los servicios de Money Gram, Boligiros, Western Unión, actividades reguladas por esta Autoridad de Supervisión.*
>
> *Que, dentro del giro de su negocio y por su estructura contable, el procedimiento consistía en recibir aportaciones en la cuenta "caja de ahorro" recepcionando pagos anticipados en cuentas individualizadas de sus prestatarios de manera diaria, semanal o quincenal, la cual acumulaba montos, justificando dicho acúmulo* (sic) *para el pago de la cuota parte del crédito otorgado al vencimiento pactado. Esta forma de acumular dinero anticipado es considerada captación de dinero otorgándole a esta Autoridad de Supervisión la potestad de intervenir y controlar estas captaciones (Art. 153 LBEF).*
>
> *Que, luego de observaciones por parte de ASFI, la cuenta "caja de ahorro" cambió por el de "Acreedores Varios", reconociendo (la empresa ANGELÍAS) nuevamente que esa cuenta contiene operaciones crediticias que tienen saldos en caja y determinándose en inspección "in situ" que los mismos son nuevamente invertidos, encuadrándose en lo que se denomina "intermediación financiera", interpretada en el ámbito de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, como actividades de carácter habitual, consistente en la recepción de depósitos del público, bajo cualquier modalidad, para su colocación en activos de riesgo y restringiendo estas actividades sólo a entidades de intermediación financiera autorizadas, tal cual lo establece la mencionada Ley, que además señala que ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de las entidades de intermediación financiera sin autorización previa de la Superintendencia. Mencionando además, que aquellas operaciones que fueron realizadas contraviniendo lo dispuesto en la LBEF son nulas de pleno derecho, sin que esto implique eliminar las responsabilidades civiles y penales de quienes realizaron estas operaciones.* ***(Artículo 91 LBEF).***

Que, la esencia de los depósitos que realizan los prestatarios o usuarios del servicio, corresponde a un depósito irregular que tiene como objetivo recibir la propiedad del dinero depositado (ya sea en la cuenta caja de ahorro o acreedores varios) y disponer de él, según las conveniencias de la actividad que presta, con el posterior compromiso de descontar la cuota futura del crédito (a mes vencido), siendo registrada sólo contablemente para fines de exposición y control. En este sentido, se tiene que la empresa ANGELÍAS SRL tiene una cuenta de Préstamo de Terceros M/N que asciende a Bs1.046.021,65 en la gestión 2011, la misma que se incrementó en 47,40% ascendiendo a Bs1.541.856,87 en la gestión 2012. Asimismo, la cuenta Préstamos de Terceros M/E se incrementó en el mismo periodo en 18.11% pasando de Bs984.942,84 a Bs1.163.363,20, generando un interés que asciende a Bs14.765.57 en M/N y a Bs23.687,26 ambos en la gestión 2013.

Que, por otra parte también llamó la atención de esta Autoridad de Supervisión lo manifestado por los socios de la empresa, en sentido de que la sociedad capta financiamiento de terceros familiares y por este concepto les cancela un interés correspondiente. Verificada esta observación, se tiene que, evidentemente la empresa para cubrir los préstamos que otorga recurre a financiamiento de terceros, cancelando a los financiadores una tasa de interés mensual del 3% situación que encarece el costo de la intermediación.

Que, los servicios financieros, la acumulación de dineros depositados por sus clientes, así como el financiamiento de capital otorgado por sus familiares y/o parientes (considerados terceros) a quienes les paga un interés convencional, es interpretada por este Órgano de Supervisión como actividad financiera ilegal, establecida en el artículo 331 de la Constitución Política del Estado que menciona: "Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.

Que, la empresa ANGELÍAS SRL, reconoce tácitamente, con carta Cite: GG/00016/12 de 17 de septiembre de 2012, que las operaciones que venía desempeñando estaban fuera de las normas legales, comprometiéndose a devolver a los inversionistas los montos correspondientes, de acuerdo a las recuperaciones de sus créditos y de esta manera subsanar las observaciones realizadas por este Órgano de Fiscalización, situación que es aceptada (Informe ASFI/DSL/R-121353/2012 de 25/9712), recomendando efectuar una inspección de seguimiento con el objeto de evaluar el cumplimiento de las observaciones efectuadas, una vez cumplido el plazo establecido de devolución de financiamiento a terceros.

Que, en fecha 12 de septiembre de 2013, mediante Resolución ASFI N° 560/2013 esta Autoridad de Supervisión dispone la clausura definitiva de los locales donde la empresa SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS S.R.L. realiza actividades de intermediación financiera ilegal, a nivel nacional, instruyendo el registro contable y el reconocimiento de los saldos existentes en la cuenta Acreedores Varios, quedando este Órgano Fiscalizador a cargo del cumplimiento de la Resolución dispuesta..."

De lo transcrito, se puede advertir que **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA,** ha incurrido en lo dispuesto en el Reglamento de Clausura de Locales que Realizan Actividades de Intermediación Financiera Ilegal (, que señala:

> "***Actividad de Intermediación Financiera Ilegal***: *Acción de recibir dinero del público con carácter habitual bajo cualquier modalidad o medio para su colocación en activos de riesgo, sin que la persona natural o jurídica que realiza dicha acción se encuentre legalmente autorizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)*
>
> ***Captación de dinero habitual***: *Acción de recibir dinero del público por parte de una persona natural o jurídica, que cumpla con una o más de las condiciones señaladas,* ***dentro de un mes calendario****:*
>
> *a. Recibir dinero de cinco o más personas sin importar el monto,*
>
> *b. Recibir dinero por importes superiores a diez mil bolivianos (Bs10.000) o su equivalente en otra moneda, de tres o más personas,*
>
> *c.* ***Recibir dinero por importes superiores a cien mil bolivianos (Bs100.000) o su equivalente en otra moneda, de una o más personas***.
>
> ***Activo de Riesgo****: Es todo activo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual una persona natural o jurídica, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes*.
> (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal como se puede extractar del Informe ASFI/DSL/R-124227/2013 de 20 de agosto de 2013 (pág. 11 y 12), la recurrente ha recibido dineros del señor Elías Justiniano Cabrera, en el mes de enero de 2013, por un importe de Bs330.000.- (Trescientos treinta mil 00/100 Bolivianos) y por $us6.500.- (Seis mil quinientos 00/100 Dólares estadounidenses, en el mes de febrero de 2013, Bs210.000.- (Doscientos diez mil 00/100 Bolivianos) del señor Pedro Antonio Fischer y $us15.000.- (Quince mil 00/100 Dólares estadounidenses) del señor Elías Justiniano Cabrera, cumpliendo con lo establecido en el inciso c de la norma transcrita, por lo que tales hechos configuran la actividad de intermediación financiera ilegal en la que incurrió **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.**

La transcripción anterior permite además desvirtuar, el alegato en sentido que "*la ASFI NO VALORÓ NUESTROS DESCARGOS, ES MÁS NI LOS CONSIDERÓ*", por cuanto, la exposición de fundamentos del Ente Regulador importa la generalidad de extremos que hacen a la controversia y resultan en la determinación correctamente adoptada.

En definitiva, los alegatos hechos presentes por **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** son improcedentes, por la serie de fundamentos hechos ahora presentes.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y

estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha procedido correctamente -en trámite confirmatorio emergente del Recurso de Revocatoria- en cuanto a la determinación de clausura de los locales comerciales en los que **SERVICIOS FINANCIEROS ANGELÍAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** realizaba la evidenciada Intermediación Financiera Ilegal, conforme consta en la ahora recurrida Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa Nº 726/2013 de 30 de octubre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 560/2013 de 4 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, exhortándosele a cumplir sus responsabilidades, con observancia a los plazos y términos que al efecto le impone la norma.

Regístrese, notifíquese y archívese

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “JERUSALEN” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 778/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 025/2014 DE 25 DE ABRIL DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2014

La Paz, 25 de abril de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 019/2014 de 1° de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 041/2014 de 16 de abril de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 9 de diciembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, representada al efecto por su Gerente General, Lic. Guillermo Salazar Silva, en mérito al Testimonio de Poder N° 433/2013 otorgado en fecha 5 de septiembre de 2013 por ante Notaría de Fe Pública N° 76 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Elda Richter Colosetti, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 12 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 16 de diciembre de 2013, notificado en fecha 23 siguiente, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013.

Que, por auto de 18 de diciembre de 2013, se dispuso la notificación al **Banco Unión Sociedad Anónima**, con el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013, a efectos de que el mismo presente los alegatos que creyere convenientes, lo que en definitiva no sucedió, no obstante haberse producido tal notificación en fecha 23 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2013 de 17 de abril de 2013, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012,* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

2. ANTECEDENTES.-

Que, mediante nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronunció respecto al reclamo presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, referido a tres transacciones realizadas en fechas 27 y 29 de febrero, y 1º de marzo de 2012, no autorizadas por dicha entidad, desde la cuenta de ahorro N° 10000002405757, de la que es titular en el **Banco Unión Sociedad Anónima**, a la cuenta N° 1052-100915 del Banco Ganadero S.A., cuyo titular sería el señor Fernando Castro Álvarez.

Que, en fecha 18 de octubre de 2012, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** presentó Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, lo que por parte del Ente Regulador, mereció la Resolución Administrativa ASFI Nº 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, por la que declaró al Recurso improcedente, dando lugar a un nuevo Recurso, ahora Jerárquico, conforme al memorial presentado el 4 de diciembre de 2012.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2013 de 17 de abril de 2013, por la que dispone "***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012*", con los siguientes fundamentos:

> "…***2.1. Del procedimiento administrativo en caso de impugnación contra actos administrativos de menor jerarquía.-***
>
> *En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que implica que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponderá revisar cual es la norma aplicable al caso de autos, debiendo para ello centrarnos en la normativa administrativa especial, es decir, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, para el Sistema de Regulación Financiera, que en su parte pertinente señala:*
>
> > ***"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).*** *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*
> >
> > ***Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).***
> >
> > *I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados* ***o personas interesadas*** *solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada…"***
>
> *Conforme se tiene determinado, la norma administrativa delega la responsabilidad al recurrente de solicitar al órgano regulador que consigne el acto administrativo emitido que es considerado de menor jerarquía en un acto recurrible, es decir, y subsumiendo al caso de autos, la obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, a efectos de que pueda interponerse el Recurso de Revocatoria correspondiente,* ***sin embargo,*** *y no menos trascendental****,*** *la propia normativa administrativa, prevé que ante esta omisión por parte del interesado, la Autoridad regulatoria está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42 y 43 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.*
>
> *Para el presente caso, analizamos el referido artículo 42 que establece:*
>
> > ***"Artículo 42.- (Calificación del Procedimiento)*** *El órgano administrativo* ***calificará y determinará el procedimiento que corresponda*** *a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***<u>si las partes incurrieran en error de su aplicación o</u>***

designación." *(Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, en el presente caso, el Ente Regulador se encontraba en la obligación de reencauzar el procedimiento administrativo, ***que de origen contaba con la omisión procesal administrativa, es decir*** *no había merecido un pronunciamiento formal, (Resolución Administrativa) expresa, al amparo del citado artículo 42 y el Artículo 56 de la Ley N° 2341, al que se encontraba obligada la Autoridad de Supervisión, a tiempo de emitir su pronunciamiento.*

Por lo que queda claro que, el Ente Regulador, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2. De la obligación de Pronunciarse de la ASFI.-

El Ente Regulador no debe olvidar que ya el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17, define al ***acto administrativo*** *como aquel "…que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora****, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados"*

Por su parte, la economía jurídica boliviana determina que cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico) tal como establece el Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "…contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a ***criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos****. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…"*

En este contexto, tenemos que, al tratarse de un acto definitivo, la ASFI estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el mismo, a través de una Resolución Administrativa y no así a través de un acto administrativo de menor jerarquía.

Siguiendo el análisis correspondiente, tenemos que el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación se deberá tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades ***podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas o previendo nulidades o anulabilidades.*** *Es decir, se entiende que por virtud de este principio, se sanea en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.*

Es así que se debe hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, ***sobre aquellos formalísimos cuya realización no incida en su validez,*** *no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.*

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2010 de 27 de agosto de 2010, mismo que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

> *"…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria…."*
>
> *En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"*

Siguiendo la línea de razonamiento legal planteado, se debe traer a colación lo ya determinado por el Artículo 17, parágrafo I, de la Ley del Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, que señala:

> ***"****I. La Administración Pública está* ***obligada a dictar resolución expresa*** *en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación…"*

Por lo que, ante la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., la Entidad Fiscalizadora debió emitir Resolución Administrativa y no así una simple nota, más aún, si consideramos que el acto a emitir ha producido efectos jurídicos que hoy han sido objeto de impugnación a través de los recursos de Revocatoria y Jerárquico.

2.3. De las conclusiones.-

Del análisis de los numerales anteriores, se tiene que el Ente Regulador ha vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y derecho a la petición de la recurrente, al no haberse pronunciado mediante Resolución Administrativa al inicio del procedimiento administrativo.

Al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria, ha dado lugar a la indefensión de la recurrente y, consecuentemente, ha generado que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad.

Por lo que, corresponde traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que señala:

> *"…por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:*
>
> > *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
> >
> > *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes"*

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:

> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no*

declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Que, en el presente caso, al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa de la recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo, en consecuencia, el Ente Regulador pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda.

2.4. De la Documentación Presentada.-

Por último y en cuanto a que se incorpore como prueba al expediente las denuncias realizadas ante la FELCC contra el Banco Unión, se tiene que la misma no hace al objeto del presente proceso que versa sobre la improcedencia determinada por la Autoridad recurrida y no así sobre los temas de fondo, por lo que impide a este

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas pueda emitir pronunciamiento sobre dicha pretensión.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de legalidad.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, los derechos consagrados de la recurrente…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 705/2013 DE 22 DE OCTUBRE DE 2013.-

Procedida la anulación, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, mediante la cual resolvió:

"…***PRIMERO:*** *Rechazar la solicitud efectuada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. presentada mediante memorial de fecha 05 de abril de 2012, para que esta Autoridad de Supervisión instruya al Banco Unión S.A. la reposición de los montos debitados más los intereses que debieron generarse a favor de la Entidad Financiera y sus asociados, conforme a los fundamentos expuestos en la presente Resolución.*

SEGUNDO: *A los efectos de establecer la responsabilidad administrativa del Banco Unión S.A. respecto a la presunta contravención a su normativa interna, se dispone realizar diligencias preliminares complementarias sobre los hechos reclamados por el usuario del sistema…*"

Tal decisión encuentra fundamento en los considerandos también transcritos seguidamente:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el Lic. Guillermo Salazar Silva, Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. presentó a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) un memorial en fecha 05 de abril de 2012, a través del cual manifestó su desacuerdo con la respuesta SGRSC 013/12 de fecha 21 de marzo de 2012, que el Banco Unión S.A. le otorgó a su reclamo, debido a que en fechas 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012, respectivamente se habrían realizado tres (3) transacciones (una por cada fecha mencionada) por un total de Bs150.000.- (Ciento cincuenta mil 00/100 bolivianos), no autorizadas por la Cooperativa desde la cuenta de Caja de Ahorro N° 1-2405757 MN del Banco Unión S.A. a la cuenta N° 1052-100915

del Banco Ganadero S.A. cuyo titular es Fernando Castro Álvarez con C.I. N° 2375135 L.P., solicitando la inmediata reposición de los montos debitados más los intereses que debieron generar a la Cooperativa y a sus asociados.

Que, en fecha 25 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) solicitó mediante carta ASFI/DDC/R-50253/2012 al Banco Unión S.A., un informe de Auditoría Interna con opinión legal debidamente fundamentado y documentado en el que se consideren los extremos expuestos por el reclamante.

Que, el Banco Unión S.A. a través de la carta CITE: BUSA GG-435/2012 de fecha 14 de mayo de 2012, adjunta el Informe de Auditoría Interna AIN N° 052/2012 de 7 de mayo de 2012, señalando lo siguiente:

"1. <u>Solicitud de Servicios Uninet por parte de la Cooperativa</u>

En base a la documentación que cursa en el Banco, se determinó que la carpeta del cliente no cuenta con un respaldo documental de la solicitud de la habilitación del servicio de Traspaso Directo a Otros Bancos por parte del cliente.

Sin embargo, se han analizado las bitácoras de opciones de UNINET habilitados a los titulares sobre esta cuenta, en base a este análisis se han determinado los accesos relacionados a Traspasos a Cuentas:

N°	Cuenta	Usurio (sic)	Titulares	Transacciones Autorizadas	Fecha	
1	10000002405757	112853	Salazar Silva Guillermo	Ninguna	N/A	N/A
2	10000002405757	18961	Añez Suárez Luís Fernando	Traspaso Directo a Cuentas Propias	07/03/2003	FMORON
3	10000002405757	23873	Zabala Oliva Carlos	a) Traspaso Directo a Cuentas De Otros Bancos B) (sic) Traspaso Directo a Cuenta Propias	a) 23/05/2006 b) 30/10/2006	a) LOYOLA b) LOYOLA
4	10000002405757	445379	Vaca Durán Jorge David	Ninguna	N/A	N/A

Tal como se puede apreciar, la única cuenta de usuario con el permiso para la realización de "Traspasos a Cuentas De Otros Bancos" era la del señor Zabala Oliva Carlos, cuenta con la que se ejecutaron los traspasos analizados".

"2. <u>Verificación de Traspasos de Dinero a través de Uninet</u>

En todos los casos, el usuario utilizado para la realización de las transferencias es a cuenta de usuario "B1", misma que corresponde a una cuenta utilizada por el sistema UNIBANCA para las transacciones vía banca por internet".

<u>"El destino de los montos transferidos a cuentas de otros bancos se resume a continuación:</u>

Cuenta Origen	Monto Bs.	Titular Origen	Fecha	Cuenta Destino	Banco Destino			Titular Destino	CI/NIT
20120301199602600	50.000	Zabala Oliva Carlos	01/03/2012	1052100915	Banco Ganadero S.A.	Fernando Castro	Coop. Jerusalén	Fernando Castro	2375135CI
20120229199502100	50.000	Zabala Oliva Carlos	29/02/2012	1052100915	Banco Ganadero S.A.	Préstamo	Coop. Jerusalén	Fernando Castro	2375135CI
20120227199400500	50.000	Zabala Oliva Carlos	27/02/2012	1052100915	Banco Ganadero S.A.	Préstamo	Coop. Jerusalén	Fernando Castro	2375135CI
Total:	150.000								

*"3. **Seguimiento a Direcciones IP donde se originan las transacciones***

Se analizaron las bitácoras de acceso del servicio UNINET, con la finalidad de identificar las direcciones que ingresaron a este servicio en los días y horas asociadas a las transacciones denunciadas. De esta labor se resumen a continuación los datos identificados:

Nº	Descripción	Usuario	Nombre del Usuario	Cuenta	Monto Bs.	Dirección IP	Fecha Adición	Hora	País
1	Logueo en el SITIO	23873	Zabala Oliva Carlos			201.222.83.118	27/02/2012	11:01	Santa Cruz Bolivia
	Traspaso de Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50.000	SCZ	27/02/2012	11:09	
	Extracto de Movimientos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757			27/02/2012	11:15	
2	Logueo en el SITIO	23873	Zabala Oliva Carlos			190.186.29.229	28/02/2012	20:24	Santa Cruz Bolivia
	Traspaso de Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50.000	SCZ	28/02/2012	20:29	
3	Logueo en el SITIO	23873	Zabala Oliva Carlos			209.44.123.133	01/03/2012	10;15	Toronto Canadá
	Traspaso de Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50.000	SCZ	01/03/2012	10:20	

*Tal como se puede apreciar en el cuadro anterior, **las tres transacciones fueron realizadas utilizando el mismo usuario:** 23873 - Zabala Oliva Carlos, quien es parte del grupo de firmantes autorizados de esta cuenta".*

*"**E. Efecto Económico***

Se debe considerar que el Banco efectuó medidas preventivas de seguridad adicionales para el manejo del servicio de UNINET, acciones que fueron anteriores al evento suscitado.

El efecto de estas transacciones asciende a Bs150.000.- (Ciento Cincuenta Mil 00/100 Bolivianos) monto que corresponde al importe total que fue transferido a cuentas de otros Bancos".

*"**F. Aspectos que incumplen la normativa interna***

De la revisión de la documentación contenida en los files personales se han verificado que existen omisiones a la Normativa Interna en la presentación de la información.

Se ha podido evidenciar que no se cuenta con el respaldo de la adición de servicios UNINET en el file del cliente. De acuerdo a la bitácora de accesos, la habilitación fue realizada el 23 de mayo de 2006 por el usuario IOYOLA, correspondiente a la Sra. María Isabel Oyola - Subgerente Regional de Servicios al Cliente Oficina Santa Cruz. Aspecto que incumple lo establecido en la Normativa Interna PSE-UNI-007".

"Sin embargo, resaltar es que la Cooperativa sí tenía conocimiento que el

servicio lo tenía activo puesto que desde la fecha en que les fue activado estuvieron haciendo uso de él".

"G. Asesoría Legal

Consultado sobre este caso, la Subgerencia Nacional de Asuntos Corporativos, informó lo siguiente:

"Conforme lo establece en el contrato de prestación de servicios de Uninet, el uso o manejo inapropiado del número de identificación persona (sic) *(PIN) asignado al CLIENTE y a sus representantes y sus consecuencias y emergencias, son de exclusiva responsabilidad del CLIENTE".*

"Asimismo establece que cualquier divulgación a utilización de la clave secreta a personas ajenas es de exclusiva responsabilidad del CLIENTE y a sus representantes como también lo estipula claramente su cláusula Novena".

Que, el 17 de mayo de 2012, mediante comunicación/ASFI/DSR I/R-60514/2012 la Dirección de Supervisión de Riesgos I de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), remitió el Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, entre otros casos, respecto al reclamo de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., en función de la documentación revisada concluye que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda. habría sido víctima de fraude informático de tipo "Phishing" y recomienda instruir al Banco Unión S.A. que se cubra el importe defraudado a aquellos clientes de los cuales se excedió el monto máximo diario autorizado en la transacción no reconocida.

Que, en fecha 18 de junio de 2012, con el objeto de contar con mayores elementos de análisis, esta Autoridad de Supervisión, mediante carta ASFI/DDC/R-73627/2012, solicitó al Banco Unión S.A. fotocopias simples del contrato de apertura de caja de ahorro, normativa interna del Banco Unión S.A. relacionada a los procesos de apertura de cuentas, proceso de traspaso de cuentas y revisión documentación adjunta al file del cliente.

Que, el Banco Unión S.A. a través de la carta CITE: BUSA GG-570/2012 de fecha 27 de junio de 2012 remitió fotocopias simples de la carpeta correspondiente a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. y la normativa interna referente a la apertura de cuentas, traspasos de fondos entre cuentas de clientes y transferencias electrónicas a través de ACH (Sistema de Compensación de Ordenes Electrónicas).

Que, en fecha 4 de julio de 2012, mediante Comunicación/ASFI/DSRI/R-81024/2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos I de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), complementó la Comunicación/ASFI/DSR I/R-60514/2012 de 17 de mayo de 2012, remitiendo cartas de reclamos referidas a retiros de efectivo vía Uninet no reconocidos por clientes del Banco Unión S.A. con el objeto de que la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero evalúe la aplicación de las medidas que

correspondan de acuerdo al contenido del Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012.

Que, en fecha 18 de julio de 2012, esta Autoridad de Supervisión recepcionó la reiteración del reclamo presentado por el Lic. Guillermo Salazar Silva, Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., solicitando se les haga conocer los resultados de la evaluación de su reclamo sobre tres transacciones ascienden a Bs150.000.- (Ciento cincuenta mil 00/100 bolivianos).

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, esta Autoridad de Supervisión emitió respuesta a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., sobre los aspectos formulados en su reclamo, manifestando que ante las evidencias materiales existentes, se estableció que las transferencias de fondos realizadas entre el 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 a través de Banca por Internet, se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas.

Que, en fecha 18 de octubre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. presentó recurso de revocatoria contra la carta ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda. contra la nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, al no haber solicitado que se consigne la misma en Resolución Administrativa, en virtud del parágrafo I del artículo 20 el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2013 de 17 de abril de 2013, resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012 inclusive, debiendo emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos de ese acto administrativo (…)

CONSIDERANDO:

Que, el 26 de abril de 2006, se suscribió el contrato de Prestación de Servicios de UNINET y Marque Unión S.A, entre el Banco Unión S.A. y la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda.

Que, el artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) establece que los actuados e informes de la Superintendencia, podrán ser presentados como prueba, para el resarcimiento de los daños civiles causados a la

entidad y a los ahorristas o depositantes.

Que, el artículo 154 de la citada Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina que esta Autoridad de Supervisión tiene como atribuciones: Vigilar el cumplimiento de las normas de Intermediación financiera; normar el sistema de control interno y externo de toda Intermediación financiera; ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República Intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables; ejercer supervisión consolidada; establecer sistemas preventivos de control y vigilancia; imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de la documentación y observaciones planteadas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda. en su carta de reclamo, así como de la información proporcionada por el Banco Unión S.A; aplicando la sana critica y análisis objetivo, se tienen las siguientes consideraciones:

1.- La Cooperativa Jerusalén Ltda (sic) ***no reconoce tres (3) transacciones equivalentes a Bs150.000.- (Ciento cincuenta mil 00/100 bolivianos) realizadas en fechas 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 mediante el Sistema de Banca por Internet.***

Al respecto, el Banco Unión S.A. a través de la carta CITE: BUSA GG-435/2011 de fecha 14 de mayo de 2012, adjunta el Informe de Auditoría Interna AIN N° 052/2012 de 7 de mayo de 2012, señalando lo siguiente:

"De acuerdo con las bitácoras de acceso del "Servicio UNINET", del Banco Unión S.A., se han identificados que las direcciones IP desde las que se iniciaron las tres (3) transacciones reclamadas las que suman un total de Bs150.000.- (Ciento Cincuenta Mil 00/100 Bolivianos), fueron realizadas utilizando el usuario del señor Zabala Oliva Carlos, quien es ***firma Autorizada de la cuenta analizada de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda.***

Asimismo, se ha identificado que las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de Santa Cruz en Bolivia, así como en Toronto - Canadá.

Descripción	Usuario	Nombre del Usuario	Cuenta	Monto Bs.	Dirección IP	Fecha Adición	Hora	País
Traspaso de Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50.000	201.222.83.118	27/02/2012	11:09	Santa Cruz Bolivia
Traspaso de Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50.000	190.186.29.229	27/02/2012	20:29	Santa Cruz Bolivia
Traspaso de Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50.000	209.44.123.133	27/02/2012	10:20	Toronto Canadá

Las transferencias se realizaron con destino a una cuenta del Banco Ganadero, correspondiente al señor Fernando Castro, de acuerdo al siguiente detalle:

Fecha	Cuenta Destino	Banco Destino	Titular Destino
01/03/2012	1052100915	Banco Ganadero S.A.	Fernando Castro
29/02/2012	1052100915	Banco Ganadero S.A.	Fernando Castro
27/02/2012	1052100915	Banco Ganadero S.A.	Fernando Castro

Asimismo, como parte del proceso de "Traspaso a Cuentas de Otros Bancos", el Sistema UNINET solicita se ingrese una cuenta de correo electrónico para el envío de una confirmación de realización de la transacción, en los tres traspasos la cuenta ingresada fue: fcastro22@hotmail.com."

*Que, evaluados los antecedentes y documentación proporcionada por ambas partes, se establece que las tres (3) transacciones reclamadas fueron realizadas durante el periodo del 27, 28 de febrero y 1 de marzo de 2012; utilizando el usuario N° 23873 perteneciente al señor **Zabala Oliva Carlos**, siendo firma autorizada de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., con acceso para realizar operaciones vía internet y habilitado para el servicio de Traspaso Directo a Otros Bancos, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas, aspecto contemplado en las **cláusulas tercera y novena del Contrato de Prestación de Servicios de UNINET**", suscrito y firmado por representantes del Banco Unión S.A. y la Cooperativa Jerusalén Ltda., en fecha 26 de abril de 2006.*

*Que, cabe recordar que la propia Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda. en el contrato de Prestación de Servicios UNINET exonera al Banco Unión S.A. de cualquier responsabilidad por perdida, **apropiación indebida o uso inadecuado de la clave secreta o PIN asignado al cliente o a sus representantes**.*

Que, los contratos tienen fuerza de Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 519 del Código Civil, por lo que correspondería su estricto apego a las condiciones pactadas.

Que, de acuerdo al Informe de Auditoría Interna del Banco Unión S.A. con CITE: BUSA GG N° 435/2012 de 14 de mayo de 2012, y al Informe Técnico ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos I de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), la Cooperativa habría sido víctima de fraude informático de tipo "Phishing", el Banco Unión S.A. ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes de la Entidad Financiera a través del Sistema UNINET, utilizando para el efecto las contraseñas otorgadas a los clientes, identificando la necesidad de que el Banco Unión S.A. implemente sistemas robustos de autenticación a fin de minimizar los casos de phishing.

Que, en base a los informes precedentes, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), dentro de las atribuciones administrativas conferidas por Ley y ante las evidencias materiales existentes, establece que las transferencias de fondos realizadas entre el 27, 29 de febrero y 1 de marzo de 2012 a través de la Banca por Internet, se habrían efectuado utilizando el código de usuario y clave de acceso

operacional, ambos requisitos complementarios e indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas, aspecto contemplado en el Contrato de Prestación de Servicios de UNINET, suscrito y firmado por representantes del Banco Unión S.A. y la Cooperativa Jerusalén Ltda., en fecha 26 de abril de 2006.

Que, la Cláusula Tercera del señalado contrato, con relación al número de identificación personal "Clave secreta", establece que: "...el uso o manejo inapropiado del número de identificación personal (PIN) asignado al cliente y o sus representantes y sus consecuencias y emergencias, son de exclusiva responsabilidad del Cliente".

Que, la Cláusula Novena del mismo contrato determina que: "Para los casos de extravío, hurto, robo y apropiación indebida de la clave secreta, ***el Cliente, será responsable por las transacciones realizadas*** *con la clave secreta o de las claves secretas adicionales, extraviadas, hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente, hasta que el cliente cambie su clave o claves secretas directamente en el sistema, lo que podrá realizar también apersonándose por el Banco".*

"La omisión del cambio de claves o del aviso correspondiente, constituye al cliente en responsable exclusivo de la totalidad de las transacciones realizadas o con las claves secretas que hayan sido robadas o indebidamente apropiadas, hasta su vencimiento o anulación por el Banco, ninguna limitación, restricción, ni excepción", por tanto, es responsabilidad de los clientes el manejo o reserva del PIN o clave secreta, una vez proporcionado por la Entidad Financiera.

Que, en la Cláusula Décima Primera del contrato de Prestación de Servicios de UNINET y Marque Unión, el cliente en ese caso la Cooperativa excluyó de responsabilidad civil al Banco Unión S.A. sobre las transferencias de fondos entre cuentas de la citada Cooperativa o de cuentas de esta con las de terceros que hayan sido realizadas por la Cooperativa Jerusalén Ltda. a través de sus representantes o apoderados, recordando que de acuerdo al sistema UNINET, en este caso las tres (3) transferencias observadas habrían sido ejecutadas con el usuario 23873 correspondiente al señor Zabala Oliva Carlos.

Que, complementariamente, el punto 11.2 de la citada Cláusula Décima Primera del mismo contrato determina que: "El Banco no será responsable, bajo ningún concepto por daños y perjuicios ocasionados por daños, por hurtos, accidentes, errores o cualesquiera otra contingencia, que pudiera ocurrirle al CLIENTE o las terceras personas autorizadas, que puedan ocurrirles mientras operan la RED, tanto dentro fuera de los lugares físicos donde se encuentre su computadora o teléfono del CLIENTE; esta exclusión de responsabilidad también se hace extensiva para el caso de que al CLIENTE o a sus representantes o apoderados les hayan robado o sustraído su (s) clave (s)":

Que, el Informe de Auditoría Interna del Banco Unión S.A. AIN 052/2012 de 07 de mayo de 2012, en sus conclusiones descartó toda posibilidad de de (sic) *que los sistemas de*

seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados.

Que, por otra parte, el Banco Unión S.A. procedió con anterioridad a que se produzcan las transacciones observadas (27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012) a tomar medidas preventivas, en fecha 28 de octubre de 2011 procedió a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET y en fecha 15 de enero de 2012, reforzó esa medida comunicando a sus clientes y público en general, que esa Entidad Financiera no pide contraseñas, ni ninguna otra información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto, y que se tenga cuidado porque personas inescrupulosas estaban intentando obtener esa información para fines fraudulentos.

Que, ante la posible participación de terceras personas en la realización de las transacciones reclamadas, esos hechos se constituirían en fraude informático de tipo "Phishing"; ante lo cual el Órgano de Supervisión no tiene la facultad de emitir un pronunciamiento por exceder a sus atribuciones administrativas es decir, las mismas no alcanzan a dilucidar controversias o supuestos ilícitos que afecten los derechos de las personas.

Que, esta Autoridad de Supervisión ha venido instruyendo a través de varias cartas circulares que las Entidades Financieras que conforman el Sistema Financiero Nacional refuercen la comunicación con sus clientes, por los distintos canales de medios, sobre la adopción de medidas preventivas y de resguardo que deben tomar en cuenta a efectos de minimizar el riesgo y evitar posibles ilícitos y fraudes. Pero también los clientes tienen la obligación de resguardar adecuadamente su clave secreta o PIN, teniendo el cuidado necesario y prudente para evitar que terceros tengan acceso al mismo.

Que, por otra parte, en el Informe de Auditoría Interna AIN 052/2012 de 07 de mayo de 2012, se advirtió presunto incumplimiento por parte del Banco Unión S.A a su normativa interna PSE UNI-007, relacionado con el respaldo documental de adición del servicio UNINET, que debía cursar en los antecedentes (file del cliente), sin embargo este aspecto no afecta al fondo de las observaciones planteadas por el reclamante, ya que la Cooperativa Jerusalén Ltda. habría tenido acceso al servicio de UNINET desde el 23 de mayo de 2006, utilizándolo frecuentemente, no obstante, corresponde el inicio de un proceso sancionatorio por el incumplimiento identificado a la normativa interna del Banco Unión S.A., lo que será tramitado por separado.

2. La Cooperativa Jerusalén Ltda. en su memorial presentado en fecha 05 de abril de 2012 solicitó que el Banco Unión S.A. restituya a la Cooperativa Jerusalén Ltda. el monto de Bs150.000 (Ciento cincuenta mil 00/100 bolivianos), mas sus intereses

Que, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro de la competencia administrativa conferida por la Ley N° 1488 de Bancos y entidades Financieras (Texto Ordenado), no tiene atribuciones para ordenar a las Entidades Financieras, para que procedan a la devolución de dinero e intereses, estando supeditado el Órgano Supervisor a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades de las entidades relacionadas con la intermediación

financiera y servicios auxiliares financieros, así como la facultad de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando estas infrinjan disposiciones legales, todo esto con el propósito de precautelar el orden financiero y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo.

Que, en el marco del artículo 28 de la citada Ley de Bancos los actuados e informes de la Superintendencia, podrán ser presentados como prueba, para el resarcimiento de los daños civiles causados a la entidad y a los ahorristas o depositantes.

Que, del análisis de la documentación proporcionada por las partes en busca de la verdad material se llegó a determinar los siguientes aspectos con relación al reclamo formulado:

1. *Las tres transacciones observadas y no reconocidas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. suman un total de Bs150.000.- (Ciento cincuenta mil 00/100 bolivianos), las cuales habrían sido realizadas a través del Servicio de Banca por internet (UNINET) del Banco Unión S.A. utilizando el usuario 23873 del señor Zabala Oliva Carlos, quien contaba con firma autorizada en representación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. para el manejo de la cuenta N° 10000002405757.*

2. *Se identificó que las Direcciones IP desde las que se iniciaron las transacciones observadas, tuvieron su origen en las ciudades de Santa Cruz-Bolivia y Toronto-Canadá. Las transferencias se realizaron con destino a la cuenta N° 1052100915 del Banco Ganadero S.A., correspondiente al señor de Fernando Castro.*

3. *Como parte del proceso de "Traspaso a Cuentas de Otros bancos", el sistema UNINET solicitaba se ingrese una cuenta de correo electrónico para el envío de una confirmación de realización de la transacción, en los tres traspasos la cuenta ingresada fue: fcastro22@hotmail.com.*

4. *La Cláusula Tercera del Contrato de Prestación de Servicios de UNINET y Marque Unión, suscrito por representantes del Banco Unión S.A. y la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. (entre los que se encontraba el señor Carlos Zabala Oliva) en fecha 26 de abril de 2006, con relación al número de identificación personal "Clave secreta", establece que:* ***"...el uso o manejo inapropiado del número de identificación personal (PIN) asignado al cliente y o sus representantes y sus consecuencias y emergencias, son de exclusiva responsabilidad del Cliente"****.*

5. *Complementariamente, la Cláusula Novena del citado contrato determina que: "****Para los casos de extravío, hurto, robo y apropiación indebida de la clave secreta, el Cliente, será responsable por las transacciones realizadas con la clave secreta o de las claves secretas adicionales, extraviadas, hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente, hasta que el cliente cambie su clave o claves secretas directamente en el sistema, lo que podrá realizar también apersonándose por el Banco****. La omisión del cambio de claves o del aviso*

correspondiente, constituye al cliente en responsable exclusivo de la totalidad de las transacciones realizadas o con las claves secretas que hayan sido robadas o indebidamente apropiadas, hasta su vencimiento o anulación por el Banco, ninguna limitación, restricción, ni excepción, por tanto, es responsabilidad de los clientes el manejo o reserva del PIN o clave secreta, una vez proporcionado por la Entidad Financiera".

En el marco del citado contrato, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. asumió la responsabilidad del manejo o confidencialidad de la clave secreta denominada PIN y consecuentemente por las transacciones realizadas con la clave secreta o de las claves secretas adicionales, extraviadas, hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente. En el presente caso, las transacciones observadas de 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012, se habrían llevado a cabo de la cuenta de ahorro N° 10000002405757 de la Cooperativa Jerusalén Ltda. utilizando el código de usuario 23873 – correspondiente al usuario del señor Zabala Oliva Carlos, quien era parte del grupo de firmantes habilitados para el manejo de esa cuenta como se evidencia en el formulario de solicitud de apertura de la citada caja de ahorro de fecha 26 de abril de 2006, ***recién conforme acredita la carta TE 150/12 el 02 de marzo de 2012 la Cooperativa solicitó el bloqueo del servicio traspaso UNINET del usuario 23873.***

Asimismo, conforme las Cláusulas Novena y Décima Primera del contrato de Prestación de Servicios de UNINET y Marque Unión, el cliente en ese caso la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. excluyó de responsabilidad civil al Banco Unión S.A. sobre las transferencias de fondos entre cuentas de la citada Cooperativa o de cuentas de esta con las de terceros que hayan sido realizadas por sus representantes o apoderados, recordando que de acuerdo al sistema UNINET, en este caso las tres (3) transferencias observadas habrían sido realizadas con el usuario 23873 correspondiente al señor Zabala Oliva Carlos.

Finalmente, en el punto 11.2 de la Cláusula Décima Primera del mismo contrato determina que: "El Banco no será responsable, bajo ningún concepto por daños y perjuicios ocasionados por daños, por hurtos, accidentes, errores o cualesquiera otra contingencia, que pudiera ocurrirle al CLIENTE o las terceras personas autorizadas, que puedan ocurrirles mientras operan la RED, tanto dentro fuera de los lugares físicos donde se encuentre su computadora o teléfono del CLIENTE; esta exclusión de responsabilidad también se hace extensiva para el caso de que al CLIENTE o a sus representantes o apoderados les hayan robado o sustraído su (s) clave (s)".

Consecuentemente, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. también liberó de responsabilidad al Banco Unión S.A. con esta cláusula sobre las transacciones reclamadas y no reconocidas, debiendo recordar que en marco del artículo 519 de Código Civil los contratos se constituyen en Ley entre partes.

6. *El monto límite de traspasos diarios establecidos en el formulario de solicitud de servicio UNINET de fecha 26 de abril de 2006, otorgado para el usuario Carlos Zabala Oliva era de $us.10.000.- (Diez mil 00/100 Dólares americanos); las tres (3) transacciones realizadas de la cuenta N° 10000002405757, cada una fue de Bs50.000.- (Cincuenta mil 00/100 bolivianos) por día, no excediendo por lo tanto el límite diario de transacción que se tenía autorizado.*

7. *El Banco Unión S.A. procedió en fecha 28 de octubre de 2011 a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET que señala que:* ***"Nuestra entidad nunca solicita contraseñas, números de tarjeta de crédito o de cualquier información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto"****. Asimismo en fecha 15 de enero de 2012, reforzó esta medida, a través de una publicación en el periódico de circulación nacional El Deber comunicando a sus clientes y público en general lo siguiente:* ***"Recordamos a nuestros clientes y público en general, que a través de correos electrónicos y otros medios de internet, ciertos delincuentes están intentando obtener información confidencial de algunos clientes, utilizando la identidad del Banco Unión S.A. con fines fraudulentos"****. Por lo enunciado, con anterioridad a que se produzcan las tres (3) transacciones observadas y no reconocidas, el Banco Unión S.A. el 28 de octubre de 2011 y el 15 de enero de 2012, advirtió a todos sus clientes que tengan cuidado con el manejo de su información confidencial porque se había detectado que personas inescrupulosas dedicadas a actividades delincuenciales, estaban intentando obtener información confidencial.*

8. *Por lo expuesto, al no reconocer la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. las transacciones observadas de 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012, como operaciones realizadas por representantes autorizados, se puede establecer entonces que esa Entidad Financiera habría sido víctima de "Phishing", término informático que denomina a fraudes encuadrados dentro del ámbito de las estafas cibernéticas, y que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por adquirir información confidencial de forma fraudulenta por parte de terceras personas.*

9. *Por las evidencias materiales existentes proporcionadas por ambas partes, se establece que las transferencias de fondos realizadas entre el 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 a través del Servicio de Banca por Internet, se habrían realizado utilizando el código de usuario 23873 (clave de acceso operacional) – Zabala Oliva Carlos quien era parte del grupo de firmantes autorizados de esa cuenta por parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., los cuales eran requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular de la cuenta conforme lo establecido en el contrato de prestación de servicios de UNINET suscrito el 26 de abril de 2006, el único responsable para el manejo y custodia de las mismas.*

Que, el informe ASFI/DDC/R-67399/2013 de 09 de mayo de 2013, recomendó que en el marco de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°020/2013 de

17 de abril de 2013, se emita una Resolución Administrativa rechazando la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. formulada en su memorial de reclamo. Con relación a la presunta contravención a la normativa interna PSE UNI-007 del Banco Unión S.A. se recomienda realizar una investigación complementaria sobre ese aspecto…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de octubre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, exponiendo los alegatos siguientes:

"*…de la posición asumida por ASFI se tiene* (sic) *las siguientes consideraciones de orden legal:*

La Resolución ASFI Nº 705/2013 en respuesta a nuestro reclamo no expresa los fundamentos en los que se basa, aspecto que vulneraría los artículos 28 y 30 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, que a la letra señalan:

Artículo 28. *"Son elementos esenciales del Acto Administrativo los siguientes: e) Fundamento: Deberá ser fundamentado expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto".*

Artículo 30. *"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan Recursos Administrativos"*

La motivación del acto administrativo, debe versar sobre los argumentos de derecho, en los cuales se respaldan las decisiones del Regulador, la resolución emitida por ASFI se limita a hacer una recopilación de hechos y datos que son de conocimiento de la cooperativa y que llevan a señalar que existió ***"Pishing*** (sic) ***Informático"****, sin embargo en ninguna parte de la resolución se señala* (sic) *los argumentos técnicos en los cuales se basa para argumentar que existiría esta figura informática, en ningún momento existió una investigación clara y técnica que arroje este resultado, no es posible que el Regulador determine una posición sin previamente realizar una investigación tanto en las instalaciones del Banco como de la cooperativa, que tenga los elementos documentales respaldados y con personal técnico en el área.*

Por otro lado se debe señalar que la resolución señala "Habría sido víctima", es decir que se cree que existiría esa figura pero que tampoco lo manifiesta de manera imperativa, encontrándonos en absoluta inseguridad frente a las decisiones del Órgano Regulador, asimismo en al (sic) *resolución señala que "Las transferencias de fondos realizadas entre el 27 y 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 a través de banca por internet,* ***se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional****", párrafo que también expone al reclamante a inseguridad jurídica, en ambos casos la autoridad refleja supuestos que no fueron correctamente investigados.*

Por las razones expuestas se determina que la carta de respuesta (sic) *no se encuentra debidamente motivada y fundamentada, aspecto que acarrearía la nulidad de la misma, prevista en el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

Finalmente, es necesario notar (sic) *que se hace referencia al* ***"Phishing"****, como un delito informático aspecto que no corresponde ya que en la legislación boliviana no está tipificado como delito, por lo que la autoridad no puede enmarcar sus decisiones en tipos delictivos no reconocidos por nuestra legislación nacional, debiendo rectificar esta posición y determinar de manera clara quienes son los responsables de los débitos realizados.*

Con relación a la participación del Banco Unión, se solicita que la Autoridad investigue la participación que este tuvo, ya que una entidad financiera tiene la obligación de precautelar en el uso de su sistema informático mas aún si existen varias denuncias de este tipo contra el Banco Unión, como al que adjuntamos a la presente impugnación, nosotros en nuestra calidad de clientes de esta entidad financiera exigimos que asuma su responsabilidad y reponga los fondos indebidamente debitados de nuestra cuenta, para lo cual debe existir una Auditoría Especial.

En ese marco es necesario mencionar la vulneración del Principio Fundamental reconocido por el inciso a) del artículo 4 de la ley de Procedimiento Administrativo, por el cual se determina que el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad, refiriéndose a que el órgano Regulador al emitir criterios subjetivos y sin fundamento técnico, dando lugar a un acto administrativo sin motivación.

CONCLUSIONES

En base a lo referido precedentemente en todo el cuerpo del presente memorial, se pueden (sic) *establecer lo siguiente:*

a) Que el sistema informático del Banco Unión es inseguro y que fue el medio ideal para la apropiación indebida practicada por medio de los débitos indebidos realizados.

b) Los IP de los que se realizaron las transacciones no son de la Cooperativa JERUSALEN y que por consiguiente no puede responsabilizarse a la empresa por el Phishing, más aún si la ASFI no realizó el trabajo de investigación con la profundidad necesaria.

c) Que la investigación de la ASFI, no reflejó de manera coherente la verdad material que debería ser establecida, conforme señala el Procedimiento Administrativo, por la falta de difusión de los informes tanto de auditoría interna del Banco Unión como los informes técnicos de ASFI.

d) Que es necesario profundizar la investigación de los hechos, con el fin de evitar que posteriormente exista mayor cantidad de usuarios en esta situación por la falta de diligencia en la investigación.

e) Que el propio Banco Unión reconoce la existencia de un Phishing lo que fue corroborado por la ASFI y que en dicha circunstancia, es obligación del Banco Unión S.A., reparar el daño causado, como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles.

PETITORIO.

Por los argumentos expuestos en este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los Arts. 46, 47 y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (D.S. N° 27175) dentro de término hábil, interponer recurso de revocatoria en contra de la ***RESOLUCIÓN ASFI Nº 705/2013 de fecha 22/10/2013****, solicitando a Su Autoridad que una vez advertidas las imprecisiones legales cometidas y las nulidades incurridas, revoque la citada Resolución, otorgando la razón a la empresa y ordenando al Banco Unión a asumir responsabilidad por los actos generados como emergencia de su negligencia…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 778/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "***CONFIRMAR*** *totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013*", con los fundamentos que, en lo principal, se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis al memorial de reclamación presentado el 5 de abril de 2012 por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. contra el Banco Unión S.A., se resaltan los siguientes extremos expuestos por la reclamante:

1. *Respecto a la reclamación efectuada, el Banco Unión S.A. no ha efectuado una respuesta íntegra, completa y exacta, ya que no brinda una solución precisa a los hechos reclamados, lo que implica incumplimiento al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI (anterior estructura) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

2. *Con los traspasos realizados se han vulnerado los derechos de la Cooperativa, ya que el contrato de apertura y manejo de cuenta de ahorros N° 1-2405757 suscrito con el Banco Unión S.A., establece que no pueden realizarse operaciones sin la autorización del titular de la cuenta.*

3. *Respecto a los hechos manifestados en la reclamación, la Cooperativa solicita se dicte resolución instruyendo al Banco Unión S.A. la inmediata reposición de los montos indebidamente debitados, más los intereses que debieron generar.*

Que, los argumentos de impugnación esgrimidos por la Cooperativa en el memorial de 30 de octubre de 2013, se centran en lo siguiente:

1. *La Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de octubre de 2013, en respuesta a la reclamación, no expresa los fundamentos en los que se basa, aspecto que vulneraría los artículos 28 y 30 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

2. *La Resolución ASFI N° 705/2013 se limitaría a hacer una recopilación de hechos y datos que son de conocimiento de la Cooperativa y que llevan a señalar que existió "phishing informático", sin embargo en ninguna parte de la Resolución se señala los argumentos técnicos en los cuales se basa para argumentar que existiría esta figura informática. En ningún momento existió una investigación clara y técnica que arroje este resultado, no es posible que el Regulador determine una posición sin previamente realizar una investigación tanto en las instalaciones del Banco como de la Cooperativa, que provean los elementos documentales respaldados del personal técnico en el área.*

3. *La Resolución señala que la Cooperativa "habría sido víctima", es decir que se cree que existiría esa figura pero que tampoco lo manifiesta de manera imperativa, encontrándose la Cooperativa en absoluta inseguridad frente a las decisiones del Órgano Regulador, asimismo en la Resolución se señala que "Las transferencias de fondos realizadas entre el 27 y 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 a través de banca por Internet se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional", párrafo que también expondría a la entidad recurrente a inseguridad jurídica, toda vez que en ambos casos la autoridad reflejaría supuestos que no fueron correctamente investigados.*

4. *Por las razones expuestas, la Cooperativa determina que la "carta de respuesta" (léase Resolución ASFI N° 705/2013) no se encuentra debidamente motivada y fundamentada, aspecto que acarrearía la nulidad de la misma prevista en el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

5. *ASFI hace referencia al "Phishing" como un delito informático, aspecto que no corresponde ya que en la legislación boliviana esta figura no está tipificada como delito, por lo que la Autoridad de Supervisión no puede enmarcar sus decisiones en tipos delictivos no reconocidos por nuestra legislación nacional, debiendo rectificar esta posición y determinar de manera clara quienes son los responsables de los débitos realizados.*

6. *Con relación a la participación del Banco Unión, se solicita que la Autoridad investigue la participación que este tuvo, ya que una entidad financiera tiene la obligación de precautelar por la seguridad en el uso de su sistema informático más aún si existen varias denuncias de este tipo contra el Banco Unión S.A., como la que adjuntamos a la presente impugnación, nosotros en*

nuestra calidad de clientes de esta entidad financiera exigimos que asuma su responsabilidad y reponga los fondos indebidamente debitados de nuestra cuenta, para lo cual debe existir una Auditoría Especial.

7. *La investigación de la ASFI, no reflejó de manera coherente la verdad material que debería ser establecida, conforme señala el Procedimiento Administrativo, por la falta de difusión de los informes tanto de auditoria interna del Banco Unión S.A. como los informes técnicos de ASFI.*

8. *El propio Banco Unión S.A. reconoce la existencia de un Phishing lo que fue corroborado por la ASFI y que en dicha circunstancia, es obligación del Banco Unión S.A., reparar el daño causado, como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles.*

Que, evaluando los argumentos de impugnación expuestos por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda. respecto a la Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de octubre de 2013, de acuerdo a lo expuesto en el Informe Técnico ASFI/DDC/R-169837/2013 de 7 de noviembre de 2013 y el Informe ASFI/DAJ/R-175318/2013 de 18 de noviembre de 2013, se tiene lo siguiente:

1. *La Resolución recurrida, consideró elementos emergentes de los informes e investigaciones efectuadas en la entidad bancaria que se constituyeron en los fundamentos que sustentan la disposición de esta Autoridad de Supervisión, es así que en dicho acto administrativo se expresó lo siguiente:*

   - *Evaluados los antecedentes y documentación proporcionada por ambas partes, se estableció que en las tres transacciones realizadas durante el periodo del 27, 28 de febrero y 1 de marzo de 2012 fue utilizado el usuario N° 23873 perteneciente al señor Zabala Oliva Carlos, mismo que se constituye en firma autorizada de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. para el manejo de la cuenta bancaria, con acceso para realizar operaciones vía internet y habilitado para el servicio de traspaso directo a otros bancos.*

   - *De acuerdo "Contrato* (sic) *de Prestación de Servicios de UNINET y MARQUE UNION", suscrito por los representantes de la Cooperativa Jerusalén Ltda., el titular es responsable del manejo personal e intransferible para el ingreso a la RED de la clave secreta, quedando prohibido de divulgarla o transmitirla a terceras personas.*

   - *De acuerdo al Informe de Auditoría Interna del Banco Unión S.A. con CITE: BUSA GG N° 435/2012 de 14 de mayo de 2012 y al Informe Técnico ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012 emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos I de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la Cooperativa habría sido víctima de fraude informático de tipo "Phishing", habiendo establecido el Banco Unión S.A. la existencia de vulneraciones a las cuentas de sus clientes a través del Sistema UNINET,*

utilizando para el efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

- *El monto límite de traspasos diarios establecidos en el formulario de solicitud de servicio UNINET de fecha 26 de abril de 2006, otorgado para el usuario Carlos Zabala Oliva era de $us.10.000.- (Diez mil 00/100 dólares americanos), cada una de las tres transacciones realizadas en la cuenta N° 10000002405757, fue de Bs50.000.- (Cincuenta mil 00/100 bolivianos), no excediendo por lo tanto el límite diario que se tenía autorizado.*

- *El Banco Unión S.A. procedió con anterioridad a que se produzcan las transacciones observadas (27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012) a tomar medidas preventivas, en fecha 28 de octubre de 2011 procedió a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET y en fecha 15 de enero de 2012, reforzó esa medida comunicando a sus clientes y público en general, que esa Entidad Financiera no pide contraseñas, ni ninguna otra información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto, y que se tenga cuidado porque personas inescrupulosas estaban intentando obtener esa información para fines fraudulentos.*

- *El Informe de Auditoría Interna del Banco Unión S.A. AIN 052/2012 de 07 de mayo de 2012, en sus conclusiones descartó toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados.*

En consecuencia, el argumento en sentido que la Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de octubre de 2013 no exprese los fundamentos en los que se basa, carece de sustento.

2. *Este ente regulador realizó diversas gestiones investigativas a los efectos de verificar plenamente los hechos que sustentaron la decisión de carácter administrativo, habiendo adoptado las medidas probatorias necesarias y suficientes para obtener convencimiento que permita establecer la verdad material sobre los hechos investigados, en este sentido, se realizaron las siguientes gestiones:*

   a. *Análisis y evaluación del Informe de Auditoria del Banco Unión S.A. N° AIN 052/2012 de 7 de mayo de 2012, requerido mediante Carta ASFI/DDC/R-50253/2012 de 25 de abril de 2012.*

   b. *Análisis y evaluación de la documentación requerida mediante Carta ASFI/DDC/R-73627/2012 de 18 de junio de 2012, con el objeto de contar con mayores elementos de análisis; dicha documentación consistió en: 1) Documentación inmersa en la carpeta del cliente, 2) Reglamento de Cajas de Ahorro del Banco Unión S.A., 3) Contrato de Prestación de Servicios UNINET y Maque Unión, 4) Formulario de solicitud de servicios UNINET realizado por Carlos Zabala Oliva, 5) Manual de Procedimiento de Apertura de Cuentas Nuevas de Personas Naturales NCB-006, vigente desde el*

06/2004, 6) Manual de Traspaso de Fondos Entre Cuentas de Clientes NOP-012-2005, vigente desde el 04/2005, 7) Manual de Transferencias Electrónicas a través de la Cámara de Compensación de Órdenes Electrónicas (ACH), 8) otra documentación relacionada.

c. *Consideración del Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, elaborado por el Supervisor de Riesgo Tecnológico de la Dirección de Supervisión de Riesgos I de ASFI, que analiza la presolicitud de Servicios UNINET y la descripción de estos servicios.*

Los informes, reportes y manuales presentados y evaluados, exponen las características y proceso para el acceso a las cuentas de los clientes del Banco Unión S.A., mediante el portal UNINET, para realizar transacciones, mismos que evidencian que la validación del ingreso con el uso del usuario y contraseña y PIN. Estas fuentes de investigación han establecido la existencia de vulneraciones a la cuenta del cliente del Banco a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto la contraseña otorgada al señor Zabala Oliva Carlos, firma autorizada de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., habiendo sido víctima de fraude informático de tipo "Phishing" efectuado por terceras personas al haberse capturado su contraseña otorgada por el Banco al cliente, asumiendo este último la responsabilidad por su apropiación indebida y uso inadecuado.

3. *Dentro de las investigaciones efectuadas a los sistemas informáticos del Banco Unión S.A., se ha establecido lo siguiente: a) Existencia de inobservancias a la normativa interna del Banco Unión S.A. y de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por parte del personal del Banco, b) El acceso al sistema UNINET se valida con el usuario y contraseña o el número de tarjeta y el PIN. Como medida de seguridad se utiliza un teclado virtual que cuenta con el Certificado SSL de VeriSign y se utiliza autenticación mediante "https", c) La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. fue víctima de fraude informático de tipo "phishing". El Banco ha establecido la existencia de vulneraciones a las cuentas de los clientes a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes. d) El Sistema UNINET presentaba debilidades que ameritaron la implementación de sistemas robustos de autenticación que minimicen los casos de "phishing", e) Se ha podido evidenciar que la entidad bancaria ha incumplido normativa interna en la presentación de información, toda vez que no se cuenta con el respaldo de la adición de servicios UNINET en el file del cliente, pero que sin embargo el cliente tenía conocimiento que el servicio lo tenía activo e hicieron uso de él.*

Esta Autoridad de Supervisión, dentro de las atribuciones administrativas conferidas por ley y ante las evidencias materiales existentes presentadas por la entidad financiera, estableció que las transferencias de fondos realizadas entre el 27, 29 de febrero y 1 de marzo de 2012 a través de la Banca por Internet se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario y clave de acceso operacional, ambos requisitos complementarios e

indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas, aspecto contemplado en el Contrato de Prestación de Servicios de UNINET, suscrito y firmado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. en fecha 26 de abril de 2006.

Consecuentemente, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. liberó de responsabilidad al Banco Unión S.A. con esta cláusula sobre las transacciones reclamadas y no reconocidas, debiendo recordar que en el marco del artículo 519 de Código Civil los contratos se constituyen en ley entre partes, cuya discrepancia corresponde dilucidar al Órgano Judicial a través de las instancias correspondientes.

Por otra parte, el Banco Unión S.A. procedió con anterioridad a que se produzcan las transacciones observadas (27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012) a tomar medidas preventivas, en fecha 28 de octubre de 2011 publicó una advertencia al ingresar al servicio UNINET y en fecha 15 de enero de 2012, reforzó esa medida comunicando a sus clientes y público en general, que esa Entidad Financiera no pide contraseñas, ni ninguna otra información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto, y que se tenga cuidado porque personas inescrupulosas estaban intentando obtener esa información para fines fraudulentos.

Adicionalmente, efectuó medidas preventivas de seguridad para el manejo del servicio de UNINET, acciones que fueron anteriores a los eventos suscitados, hizo conocer sus políticas de seguridad respecto al "phishing", las cuales fueron comunicadas a sus clientes a través de las siguientes circulares:

- *Circular N° 228/2011de 27 de octubre de 2011-REF: ALERTA –Prevención contra fraude o sustracción de claves de clientes en UNINET.*
- *Circular N° 268/2011 de 01 de diciembre de 2012-REF: Controles Adicionales de Seguridad para el Ingreso a Banca por Internet UNITET.*
- *Circular N° 087/2012 de 16 de mayo de 2012-REF: Implementación Clave Virtual para uso en Página Transaccional del Banco*

En el marco de los argumentos expuestos, la Cooperativa carece de fundamento al sostener que la Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de febrero de 2013 carece de motivación y fundamentación, ya que como se puede apreciar está respaldada por los informes técnicos de profesionales en el área de sistemas tanto del Banco como de esta Autoridad de Supervisión, que analizaron y valoraron los aspectos observados referentes a este caso.

Dentro de las investigaciones a cargo del Ministerio Público, deberán establecerse ***en definitiva*** *todos los elementos configurativos del delito de manipulación informática, su existencia, autoría, responsabilidades, coautorías y complicidades que conllevaron a la comisión de este delito, mientras la autoridad llamada por ley no establezca estos elementos, el criterio del órgano administrativo no deja de ser una hipótesis para el procedimiento penal,*

ámbito en el cual se encuentra la denuncia efectuada por la Cooperativa.

4. *Conforme a lo manifestado en el punto 1 anterior, la resolución recurrida ha expuesto la motivación y fundamentación pertinente que justifica la determinación asumida mediante Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de octubre de 2013.*

   Cabe resaltar que los argumentos expuestos por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. en el memorial presentado en fecha 30 de octubre de 2013 a objeto de impugnar la Resolución ASFI N° 705/2013, son una reiteración exacta de los argumentos ya expuestos en el memorial presentado en fecha 18 de octubre de 2012 a objeto de impugnar la Carta ASFI/DDC/R-113256/2012 de fecha 10 de septiembre de 2012; en este sentido es claro que la argumentación de la entidad recurrente no emerge del análisis al contenido de la Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de octubre de 2013.

5. *En el sentido amplio, se entiende al Phishing como una estafa que se comete mediante el uso de ingeniería social caracterizada por intentar adquirir información confidencial (como ser una contraseña o información detallada de tarjetas de crédito, etc.), de manera fraudulenta, haciéndose pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial.*

   De acuerdo a algunas compañías de seguridad informática, el "phishing" consiste en el envío de correos electrónicos que, aparentando provenir de fuentes fiables (por ejemplo, entidades bancarias), intentan obtener datos confidenciales del usuario, que posteriormente son utilizados para la realización de algún tipo de fraude.

   Para ello, suelen incluir un enlace que, al ser pulsado, lleva a páginas web falsificadas. De esta manera, el usuario, creyendo estar en un sitio de toda confianza, introduce la información solicitada que, en realidad, va a parar a manos del estafador.

   Los principales daños provocados por el phishing son: a) Robo de identidad y datos confidenciales de los usuarios. Esto puede conllevar pérdidas económicas para los usuarios o incluso impedirles el acceso a sus propias cuentas. b) Pérdida de productividad. c) Consumo de recursos de las redes corporativas (ancho de banda, saturación del correo, etc.)

   (http://www.pandasecurity.com/bolivia/homeusers/security-info/cybercrime/phishing).

   Sostiene la entidad recurrente que el "phishing" no está tipificado en nuestra economía jurídica como un delito informático, sin embargo es claro que el artículo 363 bis del Código Penal, tipifica al delito de manipulación informática de la siguiente manera: "El que con intención de obtener un beneficio indebido para sí o un tercero, manipule un procesamiento o transferencia de datos informáticos que conduzcan a un resultado incorrecto o evite un procesamiento tal cuyo resultado habría sido correcto, ocasionando de esta manera una transferencia patrimonial en perjuicio de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y multa de sesenta a doscientos

días".

En el sentido anterior, queda claro que establecer la responsabilidad de la manipulación informática que dio lugar a la captura de los datos confidenciales del usuario y que posteriormente fueron utilizados para la realización del acto fraudulento en contra de la Cooperativa, es atribución del Ministerio Público y no de este órgano de la administración pública, cuyas atribuciones se limitan a la regulación de la actividad administrativa y no delictiva.

Resulta contradictorio el argumento de la entidad en sentido de que no existiría la figura delictiva antes citada, más aún si en fecha 12 de marzo de 2012, la Cooperativa efectúa la denuncia ante el Ministerio Público por el delito de Manipulación Informática, caso signado con el Nro. FELCC-SCZ 1201791.

6. *Pese a que la entidad no adjunta al memorial de impugnación las denuncias contra el Banco Unión S.A. a las que hace expresa referencia, esta Autoridad de Supervisión, a través de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, ha efectuado una evaluación sobre retiros efectuados en cuentas del Banco no reconocidas por los titulares, habiéndose emitido el Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012 en el que se concluye que:*

"3.1 En función a la documentación revisada, para cada caso se refiere el tipo de fraude cometido para la obtención de la clave y se referencia al informe de Auditoría Interna que contiene el detalle correspondiente:

Caso	***Forma de Cobro***	***Conclusión Informe Auditoría Interna del Banco***	***Referencia***
…			
COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LTDA.	*No aclara si fue cobrado*	*Phishing*	*Denuncia a ser ampliada por Informe de Auditoría Interna*
…			

3.3 El Portal UNINET del Banco Unión S.A. permite el acceso de cuentas de clientes del Banco mediante Internet para realizar transacciones básicas[2] (sic), *utilizando para su autenticación el número de la tarjeta y el PIN, así como, para efectuar otro tipo de transacciones como ser: transferencias a cuentas de terceros en el Banco, transferencias mediante ACH o giros al interior.*

Para tal propósito, se requiere contar con un contrato de Pre-solicitud de Servicios UNINET, donde el cliente solicita los servicios requeridos. Para realizar este tipo de transacciones se asigna un nuevo usuario y contraseña en sobre cerrado por el Oficial de Plataforma.

El acceso a UNINET se valida con el usuario y contraseña o el número de tarjeta y PIN. Como medidas de seguridad se utiliza un teclado virtual, se cuenta con el certificado SSL de VeriSign y se utiliza autenticación mediante "https".

Se verificó que por defecto no se tienen habilitados los servicios de transferencia a terceros.

3.4 De acuerdo a los informes de Auditoría Interna del Banco, remitidos a esta Autoridad de Supervisión, los clientes citados en el punto 3.1 fueron víctimas de fraude informático de tipo "Phishing". El Banco ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

3.5 Se han determinado contravenciones a los procedimientos y controles internos del Banco diseñados para evitar la ocurrencia de estos ilícitos.

3.6 Se ha determinado que el sistema UNINET presenta las siguientes debilidades:

a. No se obliga al usuario a cambiar la contraseña al primer ingreso.

b. La única limitante es que la contraseña no sea mayor a seis (6) caracteres, dejando de lado otras características de contraseñas importantes como ser:

i. Longitud mínima de caracteres.

ii. Historial de contraseñas.

iii. Combinaciones de letras, números y caracteres especiales.

4. Recomendaciones

4.1 Se recomienda instruir el Banco la necesidad de implementar sistemas robustos de autenticación a fin de minimizar los casos de "Phishing".

4.2 Se debe realizar la revisión del Portal UNINET en la próxima visita de Inspección de Riesgo Operativo, para ampliar el relevamiento sobre las causas que originaron los hechos ilícitos en cada caso y evaluar si éstos se debieron a descuidos de los clientes o por negligencia operativa de los funcionarios del Banco, para lo cual se sugiere solicitar la siguiente información:

Documentación	***Propósito***
Normativa del Banco a los procesos de Apertura, Modificación de Cuentas que utilizarán transferencias a través de UNINET, manuales de usuario interno del Servicio UNINET.	*Identificar debilidades en el Proceso de Apertura, Modificación de Cuentas, en cuanto a asignación de contraseñas, uso de administración de UNINET.*
Medidas de seguridad implementadas en el Sistema de Banca por Internet (referentes a infraestructura tecnológica física y lógica).	*Identificar vulnerabilidades en el Sistema de Banca por Internet.*
Informes resultantes de las pruebas de Ethical Hacking 2011, realizada por iRef, de acuerdo al siguiente detalle: *a. Informe Ejecutivo – Análisis de Vulnerabilidad Externo – Website* *b. Informe Final – Análisis de vulnerabilidad Externo* *c. Informe Técnico Final – Análisis de Vulnerabilidad Interno* *d. Informe SER-007/11 de la Gerencia*	*Identificar vulnerabilidades en el Sistema de Banca por Internet.*

de Sistemas Informáticos	
Ampliar informes de Auditoría interna que avalen el cumplimiento de proceso de apertura de cuentas realizados con al debida diligencia en el marco de la política "Conozca a su cliente".	*Conocer las debilidades existentes en este procedimiento, para instruir al Banco acciones que eviten se presenten futuros ilícitos a consecuencia de esta situación.*

Por otra parte, se deberán evaluar de forma específica los siguientes puntos:

a. La asignación del privilegio Administrador de Cuentas de UNINET, que permite dar de alta, modificar, eliminar a usuarios de UNINET.
b. La protección de los equipos a los que acceden los Administradores de cuentas de UNINET.
c. La generación y el resguardo de claves físicas y lógicas.
d. El cumplimiento de los procedimientos de generación y revisión de log's de asignación / remoción de privilegios de cuentas UNINET.
e. El funcionamiento del sistema ACH

4.3 Con el propósito de contar con una base normativa en cuanto a los casos de fraude de tipo "Phising"(sic)*, se debe considerar lo prescrito por el artículo 1 Sección 4, Capítulo XII, Título X de la RNBEF, que establece:*

Artículo I - Requisitos de los sistemas de transferencia y transacción electrónica.- Para habilitar un sistema de transferencia electrónica de información o transacción electrónica de fondos del tipo Banca Electrónica, las entidades financieras o empresas de servicios auxiliares financieros, deben adquirir e implementar elementos de hardware y software necesarios para la protección y control de su plataforma tecnológica, adicionalmente y en forma complementaria, deberán considerar el cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos:

a) Seguridad del Sistema, el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

En consecuencia, durante la próxima visita de Inspección de Riesgo Operativo, se recomienda verificar que el sistema UNINET cuente con los elementos de hardware y software necesarios para la protección y control de su plataforma tecnológica, y adicionalmente, que dicho sistema otorgue a los clientes un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

7. *Retrotrayéndonos a lo anteriormente explicado, se reitera que tanto las bitácoras de acceso al Servicio UNINET del Banco Unión S.A., los informes de Auditoría Interna del Banco Unión S.A. como la investigación efectuada por ASFI, reflejaron que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. fue víctima de fraude financiero de tipo "phishing".*

8. *En el concepto general, el "phishing" importa una acción fraudulenta consistente en la obtención de datos confidenciales del cliente que posteriormente son utilizados para la realización de un fraude financiero.*

   En el caso que nos ocupa, el Banco Unión S.A, en su Informe de Auditoría AIN 052/2012 de 7 de mayo de 2012, descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados, habiéndose establecido en el contrato de prestación de servicios UNINET que cualquier divulgación o utilización de la clave secreta a personas ajenas es de exclusiva responsabilidad del Cliente y/o de sus representantes legales.

   Respecto a la obligación del Banco Unión S.A. de reparar el daño causado como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles, tal como refiere la entidad recurrente, corresponde reiterar que de acuerdo al artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, esta Autoridad de Supervisión no cuenta con atribuciones para dictaminar sobre la reparación del daño sufrido producido, facultad que fue incorporada en la recientemente promulgada Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, pero que no estuvo vigente a tiempo de sustanciar la presente causa.

CONSIDERANDO:

Que, el Reglamento para la Gestión de Seguridad de la Información, contenido en el Título VII, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece los requisitos mínimos que las entidades supervisadas sujetas al ámbito de aplicación, deben cumplir para la gestión de seguridad de la información, de acuerdo a su naturaleza, tamaño y complejidad de operaciones, mismo que se constituye en la normativa relacionada, entre otras, a las medidas de seguridad que deben adoptar las entidades supervisadas a los efectos de minimizar el riesgo de exposición en el uso de los servicios de la entidad a través de medios informáticos.

Que, de acuerdo al artículo 28 de la Ley N° 1488, los actuados e informes de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, podrán ser presentados como prueba para el resarcimiento de daños civiles causados a la entidad y a los ahorristas o depositantes.

Que, a fin de considerar la reparación del daño causado, tal como refiere la Cooperativa Jerusalén Ltda., esta entidad tiene la vía judicial correspondiente para que dentro del debido proceso, se establezca el daño económico o perjuicio.

Que, de acuerdo al artículo 363 bis del Código Penal, la manipulación informática

constituye un delito legalmente punible, por tanto corresponde a las instancias pertinentes del Órgano Judicial conocer, investigar y sancionar a los autores y/o responsables de la comisión del delito dentro de la denuncia presentada por la Cooperativa en fecha 12 de marzo de 2012.

Que, en el uso al derecho de petición previsto en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda. solicitó, tanto en el memorial de reclamación presentado en fecha 5 de abril de 2012 como en el memorial de recurso de revocatoria presentado en fecha 30 de octubre de 2013, que esta Autoridad de Supervisión ordene al Banco Unión S.A. a asumir responsabilidad por los hechos denunciados, devolviendo a la Cooperativa el importe afectado a su cuenta de ahorros como consecuencia de la manipulación informática a través del "phishing", más los intereses.

Que, esta Autoridad de Supervisión carece de atribuciones para disponer tal solicitud, menos aun cuando los hechos denunciados constituyen, de acuerdo al Código Penal, un hecho delictivo cuyo conocimiento, investigación y tramitación corresponde al Ministerio Público y la autoridad judicial competente, que establecerá en definitiva la comisión del hecho, la autoría, a los responsables y la cuantificación del daño ocasionado.

Que, los argumentos expuestos por la Cooperativa en el memorial presentado en fecha 30 de octubre de 2013 son reiterativos e idénticos a aquellos expuestos en el memorial de fecha 18 de octubre de 2012 dentro del proceso anulado con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2013 de 17 de abril de 2013, lo que demuestra que la entidad no ha efectuado un análisis preciso al acto administrativo contenido en la Resolución ASFI N° 705/2013 de 22 de octubre de 2013, que permita considerar atendibles los argumentos de impugnación expresados por la recurrente…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 9 de diciembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013, exponiendo los alegatos siguientes:

"*…la Cooperativa de Ahorro y Crédito "JERUSALEN LTDA", interpone memorial de reclamo en contra del Banco Unión, por tres traspasos NO AUTORIZADOS POR LA COOPERATIVA desde la cuenta de caja de Ahorro N° 1-2405757 MN del banco* (sic) *Unión S.A. a la cuenta N° 1052-100915 del Banco Ganadero S.A. cuyo titular es Fernando Castro Álvarez con CI N° 2375135 LP persona que no pertenece a nuestra* (sic). *El mismo que mediante R.A. N° 705/2013 de 22/10/2013 es rechazado, impugnando esta parte mediante Recurso de Revocatoria de fecha 30/10/2013. El mismo que en la Resolución ASFI N° 778/13, resuelve confirmar la Resolución impugnada y realiza las siguientes conclusiones:*

- *"De acuerdo al informe de Auditoría Interna del Banco Unión S.A., con CITE BUSA*

GG Nº 435/2012 de 14 de mayo de 2012 y al informe Técnico ASFI/DSRI/R-58992/ de 15 de mayo de 2012 emitido por la Dirección de Supervisión del Sistema Financiero, La (sic) *cooperativa* (sic) *JERUSALEN Ltda.* ***habría sido víctima de "Phishing", habiendo establecido el Banco Unión S.A. la existencia de vulneraciones a las cuentas de sus clientes a través del Sistema UNINET…"***

Asimismo la Resolución Impugnada (sic) *dentro de sus considerandoos* (sic) *en el numeral 3 a fjs 10 establece:*

- *"Dentro de las investigaciones efectuadas a los sistemas informáticos del Banco Unión S.A., se ha establecido lo siguiente: a) Existencias de inobservancias a la normativa interna del Banco Unión S.A. y de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por parte del personal del banco, b) el acceso al sistema UNINET se valida con el usuario y contraseña o el numero* (sic) *de tarjeta y el PIN. ..(..), c) La cooperativa* (sic) *de ahorro y credito* (sic) *Societaria Jerusalen* (sic) *Ltda..* (sic)*, fue víctima de fraude informático tipo "phishing". El Banco ha establecido la existencia de vulneraciones a través del sistema UNINET. (…),* ***d) El Sistema UNINET presentaba debilidades que ameritaron la implementación de sistemas robustos de autenticación que minimicen los casos de "phishing", e) Se ha podido evidenciar que al entidad bancaria ha incumplido normativa interna*** *en la presentación de información, toda vez que no se cuenta con el respaldo de la adición de servicios UNINET en el file del cliente.. (…)*

Por las razones expuestas se evidencia claramente que la Resolución de Recurso de Revocatoria emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, viola el Principio de verdad Material, establecido en el articulo (sic) *4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, que la obliga a investigar la verdad material de los hechos ya que solo hace un análisis sesgado y parcializado de lo ocurrido.*

Finalmente, es necesario hacer notar que se hace referencia al ***"Phishing"****, como un delito informático, queriendo confundir cuando menciona el articulo* (sic) *363 bis del Código Penal y haciendo referencia a la* ***Manipulación Informática*** *a la cual nunca se refirió anteriormente y si lo hizo reiteradamente sobre el Phishing como delito, aspecto que no corresponde ya que, reitero, en la legislación boliviana no está tipificado como delito, por lo que la autoridad no puede enmarcar sus decisiones en tipos delictivos no reconocidos por nuestra legislación nacional, debiendo rectificar esta posición y determinar de manera clara quienes son los responsables de los débitos realizados.*

Con relación a la participación del Banco Unión, se solicita en virtud al articulo (sic) *4º (Principios Generales de la Actividad Administrativa)inciso* (sic) *d) de la Ley Nº 2341 (Principio de verdad material), se investigue la participación que este tuvo, ya que una entidad financiera tiene la obligación de precautelar por la seguridad en el uso de su sistema informático mas aún si existen varias denuncias de este tipo contra el Banco Unión S.A., como la que adjuntamos a la impugnación en el recurso de revocatoria, nosotros en nuestra calidad de clientes de esta entidad financiera exigimos que asuma su responsabilidad y reponga los fondos indebidamente debitados de nuestra cuenta, para lo cual debe existir una Auditoria* (sic) *Especial.*

En ese marco es necesario mencionar la vulneración del Principio Fundamental reconocido por el inciso a) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por el cual se determina que el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad, refiriéndose a que el órgano Regulador al emitir criterios subjetivos y sin fundamento técnico, dando lugar a un acto administrativo sin motivación.

CONCLUSIONES

En base a lo referido precedentemente en todo el cuerpo del presente memorial, se pueden (sic) *establecer lo siguiente:*

a) Que el sistema informático del Banco Unión es inseguro y que fue el medio ideal para la apropiación indebida practicada por medio de los débitos indebidos realizados.

b) Los IP de los que se realizaron las transacciones no son de la Cooperativa JERUSALEN (sic) *y que por consiguiente no puede responsabilizarse a la empresa por el Phishing, más aún si la ASFI no realizó el trabajo de investigación con la profundidad necesaria.*

c) Que la investigación de la ASFI, no reflejó de manera coherente la verdad material que debería ser establecida, conforme señala el Procedimiento Administrativo, por la falta de difusión de los informes tanto de auditoria (sic) *interna del Banco Unión como los informes técnicos de ASFI.*

d) Que es necesario profundizar la investigación de los hechos, con el fin de evitar que posteriormente exista mayor cantidad de usuarios en esta situación por la falta de diligencia en la investigación.

e) Que el propio Banco Unión reconoce la existencia de un Phishing lo que fue corroborado por la ASFI y que en dicha circunstancia, es obligación del Banco Unión S.A., reparar el daño causado, como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles.

PETITORIO.

Por los argumentos expuestos en este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los Art. 52 y 53 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFE (sic)*, aprobado mediante Decreto Supremo 27175, dentro de término hábil, interponemos RECURSO JERARQUICO en contra de la* ***RESOLUCIÓN ASFI Nº 778/2013 de fecha 27/11/2013****, solicitando a Su Autoridad que una vez advertidas las imprecisiones legales cometidas y las nulidades incurridas, revoque la citada Resolución, otorgando la razón a la empresa y ordenando al Banco Unión a asumir responsabilidad por los actos generados como emergencia de su negligencia…*"

7. NOTIFICACIÓN AL TERCER INTERESADO.-

En fecha 23 de diciembre de 2013, conforme fuera ordenado por auto de 18 de diciembre

de 2013, se notificó al **Banco Unión Sociedad Anónima**, a los efectos de que, en su calidad de tercer interesado -conforme sale del expediente-, se apersone y presente sus alegatos en un plazo no mayor de diez (10) días, extremo que en definitiva no se produjo.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En tres oportunidades -correspondientes a fechas 27 de febrero de 2012, 29 de febrero de 2012 y 1° de marzo de 2012- se realizaron igual número de transferencias, cada una por Bs50.000.- (CINCUENTA MIL 00/100 Bolivianos), haciendo un total de Bs150.000.- (UN CIENTO CINCUENTA MIL 00/100 Bolivianos), desde la cuenta de ahorro N° 1-2405757 MN de la que es titular la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** en el **Banco Unión Sociedad Anónima**, a la cuenta N° 1052-100915 de la que es titular el señor Fernando Castro Álvarez en el Banco Ganadero Sociedad Anónima.

Las transferencias fueron realizadas electrónicamente mediante el Sistema UNINET (servicio prestado por el Banco Unión S.A. bajo contrato), a cuyo efecto, se encontraba como personero autorizado para el manejo por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, el señor Carlos Zabala Oliva, con número de usuario 23873, número que fue, en definitiva, utilizado para las tres transferencias señaladas.

Según el reclamo de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, tales transferencias no habrían sido autorizadas por la misma, determinando que el uso que para las mismas se ha realizado del usuario N° 23873, correspondería a un fraude que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero denomina *phishing*.

Hace al reclamo también, la solicitud de que el **Banco Unión Sociedad Anónima** se haga responsable por el fraude y por tanto, reponga los dineros fraudulentamente transferidos, lo que habiendo sido rechazado por la entidad financiera mediante la nota SGRSC 013/12 de 21 de marzo de 2012, determinó el conocimiento por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, luego por la Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, y dado haberse recurrido de Jerárquico contra la última nombrada, mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2013 de 17 de abril de 2013, por la que dispuso "***ANULAR*** *el procedimiento administrativo*".

Por su emergencia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la

Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, por la que resolvió rechazar la solicitud de reposición (amén de disponer la realización de diligencias preliminares contra el Banco Unión S.A. a efectos de establecer la comisión o no de alguna infracción), lo que después, habiendo sido recurrida de Revocatoria, confirmó mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013.

Al presente, habiéndose interpuesto Recurso Jerárquico contra esta última, pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En relación a las transferencias no autorizadas por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA.-

La recurrente señala que el sistema informático del **Banco Unión S.A.** es inseguro y que por ello fue el medio ideal para la apropiación indebida de dineros de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** por parte de terceros no autorizados (27 y 29 de febrero y 1° de marzo de 2012), debido a que se permitió la realización de transacciones con el usuario y clave asignadas a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, pero desde otras máquinas y lugares, y que es el propio Banco el que reconoce la existencia de deficiencias en su sistema, que ha generado phishing, hecho que habría sido corroborado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que es obligación de la entidad financiera reparar el daño causado como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridad y control para evitar, precisamente, el phishing.

Ante la denuncia de la ahora recurrente, la Entidad Reguladora solicitó un informe al **Banco Unión S.A.** y destacó una comisión de funcionarios para efectuar una inspección in situ; producto de tales acciones se emitió el informe (de Auditoría Interna del **Banco Unión S.A.**) AIN Nº 052/2012 de 7 de mayo de 2012, y los informes ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, ASFI/DDC/R-169837/2013 de 7 de noviembre de 2013 y ASFI/DAJ/R-175318/2013 de 18 de noviembre de 2013, además de otros antecedentes.

Del análisis de dichos documentos, la Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, refiere los extremos siguientes:

> *"(…) En el sentido amplio, se entiende al Phishing como una estafa que se comete mediante el uso de ingeniería social caracterizada por intentar adquirir información confidencial (como ser una contraseña o información detallada de tarjetas de crédito, etc.), de manera fraudulenta, haciéndose pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial.*
>
> *De acuerdo a algunas compañías de seguridad informática, el "phishing" consiste en el envío de correos electrónicos que, aparentando provenir de fuentes fiables (por ejemplo, entidades bancarias), intentan obtener datos confidenciales del usuario, que posteriormente son utilizados para la realización de algún tipo de fraude.*
>
> *Para ello, suelen incluir un enlace que, al ser pulsado, lleva a páginas web falsificadas. De esta manera, el usuario, creyendo estar en un sitio de toda confianza, introduce la información solicitada que, en realidad, va a parar a manos del estafador.*

Los principales daños provocados por el phishing son: a) Robo de identidad y datos confidenciales de los usuarios. Esto puede conllevar pérdidas económicas para los usuarios o incluso impedirles el acceso a sus propias cuentas. b) Pérdida de productividad. c) Consumo de recursos de las redes corporativas (ancho de banda, saturación del correo, etc.)

http://www.pandasecurity.com/bolivia/homeusers/security-info/cybercrime/phishing).

Sostiene la entidad recurrente que el "phishing" no está tipificado en nuestra economía jurídica como un delito informático, sin embargo es claro que el artículo 363 bis del Código Penal, tipifica al delito de manipulación informática de la siguiente manera: "El que con intención de obtener un beneficio indebido para sí o un tercero, manipule un procesamiento o transferencia de datos informáticos que conduzcan a un resultado incorrecto o evite un procesamiento tal cuyo resultado habría sido correcto, ocasionando de esta manera una transferencia patrimonial en perjuicio de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y multa de sesenta a doscientos días".

En el sentido anterior, queda claro que establecer la responsabilidad de la manipulación informática que dio lugar a la captura de los datos confidenciales del usuario y que posteriormente fueron utilizados para la realización del acto fraudulento en contra de la Cooperativa, es atribución del Ministerio Público y no de este órgano de la administración pública, cuyas atribuciones se limitan a la regulación de la actividad administrativa y no delictiva.

Resulta contradictorio el argumento de la entidad en sentido de que no existiría la figura delictiva antes citada, más aún si en fecha 12 de marzo de 2012, la Cooperativa efectúa la denuncia ante el Ministerio Público por el delito de Manipulación Informática, caso signado con el Nro. FELCC-SCZ 1201791…"

De lo transcrito, se puede establecer que el phishing no es una vulneración al propio sistema de la entidad financiera sino una estafa que se comete adquiriendo información confidencial, en el presente caso, usuario y clave de acceso "*de manera fraudulenta, haciéndose pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial*", tal como lo manifiesta la Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013.

Ahora bien, tal como lo manifiestan el Banco Unión S.A. y pudo ser verificado por la Autoridad Reguladora, en las transacciones realizadas en fecha 27 y 28 de marzo y 1° de abril de 2012, se utilizó el usuario Nº 23873 que corresponde al señor Carlos Zabala Oliva, quién fue autorizado por la propia **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA**, ahora recurrente, para manejar la cuenta bancaria; es decir, que en los registros del sistema de la entidad financiera no se dio una alteración al acceso a las cuentas con un número de usuario y clave, diferente al correspondiente al señor Carlos Zabala Oliva y considerando que de acuerdo al contrato de prestación de servicios de UNINET y MARQUE UNIÓN, el titular es el responsable del manejo de la clave secreta.

En tal sentido, resultando el phishing de la entera responsabilidad del titular de la cuenta o

de quien estaba autorizado para administrarla, e infiriéndose un descuido por parte de este, el que ha posibilitado la ocurrencia del delito (no pudiéndosele atribuir lo mismo a actuación alguna del **Banco Unión S.A.**), hace a un tema particular de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALÉN" LIMITADA** que, de corresponder su interés, deberá hacer valer por la vía que en derecho corresponda, y sobre el que en todo caso, no puede la Administración asumir competencia, justificando la decisión que sale en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin perjuicio de ello y en mérito a los antecedentes conocidos durante la sustanciación del proceso recursivo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la realización de las diligencias preliminares a las que se refiere el artículo segundo de la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, deberá poner incidencia en el sistema de seguridad de la banca electrónica del **Banco Unión S.A.** a efectos de determinar los alcances del mismo, así como realizar una evaluación de la normativa interna aplicable, a los fines de verificar su eficacia dentro de la misma finalidad de dotar de las suficientes seguridades al sistema señalado.

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha realizado una correcta valoración de los antecedentes que conforman el expediente, así como también ha fundamentado correctamente su decisión.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2013 de 27 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2013 de 22 de octubre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.
FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 026/2014 DE 05 DE MAYO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2014

La Paz, 05 de mayo de 2014

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 20/2014 de 3 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 43/2014 de 21 de abril de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 10 de diciembre de 2013, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**, legalmente representada por su Gerente de Administración y Medios, Sra. Heidy Yobana Aguilera Rosado, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 2834/2013, otorgado ante la Notaría de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo de la Dra.

Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013.

Que, por memorial presentado el 10 de diciembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, representada legalmente por su Gerente General, señor Julio Antonio Vargas León, conforme consta del Testimonio de Poder Nº 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la misma Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/9791/2013, con fecha de recepción 16 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de diciembre de 2013, notificado en fecha 23 de diciembre de 2013, se admiten los Recursos Jerárquicos interpuestos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de fecha 21 de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:*
>
> *a) Se ratifican los artículos **1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 10°, 11°, 17°, 18°, 19°** y **20°**, del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013.*
>
> *b) Se modifican los artículos **6°, 9°, 13°, 14°** y **15°** el Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2003 de 11 de enero de 2013, conforme lo siguiente:*

"***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).- I.*** *En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*

II. *La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).*

III. *Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS, y las medidas cautelares de carácter real concedidas en lo proceso judiciales PP, deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio."*

"***ARTÍCULO 9. (DEBER DE ATESTIGUAR).-*** *El representante legal de la GPS, que se apersone en el PP, con la necesaria y suficiente diligencia, deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, guardando la debida diligencia."*

"***ARTÍCULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).- I.*** *La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados.*

II. *El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades y sanciones correspondientes."*

"***ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).- I.*** *La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.*

II. *El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará las responsabilidades y sanciones correspondientes, que de esta omisión emanen.*

III. *En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder a los mismos dentro de los plazos y procedimiento establecido por ley."*

"***ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).-*** *En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley N° 065, de Pensiones, y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verificare o detectaren indicios de la*

comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS."

***II. ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, **inclusive**, (únicamente en lo referido a los **artículos 12°** y **16°** del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

***III.** La Autoridad de Fiscalización y Control de pensiones y Seguros, deberá ajustar y adecuar la terminología de medidas cautelares en todo el Reglamento.*

***IV.** La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá emitir la versión ordenada de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, informe las determinaciones de la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

2. ANTECEDENTES.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones" contenida en su Anexo I, cuyo objeto es:

"*…establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo – GPS y transitoriamente las administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social (PCS) y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)…*"

Norma contra la que en fecha 13 de febrero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpusieron, por separado, Recursos de Revocatoria, y ante su confirmación total que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, Recursos Jerárquicos, los que fueron materia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, cuyos argumentos respecto a los artículos hoy en controversia son los siguientes:

"*…En principio y por ser necesario a los fines del análisis correspondiente, se tienen presentes los extremos siguientes:*

2.4. Medidas precautorias o preparatorias (Art. 6º del Anexo I).-

*La recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, señala que:*

"…la mala transcripción y equivocada redacción de la disposición que puede provocar confusiones al momento de interpretarla, toda vez que las Medidas Precautorias son actos procesales propios de los Procesos Coactivos y/o Civiles pero no de los Penales.

El Procedimiento Penal ha establecido una figura jurídica como es (sic) las Medidas Cautelares de Carácter Real que si bien tiene similitud con las Medidas Precautorias, su aplicación, materia y competencia es distinta, motivo por el que debe dejarse sin efecto este ***articulo*** *(sic) a causa de su errónea redacción inaplicable a los criterios del derecho penal.*

Debe quedar claro que si bien una Medida Cautelar de Carácter Real tiene a garantizar la reparación de daños y perjuicios ocasionados a la víctima, ello es ejecutado una vez ejecutoriada la Sentencia Condenatoria.

(…) la Resolución que se impugna en grado jerárquico, refiere sic. "...es menester señalara (sic) que el artículo 11 numeral I parágrafo 3) de la Ley N° 065, señala: ***"a tiempo de plantear la demanda, la gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, acompañara la Nota de Débito y <u>solicitará las medidas precautorias</u> necesarias para precautelar el cobro"****.*

Sin embargo dicha cita solo causa mayor confusión, toda vez que ese artículo de la Ley, es decir el 11, se refiere a la ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES y no dice nada de las MEDIDAS PRECUATORIAS, por lo que los considerandos de la Resolución impugnada, carecen de fundamento y claramente son incongruentes…"

De la propia redacción del alegato -de allí que se lo hubiera transcrito in extenso-, se establece que la recurrente, ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, ha entendido perfectamente el sentido, finalidad y espíritu del artículo 6° del Anexo I controvertido, en la intencionalidad normativa del aseguramiento de los bienes del Empleador deudor, los que serán motivo de un eventual remate posterior, a efectos del pago efectivo de las adeudadas Contribuciones, Aportes, Primas y Comisión, Interés por Mora e Interés Incremental.*

En este sentido, se debe tener presente que, estando la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, dirigida "transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)" (Art. 1° del Anexo I), así como ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *ha demostrado, contrariamente a lo que quiere sugerir, un entendimiento cabal de su artículo 6°, no existe impugnación ni controversia manifiesta por parte de* ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.*** *y que recaiga sobre el mismo extremo, por lo que en definitiva, se confirma el carácter injustificado del Recurso.*

No obstante, es perceptible en la redacción de la Norma del Anexo I, la falta de delimitación al lenguaje técnico que hace a la materia procesal social con respecto a la penal; así, la normativa penal (Ley N° 1970, Cód. Pcdto. Penal), al referirse a la

posibilidad legal de "garantizar la reparación del daño y los perjuicios" (Art. 252°), hace uso de la frase: Medidas Cautelares de Carácter Real, correspondiente a una figura así implementada, que en homenaje a la técnica normativa resulta en la expresión pertinente y que se extraña en el artículo 6° del Anexo I controvertido, por cuanto, en los parágrafos II y III del mismo, se generaliza la figura de las "medidas precautorias" (terminología más propia de procesos civiles y extensible a sociales), cual si fuera también adecuada a los procesos penales, extremo que, conforme lo visto, no es correcto, ameritando su aclaración al presente.

*Sin perjuicio de ello, es recomendable exigir a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, una mayor precisión en la redacción de las normas que emite, lo mismo en referencia a su mención del "**artículo 11** (…) de la Ley N° 065" (negrillas insertas en la presente) que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, lo que sin embargo, es susceptible de la corrección a la que se refiere el artículo 31°, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo y, en todo caso, no obsta se remita cualquier interesado mas bien, en función de la transcripción que de la norma hace la Resolución precitada, al **artículo 111°** (Sustanciación) de la Ley N° 065, de Pensiones, por cuanto, si es deber de todas las bolivianas y de todos los bolivianos, "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes", entonces y conforme al principio abstracto de eficacia normativa, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no puede alegar desconocimiento de la ley.*

2.10. Actualización de nuevos periodos (Art. 12° del Anexo I).-

*A efectos del tratamiento de los agravios referidos al artículo 12° del controvertido Anexo 1, se retrotraen lo antecedentes a lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, toda vez, conforme se evidencia de los términos de su redacción, los alegatos actuales, tanto de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, como de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, están dirigidos contra los fundamentos de la Resolución mencionada, antes que contra la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - Anexo I.*

2.10.1. Ampliación de la denuncia dentro del Proceso Penal, por actualización de nuevos periodos.-

2.10.1.1. Los alegatos de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

*Del alegato original de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, hecho presente en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 13 de febrero de 2013, se tiene que:*

"…el objeto del Proceso penal es el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la correspondiente sanción al autor del mismo, y no la suma económica, -ya que el proceso penal sanciona la conducta delictiva del autor- que si bien es resarcible por

disposición del Art. 14 del CPP, no es el objeto del proceso penal. En ese sentido una Actualización de períodos, no es merecedora de una Ampliación de Denuncia, toda vez que este acto procesal obedece únicamente cuando se amplía el tipo penal y se amplía el hecho contra otros coautores, y no por una actualización de periodos en mora; lo contrario significaría desnaturalizar la esencia de esta figura jurídica y contravenir a la amplia doctrina que se ha sentado en el Derecho Penal, que a diferencia del Derecho Civil no tiene por objeto perseguir el patrimonio de una persona (en su amplio concepto) sino a la persona misma para que sufra una sanción penal (presidio, reclusión, días multa o medida de seguridad) por su conducta delictiva.

*…al ser la Actualización de Periodos un documento lícitamente obtenido, puede ser puesta en conocimiento del Ministerio Público únicamente con el fin de que conozca los periodos en mora adicionales que se hubieran generado, pero reitero, no bajo la figura de "AMPLIACION DE DENUNCIA" debido a la desnaturalización que sufriría ese acto procesal y el propio objeto del proceso penal**…***"

Por su parte, señala el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013, que:

*"…es evidente que al tenor del artículo 14 del CPP, de la comisión de todo delito nacen la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes. Pero también **es evidente la indivisibilidad de juzgamiento**, conforme dispone **el artículo 45 del CPP** (…), y la persecución penal única establecido por **el artículo 4 del CPP** (…), como la aplicación de principios procesales y aplicación de las normas materiales (el de economía, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa).*

*Ello significa, que conforme a las disposiciones legales enunciadas, si se acreditaran nuevos periodos apropiados (adeudados), la GPS (transitoriamente la AFP) deberá solicitar la ampliación de la denuncia, puesto que lo contrario, obligaría a iniciar otro proceso penal por los nuevos periodo apropiados, cuando la norma exige **indivisibilidad de juzgamiento.***

(…) la Administradora ha solicitado en varias oportunidades la Ampliación de la Denuncia o Querella por nuevos periodos apropiados, peticiones que se han tenido presente por los Fiscales y autoridades jurisdiccionales, y que se efectuaron con anterioridad a la dictación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013…"

*Ahora, en su Recurso Jerárquico de 5 de abril de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala:*

"…en el presente caso resaltan dos claras conclusiones, una objetiva y otra fáctica: 1) el argumento que hace sobre la indivisibilidad de juzgamiento, por el que nadie puede ser procesado ni condenado por dos veces consecutivas aunque varíen sus circunstancias, criterios que forman parte del principio del non bis idem y 2) Que en

reiteradas oportunidades se hayan presentado otras ampliaciones de denuncia que habrían sido admitidas por los Fiscales de Materia; pero ***de ninguna manera esclarecen o contradicen con argumentos lógicos y jurídicos sobre la correcta conceptualización de la Ampliación de Denuncia,*** *no siendo pertinente llegar a la conclusión, que "de presentarse actualizaciones de periodos debe presentarse la ampliación de denuncia" (…)*

…si bien en algunas oportunidades se presentaron memoriales de Ampliación de Denuncia, a medida en que se desarrollan las investigaciones debemos acomodar las actuaciones procesales al correcto camino del Derecho Procesal Penal,…"

En principio, la finalidad primordial del Derecho Penal, tanto del aplicado con en la doctrina, es determinar conductas consideradas como delitos punibles (tipificadas), y en su mérito, sancionarlas mediante la aplicación de una pena.

En tal sentido, resultaría evidente lo señalado por la recurrente, en cuanto a que el objeto del Proceso Penal es el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la correspondiente sanción al autor del mismo, no así perseguir la recuperación de una suma económica, por no hacer al objeto del Proceso Penal en su concepción general que consta en la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, ese criterio del Derecho Penal general, está superado por la norma especial del Derecho previsional, cuando el artículo 106° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, claramente establece que:

*"…**Artículo 106. (COBRANZA).** La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -aquí léase Las Administradoras de Fondos de Pensiones-* ***deberá efectuar el cobro de montos adeudados*** *por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan,* ***a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal****…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Tal disposición da observancia a la última parte del artículo 117°, parágrafo III, de la Constitución Política del Estado, que establece que:

"…III. No se impondrá sanción privativa de libertad por deudas u obligaciones patrimoniales, ***excepto en los casos establecido por la ley****…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Criterio de aplicación fundamental en las ramas del Derecho Social, entonces, para la defensa de los derechos sociales, siendo la Seguridad Social una de ellas.

Por consiguiente, el legislador de la Ley N° 065, sin desvirtuar la finalidad primordial del Derecho Penal, comparte la misma con la del Proceso Penal para delitos previsionales, determinando en este último caso, que así como su objeto es el esclarecimiento del

hecho antijurídico previsional y la consiguiente aplicación de la pena, también lo es el cobro de la suma económica adeudada.

Asimismo, en lo que hace a los delitos económicos dolosos, como lo son los previsionales, el objeto del proceso penal es el determinar la existencia del ilícito y de su autoría, lo que no se establece por la cuantía del objeto de lo delinquido, sino por la efectiva ocurrencia del delito, independientemente del monto al que se refiera; entonces, no es la cuantía del monto delinquido el que importa la existencia del delito, sino la existencia plenamente comprobada de una conducta transgresora y susceptible de subsunción al tipo penal correspondiente.

No obstante, la importancia del objeto de lo delinquido puede influir, agravando o atenuando la situación del delincuente, tanto en el trámite mismo (caso de los denominados delitos de bagatela), como en la sanción, cuando la ley penal no establece expresamente una pena concreta y fija, sino una serie de alternativas cuya decisión discrecional le corresponde al Juzgador, siendo ese el caso de los delitos previsionales señalados por el artículo 118° de la Ley N° 065, de Pensiones: Apropiación Indebida de Aportes ("de cinco a diez años"), Declaraciones Falsas ("de tres a cinco años"), Información Médica o Declaración ("de dos a cuatro años") y Uso Indebido de Recursos ("de cinco a diez años").

*En este sentido, se tiene presente lo señalado por el artículo 38°, numeral 2), del Código Penal (según texto ordenado a 18 de marzo de 1997, conforme lo dispone la Ley N° 1768 de esa fecha) y que se halla contenido en su capítulo denominado "**Aplicación** de las penas":*

"…Artículo 38.- (Circunstancias) (…)

*2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, **la extensión del daño causado** y del peligro corrido…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Resulta obvio que, en cuanto a los delitos previsionales, por esencia dolosos y de naturaleza económica financiera, la extensión del daño causado tiene que ver, necesariamente, con el quantum de lo delinquido, de donde se concluye que, no incidir en el monto del daño ocasionado, puede influir en el juzgador, para atenuar la pena a ser aplicada, de donde resulta la trascendencia, como lo ha dispuesto en Ente Regulador en el artículo 12° del controvertido Anexo I, de ampliar la denuncia, no en cuanto a los montos resultantes de la actualización de nuevos periodos de mora, como tales, sino como prueba de la comisión del delito en sí mismo, determinando ello no ser atendibles los alegatos evaluados.

Aun así, la recurrente ha sugerido que:

"…la Actualización de Periodos (…) puede ser puesta en conocimiento del Ministerio Público únicamente con el fin de que conozca los periodos en mora adicionales que se hubieran generado, pero reitero, no bajo la figura de "AMPLIACION DE DENUNCIA"

debido a la desnaturalización que sufriría ese acto procesal y el propio objeto del proceso penal".

Así expuesto, no sería necesario para hacer constar la Actualización de Periodos, ningún acto especial y expreso, propio de la dinámica procesal penal, sino simplemente, un sencillo escrito de solicitud para que se la tenga en cuenta a los fines que correspondieren en Derecho.

Sobre tal extremo, no existe por parte del Ente Regulador, la fundamentación que le exigen los artículos 28°, inciso e), de la Ley N° 2314 (sic) *de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, fundamentalmente a tiempo de dar resolución a los Recursos de Revocatoria, cuando el extremo ya había sido impugnado, de manera tal que al presente subsiste la incertidumbre acerca de si, para que la Ampliación de Periodos adquiera trascendencia presente o futura, dentro de los efectos del Proceso Penal, no está imponiendo innecesariamente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, un trámite sobre una de por sí trascendental ampliación de denuncia, cuando simplemente se requiere, como lo sugiere* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, un mero y sencillo escrito.*

Por consiguiente, dentro del trámite del Recurso de Revocatoria, corresponde que el Ente Regulador fundamente su decisión de mantener firme, vigente y subsistente la exigencia que sale del artículo 11° del controvertido Anexo I.

2.10.1.2. El alegato de BBVA PREVISIÓN AFP S.A. .-

Por su parte, ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.****, tanto en el alegato original que sale de su Recurso de Revocatoria de 13 de febrero de 2013, como en el de su Recurso Jerárquico de 5 de abril de 2013 (con el añadido de que en este último acusa además una descontextualización por parte del Órgano Regulador, empero sin fundamentar en que radica la misma ni demostrar mayormente aquello), ha señalado que:*

"…En el caso de ***acumularse*** *los procesos penales, también* ***se acumulan*** *los periodos de la deuda y en el caso que el Empleador cancele el periodo que señale una de las Notas de Débito, correspondiéndole el derecho a que quede extinguida la acción penal, ello no podrá suceder ya que al acumularse los procesos existirán otros periodos de deuda vigente y por lo tanto no se podrá presentar desistimiento en el proceso penal acumulado. Esta circunstancia perjudica al imputado y violenta lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que señala (Textual) "Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución

recurrida, se ha pronunciado en sentido que "el artículo 12 del Anexo I (…), condiciona la extinción de la acción penal cuando el imputado (Empleador) a la (sic) regularizado su situación ante el SIP, con la cancelación de lo adeudado", amén de llamarle la atención lo afirmado por la recurrente, en sentido que "la "actualización de nuevos periodos" perjudica al imputado (Empleador) cuando en realidad los perjudicados son los Asegurados al no contar con sus Contribuciones y tengan dificultades al acceso de un beneficio o prestación".

Sin embargo, lo que no ha esclarecido el Ente Regulador, es la permanente confusión en la que incurre la recurrente (tanto en su Recurso de Revocatoria como en el Jerárquico), cuando atribuye al artículo 12° del controvertido Anexo I, disposición alguna sobre "acumulación de procesos penales", extremo al que no se refiere ese artículo 12°, ni en general el Anexo referido.

En efecto, el artículo 12° del controvertido Anexo 1, concordante con el 116° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, está referido a la ***actualización del monto*** *consignado en la Nota de Débito al vencimiento de nuevos periodos en mora, dentro de* ***un (único) proceso*** *determinado, mientras que el Recurso alude a una* ***acumulación de (varios) procesos penales****, o sea, unirlos para que sean resueltos por una sola sentencia, conforme se encontraba previsto en el artículo 23°, quinto párrafo, de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 2006: "Los procesos contra un mismo empleador… podrán se acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones…" (Las negrillas son insertas en la presente), infiriéndose ser ese el origen de la confusión.*

Cabe aclarar además, que es el parágrafo I del artículo 12° el que refiere la actualización del monto en cualquier etapa procesal, y lo hace ***en función exclusiva del Proceso Coactivo Social, no así del Proceso Penal*** *(como mal señala la recurrente), puesto que para este último, disposición distinta se halla reservada en el parágrafo II.*

Siendo tales extremos fundamentales en el alegato, por cuanto hacen al argumento central, determina ser inatendible lo recurrido.

No obstante, corresponde a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, considerar el extremo que tiene que ver con una eventual acumulación de procesos, en función a si trascendencia procesal, empero también en su efecto con respecto a los periodos adeudados, a efectos el extremo quede también reglamentado, si así se viere por conveniente y correspondiere.

2.10.2. Actualización de nuevos periodos dentro del Proceso Coactivo Social.-

Conforme al Recurso de Revocatoria de ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, la misma pretende que:*

"…de acuerdo a la instancia procesal en la que se encuentre se puede perjudicar el avance del proceso o resultar imposible realizarlo en caso de apelación, por lo que lo que correspondería sería que las ampliaciones se realicen de acuerdo a lo estipulado

en el Código de Procedimiento Civil, que como en el presente caso en caso de vacío o duda se debe recurrir a la aplicación de esta norma jurídica…"

A este respecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, ha señalado:

"…el artículo 116 (Actualización de Nuevos Periodos) de la Ley N° 065, establece. (sic) ***"El monto consignado en la Nota de Débito podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, antes del remate".*** *Dicha disposición legal fue recogida por el artículo 12-I del Anexo I de la R.A.26-2013, que señala:* ***"El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley Nº 065"*** *(…)*

Ello significa, que la norma administrativa, impugnada, no es ni será un añadido de los Códigos Procesales aplicables a cada materia, sea Social, Civil o Penal, como pretende la Administradora, tratando erróneamente que cada circunstancia o casuística sea atendida, hecho ajeno al fin de la R.A.26-2013…"

A efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se entiende la expresión "no es ni será un añadido" como que la norma del controvertido Anexo I, no admite complementación, mención impertinente, por cuanto lo mismo no hace a lo que en su oportunidad se recurrió de Revocatoria.

En todo caso, es innegable, y no por ello reprochable, la concordancia -como válida y frecuente técnica jurídica de interpretación- que existe entre el artículo 116° ("ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS") de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, y los artículos 494° ("AMPLIACIÓN ANTERIOR A LA SENTENCIA") y 495° ("AMPLIACIÓN ANTERIOR DE LA SENTENCIA") del Código de Procedimiento Civil (Art. 1°, Ley N° 1760, 28 de febrero de 1997), a los que, se infiere, se refiere la recurrente.

Aun así, siendo evidente que el artículo 12°, parágrafo I, del controvertido Anexo I, "recoge", en términos del Ente Regulador, la disposición del precitado artículo 116° de la Ley N° 065 (existe entonces mayor concordancia entre estos, que entre el último artículo señalado y los mencionados del Código de Procedimiento Civil), no hay lugar a mayor controversia al respecto.

2.14. Suspensión de la gestión judicial de cobro (Art. 16º del Anexo I).-

En su Recurso Jerárquico, ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.*** *señala:*

"…La Acción Penal se rige bajo los principios y presupuesto legal establecido en el Código de Procedimiento Penal, disposición normativa especial que en sus artículos 16 y 17 con (sic) concordantes y en ningún caso contradictorio. La APS confunde cuando manifiesta que no corresponde citar al Artículo 16 del CPP porque este norma la Acción Pública y no la Acción Pública a Instancia de Parte,…"

La expresión anterior tiene su origen en lo señalado por el mismo recurrente, a tiempo del Recurso de Revocatoria:

"…La Acción Penal se rige bajo los principios y presupuestos legales establecidos en el Código de Procedimiento Penal, disposición normativa especial que en su artículo 16 expresa:

"ARTÍCULO 16°.- ACCIÓN PENAL PÚBLICA (…)

…El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley…"

Extremo al que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, ha respondido, en sentido que:

"…el delito de Apropiación Indebida de Aportes conforme al artículo 345-V del Código Penal, está clasificado como ***delito público a instancia de parte,*** *consecuentemente, invocar el artículo 16 del CPP, no corresponde, porque es para los delitos de acción penal pública…"*

Ahora, como se tiene relacionado, la recurrente alega que existiría una concordancia entre los artículos 16° (Acción penal pública) y 17° (Acción penal pública a instancia de parte) de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), por lo que, requiriendo los delitos previsionales de la instancia de las Administradoras de Fondos de Pensiones (como parte denunciante y víctima, en razón de la representación que ostentan), a los mismos les es aplicable la disposición del primer artículo nombrado (16°), en sentido que "El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley".

En realidad, no existe una concordancia entre los artículos16° y 17° de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), por cuanto, no se trata de presupuestos distintos pero que tengan cierta correspondencia, sino que, dentro de la sistematización que importa una codificación, existe una secuencia lógica en la redacción del artículo 17°, con relación a la del 16°.

Así, el artículo 16° establece lo que se debe entender por Acción penal pública, y el 17°, lo que sucede cuando ***esa*** *Acción penal pública, requiere de una instancia de parte.*

Por tanto, se equivoca el Ente Regulador cuando pretende una clasificación de la Acción penal pública (en Acción penal pública propiamente dicha, y Acción penal pública a instancia de parte), por cuanto, de la lectura del Capítulo pertinente de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), se evidencia que la Acción penal pública es una sola, no haciendo a una división el que pueda ser ejercida únicamente por el Ministerio Público, o ser instada además por una parte.

Entonces y para el caso, es correcto señalar que "la acción penal pública -aun fuera a instancia de parte- no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley".

Con respecto a lo último señalado, es decir, en la necesario determinación si lo señalado en el artículo 16° del controvertido Anexo I corresponde a uno de "los casos expresamente previstos por la ley", conviene establecer el origen de la suspensión de la gestión judicial de cobro que refiere tal artículo.

Así y cronológicamente, se han pronunciado las disposiciones normativas siguientes:

a) *El artículo 113° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece que:*

> *"…**Artículo 113. (PAGO DE CONTRIBUCIONES EN MORA).** El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado. Los pagos de las contribuciones deberán considerar periodos completos, de acuerdo a reglamento…"*

Entonces, el presupuesto permite el pago no obstante encontrarse la acreencia en conocimiento de la autoridad judicial a efectos de su cobranza; sin embargo, el artículo no establece que, por su efecto, se deba suspender tal proceso judicial.

Conforme lo señalado por la recurrente, el artículo 113° de la Ley N° 065 se halla contenido en el Capítulo I, referido a la "GESTIÓN DE COBRO ADMINISTRATIVO Y PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL", de su Título IV, no pudiéndose extender sus criterios al Proceso Penal, por cuanto el mismo se halla diferenciado en el Capítulo II (TIPOS PENALES) del mismo Título IV.

Con respecto a lo que se entiende por gestión de cobro, es necesario remitirse al artículo 106° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, cuando dice:

> *"…**Artículo 106. (COBRANZA).** La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal…"*

La diferencia entra la Gestión Administrativa de Cobro y los otros dos mencionados (Proceso Coactivo de la Seguridad Social y Proceso Penal), radica en que estos últimos consisten en procesos por ante la autoridad judicial (en su caso, por ante el Ministerio Público pero con igual finalidad), por lo que es correcto hablar de la existencia de una Gestión Administrativa de Cobro y de una gestión judicial de cobro.

En todo caso, constituyendo ambas gestiones de cobro (aunque de diversa vía), hacen en general, a la gestión de cobro a la que se refiere la norma.

b) *El artículo 27° del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aprobado mediante Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, señala in extenso:*

*"…**ARTÍCULO 27.- (PAGO DE CONTRIBUCIONES EN MORA).***

I. *En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la gestión de cobro.*

II. *La GPS deberá iniciar o continuar* ***el Proceso Coactivo de la Seguridad Social*** *en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de incumplido el Convenio de Pago por parte del Empleador. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.*

III. *El Convenio de Pago podrá establecer el pago de la deuda en un plazo máximo de un (1) año a partir de su suscripción.*

IV. *El Convenio de Pago no libera al Empleador del pago de Interés por Mora, Interés Incremental y Recargos con posterioridad a la suscripción del Convenio de Pago.*

V. *Los periodos comprendidos en el Convenio de Pago deberán contemplar siempre el pago del mes vigente, a efectos de que el Empleador no genere nuevos periodos en mora.*

VI. *Una vez suscrito el Convenio de Pago por el Empleador y la GPS, el mismo deberá contar con la homologación de la APS…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, el presupuesto que permite el pago, no obstante encontrarse la acreencia en conocimiento de la autoridad judicial a efectos de su cobranza, es aplicable en cuanto se refiere al Proceso Coactivo de la Seguridad Social, no así en lo que respecta al Proceso Penal por delitos previsionales.

Nótese que el artículo prevé "suspender la prosecución de la gestión de cobro", empero "En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065", entonces, únicamente en lo referido a la "Gestión de Cobro Administrativo y Proceso Coactivo de la Seguridad Social" y no así al Proceso Penal.

c) *Finalmente, el artículo 16° del controvertido Anexo I, el que al disponer la suspensión de la gestión judicial de cobro en los Procesos Coactivos Sociales y en los Procesos Penales, señala pronunciarse "de conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 parágrafo I del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011"; no obstante, en cuanto a los Procesos Penales, no guarda conformidad con el mismo, por cuanto y*

conforme lo visto, el precitado artículo 27°, al encontrarse pronunciado "En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065", resulta estar referido únicamente a los Procesos Coactivos Sociales.

Por lo demás, ni la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones (Anexo I) al que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, ni la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012 de 28 de junio de 2012, "que aprueba el "Procedimiento para la Suscripción y Homologación de Convenios de Pago por Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en Mora al Sistema Integral de Pensiones" (según menciona la recurrente), constituyen leyes en los términos del artículo 16° de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Cód. Pcdto. Penal).

Se deja constancia que la última norma señalada (Ley N° 1970, del Código de Procedimiento Penal), establece en su artículo 23°, la posibilidad de la suspensión condicional del proceso, figura a la que debe acomodarse cualquier normativa que se pretenda al respecto.

Conforme se puede percibir de todo lo hasta aquí relacionado, se ha afectado el derecho de las ahora recurrentes, a obtener una resolución debidamente fundamentada y justificada en los términos de la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010 (ya supra mencionada), y que contenga una exposición concisa y razonable que permita conocer, de forma indubitable, las razones que llevaron a tomar la decisión, extremo que se extraña en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, y APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013.

Para el caso, resultando tal extremo insubsanable, corresponde disponer la reposición de obrados, a efectos se corrija el vicio señalado, esto es y en tanto corresponda, se pronuncie una nueva disposición que se encuentra debidamente justificada, fundamentalmente en lo que atañe a los Procesos Penales, dada la concepción jurídica que imposibilitaría una suspensión de la forma que pretende el Regulador.

2.16. Participación en otros procesos judiciales (Art. 20° del Anexo I).-

Sobre el artículo 20° del controvertido Anexo I, ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *señala que:*

"…ameritaría que la AFP tenga que conocer cuanto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc, etc), hecho que es imposible…"

Y ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.*** *amplía la idea, al establecer que:*

"…La APS tiene la obligación legal de reglar con precisión cuáles son esos procesos en los que la AFP debe participar y no de manera general y abstracta manifestar que debe participar cuando corresponda (…)

…el Artículo mencionado -se refiere al 149°, inciso j,) de la Ley N° 065, de Pensiones- únicamente ordena que esta Administradora debe de INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que estemos legalmente citados (…)

La APS no se manifiesta con respecto a la negativa de los jueces de dar participación en otros procesos judiciales pese a la prueba presentada en Recurso de Revocatoria…"

Ambas expresiones hacen a lo señalado en el controvertido Anexo I, aquí transcrito a la letra:

*"…**ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).-** De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP".*

*No obstante, los agravios así expresados, si bien resultan en una pretensión legítima de las recurrentes, se encuentran fundados más bien, en su propia susceptibilidad (como tal, inatendible en derecho), extremo al que se concluye cuando, de la atenta lectura del artículo 20°, resulta el mismo ser aplicable en el presupuesto "**cuando corresponda**", lo que determina que, su incumplimiento no les sea imputables a las ahora recurrentes, en la eventualidad que no haga a su responsabilidad la imposibilidad, de participar en los otros juicios a los que se refiere la norma.*

Por consiguiente, los alegatos a este respecto resultan también infundados.

Toda vez que mediante memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** solicitó la aclaración y complementación de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 de 23 de agosto de 2013, le correspondió a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante auto de 11 de septiembre de 2013, resolver lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Al numeral **9** del memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2013 por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**: **Se complementa** la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 de 23 de agosto de 2013, en sentido que, dado el carácter esencialmente jurídico que importan los "OTROS PROCESOS JUDICIALES" a los que se refiere el artículo 20° de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, aprobada por la al que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, entonces, procesos regulados por las normativas procesales que hacen a cada materia específica, la expresión "cuando*

corresponda", es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:

- *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*

- *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación.*

SEGUNDO.- No ha lugar *a las solicitudes de aclaración y complementación de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, que salen de los numerales* ***1****,* ***2****,* ***3****,* ***4****,* ***5****,* ***6****,* ***7****,* ***8*** *y* ***10****, del memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2013 por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)****…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 DE 1° DE OCTUBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013**,** resolvió:

"***…PRIMERO.-*** *Se aprueba la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP" cuyo texto ordenado se encuentra adjunto a la presente en* ***Anexo I****, que forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- *Las disposiciones establecidas en la presente Resolución Administrativa entrarán en vigencia y se aplicarán a partir de su notificación respectiva.*

TERCERO.- *La Dirección de Prestaciones Contributivas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS quedará encargada de la ejecución y control del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa.*

CUARTO.- *Se deja sin efecto las disposiciones contrarias a la presente Resolución…*"

El señalado Anexo I establece lo siguiente:

"…ANEXO I

NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES - SIP

ARTÍCULO 1. (OBJETO).- *Las normas generales detalladas a continuación, tienen por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones* ***(AFP),*** *en el proceso Coactivo Social de la Seguridad Social* ***(PCS)*** *y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones* ***(SIP).***

ARTÍCULO 2. (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA PREVISIONAL).- *Las definiciones y terminología establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, y disposiciones reglamentarias, son de aplicación al presente reglamento.*

ARTÍCULO 3. (PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL).- *I. De conformidad con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778, la GPS deberá iniciar obligatoriamente el PCS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en Mora o Presunción de Mora, cuando se persiga el cobro de Contribuciones, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora y el Interés Incremental, y recargos cuando corresponda. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el PCS.*

II. El PCS se regirá bajo los principios del ámbito social procesal, conforme el artículo 110 de la Ley N° 065 y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011.

ARTÍCULO 4. (PROCESO PENAL POR DELITOS PREVISIONALES).- *I. De conformidad con el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778, la GPS deberá iniciar obligatoriamente el PP por el Delito Previsional de Apropiación Indebida de Aportes establecido en el artículo 118 parágrafo I de la Ley N° 065 de Pensiones, en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, computables desde que el Empleador se constituyó en mora. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal.*

II. La GPS cuando tenga conocimiento de la comisión de un Delito Previsional, previsto en el artículo 118 y/o 119 de la Ley N° 065, tiene la obligación de presentar la denuncia ante la autoridad competente en el plazo máximo de cinco (5) días calendario, computable a partir del conocimiento del delito, y tramitar el proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal, la cual será comunicada a la APS.

Las acciones que tome la GPS deberán ser respaldadas con elementos probatorios pertinentes e idóneos.

III. El plazo de cinco (5) días calendario, no es de aplicación al Delito Previsional de Apropiación Indebida de Aportes, sujeto al plazo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778.

ARTÍCULO 5. (FORMA Y CONTENIDO DE LA DENUNCIA PENAL).- *I. La GPS al momento de la presentación de la denuncia penal deberá cumplir con las exigencias mínimas de forma y contenido de la denuncia, de acuerdo a lo previsto por el artículo 285 parágrafo II del Código de Procedimiento Penal* ***(CPP).***

II. En el caso de tratarse de persona jurídica, será responsable penal la persona o personas naturales que funjan o hayan fungido como representantes legales en el periodo en el que se tiene que cumplir con la obligación del pago de Contribuciones.

Asimismo, podrá determinarse la corresponsabilidad penal de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, en aplicación al artículo 118 de la Ley N° 065.

ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS).- *I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*

II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real necesarias, con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados; sin perjuicio de solicitarlas en audiencia de medidas cautelares juntamente otras que correspondan.

III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS, y las medidas cautelares de carácter real concedidas en los procesos judiciales PP, deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio.

ARTÍCULO 7. (DOCUMENTACIÓN MÍNIMA).- *I. A tiempo de plantear la demanda coactiva, la GPS deberá adjuntar obligatoriamente la Nota de Débito y la Liquidación correspondiente debidamente firmada por el responsable de su emisión, en conformidad a los artículos 110 y 111 de la Ley N° 065.*

II. A momento de interponer la acción penal por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, la GPS deberá presentar adjunto a la denuncia, la Nota de Débito y Liquidación correspondiente, así como toda prueba documental de la gestión administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación.

III. En los demás Delitos Previsionales, señalados en los artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, deberá adjuntar los elementos probatorios correspondientes.

ARTÍCULO 8. (DILIGENCIA).- *I. La GPS tiene la obligación de llevar adelante los procesos judiciales, PCS y/o PP por Delitos Previsionales, con absoluta diligencia y responsabilidad, hasta su conclusión.*

II. En el marco conceptual de buen padre de familia deberá consecuentemente realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes, inclusive encontrándose estos en despacho de la autoridad jurisdiccional o fiscal para su respectivo pronunciamiento (providencias, decretos, autos, sentencias, autos de vista, requerimientos, etc.), y cuando la autoridad no se haya pronunciado dentro del plazo determinado por ley por motivos injustificados, realizar las gestiones que correspondan por el incumplimiento a sus funciones y retardación de justicia.

III. La GPS para aquellos procesos donde el expediente o el cuaderno de investigación no sea habido en el juzgado o fiscalía, deberá solicitar a la autoridad correspondiente la

certificación que acredite el tiempo y la repartición o persona con quien formalmente se encuentra; y en caso de extravío requerir se ponga a la vista el mismo o la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

IV.No será admisible la paralización injustificada del PCS y/o PP, o el pre-archivo o archivo del expediente o cuaderno de investigación, en el Juzgado o Fiscalía, por falta de actividad procesal atribuible a la GPS, postergando los efectos de los procesos judiciales.

ARTÍCULO 9. (DEBER DE ATESTIGUAR).- *El representante legal de la GPS, que se apersone en el PP, con la necesaria y suficiente diligencia, deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, guardando la debida diligencia.*

ARTÍCULO 10. (OBLIGACIÓN DE CONSTITUIRSE EN PARTE QUERELLANTE).- *La GPS con finalidad de tener plena intervención en el proceso penal, deberá constituirse obligatoriamente en parte querellante de los Delitos Previsionales, querella que deberá cumplir con las exigencias o requisitos formales y materiales del procedimiento penal.*

ARTÍCULO 11. (CONVERSIÓN DE ACCIONES).- *I. En el supuesto que en el PP, el Fiscal disponga el rechazo de la denuncia o querella penal, la GPS deberá objetar la resolución de rechazo dentro del plazo establecido por ley, bajo su entera responsabilidad.*

II. En el caso que el Fiscal superior en jerarquía determinara la ratificatoria del rechazo y archivo de obrados, la GPS, deberá solicitar a la autoridad competente la conversión de acciones conforme a procedimiento penal.

III. En el caso que el Fiscal decretara el sobreseimiento del imputado(s), la GPS se encuentra en la obligación de objetar el mismo conforme a procedimiento.

ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS).- *I. El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley N° 065.*

II.- En los PP por Apropiación Indebida de Aportes, al haberse acreditado nuevos periodos apropiados por el Empleador, la GPS deberá hacer constar al Representante del Ministerio Público o Autoridad Jurisdiccional según la instancia procesal que corresponda, la actualización de nuevos periodos en mora, a cuyo efecto, deberá adjuntar la Nota de Débito, Liquidación y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente.

ARTÍCULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).- *I. La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados.*

II.- El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades y sanciones correspondientes.

ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).- *I. La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.*

II. El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades y sanciones correspondientes, que de esta omisión emanen.

III. En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder fundadamente a los mismos dentro de los plazos y procedimiento establecido por ley.

ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).- *En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley N° 065, de Pensiones, y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verificare o detectaren indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS.*

ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).- *I. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el PCS se suspenderá temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, manteniéndose subsistente las medidas precautorias dispuestas por la autoridad hasta la cancelación total de la obligación al SIP.*

II. La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP.

ARTÍCULO 17. (RETIRO DE LA DEMANDA Y DESISTIMIENTO DEL PROCESO).*- I. La GPS podrá retirar la demanda coactiva social, conforme a procedimiento legal, siempre que el demandado haya cancelado el total de la obligación al SIP.*

II. Únicamente se podrá desistir en los procesos judiciales, PCS y/o PP por Apropiación Indebida de Aportes, con la cancelación total de las Contribuciones o Aportes Solidarios en mora, más los intereses y recargos si correspondiese.

III. En todos los casos, la GPS necesariamente deberá presentar el memorial correspondiente a la autoridad competente aclarando los periodos cancelados; quedando terminantemente prohibido suspender o paralizar las acciones judiciales, mientras no se haya cancelado el monto total adeudado.

IV. En el supuesto que la GPS haya iniciado varios procesos judiciales en contra del mismo Empleador, sean PCS y/o PP, esta desistirá por proceso, con la cancelación o regularización del total adeudado, quedando subsistentes los otros procesos judiciales impagos.

ARTÍCULO 18. (SOLICITUD DE INFORMACIÓN).- *I. En atención a lo establecido en el artículo 185 de la Ley N° 065, la GPS antes de presentar la demanda coactiva social y/o la denuncia penal por Apropiación Indebida de Aportes, deberá contar con la suficiente información que le permita verificar si el Empleador objeto del proceso legal sea el acreditado legalmente en registros públicos y se encuentra con vida.*

II. Para tal efecto la GPS realizará las gestiones necesarias ante las reparticiones públicas como privadas, para la verificación de información idónea y actualizada a utilizar, para el inicio de los procesos legales al SIP.

ARTÍCULO 19. (COLABORACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN).- *I. En los PP por Apropiación Indebida de Aportes y previsionales, la GPS se encuentra en la obligación de atender todos los requerimientos fiscales como judiciales de forma idónea y oportuna.*

II. Asimismo, la GPS deberá prestar colaboración y coadyuvar en la investigación con el Ministerio Público, en cuanto a la realización de diligencias.

ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).- *De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP.*

La expresión "cuando corresponda", es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:

- *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*

- *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación…*"

Los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO.-***

Que de acuerdo a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la administración del Sistema Integral de Pensiones estará a cargo de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo – GPS, la cual operará previa emisión del reglamento que establezca plazo y procedimiento, para el inicio de actividades.

Que las Contribuciones se definen como, los recursos destinados a los fines establecidos

en la Ley de Pensiones, en los regímenes Contributivo y Semicontributivo, conformados por aportes, primas y las comisiones; siendo la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo responsable de la recaudación.

Que conforme determina el artículo 177 de la Ley de Pensiones, en el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley Nº 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición.

Que de acuerdo al artículo 149 literales i) y j) de la Ley Nº 065, la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, tiene las funciones y atribuciones de iniciar mora, intereses y recargos, así como iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados.

Que la Ley Nº 065 en su artículo 106 establece que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal.

Que el artículo 110 de la Ley de Pensiones, señala que procederá la ejecución Coactiva Social cuando se persiga el cobro de Aportes Nacionales Solidarios, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos, adeudados a la Gestora Pública de la Seguridad Social a Largo Plazo. Asimismo, establece que se considerará como Título Coactivo, la Nota de Débito emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo al Empleador o al Aportante Nacional Solidario, que contendrá las Contribuciones, Aportes, Aportes Nacionales Solidarios, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos adeudados, constituyéndose en obligaciones de pagar líquidas y exigibles.

Que de acuerdo a lo previsto por el artículo 120 de la Ley de Pensiones, el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal por los delitos previsionales, son procesos judiciales independientes y, en ningún caso se admitirá prejudicialidad en un proceso penal por delitos previsionales.

Que el artículo 114 de la Ley Nº 065 establece que las Contribuciones, el Interés por Mora, el Interés Incremental, Recargos y Aportes Nacionales Solidarios adeudados, gozan del privilegio establecido en el artículo 48, Parágrafo IV de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Que de acuerdo a lo previsto por el artículo 117 de la Ley de Pensiones, el derecho al cobro de las Contribuciones y de los Aportes Nacionales Solidarios adeudados al Sistema Integral de Pensiones no prescribe.

Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley Nº 065 para la recuperación de las Contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal.

Que en aplicación a lo previsto por el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, el Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora, debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley Nº 065, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.

Que conforme establece el artículo 23 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, el Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes, establecida en el artículo 118 de la Ley Nº 065, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado ni impedirá a la GPS iniciar la acción penal.

Que el artículo 27 parágrafo I del Decreto Supremo Nº 0778, establece que en aplicación a lo previsto en el artículo 113 de la Ley Nº 065, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la gestión de cobro.

Que el artículo 197 de la Ley Nº 065, establece que el Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización, reglamentarán y regularán la mencionada Ley en el marco de su competencia.

Que en virtud a lo señalado precedentemente, es necesario contar con normativa regulatoria que establezca las Gestiones Judiciales mínimas que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones, en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social y/o en el Proceso Penal, en el marco del Sistema Integral de Pensiones…"

4. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

4.1. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).-

Por memorial presentado el 24 de octubre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta Recurso

de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de fecha 1° de octubre de 2013, señalando lo siguiente:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.***

1) ***DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS.-*** *Lamentamos la distorsión que sufre el art. 6, al no ser transcrito tal cual establece el artículo único inc. b) de la parte resolutiva de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ – SIREFI No. 050/2013.*

   La Resolución Administrativa 890/2013, distorsiona lo determinado, en el título del articulado y en el párrafo II, vulnerando disposiciones que de (sic) *ya se consisten en mandatos inmutables e inmodificables, por lo que invitamos a la corrección y enmienda, sea en virtud al imperio mandado por la Resolución Ministerial Jerárquica.*

2) ***DE LA ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS.-***

   *Con relación al artículo 12 de la resolución recurrida, en el párrafo II, se pretende, sin considerar su propio criterio impuesto en los arts. 3 y 4 de la referida resolución, donde diferencia la MORA o PRESUNCION DE MORA para los Procesos Coactivos de la MORA propiamente dicha en los procesos penales, pretende que al momento de "hacer constar al Representante del Ministerio Público o Autoridad Jurisdiccional la Nota de Debito (*sic*), se adjunte este documento como elemento probatorio, sin considerar que en muchos casos éste contiene tanto deudas PRESUNTAS (M3 y/o M4) como Deudas efectivas (M1 y/o M2), o en algunos casos la combinación de ambas denominadas MIXTAS; así, estas últimas dos clasificaciones efectivamente pueden ser objeto de una denuncia penal, tal cual lo establece el art. 4 de esta arbitraria disposición reglamentaria, pero no así la primera que es únicamente posible en el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.*

   Nuevamente es necesario reiterar que, como la propia autoridad administrativa lo reconoce (Ministerio de Económica (sic) *y Finanzas Públicas) el objeto del proceso penal es el esclarecimiento de un hecho ilícito y la sanción al autor del mismo; partiendo de ese criterio doctrinal, se ha establecido que el proceso penal reconoce a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un delito, la presunción de inocencia, es decir que se presume su participación en el hecho, hasta tanto no se demuestre lo contrario mediante una Sentencia ejecutoriada, empero este criterio, tiene una cardinal opuesta a la pretensión de su autoridad de querer incorporar al proceso una MORA presunta inmersa en una Nota de Debito que evidentemente es calificada como un HECHO PRESUNTO, es decir atribuir a un determinado empleador un HECHO DEL QUE SOLAMENTE SE PRESUME SU EXISTENCIA, extremo que vulnera y rompe violentamente los principios y valores que sustentan nuestro ordenamiento supremo, como es la seguridad jurídica, el valor justicia, etc.*

   FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, no niega la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Público la MORA ACTULIZADA del empleador, sin embargo esta

actualización debe obedecer ante la identificación de periodos tipificados como MORA EFECTIVA (M1 y/o M2) dejando de lado las PRESUNTAS; así una NOTA DE DEBITO (sic) *al ser única, su presentación es obligatoria únicamente en el Proceso Coactivo de la Seguridad Social como lo establece el art. 110 de la Ley 065 de Pensiones, pero no así para el Proceso Penal, donde, valorando el tipo de mora inserta en cada Nota de Débito se evaluará sobre su pertinencia y legalidad en el proceso de investigación e inclusive en el Juicio Oral, caso contrario se optará por presentar la Liquidación Penal, y así de esta manera evitar cualquier incidente de actividad procesal defectuosa o exclusión probatoria en una de las fases del proceso (art. 13, 171,172, 167 y/o 179 del CPP).*

3) <u>DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO.-</u>

La disposición contenida en el segundo párrafo II de este artículo, determina que ***"La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP",*** *es decir que, violando el derecho a un debido proceso y sobre todo privando al imputado de los criterios alternativos al Proceso contemplados en el art. 323 núm. 2) del CPP, lo somete injustamente a una* (sic) *proceso que concluya únicamente con una Sentencia Ejecutoriada en su contra.*

*El propio órgano administrativo como es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 en el inc. b) del punto 2.14 establece "****Se deja constancia que la última norma señalada (Ley 1970, del Código de Procedimiento Penal) establece en su art. 23, la posibilidad de la suspensión condicional del proceso, figura a la que debe acomodarse cualquier normativa que se pretenda al respecto"*** *y siendo ese el criterio que abre la posibilidad que el imputado o empleador pueda ser beneficiado con esa Salida Alternativa prevista en el art. 23 del CPP (SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO), su autoridad como órgano regulador, haciendo caso omiso a ese criterio, también incumple lo dispuesto por la misma Resolución Jerárquica en su parte* ***RESOLUTIVA*** *que dispone lo siguiente: "****II. ANULAR (...) los artículos 12° y 16º del Anexo I (...) debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica".***

Es evidente que su autoridad a (sic) *cometido una flagrante omisión a esta Resolución Final y peor aún de forma injustificable emite una disposición contraria a la constitución y las leyes, que benefician al imputado con una Salida Alternativa como es la Suspensión Condicional de la Pena cuando se ha firmado un acuerdo con la víctima, que para el caso nuestro es la suscripción de un Convenio de Pagos. En este entendido se ve necesaria* (sic) *declarar la nulidad de este artículo y reacomodarla a los criterios procesales de la Resolución Ministerial Jerárquica antes descrita y el propio Código de Procedimiento Penal.*

4) <u>DE LA PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES</u>.-

Con carácter previo a emitir los argumentos con las cuales se pretende vulnerar las gestiones propias de la Administradora, habrá que recordar que en virtud a la

jerarquía procesal o normativa, una ley se encuentra por encima de una resolución.

A manera de refrescar lo referido, la jerarquía normativa se conceptualiza como, la Ordenación jerárquica o escalonada de las normas jurídicas de modo que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior que tiene mucho valor.

El principio de jerarquía normativa permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango. La Constitución garantiza expresamente el principio de jerarquía normativa.

En nuestro ordenamiento el principio de jerarquía normativa se traduce en:

- *Superioridad de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica. Esta superioridad de la Constitución se basa en un criterio material, pues la misma contiene los principios fundamentales de la convivencia (superlegalidad material) y por ello está dotada de mecanismos formales de defensa (superlegalidad formal).*

- *Superioridad de la norma escrita sobre la costumbre y los principios generales de Derecho, sin perjuicio del carácter informador del ordenamiento jurídico de estos últimos.*

- ***Superioridad de la ley y de las normas con rango de ley sobre las normas administrativas.*** *La doctrina discute si las relaciones entre la ley orgánica y la ley ordinaria se rigen por el principio de jerarquía según el cual la ley orgánica sería superior, o por el de competencia, lo que supondría que ambas tienen el mismo rango.*

- *A su vez las disposiciones administrativas se encuentran jerarquizadas según el siguiente orden: decretos, órdenes de las comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales y disposiciones de las demás autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía.*

En ese sentido, recalcamos la confusión a la que se llega al procurar determinar con el Art. 20 de la Res. Adm. una "participación en otros procesos judiciales".

Por lo argumentado, está claro que se evidencia un exceso al establecer lo siguiente: la ley dice: iniciar y tramitar procesos judiciales, la resolución 890-2013, establece: iniciar tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial, hecho que ameritaría que la AFP tenga que conocer cuánto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc., etc.), hecho que es imposible y contrario a la Ley como ya lo analizamos.

Asimismo, se estaría causando un verdadero "caos procesal", tomando en cuenta que por norma (Ley 065), nos encontramos facultados y en la obligación de ejecutar la tramitación de los Procesos Coactivos de la Seguridad Social, lo pretendido, significaría además de descuido, una alarmante falta de seguimiento al pretender abocarnos a procesos ajenos a nuestra potestad.

Finalmente será preciso recordar al regulador, que la Resolución Ministerial Jerárquica 050/2013 de 23 de agosto de 2013, en el artículo único, de la parte resolutiva, inciso a) ratifica el art. 20 de la Resolución Administrativa 26/2013, mas sin embargo no otorga la posibilidad de modificación, complementación o enmienda de este articulado, tal cual erra (sic) *su institución al emitir 3 párrafos complementarios mas.*

En ese sentido mal podría su institución, contradecir y quebrantar una Resolución superior, que a todas luces se torna inmutable, inquebrantable e inmodificable por el imperio de la ley, por lo que se deberá tomar en cuenta este aspecto, debiendo corregirse y dejar sin efecto la complementación al art. 20 de la Resolución Administrativa 890/2013.

5. DE LA AFECTACIÓN DE NUESTROS DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS DE ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO.

Sin perjuicio de todo lo expresado, es conveniente señalar que los artículos 1, 2, 3 , 4, 5 ,6, 7 ,8, 9, 10 , 11 , 13 , 14 ,15 , 17, 18, 19 , continúan causando agravio y afectando nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, por lo que solicitamos a su Autoridad sean objeto de nueva revisión sobre la base de nuestros argumentos ya esgrimidos en el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, considerando la coyuntura que se vive en juzgados y lo determinado por la sentencia constitucional 2008-2012 que obliga a una profunda revisión de las normas procesales para la recuperación de contribuciones en mora.

III. PETITORIO.-

En merito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa impugnada no ha cumplido con los requisitos de legalidad ni se ajusta a la realidad que se vive en los estrados judiciales por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra Constitución Política del Estado, Artículo 432 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad como Director Ejecutivo de la APS, dictar Resolución Administrativa de Revocatoria conforme a derecho…"

4.2. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Por memorial presentado el 24 de octubre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** presenta Recurso

de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, señalando lo siguiente:

"… ***III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN***

III.1. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR

1. ***(OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).-*** *En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley 065, de Pensiones y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verificare o detectaren indicio de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente y será comunicado a la APS".*

2. *La APS no ha realizado una correcta interpretación de lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050-2013, que a la letra razona manifestando: "Resulta evidentemente amplio y en exceso genérico, por cuanto así señalado, hace al universo de delitos que en ejercicio de sus funciones, pudieran cometer las autoridades Jurisdiccionales o fiscales,* ***cuando el extremo debiera estar más bien delimitado. Lo que corresponde ser aclarado,*** *a los fines de* ***evitar iguales excesos en la interpretación y aplicación futura de la norma.***

3. *La modificación realizada por la APS al Art. 15 no es clara, al determinar que las AFP deben denunciar ante el Ministerio Publico* (sic) *o Autoridad Competente, este extremo de acuerdo a lo indicado por el SIREFI, debe estar claramente establecido y delimitado los ilícitos por los que deben ser denunciados, extremo que la APS tenía el deber de aclarar, deber que la APS no ha cumplido.*

III.2. PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES.-

1. *"De conformidad al Art. 149 literal j) de la Ley 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados al SIP. La expresión "cuando corresponda" es inequívocamente inherente a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente.*

   Que haga al interés de los asegurados, afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, emergente de la normativa propia de la materia de la seguridad Social.

   Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial permita tal participación".

2. *La Resolución Ministerial Jerárquica ha valorado las pruebas adjunta al Recurso Jerárquico interpuesto por esta Administradora y fundamenta lo siguiente, "resulta el mismo ser aplicable en el presupuesto "cuando corresponda" lo que determina que su incumplimiento* ***no les sea imputables a las ahora recurrentes;*** *en la eventualidad que no haga a su responsabilidad la imposibilidad de participar en otros juicios a los que se refiere la norma".*

3. *La instancia superior a dispuesto en este Art. existe una eventualidad que no haga responsable a esta Administradora, al no tener conocimiento o no ser notificado formalmente con cualquier otro proceso judicial a fin de precautelar los Fondos Administrados y Asegurados al SIP.*

4. *La APS no ha considerado el extremo en la eventualidad de no ser notificados o no tomar conocimiento de los procesos a nivel nacional, debido a que el Art. en cuestión no es lo suficientemente claro.*

5. *El Artículo 20° de Resolución 26-2013: El artículo 149 inciso j) de la Ley 065, no menciona la obligación de la GPS de "tomar participación en todo proceso judicial", por lo tanto es una arbitrariedad que la Norma disponga por encima de la Ley 065 de Pensiones pretendiendo modificar lo dispuesto por la misma.*

6. *Hacemos conocer a la APS que el Art. 149 literal j) de la Ley No. 065 establece lo siguiente: "iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran a fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados" como podrá evidenciar el Artículo mencionado únicamente ordena que esta Administradora debe de INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que este legalmente citada.*

7. *Hacemos conocer a su Autoridad que esta Administradora cuando es citada o toma conocimiento de alguna resolución contraria a los Fondos Administrados y de los Asegurados, realiza la representación correspondiente en defensa y beneficio de los Asegurados y los Fondos que Administra, pero no así de otros procesos que no hemos sido citado* (sic) *o que no tenemos conocimiento alguno.*

8. *En la práctica nos vemos imposibilitados en tomar participación en otros procesos judiciales, debido a que los Jueces niegan cualquier solicitud realizada por esta Administradora bajo el argumento de que la misma no es parte del proceso, es así que se presentó como prueba al SIREFI las gestiones realizada al CONSEJO DE LA MAGISTRATURA por la negativa del Juez PRIMERO LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE COCHABAMBA, presentada el 20 de diciembre de 2012, misma que a la fecha no tenemos respuesta.*

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DPC/N°*** (sic) ***890/2013 DE 01 DE OCTUBRE DE 2013,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que la resolución administrativa impugnada a través del Recurso de Revocatoria pretendiendo reglar desconociendo por completo la actividad jurisdiccional que se realiza en el diario vivir en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Público, en todos los Distritos Judiciales del Estado Plurinacional…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

> ***"…PRIMERO.-*** *Confirmar Parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 01 de octubre de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, modificándose el texto de los ARTÍCULOS 6 y 16 del ANEXO I de la señalada Resolución Administrativa y bajo el siguiente tenor:*
>
> *"**ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).-** I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley Nº 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*
>
> ***II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).***
>
> *III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS y/o PP deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio".*
>
> *"**ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).-** I. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, el PCS se suspenderá temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, manteniéndose subsistente las medidas precautorias dispuestas por la autoridad hasta la cancelación total de la obligación al SIP.*
>
> *II. La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP, salvo que emerja a los efectos de la suspensión condicional del proceso establecida en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal".*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Se ratifican los artículos **1**, **2**, **3**, **4**, **5**, **7**, **8**, **9**, **10**, **11**, **12**, **13**, **14**, **15**, **17**, **18**, **19** y **20** del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 01 de octubre de 2013…"*

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

> *"…**CONSIDERANDO:***
>
> *Que en función a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. en los Recursos de Revocatoria, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en esta del procedimiento* (sic)*, emite el pronunciamiento correspondiente:*

Análisis de los fundamentos de BBVA Previsión AFP S.A:

- *BBVA Previsión AFP S.A, en el memorial presentado en fecha 24 de octubre de 2013,* ***en su fundamento 1*** *del recurso, con relación al artículo 15* ***(OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR)*** *de la norma administrativa impugnada, manifiesta lo siguiente: "****La APS no ha realizado una correcta interpretación de lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050-2013****…". Asimismo afirma: "****La modificación realizada por la APS al Art. 15 no es clara****, al determinar que las AFP deben denunciar ante el Ministerio Público o Autoridad Competente, este extremo de acuerdo a lo indicado por el SIREFI, debe estar claramente establecido y delimitado los ilícitos por los que deben ser denunciados, extremo que la APS tenía el deber de aclarar, deber que la APS no ha cumplido".*

  Al respecto, la APS cumplió a cabalidad con lo dispuesto en la R.M.J. 050/2013, que determina:

  > *"****ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:*
  >
  > *a) Se ratifican … …*
  >
  > *b)* ***Se modifican los artículos*** *6°, 9°, 13°, 14° y* ***15°*** *el Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013,* ***conforme a lo siguiente****: … …*
  >
  > ***ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).-*** *En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley N° 065, de Pensiones, y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verificare o detectaren indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS.*
  >
  > ***IV.*** *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá emitir la versión ordenada de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, conforme las determinaciones de la presente Resolución Ministerial Jerárquica".*

  En cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad jerárquica, la APS dicta la R.A.890-2013, que en su Anexo I, señala:

"***ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).-*** *En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley N° 065, de Pensiones, y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verificare o detectaren indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS".*

En ese sentido, la R.M.J.050/2013 modifica el artículo 15 del Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, aprobado mediante R.A.26-2013, y determina su forma y contenido, limitándose la APS a su estricto cumplimiento; consecuentemente, el artículo 15 que contiene el Anexo I de la R.A.890-2013, es fiel reflejo de lo determinado en la R.M.J.050/2013.

Consiguientemente, el mencionar que la APS no interpretó correctamente lo establecido en la R.M.J.050/2013, se trata de una apreciación incorrecta, puesto que en los hechos, es el regulado quien desconoce lo determinado por la instancia jerárquica, que por cierto, son de cumplimiento obligatorio.

- *La Administradora, en su* ***fundamento 2*** *de su memorial, señala lo siguiente: "La instancia superior a dispuesto en este Art. (refiriéndose al artículo 20) existe una eventualidad que no haga responsable a esta Administradora, al no tener conocimiento o no ser notificado formalmente con cualquier otro proceso judicial…". Asimismo expresa: "La APS no ha considerado el extremo en la eventualidad de no ser notificados o no tomar conocimiento de los procesos a nivel nacional…"*

  Al respecto, la APS cumplió a cabalidad con lo dispuesto en la R.M.J.050/2013, pero también ha dado fiel cumplimiento al Auto de 11 de septiembre de 2013 que complementa la Resolución Ministerial Jerárquica señalada anteriormente a solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

  En esa línea de entendimiento, la R.M.J.050/2013, determina:

  "***ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:*

  a) ***Se ratifican los artículos****, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 10°, 11°, 17, 18°, 19° y* ***20°****, del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013".*

Por otra parte, el Auto de 11 de septiembre de 2013 que complementa la R.M.J.050/2013, determina:

"***PRIMERO.***- *Al numeral 9 del memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2013, por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP):* ***Se complementa*** *la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050-2013 de 23 de agosto de 2013, en sentido que, dado el carácter esencialmente jurídico que importan los OTROS PROCESOS JUDICIALES a los que se refiere el* ***artículo 20°*** *de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, aprobada por la al* (sic) *que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, entonces, procesos regulados por las normativas procesales que hacen a cada materia especifica* (sic), *la expresión "cuando corresponda" es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:*

- *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*

- *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación".*

Dando fiel cumplimiento a lo determinado por la instancia jerárquica, la APS emite la R.A.890-2013, que en su Anexo I, señala:

"***ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).-*** *De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP.*

La expresión ***"cuando corresponda"****, es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:*

- *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*

- *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación".*

En ese sentido, la R.M.J.050/2013 ***ratifica*** *el artículo 20 del Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones aprobado mediante R.A.26-2013, y a través del Auto de 11 de septiembre de 2013, la complementa, determinando expresamente su forma y contenido, aspectos que fueron considerados en todo su alcance por la APS conforme se acredita del artículo 20 del Anexo I de la R.A.890-2013.*

En conclusión, la instancia jerárquica a través de la R.M.J.050/2013 y Auto Complementario de 11 de septiembre de 2013, definió la controversia, siendo sus

determinaciones de cumplimiento obligatorio; consiguientemente, resultan infundadas las apreciaciones vertidas por el regulado en su recurso de revocatoria.

Análisis de los fundamentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP:

- *La Administradora, en su **fundamento 1** de su memorial, menciona: "Lamentamos la distorsión que sufre el art. 6, al no ser transcrito tal cual establece el artículo único inc. b) de la parte resolutiva de la Resolución Ministerial jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050-2013".*

  Al respecto, la APS cumplió en todo su alcance con lo dispuesto en la R.M.J.050/2013, que determina:

  > *"**ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:*
  > *… …*
  > *b) **Se modifican los artículos 6°**, 9°, 13°, 14° y 15° el Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, **conforme a lo siguiente**: … …*
  >
  > ***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).-** I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*
  >
  > ***II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).***
  >
  > *III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS y/o PP deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio".*

  Asimismo, la R.M.J.050/2013 en su Artículo Único parágrafo IV, determina lo siguiente:

  > *"**IV.** La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **deberá ajustar y adecuar la terminología de medidas cautelares en todo el Reglamento**".*

  En su cumplimiento, la APS dicta la R.A.890-2013 que en su Anexo I, señala:

"***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS).-*** *I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*

II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real necesarias, con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados; sin perjuicio de solicitarlas en audiencia de medidas cautelares juntamente otras que correspondan.

III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS y/o PP deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio".

El regulado sostiene que, existe "distorsión" en lo determinado en la R.M.J.050/2013, hecho que no es evidente, ya que de la lectura del artículo 6 del Anexo I de la R.A.890-2013 se desprende que, guarda estrecha relación con lo determinado por la autoridad superior; sin embargo, con la finalidad de evitar apreciaciones malintencionadas, corresponde su trascripción de forma idéntica a la R.M.J.050/2013, con la aclaración de la obligatoriedad que tiene la AFP de solicitar las medidas cautelares, sea de carácter personal o real, en las respectivas Audiencias, en sujeción al artículo 149 literal v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

- *La Administradora, en su* ***fundamento 2*** *de su memorial, en la parte pertinente señala: "Con relación al artículo 12 de la resolución recurrida, en el párrafo II, se pretende, sin considerar su propio criterio impuesto en los artículos 3 y 4 de la referida resolución, donde diferencia la MORA o PRESUNCIÓN DE MORA para los Procesos Coactivos de la MORA propiamente dicha en los procesos penales, pretende que al momento de hacer constar al Representante del Ministerio Público o Autoridad Jurisdiccional la Nota de Débito, se adjunte este documento como elemento probatorio…".*

Al respecto, en cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo Único parágrafo II de la R.M.J.050/2013, se dicta la R.A.890-2013, que en su Anexo I, establece:

"***ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS).-*** *I. El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos períodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley N° 065.*

II. En los PP por Apropiación Indebida de Aportes, al haberse acreditado nuevos períodos apropiados por el Empleador, la GPS deberá hacer constar al Representante del Ministerio Público o Autoridad Jurisdiccional según la instancia procesal que corresponda, la actualización de nuevos periodos en mora, a cuyo efecto, deberá adjuntar la Nota de Débito, Liquidación y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente".

Ahora bien, el regulado afirma que efectivamente "se debe de poner en conocimiento del Ministerio Público la Mora Actualizada del Empleador, sin embargo esta actualización debe obedecer ante la identificación de periodos tipificados como MORA EFECTIVA dejando al lado las PRESUNTAS"; asimismo sostiene que, la Nota de Débito "contiene tanto deudas presuntas como efectivas o en algunos casos la combinación de ambas denominadas mixtas", por lo que considera que se debe presentar una "Liquidación Penal", dicho de otra forma, cree que no debería presentarse como prueba la Nota de Débito porque puede contener tanto mora efectiva como real, pudiendo optar la presentación de la "Liquidación Penal" del adeudo.

Al respecto, la R.M.J.050/2013 en su Artículo Único Parágrafo I, determina:

> *"…a) **Se ratifican los artículos**, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, **7°**, 8°, 10°, 11°, 17, 18°, 19° y 20°, del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013".*

De igual forma, el Auto de 11 de septiembre de 2013, determina:

> *"**SEGUNDO: No ha lugar** a las solicitudes de aclaración y complementación de la Resolución Ministerial Jerárquica, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050-2013 de 23 de agosto de 2013, que salen de los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, **7**, 8 y 10, del memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2013 por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.*

En su cumplimiento, la APS dicta la R.A.890-2013 que en su Anexo I, establece:

> *"**ARTÍCULO 7. (DOCUMENTACIÓN MÍNIMA).-** I. A tiempo de plantear la demanda coactiva, la GPS deberá adjuntar obligatoriamente la Nota de Débito y la Liquidación correspondiente debidamente firmada por el responsable de su emisión, en conformidad a los artículos 110 y 111 de la Ley N° 065.*
>
> *II. **A momento de interponer la acción penal por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, la GPS deberá presentar adjunto a la denuncia, la Nota de Débito** y Liquidación correspondiente, así como toda prueba documental de la gestión administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación.*
>
> *III. En los demás Delitos Previsionales, señalados en los artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, deberá adjuntar los elementos probatorios correspondientes".*

En la especie, el párrafo II del artículo 12 de la R.A.890-2013, es cuestionado por el regulado por el hecho de tener que presentar la "Nota de Débito" como prueba adjunta al memorial de comunicación a la autoridad de los nuevos periodos (montos) apropiados indebidamente por el imputado, quiere decir, que en el fondo cuestiona

la documentación que se debe presentar a dicho efecto, cuestionamiento que por cierto fue respondido, resuelto y definido por la autoridad jerárquica a través de la R.M.J.050/2013 y Auto de 11 de septiembre de 2013 (respecto al numeral 7).

En todo caso, es evidente que el parágrafo II del artículo 12 de la R.A.890-2013, es bastante claro, puesto que señala que la AFP ***"deberá adjuntar la Nota de Débito, Liquidación y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente"****, vale decir que, la comunicación de los nuevos periodos apropiados deberá estar acreditada por documentación idónea respaldatoria, entre ellas, la Nota de Débito y su respectiva Liquidación.*

La Nota de Débito presentada en el Proceso Penal por el regulado, se constituye en un documento que refleja la Liquidación de los nuevos periodos (montos) efectivamente apropiados por el imputado (Empleador), quiere decir, que ambos documentos serán presentados simultáneamente a la autoridad a momento de comunicar de los nuevos periodos apropiados; pero, además podrá presentar toda aquella documentación o prueba que la AFP considere pertinente.

El presentar la Nota de Débito conjuntamente la Liquidación y otros elementos probatorios, como expresa la norma administrativa ahora impugnada, no violenta la garantía constitucional de la presunción de inocencia, como afirma erróneamente el regulado, todo lo contrario, se ajusta a derecho, así lo expresa el tratadista Gimeno Sendra al señalar que "la primera garantía que produce la presunción de inocencia es un desplazamiento de la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes han de probar en el juicio los elementos constitutivos de la pretensión penal; por tanto, es a la acusación a quien corresponde, y no a la defensa, la realización de esa actividad probatoria de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia".

En cuanto a la exclusión probatoria que invoca incorrectamente el regulado, la normativa penal, responde a sus cuestionamientos, así el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, señala: "No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito", y el artículo 172 (Exclusiones Probatorias) del CPP, menciona "Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito", calidades a las que no se ajusta la Nota de Débito presentada conjuntamente la Liquidación de los nuevos periodos apropiados por el imputado.

En lo referente a la actividad procesal defectuosa que aduce el administrado, la normativa que invoca responde ampliamente sus cuestionamientos, al señalar: "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, en Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código, salvo que el defecto pueda ser

subsanado o convalidado", particularidades a las que no se ajusta la Nota de Débito presentada conjuntamente la liquidación de los nuevos periodos apropiados por el imputado.

En conclusión, la presentación de la Nota de Débito conjunta o simultáneamente a la Liquidación, de los nuevos periodos apropiados por el imputado a los efectos de comunicar a la autoridad, no restringe ni vulnera derecho alguno como aduce erróneamente el regulado, debiendo tener presente además lo señalado por la autoridad jerárquica en el Auto de 11 de septiembre de 2013: ***"Sin perjuicio de ello, se reitera que la mora Presunta no aplica en el caso de interposición de Procesos Penales"****.*

- *La AFP, en su* ***fundamento 3*** *de su memorial, en la parte pertinente señala: "La disposición contenida en el segundo párrafo II de este artículo (refiriéndose al artículo 16), determina que "La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP", es decir que, violando el derecho a un debido proceso y sobre todo privando al imputado de los criterios alternativos al Proceso contemplados en el artículo 323 núm. 2) del CPP, lo somete injustamente a un Proceso que concluya únicamente con una Sentencia Ejecutoriada en su contra".*

  Al respecto, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo Único parágrafo II de la R.M.J.050/2013, se emite la R.A.890-2013 que en su Anexo I, determina:

  > "***ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).-*** *I. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el PCS se suspenderá temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, manteniéndose subsistente las medidas precautorias dispuestas por la autoridad hasta la cancelación total de la obligación al SIP.*
  >
  > *II. La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP".*

  Ahora bien, el regulado a través de una apreciación totalmente subjetiva menciona que la norma administrativa contraviene la Constitución Política del Estado y las leyes, que benefician al imputado con una Salida Alternativa, como es la Suspensión Condicional de la Pena, cuando ***la norma impugnada no niega ni prohíbe la posibilidad de dicha Salida Alternativa****, expresa que de suscribirse un Convenio de Pago con el Empleador se suspenderá temporalmente el Proceso Coactivo de la Seguridad Social, pero no será extensible al Proceso Penal.*

  La norma regulatoria tiene por antecedente el entendimiento de la R.M.J.050/2013 que señaló: "Nótese que el artículo (27° del D.S. 778 de 26 de enero de 2011) prevé suspender la prosecución de la gestión de cobro, empero "En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065", entonces únicamente en lo referido a la "Gestión de Cobro Administrativo y Proceso Coactivo de la Seguridad Social" y no así al Proceso Penal".

El artículo 23 (Suspensión Condicional del Proceso) del Código de Procedimiento Penal menciona "Esta suspensión procederá si el imputado presta su conformidad y, en su caso, cuando haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzado suficiente esa reparación", quiere decir que efectivamente la norma procesal penal permite esa posibilidad, misma que no fue prohibida ni negada por la resolución impugnada.

En todo caso, para evitar apreciaciones incorrectas, es menester considerar expresamente dicha posibilidad dentro de la norma regulatoria.

- *La Administradora, en su **fundamento 4** de su recurso, argumenta lo siguiente: "En ese sentido, recalcamos la confusión a la que se llega a procurar determinar con el Art. 20 de la Res. Adm. una participación en otros procesos judiciales. Por lo argumentado, está claro que se evidencia un exceso al establecer lo siguiente: la ley dice: iniciar y tramitar procesos judiciales, la resolución 890-2013, establece: iniciar tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial…".*

  Al respecto, se debe considerar lo dispuesto en la R.M.J.050/2013, que determina:

  "***ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:*

  *a) **Se ratifican los artículos**, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 10°, 11°, 17, 18°, 19° y **20°**, del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013".*

  Por otra parte, el Auto de 11 de septiembre de 2013 que complementa la R.M.J.050/2013, determina:

  "***PRIMERO.- Al numeral 9 del memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2013, por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP): Se complementa la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050-2013 de 23 de agosto de 2013**, en sentido que, dado el carácter esencialmente jurídico que importan los OTROS PROCESOS JUDICIALES a los que se refiere el **artículo 20°** de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, aprobada por la al* (sic) *que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, entonces, procesos regulados por las normativas procesales que hacen a cada materia especifica* (sic), *la expresión "cuando corresponda" es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:*

- *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*

- *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación."*

En su cumplimiento, la APS dicta la R.A.890-2013 que en su Anexo I, señala:

> "***ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).-*** *De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o* ***de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP.***
>
> *La expresión* ***"cuando corresponda"****, es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:*
>
> - *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*
>
> - *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación".*

En ese sentido, la APS cumplió a cabalidad con lo determinado en la R.M.J.050/2013 y el Auto de 11 de septiembre de 2013, no existiendo exceso alguno, todo lo contrario, dio estricto cumplimiento a la determinación de la Resolución Ministerial Jerárquica.

Es menester señalar que, las afirmaciones expuestas por la AFP son temerarias y malintencionadas al indicar que la "Resolución Ministerial Jerárquica 050/2013 de 23 de agosto de 2013, en el artículo único de la parte resolutiva, inciso a) ratifica el art. 20 de la Resolución Administrativa 26/2013, más sin embargo no otorga la posibilidad de modificación, complementación o enmienda de este articulado, tal cual erra su institución al emitir 3 párrafos complementarios más", cuando sabe y conoce perfectamente que la misma deviene de su memorial presentado en fecha 04 de septiembre de 2013, que dio lugar a la complementación de la R.M.J.050/2013 a través del Auto de 11 de septiembre de 2013, consiguientemente, no se quebrantó una resolución superior como también aduce, sino se cumplió en todo su alcance.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP ha hecho referencia al principio de jerarquía normativa, señalando que en el presente caso habría confusión con respecto a lo determinado en el artículo 20 del Anexo I de la resolución ahora impugnada, entendiendo que se estaría causando un caos procesal, al disponerse que la AFP pueda participar en otros procesos judiciales ajenos a los de la AFP, cuando conforme a la Ley de Pensiones estarían facultadas a iniciar y tramitar los PCS.

*Para dar respuesta al argumento anterior es necesario establecer con precisión que, la **jerarquía normativa** consiste en otorgar a unas normas un valor superior al de otras según el rango del órgano del que emanan. En virtud de este principio, las normas de nivel inferior han de respetar el contenido de las de nivel superior.*

El principio de jerarquía normativa se recoge en el artículo 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Esta supra norma determina que, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa y que, la aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:

- *Constitución Política del Estado.*
- *Tratados Internacionales.*
- *Leyes Nacionales, estatutos autónomos, cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*
- *Decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.*

Por lo que ninguna disposición normativa podrá vulnerar la Constitución ni las leyes, así como los preceptos de otra disposición de rango superior. En conclusión, se establece que se trata de un principio de estructuración que otorga una suerte de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico vigente.

En lo que concierne al caso, lo aseverado por la AFP resulta ser un entendimiento incompleto, cuando ésta en sus agravios expuestos se limita a la sola obligación de iniciar y tramitar PCS, cuando la Ley de Pensiones ha señalado categóricamente que, las AFP tienen como funciones el iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes a la recuperación de la mora, intereses y recargos (PCS y PP), pero además iniciar y tramitar procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados; por lo que se entiende que existiendo un proceso judicial en el que se tenga inmerso o comprometidos los recursos de los Fondos del SIP o intereses de los Asegurados, la AFP deberá participar en éstos.

Bajo un razonamiento integral se tiene que, las disposiciones de la Constitución, en primer lugar, garantizan el derecho al acceso a la seguridad social y, en segundo lugar, se establece que las disposiciones sociales son de cumplimiento obligatorio. Sobre esos postulados constitucionales, la Ley de Pensiones ha establecido las funciones para Gestora Pública (transitoriamente a cargo de las AFP), el inicio y tramitación de procesos judiciales relacionados al SIP y que, esta Autoridad dentro de sus competencias de regulación del mercado de pensiones ha emitido la "Norma General para la Gestión Judicial en el SIP" aprobada mediante R.A.890-2013. Por tanto, se infiere que el principio de jerarquía normativa en ningún momento fue vulnerado, en razón a que las determinaciones de esta Autoridad no contrarían la jerarquía normativa.

- *La AFP, en su **fundamento 5** de su recurso, intitulado "DE LA AFECTACIÓN DE NUESTROS DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGITIMOS DE ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO", señala: "Sin perjuicio de todo lo expresado, es conveniente señalar que los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, continúan causando agravio y afectando nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, por lo que solicitamos a su Autoridad sean objeto de nueva revisión…".*

  Al respecto, el artículo 60 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala:

  > *"I. Las Resoluciones que sean dictadas en el recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.*
  > *II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en el Ley 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales".*

  La instancia superior a través de la R.M.J.050/2013 y el Auto de 11 de septiembre de 2013, ya emitió pronunciamiento definitivo sobre las controversias pretendida de nueva revisión, consiguientemente, resulta impertinente dicho petitorio.

  *Asimismo, el petitorio del regulado de nueva revisión es contradictorio a las fundamentaciones expuestas en su propio recurso de revocatoria, al señalar en forma reiterada que la R.M.J.050/2013 es **"inmutable, inquebrantable e inmodificable por mandato de la ley"**. En esa línea, no corresponde una nueva revisión de las controversias ya resueltas por la R.M.J.050/2013 y el Auto de 11 de septiembre de 2013.*

Del análisis efectuado a los Recursos de Revocatoria presentados por las Administradoras de Fondos de Pensiones en fecha 24 de octubre de 2013, corresponde ajustar en lo que corresponda la R.A.890-2013, conforme a los fundamentos que se tienen expuestos en el presente acto administrativo.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva de los Recursos de Revocatoria interpuestos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que las entidades recurrentes han presentado argumentos con fundamento que permitan modificar parcialmente la R.A.890-2013, en consecuencia, se confirma parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

6. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

6.1. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.).-

Por memorial presentado el 10 de diciembre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC 1073-2013 e (sic) *21 de noviembre de 2013, en cuanto a los fundamentos de impugnación con referencia al Artículo 20 de la Norma General para la Gestión Judicial del Sistema Integral de Pensiones, no hace una correcta valoración de los fundamentos expuestos, motivo por el que nos ratificamos en los expuestos en el Recurso de Revocatoria que a la letra manifiesta:*

PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES.-

1. *"De conformidad al Art. 149 literal j) de la Ley 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados al SIP. La expresión "cuando corresponda" es inequívocamente inherente a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente.*

   Que haga al interés de los asegurados, afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, emergente de la normativa propia de la materia de la seguridad (sic) *Social.*

   Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial permita tal participación".

2. *La Resolución Ministerial Jerárquica ha valorado las pruebas adjunta al Recurso Jerárquico interpuesto por esta Administradora y fundamenta lo siguiente, "resulta el mismo ser aplicable en el presupuesto "cuando corresponda" lo que determina que su incumplimiento* ***no les sea imputables a las ahora recurrentes;*** *en la eventualidad que no haga a su responsabilidad la imposibilidad de participar en otros juicios a los que se refiere la norma".*

3. *La instancia superior a(sic) dispuesto en este Art.* (sic) *existe una eventualidad que no haga responsable a esta Administradora, al no tener conocimiento o no ser notificado formalmente con cualquier otro proceso judicial a fin de precautelar los Fondos Administrados y Asegurados al SIP.*

4. *La APS no ha considerado el extremo en la eventualidad de no ser notificado o no tomar conocimiento de los procesos a nivel nacional, debido a que el Art. en cuestión*

no es lo suficientemente claro y preciso, quedando abierta a una interpretación por demás amplia.

5. *El artículo 149 inciso j) de la Ley 065, no menciona la obligación de la GPS de "tomar participación en todo proceso judicial", por lo tanto es una arbitrariedad que la Norma disponga por encima de la Ley 065 de Pensiones pretendiendo modificar lo dispuesto por la misma.*

6. *Hacemos conocer a la APS que el Art. 149 literal j) de la Ley No. 065 establece lo siguiente: "iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran a fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados" como podrá evidenciar el Artículo mencionado únicamente ordena que esta Administradora debe de INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que este legalmente citada.*

7. *Hacemos conocer a su autoridad que esta Administradora cuando es citada con alguna resolución contraria a los Fondos Administrados y de los Asegurados, realiza la representación correspondiente en defensa y beneficio de los Asegurados y los Fondos que Administra.*

8. *En la práctica nos vemos imposibilitados en tomar participación en otros procesos judiciales, debido a que los Jueces niegan cualquier solicitud realizada por esta Administradora, en calidad de terecero* (sic)*, bajo el argumento de que la misma no es parte del proceso, es así que presentó como prueba al SIREFI las gestiones realizada* (sic) *al CONSEJO DE LA MAGISTRATURA por la negativa del Juez PRIMERO LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE COCHABAMBA., presentada el 20 de diciembre de 2012, misma que a la fecha no tenemos respuesta.*

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA PARCIAL DE LA APS/DJ/DPC/Nº 1073/2013 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013 QUE CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 890-2013 DE 01 DE OCTUBRE DE 2013,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que la Resolución Administrativa, no hace una correcta interpretación de lo dispuesto y establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica 050/2013…"*

6.2. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).-

Por memorial presentado el 10 de diciembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:***

1) ***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).-*** *Como se señaló en nuestro recurso de revocatoria, la APS a tiempo de emitir el texto ordenado de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones -SIP, debió respetar la redacción de los artículos 6°, 9°, 13°,14° y 15° conforme a lo establecido por el artículo único, parágrafo I, inc. b) de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ - SIREFI No. 050/2013, al quedar dicha redacción firme en sede administrativa constituyéndose en disposiciones o mandatos sujetos a modificación solamente por determinación judicial en la vía contencioso administrativa.*

   Sin embargo de la advertencia oportuna para que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, corrija su error, se observa nuevamente en la resolución (sic) *Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1073-2013, una modificación en los términos de redacción del artículo 6 del Anexo I; ya que si bien se corrige el Nomen Juris y su parágrafo II, se modifica la redacción del parágrafo III, del anexo I de la R.A. APS/DJ/DPC/N° 890-2013 que inicialmente se encontraba bien redactado.*

   En ese entendido, y toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros perdió su competencia para efectuar modificaciones a los artículos 6°, 9°, 13°, 14° y 15°; ya que estos fueron modificados conforme a lo establecido por el artículo único, parágrafo I, inc. b) de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ - SIREFI No. 050/2013; ha incurrido en causal de nulidad del acto Administrativo conforme a lo establecido por el artículo 35, inciso a) de la Ley N° 2341 de procedimiento administrativo.

2) ***ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS).-*** *Nuestra Administradora de Fondo de Pensiones, nunca negó la necesidad de poner en conocimiento del Ministerio Público o la autoridad jurisdiccional encargada de la administración de justicia, la actualización de nuevos periodos en mora, sino que, mediante los argumentos expuestos en el recurso de revocatoria, se pretendía que el regulador analice el riesgo al que se expone, transitoriamente a nuestra Administradora de Fondo de Pensiones y posteriormente a la gestora* (sic) *Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; al denunciar o ampliar periodos que en su tipología de identificación están consideradas como deuda presunta (M3 y/o M4) y que forman parte inseparable de la Nota de Débito; sin embargo, de la lectura de todo el texto considerativo de la resolución que impugnamos referente a este articulo* (sic) *- del que hace solo cita y copia de normas procesales que regulan los incidentes de exclusión probatoria, actividad procesal defectuosa y la legalidad de la prueba - concluye que, la presentación de la Nota de Debito* (sic) *no vulnera ningún derecho y, finalmente, como si pretendiera justificar la omisión a nuestras verdaderas pretensiones sobre la imposibilidad legal de atribuir a una determinada persona un hecho presunto como lo es justamente la mora presunta, cita dos líneas del Auto de 11 de Septiembre que dice "****Sin perjuicio de ello, se reitera que la mora Presunta no aplica en el caso de interposición de Procesos Penales".*** *Apartándose por completo de nuestro cierto y correcto argumento de impugnación, la mora presunta.*

Si bien, la práctica de la prueba es una actividad propia de la parte acusadora, como lo estableció la autoridad jerárquica en la Resolución Ministerial Jerárquica 050/2013, al constituir la Resolución Administrativa 0890/2013, un procedimiento que regula la gestión judicial de cobro en los Procesos Penales, de ninguna manera debe reglamentar esa facultad propia del denunciante o querellante que el Código de Procedimiento Penal le atribuye para determinar que medios de prueba son idóneos para la consecución de su fin y cual debe desecharlos, por ser perjudicial a su pretensión, toda vez que imponer mediante Resolución Administrativa la obligatoriedad de presentar la Nota de Debito (sic) *al momento de poner en conocimiento del Ministerio Público la actualización de nuevos periodos en mora, está asumiendo una facultad propia del legislador para modificar o ajustar estrictamente el alcance de la norma, exponiendo a nuestra Administradora de Fondo de Pensiones a serios y posibles daños o perjuicios, por ser pasibles a una probable contra denuncia por Acusación y Denuncia Falsa, si se demostrará en la investigación que la mora denunciada nunca existió por ser solo presunta, en consecuencia se determine que el hecho ilícito nunca se consumó. El regulador debe modificar su procedimiento apartándose de las facultades propias del legislador, y realizando una reglamentación que tome las posturas básicas del Procedimiento Penal en la elección propia del denunciante para establecer sobre la pertinencia o no de presentar la Nota de Debito* (sic) *con deuda solo efectiva o en su caso, únicamente la Liquidación Penal, también con deuda efectiva. Dicho razonamiento así fue entendido en el análisis efectuado por la Unidad de Recursos Jerárquicos en la RMJ 050/2013 con relación al artículo 7° del Anexo I, cuando señaló que* ***"...no obstante, es pertinente rescatar por su trascendencia, la pretensión de reservarse el derecho de valorar la prueba en su conjunto, en defensa, se infiere, de los intereses de los beneficiarios, Asegurados y/o Afiliados a quienes representa, sugiriendo que, de resultar de aquella valoración ser inconveniente la Nota de Débito, no procedería a su presentación a tiempo de la denuncia"****. Sin embargo, aunque se reconoce su trascendencia, no se modifica dicho artículo, ni se considera dicho razonamiento para la redacción del artículo 12°, del Anexo I, en lo que refiere a la Actualización de Nuevos Periodos.*

3) <u>ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).-</u> *A lo mencionado en la resolución recurrida, manifestamos nuevamente que la disposición contenida en el segundo párrafo II de este artículo, determina que* ***"La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP",*** *es decir que, violando el derecho a un debido proceso y sobre todo privando al imputado de los criterios alternativos al Proceso contemplados en el art. 323 núm. 2) del CPP, lo somete injustamente a una* (sic) *Proceso que concluya únicamente con una Sentencia Ejecutoriada en su contra.*

El propio órgano administrativo como es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 en el inc. b) del punto 2.14 establece ***"Se deja constancia que la última norma señalada (Ley 1970, del Código de Procedimiento Penal) establece en su art. 23, la posibilidad de la suspensión condicional del proceso, figura a la que debe acomodarse cualquier normativa que se pretenda al respecto"*** *y siendo ese el criterio que abre la posibilidad que el imputado o empleador pueda ser beneficiado con esa Salida Alternativa*

*prevista en el art. 23 del CPP (SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCESO), su autoridad como órgano regulador, haciendo caso omiso a ese criterio, también incumple lo dispuesto por la misma Resolución Jerárquica en su parte RESOLUTIVA que dispone lo siguiente: "**II. ANULAR (...) los artículos 12° y 16º del Anexo I (...) debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica".***

Es evidente que su autoridad a(sic) cometido una flagrante omisión a esta Resolución Final y peor aún de forma injustificable emite una disposición contraria a la constitución y las leyes, que benefician al imputado con una Salida Alternativa como es la Suspensión Condicional de la Pena cuando se ha firmado un acuerdo con la víctima, que para el caso nuestro es la suscripción de un Convenio de Pagos. En este entendido se ve necesaria (sic) *declarar la nulidad de este artículo y reacomodarla a los criterios procesales de la Resolución Ministerial Jerárquica antes descrita y el propio Código de Procedimiento Penal.*

*Por otro lado, mencionamos que al parecer, la Resolución hoy impugnada atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de revocatoria realizó una nueva redacción a los efectos de la suscripción del Convenio de Pagos en el Proceso Penal, sin embargo con el objeto de evitar futuras confusiones, es pertinente y necesario realizar algunos ajustes a esta redacción que dice "...**II. La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP, salvo que emerja de la suspensión condicional del proceso establecida en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal".** Aquí, cabe una pregunta ¿La suscripción del Convenio de Pagos emerge de la suspensión Condicional del Proceso?; según parece, lo que se pretendió afirmar o establecer, es que la Suscripción del Convenio de Pagos, homologado por la APS, puede servir de fundamento para que la autoridad judicial determine la Suspensión Condicional del Proceso, caso en el que el PP puede quedar suspendido como emergencia de esta Salida Alternativa.*

En ese sentido será necesario que las (sic) *autoridad jerárquicas* (sic) *corrijan el error de redacción en esta disposición reglamentaria para evitar futuros incidentes de interpretación considerando además que conforme a lo determinado por el artículo 106 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, "La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo **deberá efectuar el cobro de montos adeudados** por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, **a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal"** (las negrillas son nuestras), es decir, que el PCS y PP, tendrían el mismo objeto, efectuar el cobro de montos adeudados, por lo que la suscripción de un Convenio de Pago debidamente homologado, debería surtir los mismos efectos.*

4) <u>ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES)</u>.- *Toda vez que los argumentos esgrimidos en nuestro recurso de revocatoria no son interpretados a la luz del principio de búsqueda de la verdad material ratificamos los mismos; y, en ese sentido, recordamos que en virtud a la jerarquía procesal o normativa, una ley se encuentra por encima de una Resolución.*

A manera de refrescar lo referido, la jerarquía normativa se conceptualiza como, la Ordenación jerárquica o escalonada de las normas jurídicas de modo que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior que tiene mucho valor.

El principio de jerarquía normativa permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango. La Constitución garantiza expresamente el principio de jerarquía normativa. En cuanto a la Superioridad de la ley y de las normas con rango de ley sobre las normas administrativas, la doctrina discute si las relaciones entre la ley orgánica y la ley ordinaria se rigen por el principio de jerarquía según el cual la ley orgánica sería superior, o por el de competencia, lo que supondría que ambas tienen el mismo rango.

Asimismo las disposiciones administrativas se encuentran jerarquizadas según el siguiente orden: decretos, ordenes de las comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales y disposiciones de las demás autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía.

*En ese sentido, recalcamos la confusión a la que se llega al procurar determinar con el Art. 20 del Anexo I de la Res. Adm. 890-*2013* (sic), una "participación en otros procesos judiciales".*

Por lo argumentado, está claro que se evidencia un exceso al establecer lo siguiente: la ley dice: iniciar y tramitar procesos judiciales, la resolución 890-2013, establece: iniciar tramitar o tomar participación en todo proceso judicial, hecho que ameritaría que la AFP tenga que conocer cuánto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc., etc.), hecho que es imposible y contrario a la Ley como ya lo analizamos.

Asimismo, se estaría causando un verdadero "caos procesal", tomando en cuenta que por norma (Ley 065), nos encontramos facultados y en la obligación de ejecutar la tramitación de los Procesos Coactivos de la Seguridad Social, lo pretendido, significaría otorgar facultades a la Administradora por encima de la Ley de Pensiones, además de una alarmante falta de seguimiento al pretender abocarnos a procesos ajenos a nuestra potestad. En ese sentido mal podría su institución, contradecir y quebrantar una Resolución superior, que a todas luces se torna inmutable, inquebrantable e inmodificable por el imperio de la ley, por lo que se deberá tomar en cuenta este aspecto, debiendo corregirse y dejar sin efecto la complementación al art. 20 del Anexo I de la Resolución Administrativa 890/2013.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso, lo dispuesto por el artículo 35, inciso a) de la Ley Nº 2341; y el artículo 44 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad disponga la Nulidad de la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de fecha 21 de noviembre de 2013, debiendo ordenarse que la misma se ajuste a derecho…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, aprobó: "*la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP",* misma que seguido el proceso administrativo correspondiente, fue confirmada parcialmente y anulada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, para luego emitirse la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013 dictada por la Autoridad Fiscalizadora, poniendo nuevamente en vigencia la misma con las modificaciones transcritas *supra*.

Contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, se interpusieron los Recursos de Revocatoria por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** y de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, mismos que fueron resueltos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, por la cual confirma parcialmente la anterior, modificando el texto de los artículos 6° y 16° del precitado Anexo I, conforme al tenor que sale de la última Resolución señalada.

Mediante memoriales presentados en fecha 10 de diciembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por su parte y por otra **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, mismos que pasan a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En atención al artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…*", es menester establecer el ámbito en el que se

centran los recursos presentados; así:

- El Recurso Jerárquico de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** está limitado al acápite "***PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES***", el que corresponde -exclusivamente- al artículo 20° de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", aprobada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013.

- El Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en cambio, no se limita al referido artículo 20° (***PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES***), sino que expresa agravios concretos con respecto a los artículos 12° (***ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS***) y 16° (***SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO***) de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*"; empero además, cuando también alega contra el artículo 6° (***DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS***), hace mención de "*los artículos 6°, 9°, 13°, 14° y 15°*", es decir, generaliza sus alegatos contra el artículo 6°, a los artículos 9°, 13°, 14° y 15°.

Consiguientemente, la presente Resolución Ministerial Jerárquica, en función de los alegatos señalados por ambas recurrentes, está referida a las impugnaciones contra los artículos 6°, 12, 16 y 20 y en lo conducente a los artículos 9°, 13°, 14°, y 15°, de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*".

2.1. MODIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6º, 9º, 13º, 14º Y 15º DE LA "*NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES - SIP*".-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros perdió su competencia para efectuar modificaciones a los artículos 6°, 9°, 13°, 14° y 15°; ya que estos fueron modificados conforme a lo establecido por el artículo único, parágrafo I, inc. b) de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ - SIREFI No. 050/2013; ha incurrido en causal de nulidad del acto Administrativo conforme a lo establecido por el artículo 35, inciso a) de la Ley Nº 2341 de procedimiento administrativo*…"

Por tanto, corresponde traer a colación la redacción que fuera dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, para los artículos controvertidos, conforme se procede a continuación:

> "…***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).- I.*** *En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*

II. *La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).*

III. *Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS,* ***y las medidas cautelares de carácter real concedidas en los procesos judiciales PP****, deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio.*

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

*…**ARTÍCULO 9. (DEBER DE ATESTIGUAR).-** El representante legal de la GPS, que se apersone en el PP, con la necesaria y suficiente diligencia, deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, guardando la debida diligencia.*

*…**ARTÍCULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).- I.** La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados.*

II. *El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades y sanciones correspondientes.*

*…**ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).- I.** La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.*

II. *El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará las responsabilidades y sanciones correspondientes, que de esta omisión emanen.*

III. *En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder a los mismos dentro de los plazos y procedimiento establecido por ley.*

*…**ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).-** En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley N° 065, de Pensiones, y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verificare o detectaren indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS…"*

Ahora bien, contrastados dichos artículos con la redacción determinada en la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*" correspondientes a los artículos **9°, 13°,** y **15°**, aprobados mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, (confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013), no se evidencia modificación alguna respecto a la redacción dispuesta en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, por lo que, el argumento planteado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** en su Recurso Jerárquico, resulta infundado.

Situación que no ocurre en la redacción del artículo **6°** y **14°** de la citada norma, conforme se puede observar de los texto que se transcriben a continuación:

> "…***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).-*** *I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*
>
> *II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).*
>
> *III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS* ***y/o PP*** *deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio…"*
>
> "…***ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).- I.*** *La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.*
>
> ***II.*** *El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará las responsabilidades y sanciones correspondientes, que de esta omisión emanen.*
>
> ***III.*** *En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder* ***fundadamente*** *a los mismos dentro de los plazos y procedimiento establecido por ley.*
>
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Encontrándose que la Autoridad Fiscalizadora ha realizado las siguientes modificaciones respecto a lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 (inciso b) artículo único):

a) Modificación de la oración: "…*y las medidas cautelares de carácter real concedidas en lo (sic) procesos judiciales*…" por "*y/o PP*" en el parágrafo III de dicho artículo.
b) Inclusión de la palabra "*fundadamente*" en el parágrafo III del Artículo 14.

Al respecto, caben las siguientes precisiones:

La emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013, en lo que se refiere a los artículos 6°, 9°, 13°, 14° y 15° de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", ha determinado el agotamiento de la vía administrativa, por lo que los referidos artículos han adquirido firmeza administrativa y su inmodificabilidad procesal, conforme lo señala el artículo 69°, inciso a), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

Sin embargo, tal inmodificabilidad no extingue la facultad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de "*regular* (…) *a la Gestora Pública de Seguridad Social a Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción*" (Art. 168°, inc. b), Ley N° 065 de Pensiones), la que es permanente y **no está sujeta a una realidad procesal**, sino más bien, a la necesidad de mejorar y perfeccionar esa regulación.

Desde tal punto de vista, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013, ha establecido una realidad jurídica procesalmente inmodificable, pero sustancialmente perfectible, como cualquier otra que, sea materia de controversia y recurso, o no, sobre la que recae la permanente actividad reguladora de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Esta apreciación incontrovertible permite concluir que la modificación realizada al parágrafo III del artículo 14 en cuestión, no denota mayor trascendencia y se encuentra dentro del marco de la perfectibilidad señalada, sin embargo la modificación del parágrafo III del artículo 6° mediante la cual la Autoridad Fiscalizadora ha vuelto a la redacción inicial, genera una transgresión normativa por parte de la misma, debido a que dicho artículo goza de inmodificabilidad procesal al estar respaldado por el pronunciamiento y determinación expresa dada por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica firme en sede administrativa.

En este entendido, debe quedar claro que, la competencia jerárquica, a través de la cual los órganos superiores dirigen y controlan la actuación de los inferiores, constituye una organización escalonada que garantiza la facultad de dirección de los órganos superiores sobre los inferiores, la manifestación de la jerarquía se concreta en el deber de disciplina y obediencia que el órgano inferior, que en este caso la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros debe ejercer en relación a las resoluciones emanadas de un órgano superior Jerárquico, en este caso el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas.

De lo anterior, debe quedar claro para la instancia inferior, que la Resolución Ministerial Jerárquica emanada ha dejado firme y subsistente en sede administrativa la redacción de dicho artículo 6 (Parágrafo III), extremo que no ha sido considerado por la Autoridad de Fiscalización Control de Pensiones y Seguros, en contravención al artículo 60 del Reglamento

de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

2.2. ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS.-

El artículo 12° de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", en el tenor dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013 establece que:

> "…***ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS).-*** *I. El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley N° 065.*
>
> *II. En los PP por Apropiación Indebida de Aportes, al haberse acreditado nuevos periodos apropiados por el Empleador, la GPS deberá hacer constar al Representante del Ministerio Público o Autoridad Jurisdiccional según la instancia procesal que corresponda, la actualización de nuevos periodos en mora, a cuyo efecto, deberá adjuntar la Nota de Débito, Liquidación y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente*…"

Ahora bien; bajo el subtítulo "*ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS)*" de su Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, expresa el alegato que -por ser necesario al presente análisis- se transcribe íntegramente a continuación:

> "…***ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS).-*** *Nuestra Administradora de Fondo de Pensiones, nunca negó la necesidad de poner en conocimiento del Ministerio Público o la autoridad jurisdiccional encargada de la administración de justicia, la actualización de nuevos periodos en mora, sino que, mediante los argumentos expuestos en el recurso de revocatoria, se pretendía que el regulador analice el riesgo al que se expone, transitoriamente a nuestra Administradora de Fondo de Pensiones y posteriormente a la gestora* (sic) *Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; al denunciar o ampliar periodos que en su tipología de identificación están consideradas como deuda presunta (M3 y/o M4) y que forman parte inseparable de la Nota de Débito; sin embargo, de la lectura de todo el texto considerativo de la resolución que impugnamos referente a este articulo* (sic) *- del que hace solo cita y copia de normas procesales que regulan los incidentes de exclusión probatoria, actividad procesal defectuosa y la legalidad de la prueba - concluye que, la presentación de la Nota de Debito* (sic) *no vulnera ningún derecho y, finalmente, como si pretendiera justificar la omisión a nuestras verdaderas pretensiones sobre la imposibilidad legal de atribuir a una determinada persona un hecho presunto como lo es justamente la mora presunta, cita dos líneas del Auto de 11 de Septiembre que dice "****Sin perjuicio de ello, se reitera que la mora Presunta no aplica en el caso de interposición de Procesos Penales".*** *Apartándose por completo de nuestro cierto y correcto argumento de impugnación, la mora presunta.*

Si bien, la práctica de la prueba es una actividad propia de la parte acusadora, como lo estableció la autoridad jerárquica en la Resolución Ministerial Jerárquica 050/2013, al constituir la Resolución Administrativa 0890/2013, un procedimiento que regula la gestión judicial de cobro en los Procesos Penales, de ninguna manera debe reglamentar esa facultad propia del denunciante o querellante que el Código de Procedimiento Penal le atribuye para determinar que medios de prueba son idóneos para la consecución de su fin y cual debe desecharlos, por ser perjudicial a su pretensión, toda vez que imponer mediante Resolución Administrativa la obligatoriedad de presentar la Nota de Debito (sic) *al momento de poner en conocimiento del Ministerio Público la actualización de nuevos periodos en mora, está asumiendo una facultad propia del legislador para modificar o ajustar estrictamente el alcance de la norma, exponiendo a nuestra Administradora de Fondos de Pensiones a serios y posibles daños o perjuicios, por ser pasibles a una probable contra denuncia por Acusación y Denuncia Falsa, si se demostrará en la investigación que la mora denunciada nunca existió por ser solo presunta, en consecuencia se determine que el hecho ilícito nunca se consumó. El regulador debe modificar su procedimiento apartándose de las facultades propias del legislador, y realizando una reglamentación que tome las posturas básicas del Procedimiento Penal en la elección propia del denunciante para establecer sobre la pertinencia o no de presentar la Nota de Debito* (sic) *con deuda solo efectiva o en su caso, únicamente la Liquidación Penal, también con deuda efectiva. Dicho razonamiento así fue entendido en el análisis efectuado por la Unidad de Recursos Jerárquicos en la RMJ 050/2013 con relación al artículo 7° del Anexo I, cuando señaló que* ***"...no obstante, es pertinente rescatar por su trascendencia, la pretensión de reservarse el derecho de valorar la prueba en su conjunto, en defensa, se infiere, de los intereses de los beneficiarios, Asegurados y/o Afiliados a quienes representa, sugiriendo que, de resultar de aquella valoración ser inconveniente la Nota de Débito, no procedería a su presentación a tiempo de la denuncia"****. Sin embargo, aunque se reconoce su trascendencia, no se modifica dicho artículo, ni se considera dicho razonamiento para la redacción del artículo 12°, del Anexo I, en lo que refiere a la Actualización de Nuevos Periodos…*"

Del cotejo de lo fundamentado supra, así como los datos restantes que conforman al expediente, importa que para revisar el tema de "*la mora presunta*" y de su trascendencia en lo referido a la inclusión o no dentro de la respectiva Nota de Débito, resulta ineludible traer a colación el artículo 7° de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 (hoy Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013 de 1° de octubre de 2013, que fuera confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013), el cual en la parte pertinente refiere:

"…***ARTÍCULO 7. (DOCUMENTACIÓN MÍNIMA).-*** *I. A tiempo de plantear la demanda coactiva, la GPS deberá adjuntar obligatoriamente la Nota de Débito y la Liquidación correspondiente (…).*

II. A momento de interponer la acción penal por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, la GPS deberá presentar adjunto a la denuncia, la Nota de Débito y Liquidación correspondiente, así como toda prueba documental de la gestión

administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, cabe referirnos al pronunciamiento dado por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, al resolverse lo siguiente:

"…***Se ratifican los artículos*** *1°, 2°, 3°, 4°, 5°,* ***7°****, 8°, 10°, 11°, 17°, 18°, 19° y 20°, del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013*…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo tanto, queda sentado que la suscrita Autoridad Jerárquica, ya ha expresado su posición con respecto a "*la mora presunta*" *y su trascendencia sobre "una reglamentación que tome las posturas básicas del Procedimiento Penal para establecer sobre la pertinencia o no de presentar la Nota de Debito (sic)",* conforme se establece en la parte considerativa de la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013.

Sin embargo, es necesario precisar que en el contexto de la naturaleza jurisdiccional que interesa a la administración de justicia, la presentación de prueba resulta trascendente, por lo que, todo nuevo periodo en el que el empleador (imputado) incurre en mora, debe ser puesto en conocimiento de la Autoridad, implicando la presentación de la Nota de Débito como documento idóneo debido a las características que le otorga la Ley No. 065 de Pensiones y sin perjuicio de los demás documentos establecidos en el propio parágrafo II del artículo 7 en análisis.

Ahora bien, en este punto importa traer a colación lo determinado por esta instancia jerárquica, quien a tiempo de la aclaración especificó lo siguiente:

"…*En este entendido, y ante el presupuesto propuesto por la recurrente en su memorial de 5 de abril de 2013: "una Nota de Debito (sic) con deudas efectivas y presuntas, (…) carecería de valor legal según el Art. 13 del CPP", la suscrita Autoridad Jerárquica ha establecido, que de resultar eventualmente (en el transcurso del Proceso Penal), que la mora referida en la Nota de Débito, había sido real y* ***verdaderamente*** *sólo una presunción (y no así una mora efectiva), es impertinente la mención del artículo 13° (Legalidad de la prueba) de la Ley N° 1970, del Código de Procedimiento Penal, realizada por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)****, por cuanto, a las calidades que refiere tal artículo "no se acomoda una Nota de Débito" que se encuentre en aquella circunstancia.*

Sin perjuicio de ello*, se reitera que la mora Presunta no aplica en el caso de* ***interposición de Procesos Penales***…"

(Emergente de la solicitud de aclaración y complementación de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013).

Por lo tanto queda claro que dicha Nota de Débito, que contiene períodos en mora adeudados, tanto de deuda presunta como efectiva, debe ser presentada por la AFP, sin perjuicio de la obligación que tiene la AFP de aclarar ante la autoridad competente los periodos de deuda efectiva que deben ser tomados en cuenta como prueba.

Congruentemente con lo desarrollado la pretensión de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** no condice con los antecedentes del proceso, donde se evidencia que esta instancia ya se ha pronunciado sobre el particular, haciendo costar que la mora presunta no aplica en el caso de la interposición de procesos penales, por lo cual sus argumentos resultan infundados dentro de dicha realidad jurídica.

En tal sentido, no es admisible que, bajo el pretexto de haberse anulado la primera versión del artículo 12º de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*" (conforme constaba en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013), se pretendan forzar alegatos que en realidad hacen al fondo de su artículo 7º, el que a la fecha y al tenor estricto del artículo 69º, inciso a), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), se encuentra con plena firmeza administrativa.

A este respecto, llama la atención la pretensión de la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, toda vez que su actuación presente, sólo tiende a inducir a error al suscrito, determinando la posibilidad -ahora impedida- de que existan dos pronunciamientos diversos sobre el mismo alegato (uno en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013 y otro en la presente).

Por lo tanto, se debe manifestar que la presentación de la Nota de Débito es una determinación ineludible de la norma, sin embargo ello no impide –como se señaló- que la Administradora de Fondos de Pensiones, aclare la naturaleza de cada período de la Nota de Débito, por los que se está presentando dicha prueba.

Al margen de todo ello, resulta notorio que al presente y mas allá de su simple enunciación, en los hechos no se encuentra impugnado el artículo 12º de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", conforme ha sido implementado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, determinando entonces que, en alusión del artículo 56°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), el precitado artículo 12º no le causa al recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, determinando que el alegato resulte nuevamente improcedente.

2.3. SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO.-

Respecto al argumento presentado con relación a la suspensión de la Gestión Judicial de Cobro, corresponde traer a colación la determinación dada mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, por la cual se resolvió anular el artículo 16° (*SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO*) de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*", procediéndose

con la modificación de este artículo mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, mismo que fue reformulado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, en la cual establece que:

> "…***ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).-*** *I. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el PCS se suspenderá temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, manteniéndose subsistente las medidas precautorias dispuestas por la autoridad hasta la cancelación total de la obligación al SIP.*
>
> *II. La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP, salvo que emerja a los efectos de la suspensión condicional del proceso establecida en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal…*"

Tal redacción considera lo expresado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** a tiempo del Recurso de Revocatoria, empero además, deviene del análisis realizado por el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, en sentido que:

> "…*el regulado a través de una apreciación totalmente subjetiva menciona que la norma administrativa contraviene la Constitución Política del Estado y las leyes, que benefician al imputado con una Salida Alternativa, como es la Suspensión Condicional de la Pena, cuando* ***la norma impugnada no niega ni prohíbe la posibilidad de dicha Salida Alternativa****, expresa que de suscribirse un Convenio de Pago con el Empleador se suspenderá temporalmente el Proceso Coactivo de la Seguridad Social, pero no será extensible al Proceso Penal.*
>
> *La norma regulatoria tiene por antecedente el entendimiento de la R.M.J.050/2013 que señaló: "Nótese que el artículo (27° del D.S. 778 de 26 de enero de 2011) prevé suspender la prosecución de la gestión de cobro, empero "En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065", entonces únicamente en lo referido a la "Gestión de Cobro Administrativo y Proceso Coactivo de la Seguridad Social" y no así al Proceso Penal".*
>
> *El artículo 23 (Suspensión Condicional del Proceso) del Código de Procedimiento Penal menciona "Esta suspensión procederá si el imputado presta su conformidad y, en su caso, cuando haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzado suficiente esa reparación", quiere decir que efectivamente la norma procesal penal permite esa posibilidad, misma que no fue prohibida ni negada por la resolución impugnada…*"

Asimismo, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, al presente -en su Recurso Jerárquico- alega:

"…*manifestamos nuevamente que la disposición contenida en el segundo párrafo II de este artículo, determina que* ***"La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP",*** *es decir que, violando el derecho a un debido proceso y sobre todo privando al imputado de los criterios alternativos al Proceso contemplados en el art. 323 núm. 2) del CPP, lo somete injustamente a una* (sic) *Proceso que concluya únicamente con una Sentencia Ejecutoriada en su contra*(…)

…*la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 en el inc. b) del punto 2.14 establece* ***"Se deja constancia que la última norma señalada (Ley 1970, del Código de Procedimiento Penal) establece en su art. 23, la posibilidad de la suspensión condicional del proceso, figura a la que debe acomodarse cualquier normativa que se pretenda al respecto"*** *y siendo ese el criterio que abre la posibilidad que el imputado o empleador pueda ser beneficiado con esa Salida Alternativa prevista en el art. 23 del CPP (SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCESO), su autoridad como órgano regulador, haciendo caso omiso a ese criterio, también incumple lo dispuesto por la misma Resolución Jerárquica en su parte RESOLUTIVA que dispone lo siguiente: "****II. ANULAR (...) los artículos 12° y 16º del Anexo I (...) debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica***" (…)

… *es pertinente y necesario realizar algunos ajustes a esta redacción* (…) *cabe una pregunta ¿La suscripción del Convenio de Pagos emerge de la suspensión Condicional del Proceso?*…"

Ahora, de la compulsa de la redacción original del artículo 16º de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*", según se encontraba dispuesta por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, con la actual de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, se debe concluir que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha dado cumplimiento a lo determinado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, en cuanto la misma ha dispuesto:

"…***ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013,* ***inclusive****, únicamente en lo referido a los* ***artículos 12°*** *y* ***16°*** *del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

Por tanto, la única controversia al presente, es si la redacción actual del artículo 16º (*SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO*), parágrafo II, de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*", es suficiente a los fines determinados por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013.

En tal sentido, corresponde señalar que: "*La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP,* ***salvo que emerja a los efectos de la suspensión condicional del proceso*** *establecida en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), genera más de una aplicación, por cuanto, el uso de la preposición "*a*" tiene una finalidad gramatical (*complementar la acción del verbo*, dice el diccionario), denotando que la suspensión condicional del proceso sería un requisito anterior al Convenio de Pago, lo que evidentemente resulta en un contrasentido jurídico: el Convenio de Pago debiera determinar la suspensión del proceso, extremo que debe quedar en el pronunciamiento de la Administración.

2.4. PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES.-

Conforme al tenor dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, el artículo 20° de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", establece que:

> "…***ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).-*** *De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP.*
>
> *La expresión "cuando corresponda", es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:*
>
> - *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*
>
> - *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación…*"

De la revisión del expediente se evidencia que ambas AFP han interpuesto Recurso de Revocatoria contra el artículo 20º (al igual que la circunstancia actual que atañe a los Recursos Jerárquicos), donde la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lejos de establecer tal extremo como lo había hecho en el caso supra citado del artículo 7º, ha dado atención a los alegatos, de manera tal que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, a tiempo de disponer que se "*Se ratifican los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19 y* ***20*** *del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013 de 01 de octubre de 2013*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), *también se* ha pronunciado sobre el mismo.

Al presente, en su Recurso Jerárquico, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** alega que:

> "…*La instancia superior a* (sic) *dispuesto en este Art.* (sic) *existe una eventualidad que no haga responsable a esta Administradora, al no tener conocimiento o no ser*

notificado formalmente con cualquier otro proceso judicial a fin de precautelar los Fondos Administrados y Asegurados al SIP (…)

…La APS no ha considerado el extremo en la eventualidad de no ser notificado o no tomar conocimiento de los procesos a nivel nacional, debido a que el Art. en cuestión no es lo suficientemente claro y preciso, quedando abierta a una interpretación por demás amplia (…)

…El artículo 149 inciso j) de la Ley 065, no menciona la obligación de la GPS de "tomar participación en todo proceso judicial", por lo tanto es una arbitrariedad que la Norma disponga por encima de la Ley 065 de Pensiones pretendiendo modificar lo dispuesto por la misma (…)

…Hacemos conocer a la APS que el Art. 149 literal j) de la Ley No. 065 establece lo siguiente: "iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran a fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados" como podrá evidenciar el Artículo mencionado únicamente ordena que esta Administradora debe de INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que este legalmente citada (…)

…Hacemos conocer a su autoridad que esta Administradora cuando es citada con alguna resolución contraria a los Fondos Administrados y de los Asegurados, realiza la representación correspondiente en defensa y beneficio de los Asegurados y los Fondos que Administra (…)

…En la práctica nos vemos imposibilitados en tomar participación en otros procesos judiciales, debido a que los Jueces niegan cualquier solicitud realizada por esta Administradora, en calidad de terecero (sic)*, bajo el argumento de que la misma no es parte del proceso, es así que presentó como prueba al SIREFI las gestiones realizada* (sic) *al CONSEJO DE LA MAGISTRATURA por la negativa del Juez PRIMERO LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE COCHABAMBA., presentada el 20 de diciembre de 2012, misma que a la fecha no tenemos respuesta…*"

Por su parte **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, señala que:

"*…se evidencia un exceso al establecer lo siguiente: la ley dice: iniciar y tramitar procesos judiciales, la resolución 890-2013, establece: iniciar tramitar o tomar participación en todo proceso judicial, hecho que ameritaría que la AFP tenga que conocer cuánto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc., etc.), hecho que es imposible y contrario a la Ley como ya lo analizamos.*

Asimismo, se estaría causando un verdadero "caos procesal", tomando en cuenta que por norma (Ley 065), nos encontramos facultados y en la obligación de ejecutar la tramitación de los Procesos Coactivos de la Seguridad Social, lo pretendido,

significaría otorgar facultades a la Administradora por encima de la Ley de Pensiones, además de una alarmante falta de seguimiento al pretender abocarnos a procesos ajenos a nuestra potestad. En ese sentido mal podría su institución, contradecir y quebrantar una Resolución superior, que a todas luces se torna inmutable, inquebrantable e inmodificable por el imperio de la ley, por lo que se deberá tomar en cuenta este aspecto, debiendo corregirse y dejar sin efecto la complementación al art. 20 del Anexo I de la Resolución Administrativa 890/2013…"

No obstante, tales alegatos que en líneas generales, son reiterativos de los hechos presentados en oportunidad de los Recursos Jerárquicos anteriores (primer proceso administrativo), que fueron ya resueltos mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, a los que en todo caso corresponde su ratificación, debido a que no debe dejarse a un lado que las Resoluciones Ministeriales dictadas por esta autoridad, gozan de legalidad y fuerza ejecutiva, debiendo mantenerse firme e inmutable a efectos de su aplicación.

Por lo expuesto, corresponde dejar constancia que el artículo 20º de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", mereció la confirmación de su redacción conforme fuera expuesta en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, extremo que sale de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013 (parágrafo I), y aclarado mediante Auto de fecha 11 de septiembre de 2013, determinándose el alcance de la frase ***"cuando corresponda***" conforme lo siguiente:

"…Consiguientemente, debe complementarse el numeral 2.16 de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013, en sentido que, dado el carácter esencialmente jurídico que importan los "OTROS PROCESOS JUDICIALES" a los que se refiere el artículo 20° de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, aprobada por la al que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N^{0} 26-2013, entonces, procesos regulados por las normativas procesales que hacen a cada materia específica, la expresión "cuando corresponda", es inequívocamente inherente, a los presupuestos siguientes, los que deben concurrir conjuntamente:

- *Que haga al interés de los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, emergente de la normativa propia de la materia de la Seguridad Social.*

- *Que la normativa procesal aplicable a un determinado otro proceso judicial, permita tal participación…".*

En tal sentido, el artículo 20º de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP*", conforme se tiene redactado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, que fuera confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, al acomodarse a la disposición del artículo 69º, inciso a), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y fundamentalmente al artículo 60 del Reglamento de la Ley de Procedimiento

Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, tiene la suficiente firmeza administrativa a los fines de su cualidad definitiva.

Consiguientemente, los alegatos a este respecto expresados por **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** y por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, resultan también infundados.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de resolver los Recursos de Revocatoria, ha hecho un correcto análisis de los antecedentes y de la norma, y la ha aplicado correctamente la misma dentro del caso de autos; no obstante en cuanto a los artículos 6° y 16° de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*", que en el primer caso no ha seguido la determinación de esta instancia jerárquica, y en el segundo artículo se evidencia una imprecisión en la redacción de su parágrafo II, que amerita ser subsanada.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando ratifique en parte y modifique parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:

a) Se ratifican los artículos **1º**, **2º**, **3º**, **4º**, **5º**, **7º**, **8º**, **9º**, **10º**, **11º**, **12º**, **13º**, **14º**, **15º**, **17º**, **18º**, **19º** y **20º**, del Anexo I de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*",.

b) Se modifican los artículos **6°** y **16°** del Anexo I de la "*Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones – SIP*", aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 890-2013 de 1° de octubre de 2013, que fuera confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1073-2013 de 21 de noviembre de 2013, conforme al siguiente texto:

"…***ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).- I.*** *En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*

II. *La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).*

III. *Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS, y las medidas cautelares de carácter real concedidas en lo proceso judiciales PP, deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio…*

*…**ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).-*** *I. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el PCS se suspenderá temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, manteniéndose subsistente las medidas precautorias dispuestas por la autoridad hasta la cancelación total de la obligación al SIP.*

II. La suscripción del Convenio de Pago con el Empleador de ninguna manera suspenderá la tramitación del PP, salvo lo establecido en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal…"

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 027/2014 DE 05 DE MAYO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR PARCIALMENTE - ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2014

La Paz, 05 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 21/2014 de 8 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 44/2014 de 22 de abril de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de diciembre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Gerente de Administración y Medios, Sra. Heidy Yobana Aguilera Rosado, tal como acredita el Testimonio de Poder Nº 2834/2013 de fecha 5 de septiembre de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/9855/2013, con fecha de recepción de 17 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de diciembre de 2013, notificado en fecha 23 de diciembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013.

Que, mediante memorial presentado en fecha 18 de febrero de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta documentación complementaria.

Que, el 6 de marzo de 2014 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, conforme fuera solicitada por la misma mediante memorial presentado en fecha 23 de enero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con cincuenta y dos (52) cargos, estableciendo para todos y cada uno de ellos, que:

> "…*Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo*…"

(El detalle de los cargos infra, a tiempo del análisis de la controversia).

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV-COB-491/12/2012 de fecha 18 de diciembre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta los descargos siguientes:

2.1. Descargo común a los cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 33 y 34:

> "…*De acuerdo a lo determinado en el Código de Procedimiento Penal (artículos 284, 285, 287) se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando de acuerdo al segundo párrafo del artículo 285 del CPP, los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho.*

Lamentablemente en el delito de apropiación indebida de aportes, incorporado al código penal por la Ley 065 de Pensiones, y bajo el sistema actual de pensiones existe una carencia significativa de elementos de prueba de dicho delito, toda vez que partiendo del elemento principal, "La Nota de Débito", no ha sido admitida como prueba del delito por parte del Ministerio Público, en razón de que la Ley 065 le da el carácter probatorio de título coactivo y la habilita como prueba para dicho proceso judicial. En materia penal la Nota de Débito sólo expresa el monto de la deuda que registra el sistema.

Al momento de presentarse la denuncia penal y en cumplimiento a requerimiento de los Fiscales se acompañan las notas de débitos (sin valor probatorio del delito de apropiación indebida de aportes), las cartas de aviso de las contribuciones en mora recibidas por el empleador y cualquier otro elemento que permita suponer al Fiscal que el empleador tenía conocimiento de la deuda y no obstante no regularizó su situación, siendo una presunción muy lejana a probar que es autor del delito de apropiación indebida de aportes. Posteriormente a ello, se procede a ratificar la denuncia y se espera que el Fiscal como director del proceso inste las actuaciones procesales, como le corresponde de acuerdo al artículo 289 del CPP.

En reiteradas oportunidades (Notas N° 626/2011, N° 625/2011, N° 659/2011, N° 685/2011, N° 776/2011, N° 846/2011, N° 1445/2011, 1482/2011, N° 1609/2011, 1915/2011, N° 1956/2011), se solicitó a la Autoridad de Pensiones que, con base en el artículo 197 de la Ley 065, regule aspectos probatorios del delito de apropiación indebida de aportes, sin recibirse respuesta.

No obstante la denuncia fue ratificada y se solicito (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal a fin de que preste su declaración…*"

2.2. Descargo común a los cargos Nros. 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 15, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 42 y 49:

"*…De acuerdo a lo determinado por los artículos 91 parágrafo I inciso a) y artículo 96 parágrafo I de la Ley 065, la deuda de los empleadores se genera mensualmente y al momento del incumplimiento el Sistema genera una Nota de Débito que refleja el periodo adeudado, lo cual tipifica el delito de Apropiación Indebida de Aportes señalado en el artículo 345 Bis del Código Penal.*

Asimismo, dicho artículo 345 Bis del Código Penal en el último párrafo del parágrafo I señala que quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, quedando extinguida la acción penal". Esta figura jurídica es un derecho que le corresponde al Empleador que regulariza la deuda.

En el caso de acumularse los procesos penales, también se acumulan los periodos de la deuda y en el caso que el Empleador cancele el periodo que señale una de las Notas de Débito, correspondiéndole el derecho a que quede extinguida la acción penal, ello no podrá suceder ya que al acumularse los procesos existirán otros periodos de deuda vigente y por lo tanto no se podrá presentar desistimiento en el proceso penal acumulado. Esta circunstancia perjudica al imputado y violenta lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que señala (Textual) "Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste".

No obstante el criterio expuesto, en fecha 18/07/2011 mediante la Nota N° 915/2011 se consultó sobre el terna a la Autoridad de Pensiones solicitándose su criterio al respecto, sin haberse recibido respuesta…"

2.3. Descargo común a los cargos Nros. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51:

"*…BBVA Previsión AFP S.A mediante Notas N° 1956/2011, N° 02/2012, N° 03/2012, N° 19/2012 ha puesto en conocimiento de la APS sobre la situación presentada en las diferentes Fiscalías de los Distritos Judiciales, donde los fiscales rechazan las denuncias por el delito de Apropiación Indebida de Aportes. En los casos de Potosí el Ministerio Público ha rechazado la totalidad de las denuncias presentadas, bajo el argumento de que las AFP's no están legitimadas para denunciar dicho delito, lo que fue puesto en conocimiento de su Autoridad.*

Específicamente sobre el Ministerio Público en Potosí, posteriormente a que BBVA Previsión AFP S.A efectuó una visista (sic) *a los diferentes fiscales sin obtener resultados, dirigió la Nota N° 332/2012 a la APS solicitándole que dicha Autoridad realice gestiones ante el Ministerio Público de ese distrito judicial. No obstante que la APS ha solicitado algunos informes de casos específicos para efectuar las acciones pertinentes, hasta la fecha no se han realizado las gestiones solicitadas…*"

2.4. Descargo común a los cargos Nros. 1, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 31 y 33:

"*…La observación sobre los periodos fue subsanada con la presentación de un memorial aclaratorio…*"

2.5. Descargo común a los cargos Nros. 35, 36, 37, 41, 44 y 45:

"*…Presentada la objeción al rechazo de la denuncia al Fiscal del Distrito se manifiesta expresando que el poder de representación del denunciante es insuficiente y por lo tanto sin entrar a considerar los fundamentos del rechazo y la objeción, devuelve los actuados a la Fiscal de Materia* (…)

…Siendo que el Fiscal del Distrito observó el poder de representación del denunciante, sin entrar al fondo del asunto, BBVA Previsión AFP S.A presenta nuevo poder de representación del denunciante y mediante memorial pide que la Fiscal de Materia remita los antecedentes al Fiscal del Distrito a efectos que se emita la resolución sobre la objeción al rechazo de la denuncia (…)

…La Fiscal de Materia abogada Victoria Fuertes Flores, provee señalando que el proceso se encuentra archivado y que por el principio procesal de preclusión los actuados procesales no pueden ser retrotraídos y que con la resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal y en consecuencia la Objeción de Rechazo no puede tramitarse dos veces (…)

2.6. Descargo común a los cargos Nros. 1, 2, 3, 4 y 10:

"*…Al momento de presentarse la denuncia penal* (…) *se acompañan las cartas de aviso* (…) *y cualquier otro elemento que permita suponer* (…) *que el empleador tenía conocimiento de la deuda* (…) *es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan*

emitido y en que fechas, (…) *interesa es probar que el empleador* (…) *tomando conocimiento de la existencia de la deuda* (…) *se le emite una carta de preaviso de inicio de la acción penal que es recibida por el empleador*…"

2.7. Descargo común a los cargos Nros. 38, 39, 40, 43 y 46:

"…*Se subsanó la observación solicitando se emita la resolución por parte del Fiscal del Distrito*…"

2.8. Descargo común a los cargos Nros. 20, 22, 23 y 24:

"…*Las denuncias tienen características idénticas debido a que, dado el cúmulo de denuncias generadas mes a mes, se ha generado un modelo que refleja la figura del delito y la relación de los hechos, que dada las características de la Apropiación Indebida de Aportes es similar para todos los casos. El error sobre el periodo fue subsanado*…"

2.9. Descargo común a los cargos Nros. 19, 21, 22 y 24:

"…*Se cumplió con la ratificación de la denuncia y se solicitó se efectúe la citación al imputado para que preste su declaración informativa*…"

2.10. Descargo común a los cargos Nros. 11, 13, 14 y 15:

"…*La denuncia fue ratificada por el denunciante como se evidencia de los antecedentes expuestos y el Investigador ha cursado citación al nuevo representante legal del empleador para que preste su declaración informativa; por lo tanto no existe la falta de diligencia por parte de la AFP.*

Asimismo, el investigador ha mencionado que se presenta una dificultad al momento de intentar notificar al Ministro de Gobierno, ya que los guardias del Ministerio no le (sic) *permite la entrada, circunstancia que el mismo ha puesto en conocimiento del Fiscal, a los efectos que correspondan.*

Se solicito (sic) *al Fiscal que Instruya la citación del representante legal para que preste su declaración (Se adjunta copia del memorial)*…"

2.11. Descargo común a los cargos Nros. 2, 9 y 10:

"…*La diferencia entre los montos que señalan las cartas de aviso por concepto de contribuciones en mora y la nota de débito se debe a que al momento de emitirse esta última se ajustan los montos* (…) *en materia penal solo se contemplan los montos de la deuda real* (…) *el monto de la Nota de Débito Penal el que corresponde a la denuncia*…"

2.12. Descargo común a los cargos Nros. 31, 32 y 33:

"…*En el Distrito Judicial de Tarija debido a la predisposición del Ministerio Público se pudo avanzar mucho más, ya que el proceso tiene ratificada la denuncia y emitida la declaración del imputado, restando que el Fiscal haga el análisis correspondiente para proceder con la acusación formal*…"

2.13. Descargo común a los cargos Nros. 1 y 10:

"…*Al momento de presentarse la denuncia penal* (…) *se acompañan las cartas de aviso* (…) *y cualquier otro elemento que permita suponer* (…) *que el empleador tenía conocimiento de la deuda* (…) *es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan emitido y en que fechas, dado que lo que nos interesa es probar que el empleador recibió una o más de ellas, tomando conocimiento de la existencia de la deuda. Aún más, antes de presentarse la denuncia penal se le emite una carta de preaviso de inicio de la acción penal que es recibida por el empleador, como constancia de lo antes expuesto*…"

2.14 Descargo común a los cargos Nros. 25 y 26:

"…*Se acompaña copia del memorial de búsqueda del proceso y con las copias de respaldo que BBVA Previsión AFP S.A tiene archivadas se solicitó reposición de obrados*…"

2.15. Descargo específicos:

"…***Cargo 1.-*** (…)

…*Bajo el Sistema Integral de Pensiones y el registro único del empleador, el incumplimiento en el pago de los aportes habilita a presentar la denuncia en el domicilio registrado del mismo, que es el lugar donde el empleador asume legalmente sus obligaciones* (…)

…*Fue subsanada la observación ya que el denunciante ratificó la denuncia, cuya copia de la declaración se acompaña* (…)

Cargo 2.- (…)

…*se avanzó más allá de la ratificación de la denuncia, ya que se libró notificación al denunciado para que se apersone a prestar su declaración informativa* (…) *se pudo evidenciar que el representante legal es el Sr. José Saúl Peredo Ledezma, por lo cual en fecha 16 de septiembre de 2012 se presentó un memorial señalando nuevo representante legal* (…)

…*se presentó memorial solicitando copia del informe del investigador* (…)

…*Se solicito* (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal para que preste su declaración* (…)

Cargo 3.- (…)

…*el representante legal registrado en el sistema no correspondía al Sr. José Farfán Mealla, por cual luego de efectuadas las averiguaciones se pudo evidenciar que el representante legal del empleador es el Sr. José Saúl Peredo Ledezma* (…)

…*se presentó un memorial señalando al nuevo representante legal y solicitando la prosecución del proceso con la citación* (…)

…el investigador fue transferido a otra dirección se presentó memorial solicitando se reasigne un nuevo investigador (…)

Cargo 4.- (…)

…Fue subsanada la observación ya que el denunciante ratificó la denuncia, cuya copia de la declaración se acompaña (…)

…Se solicito (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal* (…)

Cargo 5.- (…)

…Fue subsanada la observación (…)

…Se solicito (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal* (…)

Cargo 6.- (…)

…denuncia está dirigida contra el Sr. José Saúl Pereció Ledezma (…) *nuevo representante legal* (…)

…El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda (…) *es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora* (…)

…Se solicito (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal* (…)

Cargo 7.- (…)

…La observación (…) *no pudo ser subsanada debido a que la Unidad de Análisis de la Fiscalía emitió la resolución N° 27/2012 disponiendo la no admisión de la denuncia* (…) *La denuncia fue archivada* (…)

…se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito (…)

Cargo 8.- (…)

…Fue subsanada la observación ya que el denunciante ratificó la denuncia (…)

Cargo 9.- (…)

…La deuda fue cancelada y se presentó el memorial de desistimiento correspondiente (…)

Cargo 10.- (…)

…Se subsanó la observación (…)

…lo observado fue subsanado con el memorial aclaratorio (…)

Cargo 12.- (…)

…La observación (…) *no pudo ser subsanada debido a que la Unidad de Análisis de la Fiscalía emitió la resolución N° 19/2012 disponiendo la no admisión de la denuncia, toda vez*

que es requerimiento del Ministerio Público que se notifique al empleador con el proceso coactivo (…) *preservando el principio de "ultima ratio"* (…) *La denuncia fue archivada y por lo tanto existe impedimento legal* (…)

…La Unidad de Análisis de la Fiscalía por resolución N° 19/2012 de 19 de abril de 2012, dispone la no admisión de la denuncia (…)

Cargo 14.- (…)

…Se solicito (sic) *al Fiscal que instruya se reasigne un nuevo investigador* (…) *y que disponga la citación del representante legal* (…)

Cargo 16.- (…)

…La observación respecto a los periodos no pudo ser subsanada debido a que la Unidad de Análisis de la Fiscalía emitió la resolución N° 61/2012 disponiendo la no admisión de la denuncia, toda vez que es requerimiento del Ministerio Público que se notifique al empleador con el proceso coactivo, para establecer un eventual dolo de la apropiación indebida; esto preservando el principio de "ultima ratio" que corresponde al proceso penal. La denuncia fue archivada existiendo impedimento legal para dar continuidad al proceso (…)

Cargo 17.- (…)

…La denuncia fue ratificada de acuerdo a procedimiento se solicito (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal a fin de que preste su declaración* (…)

Cargo 20.- (…)

…Se cumplió con la ratificación de la denuncia. El investigador se encuentra gestionando la citación al imputado para que preste su declaración informativa (…)

…Se solicitó ampliación del periodo de investigación y el Fiscal por requerimiento de fecha 26 de noviembre de 2012 amplio la investigación por 90 días (…)

Cargo 23.- (…)

…Se cumplió con la ratificación de la denuncia (…)

…Se solicito (sic) *al Fiscal que instruya la citación del representante legal a fin de que preste su declaración* (…)

Cargo 27.- (…)

…La denuncia fue rechazada por el Fiscal de Materia, habiéndose notificado el denunciante en fecha 13/11/2012 y estando dentro del plazo de ley para presentar la Objeción al Rechazo de acuerdo al artículo 305 del CPP (…)

Cargo 28.- (…)

…Debido a que el investigador del proceso fue reasignado a nuevas funciones, el proceso se paralizó haciendo imposible que se ratifique la denuncia. Para subsanar eso, so presentó

un memorial solicitando al Fiscal encargado de la investigación que se asigne un nuevo investigador y que se continúe con la prosecución del proceso de acuerdo a ley (…)

…El Fiscal de Materia instruyó al Director Departamental de la FELCC de Cochabamba que proceda a designar un nuevo investigador para el caso. Se adjunta copia del requerimiento Fiscal (…)

…Se ratificó la denuncia (…)

…Se amplío la denuncia contra el nuevo representante legal y se solicitó su citación para declarar (…)

Cargo 29.- (…)

…La denuncia fue ratificada y se adjunta una copia como descargo. Se emitió citación al imputado para que preste su declaración informativa, la que no pudo efectivizarse debido a que el empleador tiene un nuevo representante legal (Se adjunta copia de la citación y del informe del oficial de diligencias). Se presentó memorial señalando nuevo representante legal y solicitando se continúen las acciones investigativas (…)

…Se presentó memorial ampliando la denuncia contra el nuevo representante legal y solicitando se lo cite para que preste su declaración (…)

Cargo 30.- (…)

…En fecha 21/08/2012 cumpliendo el requerimiento del fiscal a cargo de la investigación, se presenta documentación de respaldo sobre la existencia de la deuda del empleador (…)

…Debido a que el investigador del proceso fue reasignado a nuevas funciones, el proceso se paralizó haciendo imposible que se ratifique la denuncia. Para subsanar eso, se presentó un memorial solicitando al Fiscal encargado de la investigación que se asigne un nuevo investigador y que se continúe con la prosecución del proceso de acuerdo a ley (…)

…El Fiscal instruye al Director Departamental de la FELCC de Cochabamba que se asigne un nuevo investigador al caso (…)

…Habiéndose constatado la existencia de un nuevo representante legal del empleador, se presentó memorial señalando dicho extremo y solicitando se continúen las acciones investigativas (…)

…Se ratificó la denuncia (…)

…Se presentó memorial ampliando la denuncia contra el nuevo representante legal y solicitando se lo cite para que preste su declaración (…)

Cargo 33.- (…)

…Se solicitó copia de la declaración del testigo y que se cite al imputado a declarar (…)

Cargo 34.- (…)

…El proceso avanzó sustancialmente dado que se efectuó la presentación espontánea del imputado, quién prestó su declaración informativa (…)

…Corresponde en esta etapa del proceso que la Fiscal, con base en los elementos de autos, efectúe su análisis correspondiente para realizar la acusación formal (…)

Cargo 35.- (…)

…No fue posible subsanar la observación sobre los periodos, debido a que la denuncia fue rechazada directamente por el Fiscal de Materia y siguiendo el procedimiento el rechazo fue objetado (…)

Cargo 42.- (…)

… El memorial reclamando se emita la resolución por el Fiscal del Distrito no fue recepcionado debido a que el Fiscal Departamental Dr. Sandro Fuertes fue sustituido y los funcionarios del despacho estaban preparando la información correspondiente para el nuevo Fiscal de Distrito nombrado por el Fiscal General del Estado (…)

…Designado nuevo Fiscal de Distrito de Potosí, se presentó el memorial solicitando se emita la Resolución sobre el rechazo y la objeción (…)

Cargo 47.- (…)

…De acuerdo a lo determinado por los artículos 91 parágrafo I inciso a) y artículo 96 parágrafo I de la Ley 065, la deuda de los empleadores se genera mensualmente y al momento del incumplimiento el Sistema genera una Nota de Débito que refleja el periodo adeudado, lo cual tipifica el delito de Apropiación Indebida de Aportes señalado en el artículo 345 Bis del Código Penal (…)

Cargo 49.- (…)

…El memorial reclamando se emita la resolución por el Fiscal del Distrito no fue recepcionado debido a que el Fiscal Departamental Dr. Sandro Fuertes fue sustituido y los funcionarios del despacho estaban preparando la información correspondiente para el nuevo Fiscal de Distrito nombrado por el Fiscal General del Estado (…)

…Posteriormente, habiéndose cancelado la deuda, se presentó el desistimiento (…)

Cargo 50.- (…)

…*La denuncia está desistida por cancelación de la deuda* (…)

Cargo 51.- (…)

…Se presentó memorial de desistimiento por cancelación de la deuda (…)

Cargo 52.- (…)

…El Fiscal de Materia presentó declinatoria de competencia y el Juez de Instrucción Cautelar Segundo de la Capital en suplencia legal, declinó competencia por razón del

territorio y dispuso la remisión de todos los antecedentes ante el Juez de Instrucción Mixto y Cautelar de turno de la localidad de Colquechaca en la provincia Quijarro del Departamento de Potosí, lo que ha impedido dar prosecución al proceso penal…"

2.16. Términos de prueba.-

Mediante auto de 2 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, a efectos de que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, remita descargos documentales legibles e idóneos respecto al cargo 41, lo que fue atendido por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota PREV-COB-037/01/2013 de 23 de enero de 2013.

Asimismo, mediante auto de 6 de febrero de 2013, la Entidad Reguladora nuevamente determina la apertura de término de prueba para que la Administradora de Fondos de Pensiones presente las Resoluciones emitidas por el Fiscal Departamental para los cargos Nros. 35, 36, 37, 40, 41, 44 y 45, así como otra documentación que considere conveniente.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), con nota PREV-COB-082/02/2013 de 26 de febrero de 2013, señala respecto a los cargos Nº 35, 36, 37, 40, 41, que el Ministerio Público ha pronunciado, en mérito al principio procesal de preclusión, que los actuados no pueden retrotraerse, disponiendo el archivo de obrados, no emitiéndose por lo tanto Resolución por parte del Fiscal Departamental; sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones estaría tramitando las conversiones de acciones respectivas.

Respecto a los cargos Nº 44 y Nº 45 la deuda fue cancelada y presentó desistimiento de la acción penal, adjuntando copia de los mismos.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 8 de marzo de 2013, determina un nuevo término de apertura de prueba, para que la ahora recurrente aclare los descargos presentados, toda vez que conforme a las fotocopias de los procesos penales remitidas, se tiene que para los cargos Nros. 35, 36, 37, 41, 44 y 45, el Fiscal Departamental habría emitido las correspondientes resoluciones, disponiendo se adjúntenlas mismas.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), con nota PREV-COB-133/03/2013 de 28 de marzo de 2013, señala que respecto a los cargos Nros. 35, 36, 37, 40, 41, 44 y 45, no se emitieron las resoluciones del Fiscal Departamental, toda vez que esa autoridad observó el poder de representación del denunciante, y los actuados fueron archivados pese a que se presentó un nuevo poder y solicitando el desarchivo.

De igual forma, señaló que en los cargos Nros. 41, 44 y 45 se realizó la gestión correspondiente, logrando que la deuda sea cancelada, presentando por lo tanto el desistimiento.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 DE 12 DE ABRIL DE 2013.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, resolvió:

"…***PRIMERO.- I.*** *Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. por los* ***Cargos N° 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 38, 39, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50*** *y* ***51****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us29.000,00 (VEINTINUEVE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

II. *Se levanta el artículo 109 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, para los Cargos N° 3, 6 y 7.*

SEGUNDO.- I. *Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. por los* ***Cargos N° 1, 2, 4, 8, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 34*** *y* ***52****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us24.000,00 (VEINTICUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

II. *Se levanta el artículo 109 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, para los Cargos N° 1, 2 y 4.*

III. *La AFP deberá presentar en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber prestado la declaración informativa ante el Ministerio Público, correspondiente a los procesos penales imputados en los Cargos N° 1, 2, 4, 8, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 34 y 52.*

TERCERO.- I. *Sanciona* (sic) *a BBVA Previsión AFP S.A. por los* ***Cargos N° 35, 36, 37, 40, 41, 44*** *y* ***45****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us10.500,00 (DIEZ MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

II. *BBVA Previsión AFP S.A. en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, deberá remitir la documentación de respaldo idónea que acredite haber presentado ante la Autoridad Competente la Conversión de Acciones, correspondiente a los procesos penales imputados en los Cargos N° 35, 36, 37, 40, 41, 44 y 45.*

CUARTO.- I. *Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

QUINTO.- *La AFP se encuentra en la responsabilidad de llevar todos los Procesos Penales del SIP conforme a norma, para lo cual son responsables de los resultados que éstos puedan generar…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 10 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, con los mismos argumentos que después se harán valer en el Recurso Jerárquico (infra referido).

Mediante auto de 18 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros otorgó un plazo de diez (10) días hábiles administrativos para que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** remita, de manera ordenada y detallada por cada cargo, la documentación que respalde los argumentos planteados en su Recurso de Revocatoria, así como del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, documentación que fue remitida por la Administradora de Fondos de Pensiones mediante nota PREV-COB-331/07/2013 de 4 de julio de 2013.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 23 de julio de 2013, solicitó que la recurrente presente documentación respecto a los cargos Nros. 2, 15, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50, lo cual fue atendida mediante nota PREV-COB-422/08/2013 de 14 de agosto de 2013.

Mediante auto de fecha 29 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, remitir un informe documentado respecto a los cargos Nros. 2, 15, 27, 40 y 51, mismo que fue remitido por la recurrente mediante nota PREV-COB-478/09/2013 de 13 de septiembre de 2013.

Mediante auto de 10 de octubre de 2013, la Entidad Reguladora pone a la vista el expediente; **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por su parte, mediante memorial de fecha 24 de octubre de 2013, presenta nuevos alegatos y solicita la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, exponiendo los argumentos siguientes:

"…***I. <u>ANÁLISIS DE LOS CARGOS.</u>***

<u>AL CARGO Nº 1</u> (…)

- *La AFP, en cuanto a la inconsistencia en los términos de la denuncia, aduce en su recurso que: "en el transcurso de la etapa preparatoria del juicio fue subsanado un simple error de*

transcripción relacionados a los periodos de la deuda; hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".

Al respecto, el artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, establece que la GPS (transitoriamente las AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

*El alegar que la inconsistencia en los términos de la denuncia, relativos a los periodos apropiados por el imputado, motivo del Proceso Penal **(PP)**, se trata de "un simple error de transcripción", no es justificativo suficiente para enervar el Cargo, todo lo contrario, ratifica y corrobora que la AFP no actuó con el cuidado exigible a un buen padre de familia, además dicho "error" no fue corregido inmediatamente, se prolongó durante un (1) año aproximadamente y fue subsanado atendiendo el presente Proceso Administrativo Sancionatorio.*

- *En cuanto a la notificación de la mora en vía administrativa, documentos presentados en calidad de prueba, la AFP, expresa en su recurso que "de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49-2 del Código de Procedimiento Penal) será competente el juez de la residencia del imputado. En ese entendido, la denuncia fue presentada ante dicha autoridad jurisdiccional, señalándose claramente el domicilio del denunciado. Por lo que resulta irrelevante donde fuera notificada la mora al empleador…".*

*El tratadista William Herrera Añez refiere al respecto que "el criterio para determinar la competencia, entre los distintos tribunales del mismo tipo, se conoce como competencia territorial y **lo define especialmente el lugar de la comisión del delito**. Lo que fundamenta la competencia territorial es que nadie más que el juez del lugar de la comisión del delito está en mejores condiciones de conocer y juzgar el hecho".*

*En esa línea el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal **(CPP)**, establece las reglas de competencia territorial, y expresa en su numeral 1), que serán competentes: "El juez del lugar de la comisión del delito. El delito se considera cometido en el lugar donde se manifieste la conducta o se produzca el resultado".*

En la especie, y no obstante de que se conocía el domicilio (laboral) del denunciado, a decir de la AFP en su recurso, paradójicamente, el Primer Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora fue presentado en Tarija y el Último Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora fue presentado en Potosí, y la demanda fue iniciada en la ciudad de La Paz, documentos que fueron presentados en calidad de prueba en el memorial de la denuncia, siendo los mismos totalmente contradictorios. Por tal motivo y atendiendo el informe del investigador asignado al caso, sobre cuál es el domicilio del denunciado (La Paz, Tarija o Potosí), el Fiscal ordenó al denunciante (AFP) que lo aclare, hecho que no aconteció, como tampoco se aclaró el lugar donde se cometió el delito.

En ese sentido, no es cierto ni evidente que sea "irrelevante" donde se notifica la mora al empleador, gestión administrativa de cobro que deviene del cumplimiento de la Ley de Pensiones en su artículo 109, y que tiene como fin el comunicar la mora al deudor antes de la cobranza en vía judicial.

*Asimismo, se debe tener presente que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, previsto en el artículo 345 Bis parágrafo I del Código Penal **(CP)**, conforme al artículo 13 Quáter del CP es un delito doloso, y que de acuerdo al artículo 14 del mismo cuerpo legal, presupone "conocimiento y voluntad de parte del agente", elementos constitutivos que no se demuestran si los Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora son contradictorios, en cuanto al domicilio, en cuanto a las fechas, o periodos adeudados (apropiados), como aconteció en el presente caso, por lo que son insuficientes los justificativos expresados en el recurso.*

- *La AFP, en cuanto a la falta de diligencia, afirma en su recurso que la APS valora erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley N° 065 y la extensión de la Etapa Preparatoria.*

Al respecto, el artículo 301 del CPP establece: "El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código, comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados".

Asimismo, en lo referente a la Etapa Preparatoria, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional N° 1036/2002-R de 29 de agosto de 2002, sentó jurisprudencia al señalar:

"El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así el Código procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices configuran el procedimiento ordinario del juicio penal en tres partes, a saber: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria.

1) *La primera fase, es decir los actos iniciales o de la investigación preliminar, (art. 284 y siguientes del CPP) comienza con la denuncia o querella o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía – Fiscalía), sobre la comisión de un delito.*

2) *La segunda fase, esto es, el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (art. 301.1 y 302 CPP), y representa el inicio del proceso penal. Los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el art. 301 no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal.*

3) *La tercera fase se denomina conclusión de la etapa preparatoria, y está constituida por los "actos conclusivos", entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez o presidente del Tribunal (art.323).*

De lo anterior se extrae que, aunque la ley no lo diga claramente, el proceso penal se inicia con la imputación formal, a partir de la cual corre el término de los seis meses de duración de la Etapa Preparatoria establecida por el párrafo primero del art. 134 CPP".

De la Sentencia Constitucional señalada se deduce que el plazo máximo de seis (6) meses, ampliables a dieciocho (18) meses cuando corresponda, que establece el artículo 134 del CPP, corre a partir de la notificación con la imputación formal, y no así, a partir de la presentación de la denuncia como erróneamente sostiene la AFP.

El presente caso, motivo de Cargo e impugnación, se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria, que conforme al artículo 300 del CPP debe concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención, que podría ampliarse inclusive a noventa (90) días.

En ese sentido, el Proceso Penal que comprende diferentes fases está sometido a plazos y a términos al que deben someterse las partes procesales, a cuyo efecto, la parte acusadora (AFP), debe tener una participación activa, entendiendo además que la carga de la prueba le corresponde a los "acusadores" y no así a la parte imputada.

En esa línea, el tratadista Moreno Catena sostiene que "las partes acusadoras ocupan la posición activa en el proceso penal, instando, durante la fase de instrucción, la práctica de las diligencias que sean necesarias para preparar el juicio y la adopción de las medidas precisas a ese fin, y formulando la acusación contra una persona determinada una vez abierto el juicio oral, habida cuenta de que no puede haber condena sin acusación".

De igual forma, debe considerarse el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, que señala que la GPS (transitoriamente las AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados, y prestar los "servicios" con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Aclarando que el término "servicio" comprende también a las acciones judiciales que se encuentran bajo su cargo, labor que deviene precisamente del cumplimiento a la ley.

Por lo tanto, el sostener de manera inconsistente que la Etapa Preparatoria no está sujeta a un cronograma de tiempo o que la AFP no tiene la obligación legal de llevar los Procesos Penales con diligencia, no justifican de ninguna forma la falta de actividad probatoria o diligencia en el PP, como se evidencia del cuaderno de investigación, que denota que desde la presentación de la denuncia, 30 de noviembre de 2011, al requerimiento fiscal de 02 de agosto de 2012, sobre otorgación de fotocopias simples, no existe actividad probatoria alguna, y desde el memorial de fecha 31 de julio de 2012, de solicitud de fotocopias simples del cuaderno de investigación, al memorial de 06 de noviembre de 2012, sobre aclaración de periodos adeudados, el denunciante (AFP) no realizó actividad procesal alguna, dando lugar a la paralización de la causa.

- *La AFP sostiene en su recurso que la falta de declaración informativa del denunciante no restringe el avance del proceso penal y que se debe considerar que los delitos previsionales son a instancia de parte, además que participan en el proceso como denunciante y que le corresponde al Fiscal dirigir la investigación.*

Al respecto, la "declaración informativa del denunciante" denominada incorrectamente por la AFP como "declaración informativa ratificatoria", es un acto procesal obligatorio que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación.

Se trata de un acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria, a cuyo efecto, el Ministerio Público a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012 (antes artículos 45 numeral 1 y 76 de la

Ley N°. 2175), y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007).

La normativa legal citada de manera clara demuestra que la declaración informativa es un acto procesal obligatorio que debe efectuarla el denunciante y/o querellante, y que su omisión restringe el normal desarrollo del PP.

*En el presente caso y no obstante del informe de 27 de marzo de 2012 del investigador asignado al caso Sof. 1ro.Iván Mancilla, que señaló: "**Hasta la emisión del informe no se hizo presente el denunciante para aportar mayores elementos de convicción y coadyuvar con la investigación y prestar su declaración informativa**" y del requerimiento fiscal de 28 de marzo de 2012, mediante el cual "**se conmina a Milán Rosales Vera (denunciante) a objeto de que aporte con mayores elementos de convicción**", **recién se cumple este acto procesal en fecha 04 de abril de 2013**, después de haber transcurrido 480 días aproximadamente desde la presentación de la denuncia (30 de noviembre de 2011), con la aclaración que la declaración informativa de 08 de noviembre de 2012, presentada anteriormente por la AFP (Cite PREV-COB-491/12/2012) corresponde a otro PP (Fiscalía N° 9747).*

Por otra parte, el hecho de que el delito de Apropiación Indebida de Aportes se trate un delito de acción pública a instancia de parte, o que la AFP solamente se constituyó en denunciante y no así en querellante, o que el Fiscal es quien dirige la investigación, no es óbice para su incumplimiento como erróneamente se afirma en el recurso.

En cuanto a la declaración informativa del imputado, el artículo 97 del CPP establece: "Durante la etapa preparatoria el imputado prestará declaración ante el fiscal, previa citación formal", misma que se desarrollará conforme a las formalidades establecidas en el artículo 92 del mismo cuerpo legal.

En el presente caso, y no obstante que la denuncia fue presentada el 30 de noviembre de 2011, este acto procesal obligatorio no se ha efectuado, aspecto que no mereció comentario alguno de parte del regulado, cuando en su calidad de acusador tiene la obligación de realizar todas las gestiones procesales necesarias para que se lleve adelante, puesto que lo contrario dará lugar a una demora injustificada en el PP como acontece, considerando además que el proceso todavía permanece en la fase de la "investigación preliminar" de la Etapa Preparatoria.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 1, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 2 (…)

- *El regulado menciona en su recurso que cada incumplimiento (apropiación) por parte del empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única, se refiere a los casos de delitos continuados, no aplicable al presente. Asimismo, refiere que el "acumular" la denuncia influenciará negativamente porque el proceso no podrá desistirse hasta que cancele todos los periodos más los ampliados, hecho que vulnera los derechos del imputado conforme el artículo 7 del CPP.*

Al respecto, el tratadista Jorge Machicado señala que en la clasificación de delito por la forma de ejecución, el ***Delito Continuado*** *es "aquel en que* ***el autor, obedeciendo a una misma resolución y configurando un mismo delito,*** *se lleva a efecto mediante una serie de actos idénticamente vulneratorios* (sic). *Se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones de un solo delito". En la especie, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del empleador (de forma continuada), en su calidad de agente de retención, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose en definitiva en un delito continuado.*

En ese ámbito, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, el regulado debió considerar la ampliación a la denuncia penal por los nuevos periodos o montos apropiados por el empleador, y no así, iniciar otra acción penal, sin tomar en cuenta además el ***"principio de identidad de personas, objeto y causa"****, a cuyo efecto, en cuanto a la* ***"identidad de personas o de sujetos****" para el presente caso y el anterior, es BBVA Previsión AFP S.A como denunciante y José Eduardo Farfán Mealla como imputado; en cuanto al* ***"objeto"*** *del Proceso Penal para el caso anterior y el presente, es el esclarecimiento de un posible hecho ilícito (delito de Apropiación Indebida de Aportes) y la sanción del autor del mismo y; en lo referente a la* ***"causa"*** *entendida para el PP anterior y para este, el incumplimiento de transferir los aportes de sus trabajadores como agente de retención a la entidad señalada (AFP) y apropiarse de los mismos.*

Lo anterior se encuentra acorde con la norma adjetiva penal en su artículo 4 que señala ***"Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias…"****, y artículo 45 del CPP* ***"Por un mismo hecho no se podrá seguir diferentes procesos aunque los imputados sean los distintos"****. Además, se debe considerar la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas.*

Por otra parte, el ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados ***no*** *influenciará negativamente al PP como erróneamente afirma el administrado, todo lo contrario, se logrará que a través de una denuncia se restituyan (cancelen) las contribuciones apropiadas de los trabajadores, cumpliendo de esta manera los fines que persigue la cobranza establecida en la Ley N° 065.*

Además, la ampliación a la denuncia no vulnera derecho o facultad alguna del imputado, que por cierto, el regulado no aclaró qué derecho o facultad del imputado se restringiría o vulneraría, limitándose a invocar erróneamente el artículo 7 del CPP, aplicable a las medidas cautelares.

Por otra parte, es menester referir que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, sancionado con pena privativa de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena. En ese ámbito, siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), así también lo señala la amplia jurisprudencia: "La concurrencia de circunstancias agravantes debe ser considerada para graduar el delito y aplicar la pena que corresponda al encausado" (G.J. N° 463, p. 897), dicho de otra forma, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

- *La AFP, en cuanto a la notificación de la mora en vía administrativa, presentada en calidad de prueba, argumenta en su recurso que de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49-2 del CPP) será competente el juez de la residencia del imputado, y habiéndose presentado la denuncia ante dicha autoridad jurisdiccional es irrelevante en lugar donde fue notificada la mora al empleador.*

  *Es menester reiterar que no es irrelevante donde se notifica la mora al deudor, puesto que tiene como finalidad comunicar al empleador del adeudo para que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones **(SIP)**, comunicación que se efectúa atendiendo lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley N° 065.*

  Por otra parte, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP) que presupone "conocimiento y voluntad de parte del agente" (artículo 14 del CP), por lo que, se entra en contradicción cuando los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora", presentados en calidad de prueba en la denuncia, fueron dirigidos y presentados en Potosí a sabiendas que el imputado tiene su domicilio en la ciudad de La Paz lugar donde se presentó la denuncia, hecho que podría entenderse como un actuar malintencionado del ahora denunciante (AFP).

  Además, las "Cartas de Aviso" presentadas en calidad de prueba contienen serias contradicciones en cuanto a montos y fechas, aspecto que no ha sido aclarado y que demuestra la falta de cuidado de parte de la AFP, hecho que podrá influenciar negativamente en el PP.

  En cuanto a las reglas de competencia territorial, el artículo 49 del CPP, es claro al respecto.

- *El regulado alude, en cuanto a la falta de diligencia, que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales, y que la Etapa Preparatoria nunca impone cronograma de tiempo.*

  Es necesario recordar que conforme determina el artículo 177 de la Ley de Pensiones, en el periodo de transición, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 y disposiciones reglamentarias del SIP, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la GPS.

  En ese ámbito, uno de los "servicios" que presta la AFP es precisamente la cobranza de las contribuciones en mora, sea en la vía administrativa o judicial, de acuerdo al artículo 106 de la Ley N° 065 y artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, que se encuentran en plena concordancia con el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065.

  Servicios que por cierto no son gratuitos, en cuya razón, no existe interpretación errónea de la norma de parte de la Autoridad, todo lo contrario, se ajusta a derecho, siendo un deber inexcusable del regulado atender el "servicio" de llevar adelante los procesos penales con diligencia y responsabilidad.

  Por otra parte, es menester señalar que la duración máxima de seis (6) de la Etapa Preparatoria prevista en el artículo 134 del CPP, que alude incorrectamente el regulado, está corre a partir de la notificación con la imputación formal al imputado conforme establece el artículo 301 del CPP y SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto, encontrándose el PP en la primera fase de la Etapa

Preparatoria, denominada "investigativa preliminar" para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.

Empero mas (sic) *allá de las reflexiones normativas, el regulado no ha justificado el por qué el PP, que se encuentra en la fase investigativa preliminar de la Etapa Preparatoria, estuvo paralizado por más de ciento ochenta (180) días o la falta de actividad probatoria, que inclusive fue observado por el investigador asignado al caso y el Fiscal.*

- *La AFP aduce en su recurso que la falta de declaración informativa no restringe el avance del PP porque los delitos previsionales son a instancia de parte conforme el artículo 17 del CPP, además que se apersonan como denunciante, y que de acuerdo al artículo 289 del CPP, presentada la denuncia el Fiscal dirigirá la investigación.*

  La Declaración Informativa es un acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Fiscal a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007).

  En ese ámbito legal, se tiene que la declaración informativa es un acto procesal obligatorio que debe efectuar oportunamente el denunciante y/o querellante, como sostuvo el investigador y ordenó el Fiscal a cargo del caso, lo contrario, importa negligencia y descuido que conlleva al retraso de la causa.

  Haciendo notar que independientemente se trate de un delito de acción pública a instancia de parte o que la AFP únicamente se haya constituido en denunciante, o que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de la investigación, este acto procesal debe cumplirse obligatoriamente y en tiempo oportuno, lo que no aconteció, puesto que la denuncia es de fecha 24 de enero de 2012 y la Declaración Informativa Policial recién se produjo el 12 de septiembre de 2013; haciendo notar que según la AFP existe otra Declaración anterior de fecha 23 de mayo de 2012, empero, no cuenta con la firma del investigador asignado al caso ya que fue reasignado, hecho que los habría obligado a una segunda declaración.

  En cuanto a la declaración informativa del imputado, acto procesal previsto en el artículo 97 del CPP, está todavía no se llevó adelante con el correspondiente perjuicio en la tramitación oportuna de la causa, no obstante que la denuncia es de fecha 24 de enero de 2012, aspecto que no mereció comentario alguno de parte del regulado en su recurso.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 2, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 3</u> (…)

- *La AFP argumenta en su recurso que cada incumplimiento de pago de parte del Empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo*

345 Bis del CP. Asimismo, expresa que el ampliar la denuncia por nuevos periodos adeudados influenciará negativamente al PP.

La apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada ej. mes por mes), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

Por otra parte, el regulado debe atender lo dispuesto por el artículo 4 del CPP sobre la persecución penal única, artículo 45 del mismo cuerpo legal inherente a la indivisibilidad de juzgamiento, como también la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

En ese sentido, la AFP debió considerar la ampliación a la denuncia penal y no así, iniciar otra acción penal por los nuevos periodos apropiados (de forma continuada), sin considerar los principios procesales o el ***"principio de identidad de personas, objeto y causa"****, ya que en cuanto a la* ***"identidad de personas o de sujetos****" para el presente caso y los anteriores, es BBVA Previsión AFP S.A como denunciante y José Eduardo Farfán Mealla como imputado; en cuanto al* ***"objeto"*** *para los casos anteriores y el presente, es el esclarecimiento de un posible hecho ilícito (delito de Apropiación Indebida de Aportes) y la sanción del autor y; en lo referente a la* ***"causa"*** *entendida para los PP anteriores y para este, el incumplimiento de transferir los aportes de sus trabajadores como agente de retención a la entidad señalada (AFP) y apropiarse de los mismos.*

En cuanto a que el ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados influenciará negativamente al PP o que vulnera los derechos del imputado, dicha afirmación es errónea, puesto que la ampliación además de cumplir con normas las materiales y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales del PP, ampliación que de ninguna manera quebranta los derechos del imputado, con la aclaración de que el artículo 7 del CPP invocado por el regulado "es de aplicación a las medidas cautelares y restrictivas" y de observación de parte del órgano jurisdiccional.

Por lo tanto, el iniciar diferentes procesos penales de forma continuada en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo como aconteció (fechas 25 de noviembre de 2011, 24 de enero de 2012 y 15 de febrero de 2012), demuestra impericia y falta de cuidado, que se contrapone a lo dispuesto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

- *El regulado, en cuanto a las Cartas de Aviso de mora presentadas en calidad de prueba, expresa que de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49-2 del CPP) será competente el juez de la residencia del imputado, y habiéndose presentado la denuncia ante dicha autoridad jurisdiccional es irrelevante en lugar donde fue notificada la mora al empleador.*

  Los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora", presentados en calidad de prueba en el PP, tienen por finalidad dar a conocer, informar, comunicar y advertir al empleador del adeudo para que regularice su situación ante el SIP, "Avisos" que se efectúan atendiendo lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley N° 065, siendo un paso previo a la Gestión Judicial de Cobro, la misma que por su característica es una labor importante y necesaria.

  Por otra parte, al tratarse la Apropiación Indebida de Aportes, un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP) que presupone del autor de ilícito "conocimiento y voluntad" (artículo 14 del CP), se entra en contradicción cuando los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora",

presentados en la denuncia en calidad de prueba, fueron dirigidos y presentados en Tarija y Potosí cuando el imputado tiene su domicilio en la ciudad de La Paz lugar donde se presentó la denuncia.
En ese sentido, al contener las "Cartas de Aviso" presentadas en calidad de prueba serias contradicciones en cuanto a montos, fechas y lugares, demuestra falta de cuidado de parte del regulado, que además podrá influenciar negativamente en el PP.

- *Menciona en su recurso que el artículo 171 del CPP sobre la libertad probatoria no significa "inventarse pruebas que no existen", que le corresponde al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios.*

  En cuanto a la prueba, se debe considerar que "como concepto jurídico, es un estado de cosas, apropiado de evidencia y argumentaciones, que tiene su lugar en el proceso judicial, de conformidad con lo establecido en la Ley, y que tiene por finalidad producir certeza, no sólo en el Juez, sino en las partes, dicha prueba revela la autenticidad o simulación de hechos, al momento de tomar una decisión y a su vez instruye y respalda al Juez (Tribunal) de una manera objetiva sobre la sentencia a tomar" (Williams Herrera Yañez).

  En nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria** conforme establece el artículo 171 del CPP, salvo las limitaciones previstas en el artículo 172 del Código Adjetivo Penal, **es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.

  *En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, **la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso**.*

  Ello significa que para demostrar el ilícito penal, Apropiación Indebida de Aportes, la parte acusadora (AFP) deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico.

  Bajo ese ámbito legal, el regulado "no tiene que inventarse pruebas en los procesos penales" simplemente debe acudir a la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, en su Libro Cuarto referente a los MEDIOS DE PRUEBA, en su Título I al V (artículos 171 al 220 del CPP), consecuentemente, el justificar que la falta de actividad probatoria y diligencia se debió a la falta de medios probatorios, carece de sustento legal.

  Por otro lado, al existir regulación sobre la "Prueba, Medios de Prueba y Actividad Probatoria en el Procedo Penal" en la normativa especial, Código de Procedimiento Penal, resulta impertinente afirmar que la APS incumplió su deber, por no regular hechos que corresponde a otra instancia.

- *El regulado alude, en cuanto a la falta de diligencia, que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  Es estricta sujeción a los artículos 177, 106 y 149 literales i), j) y v) de la Ley de Pensiones, uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, sea en los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen;

consecuentemente, no existe interpretación errónea de la norma de parte de la Autoridad sino del regulado que de forma extraña desconoce sus obligaciones.

En cuanto a la duración máxima de la Etapa Preparatoria establecida en el artículo 134 del CPP, que invoca incorrectamente el regulado, está corre a partir de la notificación con la imputación formal al imputado de acuerdo al artículo 301 del CPP y la SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto, encontrándose el PP en la primera fase denominada "investigativa preliminar" de la Etapa Preparatoria, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.

En ese sentido, el pretender justificar la falta de diligencia con el argumento de que no existe norma que lo obligue a la AFP actuar en forma diligente en el PP, o que la Etapa Preparatoria no tiene cronograma de tiempo, demuestra desconocimiento de la normativa legal, pero además corrobora y ratifica que ese hecho se produjo en el PP.

- *En su recurso señala que "la falta de ratificación de la denuncia" no restringe el avance del proceso penal, porque los delitos previsionales son a instancia de parte y que la AFP se apersona como denunciante, y que conforme al artículo 289 del CPP corresponde al Fiscal dirigir la investigación.*

La Declaración Informativa es un acto procesal establecido en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Fiscal a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP).

En ese ámbito legal, la declaración informativa es un acto procesal obligatorio que debe efectuar el denunciante y/o querellante oportunamente, caso contrario, importa negligencia y falta de diligencia como afirmó el investigador asignado al caso en su informe de 28 de mayo de 2012, dirigido al Fiscal, que señala: ***"La parte denunciante no coadyuva en la investigación, ni mucho menos se apersonó ante al suscrito investigador para prestar su declaración informativa, esta demostración es clara y contundente que no pretende cooperar en el accionar de la investigación, por lo que de modo expreso se conmine a la parte denunciante para que coadyuve en la investigación…"****.*

Por otra parte, el hecho de que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, sea un delito de acción pública a instancia de parte, o que la AFP únicamente se haya constituido en denunciante, o que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de la investigación, no es un impedimento para el cumplimiento oportuno del acto procesal señalado; en el presente caso, recién se llevó a cabo el 15 de agosto de 2012, cuando la denuncia fue presentada el 28 de febrero de 2012, y que se produjo como consecuencia de la conminatoria dispuesta por la Fiscal en fecha 28 de mayo de 2012 y notificado a la AFP el 15 de agosto de 2012 a horas 11:45; lo que quiere decir que lejos de cumplir con su obligación legal, el denunciante (AFP) esperó a ser conminado por la Fiscalía para cumplir con la declaración informativa.

En cuanto a la declaración informativa del imputado, que se traduce es un acto procesal necesario de acuerdo a los artículos 92 y 97 del CPP, el mismo no se ha efectuado, no obstante que la denuncia fue presentada el 28 de febrero de 2012, aspecto que también denota falta

de diligencia del acusador particular (AFP), que debe considerar que al ejercer dicha calidad "acusadora" debe realizar las gestiones procesales necesarias para que se lleve adelante ese acto procesal, lo contrario, dará lugar a una demora injustificada en el PP como acontece, considerando además que el proceso aún permanece en la fase de la "investigación preliminar" de la Etapa Preparatoria.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 3, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 4 (…)

- *El regulado sostiene en su recurso que cada incumplimiento por parte del empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP. Asimismo, alega que el ampliar la denuncia por nuevos periodos adeudados influenciará negativamente el proceso.*

  La AFP debió considerar la ampliación a la denuncia penal, y no así, iniciar otras denuncias penales en forma consecutiva por los nuevos periodos apropiados (de forma continuada), violando el ***"principio de identidad de personas, objeto y causa"****, puesto que en cuanto a* ***"identidad de personas o de sujetos****" para el presente caso y los anteriores, es BBVA Previsión AFP S.A como denunciante o víctima y José Eduardo Farfán Mealla como imputado; en cuanto al* ***"objeto"*** *del PP para los casos anteriores (3) y el presente, es el esclarecimiento de un posible hecho ilícito (artículo 345 Bis del CP) y la sanción del autor y; en lo referente a la* ***"causa"*** *entendida para los PP anteriores y para este, el incumplimiento de transferir los aportes de sus trabajadores como agente de retención a la entidad señalada (AFP) y apropiarse de los mismos.*

  Asimismo, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada ej. mes por mes), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  En ese ámbito, el regulado debe atender lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales y aplicación de las normas materiales, como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas.

  En cuanto a que el ampliar la denuncia penal por nuevos periodos apropiados influenciará negativamente al PP, dicha afirmación carece de sustento legal, puesto que la ampliación además de obedecer a las normas y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro.

  Además, el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta valioso, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), lo contrario, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

Por lo tanto, el iniciar diferentes procesos penales de forma continuada en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo como aconteció (fechas 25 de noviembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 16 de marzo de 2012), demuestra impericia y falta de cuidado de la AFP, que se contrapone a lo dispuesto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

- *La AFP manifiesta en su recurso, respecto a los Avisos de Cobranza presentados en calidad de prueba, que de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49-2 del CPP) será competente el juez de la residencia del imputado, y habiéndose presentado la denuncia ante dicha autoridad jurisdiccional es irrelevante en lugar donde fue notificada la mora al empleador.*

  Los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora" tienen por finalidad dar a conocer, informar, comunicar y advertir al empleador del adeudo para que regularice su situación ante el SIP, gestión que se efectúa en atención a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley N° 065.

  Asimismo, la Apropiación Indebida de Aportes es un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP) que presupone del autor del ilícito "conocimiento y voluntad" (artículo 14 del CP), consecuentemente, los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora", que fueron presentados en la denuncia en calidad de prueba, no pueden ser contradictorios en cuanto lugares, fechas y montos como aconteció en el presente caso motivo de Cargo, por tanto, no se trata de un hecho irrelevante como sostiene erróneamente la AFP, más aún si consideramos que fueron presentados en calidad de prueba.

  En ese sentido, al contener las "Cartas de Aviso" presentadas en calidad de prueba serias contradicciones en cuanto a montos, fechas y lugares, demuestra y ratifica falta de cuidado de parte del regulado.

- *En cuanto a la actividad probatoria y falta de diligencia, la AFP afirma que el artículo 171 del CPP no significa "inventarse pruebas que no existen", que le corresponde al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios.*

  En nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria** conforme establece el artículo 171 del CPP, **es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.

  *La actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, **la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso**.*

  En ese sentido, la labor del regulado en el PP no culmina con la sola presentación de la denuncia, está en la obligación de realizar la actividad probatoria de manera responsable y prolija, coadyuvando mínimamente al Ministerio Público y lograr la imputación formal (artículo 302 del CPP).

  Por lo tanto, el sostener que la falta de actividad probatoria y consiguiente paralización del PP (de marzo a noviembre de 2012) se debió a la "falta de prueba" se trata de una apreciación subjetiva e insólita que carece de sustento legal.

Por otra parte, los "Medios de Prueba" se encuentran regulados en el Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal, por lo que resulta impertinente afirmar que la APS incumplió a su deber por no regular hechos ya regulados que corresponden a otra instancia.

- *El regulado afirma que la APS de manera incorrecta expresó que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del PP, porque los delitos previsionales son a instancia de parte, además sostiene que la AFP se apersona como denunciante y no así como querellante, y de acuerdo al artículo 289 del CPP, presentada la denuncia le corresponde al Fiscal dirigir la investigación.*

  Al respecto, la Declaración Informativa es un acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Fiscal a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007).

  En ese ámbito legal, la Declaración Informativa es un acto procesal obligatorio que debe realizar el denunciante y/o querellante oportunamente, lo que no aconteció, puesto que la denuncia fue presentada el 29 de marzo de 2012 y la Declaración recién se produjo el 07 de noviembre de 2012, y como consecuencia de la observación efectuada en el presente proceso, hecho que demuestra negligencia.

  Por otra parte, así se trate de un delito de acción pública a instancia de parte o que la AFP únicamente se haya constituido en denunciante o que el Fiscal dirija la investigación, no son motivos suficientes para no atender diligentemente dicho acto procesal obligatorio.

  En lo que respecta a la declaración informativa del imputado, este acto procesal obligatorio y necesario no se ha llevado adelante, cuando el denunciante (AFP) en su calidad de acusador particular tiene la obligación de realizar las gestiones procesales necesarias para que se cumpla, lo contrario, dará lugar a la prolongación innecesaria del PP como acontece, considerando además que el PP aún permanece en la fase investigativa preliminar de la Etapa Preparatoria no obstante del tiempo transcurrido desde la presentación de la denuncia.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 4, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 5 (…)

- *La AFP afirma en su recurso que cada incumplimiento al pago de aportes por parte del Empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP. Asimismo, afirma que el ampliar la denuncia por nuevos periodos adeudados influenciará negativamente el proceso.*

  *La ampliación a la denuncia penal responde a principios procesales como el **"de identidad de personas, objeto y causa"**, aplicables al caso, en consideración a que en cuanto a la*

***"identidad de personas o de sujetos"**, para el presente PP y los anteriores, es BBVA Previsión AFP S.A como denunciante y José Eduardo Farfán Mealla como imputado; en cuanto al **"objeto"** del PP para los casos anteriores (4) y el presente, es el esclarecimiento de un posible hecho ilícito (artículo 345 Bis del CP) y la sanción del autor y; en lo referente a la **"causa"** entendida para los PP anteriores y para este, el incumplimiento de transferir los aportes de sus trabajadores como agente de retención a la entidad señalada (AFP) y apropiarse de los mismos.*

Además responde a lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

Aclarando que la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados no influenciará negativamente al PP, puesto que la ampliación además de cumplir con las normas y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta derecho alguno del imputado.

Lo contrario, iniciar denuncias penales consecutivas (25 de noviembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012, 16 de marzo de 2012 y 22 de mayo de 2012) en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo como aconteció, demuestra falta de cuidado en las gestiones y actuaciones procesales, postergando los efectos y fines que persigue el PP.

Además, se tiene que considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta valioso, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal "extensión del daño causado", lo contrario, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

- *La AFP señala en su recurso, en cuanto a la falta de diligencia y actividad probatoria, que el artículo 171 del CPP no significa "inventarse pruebas que no existen", además que le corresponde al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios.*

  El principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema penal se encuentra previsto en el artículo 171 del CPP, que prevé que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba. Ello significa que para demostrar el ilícito penal, Apropiación Indebida de Aportes, la parte acusadora (AFP) podrá y deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico.

  En ese sentido, la labor del regulado en el PP no concluye con la sola presentación de la denuncia, tiene la obligación de realizar la actividad probatoria de manera prolija, oportuna y responsable, coadyuvando mínimamente al Ministerio Público, entendiendo además que su participación en el PP deviene del cumplimiento a la Ley N° 065.

Por otra parte, el CPP, se ha encargado reglamentar sobre la Prueba en el Proceso Penal, por lo que, no corresponde a la APS regular sobre hechos ya regulados que corresponden a otra instancia.
Lo expuesto precedentemente, demuestra que los argumentos vertidos por la AFP carecen de respaldo legal y son insuficientes para justificar la falta de diligencia y actividad probatoria en el PP.

- *En cuanto al error que contiene la declaración informativa del denunciante con relación al monto apropiado por el imputado, la AFP sostiene: "Respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito fue subsanado…". Asimismo, arguye que en su condición de denunciante no es parte del proceso y que corresponde al Fiscal llevar adelante las investigaciones, y que solicitó la declaración del imputado en el memorial de denuncia, existiendo además error en la interpretación del artículo 149 de la Ley de Pensiones.*

  Al respecto, en cuanto al error del monto apropiado, motivo del litigio, que contiene la Declaración Informativa del denunciante y no así la denuncia como expresa incorrectamente la AFP en su recurso, fue aclarado en fecha 08 de noviembre de 2012, después de haber transcurrido más de ciento diez (110) días de prestada la declaración de fecha 20 de junio de 2012 y se efectuó advertido del error por parte de la APS, extremó que demuestra y ratifica la falta de cuidado en el PP.

  En cuanto a su condición de parte denunciante en el PP, es necesario reiterar que no es un hecho casual, deviene del cumplimiento a la ley, así lo establecen los artículos 177, 106 y 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, de Pensiones, en concordancia con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, consiguientemente, su participación en el PP es de carácter obligatorio y no acaba con la sola presentación de la denuncia, deberá participar activamente en su condición de parte acusadora, ello independientemente a que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones.

  En cuanto a la declaración informativa del imputado, es evidente que la AFP solicitó al Fiscal dicho actuado procesal en su memorial de denuncia de 22 de mayo de 2012, pero ello no significa, que lo exonera de la obligación de verificar de que la autoridad, oportunamente, lleve adelante dicho acto procesal, lo que no aconteció, puesto que recién por memorial de 10 de diciembre de 2012, reiteró se cite al imputado para que preste su declaración informativa, es decir, después de más de ciento ochenta (180) días de presentada la denuncia.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 5, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 6</u> (…)

- *La AFP en su recurso señala que cada incumplimiento al pago de aportes por parte del Empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP.*

  Al respecto, se debe tener presente lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

Aclarando que la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito, en un delito continuado.

El ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados no influenciará negativamente al PP, ya que la ampliación además de cumplir con las normas y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta derecho alguno del imputado.

Además, se tiene que considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta valioso, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), lo contrario, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

- *La AFP refiere en su recurso que "al iniciarse un nuevo proceso penal por un nuevo periodo adeudado, al tratarse de una empresa (Persona Jurídica) debe dirigirse la denuncia a su representante legal actual, no obstante que posteriormente en el proceso se defina la responsabilidad de quién o quienes representan a la empresa en el periodo en que se debía cancelar la obligación".*

  La interpretación que efectúa el regulado contradice la norma que en su artículo 345 – V Bis. del CP, expresamente señala: "A los efectos de la aplicación del presente Artículo, si el empleador fuera persona jurídica, <u>serán responsables la persona o personas individuales que funjan como representantes legales en el periodo en el que se tenía que cumplir con la obligación</u>…", y en su artículo 285 del CPP que establece: "<u>La denuncia contendrá</u>, en lo posible, la relación circunstanciada del hecho, <u>con indicación de los autores</u> y participes…".

  Ello quiere decir que a los efectos de responsabilidad penal, en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, lo será el representante legal en el periodo incumplido y no necesariamente, el nuevo representante legal, salvó si persiste la negativa al incumplimiento de la obligación adeudada.

  En la especie, se inició demanda penal en contra José Saúl Peredo Ledezma, solo por el hecho de ser, según la AFP nuevo representante legal de la CNS, empero no justificó que fungía como responsable legal en el periodo que se tenía que cumplir con la obligación.

- *En cuanto a la falta de diligencia, el regulado señala en su recurso que la Etapa Preparatoria del PP, puede durar hasta seis (6) meses ampliables a dieciocho (18) y que existe una interpretación errónea del artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065.*

  Al respecto, la duración máxima de la Etapa Preparatoria establecida en el artículo 134 del CPP, que invoca incorrectamente el regulado, está corre a partir la notificación con la imputación formal al imputado según el artículo 301 del CPP, encontrándose el PP en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.

  Asimismo, el hecho de que el PP se encuentre en la Etapa Preparatoria, no significa que el denunciante (AFP) actúe con negligencia faltando a sus deberes que deviene de la Ley de

Pensiones, y que le da la titularidad para el inicio de PP, labor o "servicio" que debe llevar adelante con absoluta diligencia y responsabilidad.

En la especie, la falta de diligencia se patentiza en el hecho que desde el memorial 31 de julio de 2012 al memorial de 10 de diciembre de 2012, no existe movimiento procesal alguno, aspecto que no fue justificado debidamente por el regulado ya que sus argumentaciones carecen de respaldo legal.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 6, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 7</u> (…)

- *El regulado en su recurso señala que la denuncia presentada cumple con lo determinado en el artículo 285 del CPP, que existe carencia de elementos de prueba, y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP.*

  Al respecto, de la revisión de la fotocopia del memorial de denuncia presentado por la AFP se advierte que la misma no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 285 del CPP, ya que la misma establece erróneamente periodos apropiados ***(julio/2011)*** *que contradicen a los señalados en la Nota de Débito* ***(enero/2011 - abril/2011 - junio/2011)*** *presentada en calidad de prueba, que a decir de la Administradora son los correctos, ello implica que no existe correlación entre la denuncia y prueba aportada que importa falta de cuidado de parte de la administradora.*

  En cuanto a la carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes que arguye la AFP para justificar la no admisión a la denuncia presentada, se trata de una apreciación subjetiva, por cuanto el artículo 171 del CPP establece la "Libertad Probatoria", significa que a momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación de la misma, el denunciante podrá presentar todo elemento licito de convicción (ej. prueba instrumental) que puedan conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho.

  En lo referente a que la APS no reguló sobre la "prueba" incumpliendo lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley N° 065, que establece: ***"El Órgano Ejecutivo y <u>el Organismo de Fiscalización reglamentaran y regularan la presente Ley en el marco de su competencia</u>",*** *se trata de una afirmación incorrecta, puesto que el artículo 168 del mismo cuerpo legal, inherente a las funciones y atribuciones de esta Autoridad, no expresa que pueda regular sobre la prueba en el Proceso Penal, siendo una función ajena a su competencia, que por cierto ya se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal, por lo que llama profundamente la atención que la Administradora pida a la APS que usurpe funciones que no le competen.*

  Por otra parte, la Resolución N° 58/2012 de 19 de abril de 2012, emitida por la Unidad de Análisis de la Fiscalía, que dispone la: ***"NO ADMISIÓN DE LA DENUNCIA formulada por MILAN GROVER ROSALES VERA por no haber subsanado en el plazo previsto en la observación"****, en su Relación de Derecho menciona que en fecha 09 de enero de 2012 se observó la denuncia determinando que previamente a su admisión presente el denunciante (AFP) documentación adicional, como la constancia de la recepción del Proceso Coactivo Social – PCS y la notificación del Título Coactivo, o detallar el nombre y domicilio de las víctimas; observaciones que no fueron cumplidas ni siquiera parcialmente, es más la AFP no se apersonó ante la Fiscal Analista lo que motivo al archivo de obrados como refiere la Resolución al mencionar: "El Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de atención al Público, Unidad de Análisis y*

Solución Temprana, establece en el punto 2 última parte: Si la parte interesada no se apersona en el lapso de 30 días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía" .

La Resolución N° 58/2012 dictada por la Fiscalía es elocuente, demuestra sin lugar a dudas la falta de diligencia del regulado, puesto que no procedió a subsanar la observación del Ministerio Público en el plazo establecido, que por cierto no fue aclarado por el regulado, limitándose a justificar su accionar aduciendo que existe carencia de elementos probatorios o que la APS no reguló sobre la prueba en el PP, argumentaciones que carecen de respaldo legal.

En ese sentido, las argumentaciones vertidas por el regulado no son suficientes para justificar los motivos o causas que impidieron al cumplimiento mínimo de lo dispuesto por la Fiscal, o su ausencia prolongada (no apersonarse ante esa instancia), que dio lugar a la no admisión de la denuncia por parte de la Fiscalía.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 7, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 8 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de diligencia y actividad probatoria, señala que el artículo 171 del CPP no significa "inventarse pruebas que no existen", que le corresponde al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios.*

En nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria conforme establece el artículo 171 del CPP, salvo las limitaciones previstas en el artículo 172 del Código Adjetivo Penal, es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.

En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.

En ese sentido, la labor del regulado en el PP no culmina con la sola presentación de la denuncia, está en la obligación de realizar la actividad probatoria de manera responsable, coadyuvando mínimamente al Fiscal, quien efectivamente tiene a cargo la dirección funcional de la investigación, pero ello no significa que deba realizar actos propios del denunciante.

Por otra parte, conforme al artículo 168 de la Ley N° 065, no le corresponde a la APS regular sobre la prueba o medios probatorios en el PP, siendo una competencia ajena a sus funciones. Además, el Código de Procedimiento Penal boliviano, es bastante ilustrativo sobre el tema en cuestión.

En tal razón, las argumentaciones expuestas por la AFP que carecen de respaldo legal, no son suficientes para justificar la paralización del PP, desde el 28 de febrero de 2012 al 08 de noviembre de 2012, periodos en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del PP.

- *La AFP en lo referente a la falta de diligencia, expresa en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  Al respecto, en aplicación a los artículos 149 literales i), j) y v), 106 y 177 de la Ley N° 065, uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, consiguientemente, no existe interpretación errónea de la norma de parte de la Autoridad, siendo un deber inexcusable del regulado atender el "servicio" de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad, así se trate de un proceso de acción penal pública a instancia de parte, cuya actuación es ineludible.

  En cuanto a la duración máxima de la Etapa Preparatoria establecida en el artículo 134 del CPP, está corre a partir de la notificación con la imputación formal al imputado de acuerdo al artículo 301 del CPP y no así desde la presentación de la denuncia como erróneamente considera el regulado. Asimismo, el presente PP que no cuenta con imputación formal, se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP. Aclarando que independientemente de los plazos fijados por la norma, ello no es óbice para que el denunciante no actúe con la responsabilidad y diligencia necesaria que se requiere.

  De lo expuesto se tiene que las argumentaciones vertidas por el regulado son insuficientes para justificar la paralización del PP durante los periodos observados, como también son insuficientes para justificar la demora en la Declaración Informativa del denunciante que se produjo el 08 de noviembre de 2012, es decir, después de la observación efectuada por la APS y de haber transcurrido aproximadamente doscientos cuarenta (240) días desde la presentación de la denuncia (28 de febrero de 2012), así como son insuficientes para justificar la falta de declaración del imputado.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 8, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

  AL CARGO N° 9 (…)

- *La AFP expresa en su recurso que cada incumplimiento al pago de aportes por parte del Empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP. Asimismo, afirma que el ampliar la denuncia por nuevos periodos adeudados influenciará negativamente el proceso.*

  *Al respecto, la ampliación a la denuncia penal responde a principios procesales como el **"principio de identidad de personas, objeto y causa"**, aplicable al presente caso en consideración a que en cuanto a la **"identidad de personas o de sujetos**", para el presente PP y el anterior, es BBVA Previsión AFP S.A como denunciante o víctima y Teresa Rescala Nemtala como imputado; en cuanto al **"objeto"** del PP para el caso anterior y el presente, es el esclarecimiento de un posible hecho ilícito (artículo 345-I Bis del CP) y la sanción del autor y; en lo referente a la **"causa"** entendida para el PP anterior y para este, el incumplimiento de transferir los aportes de sus trabajadores como agente de retención a la entidad señalada (AFP) y apropiarse de los mismos.*

Asimismo, la ampliación a la denuncia, responde a la aplicación de las normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

La apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

Por otra parte, el ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados no influenciará negativamente al PP, puesto que la ampliación además de cumplir con las normas materiales y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta derecho alguno del imputado, todo lo contrario, se ajusta a lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

Lo contrario, iniciar denuncias penales consecutivas en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo como aconteció, cuando se pudo ampliar la primera denuncia, demuestra falta de cuidado en las gestiones y actuaciones procesales, postergando los efectos y fines que persigue el PP.

Además, se tiene que considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta valioso, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), lo contrario, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

- *La AFP manifiesta en su recurso que las diferencias que señalan las cartas de "Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora" y la Nota de Débito se debe a que al momento de emitirse esta última se ajustan los montos en relación de los intereses, además que en materia penal solo se contemplan montos de la deuda real.*

  Lo afirmado por la AFP no es evidente, puesto que los errores que contienen los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora" presentados en el PP no solo se limitan al monto apropiado sino también a los periodos, que difieren sustancialmente al señalado en la Nota de Débito, también presentada en calidad de prueba.

  Además, los "Avisos" también fueron presentados en la otra denuncia penal (de fecha 15 de febrero de 2012) incoada en contra Teresa Rescala Nemtala, aspectos que no han sido aclarados por la AFP y que denota falta de cuidado en la gestión judicial de cobro.

- *El regulado, en lo referente a la falta de diligencia, argumenta en su recurso que la Etapa Preparatoria del PP, puede durar hasta seis (6) meses ampliables a dieciocho (18) y que existe una interpretación errónea del artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065.*

  La duración máxima de la Etapa Preparatoria establecida en el artículo 134 del CPP, que invoca incorrectamente el regulado, corre a partir de la notificación con la imputación formal al imputado de acuerdo al artículo 301 del CPP y no así desde la presentación de la denuncia. Asimismo, el presente PP que no cuenta con imputación formal, se encuentra en la primera

fase de la Etapa Preparatoria denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.

El hecho de que el PP se encuentre en la Etapa Preparatoria (fase investigativa preliminar) no significa que el denunciante (AFP) pueda actuar con negligencia faltando a sus deberes que deviene de la Ley de Pensiones, y que le da la titularidad para el inicio y prosecución del PP, labor o "servicio" que debe llevar adelante con absoluta diligencia y responsabilidad.

Consiguientemente, los motivos expuestos son insuficientes para justificar la inactividad procesal de parte de la AFP, corroborada por el cuaderno de investigación, que demuestra que desde la fecha de la presentación de la denuncia que aconteció el 27 de abril de 2011, al último actuado procesal (informe de 9 de julio de 2012), la Administradora no realizó actividad probatoria alguna, es más, la paralización es evidente en sentido que desde ese actuado (informe de 09 de julio de 2012) al memorial de desistimiento presentado el 09 de octubre de 2012, no existe evidencia de gestión procesal alguna.

- *Por último, señala en su recurso: "El hecho de la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal debe ser reconocido por la Autoridad de Pensiones como una gestión positiva de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial…".*

  Naturalmente, la APS pondera la recuperación de los montos apropiados, empero, el regulado debe entender que ese hecho, no puede invocarse como una excusa para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados que son anteriores al desistimiento de la acción penal.

  Además, llama profundamente la atención el Informe de fecha 09 de julio de 2012, emitido por el investigador asignado al caso Sbtte. Víctor Gutiérrez, que fue puesto a conocimiento del Fiscal, que señala: "Con relación al presente caso, debo informar que en fecha 28 de junio del presente me constituí a (sic) oficinas de BBVA PREVISION AFP, ubicado en la AV. 6 de agosto esq. Campos, para constatar si evidentemente el daño fue resarcido por parte de los denunciados, en el lugar tome contacto con el abogado apoderado del presente caso Dr. Jorge Alberto Amantegui, quien indico que evidentemente ya se resarció el daño y que en los próximos días presentarían en Fiscalía, el desistimiento del mismo". Ello significa, que la AFP causó la paralización o suspensión del PP durante varios meses sin que previamente se haya regularizado la restitución de lo apropiado indebidamente, puesto que este hecho se consolidó con la presentación del desistimiento de la acción penal que aconteció el 09 de octubre de 2012.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 9, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 10</u> (…)

- *La AFP señala en su recurso que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP. Además, sostiene que el ampliar la denuncia por nuevos periodos adeudados influenciará negativamente el proceso.*

*La ampliación a la denuncia penal responde a principios procesales como el **"principio de identidad de personas, objeto y causa"**, aplicable al caso en consideración a que en cuanto a la **"identidad de personas o de sujetos",** para el presente PP y los anteriores, es BBVA Previsión AFP S.A como denunciante o víctima y Teresa Rescala Nemtala como imputado; en cuanto al **"objeto"** del PP para los casos anteriores y el presente, es el esclarecimiento de un posible hecho ilícito (artículo 345-I Bis del CP) y la sanción del autor y; en lo referente a la **"causa"** entendida para los PP anteriores y para este, el incumplimiento de transferir los aportes de sus trabajadores como agente de retención a la entidad señalada (AFP) y apropiarse de los mismos.*

La ampliación a la denuncia por nuevos periodos apropiados, responde a lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

En ese ámbito legal, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente al PP, puesto que la ampliación además de cumplir con las normas y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, acorde al cumplimiento de lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065; aclarando además que la ampliación a la denuncia penal no lesiona derecho alguno del imputado.

Además, iniciar denuncias penales consecutivas (15 de febrero de 2012, 23 de abril de 2012, 22 de mayo de 2012) en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo como aconteció demuestra falta de cuidado en las gestiones y actuaciones procesales, postergando los efectos y fines que persigue el PP.

- *El regulado manifiesta que de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49-2 del CPP) será competente el juez de la residencia del imputado, y habiéndose presentado la denuncia ante dicha autoridad jurisdiccional es irrelevante el lugar donde fue notificada la mora al empleador.*

Al respecto, la falta de cuidado se expresa en los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora" presentados en calidad de prueba, los mismos contienen periodos y montos diferentes al señalado en la denuncia, que inclusive fueron presentadas también en calidad de prueba en los otros procesos penales seguidos en contra de la imputada.

Asimismo, la falta de cuidado de parte de la AFP se vio expresada en la Declaración Informativa del denunciante de fecha 20 de junio de 2012, que señala incorrectamente periodo diferente al de la denuncia (febrero/2011 por diciembre/2011), y que si bien este aspecto fue aclarado, se produjo atendiendo la observación de la APS, el 08 de noviembre de 2012, es decir después de haber transcurrido más de ciento veinte (120) días de haberse producido.

*Las contradicciones en los "Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora" y en Declaración Informativa del denunciante (AFP) de 20 de junio de 2012, dio lugar a que la Fiscal ordene a la UMSA remita fotocopias de las planillas de sueldos de los meses **febrero, marzo y abril/2011**, cuando el motivo de la denuncia es la apropiación de aportes correspondiente al periodo*

diciembre/2011. *Dicho Requerimiento Fiscal, tampoco fue observado por la AFP en perjuicio del PP.*

En esa línea, el sostener que es irrelevante el lugar donde fue notificada la mora al empleador o que se atendió las reglas de competencia, no es justificativo suficiente para desvirtuar el Cargo, en consideración a que los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora" presentados en calidad de prueba deben tener relación de correspondencia con la denuncia. Asimismo, la Declaración Informativa del denunciante debe precisar con exactitud los periodos y montos apropiados por el imputado, y en caso de que contenga error la declaración, subsanar a la brevedad posible.

Por otra parte, se debe tener presente que la Apropiación Indebida de Aportes es un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP) que presupone del autor de ilícito "conocimiento y voluntad" (artículo 14 del CP), consecuentemente, los "Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora", que fueron presentados en la denuncia en calidad de prueba, no pueden ser contradictorios en cuanto lugares, fechas y montos como aconteció en el presente caso motivo de Cargo.

- *La AFP, en cuanto a la falta de diligencia y cuidado, afirma que la Etapa Preparatoria del PP dura hasta seis (6) meses ampliables a dieciocho (18) y que existe una interpretación errónea del artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065.*

  La duración de la Etapa Preparatoria que expresa el artículo 134 del CPP, se computa a partir de la notificación con la imputación formal al imputado y no así desde la presentación de la denuncia como erróneamente sostiene la AFP, así lo establece el artículo 301 del CPP, encontrándose el PP en la primera fase de la Etapa Preparatoria, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.

  El hecho de que el PP se encuentre en la Etapa Preparatoria no es óbice para que el denunciante actúe con negligencia faltando a sus deberes de llevar adelante la causa con diligencia y responsabilidad, lo que aconteció, puesto que, conforme al cuaderno de investigación desde la emisión del Requerimiento de fecha 19 de julio de 2012 al memorial de fecha 08 de noviembre de 2012 (sobre aclaración de periodos adeudados), la Administradora no realizó gestión procesal alguna, permitiendo la paralización del PP.

  Por otra parte, es necesario aclarar al regulado que uno de los "servicios" que presta es la cobranza en la vía judicial, que debe llevar adelante con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, en aplicación a los artículos 149 literales i), j) y v), 106 y 177 de la Ley N° 065, consiguientemente, no existe interpretación errónea de la norma de parte de la APS, todo lo contrario, existe un desconocimiento a sus obligaciones de parte de la AFP.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 10, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 11 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de diligencia y actividad procesal, manifiesta en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria, misma que no impone un cronograma de tiempo y que el artículo 149 en sus literales i), j) y v) de la Ley N° 065 no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

Al respecto, es necesario señalar previamente que los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, se encuentran identificados por periodos específicos de tiempo, desde el Acta de Declaración Informativa de 30 de noviembre de 2011, al memorial presentado el 19 de septiembre de 2012, es decir, existió paralización del PP por más de (270) días.

Por otra parte, la duración máxima de la Etapa Preparatoria establecida en el artículo 134 del CPP, corre a partir de la notificación con la imputación formal al imputado de acuerdo al artículo 301 del CPP y no así desde la presentación de la denuncia como erróneamente considera el regulado. Asimismo, el presente PP que no cuenta con imputación formal, se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP. Además, el hecho de que la Etapa Preparatoria en cuanto a su duración tenga un plazo, ello no significa que el denunciante se sustraiga de sus obligaciones y no actúe con la diligencia necesaria que se requiere.

Asimismo, justifica su conducta indicando que la normativa de pensiones no le impone la obligatoriedad de prestar los "servicios" de llevar adelante los procesos penales con diligencia, cuando los artículos 149 literales i), j) y v), 106 y 177 de la Ley N° 065, son bastante claros y expresan todo lo contrario a lo afirmado por el regulado.

En ese sentido, el tratar de justificar la paralización o abandono del PP con el argumento de la extensión de la Etapa Preparatoria o que existe una errónea interpretación de la norma de pensiones, se trata de especulaciones que carecen de apoyo legal.

Por otra parte, el sostener que al tratarse un delito de acción pública a instancia de parte, sólo le correspondería como AFP sentar la denuncia, es un apreciación por demás subjetiva e incorrecta, ya que su obligación es llevar adelante todo el proceso judicial hasta su conclusión con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia" puesto que dicha labor deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones.

- *La Administradora sostiene por otra parte, que ha cumplido su labor con la presentación de la denuncia y que correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, aludiendo además que existe carencia de pruebas en el delito de Apropiación Indebida de Aportes y que la APS incumplió con su labor al no haber regulado sobre la prueba y aspectos probatorios en el PP.*

Al respecto, conforme al artículo 171 del CPP, en nuestro sistema de persecución penal, rige el "principio de libertad probatoria", es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.

En ese sentido, no es cierto ni evidente que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes exista carencia de pruebas, todo lo contrario, el denunciante (AFP) podrá acudir a Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, en su Libro Cuarto referente a los MEDIOS DE PRUEBA, en su Título I al V (artículos 171 al 220 del CPP).

Por otra parte, es evidente que le corresponde al Fiscal dirigir la investigación de acuerdo al artículo 70 del CPP, pero también ***es indiscutible el hecho que a la parte acusadora (AFP) le corresponde los "actos de aportación de hechos"*** *necesarios para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, conforme al artículo 277 del CPP, reiterando que la intervención de la AFP en el PP, no es la de un simple denunciante, su intervención deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones.*

En cuanto a que la APS incumplió su deber al no regular sobre la prueba en el PP, de la lectura de los artículos 197 y 168 literal l) de la Ley N° 065, se advierte que la interpretación efectuada por la AFP es incorrecta, ya que no le corresponde a esta Autoridad regular aspectos ajenos a su competencia como lo son la prueba y aspectos probatorios en el PP.

En consecuencia, las argumentaciones expuestas por la AFP para justificar la falta de diligencia son insuficientes y carecen de respaldo legal.

- *Finalmente, argumenta que "ni los Fiscales ni los investigadores quieren impulsar el proceso penal contra el Ministro de Gobierno, lo cual dificulta el desarrollo de las diligencias procesales".*

  Dicha afirmación, por demás subjetiva, no cuenta con prueba material que la justifique, por otra, se debe tener presente que el artículo 115 -II de la CPE, garantiza una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, en ese sentido, cuando se presentan dilaciones indebidas que responden a la conducta de los funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial, o Policía Nacional cuando cumplan funciones de policía judicial, el denunciante (AFP) debe realizar las gestiones que correspondan para evitar la paralización o suspensión del PP, a través de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas.

  En consecuencia, encontrándose el PP en la fase de la investigación preliminar, de presentarse dilaciones indebidas atribuibles al Ministerio Público o Policía Nacional, le corresponde a la AFP acudir a la instancia pertinente, sea el Fiscal Departamental, atendiendo la Ley N°260 de 11 de julio de 2012, que en su artículo 34 numeral 3) establece: "Ejercer la supervisión del ejercicio de las investigaciones por los Fiscales de Materia", en su numeral 14) del citado artículo, señala: "A requerimiento del Fiscal de Materia, solicitar a la autoridad policial competente la aplicación de procesos disciplinarios, para los servidores y servidoras policiales que sean separadas o separados de la investigación por haber incumplido requerimientos Fiscales o por haber actuado en forma negligente o ineficiente, bajo responsabilidad"; o en su caso, acudir ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza el control jurisdiccional, de acuerdo al artículo 54 numeral 1) del CPP, que establece que son competentes para: "El control de la investigación, conforma a las facultades y deberes previstos en este Código"; lo que no aconteció, dando lugar a la paralización del PP por más de doscientos setenta (270) días.

  Por último, es necesario aclarar que la denuncia presentada el 03 de noviembre de 2011 se encuentra dirigida en contra de Leoncio Laguna Barrón, el Acta de Declaración Informativa de 30 de noviembre de 2011, también refiere como imputado a Leoncio Laguna Barrón y posteriormente a la paralización del PP por más de (270) días, recién por memorial presentado el 19 de septiembre de 2012, la AFP menciona como representante legal del Ministerio de Gobierno al Lic. Carlos Romero, significa que la paralización del PP, motivo de Cargo, se suscitó con anterioridad al memorial presentado el 19 de septiembre de 2012.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 11, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 12 (…)

- *La AFP en su recurso señala como justificativo que la denuncia presentada cumple con lo determinado en el artículo 285 del CPP, que existe carencia de elementos de prueba y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP.*

Al respecto, de la revisión de la fotocopia del memorial de denuncia presentado por la AFP se advierte que la misma no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 285 del CPP, ya que establece como periodo apropiado ***julio/2011*** *cuando la Nota de Débito presentada en calidad de prueba menciona enero/2011, febrero/2011, marzo/2011, abril/2011, junio/2011 y julio/2011, ello significa que la denuncia no expresa todos los periodos apropiados por el imputado, consecuentemente, no existe relación de correspondencia entre la denuncia y la prueba aportada, denotando falta de cuidado de la AFP en el PP.*

En cuanto a la carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes que arguye la AFP, es una apreciación subjetiva, por cuanto el artículo 171 del CPP establece la "Libertad Probatoria", significa que a momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación de la misma, el denunciante podrá presentar todo elemento licito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho.

En lo referente a que la APS no reguló sobre la "prueba" en el PP, incumpliendo dispuesto en el artículo 197 de la Ley N° 065, que establece: ***"El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentaran y regularan la presente Ley en el marco de su competencia",*** *se trata de una afirmación incorrecta, puesto que de acuerdo al artículo 168 del mismo cuerpo legal, inherente a las funciones y atribuciones de esta Autoridad, se evidencia que no expresa que pueda regular sobre la prueba en el Proceso Penal, siendo una función ajena a su competencia, que por cierto ya se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal.*

Por otro lado, el sostener que la denuncia no fue admitida por tratarse el imputado funcionario del Ministerio de Gobierno, se trata de una apreciación infundada, ya que la Resolución N° 48/2012 de 19 de abril de 2012 es bastante clara, se sustenta en el hecho de que el denunciante no cumplió mínimamente con las observaciones efectuadas, así expresa la Parte Dispositiva de la merituada Resolución: ***"…se dispone la NO ADMISIÓN DE DENUNCIA formulada por MILAN GROVER ROSALES VERA por no haber subsanado en el plazo previsto en la observación".***

- *El regulado en cuanto a la falta de cuidado, afirma que cada incumplimiento al pago de aportes por parte del Empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP.*

Es menester aclarar que ***la denuncia no fue admitida****, empero, existe otra iniciada en forma anterior (27 de octubre de 2011) que se encuentra en curso, dirigida en contra del mismo imputado y por el mismo delito, y que fue admitida por el Ministerio Público. Ello significa que la AFP, pudo solicitar la ampliación a la denuncia penal por los nuevos periodos apropiados de forma continuada, ampliación que no es un acto ilegal ni ilegitimo ya que responde a los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales y aplicación de las normas materiales, como el principio de economía procesal, principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa. Aclarando además que, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.*

En ese sentido, el hecho de iniciar denuncias penales consecutivas en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo como aconteció, demuestra falta de cuidado en las gestiones y actuaciones procesales, más aún considerando que la segunda denuncia no fue admitida.

- *La AFP, para justificar la no admisión a la denuncia sostiene que existe carencia de pruebas en el delito de Apropiación Indebida de Aportes y que la AFP incumplió con su labor al no haber regulado sobre la prueba y aspectos probatorios en el PP.*

  Conforme se manifestó en nuestro sistema de persecución penal, rige el "principio de libertad probatoria", es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba, en ese sentido, no es cierto ni evidente que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes exista carencia de pruebas.

  En cuanto a que la APS incumplió su deber al no regular sobre la prueba, se trata de una apreciación por demás subjetiva que desconoce la normativa de pensiones, ya que no le corresponde a la APS regular aspectos ajenos a su competencia, como la prueba, medios de prueba y actividad probatoria en el Proceso Penal.

  En ese sentido, las argumentaciones vertidas por el regulado son insuficientes para justificar los hechos que dieron lugar a la no admisión de la denuncia por parte de la Fiscalía, además no guardan relación alguna con las motivaciones expresadas en la Resolución N° 48/2012 de 19 de abril de 2012, que determina que previamente a la admisión, presente el denunciante documentación adicional, como la constancia de la recepción del Proceso Coactivo Social – PCS y la notificación del Título Coactivo, o detallar el nombre y domicilio de las víctimas; observaciones que fueron incumplidas en su totalidad, es más ni siquiera se apersonó ante la Fiscal dando lugar al archivo de obrados, así lo expresa la Relación de Derecho de la Resolución al expresar: "Dicha observación fue realizada el 09 de enero de 2012, al presente han transcurrido más de treinta días sin que la parte denunciante hubiera procedido a subsanar la observación realizada" y mencionar: "…El Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de Atención al Público Unidad de Análisis y Solución Temprana, establece en el punto 2 última parte: Si la parte interesada no se apersona en el lapso de 30 días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía".

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 12, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

  AL CARGO N° 13 (…)

- *El administrado, en cuanto a la falta de cuidado, expresa en su recurso que cada incumplimiento al pago de aportes por parte del empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP.*

  La ampliación a la denuncia penal responde a lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Aclarando que, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El hecho de realizar denuncias penales consecutivas en contra del mismo imputado y por el mismo delito, demuestra de parte de la AFP, falta de cuidado en las gestiones y actuaciones

procesales, postergando los efectos y fines que persigue el PP, desconociendo no lo solo los principios procesales y normas materiales, sino además, lo previsto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

Además, se tiene que considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta valioso, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), lo contrario, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

- *La AFP, en cuanto a la falta de diligencia, alega en su recurso que el artículo 134 CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i), j) y v) de la Ley N° 065 no se refiere a los "servicios" de las diligencias judiciales.*

  Al respecto, la falta de diligencia, se traduce en la tardía Declaración Informativa del denunciante (AFP), puesto que se realizó en fecha 07 de noviembre de 2012, es decir, después de más de doscientos diez (210) días de presentada la denuncia, que acaeció el 07 de febrero de 2012.

  Por otra parte, la falta de diligencia se expresa en el hecho de que desde el requerimiento fiscal de 17 de abril de 2012 a la Declaración Informativa del denunciante de fecha 07 de noviembre de 2012, no existe actuación procesal alguna, habiéndose paralizado el PP durante todo ese periodo, extremo que inclusive fue observado por el investigador asignado al caso en su informe de 12 de abril de 2012 que señala: "A la fecha la parte denunciante demuestra falta de interés puesto que no formaliza su denuncia (no presta su declaración informativa) ni coordina en la investigación aportando mayores datos motivos por el cual se sugiere se conmine señalando las sentencia (sic) constitucionales por abandono", informe que mereció el requerimiento fiscal de 17 de abril de 2012 que señala "se tiene presente".

  A ello, la AFP justifica su actuar aduciendo que el artículo 134 del CPP establece que la Etapa Preparatoria dura hasta seis (6) meses ampliables hasta dieciocho (18) meses, dando entender que la norma le permite emplear ese tiempo para realizar las diferentes actuaciones procesales, sin embargo, el artículo 301 del CPP señala: ***"El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código, comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"****, ello significa, que la extensión del plazo señalado en el artículo 134 del CPP, está condicionado a la imputación formal y su notificación,* ***acto procesal que no cuenta el PP****, consecuentemente, se encuentra en una fase anterior (SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto), denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.*

  Asimismo, se debe considerar que su participación en el PP deviene de un imperativo legal, Ley de Pensiones, que en sus artículos 106, 149 literales i), j) y v) y 177, le obliga a cumplir con el "servicio" de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

  Por lo tanto, los justificativos expuestos por el regulado son insuficientes ya que carecen de respaldo legal, manifestaciones que a su vez corroboran que existió durante los periodos observados falta de diligencia.

Por otra parte, el señalar que al tratarse de un delito de acción pública a instancia de parte, sólo le corresponde sentar la denuncia, es un apreciación por demás subjetiva, ya que su obligación es llevar adelante todo el PP hasta su conclusión, con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia", ya que dicha labor deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones; además, en su calidad de acusador debe instar todas las actuaciones procesales correspondientes, independientemente a que el imputado sea funcionario público, o que el Fiscal tenga a cargo la dirección funcional de las investigaciones.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 13, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 14 (…)

- *La AFP indica en su recurso que no existe error en el iniciar varios procesos penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, puesto que cada incumplimiento al pago de aportes por parte del empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, además refiere que la ampliación influenciará negativamente al Proceso Penal.*

  La ampliación a la denuncia penal responde a la aplicación de las normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, y la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Además, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador de forma continuada, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  Por otra parte, el ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado no influenciará negativamente la causa, ya que la ampliación además de cumplir con las normas materiales y principios procesales, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no quebranta derecho alguno del imputado, menos el artículo 7 del CPP invocado por el regulado, que se refiere a la aplicación de medidas cautelares y restrictivas, de aplicación del órgano jurisdiccional.

  En ese sentido, el hecho de iniciar denuncias penales "consecutivas" (ej. por cada periodo apropiado o adeudado) en contra del mismo imputado y por el mismo delito, demuestra de parte de la AFP, falta de cuidado en las gestiones y actuaciones procesales, postergando los efectos y fines que persigue el PP, desconociendo no lo solo los principios procesales y normas materiales, sino además, lo previsto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

- *El regulado para justificar la falta de diligencia en el PP manifiesta en su recurso: "Es lamentable que esa Autoridad no quiera admitir que impulsar un proceso penal contra el Ministro de Gobierno implica una serie de dificultades, como la de tratar de notificar al Ministro para que se apersone a declarar".*

  La argumentación vertida por el regulado no cuenta con respaldo material alguno, y se trata de una excusa general para no revelar su actitud pasiva en el PP, además la denuncia penal presentada en fecha 29 de marzo de 2012 fue dirigida en contra de Leoncio Laguna Barón, asimismo la Declaración Informativa del denunciante de 24 de abril de 2012 menciona como denunciado a Leoncio Laguna Barón, y recién por memorial presentado en fecha 19 de

septiembre de 2012, la AFP pide se incluya al Ministro de Gobierno; significa que desde 24 de abril de 2012 al 19 de septiembre de 2012, periodos de paralización del PP, dicho funcionario ni siquiera fue mencionado en el PP, consecuentemente ese aspecto no fue determinante para la suspensión.

- *La AFP alega en su recurso que el artículo 134 CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  Al respecto, los periodos sin movimiento procesal se encuentran claramente determinados por periodos específicos de tiempo, desde el 24 de abril de 2012 (Acta de Declaración Informativa del denunciante) al memorial presentado en fecha 19 de septiembre de 2012, es decir, más de ciento veinte (120) días de paralización de la causa.

  A ello, la AFP justifica su actuar aduciendo que el artículo 134 del CPP establece que la Etapa Preparatoria dura hasta seis (6) meses ampliables hasta dieciocho (18) meses, dando entender que la norma le permite emplear ese tiempo para realizar las diferentes actuaciones procesales, sin embargo, el artículo 301 del CPP señala: ***"El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código, comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"****, ello significa, que la extensión del plazo señalado en el artículo 134 del CPP, está condicionado a la imputación formal y su notificación,* ***acto procesal que no cuenta el PP****, consecuentemente, se encuentra en una fase anterior (SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto), denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.*

  Por otra parte, la AFP pretende justificar su conducta omisiva sosteniendo de forma errónea que la Ley de Pensiones no le obliga a prestar el "servicio" de atender los procesos judiciales en forma diligente, cuando los artículos 106, 149 literales i), j) y v), y 177 de la Ley N° 065, le impone la obligatoriedad de atender el "servicio" de la cobranza de las contribuciones en mora a través de procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

  En ese sentido, las argumentaciones expuestas sobre la duración máxima de la Etapa Preparatoria o la supuesta interpretación errónea de la Ley N° 065, no son motivos suficientes para enervar o desvirtuar el Cargo.

  En similar sentido, el justificar su conducta aduciendo que al tratarse un delito de acción pública a instancia de parte, sólo le corresponde sentar la denuncia, es una apreciación errónea, ya que su obligación es llevar adelante todo el PP hasta su conclusión con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia" puesto que dicha labor deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones; además en su calidad de parte acusadora debe instar todas las actuaciones procesales correspondientes, independientemente, el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 14, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

  AL CARGO N° 15 (…)

- *La AFP indica en su recurso que no existe error en el iniciar varios procesos penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, puesto que cada incumplimiento al pago de aportes*

por parte del empleador genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP.

La ampliación a la denuncia penal se sustenta en los artículos 4 y 45 del CPP, como también en la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

Asimismo, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continua y reiterada ej.: mes por mes), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

<u>El iniciar diferentes denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva</u>, como aconteció (denuncias de fechas 27 de octubre de 2011, 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 16 de marzo de 2012 y 23 de abril de 2012) no solo quebranta los principios procesales y normas materiales, sino además <u>posterga los efectos y fines que persigue el PP</u>, descociendo lo previsto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

Además, el ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos o montos apropiados por el imputado, para tramitarse en un único PP, no influenciará negativamente la causa, como sostiene erróneamente el regulado, todo lo contrario, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no violenta derecho alguno del imputado, siendo el invocado artículo 7 del CPP aplicable a las medidas cautelares y no así al presente caso.

Por otra parte, es menester referir que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena. En ese ámbito, siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), dicho de otra forma, el no ampliar o comunicar de los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el Tribunal para atenuar la pena en desmedro de los Asegurados representados por la AFP en el juicio.

- *La Administradora en cuanto a la falta de diligencia, en su recurso afirma que "es lamentable que la APS no quiera admitir que impulsar un proceso penal contra el Ministro de Gobierno implica una serie de dificultades, como la de tratar de notificar al Ministro para que se apersone a declarar".*

Conforme al cuaderno de investigación, los periodos de inactividad procesal se encuentran determinados por periodos específicos de tiempo, en orden cronológico se tiene que la denuncia data del 23 de abril de 2012, posteriormente, el denunciante (Milán Rosales) en su declaración informativa de 22 de mayo de 2012 amplia la denuncia contra "(el) nuevo representante legal del Ministerio de Gobierno Lic. Carlos Romero", en virtud a dicha declaración, por requerimiento fiscal de <u>19 de julio de 2012</u>, se ordena se cite al Sr. Carlos Romero, más tarde, el <u>11 de diciembre de 2012</u>, la AFP solicita al Fiscal "instruya se proceda a la citación del nuevo representante legal del denunciado Carlos Romero".

Lo expuesto, denota falta de diligencia y cuidado en la gestión procesal, puesto que, desde el requerimiento fiscal de fecha 19 de julio de 2012, la AFP, en su condición de denunciante no

realizó gestión procesal alguna para que se proceda con la citación al denunciado, es más, su petición de citación de fecha 11 de diciembre de 2012, es incoherente, puesto que el Fiscal en su requerimiento de fecha 19 de julio de 2012 ya la había ordenado al señalar: "…elabórese nueva citación para el Sr. Carlos Romero Bonifaz, a los efectos de que preste su declaración…".

El aludir que la inactividad procesal y paralización del PP se debe a que se trata el denunciado un servidor público, no es justificativo suficiente para que la AFP olvide su obligación de llevar adelante la denuncia penal con diligencia y responsabilidad.

- *Por último, la Administradora para justificar sus actos señala "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador…".*

  Al respecto, la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro es ponderada y reconocida por la APS.

  En la especie, conforme a la documentación presentada en calidad de descargo se acredita que efectivamente en fecha 08 de abril de 2013, la Administradora presentó desistimiento, acto procesal que extingue la acción penal de acuerdo al artículo 345 – I Bis del CP; empero, ese hecho no puede considerarse como un eximente de responsabilidad como pretende el regulado, puesto que el desistimiento acaeció en forma posterior a los sucesos que dieron lugar al Cargo.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 15, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 16 (…)

- *La AFP en su recurso señala que la denuncia presentada cumple con lo determinado en el artículo 285 del CPP, que existe carencia de elementos de prueba, y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP.*

  *Al respecto, de la revisión de la fotocopia del memorial de denuncia presentado por la AFP se advierte que la misma no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 285 del CPP, puesto que establece como periodo apropiado el mes de **julio/2011**, periodo que contradice a los señalados en la Nota de Débito (enero/2011 - marzo/2011) presentada en calidad de prueba, ello significa que la denuncia es imprecisa ya que expresa un periodo apropiado incorrecto, dando lugar a que no exista relación de correspondencia entre la denuncia y la prueba aportada.*

  En cuanto al justificativo de "carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" que arguye la AFP, se trata una apreciación incorrecta puesto que contradice lo establecido en el artículo 171 del CPP referente a la "Libertad Probatoria", significa que a momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación del Proceso Penal, podrá presentar todo elemento licito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho.

  *En lo referente a que la APS no reguló sobre la "prueba y aspectos probatorios" en el PP, incumpliendo dispuesto en el artículo 197 de la Ley N° 065, que establece: **"El Órgano Ejecutivo***

y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia", *se trata de una afirmación errónea, puesto que el artículo 168 del mismo cuerpo legal, inherente a las funciones y atribuciones de esta Autoridad, no expresa que pueda regular sobre la prueba en el Proceso Penal, siendo una función ajena a su competencia, que ya se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal.*

*Por último, la Resolución N° 36/2012 de 12 de abril de 2012 emitida por el Ministerio Público que señala: "…**se dispone la NO ADMISIÓN DE LA DENUNCIA** formulada por MILAN GROVER ROSALES VERA **por no haber subsanado en el plazo previsto en la observación**", se sustenta en el incumplimiento del denunciante (AFP) a las observaciones que efectuó la Fiscal el 09 de enero de 2012, como la presentación de constancia de recepción del proceso coactivo social y el descargo de notificación con el titulo* (sic) *coactivo, o el detalle de las víctimas; observación que no fue cumplida ni siquiera parcialmente, es más, en su calidad de parte interesada, no se apersonó ante la Fiscal Analista por más de treinta (30) días, dando lugar al archivo de obrados; consecuentemente, los justificativos expresados por el regulado son insuficientes e incongruentes ya que no responden a los motivos que dieron lugar a que no se cumpla con las observaciones efectuadas por la Fiscal.*

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 16, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 17 (…)

- *La AFP en su recurso expresa que la denuncia presentada cumple con lo determinado en el artículo 285 del CPP, que existe carencia de elementos de prueba, que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP y que corresponde al Fiscal dirigir las investigaciones.*

  En cuanto a la supuesta "carencia de pruebas en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" que arguye la AFP y que causó aparentemente la falta de diligencia, se trata una apreciación errónea que contradice lo establecido en el artículo 171 del CPP referente a la "Libertad Probatoria", que implica que a momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación del PP, la Administradora podrá presentar todo elemento licito de convicción (ej. prueba instrumental o documental, testifical, etc.) que puedan conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho. Además, la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora y no así a la defensa.

  Por otra parte, el hecho de que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones conforme al artículo 297 del CPP, no significa, que la AFP en su calidad de parte acusadora no tenga que coadyuvar mínimamente a las labores que realiza el Ministerio Público, o de realizar las actuaciones propias que le corresponde como parte acusadora.

  En lo referente a que la APS incumplió con sus deberes al no haber regulado sobre la "prueba" en el PP, se trata de una valoración incorrecta, ya que de acuerdo al artículo 197 de la Ley N° 065, concordante con el artículo 168 del mismo cuerpo legal, la APS no tiene facultades o atribuciones para regular sobre la prueba, actividad probatoria y medios de prueba en el Proceso Penal, siendo una función ajena a su competencia, además ya se encuentra regulado en la norma específica, Código de Procedimiento Penal.

- *La AFP manifiesta en su recurso que el artículo 134 CPP define la extensión máxima de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y*

tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.

Al respecto, es necesario aclarar que el PP si bien se encuentra en la Etapa Preparatoria, esta consta de tres fases conforme señaló el Tribunal Constitucional en su SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto, y el caso en cuestión se encuentra en la primera fase denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP; asimismo, para despejar cualquier duda, el artículo 301 del CPP establece: ***"El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"****, ello significa, que la extensión de la Etapa Preparatoria que señala el artículo 134 del CPP, está condicionada a la notificación con la "imputación formal", el presente PP no cuenta con "imputación formal" encontrándose en la primera fase de la Etapa Preparatoria.*

Asimismo, es necesario aclarar que los plazos procesales señalados, no pueden ser considerados como un criterio para que el denunciante (AFP) olvide o incumpla sus deberes de prestar sus "servicios" de llevar adelante los PP que se encuentran a su cargo y responsabilidad con la diligencia necesaria.

En ese línea, los artículo 106,149 literales i), j) y v) y177 de la Ley N° 065, establecen que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial y de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

En consecuencia, el alegar que ***la paralización o abandono del PP, desde el 31 de julio de 2012 al 11 de diciembre de 2012****, se debe a que la Etapa Preparatoria no tiene cronograma de tiempos o que existe una errónea interpretación de la norma pensiones, se trata de afirmaciones que carecen de respaldo legal y no son motivos suficientes para enervar o desvirtuar el Cargo.*
En similar sentido, el justificar su conducta aduciendo que al tratarse un delito de acción pública a instancia de parte sólo le corresponde sentar la denuncia y esperar que el Fiscal a cargo de la investigación desarrolle el proceso, se trata de una apreciación incorrecta, ya que su obligación es llevar adelante todo el proceso judicial hasta su conclusión, con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia", puesto que dicha labor deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones; además en su calidad de parte acusadora debe instar todas las actuaciones procesales correspondientes, independientemente a que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones.

- *Por último, la AFP para justificar la inacción en el PP, manifiesta en su recurso que: "Su Autoridad conoce que el Empleador denunciado ya no existe, ahora es el Ministerio de Salud y Deportes, lo que dificulta la prosecución del proceso hasta que el nuevo ente aclare si le corresponde asumir la deuda; esa diligencia ya fue solicitada por la Administradora".*

Al respecto, la denominación "Ministerio de Salud y Deportes" no es nueva, tiene como antecedente el Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009 "Estructura Organizativa del Poder Ejecutiva del Estado Plurinacional", consecuentemente, el hecho de que el denunciante (AFP) haya incurrido en error al denominarlo en su denuncia y actuaciones posteriores como "Ministerio de Salud y Previsión Social" no es motivo suficiente para justificar la dilación procesal o paralización del proceso durante los periodos observados; además, atañe al denunciante aclarar a la brevedad la correcta denominación del ente que representa el imputado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 17, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 18</u> (…)

- *La AFP sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios PP en contra del imputado por el mismo delito ya que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, asimismo, refiere que la ampliación restringe los derechos del denunciado vulnerando el artículo 7 del CPP.*

  La ampliación a la denuncia penal se respalda en los artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas.

  Asimismo, la apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada ej.: mes por mes), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El iniciar diferentes denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció, no solo viola los principios procesales y normas materiales, sino además <u>posterga los efectos y fines que persigue el PP</u>, desconociendo lo previsto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

  Además, el ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, como sostiene erróneamente el regulado, todo lo contrario, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no quebranta derecho alguno del imputado, aclarando que el artículo 7 del CPP invocado por el regulado, es de aplicación a las medidas cautelares y para consideración de la autoridad jurisdiccional.

- *La Administradora en su recurso señala que la denuncia presentada cumple con lo determinado en el artículo 285 del CPP, que existe carencia de elementos de prueba, y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP, además afirma que corresponde al Fiscal dirigir las investigaciones.*

  Al respecto, el argumentar la supuesta "carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" para justificar la dilación procesal, claramente identificada en el cuaderno de investigación en periodos específicos de tiempo, contradice, el principio que rige el sistema penal boliviano sobre la "Libertad Probatoria", artículo 171 del CPP, significa que momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación del PP, la Administradora podrá presentar como medio probatorio todo elemento licito de convicción que pueda conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho.

  Asimismo, el hecho de que el Fiscal tenga a su cargo la dirección funcional de las investigaciones conforme al artículo 297 del CPP, no significa, que la AFP en su calidad de parte acusadora no tenga que participar activamente en el PP y coadyuvar mínimamente a las labores que realiza el Ministerio Público.

En cuanto a la falta de regulación de la "prueba" de parte de la APS, que a decir del regulado perjudico en la tramitación oportuna de la causa, dicha afirmación es incorrecta puesto que las facultades y obligaciones del Ente Regulador se encuentran claramente establecidas en la Ley N° 065, artículos 168 y 197, siendo una función ajena a su competencia, que ya se encuentra regulado en la norma específica, CPP.

- *El regulado manifiesta en su recurso que el artículo 134 CPP define la extensión máxima de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i), j) y v) de la Ley N° 065 no se refiere a las diligencias judiciales.*

  Al respecto, el artículo 301 del CPP establece: "El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados", empero, el presente PP no cuenta con imputación formal, y que si bien se encuentra en la Etapa Preparatoria, se encuentra en la primera fase denominada "investigativa preliminar" para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP, consecuentemente, lo afirmado por el regulado no se ajusta a las disposiciones que regulan la materia.

  Además, corresponde señalar que el hecho de que Etapa Preparatoria y sus fases que la componen estén sujetas a plazos procesales, no es óbice para que el denunciante (AFP) olvide o incumpla a sus obligaciones impuestas por ley.

  En ese línea, los artículo 106 y149 literales i), j) y v) y177 de la Ley N° 065, establecen que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial y de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

  En consecuencia, el argüir que la falta de diligencia (entre el 31 de julio de 2012 al 10 de diciembre de 2012), se debe a que la Etapa Preparatoria no exige cronograma de tiempos o que existe una errónea interpretación de la norma pensiones, simplemente corrobora y ratifica que ese extremo aconteció, y al parecer por una incorrecta interpretación de la Ley Penal y de Pensiones, motivo que tampoco justifica su inacción.

  *Asimismo, el justificar su conducta aduciendo que al tratarse un delito de acción pública a instancia de parte, únicamente le corresponde presentar la denuncia, se trata de una valoración incorrecta, ya que su obligación es llevar adelante todo el proceso judicial hasta su conclusión con **"diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia"** puesto que dicha labor deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones; además en su calidad de parte acusadora debe instar todas las actuaciones procesales correspondientes, independientemente a que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones.*

- *La AFP trata de justificar la falta de diligencia manifestando en su recurso que: "Su Autoridad conoce que el Empleador denunciado ya no existe, ahora es el Ministerio de Salud y Deportes, lo que dificulta la prosecución del proceso hasta que el nuevo ente aclare si le corresponde asumir la deuda; esa diligencia ya fue solicitada por la Administradora".*

  Se recuerda a la AFP que la denominación "Ministerio de Salud y Deportes" no es reciente, tiene por antecedente el Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009 "Estructura Organizativa del Poder Ejecutiva del Estado Plurinacional", es decir, es de fecha anterior a la denuncia penal; consecuentemente, el hecho de que el regulado haya incurrido en error al

denominarlo "Ministerio de Salud y Previsión Social" no es motivo suficiente para justificar la dilación procesal, además corresponde al denunciante aclarar a la brevedad la correcta denominación del ente que representa el imputado y evitar mayores atrasos injustificados.

Por otra parte, es necesario mencionar el informe del investigador asignado al caso de 13 de agosto de 2012, que señala: "En fecha 24 de abril del año en curso, presta su declaración el denunciante, y desde entonces no se ha vuelto a presentar para coadyuvar en las actuaciones investigativas abandonando el seguimiento, siendo así que la Orden de Citación expedida en fecha 14 de junio de 2012, por la Sra. Fiscal de Materia contra el sindicado en este caso CARLOS OMAR DAVILA DIAZ, se encuentra pendiente de su notificación para que el denunciado declare, ya que la parte denunciante no se apersona para coordinar esta actuación y otros. Por el poco interés que muestra el Sr. Milán Grover Rosales Vera en hacer seguimiento de su denuncia, se sugiere al Sr. Fiscal disponer conforme a procedimiento". Informe por demás elocuente que demuestra la falta de diligencia e interés de la AFP en el proceso penal, y que por cierto, ese hecho no se debe precisamente a la incorrecta denominación de la entidad que representa el imputado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 18, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 19 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de cuidado, señala en su recurso que: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

Al respecto, el artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, establece que la GPS (transitoriamente las AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

En el presente Cargo, se evidencia que evidentemente la AFP por memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, aclara el periodo apropiado por el imputado, motivo del litigio, que erróneamente fue señalado en la denuncia de fecha 28 de diciembre de 2011, sin embargo, la aclaración se produjo como consecuencia de la observación realizada por la APS, y después de haber transcurrido más de trescientos (300) días desde la presentación de la denuncia.

*Asimismo, el hecho de mencionar que se procedió con la corrección del periodo apropiado (**marzo/2011 por julio/2011**), corrobora y ratifica la falta de cuidado de parte de la AFP a momento de redactar la denuncia, que contraviene lo dispuesto por el artículo 285 del CPP, referente a la forma y contenido de la denuncia, y la falta de correspondencia entre la denuncia y las pruebas presentadas.*

- *La AFP señaló en su recurso que la libertad probatoria no significa "inventarse pruebas" y que presentó su denuncia cumpliendo lo dispuesto en el artículo 285 del CPP, además menciona que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065, puesto que, no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios.*

El afirmar que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, existe carencia de elementos de prueba, para justificar la falta de diligencia, solamente demuestra desconocimiento de nuestro sistema de persecución penal y el ***principio de libertad probatoria,*** *artículo 171 del CPP que establece que "****todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba".***

De ello deducimos que el denunciante al inicio y tramitación de la denuncia podrá presentar diferentes pruebas (materiales, instrumentales, testificales, etc.), por lo que no tendrá, la AFP, que inventarse pruebas sino recurrir al Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, la participación de la AFP en el PP deviene del cumplimiento a la Ley N° 065, artículo 149 literales i), j) y v), y en ese ámbito legal, ***tiene la obligación de llevar adelante los procesos penales con absoluta diligencia y responsabilidad****, lo que significa que no puede limitarse a la presentación de la denuncia sino participar activamente, coadyuvando mínimamente al Ministerio Público, considerando además que a la parte acusadora le corresponde la carga de la prueba, y que "los actos de aportación de hechos (pruebas) de la partes acusadora en la Etapa Preparatoria está dirigida a obtener del Fiscal su convencimiento sobre la participación del imputado en el hecho punible" (William Herrera Añez).*

En cuanto a que la APS no reguló sobre la prueba e incumplió lo establecido en el artículo 168 de la Ley N° 065, y que ese hecho, entre otros, causo la dilación procesal, dicha afirmación contradice la norma de pensiones invocada, puesto que de su lectura se advierte que no le corresponde a la APS regular sobre la prueba o medios probatorios en el PP, siendo una competencia ajena a sus funciones, ya regulado en el Código de Procedimiento Penal.

- *La AFP en su recurso señala que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  Al respecto, el artículo 301 del CPP señala que: "El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código, comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados", sin embargo, el PP motivo de Cargo que "no cuenta con imputación formal", se encuentra en la primera fase denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP, consiguientemente, lo afirmado por el regulado no se ajusta a las disposiciones que regulan la materia.
  Además, el hecho que la Etapa Preparatoria y sus fases que la componen estén sujetas a plazos procesales, no es un impedimento para que el denunciante (AFP) olvide o incumpla a sus obligaciones impuestas por ley.

  En lo cuanto a la interpretación errónea de la Ley N° 065, los artículos 106, 149 literales i), j) y v), y 177, son bastante claros y no ameritan mayores análisis, deduciéndose fácilmente de su lectura que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial y atender el "servicio" de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

  Es menester referir que los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, se encuentran claramente identificados por periodos específicos de tiempo, período comprendido entre el 31 de enero de 2012 al 07 de noviembre de 2012, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del PP.

En ese orden, el afirmar que la falta de diligencia se debió al plazo establecido en el artículo 134 del CPP, respecto a la duración de la Etapa Preparatoria, o que no tienen la obligación legal de actuar dentro del PP con la diligencia necesaria o debida, se trata de especulaciones que contradicen la normativa y que son insuficientes para justificar la inactividad procesal.

Por otra parte, en cuanto a la falta de declaración informativa del denunciante y del imputado, la AFP en su recurso no menciona justificativo alguno, empero de la prueba presentada se advierte que recién por memorial presentado el 14 de noviembre de 2012, solicita al Fiscal se tenga presente la solicitud de "ratificación de la denuncia", y a través de otro memorial presentado en la misma fecha, pide al Fiscal se emita la citación correspondiente para el imputado. Ello significa, que después de haber transcurrido más de trescientos (300) días de presentada la denuncia penal (30 de diciembre de 2011), el denunciante recién gestiona dichos actos procesales obligatorios.

- *Por último, la AFP pretende justificar su accionar manifestando que en el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y que esa gestión debe ser reconocida por la APS, ya que lo contrario, estaría desvirtuando el objetivo del PP.*

Es necesario aclarar que la APS reconoce como un acto positivo la recuperación de lo adeudado al SIP a través de la gestión judicial de cobro, empero, el hecho de que se haya desistido del PP en fecha 17 de enero de 2013, que pone fin a la acción penal conforme al artículo 345-I Bis del CP, no puede considerarse como un "eximente" de actos o conductas anteriores al desistimiento como se pretende, lo que no significa desconocer el objetivo del PP.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 19, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 20 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de cuidado, señala en su recurso que: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

El artículo 149 literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que la AFP deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

*En el presente PP, se evidencia que la AFP por memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, efectivamente aclara los periodos apropiados por el imputado (**enero/2011, febrero/2011, marzo/2011 y abril/2011 por julio/2011**), que incorrectamente fueron señalados en la denuncia de fecha 28 de diciembre de 2011, empero, dicha aclaración se produce después de la observación efectuada por la APS y transcurrido más de doscientos noventa (290) días de presentada la denuncia.*

Asimismo, el sostener que se procedió con la corrección del periodo apropiado, corrobora y ratifica la falta de cuidado de parte de la AFP a momento de redactar la denuncia que se prolongó a través de un periodo considerable de tiempo, y quebranta lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, y lo dispuesto por el artículo 285 del CPP, referente a la forma y contenido de la denuncia, y la falta de correspondencia entre la denuncia y las pruebas presentadas.

- *La Administradora afirma que se trabajó un modelo de denuncias debido al cúmulo de denuncias generadas mes a mes, el cual reflejaba la figura del delito y la relación de los hechos, que no significa copiar textualmente la denuncia anterior.*

  *El argumentar que se trabajó un "modelo de denuncias penales" debido a la cantidad de denuncias generadas mes a mes, no es suficiente para justificar la falta de cuidado en el PP como aconteció, presentando denuncias idénticas inclusive en el error del periodo apropiado (**julio/2011**), cuando la AFP tiene la obligación de llevar adelante los PP, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065.*

- *La AFP señaló que la libertad probatoria no significa inventarse pruebas que no existen, que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y que la APS incumplió su deber puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios en el PP.*

  *El sostener que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes existe carencia de elementos de prueba, para justificar la falta de actividad probatoria o diligencia, demuestra desconocimiento de nuestro sistema de persecución penal y el **principio de libertad probatoria** previsto en el artículo 171 del CPP, que establece que "**todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba**".*

  Por otra parte, el hecho de que el Fiscal dirija la investigación en sujeción al artículo 289 del CPP, no significa, que el denunciante no tenga que coadyuvar al Ministerio Público y, presentar todos los elementos probatorios suficientes para acreditar el ilícito, atendiendo además que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa. Además, la participación de la AFP en el PP por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, no es casual, deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones N° 065.

  En cuanto al supuesto incumplimiento a los artículo 197 y 168 de la Ley N° 065 atribuido a la APS, para justificar la falta de actividad procesal y paralización del PP, de la lectura e interpretación objetiva de la disposición citada, se tiene que esta Autoridad no tiene facultades o atribuciones para regular sobre la prueba, medios de prueba o actividad probatoria en el PP, siendo una función ajena a su competencia, además el Código de Procedimiento Penal es bastante claro al respecto.

- *La AFP indica en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  Es menester aclarar que el artículo 301 del CPP establece que: "El plazo establecido en el artículo 134 del presente Código, comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados", empero, el presente PP no cuenta con imputación formal, se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria (SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto), denominada "investigativa preliminar", para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP, lo que significa que la apreciación legal del regulado es incorrecta. Además, corresponde señalar que el hecho de que la Etapa Preparatoria y sus fases que la componen estén sujetas a plazos procesales, no es óbice para que el denunciante (AFP) olvide o incumpla a sus obligaciones impuestas por ley.

En cuanto a la supuesta interpretación errónea de la normativa de pensiones que aduce el regulado, se le recuerda que los artículos 106, 149 literales i), j) y v), y 177 de la Ley N° 065, son taxativos en sentido que uno de los "servicios" (remunerados) que presta es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial y de llevar adelante los procesos penales con diligencia y responsabilidad.

En ese orden, los argumentos vertidos carecen de sustento legal y no desvirtúan el retraso en la gestión judicial, hecho evidenciado de las fotocopias del cuaderno de investigación, que demuestra que desde el período comprendido entre el 28 de marzo de 2012 al 07 de noviembre de 2012, no existe actividad procesal alguna, dando lugar a la paralización del PP.

Por otra parte, en cuanto a la declaración informativa del denunciante y del imputado, la AFP no señaló justificativo alguno en su recurso, sin embargo, de la prueba presentada se tiene que el denunciante prestó su declaración en fecha 14 de noviembre de 2012, es decir, después de haber transcurrido más de doscientos ochenta (280) días de presentada la denuncia de fecha 28 de diciembre de 2011, y respecto a la declaración del imputado, se solicitó el 23 de noviembre de 2012, es decir, después de haber transcurrido más de doscientos noventa (290) días de presentada la denuncia, ambos extremos demuestran falta de diligencia y actividad probatoria de parte de la AFP.

- *El regulado aduce que en el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, gestión que debe ser reconocida por la APS, ya que lo contrario, estaría desvirtuando el objetivo del PP.*

  La APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de los adeudos al SIP, sin embargo, el desistimiento del PP de fecha 17 de enero de 2013 que pone fin a la acción penal conforme al artículo 345-I Bis del CP, se suscito de forma posterior a los hechos motivos del Cargo, consecuentemente, no se lo puede considerar como un justificativo valedero para desvirtuar o enervar la falta de diligencia y cuidado en la gestión judicial que se produjeron con anterioridad al desistimiento.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 20, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 21 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de cuidado, señala en su recurso que: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

  *Evidentemente, la AFP por memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, aclara los periodos apropiados por el imputado (abril/2011 y mayo/2011 por **junio/2011**), erróneamente señalados en la denuncia de fecha 25 de noviembre de 2011, empero, la aclaración fue efectuada como consecuencia de la observación de la APS y después de haber transcurrido más de trescientos (300) días de presentada la denuncia.*

  Lo expuesto demuestra que existió "error" en la denuncia sobre los periodos apropiados y que se prolongó durante un espacio considerable de tiempo, hecho que vulnera lo dispuesto en el artículo 285 del CPP, consecuentemente, los argumentos expuestos son insuficientes y reafirman la falta de cuidado en el PP, cuando su obligación prevista en el artículo 149 literal v) de la Ley

N° 065 le exige a llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

- *La Administradora argumenta en su recurso que la libertad probatoria prevista en el artículo 171 del CPP no significa "inventarse pruebas que no existen" y que presentó su denuncia cumpliendo lo dispuesto en el artículo 285 del CPP, asimismo, indica que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios.*

  Al respecto, la participación de la AFP en el PP deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones en su artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, de cuya observancia, tiene la obligación de llevar adelante los procesos penales con absoluta diligencia y responsabilidad, y no puede limitarse a la presentación de la denuncia sino participar activamente en la causa penal coadyuvando al Ministerio Público, atendiendo además que a la parte acusadora le corresponde la carga de la prueba.

  El sostener que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes existe carencia de elementos de prueba, demuestra un desconocimiento a nuestro sistema de persecución penal y el ***principio de libertad probatoria*** *previsto en el artículo 171 del CPP, que establece que "****todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba".***

  El afirmar que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065, es una apreciación incorrecta puesto que la norma aludida claramente expresa: "Proponer al Órgano Ejecutivo normas de carácter técnico y determinar sobre los reglamentos relativos a su sector", en ese ámbito legal, esta Autoridad no tiene facultades para regular sobre la prueba o medios probatorios en el PP, siendo una competencia ajena a sus funciones, y que por cierto, ya se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal, por lo que resulta incomprensible que se argumente que la falta de diligencia se debió por ausencia de norma, lo que no es cierto.

  Es necesario referir que la falta de diligencia, fue observada inclusive por el investigador asignado al caso, Sgto. Erbin García, en su informe de 03 de enero de 2012, que señala: "…del presente caso se conoce muy poco puesto que el denunciante o personeros de las AFP.PROVISION (sic), hasta la conclusión del presente informe no se hicieron presente en estas dependencias para coadyuvar y ampliar la denuncia para continuar con las investigaciones…". Asimismo, la falta de diligencia se encuentra claramente identificada en el cuaderno de investigación, por periodos específicos de tiempo, comprendido entre el 30 de julio de 2012 al 07 de noviembre de 2012.

  En ese orden, los argumentos vertidos por el regulado para justificar la falta de diligencia son ambiguos y paradójicos, ya que por un parte, afirma que se produjo por la supuesta carencia de elementos de prueba, extremo que no es cierto y, por la otra, justifica su inacción al aducir que la APS no reguló sobre la prueba o medios probatorios en materia penal, cuando conoce que esta Autoridad no puede regular aspectos ajenos a su competencia, que por cierto ya se encuentra regulado en el CPP.

- *El regulado menciona en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

Al respecto, el hecho de que el artículo 134 del CPP establezca que ***"La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis (6) meses de iniciado el proceso",*** *no significa que la AFP olvide sus obligaciones impuestas por la Ley N° 065 y tenga una conducta omisiva en la gestión judicial; además, el regulado invoca erróneamente dicho artículo, desconociendo el estado actuado del PP, que no cuenta con "imputación formal" requisito que exige el artículo 301 del CPP "****El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código comenzará correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"****. En ese sentido, se recuerda a la AFP que el PP se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.*

En cuanto a la supuesta errónea interpretación a la Ley N° 065 por parte de la APS, de un entendimiento lógico legal de los artículos 177, 106 y149 literales i), j) y v), se evidencia que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, "servicio" de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia", consecuentemente, el justificativo invocado no cuenta con respaldo legal alguno.

El manifestar que la norma de pensiones no les exige diligencia en la gestión judicial, denota interpretación errónea de la norma y corrobora que efectivamente tuvo en su calidad de denunciante una actitud pasiva, que también se demuestra en las declaraciones informativas del denunciante e imputado, siendo así, que a través del memorial presentado el14 de noviembre de 2012 se solicitó la "ratificación" de la denuncia y la citación al imputado, es decir, petitorio se efectuó después de haber transcurrido más de doscientos ochenta (280) días de presentada la denuncia que acaeció el 02 de diciembre de 2011, proceso que no obstante el tiempo transcurrido continua en la fase investigativa preliminar.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 21, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 22</u> (…)

- *En cuanto a la falta de cuidado, la AFP en su recurso manifiesta lo siguiente: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

Es cierto que la AFP por memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, aclaró los periodos apropiados por el imputado (marzo/2011 por ***julio/2011****), motivo del litigio, que incorrectamente fue señalado en la denuncia de fecha 28 de diciembre de 2011, sin embargo, la aclaración se produce como consecuencia de la observación efectuada por la APS y después de haber transcurrido más de trescientos (300) días de presentada la denuncia.*

La aclaración del periodo apropiado, motivo del litigo, demuestra sin lugar a dudas que la denuncia contenía error y que se prolongó durante un periodo considerable de tiempo, consecuentemente, el justificativo expuesto es insuficiente, y ratifica la falta de cuidado de parte de la AFP en el PP, cuando conforme el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065 tiene la obligación de llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y <u>con el cuidado exigible a un buen padre de familia</u>.

- *La Administradora, por otra parte respecto a la falta de cuidado, afirma en su recurso que se trabajó un modelo de denuncias debido al cúmulo de denuncias generadas mes a mes, el cual reflejaba la figura del delito y la relación de los hechos, que no significa copiar textualmente la denuncia anterior.*

  *El sostener que se trabajó un "modelo de denuncias penales" debido a la cantidad de denuncias generadas mes a mes, no es suficiente para justificar la presentación de denuncias idénticas inclusive en el error del periodo apropiado (**julio/2011**), como aconteció, cuando la AFP tiene la obligación de llevar adelante los PP, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*

- *En cuanto a la falta de diligencia, la AFP señaló en su recurso que la libertad probatoria no significa inventarse pruebas que no existen y que se presentó la denuncia cumpliendo lo dispuesto en el artículo 285 del CPP y que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, además que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios en el PP.*

  *La sorprendente afirmación de que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes existiría carencia de pruebas, demuestra desconocimiento de nuestro sistema de persecución penal y el **principio de libertad probatoria** previsto en el artículo 171 del CPP.*

  Por otra parte, es cierto que le corresponde al Fiscal dirigir la investigación, artículo 289 del CPP, pero ello no significa que la AFP en su calidad de denunciante debe limitarse a la presentación de la denuncia, todo lo contrario, está en la obligación de participar activamente en el PP y coadyuvar al Ministerio Público, debiendo presentar todos los elementos probatorios suficientes para acreditar el ilícito penal, considerando además que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa, además, la participación de la AFP no es casual, deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones.

  En lo referente a que la APS no reguló sobre la "prueba y aspectos probatorios" en el PP y que ello incidió en la tramitación oportuna de la causa, se trata de una valoración incorrecta de la normativa de pensiones, ya que los artículos 168 y 197 de la Ley N° 065, no le conceden a esta Autoridad la facultad o atribución para regular temas ajenos a su competencia, que además se encuentra contemplados en el CPP.

  En ese orden, las incorrectas valoraciones del regulado son insuficientes para justificar su inacción en el PP, falta de diligencia que inclusive fue observada por la investigadora asignado al caso, Sgto. Danitza Mamani, en su informe de 09 de febrero de 2012, quien manifestó: "…a la fecha de elaboración del presente informe el denunciante (AFP) no se hizo presente en estas dependencias para coadyuvar y proseguir con las investigaciones se solicita que el Sr. Fiscal requiera lo que por ley corresponde…", apreciaciones subjetivas de la AFP que tampoco justifican su actitud pasiva que dio lugar a la paralización del proceso penal entre el 29 de enero de 2012 al 07 de noviembre de 2012.

- *La AFP manifiesta que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  *Al respecto, el artículo 134 del CPP señala: **"La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis (6) meses de iniciado el proceso"**, asimismo, el artículo 301 del mismo cuerpo legal establece: **"El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código comenzará a***

correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"*, empero, como es conocimiento del regulado el presente PP no cuenta con imputación formal, encontrándose en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP, por lo que la apreciación del regulado es incorrecta. Asimismo, se debe tener presente que el hecho de que la Etapa Preparatoria y sus fases que la componen estén sujetas a plazos procesales, no es un obstáculo para que el denunciante (AFP) olvide o incumpla a sus obligaciones impuestas por ley.*

En cuanto a que no existiría normativa que obligue a la AFP a prestar los "servicios" de las diligencias judiciales con diligencia, prontitud y eficiencia, y que la APS interpretó erróneamente el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, de la lectura de la citada disposición legal y artículos 106, 177, y 149 literales i), j), se advierte que el regulado tiene la obligación legal de atender el "servicio" de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

El hecho de argumentar que no existe disposición legal que obligue a la Administradora a llevar los procesos penales con diligencia, corrobora y ratifica que el regulado actuó de forma negligente pretendiendo evadir su obligación impuesta por ley a través de justificativos que carecen de entendimiento legal.
Además, la falta de diligencia se hace evidente en cuanto a las declaraciones informativas del denunciante y del imputado, a las cuales, la AFP a través del memorial presentado en fecha 14 de noviembre de 2012, solicita al Fiscal la ratificación de la denuncia y citación al imputado para que preste ese acto procesal, petitorio que se efectuó después de haber transcurrido más de doscientos ochenta (280) días de presentada la denuncia (28 de diciembre de 2011).

- *La AFP argumenta que en el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y que esa gestión debe ser reconocida por la APS, ya que lo contrario, se estaría desvirtuando el objetivo del PP.*

La APS pondera la recuperación de los adeudos al SIP a través de la gestión judicial, sin embargo, se debe considerar que el desistimiento fue presentado en fecha 21 de marzo de 2013, y que si bien determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora de acuerdo al artículo 345-I Bis del CP, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, empero, ese desistimiento no puede considerarse como un justificativo de hechos o conductas pasadas como pretende el regulado

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 22, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 23</u> (…)

- *La AFP con relación a la falta de cuidado arguye en su recurso lo siguiente: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

Al respecto, es cierto que por memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, la AFP, aclara los periodos apropiados por el imputado, que incorrectamente fueron señalados en la denuncia de fecha 28 de diciembre de 2011, empero, también es evidente que dicha aclaración se la efectúa después de haber transcurrido más de trescientos (300) días de presentada la denuncia y como consecuencia de la observación efectuada por la APS.

En ese sentido, el afirmar que el error fue subsanado, solo ratifica el hecho de la falta de cuidado de parte de la AFP en el PP, incumpliendo su obligación prevista en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065 que le exige a llevar adelante los procesos judiciales a su cargo y patrocinio con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

- *La Administradora, respecto a la falta de cuidado, también señala en su recurso que se trabajó un modelo de denuncias debido al cúmulo de denuncias generadas mes a mes, lo cual no significa copiar textualmente la denuncia anterior.*

  *El hecho de haber diseñado un "modelo de denuncias penales" no es el motivo de observación sino el haber presentado denuncias idénticas en el error del periodo apropiado (**julio/2011**), cuando la AFP tiene la obligación de llevar adelante los PP, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, hecho que no aconteció.*

  Además, la AFP debe tener presente que de acuerdo al artículo 285 del CPP, la denuncia debe contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación, caso contrario, si la denuncia es ambigua, obscura e imprecisa, motivará a su rechazo por parte del Fiscal.

- *La AFP argumentó en su recurso que la "libertad probatoria" no significa inventarse pruebas que no existen y que se presentó la denuncia cumpliendo lo dispuesto en el artículo 285 del CPP y que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, además que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios en el PP.*

  El afirmar que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes existe carencia de pruebas, para justificar la paralización del PP, no cuenta con sustento legal alguno, ya que conforme a nuestro sistema de persecución penal, el denunciante (AFP) tiene la posibilidad (y obligación) de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción (artículo 171 del CPP), que acreditarán el conocimiento del hecho historio, de la responsabilidad del imputado y su actuar doloso; atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.

  Por otra parte, es evidente que el Fiscal tiene a su cargo la dirección funcional de la investigación conforme al artículo 289 del CPP, pero ello no significa que la actividad del denunciante (AFP) acaba con la presentación de la denuncia, tiene la obligación de coadyuvar al Ministerio Público, debiendo presentar todos los elementos probatorios suficientes para acreditar el ilícito penal, además, la participación de la AFP no es casual, deviene del cumplimiento a la Ley N° 065.
  El manifestar que la APS incumplió con sus obligaciones impuestas por la Ley N° 065 por no haber regulado sobre la prueba, medios probatorios y actividad probatoria en el PP y que ese hecho ocasionó la falta de diligencia, resulta ser una apreciación totalmente equivocada, ya que de la lectura de los artículos 168 y 197 de la Ley de Pensiones, se evidencia que la normativa referida no le concede dicha facultad, ya que se trata de una función ajena a su competencia, además, esa afirmación desconoce la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 "Ley del Código de Procedimiento Penal".

Consecuentemente, los justificativos expresados por la Administradora carecen de sustento legal y son insuficientes para justificar la falta de diligencia que dio lugar a la paralización del PP desde el 13 de enero de 2012 al memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, ocasionando el retraso de la gestión judicial.

- *La AFP afirma en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  El hecho de que el artículo 134 del CPP establezca que ***"La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis (6) meses de iniciado el proceso",*** *no es impedimento para que la AFP olvide sus obligaciones impuestas por la Ley N° 065 y tenga una conducta pasiva; además conforme al artículo 301 del CPP y la SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto dictada por el Tribunal Constitucional, el plazo que señala el artículo 134 del CPP se computa a partir de la notificación con la imputación formal al imputado, y el PP se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP, por lo que, la apreciación del regulado es incorrecta.*

  En cuanto a la valoración del alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones que aduce el regulado, dicha apreciación es incorrecta, ya que el artículo 106, 149 literales i), j) y v) y 177 de la Ley N° 065, establecen que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, "servicio" remunerado, que naturalmente lo obliga en atender los procesos judiciales penales con diligencia y responsabilidad, en cualquiera de sus fases o etapas.

  Por último, en cuanto a la declaración informativa del denunciante, que debe efectuarse dentro de un plazo prudencial, recién se efectuó el 14 de noviembre de 2012, después de más de doscientos ochenta (280) días de presentada la denuncia penal de fecha 28 de diciembre de 2011. En cuanto a la declaración informativa del imputado, se solicitó su citación en fecha 23 de noviembre de 2012, es decir, después de haber transcurrido más de doscientos ochenta (280) días de presentada la denuncia, quedando demostrado que la AFP no cumplió con su deber de llevar adelante el PP con diligencia, todo lo contrario, demostró una actitud pasiva, siendo insuficientes sus justificativos.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 23, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 24 (…)

- *La AFP en lo referente a la falta de cuidado, manifestó en su recurso lo siguiente: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

  Es evidente que la AFP mediante memorial presentado el 07 de noviembre de 2012, aclaró los periodos efectivamente apropiados por el imputado, erróneamente mencionados en la denuncia de fecha 28 de diciembre de 2011, sin embargo, la aclaración fue efectuada después de haber transcurrido más de trescientos (300) días computables a partir de la presentación de la denuncia y como consecuencia de la observación efectuada por esta Autoridad.

El error que contenía la denuncia y que se prolongó durante un periodo considerable de tiempo, y lo afirmado por el regulado, ratifican el hecho de la falta de cuidado de parte de la AFP en el PP, incumpliendo su obligación prevista en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065 que le exige a llevar adelante los procesos judiciales a su cargo y patrocinio con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Por otra parte, se debe tener presente que conforme al artículo 285 del CPP, la denuncia debe contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación, caso contrario, si la denuncia es ambigua, obscura e imprecisa, motivará a su rechazo por parte del Fiscal.

- *El regulado, por otra parte, argumentó en su recurso que se trabajó un modelo de denuncias debido al cúmulo de denuncias generadas mes a mes, lo cual no significa copiar textualmente la denuncia anterior y que no existen errores de transcripción.*

  *El hecho de haber diseñado un "modelo de denuncias penales" no es el motivo de observación sino el haber presentado denuncias idénticas inclusive en el error del periodo apropiado (**julio/2011**), como aconteció, cuando la AFP tiene la obligación de llevar adelante los PP, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065.*

- *La Administradora en cuanto a la falta de diligencia y actividad probatoria, expresó que la "libertad probatoria" no significa inventarse pruebas que no existen y que se presentó la denuncia cumpliendo lo dispuesto en el artículo 285 del CPP y que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, además que la APS incumplió su deber determinado en el artículo 168 literal l) de la Ley N° 065 puesto que no reguló sobre la prueba y aspectos probatorios en el PP.*

  La valoración efectuada por el regulado y presentada como justificativo para la dilación procesal, sobre la supuesta carencia de pruebas en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, contradice nuestro sistema de persecución penal y principio de "libertad probatoria", que sostienen que el denunciante en el PP tiene la posibilidad y obligación de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción, que acreditarán el conocimiento del hecho historio, de la responsabilidad del imputado y su actuar doloso; atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.

  Además, el hecho de que el Fiscal dirija la investigación conforme el artículo 289 del CPP, ello no significa que el denunciante se sustraiga de la actividad probatoria, ya que tiene la obligación de coadyuvar al Ministerio Público, debiendo presentar todos los elementos probatorios suficientes para acreditar el ilícito penal, además, la participación de la AFP no es casual, deviene del cumplimiento a la Ley N° 065.

  Por otra parte, el afirmar que la APS incumplió lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley N° 065, por no haber regulado sobre la prueba y medios probatorios en el PP, se trata de una afirmación errónea, ya que la lectura disposición citada y el artículo 168 del mismo cuerpo legal, se evidencia que la normativa referida no le concede dicha facultad, ya que se trata de una función ajena a su competencia, que por cierto ya se encuentra regulado en el CPP.

- *La AFP para justificar la falta de diligencia menciona en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley*

N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.

Al respecto, la duración máxima de la Etapa Preparatoria señalada en el artículo 134 del CPP, empieza a computarse partir de la notificación con la imputación formal al imputado según el artículo 301 del CPP, empero, el PP si bien se encuentra en la Etapa Preparatoria, esta consta de tres fases, encontrándose el mismo en la primera fase denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.

El sostener que la dilación procesal se debe a la "extensión" de la Etapa Preparatoria y "ausencia de cronograma de tiempo", reafirma la actuación negligente de la AFP, puesto que independientemente a la duración de las fases y etapas procesales, no puede rehuir el ejercicio oportuno y sin dilaciones de la acción penal.

En cuanto a la interpretación errónea de la Ley N° 065 que menciona la Administradora, debe tener presente que uno de los "servicios" que presta es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial en atención a lo dispuesto en el artículo 106 concordante con el artículo 177 y 149 literales i), j) y v) de la disposición legal citada, consecuentemente, debe atender el "servicio" de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.

Consiguientemente, los argumentos expuestos por la AFP carecen de respaldo legal y son insuficientes para justificar su actitud pasiva, que dio lugar al retraso en la gestión judicial, los mismos, se encuentran claramente identificados por periodos específicos de tiempo, que comprende entre el 30 de enero de 2012 al memorial presentado el 07 de noviembre de 2012 (sobre aclaración de periodos adeudados), en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del PP.

Asimismo, en cuanto a declaración informativa del denunciante y del imputado, conforme a la documentación de descargo presentada se advierte que el denunciante presentó un memorial de ratificación de denuncia en fecha 14 de noviembre de 2012, es decir, después de haber transcurrido más de doscientos ochenta (280) días de presentada la denuncia penal de fecha 28 de diciembre de 2011; memorial que contiene petitorio de citación al imputado. Extremos que inequívocamente demuestran falta de diligencia y actividad probatoria de parte de la AFP.

- *La AFP para justificar su conducta refiere en su recurso que: "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y esa gestión debe ser reconocida por la APS como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario, esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito…".*

El artículo 345 - I Bis del CP, evidentemente, determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, aspecto que no está en discusión y que naturalmente es reconocido como una gestión positiva, sin embargo, el desistimiento del PP es de fecha 29 de abril de 2013, es decir, se suscito en fecha posterior a los hechos que motivaron el Cargo, por lo que no puede considerarse como un justificativo válido de hechos o conductas pasadas como pretende el regulado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 24, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 25 (…)

- *La AFP en su recurso señala lo siguiente: "La Autoridad de Pensiones pareciera insinuar que la culpa del extravío del cuaderno de investigación es de la Administradora; cosa que no es correcta toda vez que la dirección del proceso le corresponde a la Fiscalía".*

  La APS en ningún momento insinuó o insinúa que el extravió del cuaderno de investigación es imputable a la Administradora, se observa la falta de control que dio lugar a la paralización del PP y consiguiente perjuicio, que se advierte de manera incuestionable del cuaderno de investigaciones, puesto que de las actuaciones, en orden cronológico se tiene que en fecha 31 de enero de 2012 se emite un informe de parte del investigador asignado al caso, posteriormente, no existe actuado alguno, hasta que en fecha 02 de agosto de 2012 el denunciante solicita la búsqueda del cuaderno de investigación, para concluir con el memorial de 10 de diciembre de 2012, mediante el cual (la AFP) pide fotocopias de todos los obrados, habiéndose encontrado el cuaderno de investigación.

  El hecho de que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de la investigación, no es un eximente de las obligaciones que debe cumplir la AFP en el PP, consecuentemente, si el cuaderno de investigación se extravía debe solicitar a la autoridad Fiscal su búsqueda inmediata o su reposición, y no permitir la paralización del mismo por más de trescientos treinta (330) días, como aconteció en el presente caso.

- *La Administradora refiere que contaba con copia de los actuados tal como demostró al remitir las copias de cada uno de los movimientos procesales, lo que por si desvirtuaría la falta señalada.*

  Al respecto, se recuerda al regulado que el envío de las fotocopias del cuaderno de investigación fue a través de la nota CITE PREV–COB-491/12/2012 ***de fecha 18 de diciembre de 2012****, que señala: "Se acompaña copia del memorial de búsqueda del proceso y* ***habiéndose encontrado el cuaderno de investigaciones, se solicitó copia de actuados****. (Se adjunta copia del memorial). (Se adjunta las copias del proceso)".*

  El memorial de referencia de fecha 10 de diciembre de 2012, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaño, señala: "…toda vez que se ha encontrado el cuaderno de investigación que estaba extraviado, ***se me otorgue fotocopia de todos los obrados****". A cuyo efecto, por requerimiento de 12 de diciembre de 2012, el Fiscal dispone:* ***"Por Secretaria, extiéndase las fotocopias solicitadas".***

  De lo expuesto se deduce y concluye de manera incuestionable que la AFP no contaba con copias de los actuados procesales, puesto que remitió a la APS fotocopias del cuaderno de investigación (en fecha 18 de diciembre de 2012), una vez que la Fiscalía le otorgó las mismas, no antes, atendiendo su memorial de 10 de diciembre de 2012.

  Es menester enfatizar que la Administradora tiene que contar con copias de los antecedentes de cada caso o proceso judicial para llevar un diligente seguimiento y control, hecho que no aconteció en el presente caso.

- *El regulado sostiene en su recurso que presentó la denuncia cumpliendo lo establecido en el artículo 285 del CPP y que la paralización de la causa es consecuencia del extravío del cuaderno de investigación, lo cual no es responsabilidad de la Administradora.*

Se recuerda a la AFP que su participación en el PP deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones y su condición no es la de un simple denunciante que termina su labor con la sola presentación de la denuncia, tiene la obligación ineludible de realizar la gestión judicial de manera pronta, oportuna y sin dilaciones para hacer viable no solo la imposición de una penal al autor de ilícito, sino además la "reparación del daño" (responsabilidad civil), lo contrario, importa un incumplimiento a sus deberes , que conlleva a un perjuicio, y que se contrapone a la pronta recuperación de Contribuciones en mora, indebidamente apropiadas por el Empleador.

En ese sentido, si bien el extravío del cuaderno de investigación no puede ser atribuible a la AFP, no es menos cierto, que tiene la obligación de hacer seguimiento continuo al PP, lo que implica que de advertir el extravío, debe oportunamente realizar las gestiones correspondientes para su búsqueda o reposición lo que no aconteció dando lugar a la paralización de la causa.

- *La AFP argumenta en su recurso que la deuda ha sido cancelada y la acción penal desistida, gestión que debe ser reconocida por la APS, caso contrario, estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y establecer la cobranza judicial.*

Es cierto y evidente que el artículo 345 - I Bis del CP determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, aspecto que no está en discusión, sino la falta de diligencia y seguimiento al PP durante los periodos observados que no han sido justificados.

Debe precisarse que, la obligación que tiene la AFP respecto a los Procesos Penales, deviene de un imperativo legal, artículo 149 literales i) y v) de la Ley N° 065, ***obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia****. Consecuentemente, no existe la posibilidad de considerar el "desistimiento", como un acontecimiento determinante para enervar el Cargo, atendiendo además que este suceso se presentó en fecha 20 de febrero de 2013, es decir, con posterioridad a los hechos que motivaron precisamente el Cargo.*

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 25, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 26 (…)

- *La AFP en su recurso manifiesta lo siguiente: "La Autoridad de Pensiones pareciera insinuar que la culpa del extravío del cuaderno de investigación es de la Administradora; cosa que no es correcta toda vez que la dirección del proceso le corresponde a la Fiscalía".*

Al respecto, la APS en ningún momento insinuó o sugirió que el extravió del cuaderno de investigación es atribuible a la AFP, se cuestiona la falta de control que ocasionó la paralización del PP y consiguiente perjuicio en el normal desarrollo de la causa, extremo que se demuestra del cuaderno de investigaciones, actuados que en orden cronológico muestran que la denuncia fue presentada el 30 de diciembre de 2011, posteriormente, en fecha 02 de agosto de 2012, la AFP solicita búsqueda del cuaderno de investigación y después de haber transcurrido varios meses sin actividad procesal alguna, recién por memorial de 17 de diciembre de 2012, piden la reposición de obrados.

Por otra parte, el hecho de que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de la investigación, no es un eximente de las obligaciones que debe cumplir la AFP en el proceso penal, consecuentemente, si el cuaderno de investigación se extravía debe solicitar a la

autoridad Fiscal su búsqueda inmediata o su reposición, y no permitir la paralización del mismo por más de trescientos treinta (330) días, como ocurrió en el presente caso.

- *El regulado sostiene en su recurso que presentó la denuncia cumpliendo lo establecido en el artículo 285 del CPP y que la paralización de la causa es consecuencia del extravío del cuaderno de investigación, lo cual no es responsabilidad de la Administradora. Además, afirma que la APS ha interpretado incorrectamente el alcance del artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, referente a los "servicios" cuya definición no sería aplicable a los procesos judiciales.*

  En lo cuanto a la supuesta interpretación errónea de parte de la APS que aduce el regulado, se recuerda a la AFP que conforme a los artículos 106, 149 literales i), j) y v) y 177 de la Ley N° 065, uno de los "servicios" que presta es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, "servicio" que debe llevar con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia", consecuentemente, no existe interpretación errónea de la Autoridad, todo lo contrario, existe un desconocimiento de sus obligaciones de parte del regulado.

  En esa línea, la participación de la AFP en el PP deviene del cumplimiento a la Ley N° 065 y Decreto Supremo N° 0778, y su condición de parte no es la de un simple denunciante que termina su labor con la presentación de la denuncia, como erróneamente afirma, tiene la obligación inexcusable de realizar la gestión judicial de manera pronta, oportuna y sin dilaciones para hacer viable no solo la imposición de una penal al autor de ilícito, sino además la "reparación del daño" (responsabilidad civil), lo contrario, importa un incumplimiento a sus deberes que deviene de un imperativo legal, que naturalmente conlleva a un perjuicio, que se contrapone a la pronta recuperación de Contribuciones en mora, indebidamente apropiadas por el Empleador.

  Bajo ese contexto, si bien el "extravío" no puede ser atribuible a la AFP, tiene la obligación legal de hacer seguimiento continuo al PP, lo que implica que de advertir el extravío o perdida (sic) *del cuaderno de investigación, debe oportunamente realizar las gestiones correspondientes para su búsqueda o reposición lo que no aconteció dando lugar a la paralización de la causa por un periodo prolongado de tiempo.*

- *La AFP pretende justificar su accionar argumentando en su recurso que la deuda ha sido cancelada y la acción penal desistida, y que dicha gestión debe ser reconocida, caso contrario, la APS estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y establecer la cobranza judicial.*

  Es menester señalar previamente que la APS considera y reconoce como gestión positiva la recuperación de adeudados al SIP, sea en la vía administrativa o judicial.

  Ahora bien, de la prueba presentada en calidad de descargo, se evidencia que la AFP presentó en fecha 18 de abril de 2013 "desistimiento" de la acción penal, hecho que evidentemente extingue la acción penal de acuerdo a lo establecido por el artículo 345 – I Bis del Código Penal, empero, este acontecimiento no puede considerarse como un justificativo valedero o suficiente para enervar el Cargo, puesto que se presentó con posterioridad a los hechos que fueron observados.

  Corresponde señalar que los actos contrarios a lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, no pueden dejarse al olvido o pasar por alto por acontecimientos que se suscitaron en forma posterior como el "desistimiento", lo que no significa, desconocer los fines que persigue el artículo 345 - I Bis del CP ni tampoco los fines de la gestión de cobro judicial establecida en la Ley de Pensiones.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 26, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 27 (…)

- *La AFP argumenta en su recurso que la denuncia fue presentada cumpliendo lo determinado por el artículo 285 del CPP y que al tratarse de una deuda presunta dificulto acompañar elementos de prueba, y que le correspondía al Fiscal dar el impulso procesal. Además, sostiene que le correspondía a la APS regular sobre la prueba y aspectos probatorios, por lo que incumplió lo establecido en el artículo 197 de la Ley N° 065. Finalmente, argumenta que el rechazo de denuncia fue objetada.*

Al respecto, conforme al artículo 285 del CPP, la denuncia debe contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación, caso contrario, si la denuncia es ambigua, obscura e imprecisa, motivará a su rechazo por parte del Fiscal. En la especie, la denuncia presentada no cumple con el presupuesto establecido la norma citada, puesto que, refiere que el periodo apropiado corresponde al mes de ***julio/2011, cuando en realidad corresponde a los periodos febrero/2011 – marzo/2011 - abril/2011 - mayo/2011 - julio/2011,*** *error que subsistió durante la tramitación del proceso penal y que demuestra falta de cuidado de parte del regulado.*

En cuanto a que correspondía al Fiscal dar el impulso procesal, la AFP debe tener presente que ese hecho no es un impedimento para que no coadyuve las labores que realiza el Ministerio Público o de realizar actos propios que le corresponden en su calidad de denunciante, en consideración a que su participación responde a lo establecido en los artículos 106, 118, 149 en sus literales i), j) y v) y 177 de la Ley N° 065, y artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, consecuentemente, tiene la obligación de llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo contrario, significa un quebrantamiento a un deber impuesto por ley.

En cuanto a la prueba*, se debe considerar que en nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria conforme establece el artículo 171 del CPP, consecuentemente, todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba. En ese sentido, el justificativo expuesto por la AFP sobre la carencia de pruebas en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, no cuenta con sustento legal, ya que puede presentar prueba instrumental, prueba testifical o la que considere pertinente para demostrar su acusación.*

En esa línea, el Fiscal José Gutiérrez Moscoso en su Resolución de Rechazo de Denuncia de 12 de abril de 2012, expresa: ***"…de la revisión minuciosa del cuadernillo de investigaciones se tiene que…existe un completo abandono de la causa por la parte (AFP) quien pese a haberse constituido en querellante no se apersonó en este despacho fiscal a objeto de poder coadyuvar con la presente investigación pese a que según lo establecido por el art. 6 en su tercer parágrafo del Código de Procedimiento Penal la carga de la prueba le corresponde a la parte querellante…lo cual conlleva a que no se haya tenido éxito en la colección de evidencias dentro del presente caso…".*** *Asimismo, en su fundamentación en derecho, menciona* ***"La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda forma de presunción de culpabilidad, obliga al denunciante o querellante observar el principio de aportación de prueba***

***de partes a fin de demostrar o por lo menos coadyuvar con el aporte de elementos de convicción sobre los hechos de los que fue participe y que manifiesta en su denuncia; pues, los fundamentos y motivación para sustentar una resolución de imputación o acusación, tiene su base en indicios y elementos de prueba que proporcione la víctima a los efectos del artículo 277 del CPP*".**

Además, conforme al artículo 305 del CPP, con carácter previo a la "objeción a la resolución de rechazo" las partes deben ser notificadas, en la especie la Resolución de Rechazo de Denuncia es de fecha ***12 de abril de 2012*** *y el denunciante recién se notifica con dicha Resolución adversa en fecha* ***13 de noviembre de 2012****, y presenta su memorial de objeción el 20 de noviembre de 2012, cuando pudo notificarse oportunamente y no permitir la paralización del PP por más de doscientos (200) días como aconteció, no obstante de que el Fiscal por requerimiento de 15 de agosto de 2012, le advierte de dicho extremo al señalar* ***"estése a la resolución de rechazo".***

Por otra parte, la AFP tratando de justificar la falta de diligencia, afirma erróneamente que le correspondía a la APS regular sobre la prueba y aspectos probatorios invocando los artículos 169 inciso l) y 197 de la Ley N° 065, dando a entender que la falta de regulación o reglamentación ocasiono la dilación procesal, apreciación errónea ya que la prueba y aspectos probatorios en el PP se encuentran señalados en la norma específica, Código de Procedimiento Penal, y que el Ente Regulador no tiene facultades para regular o reglamentar temas ajenos a su competencia como pretende el regulado.

En lo cuanto a la errónea interpretación del artículo 149 de la Ley N° 065 que aduce el regulado, los artículos 106, 149 literales i), j) y v) y 177 de la disposición citada, establecen de forma expresa que uno de los "servicios" que presta es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, "servicio" que debe llevar con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia", consecuentemente, no existe interpretación errónea de parte de la APS, todo lo contrario, existe incumplimiento a sus deberes impuestos por ley de parte de la AFP.

Por último, en lo referente al desistimiento presentado el 29 de julio de 2013, al tenor de lo establecido por el artículo 345 – I Bis del CP, extingue la acción penal, empero, este suceso no puede considerarse como un justificativo valedero o suficiente para enervar el Cargo, puesto que se presentó con posterioridad a los sucesos que precisamente motivaron el Cargo.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 27, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 28 (…)

- *La AFP sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del imputado por el mismo delito, ya que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, asimismo, refiere que la ampliación restringe los derechos del denunciado vulnerando el artículo 7 del CPP.*

La ampliación a la denuncia penal responde a lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias

contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa. Asimismo, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El iniciar diferentes denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció (denuncias de fechas 28 de diciembre de 2011 y de 24 de enero de 2012) no solo quebranta los principios procesales y normas materiales, sino además posterga los efectos y fines que persigue el PP, desconociendo lo previsto en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

Además, el ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, como sostiene erróneamente el regulado, todo lo contrario, contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no violenta derecho alguno del imputado.

Por otra parte, es menester referir que el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena. En ese ámbito, siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), así también lo señala la amplia jurisprudencia: "La concurrencia de circunstancias agravantes debe ser considerada para graduar el delito y aplicar la pena que corresponda al encausado" (G.J. N° 463, p. 897), dicho de otra forma, el no ampliar o comunicar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

- *La Administradora, en lo concerniente a la falta de diligencia, expresa en su recurso que existe carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP.*

En cuanto a la supuesta "carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" que arguye la AFP para justificar la dilación procesal, se trata una apreciación subjetiva contraria a lo establecido en el artículo 171 del CPP referente a la "Libertad Probatoria", ello implica que momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación del PP, podrá presentar como medio probatorio todo elemento licito de convicción que pueda conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho.

El hecho de que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones, no significa, que la AFP en su calidad de parte acusadora no tenga que coadyuvar mínimamente a las labores que realiza el Ministerio Público o realizar actos propios que corresponden al denunciante, entendiendo además que la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora y no así a la defensa.

En lo referente a que la APS no reguló sobre la "prueba" en el PP, incumpliendo dispuesto en el artículo 197 de la Ley N° 065, que establece: ***"El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentaran y regularan la presente Ley en el marco de su competencia",*** *se trata de una apreciación errónea, ya que de la lectura e interpretación objetiva de la disposición citada y del artículo 168 del mismo cuerpo legal, se tiene que esta Autoridad no tiene facultades o atribuciones para regular sobre la prueba en el PP, siendo una función ajena a su competencia, regulado en la norma específica, Código de Procedimiento Penal.*

- *La AFP manifiesta en su recurso respecto a la falta de diligencia, que el artículo 134 CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*

  El alegar que la Etapa Preparatoria de acuerdo al artículo 134 del CPP dura hasta seis (6) meses, para justificar la falta de actividad procesal, ***desde 26 de abril de 2012 al 12 de noviembre de 2012****, reafirma y ratifica el actuar negligente que tuvo la AFP en el PP, puesto que independientemente a la "extensión" de esa Etapa Procesal, tiene la obligación legal de atender la tramitación de la causa con diligencia y celeridad necesaria; aclarando además que, conforme al artículo 301 del CPP "El plazo establecido en el artículo 134 (del CPP) comienza a correr desde la notificación con la imputación al imputado", empero, el presente caso no cuenta con imputación formal y se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.*

  Por otra parte, la AFP pretende justificar su inacción argumentando que "no existe normativa" que los obligue a atender los procesos judiciales con diligencia, prontitud y eficiencia, apreciación subjetiva que contradice y desconoce lo establecido en los artículos 106, 149 literales i), j) y v), y 177 de la Ley N° 065, puesto que uno de los "servicios" que presta es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, "servicio" que debe prestar con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia".

  En ese sentido, los argumentos expuestos son insuficientes, dejando en claro que la falta de diligencia en el PP fue inclusive manifestada anticipadamente en el informe de 29 de febrero de 2012, del asignado al caso, Sgto. 1ro. Ricardo Ramos, que señala: "…informar a su autoridad (Fiscal) que a la fecha nadie se apersonó por estas dependencias, menos el denunciante, motivo por la cual no fue posible obtener mayores elementos de convicción sobre el hecho denunciado, por lo que se presume el abandono de la denuncia por parte del denunciante…", y en el informe de 19 de abril de 2012 del investigador asignado al caso, Sof. Teodoro Casas, que señala: "…para la prosecución de la investigación dentro del hecho denunciado por el representante de AFP-PREVISION BBVA-S.A., es importante contar con la presencia del mismo para coordinar y coadyuvar con la investigación que nos permita establecer la verdad histórica de los hechos denunciados, sin embargo hasta la fecha nadie se ha hecho presente en esta División para este efecto, motivo por el cual no se ha realizado ninguna actuación policial…".

  Por último, la falta de diligencia también se evidencia en la declaración informativa del denunciante, acto procesal que debe efectuarse en un tiempo prudente, empero en el presente PP recién se llevó adelante el 27 de noviembre de 2012, cuando la denuncia data de fecha 24 de enero de 2012, es decir, después de haber transcurrido más de doscientos ochenta (280) días; y en lo referente a la declaración informativa del imputado, este actuado procesal aún no se ha efectuado.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 28, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

  AL CARGO N° 29 (…)

- *La AFP sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios PP en contra del imputado por el mismo delito, ya que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente*

hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, asimismo, refiere que la ampliación restringe los derechos del denunciado vulnerando el artículo 7 del CPP.

La ampliación a la denuncia penal responde a lo dispuesto en las normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Además, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El iniciar diferentes denuncias penales de forma consecutiva en contra del mismo imputado por el mismo delito como aconteció (denuncias de fechas 28 de diciembre de 2011, de 24 de enero de 2012 y15 de febrero de 2012) quebranta los principios procesales y normas materiales, pero además posterga los efectos y fines que persigue el PP.

Por otra parte, el ampliar la denuncia penal por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta derecho alguno del imputado, tampoco el artículo 7 del CPP invocado por el regulado que es de aplicación a las medidas cautelares y restrictiva.

Además, el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena; y siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado").

- *La AFP señala en su recurso que existe carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, que le corresponde al fiscal el impulso procesal y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre la prueba en el PP.*

En cuanto a la supuesta "carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" que arguye la AFP para justificar la falta de diligencia, se trata una apreciación incorrecta que desconoce el sistema penal boliviano que reconoce el principio de "Libertad Probatoria", artículo 171 del CPP. En ese marco legal, la Administradora podrá presentar como medio probatorio todo elemento licito de convicción que pueda conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho.

Asimismo, es indudable que el Fiscal está a cargo de la dirección funcional de las investigaciones conforme al artículo 297 del CPP, pero ello no significa, que la AFP en su calidad de parte acusadora se limite a la presentación de la denuncia, debe coadyuvar mínimamente a las labores que realiza el Ministerio Público y realizar actos propios que le corresponden como acusador particular.
Por otra parte, en lo referente a que la APS no reguló sobre la "prueba" y que ese hecho perjudico la labor judicial, se trata de una apreciación incorrecta, ya que la norma especial, Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 "Código de Procedimiento Penal" en su Libro Cuarto – Medios de Prueba, responde al requerimiento del regulado.

Además, de la lectura e interpretación objetiva de los artículos 168 y 197 de la Ley N° 065, se tiene que esta Autoridad no tiene facultades o atribuciones para regular sobre la prueba en el PP, siendo una función ajena a su competencia.

*En ese sentido, las argumentaciones expuestas carecen de respaldo legal, se trata de apreciaciones subjetivas que no han justificado la falta de actividad procesal entre el **11 abril de 2012 al 08 de noviembre de 2012**, periodos en los cuales no se pudo verificar que la AFP haya tenido una participación activa en perjuicio a los fines que persigue el PP e incumpliendo su obligación impuesta por ley, de atender el PP con la diligencia debida.*

- *La AFP manifiesta en su recurso que: "Respecto a la ratificación de la denuncia cabe recordar que BBVA Previsión AFP S.A. se apersona como denunciante y no como querellante y el artículo 287 del CPP determina que el denunciante no será parte del proceso…", asimismo, señala "el artículo 289 (CPP) determina que presentada la denuncia ante la Fiscalía, es el Fiscal el que dirigirá la investigación".*

Al respecto, la participación de la AFP en el proceso penal no es un hecho casual deviene del cumplimiento a la ley, así lo establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, de Pensiones, en concordancia con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, consiguientemente, su participación en el PP es de carácter obligatorio y no acaba con la presentación de la denuncia en Fiscalía, deberá participar activamente en su condición de parte acusadora, realizando los actos de aportación de hechos (entre los que se encuentra la declaración informativa policial) en forma oportuna y obligatoria, puesto que dichos actos asumen una doble función correlativa: en la primera etapa (Preparatoria), la de preparar el juicio oral y público mediante la comprobación de la notitia criminis, y determinar el hecho punible y su presunto autor; mientras que en la otra, tiene como exclusiva función lograr la convicción para que el Tribunal dicte una sentencia de condena.

En ese ámbito legal, la Declaración Informativa del denunciante es un acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del PP, a cuyo efecto, el Fiscal a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007).

*En ese sentido, el hecho de participar en el PP como denunciante o que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones, no es motivo suficiente para justificar la demora en la declaración informativa policial, ya que en su calidad de parte denunciante, tiene la obligación de realizar dicho actuado procesal oportunamente, lo que no aconteció, puesto que se efectuó el **08 de noviembre de 2012**, es decir, después de más de doscientos cuarenta (240) días de presentada la denuncia que data de fecha **15 de febrero de 2012**, no obstante que, en fecha 11 de abril de 2012, el investigador asignado al caso informó al Fiscal que **"el denunciante no se apersonó a objeto de prestar su declaración informativa policial, coordinar con la investigación y aportar mayores elementos de convicción al hecho denunciado…".***

En cuanto a la declaración informativa del imputado, el 09 de noviembre de 2012 recién se emitió una Orden de Citación, cuando la denuncia data de fecha 15 de febrero de 2012, hecho que también demuestra falta de diligencia de parte del regulado. Además, la Orden de

Citación se dirige al imputado Daniel Franco Oporto, empero, conforme a la representación de 16 de noviembre de 2012, el prenombrado cesó funciones tres (3) años atrás, siendo el actual "Gerente" José Vicente Claros Ramírez.

- *La AFP manifiesta en su recurso que desconocían el nombre del actual representante legal del empleador puesto que no cumplió con su obligación de actualizar sus datos ante la Administradora y que ya se tomó en cuenta la información.*

  En cuanto a la identificación del imputado, esa labor le corresponde a la AFP en su calidad de denunciante, gestión que se encuentra acorde a lo señalado por el artículo 285 del CPP concordante con los artículos 83 y 5 del mismo cuerpo legal, consiguientemente, no debe limitarse a la información de Base de Datos del Empleador, puede a través de una orden judicial o fiscal acceder a la información que requiera.

  En la especie, se inició un PP en contra de una persona que cesó funciones y representación legal tres (3) años atrás; y después de haber transcurrido más de trescientos (300) días en la fase investigativa preliminar se advierte el error, demostrando falta de cuidado de la AFP, siendo insuficiente el justificativo presentado por las consideraciones ya expresadas.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 29, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 30</u> (…)

- *La AFP argumenta en su recurso que no existe error al iniciar varios PP consecutivos en contra del imputado por el mismo delito, ya que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, además aduce que la ampliación violenta los derechos del imputado invocando el artículo 7 del CPP.*

  Al respecto, es menester aclarar al regulado que la apropiación de aportes de los trabajadores, de manera continuada, de parte del mismo Empleador, genera el mismo hecho delictivo penal "Apropiación Indebida de Aportes" y no otro diferente, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado. Consecuentemente, de persistir la apropiación de parte del Empleador (imputado), quien ya tiene un PP en curso, corresponde la ampliación a la denuncia por los nuevos periodos o montos apropiados, hecho que se sustenta en normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas.

  El iniciar varias denuncias penales de forma consecutiva en contra del mismo imputado por el mismo delito como aconteció (denuncias de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y16 de marzo de 2012) quebranta los principios procesales y normas materiales, pero además <u>posterga los efectos y fines que persigue el PP</u>.

  El ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado, no afectará negativamente la tramitación de la causa, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe

derecho alguno del imputado, aclarando que el artículo 7 del CPP, responde a las medidas cautelares y restrictivas, por tanto, no son de aplicación al presente caso.

Por último, atendiendo que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal "extensión del daño causado".

- *La AFP para justificar la falta de diligencia sostiene en su recurso que no pueden inventarse pruebas puesto que existiría carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, que le correspondería al Fiscal dar el impulso procesal, y que la APS incumplió con su deber al no regular sobre los medios de prueba y actividad probatoria en el PP.*

  En cuanto a la "carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" que arguye la AFP para justificar la falta de diligencia en el PP, esta apreciación subjetiva es contraria a lo establecido en el artículo 171 del CPP referente a la "Libertad Probatoria" que inclusive admite otros medios de prueba de los previstos en el CPP, ello significa que, a momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación del Proceso Penal, la AFP no tendrá que inventarse pruebas, podrá presentar como medio probatorio todo elemento licito de convicción que pueda conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho (ej. prueba documental, prueba testifical, etc.).

  En cuanto a que el Fiscal debe dar el impulso procesal ya que se encuentra a cargo de la dirección funcional de las investigaciones, la AFP debe comprender que su participación en el PP deviene del cumplimiento a la Ley N° 065 y que su labor en la gestión judicial de cobro no acaba la presentación de la denuncia y peticiones que esta contenga, debe participar activamente realizando los actos procesales propios que corresponden al denunciante y coadyuvar al Ministerio Público, y en su caso, realizar las gestiones correspondientes cuando advierte demora de parte del Fiscal o del órgano jurisdiccional.

  Por otra parte, sobre el supuesto incumplimiento de deberes de parte de la APS por no haber regulado sobre la "prueba o medios probatorios", de un análisis objetivo de los artículo 168 y 197 de la Ley N° 065, se evidencia que esta Autoridad no tiene facultades o atribuciones para regular aspectos ajenos a su competencia, además, el Código de Procedimiento Penal responde ampliamente ese requerimiento.

- *La AFP manifiesta en su recurso que: "Respecto a la ratificación de la denuncia y la citación al denunciado para que preste su declaración, cabe recordar que BBVA Previsión AFP S.A. se apersona como denunciante y no como querellante…". Asimismo, argumenta que: "el artículo 289 (CPP) determina que presentada la denuncia ante la Fiscalía, es el Fiscal el que dirigirá la investigación".*

  Al respecto, la participación de la AFP en el PP no es un hecho casual deviene del cumplimiento a la ley, así lo establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, en concordancia con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, consiguientemente, su participación es de carácter obligatorio y no acaba con la presentación de la denuncia, deberá participar activamente en su condición de parte acusadora, realizando los actos de aportación de hechos (entre los que se encuentra la declaración informativa policial) en forma oportuna y obligatoria.

En ese ámbito legal, la declaración informativa del denunciante es un acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP).

*En la especie, este acto procesal recién se llevó adelante (como consecuencia de la observación efectuada por la APS) el **27 de noviembre de 2012,** es decir, después de haber transcurrido más de doscientos diez (210) días de presentada la denuncia de fecha **16 de marzo de 2012**. Además, no obstante el tiempo transcurrido desde la presentación de la denuncia hasta la fecha el imputado no ha prestado su declaración informativa, aspecto que incide negativamente en la tramitación oportuna del PP.*

En ese sentido, el hecho de participar en el PP como denunciante o que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones, no justifica la demora en la declaración informativa policial, ya que en su calidad de parte denunciante, tiene la obligación de realizar dicho actuado procesal oportunamente como también realizar las actuaciones procesales necesarias para que se efectivice la declaración informativa del imputado dentro del marco normativo, hecho que no aconteció, y que inciden negativamente en la tramitación oportuna del PP.

- *La AFP manifiesta en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que la APS considera cronogramas discrecionales y que desconoce su actuar al tenor del artículo 17 del CPP.*

*Al respecto, el argumentar que la Etapa Preparatoria dura hasta seis (6) meses para justificar la inactividad procesal desde el **26 de abril de 2012 al 14 de agosto de 2012**, solo demuestra un desconocimiento a sus deberes impuestos por la Ley de Pensiones, puesto que independientemente a los plazos de las diferentes fases y etapas del proceso penal, tiene la obligación de llevar adelante la causa de forma diligente lo que no aconteció durante los periodos observados. Además, conforme al artículo 301 del CPP, el plazo señalado en el artículo 134 del CPP "se computa desde la notificación con la imputación formal al imputado", siendo su invocación impertinente, ya que el presente PP no cuenta con imputación formal, y se encuentra en la fase denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP.*

En lo cuanto a la errónea interpretación a la Ley N° 065 por parte de la APS, de la lectura e interpretación objetiva de los artículos 106, 149 literales i), j) y v) y 177 de la disposición citada, se tiene que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, "servicio" que de un lógico entendimiento debe llevar con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia", por tanto, no existe interpretación errónea de la Ley, todo lo contrario, existe un incumplimiento a la misma de parte de la AFP.

Por último, el justificar la falta de diligencia con el argumento de que el delito de Apropiación Indebida de Aportes se trata de un delito de "acción pública a instancia de parte", dando a entender que en su calidad de denunciante solo le correspondería presentar la denuncia, se trata de una apreciación incorrecta, puesto que su participación en el PP deviene de un imperativo legal establecido en la Ley N° 065, inherente a la cobranza judicial para la recuperación de las contribuciones en mora y la "titularidad" en el ejercicio de la acción penal en el delito de Apropiación Indebida de Aportes.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 30, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 31 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de cuidado en el PP, señala en su recurso que: "Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó (sic) ningún perjuicio a las partes ni al proceso".*

  El artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, establece que la GPS (transitoriamente las AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

  *En el presente caso y conforme a la documentación presentada en calidad de prueba de descargo, se evidencia que la Administradora a través del memorial presentado el **07 de noviembre de 2012**, aclara los periodos apropiados por el imputado, motivo del litigio, que incorrectamente fueron señalados en la denuncia de fecha **29 de diciembre de 2011**, empero, este actuado confirma y ratifica la falta de cuidado de parte de la AFP a momento de redactar la denuncia, error que fue subsanado como consecuencia de la observación efectuada por la APS, y que se prolongó por más de trescientos (300) días computables desde la presentación de la denuncia.*

  *Por otra parte, se debe tener presente que conforme al artículo 285 del CPP, la denuncia debe contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación, caso contrario, si la denuncia es ambigua, obscura e imprecisa, motivará a su rechazo por parte del Fiscal. En la especie, la AFP afirmó en su denuncia que el periodo apropiado corresponde mes de **julio/2011**, cuando en realidad corresponde a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 – abril/2011, por lo que es evidente la falta de cuidado de su parte, consecuentemente, el justificativo en insuficiente.*

- *La AFP para justificar la falta de actividad probatoria y diligencia en el PP, sostiene en su recurso, que existiría carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes y que le corresponde al Fiscal dar el impulso procesal, además menciona que la APS incumplió con su deber al no regular sobre los medios de prueba y actividad probatoria en el PP.*

  En cuanto a supuesta "carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes" que ocasionaría la dilación procesal a decir de la AFP, dicha valoración desconoce el sistema penal boliviano y el principio de "Libertad Probatoria", artículo 171 del CPP, que inclusive admite otros medios de prueba de los previstos en el CPP. En tal sentido, la AFP a momento de la presentación de la denuncia o durante la sustanciación del PP, podrá presentar como medio probatorio todo elemento licito de convicción que pueda conducir al conocimiento de la verdad historia del hecho (ej. prueba documental, prueba testifical, etc.) y no necesariamente "inventarse pruebas" como sostiene para justificar la falta de diligencia.

  En lo concerniente a que el Fiscal debe dar el impulso procesal ya que se encuentra a cargo de la dirección funcional de las investigaciones, la AFP debe considerar que su participación en el

PP deviene del cumplimiento a la Ley N° 065 y que su labor en la gestión judicial de cobro no acaba la presentación de la denuncia y peticiones que esta contenga, debe participar activamente realizando los actos procesales propios que corresponden al acusador y coadyuvar mínimamente al Ministerio Público, y en su caso, realizar las gestiones correspondientes cuando advierte demora de parte del Fiscal o del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, sobre el incumplimiento de deberes de parte de la APS por no haber regulado sobre la "prueba o medios probatorios" y que ese hecho aparentemente ocasionó la falta de actividad procesal, corresponde señalar que dicho justificativo se traduce en un desconocimiento a los artículo 168 y 197 de la Ley N° 065, normativa que evidencia que esta Autoridad no tiene facultades o atribuciones para regular aspectos ajenos a su competencia, además, el Código de Procedimiento Penal responde ampliamente ese requerimiento.

- *La AFP en cuanto a la falta de diligencia en el PP, argumenta también en su recurso que el artículo 134 del CPP define la extensión de la Etapa Preparatoria y que el artículo 149 en sus literales i) y j) de la Ley N° 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y la literal v) define prestar los "servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere precisamente a las diligencias judiciales.*
  En cuanto a la duración máxima de la Etapa Preparatoria que señala el artículo 134 del CPP, existe de parte de la AFP un desconocimiento de la norma, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 301 del CPP esta empieza a computarse a partir de la notificación con la imputación formal al imputado y no así desde el momento de la presentación de la denuncia Además, el presente PP no cuenta con imputación formal y se encuentra en la denominada fase investigativa preliminar de la Etapa Preparatoria, para la cual "rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP".

  Ahora bien, el sostener que la falta de diligencia se debe a la "extensión" de la Etapa Preparatoria o "ausencia de cronograma de tiempo", reafirma o ratifica la actuación negligente de parte de la AFP, puesto que independientemente a la duración de las fases y etapas procesales, no puede rehuir el ejercicio oportuno y sin dilaciones de la acción penal.

  En cuanto a que no tiene la AFP la obligación de llevar adelante los procesos judiciales con diligencia y que existe una interpretación errónea de la Ley N° 065 , corresponde señalar que de acuerdo a los artículos 106, 149 literales i), j) y v) y 177 de la Ley de Pensiones, uno de los "servicios" que presta es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial, consiguientemente, debe prestar el "servicio" (remunerado) de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, "con diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad", por tanto, no existe interpretación errónea de la Ley sino un incumplimiento de la misma de parte del regulado.

  En esa línea, la falta de diligencia en el PP se advierte del cuaderno de investigación presentado en fotocopias por la AFP, que evidencia que desde 25 de julio de 2012 hasta el 06 de noviembre de 2012, existe paralización del proceso como consecuencia de la actitud negligente del regulado.

- *Por último, el regulado argumenta en su recurso que "se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial".*

Al respecto, la APS considera como un acto procesal positivo la recuperación de los montos apropiados por el Empleador, que se constituye en uno de los fines de la cobranza en la vía judicial, y que al tenor del artículo 345 - I Bis del CP extingue la acción penal, empero, ese aspecto no está en discusión, sino la "falta de cuidado y diligencia en el PP" que se traduce en un incumplimiento a los deberes de la AFP, que se encuentra establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065. Además, el "desistimiento" fue presentado el 21 de enero de 2013, y los hechos motivos del Cargo, son anteriores, consecuentemente, dicho acto procesal no puede considerarse como un hecho determinante para justificar actos o hechos pasados.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 31, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

AL CARGO N° 32 (…)

- *La AFP sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales consecutivos en contra del imputado por el mismo delito, aduciendo que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, además, menciona que la ampliación vulnera los derechos del imputado invocando el artículo 7 del CPP.*

  La ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos o montos apropiados por el imputado se sustenta en lo dispuesto en los artículos 4 y 45 del CPP, como también en la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Asimismo, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador de forma continuada genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado.

  Además, la AFP debe considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal "extensión del daño causado", caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

  Por otra parte, la AFP no ha aclarado el porqué se iniciaron dos (2) denuncias penales en contra del mismo imputado (Lino Condori Aramayo representante legal del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija) por los mismos periodos (enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 – abril/2011), que <u>sólo se diferencian en el monto apropiado</u>, la primera por Bs.1.572.75 y la segunda por Bs.1.719.54,

- *La AFP justifica su accionar argumentando en su recurso que la deuda ha sido cancelada y la acción penal desistida, pidiendo que dicha gestión sea reconocida por la APS, caso contrario,*

se estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y establecer la cobranza judicial.

Al respecto, la APS reconoce y valora la recuperación de los adeudos al SIP sea en la vía administrativa o judicial, empero, conforme a la documentación presentada en calidad de descargo, se acredita que el desistimiento fue presentado fecha 21 de enero de 2013, y que si bien de acuerdo al artículo 345 -I Bis del CP, extingue la acción penal, ese hecho no puede justificar acontecimientos que se suscitaron con anterioridad y que son el motivo del Cargo.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 32, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

AL CARGO N° 33 (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de cuidado en el PP, señala en su recurso que el error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocasionó ningún perjuicio a las partes ni al proceso.*

  El artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, establece que la AFP (transitoriamente), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

  *De acuerdo a las fotocopias del cuaderno de investigación, se evidencia que la AFP, como consecuencia de la observación efectuada por APS, por memorial presentado el **07 de noviembre de 2012**, aclara los periodos apropiados por el imputado que incorrectamente fueron señalados en la denuncia de fecha **29 de diciembre de 2011**, sin embargo, este hecho demuestra y ratifica la falta de cuidado de parte de la Administradora a momento de redactar la denuncia, error que fue enmendado después de haber transcurrido más de trescientos (300) días de presentada la denuncia.*

  *Por otra parte, conforme al artículo 285 del CPP, la denuncia debe contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación, caso contrario, si la denuncia es ambigua, obscura e imprecisa, motivará a su rechazo por parte del Fiscal. En la especie, la AFP afirmó en su denuncia que el periodo apropiado corresponde mes de **julio/2011**, cuando en realidad corresponde a los periodos mayo/2011 – junio/2011 – julio/2011, por lo que se acredita la falta de cuidado de su parte, consecuentemente, el justificativo en insuficiente.*

- *La Administradora sobre la falta de actividad probatoria y diligencia en el PP, argumenta en su recurso, que existiría carencia de elementos de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes y que le corresponde al Fiscal dar el impulso procesal, además menciona que la APS incumplió con su deber al no regular sobre los medios de prueba y actividad probatoria en el PP.*

  La aparente carencia de prueba en el delito de Apropiación Indebida de Aportes que argumenta la AFP para justificar la falta de actividad probatoria y dilación procesal, es una

apreciación subjetiva que no cuenta con respaldo legal ni material y es contraria a lo establecido en el artículo 171 del CPP referente a la "Libertad Probatoria" que rige el sistema penal boliviano.

Por otra parte, el hecho de que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de las investigaciones conforme al artículo 297 del CPP, no significa que el denunciante tenga una conducta omisiva, además la participación de la AFP en la causa penal deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones, por lo que tiene la obligación legal de participar activamente en el PP y coadyuvar al Ministerio Público, lo que no aconteció.

El pretender justificar la dilación procesal y la falta de actividad probatoria por la aparente falta de regulación normativa, carece de sustento legal, ya que dicha apreciación errónea no considera que sobre la prueba, medios probatorios y actividad probatoria se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal, siendo innecesaria otra regulación o reglamentación como pide la AFP, además conforme a los artículos 168 y 197 de la Ley N° 065, invocados por el regulado, la APS no tiene facultades o atribuciones para regular sobre la prueba en el PP, siendo una función ajena a su competencia.

- *La AFP en cuanto a la falta de diligencia en el PP, argumenta en su recurso que la Etapa Preparatoria conforme al artículo 134 del CPP puede durar hasta seis (6) meses y ampliarse hasta dieciocho (18) meses, los mismos que no estarían sujetos a un cronograma de tiempos y que la APS considera plazos discrecionales valorando erróneamente el artículo 149 de la Ley de Pensiones.*

  En cuanto a la duración máxima de la Etapa Preparatoria establecida en el artículo 134 del CPP, esta empieza a correr a partir de la notificación con la imputación formal al imputado conforme al artículo 301 del CPP, empero, el presente PP motivo de Cargo, que no cuenta con imputación formal, se encuentra en la fase investigativa preliminar a la cual "rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP". Además, el sostener que la dilación procesal se debe a la "extensión" de la Etapa Preparatoria o "ausencia de cronograma de tiempo", reafirma la actuación negligente de la AFP, puesto que independientemente a la duración de las fases y etapas procesales, no puede rehuir el ejercicio oportuno y sin dilaciones de la acción penal.

  Por otra parte, los normas procesales son de orden público y de cumplimiento obligatorio, y obviamente no han sido impuestas discrecionalmente por el Ente Regulador como erróneamente afirma el regulado, consecuentemente, el pretender justificar la falta de diligencia argumentando que no ha fenecido el plazo previsto en el artículo 134 del CPP, carece de lógica como de sustento legal.

  Consiguientemente, los argumentos presentados son insuficientes para justificar su actitud pasiva en el PP, que dio lugar al retraso en la gestión judicial, identificados por periodos de tiempo, desde el 26 de julio de 2012 al 07 de noviembre de 2012, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso.

- *Por último, el regulado afirma en su recurso que la deuda ha sido cancelada y la acción penal desistida, y que esa gestión debe ser reconocida por la APS, caso contrario, estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y establecer la cobranza judicial.*

  Al respecto, es indudable que la APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, sin embargo, de la prueba presentada se evidencia que la AFP presentó en fecha 27 de junio de 2013 "desistimiento", que conforme al

artículo 345 - I Bis del Código Penal, extingue la acción penal, empero, este acontecimiento no puede considerarse como un justificativo suficiente o determinante para enervar el Cargo, puesto que ese acto procesal es con posterioridad a los hechos que fueron observados, aspecto que no significa desconocer los fines de la cobranza judicial.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 33, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 34 (…)

- *El administrado sostiene su recurso que no existe error al iniciar varios Procesos Penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, puesto que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refiere a los casos de delitos continuados no aplicable al artículo 345 Bis del CP, además aduce que la ampliación violenta los derechos del imputado invocando el artículo 7 del CPP.*

  La ampliación a la denuncia penal por nuevos (montos) periodos apropiados por el imputado responde a los artículos 4 y 45 del CPP, como también en la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Se debe tener presente que la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, hecho que no vulnera derecho alguno del imputado, aclarando que el artículo 7 del CPP, es de aplicación a las medidas cautelares y restrictivas.

  Además, la AFP debe considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal "extensión del daño causado", caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *La Administradora sobre la falta de actividad probatoria y diligencia en el PP, argumenta en su recurso que este fue uno de los procesos penales con mayor avance procesal y la falta de de ratificación de la denuncia por parte del denunciante se debió a que el imputado se presentó espontáneamente y prestó su declaración informativa.*

  Al respecto, es menester aclarar que la declaración informativa del denunciante y la declaración informativa del imputado, son actos procesales diferentes (artículos 295 inciso 1 y 97 del CPP), consecuentemente, el hecho de que el imputado haya presentado su declaración informativa no significa que el denunciante puede excusarse de la realización de ese acto procesal obligatorio.

  En la especie, del Acta de Declaración Informativa Policial del imputado se acredita que se llevó adelante el 16 de julio de 2012, sin embargo, el Acta de Declaración Informativa del

*denunciante (AFP) se efectuó el **15 de mayo de 2013**, es decir, después de haber transcurrido aproximadamente trescientos treinta (330) días computables desde la denuncia de **26 de junio de 2012**, cuando se debió llevar adelante dentro de un periodo prudencial de tiempo y no como aconteció, lo que denota negligencia en la realización del referido acto procesal obligatorio.*

Por otra parte, el argumentar que es el PP con mayor avance procesal, no es suficiente para justificar la dilación, puesto que esa apreciación no se encuentra respaldada materialmente.

- *El regulado afirma en su recurso que la deuda ha sido cancelada y la acción penal desistida, gestión que debe ser reconocida por la APS, caso contrario, estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y establecer la cobranza judicial.*

Al respecto, conforme a la documentación presentada en calidad de prueba se evidencia que efectivamente la denuncia fue desistida en fecha 27 de junio de 2013 y que conforme al artículo 345 - I Bis del CP queda extinguida la acción penal, empero, ese hecho no desvirtúa la actuación de la AFP, respecto a su incumpliendo a sus deberes durante el PP, que son anteriores a la fecha del desistimiento. Dicho de otra forma, la APS reconoce la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, sin embargo, el "desistimiento" de la acción judicial no podrá ser invocado como un justificativo de su accionar por hechos pasados, lo cual no significa desconocer el objetivo o fines de la gestión de cobranza.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 34, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

AL CARGO N° 35 (…)

- *La AFP argumenta en su recurso que no hay falta de cuidado en la gestión judicial ya que el poder de representación es correcto, extremo que se evidenciaría del Testimonio de Poder N° 071/2011. Manifiesta también que los rechazos a las denuncias penales se informó a la APS y que el archivo de obrados ordenado por el Fiscal de Materia es un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental. Por último, sostiene que se procedió a la Conversión de Acciones y que no existe perjuicio en la recuperación de la deuda.*

*Previamente a considerar los argumentos expuestos por el regulado, es menester señalar que en su recurso de revocatoria no se pronunció sobre la "inconsistencia en los términos de la denuncia" que se traduce en la "falta de cuidado" en la gestión procesal, siendo evidente éste hecho en el contenido de la denuncia que señala que el periodo apropiado por el imputado corresponde al mes de **julio/2011**, cuando en realidad corresponde a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 - julio/2011 conforme expresa la Nota de Debito N°PEN-**0331** de 28 de diciembre de 2011 presentada en calidad de prueba documental; inconsistencia en los periodos apropiados por el imputado que se prolongó durante toda la tramitación del PP.*

Al respecto, el regulado debe tener presente que el artículo 149 literal v) de la Ley de Pensiones, le exige llevar adelante el PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Por otro lado, en cuanto al retraso en el pronunciamiento del Fiscal Departamental sobre la objeción a la denuncia y la actitud pasiva del regulado frente a este hecho, tampoco ha merecido comentario alguno de parte del administrado, siendo que la objeción al rechazo a la

*denuncia se presentó el **19 de marzo de 2012** y la Resolución (Fiscal) N° 256/2012 es de fecha **25 de junio de 2012**.*

*En cuanto a los argumentos vertidos en el recurso de revocatoria, la Resolución N° 256/2012 de 25 de junio de 2012, dictada por el Fiscal Departamental de Potosí (antes denominado Fiscal de Distrito), señala: "**Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial N° 071/2011 de 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico**, por cuanto **no menciona y menos aún se le da la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo**…", asimismo afirma: "**Que la resolución de rechazo puesta en conocimiento del suscrito fiscal de Distrito no puede ser revisada de oficio por no estar establecido esta facultad por la ley y la (sic) no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar la resolución de rechazo por mucho que el indicado ciudadano haya objetado la citada resolución dentro de plazo, este hecho no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento**", por lo que concluye: **"…no teniendo facultad legal para resolver la objeción presentada por el ciudadano EDGAR MARTIN GUZMA ARROYO a nombre y en representación de la SOCIEDAD ANONIMA PREVISIÓN BBVA ADMINISTRACION DE FONDOS Y PENSIONES S.A., ya que el mismo no se encuentra legitimado para ser uso de dicho recurso, dispone la devolución de antecedentes para fines y efectos…"**; resolución que fuera notificada a la AFP en fecha 29 de junio de 2012 a horas 10:20.*

*Lo expuesto en la Resolución es concluyente en sentido que la falta de poder especial o específico a favor del mandatario, observado por el Fiscal Departamental, motivó a que no se pronuncie sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), **consecuentemente, queda ratificada la Resolución de Rechazo de Denuncia dictada por el Fiscal de Materia, dando lugar al archivo de obrados del Proceso Penal**.*

*La falta de poder especial en el denunciante también se encuentra corroborada por la documentación presentada por la AFP, consistente en el memorial presentado en la Fiscalía en fecha 20 de noviembre de 2012, mediante el cual la AFP pide el desarchivo de carpeta y solicita pronunciamiento sobre la objeción al rechazo a la denuncia acreditando nuevo Poder N° 1802/2012, petición que mereció el Requerimiento de 07 de noviembre de 2012 de la Fiscal de Materia que señala: "…**a la fecha (el cuaderno de investigación) se encuentra en archivos de la Fiscalía departamental;** sin embargo por el PRINCIPIO PROCESAL DE PRECLUSION que rige el Derecho concluidos los actuados procesales estos no pueden ser retrotraídos; es decir que con la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia **la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES** y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo; **por lo que el impetrante (AFP) deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal**".*

*Ello significa que el denunciante (AFP) **al ser notificado con la Resolución N° 256/2012** emitida por el Fiscal Departamental, que determina en forma concluyente que el mandato es general y no así especifico, **no lo cuestiona**, todo lo contrario, **da su aprobación presentando a través del memorial de fecha 20 de noviembre de 2012, nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.***

En ese sentido, carece de lógica legal sostener que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contrariamente, ante la instancia del Ministerio Público, la AFP jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

Además, es menester señalar que el memorial, dirigido al Fiscal de Materia, presentado en fecha 20 de noviembre de 2012, desconoce totalmente la normativa penal, ya que en la suma (del memorial) ***"SOLICITA SE EMITE RESOLUCIÓN SOBRE LA OBJECIÓN AL RECHAZO DE DENUNCIA"*** *y en su contenido señala:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con el Poder N° 1802/2012…le solicito pronuncie resolución REVOCANDO LA RESOLUCIÓN DE RECHAZO DE LA DENUNCIA…",*** *es decir, solicita al Fiscal de Materia que desconozca sus propios actos y revoque la resolución de rechazo de la denuncia, facultad que le compete exclusivamente al fiscal superior jerárquico (Fiscal Departamental) de acuerdo al artículo 305 del CPP.*

*En cuanto a que el Fiscal Departamental no se pronunció aún sobre el fondo del asunto y que el archivo de obrados fue ejecutado arbitrariamente por la Fiscal de Materia, se recuerda al regulado que dicha autoridad evidentemente no se pronunció ni se pronunciará sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), precisamente por no contar el mandatario con la facultad expresa para objetar, hecho que dio lugar al archivo de obrados. En ese sentido, la Fiscal de Materia, ante la solicitud de la AFP sobre el pronunciamiento sobre el fondo, por Requerimiento de 07 de noviembre de 2012 expresa "…****la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo****; ****por lo que el impetrante (AFP) deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal****", lo que significa el archivo de obrados del proceso penal.*

En lo referente a que se informó que los Fiscales de Materia estaban rechazando las denuncias penales presentadas por la AFP al considerar que no estaba legitimada para iniciar PP por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, dicho afirmación es evidente, como también el hecho de que se informó a la APS que esos fallos fueron impugnados a través de la "objeción al rechazo a la denuncia".

Ello significa, que el Fiscal Departamental en aplicación al artículo 305 del CPP hubiera revocado la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el denunciante, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

Por otra parte, es necesario aclarar al regulado, que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. Haciendo notar además que ***la AFP jamás comunicó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad está pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso.***

Por último, en cuanto a la "Conversión de Acciones", significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo Proceso Penal que se tramitará sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Además, la "solicitud" de Conversión de Acciones fue solicitada en fecha 15 de mayo de 2013 y la Resolución N° 256/2012 fue dictada el 25 de junio de 2012, lo que significa que dicha petición fue efectuada después de haber transcurrido más de trescientos veinte (320) días del

pronunciamiento del Fiscal Departamental, cuando pudo solicitarla inmediatamente después de la notificación del citado fallo que aconteció el 29 de junio de 2012.

De lo expuesto precedentemente se evidencia sin lugar a dudas que la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para "objetar" dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia presentada y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, además se comprobó la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 35, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

AL CARGO N° 36 (…)

- *La AFP afirma en su recurso que no existe error al iniciar varios Procesos Penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, puesto que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única se refieren a los casos de delitos continuados no aplicable a la Apropiación Indebida de Aportes, y que la ampliación quebranta los derechos del imputado invocando el artículo 7 del CPP.*

  Al respecto, la ampliación a la denuncia penal se sustenta en los artículos 4 y 45 del CPP, como también en la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Se debe considerar que la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  Por otro lado, el ampliar (actualizar) los nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, hecho que no vulnera derecho alguno del imputado, tampoco el señalado en el artículo 7 del CPP que invoca el regulado, de aplicación a las medidas cautelares y restrictivas para consideración del "órgano jurisdiccional".

  En esa lógica legal, es incorrecto iniciar varias denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo, puesto que ello importará no solo un desconocimiento a la normativa material sino también a los principios procesales penales, además retrasará o retardará la pronta y oportuna recuperación de los montos apropiados.

  Además, la AFP debe considerar que el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *Por otra parte, la AFP argumenta en su recurso que "respecto al rechazo a la denuncia, la presentación de la objeción y la solicitud de conversión de acción, no hay falta de cuidado en*

la gestión judicial toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones que permite el Código de Procedimiento Penal".

Al respecto, el pronunciamiento definitivo del Fiscal Departamental sobre la objeción a la denuncia, Resolución N° 192/2012 es de fecha 29 de mayo de 2012, y la objeción al rechazo a la denuncia se presentó el 2 de marzo de 2012, demora en el pronunciamiento que no ha merecido comentario o justificativo alguno de parte del administrado en su recurso de revocatoria.

En cuanto al trámite de "objeción", de la revisión del Testimonio Poder N° 071/2011, se evidencia que refiere en su caratula y parte de su contenido "Poder Especial, Bastante y Suficiente" pero ***no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 192/2012 de 29 de mayo de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo, en la referida Resolución menciona: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; el fallo en cuestión significa el archivo de obrados del PP y que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por el Fiscal de Materia, y se notificó a la AFP en fecha 29 de mayo de 2012 a horas 11:42 mediante cédula.*

La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento setenta (170) días desde su notificación, mediante memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal de Materia Dra. Victoria Fuertes, (le) ***"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE LA OBJECIÓN AL RECHAZO A LA DENUNCIA"*** *y* ***el desarchivo de la carpeta*** *y señaló:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en la cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".*** *Petitorio, que mereció el requerimiento fiscal de fecha 07 de noviembre de 2012, que de forma concluyente señala: "…a la fecha se encuentra (el proceso) en archivos de la Fiscalía departamental; sin embargo por PRINCIPIO PROCESAL DE PRECLUSION que rige el Derecho concluidos los actuados procesales estos no pueden ser retrotraídos; es decir que* ***con la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo****; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal".*

Los antecedentes expuestos demuestran sin lugar a dudas que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 192/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que en definitiva determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su aprobación presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia, pero además, de forma sorprendente y desconociendo totalmente el procedimiento, pretende a través de su memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, que la Fiscal de Materia (Dra. Fuertes) pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia, cuando esa facultad la tiene el Fiscal Departamental (artículo 305 del CPP), que por cierto ya se pronunció (Resolución N° 192/2012), dando lugar al archivo de obrados.***

En ese sentido, carece de lógica legal sostener que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias de "mandato especial o especifico", cuando contradictoriamente, ante el Ministerio Público jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, de una simple revisión de la Resolución N°192/2012 de 29 de mayo de 2012, se acredita que el Fiscal Departamental de Potosí, no realizó ningún requerimiento sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial, por lo que la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 a través del memorial de 04 de octubre de 2012, obedeció a la voluntad y decisión del denunciante.

La Resolución N° 192/2012 determina de forma categórica que al tratarse de un "mandato general" el presentado por el "cuasi apoderado", "no abre la competencia de la autoridad (Fiscal Departamental) para considerar la misma y resolver conforme el procedimiento", consecuentemente, se reafirma el hecho de que el Fiscal Departamental jamás requirió la presentación de nuevo poder, todo lo contrario, su fallo determina el archivo de obrados del proceso penal por no encontrarse legitimado el apoderado para hacer uso de dicho recurso (objeción al rechazo de la denuncia).

Por otro lado, es evidente que la AFP informó a esta Autoridad que los Fiscales de Materia de Potosí estaban rechazando las denuncias penales presentadas al considerar que no estaba legitimada para tramitar el PP por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, pero también informó que esas Resoluciones contrarias a la ley, merecieron "objeción al rechazo a la denuncia".

Ahora bien, conforme al artículo 305 del CPP, el Fiscal Departamental, pudo revocar la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el denunciante, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

Además, el regulado debe tener presente que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. Haciendo notar además que ***la AFP jamás informó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad estaba pendiente de emisión, extremo que insiste erróneamente en su recurso.***

En cuanto a la "Conversión de Acciones", implica que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo PP que se tramitará sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Además, la Conversión de Acciones fue solicitada en fecha 17 de abril de 2013, cuando la Resolución N° 192/2012 es de fecha 29 de mayo de 2012, lo que significa que dicha petición fue efectuada después de haber transcurrido más de trescientos veinte (320) días del pronunciamiento del Fiscal Departamental, cuando pudo solicitarla oportunamente, es decir,

inmediatamente después de la notificación del citado fallo que aconteció el 29 de mayo de 2012.

De lo expresado se concluye que la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, evidenciándose también la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 36, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

AL CARGO N° 37 (…)

- *La AFP argumenta en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, sugiriendo que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados, asimismo, menciona que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

  Al respecto, la ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado responde a normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa. Asimismo, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada, ej. mes a mes), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El ampliar la denuncia penal (actualizar el monto apropiado) no influenciará negativamente a la causa, como justifica la AFP en su recurso, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado.

  La AFP, al haber iniciado en forma consecutiva denuncias penales (de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012,15 de febrero de 2012) en contra de la misma persona por el mismo delito, atenta contra las normas y principios procesales (ej. economía procesal), y quebranta lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, perjudicando a la pronta y oportuna recuperación de lo apropiado

  Por otra parte, el regulado debe tener presente que el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal "extensión del daño causado", caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *Por otra parte, la AFP manifiesta en su recurso que "respecto al rechazo a la denuncia, la presentación de la objeción y la solicitud de conversión de acción, no hay falta de cuidado en*

la gestión judicial toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones que permite el Código de Procedimiento Penal".

Al respecto, de la lectura del Testimonio Poder N° 071/2011, se evidencia que en su caratula y parte de su contenido menciona "Poder Especial, Bastante y Suficiente", empero, ***no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental*** *en la Resolución N° 314/2012 de 16 de julio de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo, en la referida Resolución menciona: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento****", disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; resolución que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notifica a la AFP en fecha 19 de julio de 2012 a horas 11:50 mediante cédula.*

La AFP al tomar conocimiento de la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento diez (110) días desde su notificación, por memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal de Materia Dra. Victoria Fuertes, en la suma expresó ***"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO A LA DENUNCIA"*** *y solicitó* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en la cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".*** *Petitorio, que mereció el requerimiento fiscal de fecha 07 de noviembre de 2012, que de forma concluyente señala: "…a la fecha se encuentra (el proceso) en archivos de la Fiscalía departamental; sin embargo por PRINCIPIO PROCESAL DE PRECLUSION que rige el Derecho concluidos los actuados procesales estos no pueden ser retrotraídos; es decir que* ***con la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo****; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal".*

Los antecedentes expuestos demuestran sin lugar a dudas que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 314/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su asentimiento presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia, pero dicha presentación es extemporánea, además, el petitorio contenido en el memorial de 06 de noviembre de 2012, desconoce la normativa procesal penal ya que pretende que la Fiscal de Materia (Dra. Fuertes) pronuncie resolución que revoque la resolución de rechazo a la denuncia, cuando esa facultad la tiene exclusivamente el Fiscal Departamental (artículo 305 del CPP), que por cierto ya se pronunció (Resolución N° 314/2012), dando lugar al archivo de obrados.***

Por lo tanto, resulta inconsistente justificar en esta instancia que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contradictoriamente, ante el Ministerio Público, jamás cuestionó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

Por otro lado, de la revisión a la Resolución N°314/2012 de 16 de julio de 2012, se acredita que el Fiscal Departamental de Potosí, no realizó ningún requerimiento respecto a la presentación de un nuevo Poder Notarial ante esa instancia, por lo que la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 por la AFP, obedeció a la voluntad y decisión del denunciante.

La Resolución N° 314/2012 determina de forma categórica que al tratarse de un "mandato general" el presentado por el "cuasi apoderado", "no abre la competencia de la autoridad (Fiscal Departamental) para considerar la misma y resolver conforme el procedimiento", consecuentemente, se reafirma el hecho de que el Fiscal Departamental jamás requirió la presentación de nuevo poder, todo lo contrario, su fallo determina el archivo de obrados del proceso penal por no encontrarse legitimado el apoderado para hacer uso de dicho recurso (objeción al rechazo de la denuncia).

Por otra parte, es cierto y evidente que la AFP informó que los Fiscales de Materia de Potosí estaban rechazando las denuncias penales presentadas considerar que no estaba legitimada, pero también informó a la APS que esas resoluciones contrarias a la ley, merecieron "objeción al rechazo a la denuncia".
Ello significa que en aplicación al artículo 305 del CPP, el Fiscal Departamental, pudo revocar la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el denunciante, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

Asimismo, el administrado debe tener presente que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. Haciendo notar además que ***la AFP jamás comunicó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determina el archivo de obrados por falta de poder especial, todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad estaba pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso al señalar: "El archivo de obrado por parte de los Fiscales de Materia es un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental, quien todavía no se había pronunciado sobre el fondo del asunto…".***

En cuanto a la "Conversión de Acciones", significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo PP que se tramitará sin la participación del Fiscal ante el Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Además, la Conversión de Acciones fue solicitada en fecha 15 de mayo de 2013 y la Resolución N° 314/2012 es de fecha 16 de julio de 2012, lo que significa que dicha petición fue efectuada después de haber transcurrido más de trescientos veinte (320) días del pronunciamiento del Fiscal Departamental, cuando pudo solicitarla oportunamente, después de la notificación del citado fallo que aconteció el 16 de julio de 2012.

En consecuencia se concluye que el regulado actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para objetar lo que dio lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, además es elocuente la falta de diligencia en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 37, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 38 (…)

- *La AFP en cuanto a la falta de cuidado arguye en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del mismo imputado, por el mismo delito, indicando que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados, no aplicable al delito de Apropiación Indebida de Aportes, y que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

  Al respecto, se debe tener presente que la ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado, no se trata de un capricho de la APS, responde a lo previsto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Asimismo, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El ampliar la denuncia penal o actualizar los nuevos periodos apropiados por el imputado, de ninguna forma influenciará negativamente la causa, como justifica la AFP en su recurso, todo lo contrario, se cumplirá con lo dispuesto en las normas materiales y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado.

  El hecho de haber iniciado, la AFP, en forma consecutiva denuncias penales (de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012,15 de febrero de 2012, 16 de marzo de 2012) en contra de la misma persona, por el mismo tipo penal, atenta contra las normas y principios procesales, y viola lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

  Por otra parte, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *Por otra parte, la AFP manifiesta en su recurso que "<u>respecto al rechazo a la denuncia</u> y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*
  Previamente es necesario señalar que respecto a la objeción al rechazo a la denuncia de 02 de julio de 2012, la AFP jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento, Resolución N° 278/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que la Resolución estaba pendiente de emisión.

  Ahora bien, en cuanto a la falta de cuidado en la gestión judicial (objeción) de parte de la AFP, se evidencia del Testimonio Poder N° 071/2011, que ***<u>no menciona y menos aún le otorga al</u>***

mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo*, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 278/2012 de 05 de julio de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo, menciona: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; Resolución que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notifica a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 08:40 mediante cédula.*

La Administradora al tomar conocimiento de la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento veinte (120) días desde su notificación, por memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante el Fiscal de Materia Dr. Luis Yutronic, en la suma expresó ***"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO A LA DENUNCIA"*** *y le solicita:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en la cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se***(sic) ***de inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

Los antecedentes expuestos demuestran sin lugar a dudas que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 278/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su aprobación presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia, pero dicha presentación es extemporánea, además, el petitorio contenido en el memorial de 06 de noviembre de 2012, desconoce la normativa procesal penal ya que pretende que el Fiscal de Materia (Dr. Yutronic) pronuncie resolución que revoque la resolución de rechazo a la denuncia, cuando esa facultad la tiene exclusivamente el Fiscal Departamental (artículo 305 del CPP), quien ya emitió pronunciamiento definitivo (Resolución N° 278/2012), dando lugar al archivo de obrados.***

En ese sentido, el justificar en esta instancia que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", resulta contradictorio, ya que ante el Ministerio Público jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del CPP.

Asimismo, de la revisión a la Resolución N° 278/2012, se acredita que el Fiscal Departamental, no realizó ningún requerimiento sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial ante esa instancia, por lo que la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012, obedeció a la voluntad y decisión del denunciante.
La Resolución N° 278/2012 determina de forma categórica que al tratarse de un "mandato general" el presentado por el "cuasi apoderado", "no abre la competencia de la autoridad (Fiscal Departamental) para considerar la misma y resolver conforme el procedimiento", consecuentemente, se reafirma el hecho de que el Fiscal Departamental jamás requirió la presentación de nuevo poder, todo lo contrario, su fallo determina el archivo de obrados del PP por no encontrarse legitimado el apoderado para hacer uso de dicho recurso (objeción al rechazo de la denuncia).

Por lo expuesto se concluye que si bien se presentó la "objeción" dentro del plazo establecido por el artículo 305 del CPP, el Testimonio N° 071/2011, no contiene la facultad expresa de realizar dicho acto procesal ("objetar"), lo que impidió al Fiscal Departamental analizar en el fondo la injusta Resolución emitida por el Fiscal Materia y pueda revocarla, dando lugar al archivo de obrados.

Los hechos señalados precedentemente son elocuentes y demuestran sin lugar a dudas que la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia presentada y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, además esta evidenciado la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 38, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 39 (…)

- *El regulado, en cuanto a la falta de cuidado, sostiene en su recurso que en la Etapa Preparatoria del PP se podrá identificar al sujeto pasivo, máxime tratándose de una persona jurídica.*

  Al respecto, es evidente que la denuncia penal podrá bajo determinadas circunstancias prescindir momentáneamente del nombre del imputado, en consideración al artículo 295 numeral 4) del CPP, que señala que una de las facultades de la Policía Nacional cuando cumpla funciones de policía judicial es la de "Recabar los datos que sirvan para la identificación del imputado", empero, en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, tratándose de una persona jurídica, serán responsables (penal) la persona o personas individuales que funjan como responsables legales en el periodo que se tenía que cumplir con la obligación del pago de Contribuciones.

  *En la especie, **la denuncia presentada por la AFP está dirigida en contra de "Representante Legal = 0"**, presumiéndose que está dirigida contra el "autor" del ilícito, quien no está identificado, sin embargo, se trata de la quinta (5) denuncia dirigida en contra el Empleador Gobierno Autónomo Departamental de Potosí, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 16 de marzo de 2012, en las cuales se identifica a Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí.*

  De lo anterior se extrae que, carece de lógica que la presente denuncia, la AFP no haya señalado el nombre del denunciado, cuando contradictoriamente en las cuatro (4) anteriores se lo menciona, lo que en los hechos demuestra falta de cuidado de parte del regulado. Aspecto que se encuentra plenamente corroborado por el cuaderno de investigación que advierte que la presente denuncia penal prosiguió y continuó en contra de Félix Gonzales Bernal, mencionado en las cuatro denuncias anteriores.

- *La AFP sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del mismo imputado, por el mismo delito, indicando que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados, asimismo, menciona que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

La ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado responde a las normas materias, artículos 4 y 45 del CPP, y la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Asimismo, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El ampliar la denuncia penal, o dicho de otra forma, actualizar nuevos montos (periodos) apropiados por el imputado, de ninguna forma influenciará negativamente la causa, como arguye el regulado, todo lo contrario, se cumplirá con lo dispuesto en las normas materiales y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado.

El hecho de iniciar de forma continuada acciones penales en contra del mismo imputado por el mismo delito como aconteció, cuando se pudo ampliar la denuncia penal por nuevos montos apropiados, retrasa y perjudica la gestión judicial (de cobro).

Además, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación de pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *La AFP argumenta en su recurso que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó conforme a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*

Previamente es necesario aclarar que el regulado jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 279/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que la Resolución estaba pendiente de emisión.

Ahora bien, hecha la aclaración y si bien es cierto que, se presentó la objeción dentro del plazo establecido en el artículo 305 del CPP, el Testimonio Poder N° 071/2011 ***no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 279/2012 de 05 de julio de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo refiere: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar… no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; fallo que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notificó a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 08:45 mediante cédula.*

La AFP al tomar conocimiento de la mencionada Resolución y habiendo transcurrido aproximadamente ciento veinte (120) días desde su notificación, por memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado al Fiscal de Materia Dr. Luis Yutronic, señaló en la suma

"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA" *y solicitó:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de*** (sic) ***inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

De los antecedentes señalados se deduce que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 279/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que en definitiva determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su consentimiento presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.***

Asimismo, de la lectura a la Resolución N° 279/2012, se acredita que el Fiscal Departamental, no realizó ningún requerimiento sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial, por lo que, la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 obedeció a la voluntad y decisión del denunciante (AFP), empero, dicha presentación fue extemporánea, fuera del plazo establecido en el artículo 305 del CPP.

Por lo expuesto, si bien se presentó la objeción al rechazo a la denuncia dentro del plazo establecido, dicho acto procesal se sujeta a las facultades otorgadas en el Testimonio N° 071/2011, que no contiene la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", lo que impidió al Fiscal Departamental pronunciarse sobre el fondo, y seguramente revocar la injusta e ilegal Resolución emitida por el Fiscal de Materia.

Por último, conforme al razonamiento "erróneo" de la AFP, el fallo del Fiscal Departamental, Resolución N° 279/2012, no es definitivo, inclusive puede ser modificado por el Fiscal de Materia, por ello, en su memorial de 06 de septiembre de 2012 ***("SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA")****, pretende que el Fiscal de Materia "revoque" su propio fallo (rechazo a la denuncia), y modifique lo dispuesto por el Fiscal Departamental demostrando desconocimiento a lo establecido en el artículo 305 del CPP.*

En consecuencia, la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, pero además está acreditado la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 39, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 40 (…)

- *El regulado, en cuanto a la falta de cuidado, manifiesta en su recurso que la denuncia cumple lo dispuesto por el artículo 285 del CPP, y que en la Etapa Preparatoria del PP se podrá identificar al sujeto pasivo, máxime tratándose de una persona jurídica respecto de la cual puede variar la persona natural que la representa.*

Al respecto, es cierto y evidente que una denuncia penal (artículo 285 del CPP) podrá bajo determinadas circunstancias prescindir momentáneamente del nombre del imputado, en aplicación al artículo 295 numeral 4) del CPP, que señala que una de las facultades de la Policía Nacional cuando cumpla funciones de policía judicial es la de "Recabar los datos que sirvan

para la identificación del imputado", empero, en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, tratándose de una persona jurídica, serán responsables la persona o personas individuales que funjan como responsables legales en el periodo que se tenía que cumplir con la obligación del pago de Contribuciones (artículo 345-I Bis CP).

*En los hechos, **la denuncia presentada por la AFP está dirigida en contra de "Representante Legal = 0"**, presumiéndose que está dirigida contra el "autor" del ilícito, quien no está identificado, sin embargo, se trata de la sexta (6) denuncia en contra el Empleador Gobierno Autónomo Departamental de Potosí, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012, y 16 de marzo de 2012, en las cuales se identifica a Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí y como denunciado o imputado.*

En ese sentido, carece de lógica legal que en la presente denuncia, motivo de Cargo, la AFP no haya señalado el nombre del denunciado, cuando contradictoriamente en las anteriores se lo menciona, extremo que demuestra falta de cuidado de parte del regulado. Hecho también corroborado por el cuaderno de investigación que advierte que la denuncia penal prosiguió y continuó en contra de Félix Gonzales Bernal.

- *La AFP justifica en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del imputado, por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, sugiriendo que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados, asimismo, menciona que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

La ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado responde a lo dispuesto por los artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa. Además, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El ampliar la denuncia penal, por nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, como alude incorrectamente el regulado, todo lo contrario, se cumplirá con las normas y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado.

El iniciar denuncias penales de forma consecutiva en contra del imputado, como aconteció (28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012, 16 de marzo de 2012, 23 de abril de 2012 y 22 de mayo de 2012), cuando la denuncia pudo ampliarse (actualizar los periodos apropiados por el imputado), no solo contraviene la norma material y principios procesales penales, sino también posterga los fines de la cobranza judicial.

Además, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *La AFP argumenta que no hay falta de cuidado en la gestión judicial ya que el poder de representación es correcto, que se evidencia del Testimonio de Poder N° 071/2011. Manifiesta también que los rechazos a las denuncias penales fue informado a la APS, y que el archivo de obrados del Fiscal de Materia es un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental, y que se procedió a la conversión de acciones.*

Previamente es necesario señalar que La AFP jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 294/2012 de 05 de julio de 2012, que concluye con el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que la Resolución estaba pendiente de emisión.

En cuanto a la "objeción", del Testimonio Poder N° 071/2011 se acredita que ***no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, hecho que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 294/2012 de 05 de julio de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo menciona: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento****", disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; el fallo en cuestión implica la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notificó a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 17:45 mediante cédula.*

La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento veinte (120) días desde su notificación, por memorial presentado el 06 de noviembre de 2012, ante la Fiscal de Materia Dra. Ana Maria Chávez, señaló en la suma ***"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA"*** *y en su petitorio:* ***"Estando legalmente acreditada en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en la cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución REVOCANDO LA RESOLUCIÓN DE RECHAZO DE LA DENUNCIA…".***

Lo anterior demuestra de forma incuestionable que la AFP ***al ser notificado con la Resolución N° 294/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que en definitiva determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su asentimiento presentando a través del memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.***

En ese sentido, carece de toda lógica legal sostener que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contradictoriamente, ante el Ministerio Público, jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

Es menester señalar que la Resolución N°294/2012 determina de forma categórica que al tratarse de un "mandato general" el presentado por el "cuasi apoderado", "no abre la competencia de la autoridad (Fiscal Departamental) para considerar la misma y resolver conforme el procedimiento", consecuentemente, se reafirma el hecho de que el Fiscal Departamental jamás requirió la presentación de nuevo poder, todo lo contrario, su fallo

determina el archivo de obrados del proceso penal por no encontrarse legitimado el apoderado para hacer uso de dicho recurso.

***En cuanto a que el Fiscal Departamental no se pronunció aún** sobre el fondo del asunto y que el archivo de obrados fue ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, se recuerda al regulado que dicha autoridad evidentemente no se pronunció ni se pronunciará sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), precisamente por la falta de poder especial, hecho que dio lugar al archivo de obrados. Además, resulta extraña esta afirmación que contradice su solicitud de 06 de noviembre de 2012, mediante la cual pide al Fiscal de Materia, en franco desconociendo al procedimiento penal, "revoque su (propia) resolución de rechazo a la denuncia", cuando esa facultad le corresponde exclusivamente al fiscal jerárquico de acuerdo al artículo 305 del CPP.*

Por otra parte, es cierto que la AFP informó que los Fiscales de Materia de Potosí estaban rechazando las denuncias penales presentadas por la AFP al considerar que no estaba legitimada para iniciar procesos por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, pero también informó que esas Resoluciones contrarias a la ley, merecieron "objeción al rechazo a la denuncia"; ello significa que, conforme al artículo 305 del CPP, el Fiscal Departamental, pudo revocar la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el denunciante.

*Además, se debe aclarar al regulado, que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. Haciendo notar además que **la AFP jamás informó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario (denunciante), todo lo contrario, comunicó que el pronunciamiento de dicha autoridad estaba pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso.***

En cuanto a la "Conversión de Acciones", implica que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo PP que se tramitará sin la participación del Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Asimismo, la "solicitud" de Conversión de Acciones fue presentada en fecha 17 de abril de 2013 y la Resolución N° 294/2012 es de fecha 05 de julio de 2012, lo que significa que dicha petición fue efectuada después de haber transcurrido más de trescientos (300) días del pronunciamiento del Fiscal Departamental, cuando pudo solicitarla oportunamente, después de la notificación del citado fallo que aconteció el 05 de julio de 2012, extremo que también corrobora la falta de diligencia.

En ese sentido, las argumentaciones vertidas por el regulado son insuficientes, estando totalmente acreditado que la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, pero además está acreditado la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 40, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 41 (…)

- *El regulado sostiene en su recurso que no hay falta de cuidado en la gestión judicial, que los rechazos a las denuncias penales fue informado a la APS, que el archivo de obrados del Fiscal de Materia es un acto contrario a lo determinado por el Fiscal Departamental quien todavía no se pronunció sobre la objeción, y que en el presente caso se produjo el desistimiento de la acción penal.*

*Previamente, se debe considerar que la **"objeción"** al rechazo a la denuncia de parte de la AFP, fue a través del memorial presentado en fecha 02 de marzo de 2012, y el pronunciamiento definitivo del Fiscal Departamental fue mediante Resolución N° 199/2012 de 29 de mayo de 2012, haciendo notar que anteriormente la mencionada autoridad dictó la Resolución N° 084/2012 de 12 de marzo de 2012 que dispone la devolución de los antecedentes al Fiscal de Materia para que regularice el procedimiento, y se proceda a la notificación en forma personal o cédula al imputado.*

A ello, se debe tener presente que la AFP en su calidad de denunciante o parte acusadora tiene la obligación de vigilar que los Fiscales y autoridades jurisdiccionales cumplan con las formalidades establecidas en el procedimiento para evitar dilaciones innecesarias como aconteció en el presente caso, puesto que su labor que deviene de un imperativo legal no se limita únicamente a la presentación de la denuncia, todo lo contrario debe realizar todos los actos procesales necesarios para que el proceso se desarrollo (sic) *con normalidad.*

*Ahora bien, en cuanto a la "objeción", de la revisión del Testimonio Poder N° 071/2011, presentado inicialmente por la AFP, se evidencia que en su caratula y parte de su contenido expresa "Poder Especial, Bastante y Suficiente" pero **no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo**, situación que **observó el Fiscal Departamental de Potosí** en la Resolución N° 199/2012 de 29 de mayo de 2012, al expresar: **"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"**, asimismo menciona: "…**al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"**, disponiendo: **"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente**"; fallo que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notifica a la AFP en fecha 29 de mayo de 2012 a horas 17:50 mediante cédula.*

*La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento cuarenta (140) días desde su notificación, por memorial de fecha 12 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal de Materia Dra. Victoria Fuertes, **solicitó el desarchivo de la carpeta** y a la vez **"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA"** y expresa: **"Estando legalmente acreditada en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le SOLICITO PRONUNCIE RESOLUCIÓN REVOCANDO LA RESOLUCIÓN DE RECHAZO DE LA DENUNCIA e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

De lo expuesto se deduce que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 199/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su asentimiento presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.*** *En ese sentido, carece de lógica legal argumentar que se actuó conforme a norma, sosteniendo que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contradictoriamente, ante el Ministerio Público jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.*

Asimismo, de la lectura a la Resolución N° 199/2012, se acredita que el Fiscal Departamental de Potosí, no realizó ningún requerimiento sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial, por lo que, la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 obedeció a la voluntad y decisión del denunciante (AFP), empero, dicha presentación fue extemporánea, fuera del plazo establecido en el artículo 305 del CPP.

Además, la petición contenida en el memorial de fecha 12 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal de Materia Dra. Victoria Fuertes, por el que solicita el desarchivo de obrados y se pronuncie sobre la revocatoria a la objeción al rechazo a la denuncia, se trata de una solicitud totalmente impertinente, ya que esa atribución no le corresponde al Fiscal de Materia sino al Fiscal Departamental conforme al artículo 305 del CPP, quien ya se había pronunciado en la Resolución N°199/2012, que conllevó al archivo de obrados, por "falta de poder especial en el denunciante". Aspecto que hace referencia también la Fiscal de Materia en su requerimiento de 13 de noviembre de 2012 al señalar que ***"…la Objeción de Rechazo no puede tramitarse dos veces y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo…el impetrante deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal".***

En cuanto a que el Fiscal Departamental no se pronunció aún *sobre el fondo del asunto y que el archivo de obrados fue ejecutado ilegalmente por la Fiscal de Materia, se recuerda al regulado que dicha autoridad evidentemente no se pronunció ni se pronunciará sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), precisamente por la falta de poder especial, hecho que dio lugar al archivo de obrados. Además, resulta extraña esta afirmación que contradice su solicitud de 12 de noviembre de 2012, mediante la cual pide al Fiscal de Materia, en franco desconociendo al procedimiento penal, "revoque su (propia) resolución de rechazo a la denuncia", cuando esa facultad le corresponde exclusivamente al Fiscal Departamental de acuerdo al artículo 305 del CPP.*

Por otra parte, es cierto y evidente que la AFP informó que los Fiscales de Materia de Potosí estaban rechazando las denuncias penales al considerar que no estaba legitimada para iniciar procesos por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, empero también informó que esas Resoluciones contrarias a la ley, merecieron "objeción al rechazo a la denuncia".

Ello significa que conforme al artículo 305 del CPP, el Fiscal Departamental, pudo revocar la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el denunciante, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

Asimismo, el administrado debe tener presente que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al

patrocinio de los mismos. Haciendo notar además que ***la AFP jamás comunicó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad estaba pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso.***

En cuanto a la "Conversión de Acciones", significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo Proceso Penal que se tramita sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se sometería la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados. Asimismo, la Conversión de Acciones (de acción penal pública a instancia de parte en acción privada), que alude no fue acreditada materialmente por el regulado.

Por último, la AFP para justificar su conducta refiere en su recurso que en el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y esa gestión debe ser reconocida por la APS.

Al respecto, la APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, y que efectivamente el artículo 345 - I Bis del CP, determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, aspecto que no está en discusión, sino la actividad y conducta del regulado a lo largo de la causa penal, que no han sido justificadas debidamente, y que son anteriores a la fecha del desistimiento presentado en fecha 28 de marzo de 2013.

Dicho de otra forma, la falta de cuidado de la AFP al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para objetar el rechazo a la denuncia dando lugar a su ratificación y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente y, la falta de diligencia del regulado en el PP, se traducen en un incumplimiento a la obligación impuesta en la Ley de Pensiones, en su artículo 149 literal v), acontecimientos que no pueden ser desconocidos por un hecho posterior como lo es el desistimiento.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 41, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 42</u> (…)

- *La AFP, en cuanto a la falta de cuidado, sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del imputado, por el delito de apropiación indebida de aportes, indicando que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados, asimismo, menciona que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

Previamente, es necesario señalar que las denuncias penales seguidas en contra de Antonio Paillo Choquevillca representante legal de la Cooperativa Minera Siglo XX Ltda, de fechas 24 de enero de 2012 y 23 de abril de 2012, en forma coincidente determinan como periodo apropiado agosto/2011 y la suma de Bs.5.652.35, ello significa, que la única diferencia entre

ambas denuncias es la fecha de presentación, aspecto que no fue aclarado menos justificado por el regulado.

Ahora bien, la ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado responde a las normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también la aplicación de principios procesales, como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa. Además, la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo empleador (de forma continuada), genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El ampliar la denuncia penal, o dicho de otra forma, actualizar los nuevos periodos apropiados por el imputado, no influenciará negativamente la causa, como alude incorrectamente el regulado, todo lo contrario, se cumplirá con las normas materiales y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado, con la aclaración que el artículo 7 del CPP, es de aplicación para las medidas cautelares y restrictivas, siendo una disposición ajena al presente caso.

El iniciar denuncias penales consecutivas en contra del mismo imputado por el mismo delito, como aconteció, cuando pudo ampliarse o actualizarse nuevos periodos apropiados, perjudica en la pronta y oportuna recuperación de lo adeudado, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial.

Además, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *Por otra parte, la AFP menciona que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP". Asimismo, argumenta: "la circunstancia de que el Fiscal de Distrito no emita la Resolución correspondiente… no nos obliga a presentar recursos inexistentes...".*

Al respecto, previamente se debe precisar que en cuanto a la ***"objeción"*** *al rechazo a la denuncia, la AFP jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 286/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el "archivo de obrados" por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, se limitó a informar que la Resolución está pendiente de emisión.*

En esa línea, en cuanto a la objeción al rechazo de la denuncia, ***el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 286/2012 de 05 de julio de 2012, observó falta de poder especial en el denunciante (apoderado) al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo señala: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar…no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; el fallo en cuestión significa la ratificación*

del rechazo de la denuncia dispuesta por el Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notifica a la AFP el 05 de julio de 2012 a horas 14:13 mediante cédula.

La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de cientos treinta (130) días desde su notificación, por memorial de fecha 14 de diciembre de 2012, presentado ante el Fiscal Departamental solicitó en la suma del memorial ***"Solicita se emita Resolución Sobre Objeción al Rechazo a la Denuncia"****, y señaló:* ***"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria…"****, y pide:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en la cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de*** (sic) ***inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

De lo expuesto se tiene que el denunciante ***al ser notificado con la Resolución N° 286/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario, da su aprobación presentando a través del memorial de fecha 14 de diciembre de 2012, nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia, empero, esta presentación de nuevo poder es extemporánea, posterior a la dictación de la Resolución señalada, pero además, desconoce totalmente el procedimiento penal ya que a través de su memorial pretende que el Fiscal Departamental (antes denominado de Distrito) desconozca sus propios actos y dicte nueva Resolución, lo cual no corresponde; lo que quiere decir que el regulado todavía asume que el pronunciamiento del Fiscal Departamental está pendiente, lo que no es evidente, aclarando que la Resolución N° 286/2012, no menciona se "subsane" (enmiende) la presentación de nuevo poder.*

- *Por último, el regulado manifiesta en su recurso que en el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y esa gestión debe ser reconocida por la APS.*

  Al respecto, la APS reconoce como gestión positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, sin embargo, conforme a la documentación presentada en calidad de prueba de descargo se evidencia que el desistimiento de la acción penal es de fecha 01 de abril de 2013, es decir, acontece con posterioridad a los hechos que motivaron el Cargo.

  Asimismo, es menester señalar que el149 literal v) de la Ley N° 065, obliga a las AFP, llevar adelante el PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, obligación incumplida por el regulado, la falta de cuidado que se traduce en la presentación de un Poder que no contiene la facultad expresa para objetar el rechazo a la denuncia dando lugar a su ratificación y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente y, la falta de diligencia del regulado en el PP, acontecimientos que no pueden ser desconocidos por un hecho posterior como el desistimiento.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 42, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 43 (…)

- *La Administradora sostiene en su recurso que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos*

procesales establecidos en el artículo 305 del CPP". Asimismo, arguye: "la circunstancia de que el Fiscal de Distrito no emita la Resolución correspondiente… no nos obliga a presentar recursos inexistentes...".

Al respecto, previamente se debe precisar que en cuanto a la ***"objeción"*** *al rechazo de la denuncia presentada el 02 de marzo de 2012, el regulado jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 204/2012 de 29 de mayo de 2012, que determina el "archivo de obrados" por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, se limitó a informar que la Resolución está pendiente de emisión.*

Por otra parte, con carácter previo a la Resolución N° 204/2012 de 29 de mayo de 2012, el Fiscal Departamental dictó la Resolución N° 089/2012 de 12 de marzo de 2012, mediante la cual devuelve antecedentes a la Fiscal de Materia para que regularice el procedimiento y se notifique en forma personal o mediante cédula a la imputada con la Resolución de Rechazo a la denuncia.

A ello, se debe tener presente que la AFP en su calidad de denunciante o parte acusadora tiene la obligación de vigilar que los Fiscales y autoridades jurisdiccionales cumplan con las formalidades establecidas en el procedimiento para evitar dilaciones innecesarias como aconteció en el presente caso, puesto que su labor que deviene de un imperativo legal no se limita únicamente a la presentación de la denuncia, todo lo contrario, debe realizar todos los actos procesales necesarios para que el proceso se desarrollo (sic) *con normalidad.*

En cuanto a la objeción al rechazo de la denuncia, efectivamente el Fiscal Departamental emitió pronunciamiento definitivo, Resolución N° 204/2012 de 29 de mayo de 2012, observando la falta de poder especial en el denunciante (apoderado) al decir: ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que <u>el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico</u>…"****, asimismo, menciona: "…****<u>al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar</u>...*** ***<u>no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento</u>"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; el fallo en cuestión significa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notificó a la AFP en fecha 29 de mayo de 2012 a horas 15:20 mediante cédula.*

La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento treinta (130) días desde su notificación, por memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal Materia Victoria Fuertes, pide (el)"desarchivo de carpeta", que importa una total falta de seguimiento al PP, pero además solicita en la suma (del memorial) ***"SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE LA OBJECIÓN AL RECHAZO A LA DENUNCIA"****, y señaló:* ***"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria.."****, asimismo, manifiesta y pide:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

De ello se deduce que el denunciante (AFP) ***<u>al ser notificado con la Resolución N° 204/2012</u>*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina en forma concluyente que el mandato es general y no así especifico,* ***<u>no lo cuestiona</u>****, todo lo contrario,* ***da su asentimiento presentando a través del memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012***

que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia, empero, esta presentación de nuevo poder es extemporánea, posterior a la dictación de la Resolución señalada.

Además, la AFP desconociendo totalmente la normativa penal, pretende a través de su memorial de 06 de noviembre de 2012 que el Fiscal de Materia pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo a la denuncia cuando esa facultad le corresponde al fiscal jerárquico (Fiscal Departamental), autoridad que ya había emitido pronunciamiento ***Resolución N° 204/2012, la cual determina el archivo de obrados, por falta de poder especial en el mandatario (denunciante AFP).***

En ese sentido, los argumentos expuestos por el regulado son insuficientes, estando totalmente acreditado que la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, pero además está acreditado la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 43, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

AL CARGO N° 44 (…)

- *La Administradora sostiene en su recurso que "en el presente caso no hay falta de cuidado en la gestión judicial toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones que permite el Código de Procedimiento Penal".*

Previamente es necesario mencionar que en cuanto a la ***"objeción"*** *al rechazo a la denuncia, presentada el 0 2 de julio de 2012, el regulado jamás comunicó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 281/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el "archivo de obrados" por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, se limitó a informar que la Resolución está pendiente de emisión.*

En cuanto al trámite de la "objeción", el Testimonio Poder N° 071/2011, presentado por la AFP durante el PP, señala en su caratula y parte de su contenido "Poder Especial, Bastante y Suficiente" pero ***no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, aspecto que* ***observó el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 281/2012 de 05 de julio de 2012, al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo menciona: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; Resolución que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notifica a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 17:05 mediante cédula.*

La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento veinte (120) días desde su notificación, mediante memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante el Fiscal Materia Luis Yutronic, ***pide "desarchivo de carpeta"****, que importa una falta de seguimiento*

*y control en el PP, pero además en la suma (del memorial) solicitó "**SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA**", y señaló: **"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria…"**, asimismo, expresa y pide: **"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

*Lo expresado significa indubitablemente que el denunciante (AFP) **al ser notificado con la Resolución N° 281/2012** emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico, **no lo cuestiona**, todo lo contrario, **da su aprobación presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.***

En ese sentido, carece de lógica argumentar que se actuó conforme a norma, sosteniendo el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contradictoriamente, ante el Ministerio Público, jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, la solicitud contenida en el memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante el Fiscal de Materia, petición sobre el desarchivo de obrados y pronunciamiento sobre la revocatoria a la objeción al rechazo a la denuncia, se trata de una solicitud totalmente impertinente, ya que esa atribución no le corresponde al Fiscal de Materia sino al Fiscal Departamental conforme al artículo 305 del CPP, quien ya se había pronunciado en la Resolución N° 281/2012, que conllevó al archivo de obrados, por "falta de poder especial en el denunciante".

Además, causa extrañeza que en su recurso de revocatoria afirme que el Fiscal Departamental todavía no se ha pronunciado, pero por otro lado, por memorial de 06 de noviembre de 2012, le solicita a la Fiscal de Materia que pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia (¿?).

*En respuesta a ello, la Fiscal de Materia, por Requerimiento Fiscal de 07 de noviembre de 2012, señaló: **"…la Objeción de Rechazo no puede tramitarse dos veces y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal".***

Asimismo, de la lectura a la Resolución N° 281/2012 de 05 de julio de 2012, se acredita que el Fiscal Departamental de Potosí, no realizó ningún requerimiento sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial, por lo que, la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 obedeció a la voluntad y decisión del denunciante (AFP), empero, dicha presentación fue extemporánea, fuera del plazo establecido en el artículo 305 del CPP.

Por otra parte, evidentemente la AFP informó a esta Autoridad que los Fiscales de Materia de Potosí estaban rechazando las denuncias penales presentadas al considerar que no estaba legitimado para iniciar procesos por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, empero también informó que esas Resoluciones contrarias a la ley, merecieron "objeción al rechazo a la denuncia".

Ello significa que conforme al artículo 305 del CPP, el Fiscal Departamental, pudo revocar la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el mandatario denunciante, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

Asimismo, la AFP debe tener presente que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. Reiterando que la AFP jamás comunicó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario (denunciante), todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad está pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso.

En cuanto a la Conversión de Acciones (de acción penal pública a instancia de parte en acción privada), no fue acreditada materialmente por el regulado, sin embargo a ello, es menester mencionar que la "Conversión de Acciones" tiene sus implicancias legales, ya que significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo PP que se tramitaría sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se sometería la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Por último, la AFP para justificar su conducta refiere en su recurso que: "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la APS como un acto procesal positivo…".

Al respecto, es innegable que la APS reconoce la recuperación de adeudos a través de la gestión judicial, y que en aplicación al artículo 345 - I Bis del CP el pago de las contribuciones en mora determina la extinción de la acción penal, sin embargo, el regulado debe comprender que el desistimiento del PP se presentó en fecha 23 de enero de 2013, es decir con posterioridad a los hechos motivo de Cargo que no fueron justificados debidamente, todo lo contrario, está totalmente acreditado que la AFP incumplió sus obligaciones impuestas por la Ley de Pensiones en su artículo 149 literal v) inherente a llevar los PP con diligencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, puesto que el Poder observado por el Fiscal Departamental no contiene la facultad expresa para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 44, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 45</u> (…)

- *La Administradora sostiene en su recurso que "en el presente caso no hay falta de cuidado en la gestión judicial toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones que permite el Código de Procedimiento Penal".*

Al respecto, la objeción al rechazo a la denuncia fue presentada el 02 de marzo de 2012 y, el pronunciamiento definitivo que determina el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario para objetar, Resolución N° 193/2012 fue dictada por el Fiscal Departamental el 29 de mayo de 2012, empero, anteriormente a ese fallo, dicha autoridad dictó la Resolución N°

079/2012 de 12 de marzo de 2012, mediante la cual devuelve antecedentes a la Fiscal de Materia para que previamente a su pronunciamiento (definitivo), se notifique en forma personal o mediante cédula al imputado con la Resolución de Rechazo.

La AFP debe tener presente que en su calidad de denunciante o parte acusadora tiene la obligación de estar atento que los Fiscales y autoridades jurisdiccionales cumplan con las formalidades establecidas en el procedimiento para evitar dilaciones innecesarias como aconteció en el presente caso, puesto que su labor que deviene de un imperativo legal no se limita únicamente a la presentación de la denuncia, todo lo contrario, debe realizar todos los actos procesales necesarios para que el proceso se desarrolle con normalidad.

*Por otra parte, en cuanto al trámite de objeción, **el Fiscal Departamental de Potosí** en la Resolución N° 193/2012 de 29 de mayo de 2012 observa el Testimonio Poder N° 071/2011 presentado por la AFP, al señalar: **"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"**, asimismo aduce: "…**al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar la resolución de rechazo por mucho que el indicado ciudadano haya objetado la citada resolución dentro de plazo, este hecho no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento**", disponiendo: **"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente**"; Resolución que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notifica a la AFP en fecha 29 de mayo de 2012 a horas 11:46 mediante cédula.*

*La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento cuarenta (140) días desde su notificación, mediante memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal Materia Victoria Fuertes, **pide "desarchivo de carpeta"**, que importa falta de seguimiento y control en el PP, pero además en la suma del memorial refiere **"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA"** y señaló: **"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria…"**, asimismo, expresa y solicita: **"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

*De ello se tiene que el denunciante (AFP) **al ser notificado con la Resolución N° 193/2012** emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico, **no lo cuestiona**, todo lo contrario, **da su asentimiento presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia,** por lo que carece de lógica legal argumentar que se actuó conforme a norma, sosteniendo el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contradictoriamente, ante la instancia del Ministerio Público, jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.*

Además, la petición contenida en el memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante la Fiscal de Materia, se trata de una solicitud impertinente, ya que esa atribución (revocatoria) no le corresponde al Fiscal de Materia sino al Fiscal Departamental conforme al

artículo 305 del CPP, quien ya se había pronunciado a través de la Resolución N° 193/2012, que conllevó al archivo de obrados, por "falta de poder especial en el denunciante".

Asimismo, causa extrañeza que el regulado afirme en su recurso de revocatoria que el Fiscal Departamental todavía no se ha pronunciado, pero contradictoriamente, por memorial de 06 de noviembre de 2012, le solicita a la Fiscal de Materia que pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia (¿?).

En respuesta al memorial presentado por la AFP, que desconoce totalmente el procedimiento penal, la Fiscal de Materia a través de su requerimiento de fecha 07 de noviembre de 2012, señalando: ***"…con la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo; por lo que el impetrante deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal".***

Por otra parte, de la lectura a la Resolución N° 193/2012, se acredita que el Fiscal Departamental, no realizó ningún requerimiento sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial, por lo que, la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 obedeció a la voluntad y decisión del denunciante (AFP), empero, dicha presentación fue extemporánea, fuera del plazo establecido en el artículo 305 del CPP.

Asimismo, es evidentemente que la AFP informó a esta Autoridad que los Fiscales de Materia de Potosí estaban rechazando las denuncias penales presentadas al considerar que no estaba legitimado para iniciar procesos por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, empero también informó que esas Resoluciones contrarias a la ley, merecieron "objeción al rechazo a la denuncia". Ello significa que, conforme al artículo 305 del CPP, el Fiscal Departamental, pudo revocar la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el mandatario, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

La AFP debe tener presente que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. ***Reiterando que la AFP jamás comunicó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad está pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso.***

En lo referente a la Conversión de Acciones que aduce la AFP, dicha gestión procesal no fue acreditada materialmente, no obstante de ello, es necesario aclarar que la "Conversión de Acciones" significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo PP que se tramitará sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Por último, la AFP refiere en su recurso que: "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la APS como un acto procesal positivo…de lo contrario se estaría desvirtuando el objetivo del legislador…".

Al respecto, la APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de adeudos al SIP en la vía judicial, y que efectivamente en aplicación al artículo 345 – I Bis queda extinguida la acción penal con la regularización de su situación al SIP; empero, en el presente caso, el desistimiento del proceso fue presentado en fecha 17 de enero de 2013, es decir, se suscitó con posterioridad a los hechos que motivaron precisamente el Cargo que no fueron justificados debidamente, todo lo contrario, está acreditado que la AFP incumplió sus obligaciones impuestas por la Ley de Pensiones en su artículo 149 literal v) inherente a llevar los PP con diligencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, puesto que el Poder observado por el Fiscal Departamental no contiene la facultad expresa para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 45, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 46 (…)

- *La Administradora sostiene en su recurso que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*
  Previamente es necesario indicar que en cuanto a la ***"objeción"*** *al rechazo a la denuncia, presentada el 02 de julio de 2012, el regulado jamás comunicó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 277/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el "archivo de obrados" por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, se limitó a informar que la Resolución está pendiente de emisión.*

  Ahora bien, en cuanto al trámite de la "objeción", si bien fue presentada dentro de los plazos procesales, ***el Fiscal Departamental de Potosí*** *en la Resolución N° 277/2012 de 05 de julio de 2012, observó el Testimonio Poder N° 071/2011, presentado por la AFP al expresar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo menciona: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; Resolución que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notificó a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 08:35 por cédula.*

  La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento veinte (120) días desde su notificación, por memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante el Fiscal Materia Luis Yutronic, ***pide "desarchivo de carpeta"****, que importa abandono del Proceso Penal, pero además en la suma del memorial refirió* ***"SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA"*** *y señaló:* ***"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria…"****, asimismo, expresa y solicita:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".***

De lo expuesto se tiene que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 277/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su consentimiento presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia,*** *dando certidumbre al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del CPP.*

Por otra parte, el contenido del memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, es impertinente y contrario a procedimiento, puesto que el denunciante (AFP) pretende subsanar (la falta de cuidado) el "error" en la falta de poder especial en el mandatario denunciante presentado otro poder, cuando los plazos procesales ya han vencido, lo que quiere decir que subsana esa omisión (falta de poder especial) en forma extemporánea, después de la emisión de la ***Resolución N° 277/2012, que determina el "archivo de obrados", consecuentemente queda ratificado el rechazo a la denuncia determinado por el Fiscal de Materia.***

Además, continuando con la falta de cuidado de parte del denunciante (AFP) en la gestión judicial, pretende a través de su memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, que el Fiscal de Materia pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de denuncia, desconociendo que fue la misma autoridad que dictó resolución rechazando la denuncia, quiere decir que no podría desconocer su propio fallo; asimismo, se debe considerar que esa atribución (de revocatoria del rechazo) le corresponde al Fiscal Departamental conforme al artículo 305 del CPP, que por cierto ya se pronunció, dando lugar al archivo de obrados del PP.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 46, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 47 (…)

- *La AFP manifiesta en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del imputado por el mismo delito, argumentando que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados, asimismo menciona que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

Al respecto, la ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado responde a las normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

Se debe considerar que la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo sujeto de forma continuada, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

El ampliar la denuncia penal en contra del imputado, o actualizar los nuevos periodos apropiados, no influenciará negativamente la causa, como aprecia erróneamente la AFP en su recurso, todo lo contrario, se cumplirá con las normas materiales y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado, tampoco el artículo 7 CPP inherente a la aplicación de medidas cautelares y restrictivas, y de aplicación para el órgano jurisdiccional.

El iniciar denuncias penales consecutivas en contra del mismo imputado por el mismo delito, como aconteció, cuando pudo ampliarse o actualizarse los nuevos periodos apropiados, perjudica en la pronta y oportuna recuperación de lo adeudado, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial.

Además, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *Por otra parte, en cuanto a la falta de cuidado, la AFP sostiene en su recurso que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*

Al respecto, la objeción al rechazo a la denuncia fue presentada el 04 de julio de 2012, seguidamente, el Fiscal Departamental dicta la Resolución N° 297/2012 de 09 de julio de 2012, que dispone la devolución de antecedentes al Fiscal de Materia para que regularice el procedimiento y proceda con la notificación personal o mediante cédula al imputado con la Resolución de Rechazo a la Denuncia. Cumplido con dicho acto procesal, nuevamente se remiten los antecedentes al Fiscal Departamental quien dicta la Resolución N° 370/2012 de 04 de septiembre de 2012.

Desde la Resolución N° 297/2012 al pronunciamiento definitivo del Fiscal Departamental (Resolución N° 370/2012) transcurrieron más de cincuenta (50) días, y fue ocasionado por la falta de notificación con la Resolución de Rechazo a la denuncia al imputado, en perjuicio de un desarrollo oportuno del PP.

La AFP debe tener presente que en su calidad de denunciante o parte acusadora tiene la obligación de estar alerta que los Fiscales y autoridades jurisdiccionales cumplan con las formalidades establecidas en el procedimiento para evitar dilaciones innecesarias como aconteció en el presente caso, puesto que su labor que deviene de un imperativo legal no se limita únicamente a la presentación de la denuncia, todo lo contrario debe realizar todos los actos procesales necesarios para que el proceso se desarrollo (sic) *con normalidad.*

*Por otra parte, en cuanto al trámite de objeción, **el Fiscal Departamental de Potosí** a través de la Resolución N° 370/2012 de 04 de septiembre de 2012, observó el Testimonio Poder N° 071/2011, presentado por la AFP, al mencionar: **"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"**, asimismo aduce: "…**al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento**", disponiendo: **"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente**"; Resolución que importa la ratificación del rechazo de la denuncia dispuesta por la Fiscal de Materia y el archivo de obrados del PP, y se notificó a la AFP en fecha 05 de septiembre de 2012 a horas 15:15 por cédula.*
*La AFP al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento diez (110) días desde su notificación, por memorial de fecha 14 de diciembre de 2012, presentado ante el Fiscal Departamental, señaló: **"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria…"**, asimismo, solicita: **"Estando legalmente acreditado en autos mi personería***

con el Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso".

La petición efectuada por el denunciante a través del memorial de 14 de diciembre de 2012, resulta incongruente e impertinente, puesto que acepta que el Testimonio Poder N° 071/2011 es amplio e ilimitado, por tanto insuficiente, por lo que presenta el nuevo (Testimonio) Poder N° 1802/2012, y a su vez pretende que Fiscal Departamental dicte nueva Resolución, cuando ya emitió la ***Resolución N° 370/2012, que en forma concluyente determina el "archivo de obrados", consecuentemente queda ratificado el rechazo a la denuncia determinado por el Fiscal de Materia.***

Es necesario señalar que el Fiscal Departamental de Potosí en su Resolución N° 370/2012, no realiza ningún requerimiento (al denunciante) sobre la presentación de un nuevo Poder Notarial, por lo que, la presentación del (nuevo) Poder Notarial N°1802/2012 obedeció a la voluntad y decisión del denunciante (AFP), empero, dicha presentación fue extemporánea, y contraria a la decisión asumida por el Fiscal Departamental.

- *Por último, la AFP para justificar su conducta argumenta que: "cumpliendo con el procedimiento penal se ha solicitado la Conversión de Acciones".*

Al respecto, se debe tener presente que la "Conversión de Acciones" significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo PP que se tramitará sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Asimismo, la Conversión de Acciones que aparentemente solicitó el regulado, no fue acreditada materialmente; sin embargo lo anterior no ve con el hecho imputado.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 47, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 48 (…)

- *El regulado en su fundamento de impugnación sostiene que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*

Previamente es necesario aclarar que en cuanto a la ***"objeción"*** *al rechazo a la denuncia, la AFP jamás comunicó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 290/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el "archivo de obrados" por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, se limitó a informar que la Resolución está pendiente de emisión.*

En cuanto al trámite de objeción, ***el Fiscal Departamental de Potosí*** *dictó la Resolución N° 290/2012 de 05 de julio de 2012, misma que observó el Testimonio Poder N° 071/2011 presentado por la AFP, al señalar:* ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No.***

071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que <u>el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico</u>…"*, asimismo menciona: "…**<u>al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar</u>...<u>no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento</u>"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****"; Resolución que importa la ratificación del rechazo a la denuncia determinada por el Fiscal de Materia y el archivo de obrados, y se notifica a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 14:28 por cédula.*

El denunciante (AFP) al conocer la Resolución y habiendo transcurrido más de ciento veinte (120) días desde su notificación, mediante memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, presentado ante el Fiscal Materia Luis Yutronic, ***pide "<u>desarchivo de carpeta</u>"****, que importa falta de seguimiento y control en el PP, pero además en la suma (del memorial) "****SOLICITA SE EMITA RESOLUCIÓN SOBRE OBJECIÓN AL RECHAZO DE LA DENUNCIA"*** *y señala:* ***"…acreditando mi personería mediante Poder N° 1802/2012, emitido por ante la Notaria…"****, asimismo, impetra:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con Poder N° 1802/2012 emitido por ante la Notaría de Fe Pública N° 97 de Santa Cruz, en el cual se me faculta expresamente para objetar la resolución de rechazo, <u>le solicito pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de la denuncia e instruya se de inicio a la etapa preparatoria del proceso</u>".***

De ello se deduce que el denunciante (AFP) ***<u>al ser notificado con la Resolución N° 290/2012</u>*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina que el mandato es general y no así especifico,* ***<u>no lo cuestiona</u>****, todo lo contrario,* ***da su asentimiento presentando nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia,*** *dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.*

Por otra parte, el contenido del memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, es impertinente y contrario a procedimiento, puesto que el denunciante (AFP) pretende subsanar " la falta de poder especial en el mandatario denunciante" presentado otro poder, cuando los plazos procesales ya han vencido, lo que quiere decir que subsana esa omisión (falta de poder especial) en forma extemporánea, después de la emisión de la ***<u>Resolución N° 290/2012, que importa el "archivo de obrados del PP", consecuentemente queda ratificado el rechazo a la denuncia determinado por el Fiscal de Materia.</u>***

Asimismo, la AFP olvidando el procedimiento penal pretende a través de su memorial de fecha 06 de noviembre de 2012, que el Fiscal de Materia pronuncie resolución revocando la resolución de rechazo de denuncia, desconociendo que fue la misma autoridad que dictó resolución rechazando la denuncia, quiere decir que no podría desconocer su propio fallo; además, esa atribución (de revocatoria del rechazo) le corresponde al Fiscal Departamental conforme al artículo 305 del CPP, que por cierto ya se pronunció, dando lugar al archivo de obrados.

En ese sentido, los argumentos y descargos presentados para justificar su accionar son insuficientes, puesto que está acreditado que el regulado desconoció sus obligaciones impuestas por la Ley N° 065 en su artículo 149 literal v) inherente a llevar los PP con diligencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, puesto que el "Poder" observado por el Fiscal Departamental no contiene la facultad expresa para objetar dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia emitido por el Fiscal de Materia y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente. Además, también está acreditado que posteriormente al "archivo de obrados" se suscitó la paralización gestión judicial de cobro, para concluir con un

petitorio absurdo, cual es pretender que el Fiscal de Materia dicte Resolución sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 48, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

<u>AL CARGO N° 49</u> (…)

- *El regulado sostiene en su recurso que no existe error al iniciar varios procesos penales en contra del imputado, por el mismo delito, argumentando que cada incumplimiento al pago de aportes genera un nuevo y diferente hecho penal y, que la indivisibilidad de juzgamiento y la persecución penal única corresponden a los casos de delitos continuados no aplicable al tipo penal contenido en el artículo 345-I Bis. del CP; asimismo, manifiesta que la ampliación restringe los derechos del denunciado.*

  Al respecto, la ampliación a la denuncia penal por nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado responde a las normas materiales, artículos 4 y 45 del CPP, como también a la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, el principio de identidad de personas, objeto o causa, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa.

  Se debe considerar que la apropiación de aportes de los trabajadores de parte del mismo sujeto de forma continuada, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose por su forma de ejecución del ilícito en un delito continuado.

  El ampliar la denuncia penal en contra del imputado por nuevos periodos apropiados o actualizar los mismos, no influenciará negativamente la causa, como sostiene erróneamente la AFP en su recurso, todo lo contrario, se cumplirá con las normas materiales y principios procesales, y contribuirá a la pronta y oportuna recuperación de la mora, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial de cobro, aspecto que no atenta o restringe derecho alguno del imputado, tampoco el artículo 7 CPP inherente a la aplicación de medidas cautelares y restrictivas, y de aplicación para el órgano jurisdiccional.

  El iniciar denuncias penales consecutivas en contra del mismo imputado por el mismo delito, que solo se diferencian en el periodo y monto apropiado, como aconteció, cuando pudo ampliarse o actualizarse los nuevos periodos apropiados, perjudica en la pronta y oportuna recuperación de lo adeudado, siendo uno de los fines principales de la gestión judicial.

  Asimismo, el delito de Apropiación Indebida de Aportes es susceptible de graduación para la aplicación de la pena y siendo de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, <u>es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado</u>, de donde resulta importante, comunicar ese hecho a la autoridad, en sujeción a lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), caso contrario, el juzgador o tribunal no podrá apreciar objetivamente la gravedad del hecho.

- *La AFP argumenta en su recurso que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*

  Al respecto, la objeción al rechazo a la denuncia fue presentada el 04 de julio de 2012, seguidamente, el Fiscal Departamental dicta la Resolución N° 299/2012 de 09 de julio de 2012,

que dispone la devolución de antecedentes al Fiscal de Materia para que se regularice el procedimiento y se proceda con la notificación personal o mediante cédula al imputado con la Resolución de Rechazo a la Denuncia. Cumplido con dicho acto procesal, nuevamente se remiten los antecedentes al Fiscal Departamental quien dicta la Resolución N° 372/2012 de 05 de septiembre de 2012.

Desde la Resolución N° 299/2012 al pronunciamiento definitivo del Fiscal Departamental (Resolución N° 372/2012) transcurrieron más de cincuenta (50) días, retraso que fue ocasionado por la falta de notificación con la Resolución de Rechazo a la denuncia al imputado, en perjuicio de un desarrollo oportuno del PP.

El regulado debe considerar que en su calidad de denunciante o parte acusadora tiene la obligación de estar atento que los Fiscales y autoridades jurisdiccionales cumplan con las formalidades establecidas en el procedimiento para evitar dilaciones innecesarias como aconteció en el presente caso, puesto que su labor que deviene de un imperativo legal y no se limita únicamente a la presentación de la denuncia, todo lo contrario, debe realizar todos los actos procesales necesarios para que el proceso se desarrollo (sic) *con normalidad.*

*Por otra parte, en cuanto al trámite de la "objeción", **el Fiscal Departamental de Potosí** a través de la Resolución N° 372/2012 de 05 de septiembre de 2012, observó el Testimonio Poder N° 071/2011, presentado por el denunciante (AFP), al expresar: **"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"**, asimismo aduce: "…**al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"**, disponiendo: **"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente**"; Resolución que se notificó a la AFP en fecha 05 de septiembre de 2012 a horas 17:30 por cédula.*

*Posteriormente, después de haber transcurrido más de cien (100) días desde la notificación con la Resolución N° 372/2012 de 05 de septiembre de 2012, **que significa en forma categórica el "archivo de obrados del PP", quedando ratificado el rechazo a la denuncia determinado por la Fiscal de Materia;** la AFP por memorial de fecha 30 de noviembre de 2012, desiste de la denuncia penal.*
De lo expuesto se tiene en forma concluyente que la Resolución N° 372/2012 de 05 de septiembre de 2012 dictada por el Fiscal Departamental, no considera la objeción al rechazo de la denuncia presentada por la AFP, puesto que el denunciante (apoderado) no contaba con poder especial; ello implica la ratificación del rechazo a la denuncia dispuesto por la Fiscal de Materia, y el consecuente "archivo de obrados". Asimismo, el regulado una vez notificado con la Resolución N° 372/2012 de 05 de septiembre de 2012 del Fiscal Departamental, no realizó actividad procesal alguna en procura de la pronta y oportuna recuperación de lo apropiado.

- *Por último, la AFP en su recurso sostiene que: "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora…".*

Al respecto, la APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, y que efectivamente el artículo 345 - I Bis del CP, determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, aspecto que no está en discusión, sino la actividad y conducta de la AFP a lo largo del PP, que no han sido justificadas debidamente, y que son anteriores a la fecha del desistimiento presentado en fecha 30 de noviembre de 2012.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 49, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 50 (…)

- *La AFP argumenta en su recurso que: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*

Previamente es necesario señalar que respecto a la objeción al rechazo a la denuncia, la AFP jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 287/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que la Resolución estaba pendiente de emisión.

Ahora bien, en cuanto al trámite de objeción, el Fiscal Departamental por Resolución N° 287/2012, observa el Testimonio Poder N° 071/2011, presentado por la AFP, señalando: ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo menciona: "****…al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar… no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****". Resolución que se notifica a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 14:17 por cédula.*

Posteriormente, después de haber transcurrido más de ciento veinte (120) días desde la notificación con la Resolución N° 287/2012, ***que en definitiva importa el "archivo de obrados del PP", consecuentemente queda ratificado el rechazo a la denuncia determinado por el Fiscal de Materia;*** *la AFP por memorial presentado en fecha 20 de noviembre de 2012, desiste de la denuncia penal.*

Ello significa, que el regulado ha quedado conforme con el fallo del Fiscal Departamental, Resolución N° 287/2012, que implica el archivo de obrados del PP, por la falta de poder especial en el denunciante (mandatario de la AFP), puesto que posteriormente a su dictación no realizó actividad procesal alguna en procura de la pronta y oportuna recuperación de lo apropiado.

- *Por último, la AFP en su recurso sostiene que: "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la APS como un acto procesal positivo de la Administradora...".*

Al respecto, la APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, y que efectivamente el artículo 345 - I Bis del CP, determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, aspecto que no está en discusión, sino la actividad y conducta de la AFP a lo largo del PP, que no han sido justificadas debidamente, y que son anteriores a la fecha del desistimiento presentado en fecha 20 de noviembre de 2012.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 50, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 51 (…)

- *La AFP manifiesta en su recurso lo siguiente: "Respecto al rechazo de la denuncia y la presentación de la Objeción al Rechazo se actuó de acuerdo a norma y dentro de los plazos procesales establecidos en el artículo 305 del CPP".*
  Previamente, es necesario aclarar que respecto a la objeción al rechazo a la denuncia, la AFP jamás comunicó o informó a la APS, que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento definitivo, Resolución N° 288/2012 de 05 de julio de 2012, que determina el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que la Resolución estaba pendiente de emisión.

  En cuanto al trámite de objeción, el Fiscal Departamental de Potosí por Resolución N° 288/2012, observó el Testimonio Poder N° 071/2011, presentado por la AFP, señalando: ***"Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial No. 071/2011 de fecha 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico…"****, asimismo aduce: "****…al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar... no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento"****, disponiendo:* ***"…la devolución de antecedentes para los fines y efectos señalados en la normativa citada precedentemente****". Resolución que se notifica a la AFP en fecha 05 de julio de 2012 a horas 14:22 por cédula.*

  Posteriormente, después de haber transcurrido más de ciento veinte (120) días desde la notificación con la Resolución N° 288/2012, ***que implica el "archivo de obrados de la causa penal", consecuentemente, queda ratificado el rechazo a la denuncia determinado por el Fiscal de Materia;*** *la AFP por memorial presentado en fecha 20 de noviembre de 2012, desiste de la denuncia penal.*

  De lo anterior se deduce, que el regulado ha quedado conforme con el fallo del Fiscal Departamental, Resolución N° 288/2012, que implica el archivo de obrados del PP, por la falta de poder especial (facultad para objetar) en el denunciante (mandatario de la AFP), puesto que posteriormente a su dictación no realizó actividad procesal alguna en procura de la pronta y oportuna recuperación de lo apropiado.

- *Por último, la AFP en su recurso sostiene que: "En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora…".*

  Al respecto, la APS pondera la recuperación de adeudos al SIP en la vía judicial, y que efectivamente, el artículo 345-I Bis del Código Penal, determina la extinción de la acción penal por la regularización de lo adeudado, empero, en el presente caso, el desistimiento es presentado en fecha 20 de noviembre de 2012, es decir, se suscitó en forma posterior a los hechos que motivaron al Cargo, consiguientemente, el desistimiento la acción penal no justifica de ninguna forma la falta de diligencia o la falta de cuidado en el PP.

  Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 51, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos.

AL CARGO N° 52 (…)

- *El administrado sostiene en su recurso, en cuanto a la falta de cuidado y diligencia, que el Fiscal de Materia presentó declinatoria de competencia y el Juez de Instrucción Cautelar Segundo de*

la Capital, declinó competencia por razón de territorio y dispuso la remisión de todos los antecedentes ante el Juez de Instrucción Mixto y Cautelar de turno de la localidad de Colquechaca en la provincia Quijarro del Departamento de Potosí, pero en el transcurso se logro (sic) *que cancelará su deuda.*

Previamente, se debe señalar que se observó la falta de cuidado (inconsistencia en los términos de la denuncia), puesto que de la revisión de los antecedentes del PP se advierte que la denuncia no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 285 del CPP, ya que señala erróneamente como periodos apropiados ***julio/2011****, que contradice a los señalados en la Nota de Débito (****enero/2011 - abril/2011 – junio/2011)*** *presentada en calidad de prueba, consecuentemente, no existe relación de corresponsabilidad entre la denuncia y la prueba aportada (Nota de Débito), siendo lo periodos expresados en la Nota de Débito los correctos.*

El hecho de que se haya señalado en la denuncia, periodos incorrectos, y que este error se haya prolongado a lo largo del PP, denota falta de cuidado de la AFP, un desconocimiento a lo señalado en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, que obliga al regulado a llevar los PP con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Al respecto, la AFP en su recurso de revocatoria no ha expresado pronunciamiento alguno limitándose a señalar que se procedió a la declinatoria por razón de territorio y desistimiento del PP.

La declinatoria de competencia del Juez de Instrucción Cautelar Segundo de la Capital en suplencia legal, como también el desistimiento de la acción penal no pueden considerarse como motivos suficientes para justificar la inconsistencia en los términos de la denuncia que no fue corregido en el proceso penal, como tampoco puede ser un justificativo para la falta de diligencia, más aún si consideramos que conforme a la documentación de descargo presentada por la AFP, el último actuado es de fecha 30 de enero de 2012, referente al Auto de declinatoria de Competencia por razón de territorio dictado por el Juez, posteriormente, no existe actuado procesal alguno, olvidando la AFP, que conforme al artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, tiene la obligación de llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y "con el cuidado exigible a un buen padre de familia", obligación que fue incumplida y desconocida.

Además, la falta de diligencia se patentiza en el hecho de que la denuncia data de 28 de diciembre de 2011 y no obstante el tiempo transcurrido, el denunciante ni tampoco el imputado prestaron su declaración informativa policial.

- *El regulado afirma en su recurso que se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y que esa gestión debe ser reconocida por la APS como un acto procesal positivo de la AFP, lo contrario, significaría desvirtuar el objetivo del PP establecido en el artículo 106 de la Ley N° 065.*

La APS reconoce como una gestión procesal positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, asimismo, el artículo 345-I Bis del CP determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, empero esos hechos no están en discusión o debate, sino la falta de cuidado y diligencia durante los periodos observados que no han sido justificados en ninguna forma, y si bien se presentó el desistimiento de la acción penal, fue en fecha 05 de junio de 2013, es decir, con posterioridad a los hechos que motivaron el Cargo.

Por todo lo expuesto, del análisis y valoración a los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso de revocatoria, respecto al Cargo N° 52, al ser los mismos insuficientes, corresponde su Confirmación en todos sus términos

II. <u>ANÁLISIS DE LOS ALEGATOS</u> (…)

- *BBVA Previsión AFP S.A., en el memorial de alegatos **en su fundamento 1** señala lo siguiente: "El Informe N° 468/2013 producido en el marco del artículo 48 de la Ley 2341, no hace más que repetir los conceptos de la imputación inicial de cargos contra BBVA Previsión AFP S.A. Asimismo, el referido informe vulnera lo establecido en el artículo 46 II de la Ley 2341 al no tomar en cuenta el aporte de documento de descargos, máxime cuando los mismos se producen a requerimiento del órgano de Fiscalización (APS) y la Ley 2341 le obliga a tomarlos en cuenta al momento de redactar la correspondiente resolución…".*

Al respecto, el tratadista José Ovalle Favela menciona que "la función de los alegatos consiste en otorgar a las partes la oportunidad para expresar sus argumentos <u>sobre el valor de las pruebas practicadas</u> para demostrar que los hechos afirmados en sus escritos iniciales han quedado probados…, pero, además, para manifestar los argumentos jurídicos que demuestren la aplicabilidad de las normas jurídicas invocadas."

*Ahora bien, el regulado sostiene que el Informe APS/DPC/N°468/2013 de 25 de septiembre de 2013 **(Informe N°468/2013)** se limitaría a repetir los conceptos iniciales de la imputación; apreciación subjetiva, ya que de la lectura de ese documento se acredita que responde a cada uno de los planteamientos o argumentaciones presentados por el regulado en el recurso de revocatoria, ajustándose a las exigencias del ordenamiento jurídico y a los fines de racionalidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad.*

Asimismo, el Informe N°468/2013 ha considerado todas y cada una de las pruebas presentadas, mismas que están ampliamente descritas en cada Cargo, quiere decir que en ningún momento se desconoció el alcance del artículo 46 – II de la Ley N° 2341 como erróneamente afirma el regulado.

El solo manifestar que no se consideraron las pruebas presentadas, no es un argumento suficiente menos convincente para invocar la vulneración a la norma administrativa, dicho de otra forma, la AFP no ha mencionado específicamente que prueba no fue considerada, limitándose a manifestar de manera confusa que al no haberse mencionado en las Conclusiones del Informe N° 468/2013 todos las notas señaladas en los Antecedentes del merituado Informe, se habría dejado de considerar la prueba aportada, hecho que no es evidente, por cuanto toda la prueba aportada fue considerada en toda su magnitud, realidad que se acredita del contenido del merituado informe.

*En ese sentido, **no es suficiente cuestionar la falta de valoración de la prueba presentada**, **debe precisar (la AFP) que elemento probatorio o prueba no fue valorada y en qué Cargo**, razonamiento lógico y de aplicación en el ámbito jurisdiccional como administrativo.*

Conforme a lo expuesto, y de la simple lectura del Informe N° 468/2013, se desprende que en cada Cargo se consideró, analizó y valoró todas y cada una de la prueba presentada por el regulado; por tanto, lo argumentado por la AFP carece de respaldo material, tratándose de una apreciación totalmente subjetiva.

Finalmente, es importante mencionar sobre el carácter de los Informes en los procesos administrativos, entendiendo que, son aquellos que sirven para el esclarecimiento de la cuestión a resolver.

Todo informe elaborado implica fundar opinión en forma sucinta y establecer conclusiones expresas y claras sobre todas las cuestiones planteadas, y recomienda concretamente los cursos de acción a seguir, cuando estos correspondan. El informe referirá por su folio todo antecedente que permita ilustrar para la mejor resolución del caso; pero no necesariamente se constituirá en línea de razonamiento a adoptarse en el acto definitivo. Pues, la máxima autoridad podrá, según las circunstancias prescindir del informe.

Que, el artículo 48 de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo sobre los Informes, determina lo siguiente: "I. Para emitir la resolución final del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean obligatorios por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para dictar la misa (sic),… *II. Salvo disposición legal en contrario, los informes serán facultativos y no obligaran a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos."*

De lo anterior se advierte que, BBVA Previsión AFP S.A. en esta parte de sus argumentos concibe al Informe N°468/2013, como un acto administrativo y definitivo al realizar observaciones como si lo hiciera contra una resolución (acto impugnable), cuando por su naturaleza no lo es, por las razones expuestas en norma y doctrina expuesta precedentemente.

En cuanto a la vulneración al debido proceso, por ser supuestamente el Informe N° 468/2013 parcializado, injusto e ilegal, a decir de la AFP, se recuerda nuevamente al regulado que no es suficiente verter apreciaciones o manifestaciones, que por cierto carecen de sustento legal y material y; menos sobre un documento que no tiene el carácter resolutorio de la causa.

En ese ámbito, es necesario mencionar que el debido proceso es un principio por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley, es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, sea judicial o administrativo, se constituye en una garantía consagrada en el artículo 115-II de la Constitución Política del Estado, ***"persigue evitar la imposición de una sanción sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los Derechos y Garantías consagradas por la Constitución y la Leyes…"*** *(SC N° 222/01-R de 22 de marzo, 219/05-R de 16 de marzo, 581/04-R de 15 de abril y 1351/03-R de 16 de septiembre).*

En esa línea, el Informe N° 468/2013 no vulnera el debido proceso, cumple con todos los requisitos legales exigidos, se ajusta a los principios establecidos en la Constitución Política del Estado y normativa que regula la materia, y es ajeno a la supuesta parcialidad que aduce el regulado, que por cierto no detalla en qué Cargo se manifestó y en qué forma, por lo que, su apreciación se trata de un supuesto sin justificativo alguno.

De igual forma, el solo referir que el citado informe es injusto e ilegal, no es suficiente para avalar lo manifestado, haciendo notar que si esa apreciación se encuentra relacionada al supuesto de la falta de valoración de los elementos de prueba, se reitera que todas y cada una de la prueba presentada fueron valoradas en toda su magnitud conforme al ámbito administrativo, y para despejar cualquier duda, la lectura del Informe N° 468/2013 acredita dicho extremo, demostrando de esta manera que las argumentaciones vertidas por la AFP se trata de apreciaciones subjetivas sin sustento material.

- *La Administradora, en el* ***fundamento 2*** *de su memorial, expresa: "Se sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones, ya que como le hemos hecho conocer en reiteradas oportunidades, para dar*

cumplimiento a la Ley N° 065 de Pensiones, nos vimos obligados a iniciar la acción penal por Deuda Real por Pago en Defecto…".

Según el jurista William Herrera Añez, los actos de aportación de hechos tienen por exclusiva finalidad introducir los hechos al proceso y asumen una doble función correlativa: en la primera etapa (Preparatoria), la de preparar el juicio oral y público mediante la comprobación de la notitia criminis, y a determinar el hecho punible y su presunto autor; mientras que en la otra, tiene como exclusiva función lograr la convicción para que el juez o tribunal dicte una sentencia de condena o absolutoria.

En esa línea, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, ***la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso****.*

En Bolivia rige el principio de libertad probatoria*, así lo determina el artículo 171 del CPP, al señalar: "El juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado.*

Podrán utilizarse otros medios además de los previstos en este Libro. Su incorporación al proceso se sujetará a un medio análogo de prueba previsto.

Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y sea útil para el descubrimiento de la verdad…".

Por otra parte, el artículo 277 del CPP, establece: "La etapa preparatoria tendrá por finalidad la preparación del juicio oral y público, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante…".

Consiguientemente, a los efectos de la ***imputación formal y posterior acusación de parte del Fiscal****, que condiciona a la* ***"existencia de suficientes indicios sobre la existencia del hecho y la participación del imputado" (artículo 302 – 323 inc. 1 del CPP), la AFP en su calidad de denunciante o acusador particular*** *tiene la obligación de realizar la actividad probatoria de manera prolija, a lo cual, tendrá que presentar todos los elementos de prueba suficientes para acreditar el ilícito penal y no limitarse a la presentación de un solo documento. Asimismo, a los efectos de obtener convicción del Juez o Tribunal, deberá realizar los "actos de prueba" dirigida a ocasionar la evidencia necesaria.*

Ahora bien, la AFP en desconocimiento del sistema de persecución penal boliviano, aduce incorrectamente que existe la imposibilidad de presentar documentación de prueba y que esta deficiencia se originaría por una decisión de la APS, cuando la normativa penal otorga a las partes (AFP) presentar como medio de prueba todo elemento licito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, inclusive podrán utilizar otros medios de prueba de los previstos en el CPP (artículo 171 CPP).

Ello significa, que la AFP podrá y deberá utilizar en el PP todos los medios de prueba que sean necesarios, prueba documental, instrumental, testifical, etc., inclusive a través de orden fiscal o judicial se podrá acceder a la documentación del Empleador, sean planillas, documentación contable, etc., consecuentemente, la AFP no se encuentra limitada menos restringida en la actividad probatoria.

Por otra parte, el regulado afirma que todos por procesos penales, motivo de Cargo, es por Deuda Real por Pago en Defecto y que ese hecho les ocasiona un sin fin de problemas que inclusive puede derivar en acciones penales en su contra por falsa denuncia, sin embargo, contrariamente a lo afirmado, en su fundamento 8 de su memorial de alegato, respecto al desistimiento de la acción penal, expresó "Por lo expuesto, ***ante la presión que ejerce el proceso penal contra el empleador*** *y las gestiones que permanentemente se van haciendo para que el mismo cancele su deuda ante el SIP,* ***se produce la cancelación de la deuda y por la tanto se desiste de la acción penal****", asimismo dice "****El hecho de la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal*** *debe ser reconocido por la Autoridad de Pensiones como una gestión positiva de la Administradora".*

De lo mencionado se deduce que independientemente a que se llevaron adelante PP (supuestamente) por Deuda Real por Pago en Defecto y de la ausencia del Formulario de Efectivización de Mora, que a decir de la AFP es imprescindible en el PP ya que no existiría otro medio de prueba para demostrar la ilicitud de la conducta del imputado, lo que no es cierto ni evidente, Empleadores cancelaron lo apropiado indebidamente, por lo que se procedió al desistimiento de acciones penales.

Finalmente, cabe puntualizar que el argumento que ahora señala la AFP (PP iniciados con Deuda Real por Pago en Defecto); el mismo no corresponde según la naturaleza del presente caso de autos ya que el presente proceso, versa sobre la inactividad de los PP y falta de cuidado exigible en éstos, cuyo fin fue la imposición de una sanción al comprobarse la infracción administrativa.

- *La AFP en su* ***fundamento 3****, menciona: "…no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipifican el delito de Apropiación Indebida de Aportes, para poder impulsar dichos procesos penales, en reiteradas oportunidades que constan en autos de este proceso administrativo, solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito para poder utilizarla como prueba en los procesos penales". Asimismo, afirma: "…incumplió la obligación determinada en el artículo 168 inciso l)…".*

  La argumentación expuesta causa asombro y desconcierto, puesto que la APS desconocía que la AFP estuviera obligada realizar acciones al margen de la ley, como lo es el iniciar una acción penal a sabiendas que la conducta es "atípica" (comportamiento del actor que no puede subsumirse al tipo penal), la Administradora debe tener presente que la gestión judicial de cobro la realiza en cumplimiento a la ley, y en sujeción a los artículos 177, 149 literal i) y 106 de la Ley N° 065, concordante con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, podrá considerar el Proceso Penal (PP) para la recuperación de la mora en el marco de la Ley de Pensiones, hecho que no implica realizar actos contrarios al ordenamiento jurídico.

  En cuanto a la Nota de Débito como prueba en los procesos penales, es necesario reiterar que ***en nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria*** *conforme determina el artículo 171 del CPP,* ***es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.***

  En ese ámbito legal para demostrar el ilícito penal, Apropiación Indebida de Aportes, previsto en el artículo 345 - II Bis del Código Penal, ***la parte acusadora AFP podrá utilizar como elemento probatorio la Nota de Débito, pero además deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico, vale decir no limitarse al ofrecimiento de la Nota de Débito como elemento único o absoluto de prueba.***

La AFP en su recurso revocatorio observaba la falta de regulación de la prueba, elementos y medios de prueba en el PP por parte de la APS, ahora argumenta la falta de regulación de la Nota de Débito como elemento probatorio en el PP y afirma de forma sorprendente que la APS incumplió con sus deberes por la falta de regulación de la Nota de Débito en el PP.

Lo argumentado por la AFP carece de criterio jurídico, puesto que como se mencionó podrá utilizar la Nota de Débito como prueba en el PP, pero ello no significa, que ese documento será el suficiente para obtener una sentencia condenatoria como pretende, en desconociendo al ordenamiento jurídico. No se puede confundir la naturaleza y objeto del Proceso Penal con el Proceso Coactivo de la Seguridad Social establecido en los artículos 110 y 111 de la Ley N° 065.

Por otra parte, el artículo 197 de la Ley N° 065, señala: "El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularan la presente ley en el marco de su competencia". Asimismo, el artículo 168 literal l) de la Ley de Pensiones, expresa: "Proponer al Órgano Ejecutivo normas de carácter técnico y dictaminar sobre los reglamentos relativos a su sector".

La normativa citada es clara, determina con bastante precisión el alcance de las facultades y atribuciones de la APS, desprendiéndose que no tiene competencia para regular sobre la prueba o medios de prueba en el ámbito penal, regulados ciertamente en el CPP.

En conclusión, la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, regula sobre la "Prueba, Medios de Prueba y Actividad Probatoria en el Proceso Penal", y Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, delimita las facultades y atribuciones de la APS, y que la Nota de Débito podrá ser presentada en el PP como elemento probatorio, para lo cual no es necesario una reglamentación especial.

- *La Administradora, en el **fundamento 4** de su memorial, menciona: "Se insiste como cargo para la sanción en el hecho de que el denunciante no prestó su declaración informativa ratificando la denuncia dentro de un plazo estimado arbitrariamente por la Autoridad de Pensiones, que fue fijado luego en 20 días hábiles de iniciada la acción…"*

*Al respecto, el artículo 149 literales i) y j), en concordancia al artículo 177 de la Ley N° 065, establece que la AFP (transitoriamente), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con **diligencia, prontitud, eficiencia** y **con el cuidado exigible a un buen padre de familia**.*

Por otra parte, la declaración informativa es un acto procesal establecido en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Fiscal a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP).

*En ese ámbito legal, **la declaración informativa es un acto procesal obligatorio que debe efectuar el denunciante y/o querellante oportunamente**, en este caso el regulado, caso contrario, importa negligencia y/o falta de diligencia.*

La AFP sin especificar o individualizar el Cargo, afirma de modo general que se sanciona por no haber prestado declaración informativa policial dentro de un plazo estimado arbitrariamente por la APS, afirmación totalmente equivocada y errónea, puesto que a los efectos de la sanción se consideraron plazos prudenciales y no así discrecionales, aclarando además que en ningún caso se tomó como parámetro veinte (20) días hábiles administrativos de inacción, se tomó en cuenta plazos mucho más amplios, que demuestran efectivamente la negligencia o conducta omisiva de parte del regulado.

Asimismo, es menester aclarar que el plazo de veinte (20) días señalado en el artículo 9 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 026-2013 de 11 de enero de 2013, tiene como sustento legal el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, referente al término de la investigación preliminar, y atendiendo la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013, a través de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 890-2013 de 01 de octubre de 2013 (R.A. N° 890-2013), se modificó dicho artículo, lo que no significa corrección, bajo el texto: "debe efectuarse la Declaración Informativa Policial dentro investigación preliminar guardando la debida diligencia", ello importa, coherencia entre el contenido de ambas resoluciones. En todo caso, queda claro que a los efectos de verificar el actuar diligente del regulado en el PP inherente a la declaración informativa se tomaron en cuenta plazos prudenciales y no así discrecionales.

- *La AFP en su **fundamento 5** de su memorial, aduce: "Se insiste como cargo de sanción en la falta de ampliación de las denuncias por la generación de nuevos periodos de la deuda. Nuestra posición en el recurso de revocatoria ha sido conforme a la doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes no estamos hablando de un mismo hecho, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador genera un nuevo y diferente hecho penal tipificado en el artículo 345 Bis del Código Penal".*

*El tratadista Jorge Machicado señala que en la clasificación de delito por la forma de ejecución, el **Delito Continuado** "aquel en que **el autor**, **obedeciendo a una misma resolución y configurando un mismo delito,** se lleva a efecto mediante una serie de actos idénticamente vulneratorios. Se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones de un solo delito".*

La apropiación de contribuciones de los trabajadores de parte del empleador (de forma continuada), en su calidad de agente de retención, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose en definitiva en un delito continuado.

*En esa línea el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal señala: **"Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias…"**, asimismo el artículo 45 del mismo cuerpo legal, determina que: **"Por un mismo hecho no se podrá seguir diferentes procesos aunque los imputados sean los distintos".***

Además, se debe considerar la aplicación de principios procesales como el principio de economía procesal, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, o el principio de identidad de personas, objeto y causa.

*Por otra parte, el ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados **no** influenciará negativamente al PP como erróneamente afirma el administrado, todo lo contario, se logrará que a través de una denuncia se restituyan (cancelen) las contribuciones apropiadas de los*

trabajadores, cumpliendo de esta manera los fines que persigue la cobranza establecida en la Ley N° 065.

*Asimismo, la ampliación a la denuncia **no** vulnera derecho o facultad alguna del imputado, que por cierto, el regulado no aclaró qué derecho o facultad del imputado se restringiría o vulneraria, limitándose a invocar erróneamente el artículo 7 del CPP, aplicable a las medidas cautelares y para consideración de la autoridad jurisdiccional.*

Es menester referir que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, sancionado con pena privativa de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días, es susceptible de graduación para la aplicación de la pena. En ese ámbito, "siendo un delito de naturaleza económica, que tiene que ver con el quantum de lo delinquido, es necesario incidir sobre el monto del daño ocasionado, de donde resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013), atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), así también lo señala la amplia jurisprudencia: "La concurrencia de circunstancias agravantes debe ser considerada para graduar el delito y aplicar la pena que corresponda al encausado" (G.J. N° 463, p. 897), dicho de otra forma, el no ampliar los nuevos periodos (montos) apropiados por el imputado pueden influir en el juzgador para atenuar la pena.

En conclusión, no corresponde iniciar varios procesos penales en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo, así lo señala la norma material, la doctrina y jurisprudencia, dejando en claro además que en ningún PP que se haya solicitado la ampliación a la denuncia por apropiación de nuevos montos (periodos) ha merecido el rechazo de parte de la autoridad.

En cuanto a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013, jamás afirmó que se puede llevar adelante varios procesos penales de forma paralela en contra del mismo imputado por el mismo hecho delictivo, mencionó que atendiendo la naturaleza del PP, en los delitos de Apropiación Indebida de Aportes, al haberse acreditado nuevos periodos apropiados, la AFP deberá hacer constar (comunicar) al Ministerio Público o autoridad jurisdiccional, la actualización de nuevos periodos en mora.

*En consecuencia, no corresponde iniciar varios procesos penales en contra del imputado por el mismo delito (artículo 345-II Bis del CP), cuando se puede ampliar la denuncia ya iniciada y en curso, dejando claro que cuando nos referimos a ampliar la denuncia, implica **comunicar a la autoridad de los nuevos periodos o montos apropiados por el imputado para ser considerados en el mismo proceso penal, a los efectos de la responsabilidad penal y civil (artículo 87 del CP).***

- *La Administradora en su **fundamento 6** de su memorial, expresa: "También sanciona la Autoridad Administrativa por supuesta dilación en los actuados procesales, habiendo manifestado esta Administradora que el Código de Procedimiento Penal en el artículo 134 define claramente la extensión de la Etapa Preparatoria del proceso, la cual puede durar hasta seis (6) meses y ampliarse por hasta dieciocho (18) meses".*

  En lo referente a la Etapa Preparatoria, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional N° 1036/2002-R de 29 de agosto de 2002, sentó jurisprudencia al señalar: "El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así el Código procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices configuran el procedimiento ordinario del juicio penal en tres partes, a saber: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas (sic) *o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa*

Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria.

1) *La primera fase, es decir los actos iniciales o de la investigación preliminar, (art. 284 y siguientes del CPP) comienza con la denuncia o querella o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía – Fiscalía), sobre la comisión de un delito*
2) *La segunda fase, esto es, el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (art. 301.1 y 302 CPP), y representa el inicio del proceso penal. Los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el art. 301 no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal.*
3) *La tercera fase se denomina conclusión de la etapa preparatoria, y está constituida por los "actos conclusivos", entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez o presidente del Tribunal (art.323).*

De lo anterior se extrae que, aunque la ley no lo diga claramente, el proceso penal se inicia con la imputación formal, a partir de la cual corre el término de los seis meses de duración de la Etapa Preparatoria establecida por el párrafo primero del art. 134 CPP".

*Asimismo, el artículo 301 del CPP (modificado por Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010) establece: **"El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código, comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"**.*

*De la normativa señalada precedentemente y jurisprudencia, se tiene que el plazo máximo de seis (6) meses ampliables a dieciocho (18) meses cuando se trate de investigaciones complejas vinculados a delitos cometidos por organizaciones criminales, que establece el artículo 134 del CPP, **corre a partir de la notificación con la imputación formal al imputado**, y no así, a partir de la presentación de la denuncia como erróneamente sostiene la AFP.*

*Ahora bien, los Procesos Penales, motivos de Cargo, en ningún caso se encuentran en la segunda fase de la Etapa Preparatoria, puesto que **no cuentan con imputación formal**, por lo que **no** es de aplicación el artículo 134 del CPP invocado incorrectamente por el regulado, se encuentran en la primera fase de la Etapa Preparatoria denominada "investigativa preliminar" para la cual rige el plazo previsto en el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, que podría ser ampliable en sujeción al artículo 301 inc. 2) del mismo cuerpo legal.*

Aclarando que independientemente de los plazos fijados por la norma, ello no es óbice para que el denunciante no actúe con la responsabilidad y diligencia necesaria que se requiere en los PP, no es un impedimento para que la AFP olvide sus obligaciones impuestas por la Ley N° 065 y tenga una conducta pasiva

*En esa línea, debe considerarse el artículo 149 literales i) y v) de la Ley N° 065, que señala que la AFP (transitoriamente), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, y prestar los "servicios" **con diligencia**, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Se debe precisar que el término "servicio" comprende también a las acciones judiciales que se encuentran bajo su cargo, labor que deviene precisamente del cumplimiento a la ley.*

El tratar de justificar la falta de diligencia argumentando que el artículo 134 del CPP les otorgaría de seis (6) hasta dieciocho (18) meses, demuestra un desconocimiento a la normativa penal, además reafirma y ratifica la actuación negligente de parte de la AFP en los Procesos Penales

motivo de Cargos, puesto que independientemente a la duración de las fases y etapas procesales, no puede rehuir el ejercicio oportuno y sin dilaciones de la acción penal.

- *La AFP en su **fundamento 7** de su memorial, expresa: "A los efectos del proceso penal es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan emitido y en que fechas, dado que lo que nos interesa es probar que el empleador recibió una o más de ellas, tomando conocimiento de la existencia de la deuda…".*

  Es menester señalar que las cartas de Aviso de Cobro tienen por finalidad comunicar al empleador del adeudo para que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones – SIP, comunicación que se efectúa atendiendo lo dispuesto por el artículo 109 (Gestión Administrativa de Cobro) de la Ley N° 065.

  Asimismo, se debe considerar la Sentencia Constitucional N°2008/2012 de 12 de octubre de 2012, mediante la cual, el Tribunal Constitucional Plurinacional, establece que atendiendo el principio de armonía social proclamado en el artículo 178-I de la Constitución Política del Estado, "previamente a la instancia judicial se debe agotar el mecanismo administrativo".

  De igual forma, se debe tener presente que el delito de Apropiación Indebida de Aportes, previsto en el artículo 345 Bis parágrafo I del CP, conforme al artículo 13 Quáter del mismo cuerpo legal es un delito doloso, y que de acuerdo al artículo 14 del CP, presupone "conocimiento y voluntad de parte del agente", elementos constitutivos que no se demuestran si los Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora son contradictorios, en cuanto al domicilio, en cuanto al lugar, en cuanto a las fechas, o periodos adeudados (apropiados).

  Además, las cartas de Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora, en los Cargos imputados, fueron presentadas en calidad de prueba por la AFP, significa que en esa calidad deben guardar relación de correspondencia con la denuncia, hecho que no ocurre cuando los montos, fechas y lugares son diferentes, generando confusión en el investigador, fiscal o autoridad jurisdiccional, como aconteció en el caso de la Caja Nacional de Salud o en el caso UMSA (Cargo N° 1 y 10 respectivamente), entre otros.

  En ese sentido, no es cierto ni evidente que sea un hecho "irrelevante" el contenido de la cartas de Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora, en cuanto a los montos, fechas y el lugar donde se notifica la mora al Empleador, puesto que al contener las "Cartas de Aviso" presentadas en calidad de prueba serias contradicciones demuestra falta de cuidado de parte del regulado, que además podrá influenciar negativamente en el PP.

- *El regulado en su **fundamento 8** de su memorial, argumenta: "Es importante que la Autoridad de Pensiones tome en consideración los desistimientos, ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales y esto es así para cumplir con los objetivos planteados en la Ley 065 de Pensiones".*

  Al respecto, la APS reconoce como una gestión positiva la recuperación de los adeudos al SIP a través de la gestión administrativa o judicial de cobro. Asimismo, es cierto y evidente que el artículo 345 - I Bis del CP determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de sus fines.

  *Por otra parte, la **obligación de la AFP de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia** deviene de un imperativo legal, artículo 149 literales i) y v) de la Ley N° 065, de Pensiones.*

Consecuentemente, si bien el "desistimiento" de la acción penal cumple con los fines de la cobranza por la recuperación de lo apropiado, y que naturalmente ese hecho es reconocido por la APS, se debe tener presente que los actos contrarios a lo establecido en el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, no pueden dejarse al olvido o pasar por alto como procura el regulado por acontecimientos que se suscitaron en forma posterior a los hechos que motivaron el Cargo como el "desistimiento", lo que no significa, desconocer los fines que persigue el artículo 345 - I Bis del CP, ni tampoco los fines de la gestión de cobro judicial establecida en la Ley de Pensiones.

- *La AFP en su **fundamento 9** de su memorial, expresa: "…es necesario aclarar algunas circunstancias que demuestran que el Ministerio Público de Potosí no ha obrados en el marco de la legalidad al momento de analizar y exponer los fundamentos para el rechazo de las denuncias interpuestas pero, sin embargo, la Autoridad de Pensiones acepta sin más análisis el criterio allí expuesto…".*

*Al respecto, Mandato, en Derecho y a los fines del instituto que regula el Código Civil (artículo 804 y siguientes del CC), "es el contrato consensual mediante el cual una de las partes otorga y confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios a la otra, que lo toma a su cargo" (Carlos Morales Guillen), "es un contrato por virtud del cual una persona representa a otra en la realización de un acto jurídico" (A. Ossorio). Se dice que es **general,** cuando en él se comprende todos los negocios del mandante. Se dice que es **especial** del que está limitado a uno a varios asuntos específicamente determinados.*

El artículo 78 del CPP, establece: "Las personas jurídicas podrán querellarse a través de sus representantes". Asimismo, el artículo 81 del mismo cuerpo legal, señala: "La querella podrá ser iniciada y proseguida por el mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales".

Bajo ese ámbito legal, el denunciante AFP (víctima conforme al artículo 76 numeral 3 del CPP) al tratarse de una persona jurídica, deberá participar en el PP a través de su representa legal, y en caso de que se haya otorgado mandato, debe ser mediante un poder especifico que contenga necesariamente facultad expresa para realizar determinados actos procesales.

*En el presente, de la lectura del **Testimonio N° 071/2011**, tanto en la Carátula Notarial como en su contenido expresa "**Poder Especial, Bastante y Suficiente**", asimismo menciona "representación y personería para tramitar la Acción Penal por los delitos provisionales (sic) y otros tipos penales tipificados en los artículos 118 y 119 de la Ley N° 065….faculta a apersonarse…ante el Ministerio Público, Fiscalía Departamental…para interponer denuncias y querellas…hacer uso de los demás recursos ordinarios y extraordinarios que prevé la ley…", sin embargo, el Fiscal de Distrito de Potosí (ahora denominado Fiscal Departamental), en las diferentes Resoluciones, motivo de Cargo, lo observó manifestando que **"el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico, por cuanto no menciona y menos aún se le da la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo".***

*Conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, señala que: **"El mandato o poder para ser considerado en juicio tiene que ser suficiente y especial como requiere para una controversia jurídica, en conformidad a la exigencia de los artículos 809 del Código Civil, 58, 62-I y 329 del Código de Procedimiento Civil y 266 de la Ley de Organización Judicial"** Auto Supremo N° 308 de 08 de agosto de 1992. Por otro lado, existe determinación asumida por el Auto Supremo N° 237 de 04 de octubre de 1991, sentando jurisprudencia en la aplicación de los*

artículos 809, 810 del CC y 62 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo que: ***"…la persona que se presentare en juicio en representación o en nombre de otra, deberá acompañar al primer escrito el testimonio de poder en el que se señale en qué casos va a intervenir, en el que se individualice quien demanda, en juicio y con qué objeto, caso contrario, de no contar con dicho poder con la individualización necesaria, se los considera insuficiente para ser utilizado en juicio".***

En tal virtud, se deduce que el Testimonio Poder N° 071/2011 si bien expresa que se trata de un "Poder Especial, Bastante y Suficiente" ***no menciona y menos aún se le da al mandatario la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****, conforme observó el Fiscal Departamental.*

La AFP al tomar conocimiento de las Resoluciones emitidas por Fiscal Departamental de Potosí que expresan de forma uniforme que el Testimonio Poder N° 071/2011 se trata de un poder general y no así especifico, ***en ninguno de los casos (Cargos) lo cuestiona****, todo lo contrario, da su aprobación y presenta el Testimonio Poder N° 1802/2012 de 08 de agosto de 2012, que tanto en su Carátula Notarial como en su contenido expresa: "****Poder Especial, Bastante y Suficiente****", pero a diferencia del otro, Testimonio Poder N° 071/2011,* ***contiene la facultad expresa de "objetar el rechazo a la denuncia"****, empero, la presentación fue extemporánea en consideración al plazo, de cinco días a partir de su notificación para objetar el rechazo a la denuncia, que impone el artículo 305 del CPP.*

Ahora bien, llama profundamente la atención que en esta instancia la AFP cuestione el actuar del Fiscal Departamental de Potosí y amplié el cuestionamiento a la APS por considerar "bien hecho" según el regulado, cuando contrariamente, ***la AFP*** *que es parte de los Procesos Penales, motivos de Cargo,* ***jamás cuestionó los fallos (Resoluciones del Fiscal Departamental)****,* ***todo lo contrario dio su aceptación presentando nuevo Poder*** *(Testimonio N° 1802/2012).*

La AFP debería preguntarse que acciones procesales realizó frente a las supuestas irregularidades que cometió el Ministerio Público de Potosí, sabe y conoce perfectamente que ninguna, empero, en esta instancia administrativa trata de justificar su accionar invocando aparentes irregularidades, mismas que jamás fueron denunciadas o por lo menos observadas ante las instancias correspondientes, sea Fiscalía o autoridad competente.

Asimismo, si bien es cierto que las Resoluciones de los Fiscales de Materia que rechazan la denuncia por considerar que las AFP no puede representar a los Asegurados, se trata de Resoluciones que desconocen la normativa de pensiones, no es menos cierto que esas Resoluciones pudieron ser Revocadas por el Fiscal Departamental, pero ello no aconteció puesto que las "objeciones" presentadas por la Administradora no fueron consideradas por la ausencia de facultad expresa de objetar, lo que conllevó al archivo de obrados.

*Por otra parte, el hecho que otras Fiscalías Departamentales no hayan cuestionado el Testimonio Poder N° 071/2011, no significa necesariamente que el Fiscal Departamental de Potosí haya cometido una irregularidad al observar ese instrumento por no contener la facultad expresa de "objetar el rechazo a la denuncia", además, la AFP lejos de manifestarse sobre el cuestionamiento al Testimonio N° 071/2011, dio su aprobación presentando nuevo poder (Testimonio N° 1802/2012), sin embargo, no previó que ya era tarde, en razón al procedimiento establecido en el artículo 305 del CPP, y lo expresado en las mismas que determinan el archivo de obrados, al señalar de forma uniforme: "…****al no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar****… ****no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento****".*

Por tanto, lo "inaceptable" no es la conducta de la APS como afirma el regulado, sino el hecho de no haber actuado con el cuidado exigible a un buen padre de familia, obligación impuesta por el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, al haber presentado en diferentes procesos penales poder que no contiene la facultad expresa para "objetar" dando lugar al archivo de obrados; y de considerar el regulado que la conducta del Fiscal Departamental de Potosí es irregular, ese hecho tendrá que demostrarlo ante la instancia jurisdiccional competente.

- *La Administradora en su **fundamento 10** de su memorial, señala: "Con relación al punto anterior y para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta".*

  *Al respecto, el artículo 305 del CPP señala: "**El archivo de obrados** no impedirá la conversión de acciones a pedido de la víctima o del querellante", disposición legal que se encuentra en plena concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal que establece: "A pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: …**4.Cuando se haya dispuesto el rechazo previsto en el artículo 304 (del CPP)**…".*

  En la especie, la conversión de acciones sobreviene como consecuencia del rechazo a la denuncia (artículo 304 del CPP) dispuesta por el Fiscal de Materia y posterior archivo de obrados, puesto que el Fiscal Departamental de Potosí no consideró las "objeciones" presentadas por la AFP, por ausencia de la facultad expresa de objetar en el Testimonio Poder N° 071/2011.

  En ese sentido, la conversión de acciones que aduce el regulado obedece al archivo de obrados de los Procesos Penales presentados, que tiene sus implicancias legales, ya que retrotrae la denuncia a sus inicios en otro proceso penal a tramitar ante el Juez de Sentencia, sin la participación del Ministerio Público con el perjuicio correspondiente.

  Por último, la conversión de acciones que alude el administrado, en ningún caso (Cargo) se solicitó en forma oportuna, todo lo contrario, fueron solicitadas habiendo transcurrido espacios considerables de tiempo con el perjuicio correspondiente en la tramitación oportuna de la causa y fines que persigue, consecuentemente, no se dio cumplimiento al artículo 11 de la R.A. N° 890/2013, que invoca ahora el regulado, aclarando además, que el petitorio de conversión de acciones de ninguna forma se traduce en un eximente de los motivos que originaron el archivo de obrados.

III. ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES (Ilegalidad de la RA).

Sobre este aspecto, es necesario recordar a la AFP nuevamente que, conforme manda el artículo 177 de la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

*En ese entendido, la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley No.1732 y el Contrato suscrito entre la AFP y el Estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando **todas** las obligaciones como administrador*

de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; sin perjuicio de las determinaciones de la Ley No.065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias.

Por otro lado, el regulado olvida que al presente se tiene una administración transitoria de las pensiones, en razón a que la nueva Ley de Pensiones, crea la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo con todas las obligaciones, atribuciones y facultades que le atinge y que; mientras no se tenga su constitución formal y a efectos de dar continuidad a los servicios que se ofrecen en cuanto a la administración y pago de pensiones, es que la norma con sabiduría ha establecido que las AFP continúen con todas sus obligaciones mientras dure el período de transición.

En lo que respecta al contrato de Prestación de Servicios entre la AFP y el Estado Boliviano, se debe recordar a la AFP que es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, ***sin excepción alguna****. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes,* ***de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias****.*

Por lo que se concluye que, la AFP además de la norma del sector de pensiones relativa a la Seguridad Social de Largo Plazo se halla subordinada también a las cláusulas contractuales, no debiendo desconocer el marco jurídico en el cual se debe desenvolver.

Finalmente se recuerda a la AFP que la Ley No.065 de Pensiones, y en lo particular el artículo 177 es constitucional, por lo cual se halla plenamente vigente y a la cual corresponde su atención y cumplimiento, mientras no se declare lo contrario por el Contralor de la Constitucionalidad. En ese entendido sus efectos y alcances son plenamente validos (sic) *y de cumplimiento obligatorio por la AFP.*

Ahora bien con relación al Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997 que aplica esta APS a las entidades reguladas, de acuerdo al razonamiento anterior, se halla dentro de la normativa que reglamenta la Ley No.1732 de Pensiones, en lo particular a lo que hace al régimen vigente de sanciones para el sector de pensiones. Por tanto, cuando la AFP refiere en la parte del Petitorio del recurso de revocatoria que "Asimismo por el mandato expreso de la Ley N° 065, el Organismo de Fiscalización no puede aplicar el Decreto Supremo 24469 para sancionar actos que se desarrollan en el Sistema Integral de Pensiones", lo señalado resulta ser incorrecto al tener conocimiento pleno de que la norma reglamentaria sigue vigente, y no solamente la ahora observada por la AFP sino también alguna otra de orden operativo como bien lo señala la AFP en su impugnación. Por lo que, si bien dentro de las facultades de esta Autoridad están la de control y supervisión, también se tiene la de sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo cuando incumpla la normativa de pensiones y que, durante el periodo de transición está representada por las AFP.

En lo que se refiere al argumento de una supuesta nulidad de la R.A.69-2013 por falta de fundamentación y motivación, la misma no corresponde considerando que los descargos presentados respecto a los procesos penales fueron evaluados y analizados en la señalada Resolución Administrativa, expresándose los motivos que llevaron al regulador a sancionar los cargos; sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que en esta segunda instancia con el presente acto se tiende a satisfacer la fundamentación extrañada por la AFP respecto a los aspectos advertidos reclamados en su impugnación.

Asimismo, habrá que aclarar que la impugnación presentada contra la R.A.69-2013, en un total contrasentido la AFP ha solicitado la revocatoria de la señalada Resolución Administrativa y por otro la nulidad del acto administrativo; siendo conceptos contrapuestos. Por tanto no existe la posibilidad legal de declarar nulo un acto y revocar a la vez el mismo, siendo las características y efectos legales diferentes de cada determinación.

IV.INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA. (...)

Al respecto, con carácter previo es necesario señalar que la doctrina sobre la infracción preterintencional refiere que, es aquella cuyo resultado excede o es mayor al buscado por el agente. En cuanto al resultado preterintencional solo puede atribuirse al autor a título de culpa.

En ese sentido, la vinculación del resultado mayor culposo depende de dos circunstancias: una objetiva, la "conexión de inmediatez" entre el delito básico y el resultado más grave (por ejemplo, entre las lesiones provocadas y la muerte no querida) y la otra subjetiva, la existencia de culpa respecto del resultado mayor.

Por su parte, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 06 de septiembre de 2006 ***(RJ 59/2006)****, tiene señalado lo siguiente:*

"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañosos más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otros palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente…

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), sino también por una actitud culposa u omisiva…"

De lo expuesto anteriormente y en relación al presente caso se puede extraer que, se tiene determinada la conducta omisiva de la AFP en lo que se refiere al cumplimiento de normativa (de conocimiento pleno de la AFP) que obliga a ésta a la diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales en los PP.

En ese sentido, para aclarar al regulado sobre las observaciones que ahora realiza sobre la aplicación del criterio de la preterintencionalidad y sin especificar para que Cargos, se debe tener presente que:

El hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP imputados, generó la calificación de gravedad leve al ser considerada su conducta preterintencional; porque se determinó que la conducta del regulado fue ***omisiva****, toda vez que éste en el desempeño del servicio que presta no puede en su sano juicio desconocer la normativa a la cual se halla obligado a cumplirla, pues para acatarla le fue notificada y/o comunicada formalmente. Pero en el presente caso no lo hace manifestando su intención y voluntad con la falta de movimiento y gestiones procesales, que la norma administrativa le*

exige; pero al margen, la norma procesal penal también le obliga a cumplir plazos procesales perentorios para las actuaciones, que de igual forma son obligatorias para el regulado como denunciante.

- *En lo que se refiere a la consecuencia y vinculo de inmediatez ligado a la primera conducta (preterintencionalidad), se tiene que al no estar en movimiento y gestión diligente en los PP, provocó de manera **culposa** que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

- *Por lo que se concluye que, esta Autoridad para calificar la sanción como leve, tuvo en cuenta todos sus elementos, entre los desarrollados a la preterintencionalidad de la infracción, el no constarse que en resultado hubo beneficio propio o de personas relacionadas al infractor; pero además de no constatar daño económico a los Fondos o a los Asegurados.*

- *Por tanto, esta APS a momento de calificar e imponer la sanción no ha presumido y prejuzgado, sino que ha evaluado la infracción incurrida y las consecuencias y efectos que ha generado dentro del marco legal vigente, no siendo por tanto una infracción de resultado.*

- *Finalmente, cuando la AFP señala que los casos ahora observados están dentro de los plazos que tiene establecido el CPP correspondiente a la Etapa Preparatoria; al respecto recordar nuevamente al regulado que, el PP si bien se encuentra en la Etapa Preparatoria, esta consta de tres fases conforme señaló el Tribunal Constitucional en su SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto, y los casos en cuestión se encuentran en la primera fase denominada **investigativa preliminar**, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP. Asimismo, para despejar cualquier duda, el artículo 301 del CPP establece: "El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados", ello significa que, la extensión de la Etapa Preparatoria que señala el artículo 134 del CPP en su primera fase, está condicionada a la notificación con la "imputación formal".*

En conclusión los argumentos planteados en el Recurso de Revocatoria y otras actuaciones realizadas por BBVA Previsión AFP S.A. se hallan desestimadas, por su manifiesta improcedencia.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar parcialmente la ratio legis de la R.A.330-2013…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 12 de diciembre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, conforme a la "*EXPRESIÓN DE AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN*" que allí constan, que se transcribirán infra (a tiempo del análisis de la controversia) y con respecto a los cuales, señala el siguiente petitorio:

"…*Por todo lo expuesto y en base a los fundamentos y normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo la revocatoria de la Resolución Administrativa **APS/DJ/DPC N° 1074/2013 de 21 de***

Noviembre de 2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 330/2013 de 12 de abril de 2013*, conforme establece el artículo 43 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, porque no cumple con los presupuestos legales establecidos por la Constitución Política del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175. Asimismo por el mandato expreso de la Ley N° 065, el Organismo de Fiscalización no puede aplicar el Decreto Supremo 24469 para sancionar actos que se desarrollan en el Sistema Integral de Pensiones…*"

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 18 de febrero de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta documentación complementaria consistente en el oficio FGE/RJGP/Stría.Gral/N° 043/2013 de 16 de enero de 2014, a la que va adjunto el instructivo FGE/RJGP N° 0002/2014 de la misma fecha, referidos ambos a la "*Reapertura de procesos investigativos por delitos previsionales*".

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 6 de marzo de 2014 se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, conforme fuera solicitada por la misma mediante memorial presentado en fecha 23 de enero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme sale del informe/APS/DPC/193-2012 de 10 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, fotocopias simples de los cuadernos de investigación y expedientes de los procesos penales instaurados por apropiación indebida de aportes que se tramitan en los Distritos de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Potosí y Tarija.

En atención a ello, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** remitió la documentación que le fue requerida, mediante las notas PREV-COB-290/08/2012 y PREV-COB-266/08/2012, de cuya evaluación y mediante nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de

Pensiones y Seguros imputó a la Administradora de Fondos de Pensiones, por el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 106º y 149º, incisos i) y v), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, y 20º del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, referido a la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatorias dentro de 52 Procesos Penales de la Seguridad Social de Largo Plazo, produciendo interrupción del trámite procesal y postergación de los efectos que persigue el mismo.

Luego de recibidos los descargos, en fecha 12 de abril de 2013 y mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con las multas en bolivianos equivalentes a los montos en dólares americanos siguientes:

- $us.29.000,00.- (VEINTINUEVE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por los **Cargos Nros. 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 38, 39, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50 y 51.**

- $us.24.000,00.- (VEINTICUATRO MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por los **Cargos Nros. 1, 2, 4, 8, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 34 y 52**.

- $us.10.500,00 (DIEZ MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por los **Cargos Nros. 35, 36, 37, 40, 41, 44 y 45**.

Asimismo, desestimó aplicar la sanción por el artículo 109º de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones) para los cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 6 y 7.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) interpuso primero Recurso de Revocatoria, el que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, mediante la cual, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2013, determinando que en fecha 12 de diciembre de 2013, interponga el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Cargo Nº 1.-

Conforme consta de la nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por la presumible infracción que allí se señala, conforme a la transcripción siguiente de la parte pertinente:

"…***Cargo 1.-*** (…)

Empleador: *Representante Legal (CAJA NACIONAL DE SALUD)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal -* ***La Paz.***
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y abandono de la investigación: (…)

*a) Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia (…) el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida de aportes) corresponde al mes de junio/2011 (…) la Nota de Débito N° **PEN-0214** de 25 de noviembre de 2011 (adjunta en calidad de prueba), corresponde a los periodos marzo/2011 - mayo/2011.*

b) La denuncia fue instaurada en la ciudad de La Paz, la misma señala como domicilio del denunciado la Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau (CNS - La Paz) (…)

c) El Primer Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora (nota Cite C1-501810) fue presentado en Tarija en fecha 25 de agosto de 2011; empero, el Último Aviso (…) (nota Cite C2-115245) fue presentado en Potosí en fecha 25 de julio de 2011 (…) las notas de Gestión Administrativa de Cobro (presentadas en calidad de prueba), son contradictorias (…)

d) Existiendo dudas sobre el domicilio del denunciado (La Paz, Tarija o Potosí), el Fiscal ordenó (fecha 16 de abril de 2012) al denunciante (AFP) aclare, hecho que no aconteció, como tampoco se aclaró el lugar donde se cometió el delito (…)

e) Desde (…) la presentación de la denuncia que aconteció el 30 de noviembre de 2011, al último actuado procesal (requerimiento fiscal de 02 de agosto de 2012, sobre otorgación de fotocopias simples), la AFP no realizó actividad probatoria para fundar su acusación (…)

f) (…) no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia (…) el denunciado tampoco prestó su declaración informativa, no obstante del tiempo transcurrido.

Antecedentes:

*Por memorial de 25 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra (…) la Caja Nacional de Salud (CNS), por el delito de apropiación indebida de aportes (…) manifestando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N° PEN**-0214**) que se acompaña es por el mes de junio 2011, lo que implica que de acuerdo a la ley, el empleador debía efectuar el depósito de los montos retenidos hasta el 31 de julio de 2011 (…) refiere como domicilio de la (…) demandada: Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau.*

…en su Otrosí.- (…) adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N° PEN-0214 (…) correspondiente a los periodos marzo/2011 - mayo/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro.

La nota Cite C1-501810 de 25 de agosto de 2011, Primer Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora, dirigida a la CNS, Policonsultorio 15 de Abril (Regional Tarija), señala periodo adeudado mayo/2011 por el monto de Bs512,66. (…)

La nota Cite C2-115245 de 25 de julio de 2011, Último Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora, dirigida a la CNS, Regional Potosí. Asimismo, señala periodo adeudado marzo/2011 por el monto de Bs664,95 (…)

El (…) *asignado al caso, por informe* (…) *señaló:* "(…) *no se hizo presente el denunciante para aportar con mayores elementos de convicción, coadyuvar con la misma y menos prestar su declaración informativa*" (…) *requerimiento de 22 de diciembre de 2011, el Fiscal, conmina al denunciante* (…)

(…) *por requerimiento fiscal de 28 de marzo de 2012, se conmina al señor Milán Rosales Vera (denunciante) a objeto de que aporte con mayores elementos de convicción (prueba).*

…por informe (…) *señaló:* "(…) *el hecho se habría suscitado en la ciudad de Tarija* (…) *Por requerimiento de fecha 16 de abril de 2012, el Fiscal de Materia* (…) *ordena se ponga a conocimiento de la parte denunciante (AFP) el informe policial, ordenando a su vez que aclare el domicilio real y laboral del denunciado en el día…*"

Ahora, en su Recurso Jerárquico de 12 de diciembre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…Código de Procedimiento Penal (CPP) establece que la denuncia* ***contendrá en lo posible*** *los elementos que puedan conducir a la comprobación del hecho y su tipificación* (…) *en el transcurso de la etapa preparatoria del juicio fue subsanado un simple error de transcripción relacionados* (sic) *a los periodos de la deuda; hecho que no ocacionó* (sic) *ningún perjuicio a las partes ni al proceso.*

…El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad dolosa de evadir el pago de las contribuciones. Al ser un empleador único, es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora, ya que esa notificación cumple el requerimiento del Ministerio Público.

…es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan emitido y en que fechas dado que lo que nos interesa es probar que el empleador recibió una o más de ellas, tomando conocimiento de la existencia de la deuda (…) *antes de presentarse la denuncia penal se le emite una carta de preaviso de inicio de la acción penal* (…) *a efectos del proceso penal es que el Empleador sea notificado sobre la existencia de la deuda y esa notificación puede hacerse en cualquier lugar del territorio boliviano donde el mismo se encuentre.*

…será competente el Juez de la residencia del imputado (…) *todas las denuncias fueron presentadas ante dicha autoridad jurisdiccional, señalándose claramente el domicilio del denunciado* (…) *no existe infracción a normativa legal* (…)

…resulta irrelevante donde fuera notificada la mora al empleador y no hay error procesal respecto a la competencia sobre el proceso penal (…)

La APS sanciona la imposibilidad (…) *de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia* (…) *se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *nos vimos obligados a iniciar la acción penal por Deuda Real por Pago en Defecto, Tipo M2, dado que ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1)* (…) "*…se decidió que* ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>****.*"

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes, entre ellos:

- (…) *la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona* (…) *al empleador que hace la retención del monto de los aportes y no los deposita a la Entidad señalada por Ley y en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes* (…)

- (…) *el colectivo denunciado no fue el adecuado a la norma que tipifica el delito, se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

…cursamos a esa Autoridad (…) *notas haciéndole conocer la situación* (…)*:*

- *Nota PREV – OP – 0685/05/2011* (…)

- *Nota PREV – OP – 0776/06/2011* (…)

- *Nota PREV – COB – 083/03/2013* (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1, dejando de denunciar penalmente la deuda M2 (Deuda por Defecto), porque esos casos no implican un incumplimiento de pago por parte del empleador (…)

A partir (…) *de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1)* (…) *se cumple la figura del delito de Apropiación Indebida de Aportes tenemos la posibilidad de probar efectivamente el ilícito* (…)

…no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito (…) *para poder impulsar dichos procesos* (…) *solicitamos a la Autoridad* (…) *regule aspectos de la Nota de Débito para utilizarla como prueba* (…)

No se pedía a la APS que regule aspectos del Código de Procedimiento Penal como lo sugiere el Informe N° 468/2013 (…) *sino que regule sobre la Nota de Débito* (…)

…el artículo 197 de la Ley 065 la obliga al expresar (textualmente) "El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización REGLAMENTARÁN Y REGULARÁN la presente Ley"; cosa que nunca hizo (…) *no obstante que su Autoridad siga sosteniendo su falta de competencia para regular, incumplió la obligación determinada en el artículo 168* (…)

El Código de Procedimiento Penal en el artículo 134 define claramente la extensión de la Etapa Preparatoria del proceso, la cual puede durar hasta seis (6) meses y ampliarse por hasta dieciocho (18) meses.

…un cronograma discrecionalmente definido (…) *no está amparado por normativa alguna, dado que el artículo 149 en los incisos i) y j) de la Ley 065 sólo dispone "iniciar y tramitar los procesos" y el inciso v) define prestar "Los Servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia* (…) *no se refiere específicamente a las diligencias judiciales.*

...el procedimiento penal se rige por su norma específica, el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria de hasta 6 o 18 meses, nunca impone ningún (…)

…incorpora un nuevo criterio (sic) (…) *es necesario aclarar que el artículo continúa señalando "**en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención**."* (…) *en el desarrollo de sus funciones policiales la Policía toma noticia de la comisión de un delito, debiendo informar dentro de las ocho primeras horas de SU PRIMERA INTERVENCIÓN A LA FISCALÍA, lo cual nada tiene que ver con los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes iniciados por BBVA Previsión AFP S.A ante las Fiscalías, cuyo trámite contempla la Etapa Preparatoria con un plazo de 6 meses, el cual puede ampliarse a 18 meses.*

…el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria de hasta 6 o 18 meses, nunca impone un cronograma de tiempo (…)

La APS sostiene (…) *que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del proceso penal, porque los delitos previsionales son a instancia de parte* (…) *criterio* (…) *incorrecto debido a que el artículo 17 del CPP dispone que* (…) *se produce cuando **se formule la denuncia*** (…)

…BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…) *el artículo 287 del CPP determina que "El denunciante no será parte del proceso y NO INCURRIRÁ EN RESPONSABILIDAD ALGUNA* (…) *el artículo 289 determina que presentada la denuncia ante la Fiscalía, es el Fiscal el que dirigirá la investigación.*

…no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013…"

Ahora bien; estos alegatos son reiterativos de los expresados a tiempo del Recurso de Revocatoria de 10 de junio de 2013, lo que hace posible contrastarlos además, con los fundamentos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que salen de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 (supra citada) a los efectos de la evaluación siguiente:

2.1.1. Inconsistencia de la denuncia.-

Ha señalado la ahora recurrida, que:

"*…El alegar que la inconsistencia en los términos de la denuncia, relativos a los periodos apropiados por el imputado, motivo del Proceso Penal (PP), se trata de "un simple error de transcripción"* (…) *ratifica y corrobora que la AFP no actuó con el cuidado exigible a un buen padre de familia, además dicho "error" no fue corregido inmediatamente, se prolongó durante un (1) año aproximadamente y fue subsanado atendiendo el presente Proceso Administrativo Sancionatorio…*"

A este respecto, toda vez que el alegato de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** es reiterado en el Recurso Jerárquico, se evidencia que tal justificativo se limita al carácter de lo que ella misma califica como "*un simple error de transcripción*", sin que exista un descargo real contra la imputación sino, en todo caso, un reconocimiento acerca de la inconducta que por lo tanto, no irrita al cargo y más bien lo confirma.

2.1.2. Determinación del lugar de comisión del delito y del domicilio del obligado o denunciado.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros cita al tratadista William Herrera Añez, para concluir con él, en que:

> "…*el criterio para determinar la competencia, entre los distintos tribunales del mismo tipo, se conoce como competencia territorial y* ***lo define especialmente el lugar de la comisión del delito****. Lo que fundamenta la competencia territorial es que nadie más que el juez del lugar de la comisión del delito está en mejores condiciones de conocer y juzgar el hecho*…"

De ello, establece que:

> "… (conforme al) *Código de Procedimiento Penal* (…) *serán competentes: "El juez del lugar de la comisión del delito. El delito se considera cometido en el lugar donde se manifieste la conducta o se produzca el resultado".*
>
> …*no obstante de que se conocía el domicilio (laboral) del denunciado* (…) *paradójicamente, el Primer Aviso* (…) *fue presentado en Tarija y el Último Aviso* (…) *fue presentado en Potosí, y la demanda fue iniciada en la ciudad de La Paz* (…) *el Fiscal ordenó al denunciante (AFP) que lo aclare, hecho que no aconteció, como tampoco se aclaró el lugar donde se cometió el delito.*
>
> *En ese sentido, no es cierto ni evidente que sea "irrelevante" donde se notifica la mora al empleador* (…)
>
> …*se debe tener presente que el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *es un delito doloso* (…) *presupone "<u>conocimiento y voluntad de parte del agente</u>", elementos constitutivos que no se demuestran si los Avisos por Concepto de Contribuciones en Mora son contradictorios, en cuanto al domicilio, en cuanto a las fechas, o periodos adeudados (apropiados)*…"

Así expuesto, no puede sino concluirse en la existencia de negligencia en el actuar de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, toda vez que la misma se ha guiado por la creencia de que, teniendo los avisos de mora naturaleza diversa a las actuaciones correspondientes al procedimiento penal, era *irrelevante* el tema de la diferencia de domicilio, sin tener en cuenta que eventualmente -como ha sucedido- en el criterio de los operadores de justicia y en una sencilla abstracción lógica acerca de las implicancias del derecho de defensa (ampliamente garantista en materia procesal penal), tal extremo iba a determinar en los mismos, la susceptibilidad propia de la responsabilidad funcionaria.

Recuérdese que los derechos al debido proceso y a la defensa, tienen raigambre constitucional (Art. 115º, Const. Pol del Estado), por lo que el proceso que importa los distintos avisos de mora y luego, la interposición de la denuncia (con necesaria mención del domicilio del denunciado a los fines de su notificación), no persiguen simplemente llenar formalidades, sin importar el contenido de las mismas, como lo sugiere la recurrente, sino que deben observar tales garantías; por el contrario, su realización en tan diversas plazas como lo son Tarija, Potosí y La Paz, denota la indefensión del denunciado porque se lo busca en distintos lugares y no en aquel que, en concreto, es donde encuentra su domicilio.

El sentido jurídico determina que, correspondiéndole la obligación impaga a la Caja Nacional de Salud, **a cualquier fin** deban entenderse las actuaciones con el representante legal de la misma, y los antecedentes refieren que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** conoce sobradamente, que el domicilio de este, es decir, donde realiza su principal actividad (en la definición jurídica), es "*la Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau (CNS - La Paz)*", por lo que más allá de cualquier intención de otras actuaciones previas en las ciudades de Tarija y Potosí, se justifica la susceptibilidad de la responsabilidad funcionaria ala que se ha hecho referencia.

De manera tal que, la existencia de filiales u oficinas descentralizadas de la Caja Nacional de Salud, en otra direcciones que no sean la señalada, no constituye permisión a que la "*notificación puede hacerse en cualquier lugar del territorio boliviano donde el mismo* -la Caja Nacional de Salud en lugar de su representante legal- *se encuentre*", como mal sugiere la recurrente.

De los datos que salen del expediente, se conoce que los avisos de mora (con los diversos señalamientos del domicilio y con otras menciones imprecisas) fueron acreditados ante el Ministerio Público por la propia Administradora de Fondos de Pensiones juntamente a tiempo de su denuncia, lo que a su vez determina que no existió el cuidado necesario por la presentante, quien pudo haber evitado la observación del fiscal, así como el ulterior cargo por parte del Ente Regulador.

En definitiva, es notorio que el actuar de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y contrariamente a lo que ella señala, sí perjudicó el desarrollo del proceso.

2.1.3. Inexistencia de actividad probatoria.-

Con la aclaración que lo sancionado no radica en la *imposibilidad* de probar, como mal señala la recurrente, sino en la falta de actividad en ese sentido, es menester recordar, que el cargo de la nota APS/DJ/DPC/7744/2012, en lo que en respecto refiere a este punto, señala que "*Desde* (…) *la presentación de la denuncia que aconteció el 30 de noviembre de 2011, al último actuado procesal (requerimiento fiscal de 02 de agosto de 2012, sobre otorgación de fotocopias simples), la AFP no realizó actividad probatoria para fundar su acusación*".

En tal sentido, la defensa de la sancionada, ahora recurrente, está referida a que, sin importar el tiempo transcurrido, ella se encontraba facultada para realizar las gestiones propias de su denuncia penal.

Ha este respecto, es posición del Ente Regulador, que:

> "…*el plazo máximo de seis (6) meses, ampliables a dieciocho (18) meses cuando corresponda, que establece el artículo 134 del CPP, corre a partir de la notificación con la imputación formal, y no así, a partir de la presentación de la denuncia como erróneamente sostiene la AFP*.
>
> *El presente caso, motivo de Cargo e impugnación, se encuentra en la primera fase de la Etapa Preparatoria, que conforme al artículo 300 del CPP debe concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención, que podría ampliarse inclusive a noventa (90) días* (…)
>
> …*el sostener de manera inconsistente que la Etapa Preparatoria no está sujeta a un cronograma de tiempo o que la AFP no tiene la obligación legal de llevar los Procesos Penales con diligencia, no justifican de ninguna forma la falta de actividad probatoria o diligencia en el PP, como se evidencia del cuaderno de investigación*…"

Ahora bien; una realidad procesal no necesariamente tiene que verse reflejada en el cuaderno de la investigación, por cuanto, existen actuaciones de trascendencia procesal que se hacen al margen de tal cuaderno porque se le incorporarán posteriormente (caso de los peritajes forenses); no obstante, ese no es el caso, por cuanto, en ninguna oportunidad ha alegado ello **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, de manera tal que, siguiendo el dístico aquel que señala que *no existe más verdad que la que sale del expediente*, se debe concluir objetivamente en el hecho -no controvertido- de que desde la prestación de la denuncia, la ahora recurrente, a la sazón denunciante, no cumplió con su carga de producir mayores elementos de prueba, extremo concreto que hace al cargo.

Ello no se desvirtúa por el reclamo actual, en sentido que:

> "…*la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1)* (…) *la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador, es decir al empleador que hace la retención del monto de los aportes y no los deposita a la Entidad señalada por Ley y en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal...*"

Sin embargo, corresponde aquí tenerse en cuenta lo afirmado por la propia recurrente, cuando señala que:

> "…*se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal contra el denunciado*…"

Es decir, que la acusada deficiencia en la actividad probatoria por haber el Órgano Regulador "*eliminado la "Declaración y No Pago"*, que le *permitía* -dice- *comprobar la existencia de la deuda real por no pago* (M1), no es absoluta al fin buscado, sino una dificultad subsanable en los términos del artículo 171° de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de

Procedimiento Penal) que dice: "*El juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado*…", o como bien lo establece la Recurrida:

> "…*Al respecto, conforme al artículo 171 del CPP, en nuestro sistema de persecución penal, rige el "principio de libertad probatoria", es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba*…"

Por consiguiente, el alegato del Recurso Jerárquico es infundado.

2.1.4. Inexistencia de declaraciones del denunciante y del denunciado.-

En razón metodológica, se considera lo señalado al respecto por la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013, de la que se tiene que:

> "…(la declaración informativa del denunciante) *Se trata de un acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar* (…) *dentro de la Etapa Preparatoria, a cuyo efecto* (…) *recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar* (…)
>
> …*es un acto procesal obligatorio que debe efectuarla el denunciante y/o querellante, y que su omisión restringe el normal desarrollo del PP*.
>
> …*no obstante del informe de 27 de marzo de 2012 del investigador* (…) ***no se hizo presente el denunciante para aportar mayores elementos de convicción y coadyuvar con la investigación y prestar su declaración informativa***" (…) *del requerimiento fiscal de 28 de marzo de 2012* (…) "***se conmina a Milán Rosales Vera (denunciante) a objeto de que aporte con mayores elementos de convicción***", ***recién se cumple este acto procesal en fecha 04 de abril de 2013***, *después de haber transcurrido 480 días aproximadamente desde la presentación de la denuncia (30 de noviembre de 2011)*…"

A este respecto, la recurrente califica como incorrecto el decir que la falta de ratificación de la denuncia, restrinja el avance del proceso, "*porque* -señala- *los delitos previsionales son a instancia de parte*", instancia que se produce "*cuando* ***se formule la denuncia***". No obstante, tal extremo de ninguna manera la exime de su responsabilidad, por cuanto, independientemente de quien inicie el proceso (si la parte o el Ministerio Público), una vez interpuesta la denuncia, lo que corresponde es la prosecución del proceso emergente de la misma, fundamentalmente si el objetivo del denunciante es que surta sus efectos respecto del cumplimiento de las obligaciones morosas que le dieron origen, lo que no tiene que con las disposiciones de los artículos 287º (*Participación y responsabilidad*, en referencia a la responsabilidad del denunciante, la que distinta de la responsabilidad administrativa por la que ha sido multada en el presente proceso sancionatorio) y 289º (*Denuncia ante la Fiscalía*, en relación a la dirección del proceso como función propia del Ministerio Público) del Código de Procedimiento Penal, impertinentemente mencionados en el Recuso Jerárquico.

Por otra parte, con respecto a la mención de la recurrente, en sentido que "*no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y*

corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013", sea para aclarar el extremo, o sea como precedente de regulación financiera al tema en concreto, es oportuno reproducir lo al efecto señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica aludida:

> "…*no puede existir impedimento legítimo alguno, a efectos que el representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, en caso de no ser citado de oficio para el mismo fin, solicité de acuerdo a su propia conveniencia (no únicamente la del fiscal o la del investigador policial), le sea tomada su testimonial* (…)
>
> …*la efectiva realización de una declaración policial, es mas bien dependiente de la efectiva disponibilidad del correspondiente funcionario policial que la vaya a tomar; el extremo debe sopesar para liberar de responsabilidad a quien tiene el deber de atestiguar y no se realiza lo mismo por causales que no le sean imputables, de manera tal no se señale al plazo determinado* (…) *como de insuficiente.*
>
> …*no es posible sujetar un deber de atestiguar a un plazo de tiempo definido, cuando lo mismo no depende de la voluntad del obligado a declarar, sino de la efectiva predisposición de quien va a recibir la declaración -sea el funcionario policial o el propio fiscal-, circunstancia que de suceder, no es susceptible de demostración porque, no estando dirigida la norma a esas autoridades, no es posible obtener de ellas un reconocimiento a su propia irresponsabilidad*…"

Es en razón a tal fundamento que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 de 23 de agosto de 2013, resolvió:

> "…*Se modifican los artículos* (…) **9°** (…) *el Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones* (…) *conforme lo siguiente:* (…)
>
> > "***ARTÍCULO 9. (DEBER DE ATESTIGUAR).-*** *El representante legal de la GPS, que se apersone en el PP, con la necesaria y suficiente diligencia, deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal,* ***guardando la debida diligencia***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Regresando a lo que dice el cargo y dado que el investigador asignado al caso, como emergente de ello, el propio Ministerio Público han reclamado el extremo, el hecho de que "*El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia*", determina no haberse conducido "*guardando la debida diligencia*", por lo que en definitiva, queda justificada la imposición de la sanción impuesta a este extremo.

"*En cuanto a la* -inexistencia de- *declaración informativa del imputado*" la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 bien establece que "*no obstante que la denuncia fue presentada el 30 de noviembre de 2011, este acto procesal obligatorio no se ha efectuado, aspecto que no mereció comentario alguno de parte del regulado*", es decir, no ha habido alegato o justificativo en contra alguna, circunstancia que se mantiene en oportunidad del Recuro Jerárquico presente, permitiendo la subsistencia del cargo.

2.2. Cargo Nº 2.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CAJA NACIONAL DE SALUD)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y abandono de la investigación: (…)

a) La denuncia de 24 de enero de 2012 (…) se trata de la segunda denuncia, existiendo otra anterior de fecha 25 de noviembre de 2011, que sólo se diferencian en los periodos adeudados.

b) La denuncia fue instaurada en la ciudad de La Paz, la misma señala como domicilio del denunciado la Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau (CNS La Paz) (…) de forma contradictoria, el Primer Aviso (…) como el Último Aviso (…) fueron dirigidos y presentados a la CNS de la ciudad de Potosí.

c) El Primer Aviso (…) y el Último Aviso (…) tienen la misma fecha, 25 de julio de 2011, y ambas notas fueron presentadas en la CNS (…) en el mismo día, 22 de agosto de 2011.

d) El Primer Aviso (…) señala como periodo adeudado abril/2011 por el monto de Bs813,90, el Último Aviso (…) señala periodo adeudado marzo/2011 por el monto de Bs664,95 (…) no guardan relación con la Nota de Débito (…) presentada también como prueba, por la suma de Bs10.543,92 (…) periodos enero/2011 - abril/2011 - julio/2011- agosto/2011.

e) Desde la fecha de la presentación de la denuncia (…) al último actuado procesal, (requerimiento fiscal 24 de febrero de 2012) sobre conminatoria (a la AFP) de aportar mayores elementos de prueba, la Administradora no realizó actividad probatoria para fundar su acusación (…)

f) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia (…) el denunciado tampoco prestó su declaración informativa, no obstante del tiempo transcurrido…"

Antecedentes:

- *…presenta denuncia en contra (…) de la CNS, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0505** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs10.543,92 correspondiente a los periodos enero/2011 – abril/2011 – julio/2011- agosto/2011) (…) La denuncia refiere como domicilio de la empresa demandada: Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau.*

- *La nota Cite C1-498821 de 25 de julio de 2011 (adjunta en calidad de prueba), Primer Aviso (…) dirigida a la CNS, Administración Regional Potosí (…) periodo adeudado abril/2011 por el monto de Bs813,90 (…) sello de recepción de la CNS Administración Regional Potosí, de fecha 22 de agosto de 2011.*

- *La nota Cite C2-115245 de 25 de julio de 2011 (adjunta en calidad de prueba), Último Aviso (…) dirigida a la CNS Administración Regional Potosí (…) periodo adeudado marzo/2011 por el monto de Bs.664.95 (…) sello de recepción de la CNS Administración Regional Potosí, de fecha 22 de agosto de 2011.*

- *La nota PREV-COBR.PENAL-035/01/2012, de 24 de enero de 2012, dirigida a la CNS (…) presentada en la ciudad de La Paz, sobre solicitud de regularización de aportes al SIP (…)*

- *(…) memorial de 9 de febrero de 2012, el Fiscal (…) informa al Juez Instructor en lo Penal el inicio de la investigación.*

- *El (…) investigador asignado al caso (…) señaló: "sugiero que se conmine al denunciante (AFP) para que se apersone ante el suscrito investigador y preste su declaración informativa (…) requerimiento de 24 de febrero de 2012, el Fiscal (…) conmina al denunciante (AFP) a objeto de que aporte con mayores elementos de convicción; asimismo, se apersone ante el investigador asignado al caso a prestar su debida declaración informativa…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

> *"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales y menciona los artículos 4 y 45 del Código de Procedimiento Penal.*
>
> *…no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO PENAL (…)*
>
> *La indivisibilidad de juzgamiento que determina el artículo 45 del CPP y la persecución penal única señalada en el artículo 4 del CPP, se refiere a los casos de delitos continuados (…) no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes (…) una condición esencial del delito continuado es que debe existir "Unidad de Delito" (…) se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal, (que es otro requisito del delito continuado (…) lesionan el mismo bien jurídico.*
>
> *No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares, como son los diferentes empleados asalariados del imputado por la apropiación indebida de aportes.*
>
> *(…) no basta la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular afectado, que en los delitos de apropiación indebida de aportes no es el mismo (…)*
>
> *(…) ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE (…) el proceso no podrá desistirse hasta que el denunciado cancele todos los periodos (…) se aplica el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal (…) ante "disposiciones que restrinjan los derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.*
>
> *Vuelve a sostener la APS (…) "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "(…) falta de*

cuidado de la AFP" (…) "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva (…) viola los principios procesales y normas materiales (…) posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal (…)". Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 (…) la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013 (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *(…) El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad dolosa (…) Al ser un empleador único, es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora (…)*

  ...es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan emitido y en que fechas (…) Lo que importa a efectos del proceso penal es que el Empleador sea notificado sobre la existencia de la deuda y esa notificación puede hacerse en cualquier lugar (…) donde el mismo se encuentre.

  …será competente el Juez de la residencia del imputado (…) por lo tanto no existe infracción a normativa legal alguna.

  …resulta irrelevante donde fuera notificada la mora al empleador y no hay error procesal respecto a la competencia sobre el proceso penal (…)

- *La diferencia entre los montos que señalan las cartas de aviso (…) y la nota de débito se debe a que al momento de emitirse esta última se ajustan los montos (…) en materia penal solo se contemplan los montos de la deuda real.*

- *(…) la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones (…) había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1) (…)* ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>****."*

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes, entre ellos:

  - (…) la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes (…) sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal, toda vez que el artículo 345 Bis del Código Penal únicamente tipifica y castiga el incumplimiento en el pago de los aportes.

  - (…) se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal (…)

  - En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

…cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

…hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) y toda vez que se cumple la figura del delito de Apropiación Indebida de Aportes tenemos la posibilidad de probar efectivamente el ilícito (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito…*

  …el artículo el artículo 197 de la Ley 065 la obliga al expresar (textualmente) "El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización REGLAMENTARÁN Y REGULARÁN la presente Ley"; cosa que nunca hizo (…) *Se pedía regular sobre la Nota de Débito, un instrumento definido en la Ley 065 de Pensiones* (…)

  (…) *La APS valora la diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador* (…) *lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

  …esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal* (…) *nunca impone ningún cronograma de* (…)

  El sancionador, ahora, incorpora un nuevo critero (sic) (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que no debe contemplarse el artículo 134 del Código de Procedimiento Penal, sino el artículo 300* (…) *es necesario aclarar que el artículo continúa señalando "**en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención**."* (…) *en el desarrollo de sus funciones policiales la Policía toma noticia de la comisión de un delito, debiendo informar dentro de las ocho primeras horas de SU PRIMERA INTERVENCIÓN A LA FISCALÍA, lo cual nada tiene que ver con los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes* (…)

  …esa Autoridad sanciona arbitrariamente al imponer supuestos plazos procesales inexistentes (…)

- *La APS sostiene de manera incorrecta que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del proceso penal,* (…) *"se entiende que la instancia de parte se produce cuando **se formule la denuncia** y que la Fiscalía ejercerá la acción penal una vez que ella se produzca"*

  …cuando la APS se apoya en la obligación establecida en el artículo 82 del CPP lo hace incorrectamente (…) *BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE y no como querellante y el artículo 287 del CPP determina que "El denunciante no será parte del proceso y NO INCURRIRÁ EN RESPONSABILIDAD ALGUNA* (…) *y además, el artículo 289*

determina que (…) *es el Fiscal el que dirigirá la investigación.*

…no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inconsistencia de la denuncia, la determinación del lugar de comisión del delito y del domicilio del obligado o denunciado, la inexistencia de actividad probatoria y la inexistencia de declaraciones del denunciante y del denunciado, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4, inherentes al cargo N° 1, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender los alegatos no considerados.

2.2.1. Ampliación de la denuncia.-

Conforme lo precisa la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2013 de 12 de abril de 2013, la conducta sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consiste en haberse iniciado un segundo proceso penal por la acreditación de "*nuevos periodos apropiados por parte del imputado*" y no así haber solicitado "*la ampliación de la* -primera- *denuncia*" que, en el entender del órgano Regulador, era lo que correspondía, por lo que en definitiva, se sanciona el que "*La denuncia de 24 de enero de 2012* (…) *se trata de la segunda denuncia, existiendo otra anterior de fecha 25 de noviembre de 2011, que sólo se diferencian en los periodos adeudados*".

Ahora, la confirmatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, a tiempo de reproducir la opinión del tratadista Jorge Machicado, señala que:

"*…en la clasificación de delito por la forma de ejecución, el* ***Delito Continuado*** *es "aquel en que* ***el autor***, ***obedeciendo a una misma resolución y configurando un mismo delito,*** *se lleva a efecto mediante una serie de actos idénticamente vulneratorios* (sic). *Se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones de un solo delito…*"

Con base en tal criterio, la Resolución recurrida establece que:

"*…la apropiación de contribuciones* (…) *(de forma continuada), en su calidad de agente de retención, genera un mismo hecho penal, delito de Apropiación Indebida de Aportes, constituyéndose en definitiva en un delito continuado.*

…el regulado debió considerar la ampliación a la denuncia penal por los nuevos periodos o montos apropiados por el empleador, y no así, iniciar otra acción penal, sin tomar en cuenta además el ***"principio de identidad de personas, objeto y causa"*** (…)

….el ampliar la denuncia por nuevos periodos apropiados ***no*** *influenciará negativamente al PP* (…)

…no vulnera derecho o facultad alguna del imputado (…)

…resulta trascendental, comunicar ese hecho a la autoridad, atendiendo lo previsto en el artículo 38 numeral 2) del Código Penal ("extensión del daño causado"), así también lo señala la amplia jurisprudencia: "La concurrencia de circunstancias agravantes debe ser considerada para graduar el delito y aplicar la pena que corresponda al encausado…"

En tal sentido, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** difiere de la posición del Ente Regulador y considera inviable la acumulación, porque a su entender:

- Cada proceso penal iniciado está determinado por *hechos penales* diferentes.

- No existe en el caso, un delito continuado que dé lugar a una indivisibilidad de juzgamiento y a la persecución penal única, como lo pretende el Ente Regulador.

- No hay aquí unidad de delito, es decir, "*cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico*".

- Se han lesionado bienes jurídicos de distintos titulares "*como son los diferentes empleados asalariados del imputado por la apropiación indebida de aportes* (…) *que en los delitos de apropiación indebida de aportes no es el mismo*".

Recordando que "*La denuncia de 24 de enero de 2012* (…) *se trata de la segunda denuncia, existiendo otra anterior de fecha 25 de noviembre de 2011, que* ***sólo se diferencian en los periodos adeudados***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), entonces, la diferencia fáctica entre ambas radica "*en los periodos adeudados*", por lo que aplicando el criterio de la recurrente, acerca de lo que debe entenderse por *hechos penales* diferentes, resulta que para una denuncia el hecho punitivo es el incumplimiento al 25 de noviembre de 2011, mientras que para el otro, es el incumplimiento al 24 de enero de 2012.

Es pertinente remitirse a lo que señala el artículo 117º de la Constitución Política del Estado, cuando en su parágrafo II, establece que: "*Nadie será procesado ni condenado más de una vez* ***por el mismo hecho***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), lo que instituye al *non bis in idem*, cual garantía jurisdiccional, como necesario referente a observarse para evitar un doble juzgamiento, y que determina que el sistema penal boliviano se rige por el carácter objetivo (el delito como hecho) antes que por el subjetivo (el delincuente o la víctima) a efectos de imponer la indivisibilidad del juzgamiento.

A ello obedece el artículo 45º de la Ley Nº 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal) señalado como incumplido por la recurrida, cuando establece que: "***Por un mismo hecho*** *no se podrá seguir diferentes procesos*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), confirmando que es el carácter objetivo, antes que el subjetivo, el que determina la existencia o inexistencia de doble juzgamiento.

Entonces, manifestado el delito en el quebrantamiento de la norma penal, es posible y así lo señala la doctrina, su comisión en una serie de ejecuciones parciales, es decir, en oportunidades diversas el en tiempo.

No obstante, no se debe confundir este último caso, denominado técnicamente *delito continuado*, con la coexistencia de delitos distintos, que lo son por corresponder a **hechos**

distintos, así sea que coincidan plenamente en su carácter subjetivo (delincuente y víctima), o sean muy similares en cuanto a las circunstancias en las que se ejecutaron.

Para el caso de autos, el que se hubieran establecido periodos de tiempo distintos (primero al 25 de noviembre de 2011 y después al 24 de enero de 2012) en la ocurrencia de los delitos, ya habla de hechos distintos: no se trata de que el Empleador, una vez retenido el dinero destinado al Sistema Integral de Pensiones, en lugar de depositarlo donde corresponda, se los esté apropiando de poco en poco, mediante el mismo acto empero en oportunidades diversas (delito continuado), sino que, al 25 de noviembre de 2011, el Empleador no depósito los dineros que a esa fecha había retenido, y al 24 de enero de 2012, nuevamente había incurrido en lo mismo (hechos distintos, entonces supuestos delitos cometidos en fechas distintas).

Consiguientemente, no corresponde aplicarse al caso el criterio sobre indivisibilidad del juzgamiento, conforme lo implementa el artículo 45º del Código de Procedimiento Penal; así tampoco el 4º (*Persecución penal única*) de la misma norma, toda vez que este se refiere a la imposibilidad de procesarse o condenarse más de una vez, "*por **el mismo hecho***" punitivo.

Por otra parte y no obstante lo anterior, amerita atención el comentario errado de la recurrente, en sentido que el delito cometido -y denunciado- lesionaría bienes jurídicos de distintos titulares "*como son los diferentes empleados asalariados del imputado*"; hay que aclarar dentro de la tipificación del artículo 345º Bis, parágrafo I (*Apropiación Indebida de Aportes*) del Código Penal, incorporado al mismo por el Art. 118º de la Ley Nº 065, de Pensiones, el objeto incriminado son las contribuciones destinadas **al Sistema Integral de Pensiones** (que son apropiadas ilícitamente por el Empleador).

Tal Sistema Integral de Pensiones constituye la materialización positiva más notoria del derecho de acceso a la seguridad social, implementado por el artículo 45º de la Constitución Política del Estado, que constituye un instituto jurídico-social referido al conjunto de aportes destinados a tal fin, que se manifiesta a través de un patrimonio autónomo y cuya administración es única (Art. 6º, Ley Nº 065 de Pensiones).

Entonces, la apropiación indebida de aportes, lesiona los bienes de esa unidad jurídica, a la que responden en la calidad que les corresponda, tanto los Empleadores como los trabajadores, de manera tal que en este sentido, lo afirmado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** es infundado.

Por su parte, confunde la recurrente el criterio sobre ampliación de la denuncia por el vencimiento de nuevos periodos de mora, cual si fuera excluyente de cualquier otro, que correspondía al artículo 12º (*Actualización de nuevos periodos*) de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, según fuera implementada inicialmente por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, artículo efectivamente anulado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, en razón de haber propuesto la co-recurrente Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones (no así **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, como mal se sugiere), "*únicamente un memorial donde se coloque en CONOCIMIENTO DEL FISCAL los nuevos periodos en mora*", extremo en principio rechazado por el Regulador, empero sin el debido fundamento, lo que ha sido observado por la suscrita Autoridad Jerárquica en aquella oportunidad.

Asimismo, en el entendido de que la tipicidad, es la exigencia de "*que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del solo juicio del superior, o fundables, exclusivamente, en la norma que otorga la atribución sancionatoria*…" (Comadira), en el caso es notorio que la infracción de haberse iniciado un segundo proceso penal por la acreditación de "*nuevos periodos apropiados por parte del imputado*" y no así haber solicitado "*la ampliación de la* -primera- *denuncia*" que, en el entender del órgano Regulador, era lo que correspondía, por lo que en definitiva, se sanciona el que "*La denuncia de 24 de enero de 2012* (…) *se trata de la segunda denuncia, existiendo otra anterior de fecha 25 de noviembre de 2011, que sólo se diferencian en los periodos adeudados*", se encuentra precisada **recién** en la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, y no así en la imputación del cargo (nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012), toda vez que es en la misma que debe establecerse de manera clara y concisa que se le está imputando y cuál es la norma infringida.

Entonces, tal inobservancia no sólo determina una infracción al principio de tipicidad, sino además, a la garantía del derecho de defensa, y en general, al debido proceso administrativo, por cuanto, se ha dado inicio a un proceso sancionatorio sobre extremos concretos (que constan en la nota de cargos), contra los que la ahora recurrente ha opuesto sus defensas (descargos), empero en pleno transcurso del procedimiento se la ha obligado a asumir posición contra otras imputaciones distintas, con la ilegalidad que ello conlleva, determinando haberse viciado por ello el proceso.

2.2.2. Plazos procesales inexistentes.-

LA Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución ahora recurrida, ha señalado que:

> "…*el PP si bien se encuentra en la Etapa Preparatoria, esta consta de tres fases conforme señaló el Tribunal Constitucional en su SC N° 1036/2002-R de 29 de agosto, y el caso en cuestión se encuentra en la primera fase denominada investigativa preliminar, para la cual rige el plazo máximo de veinte (20) días de acuerdo al artículo 300 del CPP; asimismo, para despejar cualquier duda, el artículo 301 del CPP establece:* ***"El plazo establecido en el Artículo 134 del presente Código comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados"****, ello significa, que la extensión de la Etapa Preparatoria que señala el artículo 134 del CPP, está condicionada a la notificación con la "imputación formal", el presente PP no cuenta con "imputación formal" encontrándose en la primera fase de la Etapa Preparatoria.*
>
> …*es necesario aclarar que los plazos procesales señalados, no pueden ser considerados como un criterio para que el denunciante (AFP) olvide o incumpla sus deberes de prestar sus "servicios" de llevar adelante los PP que se encuentran a su cargo y responsabilidad con la diligencia necesaria.*
>
> …*la Ley N° 065, establecen que uno de los "servicios" que presta la AFP es la cobranza de las contribuciones en mora en la vía judicial y de llevar adelante los procesos penales en cualquiera de sus Etapas y fases que la componen, con diligencia y responsabilidad.*

…el alegar que ***la paralización o abandono del PP, desde el 31 de julio de 2012 al 11 de diciembre de 2012****, se debe a que la Etapa Preparatoria no tiene cronograma de tiempos o que existe una errónea interpretación de la norma pensiones, se trata de afirmaciones que carecen de respaldo legal…*"

Conforme se evidencia de la lectura anterior, la alusión a que los plazos que señala el Órgano Regulador serían *supuestos* o *inexistentes* (como lo señala el Recurso Jerárquico) no es correcta, por cuanto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, ahora recurrida, contiene una relación lógica del cómo, a su entender, deben aplicarse las normas que hacen a los plazos procesales en la instancia investigativa-preparatoria.

En ese sentido, el alegato de la recurrente tiene por base exclusiva y a ultranza, del artículo 134º ("*Extinción de la acción en la etapa preparatoria*") de la Ley Nº 1970 (Código de Procedimiento Penal), del que dice que la Autoridad no estaría dando aplicación; no obstante, conforme se evidencia de lo supra transcrito, tal artículo también se encuentra incorporado dentro del razonamiento de la Entidad Reguladora, resultando determinante el señalamiento del artículo 301º del Código, en cuanto a que: "*El plazo establecido en el Artículo 134* (…) *comenzará a correr desde la última notificación con la imputación al o los imputados*".

Así desvirtuada la posición de la recurrente, no existe mayor controversia referida al criterio adoptado por el Regulador, determinando que el alegato en ese sentido sea infundado.

2.3. Cargo Nº 3.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CAJA NACIONAL DE SALUD)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y abandono de la investigación: (…)

a) La denuncia de 15 de febrero de 2012 (…) *se trata de la tercera denuncia, existiendo dos (2) anteriores, de fechas 25 de noviembre de 2011 y 24 de enero de 2012, que sólo las diferencia los periodos apropiados.*

b) La denuncia fue instaurada en la ciudad de La Paz, la misma señala como domicilio del denunciado la Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau (CNS La Paz), sin embargo y de forma contradictoria, cursan en calidad de prueba dos (2) Primer Aviso (…) *y dos (2) Último Aviso* (…) *dirigidos y presentados a la CNS Regionales Tarija y Potosí.*

c) El Primer Aviso (…) *y el segundo Primer Aviso* (…) *tienen la misma fecha, 25 de noviembre de 2011, y fueron dirigidos y presentados a la CNS en diferentes Regionales Tarija y Potosí* (…) *el Último Aviso* (…) *y el segundo Último Aviso* (…) *fueron dirigidos a la CNS Regionales Tarija y Potosí* (…) *tienen fechas 25 de julio y 23 de septiembre de 2011, es decir con data anterior a los primeros avisos.*

d) Desde la fecha de la presentación de la denuncia 28 de febrero de 2012, al último actuado procesal (declaración informativa del denunciante de 15 de agosto de 2012) (…) *no realizó actividad probatoria* (…)

e) (…) *la AFP, prestó su declaración informativa, después de más de seis (6) meses de la presentación de la denuncia y por conminatoria expresa del fiscal,* (…) *el denunciado tampoco prestó su declaración informativa* (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 15 de febrero de 2012, la AFP presenta denuncia* (…) *manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0730** de 15 de febrero de 2012, por la suma de Bs20.741,40 correspondiente a los periodos enero/2011 - marzo/2011 - abril/2011 - mayo/2011 - julio/2011 - agosto/2011)* (…)

- *…La denuncia refiere como domicilio de la empresa demandada: Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau.*

- *La nota Cite C1-517315 de 25 de noviembre de 2011* (…) *Primer Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora, está dirigida a la CNS* (…) *Administración Regional Tarija* (…) *señala periodo adeudado agosto/2011 por el monto de Bs4.253,88* (…)

- *La nota Cite C1-517314 de 25 de noviembre de 2011* (…) *Primer Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora, está dirigida a la CNS, Administración Regional Potosí* (…) *señala periodo adeudado julio/2011 por el monto de Bs3.036,37* (…)

- *La nota Cite C2-115245 de 25 de julio de 2011* (…) *Último Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora, está dirigida a la CNS, Administración Regional Potosí* (…) *señala periodo adeudado marzo/2011 por el monto de Bs664,95* (…)

- *La nota Cite C2-119440 de 23 de septiembre de 2011* (…) *Último Aviso* (…) *está dirigida a la CNS* (…) *Administración Regional Tarija* (…) *señala periodo adeudado mayo/2011 por el monto de Bs512,66* (…)

- *La nota PREV-COBR.PENAL-031/02/2012, de 15 de febrero de 2012, dirigida a la CNS* (…) *presentada en la ciudad de La Paz, sobre solicitud de regularización de aportes al SIP* (…)

- (…) *01 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Magali Gonzales, informa* (…) *el inicio de la investigación.*

- *El* (…) *investigador asignado al caso, por informe de 30 de marzo de 2012,* (…) *señaló: "la parte denunciante no se apersonó ante el suscrito para prestar su declaración informativa"* (…) *por informe de 28 de mayo de 2012, señaló: "La parte denunciante no coadyuva en la investigación* (…)

- *La Fiscal* (…) *señaló: "se conmina a la parte denunciante* (…) *a coadyuvar de manera efectiva en la acumulación de los elementos idóneos* (…) *En fecha 15 de agosto de 2012 se notifica la AFP con la conminatoria.*

- (…) *15 de agosto de 2012, presta su Declaración* (…) *representante legal de la AFP…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales y menciona los artículos 4 y 45 del Código de Procedimiento Penal.

En el presente caso (…) no estamos hablando de UN MISMO HECHO (…) cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO PENAL (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes (…) una condición esencial del delito continuado es que debe existir "Unidad de Delito" (…) se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal (…) lesionan el mismo bien jurídico.

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

(…) la identidad del titular afectado, que en los delitos de apropiación indebida de aportes no es el mismo sujeto pasivo.

… ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse hasta que el denunciado cancele todos los periodos (…) ante "disposiciones que restrinjan los derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.

Vuelve a sostener la APS (…) "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito (…) posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos (…) en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 ratificada por la R.A N° 206/2013 (…) la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013 (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *(…) El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad dolosa (…) es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora (…)*

  …es irrelevante cuantas cartas de aviso (…) lo que nos interesa es probar que el empleador recibió una o más de ellas, tomando conocimiento de la existencia de la deuda (…) antes de presentarse la denuncia penal se le emite una carta de preaviso (…) Lo que importa a efectos del proceso penal es que el Empleador sea notificado sobre la existencia de la deuda y esa notificación puede hacerse en cualquier lugar del territorio boliviano donde el mismo se encuentre.

  …será competente el Juez de la residencia del imputado. En ese entendido, todas las denuncias fueron presentadas ante dicha autoridad jurisdiccional (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de*

prueba (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

(…) *la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal* (…)

…se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

…cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes, para poder impulsar dichos procesos penales, en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador pero, sin embargo, el artículo el artículo 197 de la Ley 065 la obliga al expresar (textualmente) "El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización REGLAMENTARÁN Y REGULARÁN la presente Ley"; cosa que nunca hizo (…)

(…) *cuando la APS se apoya en la obligación establecida en el artículo 82 del CPP lo hace incorrectamente, toda vez que BBVA* (…)

Ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, la determinación del lugar de comisión del delito y del domicilio del obligado o denunciado, la inexistencia de actividad probatoria y la inexistencia de declaraciones del denunciante y del denunciado, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo Nº 2), 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4 (inherentes al cargo Nº 1), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no quedando ningún alegato del cargo Nº 3 que resulte desatendido.

2.4. Cargo Nº 4.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CAJA NACIONAL DE SALUD)*

Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y abandono de la investigación: (…)

a) La denuncia de 16 de marzo de 2012 (…) se trata de la cuarta (4) denuncia, existiendo tres (3) anteriores, de fechas 25 de noviembre de 2011, 24 de enero de 2012 y 15 de febrero de 2012, que sólo se diferencian en los periodos apropiados.

b) La denuncia fue instaurada en la ciudad de La Paz, la misma señala como domicilio del denunciado la Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau (CNS La Paz) (…) de forma contradictoria, cursan en calidad de prueba tres (3) Primer Aviso (…) y tres (3) Último Aviso (…) presentados a la CNS Regionales Tarija, Potosí y La Paz, respectivamente.

c) La nota Cite C1-501810 de 25 de agosto de 2011, Primer Aviso (…) fue presentada (…) en calidad de prueba en la primera denuncia penal de 25 de noviembre de 2011 (…) la nota Cite C2-115245 de 25 de julio de 2011 y nota Cite C2-119440 de 23 de septiembre de 2011, Último Aviso (…) es reiterado en la primera denuncia de 25 de noviembre de 2011, segunda de 24 de enero de 2012 y tercera 15 de febrero de 2012 (…)

d) (…) la Administradora no realizó actividad probatoria para fundar su acusación (…)

e) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa (…) el denunciado tampoco prestó su declaración informativa (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 16 de marzo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de (…) la CNS (…) manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1061** de 16 de marzo de 2012, por la suma de Bs.3.073.35 correspondiente a los periodos febrero/2011 – junio/2011- octubre/2011) (…) refiere como domicilio de la empresa demandada: Avda. Mariscal Santa Cruz s/n esq. Almirante Grau.*

- *La nota Cite C1-501810 de 25 de agosto de 2011, Primer Aviso (…) está dirigida a la CNS (…) Regional Tarija (…) periodo adeudado mayo/2011 por el monto de Bs512,66 (…)*

- *La nota Cite C1-501810 de 25 de agosto de 2011, Primer Aviso (…) dirigida a la CNS (…) Regional (Tarija) (…)*

- *La nota Cite C1-505649 de 23 de septiembre de 2011, Primer Aviso (…) dirigida a la CNS, La Paz(…)*

- *La nota Cite C2-115245 de 25 de julio de 2011, Último Aviso (…) dirigida a la CNS (…) Regional Potosí (…) periodo adeudado marzo/2011 por el monto de Bs.664.95 (…)*

- *La nota Cite C2-119440 de 23 de septiembre de 2011, Último Aviso (…) dirigida a la CNS (…) Regional (Tarija) (…) señala periodo adeudado mayo/2011 por el monto de Bs512,66 (…)*

- *La nota Cite C2-122510 de 25 de octubre de 2011, Último Aviso* (…) *dirigida a la CNS La Paz* (…)

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

> "…*La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)
>
> …*no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO PENAL* (…)
>
> *La indivisibilidad de juzgamiento* (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados* (…) *La unidad de delito se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*
>
> *No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares* (…)
>
> …*la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos* (…) *no influirá negativamente en el desistimiento* (…) *SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse hasta que el denunciado cancele todos los periodos* (…) *ante "disposiciones que restrinjan los derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.*
>
> *Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP", y más: "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció, no solo viola los principios procesales y normas materiales, sino además posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal* (…) *Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013*(…)
>
> …*la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales"* (…)

- (…) *El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad dolosa* (…) *es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora* (…)

  …*es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan emitido y en que fechas dado que lo que nos interesa es probar que el empleador recibió una o más de ellas* (…) *antes de presentarse la denuncia penal se le emite una carta de preaviso* (…) *Lo que importa a efectos del proceso penal es que el Empleador sea notificado sobre la existencia de la deuda y esa notificación puede hacerse en cualquier lugar del territorio boliviano* (…)

  …*será competente el Juez de la residencia del imputado. En ese entendido, todas las denuncias fueron presentadas ante dicha autoridad jurisdiccional* (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago"*

contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1) (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

(…) *en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal, toda vez que el artículo 345 Bis del Código Penal únicamente tipifica y castiga el incumplimiento en el pago de los aportes.*

(…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación* (…)

(…) *desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación* (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito para utilizarla como prueba en los procesos penales.*

  No se pedía a la APS que regule aspectos del Código de Procedimiento Penal como lo sugiere el Informe N° 468/2013 de la APS, sino que regule sobre la Nota de Débito, que es un instrumento de la Ley 065 de Pensiones (…)

- *La APS sostiene de manera incorrecta que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del proceso penal* (…)

  (…) *BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE y no como querellante y el artículo 287 del CPP determina que "El denunciante no será parte del* (…)

  Ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, la determinación del lugar de comisión del delito y del domicilio del obligado o denunciado, la inexistencia de actividad probatoria y la inexistencia de declaraciones del denunciante y del denunciado, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4 (inherentes al cargo N° 1), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo N° 4 que resulte por el presente desatendido.

2.5. Cargo Nº 5.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CAJA NACIONAL DE SALUD)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y abandono de la investigación: (…)

a) La denuncia de 22 de mayo de 2012 presentada contra (…) *la Caja Nacional de Salud, se trata de la quinta (5) denuncia, existiendo cuatro (4) anteriores* (…) *que sólo se diferencian en los periodos apropiados (adeudados).*

b) (…) *la Administradora no realizó actividad probatoria para fundar su acusación* (…)

c) (…) *el denunciante (Milán Rosales) refiere que "el monto adeudado* (…) *correspondiente a los periodos de enero y febrero de 2011",* (…) *la Nota de Débito N°PEN-**1233** de 22 de mayo de 2012, establece que los periodos (apropiados) corresponden a noviembre/2011 y diciembre/2011.*

Antecedentes:

- (…) *la AFP presenta denuncia en contra de* (…) *la CNS, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°**PEN-1233** de 22 de mayo de 2012* (…) *correspondiente a los periodos noviembre/2011 – diciembre/2011)*…"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *La unidad de delito se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente* (…) *SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…) *ante "disposiciones que restrinjan los derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.*

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP", y más: "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso*

penal (…) *Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

Es decir que la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1)* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

  (…) *la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador, es decir al empleador que hace la retención del monto de los aportes y no los deposita a la Entidad señalada por Ley y en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes*

  (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal* (…)

  …basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

  …desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

  (…) *a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1* (…)

  A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito para utilizarla como prueba en los procesos penales* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador pero, sin embargo, el artículo el artículo 197 de la Ley 065 la obliga (…)

- *Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó ningún perjuicio a las partes ni al proceso…*"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y la inexistencia de actividad probatoria, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.1.3 (inherente al cargo N° 1),

respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.5.1. Diferencia entre la denuncia y la Nota de Débito acerca de los periodos en mora.-

Ha señalado la Autoridad ahora recurrida, que:

> "…*en cuanto al error del monto apropiado* (…) *fue aclarado en fecha 08 de noviembre de 2012, después de haber transcurrido más de ciento diez (110) días de prestada la declaración de fecha 20 de junio de 2012 y se efectuó advertido del error por parte de la APS, extremó que demuestra y ratifica la falta de cuidado en el PP.*

A este respecto, toda vez que el alegato de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en sentido de que "*Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocasionó ningún perjuicio a las partes ni al proceso*", no se evidencia la existencia de un descargo real contra la imputación sino, en todo caso, un reconocimiento acerca de la inconducta que, por lo tanto, no irrita al cargo y más bien lo confirma.

2.6. Cargo Nº 6.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (CAJA NACIONAL DE SALUD)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de La Paz.*
> ***Falta de diligencia y abandono de la investigación:*** (…)
>
> *a) La denuncia de 26 de junio de 2012 es presentada contra la CNS, se trata de la sexta (6) denuncia* (…) *denuncias que sólo las diferencia el periodo apropiado indebidamente, además en los cinco (5) procesos anteriores las denuncias se encuentran dirigidas contra José Eduardo Farfán Mealla, en esta última contra José Saúl Peredo Ledezma.*
>
> *b) El Primer Aviso* (…) *y el Último Aviso* (…) *fueron dirigidos y presentados en la CNS* (…) *Regional Potosí; empero, la denuncia, se la presenta en la ciudad de La Paz, hecho que genera confusión en cuanto al lugar de comisión del delito y domicilio del imputado.*
>
> *c) La AFP al haber iniciado seis (6) denuncias penales* (…) *desconoce la indivisibilidad de juzgamiento* (…) *y la persecución penal única* (…) *como la aplicación de principios procesales y aplicación de las normas materiales* (…) *cuando pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos períodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores.*
>
> ***Antecedentes:***
>
> - *Por memorial de 26 de junio de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *de la CNS* (…) *manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1336** de 26 de junio de 2012, por la suma de Bs.1.058.58 correspondiente al periodo enero/2012)* (…) *La denuncia refiere como domicilio de la empresa demandada: Avda. Mariscal Santa Cruz esq. Almirante Grau Edif. CADEJA N° 7208.*

- *La nota Cite C1-545194 de 24 de marzo de 2012, Primer Aviso* (…) *está dirigida a la CNS* (…) *Regional Potosí, por el periodo adeudado enero/2012, por el monto de Bs992,15* (…)

- *La nota Cite C2-155042 de 23 de abril de 2012, Último* (…) *está dirigida a la CNS* (…) *Regional Potosí* (…) *señala periodo adeudado enero/2012 por el monto de Bs992,15…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…al tratarse de una empresa (Persona Jurídica) debe dirigirse la denuncia a su representante legal actual, no obstante que posteriormente en el proceso se defina la responsabilidad de quién o quienes representaban a la empresa en el periodo en que debía cancelarse la contribución.*

- (…) *El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad* (…) *Al ser un empleador único, es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora* (…)

  (…) *es irrelevante cuantas cartas de aviso de cobro se hayan emitido y en que fechas* (…) *antes de presentarse la denuncia penal se le emite una carta de preaviso* (…) *Lo que importa a efectos del proceso penal es que el Empleador sea notificado sobre la existencia de la deuda y esa notificación puede hacerse en cualquier lugar del territorio boliviano* (…)

  …será competente el Juez de la residencia del imputado (…) *todas las denuncias fueron presentadas ante dicha autoridad jurisdiccional* (…)

  (…) *resulta irrelevante donde fuera notificada la mora al empleador y no hay error procesal respecto a la competencia sobre el proceso penal* (…)

- *La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

  En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO (…)

  La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *La unidad de delito se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

  …no basta la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular afectado, que en los delitos de apropiación indebida de aportes no es el mismo sujeto pasivo.

  …la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…) *ante "disposiciones que restrinjan los derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.*

Vuelve a sostener la APS (…) *"Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP", y más: "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció, no solo viola los principios procesales y normas materiales, sino además posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal* (…) *Sostuvo estos conceptos* (…) *en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 ratificada por la R.A N° 206/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

(…) *la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales*…"

Con respecto a los alegatos referidos a la determinación del lugar de comisión del delito y del domicilio del obligado o denunciado y a la ampliación de la denuncia, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.2 (inherente al cargo Nº 1) y 2.2.1 (inherente al cargo Nº 2), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.6.1. Diferencia entre las distintas denuncias sobre contra quién, en su calidad de representante legal, van dirigidas las mismas.-

La Autoridad recurrida ha señalado que:

"…*a los efectos de responsabilidad penal, en el delito de Apropiación Indebida de Aportes, lo será el representante legal en el periodo incumplido y no necesariamente, el nuevo representante legal, salvó si persiste la negativa al incumplimiento de la obligación adeudada.*

En la especie, se inició demanda penal en contra José Saúl Peredo Ledezma, solo por el hecho de ser, según la AFP nuevo representante legal de la CNS, empero no justificó que fungía como responsable legal en el periodo que se tenía que cumplir con la obligación…"

La recurrente, por su parte, señala que: "*al tratarse de una empresa (Persona Jurídica) debe dirigirse la denuncia a su representante legal actual, no obstante que posteriormente en el proceso se defina la responsabilidad de quién o quienes representaban a la empresa en el periodo en que debía cancelarse la contribución*".

Tal apreciación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** resulta, sin embargo, equivocada, por cuanto, señala el artículo 285º de la Ley Nº 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal), que: "*La denuncia contendrá, en lo posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y partícipes*".

La posibilidad a la que hace referencia tal presupuesto legal, está referida al desconocimiento de la autoría del delito, y por tanto, no corresponde a delitos previsionales por la naturaleza de los derechos en los que se origina, de manera tal que, sin embargo de poder existir confusión referida a un desconocido cambio de representante legal, hace a la responsabilidad de la

Administradora de Fondos de Pensiones, registrar la identidad de los representantes legales así como mantener actualizado tal registro.

Luego, el artículo 345º Bis del Código Penal, incorporado por el artículo 118º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (Ley de Pensiones), en su penúltimo párrafo establece que: "*si el Empleador fuere una persona jurídica, serán responsables la persona o personas individuales que funjan como representantes legales en el periodo en el que se tenía que cumplir con la obligación del pago*", lo que tiene que ver con la disposición del mismo Código, en sentido que "*Son autores los que ejecutan directamente el hecho*".

En todo caso, señalar en distintas actuaciones a personas diferentes como responsables del delito, no se acomoda al criterio legal señalado, por cuanto, es posible una confusión en la identificación del denunciado representante legal, emergente de desconocerse -por ejemplo- la sustitución del mismo, pero el hecho de señalarse a dos personas distintas hace presumir más bien, que sí se conocía del cambio del representante, y que o mismo no fue hecho presente ante el Ministerio Público. Determina en definitiva, un descuido sancionable.

Consiguientemente, el alegato en contrario es improcedente.

2.7. Cargo Nº 7.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES - UMSA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de cuidado y diligencia en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia (…) *señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte* (…) *corresponde al mes de julio/2011, cuando, la Nota de Débito N°PEN-**0376** de 28 de diciembre de 2011* (…) *corresponde a los periodos enero/2011 - abril/2011 – junio/2011.*

b) (…) *la denuncia no expone con claridad y precisión la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación* (…)

c) La AFP se limita acompañar a su denuncia (en calidad de prueba) la Nota de Débito (…) *tiene la obligación de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción (art. 171 del CPP), que acreditarán el conocimiento del hecho histórico, de la responsabilidad del imputado y su actuar; atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *de la UMSA* (…) *manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0376**) que se acompaña es por el mes de julio 2011* (…)

- (…) *adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0376 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs11.242,01 correspondiente a los periodos enero/2011 – abril/2011 – junio/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro.*

- (…) *la Fiscalía Departamental por Resolución No. 58/2012* (…) *dispone la no admisión de la denuncia* (…) *puesto que no subsanó en el plazo previsto, la observación de notificación con el título* (sic) *coactivo* (…) *para establecer eventual dolo de la apropiación indebida, dicha observación fue realizada el 09 de enero de 2012* (…) *transcurrieron más de 30 días*…"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La observación respecto a los periodos no pudo ser subsanada* (…) *la Fiscalía emitió la resolución N° 27/2012 disponiendo la no admisión de la denuncia, toda vez que es requerimiento del Ministerio Público que se notifique al empleador con el proceso coactivo, para establecer un eventual dolo* (…) *preservando el principio de "ultima ratio" que corresponde al proceso penal.*

La APS no puede sancionar el hecho de que el Ministerio Público condicione la viabilidad de la denuncia a la presentación de otro elemento externo al proceso penal (…)

- (…) *se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando* (…) *los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho.*

  (…) *en el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *existe una carencia significativa de elementos de prueba de dicho delito* (…) *"La Nota de Débito", no ha sido admitida como prueba* (…) *en razón de que la Ley 065 le da el carácter probatorio de título coactivo* (…) *sólo expresa el monto de la deuda que registra el sistema.*

  Al momento de presentarse la denuncia penal (…) *se acompañan las notas de débitos (sin valor probatorio del delito de apropiación indebida de aportes), las cartas de aviso de las contribuciones en mora recibidas por el empleador y cualquier otro elemento que permita suponer al Fiscal que el empleador tenía conocimiento de la deuda y no obstante no regularizó su situación, siendo una presunción muy lejana a probar que es autor del delito de apropiación indebida de aportes* (…) *se procede a ratificar la denuncia y se espera que el Fiscal como director del proceso inste las actuaciones procesales*(…)

  En reiteradas oportunidades (…) *se solicitó a la Autoridad de Pensiones* (…) *regule aspectos probatorios del delito de apropiación indebida de aportes, sin recibirse respuesta.*

  …*la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones* (…) *nos vimos obligados a iniciar la acción penal por Deuda Real por Pago en Defecto, Tipo M2* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

…la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes (…) *lo que desvirtúa la denuncia penal, toda vez que el artículo 345 Bis del Código Penal únicamente tipifica y castiga el incumplimiento en el pago de los aportes.*

…se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

(…) *desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación* (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador pero, sin embargo, el artículo el artículo 197 de la Ley 065 la obliga…"

Estos alegatos son reiterativos de los expresados a tiempo del Recurso de Revocatoria de 10 de junio de 2013, lo que hace posible contrastarlos además, con los fundamentos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que salen de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 (supra citada) a los efectos de la evaluación siguiente:

2.7.1. Inconsistencia de la denuncia.-

La observación del Ente Regulador que ha determinado la existencia del cargo, está referida a que en "*la Nota de Débito* (…) *el periodo de aporte* (…) *corresponde al mes de julio/2011, cuando, la Nota de Débito N°PEN-**0376** de 28 de diciembre de 2011* (…) *corresponde a los periodos enero/2011 - abril/2011 – junio/2011*".

En tal sentido, la recurrente ya ha dejado constancia de que la observación respecto a los periodos no pudo ser subsanada, y esto, porque "*la Fiscalía emitió la resolución N° 27/2012 disponiendo la no admisión de la denuncia, toda vez que es requerimiento del Ministerio Público que se notifique al empleador con el proceso coactivo, para establecer un eventual dolo* (…) *preservando el principio de "ultima ratio" que corresponde al proceso penal*"; en el criterio de la misma, el condicionamiento expuesto por el Ministerio Público, referido a la presentación de un

elemento externo al proceso penal, la hace inculpable.

Esto último, es materia del numeral 2.7.3 infra; de momento cabe dejar constancia acerca de la inexistencia de un descargo real contra la imputación referida -en concreto- a la inconsistencia de la denuncia en cuanto a los periodos de aporte involucrados, en relación a los señalados en la Nota de Débito N°PEN-0376, importando un reconocimiento acerca de la inconducta, confirmatorio del cargo impuesto y sancionado.

2.7.2. Falta de claridad y precisión en la denuncia.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013, menciona a su vez, a la Resolución N° 58/2012 de 19 de abril de 2012, emitida por la Unidad de Análisis del Ministerio Público, y que dispone la "***NO ADMISIÓN DE LA DENUNCIA formulada por MILAN GROVER ROSALES VERA por no haber subsanado en el plazo previsto en la observación***".

Seguidamente, el Ente Regulador señala:

> "…*en fecha 09 de enero de 2012 se observó la denuncia determinando que previamente a su admisión presente el denunciante (AFP) documentación adicional, como la constancia de la recepción del Proceso Coactivo Social – PCS y la notificación del Título Coactivo,* ***o detallar el nombre y domicilio de las víctimas****; observaciones que no fueron cumplidas ni siquiera parcialmente, es más la AFP no se apersonó ante la Fiscal Analista lo que motivo al archivo de obrados como refiere la Resolución al mencionar: "El Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, establece en el punto 2 última parte: Si la parte interesada no se apersona en el lapso de 30 días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con respecto a lo mismo, el artículo 285°, último párrafo, de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal), establece que:

> "…*La denuncia contendrá en lo posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y partícipes,* ***víctimas****, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y su tipificación*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora, en los términos de la imputación, "*la denuncia no expone con claridad y precisión la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación* (en notoria alusión al contenido del Art. 285° del Cód. Pcdto. Penal, supra citado)".

Consiguientemente, no es evidente lo señalado por el Ente Regulador, en sentido de que exista una falta absoluta (en función de su amplia imputación) de claridad y precisión en el memorial de denuncia, sino que la misma está limitada al detalle del "*nombre y domicilio de las víctimas*".

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) señala ahora, que:

> "…*se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando* (…) *los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho*…"

Tal sucinta expresión parece estar referida más bien, a la controversia determinada por los elementos de prueba (a ser considerado en el numeral 2.7.3 infra) y no precisamente al contenido mismo de la denuncia; sea como fuere, al no haber mayor alegato sobre el extremo, no existe descargo real contra la imputación referida, lo que sin embargo no desvirtúa la incongruencia de haberse sancionado por el incumplimiento al total de los requisitos formales de la denuncia, cuando en la observación del Ministerio Público, tal incumplimiento está limitado únicamente, al detalle del "*nombre y domicilio de las víctimas*", importando una desproporcionalidad de la sanción impuesta, en función a la falta -verdaderamente- cometida, extremo que amerita ser subsanado.

2.7.3. No admisión de la denuncia por no haberse subsanado en término la observación del Ministerio Público.-

Como se evidencia de la lectura del Recurso Jerárquico, gran parte de sus alegatos son reiterativos de los que han sido expuestos para otros cargos anteriores, en el sentido de responsabilizar al Ente Regulador por la inexistente actividad probatoria.

No obstante, esa serie de argumentos (que aquí han sido expuestos, considerados y analizados en el supra numeral 2.1.3, inherente al cargo N° 1), no se acomodan a lo que el cargo ha imputado, por cuanto, lo que aquí se pretende sancionar es el incumplimiento a (conforme lo señala la Resolución impugnada): "*la obligación de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción (art. 171 del CPP), que acreditarán el conocimiento del hecho histórico, de la responsabilidad del imputado y su actuar; atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa*".

A este respecto, se conoce también de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013, que el Ministerio Público:

> "…*observó la denuncia determinando que* ***previamente a su admisión presente el denunciante (AFP) documentación adicional, como la constancia de la recepción del Proceso Coactivo Social – PCS y la notificación del Título Coactivo****, o detallar el nombre y domicilio de las víctimas;* ***observaciones que no fueron cumplidas ni siquiera parcialmente****, es más la AFP no se apersonó ante la Fiscal Analista lo que motivo al archivo de obrados como refiere la Resolución al mencionar: "El Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, establece en el punto 2 última parte: Si la parte interesada no se apersona en el lapso de 30 días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En lo que toca a la probanza exigida por el Ministerio Público, el Recurso Jerárquico alega que, "*La APS no puede sancionar el hecho de que el Ministerio Público condicione la viabilidad de la denuncia a la presentación de otro elemento externo al proceso penal*", elemento que, según la Resolución Administrativa ahora recurrida, consistiría en que "*se notifique al empleador con el*

proceso coactivo, para establecer un eventual dolo (…) *preservando el principio de "ultima ratio" que corresponde al proceso penal*".

No obstante, puede exista allí una descontextualización del motivo por el que se solicitó la constancia de presentación de la demanda coactiva social y de la notificación al denunciado con la misma, por cuanto, "*el principio de "ultima ratio" que corresponde al proceso penal*", no constituye un requisito para la admisión de la denuncia, sino una causal para su rechazo: si se puede hacer efectivo un derecho mediante una vía distinta a la penal (como lo es la coactiva social) debe recurrirse previamente a ella.

Entonces, la admisión de la denuncia penal y su prosecución procesal, dependían no de la acreditación de los comprobantes de recepción y notificación de la demanda coactiva social, sino más bien, de la inexistencia de esta última (extremo del que en definitiva, no existe constancia en el expediente).

En tal sentido, lo expresado por el Ente Regulador, en sentido que:

> "…*la Resolución N° 58/2012 de 19 de abril de 2012, emitida por la Unidad de Análisis de la Fiscalía, que dispone la:* ***"NO ADMISIÓN DE LA DENUNCIA formulada por MILAN GROVER ROSALES VERA por no haber subsanado en el plazo previsto en la observación"****, en su Relación de Derecho menciona que* ***en fecha 09 de enero de 2012 se observó la denuncia determinando que previamente a su admisión presente el denunciante (AFP) documentación adicional, como la constancia de la recepción del Proceso Coactivo Social – PCS y la notificación del Título Coactivo****, o detallar el nombre y domicilio de las víctimas; observaciones que no fueron cumplidas ni siquiera parcialmente, es más la AFP no se apersonó ante la Fiscal Analista lo que motivo al archivo de obrados como refiere la Resolución al mencionar: "El Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana, establece en el punto 2 última parte: Si la parte interesada no se apersona en el lapso de 30 días el Fiscal Analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de Fiscalía*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, se evidencia no ser razonada la conclusión del Regulador, cuando le impone al caso, en su estado actual, "*la obligación de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción (art. 171 del CPP), que acreditarán el conocimiento del hecho histórico, de la responsabilidad del imputado y su actuar; atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa*", por cuanto, las extrañadas "*constancia de la recepción del Proceso Coactivo Social – PCS y la notificación del Título Coactivo*" (única probanza exigida por el Ministerio Público), no corresponden en stricto sensu, a la calidad de instrumentos "*que acreditarán el conocimiento del hecho histórico* -que hace al delito-*, de la responsabilidad del imputado y su actuar*", es decir, al fondo de lo denunciado, sino a la procedencia de la denuncia.

Sin embargo, ello confirma la conducta negligente con la que se ha desenvuelto **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por cuanto, al haber hecho caso omiso al requerimiento del Misterio Público y con ello, no haber presentado la documental que le había sido solicitada, ni haberse al menos apersonado ante el Fiscal Analista para explicar el caso, ha dado, lugar a la Resolución N° 58/2012 de 19 de abril de 2012, emitida por la Unidad de Análisis del Ministerio Público, que amén de disponer la

inadmisibilidad de la denuncia, lo hace responsabilizando de ello a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** "*por no haber subsanado en el plazo previsto en la observación*", extremo que la ahora recurrente pudo haber evitado (sea que después se admita la denuncia o se la rechace, empero por otra causa no imputable a la misma) empero que determina y justifica la imposición del cargo al presente por efecto de su propia dejadez.

2.7.4. Incongruencia de la imputación.-

Amén de lo señalado, es perceptible dentro del caso, una incongruencia entre el articulado del cual se acusa el incumplimiento, y lo efectivamente imputado y sancionado, por cuanto, los artículos 106º y 149º, incisos i) y v), de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones) y 20º del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, que hacen a la norma infringida, según la nota de cargos, no se refieren a la conducta que por el cargo Nº 7 se pretende sancionar, es decir, "*la falta de diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales investigativo – probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo*", extremo que determina sea corregido conforme a la determinación del presente fallo.

2.8. Cargo Nº 8.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES - UMSA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de cuidado y diligencia en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *la Administradora no realizó actividad probatoria para fundar su acusación* (…) *la AFP, que además desconoce que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora.*

b) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 15 de febrero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Teresa Rescala Nemtala como representante legal de la UMSA* (…)

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba,* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1)* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

… en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal, toda vez que el artículo 345 Bis del Código Penal únicamente tipifica y castiga el incumplimiento en el pago de los aportes (…)

…se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal contra el denunciado.

…En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

…desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) (…)

…no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito para utilizarla como prueba en los procesos penales* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador (…)

- *La APS sostiene de manera incorrecta que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del proceso penal* (…) *la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** *y que la Fiscalía ejercerá la acción penal una vez que ella se produzca"*

  …BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE y no como querellante y el artículo 287 del CPP determina que "El denunciante no será parte del proceso y NO INCURRIRÁ EN RESPONSABILIDAD ALGUNA (…)

  Ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inexistencia de actividad probatoria y a la inexistencia de declaración del denunciante, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.3 y 2.1.4 (inherentes al cargo N° 1), por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo N° 8 que resulte por el presente desatendido.

2.9. Cargo N° 9.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES - UMSA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*

Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 23 de abril de 2012 presentada en contra de (…) la UMSA (…) se trata de la segunda (2) denuncia (…) sólo las diferencia el periodo apropiado.

*b) La nota Cite C2-116390 de 25 de julio de 2011 (adjunta en calidad de prueba), Último Aviso (…) también presentada en calidad de prueba en la denuncia anterior, cuyos periodos (adeudados) apropiados, febrero/2011 y marzo/2011, difieren sustancialmente al perseguido por la denuncia (Nota de Debito N°PEN-**1143** (…) correspondiente al periodo noviembre/2011).*

c) Desde la fecha de la presentación de la denuncia que aconteció el 27 de abril de 2011, al último actuado procesal (informe de 9 de julio de 2012), la Administradora no realizó actividad probatoria (…)

d) El informe de 9 de julio de 2012, emitido por el investigador (…) señala que según la AFP el daño fue resarcido (…) en el expediente no existe desistimiento.

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra (…) de la UMSA, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1143** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.1.235.06 correspondiente al periodo noviembre/2011(…)*

- *La nota Cite C2-116390 de 25 de julio de 2011, Último Aviso (…) señala concepto de mora por pagos en defecto periodos febrero/2011 y marzo/2011(…)*

- *El (…) investigador asignado al caso, por informe de 09 de julio de 2012, dirigido al Jefe de División Económicos Financieros señala: "(…) en fecha 28 de junio del presente, me constituí a oficinas de BBVA PREVISION AFP (…) para constatar si evidentemente el daño ya fue resarcido (…) Dr. Jorge Alberto Amantegui, quien indicó que evidentemente ya se resarció el daño y que en los próximos días presentarían en Fiscalía, el desistimiento del mismo…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) y la persecución penal única (…) se refiere a los casos de delitos continuados (…) debe existir "Unidad de Delito" (…) se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal (…) lesionan el mismo bien jurídico.

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (Lo cual no corresponde legalmente por lo expuesto precedentemente) no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP", y más: "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció, no solo viola los principios procesales y normas materiales, sino además posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013,* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *…El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad dolosa de evadir el pago de las contribuciones. Al ser un empleador único, es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora* (…)

  …de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49 2° del Código de procedimiento Penal) será competente el Juez de la residencia del imputado. En ese entendido, todas las denuncias fueron presentadas ante dicha autoridad jurisdiccional (…)

  …resulta irrelevante donde fuera notificada la mora al empleador y no hay error procesal respecto a la competencia sobre el proceso penal (…)

- *La diferencia entre los montos que señalan las cartas de aviso por concepto de contribuciones en mora y la nota de débito se debe a que al momento de emitirse esta última se ajustan los montos en relación a los intereses* (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones,* (…) *nos vimos obligados a iniciar la acción penal por Deuda Real por Pago en Defecto, Tipo M2, dado que ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago"* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

  - El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes (…)

  - (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal contra el denunciado.*

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

…desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito para utilizarla como prueba en los procesos penales* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador (…)

- (…) *Con respecto al Desistimiento de la acción penal* (…) *la APS expresa que los desistimientos se han producido posteriormente a los cargos presentados. Es importante que la Autoridad de Pensiones tome en consideración los desistimientos, ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales y esto es así para cumplir con los objetivos planteados en la Ley 065 de Pensiones*…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, la incongruencia en el contenido de la denuncia, y la inexistencia de actividad probatoria, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.1 y 2.1.3 (inherentes al cargo N° 1), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.9.1. Oportunidad del desistimiento.-

El Ente Regulador, en su fallo ahora recurrido, señala que:

"…*la APS pondera la recuperación de los montos apropiados, empero, el regulado debe entender que ese hecho, no puede invocarse como una excusa para justificar el* ***abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados que son anteriores al desistimiento de la acción penal***.

(…) *llama profundamente la atención el Informe* (…) *por el investigador* (…) *que señala: "*(…) *en fecha 28 de junio del presente me constituí a (sic) oficinas de BBVA PREVISION AFP* (…) *para constatar si evidentemente el daño fue resarcido por parte de los denunciados*

(…) *evidentemente ya se resarció el daño y que en los próximos días presentarían en Fiscalía, el desistimiento del mismo". Ello significa, que la AFP causó la paralización o suspensión del PP durante varios meses* ***sin que previamente se haya regularizado la restitución de lo apropiado indebidamente****, puesto que este hecho se consolidó con la presentación del desistimiento de la acción penal que aconteció el 09 de octubre de 2012* (…)" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En los términos señalados, el fundamento de la infracción radica en haber **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** suspendido el desarrollo del proceso, entre junio a octubre del año 2012, bajo el justificativo de haberse resarcido el daño civil (o sea, restituido lo indebidamente apropiado por parte de Universidad Mayor de San Andrés), sin que se hubiera regularizado tal restitución.

Tratándose de una negligencia en el desarrollo del proceso, bien pudo agruparse con la infracción del inciso c) del mismo cargo N° 9, determinando ya no solo una inactividad probatoria, sino en la procesal de abril de 2011 a octubre del año 2012.

No obstante, la conducta imputada y sancionada por el inciso d) del cargo N° 9, no está referida a inactividad alguna, sino a la inexistencia de desistimiento en el expediente.

Ello determina que, incongruentemente, el fundamento de la infracción (haber suspendido el desarrollo del proceso so justificativo de haberse resarcido el daño civil, sin que se hubiera regularizado tal restitución) no corresponde a la infracción sancionada (la inexistencia del desistimiento).

Incongruencia como tal, afecta al derecho de la administrada a merecer una resolución debidamente fundamentada en cuanto a sus peticiones, conforme lo ordena el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, por tanto, al debido proceso administrativo del que forma parte, por cuanto, debiéndose referir el proceso sancionatorio al cargo o cargos que le han dado origen, resulta que en la instancia presente, se pretende impertinentemente sustanciar otros extremos como el referido a una falta de desistimiento.

2.10. Cargo N° 10.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES - UMSA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 22 de mayo de 2012 presentada en contra de (…) *la UMSA, se trata de la tercera (3) denuncia penal, existiendo dos (2) anteriores, de fecha 15 de febrero de 2012 y de 23 de abril de 2012, denuncias que sólo se diferencian en los periodos apropiados. Aspecto que atenta la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando, la AFP, pudo ampliar la primera denuncia* (…)

b) La nota Cite C1-525069 de 23 de diciembre de 2011 (…) *Primer Aviso* (…) *fue también presentada en calidad de prueba en la denuncia anterior (15 de febrero de 2012), cuyos periodos de adeudo (enero/2011, abril/2011, junio/2011, septiembre/2011) difieren sustancialmente a esta denuncia (diciembre/2011).*

c) Las tres (3) notas sobre Primer Aviso (…) (Cite C1-525069, Cite C1-532037, C1-540367) contienen diferentes fechas y periodos adeudados, y están en contradicción no sólo con la nota referente al Último Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora (Cite C2-143960), sino además con el periodo y monto de la Nota de Débito.

*d) En la declaración informativa (…) el denunciante (…) refiere que "(…) del periodo febrero de 2011", cuando contradictoriamente, la Nota de Débito N°PEN-**1249** (…) establece que el periodo (…) corresponde a diciembre/2011.*

e) El hecho que las tres (3) notas sobre el Primer Aviso (…) y la nota sobre Último Aviso (…) como la declaración informativa del denunciante (AFP), contenga periodos diferentes sobre lo apropiado, ha dado lugar a que la Fiscal ordene a la UMSA remita fotocopias de las planillas de sueldos de los meses febrero, marzo y abril/2011, cuando la denuncia versa sobre la apropiación de aportes correspondientes al periodo diciembre/2011. Requerimiento, que tampoco fue observado por la AFP (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 22 de mayo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra (…) de la UMSA (…) manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1249** de 22 de mayo de 2012 (…) correspondiente al periodo diciembre/2011) (…)*

- *La nota Cite C1-525069 de 23 de diciembre de 2011, Primer Aviso (…) señala concepto de mora por pagos en defecto periodo enero/2011, abril/2011, junio/2011, septiembre/2011 (…)*

- *La nota Cite C1-532037 de 25 de enero de 2012, Primer Aviso (…) señala concepto de mora por pagos en defecto periodo noviembre/2011(…)*

- *La nota Cite C1-540367 de 25 de febrero de 2012, Primer Aviso (…) señala concepto de mora por pagos en defecto periodo diciembre/2011(…)*

- *La nota Cite C2-143960 de 25 de febrero de 2012, Último Aviso (…) señala concepto de mora por pagos en defecto periodo noviembre/2011(…)*

- *En fecha 20 de junio de 2012, presta su Declaración Informativa, Milán Rosales por la AFP señalando que "el daño producido a sus trabajadores asegurados es de Bs1.185,48 del periodo de febrero del 2011" (…)*

- *Mediante requerimiento de 19 de julio de 2012, la Fiscal ordena a la UMSA remita fotocopias de las planillas de sueldos de los meses febrero, marzo y abril/11.*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales (…)*

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos

hablando de UN MISMO HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida* (…)

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (Lo cual no corresponde legalmente por lo expuesto precedentemente) no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP", y más: "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció, no solo viola los principios procesales y normas materiales, sino además posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos (…) *en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 ratificada por la R.A N° 206/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

(…) *la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales"* (…)

- (…) *El Ministerio Público exige que el empleador debe tener conocimiento de la existencia de la deuda, para presumir que hay una intencionalidad dolosa de evadir el pago de las contribuciones. Al ser un empleador único, es indiferente el lugar donde le fuera notificada la mora* (…)

  …de acuerdo a las reglas de competencia territorial (art. 49 2° del Código de procedimiento Penal) será competente el Juez de la residencia del imputado. En ese entendido, todas las denuncias fueron presentadas ante dicha autoridad jurisdiccional, señalándose claramente el domicilio del denunciado (…)

  Por lo expuesto, resulta irrelevante donde fuera notificada la mora al empleador y no hay error procesal respecto a la competencia sobre el proceso penal (…)

- *Con respecto al error de los periodos entre la Nota de Débito y la declaración ratificatoria de la denuncia, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó* (sic) *ningún perjuicio a las partes ni al proceso.*

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1)* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- (…) *la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

(…) *desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación* (…)

(…) *a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1* (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes, para poder impulsar dichos procesos penales* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inconsistencia de la denuncia (incisos 'a', 'b' y 'c'), los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en el supra numeral 2.1.1, inherentes al cargo N° 1, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.10.1. Efectos de la errónea declaración ratificatoria del denunciante.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución ahora recurrida, ha señalado que:

"…*la falta de cuidado de parte de la AFP se vio expresada en la Declaración Informativa del denunciante de fecha 20 de junio de 2012, que señala incorrectamente periodo diferente al de la denuncia (febrero/2011 por diciembre/2011), y que si bien este aspecto fue aclarado, se produjo atendiendo la observación de la APS, el 08 de noviembre de 2012, es decir después de haber transcurrido más de ciento veinte (120) días de haberse producido.*

*Las contradicciones en los "Aviso por Concepto de Contribuciones en Mora" y en Declaración Informativa del denunciante (AFP) de 20 de junio de 2012, dio lugar a que la Fiscal ordene a la UMSA remita fotocopias de las planillas de sueldos de los meses **febrero, marzo y abril/2011**, cuando el motivo de la denuncia es la apropiación de aportes correspondiente al periodo **diciembre/2011**. Dicho Requerimiento Fiscal, tampoco fue observado por la AFP en perjuicio del PP…*"

Entonces, siguiendo el propio argumento de la Autoridad recurrida, la errónea declaración del representante legal de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** fue aclarada en fecha 8 de noviembre de 2012, se entiende que oportunamente, por cuanto, no es trascendente para ello cuánto tiempo se hubiera tardado, o que en medio se hubieran dado curso a requerimientos impertinentes (emergentes precisamente, de la declaración errada): el deber de la investigación policial radica en la constatación de las circunstancias que rodean a la comisión del delito (Arts. 69°, 74° y 295°, Cód. Pcdto. Penal) entonces, tarde o temprano se caería en cuenta en el carácter errado de tal declaración, de manera tal que no es concebible que el mismo vaya a ser determinante en la decisión correspondiente. Por consiguiente, no es en ello que se pueda presumir la existencia de perjuicio al Sistema Integral de Pensiones.

En tal sentido, la negligencia de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, radica en el tiempo transcurrido sin que se hubiera podido hacer efectiva la restitución de los dineros apropiados, existiendo en ello una tardanza que le es atribuible a la misma recurrente, y en concreto, a la errada declaración ratificatoria de su representante legal, por cuanto, la misma dio lugar a gestiones específicas que entrabaron la investigación policial, y la alargaron innecesariamente, extremo que determina su responsabilidad sancionable y que justifica plenamente la imposición de la sanción.

2.11. Cargo Nº 11.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE GOBIERNO)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Periodo comprendido sin movimiento procesal ni probatorio: *Por el período comprendido entre el **30 de noviembre de 2011** a la fecha de la remisión de las fotocopias del proceso.*

- *Desde la fecha de la presentación de la denuncia que aconteció el **3 de noviembre de 2011**, la Administradora no realizó ninguna actividad probatoria para fundar su acusación (…) el último actuado procesal es la declaración informativa del denunciante de fecha **30 de noviembre de 2011**, por lo que se advierte falta de diligencia en la tramitación de la causa por parte de la Administradora* (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 27 de octubre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Gobierno, por el delito de apropiación indebida de aportes*

- *El memorial de denuncia de 27 de octubre de 2011, en su Otrosí 2do.-* (…) *adjunta en calidad de prueba documental la Nota de Débito N°PEN-0170 (de 24 de octubre de 2011, por la suma de Bs555,95 correspondiente al periodo mayo/2011).*

- *En fecha 30 de noviembre de 2011, presta su Declaración Informativa, Milán Rosales Vera, como representante legal de la AFP.*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

> "*…se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando de acuerdo al segundo párrafo del artículo 285 del CPP, los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho.*
>
> *…en el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *existe una carencia significativa de elementos de prueba de dicho delito, toda vez que partiendo del elemento principal, "La Nota de Débito", no ha sido admitida como prueba del delito por parte del Ministerio Público, en razón de que la Ley 065 le da el carácter probatorio de título coactivo y la habilita como prueba para dicho proceso judicial* (…)
>
> - *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1)* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*
>
> *Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes* (…)
>
> - (…) *la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal* (…)
>
> - (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal* (…)
>
> - (…) *basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)
>
> *…desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación* (…)
>
> *…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1* (…)
>
> *A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora* (…)
>
> *…no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades que constan*

en autos de este proceso administrativo, solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador (…)

Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.

En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

- (…) *el Empleador es el Ministerio de Gobierno.*

  El investigador ha mencionado que se presenta una dificultad al momento de intentar notificar al Ministro, ya que los guardias del Ministerio no le permite la entrada (…)

  La APS no toma en consideración que ni los Fiscales ni menos los investigadores (que son Policías) quieren impulsar el proceso penal contra el Ministro de Gobierno, lo cual dificulta el desarrollo de las diligencias procesales…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inexistencia de actividad probatoria y la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, los mismos tienen similar contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en el supra numeral 2.1.3 (inherente al cargo N° 1), por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlos por ratificado para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.11.1. Facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, señala:

"…*el sostener que al tratarse un delito de acción pública a instancia de parte, sólo le correspondería como AFP sentar la denuncia, es un apreciación por demás subjetiva e incorrecta, ya que su obligación es llevar adelante todo el proceso judicial hasta su conclusión con "diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia" puesto que dicha labor deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones* (…)

…*es evidente que le corresponde al Fiscal dirigir la investigación de acuerdo al artículo 70 del CPP, pero también* ***<u>es indiscutible el hecho que</u>*** ***<u>a la parte acusadora (AFP) le corresponde los "actos de aportación de hechos"</u>*** *necesarios para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, conforme al artículo 277 del CPP, reiterando que la intervención de la AFP en el PP, no es la de un simple denunciante, su intervención deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones*…"

La implementación de los delitos previsionales, cual "*públicos a instancia de parte*" (Art. 345°,

Par. V, Cód. Pcdto. Penal, incorporado por el 118°, Ley de Pensiones), obedece al interés superior del Estado que hace a la seguridad social (Art. 45°, Par. I, Const. Pol. del Estado), como a la necesidad de que sobre los mismos exista un denunciante particular, dado el manejo técnico que exige (incluyendo los efectos de su regularización y consiguiente exención de responsabilidad).

En tal sentido queda claro, como señala la recurrente en base al artículo 287° de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal), que el denunciante no es parte en el proceso, empero ello en cuanto a la dinámica propia del proceso penal: se denuncia porque se tiene conocimiento de la comisión de un delito a efectos de su esclarecimiento; tal esclarecimiento va a dar lugar a determinar la autoría del delito y las circunstancias en las que fue cometido, a efectos de su procesamiento. Ahora, de existir además un interés directo, sea del mismo denunciante o de cualquier otra persona a la que técnicamente se llama víctima u ofendido, el mismo puede interponer su querella (demanda) y por tanto, será este quien adquiera la calidad plena de parte dentro del eventual proceso penal.

No obstante, la responsabilidad del denunciante en la investigación penal, no es la misma que el de las Administradoras de Fondos de Pensiones frente a los fondos que administran, por cuanto, para estas se encuentra establecido, por el artículo 149° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), con el carácter transitorio al que se refiere el artículo 177° de la misma norma, que hacen a sus funciones y atribuciones:

> "…*h) Cobrar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, intereses y recargos, sin otorgar condonaciones.*
>
> *i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para recuperación de la mora, intereses y recargos.*
>
> *j) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados*…"

El precitado artículo 177° también establece con precisión, que las Administradoras de Fondos de Pensiones continúan prestando servicios tales como los "*III. Cobrar las contribuciones en mora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo*", y desde luego que el Proceso Penal que hace a los delitos previsionales, constituye uno de los instrumentos legales destinados a "*efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan*" (Art. 106°, Ley N° 065 de Pensiones).

Esto determina que, más allá que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** no supere la calidad de denunciante, sí es responsable de impulsar correctamente el Proceso Penal para la recuperación de aportes, y velar porque el mismo se desarrolle célere y sin vicios, en observancia a sus deberes contractuales y demás obligaciones legales.

Por consiguiente, la responsabilidad de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en la sustanciación de un proceso penal por delitos previsionales, no se limita a presentar la correspondiente denuncia, en su caso la querella, sino a llevar a cabo todas las actuaciones procesales necesarias, incluyendo el

ofrecimiento y la producción de pruebas, que sirvan al objetivo previsto por la norma, este es, la cobranza de las contribuciones en mora.

Para tal fin, debe quedar claro que:

> "…*si bien los arts. 287 y 290 del CPP, refieren que el* ***denunciante*** *no es* ***parte*** *en el proceso y sólo tendrá plena participación cuando formule querella, se refieren a los* ***denunciantes*** *que no tienen calidad de víctimas* -y las AFP's, en su la calidad LEGAL de representantes de los Fondos, conforme se ha visto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, son pues representantes de las víctimas-*), puesto que no es menos evidente que los arts. 76-1) y 78 del CPP, facultan a la víctima (persona directamente ofendida por el delito a participar en el proceso como querellante, potestad prevista en el art. 79 del CPP, que claramente señala que la querella puede ser presentada hasta el momento de la acusación fiscal conforme a lo previsto por el art. 340 del CPP Más aún cuando por determinación de la norma referida, la participación de la víctima como querellante no altera las facultades concedidas por la Ley a los fiscales y a los jueces ni los exime de sus responsabilidades*…" (Sentencia Constitucional 1224/2004-R 3 de agosto de 2004; en similar sentido las sentencias constitucionales 1489/2002-R y 1844/2003-R).

Valga la aclaración que, cuando el precitado artículo 287° de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal), hace referencia a que "*El denunciante… no incurrirá en responsabilidad alguna*", se refiere a las cargas procesales que le son propias a quien es parte de un proceso penal, las de producir prueba inclusive, por cuanto y conforme bien señala la recurrente, las responsabilidades emergentes del deber de constatación -por tratarse de delitos de orden público- recaen fundamentalmente en el Ministerio Público; no son las mismas las responsabilidades a las que se refiere el Órgano Regulador dentro del presente proceso sancionatorio, toda vez que, conforme lo visto, lo mismo hace a los deberes que ha asumido **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en para con los Asegurados, Afiliados y Beneficiarios.

En tal sentido, no podía limitarse la ahora recurrente en pedir al Representante del Ministerio Público, que "*requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado*", sino que, en cumplimiento de sus propias responsabilidades, debió tramitar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo solicitado, como realizar otras gestiones que sean necesarias para demostrar la ocurrencia del delito.

En todo caso, de ninguna manera se puede pretender alegar que la calidad de denunciante puede ser en sí misma una limitante para impulsar el proceso penal, desde la fase de inicio (investigación) inclusive, por lo que en definitiva, el alegato en este sentido es infundado.

2.11.2. Dificultad emergente de la cualidad del denunciado Ministerio de Gobierno.-

A alegato similar al expresado por la recurrente, en sentido que al resultar el Empleador denunciado el Ministerio de Gobierno, "*se presenta una dificultad* (…) *ya que los guardias del Ministerio no le permite la entrada*" y que "*ni los Fiscales ni menos los investigadores (que son Policías) quieren impulsar el proceso penal contra el Ministro de Gobierno*", la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución ahora recurrida, lo ha calificado

de "*por demás*" subjetivo y que "*no cuenta con prueba material que la justifique*".

No obstante, dentro del plano de la verdad material que caracteriza al proceso administrativo, se debe admitir como hecho notorio, el que al depender la Policía Boliviana de la Presidencia del Estado "*por intermedio del Ministerio de Gobierno*" (Art. 252°, Const. Pol. del Estado), resulta en relaciones de subordinación que dificultan necesariamente, el accionar de cualquier efectivo policial, como lo es el investigador asignado al caso o aquellos que custodian los ingresos del propio Ministerio, en circunstancias como las referidas por la recurrente (lo que no deja de ser una apreciación subjetiva).

Aún de lo natural que signifiquen tales inconvenientes, debe sobreponerse a los mismos el interés supremo del Estado que hace a su obligación de administrar justicia dentro de los alcances del artículo 115° de la Constitución Política del Estado: pronta, oportuna, transparente y sin dilaciones.

Por consiguiente, tiene razón la Entidad recurrida, cuando señala que:

> "…*cuando se presentan dilaciones indebidas que responden a la conducta de los funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial, o Policía Nacional cuando cumplan funciones de policía judicial, el denunciante (AFP) debe realizar las gestiones que correspondan para evitar la paralización o suspensión del PP, a través de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas* (…)
>
> …*le corresponde a la AFP acudir a la instancia pertinente, sea el Fiscal Departamental* (…) *o en su caso, acudir ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza el control jurisdiccional* (…) *lo que no aconteció, dando lugar a la paralización del PP por más de doscientos setenta (270) días*…"

En tal sentido, habiendo **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** aquejado los inconvenientes causados por la conducta de los funcionarios policiales y que -recién- ahora refiere en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, pretendiendo resulten en justificativos a la falta de movimiento procesal, es exigible que no se hubiera limitado a tal mención, sino más bien, que dada la prolongada paralización del proceso y en el transcurso de la misma, hubiera hecho valer los derechos de los Afiliados, Asegurados y Beneficiarios de acceder a una justicia pronta, de lo que en realidad no existe constancia, ni siquiera de una tentativa de ello.

A tal criterio y por las mismas razones debe subsumirse la supuesta inconducta de "*los Fiscales*".

Por tanto, el alegato en este sentido, es inatendible.

2.12. Cargo Nº 12.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE GOBIERNO)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de La Paz.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)

- *La denuncia de 28 de diciembre de 2011 seguida en contra el Ministerio de Gobierno, se trata de la segunda (2) denuncia penal, puesto que existe otra anterior de fecha de 27 de octubre de 2011, denuncias que sólo se diferencian en los períodos apropiados indebidamente.*

- *Se advierte inconsistencia en los términos de la denuncia* (…) *conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando, la Nota de Debito* (…) *corresponde a los periodos enero/2011 - febrero/2011 - marzo/2011 - abril/2011 - junio/2011 - julio/2011.*

- (…) *los actos destinados al inicio del procedimiento penal (denuncia) no requieren de requisito especial, sin embargo, deben contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación* (…) *aspecto incumplido por la AFP.*

- *La AFP se limita acompañar a su denuncia* (…) *la Nota de Débito, cuando a los efectos de activar la persecución penal de parte del Ministerio Público, tiene la posibilidad (y obligación) de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción* (…) *atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa* (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Gobierno* (…) *manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0451**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011, lo que implica que de acuerdo a ley, el empleador debía efectuar el depósito de los montos retenidos hasta el 31 de agosto de 2011* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que* (…) *adjunta en calidad de prueba documental: a) la Nota de Débito N°PEN-**0451** (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs2.946,92 correspondiente a los periodos enero/2011 - febrero/2011 - marzo/2011 – abril/2011 - junio/2011 -julio/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro.*

- *La Unidad de Análisis de la Fiscalía* (…) *dispone la no admisión de la denuncia* (…) *puesto que no subsanó en el plazo previsto la observación de notificación con el titulo* (sic) *coactivo* (…) *para establecer eventual dolo de la apropiación indebida*…"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

(…) *no estamos hablando de UN MISMO HECHO* (…) *cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO PENAL* (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) y la persecución penal única (…) se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde (…) debe existir "Unidad de Delito" (…) se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal (…) lesionan el mismo bien jurídico.

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…en los delitos de apropiación indebida de aportes no es el mismo sujeto pasivo.

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) "El iniciar distintas denuncias (…) no solo viola los principios procesales y normas materiales, sino además posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal (…) en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 (…) la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013 (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *(…) es requerimiento del Ministerio Público que se notifique al empleador con el proceso coactivo, para establecer un eventual dolo de la apropiación indebida; esto preservando el principio de "ultima ratio" que corresponde al proceso penal. La denuncia fue archivada y por lo tanto existe impedimento legal para que BBVA Previsión AFP S.A pueda dar continuidad al proceso.*

  La APS no puede sancionar el hecho de que el Ministerio Público condicione la viabilidad de la denuncia a la presentación de otro elemento externo al proceso penal (…)

- *(…) se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando de acuerdo al segundo párrafo del artículo 285 del CPP, los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho.*

  …en el delito de apropiación indebida de aportes (…) existe una carencia significativa de elementos de prueba (…) "La Nota de Débito", no ha sido admitida como prueba del delito por parte del Ministerio Público, en razón de que la Ley 065 le da el carácter probatorio de título coactivo (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad (…) ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1) (…)* ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes (…) en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

…desde el momento de plantear las primeras denuncias (…) *cursamos a esa Autoridad* (…) *diversas notas haciéndole conocer la situación*

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 (…) *que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1* (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013 (…) *hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) y toda vez que se cumple la figura del delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes, para poder impulsar dichos procesos penales* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador…"

Con respecto a los alegatos referidos a la existencia de una denuncia anterior, a la inconsistencia de la denuncia y a la inexistencia de actividad probatoria, y en lo referido por el Regulador en cuanto a que la denuncia no fue admitida por no haberse subsanado en término la observación del Ministerio Público, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.1 y 2.1.3 (inherentes al cargo N° 1) y 2.7.3 (inherente al cargo N° 7), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado, así como un fundamento no impugnado, pero igualmente trascendente.

2.12.1. Elementos probatorios presentados por la denunciante.-

Ante el señalamiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la Nota de Cargos, en sentido que:

"…*La AFP* ***se <u>limita</u> acompañar a su denuncia*** (…) ***la Nota de Débito****, cuando a los efectos de activar la persecución penal de parte del Ministerio Público, tiene la posibilidad (y obligación) de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción* (…) *atendiendo además que, la carga material de la prueba corresponde*

exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) alega en su Recurso Jerárquico, que: "*se ha presentado denuncia* (…) *acompañando* (…) *los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho*".

El alegato es válido empero no justifica el que, dada la misma circunstancia, no se hubiera conducido la ahora recurrente, con posterioridad a la presentación de la denuncia, con la debida actividad probatoria.

No obstante, se debe dejar constancia que existe contradicción en la imputación del Ente Regulador -no esclarecida tampoco por la recurrente, dado que la misma expresa su alegato de manera abstracta- en sentido de en qué consistía la literal presentada con la denuncia, si **limitada** (es decir, únicamente consistente) a la Nota de Débito, o si, como señala el otrosí del memorial de denuncia (así mencionada en la Nota de Cargos) "*adjunta en calidad de prueba documental: a) la Nota de Débito N°PEN-**0451** (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs2.946,92 correspondiente a los periodos enero/2011 - febrero/2011 - marzo/2011 – abril/2011 - junio/2011 -julio/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro*".

Esto último corresponde al pronunciamiento de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** a tiempo de la denuncia, y sin embargo, la imputación (como las restantes actuaciones del Ente Regulador) hace referencia a que la misma sea errónea o falsa, de manera tal que, no se comprende que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, incluya como base de la imputación y de la consiguiente sanción, el que "*La AFP **se limita acompañar a su denuncia*** (…) ***la Nota de Débito***", cuando al mismo tiempo refiere haberse adjuntado con la denuncia: "*b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro*".

Consiguientemente, tal contradicción no puede sino determinar, la imprecisión del cargo imputado, y esto a su vez, la invalidez del mismo en cuanto a este extremo concreto, lo que amerita sea subsanado por el Ente Regulador, dado que tal deficiencia importa una infracción al derecho de defensa de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, de trascendencia constitucional toda vez que conforma a la garantía del debido proceso (Arts. 115°, 117°,119° y 120°, Const. Pol. del Estado).

2.12.2. Contenido de la denuncia.-

Señala parte del cargo, en alusión a lo que al efecto dice el artículo 285°, segundo párrafo, de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal), que la denuncia debe contener "*en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación*" y en base a ello sentencia: "*aspecto incumplido por la AFP*".

Se infiere que tan lacónica mención, es derivada de la cuestión que le antecede (la acusada inconsistencia "*en los términos de la denuncia*") por cuanto, en el criterio del Regulador, la mención sobre los periodos impagos (no contradictoria sino incompleta) en tal denuncia,

agravia "*la relación circunstanciada del hecho*" e incumple con la "*indicación de* (…) *demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación*".

La mención resulta tan lacónica, que en definitiva la Nota de Cargos no especifica de qué manera se habría producido el incumplimiento; eventualmente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tampoco demuestra o comprueba la ocurrencia de tal infracción, extremo facilitado en la inacción de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en cuanto a no impugnar este extremo.

No obstante, tal extremo es violatorio a lo señalado por los artículos 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, los que a la letra disponen:

> **Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo:**
>
> "…***ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-***
>
> *Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:* (…)
>
> *e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo;…*"
>
> **Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175:**
>
> "…***Articulo 17°.- (Concepto)*** (…)
>
> *II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto:* (…)
>
> *d)* Los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y respaldan…"

Sobre el particular además, la Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 2 de octubre de 2007, indica:

> "…*Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la* ***fundamentación y motivación de las resoluciones****. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada. En caso de co-procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "[...] el Auto de 2 de septiembre de 2002 por el que se amplía la causa contra los recurrentes, carece de motivación y de elementos de convicción para sustentar la ampliación; por tanto, en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos,* ***resoluciones*** *y sentencias*

se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso.

Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y resulta primordial la individualización" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo expuesto revela que la Autoridad de fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha emitido una decisión en forma incompleta, en tanto y conforme lo visto, no ha cumplido con su deber de fundamentación, el que a la vez es un derecho de la administrada, extremo que amerita ser corregido por la presente Resolución Ministerial Jerárquica, a efectos de garantizar tal derecho a favor de la recurrente.

2.13. Cargo Nº 13.-

"…***Empleador**: Representante Legal (MINISTERIO DE GOBIERNO)*
***Juzgado Cautelar:** Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
***Fiscalía:** Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 24 de enero de 2012 presentada en contra (…) *del Ministerio de Gobierno* (…) *trata de la tercera (3) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 27 de octubre de 2011 y 28 de diciembre de 2011, que sólo las diferencia el periodo apropiado.*

b) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia (…)

c) Se advierte falta de diligencia por parte de la Administradora, (…) *en el cuaderno de investigación y en el informe emitido por el investigador* (…) *el último actuado procesal que data del mes de abril de 2012.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 24 de enero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Gobierno* (…) *manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0536** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.319.62 correspondiente al periodo agosto/2011)* (…)

- *El* (…) *investigador asignado al caso, por informe de 12 de abril de 2012,* (…) *señaló: "A la fecha la parte denunciante demuestra falta de interés puesto que no formaliza su denuncia ni coordina en la investigación aportando mayores datos* (…) *A lo cual, por requerimiento de 17 de abril de 2012, la fiscal señala: "se tiene presente…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales (…)

…no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO PENAL (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde* (…) *debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

(…) *la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos* (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…) *se aplica* (…) *que ante "disposiciones que restrinjan los derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.*

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *La APS sostiene* (…) *que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del proceso penal, porque los delitos previsionales son a instancia de parte. El criterio de esa Autoridad es incorrecto* (…) *"se entiende que la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** (…)

  …cuando la APS se apoya en la obligación establecida en el artículo 82 del CPP lo hace incorrectamente, toda vez que BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…)

  Ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 (…)

  Además, la denuncia fue debidamente ratificada como consta en obrados.

- *En el presente* (…) *el Empleador es el Ministerio de Gobierno.*

  El investigador ha mencionado que se presenta una dificultad al momento de intentar notificar al Ministro, ya que los guardias (…) *no le permite la entrada, circunstancia que el mismo ha puesto en conocimiento del Fiscal* (…)

  …ni los Fiscales ni menos los investigadores (que son Policías) quieren impulsar el proceso

penal contra el Ministro de Gobierno…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de declaración del denunciante y a la dificultad emergente de la cualidad del denunciado Ministerio de Gobierno, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.4 (inherente al cargo N° 4) y 2.11.2 (inherente al cargo N° 11), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

No obstante, es pertinente señalar que, lo alegado por la recurrente en sentido que "*la denuncia fue debidamente ratificada como consta en obrados*", se entiende como realizado con posterioridad al periodo evaluado e imputado por la Nota de Cargos (*más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia*), por lo que en definitiva no enerva el cargo después sancionado.

En definitiva, no queda ningún alegato del cargo N° 13 que resulte desatendido.

2.14. Cargo N° 14.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE GOBIERNO)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y abandono de la investigación: (…)

a) La denuncia de 16 de marzo de 2012 presentada en contra (…) *del Ministerio de Gobierno, por el delito de apropiación indebida de aportes, se trata de la cuarta (4) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 27 de octubre de 2011, 28 de diciembre de 2011 y 24 de enero de 2012, que se diferencian solamente en el periodo apropiado.*

b) Se advierte falta de diligencia (…) *hecho evidenciado en el cuaderno de investigación* (…) *el último actuado procesal que data del 24 de abril de 2012, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 16 de marzo de 2012, la AFP, presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Gobierno* (…) *manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1070** de 16 de marzo de 2012, por la suma de Bs.648.64 correspondiente a los periodos septiembre/2011 – octubre/2011)…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos* (…)

…no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO PENAL (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) y la persecución penal única (…) se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde (…) debe existir "Unidad de Delito" (…) se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal (…) lesionan el mismo bien jurídico.

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse (…) deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva (…) posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal (…) Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 (…) la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013 (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones (…) ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1) (…)* ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

  - El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador (…) lo que desvirtúa la denuncia penal, toda vez que el artículo 345 Bis del Código Penal únicamente tipifica y castiga el incumplimiento en el pago de los aportes.

  - (…) se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación formal (…)

  - En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

  …desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

  (…) a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 (…) tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) (…)

…no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes, para poder impulsar dichos procesos penales (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- (…) *se entiende que la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** *y que la Fiscalía ejercerá la acción penal una vez que ella se produzca"*

  Cabe recordar que BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…) *es el Fiscal el que dirigirá la investigación.*

  Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información (…)

  …en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal (…)

  …se presenta una connotación especial dado que el Empleador es el Ministerio de Gobierno.

  El investigador ha mencionado que se presenta una dificultad al momento de intentar notificar (…) *los guardias del Ministerio no le permite la entrada* (…)

  La APS no toma en consideración que ni los Fiscales ni menos los investigadores (que son Policías) quieren impulsar el proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de actividad probatoria, a la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, y a la dificultad emergente de la cualidad del denunciado Ministerio de Gobierno, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.3 (inherente al cargo N° 1), 2.11.1 y 2.11.2 (inherentes al cargo N° 11), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 14 que resulte por el presente desatendido.

2.15. Cargo Nº 15.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE GOBIERNO)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*

Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 23 de abril de 2012 seguida en contra del Ministerio de Gobierno, se trata de la quinta (5) denuncia penal, existiendo cuatro (4) anteriores, de fechas 27 de octubre de 2011, 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012 y 16 de marzo de 2012, que sólo se diferencian en el período apropiado (…)

b) Se advierte falta de diligencia por parte de la Administradora (…) *no realiza gestiones para que preste su declaración informativa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Gobierno, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1138** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.324.37 correspondiente al periodo noviembre/2011)* (…)

- (…) *por requerimiento de 19 de julio de 2012, la fiscal señala: "se tiene presente y elabórese nueva citación para el Sr. Carlos Romero Bonifaz, a los efectos de que preste su declaración en la vía informativa…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

(…) *no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE* (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado* (…) *debe existir "Unidad de Delito"* (…)

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP", y más: "El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos* (…) *en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

(…) *la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales"* (…)

- *La APS sostiene* (…) *que la falta de ratificación de la denuncia restringe el avance del proceso penal, porque los delitos previsionales son a instancia de parte. El criterio de esa Autoridad es incorrecto debido a que el artículo 17 del CPP dispone que "se entiende que la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** (…)

  …BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…) *es el Fiscal el que dirigirá la investigación.*

  Ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 (…)

  …el Investigador ha cursado citación al representante legal del empleador para que preste su declaración informativa; por lo tanto no existe la falta de diligencia (…)

  …se presenta una connotación especial dado que el Empleador es el Ministerio de Gobierno.

  …se presenta una dificultad al momento de intentar notificar al Ministro, ya que los guardias del Ministerio no le permite la entrada (…)

  La APS no toma en consideración que ni los Fiscales ni menos los investigadores (que son Policías) quieren impulsar el proceso penal contra el Ministro de Gobierno (…)

- (…) *Resulta claro en el artículo 106 de la Ley 065 que el legislador tipificó el delito penal como otro proceso judicial* (…)

  …ante la presión que ejerce el proceso penal contra el empleador y las gestiones que permanentemente se van haciendo para que el mismo cancele su deuda ante el SIP, ***en el presente caso*** (…) *se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal.*

  Con respecto al Desistimiento (…) ***la APS expresa que los desistimientos se han producido posteriormente a los cargos presentados*** (…) *ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de declaración informativa del denunciado, a la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, a la dificultad emergente de la cualidad del denunciado Ministerio de Gobierno y a la oportunidad del desistimiento, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.11.1 y 2.11.2 (inherentes al cargo N° 11) y 2.9.1 (inherente al cargo N° 9), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

No obstante, es pertinente señalar que lo alegado por la recurrente en sentido que "*el Investigador ha cursado citación al representante legal del empleador para que preste su declaración informativa*", dado no establecer mayor elemento cual agravio, se entiende como

una mención de lo realizado con posterioridad a la nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012, por lo que en definitiva no enerva el cargo después sancionado.

Asimismo, alega el Recurso Jerárquico, que "***en el presente caso*** (…) *se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal*" y que con respecto al mismo "***la APS expresa que los desistimientos se han producido posteriormente a los cargos presentados***", sin embargo, la Nota de Cargos no hace referencia alguna a la existencia de desistimiento, de manera tal que, de haber sucedido, ello no hace controversia alguna que amerite mayor pronunciamiento al presente.

En definitiva, no queda ningún alegato del cargo Nº 15 que resulte desatendido.

2.16. Cargo Nº 16.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE SALUD Y PREVISIÓN SOCIAL)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de La Paz.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)
>
> *a) Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia* (…) *señala que conforme a la Nota de Debito acompañada el periodo de aporte* (…) *corresponde al mes de julio/2011* (…) *la Nota de Debito N°PEN-**0453** de 28 de diciembre de 2011* (…) *corresponde a los periodos enero/2011 - marzo/2011.*
>
> *b)* (…) *los actos destinados al inicio del procedimiento penal* (…) *no requieren de requisito especial, sin embargo, deben contener en lo posible la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y tipificación* (…) *aspecto incumplido por la AFP.*
>
> *c) La AFP **se limita** **acompañar a su denuncia*** (…) ***la Nota de Débito**, cuando* (…) *tiene la posibilidad (y obligación) de presentar como medio de prueba todos los elementos* (…) *de convicción* (…) *que acreditarán el conocimiento del hecho histórico, de la responsabilidad del imputado y su actuar doloso* (…) *la carga* (…) *de la prueba corresponde* (…) *a la parte acusadora* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> ***Antecedentes:***
>
> - *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Salud y Previsión Social* (…) *manifestando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°**PEN-0453**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011* (…)
>
> - (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que* (…) ***adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0453 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.211.72 correspondiente al periodo de enero/2011 - marzo/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- *La (…) Fiscalía Departamental por Resolución No. 36/2012 de 12 de abril de 2012, dispone la no admisión de la denuncia (…) no subsanó en el plazo previsto la observación de notificación con el titulo* (sic) *coactivo a la parte denunciada para establecer eventual dolo de la apropiación indebida, dicha observación fue realizada el 09 de enero de 2012…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La observación respecto a los periodos no pudo ser subsanada (…) la Fiscalía emitió la resolución N° 61/2012 disponiendo la no admisión de la denuncia, toda vez que es requerimiento del Ministerio Público que se notifique al empleador con el proceso coactivo, para establecer un eventual dolo (…) preservando el principio de "ultima ratio" (…)*

La APS no puede sancionar el hecho de que el Ministerio Público condicione la viabilidad de la denuncia a la presentación de otro elemento externo al proceso penal (…)

- *(…) se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando (…) los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho.*

  …en el delito de apropiación indebida de aportes (…) existe una carencia significativa de elementos de (…) "La Nota de Débito", no ha sido admitida como prueba (…) en razón de que la Ley 065 le da el carácter probatorio de título coactivo (…)

  La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia (…) se origina en la propia decisión de la Autoridad (…) ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1) (…) ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>****."*

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

  - *(…) la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de (…) en los casos de Deuda Real Tipo M2 sí existe el pago de los aportes, lo que desvirtúa la denuncia penal (…)*

  - *(…) se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación (…)*

  - *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)*

  … desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" al colectivo de Empleadores con Deuda Real (M1) (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador (…)

- (…) *el Empleador denunciado ya no existe, ahora es el Ministerio de Salud y Deportes, lo que ha dificultado la prosecución* (sic) *del proceso, hasta que el nuevo Ente aclare si le corresponde asumir la deuda*…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inconsistencia de la denuncia, a los elementos probatorios presentados por la denunciante, a la no admisión de la denuncia por no haberse subsanado en término la observación del Ministerio Público, y a la inexistencia de actividad probatoria, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.1 (inherente al cargo Nº 1), 2.12.1 (inherente al cargo Nº 12), 2.7.3 (inherente al cargo Nº 7) y 2.1.3 (inherente otra vez al cargo Nº 1), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

2.16.1. Contenido de la denuncia.-

Por pertinente se deja constancia, que habiendo acusado el Ente Regulador, en la Nota de Cargos, que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ha incumplido con indicar, a tiempo de la denuncia, "*los autores y participes, victimas, damnificados, testigos y demás elementos*" en alusión al artículo 285º, segundo párrafo, de la Ley Nº 1970 (Código de Procedimiento Penal), es más preciso en la Resolución recurrida, cuando señala:

> "…*de la revisión de la fotocopia del memorial de denuncia* (…) *se advierte que la misma no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 285 del CPP, puesto que establece como periodo apropiado el mes de* ***julio/2011****, periodo que contradice a los señalados en la Nota de Débito (enero/2011 - marzo/2011) presentada en calidad de prueba, ello significa que la denuncia es imprecisa ya que expresa un periodo apropiado incorrecto, dando lugar a que no exista relación de correspondencia entre la denuncia y la prueba aportada*…"

No obstante que la trascendencia de tal extremo puede resultar controvertida, se debe dejar establecida la importancia jurídica de actuaciones fundamentales tales como la Nota de Débito y la denuncia penal, frente a la cual y establecida la insuficiencia de la última nombrada (en relación a los datos que señala la primera), no se puede sino, concluir en la evidente ocurrencia

de la infracción después sancionada, lo que determina que el alegato contra el cargo, en este sentido, resulte inatendible.

Aclarado ello, es oportuno pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.16.2. Extinción del empleador.-

Lo alegado tiene que ver con que: "*el Empleador denunciado* (*MINISTERIO DE SALUD Y PREVISIÓN SOCIAL*) *ya no existe, ahora es el Ministerio de Salud y Deportes, lo que ha dificultado la prosecución* (sic) *del proceso, hasta que el nuevo Ente aclare si le corresponde asumir la deuda*".

El extremo señalado resulta evidentemente dificultoso y tiene que trascender sobre el desarrollo mismo del proceso penal iniciado; sin embargo, la propia recurrente establece aquella que es la propuesta lógica de solución al inconveniente: "*ahora es* -léase *debería ser- el Ministerio de Salud y Deportes*" a quien se responsabilice de la obligación.

No obstante, cuestiones como esta no encuentran solución en una mera lógica jurídica que, puede pretenderse, se imponga al caso en concreto, sino que lo mismo debe más bien obedecer al carácter legal de tal extinción.

Empero tampoco pueden estar librada tal solución, a "*que el nuevo Ente aclare* –entonces, cuando así le parezca- *si le corresponde asumir la deuda*", sino que debió sustanciarse un trámite de previo y especial pronunciamiento, a efectos de que la Autoridad Judicial, determine la legitimidad para asumir la deuda, del entonces Ministerio de Salud y Deportes (ahora simplemente Ministerio de Deportes), lo que no consta haberse realizado.

En todo caso, lo que interesa al proceso penal (y ahora al presente administrativo), no es el efecto de suspensión que el inconveniente produce (y ante el cual, la recurrente ha preferido quedar estática "*hasta que el nuevo Ente aclare si le corresponde asumir la deuda*"), sino precisamente, el accionar del recurrente para subsanarlo, es decir, impulsar la gestión que corresponda, de manera tal que, en una primera alternativa plenamente posible, resulte la entidad denunciada Ministerio de Salud y Deportes (actual Ministerio de Deportes), compelida a aclarar el extremo.

Una actividad en este sentido es la que se extraña en la ahora recurrente, de manera tal que justica la imposición de la sanción en su contra.

2.17. Cargo Nº 17.-

> "***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE SALUD Y PREVISIÓN SOCIAL)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de La Paz.*
> ***Falta de diligencia en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)
>
> - *Se advierte demora en la tramitación de la causa* (…) *del cuaderno de investigación, informe del investigador asignado al caso y el último actuado procesal que data del 31 de julio de 2012* (…) *desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 24 de enero de 2012 (…) presenta denuncia en contra (…) del Ministerio de Salud y Previsión Social (…) manifestando que: "el periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0552** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.204.40 correspondiente al periodo mayo/2011)* (…)

- *El (…) investigador asignado al caso, por informe de 19 de marzo de 2012 (…) señaló: "hasta el cierre del presente informe nadie (de la AFP) se aproximó a esta repartición a objeto de prestar su declaración informativa y menos para coadyuvar las investigaciones(…)*

- *En fecha 04 de mayo de 2012, presta su Declaración Informativa Policial (…) representante legal de la AFP.*

- *Mediante memorial de 31 de julio de 2012, la AFP, solicita fotocopia simple del cuaderno de investigación…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad de Pensiones (…) ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1) (…)* ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes(…)

- El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes(…) el artículo 345 Bis del Código Penal únicamente tipifica y castiga el incumplimiento en el pago de los aportes.

- (…) se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba que permitan que un Fiscal pronuncie una imputación (…)

- En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

…desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación(…)

…a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad de ente regulador (…)

- *Cumpliendo lo determinado en el Código de Procedimiento Penal* (…) *se ha presentado denuncia ante la Fiscalía del Distrito, acompañando* (…) *los elementos que se tenían y que pudieran conducir a la tipificación y comprobación del hecho.*

  …en el delito de apropiación indebida de aportes (…) *existe una carencia significativa de elementos de prueba de dicho delito* (…) *"La Nota de Débito", no ha sido admitida como prueba del delito por parte del Ministerio Público* (…)

  Esta Administradora presentó la denuncia (…) *pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada* (…)

  … en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (…), *correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia* (…)

  (…) *La APS valora la diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador* (…) *lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

  (…) *esa Autoridad sanciona arbitrariamente al imponer supuestos plazos procesales inexistentes; toda vez que el procedimiento penal se rige por su norma específica, el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria de hasta 6 o 18 meses, nunca impone un cronograma de tiempo para desarrollar dicha estapa* (sic) *procesal.*

- (…) *el Empleador denunciado ya no existe, ahora es el Ministerio de Salud y Deportes, lo que ha dificultado la prosecución* (sic) *del proceso, hasta que el nuevo Ente aclare si le corresponde asumir la deuda…*"

Con respecto a los alegatos referidos a la actividad probatoria, a la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, al cálculo de los plazos procesales, y a la extinción del empleador *MINISTERIO DE SALUD Y PREVISIÓN SOCIAL*, los mismos tienen contenido idéntico a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.3 (inherente al cargo Nº 1), 2.11.1 (inherente al cargo Nº 11), 2.2.2 (inherente al cargo Nº 2), y 2.16.2 (inherente al cargo Nº 16) respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 17 que resulte por el presente desatendido.

2.18. Cargo Nº 18.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (MINISTERIO DE SALUD Y PREVISIÓN SOCIAL)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 16 de marzo de 2012 seguida en contra (…) *del Ministerio de Salud y Previsión Social, se trata de la segunda (2) denuncia penal, existiendo otra anterior, de 24 de enero de 2012, que sólo la diferencia el periodo apropiado* (…)

b) Se advierte falta de diligencia en la tramitación de la causa, como también en la actividad probatoria, hecho que se acredita del cuaderno de investigación y del informe emitido por el investigador (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 16 de marzo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Ministerio de Salud y Previsión Social, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1072** de 16 de marzo de 2012, por la suma de Bs.598.74 correspondiente al periodo junio/2011 – agosto/2011 – septiembre/2011)* (…)

- *El* (…) *investigador asignado al caso, por informe de 13 de agosto de 2012* (…) *señaló: "En fecha 24 de abril del año en curso, presta declaración el denunciante, y desde entonces no se ha vuelto a presentar para coadyuvar en las actuaciones investigativas abandonando el seguimiento de su denuncia* (…) *Por el poco interés que muestra el Sr. Milán Grover Rosales Vera* (…) *se sugiere al Sr. Fiscal disponer conforme a Procedimiento…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado* (…)

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…) *deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.*

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El*

iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013*(…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

  Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance

del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- (…) *es de conocimiento de la APS que el Empleador denunciado ya no existe, ahora es el Ministerio de Salud y Deportes, lo que ha dificultado la prosecusión* (sic) *del proceso…*"

Con respecto a los alegatos referidos a la pretendida acumulación de la denuncia, a la inexistencia de actividad probatoria, a los plazos procesales inexistentes, y a la extinción del empleador *MINISTERIO DE SALUD Y PREVISIÓN SOCIAL*, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo Nº 2), 2.1.3 (inherente al cargo Nº 1), 2.2.2 (inherente nuevamente al cargo Nº 2), y 2.16.2 (inherente al cargo Nº 16) respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 18 que resulte por el presente desatendido.

2.19. Cargo Nº 19.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (AJINOMOTO DEL PERÚ SUCURSAL BOLIVIA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal –* ***Santa Cruz.***
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) Se advierte inconsistencia en los términos de la denuncia (…) *conforme a la Nota de Débito acompañada el período de aporte* (…) *corresponde al mes de julio/2011, cuando, la Nota de Debito N°PEN-**0419** de 28 de diciembre de 2011* (…) *corresponde al periodo marzo/2011.*

b) Se advierte demora en la tramitación (…) *hecho evidenciado del cuaderno de investigación, y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora* (…)

c) El representante (…) *de la AFP, no prestó su declaración* (…) *no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia* (…) *Tampoco* (…) *gestionó* (…) *que el procesado preste su declaración* (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011*(…) *presenta denuncia en contra* (…) *de Ajinomoto del Perú Sucursal Bolivia* (…) *señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0419**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0419 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs542,28 correspondiente al periodo marzo/2011)* (…)

- *Por memorial de 31 de enero de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Marcelo Delgadillo, informa al Juez 4to. de Instrucción Cautelar en lo Penal, la ampliación del plazo de la investigación…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados.*

- (…) *la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inexistencia de declaración ratificatoria del denunciante y a los plazos procesales inexistentes, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.4 (inherente al cargo N° 1) y 2.2.2 (inherente al cargo N° 2), por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificado para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender los alegatos no considerados.

2.19.1. Subsanado de la inconsistencia de la denuncia.-

Señala la recurrente, en franco reconocimiento de la infracción cometida, que "*La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados*".

Entonces, se entiende de tal declaración, que el subsanado es posterior a la imposición del cargo por la nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012**,** determinando no exista mayor controversia que amerite algún otro pronunciamiento al presente.

2.19.2. Estado cancelado de la obligación.-

La recurrente deja constancia de que al presente, la deuda que importa el proceso ha sido cancelada dentro de los alcances del artículo 345° Bis, segundo párrafo, del Código Penal (incorporado por el Art. 118° de la Ley N° 065, de Pensiones), por lo que a su entender, "*esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora*".

La cobranza, dentro de los alcances del artículo 106° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, resulta en una de las obligaciones de la recurrente, de manera tal que, sea mediante Gestión Administrativa de Cobro, por Proceso Coactivo de la Seguridad Social o por Proceso Penal, el resultado natural que se espera de lo mismo, es la recuperación de los montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan.

Al tiempo, los servicios que prestan las Administradoras de Fondos de Pensiones son a título oneroso, de manera tal que las mismas se benefician de las comisiones resultantes de los pagos efectivos, de manera tal que la cancelación de un monto adeudado, así sea con el carácter forzoso que importa un proceso penal, hace a la relación contractual normal que tienen establecida para con el Estado boliviano, de manera tal que no deja de resultar pretensioso por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, solicitar un reconocimiento por ello.

No obstante, no está por demás dejar establecido, que la Gestión Administrativa de Cobro, por Proceso Coactivo de la Seguridad Social o por Proceso Penal, ha sido instituidos ante la negativa del obligado a cumplir sus obligaciones voluntariamente, de manera tal que antes que una ejecución de sentencias sociales o hasta penales (con todo lo que ellas conllevan), lo que se presente con tales institutos es crear en tales obligados, el temor que impone la legítima coerción jurisdiccional, mecanismo que no pude operar por sí solo sino mediante, en este caso, el impulso que le vaya a dar la Administradora de Fondos de Pensiones que resulta responsable de ello, lo que per sí conlleva un reconocimiento al servicio que la misma apresta, así como también una exhortación a cumplir con tal responsabilidad a los fines evitar procesos como el sancionatorio presente.

2.20. Cargo Nº 20.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (INTERCONTINENTAL DRILLING SERVICES IDS LTDA.)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Santa Cruz.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)
>
> *a) Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el período de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando,*

*la Nota de Debito N°PEN-**0329** de 28 de diciembre de 2011 corresponde a los periodos enero/2011 - febrero/2011 - marzo/2011 – abril/2011.*

b) La denuncia de 28 de diciembre de 2011, presentada contra (…) Intercontinental Drilling Services IDS Ltda, tiene características idénticas a la denuncia presentada el 28 de diciembre de 2011, contra (…) Ajinomoto del Perú Sucursal Bolivia, que se manifiesta inclusive en el error del mes de aporte apropiado (julio/2011)

c) Se advierte demora en la tramitación de la causa (…) hecho evidenciado del cuaderno de investigación y último actuado procesal, desconociendo (…) que la carga (…) de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.

d) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia (…) Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra (…) de Intercontinental Drilling Services IDS Ltda, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0329**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011(…)*

- *(…) en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-**0329** (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.981.71 correspondiente al periodo enero/2011 - febrero/2011 - marzo/2011 – abril/2011) (…)*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados.*

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013.*

- *(…) suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna (…)*

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria (…) nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- *Las denuncias tienen características idénticas debido a que, dado el cúmulo de denuncias generadas mes a mes, se ha generado un modelo que refleja la figura del delito y la relación de los hechos, que dada las características de la Apropiación Indebida de Aportes es similar para todos los casos y las mismas reunen* (sic) *los requisitos exigidos por el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal.*

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la subsanación de la inconsistencia de la denuncia, a la inexistencia de declaraciones del denunciante y del denunciado, a los plazos procesales inexistentes, y al carácter cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.19.1 (inherente al cargo N° 19), 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.2.2 (inherente al cargo N° 2) y 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.20.1. Identidad de denuncias.-

Señala la recurrente, que:

"…*Las denuncias* -una contra Intercontinental Drilling Services IDS Ltda. y la otra contra Ajinomoto del Perú Sucursal Bolivia- *tienen características idénticas debido a que* (…) *se ha generado un modelo que refleja la figura del delito y la relación de los hechos, que dada las características de la Apropiación Indebida de Aportes es similar para todos los casos y las mismas reunen* (sic) *los requisitos exigidos por el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal…*"

Toda vez que tal similitud no puede, en sí misma, conllevar infracción alguna, es pertinente revisar la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, para con ello establecer que:

"…*El argumentar que se trabajó un "modelo de denuncias penales" debido a la cantidad de denuncias generadas mes a mes, no es suficiente para justificar la falta de cuidado en el PP como aconteció, presentando denuncias idénticas* ***inclusive en el error del periodo apropiado*** *(**julio/2011**), cuando la AFP tiene la obligación de llevar adelante los PP, con*

diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065…"

Toda vez que del extremo irregular ya era conocedora **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** a tiempo de la imposición del cargo mismo (nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012), se extraña la inexistencia de un justificativo real que lo enerve, toda vez que lo manifestado por la recurrente se limita a explicar su procedimiento de elaboración de denuncias, más no el justificativo al error que le ha imputado el Ente Regulador, por lo que en definitiva, se constata la inexistencia de alegato válido, determinando la subsistencia del cargo impuesto y sancionado a este respecto.

2.21. Cargo Nº 21.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CAJA PETROLERA DE SALUD)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *inconsistencia en los términos de la denuncia* (…) *señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de junio/2011, cuando, la Nota de Debito N°PEN-**0245** de 25 de noviembre de 2011 corresponde a los períodos abril/2011 – mayo/2011.*

b) (…) *demora en la tramitación de la causa por parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, el informe del investigador* (…) *y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde* (…) *a la parte acusadora y no a la defensa.*

c) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración (…) *no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia, cuando en su condición de denunciante tiene la obligación de cumplir con esta diligencia. Tampoco* (…) *gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 25 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *de la Caja Petrolera de Salud* (…) *señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0245**) que se acompaña es por el mes de junio de 2011* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0245 (de 25 de noviembre de 2011, por la suma de Bs.1.086.64 correspondiente a los periodos abril/2011 – mayo/2011* (…)

- *Por Informe de 3 de enero de 2012* (…) *el asignado al caso* (…) *señaló: "hasta la conclusión del presente informe no se hicieron presente en estas dependencias para coadyuvar y ampliar la denuncia para continuar con las investigaciones* (…) *solo se cuenta con la documentación presentada por el denunciante* (…)

- *Por decreto de 31 de julio de 2012, el Fiscal (…) dispone por secretaria se extienda fotocopias legalizadas solicitadas por la Administradora…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados.*

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013.*

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *…los delitos previsionales son a instancia de parte* (…) *criterio* (…) *incorrecto debido a que el artículo 17 del CPP dispone que* (…) *se produce cuando* ***se formule la denuncia*** (…)

  …BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…) *el artículo 287 del CPP determina que "El denunciante no será parte del proceso y NO INCURRIRÁ EN RESPONSABILIDAD ALGUNA* (…) *el artículo 289 determina que presentada la denuncia ante la Fiscalía, es el Fiscal el que dirigirá la investigación.*

  …no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013

  Esta Administradora presentó la denuncia (…) *pidiéndole al Fiscal que* (…) *requiera del denunciado y de otras autoridades* (…) *información relacionada al delito denunciado.*

  …en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

  En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la subsanación de la inconsistencia de la denuncia, a los plazos procesales inexistentes, a la inexistencia de actividad probatoria, a la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.19.1 (inherente al cargo N° 19), 2.2.2 (inherente al cargo N°

2), 2.1.3 (inherente al cargo N° 1), 2.11.1 (inherente al cargo N° 11) y 2.19.2 (nuevamente inherente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 21 que resulte por el presente desatendido.

2.22. Cargo Nº 22.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (SERVICIOS ESPECIALES SAN ANTONIO)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando, la Nota de Debito N°PEN-**0421** de 28 de diciembre de 2011 corresponde al periodo marzo/2011.*

b) La denuncia de 28 de diciembre de 2011, presentada en contra de (…) *Servicios Especiales San Antonio S.A., tiene características idénticas a las denuncias presentadas en contra de Pedro Pablo Hinojosa Flores representante legal de Intercontinental Drilling Services IDS Ltda, y en contra de Kiyoshi Adachi Endo representante legal de Ajinomoto del Perú Sucursal Bolivia, similitud que se manifiesta inclusive en el periodo señalado (erróneamente) como apropiado (julio de 2011).*

c) (…) *demora en la tramitación de la causa* (…) *evidenciado en el cuaderno de investigación, el informe del investigador* (…) *y el último actuado procesal.*

d) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia, cuando en su condición de denunciante tiene la obligación de cumplir con esta diligencia. Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de* (…) *Servicios Especiales San Antonio S.A., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0421**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011,* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0421 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.892.62 correspondiente al periodo marzo/2011* (…)

- *Por Informe de 09 de febrero de 2012,* (…) *el asignado al caso* (…) *señaló: "el denunciante no se hizo presente en estas dependencias para coadyuvar y proseguir con las investigaciones se solicita que el Sr. Fiscal requiera lo que por ley corresponde…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados.*

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

- *Las denuncias tienen características idénticas debido a que, dado el cúmulo de denuncias generadas mes a mes, se ha generado un modelo que refleja la figura del delito y la relación de los hechos* (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *Los delitos previsionales son a instancia de parte y el artículo 17 del CPP dispone que "se entiende que la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** (…)

…BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…)

Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que (…) *requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.*

…correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

  En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la subsanación de la inconsistencia de la denuncia, la inexistencia de declaraciones del denunciante y del denunciado, la identidad de denuncias, la inexistencia de actividad probatoria, la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.19.1 (inherente al cargo N° 19, 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.20.1 (inherente al cargo 20), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1), 2.11.1 (inherente al cargo N° 11) y 2.19.2 (inherente nuevamente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo N° 22 que resulte por el presente desatendido.

2.23. Cargo Nº 23.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (JUEGOS Y CENTROS DE ENTRETENIMIENTO BAHITI S.A.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que señala que conforme a la Nota de Debito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Débito N°PEN-**0319** de 28 de diciembre de 2011 corresponde al periodo abril/2011 – mayo/2011.*

b) Las denuncias presentadas en fecha de 28 de diciembre de 2011, contra (…) *Juegos y Centros de Entretenimiento Bahiti S.A.,* (…) *Servicios Especiales San Antonio S.A.,* (…) *Intercontinental Drilling Services IDS Ltda, y* (…) *Ajinomoto del Perú Sucursal Bolivia, tienen características idénticas, inclusive en el error del mes apropiado (julio/2011).*

c) (…) *demora en la tramitación de la causa por parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.*

d) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia (…) *Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de* (…) *Juegos y Centros de Entretenimiento Bahiti S.A.* (…) *señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0319**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0319 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.337.61 correspondiente al periodo abril/2011 – mayo/2011…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

- *La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados.*

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

- *Las denuncias tienen características idénticas debido a que, dado el cúmulo de denuncias generadas mes a mes, se ha generado un modelo* (…) *que dada las características de la Apropiación Indebida de Aportes es similar para todos los casos* (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *Los delitos previsionales son a instancia de parte y el artículo 17 del CPP dispone que "se entiende que la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** (…)

Cabe recordar que BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…)

Esta Administradora presentó la denuncia (…) *pidiéndole al Fiscal que* (…) *requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.*

En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (…) *correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba* (…)

- *La acción penal ha sido desistida por cancelación de la deuda.* (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la subsanación de la inconsistencia de la denuncia, la inexistencia de declaración del denunciante, la identidad de denuncias, la inexistencia de actividad probatoria, la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.19.1 (inherente al cargo N° 19, 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.20.1 (inherente al cargo 20), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1), 2.11.1 (inherente al cargo N° 11) y 2.19.2 (inherente nuevamente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo N° 23 que resulte por el presente desatendido.

2.24. Cargo Nº 24.-

"***…Empleador:*** *Representante Legal (INSTITUTO COOPERATIVA EDUCACIONAL AMADEO MOZART)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

*a) (…) inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Débito N°PEN-**0289** de 28 de diciembre de 2011 corresponde al periodo febrero/2011 – junio/2011.*

b) Las denuncias presentadas en fecha de 28 de diciembre de 2011, contra Clelia Glady Ruiz representante legal del Instituto Cooperativa Educacional Amadeo Mozart, Juan Miguel Zambrana representante legal de Juegos y Centros de Entretenimiento Bahiti S.A., Walter Robles Muñoz representante legal de Servicios Especiales San Antonio S.A., Pedro Pablo Hinojosa Flores representante legal de Intercontinental Drilling Services IDS Ltda, y Kiyoshi Adachi Endo representante legal de Ajinomoto del Perú Sucursal Bolivia, tienen características idénticas, inclusive en el error del mes apropiado (julio/2011).

c) (…) demora en la tramitación de la causa por parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.

d) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia (…) Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra (…) del Instituto Cooperativa Educacional Amadeo Mozart, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0289**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011 (…)*

- *(…) en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0289 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.583.68 correspondiente al periodo febrero/2011 – junio/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro..."*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La observación respecto a los periodos fue subsanada, con la presentación de un memorial aclaratorio que consta en obrados.

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013 y corregido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 890-2013.*

- *Las denuncias tienen características idénticas debido a que, dado el cúmulo de denuncias generadas mes a mes, se ha generado un modelo que refleja la figura del*

delito y la relación de los hechos, que dada las características de la Apropiación Indebida de Aportes es similar para todos los casos y las mismas reunen (sic) *los requisitos exigidos por el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal.*

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

  Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

  El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

  - *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***<u>no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago</u>***."

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

  - *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

  - (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

  - *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

  … desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

  … a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1 (…)

  A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

  La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *Los delitos previsionales son a instancia de parte y el artículo 17 del CPP dispone que "se entiende que la instancia de parte se produce cuando* ***se formule la denuncia*** (…)

  Cabe recordar que BBVA Previsión AFP S.A se apersona como DENUNCIANTE (…)

  Esta Administradora presentó la denuncia (…) *pidiéndole al Fiscal que* (…) *requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.*

  En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (…) *correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba* (…)

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

  En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la subsanación de la inconsistencia de la denuncia, la inexistencia de declaración del denunciante, la identidad de denuncias, la inexistencia de actividad probatoria, la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.19.1 (inherente al cargo N° 19, 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.20.1 (inherente al cargo 20), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1), 2.11.1 (inherente al cargo N° 11) y 2.19.2 (inherente nuevamente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo N° 24 que resulte por el presente desatendido.

2.25. Cargo Nº 25.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO MUNICIPAL DE SANTA CRUZ)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

La AFP se limitó a remitir a la APS fotocopia del memorial de solicitud de búsqueda del

cuaderno de investigación en la Fiscalía, por lo que, se evidencia el extravió o perdida (sic) *del mismo, se advierte que la Administradora no cuenta con copia de los antecedentes del caso para llevar un diligente seguimiento y control en el proceso penal* (…)

Antecedentes:

Por memorial de 2 de agosto de 2012 (…) *la AFP solicitó la búsqueda del cuaderno de investigación*…"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La Autoridad de Pensiones pareciera insinuar que la "culpa" del extravío del cuaderno de investigación es de la Administradora; cosa que no es correcta toda vez que la dirección del proceso le corresponde a la Fiscalía.*

- *La APS manifiesta que la Administradora no contaba con copia de los actuados, pero al señalar el listado de documentos que nos solicitó al momento de plantear los cargos está expresado que existen copia de cada uno de los movimientos procesales, lo que por sí solo desvirtúa la falta señalada.*

- (…) *La paralización de la causa es consecuencia del extravío del cuaderno de investigación, lo cual no es responsabilidad de esta Administradora.*

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora…"

Con respecto al alegato referido al estado cancelado de la obligación, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), por lo que corresponde remitirse al mismos a los fines de tenerlo por ratificado para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender los alegatos no considerados.

2.25.1. Responsabilidad por el extravío del cuaderno de investigación.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, deja constancia que:

"…*La APS en ningún momento insinuó o insinúa que el extravió del cuaderno de investigación es imputable a la Administradora, se observa la falta de control que dio lugar a la paralización del PP y consiguiente perjuicio, que se advierte de manera incuestionable del cuaderno de investigaciones, puesto que de las actuaciones, en orden cronológico se tiene que en fecha <u>31 de enero de 2012</u> se emite un informe de parte del investigador asignado al caso, posteriormente, no existe actuado alguno, hasta que en*

fecha 02 de agosto de 2012 el denunciante solicita la búsqueda del cuaderno de investigación, para concluir con el memorial de 10 de diciembre de 2012, mediante el cual (la AFP) pide fotocopias de todos los obrados, habiéndose encontrado el cuaderno de investigación.

El hecho de que el Fiscal este a cargo de la dirección funcional de la investigación, no es un eximente de las obligaciones que debe cumplir la AFP en el PP, consecuentemente, si el cuaderno de investigación se extravía debe solicitar a la autoridad Fiscal su búsqueda inmediata o su reposición, y no permitir la paralización del mismo por más de trescientos treinta (330) días, como aconteció en el presente caso…"

Del tenor anterior, se concluye que el descontrol por el que pretende sancionarse a, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, está referido a no haberse inmediatamente a su extravío, reclamar la búsqueda del cuaderno de la investigación, extremo que evidentemente denota negligencia cuando se señalan haber sido trescientos treinta días en los que la ahora recurrente no tomó iniciativa alguna para exigir se ponga a la vista el cuaderno señalado.

No obstante y dando razón a la susceptibilidad de la recurrente, conforme a la nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012**,** el cargo le ha sido impuesto por haberse limitado "*a remitir a la APS fotocopia del memorial de solicitud de búsqueda del cuaderno de investigación en la Fiscalía, por lo que, se evidencia el extravió o perdida* (sic) *del mismo*".

Así expuesto el cargo, genera confusión sobre cuál es la infracción concreta: si haber remitido sólo una fotocopia del memorial de solicitud de búsqueda, o por el extravío del cuaderno de investigación que se evidenció de aquella fotocopia.

Cuando el Ente Regulador afirma que "*La APS en ningún momento insinuó o insinúa que el extravió del cuaderno de investigación es imputable a la Administradora*", queda claro que no es ninguna de las dos opciones supra señaladas, aquella que se constituya en la conducta infractora.

La conducta sancionable, y que recién ahora lo saca a relucir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, está referida a "*la falta de control que dio lugar a la paralización del PP y consiguiente perjuicio*", sólo que, en medio de la confusión precitada que sale de la nota de cargos, no se hace referencia alguna a tal conducta.

Demás está señalar que, la notificación del cargo constituye la base del proceso sancionatorio, tan trascendental que hace por sí misma la etapa inicial del proceso (Art. 82° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo), de manera tal que los fallos ulteriores (como lo son las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013 y APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013) se habrán de limitar al mismo, en una expresión propia del principio de congruencia, que a su incumplimiento, sólo puede determinar la infracción al derecho de defensa (Art. 115°, Par. II, Const. Pol. del Estado), tal cual ha sucedido dentro del de autos.

Así, mediante el cargo se ha imputado a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con el cargo referido a "*remitir a la APS fotocopia del memorial de solicitud de búsqueda del cuaderno de investigación en la*

Fiscalía, por lo que, se evidencia el extravió o perdida (sic) *del mismo*", entonces, la misma ha debido oponer sus defensas contra lo mismo, y sin embargo, lo que bien a sancionar el Ente Regulador es una cosa distinta: "*la falta de control que dio lugar a la paralización del PP y consiguiente perjuicio*".

A este respecto, no está demás reproducir lo que el Tribunal Constitucional (actual Tribunal Constitucional Plurinacional) ha establecido con respecto al debido proceso, por cuanto dentro de la órbita del mismo y en la búsqueda de un orden justo, el derecho de defensa -como todas las restantes garantías jurisdiccionales- debe ser necesariamente respetado, como uno de los "*derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes*" (Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010).

En definitiva, la actuación de la Autoridad recurrida, ha viciado de nulidad al proceso en cuanto al cargo N° 25.

Visto ello además, el alegato referido a que "*La paralización de la causa es consecuencia del extravío del cuaderno de investigación, lo cual no es responsabilidad de esta Administradora*" deja de tener trascendencia, máxime cuando el Ente Regulador ha señalado que "*La APS en ningún momento insinuó o insinúa que el extravió del cuaderno de investigación es imputable a la Administradora*", determinando no ser un extremo controvertido y no ameritando mayor consideración al respecto.

2.25.2. Fotocopias de los antecedentes.-

A tiempo de la imputación del cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha advertido que "*la Administradora no cuenta con copia de los antecedentes del caso para llevar un diligente seguimiento y control en el proceso penal*" (después amplía el criterio: "*Es menester enfatizar que la Administradora tiene que contar con copias de los antecedentes de cada caso o proceso judicial para llevar un diligente seguimiento y control, hecho que no aconteció en el presente caso*").

Sobre los alcances de tal exigencia, la recurrente no ha manifestado oposición alguna, y más bien, al alegar que "*al señalar el listado de documentos que nos solicitó al momento de plantear los cargos está expresado que existen copia de cada uno de los movimientos procesales, lo que por sí solo desvirtúa la falta señalada*" la ha admitido plenamente.

Por tanto, corresponde aquí rescatar lo señalado por el Ente Regulador en la Resolución ahora recurrida:

> "…*el envío de las fotocopias del cuaderno de investigación fue a través de la nota CITE PREV–COB-491/12/2012* ***de fecha 18 de diciembre de 2012****, que señala: "Se acompaña copia del memorial de búsqueda del proceso y* ***habiéndose encontrado el cuaderno de investigaciones, se solicitó copia de actuados****. (Se adjunta copia del memorial). (Se adjunta las copias del proceso)"* (…)

De lo expuesto se deduce y concluye de manera incuestionable que la AFP no contaba con copias de los actuados procesales, puesto que remitió a la APS fotocopias del cuaderno de investigación (en fecha 18 de diciembre de 2012), una vez que la Fiscalía le otorgó las mismas, no antes…"

Ratificando el criterio del numeral anterior, en sentido de que la notificación de cargos a este respecto, adolece de claridad, no escapa a lo mismo la observación a la inexistencia de fotocopias en poder de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por cuanto, de la lectura de la nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012, no se puede determinar si tal advertencia hace a la conducta infractora, o si simplemente es una amonestación complementaria a la verdadera imputación.

En todo caso, visto la determinación final del suscrito respeto al cargo 25, el extremo, si bien pierde en trascendencia, en cambio debe tenerse en cuenta, tanto por el Administrador como por el administrado, para futuras actuaciones que correspondan.

26. Cargo Nº 26.-

"…***Empleadores:*** *Representante Legal (GOBIERNO MUNICIPAL DE MONTERO)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.*
Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *La AFP se limitó a remitir a la APS fotocopia del memorial de solicitud de búsqueda del cuaderno de investigación en la Fiscalía, por lo que, se evidencia el extravió o perdida* (sic) *del mismo. Por otro lado, se advierte que la Administradora no cuenta con copia de los antecedentes del caso para llevar un diligente seguimiento en el proceso penal, conllevando perjuicio en la tramitación oportuna de la causa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 2 de agosto de 2012, presentado y recepcionado en la misma fecha en la Fiscalía, la AFP solicitó la búsqueda del cuaderno de investigación…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

- *La Autoridad de Pensiones pareciera insinuar que la "culpa" del extravío del cuaderno de investigación es de la Administradora; cosa que no es correcta toda vez que la dirección del proceso le corresponde a la Fiscalía.*

- *La APS manifiesta que la Administradora no contaba con copia de los actuados, pero al señalar el listado de documentos que nos solicitó al momento de plantear los cargos está expresado que existen copia de cada uno de los movimientos procesales, lo que por sí solo desvirtúa la falta señalada.*

- *Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP*

requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.

La paralización de la causa es consecuencia del extravío del cuaderno de investigación, lo cual no es responsabilidad de esta Administradora.

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

  En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la oscuridad del cargo imputado, a la responsabilidad de la recurrente en cuanto al extravío del cuaderno de la investigación, a la existencia de copias y el estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.25.1 y 2.25.2 (inherentes al cargo N° 25), y 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), por lo que corresponde remitirse al mismos a los fines de tenerlo por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 26 que resulte por el presente desatendido.

2.27. Cargo Nº 27.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (E.M.A.V.R.A.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal –* ***Cochabamba.***
Fiscalía: *Fiscalía de Cochabamba.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Debito* (…) *corresponde al mes de julio/2011, cuando, la Nota de Debito N°PEN-**0395** de 28 de diciembre de 2011 corresponde a los periodos febrero/2011 – marzo/2011 - abril/2011 - mayo/2011 - julio/2011.*

b) (…) *demora en la tramitación de la causa y falta de actividad probatoria por parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa, aspecto considerado por el Fiscal para el rechazo de la denuncia, resolución que tampoco ha sido objetada ante el Fiscal superior conforme a procedimiento* (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de* (…) *E.M.A.V.R.A* (…), *señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0395**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0395 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.7.958.61 correspondiente a los periodos febrero/2011 – marzo/2011 - abril/2011 - mayo/2011 - julio/2011)* (…)

- *Por Resolución de 12 de abril de 2012, el* (…) *Fiscal de Materia, señala* (…)*: "existe un completo abandono de la causa por la parte quien pese a haberse constituido en querellante no se apersonó en este despacho fiscal a objeto de poder coadyuvar con la presente investigación pese a que según lo establecido por el art. 6 en su tercer parágrafo del CPP la carga de la prueba le corresponde a la parte querellante" (sic). Por lo que rechaza la denuncia…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La denuncia fue presentada cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP conteniendo, en lo posible, los elementos que puedan conducir a la comprobación del delito. La observación respecto a los periodos no pudo subsanarse porque la misma fue rechazada por el Fiscal de Materia (No siendo este el motivo del rechazo).*

- *En este caso, tratándose de una deuda presunta deficultó* (sic) *acompañar elementos de prueba del delito y en cuanto a la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen.*

Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.

En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

Asimismo, es importante aclarar que esta Administradora dio inicio al proceso como DENUNCIANTE (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *Ante el rechazo de la denuncia por parte del Fiscal de Materia se presentó la Objeción correspondiente, dentro del plazo y de acuerdo a lo determinado en el Código de Procedimiento Penal, por lo tanto la APS no puede sancionar ninguna negligencia y es incorrecta su forma de valorar la diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad, dado que el artículo 149 en el inciso v) define prestar "Los Servicios" con diligencia, prontitud y eficiencia, pero no se refiere específicamente a las diligencias judiciales.*

La notificación con la resolución del rechazo de la denuncia es notificada cuando el Fiscal lo dispone y la diligencia procesal de notificación se ejecuta, por lo tanto no puede la APS indilgar responsabilidad a esta Administradora respecto a que no se notificó antes.

…el procedimiento penal se rige por su norma específica, el Código de Procedimiento Penal.

- (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inconsistencia en los términos de la denuncia, a la inexistencia de actividad probatoria, a la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa

preliminar del Proceso Penal, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.1 y 2.1.3 (inherentes al cargo N° 1), 2.11.1 (inherentes al cargo N° 11) y 2.19.2 (inherentes al cargo N° 19), por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

Sin embargo de ello y acerca de la mención que sale en el Recurso Jerárquico, en sentido de que "*la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen*", de la revisión del expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no consta referencia, sugerencia o instrucción alguna, en sentido se fuerce la producción de la prueba hacia campos imaginarios; más por el contrario, la vigencia del artículo 171° de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal) importa la amplia posibilidad de ofrecer y producir elementos de prueba legítima, y no limitarse a aquella que le resulte *prima facie* al interesado, todo dentro del campo de la legitimidad que es exigible.

Por otra parte, se ha considerado lo ampliamente repetido por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en sentido de haber experimentado dificultades para el ofrecimiento y producción de su prueba, por las circunstancias a las que también ha hecho reiterada referencia en su Recurso Jerárquico, empero en ningún caso ha señalado que lo mismo le hubiera resultado imposible, dando por tanto plena aplicabilidad en su caso, al precitado artículo 171°,

Es pertinente ahora, pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.27.1. Objeción al rechazo de la denuncia.-

De la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013 (confirmatoria), se conoce que en opinión del Ente Regulador:

> "…*conforme al artículo 305 del CPP, con carácter previo a la "objeción a la resolución de rechazo" las partes deben ser notificadas, en la especie la Resolución de Rechazo de Denuncia es de fecha* ***12 de abril de 2012*** *y el denunciante recién se notifica con dicha Resolución adversa en fecha* ***13 de noviembre de 2012****, y presenta su memorial de objeción el 20 de noviembre de 2012, cuando pudo notificarse oportunamente y no permitir la paralización del PP por más de doscientos (200) días como aconteció, no obstante de que el Fiscal por requerimiento de 15 de agosto de 2012, le advierte de dicho extremo al señalar* ***"estése a la resolución de rechazo****…*"

Ante ello, el Recurso Jerárquico tiene las apreciaciones siguientes:

- "…*Ante el rechazo de la denuncia* (…) *se presentó la Objeción correspondiente, dentro del plazo y de acuerdo a lo determinado en el Código de Procedimiento Penal*…"

- "…*La notificación con la resolución del rechazo de la denuncia es notificada cuando el Fiscal lo dispone y la diligencia procesal de notificación se ejecuta, por lo tanto no puede la APS indilgar responsabilidad a esta Administradora respecto a que no se notificó antes*…"

Entonces, en cuanto a la oportunidad de la objeción al rechazo, el mismo se encuentra interpuesto dentro de término, según lo señala **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, extremo no desmentido por el Ente Regulador sino más bien confirmado cuando señala que "*el denunciante recién se notifica con dicha Resolución adversa en fecha **13 de noviembre de 2012**, y presenta su memorial de objeción el 20 de noviembre de 2012*", haciendo a la observación actual el retraso en la notificación, cual fundamento para mantener su imputación y sanción.

No obstante, hace al cargo la imputación en sentido de que la ahora recurrente, no ha objetado "*ante el Fiscal superior conforme a procedimiento*" la Resolución de Rechazo de la denuncia.

Contrariamente a ello, se conoce que evidentemente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** sí ha objetado tal rechazo, por lo que en esos términos, el cargo ha sido desvirtuado sin que sea trascendente para ello, la demora en la notificación previa, conforme lo ha señalado el Ente Regulador, por cuanto ello no hace a la imputación.

Aun así, debe tenerse presente que al cargo lo conforman varios alegatos, y que el referido en el presente numeral es uno de los varios, los que en su conjunto son los que determinaron las características de la sanción impuesta, y que por tanto, si bien no se ha desvirtuado el cargo en su integridad, el mismo corresponde ser revisado.

2.28. Cargo Nº 28.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (E.M.A.V.R.A.)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Cochabamba.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Cochabamba.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** *La conducta antijurídica de la AFP se vio expresada con los siguientes hechos:*
>
> *a) La denuncia de 24 de enero de 2012, presentada en contra de Daniel Franco Oporto representante legal de E.M.A.V.R.A., se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 28 de diciembre de 2011, denuncias que sólo se diferencian en el periodo apropiado.*
>
> *b) (…) demora en la tramitación de la causa y falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, informes del investigador asignado al caso y el último actuado procesal.*
>
> *c) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia (…) Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.*
>
> ***Antecedentes:***
>
> - *Por memorial de 24 de enero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de (…) E.M.A.V.R.A. (…) señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito*

*(N°PEN-**0488** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.1.615.13 correspondiente al periodo agosto/2011)* (…)

- *Por informe de 29 de febrero de 2012,* (…) *el investigador* (…) *señaló: "a la fecha nadie se apersonó por estas dependencias, menos el denunciante (AFP), motivo por la cual no fue posible obtener mayores elementos de convicción sobre el hecho denunciado, por lo que se presume abandono de la denuncia por parte del denunciante* (…)

- *Por informe de 19 de abril de 2012* (…) *el investigador* (…) *señaló:* "(…) *es importante contar con la presencia del mismo* -se refiere al representante legal de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**- *para coordinar y coadyuvar con la investigación* (…) *sin embargo hasta la fecha nadie se ha hecho presente en esta División para este efecto, motivo por el cual no se ha realizado ninguna actuación policial…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado* (…) *debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito, de forma consecutiva, como aconteció,* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos* (…) *en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

  Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

  El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando "**en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención**."* (…)

  - *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago**."*

  Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

  - El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador (…)

  - (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

  - En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

  … desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

  … a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

  A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

  - (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *La acción penal se encuentra desistida por cancelación de la deuda.* (…)

…ante la presión que ejerce el proceso penal contra el empleador y las gestiones que permanentemente se van haciendo para que el mismo cancele su deuda ante el SIP, en el presente caso (…) *se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal.*

…esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de declaración del denunciante, a los plazos procesales inexistentes, a la inexistencia de actividad probatoria, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.2.2 (inherente nuevamente al cargo N° 2), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1) y 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 28 que resulte por el presente desatendido.

2.29. Cargo Nº 29.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (E.M.A.V.R.A.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Cochabamba.*
Fiscalía: *Fiscalía de Cochabamba.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 15 de febrero de 2012 presentada contra de Daniel Franco Oporto representante legal de E.M.A.V.R.A., se trata de la tercera (3) denuncia, existiendo otras anteriores (…)

b) Se advierte demora en la tramitación de la causa y falta de actividad probatoria (…) *hecho evidenciado del cuaderno de investigación, informes del investigador asignado* (…) *y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde* (…) *a la parte acusadora.*

c) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración (…) *Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración* (…)

Antecedentes:

- *Por memorial de 15 de febrero de 2012, la AFP, presenta denuncia en contra de* (…) *de E.M.A.V.R.A* (…) *señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0722** de 15 de febrero de 2012, por la suma de Bs.397.93 correspondiente al periodo septiembre/2011)* (…)

- *Por informe de 11 de abril de 2012*(…) *el Pol.* (…) *investigador asignado al caso, señaló "el señor denunciante (AFP) hasta la fecha no se hizo presente en estas oficinas* (…) *a objeto de prestar su declaración informativa policial, coordinar con la investigación y aportar mayores elementos de convicción (prueba) al hecho denunciado*…"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser* (…) *debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…*la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos* (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal, desconociendo lo previsto en el artículo 149 v) de la Ley 065". Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…*la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales"* (…)

- (…) *la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador, considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna* (…)

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- *APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *En relación al representante legal del Empleador y su citación a declarar, el Sr. Daniel Franco Oporto estaba registrado con esa condición y por lo tanto se emitio la citación contra él, debido a que el Empleador no cumplió con su obligación de actualizar los datos ante esta Administradora. Ni bien se identificó al Sr. José Vicente Claros Raminez* (sic) *como nuevo representante legal del Empleador, se lo tomó en cuenta a los efectos procesales que corresponden.*

- *La acción penal se encuentra desistida por cancelación de la deuda.* (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

  En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de declaración del denunciante, a los plazos procesales inexistentes, a la inexistencia de actividad probatoria, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.2.2 (inherente nuevamente al cargo N° 2), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1) y 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, siendo pertinente pasar a evaluar y atender el alegato no considerado.

2.29.1. Inexistencia de declaración del denunciado.-

La ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, señala que:

> "…*En cuanto a la declaración informativa del imputado, el 09 de noviembre de 2012 recién se emitió una Orden de Citación, cuando la denuncia data de fecha 15 de febrero de 2012, hecho que también demuestra falta de diligencia de parte del regulado. Además, la Orden de Citación se dirige al imputado Daniel Franco Oporto, empero, conforme a la representación de 16 de noviembre de 2012, el prenombrado cesó funciones tres (3) años atrás, siendo el actual "Gerente" José Vicente Claros Ramírez*…"

A ello y en Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** explica:

> "…*En relación al representante legal del Empleador y su citación a declarar, el Sr. Daniel Franco Oporto estaba registrado con esa condición y por lo tanto se emitio la citación contra él, debido a que el Empleador no cumplió con su obligación de actualizar los datos ante esta Administradora. Ni bien se identificó al Sr. José Vicente Claros Raminez* (sic) *como nuevo representante legal del Empleador, se lo tomó en cuenta a los efectos procesales que corresponden*…"

La declaración anterior evidencia que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, a tiempo de la interposición de la denuncia, no tenía actualizada su Base de Datos de Empleadores registrados al Sistema Integral de Pensiones, en el tenor de su alegato, porque el Empleador "*no cumplió con su obligación de actualizar los datos ante esta Administradora*", sin embargo, no señala que acciones le incumbieron para de su parte, tener actualizada tal Base de Datos, así como si recurrió a alguna fuente pública de información, de manera tal que no obstante ello, quienes eran exactamente los representantes legales y entre qué fechas.

En tal sentido, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** no tuvo en cuenta a tiempo de presentar la denuncia, que conforme al artículo 118º (*Modificaciones al Código Penal* en cuanto a la incorporación de los delitos previsionales), penúltimo párrafo, de la Ley Nª 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), "*A los efectos de la aplicación del presente Artículo, si el Empleador fuere una persona jurídica, serán responsables la persona o personas individuales que funjan como representantes legales en el periodo en el que se tenía que cumplir con la obligación del pago de Contribuciones*…"

Por tanto, no es admisible que haciendo a la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, empero además considerando la trascendencia restrictiva de la libertad de locomoción que hace a la sanción penal y por tanto, debiéndose ejercer la acción penal con el absoluto cuidado que le es exigible.

El hecho de que en el transcurso de la investigación penal, por efecto de la representación de 16 de noviembre de 2012, -recién- hubiera asumido conocimiento la ahora recurrente, que el señor Daniel Franco Oporto "*había cesado en sus "funciones tres (3) años atrás, siendo el actual "Gerente" José Vicente Claros Ramírez*", demuestra que le era posible conocer con antelación, si es que para ello hubiera impulsado las gestiones pertinentes, conocer el nombre de la persona en concreto contra quien debió haber dirigido la denuncia; lo contrario ha importado no haber podido ejercer la acción penal oportunamente por deberse aún, esclarecerse el extremo.

Entonces, cuando hace al cargo que "*Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración*", debe concluirse en la subsistencia del mismo y el carácter infundado del alegato en su contra, a efectos del rechazo de este último.

2.30. Cargo Nº 30.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (E.M.A.V.R.A.)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Cochabamba.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Cochabamba.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)
>
> *a) La denuncia de 16 de marzo de 2012, presentada contra* (…) *E.M.A.V.R.A., se trata de la cuarta (4) denuncia, existiendo otras anteriores* (…)
>
> *b)* (…) *al haber iniciado cuatro (4) denuncias penales* (…) *que sólo se diferencian en los períodos apropiados y montos, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento* (…) *y la persecución penal única* (…)
>
> *c) Se advierte demora en la tramitación de la causa y falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.*
>
> *d) El representante legal de la AFP* (…) *no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de cinco (5) meses desde la presentación de la denuncia* (…) *Tampoco* (…) *gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 16 de marzo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *de E.M.A.V.R.A., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1057** de 16 de marzo de 2012, por la suma de Bs.1.610.10 correspondiente al periodo enero/2011)* (…)

- *Por requerimiento de 26 de abril de 2012, el Fiscal, dispone se notifique al denunciante (AFP), a efectos de que presente todos los indicios, evidencias, documentos y otros respaldatorios a su denuncia, con el advertido de que en caso de no efectuarlo y de no existir suficientes elementos de prueba, se procederá conforme al art. 301 inc.2) del CPP…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…)*, se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde* (…) *una condición esencial del delito continuado es que debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal,* (…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal* (…) *Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/2013 ratificada por la R.A N° 206/2013* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- (…) *la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

- (…) *suponiendo un cronograma discrecionalmente definido por ese Órgano Fiscalizador,*

considerando días y plazos para las diligencias procesales penales, lo cual no está amparado por normativa alguna (…)

Por lo tanto, esa Autoridad sanciona arbitrariamente al valorar erróneamente el alcance del artículo 149 de la Ley de Pensiones (…) *el Código de Procedimiento Penal, el cual durante la Etapa Preparatoria* (…) *nunca impone ningún cronograma de tiempo para desarrollar dicha etapa procesal.*

El sancionador (…) *incorpora un nuevo criterio* (…) *señalando ERRÓNEAMENTE que* (…) *"las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de 20 días…". Al efecto, es necesario aclarar que el artículo continúa señalando* "***en el plazo máximo de 20 días de iniciada la prevención***." (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *La acción penal se encuentra desistida por cancelación de la deuda.* (…) *artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

  En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de declaración del denunciante, a los plazos procesales inexistentes, a la inexistencia de actividad probatoria, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.4 (inherente al cargo N° 1), 2.2.2 (inherente nuevamente al cargo N° 2), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1) y 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 30 que resulte por el presente desatendido.

2.31. Cargo Nº 31.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE TARIJA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal –* ***Tarija.***
Fiscalía: *Fiscalía de Tarija.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Debito N°PEN-**0468** de 28 de diciembre de 2011 corresponde a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 – abril/2011.*

b) (…) *falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación* (…) *la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 29 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0468**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011* (…)

- *El memorial de denuncia de 29 de diciembre de 2011, en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0468 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.572.75 correspondiente a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 – abril/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro* (…)

- *En fecha 08 de febrero de 2012, presta su declaración informativa policial, Ricardo Colodro, en su calidad de Gerente Regional de AFP Previsión BBVA.*

- *En fecha 09 de abril de 2012, cursa Acta de Declaración del Imputado Lino Condori Aramayo representante legal del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija.*

- *Mediante memorial de 25 de julio de 2012, la Administradora, solicita fotocopias del cuaderno de investigación…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…La denuncia fue presentada cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP conteniendo, en lo posible, los elementos que puedan conducir a la comprobación del delito. Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó* (sic) *ningún perjuicio a las partes ni al proceso.*

- *En este caso, tratándose de una deuda presunta deficultó* (sic) *acompañar elementos de prueba del delito y en cuanto a la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen.*

Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.

En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

Asimismo, es importante aclarar que esta Administradora dio inicio al proceso como DENUNCIANTE y NO COMO QUERELLANTE, como lo señala el Fiscal de Materia en el rechazo de la denuncia y lo avala la APS en su cargo.

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago***."

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *La acción penal se encuentra desistida por cancelación de la deuda.*

…artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.

En el presente caso se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal y esa gestión debe ser reconocida por la Autoridad de Pensiones como un acto procesal positivo de la Administradora, porque de lo contrario esa Autoridad estaría desvirtuando el objetivo del legislador al tipificar el delito y al establecer en el artículo 106 de la Ley 065 la cobranza judicial a través del proceso coactivo y/o del proceso penal…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inconsistencia de la denuncia, a la inexistencia de actividad probatoria, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.1 y 2.1.3 (inherentes al cargo Nº 1), y 2.19.2 (inherente al cargo Nº 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, dejando expresa constancia que la mención que sale del Recurso Jerárquico, acerca de que: "*Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó* (sic) *ningún perjuicio a las partes ni al proceso*", determina el reconocimiento de la recurrente, a la efectiva ocurrencia de la conducta después imputada y sancionada.

Aún es oportuno, reproducir lo supra señalado en el numeral 2.27 (al cargo Nº 27), cuando a la mención que sale en el Recurso Jerárquico, en sentido de que "*la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen*", de la

revisión del expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no consta referencia, sugerencia o instrucción alguna, en sentido se fuerce la producción de la prueba hacia campos imaginarios; más por el contrario, la vigencia del artículo 171° de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal) importa la amplia posibilidad de ofrecer y producir elementos de prueba legítima, y no limitarse a aquella que le resulte *prima facie* al interesado, todo dentro del campo de la legitimidad que es exigible.

En definitiva, no resta ningún alegato del cargo Nº 31 que resulte por el presente desatendido.

2.32. Cargo Nº 32.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE TARIJA)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Tarija.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Tarija.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)
>
> *a) La denuncia de 26 de junio de 2012, presentada contra de Lino Condori Aramayo representante legal del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 29 de diciembre de 2012, que sólo las diferencia el monto apropiado, la primera por Bs.1.572.75 y la segunda por Bs.1.719.54* (…)
>
> *b) La AFP al haber iniciado dos (2) denuncias penales (en distintas fechas), que sólo se diferencian en los montos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), y no ha considerado la aplicación de principios procesales* (…) *pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos montos apropiados indebidamente, motivo de la denuncia posterior.*
>
> ***Antecedentes:***
>
> - *Por memorial de 26 de junio de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1409** de 26 de junio de 2012, por la suma de Bs.1.719.54 correspondiente a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 – abril/2011) que se acompaña* (…)
>
> - *En fecha 10 de julio de 2012, presta su declaración informativa Ricardo Colodro, en su calidad de Gerente Regional de AFP Previsión BBVA.*
>
> - *En fecha 16 de julio de 2012, cursa Acta de Declaración del Imputado Lino Condori Aramayo representante legal del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

> "…*La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)
>
> *En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador*

GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *condición esencial del delito continuado es que debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal*(…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal* (…) *Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *En el Distrito Distrito* (sic) *Judicial de Tarija debido a la predisposición del Ministerio Público se pudo avanzar mucho más, ya que el proceso avanzó hasta que el Fiscal hizo la imputación formal contra el denunciado, el cual inmediatamente procedió a la cancelación de la deuda, determinando el desistimiento de la acción penal.*

  … en el artículo 106 de la Ley 065 que el legislador tipificó el delito penal como otro proceso judicial (además del Coactivo) para el cobro de las contribuciones en mora ante el Sistema Integral de Pensiones (SIP).

  … en el presente caso, como en muchos otros más, se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal.

  …Es importante que la Autoridad de Pensiones tome en consideración los desistimientos, ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales y esto es así para cumplir con los objetivos planteados en la Ley 065 de Pensiones…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo Nº 2) y 2.19.2 (inherente al cargo Nº 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 32 que resulte por el presente desatendido.

2.33. Cargo Nº 33.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (DIRECCIÓN DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN TARIJA)*

Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Tarija.*
Fiscalía: *Fiscalía de Tarija.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) (…) *inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Debito N°PEN-**0460** de 28 de diciembre de 2011 corresponde a los periodos mayo/2011 – junio/2011 – julio/2011.*

b) La AFP al haber iniciado dos (2) denuncias penales, que sólo se diferencian en los periodos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando pudo ampliar la primera denuncia (…)

c) (…) *demora en la tramitación de la causa y falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 29 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *de la Dirección Departamental de Educación de Tarija* (…) *señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0460**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011, lo que implica que de acuerdo a la ley,* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0460 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.510.68 correspondiente a los periodos mayo/2011 – junio/2011 – julio/2011)* (…)

- *En fecha 13 de febrero de 2012, presta su declaración informativa Ricardo Colodro, en su calidad de Gerente Regional de AFP Previsión BBVA…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La denuncia fue presentada cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP conteniendo, en lo posible, los elementos que puedan conducir a la comprobación del delito. Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó* (sic) *ningún perjuicio a las partes ni al proceso.*

- *La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales* (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *condición esencial del delito continuado es que debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal*(…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal* (…) *Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *En este caso, tratándose de una deuda presunta deficultó* (sic) *acompañar elementos de prueba del delito y en cuanto a la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen.*

Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.

En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

Asimismo, es importante aclarar que esta Administradora dio inicio al proceso como DENUNCIANTE (…)

- *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos penales se origina en la propia decisión de la Autoridad* (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador (…)

- (…) se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba (…)

- En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

… en el artículo 106 de la Ley 065 que el legislador tipificó el delito penal como otro proceso judicial (además del Coactivo) para el cobro de las contribuciones en mora ante el Sistema Integral de Pensiones (SIP).

… en el presente caso, como en muchos otros más, se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal.

…Es importante que la Autoridad de Pensiones tome en consideración los desistimientos, ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales y esto es así para cumplir con los objetivos planteados en la Ley 065 de Pensiones…"

Con respecto a los alegatos referidos a la inconsistencia de la denuncia, la ampliación de la denuncia, la inexistencia de actividad probatoria, y el estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.1.1 (inherente al cargo N°1), 2.2.1 (inherente al cargo N° 2), 2.1.3 (inherente nuevamente al cargo N° 1) y 2.19.2 (inherente al cargo N° 19), respectivamente, por lo que

corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, dejando expresa constancia que la mención que sale del Recurso Jerárquico, acerca de que: "*Con respecto al error de transcripción de los periodos entre el memorial y la Nota de Débito, fue subsanado y ese hecho que no ocacionó* (sic) *ningún perjuicio a las partes ni al proceso*", determina el reconocimiento de la recurrente, a la efectiva ocurrencia de la conducta después imputada y sancionada.

Aún es oportuno nuevamente, reproducir lo supra señalado en el numeral 2.27 (al cargo Nº 27), cuando a la mención que sale en el Recurso Jerárquico, en sentido de que "*la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen*", de la revisión del expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no consta referencia, sugerencia o instrucción alguna, en sentido se fuerce la producción de la prueba hacia campos imaginarios; más por el contrario, la vigencia del artículo 171° de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal) importa la amplia posibilidad de ofrecer y producir elementos de prueba legítima, y no limitarse a aquella que le resulte *prima facie* al interesado, todo dentro del campo de la legitimidad que es exigible.

En definitiva, no resta ningún alegato del cargo Nº 33 que resulte por el presente desatendido.

2.34. Cargo Nº 34.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (DIRECCIÓN DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN TARIJA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Tarija.*
Fiscalía: *Fiscalía de Tarija.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 26 de junio de 2012, presentada en contra de la Dirección Departamental de Educación de Tarija, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, 29 de diciembre de 2011.

b) La AFP al haber iniciado dos (2) denuncias penales, que sólo se diferencian en los periodos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando pudo ampliar la primera denuncia (…)

c) Se advierte falta de diligencia en la actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado en el cuaderno de investigación, desconociendo (…) *la carga material de la prueba* (…)

d) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de dos (2) meses desde la presentación de la denuncia (…) *Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 26 de junio de 2012, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *la Dirección Departamental de Educación de Tarija, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1407** de 26 de junio de 2012, por la suma de Bs.1.064.77 correspondiente a los periodos octubre/2011 – enero/2012)*…"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…La APS sostiene erróneamente que hubo error en no acumular los procesos penales (…)

En el presente caso del delito de "Apropiación Indebida de Aportes" no estamos hablando de UN MISMO HECHO, sino que cada incumplimiento por parte del Empleador GENERA UN NUEVO Y DIFERENTE HECHO (…)

La indivisibilidad de juzgamiento (…) *y la persecución penal única* (…) *se refiere a los casos de delitos continuados; lo que no corresponde ser considerado el delito de apropiación indebida de aportes* (…) *condición esencial del delito continuado es que debe existir "Unidad de Delito"* (…) *se da cuando diversas acciones con la misma resolución criminal*(…) *lesionan el mismo bien jurídico.*

No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares (…)

…la APS menciona que ampliar la denuncia por nuevos periodos (…) *no influirá negativamente en el desistimiento de la acción y SI QUE INFLUYE NEGATIVAMENTE porque el proceso no podrá desistirse* (…)

Vuelve a sostener la APS en el Informe N° 468/2013 "Pudo solicitar la ampliación de la denuncia", "las denuncias penales consecutivas es por falta de cuidado de la AFP" (…) *"El iniciar distintas denuncias penales en contra del mismo imputado por el mismo delito* (…) *posterga los efectos y fines que persigue el proceso penal* (…) *Sostuvo estos conceptos la Autoridad de Pensiones en el artículo 12 de la R.A. N° 26/* (…) *la Autoridad Superior ANULO ese artículo a través de la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

…la Administradora nunca violó "principios procesales y normas materiales" (…)

- *En este caso, tratándose de una deuda presunta deficultó* (sic) *acompañar elementos de prueba del delito y en cuanto a la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen.*

  Esta Administradora presentó la denuncia cumpliendo lo determinado en el artículo 285 del CPP, pidiéndole al Fiscal que cumpliendo lo determinado en el artículo 218 del CPP requiera del denunciado y de otras autoridades mencionadas en otrosíes de la denuncia, información relacionada al delito denunciado.

  En todo caso, en el marco de la Participación y Responsabilidad del Denunciante (Art. 287 del CPP), correspondía al Fiscal dar el impulso procesal y ordenar que se cumplan las diligencias de prueba solicitadas en el memorial de denuncia.

  Asimismo, es importante aclarar que esta Administradora dio inicio al proceso como DENUNCIANTE y NO COMO QUERELLANTE (…)

  - *La APS sanciona la imposibilidad de la Administradora de presentar documentación de prueba, cuando la deficiencia en la tramitación de los procesos*

penales se origina en la propia decisión de la Autoridad (…) *ese Órgano de Fiscalización había eliminado la "Declaración y No Pago" contemplada en el FPC del SSO, que nos permitía generar y comprobar la existencia de la deuda real por no pago (M1).* (…) ***no existirá la posibilidad de utilizar la Declaración de No Pago****."*

Esa circunstancia nos produjo múltiples inconvenientes (…)

- *El principal fue que la mora M2 no tipifica el ilícito de Apropiación Indebida de Aportes, ya que el artículo 345 Bis del Código Penal sanciona el incumplimiento del Empleador* (…)

- (…) *se nos hizo difícil conseguir los elementos de prueba* (…)

- *En los casos de Deuda Real por Defecto, Tipo M2, basta que el empleador presente documentación que acredite que efectuó el pago de los aportes para desvirtuar la denuncia* (…)

… desde el momento de plantear las primeras denuncias penales, cursamos a esa Autoridad de Pensiones diversas notas haciéndole conocer la situación (…)

… a partir de la Circular APS/DPC/188-2012 de fecha 05 de Diciembre de 2012 que aprobó el Formulario de Efectivización de Mora, tuvimos la posibilidad de orientar la acción penal al colectivo de Deuda Real por No Pago, Tipo M1(…)

A partir de las denuncias presentadas en el mes de Abril de 2013, con la reposición del Formulario de Efectivización de Mora, hemos dirigido la acción penal por el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" (…)

- (…) *no obstante estar obligados a presentar denuncias por casos que no tipificaban el delito de Apropiación Indebida de Aportes* (…) *en reiteradas oportunidades* (…) *solicitamos a la Autoridad de Pensiones que regule aspectos de la Nota de Débito* (…)

La Autoridad Administrativa niega su capacidad (…)

- *Asimismo la denuncia fue ratificada y ha quedado perfectamente aclarado que no existe plazo para la ratificación de la denuncia, como lo ha definido la Resolución Ministerial N° 50/2013* (…)

… en el artículo 106 de la Ley 065 que el legislador tipificó el delito penal como otro proceso judicial (además del Coactivo) para el cobro de las contribuciones en mora ante el Sistema Integral de Pensiones (SIP).

… en el presente caso, como en muchos otros más, se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal.

…Es importante que la Autoridad de Pensiones tome en consideración los desistimientos, ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales y esto

es así para cumplir con los objetivos planteados en la Ley 065 de Pensiones…"

Con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia, a la inexistencia de actividad probatoria, a la facultad probatoria del Ministerio Público en la etapa preliminar del Proceso Penal, y al estado cancelado de la obligación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo Nº 2), 2.1.3 (inherente al cargo Nº 1), 2.11.1 (inherente la cargo Nº 11), y 2.19.2 (inherente al cargo Nº 19), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

Aún es oportuno nuevamente, reproducir lo supra señalado en el numeral 2.27 (al cargo Nº 27), cuando a la mención que sale en el Recurso Jerárquico, en sentido de que "*la libertad probatoria que establece el artículo 171 del CPP, ello no significa inventarse pruebas que no existen*", de la revisión del expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no consta referencia, sugerencia o instrucción alguna, en sentido se fuerce la producción de la prueba hacia campos imaginarios; más por el contrario, la vigencia del artículo 171° de la Ley N° 1970 (Código de Procedimiento Penal) importa la amplia posibilidad de ofrecer y producir elementos de prueba legítima, y no limitarse a aquella que le resulte *prima facie* al interesado, todo dentro del campo de la legitimidad que es exigible.

En definitiva, no resta ningún alegato del cargo Nº 34 que resulte por el presente desatendido.

2.35. Cargo Nº 35.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE POTOSÍ)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia, (…) *conforme a la Nota de Débito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Debito N°PEN-**0331** de 28 de diciembre de 2011 corresponde a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 - julio/2011.*

b) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (19 de marzo de 2012) al presente han transcurrido más de cinco (5) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir la resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (…) *la AFP, no ha formulado reclamo alguno al respecto, hecho que incide en la tramitación oportuna de la denuncia.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra* (…) *del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del CP, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0331**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011* (…)

- (…) *en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0331 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.468.28 correspondiente a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 - julio/2011); b) Liquidación de deuda* (…)

- *Por requerimiento de 8 de marzo de 2012, el Fiscal* (…) *comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, el rechazo de la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal,* (…) *por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 19 de marzo de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal …*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque* (…) *el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que* (…) *es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

(…) *no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.*

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero (…) *es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa:* (…) ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** (…)

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

…el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos (…)

… ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 256/2012 observó el poder de representación del denunciante (…)

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida* (…) *máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A. (…) *presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.*

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA (…)

…otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

…en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

(…) *no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…*"

2.35.1. Rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación.-

Toda vez que lo señalado tiene que ver necesariamente con la determinación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es menester remitirse a la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, la que señala:

"…*la Resolución N° 256/2012 de 25 de junio de 2012, dictada por el Fiscal Departamental de Potosí (antes denominado Fiscal de Distrito), señala:* "***Que de la lectura pormenorizada del testimonio de poder notarial N° 071/2011 de 17 de enero de 2011 se comprende que el mismo es amplio e ilimitado, por consiguiente no puede ser utilizado en el presente caso por no ser especifico****, por cuanto* ***no menciona y menos aún se le da la facultad expresa de objetar la resolución de rechazo****…", asimismo afirma:* "***Que la resolución de rechazo puesta en conocimiento del suscrito fiscal de Distrito no puede ser revisada de oficio por no estar establecido esta facultad por la ley y la (sic) no estar legitimado el cuasi apoderado para objetar la resolución de rechazo por mucho que el indicado ciudadano haya objetado la citada resolución dentro de plazo, este hecho no abre la competencia de la suscrita autoridad para considerar la misma y resolver conforme a procedimiento****", por lo que concluye:* ***"…no teniendo facultad legal para resolver la objeción presentada por el ciudadano EDGAR MARTIN GUZMA ARROYO a nombre y en representación de la SOCIEDAD ANONIMA PREVISIÓN BBVA ADMINISTRACION DE FONDOS Y PENSIONES S.A., ya que el mismo no se encuentra legitimado para ser uso de dicho recurso*** (…)

*La falta de poder especial en el denunciante también se encuentra corroborada por la documentación presentada por la AFP, consistente en el memorial presentado en la Fiscalía en fecha 20 de noviembre de 2012, mediante el cual la AFP pide el desarchivo de carpeta y solicita pronunciamiento sobre la objeción al rechazo a la denuncia acreditando nuevo Poder N° 1802/2012, petición que mereció el Requerimiento de 07 de noviembre de 2012 de la Fiscal de Materia que señala: "…****a la fecha (el cuaderno de investigación) se encuentra en archivos de la Fiscalía departamental****; sin embargo por el PRINCIPIO PROCESAL DE PRECLUSION que rige el Derecho concluidos los actuados procesales estos no pueden ser retrotraídos; es decir que con la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia* ***la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES*** *y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo;* ***por lo que el***

impetrante (AFP) deberá actuar conforme a las normas del procedimiento penal".

Ello significa que el denunciante (AFP) ***al ser notificado con la Resolución N° 256/2012*** *emitida por el Fiscal Departamental, que determina en forma concluyente que el mandato es general y no así especifico,* ***no lo cuestiona****, todo lo contrario,* ***da su aprobación presentando a través del memorial de fecha 20 de noviembre de 2012, nuevo Poder Testimonio N° 1802/ 2012 que contiene la facultad expresa de objetar el rechazo a la denuncia.***

En ese sentido, carece de lógica legal sostener que el Testimonio N° 071/2011 cumple con las exigencias del "mandato especial o especifico", cuando contrariamente, ante la instancia del Ministerio Público, la AFP jamás justificó ese hecho, todo lo contrario, consintió el fallo del Fiscal Departamental presentando nuevo Testimonio N° 1802/2012, dando certeza al contenido de la Resolución que expresa que el Testimonio N° 071/2011 no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

Además, es menester señalar que el memorial, dirigido al Fiscal de Materia, presentado en fecha 20 de noviembre de 2012, desconoce totalmente la normativa penal, ya que en la suma (del memorial) ***"SOLICITA SE EMITE RESOLUCIÓN SOBRE LA OBJECIÓN AL RECHAZO DE DENUNCIA"*** *y en su contenido señala:* ***"Estando legalmente acreditado en autos mi personería con el Poder N° 1802/2012…le solicito pronuncie resolución REVOCANDO LA RESOLUCIÓN DE RECHAZO DE LA DENUNCIA…",*** *es decir, solicita al Fiscal de Materia que desconozca sus propios actos y revoque la resolución de rechazo de la denuncia, facultad que le compete exclusivamente al fiscal superior jerárquico (Fiscal Departamental) de acuerdo al artículo 305 del CPP.*

*En cuanto a que el Fiscal Departamental no se pronunció aún sobre el fondo del asunto y que el archivo de obrados fue ejecutado arbitrariamente por la Fiscal de Materia, se recuerda al regulado que dicha autoridad evidentemente no se pronunció ni se pronunciará sobre el fondo (objeción al rechazo a la denuncia), precisamente por no contar el mandatario con la facultad expresa para objetar, hecho que dio lugar al archivo de obrados. En ese sentido, la Fiscal de Materia, ante la solicitud de la AFP sobre el pronunciamiento sobre el fondo, por Requerimiento de 07 de noviembre de 2012 expresa "…****la Resolución emitida por el Fiscal Departamental ya se ha concluido con un momento procesal en consecuencia la Objeción de Rechazo NO PUEDE TRAMITARSE DOS VECES y menos aún la suscrita puede pronunciar una Resolución que revoque la Resolución de Rechazo*** (…)

En lo referente a que se informó que los Fiscales de Materia estaban rechazando las denuncias penales presentadas por la AFP al considerar que no estaba legitimada para iniciar PP por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, dicho afirmación es evidente, como también el hecho de que se informó a la APS que esos fallos fueron impugnados a través de la "objeción al rechazo a la denuncia".

Ello significa, que el Fiscal Departamental en aplicación al artículo 305 del CPP hubiera revocado la injusta Resolución del Fiscal de Materia, empero, ello no aconteció por ausencia de poder especial en el denunciante, en cuanto a la facultad de "objetar el rechazo a la denuncia", por lo que no se pronunció sobre el fondo, dando lugar al archivo de obrados.

Por otra parte, es necesario aclarar al regulado, que los informes que emitan a esta Autoridad sobre el estado de los procesos judiciales que se encuentra bajo su cargo y responsabilidad, bajo ninguna circunstancia se traducen en un eximente de responsabilidad en cuanto al patrocinio de los mismos. Haciendo notar además que ***la AFP jamás comunicó a la APS que el Fiscal Departamental había emitido pronunciamiento que determinaba el archivo de obrados por falta de poder especial en el mandatario, todo lo contrario, informó que el pronunciamiento de dicha autoridad está pendiente de emisión, extremo que reitera erróneamente en su recurso.***

Por último, en cuanto a la "Conversión de Acciones", significa que previamente se procedió al rechazo a la denuncia (de la AFP) y al archivo de obrados (artículos 26, 304 y 305 del CPP), hecho que objetivamente aconteció; además importa un nuevo Proceso Penal que se tramitará sin la participación de Fiscal ante un Juez de Sentencia, como nueva denuncia, desde sus inicios, hecho que perjudica en la pronta y oportuna recuperación de los aportes apropiados por el imputado, a la cual se somete la AFP como consecuencia del rechazo a la denuncia y archivo de obrados.

Además, la "solicitud" de Conversión de Acciones fue solicitada en fecha 15 de mayo de 2013 y la Resolución N° 256/2012 fue dictada el 25 de junio de 2012, lo que significa que dicha petición fue efectuada después de haber transcurrido más de trescientos veinte (320) días del pronunciamiento del Fiscal Departamental, cuando pudo solicitarla inmediatamente después de la notificación del citado fallo que aconteció el 29 de junio de 2012.

De lo expuesto precedentemente se evidencia sin lugar a dudas que la AFP actuó en el PP con falta de cuidado al presentar un Poder que no contiene la facultad expresa para "objetar" dando lugar a la ratificación del rechazo a la denuncia presentada y al "archivo de obrados" con el perjuicio correspondiente a la recuperación de los adeudos al SIP, además se comprobó la falta de diligencia del regulado en el PP ahora archivado…"

En principio, de lo relacionado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y en tanto resultan de hechos no desvirtuados por el Ente Regulador, se observan aquí una serie de excesos por parte de los operadores de justica al interior del Ministerio Público del Distrito de Potosí, en lo que interesa, y conforme sale de la Notificación de Cargos, "*Por requerimiento de 8 de marzo de 2012, el Fiscal* (…) *comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, el rechazo de la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal,* (…) *por tanto la instancia de parte no se ha materializado*".

La exigencia de la instancia de parte es totalmente pertinente, por cuanto señala el artículo 345 Bis, parágrafo V, del Código Penal, incorporado por el 118º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que "*Se establecen delitos previsionales, como delitos públicos a instancia de parte*".

A su vez, el artículo 17º de la Ley Nº 1970 (Código de Procedimiento Penal), al referirse a la Acción penal pública a instancia de parte, señala que: "*Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, la Fiscalía la ejercerá una vez que ella se produzca*".

Por antonomasia, el medio idóneo para promover en el Ministerio Público, el ejercicio de la acción penal pública, es la denuncia, por cuanto, es a partir de allí que surge la competencia del Fiscal en el conocimiento y sustanciación de la causa.

La denuncia a su vez, está reservada a "*Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito de acción pública*"; nótese que aquí no se habla de víctima u ofendido, como quienes exclusivamente pueden denunciar, sino de toda persona, es decir, cualquiera que tenga conocimiento del suceso de un delito de acción pública.

Y esto tiene que ver con la diferencia entre acción pública y acción privada, es decir, con la existencia de un interés superior cuya tutela haga al interés del Estado, que por ello faculte a la participación del mismo a través del Ministerio Público, el que a cualquier efecto se va a constituir en el acusador (además de principal querellante).

Por lo mismo, el denunciante en líneas generales "*no será parte en el proceso y no incurrirá en responsabilidad alguna*" (Art. 287º, Cód. Pcdto. Penal); en este ámbito, denunciar un delito de acción pública hace a un deber de las personas, de todas las personas, porque de la efectiva promoción de la justicia que emerge de tal denuncia, depende la tutela del derecho infringido.

Entonces, definidos por Ley cuáles son esos intereses superiores (entre los que se encuentran los delitos previsionales, conforme lo supra señalado), cualquier persona, sin ningún límite, está facultada para interponer la denuncia en caso de que se cometan los mismos.

Así que, cuando "*Por requerimiento de 8 de marzo de 2012, el Fiscal* (…) *comunica* (…) *el rechazo de la denuncia*", so pretexto de que "*no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal*", tal funcionario actúa con arbitrariedad y en desconocimiento de la Ley, poniendo en riesgo la tutela del derecho infringido mediante el delito, y rehuyendo a sus responsabilidades, por cuanto, el efecto de la denuncia es la investigación -la apertura de la investigación-, y al no hacerlo bajo el absurdo criterio de la inexistencia de legitimidad "*de parte del denunciante para promover la acción penal*", la investigación no puede iniciarse, el derecho está en riesgo.

El denunciante de la acción pública no tiene que tener legitimidad para promover la investigación penal; el accionante -entendiendo que la investigación una vez concluida, puede pasar a una etapa posterior: el proceso penal- es el propio Ministerio Público, en su caso, coadyuvado en tal calidad con el querellante, quien es el actor u accionante, de ninguna manera le puede corresponder tal responsabilidad al denunciante; este cumple con su deber de comunicar el suceso de un delito al Fiscal, para que este proceda a su averiguación.

Dicho en otras palabras, podía el Fiscal observar el poder que ostentaba quien se decía ser representante de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sea por resultar general y amplio, sea por no ser específico al trámite de la denuncia, o lo que fuere: igual debió iniciar la investigación sobre un delito público y del que ya tenía conocimiento, puesto que hace a su deber verificar si efectivamente ese interés superior está siendo infringido y amerita tutela, conforme a la finalidad establecida para el Ministerio Público por la Ley Nº 260 de 11 de julio de 2012 (Orgánica del Ministerio Público), que establece:

> "…*Artículo 3º.- (Finalidad) Tiene por finalidad defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, ejercer la acción penal pública e interponer otras acciones; en*

el marco establecido por la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y las leyes…"

Como se comprende, el cumplimiento del deber asignado por Ley al representante del Ministerio Público, nada tiene que ver con qué tan bien o qué tan mal se encuentra otorgado el poder.

En todo caso, y dado que incurre en otro desatino el Ministerio Público, cuando despoja de su calidad de representante a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de los fondos constituidos en base los aportes de Asegurados, Afiliados y Beneficiarios (calidad LEGAL conforme se ha visto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2013 de 23 de agosto de 2013, son pues representantes de las víctimas), lógica bajo la cual, el único poder exigible es el del representante legal de la misma Administradora, empero para representarla a ella, no así a los fondos, dado que, se recalca, para lo mismo el mandato tiene origen legal suficiente.

Es pertinente traer a colación el precedente de Regulación Financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2014, el que a la letra señala:

"*…La conducta propia de la infracción tanto para el Cargo N° 2 como para el Cargo N° 3, corresponde a que la Administradora de Fondos de Pensiones, no habría presentado poder amplio y suficiente para interponer la denuncia, y por no haber presentado poder específico para objetar el rechazo ante el Fiscal del Distrito de Potosí.*

Al respecto, de las conductas imputadas y sancionadas, se tiene que las mismas no hacen al incumplimiento de la norma sancionada, en razón a que en el caso de autos la recurrente cumplió con la presentación de la denuncia, si bien las mismas fueron rechazadas por el Fiscal de materia, así como el Fiscal de Distrito de Potosí, este hecho no se debió a la negligencia y dejadez por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, sino que el rechazo se debió al entendimiento tanto del Fiscal de Materia y del Fiscal de Distrito, sobre el Poder Notarial N° 71/2011 de fecha 17 de enero de 2011, señalando que el mismo era insuficiente para interponer la denuncia, posteriormente para la presentación de Objeción al rechazo, argumentando que conforme el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, la querella podrá ser iniciada y proseguida por mandatario con poder especial que cumpla los requerimientos legales.

Nótese en este punto que los argumentos para el rechazo y posterior falta de personería de la Administradora de Fondos de Pensiones, hacen referencia a una querella, sin embargo, en el presente caso se presentó una denuncia, por lo que la norma citada por el Fiscal de Distrito no aplica al caso de autos.

En este sentido, corresponde remitirnos a la norma que rige a la interposición de la denuncia y posterior rechazo, que señala:

- ***Código de Procedimiento Penal.-***

"…Artículo 16. (Acción Penal Pública). *La acción penal pública será ejercida por la Fiscalía, en todos los delitos perseguibles de oficio, sin perjuicio de la participación que este Código reconoce a la víctima.*
(…)

El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por ley…"

"…Artículo 285. (Forma y Contenido). *La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal. Cuando sea verbal se hará constar en acta firmada por el denunciante y el funcionario interviniente. En ambos casos el funcionario que la reciba comprobará y dejara constancia de la identidad y domicilio del denunciante; a pedido del denunciante, estos datos podrán mantenerse en reserva que podrá ser levantada a efectos de hacerse efectiva su responsabilidad por denuncia falsa o temeraria. En todos los casos se le entregará una copia del original.*

La denuncia contendrá, en lo posible, la relación circunstancia del hecho, con indicación de los autores y partícipes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y su tipificación…"

"…Artículo 289. (Denuncia ante la Fiscalía). *El fiscal, al recibir una denuncia o información fehaciente sobre la comisión de un delito, dirigirá la investigación conforme a las normas de este Código, requiriendo el auxilio de la Policía y del Instituto de Investigaciones Forenses.* ***En todos los casos informará al juez de la instrucción el inicio de las investigaciones dentro de las veinticuatro horas…"*** *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Nótese que una vez presentada la denuncia por un delito público, como es el de ***apropiación indebida de aportes****, el fiscal está obligado a dar inicio al proceso penal, debiendo comunicar al Juez Cautelar en el término de las veinticuatro (24) horas, el inicio de la acción penal.*

"…Artículo 304. (Rechazo). *El fiscal mediante resolución fundamentada podrá rechazar la denuncia, la querella o las actuaciones policiales, cuando:*

1) *Resulte que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no ha participado en él;*
2) *No se haya podido individualizar al imputado;*
3) *La investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación; y,*
4) *Exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso.*

Artículo 305. (Procedimiento y efectos). *Las partes podrán objetar la resolución de rechazo, en el plazo de cinco (5) días a partir de su notificación, ante el fiscal que la dictó quien remitirá antecedentes al fiscal superior en jerarquía, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes..."*

- ***Ley Orgánica del Ministerio Público de 11 de julio de 2012.-***

"…Artículo 55°.- (Ejercicio de la acción penal pública)

I. *Las y los Fiscales en cumplimiento de sus funciones, realizarán todos los actos procesales necesarios, de manera pronta, oportuna, cumpliendo los plazos procesales y en tiempo razonable, en el ejercicio de la acción penal pública.*
II. *Las y los Fiscales* ***podrán desestimar denuncias escritas,*** *querellas e informes policiales de acción directa en las que el hecho sea atípico, de persecución penal privada, no*

cumpla requisitos legales pertinentes, no ***exista una relación fáctica clara o no existan los elementos necesarios para tomar una decisión****, en estos tres últimos casos se otorgará el plazo de 24 horas para subsanarla bajo alternativa de tenerla por no presentada…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido, se tiene que la causal de rechazo utilizada por el Fiscal de Materia y Fiscal de Distrito de la denuncia, no se encuentra establecida en la normativa señalada precedentemente.

Ahora bien, conforme lo establece el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, los artículos 106 y 149 en sus incisos i) y v) de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, la Administradora de Fondos de Pensiones, en representación de sus Asegurados inició el Proceso Penal y a su vez en su condición de denunciante, cumplió con objetar las Resoluciones de Rechazo emitidas por el Fiscal de Materia.

Sin embargó de ello, el Fiscal de Distrito no entró a resolver la controversia al señalar que ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)*** *habría presentado un poder amplio y no especial para la objeción de la denuncia, consiguientemente se procedió al archivo de obrados.*

Entonces es evidente que el rechazo no se debió a una falta de diligencia o deber de cuidado de la Administradora de Fondos de Pensiones, sino a un entendimiento de la Fiscalía de Distrito de Potosí, respecto a la presentación de la denuncia, por parte de ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)*** *y a la necesidad de un poder específico para la objeción de rechazo.*

De lo referido, se tiene que la Administradora de Fondos de Pensiones, si cumplió con su obligación de dar inicio al Proceso Penal con la diligencia de un buen padre de familia y que si bien fue ***archivada la causa penal*** *por disposición del Fiscal por los motivos anotados más arriba, éste hecho no es de responsabilidad de la recurrente, considerando la Nota de Cargos presentada por la Autoridad Reguladora…"*

En tal sentido y admitiendo la literal presentada en fecha 18 de febrero de 2014 por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** (oficio FGE/RJGP/Stría.Gral/N° 043/2013 de 16 de enero de 2014, e instructivo FGE/RJGP N° 0002/2014 de la misma fecha), confirman el carácter errado de la posición del Ministerio Público de Potosí, ahora rectificado.

En todo caso, no hay lugar al cargo en cuanto al reclamo por la demora a resolver la objeción, toda vez que la controversia ha sido originada en la actuación errada del Ministerio Público en la ciudad de Potosí.

2.35.2. Subsistencia del cargo sobre inconsistencia de la denuncia.-

Es ahora oportuno rescatar lo señalado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en sentido que "*la APS se olvida del*

cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental", extremo que no es evidente, por cuanto, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, (sancionatoria), el Ente Regulador ya había dejado constancia de que los descargos presentados, no enervaban al cargo impuesto, y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013 (confirmatoria), menciona textualmente, que:

> "…*Previamente a considerar los argumentos expuestos por el regulado, es menester señalar que en su recurso de revocatoria no se pronunció sobre la "inconsistencia en los términos de la denuncia" que se traduce en la "falta de cuidado" en la gestión procesal, siendo evidente éste hecho en el contenido de la denuncia que señala que el periodo apropiado por el imputado corresponde al mes de* ***julio/2011****, cuando en realidad corresponde a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 - julio/2011 conforme expresa la Nota de Debito N°PEN-****0331*** *de 28 de diciembre de 2011 presentada en calidad de prueba documental; inconsistencia en los periodos apropiados por el imputado que se prolongó durante toda la tramitación del PP.*
>
> *Al respecto, el regulado debe tener presente que el artículo 149 literal v) de la Ley de Pensiones, le exige llevar adelante el PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia*…"

Hay que aclarar que, efectivamente, el tema de la observación al poder ha ganado en trascendencia dentro del proceso administrativo presente, más lo es en función a que son los descargos y los alegatos del Recurso de Revocatoria, que han conducido a ello, toda vez que a lo mismo se han limitado las defensas de la ahora recurrente.

Ello permite concluir que, teniendo en cuenta que el primer fundamento del cargo es el carácter inconsistente de los términos de la denuncia, el descargo referido a no haberse podido proseguir la gestión por la observación al poder como los alegatos en ese mismo sentido, desarrollados en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, no lo han desvirtuado (independientemente de la controvertida actuación del Ministerio Público en Potosí), determinando la subsistencia referida a la inconsistencia de la denuncia.

Consiguientemente y a este respecto, si bien no existen alegatos concretos al aludido carácter inconsistente de los términos de la denuncia, es pertinente ratificar los criterios expuestos, considerados y analizados en el supra numeral 2.1.1 (inherente al cargo Nº1), por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para el caso ahora señalado.

2.36. Cargo Nº 36.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE POTOSÍ)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Potosí.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)

a) La denuncia de 24 de enero de 2012, la AFP, presentada en contra (…) *del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 28 de diciembre de 2011.*

b) La AFP al haber iniciado dos (2) denuncias (…) que sólo se diferencian por los periodos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando pudo ampliar la primera denuncia (…)

c) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de marzo de 2012) al presente han transcurrido más de cinco (5) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir la resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido superabundantemente, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno al respecto, hecho que incide en la tramitación oportuna de la denuncia.

Antecedentes:

- *Por memorial de 24 de enero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra (…) del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, (…) señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0594** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.123.08 correspondiente al periodo abril/2011) (…)*

- *Por Resolución de 15 de febrero de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Juan Quiñones, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de marzo de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) se trataba de una segunda denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y b) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*
  Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 192/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa , aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que, el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también corresponden al mismo:

"…*La denuncia de 24 de enero de 2012, la AFP, presentada en contra* (…) *del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 28 de diciembre de 2011* (…)

…*al haber iniciado dos (2) denuncias* (…) *que sólo se diferencian por los periodos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando pudo ampliar la primera denuncia* (…)

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que los primeros fundamentos del cargo se refieren a la señalada ampliación (o acumulación) de las denuncias, el descargo referido a no haberse podido proseguir la gestión por la observación al poder como los alegatos en ese mismo sentido, desarrollados en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, no lo han desvirtuado (independientemente de la controvertida actuación del Ministerio Público en Potosí), determinando la subsistencia referida a la ampliación de la denuncia, no restando ningún alegato del cargo Nº 36 que resulte por el presente desatendido.

2.37. Cargo Nº 37.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE POTOSÍ)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 15 de febrero de 2012, presentada en contra (…) *del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, se trata de la tercera (3) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011 y 24 de enero de 2012.*

b) La AFP al haber iniciado tres (3) denuncias penales (en fechas consecutivas) contra Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian por los periodos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando en virtud al principio de economía procesal, pudo ampliar la primera

denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores.

c) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (6 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido superabundantemente, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno al respecto, hecho que incide en la tramitación oportuna de la denuncia.

Antecedentes:

- *Por memorial de 15 de febrero de 2012, la AFP, presenta denuncia en contra de Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, por el delito previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0805** de 15 de febrero de 2012, por la suma de Bs.673.31 correspondiente al periodo agosto/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos"* (…)

- *Por Resolución, la Fiscal de Materia – Dra. Victoria Fuertes, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 6 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) se trataba de una tercera denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y b) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General***.**

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 314/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que, el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también corresponden al mismo:

"…*La denuncia de 15 de febrero de 2012, presentada en contra* (…) *del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, se trata de la tercera (3) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011 y 24 de enero de 2012.*

…La AFP al haber iniciado tres (3) denuncias penales (en fechas consecutivas) contra Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian por los periodos apropiados, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando en virtud al principio de economía procesal, pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores…"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que los primeros fundamentos del cargo se refieren a la señalada ampliación (o acumulación) de las denuncias, el descargo referido a no haberse podido proseguir la gestión por la observación al poder como los alegatos en ese mismo sentido, desarrollados en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, no lo han desvirtuado (independientemente de la controvertida actuación del Ministerio Público en Potosí), determinando la subsistencia referida a la ampliación de la denuncia, no restando ningún alegato del cargo Nº 37 que resulte por el presente desatendido.

2.38. Cargo Nº 38.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE POTOSÍ)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 16 de marzo de 2012, presentada en contra de Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, se trata de la cuarta (4) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012 y 15 de febrero de 2012.

b) La Administradora al haber iniciado cuatro (4) denuncias penales en contra de Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian en los periodos apropiados y montos, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando en virtud del principio de economía procesal, pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores.

c) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno al respecto, hecho que incide en la tramitación oportuna de la denuncia.

Antecedentes:

- *Por memorial de 16 de marzo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, por el delito previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0969** de 16 de marzo de 2012, por la suma de Bs.796.39 correspondiente a los periodos abril/2011 - agosto/2011)* (…)

- *Por Resolución de 22 de junio de 2012, la Fiscal de Materia – Dra. Ana Chávez, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) se trataba de una cuarta denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y b) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.
El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 278/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales

del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la

resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el

proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal…"

Corresponde dejar constancia que, el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también corresponden al mismo:

"*… se trata de la cuarta (4) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012 y 15 de febrero de 2012.*

…La Administradora al haber iniciado cuatro (4) denuncias penales en contra (…) *del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian en los periodos apropiados y montos, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando en virtud del principio de economía procesal, pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores…*"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que los primeros fundamentos del cargo se refieren a la señalada ampliación (o acumulación) de las denuncias, el descargo referido a no haberse podido proseguir la gestión por la observación al poder como los alegatos en ese mismo sentido, desarrollados en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, no lo han desvirtuado (independientemente de la controvertida actuación del Ministerio Público en Potosí), determinando la subsistencia referida a la ampliación de la denuncia, no restando ningún alegato del cargo Nº 38 que resulte por el presente desatendido.

2.39. Cargo Nº 39.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE POTOSÍ)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 23 de abril de 2012, presentada en contra del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, está dirigida erróneamente en contra de "Representante Legal = 0", presumiéndose que está dirigida contra el "autor" del ilícito, quien no está identificado, empero, se trata de la quinta (5) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 16 de

marzo de 2012, en las cuales se identifica a Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, hecho que resulta contradictorio.

b) La AFP al haber iniciado cinco (5) denuncias penales en contra del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian en los periodos adeudados y montos, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP), cuando en virtud del principio de económica procesal, pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores.

c) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno al respecto, hecho que incide en la tramitación oportuna de la denuncia.

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP, presenta denuncia en contra el "Representante Legal = 0" del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1161** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.919.56 correspondiente a los periodos agosto/2011 – septiembre/2011 – octubre/2011 – noviembre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Requerimiento de Resolución de 11 de junio de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que rechaza la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) La denuncia no señalaba quién era el representante legal del Empleador (lo cual ya hemos justificado en anteriores cargo del presente recurso jerárquico, toda vez que el artículo 285 del CPP exige que la denuncia contenga, **en lo posible**, la indicación de autores y partícipes, b) porque se trataba de una quinta denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad*

hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y c) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

  Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

  De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General****.***

  El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios.*

  Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.

  Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

  El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

  Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 279/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de

Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que, el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también hace al mismo:

"*…La denuncia de 23 de abril de 2012, presentada en contra del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, está dirigida erróneamente en contra de "Representante Legal = 0", presumiéndose que está dirigida contra el "autor" del ilícito, quien no está identificado, empero, se trata de la quinta (5) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 16 de marzo de 2012, en las cuales se identifica a Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, hecho que resulta contradictorio…*"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que los primeros fundamentos del cargo se refieren a la señalada ampliación (o acumulación) de las denuncias, el descargo referido a no haberse podido proseguir la gestión por la observación al poder como los alegatos en ese mismo sentido, desarrollados en los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, no lo han desvirtuado (independientemente de la controvertida actuación del Ministerio Público en Potosí), determinando la subsistencia referida a la ampliación de la denuncia.

Comentario aparte merece la mención de que "*La denuncia de 23 de abril de 2012,* (…) *está dirigida erróneamente en contra de "Representante Legal = 0*", por cuanto, así señalada y contenida en la notificación de cargos, tiene la calidad de imputación (al respecto, compárese

con el cargo N° 40), sobre la que no existe mayor pronunciamiento a lo largo del expediente, ni por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, ni por la Autoridad Reguladora, debiendo tenerse por desestimada dado no haberse dispuesto sanción alguna con respecto a la misma.

En definitiva, no resta ningún alegato del cargo Nº 39 que resulte por el presente desatendido.

2.40. Cargo Nº 40.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DE POTOSÍ)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Potosí.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)

a) La denuncia de 22 de mayo de 2012, al igual que la denuncia de 23 de abril de 2012, presentada en contra del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, se trata de la sexta (6) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 16 de marzo de 2012, en las cuales se identifica a Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, hecho que resulta contradictorio.

b) La AFP al haber iniciado seis (6) denuncias penales (en fechas consecutivas) en contra del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian en los periodos adeudados y montos, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP). Tampoco consideró la aplicación de principios procesales como la aplicación de las normas materiales (el de económica, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa), cuando pudo ampliar la primera denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores.

c) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (4 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno.

Antecedentes:

- *Por memorial de 22 de mayo de 2012, la AFP, presenta denuncia en contra el "Representante Legal = O" del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-1260 de 22 de mayo de 2012, por la suma de Bs.5.536.47 correspondiente a los periodos enero/2011 – febrero/2011 – marzo/2011 – abril/2011 – junio/2011 – julio/2011 – noviembre/2011 – diciembre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Resolución de 29 de febrero de 2012, el Fiscal, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 4 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) La denuncia no señalaba quién era el representante legal del Empleador (lo cual ya hemos justificado en anteriores cargo del presente recurso jerárquico, toda vez que el artículo 285 del CPP exige que la denuncia contenga, **en lo posible**, la indicación de autores y partícipes, b) porque se trataba de una sexta denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y c) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*
  Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.
  *De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 **PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,** de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un **Poder amplio e ilimitado** como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

  *El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, **Fiscalía Departamental**, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

  Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 294/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no

estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que

fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también hace al mismo:

"*… se trata de la sexta (6) denuncia, existiendo otras anteriores, de fechas 28 de diciembre de 2011, 24 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 16 de marzo de 2012, en las cuales se identifica a Félix Gonzales Bernal representante legal del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, hecho que resulta contradictorio* (…)

…La AFP al haber iniciado seis (6) denuncias penales (en fechas consecutivas) en contra del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí, que sólo se diferencian en los periodos adeudados y montos, desconoce la indivisibilidad de juzgamiento (art. 45 del CPP) y la persecución penal única (art. 4 del CPP). Tampoco consideró la aplicación de principios procesales como la aplicación de las normas materiales (…) *cuando pudo*

ampliar la primera denuncia, por los nuevos periodos apropiados indebidamente, motivo de las denuncias posteriores…"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 40 que resulte por el presente desatendido.

2.41. Cargo Nº 41.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (COOPERATIVA MINERA SIGLO XX LTDA.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de marzo de 2012) al presente han transcurrido más de cinco (5) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido superabundantemente, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno, hecho que repercute en la tramitación diligente de la causa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 24 de enero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de* (…) *la Cooperativa Minera Siglo XX Ltda., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0572** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.5.652.35 correspondiente al periodo agosto/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Resolución de 15 de febrero de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Juan Quiñones, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de marzo de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el

desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 199/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa , aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este

funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción

injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 41 que resulte por el presente desatendido.

2.42. Cargo Nº 42.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (COOPERATIVA MINERA SIGLO XX LTDA.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 23 de abril de 2012, la AFP presentada en contra de Antonio Paillo Choquevillca representante legal de la Cooperativa Minera Siglo XX Ltda, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 24 de enero de 2012. Ambas denuncias en forma coincidente determinan como periodo apropiado agosto/2011 y la suma de Bs.5.652.35, ello significa, que la única diferente en las denuncias es la fecha de presentación de las mismas.

b) Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido superabundantemente, y que por otra parte, la AFP, al igual que el caso anterior, no ha formulado reclamo alguno, hecho que repercute negativamente en la tramitación diligente de la causa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Antonio Paillo Choquevillca representante legal de la Cooperativa Minera Siglo XX Ltda., por el delito*

*de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1153** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.5.652.35 correspondiente al periodo agosto/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Requerimiento de Resolución de Rechazo de la Denuncia de 11 de junio de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) se trataba de una segunda denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y b) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General****.***

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia,*

Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 286/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa , aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación

del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N°*

277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también hace al mismo:

"*… La denuncia de 23 de abril de 2012, la AFP presentada en contra de Antonio Paillo Choquevillca representante legal de la Cooperativa Minera Siglo XX Ltda, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 24 de enero de 2012. Ambas*

denuncias en forma coincidente determinan como periodo apropiado agosto/2011 y la suma de Bs.5.652.35, ello significa, que la única diferente en las denuncias es la fecha de presentación de las mismas…"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 41 que resulte por el presente desatendido.

2.43. Cargo Nº 43.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CATERING SAN CRISTÓBAL)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de marzo de 2012) al presente al transcurrido más de cinco (5) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido superabundantemente, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno, hecho que incide negativamente en la tramitación diligente y oportuna de la causa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 24 de enero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Valeria Quispe Lupa representante legal de Catering San Cristóbal, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0574** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.1.729.32 correspondiente a los periodos abril/2011 - agosto/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos". (las negrillas son nuestras).*

- *Por Resolución de 15 de febrero de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Juan Quiñones, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de marzo de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

> "…*En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*
>
> - *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*
>
> *Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.*
>
> *De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011* ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General****.***
>
> *El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público,* ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*
>
> *Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.*
>
> *El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.*
>
> *Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.*

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 204/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa , aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de

Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 43 que resulte por el presente desatendido.

2.44. Cargo N° 44.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CATERING SAN CRISTÓBAL)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Valeria Quispe Lupa representante legal de Catering San Cristóbal, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1147** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.1.304.59 correspondiente al periodo agosto/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Mediante Requerimiento de Resolución de Rechazo de Denuncia de 11 de junio de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General****.***

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 281/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no

estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que

fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 44 que resulte por el presente desatendido.

2.45. Cargo Nº 45.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (PASTORAL SOCIAL CARITAS POTOSÍ)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de marzo de 2012) al presente han transcurrido más de cinco (5) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior*

en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido superabundantemente, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno, aspecto que incide negativamente en la tramitación diligente y oportuna de la causa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 24 de enero de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Félix Muruchi Guzmán representante legal de Pastoral Social Caritas Potosí, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0577** de 24 de enero de 2012, por la suma de Bs.630.93 correspondiente al periodo agosto/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Resolución de 15 de febrero de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Juan Quiñones, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de marzo de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

  Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

  De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el*

instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General***.**

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 193/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 45 que resulte por el presente desatendido.

2.46. Cargo Nº 46.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (COOPERATIVA MINERA UNIFICADA POTOSÍ LTDA.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente al transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno, aspecto que incide negativamente en la tramitación oportuna y diligente de la causa*

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Gregorio Terrazas Sumiri representante legal de la Cooperativa Minera Unificada Potosí Ltda., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1154** de 23 de abril de abril de 2012, por la suma de Bs.823.58 correspondiente al periodo octubre/2011 – noviembre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Mediante Requerimiento de Resolución de Rechazo de Denuncia de 11 de junio de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no*

había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General****.***

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la

falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 277/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este

funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción

injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 46 que resulte por el presente desatendido.

2.47. Cargo Nº 47.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (COOPERATIVA MINERA UNIFICADA POTOSÍ LTDA.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 22 de mayo de 2012, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 23 de abril de 2012, denuncias que sólo se diferencian en el periodo apropiado y montos. Importa el hecho que la AFP pudo haber ampliado la primera denuncia, precisamente por los nuevos montos y periodos apropiados referidos en la segunda denuncia, atendiendo el principio de economía procesal.

b) Desde la emisión de la Resolución N° 297/2012 de 9 de julio de 2012 del Fiscal Departamental, al presente han transcurrido más de dos (2) meses, sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento a la misma, ya que aún no se ha procedido con la notificación al imputado, retraso no sólo atribuible al Fiscal de Materia, sino también a la AFP, considerando que en su calidad de denunciante, tiene la obligación de realizar las gestiones necesarias para la tramitación oportuna de la causa…"

Antecedentes:

- *Por memorial de 22 de mayo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Gregorio Terrazas Sumiri representante legal de la Cooperativa Minera Unificada Potosí Ltda., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN**-1255** de 22 de mayo de 2012, por la suma de Bs.990.35*

correspondiente al periodo octubre/2011 – noviembre/2011 – diciembre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (…)

- *Por Resolución de 22 de junio de 2012, la Fiscal de Materia – Dra. Ana Chávez, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 4 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia.*

- *Por Resolución N° 297/2012 de 9 de julio de 2012, el Fiscal Departamental, establece que de la revisión del cuaderno de investigación, se evidencia que no existe la diligencia de notificación a la parte denunciada, aspecto que debe ser subsanado a fin de evitar irregularidades al procedimiento, disponiendo que la directora de la investigación proceda a la notificación al imputado para que se encuentre legitimado de recurrir de acuerdo a sus intereses…"*

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) se trataba de una segunda denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y b) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e***

ilimitado *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General***.**

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 370/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa , aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del

rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también hace al mismo:

> "…*La denuncia de 22 de mayo de 2012, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 23 de abril de 2012, denuncias que sólo se diferencian en el periodo apropiado y montos. Importa el hecho que la AFP pudo haber ampliado la primera denuncia, precisamente por los nuevos montos y periodos apropiados referidos en la segunda denuncia, atendiendo el principio de economía procesal*…"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 47 que resulte por el presente desatendido.

2.48. Cargo Nº 48.-

> "…***Empleador:*** *Representante Legal (EMPRESA MINERA SANTA LUCÍA LTDA.)*
> ***Juzgado Cautelar:*** *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
> ***Fiscalía:*** *Fiscalía de Potosí.*
> ***Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal:*** (…)

- (…) *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP no ha formulado reclamo alguno, aspecto que incide negativamente en la tramitación diligente de la causa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Rodrigo Soria Viscarra representante legal de la Empresa Minera Santa Lucía Ltda., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1156** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.4.182.01 correspondiente al periodo noviembre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Mediante Requerimiento de Resolución de Rechazo de Denuncia de 11 de junio de 2012, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General.*

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 290/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del

Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 48 que resulte por el presente desatendido.

2.49. Cargo N° 49.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (EMPRESA MINERA SANTA LUCÍA LTDA.)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

a) La denuncia de 22 de mayo de 2012, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 23 de abril de 2012, denuncias consecutivas que sólo se diferencian en el periodo apropiado y montos, cuando atendiendo el principio de economía procesal, la AFP pudo ampliar la primera denuncia.

b) Desde la emisión de la Resolución N° 299/2012 de 9 de julio de 2012 del Fiscal Departamental, al presente han transcurrido más de dos (2) meses, sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento a la misma, puesto que no se ha procedido con la notificación al imputado, retraso no sólo atribuible al Fiscal de Materia, sino también a la

AFP, considerando que en su calidad de denunciante, debe realizar las gestiones necesarias para la tramitación oportuna de la causa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 22 de mayo de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Rodrigo Soria Viscarra representante legal de la Empresa Minera Santa Lucía Ltda., por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1259** de 22 de mayo de 2012, por la suma de Bs.1.406.01 correspondiente al periodo noviembre/2011– diciembre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Requerimiento de 11 de junio de 2012, Resolución de Rechazo de Denuncia, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 4 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia.*

- *Por Resolución N° 299/2012 de 9 de julio de 2012, el Fiscal Departamental establece que de la revisión del cuaderno de investigación no existe la diligencia de notificación a la parte denunciada, aspecto que debe ser subsanado a fin de evitar irregularidades al procedimiento, disponiendo que la directora de la investigación proceda a la notificación al imputado para que se encuentre legitimado de recurrir…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) se trataba de una segunda denuncia contra el mismo Empleador (cuya legalidad hemos fundamentado en cargos anteriores en el presente recurso jerárquico y b) porque cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del

denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General***.**

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 372/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales

del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa , aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la

resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la

recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Corresponde dejar constancia que el cargo no está limitado únicamente, a los efectos del rechazo de la denuncia, emergente de la inadmisibilidad inicial del Ministerio Público de Potosí, al poder de actuación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, sino que también hace al mismo:

"…*La denuncia de 22 de mayo de 2012, se trata de la segunda (2) denuncia, existiendo otra anterior, de fecha 23 de abril de 2012, denuncias consecutivas que sólo se diferencian en el periodo apropiado y montos, cuando atendiendo el principio de economía procesal, la AFP pudo ampliar la primera denuncia…*"

Entonces, con respecto a los alegatos referidos a la ampliación de la denuncia y al rechazo a la denuncia por observación al poder de actuación, los mismos tienen contenido similar, sino idéntico, a los expuestos, considerados y analizados en los supra numerales 2.2.1 (inherente al cargo N° 2) y 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse a los mismos a los fines de tenerlos por ratificados para los casos ahora señalados, no restando ningún alegato del cargo Nº 49 que resulte por el presente desatendido.

2.50. Cargo Nº 50.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (EMPRESA MINERA METALÚRGICA KORINCHO)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno, situación que repercute negativamente en la tramitación oportuna de la causa.*

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Jaime Uzquiano Pérez representante legal de la Sociedad Minera Metalúrgica Korincho SRL, por el delito de apropiación debida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1158** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.1.904.11 correspondiente al periodo octubre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos"* (…)

- *Mediante Resolución de 22 de junio de 2012, la Fiscal de Materia – Dra. Ana Chávez, dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"*…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.*

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un* ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General***.**

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 287/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental,

en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de

no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo Nº 50 que resulte por el presente desatendido.

2.51. Cargo Nº 51.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

- *Desde la fecha de la objeción al rechazo a la denuncia (2 de julio de 2012) al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de*

las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP, no ha formulado reclamo alguno, situación que repercute negativamente en la tramitación diligente de la causa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 23 de abril de 2012, la AFP presenta denuncia en contra de Santiago Cristóbal López Garzón representante legal de la Contraloría General de la República, por el delito de apropiación debida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**1159** de 23 de abril de 2012, por la suma de Bs.5.234.03 correspondiente a los periodos abril/2011 –mayo/2011 – junio/2011 – julio/2011 – agosto/2011 – septiembre/2011 octubre/2011) que se acompaña prueba claramente que el empleador no efectuó el depósito de los montos retenidos en el plazo estipulado por ley, apropiándose indebidamente de los aportes retenidos" (las negrillas son nuestras).*

- *Por Requerimiento de 11 de junio de 2012, Resolución de Rechazo de Denuncia, el Fiscal de Materia – Dr. Luis Yutronic, comunica al Juez Cautelar Segundo en lo Penal, que dispone rechazar la denuncia, señalando que no existe legitimidad de parte del denunciante para promover la acción penal, que las víctimas del delito titulares del bien jurídico protegido no han formalizado su denuncia, por tanto la instancia de parte no se ha materializado.*

- *La AFP por memorial presentando el 2 de julio de 2012 objeta el rechazo de denuncia argumentando que el Fiscal erróneamente pretende deslegitimar a la Administradora para iniciar la acción penal, cuando la CPE y la Ley N° 065 le faculta iniciar procesos penales por apropiación indebida de aportes, solicitando al Fiscal superior, determine la revocatoria de la resolución de rechazo de denuncia…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…En el presente caso, al principio, la APS nos presenta cargos porque, a) cuando es rechazada la denuncia y presentada la objeción al rechazo, el Fiscal Departamental no había emitido su resolución; circunstancia que hace al ejercicio de la función del Ministerio Público y es, totalmente, ajena a esta Administradora.

- *Posteriormente, la APS se olvida del cargo señalado y sanciona el hecho de que el Poder 071/2011 había sido observado por el Fiscal Departamental.*

Respecto a este punto es preciso señalar que no hay falta de cuidado en la gestión judicial por parte de BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que el Poder de Representación del denunciante es correcto y se realizaron todas las actuaciones procesales que permite el Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del Testimonio del Poder N° 071/2011 otorgado por ante la Notaría N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, se evidencia que es un instrumento adecuado para impulsar las actuaciones procesales en un proceso penal, ya que en sus partes pertinentes la escritura pública expresa: Instrumento Número 071/2011 ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE,*** *de manera que no es evidente que el*

instrumento con el que se presentó la denuncia ante la Fiscalía sea un ***Poder amplio e ilimitado*** *como lo expresa el Fiscal Departamental de Potosí y mucho menos que sea considerado erróneamente como un Poder General***.**

El contenido del instrumento es específico para los delitos previsionales señalados en la Ley 065 y faculta a ejercer todas las diligencias y actuados procesales ante la FELCC, Ministerio Público, ***Fiscalía Departamental****, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, Tribunales de Sentencia, Corte Superior de Justicia y/o Tribunal Departamental de Justicia, Corte Suprema de Justicia y/o Tribunal Supremo de Justicia, Jueces de Ejecución Penal y Secretarios. Asimismo habilita a hacer uso de todos los recursos que prevé la Ley.*

Se resalta la facultad de ejecutar diligencias y actuados ante la Fiscalía Departamental, debido a que por disposición del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la Objeción al Rechazo de la Denuncia debe ser resuelto en dicha instancia.

El Poder expresamente manifiesta que es un "PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE" y cumple a cabalidad los presupuestos legales establecidos en el Artículo 62 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales complementarias, señalando expresamente las acciones y los recursos legales que deben interponer los apoderados dentro del proceso penal.

Por lo expuesto, la asistencia, autorización, representación y realización de actos encomendados en el Poder, cumplen los presupuestos procesales que requiere la legitimación procesal penal, y bajo ninguna circunstancia es un poder amplio e ilimitado como manifiesta equivocadamente e injustificadamente el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí, quién ya no encontró otra justificación para rechazar las denuncias presentadas por delitos previsionales.

Como le fue informado a la APS en repetidas oportunidades, el Ministerio Público del Distrito Judicial de Potosí estaba rechazando las denuncias presentadas por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, bajo el argumento de existir un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 304 inc. 4) del CPP) y expresando que dicho obstáculo es "la falta de legitimidad de las AFP´s para poder denunciar los delitos", lo que es totalmente falso al amparo de lo determinado en el artículo 149 incisos i), j) y n) de la Ley N° 065.

El hecho se confirmó y ante la inconsistencia del fundamento del rechazo de la denuncia, el Fiscal del Distrito mediante la Resolución N° 288/2012 observó el poder de representación del denunciante no obstante que dicho instrumento no había sido observado por las Fiscales de Materia al momento de disponer el rechazo y el mismo siempre fue bastante y suficiente para el Ministerio Público de los demás Distritos Judiciales del país, donde incluso hemos presentado objeciones a rechazos de las denuncias, sin tener ninguna observación sobre el alcance del mencionado Poder.

Por lo expuesto, queda claro que el Instrumento N° 071/2011 es un ***PODER ESPECIAL, BASTANTE Y SUFICIENTE*** *y que el mismo no puede ser considerado determinante para la decisión asumida por el Fiscal Departamental de Potosí, máxime cuando dispone la devolución de obrados para que sea subsanada la observación y los Fiscales de Materia procedieron a archivar arbitrariamente los procesos.*

De la resolución del Fiscal Departamental se evidencia que, habiendo sido admitida en plazo la objeción al rechazo de la denuncia, el Fiscal Departamental observa, aunque erróneamente, el alcance del Poder 071/2011 y expresando textualmente "que la objeción está planteada en plazos" no puede entrar a resolver el fondo del asunto por insuficiencia del Poder de representación del denunciante. Asimismo, en aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ejerciendo la función de "Control Jerárquico" devuelve obrados al Fiscal de Materia para que se subsane la observación del Poder 071/2011. Al recibir el Fiscal Departamental los obrados, en vez de dar cumplimiento a lo instruido por su superior procede a archivar obrados de manera irregular.

El artículo 305 segundo párrafo del Código de Procedimiento Penal dispone que SERA EL FISCAL DEPARTAMENTAL el que confirmando el rechazo de la denuncia ORDENE EL ARCHIVO DE OBRADOS, cosa que no ocurrió en el presente caso porque todavía no estaba resuelta la objeción que había sido planteada en plazo y el Fiscal Departamental, en cumplimiento a su facultad de "control jerárquico", devuelve obrados para la subsanación del Poder, para que, obviamente, luego de eso se le remitan obrados para resolver sobre el fondo del asunto y sería, en ese momento procesal, si confirmaba el rechazo de la denuncia, que ordenara el archivo de obrados (cumpliendo lo determinado en el artículo 305 segundo párrafo del CPP).

BBVA Previsión AFP S.A., cumpliendo el requerimiento del Fiscal Departamental, no obstante considerar que el Poder 071/2011 es suficiente para la tramitación del proceso penal en todas sus instancias, estando la objeción en los plazos legales para que sea resuelta y solo a expensas de subsanar la observación del Fiscal Superior, presenta un nuevo Poder N° 1802/2012 y solicita al Fiscal de Materia que remita los actuados al Fiscal Departamental para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir la objeción al rechazo de la denuncia.

El archivo de obrado por parte del Fiscal de Materia es un acto contrario al procedimiento penal, toda vez que NO ES UNA ATRIBUCIÓN QUE LE CORRESPONDA. Este funcionario debía haber cumplido la instrucción de Control Jerárquico ejercida por el Fiscal Departamental y devolverle los actuados para que resuelva sobre la objeción.

Luego de reiteradas solicitudes el Fiscal de Materia remite obrados al Fiscal Departamental y, en ese momento, otro funcionario ejerciendo el cargo de Fiscal Departamental emite nueva resolución señalando que no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque ya se había archivado obrados por el Fiscal de Materia y estaba precluida la instancia; lo cual no correspondía porque estaba desconociendo la resolución previa que mandaba a subsanar una observación sobre el poder para pronunciarse luego sobre la objeción al rechazo de la denuncia.

Además, hasta tanto llega la irregularidad del Ministerio Público de Potosí que en fecha 05 de Julio de 2012 se emitieron siete (7) resoluciones de confirmación del rechazo con igual tenor, observando el Poder 071/2011. Aunque parezca mentira ***ese día existían dos Fiscales de Distritos ejerciendo en el Ministerio Público de Potosí ya que con la misma fecha (05 de Julio de 2012) se emitieron las siguientes resoluciones, que cursan en autos del proceso sancionatorio, a saber****:*

- *En los Casos N° 121366/12 (Nota de Débito N° 1263) y Caso N° 121379/12 (Nota de Débito N° 1260) las Resoluciones N° 293/2012 y N° 294/2012 fueron emitidas y firmadas por el Dr. Luis Antonio Yutronic Cabezas, como Fiscal Departamental.*

- *En los Casos N° 121249/12 (Nota de Débito N° 1164), Caso N° 121043/11 (Nota de Débito 969), Caso N° 121232/12 (Nota de Débito N° 1156), Caso N° 121370/2012, (Nota de Débito N° 1154), las Resoluciones N° 285/2012, N° 278/2012, N° 290/2012 y N° 277/2012, fueron emitidas y firmadas por el Dr. Trifón Romero Arratia, como Fiscal Departamental.*

Estas irregularidades demuestran que en el Ministerio Público de Potosí las resoluciones de rechazo y de confirmación al rechazo de las denuncias interpuestas por BBVA Previsión AFP S.A. nunca fueron producto del análisis de la documentación de los casos, ni de la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad social. Demuestran que fueron copias textuales de un modelo de resolución elaborado con un objetivo preciso de no aceptar denuncias por delitos previsionales, perjudicando con ese accionar a la Seguridad Social del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tomando en consideración las circunstancias expuestas resulta inaceptable que la APS considere por "bien hecho" las actuaciones procesales del Ministerio Público de Potosí y sancione a esta Administradora por un fundamento inexistente, como es el alcance del Poder de Representación Instrumento N° 071/2011, que es un Poder Especial y suficiente para todos los actos procesales en los procesos penales por Apropiación Indebida de Aportes, como ha sido considerado por las distintas Fiscalías de Materia y de Distrito de Bolivia, en más de 500 procesos penales, y habiendo cumplido BBVA Previsión AFP S.A., con cada uno de los pasos procesales que le permitía el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, para salvar el derecho de los asalariados y afiliados al Sistema Integral de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó la Conversión de Acción en todos los casos en los que se produjo el accionar irregular del Ministerio Público, aunque la Autoridad de Pensiones no considera relevante este hecho a los efectos de levantar una sanción injusta.

Con la Conversión de Acción solicitada por BBVA Previsión AFP S.A. se ha cumplido con lo determinado en el procedimiento penal y se han hecho valer los principios señalados por la jurisprudencia boliviana en el marco de la Constitución Política del Estado. De la misma forma se ha plasmado el acto de solicitud de Conversión de Acción en el artículo 11 párrafo II de la Resolución Administrativa N° 890/2013, ante lo cual el proceso continuará ante el Juez de Sentencia correspondiente, no existiendo perjuicio alguno en la recuperación efectiva de los montos apropiados por el Empleador, toda vez que el proceso penal no ha concluido.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con la APS que desmerece el trámite de Conversión de Acción, toda vez que se tramita directamente ante el Juez de Sentencia sin la participación del Ministerio Público que, a nuestro criterio, ha perjudicado la efectividad del procedimiento penal para la recuperación de la deuda por contribuciones al Sistema Integral de Pensiones…"

Con respecto a tal alegato, el mismo tiene contenido similar, sino idéntico, al expuesto, considerado y analizado en el supra numeral 2.35.1 (inherente al cargo N° 35), respectivamente, por lo que corresponde remitirse al mismo a los fines de tenerlo por ratificado para el caso ahora señalado. En definitiva, no resta ningún alegato del cargo N° 51 que resulte por el presente desatendido.

2.52. Cargo Nº 52.-

"…***Empleador:*** *Representante Legal (GOBIERNO AUTÓNOMO MUNICIPAL DE COLQUECHACA)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal – Potosí.*
Fiscalía: *Fiscalía de Potosí.*
Falta de diligencia y cuidado en las actuaciones correspondientes al Proceso Penal: (…)

*a) Se evidencia inconsistencia en los términos de la denuncia, puesto que, señala que conforme a la Nota de Debito acompañada el periodo de aporte (motivo de la denuncia del delito de apropiación indebida) corresponde al mes de julio/2011, cuando la Nota de Débito N°PEN-**0403** de 28 de diciembre de 2011 corresponde a los periodos febrero/2011 – marzo/2011.*

b) Se advierte demora en la tramitación de la causa por parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación y el último actuado procesal, desconociendo la AFP que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa.

c) El representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia, cuando en su condición de denunciante tiene la obligación de cumplir con esta diligencia. Tampoco la AFP gestionó para que el procesado preste su declaración informativa.

Antecedentes:

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Serafín Romero Llave representante legal del Gobierno Autónomo Municipal de Colquechaca, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que: "El periodo de aporte que señala la Nota de Débito (N°PEN-**0403**) que se acompaña es por el mes de julio de 2011, lo que implica que de acuerdo a la ley, el empleador debía efectuar el depósito de los montos retenidos hasta el 31 de agosto de 2011, lo cual no realizó, incumpliendo la obligación que le establece la Ley 065 de Pensiones" (las negrillas son nuestras).*

- *El memorial de denuncia de 28 de diciembre de 2011, en su Otrosí.- (PRUEBA), señala que de conformidad al art. 285 del CPP, adjunta en calidad de prueba: a) La Nota de Débito N°PEN-0403 (de 28 de diciembre de 2011, por la suma de Bs.1.159.30 correspondiente a los periodos febrero/2011 – marzo/2011); b) Liquidación de deuda; c) Cartas de aviso de cobro…*"

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega que:

"…*La acción penal esta desistida por cancelación de la deuda. Cuando se incorpora el delito de Apropiación Indebida de Aportes al Código Penal mediante el artículo 118 de la Ley 065 de Pensiones, se lo hace a través del Capítulo II del Título IV relacionado a la cobranza tanto administrativa como judicial. Asimismo, en un único artículo 345 Bis tipifica el delito y en el segundo párrafo determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora.*

Resulta claro en el artículo 106 de la Ley 065 que el legislador tipificó el delito penal como otro proceso judicial (además del Coactivo) para el cobro de las contribuciones en mora ante el Sistema Integral de Pensiones (SIP).

Por lo expuesto, ante la presión que ejerce el proceso penal contra el empleador y las gestiones que permanentemente se van haciendo para que el mismo cancele su deuda ante el SIP, en el presente caso, como en muchos otros más, se produce la cancelación de la deuda y por lo tanto se desiste de la acción penal.

Con respecto al Desistimiento de la acción penal, ahora; la APS expresa que los desistimientos se han producido posteriormente a los cargos presentados. Es importante que la Autoridad de Pensiones tome en consideración los desistimientos, ya que la gestión de cobro se hace de manera permanente, no sólo como parte de la Gestión de Cobro Administrativa, sino también en el curso de los procesos judiciales y esto es así para cumplir con los objetivos planteados en la Ley 065 de Pensiones…"

A este respecto y toda vez que alegato similar había sido acreditado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** a tiempo de su Recurso de Revocatoria, es posible conocer la posición del Ente Regulador, expresada en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, en sentido que:

"…*El regulado afirma en su recurso que se produjo la cancelación de la deuda y el desistimiento de la acción penal, y que esa gestión debe ser reconocida por la APS como un acto procesal positivo de la AFP, lo contrario, significaría desvirtuar el objetivo del PP establecido en el artículo 106 de la Ley N° 065.*

La APS reconoce como una gestión procesal positiva la recuperación de adeudos al SIP a través de la gestión judicial de cobro, asimismo, el artículo 345-I Bis del CP determina la extinción de la acción penal por el pago de las contribuciones en mora, que se constituye en uno de los fines de la denuncia penal, empero esos hechos no están en discusión o debate, sino la falta de cuidado y diligencia durante los periodos observados que no han sido justificados en ninguna forma, y si bien se presentó el desistimiento de la acción penal, fue en fecha 05 de junio de 2013, es decir, con posterioridad a los hechos que motivaron el Cargo…"

Amén de la pertinencia de tal fundamento (coincidente con el expresado por el suscrito en el numeral 2.19.2. supra, el que se ratifica a los extremo presentes), se debe tener presente que no es a lo mismo a lo que se refiere la notificación de los cargos, con respecto a lo cual, no existe alegato que los enerve o irrite, de manera tal que determina se mantenga subsistente el cargo N° 52.

2.53. Otros alegatos del Recurso Jerárquico.-

2.53.1. Elementos considerados para la sanción.-

Con referencia al contenido del informe 468/2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**,en el apartado IV de su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*en el punto* ***I Antecedentes*** *menciona los documentos que BBVA Previsión AFP S.A., presentó, A REQUERIMIENTO DE LA APS, como prueba de descargo,* (…)
>
> …*la APS en el informe 468/2013 en el punto III para establecer sus Conclusiones declara que ha tomado en consideración (y los menciona expresamente) la siguiente documentación de descargo de BBVA Previsión AFP S.A.: "memorial de la AFP de fecha 05/06/2013, Nota 331 de fecha 04 de Julio de 2013, Nota 442 de fecha 14 de Agosto de 2013, Nota 426 de 19 de Agosto de 2013 y Carta 478 de 13 de Septiembre de 2013."*
>
> *Entonces que pasó con la documentación de descargo que cursan el obrados y que FUE SOLICITADA POR LA APS Y PRESENTADA POR BBVA PREVISIÓN AFP S.A. y que, como lo pide la APS en el Punto II Análisis de los Alegatos (textual) "****no es suficiente cuestionar la falta de valoración de la prueba presentada, debe precisar (la AFP) que elemento probatorio o prueba no fue valorada y en que cargo****,"* (…) *Estos descargos no fueron considerados para emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 1074 – 2013 de 21 de Noviembre de 2013, afectando por ello los derechos que tiene esta Administradora a la defensa y al debido proceso.*
>
> …*Si la APS pide un descargo relacionado a la sanción y el descargo se presenta ¿Por qué la APS mantiene la sanción?.*
>
> … *se infiere que la observancia del debido proceso se constituye en una garantía para todo ciudadano que se encuentre sometido a un proceso en el ámbito judicial o administrativo y se traduce en el hecho de que el Tribunal o Autoridad Administrativa preserve esta garantía de manera obligatoria e insoslayable en las diferentes etapas de un proceso, sometiéndose a disposiciones de naturaleza adjetivas aplicables al caso concreto; derecho instituido por el artículo 115 II de la Constitución Política del Estado*…"

Esto tiene que ver con lo manifestado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013 (ahora recurrida), en sentido que:

> "…*el Informe N°468/2013 ha considerado todas y cada una de las pruebas presentadas, mismas que están ampliamente descritas en cada Cargo, quiere decir que en ningún momento se desconoció el alcance del artículo 46 – II de la Ley N° 2341 como erróneamente afirma el regulado.*
>
> *El solo manifestar que no se consideraron las pruebas presentadas, no es un argumento suficiente menos convincente para invocar la vulneración a la norma administrativa, dicho de otra forma, la AFP no ha mencionado específicamente que prueba no fue considerada, limitándose a manifestar de manera confusa que al no haberse*

mencionado en las Conclusiones del Informe N° 468/2013 todos las notas señaladas en los Antecedentes del merituado Informe, se habría dejado de considerar la prueba aportada, hecho que no es evidente, por cuanto toda la prueba aportada fue considerada en toda su magnitud, realidad que se acredita del contenido del merituado informe.

En ese sentido, ***no es suficiente cuestionar la falta de valoración de la prueba presentada****,* ***debe precisar (la AFP) que elemento probatorio o prueba no fue valorada y en qué Cargo****, razonamiento lógico y de aplicación en el ámbito jurisdiccional como administrativo.*

Conforme a lo expuesto, y de la simple lectura del Informe N° 468/2013, se desprende que en cada Cargo se consideró, analizó y valoró todas y cada una de la prueba presentada por el regulado; por tanto, lo argumentado por la AFP carece de respaldo material, tratándose de una apreciación totalmente subjetiva…"

Conviene al presente, poner énfasis en lo señalado por la propia recurrente, cuando señala que:

"*…en el punto* ***III Conclusión****, para efectuar el análisis de los casos con cargos de la APS, toma en consideración UNICAMENTE los siguientes elementos (mencionados expresamente): memorial de la AFP de fecha 05/06/2013, Nota 331 de fecha 04 de Julio de 2013, Nota 442 de fecha 14 de Agosto de 2013, Nota 426 de 19 de Agosto de 2013 y Carta 478 de 13 de Septiembre de 2013.*

No obstante en el ***punto I Antecedentes*** *menciona los documentos que BBVA Previsión AFP S.A., presentó, A REQUERIMIENTO DE LA APS, como prueba de descargo…*"

De todo lo señalado, son posibles las conclusiones siguientes:

- La mención de los documentos presentados por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en la parte *I Antecedentes* del informe 468/2013, determina que los mismos sí fueron tomados en cuenta, lo que no quiere decir que por efecto de ello y necesariamente, se deba levantar la sanción, como mal sugiere la recurrente.

- El hecho de que, sin embargo de haber sido considerados en la parte *I Antecedentes* del informe 468/2013, no se los mencionen a estos documentos después, en *el punto* ***III Conclusión***, no quiere decir que los mismos no hubieran sido tomados en cuenta oportunamente, sino que no han servido a la Autoridad para fundar su decisión.

- Si bien los informes como tales no son impugnables (al no constituir actos administrativos), para el caso de que su contenido y opinión sean tenidos en cuenta e incorporados en una Resolución Administrativa, tal contenido puede ser impugnado, lo que se entiende ha sucedido con la interposición del Recurso Jerárquico.

Por consiguiente, el alegato en este sentido, es infundado.

2.53.2.Legalidad de la resolución sancionatoria.-

Señala también la recurrente, en el apartado V de su Recurso, que:

"…La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/ DJ/DPC N° 330 -2013 de 12 de abril de 2013, se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogado.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".

De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, caso que no ocurre en la Sanción que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la el artículo N° 196 de la Ley N° 065…"

Sobre el tema, el Ente Regulador ha dicho:

"…conforme manda el artículo 177 de la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

En ese entendido, la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley No.1732 y el Contrato suscrito entre la AFP y el Estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando ***todas*** *las obligaciones como administrador de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; sin perjuicio de las determinaciones de la Ley No.065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias.*

Por otro lado, el regulado olvida que al presente se tiene una administración transitoria de las pensiones, en razón a que la nueva Ley de Pensiones, crea la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo con todas las obligaciones, atribuciones y facultades que le atinge y que; mientras no se tenga su constitución formal y a efectos de dar continuidad a los servicios que se ofrecen en cuanto a la administración y pago de pensiones, es que la norma con sabiduría ha establecido que las AFP continúen con todas sus obligaciones mientras dure el período de transición.

En lo que respecta al contrato de Prestación de Servicios entre la AFP y el Estado Boliviano, se debe recordar a la AFP que es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, ***sin excepción alguna****. Asimismo, el Contrato aludido por la*

AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, ***de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias****.*

Por lo que se concluye que, la AFP además de la norma del sector de pensiones relativa a la Seguridad Social de Largo Plazo se halla subordinada también a las cláusulas contractuales, no debiendo desconocer el marco jurídico en el cual se debe desenvolver.

Finalmente se recuerda a la AFP que la Ley No.065 de Pensiones, y en lo particular el artículo 177 es constitucional, por lo cual se halla plenamente vigente y a la cual corresponde su atención y cumplimiento, mientras no se declare lo contrario por el Contralor de la Constitucionalidad. En ese entendido sus efectos y alcances son plenamente validos (sic) *y de cumplimiento obligatorio por la AFP.*

Ahora bien con relación al Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997 que aplica esta APS a las entidades reguladas, de acuerdo al razonamiento anterior, se halla dentro de la normativa que reglamenta la Ley No.1732 de Pensiones, en lo particular a lo que hace al régimen vigente de sanciones para el sector de pensiones. Por tanto, cuando la AFP refiere en la parte del Petitorio del recurso de revocatoria que "Asimismo por el mandato expreso de la Ley N° 065, el Organismo de Fiscalización no puede aplicar el Decreto Supremo 24469 para sancionar actos que se desarrollan en el Sistema Integral de Pensiones", lo señalado resulta ser incorrecto al tener conocimiento pleno de que la norma reglamentaria sigue vigente, y no solamente la ahora observada por la AFP sino también alguna otra de orden operativo como bien lo señala la AFP en su impugnación. Por lo que, si bien dentro de las facultades de esta Autoridad están la de control y supervisión, también se tiene la de sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo cuando incumpla la normativa de pensiones y que, durante el periodo de transición está representada por las AFP.

En lo que se refiere al argumento de una supuesta nulidad de la R.A.69-2013 por falta de fundamentación y motivación, la misma no corresponde considerando que los descargos presentados respecto a los procesos penales fueron evaluados y analizados en la señalada Resolución Administrativa, expresándose los motivos que llevaron al regulador a sancionar los cargos; sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que en esta segunda instancia con el presente acto se tiende a satisfacer la fundamentación extrañada por la AFP respecto a los aspectos advertidos reclamados en su impugnación.

Asimismo, habrá que aclarar que la impugnación presentada contra la R.A.69-2013, en un total contrasentido la AFP ha solicitado la revocatoria de la señalada Resolución Administrativa y por otro la nulidad del acto administrativo; siendo conceptos contrapuestos. Por tanto no existe la posibilidad legal de declarar nulo un acto y revocar a la vez el mismo, siendo las características y efectos legales diferentes de cada determinación…"

Toda vez que la competencia controvertida al presente, es la que hace a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para imponer sanciones a las Administradoras de Fondos de Pensiones (no obstante el carácter transitorio de los servicios de estas), y habiendo

esta explicado ampliamente supra la legitimidad de sus actuaciones, corresponde al presente darle la razón, como en su mérito adherirse a la misma y por ello, rechazar el alegato.

2.53.3. Señalamientos sobre incongruencia en la resolución sancionatoria.-

Por último, señala el acápite VI del Recurso Jerárquico, que:

> "…*La APS considera que la supuesta inobservancia a la norma,* ***si bien no causó daño económico constatado para los asegurados, se sanciona la preterintencionalidad*** *en el accionar de la AFP* (…)
>
> *Es decir que la APS está presumiendo y prejuzgando una intencionalidad maliciosa de la administradora para afectar los procesos penales, lo que es una apreciación arbitraria e incorrecta máxime si los casos están dentro de los plazos legales definidos por el Código de Procedimiento penal, para la duración de la etapa preparatoria del proceso*…"

La posición de la recurrente tiene que ver con la acepción primera de la preterintencionalidad, esta es:

> "…*producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido. Es una alianza entre dolo y culpa, por cuanto el autor del acto doloso provoca una consecuencia más grave de la que el agente pudo prever al menos*…" (Jiménez de Asúa, según es parafraseado en el *Diccionario* de Cabanellas).

No obstante, en cuanto al carácter doloso del efecto buscado (extremo que hace ahora al Recurso Jerárquico, conforme lo expuesto), se tiene lo explicado por la Autoridad recurrida, en sentido que:

> "…*la infracción preterintencional refiere que, es aquella cuyo resultado excede o es mayor al buscado por el agente. En cuanto al resultado preterintencional solo puede atribuirse al autor a título de culpa.*
>
> *En ese sentido, la vinculación del resultado mayor culposo depende de dos circunstancias: una objetiva, la "conexión de inmediatez" entre el delito básico y el resultado más grave (por ejemplo, entre las lesiones provocadas y la muerte no querida) y la otra subjetiva, la existencia de culpa respecto del resultado mayor.*
>
> *Por su parte, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 06 de septiembre de 2006* ***(RJ 59/2006)****, tiene señalado lo siguiente:*
>
> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañosos más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la*

intención del actor o, en otros palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente (…)

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), sino también por una actitud culposa u omisiva…"

De lo expuesto anteriormente y en relación al presente caso se puede extraer que, se tiene determinada la conducta omisiva de la AFP en lo que se refiere al cumplimiento de normativa (de conocimiento pleno de la AFP) que obliga a ésta a la diligencia y cuidado en las actuaciones y gestiones procesales en los PP…"

Consiguientemente, el concepto aplicado de la preterintencionalidad, ha superado al criterio doctrinal, por cuyo efecto, no solo se aplica en cuanto al "*autor del acto doloso* (que) *provoca una consecuencia más grave de la que el agente pudo prever*", sino que es extensible a los casos en los que "*la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto*", sin que por ello deba forzosamente, el autor, haber actuado con mala fe o dolo, de manera tal que lo señalado ahora por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, queda en el campo de la mera susceptibilidad.

Con respecto a la mención: "*de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por* ***Futuro de Bolivia S.A. AFP***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), que sale en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, se entiende que la misma obedece a un error material, entonces intrascendente, del Ente Regulador, por lo mismo, corregible en los términos del artículo 31º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo)., y sin lugar a mayor consideración al presente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, si bien en varios casos lo ha hecho en base a un correcto análisis de los antecedentes y de la norma, en otros ha obrado con infracción al principio de tipicidad y al de congruencia, determinando que en aquellos casos exista inobservancia al debido proceso administrativo.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando ratifique en parte y modifique parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1074-2013 de 21 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2013 de 12 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ratificándola en cuanto a las determinaciones que correspondan a los cargos Nros.: 1, 7, 8, 10, 11, 12, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 31.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota APS/DJ/DPC/7744/2012 de 5 de octubre de 2012**, inclusive**, únicamente en lo referido a los cargos Nros.: 2, 3, 4, 5, 6, 9, 13, 14, 15, 18, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52, debiendo en consecuencia emitirse una nueva notificación de cargos, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 783/2013 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 028/2014 DE 06 DE MAYO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2014

La Paz, 06 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2013 de 29 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 686/2013 de 15 de octubre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 022/2014 de 11 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 046/2014 de 24 de abril de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 19 de diciembre de 2013, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Javier Enrique Palza Prudencio, con Cédula de Identidad No. 215472 L.P., tal como lo acredita el Testimonio Poder No. 1063/2013 otorgado en fecha 15 de mayo de 2013, por ante la Notaría de Fe Pública No.042 a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2013 de 29 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 686/2013 de 15 de octubre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-195250/2013, con fecha de recepción 24 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2013 de 29 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 30 de diciembre de 2013, notificado en fecha 2 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2013 de 29 de noviembre de 2013.

Que, en fecha 7 de febrero de 2014 se efectuó la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSV/R-67375/2013 de 9 de mayo de 2013, notificó a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**con los siguientes cargos:

"(…)

1. *La Sociedad habría informado con retraso el Hecho Relevante referido a la transferencia de 151 acciones, efectuada por el Sr. Felipe Alfredo Arana Ruck a la Sra. María Alejandra Arana Molina.*

   Con esta conducta habría incumplido el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, los artículos 106 y 107 del Reglamento del Reglamento del Registro del Mercado de Valores aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005 y el primer párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004.

2. *La Sociedad habría remitido el 13 de noviembre de 2012, la documentación e información relativa a los nuevos accionistas de la Sociedad, Sra. María Alejandra Arana Molina como titular de 151 acciones y la empresa Lomo Largo Corporation como titular de 2.936 acciones, después de su registro en el Libro de Accionistas.*

   Con esta conducta habría incumplido el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota AB/BIS/3764/2013 de fecha 1 de octubre de 2013, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

1. *Como consecuencia de la transferencia de las acciones del Sr. Felipe Alfredo Arana Ruck a la Sra. María Alejandra Arana Molina, en fecha 28 de septiembre de 2012 se emitió el Título accionario No. 000013 que representa 151 acciones a favor de la Sra. María Alejandra Arana Molina, con registro en el Libro de Registro de Accionistas de la sociedad BISA S.A. Agencia de Bolsa el mismo día 28 de*

septiembre de 2012.

No obstante que, de acuerdo al artículo 106 inciso a) numeral 5) del Reglamento del Registro del Mercado de Valores (Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 756 de fecha 16 de septiembre de 2005), sólo se considera relevante una transferencia de acciones igual o superior al 10% del capital accionario, la transferencia de acciones del Sr. Felipe Alfredo Arana Ruck a la Sra. María Alejandra Arana Molina fue reportado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) mediante nota AB/BIS/4192/2012, señalando claramente que la transferencia corresponde al 0,51% de participación en el capital de social de BISA S.A. Agencia de Bolsa.

Respecto al registro de los accionistas Sra. María Alejandra Arana Molina y Lomo Largo Corporation en el Libro de Registro de Accionistas, tal como establece el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa (Resolución Administrativa No. 751 de 8 de diciembre de 2004), se procedió a realizar los respectivos asientos previa verificación del cumplimiento de la información equivalente según lo requerido por los incisos b) y c) del artículo 5 de la citada Normativa para Agencias de Bolsa.

Ni el referido artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, ni otra norma del mercado de valores, establecen el plazo dentro del cual la documentación e información relativa a los nuevos accionistas debe ser remitida a la ASFI."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 686/2013 DE 15 DE OCTUBREDE 2013.-

Evaluados los descargos presentados por **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 686/2013 de 15 de octubre de 2013, resolvió:

"PRIMERO.- *Sancionar a* ***BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,*** *con* ***multa*** *en Bolivianos equivalente a* ***$us.550.- (QUINIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, a los artículos 106 y 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y al artículo 110 de la Normativa para Agencias de Bolsa, en sujeción a lo previsto en el Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001…."*

Los argumentos presentados en dicha Resolución Administrativa son los siguientes:

"CONSIDERANDO*:*

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-152095/2013 de 7 de octubre de 2013 e Informe Legal ASFI/DSV/R-153016/2013 de 9 de octubre de 2013, se realizó la verificación y el análisis respectivo de los descargos presentados por ***BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *de acuerdo a lo expuesto a continuación:*

- ***Primer Cargo.-*** *En cuanto a la comunicación con retraso del* ***Hecho Relevante*** *referido a la transferencia de 151 acciones, efectuada por el Sr. Felipe Alfredo Arana Ruck a la Sra. María Alejandra Arana Molina, la Sociedad señala como argumento de descargo que el artículo 106 inciso a) numeral 5, del Reglamento del RMV, sólo*

considera como Hecho Relevante una transferencia de acciones igual o superior al 10% del capital accionario y que la transferencia reportada en la carta AB/BIS/4192/2012, corresponde al 0,51% de participación en el capital social de la entidad.

Cursa en archivos del RMV, la carta AB/BIS/4192/2012 de 2 de octubre de 2012, mediante la cual la sociedad reportó como Hecho Relevante la información observada, al respecto corresponde aclarar que el artículo 106 del Reglamento del RMV, señala que los Hechos Relevantes enumerados se definen de manera enunciativa y no constituyen una lista excluyente, estableciendo que para determinar cuándo una información constituye un Hecho Relevante, se debe emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, y por último en caso de existir duda sobre esta característica, señala la posibilidad de formular las consultas necesarias a ASFI.

Al margen de lo establecido en el citado artículo 106 del Reglamento del RMV, el artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, es claro al señalar que cualquier transferencia de las acciones de una Agencia de Bolsa, debe informarse a ASFI, dentro el plazo de veinticuatro (24) horas posteriores a la toma de conocimiento del hecho, sin poner un límite al porcentaje, en ese entendido, la Sociedad efectuó la comunicación del Hecho relevante el 2 de octubre de 2012, cuando el plazo límite para su comunicación vencía el 1de octubre de 2012.

*En consecuencia se **ratifica** la infracción notificada y se establece un (1) día hábil administrativo de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa en Bolivianos equivalente a **$us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)** por el día de retraso, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 1, artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Segundo Cargo.-** En cuanto a que la Sociedad habría remitido el 13 de noviembre de 2012, la documentación e información relativa a los nuevos accionistas Sra. María Alejandra Arana Molina como titular de 151 acciones y la empresa Lomo Largo Corporation como titular de 2.936 acciones, después de su registro en el Libro de Accionistas, la Sociedad manifiesta que tal como establece el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, procedieron a realizar los respectivos asientos previa verificación del cumplimiento de la información equivalente según lo requerido por los incisos b) y c) del artículo 5, señalando que no existe norma que determine el plazo dentro del cual la documentación e información relativa a los nuevos accionistas, deba ser remitida a ASFI.*

Al respecto, la Sociedad incurre en error en la interpretación del cargo imputado y de la Normativa para Agencias de Bolsa, toda vez que la observación es al procedimiento. El segundo párrafo del artículo 10 de la citada Normativa, dispone la obligación de presentar a ASFI documentación e información relativa al nuevo accionista de la Sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c), según corresponda, del artículo 5 de la Normativa para Agencias de Bolsa, <u>información sin</u>

la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones. Cabe aclarar además que la remisión de la documentación e información observada fue solicitada por este Órgano de Supervisión con cartas ASFI/DSV/R-133102/2012 de 17 de octubre y 156867/2012 de 17 de octubre y 29 de noviembre de 2012, respectivamente, a las que la Sociedad respondió con cartas AB/BIS/4880/2012 de 13 de noviembre de 2012 y AB/BIS/435/2013 de 29 de enero de 2013, luego de haber realizado el registro en el libro de accionistas.

En ese entendido, la conducta observada, se refiere a que la Sociedad registró a los nuevos accionistas en fechas 31 de julio y 28 de septiembre de 2012, sin remitir en primera instancia la documentación e información relativa a los nuevos accionistas Lomo Largo Corporation y Sra. Alejandra Arana Molina.

En mérito a lo expuesto, se ***ratifica*** *el cargo por contravención a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa.*

Se debe considerar que con la conducta descrita, la Sociedad incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

A efecto de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento, que señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a ***BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, no cumplir en la forma y/o plazos con las medidas o sanciones establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas y b) El hecho se encuentra plenamente probado.*

En el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar la siguiente circunstancia que concurrió para imponer la multa de Primer Rango:

- *La Sociedad regulada, no es reincidente en este tipo de infracción.*

*Tomando en cuenta las circunstancias de la infracción ratificada, corresponde imponer a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, la sanción de **multa** mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

Que, de acuerdo al análisis efectuado debe considerarse que la infracción ratificada en el cargo 1 se ajusta a los siguientes parámetros: el hecho imputado está plenamente probado y se encuentra calificado como infracción en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, por lo que en cumplimiento del artículo 21 del citado Reglamento de Sanciones, las infracciones por retraso y por incumplimiento en el envío de información deben ser sancionadas en sujeción al Capítulo II sobre "Infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información". Las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones.

*Que, el Capítulo II del citado Reglamento, en su artículo 22, prevé que el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, debe ser sancionado con multa en relación al cómputo de días de demora, que de acuerdo al análisis efectuado precedentemente suma una multa total en Bolivianos equivalente a **$us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto por el citado artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

*Que, de acuerdo a las circunstancias de la infracción ratificada, corresponde sancionar a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, por el cargo 2, con la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial de fecha 01 de noviembre de 2013, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°686/2013 de 15 de octubre de 2013, con los siguientes argumentos:

"***CONSIDERACIONES DE ORDEN IURÍDICO***

Respecto a la aplicación de las normas legales que justifican la imposición de la sanción de multa a BISA BOLSA a través de la Resolución ASFI No. 686/2013, consideramos pertinente hacer el siguiente análisis legal:

1. Supuesto incumplimiento:

El referido segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa dice: "La Agencia de Bolsa deberá presentar la documentación e información

relativa al nuevo accionista de la sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c), según corresponda, del artículo 5 de la presente Normativa, información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones. Esta exigencia no será aplicable en el caso de transferencia de acciones entre los accionistas de la Agencia de Bolsa."

En consecuencia, para registrar al nuevo accionista en el Libro de Registro de Accionistas, bastaba que BISA BOLSA cuente con la documentación de identificación de la Sra. María Alejandra Arana Molina e información societaria de la empresa Lomo Largo Corporation. Lo cual en los hechos si ocurrió, pues tanto la emisión de las acciones como el propio asiento en libros requieren del llenado de información societaria y/o identificación.

Sin embargo, consideramos que es la ASFI quien incurre en un error de interpretación de la norma y sanciona a BISA BOLSA bajo el argumento que antes de registrar al nuevo accionista en el Libro de Registro de Accionistas, BISA BOLSA debió remitir a la ASFI la documentación de identificación de la Sra. María Alejandra Arana Molina e información societaria de la empresa Lomo Largo Corporation; lo cual no está establecido en la normativa, y por lo tanto no hay ninguna violación a un deber impuesto.

Cabría la interpretación amplia que hace la ASFI si la redacción del segundo párrafo del artículo 4 de la Normativa para Agencias de Bolsa estableciera que la Agencia de Bolsa deberá presentar la documentación e información relativa al nuevo accionista de la sociedad...; <u>remisión en primera instancia</u> sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones; o <u>posterior a In cual recién</u> podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones.

Al respecto, los principios de tipicidad y legalidad determinan que la contravención (infracción) y la consecuencia (sanción) deben estar expresadas v descritas de manera certera y exhaustiva, de tal manera que el administrado conozca el hecho sancionable y la sanción; y en consecuencia, tenga la oportunidad de evitarla. Sin estos requisitos, no resulta posible calificar una conducta como infracción o incumplimiento y menos aplicar una sanción.

2. Infracción cometida por culpa:

No pensamos necesario hacer una exposición sobre la definición y los elementos de la culpa, puesto que por lo expresado en el punto anterior, no es posible exigir legalmente una responsabilidad, cuando el sujeto no estaba obligado a cumplir con el envío de la documentación de los nuevos accionistas, previo a su asiento en el Libro de Registro de Accionistas.

En este sentido, consideramos que no existen razones de hecho y de derecho que justifiquen la aplicación de una sanción de multa, ya que no hay incumplimiento alguno.

PETITORIO

Por las razones de hecho y argumentos jurídicos, legales y doctrinales expuestos precedentemente, solicitamos a su autoridad que acepte el presente Recurso de

Revocatoria y que lo resuelva disponiendo la revocatoria parcial de la Resolución ASFI No. 686/2013 de fecha 15 de octubre de 2013, a través de la cual se impone una sanción a BISA S.A AGENCIA DE BOLSA con una multa en Bolivianos equivalente a US$ 550.- (QUINIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), dejando sin efecto la multa de US$ 500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA) por el segundo cargo, en los términos de lo señalado por el inciso b) del artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, debido a que se han vulnerado los derechos e intereses legítimos de BISA BOLSA."

5. RESOLUCIÓN ASFI N° 783/2013 DE 29 DE NOVIEMBREDE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 783/2013 de29 de noviembre 2013, la Autoridad de Supervisión del sistema Financiero, resuelve**confirmar en todas sus partes** la Resolución Administrativa ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que, bajo estos lineamientos, corresponde la compulsa de los argumentos expuestos por el recurrente en el memorial de 1° de noviembre de 2013, con los antecedentes que cursan en el expediente administrativo, de acuerdo a lo siguiente:

*Mediante Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-138703/2013, este Órgano de Supervisión inició proceso administrativo sancionador contra **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, observando en el segundo cargo que **la Sociedad habría remitido la documentación e información relativa a nuevos accionistas** de la Agencia de Bolsa, **después de su registro en el Libro de Accionistas**, vulnerando lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, disposición que textualmente establece:*

"Cualquier transferencia de las acciones de una Agencia de Bolsa deberá ser informada por ésta a la Superintendencia, dentro del plazo de las veinticuatro (24) horas posteriores a la toma de conocimiento del hecho.

La Agencia de Bolsa deberá presentar la documentación e información relativa al nuevo accionista de la Sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c), según corresponda, del artículo 5 de la presente Normativa, información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones. Esta exigencia no será aplicada en el caso de transferencia de acciones entre los accionistas de la Agencia de Bolsa".

*Que, en mérito a lo expuesto, mediante Resolución ASFI N° 686/2013, se ha dispuesto sancionar a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** con multa mínima de primer rango, porque la entidad regulada registró en su Libro de Accionistas a la empresa Lomo Largo Corporationy a la Sra. María Alejandra Arana Molina, en fechas 31 de julio y 28 de septiembre de 2012, respectivamente y recién el 14 de noviembre de 2012, remitió a este Órgano de Supervisión la documentación e información relativa a dichos nuevos accionistas, cumpliendo el requerimiento efectuado por ASFI mediante carta*

ASFI/DSV/R-133102/2012 de 17 de octubre de 2012. Situación que vulnera las previsiones del citado artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa.

Que, dicha exigencia normativa tiene su fundamento en lo previsto por el artículo 268 del Código de Comercio, que textualmente establece: "…tiene la calidad de accionista el inscrito en el registro de accionistas de la sociedad, si las acciones son nominativas y el tenedor, si son al portador." Es decir que la calidad de socio accionista es conferida legítimamente a partir del registro en el Libro de Accionistas de la Sociedad. En el marco de este precepto, la Normativa para Agencias de Bolsa, prevé que antes de ese registro, el Órgano de Supervisión tiene que haber revisado la documentación.

*Que, el recurrente manifiesta en su recurso: "… **bastaba que BISA BOLSA** cuente con la documentación de identificación de la Sra. María Alejandra Arana Molina e información societaria de la empresa Lomo Largo Corporation. Lo cual en los hechos si ocurrió, pues tanto la emisión de las acciones como el propio asiento en libros requieren del llenado de información societaria y/o identificación". Agregando que consideran que ASFI hizo una errónea interpretación al sancionar a BISA porque registró a sus nuevos accionistas antes de remitir la información a este Órgano de Supervisión.*

Que, al respecto es necesario señalar que la Normativa para Agencias de Bolsa, es un conjunto integrado de preceptos y procedimientos que regulan la constitución, organización, funcionamiento, actividades y operaciones de las Agencias de Bolsa. Al efecto el artículo 5 de dicha normativa, establece los requisitos que una Agencia de Bolsa debe cumplir ante este Órgano de Supervisión, previamente a su Constitución como Sociedad de acuerdo a disposiciones mercantiles, señalando, entre otros, en los incisos b) y c), los documentos e información relativa a la identidad, ocupación, hoja de vida, participación accionaria de los futuros accionistas de la Sociedad y otros si se trata de personas naturales o documentación e información análoga, si se trata de personas jurídicas.

Que, esta información y documentación, le permite al Órgano de Supervisión, realizar el análisis y evaluación del cumplimiento de la normativa mercantil que regula al sector, previamente a la Constitución de la Agencia de Bolsa, encontrándose facultado a negar la solicitud de autorización e inscripción de la Agencia de Bolsa, en caso de que existan observaciones que no sean subsanadas por los solicitantes.

Que, en este sentido, constituida y autorizada la Agencia de Bolsa, conforme se desprende del texto del artículo 10 de la Normativa citada, cuando se produce una transferencia de Acciones en la Agencia de Bolsa, esta última no solo tiene la obligación de informar a este Órgano de Supervisión, sobre cualquier transferencia de sus acciones, sino que tiene la obligación de presentar la documentación e información relativa a nuevos accionistas, conforme lo especificado en los incisos b) o c) del artículo 5 de la Normativa para Agencias de Bolsa, para que este Órgano de Supervisión, velando por un Mercado de Valores sano, transparente y seguro, verifique la documentación relativa a los nuevos accionistas antes de que estos sean incorporados como tales en la Sociedad. Motivo por el cual el párrafo segundo del citado artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, establece que las agencias de bolsa, no pueden registrar en el libro de accionistas al nuevo adquirente de las acciones, sin cumplir previamente con esta obligación. Exigencia que conforme señala

la referida norma, no es aplicada cuando la transferencia se realiza entre los accionistas de la Agencia de Bolsa, porque ya se ha cumplido con el control referido anteriormente.

Que, la interpretación pretendida por el recurrente, transfiere las facultades de supervisión y control a la entidad regulada, haciendo nulo el referido control por disposición del artículo 122 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, generando omisión en el control de los accionistas que entren a formar parte de la agencia de bolsa a raíz de una transferencia de acciones.

Que, finalmente, con referencia a la interpretación de la normativa, la doctrina especializada concordante con los principios fundamentales del derecho, son coincidentes en los siguientes criterios:

"… una norma jurídica no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse la intención del legislador dentro de un contexto coordinado y armónico con las demás normas del ordenamiento jurídico restante, y que sean pertinentes, por tratarse de un sistema jurídico completo y coherente".

Así, Guillermo Cabanellas, afirma que: ***"La Interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición****." (sic).*

El eximio Jurista y tratadista italiano Francesco Messineo, conceptúa la Interpretación de la ley (norma) diciendo:

"… es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea, de la voluntad de la misma), esto es, 'la atribución de un significado' a la norma para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a la determinada relación social a regular. Es, pues, una operación lógica, de conocimiento." (sic).

Que, bajo estos lineamientos, el contenido del segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, objeto del recurso de revocatoria en cuestión, de ninguna manera puede interpretarse al margen del contexto de lo que dispone la Normativa para Agencias de Bolsa del que es parte.

Que, atendiendo lo manifestado por la Sociedad, en sentido de que "ASFI incurre en un error de interpretación de la norma", se precisa que esta Autoridad de Supervisión, emitió la Resolución ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013, en el marco de las siguientes funciones y atribuciones: "Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos; Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado y Velar por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, transparente y competitivo, establecidas expresamente en el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

Que, en consecuencia, los argumentos expuestos por ***BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *no son suficientes para desvirtuar el alcance de la Resolución ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013, porque la infracción señalada en el segundo cargo cumple las características de legalidad y subsunción punitiva en materia sancionatoria administrativa, al describir con suficiente precisión la conducta que se adecua al tipo*

administrativo objeto de la sanción, de manera que la entidad regulada al no haber remitido la documentación e información relativa a sus nuevos accionistas a este Órgano de Supervisión, antes de registrarlos en el Libro de Accionistas de la Agencia de Bolsa, ha incurrido en incumplimiento de lo previsto en segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, por tanto corresponde la aplicación de la sanción de multa de primer rango conforme establece dicha normativa y se ha fundamentado en la resolución recurrida.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, el parágrafo I del artículo 332 de la señalada norma suprema, dispone que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras y que esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano, reconociendo el carácter constitucional de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero" y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de Valores.

Que, el Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, determina que las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de Valores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) sean asumidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo Nº 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, establece que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 38 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado con Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que los recursos se presentarán dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.

Que, el artículo 43 del citado Decreto Supremo, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 47 del citado Reglamento, en su parágrafo I, dispone que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, los artículos 48 y 49 de la norma citada, establecen que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a su notificación, teniendo la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria, un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

*Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-179881/2013 de 26 de noviembre de 2013, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el recurso de revocatoria de 1 de noviembre de 2013, concluyendo que los mismos no han desvirtuado las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013, al haberse verificado quela infracción imputada a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, se enmarca en la tipificación establecida en el párrafo segundo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa y por tanto corresponde la aplicación de la sanción de multa de primer rango conforme establece dicha normativa."*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2013, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 686/2013 de 15 de octubre de 2013, conforme a los argumentos que se transcriben a continuación:

"RECURSO JERÁRQUICO

*Habiendo sido notificados con la Resolución ASFI No. 783/2013, y dentro del plazo señalado por el artículo 53 del Decreto Supremo No. 27175, tenemos a bien objetar el contenido y determinación de la Resolución ASFI No. 783/2013, debido a que la misma no desvirtúa los argumentos jurídicos expuestos por **BISA BOLSA** en relación a la vulneración de derechos subjetivos e intereses legítimos causados por la Resolución ASFI No. 686/2013 en relación a la aplicación de una sanción de multa, sin existir razones de hecho y de derecho que la justifiquen.*

En este sentido, nuevamente acudimos a su autoridad para que eleve el

correspondiente expediente administrativo ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, para que sea esta autoridad superior quien, declarando procedente el Recurso Jerárquico que presentamos, disponga la revocatoria de la Resolución ASFI No. 783/2013 y deje sin efecto la sanción de multa por el segundo cargo de la Resolución ASFI No. 686/2013, por los motivos que exponemos a continuación:

FUNDAMENTO PROCESAL

El presente Recurso Jerárquico es planteado de conformidad con los artículos 56 y 66 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

ARGUMENTOS Y FUNDAMENTOS ASFI

La nota de cargos ASFI/DSV/R-138703/2013 recibida en fecha 24 de septiembre de 2013, señala que BISA BOLSA habría remitido el 14 de noviembre de 2012 la documentación relativa a los nuevos accionistas de la Sociedad, Sra. María Alejandra Arana Molina y la empresa Lomo Largo Corporation, después de su registro en el Libro de Accionistas, incumpliendo así el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa.

*La **Resolución ASFI No. 686/2013** por la cual resuelve imponer una sanción de multa a BISA BOLSA contiene los siguientes argumentos (textual) para el segundo cargo:*

1. *Obligación prevista en la normativa de presentar documentación e información relativa al nuevo accionista de la Sociedad antes de su registro:*

"... *El segundo párrafo del artículo 10 de la citada Normativa, dispone la obligación de presentar a ASFI documentación e información relativa al nuevo accionista de la Sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c], según corresponda, del artículo 5 de la Normativa para Agencias de Bolsa, información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones... En ese sentido,* ***la conducta observada, se refiere a que la Sociedad registró a los nuevos accionistas en fechas 31 de julio y 28 de septiembre de 2012. sin remitir en primera instancia la documentación e información relativa a los nuevos accionistas...".***

2. *Determinación de la culpa:*

"...la Sociedad incurrió en ***infracción cometida por culpa*** *(actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse)...".*

*La **Resolución ASFI No. 783/2013,** que confirma en todas sus partes la Resolución ASFI No. 686/2013, textualmente contiene los siguientes fundamentos:*

3. *Verdad material y norma aplicable:*

"... *es necesario también referirnos al principio de Verdad Material que rigen el accionar de la administración pública y cuya pertinencia se halla en la Resolución Jerárquica de Regulación financiera SG SIREFI RJ 48&2006 (Sic) de 2 de agosto de 2006, que se ha pronunciado de la siguiente manera: ... "La doctrina en derecho*

administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La Autoridad Administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal] y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y en su caso probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes...".''

4. *Momento en que se adquiere la calidad de accionista de una Agencia de Bolsa:*

"Que, dicha exigencia normativa tiene su fundamento en lo previsto por el artículo 268 del Código de Comercio, que textualmente establece: "...tiene la calidad de accionista el inscrito en el registro de accionistas de la sociedad, si las acciones son nominativas y el tenedor, si son al portador". Es decir que la calidad de socio accionista es conferida legítimamente a partir del registro en el Libro de Accionistas de la Sociedad. En el marco de este precepto, ***la Normativa para Agencias de Bolsa, prevé que antes de ese registro, el Órgano de Supervisión tiene que haber revisado la documentación".*** *"Que, en este sentido, constituida y autorizada la Agencia de Bolsa, conforme se desprende del texto del artículo 10 de la Normativa citada, cuando se produce una transferencia de Acciones en la Agencia de Bolsa, esta última no solo tienen la obligación de informar a este Órgano de Supervisión, sobre cualquier transferencia de sus acciones, sino que tiene la obligación de presentar documentación e información relativa a nuevos accionistas, conforme lo especificado en los incisos b) o c) del artículo 5 de la Normativa para Agencias de Bolsa, para que este Órgano de Supervisión, velando por un Mercado de Valores sano, transparente y seguro, verifique la documentación relativa a los nuevos accionistas antes de que estos sean incorporados como tales en la Sociedad. Motivo por el cual* ***el párrafo segundo del citado artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, establece que las agencias de bolsa, no pueden registrar en el libro de accionistas al nuevo adquirente de las acciones, sin cumplir previamente con esta obligación..."***

5. *Interpretación de la norma:*

"...con referencia a la interpretación de la normativa, la doctrina especializada concordante con los principios fundamentales del derecho, son coincidentes en los siguientes criterios: "...una norma jurídica no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse la intención del legislador dentro de un contexto coordinado y armónico con las demás normas del ordenamiento jurídico restante, y que sean pertinentes, por tratarse de un sistema jurídico completo y coherente". "Así, Guillermo Cabanellas, afirma que: ***"La Interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición."*** *(sic).'"...bajo estos*

lineamientos, el contenido del segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, objeto del recurso de revocatoria en cuestión, de ninguna manera puede interpretarse al margen del contexto de lo que dispone la Normativa para Agencias de Bolsa del que es parte".

CONSIDERACIONES DE ORDEN JURÍDICO

Los argumentos y conclusiones de la ASFI, en los cuales fundamenta su sanción, merecen el siguiente análisis y fundamentación en defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de BISA BOLSA:

1. Sobre la obligación prevista en la normativa de presentar documentación e información relativa al nuevo accionista de la Sociedad antes de su registro:

El referido segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa establece: "La Agencia de Bolsa deberá presentar la documentación e información relativa al nuevo accionista de la sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c], según corresponda, del artículo 5 de la presente Normativa, información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones...".

En consecuencia, para registrar al nuevo accionista en el Libro de Registro de Accionistas, BISA BOLSA debía contar con la documentación de identificación de la Sra. María Alejandra Arana Molina e información societaria de la empresa Lomo Largo Corporation. Lo cual en los hechos si ocurrió, pues tanto la emisión de las acciones como el propio asiento en libros requieren del llenado de información societaria y/o de identificación.

La norma citada es clara y no establece que la documentación e información relativa al nuevo accionista de la sociedad deba ser remitida en primera instancia a la ASFI.

Al respecto, los principios de tipicidad y legalidad determinan que la contravención [infracción) y la consecuencia (sanción) deben estar expresadas y descritas de manera certera y exhaustiva, de tal manera que el administrado conozca el hecho sancionable y la sanción; y en consecuencia, tenga la oportunidad de evitarla. Sin estos requisitos, no resulta posible calificar una conducta como infracción o incumplimiento y menos aplicar una sanción.

2. Sobre la determinación de la culpa:

BISA BOLSA no ha actuado con culpa, en sentido que ha cumplido lo que determina su normativa regulatoria según la cual no estaba obligado a enviar la documentación e información de los nuevos accionistas, ***antes de o previo al*** *asiento en el Libro de Registro de Accionistas, por lo que no se le puede exigir legalmente una responsabilidad.*

3. Sobre el Principio de Verdad Material y norma aplicable:

En el análisis del recurso que presentamos, la prueba no es un hecho relevante en la decisión, ya que no está en discusión si BISA BOLSA envió la documentación o información de sus nuevos a accionistas a la ASFI, ni si BISA BOLSA tenía dicha documentación o información antes del registro de sus nuevos accionistas en el Libro de Registro de Accionistas. El ***elemento de fondo*** *debe ser un* ***análisis simple de si la norma aplicable establece****(o no)* ***que BISA BOLSA debía remitir a la ASFI la***

***documentación e información de sus nuevos accionistas antes o previo de realizar el registro de los mismos*.**

*La ASFI debe justificar su decisión de sanción en el contenido de la norma aplicable (artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa), la cual describe de manera completa, clara e inequívoca que sin la documentación e información referida, no se puede hacer el registro en el Libro de Registro de Accionistas: "... **información sin la cual** no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones...", es decir, que la condición es que exista tal documentación e información en oficinas de la sociedad, no que se la tenga que enviar de manera previa al Órgano de Supervisión.*

*La **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de** 17 de marzo de 2010 se ha pronunciado en el siguiente sentido: "No se debe olvidar que el Derecho Administrativo está orientado a la búsqueda de la verdad material, empírica o histórica, donde la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para una justa decisión, la que sin duda estará inclinada a dos fases de razonamiento, la decisoria y la justificatoria, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos extraídos de la prueba analizada **y de las normas aplicables.***

*Por su parte en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, referente al Principio de Tipicidad se expresa que: "... el principio de tipicidad se realiza a través de la **descripción completa, clara e inequívoca** del precepto (praeceptumlegis) y de la sanción (sanctiolegis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, **debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables.** Por consiguiente, **se debe evitar la indeterminación** para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria". (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Asimismo, importará tener en cuenta, que determinada la infracción cometida por el administrado, la sanción debe corresponder, o estar íntimamente relacionada con la infracción, caso contrario, no se estaría cumpliendo con el principio de tipicidad.

*El principio de congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es: "...**principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que la resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto dela petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".** (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica].*

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa".

En la misma línea de razonamiento, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004, fundamenta que: "Es en ese contexto que la Resolución Administrativa definitiva dictada por la Autoridad respectiva no puede contener hechos distintos ni omitir ninguna de las solicitudes o pretensiones formuladas por la persona que ha solicitado se dé inicio a determinado procedimiento administrativo, debiendo las mismas ser resueltas en un mismo acto administrativo". Asimismo, siguiendo a Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que esta última tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso, asimismo complementa que una dimensión importante del principio de congruencia es además la circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente ¡os medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha..."."

3.(sic)***<u>Sobre el momento en que se adquiere la calidad de accionista de una Agencia de Bolsa:</u>***

En principio, la ASFI no ha establecido un procedimiento normativo para dar una aprobación o no objeción respecto de la persona (natural o jurídica) que podrá ser accionista de una agencia de bolsa, como si ocurre para otro tipo de sociedades reguladas como por ejemplo los Bancos. En consecuencia, no hay una comunicación positiva de parte del Órgano de Supervisión que sea requisito indispensable para proceder al registro de un nuevo accionista en el Libro de Registro de Accionistas de la Sociedad.

Además, la ASFI entra en una contradicción respecto de su propia normativa. Coincidimos en que se es accionistas cuando se ha procedido al registro en el Libro de Registro de Accionistas, y por ello hemos reportado -en su oportunidad- el registro como un hecho relevante, luego de las transferencias de acciones. Pero siguiendo el argumento que sostiene la ASFI, la normativa debería entonces referirse al candidato a ser accionista y no al nuevo accionista de la sociedad como tal.

5. <u>Interpretación de la norma:</u>

BISA BOLSA ha actuado de buena fe y si el artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa determinara que previo al registro se debe enviar la documentación e información de los nuevos accionistas al Órgano de Supervisión, se hubiera cumplido con dicho envío puesto que la documentación e información de los accionistas Sra. María Alejandra Arana Molina y Lomo Largo Corporation, estaba disponible según lo requerido por los incisos b) y c) del artículo 5 de la citada Normativa para Agencias de Bolsa.

Respecto a la interpretación de las normas que, según la ASFI, debería hacerse por parte del administrado, resaltamos -en principio- que el artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa no tiene ningún vacío legal para su aplicación que requiera interpretación alguna.

Al respecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de fecha 14 de septiembre de 2009 ha concluido que: "Sobre este fundamento en primer término, cabe precisar que no corresponde a los administrados realizar interpretaciones del ordenamiento jurídico en latu sensu, limitándose su actuar al cumplimento de la normativa, siempre y cuando la misma permita su cumplimiento. Para este efecto, no debemos olvidar la facultad discrecional con la que cuentan los tribunales administrativos para la aplicación de la ley; facultad discrecional en la que implica un análisis para su aplicación y no una interpretación legal propiamente dicha; entendiendo por análisis "como la descomposición de un todo en sus partes, realizada como proceso mental"; e interpretación "como la declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, obscuro o dudoso," (Guillermo Cabanellas Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Editorial Heliasta, Tomos I y IV, Págs. 282y 472]...".

En virtud a los principios de inocencia, de "in dubio pro reo", tipicidad y legalidad, cuando se trata del derecho administrativo sancionador, no cabe la interpretación de la normativa, a fin de no dejar en un estado de incertidumbre y vulnerabilidad al sujeto administrado.

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2009 de fecha 22 de octubre de 2009 señala: "Asimismo es importante resaltar que obedeciendo al Principio de Tipicidad es necesario brindar a los regulados un panorama claro y preciso sobre la normativa a la cual deberá ajustar sus acciones, y las consecuencias que tendría el violentarlas. Más aún cuando la normativa sobre el tema es dispersa en el marco jurídico vigente.

Por su parte, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-S1REFI No.022/2010 de 21 de septiembre de 2010 ha resuelto que: "Asimismo y no menos trascedente es que no puede existir sanción alguna cuando la supuesta infracción cometida se basa en una normativa que no establece de manera clara y precisa la obligación del regulado, transgrediendo el principio de tipicidad, como una garantía en todo proceso administrativo...".

Finalmente, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREF1 013/2010 de 19 de abril de 2010, respecto a la ***Seguridad Jurídica*** *ha establecido: "La seguridad jurídica no se encuentra contextualizada como un principio rector de la actividad administrativa, sin embargo este no debe ser soslayado por la Administración Pública, debido a que constituye el elemento fundamental por el que deben regirse los actos de la administración pública. Es tal su relevancia, que ha sido reconocido constitucionalmente y por lo tanto adquiere una profunda importancia, porque le da al administrado la confianza, que los actos administrativos emitidos por el regulador, observarán y respetarán la aplicación de normas válidas y vigentes, otorgando de esta manera la certidumbre de que se han valorado de forma adecuada e imparcial los hechos que motivaron para emitir un determinado pronunciamiento administrativo, estableciéndose en consecuencia un orden público y una armonía legislativa ya que si*

no habría estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica (como lo es la imposición de una sanción justa], obviamente los sometidos a la ley no pueden estar gozando del derecho a seguridad. Tenemos entonces que la Seguridad jurídica no es más que la aplicación objetiva de la ley de tal modo que todos los individuos sometidos al imperio de la misma sepan en cada momento y con meridiana claridad cuáles son sus derechos, obligaciones y el porqué se los juzga o sanciona, sin que el arbitrio de los órganos de poder pueda causarles perjuicios. Implicando a su vez un derecho de certeza y certidumbre que tiene todo sujeto procesal frente a las decisiones, ya sean judiciales; administrativas o de cualquier otra índole legal, quienes deben motivar adecuadamente su decisión respetando y resguardando los principios fundamentales y legales y es los referidos al principio de buena fe, legalidad, legitimidad y sometimiento pleno a la Ley, de los actos administrativos. Podemos afirmar entonces que la seguridad jurídica se orienta a lograr la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación...".

En este sentido, consideramos que no existen razones de hecho y de derecho que justifiquen la aplicación de una sanción de multa, ya que no hay incumplimiento alguno.

PETITORIO

Por los fundamentos y argumentos legales y jurídicos expuestos precedentemente, solicitamos a su autoridad que eleve el correspondiente expediente administrativo a la autoridad llamada por Ley para conocer el Recurso Jerárquico. para que sea aceptado, declarando su procedencia, y se resuelva disponiendo la revocatoria de la Resolución ASFI No. 783/2013 de fecha 29 de noviembre de 2013, y dejando sin efecto parcial la Resolución ASFI No. 686/2013 de fecha 15 de octubre de 2013, a través de la cual se impone una sanción a BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA con una multa en Bolivianos equivalente a US$ 550.- (QUINIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), dejando sin efecto la multa de US$ 500.- [QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA) por el segundo cargo, en los términos de lo señalado por el inciso b) del artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, debido a que se han vulnerado los derechos e intereses legítimos de BISA BOLSA."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión dl sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Según informe ASFI/DSV/R-64928/2013 de 6 de mayo de 2013, la Jefatura de Control de Intermediarios estableció las supuestas infracciones que se dieron en la transferencia de acciones en Bisa S.A. Agencia de Bolsa.

Como consecuencia de ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó la posible infracción reflejada en los dos cargos que fueron imputados contra la Agencia de Bolsa (hoy recurrente) mediante la nota ASFI/DSV/R-138703/2013 de 13 de septiembre de 2013, y que setranscriben a continuación:

> *"(…)*
>
> 1. *La Sociedad habría informado con retraso el Hecho Relevante referido a la transferencia de 151 acciones, efectuada por el Sr. Felipe Alfredo Arana Ruck a la Sra. María Alejandra Arana Molina.*
>
> *Con esta conducta habría incumplido el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, los artículos 106 y 107 del Reglamento del Reglamento del Registro del Mercado de Valores aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005 y el primer párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004.*
>
> 2. *La Sociedad habría remitido el 13 de noviembre de 2012, la documentación e información relativa a los nuevos accionistas de la Sociedad, Sra. María Alejandra Arana Molina como titular de 151 acciones y la empresa Lomo Largo Corporation como titular de 2.936 acciones, después de su registro en el Libro de Accionistas.*
>
> *Con esta conducta habría incumplido el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004."*

A tal actuación y habiendo presentado, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,** sus descargos, la Autoridad de Supervisión al Sistema Financiero emitió la Resolución Sancionadora ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013, a través de la cual dicha autoridad sancionó a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** con la multa de $us. 550.- (Quinientos cincuenta 00/100 Dólares Estadounidenses), $US.50 (Cincuenta 00/100 Dólares Estadounidenses) en un primer cargo y $Us.500 (Quinientos 100 Dólares Estadounidenses) por un segundo cargo.

Mediante memorial presentado el 1° de noviembre de 2013 **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** solicitó la revocatoria parcial de la Resolución Sancionadora ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013, en cuanto al segundo cargo.

En fecha 29 de noviembre de 2013, mediante Resolución ASFI N° 783/2013, la Autoridad de Supervisión de Entidades Financieras resuelve el Recurso de Revocatoria incoado.

Ante tal determinación que confirma la sanción impuesta, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, impugna la Resolución de Recurso de Revocatoria, mediante Recurso Jerárquico, interpuesto a través de memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2013, solicitando se deje sin efecto el segundo cargo.

Toda vez que **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,** no presenta fundamentación o alegatos en su Recurso Jerárquico contra el cargo número uno, esta instancia en cumplimiento al artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…", procederá al análisis, fundamentación y pronunciamiento referido estrictamente al cargo número dos.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previo al análisis del presente caso, corresponde transcribir la norma aplicable al caso de autos, conforme se procede a continuación:

2.1. Normativa aplicable.-

- **Normativa para Agencias de Bolsa, Resolución Administrativa SPVS-IV N° 751 de 8 de diciembre de 2044.**

  "Artículo 10.- *Cualquier transferencia de las acciones de una Agencia de Bolsa deberá ser informada por ésta a la Superintendencia, dentro del plazo de las veinticuatro (24) horas posteriores a la toma de conocimiento del hecho.*

  La Agencia de Bolsa deberá presentar la documentación e información relativa al nuevo accionista de la sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c), según corresponda, del artículo 5 de la presente Normativa, información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas al adquirente de la o las acciones. Esta exigencia no será aplicable en el caso de transferencia de acciones entre los accionistas de la Agencia de Bolsa".

  " Artículo 5.- *Previa a la constitución de la sociedad conforme a las disposiciones mercantiles vigentes, las personas naturales o jurídicas que tengan la intención de constituir una Agencia de Bolsa deberán cumplir con los siguientes requisitos ante la Superintendencia:*

  a) Presentar una carta de solicitud suscrita por todos los interesados.
  b) En el caso de que los interesados fueran personas naturales: nombre completo, nacionalidad, profesión u ocupación, domicilio, copia legalizada de su cédula de identidad, currículum vitae y porcentaje de participación accionaria en la futura Agencia de Bolsa.
  c) En el caso de que los interesados fueran personas jurídicas, deberán presentar:

    1. Original o copia legalizada del Testimonio del Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas en la que se resuelva la participación como accionista en la Agencia de Bolsa. Dicho Testimonio deberá encontrarse debidamente inscrito en el Registro de Comercio.
    2. Original o copia legalizada del Testimonio de la Escritura Pública de Constitución, debidamente inscrito en el Registro de Comercio.
    3. Original o copia legalizada de los Testimonios de los Poderes de los representantes legales que correspondan, debidamente inscritos en el Registro de Comercio.

4. *Copia legalizada del Registro Único de Contribuyente.*
5. *Original o copia legalizada de la última actualización de matrícula emitida por el Registro de Comercio.*
6. *Última memoria o informe anual.*
7. *Listado de los accionistas que posean más del cinco por ciento (5%) del capital social."*

*"**ARTÍCULO 110.-** Las agencia de Bolsa para operar en la Bolsa de Productos deberán contar con personal especializado".*

- **Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas establecidas en la Ley del Mercado De Valores (Decreto Supremo Nº 26156):**

*"**… ARTICULO 12°**. (Sanciones aplicables).-*

I. La aplicación de las sanciones, que la Superintendencia está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, es la siguiente:

a) Amonestación: Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.

b) Multa: Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.
Esta sanción también se aplicará en los casos de reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación, considerando para el efecto el plazo previsto en el artículo 7° inciso a) del presente Decreto Supremo…"

***ARTICULO 13°. (Multas aplicables).-** Salvo lo específicamente establecido en el Capítulo II del Título III del presente Decreto Supremo respecto a las infracciones en materia de información, la Superintendencia aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3° y considerando lo establecido en el artículo 11° precedente, según los rangos que se describen a continuación:*

***a)** Primer Rango: Desde $us. 500 hasta $us. 10.000*

***b)** Segundo Rango: Desde $us. 10.001 hasta $us. 20.000*

***c)** Tercer Rango: Desde $us. 20.001 hasta $us. 35.000*

***d)** Cuarto Rango: Desde $us. 35.001 hasta $us. 70.000*

La aplicación de los rangos señalados se sujetará a lo dispuesto por el Capítulo 1 del Título III del presente Decreto Supremo (…)

***ARTICULO 20° (Infracciones específicas).-** Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3° y 11° de*

este mismo Decreto Supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes: (…)

…***b)*** *Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes:*(…)

…*Primer Rango:*(…)

…*7.* ***No cumplir en la forma y plazos con las medidaso sanciones*** *establecidas por la Superintendencia* ***a través de Resoluciones Administrativas***.

ARTICULO 21°*. (Infracción a las obligaciones de Información).- Las infracciones establecidas en el presente Capitulo respecto a las* ***obligaciones de información a las que se encuentran sujetas las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV****, se sancionarán conforme a lo previsto por el mismo*.

No obstante lo anterior, la Superintendencia, podrá aplicar a las infracciones del presente Capítulo, las sanciones previstas por el artículo 12° siempre que, como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto, se establezca que las mismas ameritan la aplicación de dichas sanciones.

Las infracciones previstas en el presente Capítulo no estarán sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7° en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones, del presente Decreto Supremo.

2.2. Del envío de información de nuevos accionistas.-

La recurrente **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,** señala, que de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente, específicamente en el artículo 10, segundo párrafo, de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 751 de fecha 8 de diciembre de 2004, no establece que la documentación e información necesarias para el registro de los accionistas, señaladas en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, se presente a la Autoridad Reguladora en un plazo determinado.

Si bien están de acuerdo en que la calidad de accionista se adquiere al momento de ser registrado en el Libro de Registro de Accionistas la norma debiera referirse no al "nuevo accionista" sino al "candidato a accionista" ya que habría un paso previo que cumplir el cual, sin embargo, no está claramente establecido en la norma. Adicionalmente, señalan que ellos contaban con la información y documentación a que hace referencia el artículo 5, incisos b) y c), antes de efectuar los registros en el Libro de Registro de Accionistas, por lo que no habrían incumplido dicha norma, solicitando que se deje sin efecto el cargo número dos y su consiguiente sanción.

Antes de ingresar al análisis de fondo, es necesario establecer cada uno de los momentos en los que se dieron los hechos, relacionados al cargo imputado para ello efectuamos un detalle cronológico de los mismos:

1. El 31 de julio de 2012, la empresa Lomo Largo Corporation es registrada como nueva accionista de la Agencia de Bolsa, como titular de 2.936 acciones.

2. El 28 de septiembre de 2012, se efectúa el Registro en el Libro de Accionistas, de la nueva accionista señora María Alejandra Arana Molina, como titular de 151 acciones.
3. En fecha 2 de octubre de 2012, la Agencia de Bolsa comunica, como hecho relevante, precisamente, la transferencia de 151 acciones de propiedad del señor Felipe Alfredo Arana Ruck a favor de la señora María Alejandra Arana Molina, habiéndose informado con un día de retraso.
4. En fecha 13 de noviembre de 2012, la Agencia de Bolsa remitió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la información y documentación de los nuevos accionistas, citados en los puntos 1 y 2 anteriores.

Como se puede observar, la información y documentación de los "nuevos accionistas", empresa Lomo Largo Corporation y María Alejandra Arana Molina, fue presentada ante la Autoridad Reguladora a los 105 y 46 días calendario, respectivamente, luego de haber sido registrados en el Libro de Accionistas.

Por lo que, la controversia radica en la determinación dad por el artículo 10 de Bolsa deberá ser informada por ésta a la Superintendencia, dentro del pazo de las veinticuatro (24) horas posteriores a la toma de conocimiento del hecho.

> ***"Artículo 10.-*** *Cualquier transferencia de las acciones de una Agencia de Bolsa deberá ser informada por ésta a la Superintendencia, dentro del plazo de las veinticuatro (24) horas posteriores a la toma de conocimiento del hecho.*
>
> *La Agencia de Bolsa* ***deberá presentar la documentación e información*** *relativa al nuevo accionista de la sociedad, de acuerdo a lo previsto en el inciso b) o c), según corresponda, del artículo 5 de la presente Normativa,* ***información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas*** *al adquirente de la o las acciones. Esta exigencia no será aplicable en el caso de transferencia de acciones entre los accionistas de la Agencia de Bolsa.*
> (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Como se puede observar, si bien el "a quién" y el "cuando" se debe remitir la información y documentación relativa a los nuevos accionistas, no parecerían estar expresamente señalados en la norma citada- como alega la recurrente-, sin embargo los mismos si se encuentran caramente en la normativa, cuando dicha norma expresa: "*Cualquier transferencia de las acciones de una Agencia de Bolsa* ***deberá ser informada por ésta a la Superintendencia****… La Agencia de Bolsa* ***deberá presentar la documentación e información*** *relativa al nuevo accionista de la sociedad… …****información sin la cual no podrán registrar en el libro de accionistas****…*", es decir que se infiere que es a la, ahora, Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a quién se debe remitir dicha documentación, tal como también lo entiende la recurrente, y en el momento previo al registro en el Libro de Accionistas, lo cual es incuestionable.

No se puede olvidar que conforme dicta la doctrina, la lectura integra de la norma contiene importancia relevante, ya que establece el significado o alcance de las normas jurídicas, toda vez que no es posible referirse a una sola parte (sea párrafo o frase) de la norma a fin

de establecer un criterio de la misma, ya que caso contrario generaría la aplicación correcta y total de la misma, implicando una posible transgresión a la misma.

Es decir subsumiendo al caso de autos, la recurrente al haber realizado una lectura parcial e incompleta de la norma, observando esencialmente la inexistencia de plazo-según ella- en la que se debió presentar la documentación, omitió considerar que es la propia norma la que establece la temporalidad, es decir la presentación de la documentación no puede entregarse a tiempo o después del registro en el Libro correspondiente.

Es así que la recurrente no puede interpretar una sola parte de la norma a efectos de recurrir un derecho supuestamente vulnerado pues la disposición acusada impone el examen de la conformidad o inconformidad a lo largo de la tramitación del proceso como una unidad normativa.

Por lo tanto , si bien es cierto, el artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa no establece de forma expresa un plazo específico para la presentación, a la Autoridad Reguladora, de la información y documentación referida a los nuevos accionistas, **sin embargo <u>queda evidenciado</u>** que es el propio artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, que determina taxativamente que dicho plazo no puede sobrepasar el momento previo al registro en el Libro de Accionistas , en el presente caso, de los dos accionistas citados.

Entonces, al haberse remitido a los 105 y 46 días calendario, luego de haber sido registrados en el Libro de Accionistas la documentación correspondiente a los nuevos accionistas, empresa Lomo Largo Corporation y Maria Alejandra Arana Molina, se evidencia incumplimiento al artículo 10 Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 751 de fecha de diciembre de 2004, conforme fue imputado y sancionado. Por lo que resulta a su vez intrascendente la calidad de aspirante o accionista al que refiere la recurrente, toda vez u ello no enerva la obligación de remitir antes del registro correspondiente.

2.3 De los principios del Derecho.-

BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA , solicita mediante el Recurso Jerárquico interpuesto: se revoque la Resolución ASFI N°783/2013 de 29 de noviembre de 2013, dejando sin efecto la multa de US$ 500.- (Quinientos Dólares Americanos 00/10) sanción impuesta por la Autoridad de Supervisión debido a que la Sociedad habría remitido de manera posterior al Registro en el Libro de Accionistas la información correspondiente al nueva accionista de la Sociedad Sra. María Alejandra Arana Molina, por lo que esta conducta incumple el segundo párrafo del artículo 10 de la Normativa par Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, basando su petición principalmente en la vulneración al principio de tipicidad y congruencia, señalando en suma que: "… no existen razones de hecho y de derecho que justifiquen la aplicación de una sanción de multa, ya que no hay incumplimiento alguno…".

En tal sentido, con el fin de determinar si la Entidad Reguladora cumplió con el principio de tipicidad, congruencia elementos esenciales del debido proceso, incoado por la parte

recurrente, en primer término corresponde revisar el mismo, para luego entrar a analizar su aplicación en el caso de autos.

Al respecto, se tiene que ya este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha emitido criterio a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, al determinar que:

"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: 1. Como ***mandato al legisladorse es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***

Congruentemente con lo anterior, tenemos que el ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lexcerta".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por lo que deducimos acertadamente que la tipicidad se encuentra ligada estrechamente con la congruencia la misma que como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como **la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes.**
(Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Jerárquica)

Asimismo, el articulo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Principio de Tipicidad) señala que: "*Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*". En este sentido el Tribunal Constitucional señala en la ratio decidendi de la Sentencia Constitucional 498/2011-R de 25 de abril de 2001 ***"La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad.***

Ahora bien, de la fundamentación que antecede dada en el numeral 1 anterior y subsumiéndonos al caso de autos, no podría alegarse vulneración a la tipicidad, toda vez que:

El artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004, establece de manera taxativa, dos obligaciones fundamentales que tiene la Agencia de Bolsa cuando ocurre alguna transferencia de acciones, la primera de ella es la de remitir a la Autoridad Reguladora la documentación inherente a la persona adquiriente de las acciones, y la segunda (fundamental para el caso de autos) es que dicha información debe remitirse antes del Registro en el Libro de accionistras caso contrario se encuentra no puede realizar el registro, al constituir en condición sine qua non para proceder al registro en el Libro de accionistas al adquiriente de la o las acciones.

De lo que se infiere claramente e inequívocamente la temporalidad de la presentación de la información a la autoridad reguladora, es decir: "antes de ser registrado en el libro de accionistas se debe presentar la información ante la Autoridad de Supervisión al Sistema Financiero".

La omisión efectuada por **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** encuentra expresamente señalada en la norma aplicable y determinando una clara infracción que derivó en una sanción impuesta por la Autoridad Reguladora.

En tal sentido, el proceso administrativo sancionador, seguido contra **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**fue tramitado acorde a las normas vigentes y sus reglamentos correspondientes, y no se advirtieron actos ilegales o arbitrarios, ni que se habría infringido ninguna garantía constitucional como es el debido proceso, principio de tipicidad, principio de congruencia, debida fundamentación, habiendo actuado la autoridad recurrida dentro del marco de sus facultades y atribuciones, y otorgando al regulado el debido proceso y ejercicio de su derecho a la defensa en todo momento.

Finalmente, en lo que se refiere a la culpa alegada por la recurrente en el sentido que "…o se ha actuado con culpa, en sentido que ha cumplido lo que determina su normativa regulatoria…".Es necesario aclarar que en campo del derecho administrativo sancionador, como regla, la comprobación fáctica del derecho administrativo sancionador, como regla la comprobación fáctica del incumplimiento hace nacer de por si la responsabilidad del infractor, y la impunidad solo puede apoyarse en la concreta y razonada aplicación al caso de algún descargo admitido por la legislación vigente, sin embargo en el caso de autos se ha comprobado que la omisión acreditada y consiguiente remisión tardía a consecuencia de la negligencia o de falta de previsión por parte de los responsables, derivo en la aplicación de una sanción por la Autoridad Reguladora, resultado de un debido procedimiento administrativo previo.

CONSIDERANDO:

Que, sin perjuicio de lo concluido por esta instancia, es pertinente señalar que se ha advertido un error material en la parte resolutiva de la Resolución ASFI N° 686/2013 de 15 de octubre de 2013, al determinar infracción por el "artículo 110 de la Normativa para Agencias de Bolsa", siendo lo correcto "artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa".

Que, el error material no afectó en ningún momento al proceso, ni a la determinación de la Resolución recurrida, máxime si la parte recurrente ha convalidado los actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero toda vez que ha ejercido su derecho a la defensa considerando la infracción del artículo 10 y no así 110 de la referida norma.

Que, por lo tanto considerando su transcendencia y en base a la convalidación dada, no corresponde la anulabilidad al no haberse causado indefensión alguna.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2013 de 29 de noviembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 686/2013 de 15 de octubre de 2013, ratificándose que la precisión de la norma vulnerada y aplicada al segundo cargo corresponde al artículo 10 de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 808/2013 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPCF/N° 029/2014 DE 07 DE MAYO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPCF N° 029/2014

La Paz, 07 de mayo de 2014

VISTOS:

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37° del Decreto Supremo N° 071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a conocer y resolver, de manera fundamentada, los Recursos Jerárquicos de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 056 de 24 de enero de 2014 el Ministro de Economía y Finanzas Públicas Luis Alberto Arce Catacora delega al Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal Jaime Duran Chuquimia, a efectos de que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Mario Guillen Suárez, en la tramitación del Proceso Recursivo, la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexo, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica, de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas.

CONSIDERANDO:

Que, el Recurso Jerárquico es interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez contra la Resolución ASFI N° 808/2013 de 10 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución ASFI N° 734/2013 de 04 de noviembre de 2013.

Que, de acuerdo al Memorial de Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez contra la Resolución ASFI N° 808/2013 de 10 de diciembre de 2013, se señala que en fecha 05 de mayo de 2003 se instauró una Demanda Arbitral en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., entre otros; por lo cual proceso arbitral fue iniciado en dicha data y no en fecha 29 de enero de 2009; debiendo notarse que desde el inicio de la demanda arbitral el 2003 la Entidad Aseguradora tuvo efectivo conocimiento de la misma e inclusive participó en ella conforme las siguientes actuaciones:

- La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO en Santa Cruz en fecha 06 de mayo de 2003.
- Por nota de 07 de mayo de 2003 el Director Ejecutivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO hizo conocer a Alianza Vida Seguros y Reaseguros

S.A., la existencia de la demanda arbitral. Esta carta fue notificada a la aseguradora el 08 de mayo de 2003.

- Por nota de 22 de mayo de 2003 el Director Ejecutivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO solicita a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., participar en la reunión para tratar la constitución del Tribunal Arbitral.
- Por nota de 28 de mayo de 2003 (notificada a la aseguradora el 02 de junio de 2003) nuevamente se convoca a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a una reunión en CAINCO.
- Por nota de 13 de junio de 2003, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. responde al Director Ejecutivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO sobre temas relativos a la designación de árbitros (esta respuesta desde ya comprueba que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. conoció la demanda arbitral).
- Por carta notariada de 24 de junio de 2003 mi persona también pone en conocimiento de la aseguradora la existencia de la demanda arbitral.
- En fecha 08 de octubre de 2003 se lleva a cabo la audiencia de designación de árbitros mediante auxilio judicial donde se aprecia la participación de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.
- El 06 de noviembre de 2003 se lleva a cabo una audiencia en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO con la inasistencia de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.
- Por Auto No. 01/03 de 20 de noviembre de 2003 el Tribunal Arbitral se instala legalmente definiéndose su presidencia y secretaría y declarándose admitida mi demanda arbitral presentada el 06 de mayo de 2003. Dicho Auto se notificó a la aseguradora el 26 de noviembre de 2003.
- Por memorial presentado el 05 de diciembre de 2003, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. se apersona ante el Tribunal Arbitral y opone excepción de incompetencia y al mismo tiempo responde a mi demanda arbitral.
- En fecha 15 de abril de 2004, la Sala Civil Segunda de la ex Corte Superior de Distrito de Santa Cruz emite Auto de Vista por el cual determina que, dentro del procedimiento arbitral ya iniciado, se remitan los obrados ante la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz. Nótese aquí que este fallo solo traslada de sede la tramitación del arbitraje por cuestión territorial de ahí que el fallo mencionado dice "remítase obrados", lo que implica que el arbitraje debe proseguir en la Cámara de Comercio de La Paz.
- Por nota de 23 de marzo de 2005 el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO remite la documentación y el expediente arbitral a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz.
- A lo anterior, debo adicionar que según el Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Conciliación determina que "Salvo acuerdo diverso de partes, el procedimiento arbitral se iniciará cuando todos los árbitros hayan notificado a las partes por escrito su aceptación de la designación" y según lo expresado precedentemente, por Auto No. 01/03 de 20 de noviembre de 2003 el Tribunal Arbitral se instala legalmente definiéndose su presidencia y

secretaría y declarándose admitida la demanda arbitral presentada el 06 de mayo de 2003 con lo que con lo que se dio inicio formal al proceso arbitral.

Que, según lo expresado precedentemente, Luis Artemio Lucca Suarez señala que el proceso arbitral es uno solo y que se inició en fecha 06 de mayo de 2003 con la presentación de la demanda arbitral y si bien el mismo no fue tramitado en su integridad en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO), y que esto obedeció, a una declinatoria de competencia y no porque el proceso hubiera sido desestimado en el fondo de la causa o estuviera concluido.

Que, de acuerdo a lo señalado por el impetrante, el efecto de una declinatoria, es simplemente trasladar un proceso de una plaza o distrito a otro para que se prosiga su tramitación, lo cual no implica de ninguna manera que al haberse llevado el proceso arbitral a la ciudad de La Paz sea éste un nuevo proceso ya que es solo la continuación del mismo.

Que, la aseguradora tenía la obligación de efectuar las previsiones del caso desde ese año (2003), más aun cuando, se reitera, conoció perfectamente la existencia de dicho proceso arbitral desde el año 2003 e inclusive participó y aun participa del mismo. Así, solo por cuestiones procedimentales, debe aclararse que cuando el expediente arbitral es remitido a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz al tenerse como órgano competente, Luis Artemio Lucca Suarez el 29 de enero de 2009 formaliza la Demanda ya iniciada y presentada el 05 de mayo de 2003 (Artículo 44, Ley de Arbitraje y Conciliación), lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o se hubiera presentado una "nueva demanda" recién el 29 de enero de 2009 y menos puede entenderse que la demanda de 05 de mayo de 2003 "concluyó" puesto que la misma prosigue en trámite solo que ahora en la ciudad de La Paz por una declinatoria. Asimismo y para evitar confusiones, si bien es cierto que la formalización de la demanda arbitral de 29 de enero de 2009 contiene aspectos diferentes a la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003, ello se dio porque Luis Artemio Lucca Suarez al amparo del Art. 44, parágrafo II, de la Ley 1770 modificó y amplió la misma, situación procesalmente permitida inclusive por el Art. 332 del Código de Procedimiento Civil, lo que demuestra que nunca existieron dos demandas arbitrales sino una sola (presentada el 06 de mayo de 2003) que posteriormente es formalizada y modificada de acuerdo a procedimiento el 29 de enero de 2009.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al memorial de Recurso Jerárquico en cuestión, también se señala que la Resolución ASFI Nº 808/2013 no ha efectuado una valoración de los medios de prueba ofrecidos por Luis Artemio Lucca Suarez por cuanto, simplemente se limita a señalar que "el

Tribunal Arbitral debe respetar el derecho de defensa de las partes", "que el Tribunal Arbitral puede ordenar las medidas precautorias que estime necesarias, situación que no ha existido en el presente caso", "que la competencia del arbitraje fue posteriormente atribuida a la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de La Paz el 29 de enero de 2009 por una excepción de incompetencia lo que determinó que Alianza cumpla con la previsión correspondiente", "que el 29 de enero de 2009 se considera el inicio de la demanda arbitral", "que la sola presentación de la demanda arbitral ante la CAINCO no le atribuye Derechos Espectaticios ya que debe existir una respuesta a la misma y traba de la relación procesal", y "que por la presentación de la excepción de Alianza no se puede considerar el proceso arbitral como instaurado".

Que, el impetrante en su memorial señala que corresponde desvirtuar las afirmaciones inmotivadas de la ASFI:

- Es impertinente y no tiene relación con el presente caso el hecho de que la ASFI señale cuales son las "atribuciones" del Tribunal Arbitral respecto a "respetar el derecho a la defensa de las partes" u "ordenar las medidas precautorias que se estimen necesarias" por cuanto el tema en particular versa sobre la falta de previsiones contables que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no realizó en su oportunidad a tiempo de tomar conocimiento de mi demanda arbitral de 05 de mayo de 2003.
- La ASFI al señalar que la competencia para tramitarse el arbitraje fue atribuida a la Cámara Nacional de Comercio y que por ello "el 29 de enero de 2009 se considera como el inicio de la demanda arbitral", incurre en un error de apreciación y viene a desnaturalizar las normas jurídicas que rigen la materia por cuanto: a) Existen varias formas procesales de incompetencia, pero para este caso trataremos dos de ellas; la primera es la incompetencia en razón de materia, cual implica que un juez o autoridad no puede pronunciarse en el fondo de un asunto sometido a su conocimiento y por ello la tramitación de dicho asunto debe realizarse nuevamente ante una autoridad diferente. La segunda, es la incompetencia en razón de territorio por la cual la autoridad que conoce un asunto declina su competencia para que otra del mismo grado o materia prosiga con la tramitación de la causa, lo que no implica el inicio de un nuevo proceso o juicio; y, b) Según el Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Conciliación determina que "Salvo acuerdo diverso de partes, el procedimiento arbitral se iniciará cuando todos los árbitros hayan notificado a las partes por escrito su aceptación de la designación"

Que, a partir de lo anterior, la ASFI de manera contraproducente pretende dar a entender que el hecho de haberse declinado la competencia desde la Centro de Arbitraje de CAINCO al Centro de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio ello implicaría que el arbitraje recién se habría iniciado con el memorial de formalización de demanda arbitral presentado por Luis Artemio Lucca Suarez el 29 de enero de 2009 desconociendo ampliamente el regulador que la incompetencia fue en razón de territorio y no de materia

por lo cual la Cámara Nacional de Comercio no conoció ni tramitó una demanda nuevo sino prosiguió con la tramitación de mi demanda arbitral presentada el 05 de mayo de 2003, debiendo aclarar nuevamente que Luis Artemio Lucca Suarez el 29 de enero de 2009 FORMALIZA LA DEMANDA YA INICIADA y presentada el 05 de mayo de 2003 (Art. 44 Ley de Arbitraje y Conciliación), lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o se hubiera presentado una "nueva demanda" recién el 29 de enero de 2009 Y MENOS PUEDE ENTENDERSE QUE LA DEMANDA DE 05 DE MAYO DE 2003 "CONCLUYÓ" PUESTO QUE LA MISMA PROSIGUE EN TRÁMITE SOLO QUE AHORA EN LA CIUDAD DE LA PAZ POR UNA DECLINATORIA POR RAZON DE TERRITORIO. Asimismo y para evitar confusiones, si bien es cierto que la formalización de mi demanda arbitral de 29 de enero de 2009 contiene aspectos diferentes a la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003, ello se dio porque Luis Artemio Lucca Suarez al amparo del Art. 44, parágrafo II, de la Ley 1770 MODIFICÓ Y AMPLIO la misma, situación procesal mente permitida inclusive por el Art. 332 del Código de Procedimiento Civil, lo que demuestra que NUNCA EXISTIERON DOS DEMANDAS ARBITRALES sino una sola (presentada el 05 de mayo de 2003) que posteriormente es formalizada y modificada de acuerdo a procedimiento el 29 de enero de 2009.

Por ello, es también impertinente que señale la ASFI que "que por la presentación de la excepción de Alianza no se puede considerar el proceso arbitral como instaurado" lamentablemente, como ya es costumbre recurrente de la ASFI, no se ha efectuado una adecuada valoración probatoria y en determinados casos el órgano regulador ni siquiera se ha pronunciado acerca de la documentación que ha sido presentada de mi parte.

De otro lado, la ASFI incurre en un flagrante abuso por cuanto de manera deliberada pretende distorsionar los alcances del marco normativo que rigen las previsiones puesto que señala el regulador "que la sola presentación de la demanda arbitral ante la CAINCO no le atribuye derechos expectaticios ya que debe existir una respuesta a la misma y traba de la relación procesal" aspectos que no se encuentran contenidos en la normativa técnica referida a los requisitos para la constitución de previsiones. Es así que la ASFI tampoco ha efectuado una adecuada valoración e la nota APS/DS/6414/2013 de 1° de julio emitid por la APS donde se ha señalado que de acuerdo al Plan Único de Cuentas, cuenta 205.03M "controvertidos", la instauración (presentación) de un proceso arbitral equivale a un proceso judicial y por ende existe obligatoriedad de constituir reservas o previsiones. Entonces la Resolución ASFI No. 734/2013 no ha valorado todas estas circunstancias y ha pasado por desapercibido que la conducta de la aseguradora se configura en infracción al no haberse realizado las previsiones contables de la demanda arbitral iniciada y conocida por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. el año 2003.

Que, por lo antes expuesto, el impetrante solicita a la Autoridad competente remitir el expediente administrativo ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, órgano jerárquico que se servirá revocar la Resolución ASFI Nº 808/2013 de 10 de diciembre que, en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución ASFI Nº 734/2013 de 04 de noviembre, dejándose sin efecto las mismas y disponiéndose el inicio del procedimiento sancionatorio contra Alianza Vida S.A.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorial de 03 de febrero de 2014, Luis Artemio Lucca Suárez se apersona a objeto de que se entiendan ulteriores diligencias a los fines de derecho, y solicita se conceda fecha y hora para exposición oral de fundamentos de conformidad al Artículo 58 del Decreto Supremo Nº 27175.

Que, mediante Auto de fecha 10 de marzo de 2014, en atención al Memorial de Apersonamiento y Solicitud de exposición oral de fundamentos, se tiene por Apersonado al señor Luis Artemio Lucca Suarez, y se señala Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos para el día 7 de marzo de 2014 a horas 17:00 en las oficinas de Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad Fiscal.

Que, habiéndose practicado las Notificaciones de ley a las partes, se llevó adelante Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos con la presencia de Luis Artemio Lucca Suárez asistido de su abogado, Horacio Kropp Aranguren representante de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., acompañado de su abogado, y Sarah Salinas en representación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). En la referida Audiencia la parte solicitante, fundamentó los argumentos esgrimidos en su Memorial de Recurso Jerárquico.

Que, en la misma Audiencia, mediante Memorial presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., se apersonó al señor Horacio Kropp Aranguren en representación de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., adjuntando para el efecto copia legalizada del Testimonio de Poder Nº 88/2014 del 12 de marzo de 2014, en cumplimiento a lo previsto por el Artículo 13 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPCF N° 001/2014 de 24 de marzo de 2014, a efecto de considerar y analizar cuidadosamente las pruebas y documentación que conforman el expediente administrativo, se amplía el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos para resolver el Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI Nº 808/2013 de 10 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorial de fecha 11 de abril de 2014, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., realiza una exposición de antecedentes legales de los procesos que tiene y que tuvo con Luis Artemio Lucca Suárez, vinculados a la presente causa, y en el cual solicitan se tenga presente los hechos y fundamentos jurídicos mencionados señalando que la presunta búsqueda de justicia administrativa por parte de Luis Artemio Lucca Suárez ha sido ya agotada en todas las instancias y que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., ha venido soportando dicha presión desde más de diez años.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorial presentado en fecha 22 de abril de 2014 por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., se solicita la Prescripción, en base a que en mérito a lo expuesto en relación a la presunta contravención y omisión de previsión que está siendo invocada por Luis Artemio Lucca Suarez en su recurso jerárquico del 23 de abril de 2013, invocaría expresamente la Prescripción Extintiva, estando el petitorio amparado en lo previsto el Artículo 79 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo y en consecuencia, se emita Resolución declarando probada la Excepción y se proceda al archivo de obrados.

Que, mediante Memorial presentado en fecha 02 de mayo de 2014 por Luis Artemio Lucca Suárez, se responde al Memorial presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. que solicita la Prescripción, argumentando que al tratarse de una "infracción permanente y continuada", no amerita la aplicación de prescripción alguna, solicitando en consecuencia se rechace la petición de la aseguradora.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión, análisis y evaluación de los antecedentes, argumentos de hecho y derecho, elementos probatorios y demás documentación aportada al presente proceso por las Partes intervinientes se tiene por un lado que Luis Artemio Lucca Suarez ha expresado una serie de extremos cuyo argumento principal sería la continuidad de un proceso arbitral iniciado el 05 de mayo de 2003 ante la CAINCO, y que según indica la parte impetrante, la Formalización de la Demanda Arbitral de fecha 29 de enero de 2009 constituiría solamente una continuación de dicho proceso y no así, que se entienda como dos procesos diferentes, sin embargo, también es evidente que a lo largo de la sustanciación del presente proceso el Recurrente Luis Artemio Lucca Suarez, no aporta mayores elementos probatorios o de convicción que sustenten fehacientemente la existencia del vinculo causal que invoca, presentando solamente antecedentes documentales en fotocopias de expedientes, partes procesales y otra documentación, y realizando algunas exposiciones y fundamentaciones argumentativas que si bien ilustran el petitorio del recurrente, se sustentan principalmente en juicios de valor.

Que, la Aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., no habría brindado mayor pronunciamiento en referencia a los elementos contenidos en la Resolución ASFI N° 808/2013, ni en referencia a los extremos contenidos en el Memorial de interposición de Recurso Jerárquico presentado por Luis Artemio Lucca Suarez.

Que, de la revisión y análisis de la Resolución ASFI N° 808/2013 de 10 de diciembre de 2013 que Confirma la Resolución ASFI N° 734/2013 de 04 de noviembre de 2013, se evidencia que al momento de emitirse la misma no se realizó una adecuada revisión de los antecedentes, argumentos y pruebas, así como una suficiente motivación, fundamentación y análisis que sustenten su parte Resolutiva.

Que, de la misma manera, la Resolución ASFI N° 808/2013 no se ha pronunciado favorable o desfavorablemente, sobre todos y cada uno de los argumentos y extremos expuestos por Luis Artemio Lucca Suarez en su Recurso de Revocatoria, evidenciándose además, la existencia de partes al interior de la referida Resolución que son oscuras o de redacción ambigua, lo cual impide emitir un pronunciamiento sobre la causa principal.

Que, en referencia a la Prescripción invocada por la aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A, se evidencia que el referido petitorio no cuenta con un suficiente asidero legal, técnico y documental que viabilice su pertinencia.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento legal vigente;

RESUELVE:

PRIMERO. Se ANULA la Resolución ASFI N° 808/2013 de 10 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución ASFI N° 734/2013 de 04 de noviembre de 2013, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, emitir una nueva Resolución debidamente motivada y fundamentada, conforme al recurso de presentado por el Recurrente.

SEGUNDO. Se declara IMPROBADA la Excepción de Prescripción invocada por la aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 DE 03 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 030/2014 DE 08 DE MAYO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2014

La Paz, 08 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 023/2014 de 16 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 047/2014 de 28 de abril de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de diciembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por el Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, en mérito al Testimonio de Poder Nº 563/2001, otorgado en fecha 03 de octubre de 2001 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013

de 03 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/9955/2013, con fecha de recepción del 27 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de diciembre de 2013, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 02 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DPC/8418/2012 de fecha 25 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, instruyó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**:

a) Reponer al Tesoro General de la Nación, con sus propios recursos, los montos desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual correspondientes a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011.

b) Reponer al Fondo Solidario en cuotas, con sus propios recursos, los montos erogados por dicho fondo correspondientes a los periodos mayo, junio y julio de 2011.

c) Anular el Convenio de Devolución/Descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012 y la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado.

d) Remitir en el plazo de cuatro (4) días hábiles administrativos, la documentación que respalde dichas regularizaciones.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES mediante nota FUT.APS.BEN 2353/2012 de 5 de noviembre de 2012, solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, la cual es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 894-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012.

Mediante memorial presentado en fecha 13 de diciembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 894-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012,

mismo que es confirmado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 28-2013 de 14 de enero de 2013, procediendo la recurrente a la interposición del Recurso Jerárquico en fecha 04 de febrero de 2013.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunció la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2013 de 14 de junio de 2013, por la que **anula** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 28/2013 de 14 de enero de 2013, con los siguientes fundamentos:

"… 2.1. Procedencia del proceso administrativo sancionador.-

El Recurso Jerárquico señala que:

*"…**NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.-***

*La actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por principios, de los cuales es pertinente el contenido en el artículo 4, inciso c) de la Ley de procedimiento administrativo (…) la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013, la APS ha señalado que "...el presente proceso administrativo no tiene la naturaleza de ser sancionador...; (…) Olvidándose que **las instrucciones -obligaciones- que impliquen la disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios) deben necesariamente sustentarse en un debido proceso garantizando en todo momento el derecho de la AFP de asumir defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos**…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Entonces, a criterio de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al corresponder la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012, a una determinación de "disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios)", correspondía que la misma se sustancie y conozca "necesariamente", en un proceso administrativo de naturaleza sancionatoria, porque, siempre en su criterio, es allí donde se garantiza "el derecho de la AFP de asumir defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos".*

Toda vez que el extremo fue hecho presente ya, a tiempo del Recurso de Revocatoria, es pertinente conocer el fundamento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expresado en la consiguiente Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013 -ahora recurrida-, conforme se transcribe a continuación:

"…el presente proceso administrativo no tiene la naturaleza de ser sancionador (del cual podría emanar una sanción -condena-); sino un procedimiento promovido por la misma AFP quien al solicitar al regulador la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 en Resolución Administrativa, ha ejercido su derecho a petición, debido proceso y asumir defensa ante las instrucciones plasmadas en

dicho acto. Por su parte y ante lo anterior, ha llevado al regulador a calificar el tipo de solicitud y determinar el proceso administrativo previsto por norma, garantizando de esta manera el ejercicio amplio al derecho constitucional a la defensa, (…)

…la instrucción emanada por el regulador (…) tiene como objeto la reposición de los montos por concepto de Fracción Solidaria y Compensación de Cotizaciones Mensual al Fondo de Vejez y al TGN respectivamente, por periodos en los cuales el Asegurado ha incurrido en Doble Percepción. En ese entendido, al advertir el regulador la irregularidad de la AFP ha emitido la instrucción que se conoce, que encuentra respaldo legal en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175,…"

El mencionado artículo 19° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, está referido a los actos administrativos de menor jerarquía, en tanto su existencia se justifica por exclusión o por defecto de los actos administrativos por antonomasia: las resoluciones administrativas (dentro de la particular materia administrativa financiera, conforme se establece de los artículos 17° y 18° de la misma norma).

Como tal, lo que el artículo refiere es un procedimiento en el sentido formal que ello importa: "Los actos administrativos" que no se constituyen en Resoluciones Administrativas -en los términos del artículo 17° del Reglamento-, "obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación"; empero, no determina ninguna realidad sustancial, como la que importa una sanción.

Entonces, la sencilla ocurrencia del procedimiento del artículo 19°, no puede significar, como erradamente señala el Ente recurrido, que el proceso no contenga una naturaleza sancionatoria, sino que el mismo, ahora sí en el sentido sustancial, debe estar referido a la "Pena para un delito o falta" (Cabanellas), o, razonando en sentido inverso, a la falta susceptible de sanción.

El contenido de la nota APS/DPC/8414/2012 (después consignada en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012), en concreto, está referida a:

"(…)

1. ***Reponer** al Tesoro General de la Nación, con sus propios recursos, los montos efectivamente desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual correspondientes a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011.*

2. ***Reponer** al Fondo Solidario en cuotas, con sus propios recursos, los montos efectivamente erogados por dicho fondo correspondientes a los periodos mayo, junio y julio de 2011.*

3. *Anular el Convenio de Devolución/Descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012 y la devolución, de cualquier descuento que se le*

habría efectuado al mismo o pago que éste habría realizado…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Reponer significa, en el Diccionario de Cabanellas, "Volver a poner o colocar… Reintegrar… Substituir lo faltante o retirado… Restituir…", tiene entonces naturaleza restitutoria, no así sancionatoria, así sea que "impliquen la disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios)" como dice la recurrente; y con respecto a Anular, no hay lugar a presumir siquiera, que la determinación de tal actividad, tenga naturaleza sancionatoria, sino llanamente correctiva.

*Sin embargo, no obstante de no haber sido la intención de la ahora recurrida, imponer sanción alguna, no puede pasarse por alto, el que al haber dispuesto "**Reponer**… **con sus propios recursos**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), puede interpretarse que conlleva una sanción pecuniaria, implícita e intrínseca, por cuanto, no se limita a corregir un procedimiento que el Regulador considera errado o equívoco, sino que importa afectar el patrimonio propio de la regulada, entonces generando un perjuicio.*

Demás está recordar que, tal naturaleza determina el proceso especial que la Ley manda para ello, este es, el que señalan los capítulos VI (Arts. del 71° al 84°) del Título Tercero de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y VI (Arts. del 62° al 69°) de su Reglamento para -en concreto- el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, concordantes, en ambos casos, con lo señalado por los artículos 292° al 296°, del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, reglamentario a la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones).

Razonando con la precisión que obliga la materia de pensiones, es pertinente referir el artículo 289° del precitado Decreto Supremo N° 24469, y que a la letra señala:

> *"…**ARTÍCULO 289. (CONTENIDO DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA).** Sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, **las sanciones administrativas impuestas** por la Superintendencia -aquí léase Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-, **deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas**,…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Es decir que, **la norma** (entonces, excluyendo la voluntad discrecional del Regulador) refleja la íntima relación que existe entre "la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas" y "las sanciones administrativas impuestas", determinando que, a la sanción por la infracción de la norma, le deviene el deber de resarcir los gastos y las pérdidas ocasionadas por lo mismo.*

Aquí lo determinante es "la violación de las normas", la infracción: si ha sucedido esta, corresponden tanto la sanción administrativa como la obligación de resarcir los gastos y las pérdidas ocasionadas, a serles impuestas al infractor, e infracción, en el sentido administrativo, es "Transgresión, quebrantamiento, violación, incumplimiento…"

(Cabanellas).

Si se compulsa tal definición, con lo que señala la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, se constata que, no obstante de omitir mención de norma alguna, ***la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sólo pudo haber dispuesto*** *"Reponer… los montos efectivamente desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual", "Reponer al Fondo Solidario… los montos efectivamente erogados por dicho fondo", y "Anular el Convenio de Devolución/Descuento… y la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que éste habría realizado",* ***si en su criterio, con ello se subsanaba una infracción*** *a determinada norma, la cual, después se establece (en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ Nº 894-2012 de 15 de noviembre de 2012), correspondía al artículo 53º de la Ley Nº 065, de Pensiones, que señala que:*

*"…**Artículo 53 (DOBLE PERCEPCIÓN).***

I. *Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.*

II. *Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez…"*

Por pertinente, se transcribe el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012:

"…Es pertinente tener en cuenta lo establecido por la Constitución Política del Estado en sus artículos 115º, parágrafo II (El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa), 116º, parágrafo I (Se garantiza la presunción de inocencia), 117º, parágrafo I (Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada), 119º (I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan… II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa) y 120º, parágrafo I (Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, la que ha establecido que:

"…el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la

administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…"

Por su parte, el anterior Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha establecido que:

"…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); (…)

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"

Consiguientemente, corresponde dar razón a la recurrente, cuando acusa la infracción al derecho de defensa y al debido proceso administrativo, por cuanto, resulta ser ese el efecto de haber dispuesto el Ente Regulador, la reposición, la anulación de un Convenio y la devolución "de cualquier descuento", prescindiendo de un criterio adjetivo sancionador y del debido proceso que ello importa.

Asimismo, no es admisible lo sugerido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013 -ahora recurrida-, en sentido que, habiéndose sustanciado el proceso "promovido por la misma AFP quien al solicitar al regulador la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 en Resolución Administrativa, ha ejercido su derecho a petición, debido proceso y asumir defensa ante las instrucciones plasmadas en dicho acto", por cuanto, tales extremos no desvirtúan ni convalidan la señalada inexistencia de debido proceso sancionatorio, sino que más bien y en todo caso, la confirman.

En definitiva, se extraña el efectivo desenvolvimiento de ese debido proceso sancionatorio, lo que consiguientemente determina haberse vulnerado principios constitucionales y administrativos que hacen al mismo, y que invalida la determinación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2.2. Incumplimiento al deber de pronunciamiento.-

Señala también la recurrente, que de conformidad con el artículo 46° del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de enero de 2011:

> *"…existen mecanismos normativos y una institución designada -el Servicio Nacional del Sistema de Reparto- para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos, (…)*
>
> *Situación similar opera con la fracción solidaria,…"*

El extremo ya fue hecho presente a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 13 de diciembre de 2012, cuando en su numeral 3 ("NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR FALTA DE FUNDAMENTO") señala similares, sino idénticos, alegatos que los supra transcritos.

No obstante, la Resolución Administrativa que le corresponde (la ahora recurrida APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013), no hace mención alguna a tales alegatos, y cuando en su acápite "A la Nulidad del acto administrativo por falta de fundamento" le toca pronunciarse sobre el precitado numeral 3, se limita a referirse a lo que ella identifica, como "los aspectos y situaciones que han dado lugar a las instrucciones emitidas por el regulador", estos son:

- *Que la reglamentación de la Ley N° 065, de Pensiones, le corresponde al Órgano Ejecutivo y al Organismo de Fiscalización, en el marco de su competencia.*
- *Que -determinadas- funciones y atribuciones se hallan dispuestas en el artículo 149°, incisos 'v' y 'w', de la Ley N° 065 (entonces, correspondientes a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo).*
- *Que sobre la doble percepción, existe el criterio del artículo 53° de la Ley N° 065.*
- *Que existe el deber de suscripción del Formulario de Declaración Jurada sobre Doble*

Percepción de Fracción Solidaria, dispuesto por el artículo 17°, parágrafo III, de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011.

- *Que lo dispuesto en la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012 (supra relacionada), se encontraría en el marco de la normativa legal vigente.*
- *Que "independientemente de las causas que originan dicha instrucción", la Administradora de Fondos de Pensiones no respondió a la instrucción que sale de la precitada nota, impuesta por el Ente Regulador.*
- *Que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** tenía conocimiento, por la Declaración de Doble Percepción, que el Asegurado se encontraba trabajando en el Magisterio.*
- *Que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, otorgó y pagó la Pensión Solidaria de Vejez, sin suspender los componentes de Compensación de Cotizaciones y de Fracción Solidaria.*
- *Que ello determinó que, el Asegurado, incurra en Doble Percepción, tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que a su vez ocasionó su deuda en el Sistema Integral de Pensiones.*
- *Que el objeto de la nota APS/DPC/8418/2012 de fecha 25 de octubre de 2012 es, que la Administradora de Fondos de Pensiones reponga los montos indebidamente pagados en doble percepción.*

Empero nada menciona sobre la existencia de otros "mecanismos normativos" idóneos para el cobro, ni acerca del Servicio Nacional del Sistema de Reparto, cual "institución designada para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos", ni de la "situación similar" que operaría con la Fracción Solidaria.

Por consiguiente, resulta evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (antes que incumplir con su deber de fundamentar su decisión, que señala la recurrente), incumplió con su deber de pronunciarse, en infracción a lo dispuesto por los artículos 24° (derecho a la petición y a la obtención de respuesta) y 120°, parágrafo I (derecho a ser oída por autoridad jurisdiccional competente) de la Constitución Política del Estado, 16°, inciso 'a' (derecho a formular peticiones por ante la Administración Pública) y 17°, parágrafo I (obligación de dictar resolución expresa), de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo- de 23 de abril de 2002.

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha omitido impulsar el debido proceso sancionatorio, pese a lo cual, ha dispuesto medidas que afectan el patrimonio de la ahora recurrente, en vulneración de los principios constitucionales y administrativos que hace a ese debido proceso.

*Que, asimismo, ha incumplido con su deber de pronunciarse sobre determinados alegatos reclamados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria, en concreto, sobre la existencia de otros "mecanismos normativos" idóneos para el cobro, acerca del*

Servicio Nacional del Sistema de Reparto cual "institución designada para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos" y acerca de la "situación similar" que operaría con la Fracción Solidaria.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo…"

2. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Procedida con la anulación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la nota APS/DESP/DJ/DPC/6887/2013 el 29 de julio de 2013, por la cual notifica a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con el siguiente cargo:

"…II. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 53 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, al advertir que en el trámite correspondiente al Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, la AFP en conocimiento de que el caso contaba con la suscripción de la Declaración de Doble Percepción, en la que indica que se encuentra trabajando en el magisterio ha otorgado y pagado Pensión Solidaria de Vejez sin suspender los componentes de:

- *Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto de 2011.*
- *Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011.*

Así como, ha efectuado el pago al Asegurado del aguinaldo de la gestión 2011 considerando dichas fracciones (CCM y FS).

Asimismo, existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 149 inciso v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, al no presentar los servicios con diligencia, prontitud, eficacia y cuidado exigible a un buen padre de familia…"

3. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.BEN.1970/2013 de fecha 04 de septiembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"…Mediante la presente, respecto a la Nota de Cargos de referencia sobre el caso del asegurado Sr. Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838 y sobre la imputación de cargos realizada en el punto II de dicha nota, tenemos a bien remitir a su Autoridad lo siguientes descargos en (sic) *conforme los antecedentes y argumentos del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 28-2013 de 14 de enero de 2013 y el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 894-2012 de 15 de noviembre de 2012:*

- *Respecto al primer cargo, de acuerdo al artículo 19 (Doble Percepción) del Decreto Supremo N° 27991 de 28 de enero de 2005, a partir de la fecha de publicación del citado Decreto, los asegurados que estuvieran percibiendo una Renta del Sistema de Reparto, Compensación de Cotizaciones, Pago de Reparto Anticipado - PRA, Pago Mínimo Mensual - PMM o cualquier otro beneficio mensual por crearse que sea financiado por el Tesoro General de la Nación y simultáneamente estuvieron trabajando en el sector público en calidad de dependiente, deberán solicitar al SENASIR la suspensión temporal de la percepción de la renta, Compensación de Cotizaciones o beneficio.*

  Asimismo, el artículo 46° del Decreto Supremo 822/2011 establece entre una de sus obligaciones y responsabilidades del SENASIR, referidas a la Compensación de Cotizaciones, controlar la Doble Percepción.
  Dentro este marco regulatorio, el SENASIR no comunicó a nuestra Administradora de Pensiones la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones motivo por el cual se procedió a solicitar el monto de la CCM por los periodos mayo, junio, julio y agosto/2011 y sus duodécimas de aguinaldo a esta entidad para su posterior pago al asegurado

- *Respecto al segundo cargo, de acuerdo al artículo 4 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 se verificó las planillas de Pensión Solidaria de Vejez contra la* (sic) *Cuentas Personal Previsional del asegurado. Producto de esta verificación, en virtud al artículo 5 de la citada Resolución se determinó que el asegurado incurrió en Doble Percepción de Fracción Solidaria en los periodos de mayo, junio y julio/2011 y sus duodécimas de aguinaldo.*

  De igual manera, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 establece que el asegurado podrá autorizar a las AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el 20% al monto total de la pensión que reciba el asegurado, aplicable únicamente a la Fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria, hasta la devolución total del monto de Fracción Solidaria en Doble Percepción…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, resolvió:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE*

AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 53 y 149 inciso v) de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- I. *La multa señalada, deberá ser depositada por la AFP en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

TERCERO.- I. *Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, efectúe la reposición con recursos propios al Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario de los recursos utilizados para pagar la Pensión Solidaria de Vejez por no haber suspendido los componentes de: Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto de 2011 y Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011. Así como pagar las duodécimas del aguinaldo de la gestión 2011.*

II. *En caso que el Asegurado hubiera efectuado la devolución al Fondo Solidario y/o pago al SENASIR por concepto de Doble Percepción de Compensación de Cotizaciones Mensual, la AFP deberá proceder a la devolución con sus propios recursos de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que este habría realizado por concepto de Doble Percepción, más los intereses correspondientes.*

III. *Anular el Convenio de Devolución descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012.*

IV. *Copia de las operaciones instruidas en los parágrafos anteriores deberán ser remitidas a esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de transcurrido el plazo otorgado…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Que a manera de antecedentes del trámite iniciado en Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, se tiene lo siguiente:

- *En fecha 04 de mayo de 2011, se suscribe el Formulario de Recepción de Trámite de Vejez o Muerte.*
- *El 06 de junio de 2011, se notifica al Asegurado con el Reporte de Verificación de Estado de Ahorro Previsional.*
- *En fecha 14 de julio de 2011, el Asegurado suscribe la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez.*
- *El* ***14 de julio de 2011****, el Asegurado suscribe Declaración de Doble Percepción.*

- *Con nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/N° 0437/2012, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros remite a esta Autoridad copia de la nota presentada por el Asegurado, quien reclama el accionar de Futuro de Bolivia S.A. AFP en relación a la Doble Percepción en que habría incurrido éste.*
- *Mediante nota APS/DPC/7425/2012, se solicitó a la AFP la remisión del expediente así como las boletas de pago correspondiente a los meses de junio, julio y agosto de 2012.*
- *Con nota FUT APS JR 2050/2012, la AFP remite el expediente del Asegurado y no adjuntan las boletas de pago solicitadas.*
- *Mediante nota APS/DPC/7808/2012, se instruye a la AFP la remisión de las boletas de los meses de septiembre de 2011 a septiembre de 2012.*
- *Con notas FUT APS JR 2175/2012 y FUT APS JR 2191/2012, se remite copia de las boletas solicitadas.*

Que ahora bien, una vez evaluados los descargos se tiene que, la AFP en el primer pago y devengo la AFP efectuó el pago de la Compensación de Cotización Mensual más la Fracción Solidaria; asimismo, paga al Asegurado el aguinaldo de la gestión 2011 considerando dichas fracciones, siendo que el Asegurado comunicó que se encontraba trabajando en el Magisterio, aspecto que se evidencia con la Declaración sobre Doble Percepción suscrita por el Asegurado conjuntamente con la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez en fecha 14 de julio de 2011, el cual se encuentra en el expediente del mismo con folio N° 13, el cual fue remitido por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante cite FUT.APS.JR 2050/2012 de fecha 01 de octubre de 2012.

Que esta omisión por parte de la AFP ocasionó que, el Asegurado incurra en Doble Percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que causó que el Asegurado genere una obligación en el Sistema Integral de Pensiones, conforme a lo siguiente:

1. *Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto 2011.*
2. *Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011.*
3. *Duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011, por los componentes de Compensación de Cotizaciones y Fracción Solidaria.*

(…)

Que al respecto, lo mencionado por la AFP en sus descargos no toma en cuenta el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0822 (VIGENCIA DE DERECHOS). inciso i), el cual establece:

> *"i). Las solicitudes de pensión o pago, Retiros Mínimos, Masa Hereditaria y Gastos Funerarios solicitados en fecha anterior a la publicación de la Ley N° 065, deberán enmarcarse en lo dispuesto por la normativa vigente antes de la publicación de dicha Ley".*

Que en ese sentido, la AFP no considera que para los casos posteriores a la Ley N° 065 de Pensiones debe aplicar la normativa vigente.

Que asimismo, si bien el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011, establece entre las obligaciones y responsabilidades del SENASIR el de controlar la Doble Percepción; es responsabilidad de la AFP representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como de los Fondos que administra y prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, en virtud a los incisos n) y v) del Articulo (sic) *149 de la Ley Nº 065 de Pensiones.*

Que de igual forma, la AFP previo al pago de las pensiones tenía pleno conocimiento de la dependencia laboral del Asegurado, mediante la suscripción de la Declaración de Doble Percepción, por lo tanto contaba con la información para evitar que el SENASIR realice el desembolso de la Compensación de Cotizaciones, comunicando en su momento a dicha institución a objeto de cumplir con su rol de buen padre de familia.

Que la AFP en sus descargos, sólo se limita a mencionar que verificó las planillas de Pensión Solidaria de Vejez contra la Cuenta Personal Previsional del Asegurado y que, producto de esta verificación, en virtud al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 determinaron que el Asegurado incurrió en Doble Percepción de la Fracción Solidaria.

Que la AFP da a entender que sólo estaría aplicando el CONTROL EX POST DE DOBLE PERCEPCIÓN y no estaría tomando en cuenta que a través del Formulario de Doble Percepción establecido en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032 de 12 de mayo de 2011 se cuenta con la herramienta que permite el CONTROL EX ANTE DE DOBLE PERCEPCIÓN, siendo que el objeto de esta última es de no incurrir en Doble Percepción, y para lo cual los Asegurados deberán suscribir, de conformidad con el párrafo III. del artículo 17 de la Resolución Administrativa señalada, el Formulario de Declaración de Doble Percepción, al momento de firmar la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez y previo el inicio de pago de pensiones.
Que el Asegurado cumplió con informar de forma previa al pago de las pensiones que se encuentra bajo dependencia laboral, información que de acuerdo a los descargos enviados por la AFP no serían tomados en cuenta y sólo realizarían el control posterior al pago de las pensiones.

Que si la AFP hubiera considerado dicho documento, el Asegurado no habría incurrido en Doble Percepción y no presentaría deuda con el Sistema Integral de pensiones (sic) *por las fracciones de la Compensación de Cotizaciones y Fracción Solidaria.*

Que se concluye que los descargos remitidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP no son suficientes para levantar las observaciones, por lo que corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable***, b)** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 se evidencia que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 53 y 149 inciso v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque la AFP en conocimiento de que el caso contaba con la suscripción de la Declaración de Doble*

Percepción, ha otorgado y pagado Pensión Solidaria de Vejez sin suspender los componentes de: Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto de 2011 y Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011. Así como pagar el aguinaldo de la gestión 2011 considerando dichas fracciones; ***c)*** *Los argumentos presentados en los descargos fueron evaluados en su integridad y en confrontación con la norma vigente, se extrae que la AFP en el presente caso ha otorgado y pagado Pensión Solidaria de Vejez y el aguinaldo, sin suspender los componentes que integran esta prestación.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *El hecho imputado a la AFP denota que hubo negligencia y falta de pericia de la AFP en el trámite del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, al comprobarse que el caso tenía doble percepción, sin embargo la AFP en una falta de cuidado diligente y atención estricta a la norma, otorga y paga la prestación sin suspender los componentes de la Compensación de Cotizaciones y Fracción Solidaria, más el aguinaldo de la gestión 2011;* ***b)*** *La infracción incurrida por el regulado no solamente infringe la normativa de pensiones imputada y a la cual está obligado a cumplirla, sino también se ha constatado la existencia de daño económico a los recursos del Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario como consecuencia de haberse utilizado recursos de estas fuentes para pagar la prestación de un caso que tenía doble percepción. Asimismo, se tiene que se ha ocasionado perjuicio económico al Asegurado, considerando que a este último la AFP le hizo suscribir un convenio de restitución, para devolver montos del FS, cuando por norma es la AFP la responsable del correcto pago de la pensión, no habiendo norma alguna para que el Asegurado tenga la obligación de restitución. Por tanto, corresponde a la AFP reponer con recursos propios los montos utilizados indebidamente para el pago de pensión al Asegurado, así como devolver al Asegurado los montos más intereses que le hizo restituir al Fondo Solidario, como producto de la suscripción de un convenio arbitrario y sin respaldo legal;* ***b)*** *No se tiene antecedentes de conducta reiterativa.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que:

> *"Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora*

Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, …".

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño."

Que el artículo 287 de la misma norma determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, donde el inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"b) Infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

5. MEMORIAL SOLICITANDO LA SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN.-

Mediante memorial presentado en fecha 29 de octubre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, señala lo siguiente:

"… Lo resuelto por su Autoridad, independientemente de la sanción impuesta, cuyo pago no significa aceptación expresa de infracción alguna, resulta totalmente lesivo y causa daño a nuestra AFP, toda vez que no puede prescindirse del marco normativo vigente, especialmente lo dispuesto por el artículo 46 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de enero de 2011, por el cual se establece como obligaciones del Servicio Nacional del sistema (sic) *de Reparto SENASIR, entre otras, las siguientes:*

g) Controlar la doble percepción.
h) Proceder con la suspensión temporal en casos de doble percepción.
i) Recuperar los pagos de CC cobrados de Asegurados que incurrieron en doble percepción

Resulta evidente entonces que la obligación que se impone a nuestra AFP de reponer el monto de la Compensación de Cotizaciones con recursos propios, nos irroga, no solo daño económico, sino más importante aun (sic) *daño moral y reputacional al tener que incumplir norma expresa, toda vez que las obligaciones de controlar, suspender y recuperar los pagos de de* (sic) *la CC por Doble Percepción, son una atribución legal y responsabilidad exclusiva del SENASIR; y más aun* (sic) *si consideramos doctrinalmente según Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, que "...el daño es todo menoscabo o pérdida que una persona sufre en su persona o en sus bienes producido por un agente externo. De Cupis expresa que la conducta que produce tal menoscabo debe ser, necesariamente, antijurídica, un hecho ilícito, a fin de que sea sancionado por el derecho", Doctrina aplicable al caso de Autos, toda vez que para la recuperación de Pagos de CC cobrados por Asegurados de manera indebida, existe un marco jurídico aplicable y de observancia obligatoria por el SENASIR y por su Autoridad.*

Asimismo es responsabilidad de las AFP, conforme a lo establecido por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012, el controlar y recuperar los montos indebidamente percibidos por los Asegurados debido la incompatibilidad entre la percepción de la Fracción Solidaria y el desempeño de actividades laborales, sean éstas públicas o privadas, por lo que la suscripción de un Convenio de devolución es completamente lícita y legal.

En este contexto, al amparo de lo establecido por el art. 24 de nuestra Constitución Política del Estado, Art. 59, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo; y los arts. 40 y 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (reglamento a la Ley N° 2341), solicito a su Autoridad, disponga la suspensión de la obligación establecida en el RESUELVE TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851-2013 de 18 de septiembre de 2013…"

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 05 de noviembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, con los

siguientes argumentos:

"…II. <u>DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.</u>

Su Autoridad ha imputado cargos a nuestra AFP por los supuestos indicios de incumplimiento a lo establecido por el Artículo 53 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones (sic)*; Artículo 17, punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011; y articulo* (sic) *149, inciso v), de la citada Ley N° 065, toda vez que conociendo nuestra AFP la suscripción de la declaración de Doble Percepción del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, se otorgó y pago* (sic) *la Pensión Solidaria de Vejez sin suspender los componentes de la Compensación de Cotizaciones Mensual y de la Fracción Solidaria.*

Al respecto es pertinente señalar lo siguiente:

a) <u>Artículo 53 de la Ley N° 065</u>:

El parágrafo I del art. 53 de la Ley N° 065 prescribe literalmente que: "Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, ***debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual",*** *sin embargo esta norma no establece que sea la Gestora Pública de la Seguridad Social -transitoriamente las AFP- quienes deban efectuar dicha tramitación ante el SENASIR, máxime si se tiene en cuenta como ya se señaló en nuestra nota de descargo, que es el Asegurado conforme a lo prescrito por el articulo* (sic) *19 del decreto* (sic) *Supremo N° 27991 de 28 de enero de 2005, es quien tiene* (sic) *solicitar al SENASIR la suspensión temporal de la Compensación de Cotizaciones, disposición que al no ser contraria a lo dispuesto por la Ley N° 065, estaría plenamente vigente y que encuentra total y plena concordancia con lo establecido por el artículo 46 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de enero de 2011, por el cual se establece como obligaciones del Servicio Nacional del Sistema de Reparto SENASIR, entre otras, las siguientes (Artículo 46):*

g) Controlar la doble percepción.
h) Proceder con la suspensión temporal en casos de doble percepción.
i) Recuperar los pagos de CC cobrados de Asegurados que incurrieron en doble percepción

Ahora bien para cumplir sus funciones aplicando la Ley N° 065 y sus reglamentos, conforme reza el artículo 47 del Decreto Supremo No. 822 "...el SENASIR deberá emitir la reglamentación y regulación correspondiente en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días de publicado el presente Reglamento". Aspecto que de

haberse observado a cabalidad hubiera permitido establecer de manera oportuna el intercambio de estructuras de Bases de Datos que permitan a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (transitoriamente las AFP), traspasar información al SENASIR a efectos de que ésta institución proceda a la suspensión temporal de la Compensación de Cotizaciones.

Hecho que se pude (sic) *evidenciar de las actas de reunión; la primera de fecha 20 de septiembre de 2012, citada por la APS y que se llevo* (sic) *a cabo en sus instalaciones del Edificio Torres Gundlach, en el Piso 5, donde se encontraban representantes de la APS, el SENASIR, las Entidades Aseguradoras y las AFP's, donde el tema a tratarse fue las estructuras de información que permitan al SENASIR llevar un control sobre la Doble Percepción, para esto el SENSIR* (sic) *debía reunirse con el TGN para coordinar una estructura de información; y la segunda de fecha 14 de enero de 2013, llevada a cabo en instalaciones del SENASIR piso 6, entre representantes del SENASIR, APS y AFP's, donde se dio a conocer las estructuras para intercambio de información entre las AFP y el SENASIR sobre los tramites* (sic) *en curso de adquisición donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones, y la forma en que trabajaría el SENASIR con el TGN para identificar la Doble Percepción.*

En función a estas reuniones, la APS emitió la Circular APS/DPC N° 14-2013 de 28 de enero de 2013 por medio de la cual se establece el envío de información "Con el objeto de implementar los controles que coadyuven a evitar Doble Percepción de Asegurados que acceden a alguna prestación en el Sistema Integral de Pensiones que tenga como componente la compensación (sic) *de Cotizaciones Mensual...", la misma que a la fecha es de aplicación permanente por parte de nuestra AFP.*

Sobre la base de los fundamentos legales vertidos, es importante ratificar que nuestra AFP, no está facultada para solicitar al SENASIR la suspensión de la Compensación de Cotizaciones por Doble Percepción, ya que conforme a lo establecido por el articulo (sic) *46, incisos, g y h, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de enero de 2011; es el SENASIR la institución llamada por Ley para efectuar las tareas de CONTROLAR y SUPENDER* (sic) *la Compensación de Cotizaciones por Doble Percepción.*

b) <u>Articulo</u> (sic) ***<u>17. punto III del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de maya de 2011.</u>***

La normativa referida en el subtítulo, dice textualmente que: "A la firma de la declaración de Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado deberá suscribir el ***Formularlo de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria,*** *establecido en el Anexo 6 de la Presente Resolución Administrativa" (las negrillas son nuestras) aspecto normativo que contrario al razonamiento expresado por su Autoridad, está orientado a reglamentar lo señalado por el artículo 53, parágrafo II, de la Ley N° 065 con relación a que: "Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la*

Fracción Solidaria de Vejez"; y que tiene entonces como objeto o finalidad el controlar la indebida percepción de la Fracción Solidaria de Vejez, ya que ésta es Incompatible con las actividades laborales pública o privadas que pudiera desarrollar el Asegurado, ya sea de manera continua o posterior a la suscripción de su Declaración de Pensión.

Revisando el Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, se desprende que el mismo se constituye primero en una declaración y segundo en una notificación que señala expresamente lo siguiente: "SEÑOR ASEGURADO, CONFORME AL ARTÍCULO 53 DE LA LEY N° 065, NO ES POSIBLE COBRAR L AFRACCION(sic) *SOLIDARIA Y PERCIBIR UN TOTAL GANADO DE FORMA PARALELA, POR LO QUE SI LLEGARA A ACCEDER A LA PENSIÓN SOLIDARIA DE VEJEZ, Y COBRARA LA FRACCIONSOLIDARIA* (sic) *MIENTRAS CONTINUA TRABAJANDO EN EL SECTOR PÚBLICO OPRIVADO*(sic), ***LA AFP ESTÁ AUTORIZADA A REALIZAR DESCUENTOS PARA RECUERAR*** (sic) ***LOS MONTOS OBJETO DE DOBLE PERCEPCIÓN"*** *(las negrillas son nuestras); por lo que realmente no solo causa extrañeza, sino que alarma lo aseverado por su Autoridad en el acto administrativo que se impugna, al esgrimir que: "Asimismo, se tiene que se ha ocasionado perjuicio económico al Asegurado, considerando que a este último la AFP le hizo suscribir un convenio de restitución, para devolver montos del* (sic) *FS cuando por norma es la AFP la responsable del correcto pago de la pensión,* ***no habiendo norma alguna para que el Asegurado tenga la obligación de restitución****...". Al parecer su Autoridad desconoce los alcances de la propia normativa regulatoria que emite; y si se debe tildar algún acto de* ***arbitrario y sin respaldo legal*** *corresponde referirse al acto administrativo que se impugna y no a la suscripción del Convenio de Devolución/Descuento que encuentra sustento legal, no solo en el Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 032-20122* (sic) *de 23 de mayo de 2011, sino también en el numeral II, incisos a) y b) del artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012, por el cual se establece que el Asegurado podrá efectuar la "Devolución en un solo pago del monto sujeto a Doble Percepción... ", o podrá autorizar a las "...AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba el* ***Asegurado o Derechohabiente****,* ***aplicable únicamente a la fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidarla"*** *(las negrillas son nuestras).*

III. <u>DE LA AUSENCIA DE REGLAMENTO SANCIONATORIO VIGENTE.</u>

Conforme a lo prescrito por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por principios, de los cuales es pertinente citar por una parte el contenido en el inciso c) que a la letra señala: "Principio de sometimiento pleno a la ley -por el cual-: La Administración Pública ***regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley****, asegurando a los administrados el debido proceso" (las negrillas son nuestras);y por otra, el señalado en el inciso h) que establece el "Principio de jerarquía normativa -por el cual-: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley,* ***observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes****" (las negrillas son nuestras).*

*Sobre la base de la normativa previamente anotada, es preciso remitirse en primera instancia a lo establecido por el Artículo 45, parágrafo VI de nuestra Constitución Política del Estado, que prescribe textualmente que: "**Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados**", precepto normativo por el cual la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia a través de la administración pública.*

Ahora bien, como consecuencia jurídica del mandato constitucional anotado previamente, se promulgó la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la cual a efectos de no contradecir el mandato constitucional y, en tanto se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, ha instituido a través de su artículo 177, un periodo de administración transitorio bajo el único instrumento legal permisible, cual es el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la ex SVPS con las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria; por el cual, las AFP asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, toda vez que la Constitución Política del Estado no permitiría la suscripción de una adenda o de un nuevo contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

*Para tener una idea clara, hay que señalar que la doctrina es uniforme al señalar que la ley es **de naturaleza histórica, por lo que tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica**, en consecuencia el inicio de la vigencia de la ley está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar que ésta, inicia su vigencia en la fecha de su publicación y en cuanto a la Irretroactividad de la ley el principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado señala que: "La ley* (sic) *sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".*

*Con las anotaciones constitucionales referidas es importante traer a colación a su Autoridad lo expresado por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I que señala: **"Se abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley". Debiendo entenderse cabalmente que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y, además, con carácter especial y general, pues no solo cita la Ley N° 1732, sino que además hace referencia a "todas las disposiciones contrarias a la presente ley". Por ello y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material su Autoridad fácilmente podrá colegir que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ha perdido su vigencia y no es aplicable a las infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 210* (sic) *de Pensiones; por lo*

que su Autoridad no ha fundamentado de que (sic) *manera sic."...en el presente caso se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto* (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones".*

Debe entenderse que no se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros(sic)*, la misma que ha sido reconocida en nuestra nota de descargos FUT.APS.AL.2468/2012 de 16 de noviembre de 2012 al señalar que: "De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones*(sic)*, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de* ***"Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo,*** *Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción,* ***de acuerdo a la presente Ley****, Ley de Seguros* ***y los reglamentos correspondientes";*** *sino por el contrario, que no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (asumidas transitoriamente por las AFP) reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia. <u>En ese entendido, la APS no toma en cuenta que</u> uno de los aspectos que imprescindiblemente deben confluir para determinar infracciones, al igual que los delitos, es que debe existir una relación de causalidad entre el deseo del supuestamente Infractor, su conducta o actuación y el resultado que se constituye en la infracción o delito. En ese entendido, existen conductas o infracciones especificas en las que solo un determinado tipo de sujetos activos pueden incurrir, (lo que la doctrina llama la imputabilidad o capacidad para cometer infracciones) y en materia administrativa esas infracciones que solo pueden ser cometidas por uno o más sujetos, pero no por todos, devienen de incumplimientos a deberes específicos dispuestos para determinadas instancias o entes. En el presente caso se está sancionando ilegalmente a la AFP cuando la obligación supuestamente incumplida corresponde y es especifica* (sic) *para otra entidad, que además no se encuentra dentro del ámbito de fiscalización y regulación de la APS, por lo tanto la AFP no puede ser imputable por el incumplimiento de otras instancias o instituciones, así tengan relación dentro del ámbito del Sistema Integral de Pensiones. En consecuencia, al no existir ese elemento de la imputabilidad, no puede sancionarse a la AFP, caso contrario la APS estaría incurriendo en nulidad de sus actuaciones, por faltar la causa como elemento esencial del acto administrativo, ya que la decisión de la APS no se está sustentando en hechos y antecedentes correctos y el regulador está sancionando sin tomar en cuenta de origen, a quién le corresponde las obligaciones supuestamente Incumplidas.*

IV. <u>DE LA FALTA DE TIPICIDAD</u>.

Sin embargo de no existir un fundamento legal por parte del ente Regulador para calificar, graduar e imponer sanciones, y sin perjuicio de lo expuesto previamente, se

hace notar de manera enfática, que la normativa y procedimiento operativo vigente con relación a la suscripción del formulario de Declaración de Doble Percepción por parte del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata, no señalaba la obligación de la suspensión de la Fracción Solidaria; y no señala la obligación de suspender la Compensación de Cotizaciones Mensual, por lo que la conducta en la que habría incurrido nuestra AFP, no se encuentra tipificada como una infracción, puesto que todas (sic) *los actuados del* (sic) *nuestra AFP, cuentan con respaldo normativo respectivo, por tal razón se vulnera el principio de Tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, que determina de manera expresa. "I.Son Infracciones Administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias...", por tanto, no es valedera la cuestionable fundamentación sobre hechos que no pueden ser Imputables de omisión menos de comisión.*

En el caso de autos, no debe pasarse por alto la fecha de suscripción de la Declaración de Pensión y por lo tanto del formulario de declaración de Doble Percepción, mismos que datan de la gestión 2011, haciendo entonces énfasis en que la obligación del control EX ANTE de Doble Percepción, nace a partir de la notificación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 de 30 de julio de 2012; por lo que conforme a lo establecido por el artículo 4, del Anexo I de la referida Resolución Administrativa, era perfectamente aplicable el control EX POST de la Doble Percepción, a efectos de recuperar los importes indebidamente percibidos por el Asegurado, en lo que a la Fracción Solidaria corresponde.

V. DE LA INCORRECTA DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

Sin perjuicio de lo expresado en el Numeral III anterior, es pertinente señalar también que se pretende ajustar de manera forzada el accionar de nuestra AFP a disposiciones no aplicables al caso, para imponer una sanción injusta y desproporcionada vulnerando el principio de proporcionalidad aclarado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2008 de 15 de septiembre de 2005 conforme pasamos a detallar:

a) Proporcionalidad

Los criterios que deja sentada la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2008 de 15 de septiembre de 2005 en cuanto al principio de la proporcionalidad son los siguientes:

***"a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida,"*

*Con relación al inciso **a)**, no se tiene mayor comentario toda vez que es evidente la existencia del marco normativo que se nos imputa como infringido.*

*En lo que se refiere al inciso **b)**, la APS no ha comprobado de manera alguna el incumplimiento del marco normativo que se nos imputa como infringido, toda vez que el Asegurado suscribió el formulario de "Declaración Sobre Doble Percepción"; y como se abundo* (sic) *en nuestros fundamentos, no es responsabilidad de nuestra AFP, el controlar, suspender y cobrar los importes indebidamente percibidos de la Compensación de Cotizaciones Mensual.*

Por último, en lo que respectas (sic) *al inciso **c)**, el regulador, no ha cumplido con el debido análisis y valoración crítica y razonada de nuestros descargos, y del marco normativo vigente, vulnerando asimismo el principio de búsqueda de la verdad material.*

b) <u>Adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción:</u>

Para la graduación de la sanción que debe imponerse al infractor por la vía administrativa, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2008 de 15 de septiembre de 2005 establece que además de los contenidos en las normas de carácter sancionador se debe considerar:
***"a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión."*

*Sobre lo establecido por el inciso **a)**, y a diferencia del criterio sesgado del regulador, es importante recordar a la APS que la normativa que estableció el control de la Doble Percepción de Fracción Solidaria, era un procedimiento nuevo y cuyos aplicativos, como todos los que se desarrollan, están sujetos a prueba y error, por lo que no existe de manera alguna impericia pro* (sic) *parte de nuestra AFP; tampoco se puede hablar de negligencia por no haber suspendido el pago de la Compensación de Cotizaciones, ya que conforme manda la norma, <u>esta es una obligación del SENASIR,</u> aspecto que debe ser observado a la luz del principio de búsqueda de la verdad material y de jerarquía normativa, aspecto que no ha sucedido en el caso de Autos.*

*Con relación al inciso **b)**, nuestra Administradora no ha causado daño ni al Tesoro General de la Nación, ni al Fondo Solidario, toda vez que la norma prevé que un Asegurado pueda incurrir en la prohibición de Doble Percepción, y ha dispuesto por ello cuales son las instituciones y los mecanismos o procedimientos para que se pueda recuperar dichos conceptos. Ahora bien, es verdaderamente sorprendente que la APS pretenda establecer que se ha ocasionado sic. "...perjuicio económico al Asegurado, considerando que a este último la AFP le hizo suscribir un convenio de restitución, para devolver los montos del* (sic) *FS cuando por norma es la AFP la responsable del correcto pago de la pensión, no habiendo norma alguna para que el Asegurado tenga la obligación de restitución..." (las negrillas son nuestras). Aseveración alejada por completo de la realidad, toda vez que el mismo formulario de Declaración Sobre Doble Percepción, le informa al Afiliado que en caso de percibir la Fracción Solidaria mientras continúe trabajando, la AFP está*

autorizada a realizar descuentos para recuperar los montos indebidamente percibidos.

Asimismo, en el presente caso, queda claro que no existió reincidencia, por lo que este elemento tampoco puede ser tomado en cuenta.

VI. <u>INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.</u>

En ese sentido se establece mediante el inciso c) del artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 el principio (sic) *de Sometimiento Pleno a la Ley que dice"...la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso", el sometimiento pleno a la Ley implica la observancia de la jerarquía normativa (Art. 410 CPE), de igual forma implica la obligación de parte de la Administración Publica, -representada en este caso por la APS-, de brindar en sus actuaciones seguridad jurídica en el uso de sus facultades como la "Reglamentaria y Fiscalizadora" otorgadas por Ley, la Seguridad Jurídica es un principio de Derecho que se encuentra inserto de forma expresa en el artículo 178 de la Constitución Política de Estado Plurinacional, constituyéndose en un derecho del regulado, quien se encuentra facultado por la misma norma fundamental y en el inciso a) del artículo 16° de la Ley 2341 a realizar la petición de su observancia, el hecho de emitirse un acto administrativo que no comprende de forma minuciosa y suficiente las especificaciones sobre la información y la forma en que debió o debe procesarse el caso en particular, puesto que la sanción establecida mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, genera incertidumbre, ya que la APS nos sanciona por supuestos incumplimientos de obligaciones que le corresponden a otra entidad, sin especificar cuáles serían los elementos de nuestra conducta para pretender imputarnos ese incumplimiento.*

VII. <u>PETITORIO</u>.

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa impugnada no ha cumplido con los requisitos de la debida fundamentación, pasando además por alto el marco normativo vigente que permite la recuperación de los importes indebidamente percibidos, no solo de la CC Mensual sino también de la Fracción Solidaria, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra Constitución Política del Estado, Artículo 43° y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad como Director Ejecutivo de la APS, disponer la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851 de 18 de septiembre de 2013, ajustando así el presente procedimiento a derecho.

Otrosí 1°.*- Ratificamos in extenso* (sic) *nuestra solicitud de suspensión de cumplimiento de la obligación de reponer con nuestros recursos los montos indebidamente percibidos por el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata, por haber incurrido el mismo en la prohibición de Doble Percepción; misma que fue efectuada mediante memorial de fecha 29 de octubre de 2013.*

Otrosí 2º.- *En calidad de prueba, se adjunta copia simple del Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, acta de reunión de fecha 20/09/2012; y acta de reunión de fecha 14/01/2013…"*

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 DE 03 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió lo siguiente:

"PRIMERO.- *Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.*

SEGUNDO.- *Se rechaza la solicitud de suspensión de las obligaciones dispuestas en el resuelve TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, quedando Futuro de Bolivia S.A. AFP obligada a su cumplimiento…"*

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los fundamentos planteados por el regulado en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Análisis:

La normativa relacionada al presente caso es la siguiente:

La Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en el artículo 53 (DOBLE PERCEPCIÓN) establece lo siguiente:

"I. Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.

"II. Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez".

La Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en el artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES) inciso n) e inciso v), establecen lo siguiente:

"n). Representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las

prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como de los Fondos que administra".
"v). Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia".

La Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, en el artículo 17 (DECLARACIÓN DE PENSION) punto III, establece lo siguiente:

"III. A la firma de la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado deberá suscribir el Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria, establecido en el Anexo 6 de la presente Resolución Administrativa".
La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537–2012 de 30 de julio de 2012, el artículo 3 (CONTROL EX ANTE DE DOBLE PERCEPCIÓN).-

"Con el objeto de no incurrir en doble percepción, los Asegurados deberán suscribir, de conformidad con el párrafo III. Del (sic) *artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032 de 12 de mayo de 2011, el Formulario de Declaración de Doble Percepción, al momento de suscribir la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez y previo el inicio de pago de pensiones".*

Del análisis efectuado a los antecedentes del caso y a la normativa antes mencionada, se tiene lo siguiente:

En el primer pago y devengo, la AFP efectúa el pago de la Compensación de Cotización Mensual más la Fracción Solidaria; asimismo, paga al Asegurado el aguinaldo de la gestión 2011, considerando dichas fracciones, siendo que, éste indicó que se encontraba trabajando en el Magisterio, aspecto que se evidencia con la Declaración sobre Doble Percepción suscrita por el Asegurado conjuntamente con la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez en fecha 14 de julio de 2011, el cual se encuentra en el expediente del mismo con folio Nº 13, expediente que fue remitido por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante cite FUT.APS.JR 2050/2012 de fecha 01 de octubre de 2012.

Esta omisión por parte de la AFP ocasionó que el Asegurado incurra en Doble Percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que causó que tenga una deuda en el Sistema Integral de Pensiones, conforme a lo siguiente:

1. *Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto 2011.*
2. *Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011.*
3. *Duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011, por los componentes de Compensación de Cotizaciones y Fracción Solidaria.*

Asimismo, si bien el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011, establece entre las obligaciones y responsabilidades del SENASIR el de controlar la Doble Percepción; es responsabilidad de la AFP representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación

a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como de los Fondos que administra y Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, tal cual establece la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en el artículo 149 inciso n) e inciso v.

De igual forma, la AFP previo al pago de las pensiones tenía conocimiento de la dependencia laboral del Asegurado, mediante la suscripción de la Declaración de Doble Percepción, por lo tanto contaba con la información para evitar que el SENASIR realice el desembolso de la Compensación de Cotizaciones, comunicando en su momento a dicha institución a objeto de cumplir con su rol de buen padre de familia.

El Asegurado cumplió con informar de forma previa al pago de las pensiones que se encuentra bajo dependencia laboral.

Si la AFP hubiera considerado dicho documento oportunamente, el Asegurado no habría incurrido en Doble Percepción y no presentaría deuda con el Sistema Integral de Pensiones por las fracciones de la Compensación de Cotizaciones y Fracción Solidaria.

Con relación a lo expresado por la AFP en su Memorial, el cual se transcribe textualmente:

> *"…En función a estas reuniones, la APS emitió la Circular APS/DPC N° 14-2013 de 28 de enero de 2013 por medio de la cual establece el envío de información "Con el objeto de implementar los controles que coadyuvan a evitar Doble Percepción de Asegurados que acceden a alguna prestación en el Sistema Integral de Pensiones que tenga como componente la compensación de Cotizaciones mensual* (sic)*…", la misma que a la fecha es de aplicación permanente por parte de nuestra AFP".*

La AFP no considera que la Circular APS/DPC N° 14-2013 de 28 de enero de 2013, establece el CONTROL EX POST y no toma en cuenta que con el formulario de Doble Percepción que se encuentra normado en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032 – 2011 de 23 de mayo de 2011, mismo que debe ser suscrito juntamente con la Declaración de Pensión corresponde para el CONTROL EX ANTE a fin de evitar que los Asegurados incurran en Doble Percepción y tengan deudas en el Sistema Integral de Pensiones por omisiones no atribuibles a los Asegurados.

Asimismo, en el memorial de impugnación presentado por la AFP hace mención a los siguientes aspectos expuestos en el Recurso de Revocatoria, que evaluados se tiene lo siguiente:

- *De la ausencia de reglamento sancionatorio vigente.*

Al respecto, es pertinente reproducir lo que se tiene establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 042/2013 de 04 de julio de 2013.

> *"… se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse*

vigente lo dispuesto por el artículo 168 de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:…

*Entonces, en principio, es plenamente legitimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalizacion y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por…nuestra Constitución Política del Estado… la gestión y administración del regimen de Seguridad Social pasa a ser una obligacion asumida exlcusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010 es su artículo 198, parágrafo I "**abroga la Ley No. 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley No. 065), en particular, habiendo sido señalado el Capítulo VIII Sanciones y Recursos del decreto (sic) Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalziacion y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposicion de sanciones", cabe dejar constancia que, si por el contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otras; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198, paragarfo II, de la norma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

*En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sanciontaoria* (sic) *sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalizacion y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, constitiuye una garantia de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 037/2013, que a la letra se pronuncia:

> *"…Quedando claro entonces que miestras dure el periodo de transicion, las Adminisradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley No.1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que*

hubiere lugar.

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No.065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicada en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."

En ese entendido, la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley No.1732 y el Contrato suscrito entre la AFP y el Estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando ***todas*** *las obligaciones como administrador de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; inclusive las determinaciones de la Ley No.065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias.*

Por otro lado, el regulado olvida que al presente se tiene una administración transitoria de las pensiones, en razón a que la nueva Ley de Pensiones, crea la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo con todas las obligaciones, atribuciones y facultades que le atinge y que; mientras no se tenga su constitución formal y a efectos de dar continuidad a los servicios que se ofrecen en cuanto a la administración y pago de pensiones, es que la norma con sabiduría ha establecido que las AFP continúen con todas sus obligaciones mientras dure el período de transición y que a su incumplimiento se pueda aplicar el Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997.

Por consiguiente, sobrecartandonos al criterio supra de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No.042/2013 y lo ahora expresado, se rechaza el argumento de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- *De la falta de tipicidad.*

Sobre el Principio de Tipicidad corresponde señalar que, el mismo forma parte de la garantía del Debido Proceso expresado en la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 73 que señala: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias… Podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…"

El Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional SC 0035/2005 de 15 de junio de 2005, sobre el respecto ha establecido: "…este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. La aplicación de la Ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. Por tanto el interprete (sic) *y en su caso el juez, no puede desbordar los limites* (sic) *de los términos de*

la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la prohibición de la analogía, que expresa que las leyes penales no se aplicaran a casos distintos a los comprendidos en la norma…"

En conclusión se puede establecer que, el Principio de Tipicidad se encuentra ligado al de legalidad; en ese comprendido esta Autoridad a momento de sancionar al infractor, ha tomado nota de la conducta imprimida y el incumplimiento a la norma por la AFP, reprochable de sanción, la cual se halla tipificada en los artículos 53 y 149 inc.v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, detallada en la Nota de Cargos.

En ese sentido, la tipicidad se ha encuadrado a momento en que la AFP conociendo que el caso tenía suscrita la Declaración de Doble Percepción por el Asegurado, otorga y paga la Pensión Solidaria de Vejez sin suspender los componentes de: la Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto de 2011 y la Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011, pero además pagar el aguinaldo de la gestión 2011 considerando dichas fracciones. Todo lo anterior denota a la vez no prestar los servicios con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Asimismo, se aclara al regulado que el hecho de que el Formulario de Declaración de Doble Percepción se constituye en el documento por el cual la AFP debe tomar atención y cuidado exigible en los trámites que administra, antes de otorgar y pagar una prestación, para evitar la doble percepción determinada por disposición legal que la prohíbe. Por el contrario no solamente ha otorgado la prestación con la irregularidad señalada, sino también que ha efectivizado el pago incorrecto.

Por otro lado, se debe recordar que la tipificación administrativa se entiende como de categoría abierta, sujetándose al ***deber*** *de atención y cumplimiento de la norma (hacer, no hacer). Por lo que ahora se tiene sancionado al regulado por el incumplimiento a ese deber, que en el presente caso, estaba dirigido a que no viabilice la otorgación y pago de un caso que por las características, tenía Doble Percepción declarada expresamente por el Asegurado, conducta que ha demostrado la falta de cuidado exigible de la AFP en los trámites a su cargo, generando como consecuencia disposición de recursos indebidamente.*

Por tanto, no se ha vulnerado el Procedimiento Administrativo, cuando por el contrario se tiene que el regulado a adecuado su conducta al tipo penal administrativo, que prohíbe a Asegurados o Derechohabientes con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, a efecto de no incurrir en Doble Percepción; pero la AFP paga en el presente caso sin considerar lo anteriormente señalado.

Con respecto al último alegato, se recuerda nuevamente que la Circular APS/DPC N° 14-2013 de 28 de enero de 2013, establece el CONTROL EX POST y no toma en cuenta que

con el formulario de Doble Percepción que se encuentra normado en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032 – 2011 de 23 de mayo de 2011, mismo que debe ser suscrito juntamente con la Declaración de Pensión corresponde para el CONTROL EX ANTE a fin de evitar que los Asegurados incurran en Doble Percepción y tengan deudas en el Sistema Integral de Pensiones por omisiones no atribuibles a los Asegurados.

- *De la incorrecta determinación y graduación de la sanción.*

Para este punto, la AFP señala que el razonamiento de la APS sería forzado en cuanto a la apreciación de la infracción sancionada, toda vez que observa algunos incisos relativos a la ***proporcionalidad*** *de la sanción; en ese comprendido se tiene lo siguiente:*

Sobre el inciso ***b)*** *Se tiene comprobado que el Asegurado con la suscripción de la Declaración de Doble Percepción puso al tanto a la AFP para que esta considere en el marco del cuidado exigible, otorgar y pagar conforme correspondía la pensión, pero en una total negligencia no toma en cuenta dicho documento y efectiviza el pago de la prestación y aguinaldo sin suspender sus componentes. Por lo que era responsabilidad de la AFP verificar toda la documentación y sus implicancias antes de otorgar y pagar la pensión.*

Sobre el inciso ***c)*** *En esta parte corresponde señalar que el regulador a momento de evaluar ha tomado en cuenta entre otra*(sic)*, la argumentación y documentación producida en el presente proceso consistente en la siguiente:*

- *Formulario de Recepción de Trámite de Vejez o Muerte.*
- *Estado de Ahorro Previsional.*
- *Declaración de Pensión Solidaria de Vejez.*
- *Declaración de Doble Percepción.*
- *Nota FUT APS JR 2050/2012, expediente del Asegurado.*
- *Notas FUT APS JR 2175/2012 y FUT APS JR 2191/2012, copias de boletas.*

Quedando clara para esta Autoridad sobre la responsabilidad de la AFP respecto al hecho que se tiene sancionado, en razón a que de la evaluación del caso se tuvo que la AFP en el primer pago y devengo la AFP efectuó el pago de la Compensación de Cotización Mensual más la Fracción Solidaria; asimismo, paga al Asegurado el aguinaldo de la gestión 2011 considerando dichas fracciones, siendo que el Asegurado comunicó que se encontraba trabajando en el Magisterio, aspecto que se evidencia con la Declaración sobre Doble Percepción suscrita por el Asegurado conjuntamente con la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez en fecha 14 de julio de 2011, el cual se encuentra en el expediente del mismo con folio N° 13.

Para la ***adecuación*** *se tiene:*

Sobre el inciso ***a)*** *Se ratifica que la AFP actuó con negligencia y falta de pericia de la AFP en el trámite del Asegurado, al comprobarse el hecho que sanciona por encuadrar su conducta en el tipo penal administrativo y que; no es suficiente señalar que por ser un procedimiento y aplicativos nuevos es que se hayan cometido errores, cuando el*

regulado está en la obligación de cumplir a cabalidad con la norma y justamente para evitar perjuicio a los Asegurados o a los Fondos que administra, como se tiene constatado en el presente caso.

*Sobre el inciso **b)** Para el presente punto se tiene que, se ha advertido daño económico a los recursos del Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario como consecuencia de haberse utilizado recursos de estas fuentes para pagar la prestación de un caso que tenía Doble Percepción. En lo que hace al perjuicio contra el Asegurado, el mismo se ratifica porque por la impericia y falta de cuidado la AFP hizo suscribir un convenio de restitución arbitrario y sin respaldo legal, para devolver montos del FS en señal de aceptación de su conducta incorrecta.*

Asimismo, sobre lo señalado por la AFP el cual se transcribe textualmente:

*"Revisando el Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032/2011 de 23 de mayo de 2011, se desprende que el mismo se constituye primero en una declaración y segundo en una notificación que señala expresamente lo siguiente: "SEÑOR ASEGURADO, CONFORME AL ARTÍCULO 53 DE LA LEY N° 065, NO ES POSIBLE COBRAR L AFRACCION (sic) SOLIDARIA Y PERCIBIR UN TOTAL GANADO DE FORMA PARALELA, POR LO QUE SI LLEGARA A ACCEDER A LA PENSIÓN SOLIDARIA DE VEJEZ, Y COBRARA LA FRACCIONSOLIDARIA (sic) MIENTRAS CONTINUA TRABAJANDO EN EL SECTOR PÚBLICO OPRIVADO (sic), **LA AFP ESTA AUTORIZADA A REALIZAR DESCUENTOS PARA RECUERAR (SIC) LOS MONTOS OBJETO DE DOBLE PERCEPCIÓN"** (las negrillas son nuestras)*

La AFP, no considera que esta notificación que se realiza en el Formulario de Declaración de Doble Percepción, es referida a aquellos Asegurados que hubieran presentado su baja con su Empleador y posteriormente hubieran retomado la relación laboral en el Sector Público o Privado.

En ese sentido, con la notificación de la Declaración de Doble Percepción, la AFP en caso de corresponder, se encontrará en la posibilidad de efectuar los descuentos que correspondan para recuperar los montos indebidamente percibidos por el Asegurado, debido a información o acciones posteriores a la firma de la Declaración de Doble Percepción.

- *Inobservancia del principio de seguridad jurídica.*

*Sobre lo argumentado por la AFP corresponde señalar que, esta Autoridad conforme al artículo 168 de la Ley de Pensiones tiene establecida como funciones y atribuciones asignadas en materia de pensiones: fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar** a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones y los reglamentos correspondientes.*

En ese comprendido, la AFP en virtud del artículo 177 de la Ley de Pensiones, continúa bajo control y supervisión de esta Autoridad, la cual tiene la facultad de sancionar en caso de incumplimiento a la normativa de pensiones.

Ahora bien, el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011 señala como obligación del SENASIR el controlar la Doble Percepción; lo que no significa necesariamente que las AFP se desentiendan de la responsabilidad que tiene a momento de representar a los Asegurados ante otras instituciones y el propio sistema, en lo particular a la otorgación y pago de las prestaciones del SIP, así como el resguardo de los Fondos que administra.

Asimismo, debe comprender la AFP que, la norma imputada no señala como sujeto activo de infracción al SENASIR, pero sí el deber de cumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a quien se le exige el cumplimiento de toda la normativa de pensiones, entre la que se encuentra otorgar y pagar debidamente las prestaciones conduciéndose con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Por tanto, el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, ha sido cumplido, ofreciéndose por esta Autoridad la suficiente seguridad jurídica para que el regulado pueda asumir defensa en un debido proceso, al estar éste enmarcado en la normativa sustantiva y adjetiva administrativa vigente para la AFP.

En virtud a lo expuesto, se concreta que los fundamentos presentados por la AFP no son suficientes para modificar la R.A.851-2013, por lo que corresponde su confirmación.

CONSIDERANDO:

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita la suspensión de la ejecución del procedimiento.

Que el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, indica textualmente lo siguiente:

> "***Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I.*** *La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.*
>
> ***II.*** *La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."*

Que la AFP señala que las instrucciones establecidas en la R.A.A851-2013 (sic) *le generarían la posibilidad de irrogarle daño económico por las reposiciones instruidas, estos aspectos han sido desestimados de acuerdo a los fundamentos expresados en el Considerando anterior. Sobre la perturbación al interés general o de terceros, la AFP no*

se ha pronunciado sobre este tema refiriendo por el contrario que le irrogaría un daño moral y reputacional, sin establecer cómo es que el mismo se produciría.

Que por otro lado, si bien es cierto que el control de la Doble Percepción es tarea del SENASIR, sin embargo la AFP olvida que es la que en base a esa información es que debe considerar la posibilidad o no otorgar la prestación, es decir conforme a norma. Por tanto, se tiene como un hecho importante que, las AFP al presente no han respaldado debidamente su pretensión que lleven al regulador a considerar la solicitud de suspensión.

Que habrá que considerar que, desde la perspectiva de la R.A.851-2013, quedan claras las obligaciones impuestas, considerando que fue la AFP quien ocasionó que el Asegurado incurra en Doble Percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que causó que tenga una deuda en el Sistema Integral de Pensiones, conforme a lo siguiente:

1. *Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto 2011.*
2. *Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011.*
3. *Duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011, por los componentes de Compensación de Cotizaciones y Fracción Solidaria.*

Que en ese comprendido, las obligaciones a cumplirse por las AFP, no van de ninguna manera a mellar la dignidad u honor de la AFP, porque las mismas se han generado como consecuencia de la verificación de la infracción y que al haberse constatado afectación corresponde en derecho su restitución.

Que en ese orden, corresponde que las instrucciones emitidas deban ser cumplidas en todos sus alcances; en ese comprendido se debe rechazar la solicitud de suspensión pedida por la AFP, al haberse desestimado la existencia de la posibilidad de irrogar daño contra los regulados, ir en perjuicio del interés general o de terceros.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la ratio legis de la R.A.851-2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 05 de noviembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 929-2013 de 15 de octubre de 2013, argumentado lo siguiente:

"… ***I. <u>DE LA SANCIÓN IMPUESTA Y MARCO NORMATIVO APLICABLE</u>***

Su Autoridad ha sancionado a nuestra AFP por un supuestos incumplimiento (sic) *a lo establecido por el artículo 53 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, artículo 17, punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011; y, articulo* (sic) *149, inciso v) de la citada Ley Nº 065, bajo el argumento de que conociendo nuestra AFP la suscripción de la declaración de Doble Percepción por parte del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, otorgó y pago la Pensión Solidaria de Vejez sin suspender los componentes de la Compensación de Cotizaciones Mensual y de la Fracción Solidaria. Esta decisión fue ratificada por la APS mediante la Resolución Administrativa (hoy recurrida), aclarando de manera extemporánea el regulador sic."...que el hecho de que el formulario de declaración de Doble percepción* (sic) *se constituye en el documento por el cual la AFP debe tomar atención y cuidado exigible en los trámites que administra, antes de otorgar y pagar una prestación, para evitar la doble percepción determinada por disposición legal que la prohíbe...", por lo que conviene analizar nuevamente el marco normativo a la luz del principio de búsqueda de la verdad material principio establecido por el artículo 4, inciso d) de la Ley de procedimiento* (sic) *Administrativo y que también se constituye en un principio constitucional conforme a lo establecido por el artículo 180 de nuestra Constitución Política del Estado.*

a) <u>Artículo 53 de la Ley Nº 065</u>:

El parágrafo I del art. 53 de la Ley Nº 065 prescribe literalmente que: "Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, ***debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual****". Ahora bien conforme a lo prescrito por el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27991 de 28 de enero de 2005* ***<u>es el Asegurado quien tiene que solicitar al SENASIR la suspensión temporal de la Compensación de Cotizaciones</u>.***

Por lo supra expuesto, si bien es cierto que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -transitoriamente las AFP- tiene la facultad de representar a sus Asegurados conforme a lo señalado por el artículo 149, inciso n) de la Ley Nº 065, no es menos cierto que no está obligada a efectuar por ellos los tramites (sic) *que les son propios y que les corresponden, como ya se señaló precedentemente, por lo que es pertinente también hacer hincapié en este acápite, mismo que se enmarco en lo que nuestra Constitución Política del estado en su Artículo 14, parágrafo IV prescribe:* ***"En el***

ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban", *disposición que cobra particular importancia dado que el artículo 46 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065, de Pensiones en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de enero de 2011, establece como obligaciones del Servicio Nacional del Sistema de Reparto SENASIR, y no de la gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo , entre otras, las siguientes:*

g) Controlar la doble percepción.
h) Proceder con la suspensión temporal en casos de doble percepción,
i) Recuperar los pagos de CC cobrados de Asegurados que incurrieron en doble percepción

Por los argumentos esgrimidos, queda claro que nuestra Administradora no tiene la obligación de tramitar la suspensión temporal del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual,

b) <u>Artículo 17, punto III del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011.</u>

La normativa referida en el subtítulo, dice textualmente que: "A la firma de la declaración de Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado deberá suscribir el ***Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria,*** *establecido en el Anexo 6 de la Presente Resolución Administrativa" (las negrillas son nuestras).*
Con relación al Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011; se desprende que el mismo se constituye primero en una declaración; y luego, en una notificación que señala expresamente lo siguiente: "SEÑOR ASEGURADO, CONFORME AL ARTÍCULO 53 DE LA LEY Nº 065, NO ES POSIBLE COBRAR LA FRACCIÓN SOLIDARIA Y PERCIBIR UN TOTAL GANADO DE FORMA PARALELA, POR LO QUE SI LLEGARA A ACCEDER A LA PENSIÓN SOLIDARIA DE VEJEZ, Y COBRARA LA FRACCIONSOLIDARIA (sic) *MIENTRAS CONTINUA TRABAJANDO EN EL SECTOR PÚBLICO OPRIVADO*(sic), ***LA AFP ESTÁ AUTORIZADA A REALIZAR DESCUENTOS PARA RECUERAR*** (sic) ***LOS MONTOS OBJETO DE DOBLE PERCEPCIÓN"*** *(las negrillas son nuestras); por lo que realmente causa extrañeza lo aseverado por la APS en el acto administrativo que se recurre cuando asevera que: "La AFP, no considera que esta notificación que se realiza en el Formulario de Declaración de Doble Percepción, es referida a aquellos Asegurados que hubieran presentado su baja con el Empleador y posteriormente hubieran retomado la relación laboral en el Sector Público"; ya que en ningún* (sic) *de los postulados y Anexos de la R.A. APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011 se hace referencia a la consideración ahora invocada por la APS; debiendo más bien por nuestra parte aclarar que la presentación de la baja con su Empleador, no se constituye en requisito para que un Asegurado(a) pueda acceder a la prestación de vejez o solidaria de vejez* (sic).

Llama también la atención que la APS reste importancia al proceso que terminó en la emisión de la Circular APS/DPC Nº 14-2013 de 28 de enero de 2013, por medio de la

cual se establece el envío de información para control de Doble Percepción, norma que se emite justamente "Con el objeto de implementar los controles que coadyuven a evitar Doble Percepción de Asegurados que acceden a alguna prestación en el Sistema Integral de Pensiones que tenga como componente la compensación (sic) *de Cotizaciones Mensual...", pretendiendo señalar que la misma sic. "... establece el CONTROL EX POST y no toma en cuenta que con el formulario de Doble Percepción que se encuentra normado en la resolución* (sic) *Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, mismo que debe ser suscrito juntamente con la declaración de pensión corresponde para el CONTROL EX ANTE...". Nada más alejado de la verdad material o formal, ya que la propia Circular señala que la información para el control de la doble percepción debe ser enviada mensualmente hasta el día 16 de cada mes o día hábil administrativo siguiente "...considerando los trámites iniciados a partir del día 16 del mes anterior hasta el 15 del mes en curso", es decir, trámites en curso de adquisición y que aun* (sic) *no ingresaran en curso de pago, por lo que mal se puede señalar que este control es EX ANTE.*

Asimismo y con relación a este supuesto control EX ANTE pregonado por la APS como fundamento para justificar una supuesta negligencia y daño al Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario (¿?)(sic), *se debe aclarar que a través del* ***artículo 3, del Anexo I, de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 de 30 de julio de 2012,*** *recién se establece el control EX ANTE DE DOBLE PERCEPCIÓN, dado que dicha normativa señala claramente que "Con el objeto de no incurrir en doble percepción, los Asegurados deberán suscribir, de conformidad con el parágrafo III del artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032 de 23 de mayo de 2011, el Formulario de Declaración de Doble Percepción, al momento de suscribir la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez y previo el inicio de pago de pensiones".*

Sobre la base de los fundamentos legales vertidos, es importante ratificar que nuestra AFP, no está facultada para solicitar al SENASIR la suspensión de la Compensación de Cotizaciones por Doble Percepción, ya que conforme a lo establecido por el artículo 46, incisos g y h, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065, de Pensiones, en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de enero de 2011; es el SENASIR la institución llamada por Ley para efectuar las tareas de CONTROLAR y SUPENDER (sic) *la Compensación de Cotizaciones por Doble Percepción; y que de manera posterior a la suscripción del Formulario de Declaración de Doble Percepción, por parte del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata, este trámite recién adquiere calidad de CONTROL EX ANTE previo el pago de la pensión, y esta hermenéutica tiene una lógica clara respecto a la posibilidad real y más adecuada que tiene el SENASIR para realizar ese control.*

II. <u>DE LA AUSENCIA DE REGLAMENTO SANCIONATORIO VIGENTE.</u>

Ratificando los argumentos vertidos en nuestro recurso de revocatoria, conforme a lo prescrito por el artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, la actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por

principios, de los cuales es pertinente citar por una parte el contenido en el inciso c) que a la letra señala: "Principio de sometimiento pleno a la ley -por el cual-: La Administración Pública ***regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,*** *asegurando a los administrados el debido proceso" (las negrillas son nuestras); y por otra, el señalado en el inciso h) que establece el "Principio de jerarquía normativa -por el cual-: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley,* ***observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes"*** *(las negrillas son nuestras).*

Sobre la base de la normativa previamente anotada, es preciso remitirse en primera instancia a lo establecido por el artículo 45, parágrafo VI de nuestra Constitución Política del Estado, que prescribe textualmente que: ***"Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados"****, precepto normativo por el cual la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia a través de la administración pública.*

Ahora bien, como consecuencia jurídica del mandato constitucional anotado previamente, se promulgó la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la cual a efectos de no contradecir el mandato constitucional; y, en tanto se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, ha instituido a través de su artículo 177, un periodo de administración transitorio bajo el único instrumento legal permisible, cual es el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la ex SVPS con las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria; por el cual, las AFP asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; toda vez que la Constitución Política del Estado no permitiría la suscripción de una adenda o de un nuevo contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Para tener una idea clara, hay que señalar que la doctrina es uniforme al señalar (sic) *que* ***la ley es de naturaleza histórica, por lo que tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica;*** *en consecuencia el inicio de la vigencia de la ley está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar que ésta, inicia su vigencia en la fecha de su publicación; y en cuanto a la irretroactividad de la ley: el principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado señala que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución". Con las anotaciones constitucionales es importante traer a colación a su Autoridad lo expresado por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "...****abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley". Debiendo entenderse cabalmente, que la abrogación de la ley significa su total abolición o*

supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y, además, con carácter especial y general pues no solo cita al (sic) *la Ley N° 1732, sino que además hace referencia a "todas las disposiciones contrarias a la presente ley". Por ello y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material su Autoridad fácilmente podrá colegir, que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ha perdido su vigencia y no es aplicable a las infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 210* (sic) *de Pensiones; por lo que su Autoridad no ha fundamentado de que* (sic) *manera sic."...en el presente caso se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto* (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones". Debe entenderse que no se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros*(sic)*, la misma que ha sido reconocida en nuestra nota de descargos FUT.APS.AL.2468/2012 de 16 de noviembre de 2012 al señalar que "De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones*(sic)*, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de* ***"Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo,*** *Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción,* ***de acuerdo a la presente Ley,*** *Ley de Seguros* ***y los reglamentos correspondientes";*** *sino por el contrario, lo que se observa y se discute es que no existe un marco reglamentario sancionador actual y vigente aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - asumidas transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.*

III. DE LA INCORRECTA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

Sin perjuicio de lo expresado en el Numeral II. anterior, es pertinente señalar también que se pretende ajustar de manera forzada el accionar de nuestra AFP para imponer una sanción injusta y desproporcionada vulnerando el principio de proporcionalidad aclarado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2008 de 15 de septiembre de 2005 conforme pasamos a detallar:

a) Proporcionalidad

Los criterios que deja sentada la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2008 de 15 de septiembre de 2005 en cuanto al principio de la proporcionalidad son siguientes(sic)*:*

*"**a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe*

ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida,"

*Con relación al inciso **a)**, no se tiene mayor comentario toda vez que es evidente la existencia del marco normativo que se nos imputa como infringido.*

*En lo que se refiere al inciso **b)**, la APS no ha comprobado de manera alguna el incumplimiento del marco normativo que se nos imputa, toda vez que el Asegurado suscribió el **Formulario de Declaración de Doble Percepción** antes de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, norma que como se señaló recién establece el control EX ANTE DE DOBLE PERCEPCIÓN, y como se abundó en nuestros fundamentos, no es responsabilidad de nuestra AFP el controlar, suspender y cobrar los importes indebidamente percibidos de la Compensación de Cotizaciones Mensual.*
Por último, en lo que respectas (sic) *al inciso **c)**, el regulador, no ha cumplido con el debido análisis y valoración crítica y razonada de nuestros descargos. Asimismo, no ha considerado el marco normativo vigente en el transcurso del tiempo, dado que las definiciones de CONTROL EX ANTE y EX POST, nacen de manera posterior al caso particular, y la exigencia de su aplicación no puede ser pretendida de manera retroactiva.*

b) <u>Adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción:</u>

Para la graduación de la sanción que debe imponerse al infractor por la vía administrativa, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2008 de 15 de septiembre de 2005, establece que además de los contenidos en las normas de carácter sancionador se debe considerar:

***"a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión."*

*Sobre lo establecido por el inciso **a)**, y a diferencia del criterio sesgado del regulador, es importante recordar a la APS, que la normativa que estableció el CONTROL EX ANTE y EX POST de la Doble Percepción de Fracción Solidaria, es posterior a la suscripción y procesamiento de pagos a favor del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata; que la facultada de suspender el pago de la Compensación de Cotizaciones conforme manda la norma, es una obligación del SENASIR, aspecto que debe ser necesariamente observado a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, por lo que en el caso de Autos, no ha existido intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración.*

*Con relación al inciso **b)**, nuestra Administradora no ha causado daño ni al Tesoro General de la Nación, ni al Fondo Solidario, toda vez que la norma prevé que un Asegurado eventualmente puede incurrir en la prohibición de Doble Percepción; y ha dispuesto para ello cuales son los controles EX POST, las instituciones y los*

mecanismos o procedimientos para que se pueda recuperar dichos conceptos como bien señala el artículo 4, parágrafo I, del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, que con total y absoluta claridad señala que "Independientemente de la suscripción del Formulario de Declaración de Doble Percepción, las AFP deberán efectuar el control ex post, verificando las planillas de pago de Pensión Solidaria de Vejez contra las acreditaciones en las Cuentas Personales Previsionales de dichos Asegurados".

Ahora bien, es verdaderamente sorprendente que la APS asegure que (sic) "...En lo que hace al perjuicio contra el Asegurado, el mismo se ratifica porque por la impericia y falta de cuidado hizo suscribir un convenio de restitución arbitrario y sin respaldo legal, para devolver montos del FS en señal de aceptación de su conducta incorrecta". Aseveración alejada por completo de la realidad, toda vez que en el mismo formulario de Declaración Sobre sic) *Doble Percepción, se le informa al Afiliado que en caso de percibir la Fracción Solidaria mientras continúe trabajando, la AFP está autorizada a realizar descuentos para recuperar los montos indebidamente percibidos; por lo que al parecer, la APS desconoce los alcances de la propia normativa regulatoria que emite; y si se debe tildar algún acto de* ***arbitrario y sin respaldo legal****, corresponde referirse al acto administrativo que se impugna y no a la suscripción del Convenio de Devolución/Descuento que encuentra sustento legal, no solo en el Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 032-20122 (*sic) *de 23 de mayo de 2011, sino también en el numeral II, incisos a) y b) del artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012, por el cual se establece que el Asegurado podrá efectuar la "Devolución en un solo pago del monto sujeto a Doble Percepción... ", o podrá autorizar a las "...AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba* ***el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria"*** *(las negrillas son nuestras).*

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso, lo dispuesto por el artículo 61, inciso a) de la Ley N° 2341; y el artículo 44 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre (sic) *de 2003, solicito a su Autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la instancia superior, para que sea el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas luego del cotejo de nuestros argumentos, disponga la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1107-2013 de fecha 03 de diciembre de 2013 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, con el consiguiente archivo de obrados…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de

la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 04 de mayo de 2011, el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, suscribió el Formulario de Recepción de Trámite de Vejez y la **Solicitud de Pensión por Vejez.**

En fecha 14 de julio de 2011, el Asegurado suscribió con **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, la **Declaración de Pensión Solidaria de Vejez** y el **Formulario de Declaración de Doble Percepción**, cuyo primer pago de pensión se efectuó en la planilla del mes de **julio/2011**.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DPC/6887/2013 de 29 de julio de 2013, notificó con cargos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, por incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 53 y 149 inciso v) de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, al evidenciar que en el trámite de Pensión Solidaria de Vejez del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, la Administradora de Fondos de Pensiones, realizó el pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual por los meses de mayo/2011 a agosto/2011, la Fracción Solidaria por los periodos de mayo/2011 a julio/2011, y las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011, pese a que el Asegurado suscribió el Formulario de Declaración de Doble Percepción.

Sustanciado el cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, resolvió:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).
- Efectuar la reposición con recursos propios al Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario.
- Proceder a la devolución con sus propios recursos de cualquier descuento que se le hubiese efectuado al Asegurado, por concepto de Doble Percepción, más los intereses correspondientes.
- Anular el Convenio de Devolución/Descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012.
- Remitir copia de las operaciones instruidas en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos.

Mediante memorial de fecha 29 de octubre de 2013, la recurrente solicita la suspensión de la obligación impuesta en el resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013 y en fecha 05 de noviembre de 2013, interpone Recurso de Revocatoria, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), recurrió en instancia jerárquica en fecha 24 de diciembre de 2013, recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis del presente caso, corresponde transcribir la norma aplicable al caso de autos, conforme se procede a continuación:

- **Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones:**

  "***Artículo 53. (DOBLE PERCEPCIÓN).***

  I. *Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y* ***continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones****, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.*

  II. *Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez, que* ***continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

  "Artículo 149. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*
  (…)

  c) *Gestionar y pagar las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos conforme la presente Ley y sus reglamentos.*
  (…)

  n) *Representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como los Fondos que administra.*
  (…)

v) *Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficacia y con el cuidado exigible de un buen padre de familia…"*

- **Ley Nº 211 de 23 de diciembre de 2011:**

"***Artículo 11. (DOBLE PERCEPCIÓN).***
(…)

I. *Las personas que perciban rentas del Sistema de Reparto o Compensación de Cotizaciones Mensual a cargo del Estado, y requieran prestar servicios remunerados en entidades del Sector Público, previamente deberán obtener la suspensión temporal del beneficio que otorga el Estado, mientras dure la prestación de servicios.*
(…)

VI. *El pago de la Fracción Solidaria de Vejez para titulares de Pensión en el Sistema Integral de Pensiones, es incompatible con la remuneración percibida en funciones públicas o privadas…"*

- **Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011:**

"***ARTÍCULO 17.- (DECLARACIÓN DE PENSIÓN).-*** *I. Hasta el onceavo (11°) día hábil administrativo, la AFP deberá notificar al Solicitante:*

a) Con la nota de rechazo de su trámite, si corresponde y considerando lo señalado en el artículo siguiente.

b) Informándole que debe apersonarse por la AFP para ***suscribir la Declaración de Pensión, y la fecha de pago de la pensión****, conforme a lo señalado en el artículo 21 del D.S. 0822/11.*

II. Si el Asegurado o Derechohabiente suscribe la Declaración de Pensión hasta el día quince (15) del mes inclusive, ***el pago de la pensión se realizará a partir de dicho mes****; si por el contrario la suscripción de la Declaración de la Pensión se realizara después del día quince (15) del mes, el pago se iniciará a partir del mes siguiente.*

III. A la firma de la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado deberá ***suscribir el Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria****…"*(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

2.2. De la infracción cometida.-

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, corresponde previamente señalar que la **Pensión Solidaria de Vejez**, es una prestación de carácter semicontributivo que otorga el Sistema Integral de Pensiones y está compuesta por los siguientes componentes:

- La **Fracción de Saldo Acumulado,** que es la fracción financiada por la Cotización

Mensual del diez por ciento (10%) sobre el Total Ganado o Ingreso Cotizable del Asegurado Dependiente o Asegurado Independiente respectivamente, según corresponda, las Cotizaciones Adicionales, más los rendimientos generados por éstas y otros.

- La **Compensación de Cotizaciones** global o mensual -cuando corresponda-, que es el reconocimiento que otorga el Estado Plurinacional de Bolivia, a los Asegurados, por los aportes efectuados al Sistema de Reparto, vigente hasta el 30 de abril de 1997, que se financia con los recursos del Tesoro General de la Nación.

- La **Fracción Solidaria**, es el componente variable con el que se alcanza el monto de la Pensión Solidaria de Vejez, en función a la Densidad de Aportes que le corresponde al Asegurado y que es financiada con recursos del Fondo Solidario.

  El **Fondo Solidario** financia únicamente la diferencia que se genera entre la Pensión Solidaria de Vejez que corresponda al Asegurado, y la Pensión financiada con la Fracción de Saldo Acumulado y su Compensación de Cotizaciones cuando corresponda.

En el caso de autos, se tiene que el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, suscribió la Solicitud de Pensión Solidaria de Vejez el 04 de mayo de 2011 y debido al cumplimiento de requisitos, en virtud al Artículo 17 del Anexo I, de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011 transcrito ut supra, en fecha 14 de julio de 2011, suscribió el Formulario de Pensión que establece una Pensión Solidaria de Vejez de Bs1.676.- (Un Mil Seiscientos Setenta y Seis 00/100 Bolivianos) y el Formulario de Declaración de Doble Percepción, señalando que se encuentra trabajando en el MAGISTERIO.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido por el artículo 53 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, transcrito ut supra, a efectos de no incurrir en Doble Percepción, los Asegurados que cuenten con Pensión, no podrán:

- Percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual, si continúan realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos.

- Percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez, si continúan realizando una actividad laboral pública o privada.

Conforme a los antecedentes, se tiene que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** realizó el pago de Pensión Solidaria de Vejez considerando:

- La **Compensación de Cotizaciones Mensual** por los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2011.
- La **Fracción Solidaria** por los periodos de mayo, junio y julio de 2011.
- Duodécimas de **Aguinaldo** de la gestión 2011.

En tal sentido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** por incumplimiento a los artículos 53 y 149 inciso v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, al haberse procedido con el pago pese a la limitación normativa de Doble Percepción.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la norma que establece el procedimiento para el control de Doble Percepción fue emitida en fecha posterior al caso sancionado, asimismo, señala que conforme se tiene normado le corresponde al Servicio Nacional del Sistema de Reparto - SENASIR controlar la Doble Percepción de la Compensación de Cotizaciones.

Con el fin de resolver la presente controversia y a fin de contar con los elementos de convicción, corresponde analizar dos de los tres componentes que forman parte de la Pensión Solidaria de Vejez y que ocasionaron la Doble Percepción en el caso de autos: la **Fracción Solidaria** y la **Compensación de Cotizaciones Mensual**, como sigue:

2.2.1. De la Fracción Solidaria.-

Se tiene en antecedentes que en fecha 14 de julio de 2011, a tiempo de suscribir la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez, se firmó el Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción, que señala lo siguiente:

> "…*Yo asegurado(a)* ***OSVALDO CABERO ZAPATA,*** *con* ***CUA 3269838*** *y documento de identidad* ***376690*** *habiendo presentado la Solicitud de Pensión de Vejez en fecha* ***04 de Mayo de 2011*** *declaro que:*
>
> *A la fecha trabajo en la empresa:* ***MAGISTERIO***
> (…)
>
> ***NOTIFICACIÓN***
>
> *Señor Asegurado, conforme el artículo 53 de la ley* (sic) *Nº 065, no es posible cobrar la fracción solidaria* (sic) *y percibir un total ganado de forma paralela, por lo que si llegará a acceder a la pensión solidaria de vejez* (sic), *y cobrará la fracción solidaria* (sic) *mientras continua* (sic) *trabajando en el sector público o privado, la AFP esta* (sic) *autorizada a realizar descuentos para recuperar los montos objeto de doble percepción…*"
> (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto y compulsado el expediente se tiene que si bien el Asegurado accedió a una Pensión Solidaria de Vejez con una Fracción Solidaria de Bs794.76 (Setecientos Noventa y Cuatro 76/100 Bolivianos), es evidente que a través del Formulario de Doble Percepción, el Asegurado cumplió en primera instancia en comunicar que se encontraba trabajando en el Magisterio, sin embargo, percibió el monto por dicho concepto.

Ahora bien, no se debe dejar de lado que una vez que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** tomó

conocimiento de que el Asegurado se encontraba realizando una actividad laboral en el Magisterio, de manera oportuna y previó al pago, **debió tomar las previsiones necesarias** a fin de que el Asegurado no acceda al pago de la Fracción Solidaria, mucho más si el parágrafo II del artículo 53 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, es claro al señalar que el Asegurado que se encuentre realizando una actividad laboral pública o privada, no puede percibir la Fracción Solidaria, norma a la cual hizo caso omiso, pese a su rol de administrador.

Asimismo y siguiendo el orden de ideas expuesto, se debe tomar en cuenta que de acuerdo a lo establecido por la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones, tiene la responsabilidad de:

- Gestionar y pagar las prestaciones y pensiones conforme a la Ley y sus reglamentos.
- Representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones y pensiones.
- Prestar servicios con la diligencia, prontitud, eficacia y con el cuidado exigible de un buen padre de familia.

En tal sentido, en cumplimiento al inciso v) del artículo 149 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como buen padre de familia debió actuar con la diligencia necesaria y en representación del Asegurado y de los Fondos que administra, se constituía en su responsabilidad, realizar cuanta gestión sea necesaria a fin de impedir el pago de la **Fracción Solidaria por los meses de mayo, junio, julio de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011**; evitando que el Asegurado incurra en Doble Percepción por la Fracción Solidaria y genere un pago erróneo, sin embargo, haciendo caso omiso a la norma dio curso al pago del monto de Fracción Solidaria que no le correspondía percibir al Asegurado, en desmedro del Fondo Solidario al que la Administradora de Fondos de Pensiones, se encuentra obligada a proteger.

Por otro lado y siguiendo la compulsa correspondiente, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** señala en su Recurso Jerárquico que la norma que establece el procedimiento y envío de información de control de Doble Percepción, fue emitida en fecha posterior a la suscripción del Formulario de Declaración de Doble Percepción y al pago de Pensión al Asegurado Osvaldo Cabero Zapata.

Al respecto, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a su vez imputó y sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** por incumplimiento al artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, transcrito en el numeral 2.1., que establece:

- La suscripción de la Declaración de Pensión.
- Pago de Pensión en función a la fecha de suscripción del Formulario de Declaración de Pensión.
- Suscripción del Formulario de Declaración de Doble Percepción de Fracción Solidaria.

Tal como se señaló precedentemente y conforme se tiene evidenciado en el expediente cursante, en cumplimiento a dicho artículo, en fecha 14 de julio de 2011, la Administradora de Fondos de Pensiones suscribió con el Asegurado, la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez y el Formulario de Declaración de Doble Percepción, dando curso al primer pago de pensión en la planilla del mes de julio de 2011.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013, señala que: "…*La AFP no considera que la Circular APS/DPC Nº 14-2013 de 28 de enero de 2013, establece el CONTROL EX POST y no toma en cuenta que con el formulario de Doble Percepción que se encuentra normado en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032 – 2011 de 23 de mayo de 2011, mismo que debe ser suscrito juntamente con la Declaración de Pensión corresponde para el CONTROL EX ANTE a fin de evitar que los Asegurados incurran en Doble Percepción y tengan deudas en el Sistema Integral de Pensiones por omisiones no atribuibles a los Asegurados*…"

Sobre el particular, es importante señalar que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 de 30 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, recién aprobó el "Procedimiento de Control de Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones", con el objeto de establecer el procedimiento y plazos para la suspensión, reposición y habilitación de la Fracción Solidaria de Vejez, en los casos de Doble Percepción de Fracción Solidaria en el Sistema Integral de Pensiones, cuyos artículos 3 y 4 señalan:

> "***ARTÍCULO 3.- (CONTROL EX ANTE DE DOBLE PERCEPCIÓN).-*** *Con el objeto de no incurrir en doble percepción, los Asegurados deberán suscribir, de conformidad con el parágrafo III del artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032 de 23 de mayo de 2011, el Formulario de Declaración de Doble Percepción, al momento de suscribir la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez y previo al inicio de pago de pensiones.*
>
> ***ARTÍCULO 4.- (CONTROL EX POST DE DOBLE PERCEPCIÓN).-*** *I. Independientemente de la suscripción del Formulario de Doble Percepción de Doble Percepción, las AFP deberán efectuar el control ex post, verificando las planillas de pago de Pensión Solidaria de Vejez, contra las acreditaciones en las Cuentas Personales Previsionales de dichos Asegurados*…"

De igual manera, se tiene que la Circular APS/DPC/Nº 14-2013 de 28 de enero de 2013, señalada por la Entidad Reguladora, fue emitida con el objeto de "…***implementar los controles*** *que coadyuven a* ***evitar la Doble Percepción*** *de Asegurados que acceden a alguna Prestación en el Sistema Integral de Pensiones que tenga como componente la* ***Compensación de Cotizaciones Mensual****, las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán remitir información al Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR, de acuerdo a las "Instrucciones Técnicas para el envío de archivos para control de Doble Percepción" adjuntas a la presente.*

La información debe ser remitida en forma mensual hasta el día 16 de cada mes o día hábil administrativo siguiente,..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la norma transcrita, es evidente que no corresponde el argumento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que tanto la Circular APS/DPC/Nº 14-2013 de 28 de enero de 2013 que establece controles para la Doble Percepción de la Compensación de Cotizaciones y no hace referencia a la Doble Percepción de la Fracción Solidaria, como la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 de 30 de julio de 2012 que establece el procedimiento de control de Doble Percepción de la Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones, fueron emitidas de forma posterior al pago del caso de autos, por lo tanto el control EX ANTE señalado por la Entidad Reguladora se aplicó a partir del 31 de julio de 2012, fecha de notificación de la señalada Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012.

Asimismo, si bien el parágrafo III del artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032 – 2011 de 23 de mayo de 2011, establece la suscripción del Formulario de Doble Percepción, el mismo fue cumplido por la recurrente al suscribir dicho Formulario a tiempo de la firma de la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez.

Por todo lo señalado, se concluye que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** incumplió tal como señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo establecido en el artículo 149, inciso v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, ya que no actuó con la diligencia necesaria a momento de recepcionar el Formulario de Declaración de Doble Percepción y antes de efectuar el pago de la pensión y en consecuencia incumplió lo establecido en el parágrafo II del artículo 53 de la señalada Ley, al ocasionar que el Asegurado incurra en Doble Percepción por la Fracción Solidaria y se afecte el Fondo Solidario, sin embargo, conforme el análisis realizado líneas arriba, no existe incumplimiento al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011.

2.2.2. De la Compensación de Cotizaciones Mensual.-

El Asegurado accedió a una Pensión Solidaria de Vejez con una Compensación de Cotizaciones Mensual de Bs615.99 (Seiscientos Quince 99/100 Bolivianos), monto que no le correspondía percibir, ya que continúa trabajando en el Magisterio, tal como señala el Formulario de Declaración de Doble Percepción suscrito el 14 de julio de 2011.

Sin embargo, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó el pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual por los meses de junio, julio y agosto de 2011 y duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que es el Asegurado quien tiene que solicitar al SENASIR la suspensión temporal de la Compensación de Cotizaciones Mensual, que si bien la Administradora de Fondos de Pensiones, tiene la facultad de representar a sus Asegurados, no está obligada a efectuar por ellos los trámites que les corresponden, toda vez que el parágrafo IV del artículo 14 de la Constitución Política del Estado prescribe que

"*en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban*", mucho más si el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de enero de 2011, establece como obligaciones del SENASIR y no de la Gestora Pública de la Seguridad Social –transitoriamente las AFP-, controlar la doble percepción, proceder con la suspensión temporal en caso de doble percepción y recuperar los pagos de Compensación de Cotizaciones cobrados, no teniendo por lo tanto ninguna obligación de tramitar la suspensión temporal del pago de Compensación de Cotizaciones Mensual.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013, señaló lo siguiente:

> "*…si bien el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011, establece entre las obligaciones y responsabilidades del SENASIR el de controlar la Doble Percepción; es responsabilidad de la AFP representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como de los Fondos que administra y Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, tal cual establece la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en el artículo 149 inciso n) e inciso v)*.
>
> *De igual forma, la AFP previo al pago de las pensiones tenía conocimiento de la dependencia laboral del Asegurado, mediante la suscripción de la Declaración de Doble Percepción, por lo tanto contaba con la información para evitar que el SENASIR realice el desembolso de la Compensación de Cotizaciones, comunicando en su momento a dicha institución a objeto de cumplir con su rol de buen padre de familia.*
>
> *El Asegurado cumplió con informar de forma previa al pago de las pensiones que se encuentra bajo dependencia laboral.*
> (…)
>
> *Ahora bien, el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011 señala como obligación del SENASIR el controlar la Doble Percepción; lo que no significa necesariamente que las AFP se desentiendan de la responsabilidad que tiene a momento de representar a los Asegurados ante otras instituciones y el propio sistema, en lo particular a la otorgación y pago de las prestaciones del SIP, así como el resguardo de los Fondos que administra.*
>
> *Asimismo, debe comprender la AFP que, la norma imputada no señala como sujeto activo de infracción al SENASIR, pero sí el deber de cumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a quien se le exige el cumplimiento de toda la normativa de pensiones, entre la que se encuentra otorgar y pagar debidamente las prestaciones conduciéndose con el cuidado exigible a un buen padre de familia…*"

Sobre el particular, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27991 de 28 de enero de 2005, establece:

> ***"…Artículo 19°.- (Doble Percepción)*** *A partir de la fecha de publicación del presente Decreto Supremo,* ***los asegurados*** *que estuvieran percibiendo una Renta del Sistema de Reparto, Compensación de Cotizaciones, Pago de Reparto Anticipado - PRA, Pago Mínimo Mensual - PMM o cualquier otro beneficio mensual por crearse que sea financiado por el Tesoro General de la Nación y simultáneamente estuvieran trabajando en el sector público en calidad de dependiente,* ***deberán solicitar al SENASIR la suspensión temporal*** *de la percepción de la renta, compensación de cotizaciones o beneficio. Una vez demostrado documentalmente el cese de su dependencia laboral, tendrán derecho a solicitar la reposición correspondiente. Dicha reposición no tendrá retroactividad por el período suspendido…"*
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo, el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011, señala:

> ***"Artículo 28.- (SUSPENSIÓN).***
>
> ***I.*** *El pago de Beneficios del SIP será suspendido por una de las siguientes causales:*
>
> ***a)*** *Doble Percepción:* ***El SENASIR deberá suspender*** *el desembolso de la CCM en los casos de Asegurados que incurran en doble percepción de acuerdo a lo establecido en el Artículo 53 de la Ley de Pensiones.*
> (…)
>
> ***II.*** *Una vez suspendido el Beneficio y de conocimiento de la Gestora ésta no deberá solicitar al SENASIR el desembolso correspondiente de la CCM.*
>
> ***III.*** *En un plazo máximo de quince (15) días de realizada la suspensión, la Gestora deberá notificar al Asegurado o Derechohabiente dicha situación, cumpliendo lo establecido por el Artículo 45 del presente Reglamento…"*
>
> ***"ARTÍCULO 45.- (NOTIFICACIONES).***
>
> ***I.*** *Toda notificación que realice la Gestora de los actos que emita respecto a los Beneficios del SIP deberá contar con la constancia inequívoca de recepción del interesado en forma personal, debiendo la Gestora agotar las gestiones que corresponda para la notificación dentro de los plazos establecidos para cada caso…"*
>
> "***ARTÍCULO 46.- (OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES). El SENASIR tiene las siguientes obligaciones y responsabilidades*** *sin ser limitativas, referidas a la Compensación de Cotizaciones – CC:*
> (…)
>
> ***g) Controlar la doble percepción***.
> ***h) Proceder con la suspensión temporal*** *en casos de doble percepción.*

i) *Recuperar los pagos de CC cobrados de Asegurados que incurrieron en doble percepción…*"

De la norma transcrita, es evidente que es el Asegurado quien debió solicitar al SENASIR la suspensión temporal de la Compensación de Cotizaciones Mensual, a fin de no incurrir en Doble Percepción, asimismo, es evidente que es obligación del SENASIR controlar la doble percepción y proceder a la suspensión temporal.

Sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones tiene un rol fundamental en el asesoramiento al Asegurado, consiguientemente en la representación del mismo, y con la diligencia de un buen padre de familia debió en primera instancia asesorar al Asegurado a fin de que no incurra en Doble Percepción por la Compensación de Cotizaciones Mensual, si bien la recurrente señala que informó al Asegurado para que se apersone al SENASIR, no existe constancia de dicha comunicación.

Sin perjuicio de ello, al tomar conocimiento de que el Asegurado se encontraba bajo relación de dependencia laboral con una entidad pública, una vez que el Asegurado suscribió el Formulario de Declaración de Doble Percepción, de manera previa al pago pudo tomar las previsiones necesarias a fin de que no se realice el desembolso del monto de la Compensación de Cotizaciones Mensual, comunicando dicha situación, inclusive al propio SENASIR, sin embargo, subsistió en actitud pasiva entorno a ello.

Si bien el 28 de enero de 2013, a través de la Circular APS/DPC/14-2013, la Autoridad de Fiscalización recién implementó controles que coadyuven a evitar la Doble Percepción de la Compensación de Cotizaciones, a través del envío de información mensual remitida al SENASIR por parte de las AFP, cuyo primer envío se realizó el 18 de febrero de 2013, respecto a los trámites iniciados y no concluidos hasta el 15 de febrero de 2013, sin embargo, la Entidad Reguladora debe tener en cuenta que dicho procedimiento, fue emitido en fecha posterior al pago de pensión del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata y a la comisión de la supuesta infracción imputada a la recurrente.

Por lo tanto, se concluye que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** incumplió lo establecido en el inciso v) del artículo 149 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, toda vez que debió asesorar al Asegurado para que solicite la suspensión de la Compensación de Cotizaciones Mensual y de manera oportuna, previó al desembolso de la Compensación de Cotizaciones Mensual, debió tomar las previsiones necesarias con la diligencia de un buen padre de familia, este hecho ocasionó el incumplimiento al artículo 53 de la señala Ley, causando que el Asegurado incurra en Doble Percepción por la Compensación de Cotizaciones.

Asimismo, es importante señalar que no existe incumplimiento al artículo 17 punto III de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, ya que de acuerdo al análisis realizado precedentemente, el mismo hace referencia a la suscripción del Formulario de Doble Percepción de la Fracción Solidaria, el cual fue cumplido por la Administradora de Fondos de Pensiones y cuyo control EX ANTE señalado por la Entidad Reguladora, fue establecido en fecha posterior al pago de pensión del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata.

2.3. En cuanto al daño ocasionado y a la reposición de la Fracción Solidaria.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

> ***"TERCERO.- I.*** *Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, efectúe la reposición con recursos propios al Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario de los recursos utilizados para pagar la Pensión Solidaria de Vejez por no haber suspendido los componentes de: Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto de 2011 y Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio y julio de 2011. Así como pagar las duodécimas del aguinaldo de la gestión 2011.*
>
> ***II.*** *En caso que el Asegurado hubiera efectuado la devolución al Fondo Solidario y/o pago al SENASIR por concepto de Doble Percepción de Compensación de Cotizaciones Mensual, la AFP deberá proceder a la devolución con sus propios recursos de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que este habría realizado por concepto de Doble Percepción, más los intereses correspondientes.*
>
> ***III.*** *Anular el Convenio de Devolución descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012…"*

Por memoriales presentados en fecha 29 de octubre de 2013 y 05 de noviembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** solicita la suspensión del cumplimiento de la obligación señalada precedentemente, sin embargo, la misma fue rechazada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1107-2013 de 03 de diciembre de 2013, señalando que:

> "…*Sobre el inciso b) Para el presente punto se tiene que, se ha advertido <u>daño económico</u> a los recursos del Tesoro General de la Nación y al Fondo Solidario como consecuencia de haberse utilizado recursos de estas fuentes para pagar la prestación de un caso que tenía Doble Percepción. En lo que hace al <u>perjuicio</u> contra el Asegurado, el mismo se ratifica porque por la impericia y falta de cuidado la AFP hizo suscribir un convenio de restitución arbitrario y sin respaldo legal, para devolver montos del FS en señal de aceptación de su conducta incorrecta…*"

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala en su Recurso Jerárquico que no ha causado daño ni al Tesoro General de la Nación, ni al Fondo Solidario, ya que la norma ha dispuesto controles ex post, las instituciones y los mecanismos o procedimientos, para recuperar los montos indebidamente percibidos por los Asegurados que eventualmente incurran en Doble Percepción, asimismo argumenta que no existe perjuicio contra el Asegurado, ya que el Formulario de Declaración de Doble Percepción señala que no puede percibir la Fracción Solidaria mientras continúe trabajando, encontrándose la AFP autorizada a realizar descuentos, a través de la suscripción de un Convenio de Descuento.

Sobre el particular, corresponde revisar la normativa aplicable, comenzando por el Formulario de Declaración de Doble Percepción aprobado en el Anexo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011, transcrito en ut supra, que establece que la Administradora de Fondos de Pensiones está autorizada a realizar descuentos para recuperar los montos objeto de Doble Percepción, en los casos donde el Asegurado hubiese realizado el cobro de la Fracción Solidaria mientras continúe trabajando en el sector público o privado.

Para tal efecto, la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 de 30 de julio de 2012, estableció el procedimiento para la Doble Percepción de la Fracción Solidaria, determinando lo siguiente:

> "***ARTÍCULO 6.- (DEVOLUCIÓN DE FRACCIÓN SOLIDARIA POR PERIODOS CON DOBLE PERCEPCIÓN).***
> (…)
>
> *II. Para la devolución de la Fracción Solidaria (FS) por periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, éste podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas, suscribiendo un Convenio de Devolución/Descuentos:*
>
> *a) Devolución en un solo pago del monto sujeto a Doble Percepción, dentro del plazo máximo de treinta (30) días calendario de suscrito el mismo.*
> *b) Descuentos para el pago del monto adeudado, autorizando a la AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la Fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria.*
> (…)
>
> ***ARTÍCULO 7.- (PAGOS).-*** *I. Los Asegurados o Derechohabientes que opten por el inciso a) del parágrafo II del artículo 6 anterior, deberán efectuar el depósito de los montos que corresponda dentro los plazos establecidos, a nombre del Fondo Solidario de la AFP que corresponda.*
> (…)
>
> *III. Para los Asegurados y Derechohabientes que opten por los descuentos señalados en el inciso b) del parágrafo II. del artículo 6 anterior, la AFP procederá con los descuentos a través de la Boleta de Pago.*
> (…)
>
> *IV. La AFP deberá acreditar toda devolución (en un solo pago y descuentos) en la Cuenta del Fondo Solidario…*"

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, conforme el análisis realizado en el punto 2.2. anterior y a la norma transcrita, se tiene que en fecha 31 de agosto de 2012 el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata y **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** suscribieron el Convenio de

Devolución/Descuento, que establece que el Asegurado incurrió en Doble Percepción de la Fracción Solidaria, por los periodos de mayo a julio de 2011, asimismo, señala que el Asegurado de libre elección optó por pagar el monto adeudado a través de descuentos del 20% de la Pensión Total, monto que será descontable a la Fracción Solidaria y Fracción de Saldo Acumulado.

Al respecto, tal como se señaló, es evidente que la Administradora de Fondos de Pensiones incumplió lo establecido en norma vigente ocasionando que el Asegurado incurra en Doble Percepción, sin embargo, se cuenta con un procedimiento de devolución para aquellos Asegurados que incurrieron en Doble Percepción de la Fracción Solidaria, procedimiento que no puede ser pasado por alto por la Entidad Reguladora, toda vez que ese monto de dinero no debió ser percibido por el Asegurado, por lo tanto, correspondía la suscripción del Convenio de Devolución/Descuentos y en virtud a ello se realice la devolución del monto percibido erróneamente por los periodos de mayo, junio, julio de 2011 y las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011, mucho más si el Asegurado optó por realizar la devolución a través de descuentos del 20% de la Pensión Total, descontable a la Fracción Solidaria y Fracción de Saldo Acumulado.

Si bien mediante nota de fecha 30 de agosto de 2012, el Asegurado realizó el reclamo respecto a dicho descuento, el mismo debe considerar que el monto cobrado por la Compensación de Cotizaciones durante los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2011, la Fracción Solidaria durante los meses de mayo, junio, julio de 2011 y duodécimas de aguinaldo de la gestión 2011, en virtud a lo determinado por el artículo 53 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, **no le corresponde**, y si bien el mismo fue percibido por un error de la Administradora de Fondos de Pensiones, la norma prevé este tipo de descuentos y estableció procedimientos para su devolución.

En tal sentido, una vez emitida la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 en fecha 30 de julio de 2012, correspondía que la Administradora de Fondos de Pensiones suscriba con el Asegurado el Convenio de Devolución/Descuento y realice el descuento del 20% a la Pensión del Asegurado, hasta recuperar el monto pagado de manera incorrecta.

Por lo tanto, es evidente que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** no ocasionó daño al Tesoro General de la Nación, ni al Fondo Solidario, toda vez que existen procedimientos para recuperar los montos desembolsados erróneamente, los mismos que una vez devueltos por los Asegurados, son acreditados al Tesoro General de la Nación, en caso de la Compensación de Cotizaciones y a la Cuenta del Fondo Solidario en el caso de la Fracción Solidaria, asimismo, no existió ningún daño al Asegurado ya que al encontrarse trabajando en una entidad pública, no debió percibir el monto de la Compensación de Cotizaciones Mensual y la Fracción Solidaria.

En tal sentido, es importante señalar que no corresponde el argumento presentado por la Entidad Reguladora, toda vez que tanto el Convenio de Descuentos/Devolución, como el descuento respectivo y la devolución de la Fracción Solidaria, se encuentran respaldados legalmente por las normas transcritas ut supra.

Finalmente, tal como se señaló precedentemente, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013, determinó: "… *Anular el Convenio de Devolución descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012*…", no obstante, tal determinación adolece del debido fundamento que debe hacer a cualquier acto administrativo, de manera que, en infracción al debido proceso, se coarta el derecho de defensa de la recurrente, toda vez que la misma no tiene posibilidades de conocer el motivo o la fundamentación por la que se emitió tal determinación, siendo pertinente entonces que el Ente Regulador fundamente su decisión y correspondiente respaldo legal.

2.3. De la ausencia de reglamento sancionatorio.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene la atribución de fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar** a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones-, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, abrogó la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, por lo tanto no existe un marco reglamentario sancionador actual y vigente aplicable al incumplimiento a infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la señalada Ley Nº 065 de Pensiones, toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ha perdido vigencia.

Al respecto, corresponde traer a colación lo determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2013 de 04 de julio de 2013, que señala:

> "…*A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> > "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
> >
> > *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por*

*imperio de la propia Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…**abroga la Ley Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley Nº 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198º, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

*En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2013, que a la letra se pronuncia:

> *"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*
>
> *Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."…"*

Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** toda vez que el

régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado.

2.4. De la incorrecta graduación de la sanción.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala que se le habría sancionado injusta y desproporcionadamente, vulnerando el principio de proporcionalidad.

En base al análisis realizado, corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determine la gravedad del hecho y la sanción que le corresponde a la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto al incumplimiento por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** al artículo 53 y al inciso v) del artículo 149 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, toda vez que por falta de cuidado ocasionó que el Asegurado incurra en Doble Percepción por la Compensación de Cotizaciones Mensual y la Fracción Solidaria, sin embargo, **no** ha seguido el procedimiento administrativo respecto al punto III del artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 032-2011 de 23 de mayo de 2011 que si fue cumplido por la recurrente.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados de la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 851-2013 de 18 de septiembre de 2013 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al haber impulsado un proceso sancionatorio viciado de nulidad desde su inicio, prescindiendo del debido proceso que debió caracterizarle, y se la exhorta a una observancia estricta y precisa de la normativa.

Regístrese, notifíquese y archívese

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 799/2013 DE 04 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 031/2014 DE 09 DE MAYO DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2014

La Paz, 09 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 799/2013 de 4 de diciembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 024/2014 de 17 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 048/2014 de 31 de abril de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de diciembre de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.**, representada legalmente por su Gerente de General, Sr. Raúl Oscar Antonio Angulo Zubieta, en mérito al Testimonio de Poder Nº 469/2012, otorgado en fecha 27 de abril de 2012 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 7 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dra. Silvia Noya Laguna, interpuso Recurso Jerárquico contra

la Resolución Administrativa ASFI Nº 799/2013 de 4 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-197290/2013, con fecha de recepción del 30 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 799/2013 de 4 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de diciembre de 2013, notificado a **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.**, en fecha 2 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 799/2013 de 4 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. SOLICITUDES DE HABILITACIÓN DEL USO DE CUENTAS PARA REGISTRO DE INVERSIONES.-

Mediante nota GG-060/2013 de 14 de marzo de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, habilite el uso de las cuentas 165.08 *Participación en Entidades Financieras Afines*, o 163.98 *Otros Títulos Valores en Entidades Financieras del Exterior*, con el fin de registrar la inversión realizada en INFOCRED BIC ARGENTINA.

Conforme a la información que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre 2013, dicha solicitud habría ameritado la nota ASFI/DSA/R-70499/2013 de 15 de mayo de 2013, por la que se comunicó a **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** la inviabilidad de la habilitación de las cuentas solicitadas y se instruyó remitir los registros contables que respalden el ajuste correspondiente en la cuenta 166.00 *Inversiones Permanentes*.

Emergente de ello, mediante nota GG 487/2013 recibida en fecha 12 de julio de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** reiteró su solicitud de habilitación de a subcuenta 165.08 *Participación en Burós de Información Crediticia*, y/o de la subcuenta 163.98 *Otros Títulos Valores de Entidades Financieras el Exterior*, lo que determinó que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI DAJ/DSA/R-144922/2013 de 24 de diciembre de 2012, le comunicara a la ahora recurrente, que:

> "*…de acuerdo a la ley N° 393 de Servicios Financieros, un Buró de Información tiene como giro exclusivo la recolección, administración y suministro de información crediticia, estadísticas sectoriales, eventos de fallas operativas en entidades financieras y otra información diversa relacionada con las potencialidades de expansión crediticia y la identificación de riesgos inherentes a la actividad financiera.*
>
> *Por lo tanto, le comunicamos que la entidad a su cargo, no podrá realizar las citadas inversiones en el exterior y en consecuencia, deberá remitir hasta el 11 de octubre de 2013, el comprobante de reversión de las inversiones por participación realizadas en INFOCRED BIC ARGENTINA por BS244,809…*"

Mediante nota GG-1083/2013, presentada ante la Autoridad Reguladora en fecha 4 de octubre de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** solicita: "*elevar a rango de Resolución la carta ASFI/DAJ/R- 144922/2013 de 24 de septiembre de 2013*".

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 699/2013 DE 21 DE OCTUBRE DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre de 2013**,** resolviendo:

> "…***PRIMERO.-*** *Negar al* ***SERVICIO DE INFORMACIÓN CREDITICIA, BURÓ DE INFORMACIÓN CREDITICIA S.A. "INFOCRED BIC S.A."****, la habilitación de las subcuentas 165.08 "Participación en Burós de Información Crediticia" y/o 163.98 "Otros Títulos Valores de Entidades Financieras del Exterior", debido a que los burós de información crediticia no están autorizados para mantener una participación accionaria en empresas del exterior, conforme a las consideraciones de la presente resolución.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Remitir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el comprobante contable de reversión de las inversiones por participación accionaria realizadas en INFOCRED BIC ARGENTINA por Bs244,809 (DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NUEVE 00/100 BOLIVIANOS)…*"

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, el análisis técnico legal del presente caso, considera elementos inherentes al giro exclusivo del Buró de Información Crediticia, los elementos técnicos establecidos en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras (MCBEF), en tal sentido se ha considerado los siguientes aspectos:*
>
> *Que, el artículo 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece: "Las actividades de intermediación financiera y de prestación de servicios auxiliares financieros se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la presente ley, con el propósito de precautelar el orden financiero nacional y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo. Las entidades que realizan estas actividades, quedan comprendidas dentro del ámbito de su aplicación."*
>
> *Que, el artículo 1 de la citada Ley, describe que el giro de los burós de información crediticia es exclusivamente el de proporcionar información crediticia, lo que significa que su giro sólo les permite efectuar las operaciones previstas en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
>
> *Que, la citada Ley establece las operaciones que puede realizar cada una de las entidades financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros sujetas a su regulación, se tiene que ninguna entidad podrá realizar más operaciones que*

aquellas permitidas en Ley. Es así que por ejemplo las entidades financieras bancarias están autorizadas a invertir en el capital sociedades de titularización o bancos de segundo piso, de acuerdo a lo establecido en los numerales 19 y 21 del artículo 39, respectivamente, y no así los burós de información crediticia, debido a que tiene por objeto único el proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al deudor, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo, tal como lo establece el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Burós de Información Crediticia en el inciso b), Artículo 3, Sección I, Capítulo II Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), concordante con el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, el artículo 43 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que ***únicamente las entidades financieras bancarias****, podrán realizar inversiones en el exterior para la constitución de Bancos, Sucursales o Agencias; dichas inversiones no excederán del cuarenta por ciento (40%) de su patrimonio neto.*

Que, de acuerdo con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras (MCBEF) se establece que:

- *La cuenta 165.00 "Participación en Entidades Financieras y Afines" fue creada para contabilizar la participación en otras sociedades de servicios financieros, de seguro y, en bancos.*
- *Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
- *Las entidades de intermediación financiara podrán contabilizar la participación en sus Sucursales o Agencias en el exterior en la subcuenta 165.03 "Participación en Bancos Filiales, Sucursales o Agencias en el Exterior".*
- *Excepcionalmente podrán tener participaciones en organismos multilaterales de financiamiento, representadas por acciones o cuotas de capital adquiridas por la entidad, mantenerse o adquirirse en la medida en que dicha participación sea un requisito para la obtención de líneas de crédito.*

Que, de acuerdo a los puntos expuestos precedentemente, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) sólo permite a las entidades bancarias tener participación accionaria en Bancos, Sucursales y/o agencias filiales, sin que las empresas de servicios auxiliares financieros cuenten con autorización para tener participación accionaria en una empresa del exterior…"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial de fecha 6 de noviembre de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***6.1. <u>Vulneración Constitucional, al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley y al deber de fundamentación y motivación del Acto Administrativo</u>.***

La Resolución ASFI N° 699/2013 del 21 de octubre de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se traduce en una flagrante violación a los Derechos constitucionales consagrados en el artículo 21 parágrafo 4) de la CPE que dispone: la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos.

En ese sentido, corresponde poner en atención que el hecho de haber realizado una inversión en el extranjero, por nuestra parte está plenamente asociada a las posibilidades jurídicas que nos brinda la CPE, tal como fuera expuesto anteriormente, aspecto que es totalmente inobservado por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la cual cercena un derecho fundamental el cual se halla claramente protegido por mandatos constitucionales Es así que corresponde manifestar que la Resolución ASFI N° 699/2013 del 21 de octubre de 2013, omite manifestar o exhibir cuál es la prohibición expresa a los Burós de Información Crediticia (BIC's) para realizar inversiones en entidades afines en el extranjero; el hecho de no demostrar cual es la base legal que prohibiría realizar la inversión en BIC ARGENTINA, es una violación al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley claramente establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:
c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;

En esta parte, corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el demostrar o exhibir la base legal administrativa, técnica o regulatoria, por la cual se establece la prohibición en que una entidad regulada como un BIC, pueda efectuar una operación de inversión en una entidad análoga en el extranjero, más aún tomando en cuenta que los recursos económicos que se obtendrán, tienen el objetivo de nutrir y mejorar la calidad del servicio a nuestros usuarios.

De igual forma, dentro del Reglamento de Constitución y Funcionamiento de los Burós de Información Crediticia, Capítulo I, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no existe ninguna prohibición para realizar dicha inversión en el extranjero, motivo por el cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al negar la autorización para la habilitación de las cuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros títulos valores en entidades financieras del Exterior", está actuando en forma exorbitante y con discrecionalidad nociva al Sistema.

Finalmente en este punto, corresponde manifestar que la Resolución ASFI/699/2013 del 21 de octubre de 2013, omitió el considerar lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que te sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en ei inciso bj del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en ei ordenamiento jurídico.

El artículo anteriormente invocado halla pertinencia en el contenido del presente Recurso de Revocatoria, toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el contenido de la Resolución 699/2013 del 21 de octubre de 2013, no realiza NINGUNA fundamentación de su negativa a la solicitud de la habilitación de las cuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros títulos valores en entidades financieras del Exterior".

Conclusión.-

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución ASFI Nro. 699/2013 del 21 de octubre de 2013, ha omitido el deber fundamental de considerar la previsiones de la CPE, no ha exhibido ninguna base legal que le permita el negar la solicitud efectuada y ha fracturado la previsión legal establecida en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

6.2. Inexistencia de vulneración al giro exclusivo del BIC.

En relación a la errática posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, relativa a que la inversión por Bs. 244.809 (DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NUEVE 00/100 BOLIVIANOS), implicaría el desvirtuar las actividades exclusivas del BIC, corresponde realizar las siguientes apreciaciones de orden legal y administrativo:

*6.2.1. INFOCRED BIC ARGENTINA, S.A. que es la entidad donde se ha realizado !a inversión **no es en una sociedad** con giro comercial diferente a la que actualmente tiene INFOCRED BIC BOLIVIA, lo cual Implica que las inversiones que hemos realizado **no han sido** efectuadas en labores ajenas a nuestro objeto social, situación legal que significa que no se ha ido en contrasentido a lo previsto en el artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, respecto a la exclusividad de la actividad de información del Buró.*

Además corresponde poner en su atención que desde ningún punto de vista se ha realizado actividad ajena al giro comercial exclusivo de un BIC, por cuanto el apalancamiento a través de inversiones de esta naturaleza, tienen un fin específico el cual el tener mayores recursos para mejorar el servicio al usuario financiero, aspecto que es totalmente omitido por la ASFI, ya que intenta generar un escenario como si

una actividad principal análoga sería el realizar inversiones, lo cual no es así, sino que por el contrario se trata de una forma de obtener recursos adicionales, para el mejor logro de la misión del BIC.

6.2.2 En concordancia con el precepto de verdad material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo[1], la ASFI, olvida evaluar que el propósito de las operaciones realizadas en INFOCRED BIC ARGENTINA, las cuales en el en el tiempo se traducen en mayores recursos económicos para nuestra entidad, a través de los cuales podemos realizar inversiones locales para mejorar el servicio al usuario del sistema financiero, aspecto que no está prohibido por ninguna disposición legal y en todo caso esta de acorde con las políticas de Gobierno, sobre la permanente mejora de servicios hacia la población Boliviana.

En esta parte corresponderá a la ASFI el procurar dar cumplimiento a las previsiones del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, a cuyo efecto deberá demostrar si el hecho de realizar la inversión en INFOCRED BIC. ARGENTINA, es nocivo para la entidad regulada o para el Sistema Financiero.

6.2.3 Es importante tomar en cuenta que si toda operación financiera estuviere prohibida por la "exclusividad" de la misión del Buró de Información Crediticia, no estaríamos habilitados para realizar Depósitos a Plazo Fijo, Cajas de Ahorro u otros, ya que todas ellas en alguna medida generan utilidades. Como se podrá apreciar las inversiones realizadas en INFOCRED BIC ARGENTINA, tiene el mismo espíritu conceptual, motivo por el cual no se advierte cual es la dificultad regulatoria para la realización de las Inversiones que son objeto del presente recurso de revocatoria.

***Conclusión**.*

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la inversión por Bs. 244.809 (DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NUEVE 00/100 BOLIVIANOS), en INFOCRED BIC ARGENTINA S.A, no distorsiona la exclusividad establecida en el artículo 1° de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras y en todo caso se Instituye en un medio para la mejora de la prestación de servicios de información crediticia, aspecto que no es considerado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, violentado de esta forma con lo previsto en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

6.3. Obligatoriedad del Pronunciamiento de la Dirección de Normas y Principios de la ASFI.

Por otra parte, siendo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, acudió a realizar una interpretación restrictiva del artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, donde presuntamente el realizar una inversión en una entidad análoga extranjera al BIC estaría en contrasentido a la exclusividad de la misión de la entidad, corresponde poner en atención, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más allá de realizar una interpretación restrictiva, tendrá que demostrar que el efectuar la inversión con el objetivo de fortalecer la actividad del negocio principal, está prohibida, caso contrario tendría que limitarse a admitir su error y permitir la habilitación de las cuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros títulos valores en entidades financieras del Exterior".

Es así que según la jurisprudencia administrativa emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, da cuenta que la ASFI está en la obligación de verificar la VERDAD MATERIAL y no limitarse a una interpretación DOGMATICA o TEORICA del artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aspecto que claramente puede ser contrastado con la Resolución **Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas** por el cual se OBLIGA a los REGULADORES de que al momento de emitir una resolución, debe agotar la revisión y análisis de todos los hechos sobre los cuales se pretende definir una situación regulatoria, siendo que en el caso en particular, el hecho de acudir a esta inversión, no implica una bifurcación del negocio, sino el acercamiento a un medio adicional para nutrir económicamente a la entidad y que esto se traduzca en mejor calidad del servicio de Información que brindamos.*

Conclusión.

Se advierte una falta de pronunciamiento técnico por parte de la Dirección de Normas y Principios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo cual implica un incumplimiento a lo previsto en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y una fractura de los precedentes jurisprudenciales contenidos en la ***Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.***

7. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 699/2013 del 21 de octubre de 2013, toda vez que la misma ha incurrido en error esencial y absoluto de aplicación de la norma, vulnera el Principios Procedimiento Administrativo y por omitir el cumplimiento del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y la precedente jurisprudencial contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.*
2. *En atención a las previsiones legales establecidas en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, se solicita se pronuncie específicamente y en forma fundamentada,* ***EXHIBIENDO*** *la base legal, técnica o regulatoria donde se establecería la prohibición de realizar inversiones orientadas a retroalimentar las operaciones del giro principal de INFOCRED BIC. S.A., siendo que en caso de omisión de éste requisito se traduciría en la violación del inciso c) de la norma citada precedentemente.*
3. *Siendo que la Resolución ASFI Nro. 699/2013 del 21 de octubre de 2013,* ***NO TIENE*** *un Informe Técnico que lo respalde, solicitamos a su Autoridad instruya a la Dirección de Normas y Principios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita informe específico y en detalle sobre las normas prudenciales y regulatorias, que presuntamente prohíben al BIC el realizar inversiones en*

entidades extranjeras, con objeto idéntico y con reinversión de utilidades en el mismo objetivo del BIC para mejora atención del Usuario del Sistema Financiero.

4. *Se solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Dirección de Normas y Principios el demostrar los motivos, fundamentos o análogos por los cuales ia inversión realizada en INFOCRED BIC ARGENTINA S.A., no puede ser considerada como un instrumento o medio para el cumplimiento de la función de exclusividad de un BIC, en el marco de lo previsto en el artículo 1, concordante con el artículo 68 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y entidades financieras y regulado a través del Reglamento de Constitución y Funcionamiento de los Burós de Información Crediticia, Capítulo I, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…*"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 799/2013 DE 4 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 799 de 4 de diciembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió lo siguiente:

"…***PRIMERO: CONFIRMAR*** *totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre de 2013, que dispone negar al Servicio de Información Crediticia, Buró de Información Crediticia "INFOCRED BIC S.A.", la habilitación de las subcuentas 165.08 "Participación en Burós de Información Crediticia" y/o 163.98 "Otros Títulos Valores de Entidades Financieras del Exterior", debido a que los burós de información crediticia no están autorizados para realizar inversiones permanentes en otras entidades financieras y no financieras, conforme a los criterios de la presente resolución.*

SEGUNDO: *El Servicio de Información Crediticia, Buró de Información Crediticia INFOCRED BIC S.A., debe remitir a esta Autoridad de Supervisión el comprobante contable de reversión de las inversiones por participación accionaria realizadas en INFOCRED BIC de Argentina por Bs244,809.- (Doscientos cuarenta y cuatro mil ochocientos nueve 00/100 bolivianos)…*"

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, establece en el artículo 332, parágrafo I., que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el Supremo Gobierno dispuso que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y, además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013 entró en vigencia el 20 de noviembre de 2013; sin embargo, toda vez que el acto impugnado ha sido emitido antes del 20 de noviembre de 2013, debe aplicarse la normativa vigente al momento de emitirse la Resolución impugnada a fin de garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso.

Que, el artículo 153° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del País, la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, el artículo 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece: "Las actividades de intermediación financiera y de prestación de servicios auxiliares financieros se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la presente ley, con el propósito de precautelar el orden financiero nacional y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo. Las entidades que realizan estas actividades, quedan comprendidas dentro del ámbito de su aplicación."

Que, el artículo 1 de la citada Ley, describe que el giro de los burós de información crediticia es exclusivamente el de proporcionar información crediticia, lo que significa que su giro sólo les permite efectuar las operaciones previstas en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

<u>Primer argumento de impugnación</u>

Que, el primer argumento de impugnación manifiesta que la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013, constituye una flagrante violación al artículo 21, parágrafo 4) de la Constitución Política del Estado que garantiza la libertad de reunión y asociación.

Que, el primer argumento de impugnación continúa señalando que: "… la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013, omite manifestar o exhibir ***cual es la prohibición expresa a los Burós de Información Crediticia (BIC's) para realizar inversiones en entidades afines en el extranjero****".*

Que, el acto impugnatorio continúa señalado que de igual forma, en el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Burós de Información Crediticia, contenido en el Libro 1°, Título II, Capítulo II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, "no existe ninguna prohibición para realizar dicha inversión en el extranjero …"

Que, los fundamentos esgrimidos por la entidad recurrente en el punto 1, carecen de sustento y solidez, toda vez que los argumentos de impugnación no coinciden con la realidad del acto impugnado, tal como se demuestra a continuación:

a) En la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013, no se coarta ni vulnera ninguna garantía constitucional, menos aquella prevista en el artículo 21, inciso 4) de la Constitución Política del Estado, que dentro de los derechos civiles y políticos, garantiza la libertad de reunión y asociación de los bolivianos, libertades a las que ni siquiera se refiere la resolución impugnada.

   Lo que manifiesta concretamente la resolución recurrida es que ni la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, ni el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Burós de Información Crediticia, contenido en el Libro 1°, Título II, Capítulo II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras autorizan a los burós de información crediticia a realizar operaciones referidas a inversiones en otras entidades.

b) Conforme a lo expuesto por el Autor Rafael Bielsa en su obra "Derecho Administrativo" (Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo 1, Pg.7), el Derecho Administrativo se define como: "El ***conjunto de normas positivas*** *y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente controlador jurisdiccional de la Administración Pública".*

   En ese sentido, debe entenderse que el derecho Administrativo se rige por normas positivas, es decir por aquellas que expresa e imperativamente determinan la conducta que deben desarrollar tanto la Administración Pública como los sujetos administrados, dicho de otra manera, debe entenderse que en el Derecho Administrativo, sólo pueden realizarse los actos jurídicos expresamente autorizados por una norma emitida por la autoridad competente.

   El principio de legalidad que implica el sometimiento pleno a la ley, insistentemente citado por INFOCRED BIC S.A. en el recurso de revocatoria, se constituye en fundamental para el ordenamiento jurídico administrativo, toda vez que en un Estado de Derecho, la Administración Publica se encuentra obligada a someter sus actos enteramente a la ley, sin poder ejercitar actuación alguna que no esté atribuida por una norma.

Esta especial vinculación a la ley por parte de la Administración, se ha conceptuado por la doctrina como vinculación positiva, frente a la vinculación negativa que correspondería a los ciudadanos y, en general, a los sujetos privados, en virtud de la cual, éstos pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe, en tanto que la Administración necesita de una habilitación legal para adoptar una actuación determinada, es decir, puede hacer únicamente aquello que la ley le permite.

En base a lo anterior, la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) define en el artículo 1: "Buró de Información Crediticia: Sociedad anónima ***cuyo giro exclusivo*** *es proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al deudor, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo". A su vez, el artículo 3, Sección I, Capítulo II, Título II del Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, disponen que los Burós de Información Crediticia, son sociedades anónimas cuyo giro exclusivo es proporcionar información crediticia. En consecuencia, no existe disposición de carácter positivo alguna que permita a esta Autoridad de Supervisión admitir operaciones no autorizadas por la ley al administrado.*

Las disposiciones de carácter adjetivo y sustantivo precedentemente referidas, ambas de carácter restrictivo, han sido citadas en la página 4 de la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013, por lo que no es cierto que este Órgano Fiscalizador hubiese omitido manifestar la disposición expresa que prohíbe la inversión pretendida por la entidad recurrente o que la disposición del regulador no contase con base legal para su emisión, tal como sostiene INFOCRED S.A.

<u>Segundo argumento de impugnación</u>

Que, la entidad manifiesta que la Empresa donde se ha realizado la inversión de Bs244.809, no es una sociedad con giro comercial diferente al que actualmente tiene INFOCRED BIC de Bolivia, lo que implica que la inversión realizada no ha sido efectuada en labores ajenas a su objeto social, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley N° 1488.

Que, según INFOCRED BIC S.A., la inversión se constituye en un medio para la mejoría en la prestación de servicios de información crediticia y de ninguna manera un hecho nocivo para la entidad regulada o el Sistema Financiero.

Que, la segunda argumentación (6.2) expuesta en el memorial de impugnación, es rebatible por las siguientes consideraciones:

a) En el marco de la normativa positiva que rige al Derecho Administrativo, la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, ha establecido las operaciones que les son permitidas a las entidades bajo su regulación, es así que por ejemplo en el artículo 39, autoriza expresamente a las entidades financieras bancarias, entre otras, a: "19) Invertir en el capital de sociedades de titularización; 21) Invertir en el capital de Bancos de segundo piso, empresas de servicios financieros, empresas de seguros y administradoras de fondos de pensiones".

*En lo referente a los Burós de Información Crediticia, el artículo 67 de la misma Ley señala que las normas de su creación, constitución y funcionamiento serán aprobadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en tal sentido, fue aprobado el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Burós de Información Crediticia, contenido en el Libro 1°, Título II, Capítulo II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mismo que en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define en el inciso d) del artículo 3, Sección I: "**Buró de Información Crediticia (BIC):** Persona jurídica constituida como sociedad anónima, cuyo giro exclusivo es proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al titular, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo. Para el cumplimiento de su objeto, recolectará, almacenará, consolidará y procesará información relacionada con personas naturales y jurídicas, conformando bases de datos".*

b) La negativa de esta Autoridad de Supervisión para que la empresa de servicios auxiliares financieros realice la inversión en la similar Empresa de la Argentina, no es producto de un estudio de factibilidad, conveniencia o viabilidad de la entidad regulada o del Sistema Financiero en general; la negativa obedece únicamente a que tanto la Ley como el respectivo Reglamento, establecen que los burós de información crediticia tienen como giro exclusivo el de proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al titular, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo, sin autorizarles a efectuar operaciones de inversión permanente en otras entidades nacionales o del exterior.

<u>Tercer argumento de impugnación</u>

Que, la entidad recurrente sostiene que esta Autoridad de Supervisión realiza una interpretación restrictiva del artículo 1 de la Ley Nro. 1488, sosteniendo que la inversión en una entidad análoga extranjera estaría en contrasentido a la exclusividad de la misión de la entidad.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en apego al artículo 28, inciso e) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, tendría que demostrar y fundamentar que el efectuar la inversión con el objeto de fortalecer la actividad del negocio principal está prohibida, caso contrario debería permitirse la habilitación de las cuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros Títulos Valores en Entidades Financieras del Exterior".

Que, la motivación precedentemente expuesta, referida al primer y segundo argumento de impugnación, demuestran el contrasentido a la exclusividad de la misión de la entidad y que el efectuar la inversión con el objeto de fortalecer la actividad del negocio principal no está permitida en la ley, sin embargo en apego al cumplimiento del principio de verdad material y en cumplimiento del deber de conocer el real sentido de la ley, la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013 evaluó lo siguiente:

a) La descripción y dinámica contemplada en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, con los siguientes resultados:

- *Descripción de la Cuenta 163.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: Inversiones en Entidades Financieras del Exterior.*

  "En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo.

  Se incluye para entidades financieras que tengan su oficina matriz en el exterior, las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por la oficina matriz y sucursales, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo."

- *Descripción de la Cuenta 165.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: Participación en Entidades Financieras y Afines.*

  "En esta cuenta se registra la participación en otras sociedades de servicios financieros, de seguro, en bancos filiales, sucursales o agencias en el exterior y en organismos multilaterales de financiamiento, representadas por acciones o cuotas de capital adquiridas por la entidad.

  Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras."

b) En el análisis de la descripción de las cuentas de las cuales INFOCRED S.A. solicita habilitación, se tiene que las mismas prevén lo siguiente:

- *Cuenta 163.00.- "En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior…"*

De la precedente descripción, se advierte que la pretendida operación de inversión de INFOCRED BIC S.A. de Bolivia en la Empresa INFOCRED BIC de Argentina, no representa un depósito a plazo fijo u otros títulos valores de deuda, tampoco INFOCRED BIC de Argentina representa una entidad financiera.

- *Cuenta 163.00.- "…Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras."*

Queda claro que la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), no autoriza a los Burós de Información Crediticia ni a ninguna empresa de servicios auxiliares financieros a realizar inversiones en otras entidades.

c) Para establecer la normativa positiva aplicada en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, se tiene que por el artículo 43 se encuentran autorizadas a realizar inversiones en el exterior las entidades financieras bancarias y sólo para la constitución de bancos, sucursales o agencias.

Asimismo, por disposición expresa de los numerales 19 y 21 del artículo 39 de la referida Ley N° 1488, las entidades financieras bancarias están autorizadas a invertir en el capital de otras entidades específicamente señaladas en la norma. De igual manera, el artículo 76 de la misma Ley, autoriza a realizar estas operaciones pasivas a los Fondos Financieros Privados dentro de las limitaciones previstas en el señalado artículo.

Con lo anterior, queda claro que por disposición expresa de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, únicamente las entidades financieras bancarias y los fondos financieros privados, cuentan con autorización expresa para realizar inversiones permanentes de capital en otras entidades.

d) Con la única finalidad de averiguar la verdad material de los hechos, se ha revisado el criterio normativo positivo adoptado en la recientemente promulgada Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, advirtiendo que en la sección referida a los Burós de Información (artículos 345 y siguientes), tampoco les autoriza a realizar inversiones en otras entidades, a diferencia de los Bancos de Desarrollo Productivo en el artículo 226, parágrafo II, inciso n); Cooperativas de Ahorro y Crédito en el artículo 240, parágrafo I, incisos f), g) y h) y las Entidades Financieras de Vivienda en el artículo 253, parágrafo I, incisos f), g) y h).

Que, la supuesta falta motivación de la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013, tal como lo señala el Servicio de Información Crediticia, Buró de Información Crediticia "INFOCRED BIC" S.A., carece de fundamento para determinar la revocatoria impetrada por dicha entidad.

Que, en la Resolución ASFI N° 699/2013 no se han vulnerado los principios de legalidad, sometimiento pleno a la ley, ni de verdad material, por tanto el acto administrativo goza de plena validez y eficacia, razones que hacen inviable la solicitud de revocatoria impetrada por la entidad.

Que, el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, prevé que en su relación con la Administración Pública, las personas tienen, entre otros, los siguientes derechos: "… h) A obtener una respuesta fundada y motivada de las peticiones y solicitudes que formulen; j) A obtener certificados y copias de los documentos que estén en poder de la Administración Pública,…".

Que, la entidad recurrente ha solicitado copia legalizada en doble ejemplar del Informe ASFI/DAJ/R-156134/2013 de 14 de octubre de 2013 emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos de ASFI, mismas que deben ser proporcionadas con las formalidades correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 49 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que la Autoridad Regulatoria que conozca de un recurso, tendrá un plazo de 20 días para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente Constitucional del Estado, designó a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial de fecha 24 de diciembre de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 799/2013 de 4 de diciembre de 2013, argumentando lo siguiente:

"…6. Relación de Derecho

El presente Recurso Jerárquico es en contra de la Resolución ASFI N° Resolución ASFI N° 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se presenta amparado en las previsiones legales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el artículo 16 inciso a) y artículos 66, 67 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003.

6.1. Abrogación de la Base Legal del sustento de la ASFI

Señor Viceministro, respetuosamente debo poner en su atención que no obstante que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tiene la obligación de cumplir estrictamente con las previsiones legales del ordenamiento jurídico financiero en actual vigencia en el Estado Plurinacional de Bolivia, en forma inexplicable "actualmente", sustenta la presunta imposibilidad de las solicitudes de INFOCRED BIC. S.A., al artículo lº de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en todo caso, consideramos importante recordar a la ASFI que todas las previsiones establecidas en la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras, a la fecha están por fuera de la economía jurídica boliviana, tal como lo dispone la Disposición Única Abrogatoria de la Ley Nro. 393 del 21 de Agosto de 2013, por lo cual ninguna apreciación o posición jurídica puede estar sustentada en dicha normatividad.

Por ello invocamos lo previsto en la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros del 21 de agosto de 2013, la cual ha generado un nuevo régimen sobre las actividades de los Buros de Información Crediticia, como Servicios Financieros Complementarios (Art. 123 de la Ley Nro. 393 inciso e.), mismos que no debieron ser ignorados por la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero al momento de resolver el jerárquico planteado por la entidad que represento.

Al efecto el artículo 347 inciso b) de la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros, ha determinado en forma expresa que un Buró de Información Crediticia, tiene la posibilidad de obtener financiamiento de entidades de intermediación financiera nacionales o extranjeras. Esto implica que cualquier actividad por la cual se pueda generar recursos para el "giro de la entidad" es permitido, y en ese sentido debe quedar claro que una forma indirecta o interna de financiamiento se está obteniendo a través de la inversión realizada en INFOCRED BIC ARGENTINA S.A.

Como se podrá apreciar, en aplicación de la verdad material de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, se puede apreciar que la inversión realizada en

INFOCRED BIC ARGENTINA S.A. es un vehículo de financiamiento "interno", el cual a la fecha se halla permitido por el artículo 347 inciso b) de la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros, aspecto que no ha sido considerado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

También se debe considerar que si bien la operación de inversión fue realizada antes de la vigencia de la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros del 21 de agosto de 2013, esta es una OPERACIÓN CONTINUADA y PERMANTE, por lo cual traspasa el límite cronológico y se halla cómodamente en el marco de las nuevas disposiciones legales del Sistema Financiero.

Conclusión.-

Sin embargo, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es importante tomar en cuenta que la base legal sobre la cual se apoya sistemáticamente la negativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a las solicitudes efectuadas basadas en el artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, está totalmente ***ABROGADA*** *y en forma expresa, la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros, estable la habilitación de financiamiento -Latu Sensu- de los Burós de Información Crediticia a través de entidades nacionales o extranjeras, tal como lo establece el artículo 347 inciso b) de la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros.*

Finalmente, corresponde dejar claramente establecido que al ser una operación de carácter permanente y continuada, le es aplicable la Nro. 393 y no ingresa en previsiones de irretroactividad.

6.2. Omisión de base legal que determine la prohibición.

Señor Viceministro, como podrá apreciar durante todo el trámite desde la notificación de cargos hasta la vía impugnatoria de primera instancia, se solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el exhibir la base legal que prohíbe el realizar este tipo de operaciones orientadas al mismo objeto de la actividad principal del Buró, pero lamentablemente no se pudo acceder a dicha normativa, lo cual puede resultar compresible debido a que no existe prohibición alguna sobre este particular.

Como podrá apreciar de la Resolución ASFI Nro. 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no pudo exhibir la base legal sobre la cual se sustenta le negativa a la habilitación de cuentas solicitada por nuestra empresa; en ese sentido resulta muy curioso que el ex Organo Rector del Sistema Financiero en Bolivia, acuda a un simple cita doctrinal, como si la ***DOCTRINA*** *tuviera la fuerza específica suficiente para sustentar una decisión de orden regulatoria.*

Al efecto, invocan como dirimidor de la controversia a Rafael Bielsa; que en su obra de "Derecho Administrativo", establece que el Derecho Administrativo se define como:

"El conjunto de normas positivas y de Principios de Derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente controlador jurisdiccional de la administración pública". ***(Texto Original de la Resolución de la ASFI).***

Como se podrá apreciar, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realiza una débil y pobre cita doctrinal para negar nuevamente el registro contable de las operaciones realizadas con la análoga de Argentina sin demostrar la base positiva que respalde su posición. Sin embargo, entrando al mismo "razonamiento" de la entidad reguladora, es necesario dar una lectura completa de lo invocado por la ASFI, toda vez que la definición anteriormente citada, también hacer referencia a que el Derecho Administrativo se define como:

*"El conjunto de norma positivas y de **Principios de Derecho Público**..."*.

Al respecto, corresponde poner en su atención que al igual que las normas positivas, otros orientadores de la actividad administrativa son los Principios de Derecho Público, sobre los cuales, la ASFI debieron contemplar lo siguiente:

a) En plena aplicación del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, la ASFI debió acudir a verificar la verdad material del objetivo de la inversión realizada en INFOCRED BIC ARGENTINA S.A., el cual está plenamente alineado con la misión fundamental del giro de INFOCRED BIC S.A. (BOLIVIA), y en todo caso el propósito final es la obtención de recursos para nutrir de mejor forma la calidad de los servicios que prestamos al Usurario Financiero y a las propias entidades reguladas, lamentablemente en el presente caso, se observa que la propia cita doctrinal invocada por la ASFI es violentada, toda vez que no existe la más mínima verificación de la verdad material de la inversión en el extranjero.

b) En virtud de la aplicación del Principio de Verdad Material del Derecho Administrativo boliviano, se observa que existe identidad en el propósito de los recursos procurados y la actividad principal de INFOCRED BIC S.A. (BOLIVIA), motivo por el cual no debió existir negativa a la habilitación de las cuentas solicitadas.

c) Se observa que la ASFI esta limitándose a realizar un análisis únicamente dogmático de documentación, pero omite totalmente la verificación de verdad material a la cual está obligado incluso por los precedentes jurisprudenciales emitidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Conclusión.-

En consecuencia queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha logrado exhibir la base legal que le permita demostrar la prohibición de la realización de las inversiones en INFOCRED BIC ARGENTINA S.A. y acudió únicamente a una cita doctrinal, la cual en una lectura completa, también la obliga a dar curso a la habilitación de las subcuentas 165.08 "Participación en Burós de Información Crediticia" y/o 163.98 "Otros Títulos Valores de Entidades Financieras del Exterior".

6.3. Reitera la vulneración constitucional, al Principio de Sometimiento Pleno la Ley y al deber de fundamentación y motivación del Acto Administrativo.

La Resolución ASFI N° 699/2013 del 21 de octubre de 2013 y la subsecuente Resolución 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se traducen en evidencia flagrante de desconocimiento a lo

previsto en el artículo 21 parágrafo 4) de la CPE que dispone:

> *A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos.*

En ese sentido, corresponde poner en atención que el hecho de haber realizado una inversión en el extranjero, por nuestra parte está plenamente asociada a las posibilidades jurídicas que nos brinda la CPE y el propio ordenamiento jurídico regulatorio emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, (SIC)

Es así que corresponde manifestar que la Resolución ASFI N° 699/2013 del 21 de octubre de 2013 y la Resolución ASFI Nro. 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, omiten manifestar o exhibir cuál es la prohibición expresa a los Burós de Información Crediticia (BIC 's) para realizar inversiones en entidades afines en el extranjero.

Este aspecto, denota el absoluto incumplimiento de las previsiones legales establecidas en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento administrativo, lo cual como es de conocimiento regular y corriente implica la nulidad del acto administrativo.

Se debe tomar en cuenta que el hecho de no demostrar cual es la base legal que prohibiría realizar la inversión en BIC ARGENTINA, es una violación al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley claramente establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

> *c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;*

En esta parte, corresponderá al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, instar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el demostrar o exhibir la base legal administrativa, técnica o regulatoria, por la cual se establece la prohibición en que una entidad regulada como un BIC, pueda efectuar una operación de inversión en una entidad análoga en el extranjero, más aun tomando en cuenta que los recursos económicos que se obtendrán, tienen el objetivo de nutrir y mejorar la calidad del servicio a nuestros usuarios.

De igual forma, dentro del Reglamento de Constitución y Funcionamiento de los Burós de Información Crediticia, Capítulo I, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no existe ninguna prohibición para realizar dicha inversión en el extranjero, motivo por el cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al negar la autorización para la habilitación de las cuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros títulos valores en entidades financieras del Exterior", está actuando en forma exorbitante y con discrecionalidad nociva al Sistema.

Finalmente en este punto, corresponde manifestar que la Resolución ASFI/699/2013 del 21 de octubre de 2013 y la propia Resolución ASFI Nro. 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, omitieron considerar lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) *Competencia: Ser dictado por autoridad competente;*

b) *Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;*

c) *Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;*

d) *Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;*

e) *Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,*

f) *Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico*

El artículo anteriormente invocado halla pertinencia en el contenido del presente Recurso Jerárquico, toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el contenido de la Resolución 699/2013 del 21 de octubre de 2013 y la Resolución ASFI Nro. 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, no realizan NINGUNA fundamentación de su negativa a la solicitud de la habilitación de las subcuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros títulos valores en entidades financieras del Exterior".

Conclusión.-

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución ASFI Nro. 699/2013 del 21 de octubre de 2013 y la Resolución ASFI Nro. 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, ha omitido el deber fundamental de considerar la previsiones de la CPE, no ha exhibido ninguna base legal que le permita el negar la solicitud efectuada y ha fracturado la previsión legal establecida en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

6.4. Inexistencia de vulneración al giro exclusivo del BIC.

En relación a la errática posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, relativa a que la inversión por Bs. 244.809 (DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NUEVE 00/100 BOLIVIANOS), implicaría el desvirtuar las actividades exclusivas del BIC, corresponde realizar las siguientes apreciaciones de orden legal y administrativo:

*6.4.1. INFOCRED BIC ARGENTINA, S.A. que es la entidad donde se ha realizado la inversión **no es en una sociedad** con giro comercial diferente a la que actualmente tiene INFOCRED BIC BOLIVIA, lo cual implica que las inversiones que hemos realizado **no han sido** efectuadas en labores ajenas a nuestro objeto social, situación legal que significa que no se ha ido en contrasentido a lo previsto en el artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, respecto a la exclusividad de la actividad de*

información del Buró.

Además corresponde poner en su atención que desde ningún punto de vista se ha realizado actividad ajena al giro comercial exclusivo de un BIC, por cuanto el apalancamiento a través de inversiones de esta naturaleza, tienen un fin específico el cual el tener mayores recursos para mejorar el servicio al usuario financiero, aspecto que es totalmente omitido por la ASFI, ya que intenta generar un escenario como si una actividad principal análoga sería el realizar inversiones, lo cual no es así, sino que por el contrario se trata de una forma de obtener recursos adicionales, para el mejor logro de la misión del BIC.

6.4.2. En concordancia con el precepto de verdad material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo[1], la ASFI, olvida evaluar que el propósito de las operaciones realizadas en INFOCRED BIC ARGENTINA, las cuales en el en el tiempo se traducen en mayores recursos económicos para nuestra entidad, a través de los cuales podemos realizar inversiones locales para mejorar el servicio al usuario del sistema financiero, aspecto que no está prohibido por ninguna disposición legal y en todo caso esta de acorde con las políticas de Gobierno, sobre la permanente mejora de servicios hacia la población Boliviana.

En esta parte corresponderá a la ASFI el procurar dar cumplimiento a las previsiones del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, a cuyo efecto deberá demostrar si el hecho de realizar la inversión en INFOCRED BIC. ARGENTINA, es nocivo para la entidad regulada o para el Sistema Financiero.

6.4.3. Es importante tomar en cuenta que si toda operación financiera estuviere prohibida por la "exclusividad" de la misión del Buró de Información Crediticia, no estaríamos habilitados para realizar Depósitos a Plazo Fijo, Cajas de Ahorro u otros, ya que todas ellas en alguna medida generan utilidades. Como se podrá apreciar las inversiones realizadas en INFOCRED BIC ARGENTINA, tiene el mismo espíritu conceptual, motivo por el cual no se advierte cual es la dificultad regulatoria para la realización de las inversiones que son objeto del presente recurso jerárquico el cual se presenta en virtud del derecho de recurrencia administrativa fundamentada.

Conclusión.

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la inversión por Bs. 244.809 (DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NUEVE 00/100 BOLIVIANOS), en INFOCRED BIC ARGENTINA S.A. no distorsiona la exclusividad establecida en el artículo I° de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras y en todo caso se instituye en un medio para la mejora de la prestación de servicios de información crediticia, aspecto que no es considerado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, violentado de esta forma con lo previsto en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

6.5. <u>Violación del Derecho de Petición en virtud a la negativa de pronunciamiento por parte de la Dirección de Normas y Principios de la ASFI.</u>

Señor Viceministro, respetuosamente debo poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite del dar cumplimiento a los deberes de transparencia a los cuales está obligado en virtud a las siguientes disposiciones legales:

a) Ley Nro. 2341 de Procedimiento administrativo, la cual en su artículo 16 inciso a) establece el Derecho de Petición en Sede Administrativa, por el cual una vez que se realiza una solicitud a la administración esta tiene la obligación de atenderla en un sentido y alcance que pueda ser entendido por el Administrado, aspecto que se halla concordado con el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional y el artículo 232[2] del mismo cuerpo constitucional.

b) El artículo 5 inciso a) del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 23318-A establece que: "La base de la credibilidad de los actos de los servidores públicos es la generación de información; útil, oportuna, confiable y verificable...

c) El Decreto Supremo Nro. 28168 del 17 de mayo de 2005, por el cual se establece la obligación de las entidades públicas de dar información en las condiciones solicitadas por el administrado.

En ese sentido, se puede advertir con absoluta nitidez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, acudió a realizar una interpretación restrictiva del artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, donde presuntamente el realizar una inversión en una entidad análoga extranjera al BIC estaría en contrasentido a la exclusividad de la misión de la entidad, corresponde que más allá de realizar una interpretación restrictiva, tendrá que demostrar que el efectuar la inversión con el objetivo de fortalecer la actividad del negocio principal, está prohibida, caso contrario tendría que limitarse a admitir su error y permitir la habilitación de las cuentas 165.08 "Participación en Entidades Financieras Afines" y/o 163.98 "Otros títulos valores en entidades financieras del Exterior".

Es así que según la jurisprudencia administrativa emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, da cuenta que la ASFI está en la obligación de verificar la VERDAD MATERIAL y no limitarse a una interpretación DOGMATICA o TEORICA del artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aspecto que claramente puede ser contrastado con la ***<u>Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013</u> <u>de! 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía v</u> <u>Finanzas Públicas</u>****, por el cual se OBLIGA a los REGULADORES de que al momento de emitir una resolución, debe agotar la revisión y análisis de todos los hechos sobre los cuales se pretende definir una situación regulatoria, siendo que en el caso en particular, el hecho de acudir a esta inversión, no implica una bifurcación del negocio, sino el acercamiento a un medio adicional para nutrir económicamente a la entidad y que esto se traduzca en mejor calidad del servicio de información que brindamos.*

***Conclusión*.**

Se advierte una falta de pronunciamiento técnico por parte de la Dirección de Normas y Principios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo cual implica un incumplimiento a lo previsto en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y una fractura de los precedentes jurisprudenciales contenidos en la ***Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía v Finanzas Públicas.***

***7. Petitorio*.**

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52 a 61 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 799/2013 del 4 de diciembre de 2013, toda vez que la misma ha incurrido en error esencial y absoluto de aplicación de la norma, vulnera el Principios Procedimiento Administrativo y por omitir el cumplimiento del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y la precedente jurisprudencial* (sic) *contenido* (sic) *en la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. 039/2013 del 24 de junio de 2013, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.*
2. *En atención a las previsiones legales establecidas en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, instruya a la ASFI* ***EXHIBA*** *la base legal, técnica o regulatoria donde se establecería la prohibición de realizar inversiones orientadas a retroalimentar las operaciones del giro principal de INFOCRED BIC. S.A., siendo que en caso de omisión de éste requisito se traduciría en la violación del inciso c) de la norma citada precedentemente.*
3. *Se instruya a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Exista un pronunciamiento expreso por parte de la Dirección de Normas y Principios, en lo relativo a la interpretación restrictiva del artículo 1 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras y asimismo se pronuncie sobre las nueva situación jurídica provocada por la vigencia de la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros del 21 de Agosto de 2013.*
4. *Solicitamos que en la vía jerárquica la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, informe a la instancia jerárquica los motivos, fundamentos, precedentes por los cuales sustenta su decisión sólo en* ***CRITERIOS,*** *tal como expresamente se manifiesta en la última parte del resolutivo primero de la Resolución ASFI Nro. 799/2013 del 4 de diciembre de 2013 y no así en base legal concreta y positiva…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante notas GG-060/2013 de 14 de marzo de 2013 y GG-487/2013, presentada en fecha 12 de julio de 2013, **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la habilitación de las sub cuentas 165.08 *Participación en Entidades Financieras Afines*, o 163.98 *Otros Títulos Valores en Entidades Financieras del Exterior*, con el fin de registrar la inversión realizada en INFOCRED BIC ARGENTINA.

La posición negativa a tal solicitud, por pate de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, está expresada en la nota ASFI DAJ/DSA/R-144922/2013 de 24 de diciembre de 2012, por la que, con el fundamento de que "*un Buró de Información tiene como giro exclusivo la recolección, administración y suministro de información crediticia, estadísticas sectoriales, eventos de fallas operativas en entidades financieras y otra información diversa relacionada con las potencialidades de expansión crediticia y la identificación de riesgos inherentes a la actividad financiera*"; decisión que, ha pedido de parte, fue consignada en la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre de 2013, por al que se niega la habilitación de las subcuentas solicitadas.

Mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 6 de noviembre de 2013, por **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre de 2013, el que es resuelto mediante la Resolución Administrativa 799/2013 de 4 de diciembre de 2013, lo que a su vez determina la interposición del Recurso Jerárquico que pasa a analizar y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

A continuación citamos la normativa aplicable, vigente a tiempo de la solicitud de habilitación de las sub cuentas contables, 163.98 *Otros Títulos Valores de Entidades Financieras del Exterior*, y 165.08 *Participación en Burós de Información Crediticia*, realizada por **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.**:

- **Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado al 20 de diciembre de 2001, aplicable por imperio de la disposición transitoria octava de la Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013, de Servicios Financieros):**

  "…*Artículo 1.- Para efectos de la presente Ley, se usarán las siguientes definiciones, siendo las mismas de carácter indicativo y no imitativo:* (…)

…***Buró de Información Crediticia:*** *Sociedad anónima cuyo giro exclusivo es proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al deudor, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo.*"

- **Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras:**

  Capítulo II, Título II, libro 1°:

  "…*los Burós de información crediticia son entidades constituidas como sociedades anónimas, cuyo giro exclusivo es proporcionar información crediticia*…"

- **Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.**

  Descripción de las cuentas 163.00 Inversiones en Entidades Financieras del Exterior y 165.00 Participación en Entidades Financieras y Afines.

  163.00 Inversiones en Entidades Financieras del Exterior

  "…*En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo.*

  Se incluye para entidades financieras que tengan su oficina matriz en el exterior, las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por la oficina matriz y sucursales, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo…"

  165.00 Participación en Entidades Financieras y Afines

  "…*En esta cuenta se registra la participación en otras sociedades de servicios financieros, de seguro, en bancos filiales, sucursales o agencias en el exterior y en organismos multilaterales de financiamiento, representadas por acciones o cuotas de capital adquiridas por la entidad.*

  Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras…"

2.2. Aclaración acerca de la normativa aplicable.-

La recurrente señala que la Autoridad Reguladora basa su decisión en lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1488, de Bancos y Entidades Financieras, cuando se debió aplicar la Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013 (de Servicios Financieros), en razón a la disposición abrogatoria única de la última nombrada, lo que ante la falta de mayor explicación, tiene que ver el que la Resolución Administrativa ASFI N° 699/2013 fue pronunciada en fecha de 21 de octubre 2013, cuando al tenor del artículo 1° nombrado, se encontraba vigente el nuevo régimen.

No obstante y conforme se ha hecho notar en el acápite supra sobre la normativa aplicable, la disposición transitoria octava de la Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013 (de Servicios Financieros), ha previsto que la misma: "*entrará en vigencia a los noventa (90) días de promulgada*" y que "*Mientras no se emita normativa reglamentaria se considerará vigente la normativa emitida bajo la Ley N° 1488*", extremos que, sin lugar a mayor fundamento, determinan la validez, vigencia y subsistencia plena al caso, del régimen que al efecto ha impuesto la precitada Ley N° 1488.

2.3. Omisión de fundamento legal.-

INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A. manifiesta haber solicitado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que *exhiba* (señale) cuál la base o fundamento legal, que le prohíbe realizar el tipo de operaciones (cuya habilitación de sub cuenta se solicita), agregando que la omisión sobre este extremo es comprensible, dado no existir prohibición alguna sobre el particular.

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa N° 799/2013 de 4 de diciembre de 2013, utiliza el adverbio de modo "*únicamente*", no obstante que el mismo no sale de la normativa que hace a su fundamento; su posición entonces es mas bien producto del carácter restrictivo de "*las disposiciones de carácter adjetivo y sustantivo precedentemente referidas* (…) *han sido citadas en la página 4 de la Resolución ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre de 2013, por lo que no es cierto que este Órgano Fiscalizador hubiese omitido manifestar la disposición expresa que prohíbe la inversión pretendida por la entidad recurrente o que la disposición del regulador no contase con base legal para su emisión, tal como sostiene INFOCRED S.A.* …"

Tales normas entonces son:

> "…*el artículo 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece: "Las actividades de intermediación financiera y de prestación de servicios auxiliares financieros se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la presente ley, con el propósito de precautelar el orden financiero nacional y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo. Las entidades que realizan estas actividades, quedan comprendidas dentro del ámbito de su aplicación."*
>
> *Que, el artículo 1 de la citada Ley, describe que el giro de los burós de información crediticia es exclusivamente el de proporcionar información crediticia, lo que significa que su giro sólo les permite efectuar las operaciones previstas en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*
>
> *Que, la citada Ley establece las operaciones que puede realizar cada una de las entidades financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros sujetas a su regulación, se tiene que ninguna entidad podrá realizar más operaciones que aquellas permitidas en Ley*…"

Bajo tal lógica, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras establece, en su artículo 43°, que las entidades financieras bancarias son las únicas autorizadas a realizar inversiones

en el exterior y sólo para la constitución de bancos, sucursales, o agencias, de igual forma, los numerales 19 y 21 del artículo 39° de la referida Ley, que las entidades financieras bancarias están autorizadas a invertir en el capital de otras entidades específicamente señaladas en la norma, y de igual forma, su artículo 76° autoriza a los fondos financieros privados a realizar operaciones pasivas, concluyendo que únicamente las entidades financieras bancarias y los fondos financieros privados cuentan con autorización expresa para realizar inversiones permanentes de capital entre otras entidades.

Sobre el extremo de fondo que tal presupuesto importa, se lo considerará infra, según corresponda; no obstante, es válida la aclaración del Ente Regulador con respecto a la normativa en la que ha basado su decisión, por lo que en definitiva, no es evidente lo señalado por **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** en sentido de carecer la decisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, del debido fundamento en cuanto a la normativa que, a criterio del Regulador, impide al ahora recurrente, la inversión para la que solicitó en su momento la habilitación de sub cuentas (extremo que dio origen al presente proceso).

A este respecto, el hecho de que la posición del Ente Regulador no sea coincidente con la del solicitante (ahora recurrente), no determina que exista una falta de fundamentación legal por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en relación a la controversia, de lo cual se entiende que el razonamiento y la evaluación que realizó la misma al emitir su criterio, es por demás claro, estableciendo -de su parte- no existir autorización manifiesta en la norma respecto a la posibilidad para que los burós de información crediticia puedan realizar inversiones en el extranjero, y por tanto, la imposibilidad para autorizar el uso de las sub cuentas solicitadas.

2.4. Observancia de garantías y principios constitucionales.-

INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A. ha alegado, en su Recurso Jerárquico, la infracción de varios principios constitucionales, a saber:

2.4.1. Sobre el derecho de a la libertad de reunión y asociación.-

Tal derecho, conceptualizado como aquel que faculta a las personas a concurrir temporalmente en un mismo lugar pacíficamente, para cualquier finalidad lícita y conforme a la ley, hace (como es fácil de inferir de tal enunciación), a un derecho civil y político (Const. Pol. del Estado, Art. 21°, Num. 4) como tal, de difícil aplicación al contexto ahora planteado por el recurrente.

Se debe hacer notar que, como ha señalado la Resolución Administrativa N° 799/2013 de 4 de diciembre de 2013:

> "… *la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto ordenado) N° 1488, ha establecido las operaciones que les son permitidas a las entidades bajo su regulación, es así que por ejemplo en el artículo 39, autoriza expresamente a las entidades financieras bancarias, entre otras, a: "19) invertir en el capital de sociedades de titularización; 21) invertir en el capital de Bancos de segundo piso, empresas de*

servicios financieros, empresas de seguros y administradoras de fondos de pensiones (…)

…En lo referente a los Burós de Información Crediticia, el artículo 67 de la misma ley señala que las normas de sus creación, constitución y funcionamiento serán aprobadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en tal sentido, fue aprobado el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de buros de Información Crediticia contenido en el libro 1ª, Titulo II, Capitulo II, dela Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mismo que en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado) define en el inciso d) del artículo 3, sección I: "***Buró de Información Crediticia (BIC):*** *Persona jurídica constituida como sociedad anónima, cuyo giro exclusivo es proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al titular, conocer sus nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo. Para el cumplimiento de su objeto, recolectará, almacenará, consolidará, y procesará información relacionada con personas naturales y jurídicas, conformando bases de datos…*"

De lo analizado y a este respecto, se establece que no existe vulneración constitucional como la que refiere **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.**, debido a que no existe ninguna prohibición sobre la cual se haya referido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con respecto al derecho constitucional del recurrente para poder reunirse o asociarse con fines lícitos, infiriéndose que el mismo mas bien quiso referirse al "*derecho a dedicarse al comercio, la industria o cualquier otra actividad económica lícita*" (ídem, Art. 47°, Par. I), lo que queda en una consideración genérica y abstracta dado no explicarse de qué manera se estaría infringiendo tal derecho.

2.4.2. Sobre el principio de legalidad.-

El Recurso Jerárquico señala que, las resoluciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se traducen en un flagrante desconocimiento al principio de legalidad, toda vez que el hecho de haber realizado esta inversión en el extranjero, está vinculado a las posibilidad que brinda la Constitución Política del Estado y la normativa emitida por el Órgano Regulador (lo que hace a su posición supra mencionada, respecto a que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 699/2013 y ASFI N° 799/2013 omiten manifestar la prohibición expresa para que los burós de Información crediticia, realicen inversiones en entidades afines en el extranjero).

No obstante, los argumentos expuestos por el Ente Regulador respecto a la no autorización para la habilitación de las subcuentas para el registro contable de su inversión en el extranjero, se encuentran analizados y fundados (conforme lo hecho notar supra) en los párrafos precedentes, es decir, que sí existe una fundamentación legal y normativa por parte del regulador, respecto a su negativa de la habilitación de las subcuentas solicitada.

A este respecto, el criterio del recurrente es que, al no existir -en su entender- norma que ampare la negativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, existiría infracción al principio de sometimiento a la ley.

No obstante y estando relacionado tal presupuesto con la aludida inexistencia de fundamento (ya supra considerada), se debe concluir en el carácter infundado del agravio expresado por el recurrente, debido a que no consta vulneración alguna al principio de sometimiento pleno a la ley que refiere el mismo, siendo mucho menos acertado que el recurrente pretenda forzar que, en las resoluciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se hubiera emitido el contenido de los elementos esenciales del acto administrativo como tal, fundamentalmente el señalado por el artículo 28°, inciso e) (Fundamento), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

Se debe tener presente que el principio de legalidad, aquel cuya definición constitucional establece que "*Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción y potestad que no emane de la ley*" y que "*La ley sólo rige para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo*" (Const. Pol. del Estado, Arts. 122° y 123°), también precisado como que "*La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso*" Ley N° 2314, Art. 4°, inciso 'c'), manifiesta que los actos y comportamientos de la Administración deben sometidos a la Constitución Política del Estado y a las Leyes (previas), lo cual ha sido observado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo el recurrente observar la aplicación del criterio formado por la Autoridad Reguladora en relación a la controversia.

2.4.3. Sobre el derecho de petición.-

INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A. manifiesta que existe una falta de pronunciamiento técnico por parte de la Dirección de Normas y Principios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al objeto de la solicitud planteada, resultando con ello que se omite dar cumplimiento a los deberes de transparencia, al cual se encuentra obligado el Ente Regulador, en virtud a lo manifestado por el artículo 16°, inciso a), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y de atender las solicitudes realizadas por los administrados, aspecto que se halla señalado por los artículos 24° y 232° de la Constitución Política del Estado, resaltando la obligación de las entidades públicas, de proporcionar información en las condiciones solicitadas por el administrado.

Menciona también que el artículo 5°, inciso a), del Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 23318-A (Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública), el que establece que: "*La base de la credibilidad de los actos de los servidores públicos es la generación de información, útil, oportuna, confiable, y verificable…*", por lo cual, en su criterio, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realizó una interpretación restrictiva del artículo 1° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, donde supuestamente el realizar una inversión en una entidad similar extranjera, estaría en contrasentido a la exclusividad de la misión de la entidad, por lo que sostiene que el regulador, más allá de dicha interpretación, debe demostrar que realizar la inversión con el objeto de fortalecer a la actividad del negocio principal, está prohibida, de lo contrario tendría que limitarse a admitir su error y permitir la habilitación de las cuentas *165.8* "*Participación en entidades financieras afines*" *y/o 163.98* "*otros títulos valores en entidades financieras del Exterior*".

Con respecto a ello, la decisión de negativa para la habilitación de las subcuentas 165.08 *Participación en Burós de Información Crediticia* y/o 163.98 *Otros Títulos Valores de Entidades Financieras del Exterior*, está sustentada en la descripción y dinámica contemplada en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de lo cual ha obtenido el resultado expresado en la Resolución Administrativa N° 799/2013, el que a la letra señala:

> "… *Descripción de la Cuenta 163.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: Inversiones en Entidades Financieras del Exterior.*
>
> *"En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo.*
>
> *Se incluye para entidades financieras que tengan su oficina matriz en el exterior, las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por la oficina matriz y sucursales, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo."*

- *Descripción de la Cuenta 165.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: Participación en Entidades Financieras y Afines.*

  "En esta cuenta se registra la participación en otras sociedades de servicios financieros, de seguro, en bancos filiales, sucursales o agencias en el exterior y en organismos multilaterales de financiamiento, representadas por acciones o cuotas de capital adquiridas por la entidad.

  Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras."

  En el análisis de la descripción de las cuentas de las cuales INFOCRED S.A. solicita habilitación, se tiene que las mismas prevén lo siguiente:

- *Cuenta 163.00.- "En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior…"*

  De la precedente descripción, se advierte que la pretendida operación de inversión de INFOCRED BIC S.A. de Bolivia en la Empresa INFOCRED BIC de Argentina, no representa un depósito a plazo fijo u otros títulos valores de deuda, tampoco INFOCRED BIC de Argentina representa una entidad financiera.

- *Cuenta 163.00.- "…Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras."*

  Queda claro que la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), no autoriza a los Burós de Información Crediticia ni a ninguna empresa de servicios auxiliares financieros a realizar inversiones en otras entidades…"

Consiguientemente, sí han sido atendidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las solicitudes que salen en las notas de GG-060/2013 de 14 de marzo de 2013 y GG 487/2013 de 12 de julio de 2013, conforme consta en la Resolución Administrativa ASFI N° 699/2013 de 21 de octubre 2013, siendo pertinente aclarar, al igual que en la acusada infracción a deber de fundamentación, no puede pretender el recurrente que, en caso de no serle respondido exactamente lo que él pretende, entonces se deba inferir una infracción al derecho de petición, por cuanto, no es a ello a lo que tal instituto constitucional se riere en sus alcances.

2.5. Solicitud de habilitación de la sub cuenta correspondiente.-

Respecto a la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre que la inversión realizada por **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.** desvirtuaría las actividades exclusivas de un buró de información crediticia, el recurrente la califica de errática, toda vez que INFOCRED BIC ARGENTINA no es una entidad con giro comercial diferente a la que actualmente tiene **INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA BIC S.A.**, lo cual implica que las inversiones realizadas no han sido ajenas a su objeto social, por lo que no han contravenido lo previsto en el artículo 1° de la Ley Nª 1488 de Bancos y Entidades Financieras. De igual forma, afirma que el apalancamiento a través de estas inversiones tiene como finalidad el tener mayores recursos para mejorar el servicio al usuario financiero, es decir, aumentar sus recursos de inversión (se entiende que en el medio local y dentro del negocio que importa la prestación de sus servicios).

Sobre este punto, se ha manifestado la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero argumentando que:

> "…*La negativa de esta Autoridad de Supervisión para que la empresa de servicios auxiliares financieros realice la inversión en la similar empresa de la Argentina, no es producto de un estudio de factibilidad, conveniencia o viabilidad de la entidad regulada o del sistema Financiero en General; la negativa obedece únicamente a que tanto la ley como el respectivo Reglamento, establecen que los burós de información crediticia tienen como giro exclusivo el de proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al titular, conocer su nivel de endeudamiento, y su nivel de riesgo, sin autorizarles a efectuar operaciones de inversión permanente en otras entidades nacionales o del exterior*…"

Al respecto, el hecho de realizar inversiones no puede confundirse como una actividad principal análoga, entendiéndose que la inversión es una forma de obtener recursos adicionales, situación que de ninguna manera distorsiona la exclusividad del Buró. Por ejemplo y trayendo a colación lo manifestado por el regulador en cuanto a que las entidades financieras bancarias si están autorizadas de manera expresa a invertir en el capital de sociedades de titularización, invertir en el capital de bancos de segundo piso, empresas de servicios financieros, etc., se debe entender que estas inversiones tampoco constituyen parte de las operaciones que hacen al giro del negocio exclusivo de una sociedad como tal.

Entendiéndose el objeto social como la expresión de la actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye, es decir, que el objeto social delimita los actos y negocios a los que se puede dedicar una sociedad, la factibilidad de inversión del patrimonio de una sociedad debe constar en los estatutos constitutivos de la sociedad, pero no debe entenderse esto como parte de las actividad que realiza una sociedad para su negocio, concluyendo que el giro comercial o el objeto de la sociedad como tal, es aquella actividad que realiza una empresa de forma permanente y habitual, debiendo esta actividad ser lícita y permitida por las normas para que la misma se desarrolle en el ámbito que corresponda.

Ahora bien; señala que el artículo 347°, inciso b), de la actual Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013 (de Servicios Financieros) que, un buró de información crediticia tiene la posibilidad de obtener financiamiento de entidades de intermediación financiera nacionales o extranjeras. Teniéndose presente que la inversión en la similar de la República Argentina es una forma indirecta o interna de financiamiento, la referida inversión no implica desvirtuar las actividades exclusivas del buró de información crediticia, y más aun cuando la misma se realizó en una sociedad con giro comercial similar, situación legal que no contraviene lo previsto en el artículo 1° de la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras), respecto a la exclusividad de la actividad de información del Buró.

Al respecto, la Autoridad Reguladora ha fundamentado el rechazo a dar curso a la solicitud de la, ahora, recurrente, con los siguientes argumentos:

> "*(…) En el marco de la normativa positiva que rige al Derecho Administrativo, la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, ha establecido las operaciones que les son permitidas a las entidades bajo su regulación, es así que por ejemplo en el artículo 39, autoriza expresamente a las entidades financieras bancarias, entre otras, a: "19) Invertir en el capital de sociedades de titularización; 21) Invertir en el capital de Bancos de segundo piso, empresas de servicios financieros, empresas de seguros y administradoras de fondos de pensiones*".
>
> *En lo referente a los Burós de Información Crediticia, el artículo 67 de la misma Ley señala que las normas de su creación, constitución y funcionamiento serán aprobadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en tal sentido, fue aprobado el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Burós de Información Crediticia, contenido en el Libro 1°, Título II, Capítulo II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mismo que en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define en el inciso d) del artículo 3, Sección I: "**Buró de Información Crediticia (BIC):** Persona jurídica constituida como sociedad anónima, cuyo giro exclusivo es proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al titular, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo. Para el cumplimiento de su objeto, recolectará, almacenará, consolidará y procesará información relacionada con personas naturales y jurídicas, conformando bases de datos* (…)
>
> *…La negativa de esta Autoridad de Supervisión para que la empresa de servicios auxiliares financieros realice la inversión en la similar Empresa de la Argentina, no es producto de un estudio de factibilidad, conveniencia o viabilidad de la entidad regulada o del Sistema Financiero en general; la negativa obedece únicamente a*

que tanto la Ley como el respectivo Reglamento, establecen que los burós de información crediticia tienen como giro exclusivo el de proporcionar información crediticia que permita identificar adecuadamente al titular, conocer su nivel de endeudamiento y su nivel de riesgo, sin autorizarles a efectuar operaciones de inversión permanente en otras entidades nacionales o del exterior…"

El argumento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es reforzado haciendo alusión a lo dispuesto en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente por lo dispuesto en la descripción de las cuentas dentro de las cuales se encuentran las sub cuentas solicitadas (163.98 y 165.08), de la siguiente manera:

"(…)

a) La descripción y dinámica contemplada en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, con los siguientes resultados:

- *Descripción de la Cuenta 163.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: Inversiones en Entidades Financieras del Exterior.*

  "En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo.

  Se incluye para entidades financieras que tengan su oficina matriz en el exterior, las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por la oficina matriz y sucursales, que cuentan con las características mencionadas en la descripción del grupo."

- *Descripción de la Cuenta 165.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: Participación en Entidades Financieras y Afines.*

  "En esta cuenta se registra la participación en otras sociedades de servicios financieros, de seguro, en bancos filiales, sucursales o agencias en el exterior y en organismos multilaterales de financiamiento, representadas por acciones o cuotas de capital adquiridas por la entidad.

  Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras."

b) En el análisis de la descripción de las cuentas de las cuales INFOCRED S.A. solicita habilitación, se tiene que las mismas prevén lo siguiente:

- *Cuenta 163.00.- "En esta cuenta se registran las inversiones en depósitos a plazo fijo y otros títulos valores de deuda, emitidos por entidades financieras del exterior…"*

De la precedente descripción, se advierte que la pretendida operación de inversión de INFOCRED BIC S.A. de Bolivia en la Empresa INFOCRED BIC de Argentina, no representa un depósito a plazo fijo u otros títulos valores de deuda, tampoco INFOCRED BIC de Argentina representa una entidad financiera.

- *Cuenta 163.00.- "…Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras."*

Queda claro que la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), no autoriza a los Burós de Información Crediticia ni a ninguna empresa de servicios auxiliares financieros a realizar inversiones en otras entidades…"

Como se puede observar de lo transcrito, el principal argumento de la Autoridad Reguladora radica en el hecho de que la norma no establece una autorización expresa para que los burós de información crediticia realicen inversiones permanentes en otras entidades nacionales o del exterior.

Es necesario señalar que a tiempo de la solicitud presentada por la recurrente a la Autoridad Reguladora -14 de marzo de 2013-, la normativa no establecía la prohibición de que un buró de información crediticia pueda realizar determinadas inversiones, por lo que tampoco prohibía que la misma adquiera o invierta, en derechos de participación de una sociedad extranjera con el mismo objeto social, así como tampoco establecía la autorización de las inversiones que podían realizar, a diferencia de las otras formas entidades de intermediación financiera o de servicios financieros, también reguladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, como son las Entidades Financieras Bancarias y los Fondos Financieros Privados, por disposición de los artículos 39°, numerales 19 y 21, y 43° de la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras).

Dicha autorización expresa, tiene sentido para, por ejemplo, las referidas entidades financieras toda vez que las mismas captan recursos del público, y la Autoridad Reguladora tiene la obligación de velar que dichos recursos sean invertidos de forma adecuada o controlada, considerando además que, cualquier inversión que ocasione una pérdida significativa a la entidad inversionista puede afectar los recursos captados del público.

Para el caso específico de los burós de información crediticia es pertinente señalar que no realizan captación de recursos del público, por lo que no asiste la misma necesidad de velar o controlar las inversiones que realice, toda vez que la consecuencia en caso de que la inversión tenga efectos financieros negativos, recaería sobre el patrimonio de la propia sociedad y no de terceros, así como tampoco tendría mayores efectos en el sistema financiero.

De ello se entiende que la norma no ha dado prioridad a establecer alguna prohibición o limitación en las inversiones de los burós de información crediticia, ni en la anterior Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras), ni en la actual Ley N° 393 (de Servicios Financieros).

También es preciso mencionar que, si bien un buró de información crediticia, se constituye con "*objeto exclusivo*", esta exclusividad está referida a la actividad habitual de sus operaciones, las que forman su giro comercial, no así a las decisiones administrativas o de estrategia empresarial, pues estas últimas no son actividades habituales.

En tal sentido, el hecho de realizar una inversión en una entidad (además, del mismo rubro), no puede considerarse como una actividad que vaya a desvirtuar el "*objeto exclusivo*" por

el que fueron creados, pues lo contrario significaría que estas entidades no podrían efectuar inversiones de ningún tipo (ni depósitos a plazo fijo, ni cuentas de ahorro, ni en títulos valores, etc.), por el simple hecho de que tales inversiones tampoco están autorizadas en la norma (lo cual constituiría un exceso, pero que se enmarcaría dentro del criterio de la Autoridad Reguladora).

Corresponde hacer notar que, los estados financieros de los burós de información crediticia, no forman parte del Boletín Informativo mensual que emite la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que demuestra que su incidencia en el sistema financiero no es relevante para la propia Autoridad Reguladora.

Y con relación al Manual de Cuentas, específicamente, a las descripciones de las cuentas 163.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: *Inversiones en Entidades Financieras del Exterior*, y 165.00, Grupo: Inversiones Permanentes; Cuenta: *Participación en Entidades Financieras y Afines*, corresponde señalar que, por la naturaleza de la inversión realizada por la recurrente, no corresponde su registro en la cuenta 163.00 *Inversiones en Entidades Financieras del Exterior*, sub cuenta 163.98 *Otros títulos valores de entidades financieras del exterior*, debido a que en dicha cuenta y en las sub cuentas que la componen, se deben registrar valores de deuda como los Depósitos a Plazo Fijo y otros con esa característica, es decir, que sean valores representativos de deuda, por lo que, considerando que la inversión realizada por la recurrente fue en acciones de la empresa INFOCRED BIC ARGENTINA, corresponde su registro en la sub cuenta 165.08 *Participación en Burós de Información Crediticia*, que forma parte de la cuenta 165.00 *Participación en Entidades Financieras y Afines*, debido a que en dicha cuenta se registran valores de participación o de derecho patrimonial como lo son las acciones.

Si bien es cierto que la descripción de la cuenta 165.00 establece la limitación de que *"Las entidades de Intermediación Financiera sólo pueden realizar las inversiones señaladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras",* está claro que, por lo manifestado en párrafos precedentes, la misma es justificada para las entidades financieras que realizan captaciones del público por la responsabilidad que tienen de invertir de forma adecuada ésos recursos, no siendo ese el caso de un buró de información crediticia, por lo que dicha limitación no aplica para el presente caso.

Por todo lo manifestado, los argumentos de la Autoridad Reguladora en sentido de negar la solicitud de habilitar la apertura de la sub cuenta 168.05 *Participación en Burós de Información Crediticia*, son insuficientes.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto a los argumentos presentados por el recurrente, respecto a la posibilidad de que el mismo pueda realizar inversiones en el exterior en sociedades de similar objeto, tal como se estableció en el análisis realizado precedentemente.

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar la Resolución impugnada, con alcance total cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 799/2013 de 4 de diciembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 699/2013 de 21 de octubre 2013, pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejando a ambas sin efecto.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/ Nº 1094-2013 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 032/2014 DE 16 DE MAYO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2014

La Paz, 16 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 025/2014 de 22 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 049/2014 de 2 de mayo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 6 de enero de 2014, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por el Gerente General, Sr. Milan Grover Rosales Vera, en mérito al Testimonio de Poder Nº 239/2011, otorgado en fecha 31 de marzo de 2011 por ante la Notaría de Fe Pública, a cargo de la Dra. Juan Mery Ortiz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, que en Recurso de

Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/9/2014, con fecha de recepción del 09 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de enero de 2014, notificado a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 21 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013 y se intima al recurrente a presentar la fundamentación referida a la solicitud de suspensión de la ejecución de la obligación de presentar la Boleta Bancaria de Garantía, ante la existencia de una imposibilidad material de cumplimiento de esa obligación, que podría irrogarles graves daños.

Que, mediante auto de fecha 14 de enero de 2014, notificado en fecha 21 de enero de 2014, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico interpuesto por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, a las entidades: **Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima** y **Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones**, a efectos de que quienes resulten en terceros legítimos interesados, se apersonen y presenten sus alegatos.

Que, en fecha 5 de marzo de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos, solicitada por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** mediante memorial presentado en fecha 29 de enero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

1.1 Auto de 27 de febrero de 2013.-

Mediante auto de 27 de febrero de 2013, notificado el 6 de marzo siguiente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispone que:

> "…*PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, en cumplimiento a lo resuelto en el SEGUNDO de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, presente la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la*

mora, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS…"

1.2. Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013.-

Mediante memorial presentado en fecha 11 de marzo de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANONIMA** solicita se aclare el auto administrativo citado en el numeral anterior y pide sea elevado a la calidad de Resolución Administrativa.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, resuelve:

*"…**PRIMERO.-** Se atiende la solicitud de aclaración a los términos establecidos en el Auto de 27 de febrero de 2013, solicitada por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, en los términos desarrollados en la parte Considerativa del presente acto administrativo.*

***SEGUNDO.- I.** Pronunciarse con referencia a la solicitud de PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa el Auto de 27 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

***II.** El Auto de 27 de febrero de 2013, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.*

***TERCERO.-** PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, en el plazo de diez (10) diez días hábiles administrativos, deberá a detalle informar documentadamente del Monto Total en bolivianos por Cobranza Administrativa y Judicial al 25 de enero de 2011, por concepto de mora de aportes laborales y patronales de vivienda; y si la misma se tiene gestionada judicialmente…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que una vez evaluado el tenor del memorial de 11 de marzo de 2013 de PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, se tiene en primera instancia que el regulado hace referencia a los antecedentes por los cuales ha sido sancionado e impuesto (sic) *la obligación de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por aportes patronales y laborales adeudados al FCIV, para lo cual debe garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS, con la presentación de la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, a la fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011 a nombre de la Entidad Reguladora y, con vigencia de un (1) año.*

Que con relación al argumento del regulado de que en el proceso sancionador habría realizado las gestiones de cobranza y recuperación de los aportes a la vivienda de forma conjunta con la deuda del Seguro Social Obligatorio de largo plazo; al respecto este aspecto fue ya dilucidado en el proceso que se señala al establecer que no tenía iniciado ni un Proceso Ejecutivo Social para el cobro de los adeudos, cuando por norma se tiene establecido que agotada la gestión administrativa y en plazo inicie la acción judicial. Por tanto, llama la atención de este Ente Regulador el que se siga sosteniendo que se llevó a cabo la cobranza sin establecer que para este propósito no se haya utilizado la acción legal correspondiente en el plazo que el regulado mismo denota en su memorial.

Que asimismo, habrá que aclarar al regulado las etapas de la cobranza, la cual se divide en la etapa de gestión de cobro administrativa y la gestión de cobro judicial, esta última imputada y sancionada al regulado, por no interponer la acción legal que manda la norma para la recuperación de los adeudos a la vivienda, recursos con los cuales se tiene que cumplir fines y proyectos sociales de vivienda a realizar por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Que por otro lado, hay que señalar que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, se constituye en la entidad que por norma tiene la obligación de ***administrar*** *y* ***recaudar*** *los aportes a la vivienda, para lo cual tiene el control y registro de empleadores así como la mora existente a la vivienda, en cumplimiento al contrato suscrito con el Estado Boliviano, el cual se halla vigente.*

Que sin perjuicio de lo anterior se tiene que, durante el proceso sancionador la Autoridad Reguladora, ha solicitado a la Entidad Regulada informe del Monto Total en bolivianos por Cobranza Administrativa y Judicial al 31 de agosto de 2010, por concepto de mora de aportes laborales y patronales de vivienda; requerimiento atendido con nota PROV-484/11/10 de 04 de noviembre de 2010, reportándose las siguientes cifras:

Instancia	***Aporte Patronal***	***Aporte Laboral***
Judicial	*72.988,091*	*670.276*
Otras	*13,377,134*	*708,207*
Total	***86,365,225***	***1,378,483***

Que sin embargo, el regulador analizada la anterior información dejó en claro que, desde el momento en que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA S.A., se hizo cargo de la recaudación de los aportes laborales y patronales, no ha iniciado ningún Proceso Ejecutivo Social para la recuperación de los adeudos en mora para la vivienda, concluyendo que, la información remitida por la Entidad Regulada en lo que respecta al monto total en bolivianos por Cobranza Judicial al 31 de agosto de 2010, no es correcta.

Que en consideración a lo anterior y en lo que respecta a la solicitud de precisarse el monto de la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora y, que

sólo se extienda por el importe correspondiente a las demandas ejecutivas sociales que debían estar iniciadas al momento de la notificación de la Resolución Sancionadora; esta Autoridad considera que el regulado debe dar lectura integral a lo resuelto por la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011 en lo que se refiere a las obligaciones del regulado, considerando las fechas y parámetros que se tienen expuestos, que nuevamente se los transcribe:

> *"**SEGUNDO.- I.** La obligación de Provivienda S.A. de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por aportes patronales y laborales adeudados al FCIV, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad.*
>
> ***II.** En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, Provivienda S.A. deberá garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS, con la presentación a la AP de una Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, a la fecha de emisión de la presente Resolución Administrativa, a nombre de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, con vigencia de un (1) año."*

Que en ese sentido, el regulado debe a través de la Boleta Bancaria de Garantía, garantizar y efectivizar la recuperación de la mora de acuerdo al monto que tiene registrado como administradora y recaudadora, considerando el monto de la mora en gestión judicial hasta la fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011.

Que continuado con el párrafo anterior y tomando en cuenta la identificación de los empleadores y la mora por el regulado, que tuvieron que estar con Proceso Ejecutivo Social, los importes adeudados a incorporarse en las demandas sociales y para los efectos de la presentación de la Boleta Bancaria, debe considerarse el 25 de enero de 2011, fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011.

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, se tiene por aclarado el Auto de 27 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

Que con relación al Otrosi (sic) *del memorial de 11 de marzo de 2013, en el que se solicita consigne el Auto de 27 de febrero de 2013 en Resolución Administrativa, corresponde señalar lo siguiente:*

Que el artículo 18 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, reglamenta el Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y establece el carácter y alcance general de sus determinaciones y efectos jurídicos cuando alcanzan a la totalidad o a un sector determinado de sujetos regulados.

Que de la serie de actos administrativos emitidos por las Entidades Públicas, se encuentran los actos de menor jerarquía cuya obligatoriedad está prevista en el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que el parágrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, faculta a los sujetos regulados o personas interesadas que hubieran sido notificadas con un acto administrativo, a que puedan solicitar al Ente Regulador en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, consigne el acto administrativo emitido en Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada.

Que el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS debe emitir la Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud; en caso de no pronunciarse dentro del plazo señalado por ley, las personas legitimadas que hubieran solicitado la consignación del acto administrativo en Resolución Administrativa podrán interponer directamente el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.

Que en atención a la solicitud de PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, es pertinente atender el requerimiento del regulado.

Que finalmente es necesario que el regulado informe sobre los Montos Totales en bolivianos por Cobranza Administrativa y Judicial realizados por el regulado, por concepto de mora de aportes laborales y patronales de vivienda; y si la misma se tiene gestionada judicialmente…"

Mediante auto de 19 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros atiende la solicitud de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANONIMA,** otorgando un plazo improrrogable de diez (10) días hábiles administrativos para que presente el informe documentado instruido en el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, aclarando que el mismo debe estar respaldado en físico y medio magnético, y que entre otros debe considerar el detalle de la mora, sus antecedentes, las acciones y gestiones de cobranza y las conclusiones respectivas.

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

2.1. Memorial de 23 de abril de 2013.-

En fecha 23 de abril de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***II. DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS AGRAVIADOS.***

2.1. La Resolución Recurrida en la Parte Considerativa, página 7, señala que: "...el regulado debe a través de la Boleta Bancaria de Garantía, garantizar y efectivizar

la recuperación de la mora de acuerdo al monto que tiene registrado como administradora y recaudado(sic), *considerando el* ***monto de la mora en gestión judicial*** *hasta la fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019/2011 de 25 de enero de 2011 (...)* ***para los efectos de la presentación de las*** (sic) ***Boleta Bancaria, debe considerarse el 25 de enero de 2011****...", (énfasis añadido). Es decir que la APS, a través de la Resolución Recurrida, ha aclarado que PROVIVIENDA debe presentar una Boleta de Garantía Bancaria por el* ***monto al que asciende la mora en gestión judicial al 25 de enero de 2011****, y a su vez ha dispuesto, conforme se desprende del artículo segundo, que nuestra Sociedad tiene 60 días hábiles a partir del 2 de abril de 2013 para hacer efectiva dicha presentación.*

2.3. (sic, debió decir 2.2) *Por otra parte, esta misma Resolución en su Parte Resolutiva, página 9, en el artículo tercero, instruye a PROVIVIENDA entregar un detalle de información documentada sobre el "...Monto Total en bolivianos* (sic) *por Cobranza Administrativa y Judicial al 25 de enero de 2011, por concepto de mora de aportes laborales y patronales de vivienda; y si la misma tiene gestionada judicialmente...", otorgándole a tal efecto el plazo de 10 días hábiles administrativos. En otras palabras, la Autoridad que Ud. dirige requiere información para identificar la totalidad de la mora, que incluye los montos adeudados tanto en la gestión de cobranza administrativa y en la judicial, al 25 de enero de 2011.*

2.4. Estas dos disposiciones de la Resolución Recurrida entran en contradicción, puesto que por una parte se le instruye a PROVIVIENDA que debe entregar una boleta garantía bancaria (sic) *por el importe al que asciende la mora en gestión judicial al 25 de enero de 2011 y a su vez, se le pide información sobre el monto total de la mora por cobranza administrativa y judicial al 25 de enero de 2011, lo que muestra que la APS debe primero determinar el importe que debe tener la boleta de garantía, de otro modo no estaría justificado este requerimiento, más aun considerando que esta información sobre la cobranza administrativa y judicial ha sido puesta en conocimiento de la Autoridad que Ud. dirige, en las diferentes etapas del procedimiento sancionador.*

2.5 PROVIVIENDA entiende que si aún la APS no tiene certeza del monto sobre el cual debe emitirse la boleta de garantía exigida por la Resolución Sancionadora, ya que por ello está pidiendo información relacionada, no sería tampoco ecuánime que se compute el plazo para exigir su presentación.

2.6 Además, el requerimiento de información efectuado en la Resolución Recurrida, tampoco se enmarca dentro de la petición formulada por PROVIVIENDA, lo que hace incongruente este acto administrativo, puesto que la APS aclara -entendemos- que la boleta de garantía (sic) *que debe ser presentada por PROVIVIENDA debe ser emitida por el monto que tiene la mora en gestión judicial a la fecha de emisión de la Resolución Sancionadora, y por otro lado -entendemos- pide información que ha sido proporcionada, y que en esta etapa de ejecución no debería ser requerida, o en su caso, la APS esta información pudo ser pedida antes de otorgar un plazo para hacer efectiva la obligación de presentar la boleta de garantía*(sic).

2.7 Existir (sic) *una falta precisión en el fundamento de la Resolución Recurrida respecto a las decisiones adoptadas, puesto que la petición efectuada ya no tiene un respaldo legal que lo justifique, ya que el procedimiento sancionador ha concluido y la Resolución Sancionadora tiene un carácter definitivo y ejecutivo en la sede administrativa, por lo que la APS a través de la Resolución Recurrida, está atentando contra el principio de seguridad jurídica que debe tener todo acto administrativo y que regir la potestad sancionadora, tal como se desprende del artículo 62, parágrafo II del Reglamento SIREFI, que señala: "...la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción a los principios establecidos...", concordante con el artículo 178, parágrafo I de la Constitución Política del Estado dispone que: "...La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se sustenta en los principios de (...)* ***seguridad jurídica****…".*

2.8 El Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el principio de seguridad jurídica ha emitido como línea jurisprudencial lo manifestado en la Sentencia Constitucional 1390/2011-R de 30 de septiembre de 2011 que señala: "...la seguridad jurídica constituye uno de los principios que sustenta la potestad de impartir justicia conforme al mandato contenido en el art. 178 de la misma norma; en consonancia con ello, se entiende que la interpretación constitucional debe orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico.

Como principio general informador de la potestad de impartir justicia, ***otorga una importancia fundamental, como orientación axiológica para la comprensión del sistema jurídico nacional****,* ***condiciona la actividad discrecional de la administración*** *y de la jurisdicción, y constituye además, el sentido teleológico para la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas... ", (énfasis añadido).*

2.9 Asimismo, la contradicción entre la parte considerativa y la parte resolutiva de la Resolución Recurrida atenta contra el ***principio de congruencia*** *reconocido expresamente dentro de la línea jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, señalando que: "...la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que* ***implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva:*** *sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones,* ***es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes****. (...) El principio de congruencia, responde a*

la pretensión jurídica o la expresión de agravios formulada por las partes; la falta de relación entre lo solicitado y lo resuelto, contradice el principio procesal de congruencia..." (Sentencia Constitucional Plurinacional 1111/2012 de 6 de septiembre de 2012).

2.10 La ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera dispuso como criterio uniforme la aplicación del principio de congruencia en la tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, y en las actuaciones de la Administración Pública que en materia administrativa implica que "...las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser ***fundamentadas, claras, precisas y coherentes respeto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados o en su caso imputados y la resolución final" (Según la Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09.11.2004, SG SIREFI RJ 50/2005 de 08.12.2005, SG SIREFI RJ 13/2006 de 16.03.2006, SG SIREFI RJ 70/2007 de 30.07.2007, entre otras), (énfasis añadido).*

2.11 La Resolución Recurrida, al tener disposiciones contradictorias que llevan a PROVIVIENDA a una incertidumbre jurídica, es atentatoria a los principios de seguridad jurídica y de congruencia, lo que a su vez afectada (sic) *el derecho y garantía constitucional al debido proceso que tiene PROVIVIENDA, y que está protegido por el mandato constitucional contenido en los artículos 115 parágrafo II y 117 parágrafo I de la Constitución Política del Estado. Esta vulneración se produce al definir que el plazo para gestionar y presentar la boleta de garantía impuesta por la Resolución Sancionadora, que debe ser calculada sobre el monto total de la mora por la gestión de cobranza judicial al 25 de enero de 2011 (tal como se tiene dicho en la parte considerativa de la Resolución Recurrida), transcurra y a su vez requerir información documentada sobre el monto total de la mora por cobranza administrativa y judicial al 25 de enero de 2011, que entendemos debía ser pedida y analizada con anterioridad a emitir la aclaración dispuesta en la Resolución Recurrida y antes de establecer un plazo, cuyo cumplimiento ahora está condicionado implícitamente a la entrega de esta información.*

2.12 Consecuentemente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35, parágrafo i, inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 234/2013 de 25 de marzo de 2013, es nula de pleno derecho porque atenta el derecho al debido proceso consagrado en los artículos 115 parágrafo II y artículo 117 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, así como los principios que seguridad jurídica establecido en el artículo 178, parágrafo I de la Norma Fundamental y congruencia que forma parte de la garantía del debido proceso.

Sin perjuicio de la interposición de este recurso, PROVIVIENDA no renuncia ni desconoce las acciones legales -ni los fundamentos que las sustentan- que viene ejerciendo ante el Tribunal Supremo de Justica dentro del proceso contencioso - administrativo y de una acción de inconstitucionalidad concreta, en el marco del ordenamiento jurídico vigente.

IV. PETITORIO.

Por los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el punto III de este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los artículos 37, 38, 46, 47 parágrafo II y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, corresponde a su Autoridad:

1) *Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 234/2013 de 25 de marzo de 2013 al contener una contradicción entre la parte dispositiva y el requerimiento de información contendido en el artículo tercero, contraviniendo los principios de seguridad jurídica dispuesto en el artículo 178, parágrafo I de la Constitución Política del Estado y de congruencia que se encuentra inmerso en la garantía constitucional del debido proceso, y a su vez vulnerar el derecho al debido proceso protegido por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 117 parágrafo I de la Constitución Política del Estado.*

2) *Declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 234/2013 de 25 de marzo de 2013, por ser contradictoria contravenir los principios constitucionales consagrados en los artículos 115, 117 y 178 de la Constitución Política del Estado…*"

2.2. Ampliación de plazo para la remisión de información.-

Mediante nota PROV-33/05/13 de 7 de mayo de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** remite la información parcial de empleadores deudores de aportes laborales y patronales al Régimen de Vivienda, señalando que se está negociando con Futuro de Bolivia S.A. AFP la suscripción de un contrato, para el envío de la Base de Datos de la mora al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones, y solicita la ampliación del plazo para el envío del informe documentado, el cual es otorgado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 17 de mayo de 2013, en veinte (20) días hábiles administrativos.

Asimismo, mediante nota PROV-35-05-13 de 23 de mayo de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita la autorización expresa de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para que Futuro de Bolivia S.A. AFP remita la información necesaria a la recurrente, toda vez que esa Administradora de Fondos de Pensiones habría señalado que tal información es reservada.

La Entidad Reguladora mediante auto de 3 de julio de 2003, se limita a ampliar por última vez el plazo para la presentación del informe documentado, instruido en el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, sin pronunciase respecto a la no objeción solicitada por la ahora recurrente.

Mediante memorial presentado en fecha 2 de agosto de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** reitera su solicitud para que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, manifieste y/u otorgue una autorización expresa a efectos de que Futuro de Bolivia S.A. AFP haga la entrega de la información contenida en su Base de Datos, y solicita la ampliación del plazo.

La Entidad Reguladora, mediante auto de 23 de agosto de 2013, se limita a otorgar el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, y mediante auto de 27 de septiembre de 2013, solicita un informe documentado y detallado de todos los contratos, convenios, acuerdos y adendas (resueltos, finalizados, vigentes, etc.) suscritos con Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., relativos a la recaudación de los aportes patronal y laboral para la vivienda.

Mediante memorial presentado el 30 de octubre de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA,** remite el informe documentado y cronológico respecto a los contratos y adendas suscritos con BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP.

2.3. Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/Nº 1094-2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 23 de abril de 2013, determinando lo siguiente:

> "…***PRIMERO.-*** *Confirmar Parcialmente la Resolución Administrativa APS/N° 234 - 2013 de 25 de marzo de 2013, quedando redactada la parte resolutiva de la manera siguiente:*
>
> "***PRIMERO.-*** *Se atiende la solicitud de aclaración a los términos establecidos en el Auto de 27 de febrero de 2013, solicitada por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, en los términos desarrollados en la parte Considerativa del presente acto administrativo.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Pronunciarse con referencia a la solicitud de PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa el Auto de 27 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003; con la siguiente modificación:*
>
> > *"Se dispone que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA hasta el* ***30 de agosto de 2013****, en cumplimiento a lo resuelto en el SEGUNDO de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, presente la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS."*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Se deja sin efecto lo resuelto en el TERCERO de la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013.*
>
> ***TERCERO.-*** *Se rechaza la solicitud de Nulidad de la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013.*
>
> ***CUARTO.-*** *Se rechaza la solicitud de no objeción presentada por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA en fecha 02 de*

agosto de 2013, relativa a la autorización a Futuro de Bolivia S.A. AFP para la entrega de información referente a la recaudación de los aportes a la vivienda, conforme a los términos desarrollados en la parte Considerativa del presente acto administrativo…"

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes:

"*…Que en función a los argumentos presentados por Provivienda S.A., la APS emite el pronunciamiento correspondiente:*

Que evidentemente, la APS en la R.A.234-2013 ha expresado la obligatoriedad de que el regulado debe a través de la Boleta Bancaria de Garantía, garantizar y efectivizar la recuperación de la mora de acuerdo al monto que tiene registrado como administradora y recaudadora, considerando el monto de la mora en gestión judicial hasta la fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011.

Que por otro lado, la Entidad Regulada refrenda y reconoce el carácter definitivo de la determinación resuelta y la obligación impuesta en el proceso sancionador, cuando ésta indica en el punto 2.7. de su recurso que: "…que (sic) *el procedimiento sancionador ha concluido y la Resolución Sancionadora tiene un carácter definitivo y ejecutivo en la sede administrativa,…". En ese comprendido, le queda clara la obligación de cumplir con la obligación de presentar la Boleta Bancaria de Garantía establecida en el proceso sancionador y a la cual al presente no ha dado cumplimiento, pese a que reconoce el carácter definitivo y ejecutivo de tal determinación.*
Que sin embargo, habrá que recordar al regulado lo que dispone el Auto de 27 de febrero de 2013, por el cual la APS ha visto por conveniente conminar a Provivienda S.A., para el cumplimiento a las determinaciones y obligaciones establecidas en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, pues el señalado Auto ahora consignado en la R.A.234-2013, establece:

> *"Se dispone que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, en cumplimiento a lo resuelto en el SEGUNDO de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, presente la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS."*

Que ahora bien, Provivienda S.A. ha pedido la ***aclaración*** *y* ***consignación*** *del Auto de 27 de febrero de 2013 notificado el 06 de marzo de 2013, requerimientos atendidos por esta Autoridad con la emisión de la R.A. 234-2013. Sin embargo, evaluados los antecedentes se tiene que, en ningún momento el regulado de manera concreta y/o expresa ha efectuado observación alguna (suspensión o ampliación) respecto al cumplimiento del objeto mismo del Auto señalado, cual es el instruir la presentación de la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que asciende la mora a la vivienda en el plazo establecido, habiendo vencido éste el* ***04 de junio de 2013****; por el contrario el regulado reconoce el carácter ejecutivo de la obligación que tiene por no atendida.*

Que por otra parte, a la fecha de emisión del presente acto administrativo han transcurrido más de 180 días hábiles sin que Provivienda S.A. haya remitido la Boleta Bancaria de Garantía, incumpliendo superabundantemente el plazo establecido en el Auto de 27 de febrero de 2013 notificado el 06 de marzo de 2013. Y que, el hecho de que se haya consignado el señalado Auto en Resolución Administrativa no implica de ninguna manera la prórroga del plazo establecido.

Que por norma procesal administrativa se tiene que, las disposiciones del Ente Regulador no pueden ser objeto de suspensión por solicitud o impugnación, siendo su cumplimiento obligatorio por el regulado en los términos y plazos que establece el acto administrativo; salvo expresa solicitud debida durante el desarrollo del proceso administrativo en curso y que sea aceptada, situación no ocurrida en el presente caso de autos.
Que sin perjuicio del tiempo transcurrido a la fecha, esta Autoridad recalca que, la Boleta Bancaria de Garantía a presentar por el regulado debe cubrir el monto al que asciende la mora en gestión judicial hasta la fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS.

Que por tanto, Provivienda S.A. se constituye en la entidad que por norma tiene la obligación de ***administrar*** *y* ***recaudar*** *los aportes a la vivienda, para lo cual debe tener el* ***control*** *y* ***registro*** *de empleadores así como* ***de la mora*** *existente a la vivienda, en cumplimiento al contrato suscrito con el Estado Boliviano, el cual junto al Decreto Supremo No. 25958 de 21 de octubre de 2000 continúan vigentes.*

Que en otra parte se tiene que, la mayor parte de los argumentos planteados por el regulado en la impugnación tienen una orientación a lo que se tiene dispuesto en lo resuelto en el TERCERO de la R.A.234-2013 situación que bien podría utilizarse para los fines de supervisión por esta Autoridad; en ese sentido corresponderá en su oportunidad por esta Autoridad el control y seguimiento por cuerda separada al presente proceso. Por lo que el presente proceso administrativo debe ceñirse a lo instruido en el Auto de 27 de febrero de 2013 notificado el 06 de marzo de 2013, que exige expresamente la presentación de la Boleta Bancaria.

Que la Entidad Regulada asevera que se estaría vulnerando principios constitucionales y administrativos, como ser la Seguridad Jurídica, el Debido Proceso, de Congruencia entre otros. Al respecto, esta Autoridad ha considerado cada uno de los argumentos y principios señalados, en particular aquellos relativos a lo resuelto en el TERCERO de la R.A.234-2013, para lo cual tiene previsto el ajuste del acto administrativo, con la aclaración de que esto es posible encontrándose con la suficiente potestad para hacerlo en esta instancia recursiva; sin mermar la obligatoriedad que le queda cumplir al regulado con la instrucción dada por el Auto de 27 de febrero de 2013, es decir con la presentación de la Boleta Bancaria.

Que por otro lado, durante la etapa recursiva Provivienda S.A. ha hecho saber a esta Autoridad su solicitud de no objeción para que Futuro de Bolivia S.A. AFP le realice la entrega de información relativa a la recaudación de los aportes a la vivienda, al ser según la regulada y de los contratos remitidos, una de las entidades que

contractualmente viene efectuando la cobranza de estos aportes. Al respecto, se recuerda que, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan, el hecho de que haya terciarizado su obligación de entidad recaudadora, ello no implica de ninguna manera el deslinde de responsabilidades; por lo que al final corresponde a Provivienda S.A. como entidad llamada por norma a rendir cuentas de los servicios prestados.

Que en ese sentido, Provivienda S.A. como entidad recaudadora de los aportes a la vivienda, tiene la obligación y responsabilidad debe llevar el registro y control per se de la recaudación ingresada y mora existente; siendo llamativa la solicitud de que una entidad que no tiene nada que ver con la recaudación de los aportes a la vivienda sea la que pueda entregar esa información, cuando el deber le asiste a Provivienda S.A. de contar con la misma. Sin perjuicio de lo anterior, se sabe que sería Futuro de Bolivia S.A. AFP esa tercera entidad que realiza el servicio, misma que por Ley se encuentra bajo control y supervisión de esta APS; en ese entendido y en último caso, sería esa AFP como tenedora de la información relativa a la recaudación de los aportes a la vivienda requerir la no objeción. En ese sentido, el pedido de no objeción de quien no tiene la información resulta ser un contrasentido, además de no tener relación con el objeto mismo del presente proceso, cual es la obligación de la presentación de la Boleta Bancaria.

Que por otro lado, Provivienda S.A. fuera de este proceso no ha hecho saber sobre los extremos planteados en los acuerdos contractuales que venía sosteniendo con otras entidades, en lo particular a la recaudación y al tratamiento de la confidencialidad de la información y se deduce que, un simple acuerdo de partes privadas no necesariamente es suficiente para sobreponerse a una restricción legal. Sin perjuicio de lo señalado; estos aspectos deben ser considerados por la entidad regulada en lo que corresponda.

Que Provivienda S.A. ha señalado en otra parte de su recurso lo siguiente: "Sin perjuicio de la interposición de este recurso, PROVIVIENDA no renuncia ni desconoce las acciones legales –ni los fundamentos que las sustentan- que viene ejerciendo ante el Tribunal Supremo de Justicia dentro del proceso contencioso-administrativo y de una acción de inconstitucionalidad concreta, en el marco del ordenamiento jurídico vigente". Al respecto, de acuerdo al principio de Verdad Material, esta Autoridad ha tomado conocimiento de los siguientes actuados:

- *Auto Supremo: 103/2013 de 03 de abril de 2013 por el cual la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia RECHAZA por manifiestamente infundada, la acción de inconstitucionalidad planteada por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA.*
- *Auto Constitucional: 0662/2012-CA de 25 de julio de 2012 por el cual la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, APRUEBA la Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 027/2012 de 11 de junio, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, que rechazó la acción de inconstitucionalidad concreta planteada por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA.*

Que sin perjuicio de las acciones judiciales que ha señalado Provivienda S.A. haber promovido, esta Autoridad no ha sido notificada con ninguna de ellas como parte procesal; en ese entendido corresponde la prosecución del proceso de ejecución.

Que finalmente, Provivienda S.A. en su segundo petitorio, además de pedir la revocatoria de la R.A.234-2013 por supuesta contradicción entre la parte considerativa y resolutiva; ha pedido se declare la nulidad de pleno derecho de la señalada Resolución Administrativa por ser contradictoria y contravenir principios constitucionales. Sin embargo, se tiene que los agravios expuestos están dirigidos a una revocatoria del acto, pero no a una nulidad en razón a la ausencia en la motivación del recurso en lo que exige el Procedimiento Administrativo, es decir que para observar el acto administrativo debe claramente señalarse los elementos que ocasionarían la nulidad, como ser: la Competencia, la Causa, el Objeto, el Procedimiento, el Fundamento y la finalidad; todos ellos ausentes en el recurso planteado. Por tanto, corresponde rechazar la nulidad por la falta de fundamento.

Que en virtud a los fundamentos expuestos anteriormente, esta Autoridad establece que los mismos no enervan en su totalidad lo que se tiene dispuesto en la R.A.234-2013, sin embargo debe realizarse los ajustes correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Provivienda S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente ha presentado argumentos con fundamento que permiten modificar parcialmente la R.A.234-2013, en consecuencia, se confirma parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

2.4. Complementación y aclaración.-

Mediante memorial presentado en fecha 10 de diciembre de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita aclaración y complementación de la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, conforme a la siguiente argumentación:

"…

1. (…)*Provivienda ha explicado oportunamente y en todo el proceso sancionador que las gestiones de cobranza y recuperación de los aportes a la vivienda se han realizado a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) - BBVA Previsión S.A. AFP y Futuro de Bolivia S.A. AFP - de manera conjunta a las del Seguro Social Obligatorio (SSO), y actualmente, conjuntamente con el Sistema Integral de Pensiones (SIP).*

La ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros puso en vigencia el Formulario de Pago de Contribuciones mediante la Circular SPVS-IP-013/98 de 5 de noviembre de 1998 en el marco de lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento a la Ley N° 1732 de Pensiones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997. Este documento de uso obligatorio para las AFP - incluida Futuro de Bolivia S.A. AFP- identificaba dentro de las contribuciones a ser recaudadas -conjuntamente a las del SSO-, la correspondiente al aporte patronal para la vivienda y aporte laboral para el Fondo de Capitalización Individual de Vivienda (FCIV).

Independientemente de la vigencia de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, la propia APS fue la que aprobó el nuevo Formulario de Pago de Contribuciones para el SIP, mediante !a Circular AP/DPC/CO/01/2011 de 07 de enero de 2011. En virtud de este formulario las AFP continúan realizando la gestión de recaudación de los aportes para vivienda conjuntamente con la del SIP. La APS conoce que el anterior y el actual Formulario de Pago de Contribuciones demuestran objetivamente que la "supuesta entidad" (a decir de la Resolución Revocatoria) que no tiene nada que ver con la recaudación de los aportes de vivienda -Futuro de Bolivia S.A. AFP- es la que genera la información de recaudación de sus afiliados.

Por todo eso, solicitamos aclare y complemente cuál es el fundamento legal y normativo que permite que la Resolución Revocatoria establezca que (i) Futuro de Bolivia S.A. no tiene nada que ver en la recaudación de los aportes a la vivienda y (ii) que no es la entidad que pueda entregar esa información con relación a sus afiliados, como señala el párrafo cuarto de la página 10 de la parte considerativa de la Resolución Revocatoria.

2. (…) *Sin perjuicio de lo referido en el numeral anterior, para Provivienda sí existe un contrasentido en la Resolución Revocatoria, cuando señala que Futuro de Bolivia S.A. no es una entidad que genere la información sobre la recaudación de aportes para la vivienda de sus afiliados ni tampoco la información sobre la existencia de mora. A la vez, esta misma Resolución Revocatoria señala que esa AFP debe ser la que pida a la APS la no objeción para la entrega de la información (ver párrafo cuarto de la página 10 de la Resolución Revocatoria)*

   Es más, la Resolución Revocatoria -tal como ha ocurrido a lo largo de este proceso sancionador- desconoce que la información de recaudación es generada de manera conjunta con las contribuciones al SSO y actualmente con las del SIP, y que el artículo 152 de la Ley N° 065 requiere de la no objeción u autorización de la APS para que Futuro de Bolivia S.A. AFP pueda entregar dicha información a Provivienda, a fin de que la Sociedad cuente con la información completa sobre la mora de los afiliados de Futuro de Bolivia S.A. AFP. Por tanto no se trata de un asunto que es producto de un acuerdo de partes el que exige la no objeción, sino más bien es el cumplimiento de la ley.

   De lo señalado, solicitamos a su Autoridad aclare y complemente la Resolución Revocatoria, identificando cuál es el fundamento legal y normativo por el que la APS

considera que Provivienda no tiene el interés legítimo para pedir la no objeción, con el fin de que Futuro de Bolivia S.A. AFP le entregue la información de recaudación del aporte de vivienda de sus afiliados. Sólo si obtiene de Futuro de Bolivia S.A. AFP dicha información podrá Provivienda tener la información completa que le permita establecer el monto al que asciende la mora, respetando la confidencialidad dispuesta en el artículo 152 de la Ley N° 065 y que Futuro de Bolivia S.A. AFP no se constituye en parte de este proceso sancionador.

3. (…)*Provivienda ha establecido expresamente a lo largo del proceso sancionador - recurso de revocatoria de 20.04.2011, escrito de alegatos de 16.08.2011, recurso jerárquico 04.10.2011- que la recaudación de los aportes de vivienda es efectuada a través de las AFP, conjuntamente con los aportes al SSO y actualmente al SIP. Desde finales de 2003, Futuro de Bolivia S.A. AFP continuó prestando los servicios de recaudación de los aportes de vivienda, sin que se haya formalizado esta relación jurídica a través de un nuevo contrato escrito.*

   Provivienda y Futuro de Bolivia S.A. AFP en 2013 han suscrito un nuevo contrato para los servicios de recaudación de estos aportes, sin embargo en virtud a lo previsto en el artículo 152 de la Ley N° 065 tuvieron el debido cuidado para no hacer efectiva la entrega de la información mientras la APS no emitiera su no objeción (o autorización).

   Por lo tanto, solicitamos a su Autoridad aclare y complemente la Resolución Revocatoria, identificando cuál es el fundamento legal y normativo para que Provivienda no pueda suscribir un contrato de servicios en el marco de lo previsto en el Decreto Supremo N° 25958 de 21 de octubre de 2000 y respetando lo establecido en el artículo 152 de la Ley N° 065, y el fundamento legal y normativo para que la APS no pueda dar la no objeción solicitada por la Sociedad.

4. (…) *Provivienda hace constar que el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, se interpuso el 23 de abril de 2013, y conforme lo establece el artículo 49 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 23 de septiembre de 2003 (Reglamento SIREFI), la APS tenía 20 días hábiles administrativos, computables desde el día siguiente hábiles* (sic) *a la presentación para resolverlo, vale decir hasta el 22 de mayo de 2013. No obstante, el 5 de diciembre de 2013 la APS notificó a Provivienda con la Resolución Revocatoria que resolvió nuestro recurso interpuesto en el mes de abril.*

   Provivienda no ha sido notificada con un acto administrativo que haya dispuesto la apertura de probatorio (sic)*, en virtud a lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento SIREFI, ni tampoco tiene conocimiento que exista un respaldo legal que faculte a la APS para aplicar discrecionalmente los plazos fijados por el ordenamiento jurídico a fin de resolver un recurso administrativo, más si se considera que en virtud a lo dispuesto en el artículo 61 inciso I) es deber de las autoridades administrativas - incluida la APS, cumplir con los plazos fijados y que el principio del informalismo es aplicable a los administrados y no a la Administración Pública, tal como se desprende del artículo 4 inciso I) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

Por lo que, solicitamos a su Autoridad aclare y complemente la Resolución Revocatoria determinando cual es el fundamento legal y normativo que permitió a la APS exceder el plazo previsto para resolver el recurso de revocatoria, por más de siete meses.

Consecuentemente, con el mayor respeto a su Autoridad solicitamos que, en vía de aclaración y complementación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27113 y en uso del derecho de petición reconocido a los administrados, establecido en el artículo 16 incisos a) y h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, la APS aclare y complemente cada uno de los aspectos observados de la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013…"

Por su efecto, mediante Auto de 17 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aclara y complementa la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, señalando lo siguiente:

"…***Al Punto 1.-*** *Al respecto, se tiene que la naturaleza y objeto de las AFP en el sistema de pensiones, desde su inicio y al presente, se constituye en la administración y pago de las prestaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

En caso de adeudos al sistema señalado, éstas realizan la gestión y recaudación administrativa y judicial correspondiente, de aportes en mora del empleador a la seguridad social. El marco legal vigente que refrenda lo anterior se halla establecido en el Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre el Estado Boliviano y las AFP y, la Ley de Pensiones y sus reglamentos. En ese sentido, la documentación e información que las AFP puedan generar durante el servicio es privativo y de uso confidencial. Por otro lado, el marco jurídico que rige a Provivienda S.A. establece con claridad que, es la entidad encargada y responsable de la administración y recaudación de los aportes a la vivienda; por lo queda clara la responsabilidad y obligaciones de cada entidad regulada.

Al Punto 2.- *Sobre este punto se aclara que, en ninguna parte de la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013 se ha establecido que Provivienda S.A. no tenga interés legítimo para realizar requerimientos relativos a información. Sin embargo, se recuerda que por el marco legal que rige a la entidad regulada, ésta debiera contar con la información debida, y no necesariamente solicitarse o remitirse a la entrega por un tercero.*

Al Punto 3.- *Al respecto, Provivienda S.A. en una primera instancia ha hecho saber a esta Autoridad sobre proyectos contractuales con las AFP señalando que, tenía entre otros asuntos considerados: el tratamiento de la recaudación, la información generada y su entrega. A requerimiento de esta APS se instruye la remisión de los contratos señalados anteriormente, los cuales son enviados por la entidad regulada pero ya suscritos con las AFP. En ese sentido, la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 ha recordado y recomienda que el regulado tome en cuenta que un acuerdo de partes no podría sobreponerse a una restricción de orden legal.*

Al Punto 4.*- Sobre el respecto, se debe considerar que conforme al artículo 4 inc. d) del Procedimiento Administrativo, Verdad Material, la APS se halla en obligación de poder considerar todos aquellos aspectos que servirían para el pronunciamiento final; en ese comprendido queda la obligación de la búsqueda de la verdad material de todo lo que estuviera en controversia o dilucidación, y que no esté de forma clarificada en la impugnación, más aun cuando se trate de argumentos o aseveraciones que el mismo regulado ha planteado en su recurso; siendo deber de la Administración el poder absolverlos antes de pronunciarse.*

Por otro lado, bajo el principio de Autotutela y considerando las argumentos y actuaciones mismas del regulado, quien durante la etapa recursiva ha remitido información incompleta y omitido el envío de informes, es que la APS tuvo en resguardo del derecho a la defensa y el debido proceso, otorgar plazos prudentes para la atención de las instrucciones por la entidad regulada.

Finalmente aclarar al regulado que, la Resolución Administrativa APS/N° 1094- 2013 fue emitida en plazo y procedimiento…"

3. RECURSO JERÁRQUICO.-

3.1. Memorial de 6 de enero de 2014.-

Mediante memorial presentado el 6 de enero de 2014, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, argumentado lo siguiente:

"…***III. DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS AGRAVIADOS POR LA RESOLUCIÓN REVOCATORIA.***

3.1. Rechazo a la solicitud de No objeción de la entrega de información de recaudación de los aportes al régimen de vivienda de las AFP (…)

3.1.2. Provivienda ha explicado oportunamente y en todo el proceso sancionador que las gestiones de cobranza y recuperación de los aportes a la vivienda se han realizado a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) - BBVA Previsión y AFP Futuro- de manera conjunta a las del SSO, y actualmente, con el SIP.

3.1.3. Como bien sabe la APS -por lo manifestado a lo largo del proceso sancionador-, Provivienda no cuenta con la información de la mora correspondiente a la AFP Futuro que le permita inferir la que corresponde al Régimen de Vivienda de los afiliados a dicha AFP, y sólo tiene disponible la información correspondiente a los afiliados de BBVA Previsión.

3.1.4. Sin que sea la intención de Provivienda, reiterar lo ya expuesto, es pertinente lo siguiente:

- *El 10 de noviembre de 1998, se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de recaudación y transferencia del aporte patronal para la vivienda y recaudación, administración, inversión y depósito del aporte laboral para vivienda, entre los Ministerios de Vivienda y Servicios Básicos y de Hacienda, por una parte, y Provivienda, cuyo contenido fue aprobado por el Decreto Supremo N° 25303, de 12 de febrero de 1999. En la cláusula cuarta numeral 4.8 del referido Contrato, se facultó a Provivienda a delegar los servicios operativos del Contrato, a entidades habilitadas del Sistema de Regulación Financiera.*

- *El 25 de marzo de 1999 Provivienda y AFP Futuro suscribieron un contrato de prestación de servicios operativos relacionados con la recaudación de los aportes patronal y laboral para la vivienda, en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Prestación de Servicios de 10 de noviembre de 1998.*

- *El 8 de noviembre de 2001, mediante Decreto Supremo N° 26392, se autorizó a los Ministros de Hacienda y de Vivienda y Servicios Básicos a resolver el Contrato de Prestación de Servicios, suscrito el 10 de noviembre de 1998 con Provivienda. También se* ***autorizó la contratación de las AFP para que continúen el proceso de la recaudación y administración del Aporte Patronal de Vivienda del 2% para vivienda,*** *en las mismas condiciones establecidas en el contrato original con Provivienda, disponiendo que esa contratación debía hacerse por un plazo que no excedería a noviembre del año 2003. Finalmente, se dispuso que los Ministerios de Hacienda y de Vivienda y Servicios Básicos, previa licitación pública, procederían a la selección y adjudicación de la entidad o entidades recaudadoras del aporte patronal del 2% para vivienda. Como consecuencia del Decreto Supremo N° 26392, Provivienda y la AFP Futuro suscribieron una Adenda al Contrato de Servicios, modificando la remuneración y otorgando un plazo de duración hasta el 30 de noviembre de 2003.*

- *A pesar de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 26392, Provivienda tuvo que continuar prestando los servicios relacionados con los aportes del régimen de vivienda y a través de las AFP, con la diferencia de que desde finales de la gestión 2003 hasta parte de la mediados de la gestión 2013, la AFP Futuro realizó la gestión de recaudación y recuperación de los aportes para la vivienda, sin haber documentado esta relación jurídica a través de un nuevo contrato escrito. No obstante, por tratarse de una relación comercial, conforme se desprende en los artículos 786 y 787 del Código de Comercio, basta la voluntad de contratar y de obligarse para que exista una relación jurídica, la misma que podrá probarse por todos los medios de pruebas reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

- *Esta situación ha sido reconocida en el Contrato de Aceptación y Reconocimiento de otros derechos, obligaciones y acuerdo transaccional suscrito el 27 de mayo de 2013, entre Provivienda y la AFP Futuro. Este contrato reconoce y da por bien hecho todo lo actuado por la AFP Futuro con relación*

a los servicios prestados en el marco del Contrato de Servicios Futuro y la mencionada Adenda. También establece el reconocimiento satisfactorio de la recepción de aportes patronales y laborales de vivienda efectuada por la AFP Futuro, desde la resolución y/o terminación del Contrato de Servicios Futuro, modificado por la Adenda de 1 de octubre de 2003 hasta el 27 de mayo de 2013.

- *El 27 de mayo de 2013, Provivienda y AFP Futuro suscribieron un nuevo contrato de servicios para la recaudación de aportes patronales y laborales para la vivienda y remisión de información, con el único propósito de que Provivienda pueda inferir la mora -bajo su única, propia y plena responsabilidad-, y de esta manera efectúe la gestión de cobranza administrativa y judicial de los aportes adeudados a la vivienda de los afiliados a la AFP Futuro, y realice la depuración de las partidas registradas en las principales cuentas del pasivo y patrimonio del FCIV. Copia de este contrato se adjunta al presente.*

- *El Contrato de servicios de 27 de mayo de 2013, establece que la información administrada por la AFP Futuro a Provivienda está condicionada a la autorización que otorgue la APS en virtud a lo dispuesto en el artículo 152 de la Ley N° 065, toda vez que dicha información es de uso privativo del SIP. Este contrato tiene una vigencia de 2 años.*

3.1.5. La información generada por la recaudación de los aportes al régimen de vivienda -incluyendo la referida a la mora- al ser administrada por las AFP de manera conjunta con las del SSO y SIP, estaba sujeta a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997: "...La información contenida en el estado de cuenta, y la información de la Cuenta Individual de los Afiliados no podrá darse a conocer a terceras personas a no ser mediante orden judicial o autorización de la Superintendencia expresa y para cada caso", por una parte y, actualmente, con la entrada en vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (Ley de Pensiones), y en virtud a lo previsto en los artículos 177 y 152 de esa ley, las AFP requieren de la autorización de la APS para entregar la información generada por la recaudación de los aportes al SIP y las del régimen de vivienda.

3.1.6. En cumplimiento de estas disposiciones (Art. 152 y 177 de la Ley de Pensiones), Provivienda y la AFP Futuro, de modo previa (sic) *la entrega de la información del SSO y SIP -estructura de datos- es imprescindible legalmente la no objeción o autorización expresa de la APS, motivo por el que Provivienda solicitó mediante la carta cite PROV-35/05/13 de 23 de mayo de 2013 y en el escrito de 2 de agosto de 2013, que cursan en obrados, la APS autorice dicha remisión.*

3.1.7. La APS en su Resolución Revocatoria ha determinado rechazar la solicitud de no objeción presentada por Provivienda -disposición cuarta de la Resolución Revocatoria-, respaldando su decisión en una posición que desconoce la verdad material, consagrada en el artículo 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de procedimiento Administrativo, al señalar que "... <u>el hecho de que haya terciarizado su obligación</u>

de entidad recaudadora, ello no implica de ninguna manera el deslinde de responsabilidades, por lo que la final corresponde a Provivienda S.A. como entidad llamada por norma rendir cuentas de los servicios prestados" (Pág. 10 Parte considerativa de la Resolución Revocatoria).

3.1.8. Provivienda, a lo largo del proceso sancionador, no ha negado ni desconoce la responsabilidad a la que está sujeta como entidad recaudadora de los aportes al régimen de vivienda. Sin embargo, la APS desconoce la verdad material que respalda la gestión de recaudación de los aportes de vivienda (4 Inc. d de la Ley N° 2341) y la confidencialidad[1] con la que se debe tratar a esta información por ser administrada conjuntamente con los aportes del SIP (antes SSO), en virtud a lo previsto en el artículo 152 de la Ley de Pensiones. Es más, la APS se rehúsa a admitir que se trata de un requisito legal que, por eso, no está en manos de Provivienda omitir o eludir.

[1] De acuerdo a lo señalado por el jurista Guillermo Cabanellas el término confidencial debe ser entendido como lo "Reservado, secreto…" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual – Tomo II, Pág.327 – Editorial Heliasta, Año 2009)

3.1.9. La Resolución Revocatoria vulnera el principio de verdad material, al no pronunciarse sobre el instrumento -medio de recaudación- que ocasiona que el sistema de pensiones involucre también al régimen de vivienda, siendo que ellos no se encuentran inmersos dentro del ámbito de seguridad social -Ley N° 065-. La "tercerización" de servicios de recaudación del régimen de vivienda que involucra a Provivienda con las AFP, no sólo es una obligación contractual, sino que además responde a una obligación impuesta por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) y ratificada por la actual APS -Circular SPVS-IP-013/98 de 5 de noviembre de 1998 y Circular AP/DPC/CO/01/2011 de 07 de enero de 2011-, en virtud de la cual las AFP -formularios de contribuciones de pagos- están obligadas a recaudar no sólo para la seguridad social sino también para el régimen de vivienda.

3.1.10. En otras palabras, no es Provivienda la que ha impuesto a las AFP una forma de recaudación conjunta sino ha sido la APS -ex SPVS-, la que ha creado el instrumento que así lo establece. Para corroborar esta afirmación basta revisar el Formulario de Pago de Contribuciones, documento de uso obligatorio para las AFP -incluida AFP Futuro- en el que identifica dentro de las contribuciones a ser recaudadas -conjuntamente a las del SSO-, la correspondiente al aporte patronal para la vivienda y aporte laboral para el Fondo de Capitalización Individual de Vivienda (FCIV).

3.1.11. La APS conoce que el anterior y el actual Formulario de Pago de Contribuciones demuestran objetivamente que la "supuesta entidad" (a decir de la Resolución Revocatoria) que no tiene nada que ver con la recaudación de los aportes de vivienda -AFP Futuro-, es precisamente la que genera la información de recaudación de sus afiliados que se nos requiere.

3.1.12. Es más existe un contrasentido en la Resolución Revocatoria, cuando señala que

la AFP Futuro no es una entidad que genere la información sobre la recaudación de aportes para la vivienda de sus afiliados ni tampoco la información sobre la existencia de mora y, a la vez, sostiene que esa AFP es la que debe pedir a la APS la no objeción para la entrega de la información (ver párrafo cuarto de la página 10 de la Resolución Revocatoria).

3.1.13. Esta contradicción hace que la Resolución Revocatoria atente contra el ***principio de congruencia*** *reconocido expresamente dentro de la línea jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, señalando que: "...la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones,* ***es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes.*** *(...) El principio de congruencia, responde a la pretensión jurídica o la expresión de agravios formulada por las partes; la falta de relación entre lo solicitado y lo resuelto, contradice el principio procesal de congruencia..." (Sentencia Constitucional Plurinacional 1111/2012 de 6 de septiembre de 2012).*

3.1.14. La ex Superintendencia General del SIREFI dispuso como criterio uniforme la aplicación del principio de congruencia en la tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, y en las actuaciones de la Administración Pública que en materia administrativa implica que "...las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser ***fundamentadas, claras, precisas y coherentes respeto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados o en su caso imputados y la resolución final" (Según la Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09.11.2004, SG SIREFI RJ 50/2005 de 08.12.2005, SG SIREFI RJ 13/2006 de 16.03.2006, SG SIREFI RJ 70/2007 de 30.07.2007, entre otras), (énfasis añadido).*

3.1.15. La Resolución Revocatoria, al tener la mencionada contradicción lleva a una incertidumbre jurídica por vulnerar el principio de congruencia, lo que a su vez afectada el derecho y garantía constitucional al debido proceso que tiene Provivienda, el mismo que está protegido por el mandato constitucional contenido en los artículos 115 parágrafo II y 117 parágrafo I de la Constitución Política del Estado. Esta vulneración se produce al afirmar que la AFP Futuro no es una entidad que genere la información sobre la recaudación de aportes para la vivienda de sus afiliados ni tampoco la información sobre la existencia de mora y,

a la vez, sostener que dicha AFP es la que debe pedir a la APS la no objeción para la entrega de esa información (tal como se tiene dicho en la parte considerativa de la Resolución Revocatoria), rechazando la solicitud de no objeción efectuada por Provivienda en cumplimiento a lo establecido en los artículos 152 y 177 de la Ley N° 065.

3.1.16. Por tanto, la Resolución Revocatoria es contraria al principio de congruencia por lo que atenta la garantía al debido proceso consagrado en los artículos 115 parágrafo II y artículo 117 parágrafo II de la Constitución Política del Estado.

3.1.17. La Resolución Revocatoria -tal como ha ocurrido a lo largo de este proceso sancionador- desconoce que la información de recaudación es generada de manera conjunta con las contribuciones al SSO y actualmente con las del SIP, y que el artículo 152 de la Ley N° 065 - aplicable en virtud a lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley de Pensiones- requiere de la no objeción u autorización de la APS para que la AFP Futuro pueda entregar dicha información a Provivienda, a fin de que la Sociedad cuente con la información completa sobre la mora de los afiliados de la mencionada AFP. Por tanto no se trata de un asunto que es producto de un acuerdo de partes el que exige la no objeción, sino más bien se trata del cumplimiento de la ley, que la APS está obligada a cumplir y hacer cumplir tal como lo dispone el artículo 235 numeral 1 de la Constitución Política del Estado y el artículo 168 inciso a) de la Ley N° 65.

3.1.18. A pesar de estas circunstancias, la APS al determinar el rechazo de la solicitud de no objeción Provivienda en la Resolución Revocatoria, también niega a la Sociedad la posibilidad de contar con la información que administra la AFP Futuro, que permita manejar datos más precisos sobre el monto al que asciende la mora al 25 de enero de 2011 -y no meramente estimativos, tal como se ha referido a lo largo del proceso sancionador- que le permitan establecer el monto al que asciende la mora al 25 de enero de 2011 -a los fines de la emisión de la boleta bancaria de garantía prevista en la Resolución Sancionadora-.

3.1.19. La Resolución Revocatoria en la parte Considerativa (Pág. 11) señala: "...Provivienda S.A. fuera de este proceso no ha hecho saber sobre los extremos planteados en los acuerdos contractuales que venía sosteniendo con otras entidades, en lo particular a la recaudación y al tratamiento de la confidencialidad de la información y se deduce que, un simple acuerdo de partes privadas no necesariamente es suficiente para sobre ponerse a una restricción legal...".

3.1.20. La Resolución Revocatoria también desconoce el principio de verdad material, puesto que Provivienda a lo largo del proceso sancionador -recurso de revocatoria, escrito de alegatos, recurso jerárquico- ha señalado que la recaudación de los aportes de vivienda es efectuada a través de las AFP, conjuntamente con los aportes al SSO y actualmente al SIP y que desde de finales de 2003, la AFP Futuro prestó los servicios de recaudación de los aportes de vivienda, sin que se haya formalizado esta relación jurídica a través de un nuevo

contrato escrito, razón por la que esa AFP se negaba a entregar la información de recaudación, tal como se ha demostrado en el proceso sancionador.

3.1.21. Independientemente de que Provivienda y la AFP Futuro hayan suscrito un nuevo contrato para los servicios de recaudación de estos aportes en la gestión 2013; en virtud a lo previsto en el artículo 152 de la Ley N° 065 tuvieron el debido cuidado para no hacer efectiva la entrega de la información mientras la APS no emitiera su no objeción (o autorización), puesto que dicha información -tal como se ha referido en todo momento- es administrada junto con la información del régimen de pensiones.

3.1.22. Todos estos argumentos han sido desconocidos por la APS en la Resolución Revocatoria a tiempo de rechazar la solicitud de no objeción, en total vulneración de los principios de sometimiento pleno a la ley y de verdad material que rigen a la actividad administrativa, conforme se desprende del artículo 4 incisos c) y d) de la Ley N° 2341.

3.1.23. Por todo eso, la Resolución Revocatoria al ser contraria a los principios de sometimiento pleno a la ley y de verdad material establecidos en el artículo 4, incisos c) y d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, lesiona el derecho a la petición y la garantía al debido proceso, consagrados en los artículos 24, 115, parágrafo II y 117, parágrafo I de la Constitución Política de Estado, al haber dejado sin efecto el requerimiento de información sobre la mora del régimen de vivienda y de este modo rechazar la solicitud de no objeción sobre la entrega de esta información de parte de la AFP Futuro, y por otro lado, al desconocer arbitrariamente que las AFP son las generadoras de la información que respalda la recaudación de los aportes al régimen de vivienda -junto con los del sistema de pensiones-, y que por mandato del artículo 152 de la Ley de Pensiones, no puede entregar esta información si no cuenta con la autorización de la APS, -independientemente de que exista o no una relación contractual-, razón por la que Provivienda está impedida de contar con los datos precisos para determinar el monto al que asciende la mora al 25 de enero de 2011. Por tanto, esta violación de derechos y garantías constitucionales se constituye en causal de nulidad de los actos administrativos prevista en el artículo 35, parágrafo I inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

3.2. Imposibilidad material y legal de presentar la boleta de garantía bancaria (…)

3.2.2. La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo establece:

- *La vía administrativa queda agotada cuando se trate de resoluciones que resuelvan los recurso jerárquicos interpuestos (Art. 69, Inc. a).*

- *Las resoluciones definitivas de la Administración Pública, una vez notificadas, serán ejecutivas y la Administración Pública podrá proceder a su ejecución forzosa por medio de los órganos competentes en cada caso (Art. 55 p. I).*

3.2.3. La APS -de forma desleal- ha señalado que Provivienda en su recurso de revocatoria reconoce que la Resolución Sancionadora tiene un carácter definitivo y ejecutivo en sede administrativa, sin mencionar que dicha afirmación estaba relacionada directamente con la disposición tercera impuesta por la R.A. 234-2013 que obligaba a Provivienda a entregar información que formaba parte del proceso sancionador y que no corresponde que sea pedida en la etapa de ejecución -hecho que ha sido reconocido por la APS al dejar sin efecto la disposición tercera de la R.A. 234-2013-, puesto que si la APS no conoce el monto al que asciende la mora para los efectos de ejecución de la Resolución Sancionadora, no puede exigir a Provivienda la presentación de una boleta de garantía bancaria por ese monto.

3.2.4. Provivienda ha señalado que la información sobre la recaudación reporta un monto estimado al que asciende la mora al régimen de vivienda, no pudiendo precisar con exactitud este monto -a los efectos de emitir una boleta de garantía como la prevista en la Resolución Sancionadora-. Argumentos que responden a la verdad material prevista en el artículo 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento, pero que no han sido considerados ni refutados por la APS en la Resolución Revocatoria.

3.2.5. Por otra parte, la Resolución Revocatoria en su disposición primera establece la confirmación parcial de la R.A. 234-2013 modificando su disposición segunda de la siguiente manera "SEGUNDO.- Pronunciarse con referencia a la solicitud de PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa el Auto de 27 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; con la siguiente modificación: "Se dispone que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA hasta el ***30 de agosto de 2013,*** *en cumplimiento a lo resuelto en el SEGUNDO de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, presente la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que asciende la mora, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS"".*

3.2.6. La APS no ha considerado que durante todo el proceso sancionador, Provivienda ha señalado, fundamentado y demostrado que existe imposibilidad material y legal para poder dar cumplimiento con la obligación de presentar la boleta de garantía bancaria por el importe al que asciende la mora de los aportes de vivienda, para garantizar su recuperación, por no contar con la contragarantía suficiente para su emisión, conforme se desprende del artículo 1 del Capítulo VI "Boletas de Garantía", Título IX "Control y Supervisión" de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión y Control del Sistema Financiero que establece: "…Las entidades bancarias deberán ajustar sus operaciones de emisión de Boletas de Garantía (...) que éstos sólo representan un contrato de fianza bancaria en cuya celebración debe exigirse al afianzado (...), ***las suficientes contragarantías basadas en bienes raíces o depósitos reales en el banco por sumas suficientes y expresados en la moneda***

de la boleta, *que permitan solventar la contingencia en caso de incumplimiento del deudor. (...) no obstante el carácter contingente de las operaciones garantizadas, éstas se encuentran comprendidas en los límites legales establecidos para la otorgación de créditos (...)" (énfasis añadido). Esta norma está vigente en virtud a lo establecido en la disposición transitoria octava de la Ley N° 393 de 5 de agosto de 2013 que señala: "La presente Ley entrará en vigencia a los noventa (90) días de promulgada. Mientras no se emita normativa reglamentaria se considerará vigente la normativa emitida bajo la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993".*

3.2.7. Provivienda ha demostrado que por su patrimonio actual y capital social, se encuentra imposibilitada real, objetiva y legalmente para poder cumplir con la presentación de la boleta de garantía bancaria por el valor al que asciende la mora de los aportes devengados a la vivienda, y que esta situación impediría continuar con su objeto social y, consecuentemente, conforme al artículo 378, inciso 4) del Código de Comercio, causarán su disolución.

3.2.8. Todo el proceso sancionador seguido por la APS, Provivienda ha solicitado y demostrado que por la situación de su patrimonio actual y capital social, se encuentra imposibilitada real y objetivamente para poder cumplir con la presentación de la boleta de garantía bancaria por el valor al que asciende la mora de los aportes devengados a la vivienda, impuesta por la Resolución Sancionadora.

3.2.9. Esta aseveración también está respaldada por el hecho de que las certificaciones emitidas por las entidades financieras bancarias del sistema financiero nacional, presentadas en calidad de prueba en el proceso sancionador y las que acompañamos como prueba de respaldo en la (sic) *presente recurso jerárquico, demuestran que dichas entidades financieras no pueden emitir a favor de Provivienda una boleta de garantía Bancaria por el monto al que ascienda la mora, sin que nuestra Sociedad haga entrega de una contra garantía por el mismo monto a ser garantizado, en virtud a la normativa vigente.*

3.2.10. La Sociedad se encuentra restringida legalmente para ser sujeto de un financiamiento que le permita obtener una boleta de garantía bancaria tal como la impuesta por la Resolución Sancionadora, vale decir que por la reglamentación vigente los Bancos no puede extenderle una garantía por el monto al que asciende la cartera en mora, sin que ello implique el incumplimiento del artículo 1 del Capítulo VI "Boletas de Garantía", Título IX "Control y Supervisión" de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión y Control del Sistema Financiero.

3.2.11. Sin perjuicio de que el plazo para presentar la boleta haya vencido y que la APS disponga prórrogas para su cumplimiento, se debe dejar constancia que al ser un acto imposible materialmente, está viciado de nulidad, tal como lo establece el artículo 35, parágrafo I, inciso b) de la Ley N° 2341 de Procedimiento

Administrativo.

3.2.12. Por tanto, la Resolución Revocatoria al pretender ejecutar la disposición segunda de la Resolución Sancionadora -cuyo cumplimiento es material y legalmente imposible.- se constituye en un acto administrativo nulo de pleno derecho puesto que su objeto es materialmente imposible, en virtud a lo establecido en el artículo 35, inciso b), parágrafo I de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

3.3. Vulneración del Principio de Congruencia y Seguridad Jurídica por parte de la Resolución Revocatoria.

3.3.1. La Resolución Revocatoria en su disposición cuarta dispone: "...Se rechaza la solicitud de no objeción presentada por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA en fecha 02 de agosto de 2013, relativa a la autorización a Futuro de Bolivia S.A. AFP para la entrega de información referente a la recaudación de los aportes a la vivienda, conforme a los términos desarrollados en la parte Considerativa del presente acto administrativo...".

3.3.2. El recurso de revocatoria de Provivienda ha pedido "Revocarla Resolución Administrativa AP/DJ/N° 234/2013 de 25 de marzo de 2013 al contener una contradicción entre la parte dispositiva y el requerimiento de información contendido en el artículo tercero, contraviniendo los principios de seguridad jurídica dispuesto en el artículo 178, parágrafo I de la Constitución Política del Estado y de congruencia que se encuentra inmerso en la garantía constitucional del debido proceso, y a su vez vulnerar el derecho al debido proceso protegido por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 117 parágrafo I de la Constitución Política del Estado". Provivienda realizó este pedido porque la R.A. 234-2013 tenía disposiciones contradictorias -que fueron dejadas sin efectos (sic) *por la Resolución Revocatoria- que llevaban a Provivienda a una incertidumbre jurídica atentatoria a los principios de seguridad jurídica y de congruencia. Esta vulneración se producía al definir que el plazo para gestionar y presentar la boleta de garantía impuesta por la Resolución Sancionadora, que debe ser calculada sobre el monto total de la mora por la gestión de cobranza judicial al 25 de enero de 2011 (tal como se tiene dicho en la parte considerativa de la Resolución Recurrida), transcurra y a su vez requerir información documentada sobre el monto total de la mora por cobranza administrativa y judicial al 25 de enero de 2011, que entendemos debía ser pedida y analizada con anterioridad a emitir la aclaración dispuesta en la Resolución Recurrida y antes de establecer un plazo, cuyo cumplimiento ahora estaba condicionado implícitamente a la entrega de esta información.*

3.3.3. La Resolución de Revocatoria se pronuncia sobre temas que no fueron objeto del recurso de revocatoria de Provivienda contraviniendo de esta manera los principios de congruencia y de seguridad jurídica[2], que ya que la (sic) *si bien la petición fue atendida al dejar sin efecto la disposición tercera de la R.A. 234-2013 y la APS, de manera arbitraria emitió incluyó* (sic) *en la disposición cuarta de la*

Resolución Revocatoria un pedido que fue (sic) *realizado por Provivienda al margen del recurso interpuesto.*

[2] *El principio de seguridad jurídica debe regir en todo acto administrativo, tal como se desprende del artículo 62, parágrafo II del Reglamento SIREFI, que señala: "…la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción a los principios establecidos…", concordante con el artículo 178, parágrafo I de la Constitución Política del Estado dispone que: "…La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se sustenta en los principios de (…) seguridad jurídica…"*

3.3.4. *El Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el principio de seguridad jurídica ha emitido como línea jurisprudencial lo manifestado en la Sentencia Constitucional 1390/2011-R de 30 de septiembre de 2011 que señala: "...la seguridad jurídica constituye uno de los principios que sustenta la potestad de impartir justicia conforme al mandato contenido en el art. 178 de la misma norma; en consonancia con ello, se entiende que la interpretación constitucional debe orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. Como principio general informador de la potestad de impartir justicia, otorga una importancia fundamental,* ***como orientación axiológica para la comprensión del sistema jurídico nacional, condiciona la actividad discrecional de la administración y de la jurisdicción, y constituye además, el sentido teleológico para la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas...",*** *(énfasis añadido).*

3.3.5. *El Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el principio de congruencia establece como línea jurisprudencial, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1111/2012 de 6 de septiembre de 2012, que: "...la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes. (...) El principio de congruencia, responde a la pretensión jurídica o la expresión de agravios formulada por las partes; la falta de relación entre lo solicitado y lo resuelto, contradice el principio procesal de congruencia...".*

3.3.6. *La ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera dispuso como criterio uniforme la aplicación del principio de congruencia en la tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, y en las actuaciones de la Administración Pública que en materia administrativa implica que "...las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser*

fundamentadas, claras, precisas y coherentes respeto a las ***pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados o en su caso imputados y la resolución final'*** *(Según la Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09.11.2004, SG SIREFI RJ 50/2005 de 08.12.2005, SG SIREFI RJ 13/2006 de 16.03.2006, SG SIREFI RJ 70/2007 de 30.07.2007, entre otras), (énfasis añadido).*

3.3.7. La Resolución Revocatoria, al haberse pronunciado sobre temas que no fueron objeto de la impugnación efectuada por Provivienda, vulnera los principios de seguridad jurídica y de congruencia, lo que a su vez afectada la garantía constitucional al debido proceso que tiene Provivienda, protegido por el mandato constitucional contenido en los artículos 115 parágrafo II y 117 parágrafo I de la Constitución Política del Estado. Esta vulneración se produce al introducir en la Resolución Revocatoria el rechazo a la solicitud de no objeción efectuada por Provivienda el 31 de mayo de 2013 -mediante carta cite PROV-35/05/13 de 23 de mayo de 2013- y 2 de agosto de 2013 -mediante memorial-, que entendemos debía ser atendida de manera separada a la del recurso de revocatoria contra la R.A. 234-2013.

3.3.8. Por lo que, la Resolución Revocatoria ha sido emitida contraviniendo los principios de seguridad jurídica y congruencia, lesionado la garantía al debido proceso consagrado en los artículos 115, parágrafo II, 117, parágrafo I y 178 de la Constitución Política de Estado, por haberse pronunciado arbitrariamente sobre una solicitud que no está contenida en el recurso de revocatoria contra la R.A. 234-2013. Por tanto, esta violación de derechos y garantías constitucionales se constituye en causal de nulidad de los actos administrativos prevista en el artículo 35, parágrafo I inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

3.4. Consecuentemente, la Resolución Revocatoria vulnera preceptos constitucionales, e incumple el ordenamiento jurídico vigente al confirmar parcialmente la R.A. 234-2013, por desconocer arbitrariamente que Provivienda recauda los aportes del régimen de vivienda a través de las AFP y por tanto la información que respalda esa recaudación requiere de la autorización de la APS, por incumplir deliberadamente el plazo para resolver el recurso de revocatoria contra la R.A. 234-2013 interpuesto por Provivienda el 23 de abril de 2013 y por pronunciarse sobre peticiones que no fueron objeto del recurso de revocatoria, todo ello en contravención a lo dispuesto en los artículos 24, 115, parágrafo II, 117 parágrafo I y 178 de la Constitución Política del Estado, así como a lo previsto en los artículos 4, inciso d), 16 inciso h), 49 y 50 del Reglamento SIREFI, y 4 y 62 inciso l) del Decreto Supremo N° 27113. Por tanto, esta violación de derechos constitucionales se constituye en causal de nulidad de los actos administrativos prevista en el artículo 35, parágrafo I inciso b) y d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

IV. PETITORIO.

Por los argumentos expuestos el punto III de este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los artículos 37, 38, 52 y 53 del Reglamento SIREFI, dentro del plazo

establecido en el artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, interponemos recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013 y el Auto Administrativo de 17 de diciembre de 2013, para que, previos los trámites de ley, y definiendo en el fondo el asunto conforme a ley, la autoridad jerárquica:

1) *Revoque íntegramente la Resolución Administrativa* ***APS /N° 1094-2013*** *de 28 de noviembre de 2013 y el Auto Administrativo de 17 de diciembre de 2013; que confirman parcialmente la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, por ser contrarios a lo dispuesto en los artículos 24, 115, parágrafo II, 117 parágrafo I y 178 de la Constitución Política del Estado, así como a lo previsto en los artículos 4 incisos c) y d), 16 inciso h) de la Ley N° 2341, y 4 y 62 inciso I) del Decreto Supremo N° 27113, tal como ha sido establecido en el punto III de este memorial.*

2) *Declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución Administrativa* ***APS/N° 1094-2013*** *de 28 de noviembre de 2013 y el Auto Administrativo de 17 de diciembre de 2013; y la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, puesto que vulneran el mandato de la Constitución Política del Estado, tal como ha sido establecido en el punto III de ese memorial, al amparo de lo previsto en el artículo 35, parágrafo I incisos b) y d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo* (…)

OTROSÍ 3. Suspensión de la Ejecución.- *Al amparo de lo previsto en los artículos 40 y 62 del Reglamento SIREFI, Provivienda solicita a la Autoridad Jerárquica la suspensión de la ejecución de la obligación de presentar la boleta de garantía bancaria hasta que la Resolución Sancionadora quede firme en sede judicial, al amparo del artículo 116 parágrafo II de la Constitución Política del Estado y el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo. Esta solicitud se la formula, con el mayor respeto y lealtad, atendiendo a los siguientes argumentos:*

- *De acuerdo con el artículo 40 del Reglamento SIREFI, la Autoridad Jerárquica puede suspender la ejecución de la Resolución Sancionadora dentro del trámite del recurso jerárquico.*

- *La Resolución Revocatoria que confirma parcialmente la R.A. 234-2013, no ha dispuesto acto administrativo alguno para dar continuidad a la ejecución de la Resolución Sancionadora.*

- *La solicitud de la suspensión de la ejecución de la Resolución Sancionadora, también se efectúa por la imposibilidad material y legal que tiene Provivienda para obtener una Boleta de Garantía Bancaria sobre un importe estimado al que asciende la mora respecto a los aportes al régimen de vivienda, conforme se ha manifestado en varias oportunidades dentro del presente proceso sancionador. A ese fin, Provivienda presenta nuevamente certificaciones de entidades financieras por las que se demuestra la imposibilidad material y legal señalada al amparo de lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto Supremo N° 27113:*

    - *Banco Bisa S.A., (Carta cite Bisa/Negocios/784/2013 de 17 de diciembre de*

2013).

- *Banco Sol S.A., (Carta cite GNC 050/2013 de 17 de diciembre de 2013)*
- *Banco Ganadero S.A., (Carta cite GF 139/2013 de 16 de diciembre de 2013), y*
- *Banco Nacional de Bolivia S.A., (Carta cite G.S./0180/2013 de 13 de diciembre de 2013).*
- *Banco de Crédito de Bolivia S.A. (Carta s/cite de 3 de enero de 2013).*

- *Provivienda que la ejecución de la obligación de presentar la boleta de garantía bancaria impuesta por la Resolución Sancionadora, causará un daño irreparable a la Sociedad dada la imposibilidad material y legal que tiene Provivienda para obtener una garantía por el monto al que asciende la mora del régimen de vivienda.*

Por lo que, ante la existencia de una imposibilidad material de cumplimiento de esta obligación, que además puede irrogarnos graves daños (como bien señala el Art. 40, II del Reglamento SIREFI), criterios suficientes para fundamentar con toda justicia una suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución de un acto administrativo, como es la Resolución Sancionadora, hasta que la Resolución Sancionadora quede firme en sede judicial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento SIREFI…"

3.2. Memorial de 29 de enero de 2014.-

Toda vez que mediante el Auto de Admisión de 14 de enero de 2014, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, en cuanto a la solicitud de suspensión de la Obligación, intimó a **PROVIVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** a presentar la fundamentación referida a la solicitud de suspensión de la ejecución de la obligación, la misma, mediante memorial presentado en fecha 29 de enero de 2014, señala:

"…***I. Emisión de una Boleta de Garantía Bancaria.***

1.1. En virtud a un contrato de fianza bancaria, un Banco o entidad de crédito debidamente autorizado, se compromete a garantizar a una persona frente al acreedor, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fiador en un contrato (Art. 1447 del Código de Comercio).

*1.2. Como bien sabe su Autoridad una boleta de garantía bancaria es el documento emergente de la suscripción de un contrato de fianza bancaria, en el cual se identifica al banco emisor, al beneficiario de la garantía, al deudor o fiador, las obligaciones garantizadas, las condiciones de la fianzas, el **valor afianzado** y el plazo de vencimiento, entre otros[1] (Art. 1449 del Código de Comercio).*

[1] ***ARTÍCULO 1.449.- (EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO O "BOLETA DE GARANTÍA").*** *Independientemente del contrato de fianza, se extenderá por el Banco o entidad de crédito o boleta de garantía que contendrá, por lo menos, los siguientes datos:*

1) Mención de fianza bancaria, inserta en su texto;
2) Nombre y domicilio de la entidad afianzadora;
3) Nombre o denominación de la persona, natural o jurídica, a cuyo favor se otorgue;
4) Nombre y demás datos que identifiquen al fiado o deudor,
5) Mención de las obligaciones garantizadas, condiciones y circunstancias de la fianza;
6) Valor afianzado y plazo de vencimiento de la fianza;

7) Lugar y fecha de expedición, y
8) Firma autógrafa del representante de la entidad afianzadora.

1.3. En el caso que nos ocupa, Provivienda ha sido notificada con la Resolución Sancionadora en virtud de la cual la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual APS) dispuso:

- *Sancionar a Provivienda con una multa en bolivianos equivalentes a Dólares Americanos Cien Mil 00/100 (USD100.000) por incumplir el punto 3 del artículo 9 y al artículo 13 del Decreto Supremo N° 25958 de 21 de octubre de 2000, y el artículo 4 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 (Art. 1).*

- *Obligar a la Sociedad a efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por aportes patronales y laborales adeudados al Fondo de Capitalización Individual de Vivienda (FCIV), bajo su entera y absoluta responsabilidad (Art. 2 p. I.).*

- *Presentar una boleta de garantía bancaria a nombre de la referida Autoridad por el monto que asciende la mora a la fecha de emisión de dicha Resolución Administrativa, con vigencia de un (1) año (Art. 2 p.II).*

*1.4. Provivienda ha señalado a lo largo del proceso sancionador que la información sobre la mora del régimen de vivienda, inferida a partir de la deuda presunta del Seguro Social Obligatorio (SSO), actual Sistema Integral de Pensiones (SIP), al 25 de enero de 2011 - fecha de la Resolución Sancionadora que ha sido ratificada en las Resoluciones Administrativas APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013 y APS/N° 1094-2013 de 29 de noviembre de 2013- ascendía a un **monto estimado** en ese momento, a la suma de $us 12.5 millones.*

*1.5. Es importante aclarar que el monto de deuda es un **importe estimado** debido a que éste se deduce de la deuda presunta al régimen de pensiones que gestionan ambas AFP a la fecha indicada, y por otro lado, se debe tomar en consideración que la Sociedad no puede acceder a la información sobre la gestión de mora correspondiente a los afiliados de Futuro de Bolivia Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) S.A., ya que esta información es de carácter confidencialidad, en virtud a lo dispuesto en el artículo 152 de la Ley N° 065 de Pensiones - tal como ha sido referido a la APS en los escritos presentados dentro de este procedimiento-.*

1.6. La emisión de una boleta de garantía bancaria, tal como la prevista en la Resolución Sancionadora -Art. 2 p.I-, requiere necesariamente que el afianzado comunique a la entidad financiera con certeza y precisión cuál será el valor a ser afianzado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6) del artículo 1449 del Código de Comercio. En el presente caso, Provivienda sólo cuenta con un monto estimado y además totalmente presunto sobre los adeudos en mora al régimen de vivienda tal como se explicó líneas arriba, en virtud del cual debería emitirse la boleta de garantía, sin embargo la Sociedad no está en la posibilidad de acreditar ante ninguna entidad financiera bancaria -ante quienes requiera su emisión-, que la obligación efectiva y exigida por la APS tiene un valor preciso de "X bolivianos o dólares americanos", ya que en la Resolución Sancionadora no se establece monto

alguno por parte de la APS. Esta situación entre otros aspectos dificulta la obtención de una boleta bancaria de garantía, puesto que una entidad financiera debe tener la certeza del monto que será afianzado antes de emitir dicho instrumento de garantía.

1.7. La determinación del valor afianzado es un requisito primordial para la emisión de la boleta de garantía bancaria, porque además este valor determinará el importe que podrá ser exigido por la entidad financiera como contragarantía, así lo establece tanto el Código de Comercio como también la Recopilación de Normas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Supervisión Financiera (ASFI).

*1.8. En el caso que nos ocupa, si el **monto estimado** -sin considerar siquiera que se trata de deuda presunta- fuese el valor a ser afianzado al 25 de enero de 2011; la boleta de garantía bancaria a favor de la APS, debería ser emitida por la suma de $us.12.5 Millones aproximadamente, aclarando que esta estimación no se puede tomar como un monto real a garantizar por Provivienda debido a que no obedece a la realidad puesto que emerge de la simple presunción de la mora al SSO de BBVA Previsión AFP S.A. más la suma de un cálculo aproximado de la mora que le correspondería a Futuro de Bolivia AFP S.A.*

1.9. Esta obligación impuesta genera a Provivienda la imposibilidad de cumplir con el ordenamiento jurídico, en virtud a lo siguiente:

1.9.1. El artículo 1448 del Código de Comercio[2] dispone que el contrato de fianza al igual que todos los contratos comerciales debe constar por escrito y en él se detallan además de los derechos y obligaciones de las partes, las contragarantías propuestas por el fiador o deudor.

> *[2] ARTÍCULO 1.448.- (CONTRATO ESCRITO Y CONTRAGARANTÍAS). El contrato de fianza constará por escrito y en cuyo documento se detallarán, además de los derechos y obligaciones de las partes, las contra garantías propuestas por el fiado o deudor.*

1.9.2. El jurista boliviano Carlos Morales Guillen[3] al realizar el comentario a este artículo señala que: "Las contragarantías propuestas por el fiado, suponen que las instituciones de fianza tienen el derecho y a veces la obligación de procurarse garantías en relación con el reembolso de las cantidades que paguen por los fiados. Como derecho, pueden establecer los arreglos que estimen pertinentes con los fiados y con los fiadores de éstos, en su caso. Como <u>obligación,</u> cuando las reglamentaciones pertinentes o la autorización del organismo fiscalizador competente, señalen esa exigencia para las fianzas que excedan ciertos límites".

> *[3] Código de Comercio, Concordado y Anotado con arreglo a Edición Oficial, Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco, Pág. 1351, Año 1999.*

1.9.3. La ASFI ha dispuesto en el artículo 1 del Capítulo I "Boletas de Garantía", Título IV "Avales y Fianzas" del Libro 2° de Operaciones de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la ASFI: "...Las entidades

bancarias deberán ajustar sus operaciones de emisión de Boletas de Garantía (...) que éstos sólo representan un contrato de fianza bancaria en cuya celebración debe exigirse al afianzado (...), las suficientes contragarantías basadas en bienes raíces o depósitos reales en el banco ***por sumas suficientes y expresados en la moneda de la boleta, que permitan solventar la contingencia*** *en caso de incumplimiento del deudor. (...) no obstante el carácter contingente de las operaciones garantizadas, éstas se encuentran comprendidas en los límites legales establecidos para la otorgación de créditos (...)" (énfasis añadido). Esta norma continúa vigente en virtud a lo establecido en la disposición transitoria octava de la Ley N° 393 de 5 de agosto de 2013 que señala: "La presente Ley entrará en vigencia a los noventa (90) días de promulgada. Mientras no se emita normativa reglamentaria se considerará vigente la normativa emitida bajo la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993".*

1.9.4. De lo que se puede inferir que la obtención de una boleta de garantía bancaria necesariamente requiere que el valor a ser afianzado esté respaldado -garantizado- con una contragarantía -sean bienes muebles, valores, bienes inmuebles, depósitos bancarios, etc.-, cuyo valor sea suficiente para cubrir el importe de la boleta.

1.10. Los Estados Financieros de Provivienda aprobados por el Directorio y Accionistas de la Sociedad, cuyos originales cursan en las dependencias de la APS y a los cuales nos remitimos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 inciso f) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, reflejan la situación patrimonial de la Sociedad. En calidad de anexo se adjunta los Estados Financieros auditados de la gestión 2012.

1.11. Si uno revisa los Estados Financieros de la Sociedad, claramente puede verificar que Provivienda cuenta con un patrimonio de Bs10.336.566.- (Diez millones trescientos treinta y seis mil quinientos sesenta y seis 00/100 Bolivianos) hasta la gestión 2012 y que no tiene dentro de sus activos bienes inmuebles de su propiedad.

1.12. Esta información conocida por la APS, ha sido totalmente omitida al momento de dictar la Resolución Sancionadora y al imponer la obligación de presentar la boleta de garantía bancaria por el monto a la que asciende la mora al 25 de enero 2011. En otras palabras, la APS a sabiendas de la situación patrimonial y del ordenamiento jurídico vigente -cuyo cumplimiento es un deber de todo servidor público en virtud a lo establecido en el artículo 235 numeral 1) de la Constitución Política del Estado- emitió un acto administrativo cuyo objeto es de carácter imposible y su ejecución ocasionaría un perjuicio irreversible a la Sociedad, al haber exigido la presentación de una boleta de garantía bancaria cuyo importe a ser afianzado -independientemente de que se trate de un valor estimado- ascendería a la suma de $us.12.5 millones, y por tanto, Provivienda quedaría obligada a entregar una contragarantía por el mismo valor a la entidad financiera que emita dicho instrumento, lo que causaría un perjuicio irreversible a la situación patrimonial de la Sociedad.

1.13. La APS además de tener conocimiento de este grave perjuicio, también ha desconocido que durante todo el proceso sancionador, el hecho de que Provivienda ha señalado, fundamentado y demostrado que no cuenta con la contragarantía suficiente para respaldar la emisión de la boleta de garantía bancaria por el importe al que asciende la mora respecto a los aportes de vivienda, afirmación que se acredita al analizar los Estados Financieros de la Sociedad.

1.14. Los Estados Financieros de Provivienda demuestran que el patrimonio (activos y pasivos) actual no le permite ofrecer una contragarantía que respalde la emisión de la boleta de garantía bancaria impuesta por la Resolución Sancionadora, por lo que la Sociedad se encuentra imposibilitada real, objetiva y legalmente para poder cumplir con dicha obligación e independientemente de ello, su presentación ocasionaría un grave perjuicio al normal desarrollo de su objeto social, afectando de manera directa la continuidad de sus actividades y, consecuentemente, conforme al artículo 378, inciso 4) del Código de Comercio, causarían la disolución de la Sociedad.

1.15. Esta aseveración está respaldada además por las certificaciones emitidas por las distintas entidades financieras bancarias del sistema financiero nacional, que fueron presentadas en calidad de prueba en el proceso sancionador y las que han sido presentadas con el recurso jerárquico, cuyo común denominador permite concluir que dichas entidades financieras no pueden emitir a favor de Provivienda una boleta de garantía bancaria por el monto al que asciende la mora, sin que nuestra Sociedad haga entrega de una contragarantía por el mismo monto a ser garantizado, en virtud a la normativa vigente, lo que a su vez, implicaría que Provivienda experimente un perjuicio irreversible.

1.16. La Sociedad -reiteramos- al no ser propietaria de bienes inmuebles, depósitos o valores por un monto que respalde la emisión de la boleta de garantía bancaria impuesta por la Resolución Sancionadora, se encuentra restringida legalmente, vale decir que en virtud al Código de Comercio y a la reglamentación vigente para las entidades financieras, éstas no pueden extenderle una garantía por el monto al que asciende la cartera en mora si Provivienda no entrega una contragarantía del mismo valor, lo contrario implicar el incumplimiento de esta normativa.

1.17. Argumentos que responden a la verdad material prevista en el artículo 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento, y que no han sido considerados ni refutados por la APS en la Resolución Revocatoria.

1.18. Por lo que, Provivienda se encuentra ante la imposibilidad material y legal para poder obtener una boleta de garantía bancaria por el importe al que asciende presumiblemente la mora del régimen de vivienda y presentarla ante la APS, conforme a la obligación impuesta por la Resolución Sancionadora, al no tener una contragarantía que respalde su emisión, en virtud de lo dispuesto en los

artículos 1448 del Código de Comercio y 1 del Capítulo I "Boletas de Garantía", Título IV "Avales y Fianzas" del Libro 2° de Operaciones de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la ASFI, sin que su presentación sea la causa de un perjuicio irreversible para la Sociedad.

II. Suspensión de la Resolución.

2.1. La Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 en su artículo 59[4] establece que el órgano administrativo competente para resolver el recurso podrá suspender la ejecución del acto recurrido de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.

> [4] ***ARTÍCULO 59°.- (CRITERIOS DE SUSPENSIÓN).***
> *I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
> *II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.*

2.2. El artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (Reglamento SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que: "I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico. II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".

2.3. Provivienda solicitó en su recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 29 de noviembre de 2013 que se suspenda la ejecución de la Resolución Sancionadora, al encontrase ante una imposibilidad material y legal para obtener boleta de garantía bancaria impuesta por la Resolución Sancionadora a fin de que garantice el monto estimado al que asciende la mora del régimen de vivienda, conforme a los fundamentos expuestos dentro del proceso sancionador y en el presente escrito.

2.4. La suspensión de la obligación impuesta por la Resolución Sancionadora -cuya legalidad está siendo analizada en la vía judicial-, debe darse ante la existencia de la imposibilidad material y legal que tiene Provivienda, tal como se ha señalado en el título I de este memorial, y su ejecución causaría un daño irreparable a la Sociedad, al atentar el normal desenvolvimiento de la

actividad económica y por ende de su objeto social, constituyéndose en una causal de disolución conforme lo establece el artículo 378, numeral 4 del Código de Comercio.

2.5. Por tanto, Provivienda solicita a la Autoridad Jerárquica la suspensión de la ejecución de la obligación de presentar la boleta de garantía bancaria hasta que la Resolución Sancionadora quede firme en sede judicial, al amparo del artículo 116 parágrafo II de la Constitución Política del Estado y el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, ante la existencia de una imposibilidad material y legal de cumplimiento de esta obligación, que además irrogaría graves daños a la Sociedad (como bien señala el Art. 40, II del Reglamento SIREFI), criterios suficientes para fundamentar con toda justicia una suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución de un acto administrativo, como es la Resolución Sancionadora.

2.6. Consecuentemente, Provivienda en cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Administrativo de 14 de enero de 2014, solicita que tenga presente la fundamentación expuesta por la que se acredita la existencia de la imposibilidad material y legal de la Sociedad para presentar la boleta de garantía bancaria por el monto al que asciende presumiblemente la mora que fue impuesta por la Resolución Sancionadora, y con el mayor respeto a su Autoridad solicita que se conceda la suspensión de esta obligación…"

3.3. Alegatos de los terceros interesados.-

- Mediante memorial presentado en fecha 05 de febrero de 2014, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, manifiesta en lo principal que: "*…con relación al presente procedimiento administrativo* (…) *jurídicamente no tiene intereses legítimos o derecho subjetivos afectados…*"

- Mediante memorial presentado en fecha 5 de febrero de 2014, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A., señala que: "*…a pesar de no ser sujeto de este procedimiento administrativo, se ha apersonado tras haber sido notificado con el Auto Administrativo de 14 de enero de 2014, en su condición de tercero interesado con el ánimo de brindar información que pretende contribuir a los elementos de juicio que su Autoridad requiere para resolver el recurso jerárquico interpuesto por Provivienda S.A contra la Resolución Administrativa APS/N° 1094 -2013 de 28 de noviembre de 2013…*", asimismo señala que corresponde respaldar lo señalado por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** a lo largo del presente proceso, toda vez que la gestión de cobro de aportes correspondientes a vivienda que realiza la Administradora de Fondos de Pensiones, se realiza en forma conjunta a la del SSO y al SIP y que la información generada por recaudación y recuperación de los aportes al régimen de vivienda es transmitida a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA,** velando por la confidencialidad de la información, la cual es entregada directamente por Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. al encontrarse vigente la relación contractual por más de 14 años, sin

embargo, señala que se requiere de la no objeción por parte del Organismo de Regulación.

- Mediante memorial presentado en fecha 6 de febrero de 2014, el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda se apersona y formula alegatos en su calidad de tercero interesado, señalando que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, basándose en argumentos que carecen de eficacia jurídica, pretende incumplir la obligación dispuesta mediante Resolución Administrativa AP/N° 019-2011, referida a la recuperación de mora por aportes patronales y laborales adeudados, asimismo señala que el incumplimiento de la recurrente ha ocasionado un grave perjuicio, traducido en daño económico al Programa de Vivienda Social y Solidaria – PVS, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, al no haberse recaudado de manera oportuna los aportes patronales que financien los distintos planes de vivienda mediante el inicio de Procesos Ejecutivos Sociales, recursos que no habría invertido.

3.4. Exposición Oral de Fundamentos.-

En fecha de marzo de 2014 y a solicitud de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** que consta en el memorial presentado en fecha 29 de enero de 2014, se realizó la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En mérito a la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 298-2011 de 13 de septiembre de 2011 y mediante auto de 27 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA,** en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, presente una Boleta de Garantía Bancaria, con el objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV (actual PVS), y por el monto al que ascienda la misma.

Mediante memorial de fecha 11 de marzo de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita aclaración del auto administrativo señalado, pidiendo a la vez que el contenido del mismo sea consignado en una Resolución Administrativa.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, atiende la solicitud de aclaración solicitada por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, consignando en Resolución Administrativa el auto de 27 de febrero de 2013, y otorgando el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, para que la ahora recurrente remita un informe documentado del monto total en bolivianos por Cobranza Administrativa y Judicial, al 25 de enero de 2011, por concepto de mora de aportes laborales y patronales de vivienda, y si la misma se tiene gestionada judicialmente.

PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA, mediante memorial presentado el 23 de abril de 2013, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013, el mismo que es resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, que confirma parcialmente la anterior, determinando lo siguiente:

- Se atiende la solicitud de aclaración en los términos establecidos en el auto de 27 de febrero de 2013.
- Se consigna en Resolución Administrativa el auto de 27 de febrero de 2013, disponiendo que hasta el 30 de agosto de 2013, la recurrente presente la Boleta de Garantía Bancaria por el monto al que ascienda la mora.
- Deja sin efecto lo resuelto en el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013.
- Rechaza la solicitud de nulidad de la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013.
- Rechaza la solicitud de no objeción presentada por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 2 de agosto de 2013, relativa a la autorización dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP, para que haga entrega de la información referente a la recaudación de los aportes a la vivienda.

Contra tales determinaciones, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** recurrió a la Instancia Jerárquica en fecha 24 de diciembre de 2013, impugnación que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis del caso, corresponde transcribir la norma que le es aplicable, conforme se procede a continuación:

- **Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997:**

  "…***ARTÍCULO 105. (ESTADO DE CUENTA***). *Las AFP deberán enviar al Registrado de acuerdo a disposiciones de la Superintendencia, un informe referido a los movimientos registrados en el FCI. Este estado de cuenta deberá contener la siguiente información:*

a) Período que comprende
b) Datos personales del Afiliado y su domicilio
c) Saldo inicial y final de: Cotizaciones Mensuales, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, en número de cuotas, y en monto en bolivianos.
d) Informe de movimientos en bolivianos y cuotas
e) Saldo inicial y final de Primas pagadas al Seguro de Riesgo Común y al Seguro de Riesgo Profesional, cuando corresponda.
f) Valor de la cuota del FCI.
g) Variación porcentual de la cuota en el año,
h) Rentabilidad del FCI
i) Número de Primas para los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional pagadas y monto de Primas, cuando corresponda.

El formato del estado de cuenta deberá ser autorizado por la Superintendencia y las AFP no podrán efectuar publicidad o propaganda a través del mismo. La información contenida en el estado de cuenta, y la información de la Cuenta Individual de los Afiliados no podrá darse a conocer a terceras personas a no ser mediante orden judicial o autorización de la Superintendencia expresa y para cada caso…"

- **Decreto Supremo N° 2598 de 21 de octubre del 2000:**

"…***Artículo 9°***.- ***(Obligaciones de la ERA)*** *La ERA deberá cumplir estrictamente con las siguientes obligaciones:* (…)

3. Iniciar el cobro ejecutivo social del aporte patronal en todos los casos donde se haya establecido una mora superior a los dos meses de aporte devengado. Las acciones legales emergentes se sujetarán a las disposiciones emitidas por la SPVS para el SSO (…)

Artículo 13.- ***(Proceso ejecutivo social)***.- *Si el empleador no cumple con los plazos establecidos para el pago del aporte patronal obligatorio, más intereses y recargos, la ERA procederá a la ejecución social de cobro ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, en conformidad a las disposiciones vigentes para el SSO. La ERA deberá iniciar la acción ejecutiva social transcurridos sesenta (60) días calendario computables a partir de la fecha en la que el empleador haya incurrido en mora. Constituye Título Ejecutivo, la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la ERA…*"

- **Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001:**

"…***Artículo 1°.- (Ampliación de la gestión de cobro)*** *Se amplía, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000.*

Artículo 2°.- (Convenio de pagos en la gestión de cobro) *Con relación a lo previsto en el artículo anterior, se autoriza a las AFP suscribir convenios con los empleadores para facilitar el pago de las contribuciones en mora al SSO, cuando éstas sean iguales o*

menores a quince (15) salarios mínimos nacionales, con un plazo de amortización que no exceda el término previsto de ciento veinte (120) días calendario.

Artículo 3°.- (Gastos judiciales y administrativos) *Los gastos judiciales y administrativos que demanden los procesos judiciales para la recuperación de aportes en mora al SSO, serán del tres por ciento (3%), calculados sobre el importe neto adeudado e incorporado a la Nota de Débito. Dicho porcentaje no comprende los recargos, intereses, ni la comisión que corresponde a la AFP ejecutante.*

Artículo 4°.- (Aplicación de norma supletoria al régimen de vivienda) *En el marco de lo dispuesto por la normativa que rige el régimen de vivienda, todas las contribuciones adeudadas tanto al Fondo de Capitalización Individual de Vivienda (FCIV) como al Programa Nacional de Subsidio para Vivienda (PNSV), se regirán de acuerdo a lo previsto por los artículos 1°, 2° y 3° del presente decreto supremo…*"

- **Decreto Supremo N ° 27175 de 15 de septiembre de 2003:**

"…***Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos)***.- *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación* (…)

Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).- *Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.*

I. *El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.*

II. *En el caso del parágrafo anterior, el plazo para interponer el recurso de revocatoria comenzará a correr desde el momento de la negativa del Superintendente o, si no se pronuncia, desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la emisión de la resolución…*"

- **Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones:**

"…***Artículo 152. (CONFIDENCIALIDAD).***

La información administrada por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo referente a los Asegurados y a los Aportantes Nacionales Solidarios, no podrá darse a conocer a terceras personas a no ser mediante Orden Judicial o autorización del Organismo de Fiscalización expresa y para

cada caso. Esta determinación no aplica a las entidades que ejercen fiscalización y tuición del Sistema Integral de Pensiones (…)

***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES)**. El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)

b) *Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes* (…)

e) *Requerir la información financiera y patrimonial de las entidades sujetas a su jurisdicción que sea necesaria, para el cumplimiento de sus funciones* (…)

h) *Regular, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo* (…)

k) *Conocer y resolver de manera fundamentada, los Recursos de Revocatoria que le sean interpuestos de acuerdo con la presente Ley, las normas procesales aplicables y sus reglamentos*…"

2.2. Rechazo a la solicitud de no objeción.-

En virtud al inciso f) del artículo 30°, de la Ley N° 1732 de 29 de enero de 1996, de Pensiones (modificado por el artículo 67 A 1.5 de la Ley N° 1864 -de Propiedad y Crédito Popular- de 15 de junio de 1998), se autorizó a las Administradoras de Fondos de Pensiones a: "*recaudar y administrar cualquier aporte patronal, laboral y voluntario de acuerdo a reglamento emitido por el Poder Ejecutivo*".

En tal sentido, mediante Decreto Supremo N° 25139 de 31 de agosto de 1998, se adjudicó el servicio de recaudación y administración de aportes patronal y laboral para la vivienda, al "Consorcio Previsión-Futuro", constituido por BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP.

En fecha 25 de marzo de 1999, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** suscribió con Futuro de Bolivia S.A. AFP, un Contrato de Prestación y Servicios, cuya cláusula cuarta señala que, la administradora de fondos de pensiones realizará el **servicio de recaudación de aporte patronal y aporte laboral, cobranza administrativa y cobro ejecutivo social**.

Mediante Decretos Supremos N° 25958 de 21 de octubre de 2000 y N° 26131 de 30 de marzo de 2001, se estableció que la Entidad Recaudadora es la responsable de cobrar los aportes patronales devengados, los intereses y las multas que no hubieran sido pagadas, así como del inicio del cobro ejecutivo social del aporte patronal, en el plazo de ciento veinte (120) días desde que el empleador incurrió en mora.

Por otra parte, el artículo 7° del Decreto Supremo Nº 26392 de 8 de noviembre de 2001, establece lo siguiente:

"…***Artículo 7°.- (Contratación de las AFP's)*** *Se autoriza a los Ministerios de Hacienda y de Vivienda y Servicios Básicos la contratación de las AFP's socias únicas de PROVIVIENDA S. A. adjudicataria por licitación internacional para la* ***recaudación y administración de los aportes de vivienda****, para que continúen el proceso de la recaudación y administración del Aporte Patronal de Vivienda del 2% para vivienda, en las mismas condiciones establecidas en el contrato original con PROVIVIENDA S.A. El plazo de contratación de las AFP's no excederá a noviembre del año 2003, luego del cual los Ministerios de Hacienda y de Vivienda y Servicios Básicos, previa licitación pública, procederán a la selección y adjudicación de la entidad o entidades recaudadoras del aporte patronal del 2% para vivienda*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, tal como señala la recurrente en su memorial presentado en fecha 30 de octubre de 2013, desde finales de la gestión 2003 hasta parte de la gestión 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó la gestión de recaudación y recuperación de los aportes para la vivienda, sin haber documentado esta relación jurídica a través de un nuevo contrato escrito, habiendo sido el mismo suscrito recién en fecha 27 de mayo de 2013, y estableciendo -entre otros- lo siguiente:

"…*<u>TERCERA: OBJETO</u>*.-

El presente Contrato tiene por objeto establecer por una parte, 1) La prestación de servicios de recaudación de Aportes Patronales y Laborales para la Vivienda, 2) La remisión de información por parte de la AFP a la ERA, con el único propósito de que ésta pueda inferir sujeta a su única, propia y plena responsabilidad la mora, efectúe la gestión de cobranza administrativa y judicial de aportes para la vivienda y de realizar s correspondiese, la depuración de las partidas registradas en las principales cuentas del pasivo y patrimonio del FCIV (…)

Considerando que de acuerdo a lo establecido por el artículo 152 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones (transcrito ut supra), *la información Administrada por las AFP es confidencial y no puede darse a conocer a terceras personas, ambas partes acuerdan que las estructuras de envío de información acordadas, deberán contar de manera previa y de forma imprescindible con la autorización expresa o no objeción de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), toda vez que dicha información es de uso privativo del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, por lo que su uso es de exclusiva responsabilidad de la ERA*…"

Ahora bien, subsumido tal criterio al caso de autos, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 27 de febrero de 2013, instruyó que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** presente la Boleta de Garantía Bancaria **por el monto al que asciende la mora,** con el objeto de garantizar la recuperación de los adeudos en mora, al Fondo de Capitalización Individual para la Vivienda y al Programa Nacional de Subsidio a la Vivienda (actual Programa de Vivienda Social y Solidaria).

A este respecto, por memorial presentado en fecha 11 de marzo de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** señala, que la Entidad Reguladora no establece si el importe corresponde sólo a la mora que debería ser recuperada mediante los Procesos Ejecutivos Sociales, o si corresponde mas bien al importe de la mora global.

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, estableció que:

> "…*el regulador* (…) *dejó en claro que, desde el momento en que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA S.A., se hizo cargo de la recaudación de los aportes laborales y patronales,* ***no ha iniciado ningún Proceso Ejecutivo Social*** *para la recuperación de los adeudos en mora para la vivienda, concluyendo que,* ***la información remitida*** *por la Entidad Regulada en lo que respecta al monto total en bolivianos por Cobranza Judicial al 31 de agosto de 2010,* ***no es correcta.***
>
> *Que en consideración a lo anterior y en lo que respecta a la solicitud de precisarse el monto de la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora y, que* ***sólo se extienda por el importe correspondiente a las demandas ejecutivas sociales*** *que debían estar iniciadas al momento de la notificación de la Resolución Sancionadora* (…)
>
> *Que en ese sentido, el regulado debe a través de la Boleta Bancaria de Garantía, garantizar y efectivizar la recuperación de la mora de acuerdo al monto que tiene registrado como administradora y recaudadora,* ***considerando el monto de la mora en gestión judicial*** (…)
>
> *Que continuado con el párrafo anterior y tomando en cuenta la identificación de los empleadores y la mora por el regulado, que tuvieron que estar con Proceso Ejecutivo Social,* ***los importes adeudados a incorporarse en las demandas sociales*** *y para los efectos de la presentación de la Boleta Bancaria, debe considerarse el 25 de enero de 2011, fecha de emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** alega en su Recurso Jerárquico, que ante la imposibilidad material de dar cumplimiento a lo requerido por la Entidad Reguladora, mediante nota PROV-35/05/2013 de 23 de mayo de 2013 y memorial presentado en fecha 2 de agosto de 2013, solicitó que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros autorice a Futuro de Bolivia S.A. AFP, el envío de la información referente a la mora, solicitud que sin embargo, fue rechazada.

Asimismo, el Recurso Jerárquico señala que, las gestiones de cobranza y recuperación de los aportes a la vivienda, se han realizado a través de las administradoras de fondos de pensiones, de manera conjunta con los del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, actualmente con el Sistema Integral de Pensiones, y que no cuenta con los datos precisos de la mora correspondiente a Futuro de Bolivia S.A. AFP, que le permita determinar el monto al que asciende la mora al 25 de enero de 2011, a los fines de la emisión de la Boleta de Garantía Bancaria dispuesta por la Entidad Reguladora.

Asimismo señala, que toda vez que la información generada por la recaudación de aportes al régimen de vivienda (incluyendo la mora), estaba sujeta a lo dispuesto en artículo 105° del Decreto Supremo N° 24469 de 17de enero de 1997, y ahora por lo establecido en el artículo 152° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), es imprescindible la no objeción (autorización) expresa de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Al respecto, de acuerdo a los antecedentes señalados precedentemente, es evidente que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** tiene la obligación de **administrar y recaudar** los aportes a la vivienda, debiendo para el efecto contar con un control y registro de la recaudación, de los empleadores que incurrieron en mora, de la mora existente y de los Procesos Ejecutivos Sociales iniciados.

Sin perjuicio de tales responsabilidades, se debe tener presente que se autorizó la contratación de las administradoras de fondos de pensiones para la recaudación y administración de dichos aportes, de manera conjunta con las contribuciones al Seguro Social Obligatorio, actualmente al Sistema Integral de Pensiones, con el fin de mantener una Base de Datos actualizada y oportuna, por lo que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** debe acceder a la información de tales Administradoras, respecto a la mora y a la gestión de cobranza administrativa y judicial de aportes para la vivienda.

Para tal efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 152° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones) y a la cláusula tercera del Contrato suscrito con Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 27 de mayo de 2013, toda vez que la información que administran las administradoras de fondos de pensiones tiene carácter confidencial, no puede dársela a conocer a personas que no tengan un interés legítimo para ello, de manera tal que, las estructuras de envío de información acordadas, deben contar de manera previa con la autorización expresa del Organismo de Fiscalización.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, rechazó la solicitud de no objeción de la recurrente, fundamentando tal decisión en lo siguiente:

> "…*Que en ese sentido, Provivienda S.A. como entidad recaudadora de los aportes a la vivienda, tiene la obligación y responsabilidad debe llevar el registro y control per se de la recaudación ingresada y mora existente; siendo llamativa la solicitud de que una entidad que no tiene nada que ver con la recaudación de los aportes a la vivienda sea la que pueda entregar esa información, cuando el deber le asiste a Provivienda S.A. de contar con la misma. Sin perjuicio de lo anterior, se sabe que* ***sería Futuro de Bolivia S.A. AFP esa tercera entidad que realiza el servicio, misma que por Ley se encuentra bajo control y supervisión de esta APS; en ese entendido y en último caso, sería esa AFP como tenedora de la información relativa a la recaudación de los aportes a la vivienda requerir la no objeción.*** *En ese sentido, el pedido de no objeción de quien no tiene la información resulta ser un contrasentido, además de no tener relación con el objeto mismo del presente proceso, cual es la obligación de la presentación de la Boleta*

Bancaria…" (Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Entonces, en el entender del Ente Regulador, Futuro de Bolivia S.A. AFP es la llamada a presentar la solicitud de no objeción de la información que requiere la recurrente.

Tal posición no considera que, de acuerdo con el Contrato de Prestación de Servicios suscrito en fecha 27 de mayo de 2013, es responsabilidad de la Entidad Recaudadora (**PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**) el solicitar la tramitación de dicha autorización y no objeción; asimismo, considerando el tiempo transcurrido desde el auto de 27 de febrero de 2013, notificado el 6 de marzo de 2013, hasta la notificación de la Resolución Administrativa APS/Nº 1094-2013 en fecha 5 de diciembre de 2013, es la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la que debió actuar con la diligencia necesaria, por consiguiente, autorizar y dar la no objeción para que Futuro de Bolivia S.A. AFP remita la información necesaria a la ahora recurrente, a los fines de que esta última cumpla con el envío de la Boleta de Garantía Bancaria solicitada.

Estos extremos permiten concluir que, la negativa del Ente Regulador a conceder la no objeción a Futuro de Bolivia S.A. AFP, a efectos que la misma entregue la información que es requerida por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, no sólo es infundada, sino que además, es perjudicial a los propias fines que persigue el Ente Regulador, de que la ahora recurrente se responsabilice por la administración que realiza respecto a la mora y a la gestión de cobranza administrativa y judicial de aportes para la vivienda, correspondiendo se rectifique tal decisión.

2.3. Incoherencia en el término para el cumplimiento de la obligación.-

Conforme se tiene relacionado, mediante auto de fecha 27 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso:

> "…*que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA en el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos, en cumplimiento a lo resuelto en el SEGUNDO* (sic) *de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011, presente la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS*…"

Posteriormente, por Resolución Administrativa APS/Nº 1094-2013 de **28 de noviembre de 2013**, el Ente Regulador, a tiempo de consignar "*en Resolución Administrativa el Auto de 27 de febrero de 2013*", dispuso la modificación siguiente:

> "…*Se dispone que PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA hasta el* ***30 de agosto de 2013****, en cumplimiento a lo resuelto en el SEGUNDO de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011, presente la Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, la cual tiene por objeto garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución

Ministerial Jerárquica).

Resulta de ello evidente que, existe una incoherencia en cuanto al término en el cual debe cumplirse la obligación impuesta, por cuanto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros viene a disponer en fecha **28 de noviembre de 2013**, que se cumpla con la misma tres meses antes (30 de agosto de 2013), lo que determina que tal obligación resulte imposible de cumplir.

Es inferible que en la imposición de tal fecha cierta y determinada, ha pesado el transcurso de los sesenta días originalmente dispuestos, no obstante que de lo mismo no existe mayor explicación por parte del Regulador, quien en definitiva no ha observado el hecho de que pretender el cumplimiento de una obligación en una fecha determinada ya transcurrida, resulta imposible y por tanto, inconsistente e incongruente con la fundamentación, justificando la determinación adoptada en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.4. Acerca de los principios de Derecho Administrativo.-

PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA señala en su Recurso Jerárquico, que la Resolución impugnada vulnera los principios de verdad material, de congruencia y de seguridad jurídica; refiere que los órganos reguladores y más aún aquéllas entidades establecidas como filtros de la aplicación de la legalidad administrativa, tienen derecho a instruir los actuados necesarios para asegurar, por razones de orden público, la correcta aplicación del universo de normativa administrativa.

En tales términos, el ejercicio de esta potestad es inexcusable, por tanto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros deberá adoptar todas las medidas administrativas necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hubieran sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas, quedando facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas; la Administración, ejerce un conjunto de potestades que ponen de manifiesto el principio de autotutela.

Al respecto, la Sentencia Constitucional N° 1724/2010 de 17 de octubre de 2010 señala:

> "…*además de los principios administrativos reconocidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, art. 4, reconoce el principio de informalismo e impulso procesal de oficio teniendo como primordial finalidad la de determinar: "…la verdad material sobre los hechos, de forma de tutelar el legítimo derecho del Sujeto Activo a percibir la deuda, así como el del Sujeto Pasivo a que se presuma el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones tributarias hasta que, en debido proceso, se pruebe lo contrario; dichos procesos no están librados sólo al impulso procesal que le impriman las partes, sino que el respectivo Superintendente Tributario, atendiendo a la finalidad pública del mismo, debe intervenir activamente en la sustanciación del Recurso haciendo prevalecer su carácter impulsor sobre el simplemente dispositivo*…".

Dentro de los principios que rigen los procedimientos administrativos, el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, reconoce el de verdad material como uno de los pilares sobre el que debe sustentarse su desarrollo, tomando en cuenta la situación de desventaja en la que se encuentra el administrado frente al aparato estatal. Es así que la jurisprudencia constitucional determina en la Sentencia Constitucional N° SC 0427/2010-R de 28 de junio:

> "…*la decisión de la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones. La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión*…"

Esta determinación jurisprudencial lleva a la conclusión que, para la aplicación de la verdad material, se llega por exclusión de lo que se entiende por la verdad formal que rige en el procedimiento civil; entonces, el Administrador debe necesariamente asumir la función de investigador de la verdad y, por tanto, no limita su conocimiento sólo a la prueba que hubieran ofrecido y producido los administrados, sino que lo extiende además a su propia averiguación e investigación oficiosa.

El principio de verdad material entonces, consiste en que, la Autoridad Administrativa competente, debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, para lo cual debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias.

En este sentido, la Autoridad Reguladora, independientemente de a quién le correspondía solicitar la no objeción o autorización para la remisión de información, de oficio y en su momento, en uso de sus atribuciones, tal como se señaló precedentemente, y dadas las circunstancias que rodean al caso, debió solicitar la información necesaria a fin de determinar el monto exacto de la mora por aportes patronales y laborales al FCIV y al PNSV, actual PVS.

Siguiendo ese mismo razonamiento, corresponde traer a colación lo determinado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ- 17/2004 de 11 de octubre de 2004, que señala:

> "…*la Constitución Política del Estado* (…) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los*

administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (…)

Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

"…*El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental del administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas,* ***y obtener decisiones fundadas o motivadas****, entre otras,..*

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído a presentar pruebas, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo que se establece que, la Autoridad Reguladora vulneró un principio fundamental al debido proceso, toda vez que, en franca omisión de la búsqueda de verdad material, no activó los mecanismos necesarios para establecer y determinar el monto exacto de la mora, lo cual se refleja en su determinación, la que resulta contradictoria, imprecisa e infundada, pues si bien el objeto de la obligación impuesta a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, resulta en la presentación de una Boleta de Garantía Bancaria, no se ha determinado el monto exigible para ello, conforme fue la propia entidad que estableció dicha necesidad de información del monto, imposibilitando a la ahora recurrente efectuar el cálculo para viabilizar su cumplimiento.

Por pertinente, se rescata lo señalado por la Sentencia Constitucional N° 2016/2010-R de 9 de noviembre de 2010:

"…*De la naturaleza jurídica del debido proceso, deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la*

resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes…"

Esto significa que **las resoluciones deben ser ante todo claras e inteligibles** (más que extensas), pues tienen la finalidad de informar de manera efectiva a las partes, sobre los aspectos más relevantes de la resolución, permitiéndole asumir un conocimiento cabal y suficiente acerca de las razones que sustentan la decisión.

Es en este sentido que la Sentencia Constitucional N°1365/2005-R de 31 de octubre de 2005, ha determinado:

"*…que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados,* ***debiendo expresar el Juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión*** *en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas…*".

En cuanto a la motivación de los actos administrativos, la ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

"*…Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda…"

Y en cuanto a la seguridad jurídica, el parágrafo II del artículo 62°, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "*La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables*".

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

"*…La* ***seguridad jurídica*** *apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o*

indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos…"

En la aplicación de la jurisprudencia y precedentes anteriormente detallados, al caso de autos, se evidencia que la tramitación del presente proceso administrativo de ejecución, conforme ha sido elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, vulnera los principios supra señalados, evidenciándose principalmente que:

1. Si bien la Resolución Administrativa sancionatoria AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011 no establecía el monto de la mora (información que hace a la obligación de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** de conocer las deudas por aportes al régimen de vivienda), la autoridad recurrida incurre en incongruencia en la Resolución APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013, solicitando información a la parte recurrente sobre el monto total por concepto de mora a la fecha de la emisión de la Resolución Sancionadora, por lo que al evidenciar o deslindar la inexistencia de un monto, mediante Resolución Administrativa APS/N° 1094-2013 de 28 de noviembre de 2013, deja sin efecto esta solicitud.

   Por lo que habiendo abierto la necesidad de determinación del monto a ser considerado por la Boleta de Garantía, la Autoridad recurrida, **en su calidad de administradora y reguladora de pensiones y en mérito a las atribuciones que la revisten y sobre todo, en búsqueda de la verdad material, a efectos de la no vulneración a un debido proceso, pudo disponer de oficio la información necesaria para establecer el monto susceptible de la imposición de la obligación**, de conformidad al artículo 29° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

2. La Resolución recurrida, a momento de fundamentar el rechazo de la no objeción planteada por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** y a efectos de que Futuro de Bolivia S.A. AFP remita la información necesaria para establecer con exactitud la mora por aportes laborales y patronales al régimen de la vivienda, señala:

   "…***Provivienda S.A: como entidad recaudadora de los aportes*** *a la vivienda, tiene la obligación y responsabilidad debe (Sic) llevar el registro y control per se de la recaudación ingresada y mora existente; siendo* ***llamativa la solicitud de que una entidad que no tiene nada que ver con la recaudación de los aportes a la vivienda sea la que pueda entregar esa información*** (...)

   …*Sin perjuicio de lo anterior, se sabe que* ***sería Futuro de Bolivia S,A; AFP esa tercera***

entidad que realiza el servicio, misma que por Ley se encuentra bajo control y supervisión de esta APS; *en ese entendido y en último caso,* ***sería esa AFP como tenedora de la información relativa a la recaudación de los aportes a la vivienda requerir la no objeción***…" (Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo expresado, se evidencia en el acto administrativo pronunciado por parte del Ente Regulador, una falta de motivación y fundamentación, vulnerando de esa forma, lo establecido en los artículos 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en cuanto al deber de la Administración, de motivar o fundamentar sus decisiones.

Asimismo, se ha establecido que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pasó por alto su obligación de seguir el procedimiento administrativo en la búsqueda de la verdad material y de la realidad y sus circunstancias, independientemente de cómo estas hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes.

La presente instancia jerárquica, no cuestiona la obligación de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, de garantizar la recuperación de aportes laborales y patronales del régimen de vivienda, si no, la carencia de fundamentación precisa que sostuvo lo determinado en oportunidad de resolver el Recurso de Revocatoria, omisión que deviniendo de un deber de la Administración y por tanto, en un incumplimiento de la norma del artículo 28°, inciso e), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, da lugar a una nueva nulidad y por tanto, justifica la determinación adoptada por la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.5. De la Boleta de Garantía Bancaria y de la solicitud de suspensión.-

A tiempo de su Recurso Jerárquico, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** ha señalado que, a los efectos de la obtención de la Boleta de Garantía Bancaria dispuesta por el Ente Regulador, en concreto, para determinar la cuantía de la misma que debe corresponder al monto al que asciende la mora al régimen de vivienda, la información con la que cuenta reporta solamente un monto estimado, no pudiendo precisar con exactitud el monto requerido, demostrándose con ello -a su entender- la imposibilidad material para su presentación.

Asimismo y al amparo de lo previsto en los artículos 40° y 62° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, en el otrosí 3 del mismo memorial, la recurrente ha solicitado: "*la suspensión de la ejecución de la obligación de presentar la boleta de garantía bancaria hasta que la Resolución Sancionadora quede firme en sede judicial*".

Con respecto a ambas solicitudes y toda vez que la controversia fundamental que hace la obligación impuesta a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, ha sido evaluada en los numerales supra desarrollados, el análisis de las mismas pierde en trascendencia, siéndoles pertinentes los argumentos ya

expresados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica y haciendo innecesarias mayores consideraciones a este respecto.

CONSIDERANDO:

Que, en la consideración y resolución del Recurso de Revocatoria, la Autoridad de Supervisión de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha prescindido de realizar una averiguación de la verdad material, incurriendo en incongruencia, principios que al haber sido inobservados, determinan que se ha infringido el debido proceso administrativo, vulneración demostrada en la imprecisión del monto de mora por aportes laborales y patronales, lo que hace a la exigencia de entrega de una Boleta de Garantía Bancaria.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al no viabilizar y aplicar el principio de verdad material que rige el derecho administrativo, preferentemente a la verdad formal, ha inviabilizado el cumplimiento de su propia obligación impuesta.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa APS/N° 234-2013 de 25 de marzo de 2013 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

MONICA ZAPATA ARAMAYO

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 829/2013 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 033/2014 DE 19 DE MAYO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2014

La Paz, 19 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho Órgano de Fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 026/2014 de fecha 23 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 050/2014 de fecha 5 de mayo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 7 de enero de 2014, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, que confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-2920/2014, con fecha de recepción 9 de enero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 10 de enero de 2014, notificado en fecha 16 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013.

Que, mediante memorial de 30 de enero de 2014, el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, como tercero interesado, presentó alegatos, solicitando se confirme en todas sus partes, la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-27159/2014 de 19 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero adjuntó la documentación complementaria que le fuera solicitada por providencia de 10 de febrero de 2014.

Que, por memorial de 20 de febrero de 2014, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** se pronuncia acerca del de 30 de enero de 2014 que fuera presentado por el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** (supra mencionado).

Que, en fecha 28 de febrero de 2014, se desarrolló la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** en su memorial de fecha 23 de enero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

En atención al reclamo presentado en fecha 8 de febrero de 2011, por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, en sentido de no habérsele abonado en su cuenta de ahorro Nº 4020586395, del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, un depósito por el monto de $us.27.794.- (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO 00/100 DÓLARES AMERICANOS) realizado en fecha 23 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, se pronuncia determinando la inexistencia de incumplimiento a los "*procesos administrativos internos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*"

El extremo determinó inicialmente, otro proceso administrativo, el que concluyó con el pronunciamiento por parte del suscrito, de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2013 de 17 de abril de 2013, mediante la cual se resolvió "***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa ASFI Nº 669/2012 de 29 de noviembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria*

interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero".

Los argumentos expuestos en la referida Resolución Ministerial Jerárquica, son los siguientes:

"…***2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-***

Antes de proceder con el análisis mismo, conviene diferenciar las controversias que hacen a los Recursos de Revocatoria el 31 de octubre de 2012 y al Jerárquico de 5 de diciembre de 2012.

Así, la primera tiene que ver con "haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa, no corresponde dar curso a su solicitud de conversión en Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011" (nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012).

La otra, en cambio, está referida a la declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria planteado contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, acto de menor jerarquía, no así contra una Resolución Administrativa (en los términos de los artículos 17º y 19º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo).

Como se aprecia, ambas controversias resultan de contenido adjetivo y como tales, han inhibido el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada por la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****, y referida a que "deberían constar REGISTRADOS EN CUENTA los* ***DOS DEPOSITOS*** *efectivamente realizados… hasta un monto de $US.- 31.719,71 (setecientos diecinueve dólares americanos 71/100 (sic)) para fines de mi registro, historial bancario, extractos de cuentas y los intereses devengados correspondientes" (memorial de fecha 8 de febrero de 2011).*

Toda vez que, por disposición del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…", la presente Resolución Ministerial Jerárquica está referida, fundamentalmente al carácter adjetivo que, como se ha dicho, caracteriza a las controversias conocidas.

2.1. Imprecisiones del Recurso Jerárquico.-

La ahora recurrente interpuso en fecha 15 de abril de 2011, una acción de Amparo Constitucional por considerar vulnerados su derecho a la petición y a la garantía del debido proceso, acción dirigida contra el Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y contra el Director de Derechos del Consumidor Financiero, y que mereciera la declaratoria de improcedencia in límine por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales (Resolución de 25 de abril de 2011, después aprobada por el Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011).

Teniendo presente ello, resulta que el Recurso Jerárquico interpuesto por la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****, contiene varias imprecisiones, de necesaria aclaración,*

toda vez que la presente resolución debe referirse "a las pretensiones formuladas por el recurrente" (Art. 63°, Par. II, Ley N° 2341).

Así:

- *El Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, pronunciado por el entonces Tribunal Constitucional (ahora Tribunal Constitucional Plurinacional), dentro de la acción de amparo constitucional interpuesta por la señora* ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****, contra el Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refiere que la tutela que por esa vía la accionante ha reclamado, consiste en que se ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a efectos de:*

  > *"…registrar el movimiento bancario en forma de depósito, a su cuenta de ahorros en dólares 1020585395, la suma de $us27 794.- (sic), al 23 de noviembre de 2010, debiendo constar su registro en el soporte digital de su libreta de ahorros un total de $us31 719,71. (sic) (treinta y un mil setecientos diecinueve 71/100 dólares estadounidenses), con los respectivos intereses devengados a su favor hasta el presente y disponiendo que la ASFI, levante la arbitraria incautación de ese dinero, en aéreas del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hasta que exista un debido proceso, con sentencia ejecutoriada a favor de dicho Banco, si lo hubiere…"*

  En tal sentido, el Tribunal de Garantías -Sala Social Administrativa Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz-, mediante Resolución de 25 de abril de 2011, declaró la improcedencia in límine (entonces sin considerar el fondo) de la acción precitada, por haber la accionante interpuesto otra similar con los mismos fundamentos, por no haberse observado la regla de subsidiariedad, y por no haberse agotado "ni se acudió al recurso de revocatoria y jerárquico para el restablecimiento de los depósitos que señala".

  En definitiva, el Auto Constitucional 0290/2011-RCA aprueba la Resolución de 25 de abril de 2011 y declara la improcedencia de la acción intentada por la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****.*

  Entonces, debe quedar como hecho evidente e irrefutable, que la impugnada Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, no resulta en incumplimiento del Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA.

- *Tampoco es evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, hubiera "convertido en RESOLUCION" la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, puesto que lo que la primera ha hecho, es:*

*"Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora **MONICA ZAPATA ARAMAYO**, contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, al no haber solicitado que dicha nota sea consignada en Resolución Administrativa, en virtud del parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."*

- *La Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, corresponde a la dinámica propia del proceso recursivo (aún para el caso particular, de resultar irregular por la actuación de la recurrente, lo que ha dado lugar a la improcedencia del Recurso de Revocatoria de fecha 31 de octubre de 2012).*

  Entonces, no existe aquí un reencauzamiento del trámite, como mal sugiere la recurrente al usar las expresiones adverbiales "finalmente" o "recién AHORA": la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha consignado el contenido de la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en una Resolución Administrativa; la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, lo que ha hecho es, pronunciarse al Recurso de Revocatoria de 31 de octubre de 2012 como se lo ordena el artículo 49° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

- *La recurrente no ha realizado una lectura correcta de la Resolución Administrativa ASFI Nº 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, por cuanto, la transcripción que ésta hace del artículo 19° (Los actos administrativos de menor jerarquía…) resulta de la diferenciación jurídica con respecto a los actos señalados por los artículos 17° y 18° de la misma norma: las Resoluciones Administrativas, entonces -por defecto y antonomasia- actos administrativos de -mayor- jerarquía.*

  Con ello queda claro que, la jerarquización de los actos administrativos no sólo que tiene origen normativo (no así discrecional de la Administración, como sugiere la recurrente), sino que además, lo mismo está referido a la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012 -por constituir ello el pronunciamiento de la Administración- y de ninguna manera a la nota de reclamo de la ahora recurrente.

  Por tanto, no se ha categorizado la nota de reclamo de la recurrente, entonces tampoco se le ha atribuido, en momento alguno, la calidad de regulada o de "empleada bancaria".

- *La categoría administrativa de actos de menor jerarquía, tiene por objetivo diferenciarlos de las Resoluciones Administrativas; ese carácter es jurídico, lo que importa que su régimen se halle previsto en los artículos 19° y 20° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, no obedeciendo,*

entonces, a ningún capricho del Ente Regulador, o a alguna actuación arbitraria y discrecional por parte del mismo, como mal sugiere la recurrente.

2.2. De la obligación de pronunciarse.-

Aclarados esos extremos, corresponde señalar que el artículo 17°, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de 23 de abril de 2002, señala:

> *"…La Administración Pública está* ***obligada a dictar resolución expresa*** *en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, en una primera aproximación al tema, el Ente Regulador debió considerar emitir la Resolución Administrativa que le corresponda al recurso interpuesto en fecha 31 de octubre de 2012, más aún si se considera que el acto a emitir produce efectos jurídicos, los que eventualmente pueden ser objeto de impugnación.

Ello, porque en materia administrativa, el proceso se rige por el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso de autos; en tal sentido, se tiene presente lo establecido por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

> *"…****Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).*** *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*
>
> ***Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).***
>
> *I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados* ***o personas interesadas*** *solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada****…"*
> *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, la norma administrativa delega, al o a la recurrente, la responsabilidad de solicitar se consigne el acto administrativo de menor jerarquía, en un acto recurrible.

Subsumiendo lo anterior al caso de autos, era obligación de la recurrente, requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-120977/2012

de 25 de septiembre de 2012, a efectos de hacerla recurrible de Revocatoria; sin embargo, la propia normativa administrativa, prevé que, ante la omisión del interesado, sea la Autoridad regulatoria la que quede obligada a reencauzar el procedimiento, conforme lo señala el artículo 42° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que establece:

> *"…Artículo 42°. (Calificación del Procedimiento). El órgano administrativo* ***calificará y determinará el procedimiento que corresponda*** *a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación****…"*

Por tanto, es una carga procesal impuesta al Ente Regulador, reencauzar el procedimiento administrativo en lo sustancial, superando el vicio adjetivo originado por la recurrente, debiendo pronunciarse directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del citado artículo 42° y del artículo 56°, ambos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En este sentido, el Ente Regulador ha pasado por alto, que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17°, define al ***acto administrativo*** *como aquel "…que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora****, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados".*

En la economía jurídica boliviana (Art. 56°, Ley N° 2341), cualquier persona que se sienta agraviada, puede presentar los recursos administrativos (de Revocatoria y Jerárquico), "contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a ***criterio de los interesados*** ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos****. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…"*

En este contexto, al contener la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012 una decisión definitiva, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el fondo del mismo, a través de una Resolución Administrativa.

Siguiendo tal análisis, el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación, los procedimientos deben lograr su finalidad para lo cual, las autoridades ***podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades****, es decir, se entiende que por virtud de este principio, se sanean en todo procedimiento administrativo, los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.*

Así, debe prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, ***por encima de formalísimos cuya realización no incida en su validez****, no determinen aspectos importantes en la decisión final, y no disminuyan las garantías del procedimiento ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales, deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.*

Corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

> *"…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria…."*
>
> *En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"*

En el mismo sentido, lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

> *"…Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La*

importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

Ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben

agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…"

2.3. Caducidad para la solicitud de consignación de un acto de menor jerarquía.-

No obstante ello, se debe tener presente la particularidad del caso, expresada en lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en sentido de rechazar la consignación de la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011 en una resolución por "haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa", extremo que obliga a su necesaria compulsa con los restantes actuados.

De ello se conoce que en fecha 2 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-24694, hizo presente a la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****, que no determinó "incumplimiento a procesos administrativos internos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con relación a su reclamo", y que, efectivamente, un año, seis meses y cuatro días, después, por memorial presentado en fecha 6 de septiembre de 2012, la ahora recurrente solicitó la conversión de tal nota "en RESOLUCIÓN con objeto de que pueda hacer uso del RECURSO REVOCATORIO", justificado tal extremo en:*

"…tal como consta del Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, en el segundo parágrafo de la sección II.5. Análisis del caso elevado en revisión, resulta que la carta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, firmada por el Lic. Jorge Quispe R. Director de Derechos del Consumidor Financiero a.i. y Lic. Reynaldo Yujra Segales Director Ejecutivo a.i. ambos de la ASFI, debieron haber dictado RESOLUCION respecto del reclamo especificado en el exordio, con objeto de dar lugar a la impetrante, de acudir ala vía administrativa para impugnar los actos del ente fiscalizador de la Banca Privada que le perjudican…"

La redacción precisa del Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011 (parte pertinente), es la siguiente:

*"…**II.5. Análisis del caso elevado en revisión** (…)*

…la respuesta dirigida a la accionante por parte de la ASFI, si bien es una nota que no cuenta con las características de una resolución; sin embargo, al ser un acto administrativo la accionante debió pedir a dicha entidad que la respuesta a su reclamo se convierta en resolución y ante la misma proceda la

interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico, tal como establece el art. 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial Financiera, aprobado mediante DS 27175 de 15 de septiembre de 2003, " I. Para interponer los recursos administrativos señalados en el art. 19 de dicho Reglamento (otros actos administrativos), los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada; II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud (…) la accionante debe tomar en cuenta previamente los procedimientos administrativos y si considera que se le han vulnerado sus derechos constitucionales, recién podría solicitar la tutela de los mismos por la vía constitucional…"

Entonces, a diferencia de lo señalado en el numeral 2.2 supra y que hace específicamente a la controversia del Recurso Jerárquico (referida a la obligación de pronunciarse del Regulador, aún se trate de un recurso contra un acto de menor jerarquía), el hecho controvertido a tiempo del Recurso de Revocatoria que le ha precedido, ***consiste en haberse solicitado la consignación en resolución, del contenido de la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, fuera del plazo señalado*** *por el artículo 20º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, este es, 5 (cinco) días y peor aún fuera del plazo de 15 días para la interposición del recurso que le asistía.*

A este extremo, la actividad de promoción recursiva, es inherente únicamente a las partes dentro del proceso, por cuanto, sólo ellas pueden aquejar un recurso, en los términos del artículo 56º de la ley Nº 2341: "siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos", y obviamente, al ser la Administración la que dicta los actos susceptibles de afectación, lesión o perjuicio a derechos subjetivos o intereses legítimos, no va a ir contra los propios intereses de la colectividad a la que representa, sino contra los intereses del administrado particular.

Entonces, es el administrado que se considera agraviado (en este caso, la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****) quien tiene, dentro de los límites que la ley le confiere, el poder de impugnación destinado a promover la revisión del acto administrativo y su eventual modificación.*

Ello requiere del mismo, como resulta obvio, una conducta activa: debe constituirse en recurrente, debe ser quien interponga el recurso que la ley le franquee, a efectos de lograr la modificación del acto administrativo que crea le afecte, lesione o perjudique a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, la Administración no puede hacerlo por él.

Para el caso de autos, toda vez que la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011 se constituye, en los términos del artículo 19º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, en un acto de menor jerarquía (al no constituir Resolución Administrativa), como tal, no es impugnable, sino mediando la consignación a la que se refiere el artículo 20º, parágrafo I, del mismo Reglamento, actividad que únicamente le era inherente a la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO*** *(si es que estaba interesada en ello) y que de acuerdo con la última norma precitada, debió acaecer "en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos", lo que en definitiva no sucedió sino más de un año después, entonces en infracción al artículo 21º, parágrafo I ("Los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados"), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y dando razón a lo señalado en la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en sentido que:*

> *"…al haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa, no corresponde dar curso a su solicitud de conversión en Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, planteada en su memorial de fecha 5 de septiembre de 2012…"*

Lo mismo guarda plena conformidad con lo señalado por el Tribunal de Garantías Constitucionales (Sala Social y Administrativa Primera de la entonces Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de La Paz) en su Resolución de 25 de abril de 2011 - después aprobada por el tantas veces mencionado Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011-, cuando señala que:

> *"…la "falta de utilización" -se refiere a los recursos administrativos que franquea la norma- de éstos, anula toda la posibilidad de ingresar al fondo de la problemática y también la posibilidad de otorgar la tutela; toda vez que no se ha agotado* ***ni se acudió*** *al recurso de revocatoria y jerárquico para el restablecimiento de los depósitos que señala..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Es decir, que la interesada debió acudir a los recursos que determina la norma, empero obviamente, dentro de los márgenes que señala la misma, no pudiéndose pretender que al estar referido a un acto de menor jerarquía, no exista para ello "ningún plazo ni término" como mal señala el Recurso Jerárquico, sino que a tal criterio se opone el del artículo 20º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175:

> *"…I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada…"*

Así, tampoco la recurrente ejerció su derecho de impugnación (Recurso de Revocatoria) dentro de los quince (15) días hábiles administrativos, como se lo garantiza el artículo 48° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, y pese a que el Ente recurrido, no se pronunció al memorial de 8 de febrero de 2012 mediante una Resolución Administrativa -como le correspondía-, conforme al precedente de regulación financiera, establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 006/2013 de 13 de febrero de 2013.

Sobre tales extremos, no puede alegar la señora ***MÓNICA ZAPATA ARAMAYO****, infracción al debido proceso administrativo o a la garantía de la seguridad jurídica, o indefensión.*

No obstante ello y ***al tratarse la controversia ahora resuelta de aspectos meramente formales, en el ejercicio que le corresponde a la Administración, de la protección a la recurrente, cual usuaria de los servicios financieros, se aclara que, al no haber existido proceso administrativo referido al fondo de la pretensión, por la inexistencia de Resoluciones administrativas que se refieran a ello, la señora MÓNICA ZAPATA ARAMAYO podrá considerar plantear nuevamente su reclamo, de considerar contar con los suficientes elementos para ello y si la norma le permite lo mismo****...*" (Las negrillas de este último párrafo, son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2. DENUNCIA PRESENTADA POR LA SEÑORA MÓNICA ZAPATA ARAMAYO.-

Mediante memorial de fecha 7 de junio de 2013, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** denunció al **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, señalando lo siguiente:

"*…en la vía Administrativa de Régimen Regulatorio a cargo de la ASFI, en aplicación del Reglamento aprobado por el D.S. N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, planteo* ***DENUNCIA*** *por graves infracciones y falsificación de datos en los que ha incurrido el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en la* ***cuenta de ahorros en dólares N° 4020586395*** *de mi propiedad y planteo* ***DEMANDA*** *para que por ante su autoridad, se ordene la regularización de datos y registros de dos depósitos de dinero en dólares en la misma cuenta de ahorros de mi propiedad y* ***PIDO*** *la anulación de documentos internos irregulares e ilícitos que utiliza el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., presumiblemente para manejar todas las cuentas de ahorros de manera ilegal y arbitraria en contra de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras y asimismo pido el* ***CUMPLIMIENTO*** *de las previsiones establecidas en el Contrato Único: CONDICIONES GENERALES DE CUENTAS CORRIENTES, CUENTAS DE AHORRO, DEPOSITOS A PLAZO FIJO Y SERVICIOS AUTOMATIZADOS y consiguientemente* ***ORDENE*** *se proceda al correcto registro en cuenta de los DOS DEPOSITOS en dólares americanos a mi favor, con el reconocimiento de los intereses devengados hasta el presente y la disponibilidad de dichos recursos por mi parte, en tanto el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., tramite el* ***DEBIDO PROCESO*** *que corresponde al caso, con el cumplimiento de su obligación de*

RECLAMO AL SEGURO *por el error bancario que me beneficia* (...)

...***PETITORIO.-***

En virtud de todo lo expuesto, siendo claros, concretos y específicos los términos del presente reclamo en demanda administrativa, debidamente fundados en normas expresas de Derecho establecidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras y en base de prueba documental preconstituida expresa, acudiendo a la ASFI para que ejerza las funciones de fiscalización que dicha norma le atribuye, ***PIDO*** *que se ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., proceda de inmediato a la regularización de los DOS DEPOSITOS que constan en los comprobantes emitidos por la agencia del mismo BANCO en el MEGACENTER zona de Irpavi con los N° 133756 por $US.- 27.794 y N° 174418 por $US.- 3.925,71, ambos de fecha 23 de noviembre de 2010 y en el día registre ambos depósitos en mi cuenta de ahorros en dólares a nombre de* ***MONICA ZAPATA ARAMAYO*** *con C.I. N° 499048 LP, bajo el N°* ***4020586395, donde deberá constar en extracto el monto total de $US.- 31.719,71 treinta*** *y* ***un mil setecientos diecinueve 71/100 dólares americanos) más intereses devengados hasta la fecha por tratarse precisamente de una CUENTA DE AHORROS.***

Será a través de un ***debido proceso*** *tal como prevé el Art. 115 de la Constitución Política del Estado, que se determine quien deberá pagar, devolver, revertir, cubrir el siniestro, beneficiarse, resarcirse o lo que corresponda con esos dineros que, por el momento* ***son de mi propiedad por haber sido depositados AMBOS MONTOS en la cuenta de ahorros en dólares de MI PROPIEDAD a la vista y de los que puedo disponer CON EXCLUSIVIDAD solamente yo, mi persona como TITULAR DE LA CUENTA, también a la vista.***

PIDO *muy respetuosamente a la máxima autoridad ejecutiva de la ASFI, que en mérito de los documentos de PLENA PRUEBA DEL RECLAMO, admita la demanda en la vía administrativa regulatoria, tramite el reclamo y disponga porque se me conceda la tutela como USUARIA del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., impidiendo que dicha entidad bancaria haga justicia por mano propia y pretenda subsanar sus propios errores falsificando documentos, datos de registro en cuenta y violando la Ley N° 1488 de Bancos y entidades Financieras.*

OTROSI 1°.- *Pido muy respetuosamente a su autoridad, ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., presentar la POLIZA DE SEGURO que tiene tomada con alguna Compañía de Seguros para la cobertura de los riesgos de ERRORES BANCARIOS y OTROS, para las actividades activas y pasivas del citado Banco, a fin de que su autoridad compruebe el abuso en que ha incurrido el BANCO denunciado, al haber dispuesto de los dineros de mi propiedad en forma arbitraria.*

OTROSI 2°.- *Asimismo y con el mismo fin, solicito a su autoridad, ordene al BANCO denunciado, que presente INFORME sobre el régimen de SEGUROS COMERCIALES específicos de protección a mi cuenta privada, ahora afectada por la falsificación de datos, alteración de registros y apropiación indebida de los dineros en dólares que el BANCO pretende hacerme perder...*"

3. NOTA CITE: AUD/047/2013/MTS/sbg, DE FECHA 7 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-104945/2013, presentada en fecha 22 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero puso en conocimiento del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, la denuncia presentada por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, instruyéndole la presentación de documentación referida al tema en el plazo de diez días hábiles.

Emergente de ello, el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** remitió la nota AUD/047/2013/MTS/sbg, de fecha 7 de agosto de 2013, por la que hace presentes los argumentos siguientes:

"(…)

A. PRESENTACION

En respuesta a su nota ASFI/DDC/R-104945/2013 de fecha 17/07/2013, recibida en el Banco en fecha 23/07/2013, Trámite N° T - 513210, la Gerencia de Auditoría Interna procedió con la revisión de la documentación relacionada al reclamo de la Sra. Mónica Zapata Aramayo por la omisión en el registro de un depósito en la caja de ahorro N° 4020256395 de titularidad de la citada cliente por un importe de US$ 27.794, suscitado en fecha 23/11/2010 y supuestas adulteraciones de documentos internos del Banco relacionados con el mismo depósito.

B. OBJETIVO Y ALCANCE

Determinar la pertinencia y veracidad del reclamo presentado por la Sra. Mónica Zapata Aramayo referido a que en fecha 23/11/2010 se hubiera registrado un depósito en su cuenta de ahorros y posteriormente revertido sin su consentimiento utilizando documentación adulterada.

C. PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS DE AUDITORIA EMPLEADOS

Realizamos las siguientes revisiones:

Se verificó la existencia del Contrato Único de apertura de la cuenta de ahorros N° 4020256395 firmado por la titular de la cuenta Sra. Mónica Zapata Aramayo.

Se revisó el extracto de la cuenta N° 4020256395 desde el 23/11/2010 hasta el 24/11/2010 a fin de verificar la existencia los depósitos y retiros observados por la cliente.

Se revisaron las boletas de depósito por US$ 27.794 y US$ 3.925, así como la documentación de reversión del primer depósito a fin de verificar el cumplimiento de los procedimientos internos.

Revisamos los informes emitidos tanto por el Cajero que registró los depósitos, Sr. Jehu Altamirano Cavero y por la Jefe Operativo de la Agencia Megacenter, Sra. Jeaneth Zamora Vásquez, a fin de conocer los pormenores del hecho suscitado.

Se revisó que todos los reclamos y solicitudes remitidas por la cliente al Banco con relación a su reclamo, hayan sido atendidos oportuna y correctamente.

Se revisaron las imágenes captadas por las cámaras de video vigilancia de fecha 23/11/2010, para verificar si el dinero presentado por el cliente es en moneda nacional o moneda extranjera.

D. ANTECEDENTES

1. *En fecha **23/11/2010,** el Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata se presentó en el Banco para realizar un depósito en la cuenta N° 4020586395 a nombre de su madre Sra. Mónica Zapata Aramayo por Bs27.794, sin embargo, debido a que la cuenta es en moneda extranjera el Cajero, Sr. Jehu Altamirano Cavero cometió un error operativo y registró el monto en dólares americanos US$ 27.794, siendo lo correcto haber realizado la conversión de los Bs27.794 al tipo de cambio 7.08 y depositar US$ 3.925,71.*

   Dicho error fue corregido en la misma fecha mediante la reversión del depósito cuyo respaldo es el formulario "Solicitud de Reversión" firmado por el mismo depositante, Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata.

2. *En fecha **03/12/2010,** el Banco hizo llegar a la Señora Mónica Zapata Aramayo la carta BMSC/MEGA/20/10 de fecha 24/11/2010 mediante la cual se le informó sobre el hecho acontecido y las medidas adoptadas para su corrección en virtud a la cláusula 5.15 del contrato único de la cuenta de ahorros firmada por su persona.*

3. *De acuerdo al informe BMSC/GAL/312/2011, la Sra. Zapara presentó un reclamo en fecha **09/12/2010** a la cual el Banco emitió una respuesta mediante CITE carta BMSC/GAL/1389/2010 de fecha **13/12/2010,** explicándole que habiéndose advertido el error operativo con la autorización del depositante, Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, se procesó la reversión del depósito erróneo efectuado por US$ 27.794 y se procesó el correcto por US$ 3.925,71, destacando que el Banco había actuado de manera correcta y adecuada procediendo a regularizar el error operativo cuya existencia se encuentra debidamente respaldada.*

4. *En fecha **14/02/2011,** su Autoridad hizo llegar la nota ASFI/DDC/R-17150/2011 Trámite N° T- 513210 a través la que ponen en conocimiento del Banco el memorial que la Señora Mónica Zapata Aramayo presentó haciendo conocer su reclamo, solicitando el informe correspondiente hasta el 25/02/2011.*

5. *En respuesta al requerimiento de la ASFI, en fecha **22/02/2011,** el Banco remitió la nota BMSC/GAL/312/2011 en la que hizo conocer los detalles descritos en el numeral 1 precedente y adicionalmente, adjuntó el video de seguridad de la transacción observada en la que se puede advertir que el depósito fue realizado en moneda local.*

6. *En fecha **17/07/2013,** su autoridad hizo llegar al Banco la nota ASFI/DDC/R-104945 en la que hicieron conocer el memorial que la Señora Mónica Zapata Aramayo nuevamente presentó con el reclamo referido a la omisión del depósito de US$ 27.794 de fecha 23/11/2010, y solicitaron un informe de*

Auditoría Interna en el cual se consideren los extremos expuestos por la reclamante, además de la siguiente documentación:

- *Reglamento Interno de Cajas de Ahorro*
- *Manuales y Procedimientos sobre el manejo de cajas de ahorro vigentes a la fecha del depósito reclamado.*
- *Contrato de apertura de caja de ahorro suscrita con la reclamante.*
- *Copia de comprobantes de depósitos y retiros efectuados en la cajas de ahorro de la señora Zapata, en fechas 23 y 24 de noviembre de 2010.*
- *Extracto de la caja de ahorro N° 4020586395 de los meses noviembre y diciembre del 2010.*
- *Constancias de la llamada telefónica efectuada a la reclamante, mediante la cual habría comunicado la reversión del depósito reclamado*
- *Copia de la póliza de seguros contra riesgos de errores cometidos por los cajeros o pólizas similares, si corresponde, además explicar contra qué tipo de riesgos está asegurado el Banco.*

Hacemos notar que de acuerdo a lo revisado por esta Gerencia se consideran los puntos expuestos por la reclamante los siguientes:

- *La omisión del depósito de US$ 27.794 de fecha 23/11/2010*
- *Falsificación de la información para la reversión de dicho depósito*
- *Comunicación con la cliente para procesar la reversión*
- *Información sobre el motivo por el cual no se reportó el caso como siniestro al seguro.*

E. HECHOS RELEVADOS - COMENTARIOS

Pronunciamiento sobre los extremos expuestos por la reclamante

Omisión del depósito de US$ 27.794 de fecha 23/11/2010

De acuerdo con lo revisado en las imágenes captadas por las cámaras de video vigilancia, en fecha 23/11/2010, se puede observar que el Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata se presentó en la Agencia Megacenter trayendo billetes en moneda nacional (cortes de Bs200 y de Bs100). De la misma manera, de acuerdo con los informes emitidos por el Cajero, Sr. Jehu Altamirano Cavero y la Jefe Operativo de la Agencia, Sra. Jeaneth Zamora Vásquez, la transacción se procesó erróneamente en dólares por US$ 27.794 siendo lo correcto haber procesado el depósito por US$ 3.925, dicho error fue reportado telefónicamente tanto al titular como al depositante, razón por la cual este último en señal de conformidad firmó tanto el formulario "Solicitud de Reversión" como la papeleta de depósito N" 174418 con el monto corregido (US$ 3.925,71).

Asimismo, de acuerdo a lo indicado por la propia Sra. Mónica Zapata Aramayo, en su memorial fechado 07/06/2013, "los US$ 27.794 los adquirió por un siniestro Bancario que le beneficia", que en este caso sería el error operativo del Cajero que según

indica se debería reportar a un seguro como si fuera un siniestro y no corregir el error en la cuenta, admitiendo a nuestro entender que el dinero le habría sido acreditado en primera instancia erróneamente.

Falsificación de la información para la reversión del depósito de fecha 23/11/2010 por US$ 27.794.

La reversión de la transacción errónea fue autorizada por el depositante Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata quien consignó su firma en la papeleta correspondiente en señal de conformidad.

Al respecto no se ha evidenciado falsificación de información para la reversión del depósito por US$ 27.794 de fecha 23/11/2010, puesto que la operativa señalada también se encuentra amparada en el artículo 5.15. del Contrato Único firmado por la titular de la cuenta mismo que señala:

*"**ACREDITACIÓN ERRÓNEA.-** En caso de que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios, acreditar erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del cliente, este autoriza expresamente al Banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo".*

Por lo expuesto al evidenciarse un error en la moneda registrada en el depósito, el Banco actuó adecuadamente. Hacemos notar que tanto el formulario de solicitud de reversión como la papeleta de depósito con el monto de US$ 3.925,71, llevan la firma del depositante Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata quien, según informes del Cajero y la Jefe Operativo, accedió de buena manera a subsanar el hecho al estar consciente del error involuntario cometido por el funcionario del Banco, habiendo el Banco informado esta situación a la cliente mediante carta CITE BMSC/MEGA/2010 de fecha 24/11/2010 a la titular de la cuenta.

Comunicación con la Señora Mónica Zapata Aramayo para procesar la reversión

De acuerdo a lo informado por el área de Sistemas del Banco, existen registros de dos llamadas efectuadas al número telefónico 706 75013 registrado en el sistema a nombre del Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata (a horas 14:57 y 17:38) y dos llamadas efectuadas al número telefónico 772 44030 registrado en el sistema a nombre de la Sra. Monica Zapata Aramayo (a horas 17:40 y 17:41) en fecha 23/11/2010. Asimismo, el Banco informó sobre la reversión efectuada a la cliente mediante carta CITE BMSC/MEGA/2010 de fecha 24/11/2010.

Información sobre el motivo por el cual no se reportó el caso como siniestro al seguro

Si bien el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. cuenta con una póliza de seguros que cubre negligencia errores u omisiones de funcionarios, corresponde hacer notar que en el presente caso, el error cometido por el funcionario del Banco en fecha 23/11/2010 no ha sido catalogado como un siniestro, por cuanto la existencia de dicho error ha sido reconocida y subsanada por el propio depositante.

Documentación solicitada por la ASFI

Adjuntamos al presente informe

- *Reglamento Interno de Cajas de Ahorro*
- *Manuales y Procedimientos sobre el manejo de cajas de ahorro vigentes a la fecha del depósito reclamado.*
- *Contrato de apertura de caja de ahorro suscrita con la reclamante.*
- *Copia de comprobantes de depósitos efectuados en la caja de ahorro de la señora Zapata, en fechas 23 de noviembre de 2010.*
- *Extracto de la caja de ahorro N° 4020586395 de los meses noviembre y diciembre del 2010.*

F. CONCLUSION

De la revisión efectuada concluimos que existen evidencias de que en fecha 23/11/2010, el Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata se presentó a la Agencia Megacenter trayendo la suma de Bs27.794, dinero que fue depositado erróneamente por el monto de US$ 27.794, por lo que las regularizaciones realizadas fueron correctas, registrando en la misma fecha en la cuenta N° 4020586395 finalmente el monto correcto de US$ 3.925,71, en este sentido, el reclamo de la Sra. Mónica Zapata Aramayo no es procedente por cuanto nunca existió el dinero que reclama…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 746/2013 DE FECHA 13 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determina que "*no ha identificado que la Entidad Financiera haya incurrido en infracción a la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF)*", lo que fundamenta en los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

El Contrato Único de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados, Cláusula Quinta, Condiciones Generales, numeral 5.15 señala que:

> *"En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios, acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente, este autoriza expresamente al Banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo".*

La nota CITE: BMSC/GAL/1389/2010 de 13 de diciembre de 2010 señala que:

> *"1. En fecha 23 de noviembre de 2010, el señor Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, efectuó un depósito de Bs. 27.794.- (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO 00/100 BOLIVIANOS) a la cuenta 4020586395 de propiedad de Mónica Zapata Aramayo, sin embargo, el cajero encargado*

del procesamiento de dicha transacción erróneamente acreditó a dicha cuenta la suma de $us. 27.794.- (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO 00/100 DÓLARES AMERICANOS), extendiendo un comprobante de depósito con la suma equivocada.

2. *Advertido de este error, el cajero procedió a efectuar los trámites correspondientes a la regularización respectiva, solicitando al depositante, la firma del nuevo comprobante de depósito por la suma correcta es decir Bs. 27.794.- (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO 00/100 BOLIVIANOS) EQUIVALENTES A $us. 3.925,71 (TRES MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO 71/100 DÓLARES AMERICANOS) así como la firma del formulario de reversión que acredita la existencia del error operativo en el monto depositado, HABIENDO EL SEÑOR JUAN CARLOS SILVESTRE OSTRIA ZAPATA FIRMADO AMBOS DOCUMENTOS, EL MISMO DÍA 23 DE NOVIEMBRE DE 2010, CONSCIENTE DE LA EXISTENCIA DE UN ERROR EN LA ACREDITACIÓN DE FONDOS.*

3. *Simultáneamente a estos trámites de regularización, se efectuaron llamadas a su domicilio informándole acerca del error y solicitando su conformidad con la reversión, no obstante la claridad de los hechos descritos por nuestro personal, usted de manera inexplicable se negó a otorgar la autorización correspondiente.*

4. *Ante su negativa nuestra entidad amparada en lo establecido en el numeral 5.15 del contrato suscrito por usted al momento de aperturar su cuenta, procedió a revertir el depósito acreditado erróneamente manteniendo la acreditación por la suma de $us. 3.925,71 (TRES MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO 71/100 DÓLARES AMERICANOS) que corresponde al depósito correcto, el cual además ya se encontraba respaldado por los documentos firmados por el depositante conforme lo descrito en el punto 2 de la presente nota. Dicha reversión fue debidamente comunicada a su persona cumpliendo lo contractualmente establecido…".*

La carta notariada de fecha 15 de diciembre de 2010 emitida por la Dra. Silvia Nova Laguna, Notaria de Fe Pública de 1ra. Clase N° 7, señala que:

> *"La suscrita Notaria de Fe Pública en reiteradas oportunidades y en distintas fechas, desde el 15 al 19 de diciembre del presente año, se apersonó a notificar a la destinataria de la presente nota en el domicilio señalado. Al no ser habida se dejó un original de ésta bajo la puerta. Doy Fe".*

La nota CITE: BMSC/MEGA/20/10 de 24 de noviembre de 2013 señala que:

> *"Le informamos que en fecha 23 de Noviembre del 2010, se realizó un depósito por $us 27,794 (Veintisiete mil setecientos noventa y cuatro 00/100 Dólares Americanos) a su cuenta de ahorros N° 4020586395 por un error operativo de nuestro personal de cajas. El depósito debió haberse realizado por Bs. 27,794 (veintisiete mil setecientos noventa y cuatro 00/100 Bolivianos)".*

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 7 de junio de 2013, la señora Mónica Zapata Aramayo, presentó reclamo a esta Autoridad de Supervisión, en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por la falta de registro en su caja de ahorro N° 4020586395, de un depósito efectuado en fecha 23 de noviembre de 2010, por un importe de $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Dólares Americanos) y por supuestas adulteraciones de documentos internos del Banco relacionados al depósito reclamado, además de solicitar un informe sobre el régimen de seguros con que cuenta la mencionada Entidad Financiera.

Que, del análisis efectuado de la documentación sobre el presente reclamo, se establece que el depósito reclamado por la señora Zapata, fue realizado por Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata (hijo de la reclamante), quien en fecha 23 de noviembre de 2013, se presentó en la agencia Megacenter del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para efectuar un depósito de Bs27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Bolivianos) a la cuenta en moneda extranjera N° 4020586395 de propiedad de la reclamante; sin embargo, el cajero señor Jehu Altamirano Cavero, erróneamente emitió el comprobante de depósito N° 133756 por $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Dólares Americanos).

Que, consiguientemente, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., procedió a subsanar el depósito erróneo en el mismo día, registrando el importe correcto de $us3.925,71 (Tres Mil Novecientos Veinticinco 71/100 Dólares Americanos), equivalente a Bs27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Bolivianos), conforme lo establecido en el numeral 5.15 de la Cláusula Quinta al Contrato Único de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados, suscrito con la señora Mónica Zapata Aramayo que señala lo siguiente: ***"En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios, acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente, este autoriza expresamente al Banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo"****.*

Que, respecto a que el error de acreditación en su cuenta de ahorro por el importe de $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Dólares Americanos), constituiría un siniestro bancario que debería ser cubierto por el seguro del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., la activación de seguros para la cobertura de ciertos siniestros, es atribución privativa de la Entidad Financiera, tomando en cuenta que en caso de pérdidas ocasionales la única perjudicada sería la misma Entidad Financiera; no obstante, en el presente caso se demuestra que el error cometido, fue corregido en su debido momento sin ocasionar daño y/o perjuicio a ninguna de las partes.

Que, con relación a la supuesta adulteración de documentos internos del Banco utilizados en la reversión del depósito erróneo, los documentos en los que la Entidad Financiera se basó para proceder con la reversión fueron el Contrato de la Caja de Ahorro suscrito por usted y el formulario "Solicitud de Reversión" firmado por el señor

Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, que en su calidad de depositante en dicho formulario solicitó la reversión del depósito erróneo, por lo que no existe elementos que demuestren la supuesta adulteración de documentos.

Que, en ese sentido el comprobante de depósito N° 133756 por $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Dólares Americanos) emitido erróneamente, fue revertido correctamente conforme a lo establecido en el Contrato de su caja de ahorro y el formulario de reversión, aspecto que no le ocasionó ningún daño económico.

Que, sobre la solicitud de fotocopia simple de la Póliza de Seguro tomada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., la misma deberá ser dirigida a la Entidad Financiera debido a que la referida Póliza es un contrato de orden privado.

CONSIDERANDO:

Que, en el ejercicio de sus facultades, mediante carta ASFI/DDC/R-158539/2013 de fecha 17 de octubre de 2013 esta Autoridad de Supervisión emitió una decisión de carácter definitivo respecto al reclamo presentado por la señora Mónica Zapata Aramayo, contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por la omisión de registro en su caja de ahorro N° 4020586395, de un depósito efectuado en fecha 23 de noviembre de 2010 y por supuestas adulteraciones de documentos internos del Banco, relacionados al mencionado depósito.

Que, el artículo 56, parágrafo I de la referida Ley de Procedimiento Administrativo establece que: "Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resoluciones o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos".

Que, el parágrafo II del mismo artículo manifiesta: "…Se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa."

Que, el artículo 20, parágrafo I del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que para interponer los recursos contra los actos de menor jerarquía, los interesados deben solicitar a la Máxima Autoridad Ejecutiva del Órgano Fiscalizador consigne dicho acto en una resolución administrativa.

Que, de acuerdo al parágrafo II del precitado artículo, la autoridad administrativa "… deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud…".

Que, el Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-169284/2013 de 06 de noviembre de 2013 recomienda emitir pronunciamiento consignando en resolución administrativa el acto contenido en la carta ASFI/DDC/R-158539/2013 de 17 de octubre de 2013…"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial de fecha 22 de noviembre de 2013, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 746/2013 de fecha 13 de noviembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…*En el presente RECURSO REVOCATORIO que es planteado en término hábil, ante autoridad competente y sobre la base de antecedentes tramitados por la ASFI, (que no son puestos en nuestro conocimiento como corresponde) tiene los siguientes fundamentos de derecho:*

1) *A momento de que el Informe Técnico Legal ASFI/DDC'/R-169284/2013 de 6 de noviembre de 2013 recomienda emitir pronunciamiento consignando en resolución administrativa el acto contenido en la carta ASFI/DDC/R-158539/2013 de 17 de octubre de 2013 (sic.) seguramente recomienda también consignar* ***la totalidad de los extremos señalados*** *en* ***la misma,*** *por lo que la Resolución N° 746 aquí impugnada, al considerar los antecedentes del caso en forma parcial en un punto UNICO de resolución vulnera mis derechos, al ELUDIR pronunciarse sobre un asunto de fondo como es el tema del SEGURO que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., ha tomado en póliza especialmente destinada a cubrir los errores de sus funcionarios,* ***sin afectar los intereses del usuario financiero como en mi caso.***

2) *En el cuarto CONSIDERANDO, la Resolución aquí impugnada, hace una relación completa de los antecedentes anteriores del reclamo, con los datos históricos del reclamo y la interpretación ERRONEA que dio al mismo, interpretando el Contrato Único de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro y servicios automatizados, clausula Quinta Condiciones generales, numeral 5.15 en forma equivocada, toda vez que dicha cláusula se refiere al* ***requisito de comunicar AL CLIENTE*** *respecto del débito, la reversión y la modificación del registro de su cuenta de ahorro.*

*En este caso, señores de la ASFI****, el cliente que debió AUTORIZAR la modificación de los registros en su cuenta de ahorros en dólares <u>es solamente la propietaria de la cuenta N° 4020586395 porque es quien ha suscrito este contrato como MONICA ZAPATA ARAMAYO con C.I. N° 499048LP.</u>***

3) *La ASFI* ***<u>confunde</u>*** *la obligación de "comunicar" al cliente titular, con el acto mismo de reversión de dineros con la firma de un tercero AJENO al contrato único de cuenta de ahorros en dólares,* ***<u>confunde</u>*** *a la propietaria de la cuenta con un* ***<u>tercero depositante</u>****, que puede ser uno de miles de depositantes que pudieran simplemente depositar dineros en cuentas ajenas.*

4) *La UNICA* (sic) *persona que podía haber autorizado y firmado la reversión, REVERSION del depósito, es MI PERSONA porque soy la UNICA* (sic) *PROPIETARIA de la cuenta. Imaginen señores de la ASFI, el desorden bancario y la grave inseguridad jurídica que la ASFI pretende crear con este precedente, si cualquier tercero que* ***<u>deposite dineros en cuenta ajena</u>*** *cumpliendo una obligación a las 13:00 horas, se desanime y a horas 17:00, cuando el Banco ya está cerrado y se encuentra con uno de sus funcionarios en la calle, le hace firmar un recibo de reversión porque si!*

5) *Si hubo error del funcionario del Banco demandado en el registro del depósito de SUS.- 27.794 o no, de ninguna manera se libra de* ***registrar en la cuenta en los extractos de todas maneras LA VERDAD de los depósitos como fueron realizados.*** *Omitir el registro de actos bancarios, de los depósitos ocurridos sean en error o no, es FALSIFICAR LA INFORMACION DE LO QUE EN VERDAD OCURRE EN UNA CUENTA DE AHORROS. Todas las acciones que se realicen en una cuenta de ahorros, debe ser REGISTRADA porque un depósito o un retiro o una reversión, es un DOCUMENTO A LA VISTA, al que tiene acceso solamente la propietaria de una cuenta bancaria y nadie puede intervenir en esa cuenta sin autorización, participación e intervención de su PROPIETARIA!!!*

6) *Si se procede a la reversión de depósitos, esta reversión tiene que realizarla la* ***propietaria de la cuenta UNICAMENTE.*** *Nadie más puede autorizar reversión de dineros en cuentas ajenas.- Solamente la propietaria de una cuenta de ahorros puede revertir dineros y el Dr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, por más que sea mi hijo, no tenía ningún derecho de firmar una reversión en MI cuenta de ahorros porque el como persona depositante DEPOSITO EFECTIVAMENTE ESOS DINEROS* ***para SUERTE MIA!!!*** *Esta SUERTE es en efecto un siniestro para el Banco, siniestro por el que precisamente ha tomado un SEGURO que debe pagarle por el siniestro ocurrido y no debe infringir la LEY, violentando el secreto bancario, irrumpiendo en una cuenta de ahorros ajena, a la que no tiene acceso ni derecho de ingresar para retirar montos arbitrariamente y no debe incurrir en los delitos de FALSEDAD MATERIAL por haber forjado un CERTIFICADO DE DEPOSITO erróneo y haber ocultado el registro en el extracto de mi cuenta de ahorros, FALSEDAD IDEOLOGICA al consignar en sus informes datos falsos y confundidos respecto del* ***depositante QUE NO ES PROPIETARIO de esa cuenta de ahorros.***

7) *Con la errónea interpretación que realiza la ASFI en este caso, cualquiera podría entonces depositar dineros en cualquier cuenta y también revertir esos depósitos cualquier rato y cuando se le antoje. Con el grave error de concepto en el que ha incurrido la ASFI, confunde al simple depositario en una cuenta ajena, con la TITULAR PROPIETARIA de esa cuenta de ahorros.*

8) *El Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por lo visto, ha presentado a la ASFI dentro de este reclamo, la correspondiente información respecto de la POLIZA DE SEGURO que tiene tomada, para prever siniestros ocasionados por los errores de sus funcionarios y mal puede la ASFI resolver equivocadamente y vulnerando las normas que disponen sus atribuciones y facultades para FISCALIZAR a los Bancos, cuando estos no consignan datos en sus registros, hacen firmar recibos de reversión de depósitos en la calle, cuando el Banco está cerrado, hacen firmar con terceras personas ajenas NO PROPIETARIAS de cuentas de ahorro ajenas!!!*

9) *El Banco denunciado, precisamente CONFIESA su falta, confiesa su arbitrariedad y pretende cohonestar el delito cometido por sus funcionarios en el numeral 4. De la página 5 de la Resolución N° 746/2013 aquí impugnada cuando dice "ante su negativa nuestra entidad amparada en lo establecido en el numeral 5.15 del contrato suscrito por usted... " (sic.) Entonces...?!?!? Frente a mi negativa como contratante, ni cortos ni perezosos acuden al depositante (que pudiera ser cualquier persona andando por la calle) y le hacen firmar una reversión del*

depósito!!! QUE TAL!?!?!?!

10) *La misma resolución aquí impugnada, admite por legal y legítima dicha arbitrariedad y mas encima dice que "no existe perjuicio para ninguna de las partes" como una barbaridad para ser un ente FISCALIZADOR!! Este siniestro bancario es una SUERTE para mi persona. Siniestros como este, por errores humanos (tal como el mismo Banco ha admitido) están protegidos para el mismo Banco, quien paga una enorme póliza de seguro para protegerse. El Banco Mercantil Santa Cruz S.A., está perfectamente protegido por todos lados. Tiene un seguro que le paga los siniestros, pero en total abuso de poder, revierte dineros de cuentas AJENAS, porque mi cuenta de ahorros legalmente contratada es MI CUENTA, no es del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. para que a puertas cerradas, fuera de horarios de oficina retire dineros de mi cuenta en dólares, no tiene ningún derecho de hacer firmar papelitos de reversiones de depósitos con ninguna tercera persona y mucho menos tiene derecho de ocultar dicha información y omitir el registro de esos ACTOS OCURRIDOS en ni cuenta bancaria para ocultar los depósitos efectivamente realizados, con los que mínimamente pude haber ganado intereses así sea por UN DIA, en que debieron constar los depósitos tal como se los registro por el funcionario del Banco.*

11) *E1 Banco Mercantil Santa Cruz S.A., ha incurrido en un grave abuso en el manejo de mi cuenta bancaria de ahorros en dólares y la Resolución N° 746/2013 aquí impugnada, pretende cohonestar toda esa seria de arbitrariedades, lo cual resulta inadmisible y mucho menos ahora con la nueva Ley de Bancos y Servicios Financieros en vigencia, cuando debe protegerse al consumidor financiero, no solamente en propagandas por la televisión.*

    *Efectivamente, si el Banco quería revertir esos dineros, debió haber consignado la información de mi cuenta correctamente para plantear su reclamo al seguro y mi persona como USUARIA, debe beneficiarse con la SUERTE, por la que precisamente el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. esta protegido, asegurado con póliza de seguro especifica***.**

    Aquí, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., no pierde NADA!!! Solamente comete un abuso contra una usuaria, incumple un contrato UNICO de cuenta de ahorro en dólares, (porque no lo ha suscrito con ningún tercero depositante) y comete delitos al falsear, ocultar y omitir la INFORMACION Y REGISTRO de mi cuenta de ahorros en dólares.

    El Banco Mercantil Santa Cruz S.A. desde siempre tenía el deber de cumplir el DEBIDO PROCESO para revertir dineros de una cuenta bancaria AJENA y no tomar la justicia por sus propias manos para solucionar un error humano que me beneficia en razón de su póliza de seguro y al Banco no le perjudica en absoluto, porque le paga el seguro y no pierde nada.

PETITORIO.*- En virtud de todo lo expuesto y frente a los gravísimos errores de concepto, equivocadas interpretaciones de la personería de las partes en conflicto respecto de la titularidad de la cuenta de ahorro en dólares y en razón de las graves faltas administrativas e incumplimiento de deberes de fiscalización en las que ha incurrido la ASFI hasta el presente, cohonestando actos irregulares y delictivos del*

Banco Mercantil Santa Cruz S.A., ocasionando graves daños y perjuicios en contra de la impetrante, ***propietaria de una cuenta de ahorros en dólares que ha sido utilizada por terceras personas para revertir dineros sin mi autorización*** *y* ***sin PODERES notariales ni mucho menos,*** *privándole de un BENEFICIO DEL SEGURO que la misma Ley de Servicios Financieros le otorga como SEGUROS EN POLIZAS ESPECIALES, planteo RECURSO REVOCATORIO en contra de la Resolución N° 746/2013 de 13 de noviembre de 2013 y* ***PIDO:***

1º*.- Que luego de que se complemente la Resolución N° 746/2013 aquí impugnada, incluyendo la carta ASFI/DDC/R-1585397/2013 de 17 de octubre de 2013, en lo que respecta a la póliza de seguros presentada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., se* ***revoque*** *y deje sin efecto la misma resolución aquí impugnada.*

2°.- *Se disponga inmediatamente mas bien la orden al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., de que regularice los certificados de depósitos como documentos A LA VISTA, consignando en los registros y extractos de la Cuenta de ahorros en dólares N° 4020586395 contratada por la Dra. Mónica Zapata Aramayo con C.I. N° 499048LP con el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en la ciudad de La Paz y consigne en extractos bancarios como corresponde, los depósitos efectivamente realizados por la suma de SUS.- 27.794 según el certificado de DEPOSITO EN CUENTA con el N° de comprobante 133756 de 23 de noviembre de 2010 a horas 13:40:08 y el depósito de SUS.- 3.925,71 según el certificado de DEPOSITO EN CUENTA con el N° de comprobante 174418 de 23 de noviembre de 2010 a horas 17:44:43, ambos firmados por un depositante* ***sin que conste el número de su cédula de identidad.***

3*°.- Se ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., que a momento de regularizar el registro en cuenta de los extractos que corresponden a la cuenta de ahorro en dólares de mi propiedad, consigne toda la relación de* ***intereses devengados y pago del ITF*** *que corresponde a la suma total de los dos depósitos efectivamente realizados, desde las fechas de sus depósitos hasta el presente, a fin de que la impetrante UNICA propietaria titular de esa cuenta individual, pueda efectuar el manejo normal, regular y propio de los dineros asi depositados en su cuenta y a su favor.*

4°.- *Se llame la atención severamente al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por el grave incumplimiento de contrato UNICO con la impetrante y en vigencia de la nueva Ley de Servicios Financieros, disponga en adecuada fiscalización la redacción correcta y clara del contrato UNICO que debe aplicar el Banco denunciado, sin confundir a los terceros depositantes de los depósitos que pueda efectuar TAMBIEN LA TITULAR PROPIETARIA DE LA CUENTA DE AHORROS EN DOLARES.*

5º*.- Pido se REVOQUE la Resolución N° 746/2013, ordenando la aplicación de la Ley para ambas partes en conflicto de manera imparcial en ejercicio de la protección al consumidor financiero de manera ecuánime e igualitaria de protección al Banco, quien deberá plantear de inmediato* ***su*** *reclamo al* ***seguro por*** *el error* ***de*** *sus funcionarios, para que su compañía de seguros LE PAGUE el siniestro, sin afectar el* ***legitimo derecho de la impetrante a beneficiarse del siniestro bancario por el que el Banco nada pierde y se encuentra plenamente protegido.***

PIDO *se revoque la Resolución N° 746/2013 porque incumple deberes de fiscalización*

de la ASFI, cohonesta graves arbitrariedades de los funcionarios del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y ocasiona ***gravísimos daños y perjuicios a la impetrante*** *vulnerando gravemente sus derechos y garantías constitucionales a la SEGURIDAD JURIDICA DEL SISTEMA FINANCIERO y al DEBIDO PROCESO, dentro del presente proceso administrativo con plena legitimación activa, plena competencia del administrador ASFI y en obligación de aplicar la LEY, por ella misma determinada para el presente caso...*"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 829/2013 DE FECHA 20 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "***CONFIRMAR*** *en todas sus partes la Resolución ASFI N° 746/2013 de 13 de noviembre de 2013*", determinación que se fundamenta en los argumentos que a continuación se transcriben:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *Respecto a los tipos de seguros de las entidades de intermediación financiera el artículo 440 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) vigente al momento del reclamo respecto a la caución señala que "El ejercicio de las funciones de director, consejero de administración y de vigilancia, síndico, fiscalizador interno, inspector de vigilancia, gerentes, administradores y apoderados generales de una entidad financiera, requiere de caución calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI. Los directores, consejeros de administración y de vigilancia, síndicos, fiscalizadores internos e inspectores de vigilancia caucionarán el equivalente a veinticuatro (24) meses del sueldo total más alto pagado, y los gerentes, administradores y apoderados generales, el equivalente a veinticuatro (24) meses de sus sueldos totales".*

  Es así que, doctrinalmente se entiende por caución, o seguro de garantía, como aquel ***contrato de seguro*** *mediante el cual el asegurador se obliga a indemnizar al* ***asegurado*** *por los perjuicios que sufra en caso de que el* ***tomador del seguro*** *incumpla las obligaciones, legales o contractuales, que mantenga con éste.*

  Asimismo, esta Autoridad de Supervisión una vez reportado un hecho delictivo cometido en cualquier entidad de intermediación financiera a efectos de control y seguimiento solicita a dichas entidades las gestiones efectuadas ante la Compañía Aseguradora contratada debiendo señalar la cobertura aplicable a dicho siniestro, en caso de corresponder.

  En ese sentido, para activarse el seguro ante la Compañía Aseguradora contratada, previamente tiene que efectuarse un hecho generador, es decir un siniestro bancario, en tal sentido, dicha activación es atribución privativa de la Entidad Financiera, tomando en cuenta que en caso de perdidas ocasionales la

única perjudicada sería la misma Entidad Financiera; no obstante, en el presente caso se demuestra que el error cometido, fue corregido en su debido momento sin ocasionar daño y/o perjuicio a ninguna de las partes.

Asimismo, es necesario considerar que el depósito reclamado por la recurrente, se efectúo por el señor Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata (hijo de la reclamante), el cual en fecha 23 de noviembre de 2013, depósito en la agencia Megacenter del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., la suma de Bs.27.794 a la cuenta en moneda extranjera N° 4020586395, perteneciente a la señora Monica Zapata, sin embargo el cajero señor Jehu Altamirano, erróneamente emitió el comprobante de depósito N° 133756 por $us27.794, por lo que el error cometido fue corregido en la misma fecha con respaldo del depositante.

- *En relación a la supuesta adulteración de documentos internos del Banco utilizados para la reversión del depósito erróneo, al respecto conforme lo señala la Resolución ASFI N° 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, los documentos en los que se baso el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para efectuar la operativa de reversión, fueron el contrato de caja de ahorro suscrito por la reclamante señora Monica Zapata y el formulario de "solicitud de reversión" firmado por el depositante señor Juan Carlos Silvestre Ostria, en virtud del principio de buena fe no se advierte elementos que demuestren la supuesta adulteración de dichos documentos.*

  Conforme lo establece la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011, "Junto al principio de legalidad, singular importancia tiene el principio de Buena Fe, reconocido en el artículo 4 inciso e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que en la relación de los particulares con la administración pública se presume el Principio de Buena Fe. La confianza la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos orientan el procedimiento administrativo. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 95/01 de 21 de diciembre de 2001, señalando que es la confianza expresada a los actos y decisiones del estado y del Servidor Público, de manera que aplicando este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de confianza mutua que permita a estos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración".

  En ese orden la Resolución ASFI N° 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, respecto a su contenido y especialmente lo concerniente a la aseveración señalada en la página 7, relativa a que no existe elementos que demuestren la supuesta adulteración de documentos, en virtud del citado principio de buena fe se encuentra plenamente sustentada presumiendo la buena fe en las actuaciones de los mismos, por cuanto la buen fe de los actos se subsume a los principios de legalidad y legitimidad.

- *De lo descrito se advierte que la citada Resolución ASFI N° 746/2013, contrario a lo aseverado por la recurrente se pronuncio sobre la activación del seguro del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., al señalar en la página siete que: "El error de acreditación en su cuenta de ahorro por el importe de $us27.794 (Veintisiete mil setecientos noventa y cuatro 00/100 Dólares Americanos), constituiría un siniestro bancario que debería ser cubierto por el seguro del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., la activación de seguros para la cobertura de ciertos siniestros, es atribución privativa de la Entidad Financiera, tomando en cuenta que en caso de perdidas ocasionales la única perjudicada sería la misma Entidad Financiera; no obstante, en el presente caso se demuestra que el error cometido, fue corregido en su debido momento sin ocasionar daño y/o perjuicio a ninguna de las partes".*

- *En fecha 23 de noviembre de 2013, el señor Carlos Silvestre Ostria Zapata efectuó un depósito de Bs. 27.794 a la cuenta de la señora Monica Zapata del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., sin embargo de acuerdo a la documentación y análisis efectuado, se advierte un error operativo por parte del señor Jehu Altamirano Cavero cajero de dicha entidad financiera, toda vez que el mismo erróneamente emitió un comprobante de depósito por $us27.794.*

  En ese sentido, advertido del error y considerando el contrato único de cuentas corrientes, suscrito por la recurrente, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., procedió a subsanar el depósito erróneo el mismo día de la transacción, en virtud de la clausula numeral 5.15, el cual señala que "En caso que el banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios, acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del cliente, este autoriza expresamente al banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al cliente respecto al debito efectuado y la razón que motiva el mismo".

  De lo descrito se advierte, error operativo por parte del señor Jehu Altamirano Cavero cajero del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., al emitir un comprobante de depósito por $us27.794, cuando lo correcto de acuerdo a lo expresado por el depositante señor Carlos Silvestre Ostria Zapata fue de Bs.27.794, aspecto que fue subsanado en fecha 23 de noviembre de 2010, al revertirse dicha operación, según consta el formulario de "solicitud de reversión", el cual señala lo siguiente: "Señores Banco Mercantil Santa Cruz S.A., yo Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, en calidad de depositante, solicito la reversión del depósito efectuado el día de hoy en la cuenta N° 4020586395 por el monto de 27.794, debido a que el cajero cometió el error al depositar 27.794 $us. En lugar de 27.794 Bs a la cuenta que es en dólares…"

  En tal sentido, esta Autoridad de Supervisión no ha identificado que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. haya incurrido en infracción a la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) vigente al momento de la infracción.

- *Finalmente, en el ejercicio de la facultades conferidas por Ley mediante carta ASFI/DDC/R-158539/2013 de 17 de octubre de 2013, esta Autoridad de Supervisión*

emitió una decisión de carácter definitivo respecto al reclamo presentado por la señora Monica Zapata, el cual señala los aspectos siguientes:

"Al respecto, del análisis a la documentación remitida por usted y la respuesta proporcionada por el Banco Mercantil Santa Cruz SA., mediante los Informes de Auditoria Interna CITE: AUD/047/201 3/MTS/sbg y CITE: AUD/054/2013/MTS/sbg de fechas 7 de agosto de 2013 y 27 de agosto de 2013 respectivamente, se establece lo siguiente:

1. *En fecha 23 de noviembre de 2010, el señor Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata (hijo de la reclamante), se presentó en la agencia Megacenter del Banco Mercantil Santa Cruz SA., para efectuar un depósito de Bs27.794.- (Veintisiete Mil Setecientas Noventa y Cuatro 00/100 Bolivianos) a la cuenta en moneda extranjera N0 4020586395 de propiedad de su persona; sin embargo, el cajero señor Jehu Altamirano Cavero, erróneamente emitió el comprobante de depósito N° 133756 por $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/1 00 Dólares Americanos), aspecto que es plenamente reconocido por el mismo depositante conforme se evidencia en el formulario de 'Solicitud de Reversión" que se adjunta a la presente.*

2. *Habiendo advertido el error, considerando el Contrato Único de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados, suscrito por usted, el Banco Mercantil Santa Cruz SA., procedió a subsanar el depósito erróneo en el mismo día, debido a que el numeral 5.15 de la Cláusula Quinta de dicho contrato señala que: "En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funciona ríos, acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente, este auto riza expresamente al Banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo".*

3. *Por otro lado, su persona admite haber recibido una llamada telefónica por parte de un funcionario del Banco Mercantil Santa Cruz SA. y posteriormente una nota escrita, mediante las cuales le comunicaron sobre la acreditación errónea en su cuenta de ahorro y la respectiva reversión. Asimismo, manifiesta que no habría autorizado ninguna reversión en su cuenta de ahorro, sin considerar que en el contrato suscrito por su persona con el Banco, se autoriza para que se realice la reversión en caso de una acreditación errónea, aclarándole que un contrato tiene fuerza de Ley entre partes, conforme lo establece el artículo 519 del Código Civil.*

4. *Respecto a que el error de acreditación en su cuenta de ahorro por el importe de $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Dólares Americanos), constituirla un siniestro bancario que deberla ser cubierto por el seguro del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., la Entidad de Intermediación Financiera informó que si bien tiene contratada una Póliza de Seguros que cubre los errores u omisiones de funcionarios, el error que aconteció en fecha*

23 de noviembre de 2010, no fue catalogado como un siniestro, por cuanto la existencia de dicho error ha sido reconocida y subsanada por el mismo depositante.

En tal sentido, esta Autoridad de Supervisión establece que la activación del seguro para la cobertura de ciertos siniestros, es atribución privativa de la Entidad Financiera, tomando en cuenta que en caso de pérdidas ocasionales la única perjudicada sería la misma Entidad Financiera; no obstante, en su caso se demuestra que el error cometido, fue corregido en su debido momento de acuerdo a lo señalado en el contrato de la caja de ahorro y sin ocasionar daño y/o perjuicio a ninguna de las partes.

5. *Con relación a la supuesta adulteración de documentos internos del Banco utilizados en la reversión del depósito erróneo, los documentos en los que la Entidad Financiera se basó para proceder con la reversión son: el Contrato de la caja de ahorro suscrito por usted y el formulario "Solicitud de Reversión" firmado por el señor Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, que en su calidad de depositante en dicho formulario solicitó la reversión del depósito erróneo, en ese sentido, en caso de observar la adulteración de los documentos señalados, su persona puede acudir a la instancia jurisdiccional competente para comprobar dicho extremo, debido a que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre delitos penales como la adulteración y/o falsificación de documentos, tipificados y sancionados en el Código Penal.*

   Con relación al registro en su extracto de caja de ahorro del depósito erróneo, el Banco Mercantil Santa Cruz SA. manifiesta que su sistema, tiene la funcionalidad de reversión de transacciones que son aplicadas de manera incorrecta, de forma tal que estos errores no se muestran en el estado de cuentas de los clientes, pero que si quedan registradas en la base de datos del sistema mediante el cual se obtiene el repode de "Transacciones Monetarias Reversadas', cuya copia se adjunta a la presente carta

Por todo lo expuesto, esta Autoridad de Supervisión en el marco de las facultades conferidas por Ley, establece que el comprobante de depósito N° 133756 por $us27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Dólares Americanos) emitido erróneamente, fue revertido correctamente conforme a lo establecido en el Contrato de su caja de ahorro y el formulario de reversión, aspecto que no le ocasionó ningún daño económico, sin evidenciar algún tipo de abuso hacia su persona, debido a que el depósito por el importe reclamado en realidad no existió sino que ha sido generado por un error involuntario de uno de los cajeros del Banco.

Finalmente, subsanado dicho error la Entidad Financiera procedió a registrar el importe correcto en su cuenta, emitiendo el comprobante de depósito N° 174418 por $us3.925,71 (Tres Mil Novecientos Veinticinco 71/100 Dólares Americanos), equivalente a Bs27.794.- (Veintisiete Mil Setecientos Noventa y Cuatro 00/100 Bolivianos) a la fecha del depósito".

En el presente caso de la lectura de la citada Resolución, se advierte que la misma establece parámetros técnico legales que hacen a la debida motivación del acto administrativo, pronunciándose sobre la totalidad de los aspectos señalados por la recurrente en resguardo del debido proceso, así se desprende en los considerandos páginas 6 y 7.

En tal sentido, el Órgano Regulador ha revisado, tomado en cuenta y valorado todos los documentos presentados, advirtiéndose que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. registro erróneamente el monto de $us27794, aspecto por el cual corresponde confirmar la Resolución ASFI N° 746/2013 de 13 de noviembre de 2013…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante Memorial de fecha 7 de enero de 2014, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"(…)

1) *Tal como consta en todas las cartas y resoluciones que ha pronunciado la ASFI en el presente caso, se repite de manera tediosa, inútil e inconducente los mismos antecedentes, argumentos (diferente de FUNDAMENTOS) e interpretaciones erróneas que tanto el Banco denunciado así como la Dra. Lenny T. Valdivia Bautista realizan una y otra vez dentro de cada resolución en forma repetitiva, por lo que nuevamente impugnamos ya también ahora la Resolución N° 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, que en forma repetitiva, una vez mas* (sic) *reitera la equivocada interpretación del Contrato Unico* (sic) *de cuentas de ahorro del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hecho respecto del cual, es imprescindible impugnar al presente toda vez que no por repetir tantas veces lo mismo, se ha de cambiar la situación de ilegalidad del Banco denunciado.*

2) *En efecto la ASFI no quiere admitir el citado Contrato Unico* (sic) *en su interpretación como LEY ENTRE PARTES por su carácter privado, donde el depositante Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, es definitivamente un TERCERO que no ha intervenido en dicha contratación y por mas* (sic) *que sea mi hijo, sigue siendo AJENO a mi cuenta de ahorros y consiguientemente no tiene derecho alguno de revertir, ni modificar, ni alterar, ni cancelar, ni devolver, ni retirar, ni NADA en la cuenta de ahorros de mi propiedad, porque no tiene autorización expresa para tal fin y no tiene ningún PODER ESPECIAL para manejar mi cuenta y revertir dineros en ella.*

3) *En la Resolución N° 829/2013 aquí impugnada, la ASFI pretende engañar a la recurrente, tergiversando los hechos y confundiendo el tipo de la POLIZA DE SEGURO tomada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., que cubre los siniestros bancarios que el Banco sufra, que CONFUNDE con la garantía y caución personal que cada empleado del Banco debe otorgar para garantizar su propio trabajo*

como personal dependiente. Es inadmisible que toda una Autoridad de Supervisión no tenga la capacidad de interpretar correctamente una póliza de seguro, que es un CONTRATO COMERCIAL PRIVADO entre personas jurídicas y no sepa diferenciar de una CAUCIÓN que es un acto de garantía suscrito entre una persona física, natural, privada, individual y PERSONAL!!! Frente a semejante confusión, solo puede entenderse la intención de la ASFI de engañar a la recurrente, puesto que en el ejercicio de sus funciones exista ignorancia y mala práctica profesional de la Abogacía.

4) *De manera por demás festinatoria, la ASFI pretende demostrar la falacia de que "el error cometido fue corregido en su debido momento sin ocasionar daño y/o perjuicio a ninguna de las partes" (sic.) , vulnerando MI DERECHO a registrar todos los depósitos que se realizaron en mi cuenta bancaria en forma completa, a fin de que mi persona si se beneficie con los intereses devengados, así sea por un solo día en mi cuenta bancaria, toda vez que el "respaldo del depositante" no libera al Banco de su irregularidad, porque el respaldo de mi hijo el Sr. Juan Carlos S. Ostria Zapata es NADIE para justificar movimientos de dineros en mi cuenta de ahorros y es obligación del Banco, tal como dice la Resolución N° 829/2013 cumplir con la Ley General de Bancos N° 1488 vigente en aquel momento y registrar en libreta, en extractos, en registros de MI CUENTA, los* ***depósitos a la vista!***

5) *Mi persona, como UNICA PROPIETARIA de mi cuenta de ahorros, es la UNICA PERSONA que puede realizar y ordenar movimientos bancarios en mi cuenta, porque solamente MONICA ZAPATA ARAMAYO ha firmado el contrato Unico con el Banco Mercantil Santa Cruz y no así mi hijo y por tanto, no le alcanzan a mi hijo los derechos ni beneficios de MI CUENTA y mal podía el Banco valerse de papelitos internos, tales como su inventada "solicitud de reversión" que le hicieron firmar a mi hijo Y NO A MI!!!! YO NUNCA AUTORICE REVERSION ALGUNA!!! Y mi hijo no tiene ni derecho ni atribuciones para revertir ningún dinero en mi cuenta, porque no es su problema que el cajero Altamirano se haya equivocado.*

6) *Que el Banco, ejecute pues la caución de garantía prestada con los 24 salarios del Sr. Altamirano por el error que él ha cometido como dice la Resolución N° 829/2013 aquí impugnada, pero a mi persona PROPIETARIA DE LA CUENTA DE AHORROS, ME PAGA LO QUE CONSTA EN EL COMPROBANTE DE DEPOSITO* ***A LA VISTA!***

7) *El Banco, tiene la opción de declarar el siniestro a su compañía de seguros que le ha emitido una póliza de seguro contra este tipo de pérdidas o tiene la opción de cobrar a su funcionario los 24 salarios de su caución. Es decisión del Banco efectivamente, frente a su pérdida por el error de su empleado si quiere activar su póliza de seguro o no... pero para mi persona, son actos comerciales internos y opcionales del Banco, completamente diferentes, con las que mi persona, como el USUARIO financiero, nada tiene que ver, porque consta un certificado legítimo de un depósito efectuado en horas de trabajo, de un* ***DEPOSITO A LA VISTA,*** *que no puede ser revertido en horario fuera de oficina, de manera clandestina, en la calle y con cualquier persona que este caminando por ahí a las seis de la tarde!!!*

8) *Se habla en la página 5 (cinco) de la Resolución N° 829/2013 de buena fe y mas buena fe, como principio dice de los particulares con la administración pública?!?...a que le viene ese comentario?!?!? Es acaso alguna mención de tipo JURIDICO LEGAL?!?!?! Ni el Banco Mercantil Santa Cruz es la administración pública, ni yo Dra. Mónica Zapata soy empleada pública ni empleada del Banco...!?!?! Que se entiende????? Por buena fe entonces, que cualquier empleado del Banco cuando cometa un error, salga pues a la calle y encuentre a cualquier transeúnte de Buena Fe y le haga firmar una "solicitud de reversión" dizque para "respaldarse"...Es inadmisible este razonamiento en verdad.*

9) *Existe un CERTIFICADO DE DEPOSITO BANCARIO emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por $US.- 27.794 que efectivamente fue realizado pero no consta ni figura en ninguno de los extractos de mi cuenta de ahorros en dólares. Este acto bancario DEPOSITO A LA VISTA!!! PARA SU COBRO A LA VISTA!!!, debería estar registrado, asi fuera considerado error, accidente, falla de la caja registradora, fraude del funcionario Altamirano, error del depositante Juan Carlos S. Ostria Zapata, mi hijo, o error de Juan Perico de los Palotes que se le ocurrió depositar en mi cuenta... mil opciones a considerar... tomando en cuenta que* ***MONICA ZAPATA ARAMAYO LA PROPIETARIA DE LA CUENTA DE AHORROS EN DOLARES ES LA UNICA QUE NO, NO, NO, NO, NO REALIZÓ EL DEPOSITO!!!*** *Y si lo hubiera hecho por error, era la UNICA PERSONA QUE PODIA REVERTIRLO!!!, existe efectivamente fraude en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., puesto que tenía que haber registrado en extractos bancarios, de todas maneras ese depósito porque existe un CERTIFICADO que lo están ocultando y cuya copia original está en mi poder.*

10) *Ese depósito bancario, realizado por un tercero ajeno a mi cuenta de ahorros, PROPIA Y EXCLUSIVAMENTE MIA DE ACUERDO A LA LEY N° 1488 que la misma Resolución N° 829/2013 invoca, menciona y aplica, necesariamente debería estar registrado en mi cuenta y debería constar en el extracto correspondiente. Ocultar ese acto bancario, es falsificar la información respecto del movimiento de mi cuenta de ahorros PRIVADA, INDIVIDUAL Y UNICA PROPIETARIA.*

11) *Para todos los fines, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., no podía tomar la justicia por sus manos, revertir dineros que no son de su propiedad y que solo administra en virtud de Contrato UNICO con mi persona y nadie mas, no podía hacer absolutamente NADA sin mi autorización y firma!!! El Banco debió haber seguido todos los procedimientos de ley, DEBIDO PROCESO!!!, para revertir esa situación y mientras así lo hacía, yo estaba en todo mi derecho de utilizar esos dineros, disponerlos, retirarlos de cajas, mientras como ahora yo estoy haciendo, el Banco realizaba los actos, reclamos y recuperación de esos dineros si correspondía, sea a través del seguro privado que TIENE EL BANCO o sea a través de un DEBIDO PROCESO!!!, en mi contra, para que me defienda!!! ME DEFIENDA!!! Y no como ahora, que se me ha privado de beneficiarme con un Seguro, por un error bancario que ocurre frecuentemente en los Bancos, para fortuna y buena suerte de los usuarios y que en un país civilizado como Bolivia, con leyes para todo, debería respetarse en el DEBIDO PROCESO!!! Debería realizarse una* ***investigación***

previa, acerca de que si hubo buena fe, o mala fe, si el depositante es mi hijo o un vecino, o un tercero ajeno, si realmente deposito en dólares o en bolivianos.

Es muy cierto que, el Banco tiene todo el derecho de reclamar por sus pérdidas si las hubiera pero no es menos cierto que mi persona como USUARIA del sistema financiero, también tengo el derecho de reclamar por mis DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES a que se respete la exclusividad de mi cuenta de ahorros y mi derecho y atribución de ser solamente mi persona quien retire dineros de la misma, contra la presentación de mi cédula de identidad con firma registrada en ese Banco y no ser víctima de ocultación de CERTIFICADO DE DEPOSITO y de una ilegal "reversión" de dineros de mi cuenta con cualquier hijo de vecino… No es dable!

PETITORIO.- *En virtud de todo lo expuesto, en aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras aplicada por la misma ASFI y también en aplicación de la nueva Ley de Servicios Financieros, que reconoce la exclusividad y derecho propietario de los dineros depositados A LA VISTA en las cuentas de ahorro en dólares celebradas en contrato UNICO INDIVIDUAL PERSONAL PRIVADO Y EXCLUSIVO, PLANTEO RECURSO JERARQUICO, impugnando en todas sus partes la Resolución N° 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, que además no consigna en ninguno de sus CONSIDERANDO fundamento de Derecho alguno, confundiendo la calidad y condición de las personas en el proceso administrativo y sin fundamento alguno solamente repite varias veces los mismos datos de antecedentes y* ***PIDO*** *muy respetuosamente a la autoridad superior jerárquica,* ***que revoque*** *la misma,* ***DISPONIENDO que la ASFI ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., rectifique los datos de registros y extractos de mi cuenta y devuelva en mi cuenta de ahorros en dólares N° 4020586395 el monto de SUS.- 27.794 y REGISTRE para constancia en los extractos bancarios desde el día del depósito mas intereses devengados hasta la fecha.***

Se disponga tal como se pide, a fin de impedir actuaciones fraudulentas por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., que ha vulnerado gravemente mi derecho respecto de la cuenta de ahorros de mi propiedad (…)

OTROSI 2°.- *Pido muy respetuosamente, que la autoridad superior jerárquica amoneste, llame la atención y en su caso sancione como corresponde a la ASFI, por confundir la legitimación activa de la partes en contienda y por intentar engañar a la impetrante, tergiversando la información como si se tratara de una funcionarla dependiente del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.???? o queriendo hablar de "buena fe"...para con una entidad pública, como si el Banco aquí denunciado fuera una institución administrativa pública???? Este tipo de crasos errores, dice muy mal de una entidad como la ASFI, que se supone debiera proteger los derechos de los usuarios financieros PERSONAS* ***DE DERECHO PRIVADO*** *y ni siquiera sabe la condición, situación y legitimación de las partes sobre las que está dictando resoluciones…*"

8. ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO.-

Mediante Memorial de fecha 30 de enero de 2014, el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** presentó alegatos respecto al Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **MÓNICA ZAPATA**

ARAMAYO, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de fecha 20 de diciembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***I.- ANTECEDENTES DE HECHO (VERDAD MATERIAL AVERIGUADA POR LA ASFI):***

A consecuencia de una denuncia formulada por la recurrente Mónica Zapata, respecto a un supuesto depósito de $us. 27.925,77 en su Caja de Ahorros 4020586395 efectuado el 23/ 11/2010, luego de haberse efectuado todas las averiguaciones del caso y después de realizarse los trámites correspondientes, la ASFI determinó: "(...) ***esta Autoridad de Supervisión no ha identificado que la Entidad Financiera haya incurrido en infracción a la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1433 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF)"*** *(Resolución ASFI No. 746/20013 de 13 de noviembre de 2013).*

Para llegar a la citada conclusión la ASFI previamente determinó y estableció los siguientes hechos:

i) *Que en Fecha 23 de noviembre de 2013, el hijo de la Sra. Monica Zapata, Sr. Carlos Silvestre Ostria Zapata efectuó un depósito de Bs. 27.794 a la cuenta de Mónica Zapata en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. Pero debido a un error operativo por parte del cajero del Banco, Sr. Jehu Altamirano Cavero, en el comprobante respectivo en lugar de consignarse a DOLARES.*

ii) *Advertido del error operativo, al existir una nota expresa del depositante, Sr. Carlos Silvestre Ostria Zapata, en sentido que se proceda a revertir el depósito de Sus. 27.794, para consignarse la suma correcta de Bs. 27.794 y al amparo del numeral 5.15 del Contrato Único de Cuentas Corrientes suscrito entre el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y la Sra. Mónica Zapata, que dice*: ***"En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente, este autoriza expresamente al banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo",*** *nuestra entidad bancaria procedió a rectificar el error operativo en el que se había incurrido.*

iii) *Reiteramos, todo el proceso de rectificación, al amparo de una solicitud expresa del depositante y al tenor de una estipulación contractual, que tienen la eficacia prevista por el artículo 519 del Código Civil, según el criterio de ASFI estuvo exento de irregularidades o violaciones a la Ley de Bancos y Entidades Financieras y de la Recopilación de Normas,* ***PUESTO QUE SE HA COMPROBADO INCONTROVERTIBLEMENTE QUE EN REALIDAD EL DEPOSITO FUE HECHO EN BOLIVIANOS POR LA SUMA DE 27.794.***

II. POSICIÓN DE LA RECURRENTE DURANTE TODO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*.*

La recurrente, en sus diversas peticiones y recursos, incluyendo el Jerárquico que ahora se responde, de manera desvergonzada y con total falta de buena fe (tal

como lo ha expresamente señalado la ASFI en la Resolución recurrida), *sobre la base de argumentos meramente formales, sin valor legal alguno, y totalmente alejados de la verdad histórica de los hechos, pretende que se mantenga como si el depósito hubiera sido efectuado en Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (en contra de la verdad) y que el Banco para compensar la pérdida (es decir la diferencia del tipo de cambio de Dólares a Bolivianos) denuncie lo sucedido a la compañía de seguros y/o se cobre de la caución de 24 salarios prestada por el cajero que cometió el error operativo. Esta completa falta de ética y buena fe de parte de la recurrente nos releva de efectuar cualquier comentario al respecto, puesto que lo que propone sencillamente* ***NO ES MORAL, NO ES CORRECTO, NI ES JURÍDICAMENTE ADMISIBLE.***

III. ARGUMENTOS QUE DEBE TENER EN CUENTA LA AUTORIDAD JERÁRQUICA A TIEMPO DE DICTAR LA RESOLUCIÓN CONFIRMATORIA.

La recurrente pretende hacer valer supuestos derechos reconocidos a su persona a través del acuerdo de partes celebrado entre ella y nuestra entidad, plasmado en el Contrato Único de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados correspondiente a la cuenta bancaria signada con el No. 4020586395, argumentando ser la única persona facultada a realizar y ordenar movimientos en la mencionada cuenta bancaria, pretendiendo desconocer la existencia y la expresa aceptación de la cláusula 5.15 del mismo contrato que señala textualmente:

> *"En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente,* ***este autoriza*** *expresamente al banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo"*

Su Autoridad, al igual que La ASFI podrá tener convicción y total certeza que a tiempo de efectuarse el débito de la cuenta de ahorros de la recurrente para modificar la moneda en que se efectuó el depósito, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha cumplido con todos las formalidades y ha actuado sobre la base de una solicitud de reversión hecha por el propio depositante y amparado en una expresa estipulación contractual.

La recurrente pretende confundir a la Autoridad dando calidad de siniestro al hecho de existir una acreditación errónea en su cuenta bancaria, y que tal como se puede advertir de la lectura del propio recurso interpuesto por la Sra. Zapata en el punto 7° del mismo, reconoce la existencia de un error por parte del cajero pretendiendo que sea nuestra entidad o una compañía aseguradora la que erogue una suma de dinero que nunca existió, constituyéndose dicha pretensión no más que un abuso.

Finalmente llama la atención lo expuesto por la recurrente respecto de la existencia de un Certificado de Depósito Bancario que acredita el depósito de $us. 27.794, mismo que lleva consignada la firma del Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata (hijo de

la recurrente) desconociendo a la vez el formulario de Solicitud de Reversión (depósito realizado por un tercero) firmado de igual manera por el Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, reconociendo el error en la acreditación del monto por parte del cajero de nuestra institución al momento de la transacción, aclarando que dicha documentación que fue remitida en su oportunidad a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al momento de la sustanciación del reclamo que dio origen a las Resoluciones ASFI No. 746/2013 de fecha 13 de noviembre de 2013 como la Resolución ASFI No. 829/2013 de fecha 20 de diciembre de 2013 son actualmente parte de los actuados del presente Recurso interpuesto por la Sra. Zapata.

II. PETITORIO.-

Por lo anteriormente expuesto que evidencia la total y completa falta de argumentos jurídicos que puedan sustentar la revocatoria de la Resolución impugnada, solicitamos a su Autoridad dicte Resolución confirmando en todas sus partes la Resolución ASFI N° 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, que a su vez confirmó la Resolución ASFI N° 746/2013 de 13 de noviembre del mismo año, por la que se rechazó el reclamo interpuesto por la recurrente en contra de nuestra institución bancaria..."

9. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-27159/2014 de fecha 19 de febrero de 2014 y en cumplimiento a lo ordenado por la providencia de fecha 10 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente la documentación complementaria que se detalla a continuación:

- Nota AUD/054/2013/MTS/sgb de 27 de agosto de 2013, sobre complementación del informe N° AUD/047/2013/MTS/sbg de fecha 07/08/2013, y que concluye en que:

  "*…De la revisión efectuada ratificamos lo concluido en el informe AUD/047/2013/MTS/sbg, en el sentido de que el reclamo de la Sra. Monica* (sic) *Zapata Aramayo no es procedente puesto que existen evidencias de que en fecha 23/11/2010, el Sr. Juan Carlos Ostria Zapata se presentó a la Agencia Megacenter trayendo la suma de Bs27.794, dinero que fue depositado erróneamente por el monto de US$ 27.794, por lo que la reversión realizada fue correcta, registrando en la misma fecha en la cuenta N° 4020586395 finalmente el monto de US$ 3.925,71…*"

- Detalle de cuatro llamadas telefónicas generadas en el sistema PCSistel, realizadas con el código telefónico (interno del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**) 671760, correspondiente a la funcionaria *Zamora Vasquez Jeaneth Angela*, dos al número 70675013 y las dos restantes al 77244030, todas de fecha 23 de noviembre de 2010.

- "*Parte pertinente* (según se menciona en la nota ASFI/DAJ/R-27159/2014) *de la póliza de seguros* -impresa con fondo en marca de agua correspondientes de

Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.- *que cubre los errores u omisiones de funcionarios del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*"

- Reporte de *Transacciones monetarias reversadas*, referido a la cifra 27,794.00 y, entre otras, con las especificaciones siguientes: "…*Usr: 6515 ALTAMIRANO CAVERO JEHU ALAI* (…) *Tran: 1 DEPOSITOS* (…) *Fecha Hora* (…) *2010/11/23 13:40:08* (…) *Cuenta* (…) *4020586395*…"

10. MEMORIAL DE 20 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante memorial presentado en fecha 20 de febrero de 2014, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, a tiempo de pronunciarse acerca de similar presentado por el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, deja constancia de los extremos siguientes:

"…*Que, respecto de la respuesta del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., (el BANCO) al Recurso Jerárquico planteado por mi persona en contra de la Resolución ASFI N° 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, emito pronunciamiento, puntualizando los siguientes aspectos:*

1) *Respecto de la "verdad material averiguada por la ASFI" como asevera el BANCO, no es cierto que la ASFI hubiera realizado su trabajo adecuadamente, toda vez que se ha limitado a repetir innumerable cantidad de veces, exactamente lo mismo que repite el BANCO sin fundamentos, sino con simples argumentos que pretenden justificar la* ***omisión de registro de los DOS CERTIFICADOS DE DEPOSITO ORIGINALES QUE HAN SIDO EMITIDOS Y ACREDITADOS EN MI CUENTA A MI FAVOR.***

2) *En el punto i) de la Sección I.- ANTECEDENTES DE HECHO, señalados por el BANCO, la citada entidad financiera* ***confiesa por escrito que efectivamente hubo ERROR DE SU FUNCIONARIO.***

3) *En el punto ii) ratifica nuevamente el* ***error del funcionario del BANCO,*** *con la situación AGRAVANTE de que el mismo funcionario comete otro error, aún mas perjudicial PARA EL BANCO, cuando* ***fuera de horas de oficina*** *busca en las calles a un depositante cualquiera para hacer revertir un depósito bancario en dólares* ***quien NO ES propietario de la cuenta de ahorros.***

4) *En el punto iii) el BANCO agrava aún mas su responsabilidad en mi contra* (sic), *responsabilidad que al ser mal ejercida me perjudica, me causa daño, puesto que invoca una "estipulación contractual " como dice, que* ***fue suscrita con mi persona y no con mi hijo.*** *La cuenta de ahorros en dólares donde ocurrieron los DOS DEPOSITOS es de mi propiedad, no de mi hijo, que como cualquier tercer depositante, resulta ajeno y el vínculo familiar, resulta un tema meramente casual sin relevancia jurídica, porque mi hijo, al NO ser dueño de mi cuenta, al no haber contratado él con el BANCO,* ***mi persona no tiene porque sufrir las consecuencias de lo que hagan terceras personas ajenas con mi cuenta bancaria, para ayudar a un funcionario del BANCO que cometió el error.***

5) *En el punto II.- Posición de la recurrente durante todo el procedimiento administrativo, el BANCO olvida su condición de persona jurídica entidad financiera legal y legítimamente apersonada dentro del presente proceso administrativo, tramitado sin vicios del consentimiento, en la vía ADMINISTRATIVA de Derecho Público, donde se está conociendo, evaluando y tramitando asuntos de carácter técnico bancario y no se está haciendo una evaluación de mi conducta.*

   En efecto, frente a la omisión del REGISTRO DE DOS CERTIFICADOS DE DEPOSITOS EN DOLARES, uno original en horas de oficina y otro en cambio de moneda fuera de horas de oficina, se determina con absoluta claridad que mi persona ***NO HA COMETIDO NINGUN ERROR, NINGUN FRAUDE, NI HA INTERVENIDO ABSOLUTAMENTE EN NADA.***

   Deben tener mucho cuidado los funcionarios del BANCO que firman memoriales emocionales dentro de un proceso administrativo, puesto que hablar de mi conducta, insultando mi inteligencia. calificándome de "desvergonzada" y "con total falta de buena fe" por escrito, constituye una calumnia y una injuria, tipos penales que conforman el delito agravado de LIBELO INFAMATORIO previsto por el Art. 287 del Código Penal, concordante con los artículos 282. 283 y 285 del mismo cuerpo de leyes.

6) *Aquí estamos discutiendo un asunto estrictamente TECNICO, porque el BANCO ha cometido varios errores (inclusive se confunden sus atribuciones para insultarme) de orden TECNICO, que afectan a mi cuenta bancaria, en la que me causan perjuicio porque no registran la verdad de los hechos, cuales son la realización de DOS DEPOSITOS DE DINERO EN DOLARES ACREDITADOS EN DOS CERTIFICADOS BANCARIOS ORIGINALES QUE OBRAN EN MI PODER.*

   Con la agravante para el BANCO, que mi persona NO ES QUIEN HIZO ESOS DEPOSITOS y por tanto tampoco podía revertidos, mucho menos si no constaban en mi cuenta esos depósitos! Quería el funcionario Altamirano, que yo revierta un depósito fantasma y como no era posible esa situación, se buscó a un tercero para que intervenga en MI CUENTA, ***un tercero ajeno que no es propietario de mi cuenta, por mas que sea mi hijo!***

7) *Finalmente, el BANCO en el punto III.- bien dice meros argumentos (muy diferente de FUNDAMENTOS DE DERECHO) que debe tener en cuenta la autoridad jerárquica a tiempo de dictar Resolución, pidiendo que se considere ahora con gran énfasis el numeral 5.15 del Contrato Unico de Cuentas Corrientes suscrito entre el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y la Sra. Mónica Zapata.*

   Precisamente, esto es lo que corresponde!!! Considerar que el contrato esta suscrito entre mi persona y el BANCO y no con mi hijo Juan Carlos S. Ostria Zapata, por lo que el BANCO no tenía para que hacerle firmar el papel de reversión del depósito que él mismo había realizado.

Ahí esta la infracción! Por fin el BANCO entiende! ***Por fin queda plenamente probado que la ASFI, dentro de este caso, en este proceso, no ha cumplido porque no ha realizado su trabajo de supervisión como autoridad dentro del sistema financiero nacional.!!!***

Todos estos extremos se encuentran debidamente probados, demostrados y comprobados superabundantemente, en sentido de que el BANCO incumplió el Contrato Unico de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados correspondiente a la cuenta bancaria signada con el N° 4020586395, porque ellos mismos transcriben el texto de la Cláusula 5.15, resaltando en negrillas ***"este autoriza"*** *la reversión, que en este caso la autorizó mi hijo! AJENO a mi cuenta.*

No hay donde perderse.

GRAN CONCLUSION FINAL.- *En virtud de todo lo expuesto, como pronunciamiento respecto del escrito infamante y calumnioso del BANCO, como respuesta al recurso jerárquico correctamente planteado por mi persona, se obtiene la conclusión final que engloba definitivamente mi derecho* ***al registro*** *de los DOS DEPOSITOS EN DOLARES REALIZADOS A MI FAVOR,* ***de los que yo podía haber dispuesto,*** *hasta que se tramite y regularice la situación, derecho del que he sido privada por la arbitrariedad del BANCO, que reconoce un error y toma la justicia por su propia mano, en grave infracción del debido proceso al que está obligado como DEPOSITARIO de mis dineros, con la confianza que le he dado al BANCO como entidad financiera que ha ABUSADO de mi persona como consumidora financiera, manejando mis dineros infringiendo el Contrato y haciendo intervenir en el manejo de mi cuenta a tercera persona que no tiene Poder Especial para tal fin.*

El ABUSO del BANCO, ha quedado mas demostrado, probado y comprobado aún, cuando han presentado las pólizas de seguro tomadas por el BANCO y han explicado a la ASFI la caución de 24 salarios que debe responder Jehu Altamirano, funcionario del BANCO que cometió el error.

Ciertamente, el BANCO, insultándome no soluciona el caso, ni mucho menos resuelve el error de su funcionario y apelando a mi "buena fe" dizque...no va a lograr que yo pierda dinero, puesto que pretenden que renuncie a mi derecho de registrar la verdad de lo que ocurre en mi cuenta bancaria, por "buena gente"????, con "buena fe" para que ellos se beneficien?

Son simples ilusiones y emociones de los personeros firmantes del sentimental memorial de 30 de enero de 2014 que ha sido puesto en mi conocimiento, para que emita el presente PRONUNCIAMIENTO DE TECNICA JURIDICA.

Por tanto, *corresponde a la autoridad Jerárquica,* ***REVOCAR*** *la Resolución ASI I N° 829/2013 de 20 de diciembre de 2013. para que la autoridad de supervisión financiera, en definitiva ORDENE al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., cumplir el*

Contrato en su cláusula 54 5 y dejando sin efecto la reversión "autorizada?!?!?" dizque...por un tercero ajeno, ***se registren en mi cuenta de ahorros los DOS DEPOSITOS en dólares tal como fueron realizados****, a fin de que mi persona DISPONGA de esos depósitos , entre tanto el BANCO cumpla con las formalidades de comunicación, autorización y debido cumplimiento del Contrato Unico de la cuenta de ahorros de mi propiedad N° 4020586395 de mi propiedad.*

Esas formalidades y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS INTERNOS que el BANCO debe cumplir, no pueden afectar MI DERECHO!!!

Con carácter previo a ocultar y no registrar certificados originales, deberán seguir el proceso interno en contra de su funcionario Sr. Altamirano que cometió el error, averiguar porque salió de su trabajo a la calle y al primer tercero ajeno que encontró, le hizo firmar una reversión que la TITULAR DE LA CUENTA no quiso firmar y establecer primero la sanción a su funcionario, cobrando la caución de 24 sueldos y no castigar a la USUARIA FINANCIERA como es mi persona, privándole de ejercer su derecho de disponer de su cuenta de ahorros en dólares como mejor le parezca, de acuerdo a los certificados de depósito originales que tiene y mas encima, se toman la atribución de insultar, difamar y calumniar, para forzarle a tener "buena fe"...con el BANCO??????????????

Cabe la pregunta, ¿tiene "buena fe" el BANCO al pretender beneficiarse con dineros ajenos? El BANCO comete el error y dice que yo soy la "desvergonzada". Es como el burro hablando de orejas, porque el BANCO tiene mecanismos de protección para errores de sus funcionarios y no tiene porque INSULTAR a una usuaria que reclama el ***mal manejo de su cuenta de ahorros en dólares infringiendo el mismo BANCO su mismo Contrato Unico.***

Para lo sucesivo, Señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, pido muy respetuosamente a su autoridad. AMONESTE a los funcionarios del BANCO, a mantener la compostura y obrar de acuerdo al lugar en el que se encuentran. No estamos en el mercado, ni en la recoba (sic) *ni en la feria de abasto. Estamos en un proceso administrativo dentro del Sistema Regulatorio de Supervisión Financiera…*"

11. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 28 de febrero de 2014 y en mérito a la solicitud presentada en fecha 23 de enero de 2014 por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, se desarrolló la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, a la que además de la solicitante (asistida por abogado), concurrieron dos representantes del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 8 de febrero de 2011, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** hizo presente su reclamo, en sentido de no habérsele abonado en su cuenta de ahorro Nº 4020586395, del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, un depósito por el monto de $us. 27.794.- (veintisiete mil setecientos noventa y cuatro 00/100 dólares americanos) de fecha 23 de noviembre de 2010; el extremo fue inicialmente sustanciado en otro proceso recursivo, el que concluyó con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2013 de 17 de abril de 2013, la que amén de resolver "***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa ASFI Nº 669/2012 de 29 de noviembre de 2012*", también señaló que:

> "…*al tratarse la controversia ahora resuelta de aspectos meramente formales, en el ejercicio que le corresponde a la Administración, de la protección a la recurrente, cual usuaria de los servicios financieros, se aclara que, al no haber existido proceso administrativo referido al fondo de la pretensión, por la inexistencia de Resoluciones administrativas que se refieran a ello, la señora MÓNICA ZAPATA ARAMAYO podrá considerar plantear nuevamente su reclamo, de considerar contar con los suficientes elementos para ello y si la norma le permite lo mismo*..."

Consiguientemente y amparándose en lo mismo ("*la Resolución Ministerial Jerárquica* (…) *considera en definitiva que no existió un debido proceso administrativo y salva los derechos de la suscrita impetrante para obtener un pronunciamiento en el fondo del reclamo para la correcta defensa de los derechos y garantías constitucionales que le son inherentes como USUARIA del sistema bancario nacional*"), mediante memorial de fecha 7 de junio de 2013, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** denunció al **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por graves infracciones y falsificación de datos en los que, en su criterio, incurrió la entidad financiera, en la administración de los dineros contenidos en la cuenta de ahorros en dólares N° 4020586395.

Asimismo, demanda que la Autoridad Supervisora, ordene la regularización de datos y registros de dos depósitos de dinero en dólares en la cuenta de referencia, solicitando además la anulación de comprobantes irregulares e ilícitos que utilizaría el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, y que se le reconozcan los intereses devengados hasta el presente así como la disponibilidad de dichos recursos, en tanto la entidad bancaria tramite el reclamo ante la seguradora correspondiente, por el error cometido por el cajero en las referidas transacciones.

Sustanciado el reclamo mediante el conocimiento e informe sobre el mismo por parte del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, la Autoridad Reguladora, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 746/2013 de fecha 13 de noviembre de 2013, resolvió no haber identificado que la Entidad Financiera haya incurrido en infracción a la Ley de Bancos y

Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) o a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

Mediante memorial de fecha 22 de noviembre de 2013, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa precitada, el que fue resuelto mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, la que confirma en todas sus partes a la anterior, lo que a su vez determina, por parte de la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, la interposición del Recurso Jerárquico de 7 de enero de 2014, el que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Abono no realizado por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.-

La recurrente alega que el depósito de $us27.794.- (son veintisiete mil setecientos noventa y cuatro dólares americanos) efectuado en fecha 23 de noviembre de 2010, a su cuenta de ahorros -N° 4020586395- por el señor Juan Carlos Ostria Zapata, y cuya copia original del respectivo comprobante consta en su poder, no figura en el correspondiente extracto bancario, reclamando porque el mismo sea registrado, así como también impetra los intereses que ese dinero habría generado hasta la fecha, independientemente de que el referido depósito sea real o generado por un error, pues la entidad bancaria, al no haberlo abonado, habría vulnerado su derecho a que sean registrados todos los depósitos realizados en su cuenta, toda vez que ella es la única persona que, como titular de la misma, puede autorizar cualquier retiro, de acuerdo al contrato que tiene suscrito con el banco.

Asimismo, agrega que el erróneo depósito debió haber sido denunciado por el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** como siniestro, a la compañía aseguradora correspondiente, a los efectos de su indemnización, toda vez que existe un seguro contratado por la entidad a tal efecto.

Al respecto, la Autoridad Reguladora se ha manifestado en la Resolución Administrativa ASFI N° 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, en sentido de no haber identificado "*que la Entidad Financiera haya incurrido en infracción a la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF)*", conclusión a la que arriba en el hecho de haberse dado cumplimiento a lo establecido en el Contrato Único suscrito con la titular (Condiciones Generales de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados), específicamente con lo dispuesto en la Cláusula 5ª, numeral 5.15, toda vez que se solicitó la autorización del depositante, señor Juan Carlos Ostria Zapata, para la reversión del depósito erróneo.

Evidentemente, en el mismo día de la transacción controvertida -23 de noviembre de 2010-, el depositante señor Juan Carlos Ostria Zapata, autorizó la reversión del depósito erróneo para dar curso al abono correcto, es decir, por $us3.925,71 (equivalente a Bs27.794.-) en lugar de los $us27.794.-; amén de ello, el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** intentó comunicar vía telefónica el extremo, a la titular de la cuenta, señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, tal

como informa la nota AUD/047/2013/MTS/sbg de fecha 7 de agosto de 2013, y que en lo pertinente se transcribe a continuación:

"(…)

1. *En fecha **23/11/2010,** el Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata se presentó en el Banco para realizar un depósito en la cuenta N° 4020586395 a nombre de su madre Sra. Mónica Zapata Aramayo por Bs27.794, sin embargo, debido a que la cuenta es en moneda extranjera et Cajero, Sr. Jehu Altamirano Cavero cometió un error operativo y registró el monto en dólares americanos US$ 27.794, siendo lo correcto haber realizado la conversión de los Bs27.794 al tipo de cambio 7.08 y depositar US$ 3.925,71.*

   Dicho error fue corregido en la misma fecha mediante la reversión del depósito cuyo respaldo es el formulario "Solicitud de Reversión" firmado por el mismo depositante, Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata.

2. *En fecha **03/12/2010,** el Banco hizo llegar a la Señora Mónica Zapata Aramayo la carta BMSC/MEGA/20/10 de fecha 24/11/2010 mediante la cual se le informó sobre el hecho acontecido y las medidas adoptadas para su corrección en virtud a la cláusula 5.15 del contrato único de la cuenta de ahorros firmada por su persona.*

3. *De acuerdo al informe BMSC/GAL/312/2011, la Sra. Zapara presentó un reclamo en fecha **09/12/2010** a la cual el Banco emitió una respuesta mediante CITE carta BMSC/GAL/1389/2010 de fecha **13/12/2010,** explicándole que habiéndose advertido el error operativo con la autorización del depositante, Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata, se procesó la reversión del depósito erróneo efectuado por US$ 27.794 y se procesó el correcto por US$ 3.925,71, destacando que el Banco había actuado de manera correcta y adecuada procediendo a regularizar el error operativo cuya existencia se encuentra debidamente respaldada…*"

Es decir que, el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** reconoce que hubo un abono erróneo, empero también señala que el mismo fue corregido o regularizado, de acuerdo a lo dispuesto en el contrato firmado con la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, el que en su cláusula 5ª, numeral 5.15, establece:

> "…*<u>ACREDITACIÓN ERRÓNEA</u>.- En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios, acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente, este autoriza expresamente al Banco a revertir ese concepto en cualquier momento **sin otro requisito que comunicar** al Cliente **<u>respecto al débito efectuado</u>** y la razón **<u>que motiva</u>** el mismo…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La relación anterior permite concluir en primer término, en la existencia de un contrato de cuenta corriente, siendo partes del mismo la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** y el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**; contrato como tal, aplica la disposición del artículo 787° del Código de Comercio, en sentido que "*En materia comercial* -y la intermediación financiera conforma la misma al tenor del artículo 6°, numeral 7, del mismo Código-, *la voluntad de contratar y de obligarse se puede expresar verbalmente y por escrito*…"

Antes, su artículo 786° se había remitido supletoriamente al Código Civil, en cuanto a "*los principios y normas de los contratos y obligaciones*", lo que hace pertinente rescatar de este último, que "*Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica*" (Art. 450°), y que "*El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes*" (Art. 519°).

Por tanto, habiendo hecho al análisis de la Entidad recurrida el precitado contrato, resulta de lo mismo que, su único requisito para proceder a efectuar una reversión por acreditación errónea -como la sucedida en el caso de autos-, es el de comunicar al titular de la cuenta sobre dicha reversión y las razones que llevaron a realizarla, por lo que el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, al haber informado a su cliente, señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** "*sobre la reversión efectuada* (…) *mediante carta CITE BMSC/MEGA/2010 de fecha 24/11/2010*" (hecho no controvertido) según se informa en la nota AUD/047/2013/MTS/sbg, de fecha 7 de agosto de 2013, **dio cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 5ª, numeral 5.15 del contrato** (además de haber realizado otras gestiones que se informan en la misma nota: "*existen registros de dos llamadas efectuadas al número telefónico 706 75013 registrado en el sistema a nombre del Sr. Juan Carlos Silvestre Ostria Zapata (a horas 14:57 y 17:38) y dos llamadas efectuadas al número telefónico 772 44030 registrado en el sistema a nombre de la Sra. Monica Zapata Aramayo (a horas 17:40 y 17:41) en fecha 23/11/2010*…")

Sin perjuicio de tal conclusión, de existir incumplimiento del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** a su propia normativa, corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la evaluación y determinación correspondiente.

Por lo expuesto supra, es evidente lo manifestado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en sentido de que el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, mediante el cumplimiento de lo establecido en el contrato firmado con la ahora recurrente, específicamente con su cláusula 5ª, numeral 5.15, único requisito exigible para el caso de autos, ha dado observancia a la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras), como a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Antes más bien, vista la pretensión de la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, en sentido de que:

> "…*la ASFI ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., rectifique los datos de registros y extractos de mi cuenta y devuelva en mi cuenta de ahorros en dólares N° 4020586395 el monto de $US.- 27.794 y REGISTRE para constancia en los extractos bancarios desde el día del depósito más intereses devengados hasta la fecha*…"

Lo mismo resulta jurídicamente inviable, dado que aun a sabiendas de que tal monto, en la cuantía resultante de restarle el monto efectivamente depositado, se trata de un valor ajeno (en el sentido de no corresponder en propiedad a la titular de la cuenta), sobre el que la ahora recurrente insiste le sea puesto a su disposición, y de pronunciarse en ese sentido la Administración, podría esta última incurrir en alguna de las formas a las que se refiere el capítulo V, Título II, Libro Primero, del Código Penal.

Similar conclusión para lo que en concreto se refiere a los intereses reclamados, toda vez que los mismos no pueden entenderse sino, como accesorios de una cantidad principal (Art.

410°, Cód. Civil), cantidad que para el caso no ha existido en los términos reclamados por la propia recurrente.

En definitiva y en razón contractual, el alegato de la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** es improcedente.

1.2. En relación a la póliza de seguro.-

La recurrente señala que el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, como beneficiaria de la póliza de seguro contratada al efecto, debió reportar cual siniestro, el error cometido por su cajero, señor Jehu Altamirano Cavero, al haber abonado erróneamente en su cuenta de ahorro N° 4020586395, el importe de $us27.794.- en lugar de $us. 3.925,71.- (equivalente a Bs27.794.-), a fin de que la compañía aseguradora correspondiente, se haga cargo de resarcir el daño.

En tal sentido, de acuerdo a lo manifestado por el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** en su nota AUD/047/2013/MTS/sbg de fecha 7 de agosto de 2013, la entidad bancaria no comunicó la ocurrencia de la contingencia a la compañía de seguros, debido a que no se le infringió ningún daño económico, al haberse realizado la reversión del abono erróneo en el mismo día, es decir, no se produjo el siniestro previsto, requisito necesario para activar la cobertura de una póliza de seguro.

Ahora bien, el dinero que reclama la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** le sea abonados en su cuenta corriente, al resultar inexistente -salvo el monto original en bolivianos (Bs27.794), equivalente al de su conversión en dólares ($us. 3.925,71) y sobre el que, por lo mismo, no existe controversia alguna-, es producto de un error del cajero que ha sido oportunamente regularizado, siguiendo el procedimiento establecido en el contrato suscrito por la propia ahora recurrente, tal como se demostró en el numeral supra, estableciendo además que el comprobante de depósito exhibido por la titular de la cuenta no es representativo del monto que allí se señala ($us27.794), por cuanto, tal como la misma recurrente manifiesta en su memorial de denuncia ante la Autoridad Reguladora:

> "…*y consiguientemente* ***ORDENE*** *se proceda al correcto registro en cuenta de los DOS DEPOSITOS en dólares americanos a mi favor, con el reconocimiento de los intereses devengados hasta el presente y la disponibilidad de dichos recursos por mi parte, en tanto el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., tramite el* ***DEBIDO PROCESO*** *que corresponde al caso, con el cumplimiento de su obligación de* ***RECLAMO AL SEGURO por el error bancario*** *que me beneficia...*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Amén de que la inicial imputación de los $us. 27.794.- corresponde a un error (del que todos dentro del proceso están conscientes), al haberse dado cumplimiento al contrato correspondiente, el que además establece la posibilidad de tal error y su consiguiente reversión, y que como tal, invalida el comprobante de depósito -Art. 473°, Cód. Civil-, determina la inexistencia de siniestro.

En definitiva, al no haber existido realmente el depósito de efectivo en la cuantía reclamada por la recurrente, y al haberse dado reversión al error emergente, inclusive en el mismo día, no ha existido daño alguno que amerite activar póliza de seguro alguna.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes y actuados que hacen al expediente del caso de autos, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha realizado una correcta evaluación de los mismos, dando correcta aplicación al contrato que hace a la controversia, como a la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras y a la normativa contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 829/2013 de 20 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 746/2013 de 13 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 034/2014 DE 20 DE MAYO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2014

La Paz, 20 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 027/2014 de 24 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 051/2014 de 6 de mayo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 8 de enero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por el Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, en mérito al Testimonio de Poder Nº 563/2001 otorgado en fecha 3 de octubre de 2001, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013

de 16 de diciembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/79/2014, con fecha de recepción del 14 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 16 de enero de 2014, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 23 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013.

Que, en fecha 28 de marzo de 2014 se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** mediante memorial presentado en fecha 21 de febrero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y el punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 566/2001 de 30 de octubre de 2001, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones, no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los certificados de nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores.

Sustanciado tal cargo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, se impuso a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** la sanción de $us. 7.500,00.- (Siete Mil Quinientos 00/100 Dólares Estadounidenses), y se dispuso que la misma reponga, con recursos propios, el diferencial del 20% de los pagos por los períodos diciembre/2008, enero/2009 y abril a octubre/2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses que correspondan.

En fecha 12 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** presenta Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 325-2013 de 10 de abril de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013,

procediendo la recurrente a la interposición del Recurso Jerárquico en fecha 2 de mayo de 2013.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunció la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, por la que **anula** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40/2013 de 15 de enero de 2013, con los siguientes fundamentos:

"…***2.2. De la Prescripción.-***

Futuro de Bolivia S.A. - AFP señala en su Recurso Jerárquico que: "…sin perjuicio de lo expresado en el presente memorial, tengo a bien ratificar in extenso lo expresado en nuestro memorial de recurso de revocatoria fechado y recibido por su Autoridad el 12 de marzo de 2013…".

Que, en el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Administradora, expresa que: "…se ha producido la prescripción, para que el Regulador pueda efectuar observación alguna y en consecuencia también ha prescrito el derecho del Regulador de imputar con cargos por supuestas infracciones…"

Con carácter previo, corresponde referirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006, que en cuanto a prescripción ha desarrollado lo siguiente:

> *"La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la documentación de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho".*
>
> *"En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la Administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia Administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".*

"En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI relativo al "Procedimiento Sancionador", Artículo 79 que a la letra expresa: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (…)".

Por su parte, en cuanto a la ***interrupción de la prescripción*** *la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 61/2006 de 08 de septiembre señaló que: "…Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción…".*

El mencionado Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo manifiesta que: "…Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción por las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)" empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción ***de las sanciones ya impuestas,*** *aspecto distinto de la acción.*

Por ello, reiterando la interpretación sistemática y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 -Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI-, y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el Artículo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

El Artículo 80, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos - incluyéndose en ellos los sancionatorios - podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento, se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

Por otra parte, el Artículo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.

De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo, así como el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero. Más aun (sic) si se toma en cuenta que bajo el Artículo 1, Parágrafo V, de la Ley Nº 3076 de 20 de junio de 2005, corresponde a la SPVS controlar, supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y el mercado de valores.

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acta por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.

Finalmente, corresponde aclarar que si bien el ***Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo*** *establece que: "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)". Esta previsión normativa, se reitera,* ***se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas*** *a consecuencia de un procedimiento sancionatorio* ***que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción****; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo: "…La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento…".*

Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese

*entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las **infracciones instantáneas** y las **infracciones permanentes**.*

*En las **infracciones instantáneas,** la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

*En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

*En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto…".*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

*Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 enero de 2007, expresa que: "…Respecto a las **infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes**, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente. El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al Artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al Artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento…"*

*De las precisiones hechas y de la revisión del expediente administrativo, nos encontramos ante una **infracción permanente**, es decir, que prorrogó sus efectos en el tiempo, en consecuencia, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria se interrumpió con la comunicación de los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es decir, cuando se procedió a la identificación del hecho antijurídico generado, tomando, entonces, como interrupción de la prescripción el 5 de agosto de 2011, fecha en la que mediante nota APS/DF/2364/2011 se hizo conocer a Futuro de Bolivia S.A. - AFP los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, y hasta la nota de cargos cite: APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, notificada en fecha 15 de noviembre de 2012, no se cumplieron los dos años exigidos por la norma, más aún cuando la falta de diligencia y omisión de verificación y revisión de pagos efectuados a los Derechohabientes del señor Feliciano Mariscal Mamani, se mantuvieron en el tiempo, desde el 5 de noviembre de 2002 (fecha de solicitud de Pensión por Muerte) hasta el 5 de agosto de 2011.*

En consecuencia, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ha actuado de acuerdo a ley y ha hecho una correcta apreciación, sobre la institución de la prescripción pretendida por Futuro de Bolivia S.A. – AFP.

2.3. De la responsabilidad de Futuro de Bolivia S.A. - AFP.-

De la revisión de los antecedentes y la documentación complementaria del caso de autos, se tiene que la Solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, fue suscrita en fecha 5 de noviembre de 2002, por la cónyuge supérstite Sabina Flores Condori, por sí y en representación de sus ocho (8) hijos habidos dentro la vigencia del matrimonio con el extinto Asegurado.

Futuro de Bolivia S.A. - AFP en cumplimiento a la normativa vigente, en fecha 16 de diciembre de 2002, remitió el expediente a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. (Entidad Aseguradora), para que dé curso al pago de la Pensión por Muerte; cuyos pagos mensuales fueron reportados a Futuro de Bolivia S.A. - AFP, por la Entidad Aseguradora mediante la Estructura 11.

Emergente de la fiscalización realizada en agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, imputó y sancionó a Futuro de Bolivia S.A. - AFP, al evidenciar que no se realizó el pago de Pensión por Muerte a los menores Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, debido a que La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. los excluyó de la nómina de Derechohabientes del extinto Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, porque existirían inconsistencias de información en los Certificados de Nacimiento de los señalados menores, referidas a los números de documento de identidad del padre y de la madre de éstos.

En el Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. - AFP, señala que luego de hacer una valoración de los Certificados de Nacimiento presentados, los mismos junto con todo el expediente fueron remitidos a la Entidad Aseguradora, para que proceda al pago mensual de la pensión, no recibiendo ninguna observación sobre la documentación, caso contrario, hubiera hecho la representación respectiva.

Al respecto, corresponde señalar que el artículo 44 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en lo pertinente, establece que el pago de la Pensión por Muerte, debe efectuarse para todos aquellos Derechohabientes ***debidamente acreditados****; por su parte, el artículo 3 del citado Decreto Supremo dispone, que la acreditación de los Derechohabientes debe realizarse a través de la presentación del* ***Certificado de Nacimiento*** *y Cédula de Identidad, si corresponde; en consecuencia, Futuro de Bolivia S.A. - AFP debió tener presente, que a tiempo de recepcionar la documentación presentada, por los Derechohabientes, tenía el deber y obligación de revisar que toda la información registrada en dichos certificados y documentos públicos, sean consistentes entre sí.*

Adicionalmente, a momento de remitir la documentación a la Entidad Aseguradora para que efectivice el pago de la Pensión por Muerte a favor de los Derechohabientes, Futuro de Bolivia S.A. - AFP tenía una nueva posibilidad de realizar una adecuada revisión y poner de manifiesto tal inconsistencia en la documentación, a fin de comunicar la misma a los Derechohabientes y realizar las aclaraciones y regularizaciones

de manera oportuna, y no esperar, como en este caso, que sea a través de una fiscalización, realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, que vayan a detectarse omisiones en la revisión y evaluación de los documentos presentados, que perjudicaron a los Derechohabientes, ya que de no haberse encontrado tal inconsistencia en los Certificados de Nacimiento, persistiría el perjuicio económico en contra de los Derechohabientes.

Asimismo, independientemente de que la Entidad Aseguradora no haya comunicado específicamente sobre las inconsistencias encontradas en los Certificados de Nacimiento, Futuro de Bolivia S.A. - AFP, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Pensiones, Nº 1732, debió, en representación de los Derechohabientes, verificar desde el inicio de la solicitud de Pensión por Muerte, que toda la documentación se encuentre completa, sea la necesaria, y que sea concordante entre sí, así como verificar que el monto de los pagos derivados de la Pensión por Muerte estén en proporción con el número de Derechohabientes habilitados, en cumplimiento de disposiciones legales vigentes.

Por lo señalado, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. - AFP, no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia y tampoco verificó la consistencia de la información de los documentos presentados como corresponde.

Asimismo, se debe tener presente que la Administradora de Fondos de Pensiones, no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con los Derechohabientes de los mismos, es decir, beneficiarios directos y legales de los Asegurados, haciendo extensibles también sus deberes y obligaciones a esos Derechohabientes, así como representarlos ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes con relación a las Prestaciones de Invalidez, Muerte y Riesgo Profesional.

2.4. De los Certificados de Nacimiento de Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores.-

Futuro de Bolivia S.A. - AFP, señala en su Recurso Jerárquico que la evaluación fue efectuada considerando que los Certificados de Nacimiento, son documentos públicos emitidos por autoridad competente, no pudiendo observar su legalidad y que las inscripciones y registros de las partidas de nacimiento, pueden ser efectuadas con el Documento de Identidad de los Padres, Certificado de Matrimonio o Declaración Jurada, por lo que al coincidir plenamente los nombres de los padres en los Certificados de Nacimiento de Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, los mismos son suficientes para acreditar su condición de Derechohabientes, situación corroborada por la nota SERECI-CCBA Nº 943/2012 y las boletas de información rápida que reflejan una correcta filiación y partidas sin observaciones.

Al respecto, si bien las Inscripciones de Partidas de Nacimiento pueden realizarse con documentos de identidad de los padres, Certificado de Matrimonio y Declaración Jurada, tal como argumenta Futuro de Bolivia S.A. - AFP, es importante señalar que no se está cuestionando y sancionando a la AFP por la legalidad de los Certificados de Nacimiento, ni su correcta emisión, ya que la presente controversia, tal como señala la Autoridad Fiscalizadora, versa sobre la inadecuada y extemporánea evaluación realizada por Futuro de Bolivia S.A. - AFP a los Certificados de Nacimiento de los

Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía.

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar previamente la documentación que se tiene en el expediente de autos y la documentación complementaria remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante nota APS/DESP/DJ/DFP/7085/2013 de 8 de agosto de 2013, la cual se detalla a continuación:

- *La Solicitud de Pensión por Muerte suscrita en fecha 5 de noviembre de 2002, por la cónyuge supérstite Sabina Flores Condori, con número de Cédula de Identidad el* ***5243417 LP****., asimismo, consigna como número de documento de Identidad del extinto Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, el* ***2653170 LP****.*

- *Los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, presentados a fecha de suscripción de la Solicitud de Pensión por Muerte y remitidos por Futuro de Bolivia S.A. - AFP a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en fecha 16 de diciembre de 2002, contienen la siguiente información:*

  - ***Ariel Mariscal Flores,*** *Certificado con número de valorado Nº 195608, emitido en fecha 31 de octubre de 2002, detalla como datos del padre: Feliciano Mariscal Mamani, con C.I.* ***776896;*** *y de la madre: Sabina Flores Condori, no figura número de documento de Identidad.*

  - ***Jhonny Mariscal Flores,*** *Certificado con número de valorado Nº 739909, emitido en fecha 31 de octubre de 2002, señala como datos del padre: Feliciano Mariscal Mamani, con C.I.* ***2653170;*** *y de la madre: Sabina Flores Condori con C.I.:* ***CM 776896****.*

- *Certificado de Matrimonio emitido en fecha 4 de noviembre de 2002, que evidencia el matrimonio entre el señor Feliciano Mariscal Mamani y la señora Sabina Flores Condori.*

- *Mediante nota FUT.GO.BEN 5240/2011 de 14 de noviembre de 2011, Futuro de Bolivia S.A. - AFP remite a la Entidad Aseguradora los Certificados de Nacimiento corregidos y regularizados de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, que fueron emitidos el 11 de noviembre de 2011, ambos Certificados conteniendo los números correctos de los documentos de identidad de los padres, los cuales no tienen observación por parte de la Entidad Aseguradora y con los que se dio curso al pago de la Pensión por Muerte a partir del mes de noviembre de 2011 y la reposición del diferencial del veinte por ciento (20%) de los pagos de pensión por los periodos de: diciembre/2008, enero/2009, abril a octubre/2011 y las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, tal como se estableció en el resuelve tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013.*

- *En fechas 26 de noviembre y 13 de diciembre de 2012, mediante notas FUT.GO.BEN 3788/2012 y GR.CBBA.PRT.9131/2012 Futuro de Bolivia S.A. - AFP, solicita al Servicio de*

Registro Cívico de Cochabamba, emita Certificación y verifique las Partidas de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, solicitudes que son atendidas mediante nota SERECI-CBBA N° 943/2012 de 27 de diciembre de 2012, remitiendo la siguiente documentación:

- *Certificación emitida el 17 de diciembre de 2012, que señala que las partidas de nacimiento de los Derechohabientes Ariel y Jhonny Mariscal Flores, fueron regularizadas en fecha **10 de noviembre de 2011**, aclarando que los padres son los señores Feliciano Mariscal Mamani con C.I. 2653170 y Sabina Flores Condori con C.I. 5243417.*

- *Boleta de Información Rápida (a fojas 90) de Ariel Mariscal Flores, emitida el 17 de diciembre de 2012, por la Oficina Regional de Registro Cívico de Quillacollo, al margen de los datos de las Partidas de Nacimiento, en la Casilla de Observaciones señala: "PTDA REGULARIZADA RSP 21/10 TSE QLLO 10/11/11 T-9639 ORC PMG N° 776896 CORRESPONDE AL VALORADO DEL CERT. MATRIMONIO DE LOS PADRES".*

- *Fotocopia de Inscripción de Partida (a fojas 91) de Jhonny Mariscal Flores, que consigna como padres: Feliciano Mariscal Mamani con C.I. 2653170 y Sabina Flores Condori registrando en el campo del documento de identidad: **CM 776896**, y en observaciones señala: "RSP TSE N° 021/10 ART 16 T-ADM N° 9641 SE REG N° de C.I. MADRE "5243417".".*

*De lo transcrito, se tiene que el número de cédula de identidad del extinto Asegurado Feliciano Mariscal Mamani (padre) es el **2653170** LP, y el número de documento de identidad de la cónyuge supérstite, señora Sabina Flores Condori (madre) es el **5243417** LP.*

Ahora bien, con el fin de constatar si corresponde o no la imputación y consiguiente sanción, corresponde analizar cada caso como sigue:

a) Ariel Mariscal Flores.-

*El número de documento de identidad del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani (padre) registrado en el Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, es el **776896,** número que corresponde al valorado del Certificado de Matrimonio y no a su documento de identidad (2653170 LP).*

Tal como se señaló precedentemente, el Certificado de Nacimiento es uno de los documentos que acredita la relación entre el Asegurado y el Derechohabiente, por lo tanto, los datos que se registran en el mismo, deben ser exactos y coincidentes con la demás documentación presentada.

En el presente caso, independientemente de que los datos del Derechohabiente y el nombre del padre se encuentren correctos, al evidenciar la diferencia en el número de documento de identidad del Asegurado, la Administradora de Fondos de

Pensiones, debió observar tal situación y comunicar a los Derechohabientes que el mismo debía ser subsanado para acceder al pago de la pensión, toda vez que el número de documento de identidad, es el documento que acredita de forma única la identidad de una persona, y el hecho de que el Certificado de Nacimiento registre el nombre correcto, pero con otro número de documento de identidad, hace presumir que pueda tratarse de un homónimo.

Por lo tanto, es evidente que existió una falta de diligencia por parte de la AFP, ya que si bien atendió la solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, exigió la documentación de acreditación pertinente y remitió el expediente a la Entidad Aseguradora para el pago de la pensión, no cumplió con la obligación y responsabilidad de verificar que toda la documentación se encuentre debidamente presentada y que la información sea consistente, a fin de evitar este tipo de perjuicios, mucho más si es de su conocimiento que no procede el pago de las pensiones, hasta que los Derechohabientes estén debidamente acreditados, lo cual no sucedió en el presente caso.

Si bien Futuro de Bolivia S.A. - AFP mediante nota FUT.GO.BEN 5240/2011 de 14 de noviembre de 2011, remitió el Certificado de Nacimiento regularizado, no se debe olvidar que esta remisión fue extemporánea, es decir 9 años después, por lo tanto este hecho evidencia la falta de cuidado a su deber de buen padre de familia y diligencia exigible que tiene la AFP, en cuanto a la obligación de verificar que la documentación presentada por los Derechohabientes, a momento de la suscripción de la Solicitud de Pensión, por lo tanto, es evidente que existió una inadecuada e inoportuna revisión por parte de Futuro de Bolivia S.A. - AFP, remitiendo la documentación con errores a la Entidad Aseguradora.

b) Jhonny Mariscal Flores.-

El Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, registra el número ***correcto*** *de documento de identidad del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani (****2653170****) y en los datos de la madre Sabina Flores Condori, registra en el campo del número de documento de identidad:* ***CM 776896,*** *correspondiente al número del valorado del Certificado de Matrimonio.*

Al respecto, la norma es clara al señalar que la acreditación se da entre el Asegurado y el Derechohabiente, por lo tanto, en el presente caso al encontrarse los datos del Derechohabiente, como los datos del Asegurado, correctamente registrados en el Certificado de Nacimiento y con la información coincidente con los demás documentos, el Derechohabiente Jhonny Marsical Flores, se encontraba correctamente acreditado.

Si bien es evidente que el número de documento de identidad de la señora Sabina Flores Condori (madre), no era el correcto y al ser el Derechohabiente menor de edad, el mismo correspondía ser aclarado para fines del pago, no así para la acreditación con el Asegurado, la cual como se señaló precedentemente, se encontraba conforme a lo establecido en normativa vigente.

Por lo tanto, en el presente caso, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó una correcta recepción, revisión y envío a la Entidad Aseguradora, del Certificado de Nacimiento, por lo que correspondería a Entidad Reguladora valorar, si corresponde, la sanción para este caso.

Sin perjuicio de ello, es importante que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, considere lo establecido en la Circular SPVS-IP-DP-118/2000 de 11 de octubre de 2000, que señala lo siguiente:

> *"…Con el objeto de no perjudicar a los Derechohabientes de Afiliados fallecidos, se instruye:*
>
> 1. *Iniciar el pago de pensiones por muerte a los Derechohabientes que se encuentren acreditados de conformidad a normativa vigente, sin necesariamente esperar a que todos los Derechohabientes que hubieran suscrito una solicitud de pensión se encuentren acreditados.*
>
> 2. *El pago a los Derechohabientes deberá realizarse tomando en cuenta la futura acreditación de los Derechohabientes que suscribieron solicitud de pensión y que faltan acreditarse. Vale decir que se deberán establecer los porcentajes de pensión tomando en cuenta a todos los Derechohabientes que suscribieron una solicitud de pensión…".*

Por todo lo señalado, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió con su deber de buen padre de familia en cuanto al caso del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, y sí cumplió con la correcta revisión de la documentación presentada por el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores.

Congruente con lo desarrollado, nos lleva a la única conclusión que el presente caso, ha sido llevado con vicios de anulabilidad, debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizar una nueva valoración de la prueba, así como establecer de manera fundamentada a la decisión que arribe, de igual modo se deberá pronunciar en cuanto a la proporcionalidad de la multa si corresponde, tomando en cuenta que en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, la AFP sí cumplió con su deber de buen padre de familia, todo ello en el marco del debido proceso y en estricta sujeción al procedimiento administrativo.

2.5. Del Daño ocasionado al Grupo Familiar.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013, señala que: "…la AFP acepta el daño económico que habría causado al grupo familiar; asimismo, si bien el perjuicio no se habría dado a partir de la solicitud de pensión, la sanción impuesta se ha generado por el ***hecho*** *de haber afectado la cuantía de la pensión a una familia y no así por la cuantificación de los periodos…".*

Futuro de Bolivia S.A. - AFP en su Recurso Jerárquico, señala que no acepta ninguno de los presupuestos formulados por la Autoridad Fiscalizadora en los considerandos y la parte resolutiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 040-2013 de 15 de enero de 2013.

Al respecto, corresponde señalar previamente lo establecido en la normativa vigente que establece:

- *El artículo 5 de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996:*

  *"…**Primer Grado:** Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa…".*

- *El artículo 41 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997:*

  "…

  b) El sesenta por ciento (60%), si se trata de cónyuge o conviviente sobreviviente con un hijo con derecho a Pensión. En este caso, al hijo le corresponde el veinte por ciento (20%), si existiera uno sólo con derecho a Pensión. Este porcentaje se elevará al ochenta por ciento (80%) para el cónyuge con derecho a Pensión, cuando el hijo único pierda el derecho a Pensión.

  c) El cincuenta por ciento (50%), si se trata de cónyuge o conviviente con derecho a Pensión con dos o más hijos con derecho a Pensión. En este caso, se distribuye en partes iguales el cincuenta por ciento (50%) restante entre todos los hijos. El cincuenta por ciento (50%) del cónyuge o conviviente se elevará a ochenta por ciento (80%) cuando todos los hijos pierdan el derecho a Pensión…".

La Solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, fue presentada por la señora Sabina Flores Condori (cónyuge) y sus ocho (8) hijos, siendo que a la fecha de Solicitud de Pensión (5 de noviembre de 2002), los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores (motivo de la presente controversia), eran menores de 18 años, 9 y 6 años de edad, respectivamente.

Considerando el grupo familiar, corresponde aplicar lo establecido en el señalado inciso c), cincuenta por ciento (50%) para la cónyuge y el cincuenta por ciento (50%) entre todos los hijos, siempre y cuando los Derechohabientes se encuentren debidamente acreditados.

Ahora bien, de los reportes remitidos mediante nota FUT.APS.BEN. 2867/2012 de 31 de diciembre de 2012, se tiene que los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny

Mariscal Flores, no recibieron ningún pago de pensión desde la fecha de solicitud de Pensión por Muerte, hasta noviembre de 2011, fecha en la cual, tal como se señaló precedentemente, se regularizaron los Certificados de Nacimiento.

Asimismo, se evidenció que la Entidad Aseguradora, realizó el pago del cien por ciento (100%) mensual de los Derechohabientes debidamente acreditados, sin embargo, durante los periodos de: diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre/2011, el grupo de familiar de Derechohabientes recibió sólo el ochenta por ciento (80%), ya que de la información remitida, sólo se encontraban acreditados la señora Sabina Flores Condori (cónyuge) y Alexander Mariscal Flores (Hijo).

Si bien es evidente que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no percibió la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía conforme a normativa vigente, a consecuencia de una mala recepción y verificación de los documentos por parte de Futuro de Bolivia S.A. - AFP, este hecho no hubiese afectado el pago de la Pensión por Muerte del grupo familiar, ya que al encontrarse correctamente acreditado el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, hubiesen percibido el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte, y no así el ochenta por ciento (80%) durante los periodos de diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre/2011 y por lo tanto, las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, 2009 y 2011.

Lo señalado precedentemente no habría sido considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a momento de determinar la proporcionalidad de la sanción, ya que en el presente caso se le atribuye el daño a la Administradora de Fondos de Pensiones para los dos Derechohabientes, sin embargo, del análisis ut supra se puede evidenciar que en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, el mismo se encontraba debidamente acreditado, correspondiéndole percibir la Pensión por Muerte que por derecho le corresponde, lo cual no le es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones.

De lo precedentemente señalado, se evidencia que el Ente Regulador no ha cumplido con los principios de motivación, fundamentación y valoración de la prueba, por lo que el presente proceso se encuentra viciado de anulabilidad, situación que obliga a traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009, que se pronuncia, de la siguiente manera:

> *"…El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso.*
>
> *"..Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en las que se funda".

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así el principio de motivación y falta de valoración de la prueba en cuanto al caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, aspectos que necesariamente deben ser valorados por la Autoridad inferior a momento de que la Administración adopte una decisión…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo Nº 1****, con una multa en bolivianos equivalente a $us5.001, 00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.*

SEGUNDO.- *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"

Los argumentos presentados en la mencionada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procede al análisis del presente caso:

<u>CARGO N° 1</u>.-

- *El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, señala:*

"A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia".

- *El punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001, establece:*

  "...es obligación de las AFP representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional, debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:

  - *Atender las solicitudes de pensión y gastos funerarios, proporcionando a los afiliados o derechohabientes según corresponda, los formularios de solicitud respectivos y requerir la documentación de respaldo según normativa.*
    (…)".

Se evidenció que Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el trámite de Pensión por Muerte del ***NUA 3058659S*** *correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistente en sus Certificados de Nacimiento, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión (03-11-2002), afectando de esta forma la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.*

Que la nota FUT.APS.BEN.2580/2012 de 30 de noviembre de 2012, presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP señala los siguientes descargos:

"Cargo Nº 1

(...)

b) Descargos al Cargo N° 1:

Nuestra Administradora en cumplimiento a lo establecido por el punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001, atendió la solicitud de Pensión por Muerte presentada por los derechohabientes del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con CUA 30586598; y requirió la documentación de respaldo para la acreditación de los mismos. Una vez verificados los requisitos de cobertura, se remitió la carpeta del Asegurado a La Compañía La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., en fecha 16 de diciembre de 2002, con toda la documentación correspondiente incluida la de acreditación de los derechohabientes, producto de lo (sic) dicha entidad Aseguradora dio inicio al pago de la Pensión.

En Apego (sic) al principio de búsqueda de la verdad material establecido por el artículo 180, parágrafo I de nuestra Constitución Política del Estado; y Art. 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos a su Autoridad considerar los siguientes aspectos:

- *Conforme a lo establecido por el Art. 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...". Considerando que nuestra AFP remitió el expediente completo a la EA La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en fecha 16 de diciembre de 2002, y que no existió ninguna observación por parte de dicha EA, ni de los beneficiarios de la Pensión, es evidente que han transcurrido más de dos (2) años, por lo que la supuesta infracción estaría prescrita.*

- *Por otra parte, considerando la composición del grupo familiar, (Cónyuge y más de dos hijos acreditados con derecho a pensión) desde la fecha de inicio de pago hasta la fecha, el porcentaje de asignación y pago de pensión ha sido y es del Cien por Ciento (100%). De cuyo hecho se desprende que no* ***se ha afectado la cuantía de Pensión del Grupo Familiar de los Derechohabientes.***

- *A la fecha no sea (sic) recibido reclamo de ninguna naturaleza por parte (sic) algún derechohabiente o miembro del grupo familiar del Asegurado fallecido Feliciano Mariscal Mamani con CUA 30586598; y menos en relación al pago de la Pensión de los menores Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores. La observación de la no inclusión de los derechohabientes en el pago, surgió de la Orden de Fiscalización al procedimiento de asignación de Ente Gestor de Salud en el SSO.*

- *Los Certificados de Nacimiento de los menores que fueron remitidos en su oportunidad a la entidad Aseguradora consignan las siglas CM en el campo de Cédula de Identidad de los padres de los menores; dichas siglas y numeración corresponderían al Certificado de Matrimonio y el número del mismo, documento con el cual se procedió a la inscripción de nacimiento de los menores. Aspecto que a la fecha está siendo confirmado con el SERECI se adjunta nota FUT.GO.BEN. 3788/12).*
  (…)".

Que habiendo analizado los descargos de la Administradora, con el objeto de contar con pruebas íntegras y válidas a fin de formar un criterio uniforme, en razón del Principio de Verdad Material establecido en el inciso d) del artículo 4) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2003 de Procedimiento Administrativo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 y al parágrafo II del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de defensa del regulado en proceso, considera necesario que la Administradora complemente la documentación presentada en sus descargos.

Que de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, mediante Auto de 12 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, determina la apertura de término de prueba de diez (10) hábiles administrativos conforme prevé el artículo 62 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2003 de Procedimiento Administrativo, con el objeto de que Futuro de Bolivia S.A. AFP, remita la "estructura de pagos reportada por la Entidad Aseguradora a la AFP, para el trámite de Pensión por Muerte del ***NUA 30586S98*** *correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, a partir de la fecha de Solicitud de Pensión", habiendo remitido la Administradora mediante nota FUT.APS.BEN.2867/2012 de 31 de diciembre de 2012, lo solicitado.*

Que en respuesta al Auto que determina la Apertura de Término de Prueba, la Administradora, señala lo siguiente: "... sobre el Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado contra nuestra administradora con nota de cargo APS/DFP/8252/2012 de fecha 22 de octubre de 2012, tenemos a bien remitir a su autoridad detalle y estructura de pagos reportada por la entidad Aseguradora a la AFP, para el trámite de pensión de muerte del Asegurado Sr. Feliciano Mariscal Mamani con ***CUA 30586598".***

CONSIDERANDO:

*Que la Administradora, en su nota FUT.APS.BEN 2580/2012 de 30 de noviembre de 2012, afirma que: "...****atendió la solicitud de Pensión por Muerte presentada por los derechohabientes del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con CUA 30586598; y requirió la documentación de respaldo para la acreditación de los mismos****. Una vez* ***verificados los requisitos de cobertura****, se* ***remitió la carpeta del Asegurado a La Compañía La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.****" (el subrayado y las negrillas son nuestros), en este sentido, si la AFP, hubiese verificado oportunamente y a cabalidad los requisitos exigidos por norma de la manera como señala en su nota "verificados los requisitos de cobertura" (el subrayado es nuestro), la Administradora habría detectado oportunamente las inconsistencias en los certificados de nacimiento de los Derechohabientes del Asegurado fallecido Feliciano Mariscal Mamani, Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores. Asimismo, hubiese procedido a solicitar la regularización de los documentos observados antes de derivar el expediente a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A.*

Que de acuerdo a los lineamientos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, de 11 de septiembre de 2013, señala: "(...) corresponde señalar que el artículo 44 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en lo pertinente, establece que el pago de la Pensión por Muerte, debe efectuarse para todos aquellos Derechohabientes ***debidamente acreditados;*** *por su parte, el artículo 3 del citado Decreto Supremo dispone, que la acreditación de los Derechohabientes debe realizarse a través de la presentación del* ***Certificado de Nacimiento*** *y Cédula de Identidad, si corresponde; en consecuencia, Futuro de Bolivia S.A. - AFP debió tener presente, que a tiempo de recepcionar la documentación presentada, por los Derechohabientes, tenía el deber y obligación de revisar que toda la información registrada en dichos certificados y documentos públicos, sean consistentes entre sí", por lo que claramente se menciona que era obligación de la Administradora revisar dicha documentación.*

Que con relación a la afirmación de la Administradora, respecto a que no se hubiera recibido reclamo de ninguna naturaleza de parte de algún Derechohabiente o miembro del grupo familiar del Asegurado fallecido Feliciano Mariscal Mamani, no se puede constituir en justificativo para deslindar su responsabilidad de actuar con el ***cuidado exigible a un buen padre de familia,*** *ya que en su momento era su obligación detectar estas inconsistencias antes de remitir la documentación a la Entidad Aseguradora y no esperar reclamos de los Derechohabientes o miembros del Grupo Familiar, criterio también compartido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, que indica:*

> *"(...) en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Pensiones N° 1732, debió en representación de los Derechohabientes, verificar desde el inicio de la solicitad de Pensión por Muerte, que toda la documentación se encuentre completa, sea la necesaria, y que sea concordante entre sí, así como verificar que el monto de los pagos derivados de la Pensión por Muerte estén en proporción con el número de Derechohabientes habilitados, en cumplimiento de disposiciones legales vigentes.*
>
> *Por lo señalado, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia y tampoco verificó la consistencia de la información de los documentos presentados como corresponde.*
>
> *Asimismo, se debe tener presente que la Administradora de Fondos de Pensiones, no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con los Derechohabientes de los mismos, es decir, beneficiarios directos y legales de los Asegurados, haciendo extensibles también sus deberes y obligaciones a esos Derechohabientes, así como representarlos ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes con relación a las Prestaciones de Invalidez, Muerte y Riesgo Profesional".*

Que refiriéndonos a las inconsistencias de los números de documento de identidad correspondiente a los padres y revelada en los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, debemos mencionar que en el caso del Derechohabiente ***Ariel Mariscal Flores,*** *la inconsistencia radica en su Certificado de Nacimiento, pues debiendo consignar el número de Cédula de Identidad del padre, N° 2653170 LP, consigna el número del Certificado de Matrimonio de sus progenitores con el N°* ***776896.*** *En este entendido y teniendo en cuenta que existía tal inconsistencia, es evidente que la Administradora no actuó con el cuidado de un buen padre de familia, toda vez que no cumplió con la obligación y la responsabilidad de verificar la consistencia de la documentación presentada.*

Que asimismo, la Administradora señala en sus descargos:

> *"(...)*
>
> *Los certificados de nacimiento de los menores que fueron remitidos en su oportunidad a la entidad Aseguradora consignan las siglas CM en el campo de Cédula de Identidad de los padres de los menores; dichas siglas y numeración corresponderían al Certificado de Matrimonio y el número del mismo, documento con el cual se*

procedió a la inscripción de nacimiento de los menores. Aspecto que a la fecha esta (sic) siendo confirmado con el SERECI..."

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, habiendo realizado la solicitud al Servicio de Registro Cívico de la ciudad de Cochabamba, referente a la verificación de los certificados de nacimiento de Jhonny Mariscal Flores y Ariel Mariscal Flores, el 17 de diciembre de 2012 dicha Entidad certifica lo siguiente:

"Primero.- Que, en la ORC N° 0912 de la localidad de el paso, Libro N° 2/95-1/96, Partida N° 59 de 05 de mayo de 1996, se encuentra registrado el nacimiento el nacimiento de JHONNY MARISCAL FLORES, nacido el 01 de diciembre de 1995, siendo sus padres FELICIANO MARISCAL MAMANI con C.I. 2653170 y SABINA FLORES CONDORI con C.I. 5243417, partida VIGENTE y regularizada en fecha 10 de noviembre de 2011 por R.S.P. - T.S.E. 021/2010 ART 16 con trámite administrativo N° 9641 que regulariza el N° de C.I. de la madre 5243417 - Registrado de acuerdo a extracto y copia fotostática legalizada del libro adjuntos (sic).

Segundo.- Que, en la ORC N° 329 de la localidad de el paso, Libro N° 13, Partida N° 108 de 30 de noviembre de 1993, se encuentra registrado el nacimiento de ARIEL MARISCAL FLORES, nacido el 20 de diciembre de 1992, siendo sus padres FELICIANO MARISCAL MAMANI con C.I. 5243417, partida VIGENTE y regularizada en fecha 10 de noviembre de 2011 por R.S.P. - T.S.E 021/2010 ART 16 con trámite administrativo N° 9639 que regulariza el N° de C.I. de la (sic) Padre 2653170 y el N° de C.I. de la madre 5243417. Registrado de acuerdo a extracto y copia fotostática legalizada del libro adjuntos (sic).

Que considerando que, la Administradora consideró (sic) *necesario realizar la consulta al Servicio de Registro Cívico "SERECI" de Cochabamba, en relación a la inscripción del Derechohabiente* ***Ariel Mariscal Flores,*** *se evidencia que esta no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de este Derechohabiente; es decir, a la fecha de Solicitud de Pensión, a fin de que no se presente esta inconsistencia en el Certificado de Nacimiento. Este criterio también es compartido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, señala:*

"(…)

Ahora bien, con el fin de constatar si corresponde o no la imputación y consiguiente sanción, corresponde analizar cada caso como sigue:
…

"...es evidente que existió una inadecuada e inoportuna revisión por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, remitiendo la documentación con errores a la Entidad Aseguradora".

Que de acuerdo a lo expuesto, se concluye que debido al hecho de no haber estado correctamente acreditado el Derechohabiente ***Ariel Mariscal Flores,*** *generó que el*

Grupo Familiar no perciba la pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía de acuerdo a norma.

*Que en el caso del Derechohabiente **Jhonny Mariscal Flores**, la inconsistencia radica en que el número de Cédula de Identidad de la madre Sabina Flores Condori que figura en su Certificado de Nacimiento es el CM - **776896;** sin embargo, el número de su Cédula de Identidad es el **5243417** Cbba. Sin embargo, y teniendo en cuenta el criterio establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, la cual señala:*

> *"(...) la norma es clara al señalar que la acreditación se da entre el Asegurado y el Derechohabiente, por lo tanto, en el presente caso al encontrarse los datos del Derechohabiente, como los datos del Asegurado, correctamente registrados en el Certificado de Nacimiento y con la información coincidente con los demás documentos, el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, se encontraba correctamente acreditado.*
>
> *Si bien es evidente que el número de documento de identidad de la señora Sabina Flores Condori (madre), no era el correcto y al ser el Derechohabiente menor de edad, el mismo correspondía ser aclarado para fines del pago, no así para la acreditación con el Asegurado, la cual como se señaló precedentemente, se encontraba conforme a lo establecido en normativa vigente", (el subrayado es nuestro).*

Que el punto 2.3 de la referida Resolución Ministerial Jerárquica señala:

> *"Al respecto, corresponde señalar que el artículo 44 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en lo pertinente, establece que el pago de la Pensión por Muerte, debe efectuarse para todos aquellos Derechohabientes **debidamente acreditados;** por su parte, el artículo 3 del citado Decreto Supremo dispone, que la acreditación de los Derechohabientes debe realizarse a través de la presentación del **Certificado de Nacimiento** y Cédula de Identidad, si corresponde; en consecuencia, Futuro de Bolivia S.A. - AFP debió tener presente, que a tiempo de recepcionar la documentación presentada, por los Derechohabientes, tenía el deber y obligación de revisar que toda la información registrada en dichos certificados y documentos públicos, sean consistentes entre sí".*

Que el inciso a) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, dispone lo siguiente:

> *"La AFP deberá solicitar al Afiliado que realice la solicitud de Pensión de jubilación o invalidez, la lista de sus Derechohabientes a la fecha de efectuada dicha solicitud. La acreditación de los Derechohabientes deberá realizarse a través de la presentación de los siguientes documentos a la fecha de solicitud de Pensión por muerte:*

a) Para los de primer Grado: Certificado de matrimonio para cónyuge o declaratoria de juez para conviviente, cédula de identidad del cónyuge o conviviente, certificados de nacimiento y cédulas de identidad para los hijos".

Que de acuerdo a la norma señalada anteriormente, se procede a realizar una Acreditación previa presentación de los Certificados de Nacimiento y de las Cédulas de Identidad, en caso de tratarse de los hijos. En este caso es claro que la norma establece la presentación de ambos documentos previendo que en el caso de que el Certificado de Nacimiento no consigne datos claros y correctos, estos puedan ser confrontados y corroborados con los documentos de identidad. Por tanto, es importante considerar que en todos los casos, la Administradora tenía el deber y obligación de revisar que toda la información registrada en dichos certificados y documentos públicos, sean consistentes entre sí, tal como establece la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013.

Que la norma referida anteriormente, establece claramente la forma en la que procede la Acreditación en el caso de los hijos o Derechohabientes; sin embargo, no establece que, para la Acreditación sea suficiente que los datos del Asegurado y del Derechohabiente deban estar consignados correctamente sin importar otros datos como los nombres y apellidos de la madre, número de Carnet de Identidad, etc., pues de ser así estaríamos procediendo a que no se demuestre correctamente la filiación de los Derechohabientes respecto de sus progenitores a través de los documentos establecidos por norma, lo cual tendría como consecuencia que dichos progenitores no se encuentren totalmente legitimados para solicitar la Pensión por Muerte.

Que respecto a lo señalado, el artículo 10 del Código Civil, señala: "El hijo lleva el apellido o apellidos del progenitor o progenitores respecto a los cuales se halla establecida su filiación". De la misma manera lo señaló la Aseguradora mediante nota GSP-1066/2011, cuando afirma lo siguiente:

> *"...de los documentos no se puede establecer que Ariel Mariscal Mamani (sic) y Jhonny Mariscal Flores sean hijos del Sr. Feliciano Mariscal Mamani y la Sra. Sabina Flores Condori, dado que los documentos de identidad no son consistentes".*

Que sin embargo, en el caso del Derechohabiente ***Jhonny Mariscal Flores*** *el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, menciona que la AFP "realizó una correcta recepción, revisión y envío a la Entidad Aseguradora, del Certificado de Nacimiento" y hace mención a la Circular SPVS-IP-DP-118/2000 del 11 de octubre de 2000 que indica: "(...) Iniciar el pago de pensiones por muerte a los Derechohabientes que se encuentren acreditados de conformidad a normativa..."; el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, no ha percibido la pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía, toda vez que este Derechohabiente no se encontraba reportado en la estructura de pagos remitida por la Entidad Aseguradora a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

Que asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, señala "Independientemente de que la Entidad Aseguradora no haya comunicado

específicamente sobre las inconsistencias encontradas en los Certificados de Nacimiento, Futuro de Bolivia S.A. - AFP, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Pensiones, N° 1732, debió en representación de los Derechohabientes, (...) verificar que el monto de los pagos derivados de la Pensión por Muerte estén en proporción con el número de ***Derechohabientes habilitados"*** *(las negrillas son nuestras). Conforme lo señalado, se puede evidenciar que la Administradora no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia, pues si bien la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica establece que por el Certificado de Nacimiento, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó una correcta recepción, revisión y envío, por lo cual deslinda de toda responsabilidad a esta; sin embargo, es atribuible a la Administradora la responsabilidad de que al momento de recibir la Estructura de Pagos de la Aseguradora, debió haber observado que este Derechohabiente no estaba considerado en el Grupo Familiar.*

Que conforme lo anteriormente mencionado, se concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha ocasionado daño económico al Grupo Familiar, ya que teniendo en cuenta la fecha de suscripción del Formulario de Solicitud de Pensión por Muerte, ambos Derechohabientes eran menores de 18 años de edad, de acuerdo a la siguiente relación:

Derechohabiente	***Fecha de Nacimiento***	***Edad a fecha de solicitud***
Ariel Mariscal Flores	*20/12/1992*	*09 años*
Jhonny Mariscal Flores	*01/12/1995*	*06 años*

Que asimismo, al momento de verificar los pagos de las pensiones por parte de La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., por los meses de marzo y septiembre de 2010, producto de la fiscalización realizada en la gestión 2011, los Derechohabientes Ariel y Jhonny Mariscal Flores tenían 17 años (por cumplir 18) y 14 años (por cumplir 15), respectivamente.

Que respecto a la estructura de pagos remitida por Futuro de Bolivia S.A .AFP a esta Autoridad, mediante nota FUT.APS.BEN.2867/2012 del 31 de diciembre de 2012, ***se evidencia que el monto de la pensión fue afectada en un veinte por ciento (20%) en los periodos de diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011,*** *ya que la composición del Grupo Familiar para estos periodos incluye a la cónyuge (Sabina Flores Condori) y a un sólo hijo (Alexander Mariscal Flores), de cuyo hecho se concluye que aunque el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores estaba correctamente acreditado,* ***de acuerdo al criterio de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013,*** *éste Derechohabiente no figura en la Estructura de Pagos remitida por la Entidad Aseguradora a la Administradora, por lo que no percibió el pago en la proporción que le correspondía, afectando el monto de la pensión en un veinte por ciento (20%).*

Que por otro lado, de haber estado correctamente acreditado Ariel Mariscal Flores, el monto no habría sufrido alteración alguna y por tanto, el porcentaje de asignación y pago de pensión hubiese sido del cien por ciento (100%), teniendo en cuenta que Ariel

Mariscal Flores en los periodos observados ***(diciembre 2008, enero 2009*** *y* ***abril*** *a* ***octubre de 2011)*** *tendría 16, 17 y 19 años, respectivamente, de acuerdo al siguiente detalle:*

Año	Periodo observado	Ariel Mariscal Flores	Jhonny Mariscal Flores
		Edad (en años)	
2002	-	10	7
2003	-	11	8
2004	-	12	9
2005	-	13	10
2006	-	14	11
2007	-	15	12
2008	diciembre	16	13
2009	enero	17	14
2010	-	18	15
2011	abril - octubre	19	16

Que el efecto de pagarse una pensión menor en los periodos antes citados, incide directamente en el pago de las duodécimas de aguinaldo respectivas de las gestiones 2008, 2009 y 2011. Por tanto, la afirmación que realiza Futuro de Bolivia S.A. AFP en su nota FUT.APS.BEN 2580/2012: "(...), considerando la composición del grupo familiar, (Cónyuge y más de dos hijos acreditados con derecho a pensión) desde la fecha de inicio de pago hasta la fecha, el porcentaje de asignación y pago de pensión ha sido y es del Cien por Ciento (100%)", no corresponde, ya que se afectó la cuantía de la pensión del Grupo Familiar de los Derechohabientes de Feliciano Mariscal Mamani, por lo que la Administradora procedió a resarcir los pagos de los periodos señalados anteriormente con recursos propios incluyendo las duodécimas de aguinaldo, en cumplimiento a la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013.

Que por otra parte, respecto al criterio emitido por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, de 11 de septiembre de 2013, que señala:

> *"Sin perjuicio de ello, es importante que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, considere lo establecido en la Circular SPVS-IP-DP-118/2000 de 11 de octubre de 2000, que señala lo siguiente:*
>
> *"...Con el objeto de no perjudicar a los Derechohabientes de Afiliados fallecidos, se instruye:*
>
> 1. *Iniciar el pago de pensiones por muerte a los Derechohabientes que se encuentren acreditados de conformidad a normativa vigente, sin necesariamente esperar a que todos los Derechohabientes que hubieran suscrito una solicitud de pensión se encuentren acreditados.*
>
> 2. *El pago a los Derechohabientes deberá realizarse tomando en cuenta la futura acreditación de los Derechohabientes que suscribieron solicitud de pensión y que faltan acreditarse. Vale decir que se deberán establecer los porcentajes de*

pensión tomando en cuenta a todos los Derechohabientes que suscribieron una solicitud de pensión...".

Que conforme lo señalado, la Administradora debió iniciar el pago del 100% de la Pensión por Muerte al Grupo Familiar, ya que el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores se encontraba correctamente acreditado (de acuerdo al criterio de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013) y prever el pago de Ariel Mariscal Flores, debido a que éste se encontraba suscrito en la Solicitud de Pensión, por lo que Futuro de Bolivia S.A. AFP debió: "(...) establecer los porcentajes de pensión tomando en ***cuenta a todos los Derechohabientes que suscribieron una solicitud de pensión"*** *(las negrillas son nuestras).*

Que finalmente es importante señalar que, si bien los Certificados de Nacimiento fueron regularizados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en noviembre de 2011, y remitidos a la Entidad Aseguradora con nota FUT.GO.BEN.5240/2011 de 14 de noviembre de 2011, éstos fueron enviados después de nueve (9) años desde la suscripción de Solicitud de Pensión y de vencido el plazo de acreditación de los Derechohabientes (36 meses), a partir de dicha regularización recién se comenzó a pagar al Grupo Familiar con el 100%.

Que conforme el análisis de los argumentos y descargos presentados por la Administradora, se concluye que éstos no justifican el incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001, por lo que corresponde establecer sanción.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que, Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó los descargos suficientes que desvirtúen el Cargo imputado en su contra, se ratifica el incumplimiento de la Administradora al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido la norma referente a la obligación de las AFP de representar a los Asegurados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y Gastos Funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional (sic). *Sin embargo, de acuerdo a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, exceptúa el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, considera que la Administradora realizó una correcta recepción, revisión y envío del Certificado de Nacimiento a la Entidad Aseguradora.*

Que conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en el Cargo presente,

los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".*

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad, refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- ***a)*** *Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.*

- ***b)*** *La infracción se encuentra plenamente probada, pues se evidenció que en el trámite de Pensión por Muerte del* ***NUA 30586598*** *correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, se ha evidenciado que Futuro de Bolivia S.A. AFP no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación del*

Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, consistente en su Certificado de Nacimiento.

c) *En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001, tuvo como consecuencia que los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión, es decir desde el 03 de noviembre de 2002. Refiriéndonos al caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, aunque el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica afirma que la Administradora "realizó una correcta recepción, revisión y envío a la Entidad Aseguradora, del Certificado de Nacimiento", se pudo evidenciar que éste no recibió la Pensión por Muerte como le correspondía de acuerdo a norma, toda vez que este Derechohabiente no se encontraba reportado en la estructura de pagos remitida por la Entidad Aseguradora a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece:

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

a) *La normativa establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben proceder con diligencia, realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Asimismo establece que, deben representar a los Asegurados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional* (sic)*, obligación que la Administradora no dio cumplimiento, pues demuestra su conducta negligente, al no haber realizado una evaluación adecuada y oportuna del Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, habiendo remitido posteriormente dicha documentación a la Entidad Aseguradora, con inconsistencias en lo que se refiere a los números de documentos de identidad de los padres de ambos Derechohabientes.*

b) *El incumplimiento de la Administradora al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001, ocasionó daño económico a los Derechohabientes así como al Grupo Familiar al cual corresponden, ya que teniendo en cuenta la fecha de suscripción del Formulario de Solicitud de Pensión por Muerte, ambos Derechohabientes eran menores de 18 años de edad y al momento*

de verificar los pagos de las pensiones por parte de La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., por los meses de marzo y septiembre de 2010 (producto de la fiscalización realizada en la gestión 2011), los Derechohabientes Ariel y Jhonny Mariscal Flores tenían 17 años (por cumplir 18) y 14 años (por cumplir 15), respectivamente. Por otro lado, fueron afectadas también, las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011.

c) *No se cuenta con un antecedente de reincidencia sobre el presente caso.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ...".

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño".

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media".

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"b) Infracción calificada como gravedad media De cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses…"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 18 de noviembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013, con los siguientes argumentos:

"… ***II. PRESCRIPCIÓN:***

En principio es menester señalar que en el presente caso las supuestas infracciones prescribieron de conformidad al Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, puesto que no se trata de infracciones permanentes, como erróneamente señaló en su momento, primero la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; y, posteriormente la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI, sino por el contrario de infracciones instantáneas.

En ese entendido, es importante recordar que el factor tiempo influye en la adquisición y pérdida de derechos; en el segundo orden ocurre cuando el titular de un derecho que deja de ejercerlo por un período determinado señalado siempre en la ley, ocasiona con su inactividad que su derecho prescriba. Dicho de otra manera, se puede establecer que el tiempo tiene importancia vital en el Derecho, ya que las relaciones jurídicas quedan sujetas al transcurso del tiempo en su origen, desenvolvimiento y extinción. En síntesis el transcurso del tiempo produce consecuencias jurídicas que no pueden ser pasadas por alto.

Prescribir es un modo de extinción, más que de la obligación, de la acción que sanciona la obligación y que juega un papel importante en el mantenimiento de la seguridad jurídica, por ello constituye un instituto de orden público, que está normado con precisión en el Art. 1495 del Código Civil, y en ese entendido no es posible modificar el régimen legal de la prescripción, como tampoco es posible prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

La instancia jerárquica, en su momento reconoció que "En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad de comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa

de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo." Pese a esta definición citada por la Unidad de Recursos Jerárquicos, a continuación señala que en el presente caso se trata de una infracción "permanente", sin tomar en cuenta su propia definición.

Así, uno de los elementos esenciales para calificar a una infracción permanente, es que la conducta del infractor debe ser continua en el incumplimiento, es decir seguir incumpliendo en la obligación que tenía el sujeto pasivo, pero de manera activa, de tal forma que en cualquier momento se pueda decir que el sujeto pasivo continua (sic) *incumpliendo porque su obligación continua vigente.*

En el presente caso la supuesta infracción que se refiere a la falta de diligencia y omisión de verificación de revisión, en la que habría incurrido la AFP, solo ocurrió una vez, porque la revisión de un trámite se da en un momento determinado y no es posible materialmente seguir revisando el trámite todos los días, salvo que haya nuevos documentos o elementos que hagan que se deba revisar nuevamente el trámite, pero en ese caso la infracción también cesará el momento que concluya esa segunda revisión.

La Unidad de Recursos Jerárquicos confunde los efectos de la infracción con la continuidad de la conducta. En ese razonamiento errado todas las infracciones que se cometan tendrían que ser continuadas, porque sus efectos se mantendrían vigentes hasta su verificación y sanción, y no habría infracciones instantáneas porque los efectos de cualquier incumplimiento se mantendrían siempre vigentes.

La revisión de los trámites en el SIP (antes SSO) se realiza una sola vez y es ahí donde la administradora de pensiones puede cometer errores o incurrir en infracciones, es decir las infracciones nacen y concluyen ese momento, en una sola acción, aunque sus efectos perduren, ya que los efectos de la sanciones siempre perduraran, pero este efecto de ninguna manera puede constituir un elemento para categorizarlas como infracciones continuadas, porque la continuidad de una infracción no emerge de los efectos de la infracción, sino de la conducta de seguir incumpliendo.

Solo a manera de ejemplo para que la APS tenga una mejor perspectiva al respecto, una sanción continuada debe mantener el elemento volitivo de seguir incumpliendo activamente, por ejemplo la obligación de llevar libros de contabilidad, es una obligación de todos los comerciantes que en caso de no hacerlo cometen infracción, pero la empresa, mientras no tenga esos libros sigue incumpliendo su obligación, es decir su incumplimiento es continuo hasta que tenga sus libros con las formalidades de Ley. En este ejemplo, la prescripción correrá desde el momento que el Comerciante cuente con los Libros, no obstante los efectos de su infracción, es decir la vulneración al ordenamiento jurídico perdurará en el tiempo más allá del plazo de la prescripción.

La propia APS reconoce en su Resolución Sancionatoria que la AFP "...no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación...", es decir precisamente ese criterio de oportunidad también nos muestra que esa infracción no es continua, sino instantánea y por lo tanto sujeta al régimen de la prescripción en materia administrativa.

III. DE LA CORRECTA ACREDITACIÓN DEL DERECHOHABIENTE JHONNY MARISCAL FLORES:

Sin perjuicio de los argumentos anteriores, con relación a la evaluación y acreditación del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013 expresó como fundamento de estricta observancia, que "...la norma es clara al señalar que la acreditación se da entre el Asegurado y el derechohabiente, por lo que en el presente caso al encontrarse los datos del Derechohabiente, como los datos del Asegurado, correctamente registrados en el Certificado de Nacimiento y con la información coincidente con los demás documentos, ***el derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, se encontraba correctamente acreditado****"(las negrillas son nuestras).*

Su Autoridad ha señalado en el acto administrativo ahora recurrido que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013, "...establece que por el certificado de Nacimiento, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó una correcta recepción revisión y envío, por lo cual deslinda de toda responsabilidad a esta: sin embargo es atribuible a la Administradora la responsabilidad de que al momento de recibir la Estructura de Pagos de la Aseguradora, debió haber observado que este Derechohabiente no estaba considerado en el Grupo Familiar". Dicha aseveración vulnera el principio de congruencia y carece de la debida fundamentación, persiguiendo justificar una sanción y obligación que lesiona nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos.

La APS no toma en cuenta lo determinado por la Resolución Jerárquica que precisamente reconoce que nuestra AFP realizó una correcta recepción, revisión y envío, entonces no es posible que nuevamente se pretenda sancionar por una conducta que demuestra que no tenemos ninguna culpabilidad.

IV. DEL SUPUESTO DAÑO OCASIONADO AL GRUPO FAMILIAR:

Su Autoridad pretende sustentar el hecho de que nuestra Administradora hubiese causado daño al grupo familiar, con el simple argumento de que no se observó la estructura de pagos remitida por la Aseguradora; lo que habría ocasionado una afectación del 20% de la pensión en los periodos de diciembre 2008, enero 2009; y de abril a octubre de 2011 "...ya que la composición del Grupo Familiar para esos periodos incluye a la cónyuge (Sabina Flores Condori) y a un solo hijo(Alexander Mariscal Flores), de cuyo hecho se concluye que aunque el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores estaba correctamente acreditado, de acuerdo al ***criterio de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013****, éste Derechohabiente no figura en la Estructura de Pagos remitida por la Entidad Aseguradora a la Administradora, por lo que no percibió el pago en la proporción que le correspondía, afectando el monto de la pensión en un veinte por ciento (20%.*(sic)*". Dicho razonamiento carente de fundamento y motivación, pasa por alto el análisis de la controversia y fundamento establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013 que en lo referente al daño ocasionado al grupo familiar ha señalado que:*

"Si bien es evidente que el derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no percibió la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía conforme a normativa vigente,..., este hecho no hubiese afectado el pago de la Pensión por Muerte del grupo familiar, ya que al encontrase(sic) *correctamente acreditado el derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, hubiese percibido el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte, y no así el ochenta por ciento (80%) durante los periodos de diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre de 2011 y por lo tanto, las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011. Lo señalado precedentemente no habría sido considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a momento de determinar la proporcionalidad de la sanción, ya que en el presente caso se le atribuye el daño a la Administradora de Fondos de Pensiones para los dos derechohabientes, sin embargo, del análisis ut supra se puede evidenciar que* ***en el caso del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, el mismo se encontraba debidamente acreditado, correspondiendo percibir la Pensión por Muerte que por derecho le corresponde, lo cual no le es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones"***

Lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, hace caer por si solos los argumentos e intentos de su Autoridad para atribuirnos un daño que no fue ocasionado por nuestra administradora, más aun (sic) *si se considera a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, el hecho de que la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2011 de 30 de octubre de 2001, establece obligaciones no solo a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también a las Entidades Aseguradoras, tal así que en su artículo SEXTO se señala expresamente:*

"Las Entidades Aseguradoras, de acuerdo a la Póliza suscrita con la AFP, están obligadas a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias *en lo referente a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional, debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:*

- Absolver todas las consultas de las AFP según los beneficios de los afiliados.
- Respetar el cálculo de Salario Base efectuado por la AFP, no pudiendo modificarlo.
- ***Realizar el cálculo de la Pensión Base.***
- Realizar el pago de aportes a los Entes Gestores de Salud.
- Realizar el descuento del 10% correspondiente a Cotización Mensual con destino a la Cuenta Individual.
- ***Hacer efectivo el pago de las pensiones a los beneficiarios.***
- Remitir información a la AFP sobre el pago de la primera pensión." (las negrillas son nuestras).

Ene se (sic) *contexto normativo; y por los fundamentos esgrimidos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, cabe señalar que el daño al grupo familiar emerge de la falta de efectivización del pago por parte de la Entidad Aseguradora, y no por parte de nuestra AFP.*

V. PETITORIO:

Con base a los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso que han demostrado la prescripción de las infracciones; y sin perjuicio de ello, una correcta recepción y valoración de los documentos de acreditación del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores; y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra Constitución Política del Estado, Articulo (sic) *43° y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, disponga la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 891 de 02 de octubre de 2013, ajustando así el presente procedimiento a derecho…"*

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió "*Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 891-2013 de 02 de octubre de 2013*", con base en los argumentos siguientes:

"*…Que respecto a los argumentos de la Administradora, debemos mencionar que la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013, en el punto 2.2. De la Prescripción, hace referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, la cual expresa lo siguiente:*

"*…Respecto a las* ***infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes****, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente. El plazo para que se opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al Artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al Artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento…"*

Que por tanto, conforme lo establecido en dicha norma legal, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, señala en la Resolución Ministerial(sic) *MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, lo siguiente:*

"(…)
De las precisiones hechas y de la revisión del expediente administrativo, nos encontramos ante una infracción permanente, es decir, que prorrogó sus efectos en el tiempo, en consecuencia, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria

se interrumpió con la comunicación de los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es decir, cuando se procedió a la identificación del hecho antijurídico generado, tomando, entonces, como interrupción de la prescripción el 5 de agosto de 2011, fecha en la que mediante nota APS/DF/2364/2011 se hizo conocer a Futuro de Bolivia S.A. – AFP los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, y hasta la nota de cargos cite: APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, notificada en fecha 15 de noviembre de 2012, no se cumplieron los dos años exigidos por la norma, más aún cuando la falta de diligencia y omisión de verificación y revisión de pagos efectuados a los Derechohabientes del señor Feliciano Mariscal Mamani, se mantuvieron en el tiempo, desde el 5 de noviembre de 2002 (fecha de solicitud de Pensión por Muerte) hasta el 5 de agosto de 2011.

En consecuencia, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ha actuado de acuerdo a ley y ha hecho una correcta apreciación, sobre la institución de la prescripción pretendida por Futuro de Bolivia S.A. AFP*" (las negrillas y el subrayado son nuestros)* (…)

…Que respecto a la congruencia y/o relación de la responsabilidad de la Administradora para con los Derechohabientes, en la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013, en el punto 2.3. ***De la responsabilidad de Futuro de Bolivia S.A. AFP****, señala lo siguiente:*

"(…)
Adicionalmente a momento de remitir la documentación a la Entidad Aseguradora para que efectivice el pago de la Pensión por Muerte a favor de los Derechohabientes, ***Futuro de Bolivia S.A. AFP tenía una nueva posibilidad de realizar una adecuada revisión y poner de manifiesto tal inconsistencia en la documentación****, a fin de comunicar la misma a los Derechohabientes y realizar las aclaraciones y regularizaciones de manera oportuna,* ***y no esperar, como en este caso, que sea a través de una fiscalización, realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, que vayan a detectarse omisiones en la revisión y evaluación de los documentos presentados, que perjudicaron a los Derechohabientes, ya que de no haberse encontrado tal inconsistencia en los Certificados de Nacimiento, persistiría el perjuicio económico en contra de los Derechohabientes****." (el subrayado y las negrillas son nuestras).*

Que como se puede evidenciar, la afirmación de la Administradora no corresponde, pues conforme los lineamientos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, de 11 de septiembre de 2013, "Futuro de Bolivia S.A. AFP tenía una nueva posibilidad de realizar una adecuada revisión y poner de manifiesto tal inconsistencia en la documentación" (el subrayado es nuestro), al momento de enviar los documentos a la Entidad Aseguradora (EA), con el objetivo de regularizar las mismas, y no como en este caso, que fruto de la fiscalización efectuada por esta Autoridad, fue regularizada la situación de los dos (2) Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, para el

pago de la Pensión por Muerte a ***partir de noviembre de 2011****, toda vez que como lo señala la misma Resolución Ministerial:*

> *"…perjudicaron a los Derechohabientes, ya que de no haberse encontrado tal inconsistencia en los Certificados de Nacimiento,* ***persistiría el perjuicio económico en contra de los Derechohabientes****" (las negrillas son nuestras).*

Que asimismo, respecto a lo señalado por esta Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 891 – 2013 de 02 de octubre de 2013, y que se refiere a lo siguiente: "…es atribuible a la Administradora la responsabilidad de que al momento de recibir la Estructura de Pagos de la Aseguradora, debió haber observado que este Derechohabiente no estaba considerado en el Grupo Familiar", tal y como lo señala la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013:

> *"…Futuro de Bolivia S.A. – AFP, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Pensiones, N° 1732, debió, en representación de los Derechohabientes, verificar desde el inicio de la solicitud de Pensión por Muerte, que toda la documentación se encuentre completa, sea la necesaria, y que sea concordante entre sí, así como verificar que el monto de los pagos derivados de la Pensión por Muerte estén en proporción con el número de Derechohabientes habilitados, en cumplimiento de disposiciones legales vigentes" (el subrayado es nuestro).*

Que por tanto, la Administradora no ha dado cumplimiento con sus actividades, es decir, ***con el cuidado exigible a un buen padre de familia****, debido a que en su momento debió detectar que no se estaba efectuando el pago a los dos (2) Derechohabientes a través de las Estructuras de Pago, que la Entidad Aseguradora le remite a la Administradora* (…)

…Que considerando la Estructura de Pagos remitida por la Administradora a esta Autoridad, mediante nota FUT.APS.BEN.2867/2012 del 31 de diciembre de 2012, ***se evidencia que en los periodos de diciembre 2008, enero 2009*** *y* ***abril a octubre*** *de* ***2011****, la composición del Grupo Familiar incluye solamente a la cónyuge Sabina Flores Condori y a un sólo hijo Alexander Mariscal Flores; de cuyo hecho se desprende que aunque el* ***Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores*** *estaba correctamente acreditado* ***de acuerdo al criterio de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013****, éste Derechohabiente no figura en la "Estructura de Pagos" remitida por la Entidad Aseguradora a la Administradora, teniendo como consecuencia que no percibió el pago en la proporción que le correspondía, afectando el monto de la Pensión en un veinte por ciento (20%), incidiendo por lo tanto en el pago de las duodécimas de aguinaldo respectivas de las gestiones 2008, 2009 y 2011.*

Que asimismo y de acuerdo a los lineamientos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013 y de acuerdo al análisis de esta Autoridad, es evidente el daño económico que sufrió el Grupo Familiar, ya que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores no percibió la Pensión por Muerte a partir de la solicitud de la misma,

*toda vez que recién a **partir de noviembre de 2011**, **producto de las gestiones de esta Autoridad**, éste Derechohabiente percibió la Pensión conforme a normativa vigente.*

*Que de la misma manera, para el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, teniendo en cuenta lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013: "…se encontraba debidamente acreditado, **correspondiendo percibir la Pensión por Muerte que por derecho le corresponde…"**, se debe aclarar que de la misma forma este Derechohabiente recién percibió la Pensión en el porcentaje que le correspondía a **partir de noviembre de 2011**, **producto de las gestiones de esta Autoridad,** y no desde la solicitud de la Pensión por Muerte.*

*Que en este sentido, de haber estado correctamente acreditados Ariel Mariscal Flores y/o Jhonny Mariscal Flores el monto no habría sufrido alteración alguna y por tanto, el porcentaje de asignación y pago de Pensión hubiese sido del cien por ciento (100%), al Grupo Familiar, teniendo en cuenta que Ariel Mariscal Flores en los periodos observados (**diciembre 2008**, **enero 2009** y **abril** a **octubre** de **2011**), tendría 16, 17 y 19 años, respectivamente, conforme el detalle al cual nos referiremos a continuación del presente párrafo; sin embargo, para los periodos **diciembre 2008, enero 2009** y **abril** a **octubre de 2011** existió daño económico a la familia del Asegurado Sr. Feliciano Mariscal Mamani con **NUA 30586598**, ya que la Pensión fue afectada en un 20%, porque la composición del Grupo Familiar incluía a la cónyuge y a un solo hijo, situación que es de conocimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, ya que la propia Administradora ha remitido a esta Autoridad la Estructura de Pagos, donde se advierte tal hecho.*

Año	**Periodo observado**	**Ariel Mariscal Flores**	**Jhonny Mariscal Flores**
		Edad (en años)	
2002	-	10	7
2003	-	11	8
2004	-	12	9
2005	-	13	10
2006	-	14	11
2007	-	15	12
2008	diciembre	16	13
2009	enero	17	14
2010	-	18	15
2011	abril - octubre	19	16

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, concluye su Recurso de Revocatoria, expresando lo siguiente:

> *"…más aún si se considera a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, el hecho de que la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2011 de 30 de octubre de 2001, establece obligaciones no solo a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también a las Entidades Aseguradoras, tal así que en su artículo SEXTO se señala expresamente:*

"***Las Entidades Aseguradoras, de acuerdo a la Póliza suscrita con la AFP, están obligadas a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y su normas reglamentarias*** *en lo referente a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional* (sic)*, debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:*

- *Absolver todas las consultas de las AFP según los beneficios de los afiliados.*
- *Respetar el cálculo de Salario Base efectuado por la AFP, no pudiendo modificarlo.*
- ***Realizar el cálculo de la Pensión Base.***
- *Realizar el pago de aportes a los Entes Gestores de Salud.*
- *Realizar el descuento del 10% correspondiente a Cotización Mensual con destino a la Cuenta Individual.*
- ***Hacer efectivo el pago de las pensiones a los beneficiarios***.
- *Remitir información a la AFP sobre el pago de la primera pensión."*

Que al respecto La Vitalicia de Seguros y Reaseguros S.A. mediante nota GSP-1066/2011 recibida el 16 de agosto de 2011, señala lo siguiente:

"Con relación al trámite de pensión por Muerte del causante Sr. Feliciano Mariscal con NUA 30586598, nuestra compañía ha recibido en fecha 16/12/2002, el expediente para efectuar el Primer Pago de Pensión.

Que asimismo, mediante nota GSP-0337/2012 de 19 de marzo de 2012, la Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A.(sic)

"En los documentos que nos remitieron existen inconsistencias en los Certificados de nacimiento (sic)*. Para el caso del derechohabiente Ariel Mariscal Mamani (sic), la inconsistencia está en el número de Cédula de Identidad del padre, que consigna el número 776896, cuando la Cédula de Identidad del Sr. Feliciano Mariscal Mamani es 2653170 LP. Para el caso del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, la inconsistencia está en el número de Cédula de Identidad de la madre, que consigna el número 776896, cuando la Cédula de Identidad de la Sra. Sabina Flores Condori es 5243417 CB.*

Como se puede apreciar, de los documentos no se puede establecer que Ariel Mariscal Mamani (sic) y Jhonny Mariscal Flores sean hijos del Sr. Feliciano Mariscal Mamani y la Sra. Sabina Flores Condori, dado que los documentos de identidad no son consistentes.

(…), la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de fecha 30/10/2001, indica que AFP Futuro de Bolivia S.A., es la responsable de la correcta recepción de la documentación para la respectiva acreditación.

Nuestra Compañía procedió al pago con los derechohabientes debidamente acreditados, reportando a la AFP mediante la Estructura 11 de manera mensual el pago de este caso, con los derechohabientes que fueron objeto de pago, sin que

exista observación por parte de dicha AFP al pago realizado (adjuntamos boletas de Primer Pago con los derechohabientes acreditados)".

Que con nota GSP-0337/2012 de 19 de marzo de 2012, La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., señala lo siguiente:

> *"(…)*
> *Adjunto encontrara* (sic) *el detalle de los pagos efectuados a los Derechohabientes acreditados para los periodos de diciembre de 2011, enero y febrero de 2012, conforme su solicitud, así como las boletas de pago correspondientes…".*

Que respecto al argumento de la Administradora referente a que el daño al grupo familiar emerge de la falta de efectivización del pago por parte de la Entidad Aseguradora y no por su parte, es pertinente mencionar que mediante nota FUT APS BEN 0559/2012 de 19 de marzo de 2012, Futuro de Bolivia AFP S.A., señala lo siguiente:

> *"(…)*
> *Asimismo, adjunto enviamos el detalle de los pagos realizados por la Vitalicia al grupo familiar por los periodos de diciembre 2011 enviado en estructura 19, y enero y febrero de 2012 confirmado por correo electrónico.*

Que como se puede evidenciar de los argumentos de la Aseguradora, dicha Entidad afirma haber efectuado los pagos a los Derechohabientes por los periodos de diciembre 2011, enero y febrero de 2012, habiendo remitido asimismo las boletas de pago correspondientes.

Que por otro lado, la Administradora al remitir a la Entidad Reguladora el detalle de los pagos realizados por la Vitalicia de Seguros y Reaseguros S.A., confirma los pagos realizados en los periodos señalados por la Aseguradora, señalando asimismo, haber sido confirmados mediante correo electrónico.

Que el inciso b) del artículo 168 de la Ley N° 068 de 10 de diciembre de 2010, establece como una de las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, la siguiente:

> *"b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes".*

Que conforme la norma referida anteriormente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con las funciones establecidas mediante norma, supervisando, regulando y controlando a las Administradoras de Fondos de Pensiones, así como a las Entidades Aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones, así fue como a través de la fiscalización realizada por la Entidad Reguladora, se evidenció que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes del Sr. Feliciano Mariscal Mamani con ***NUA 30586598****.*

Que por tanto, los argumentos presentados por la Administradora no son suficientes, para desestimar el Cargo imputado, correspondiendo ratificar la sanción imputada.

CONSIDERANDO:

Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente al no realizar una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, consistente en su Certificado de Nacimiento, lo que generó que éste no reciba la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía, afectando de esta manera la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia AFP S.A., tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no reciba la Pensión por Muerte, en el porcentaje que le correspondía, afectando de esta forma la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.

Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado el daño ocasionado al Derechohabiente así como al Grupo Familiar de los mismos, determinó que la Administradora proceda a reponer con recursos propios el diferencial del 20% de los pagos por los periodos diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses de acuerdo con el artículo 301 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que por tanto, en mérito al análisis de los argumentos, antecedentes y normativa referida anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado descargos y argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución

Administrativa APS/DJ/DFP/N° 891 – 2013 de 02 de octubre de 2013. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuenta con el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado fecha 8 de enero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, argumentado lo siguiente:

"…***II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO JERÁRQUICO***

En atención a dichos antecedentes, pasamos a presentar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan nuestro recurso, para lo cual debemos hacer referencia nuevamente al instituto de la prescripción, toda vez que en nuestro criterio este argumento no ha sido enfocado correctamente y, por ende, no se analizó como corresponde.

1. PRESCRIPCIÓN

En principio es menester señalar que en el presente caso la supuesta conducta que según la APS determina la infracción a las referidas disposiciones legales ***HA PRESCRITO,*** *de conformidad al Artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; dicho artículo establece textualmente "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...."; es necesario definir el instituto de la prescripción en el ámbito administrativo, citando a Rafael Caballero Sánchez; Prescripción y Caducidad en el ordenamiento administrativo, Mc Graw Hill. Madrid 1999, pg. 412, señala: "...llama la atención de que en el campo administrativo sancionador la prescripción tiene un fundamento dual, dependiendo esta, por un lado, de la perspectiva del administrado y, por la otra, de la perspectiva de la administración Pública. Así, desde la perspectiva del Administrado, la prescripción viene a constituir una garantía que se traduce o expresa en el deber de contigüidad temporal que debe mediar entre acción infractora y reacción sancionadora, y que tiene su base en el principio de seguridad jurídica, en virtud del cual el administrado debe conocer con certeza hasta cuando es perseguible la conducta ilícita por él cometida. En cambio, desde la perspectiva de la Administración Pública, la prescripción sancionadora es una exigencia del principio de eficacia administrativa que requiere garantizar que los intereses generales cuya tutela tiene a su cargo la Administración se satisfagan mediante una rápida reacción represora de la conducta infractora de la normativa*

legal que precisamente protege los intereses de la colectividad". Es claro entonces, que nuestra administradora como ente regulado y persona jurídica, debe saber con certeza que las garantías, principios, derechos, etc., como la Seguridad Jurídica, se encuentran plenamente garantizadas en la actuación de la Administración Pública y por ende conocer con meridiana claridad y precisión de antemano, como señala Tomas Cano Campos que "los ciudadanos no solo deben saber por qué se les sanciona sino también hasta cuando se les puede sancionar"

Toca ahora establecer las características de los plazos que se consideran para efectos de determinar la prescripción de una determinada acción que puede ser señalada como infracción, en este sentido, es importante citar a Ángeles de Palma del teso en la Revista Española de Derecho Administrativo N° 112, 2001, Civitas, Madrid, pg 269 y subsiguientes, que "En las infracciones de carácter instantáneo la conducta infractora se considera consumada en un solo acto, momento desde el cual se inicia el computo de plazo de prescripción… …en este tipo de infracciones la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado se produce mediante una acción momentánea que determina la consumación del ilícito".

En el plano doctrinal aun dentro de la propia categoría de ***infracciones de carácter instantáneo*** *se postula diferenciar dos clases de la misma: a) las que no producen la creación de una situación antijurídica duradera; b) las infracciones instantáneas pero que producen efectos antijurídicos que permanecen en el tiempo, también denominadas "infracciones de estado", tipo de infracción instantánea pero que producen situaciones antijurídicas que se prolongan en el tiempo, lo determinante para el inicio del cómputo del plazo de prescripción es también el momento en que se realiza o consuma la conducta infractora, con independencia del estado antijurídico que crea.*

Otra categoría doctrinal es el de las denominadas "infracciones permanentes" que son aquellas que se caracterizan por que la conducta infractora se mantiene o prolonga en el tiempo por voluntad de su autor, -concordante con lo determinado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012 de 13 de agosto de 2012 que ilustra indicando que "Cuando el delito de corrupción o vinculado a ella ***es permanente- aspecto determinado por la afectación al bien jurídico que depende en el tiempo de la voluntad del imputado-*** *es aplicable la norma penal vigente a la comisión del hecho.* ***Ello impele por tanto a que todo juez o tribunal diferencie en cada caso los delitos permanentes de los delitos con efecto permanente.*** *Excepción que la estableció la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación -ahora Tribunal Supremo de Justicia- y en el derecho comparado, el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente 2798-04-HC/TC"-.*

Se diferencia de las denominadas infracciones instantáneas con efectos permanentes o también denominadas "infracciones de estado", en que en estas lo único que persiste en el tiempo son las consecuencias antijurídicas de un actividad momentánea, es decir que se consume con carácter inmediato o instantáneo, mientras que en las denominadas por la doctrina "infracciones permanentes" lo que se mantiene en el tiempo es la propia conducta infractora, por dicha razón la

doctrina tiende a sostener que tratándose de dicho tipo de "infracciones permanentes" la prescripción comienza recién a computarse cuando finalmente el autor cesa la conducta infractora que ha mantenido.

Está totalmente claro que la conducta infractora no constituye una infracción permanente, como erróneamente se señaló en el presente procedimiento administrativo, sino se trata de una infracción instantánea denominada en la referida doctrina como "infracción de estado" con efectos permanentes que corresponde a una clase de las infracciones instantáneas, pero en cuyo caso la prescripción empieza a correr desde que se realizó la infracción y no desde el momento en que cesan sus efectos, porque sus efectos podrían no cesar o concluir nunca.

La instancia jerárquica, en su momento, reconoció que "En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad de comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo."

En el presente caso es necesario realizar el análisis de los alcances de ese concepto vertido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas:

a) "la vulneración administrativa se prolonga a través del tiempo" En el presente caso la supuesta vulneración se ha tipificado en NO HABER REALIZADO LA REVISIÓN DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO, así esta conducta no puede ser considerada como una conducta que se prolonga en el tiempo, ya que la REVISIÓN CORRECTA O INCORRECTA es un acto que se realiza en un momento determinado dentro del trámite correspondiente para la acreditación de un derechohabiente. Según la APS la AFP no hizo la revisión correcta del Certificado de Nacimiento de Ariel Mariscal Flores. Queda claro que es una conducta que la AFP supuestamente debió efectuar en ese momento, por lo que no existe "...prolongación a través del tiempo" como se consideró equivocadamente. En todo caso si se entiende que se prolonga, cabría (sic) *preguntarse hasta donde se prolonga? ...Hasta que la AFP revise nuevamente?, ya que en los hechos no existe una reiterada "revisión de la documentación", al contrario es una acción realizada en el tiempo por una sola vez y, debe entenderse que ya dicha instancia fue realizada y aún más el trámite concluyó, el procedimiento se cerró y, por tanto, el caso no puede abrirse nuevamente. Consideramos que se está confundiendo los efectos de la supuesta infracción, con el iter* (sic) *o vida de la infracción misma, explicado ut supra.*

b) Esa conducta se prolonga "...como consecuencia de la continuidad de comportamiento o conducta...". En el presente caso no hay continuidad de comportamiento, porque tendríamos que estar revisando permanentemente ese certificado, es decir que la revisión del Certificado deba hacer diariamente, aspecto que no corresponde.

c) Que la conducta "....se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento...". Ya hemos indicado que en este caso la conducta se

agotó dentro del periodo o etapa del procedimiento en el que supuestamente debimos revisar dicho Certificado, en el entendido no aceptado ni consentido que esa obligación nos correspondía. Nuevamente es menester subrayar que una cosa son los efectos y otra diferente es la infracción misma.

d) *Que la conducta se mantenga "...a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo." Nuevamente queda claro que no puede existir continuidad del comportamiento, puesto que la revisión se hace una sola vez y en ningún caso podríamos seguir incumpliendo esa supuesta obligación que ahora se nos pretende imputar.*

Como se puede apreciar de la misma ratio que expresó en su momento la Unidad de Recursos Jerárquicos, uno de los elementos esenciales para calificar a una infracción permanente, es que la conducta del infractor debe ser continua en el incumplimiento, es decir seguir incumpliendo en la obligación que tenía el administrado, pero de manera activa, de tal forma que en cualquier momento se pueda decir que el sujeto pasivo continua (sic) *incumpliendo porque su obligación continua* (sic) *vigente y, además vinculada a la voluntad del infractor.*

En el presente caso la supuesta infracción que se refiere a la falta de diligencia y omisión de verificación de revisión, en la que habría incurrido la AFP, solo ocurrió una vez, porque la revisión de un trámite se da en un momento determinado y no es posible materialmente seguir revisando el trámite todos los días, salvo que existan nuevos documentos o elementos que hagan que se deba revisar nuevamente el trámite pero distintos de los ya revisados, pero en ese caso la infracción también cesará el momento que concluya esa segunda revisión.

En nuestro criterio se ha confundido los efectos de la infracción que nació de una acción momentánea y que causo (sic) *efectos de estado, que es contrario con la continuidad de la conducta. En ese razonamiento equivocado, desde nuestro punto de vista, se corre el riesgo de considerar que todas las infracciones que se cometan tendrían que ser permanentes o continuadas, porque sus efectos se mantendrían vigentes hasta su verificación y sanción, nunca prescribirían y no habría infracciones instantáneas porque los efectos de cualquier incumplimiento se mantienen, vulnerando de manera inconveniente la Seguridad Jurídica en todos los ámbitos de naturaleza jurídica que representa.*

La revisión de la documentación u otros similares de orden operativo dentro de los trámites en el SIP (antes SSO) se realizan una sola vez, momento en (sic) *cual la administradora de* (sic) *pensiones puede cometer errores o incurrir en infracciones, es decirlas* (sic) *infracciones nacen y concluyen ese momento, en una sola acción, aunque sus efectos perduren, pero este efecto de ninguna manera puede constituir un elemento para categorizarlas como infracciones continuadas o permanentes, porque la continuidad de una infracción no emerge de los efectos de la infracción, sino de la conducta del sujeto que sigue incumpliendo o que puede cesar, encontrándose sujeta a la voluntad del mismo.*

Solo a manera de ejemplo para permitirnos exponer de mejor manera este argumento: en una sanción continuada debe mantener el elemento volitivo de seguir incumpliendo

activamente, por ejemplo la obligación de llevar libros de contabilidad, es una obligación de todos los comerciantes que en caso de no hacerlo cometen infracción, pero la empresa, mientras no tenga esos libros sigue incumpliendo su obligación, es decir su incumplimiento es continuo hasta que tenga sus libros con las formalidades de Ley. En este ejemplo, la prescripción correrá desde el momento que el Comerciante cuente con los Libros, no obstante los efectos de su infracción, es decir la vulneración al ordenamiento jurídico perdurará en el tiempo más allá del plazo de la prescripción.

La propia APS reconoce en su Resolución Sancionatoria que la AFP "...no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación...", es decir precisamente ese criterio de oportunidad también nos muestra que esa infracción no es continua o permanente.

Para ilustrar aún más nuestra posición, nos permitimos acudir a jurisprudencia emitida por el más alto Tribunal contralor de la Constitución, que en su Sentencia Constitucional No. 74/02-R de 18 de enero de 2002 con relación a delitos instantáneos y permanentes, con el ya aceptado marco teórico que el Derecho Administrativo Sancionador, conlleva el carácter punitivo similar al proceso penal, por lo que los institutos de este último se aplican a aquel de manera matizada, como lo ha expresado correctamente varias veces la Unidad de Recursos Jerárquicos:

> *"El art. 30 del Código de Procedimiento Penal vigente, establece lo siguiente: "Artículo 30.- (Inicio del término de la prescripción). El término de la prescripción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación". Del contenido de la norma procesal trascrita se extrae que la prescripción comienza a correr, según nuestro ordenamiento procesal penal, desde la medianoche del día en que se cometió el delito para las infracciones penales instantáneas; y que, en los delitos permanentes, la prescripción comienza a correr desde el momento en que cesa su consumación. En este orden, corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico atacado, se clasifican en tipos instantáneos y tipos permanentes. En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio,* ***en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva.***
>
> *El Art. 360 del Código Penal establece que: "el que aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, diere en cualquier forma, para sí o para otros, valores o especies a cambio de intereses superiores a los fijados por Ley u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con la prestación, será sancionado con reclusión de tres meses a dos años y multa de treinta a cien días". De lo anterior, se colige que la usura es un delito permanente;* ***debido a que en la ejecución de la acción delictiva, el o los autores, están con el poder de continuar o cesar la acción antijurídica (cobrar intereses superiores a los fijados por ley, cada vez que el deudor pague una cuota) y que mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa."*** *(El resaltado es nuestro)*

Es decir queda claro que la USURA, en el caso referido, no se mantiene en el tiempo por el hecho de que el usurero no devuelva los intereses superiores (efecto) al deudor-victima (sic)*, sino porque el sujeto activo los sigue cobrando cada vez que se vencen las siguientes cuotas y el delito cesará en su consumación cuando el deudor-victima* (sic) *pague la totalidad del crédito. Así queda claro que la prescripción de este delito empezará a correr desde el momento en que el deudor-victima* (sic) *pague la totalidad del crédito y no así desde que el Acreedor le devuelva los montos. El criterio de la APS nos hace suponer que la usura no prescribe mientras el Acreedor mantenga en su poder los intereses cobrados en exceso en forma ilegal.*

Volviendo a nuestro caso, la supuesta infracción que habría cometido nuestra AFP (revisión de un Certificado de Nacimiento en forma incorrecta) no es una infracción permanente, sino instantánea, se consumó en el momento en que se aceptó el Certificado.

Por todo lo expuesto solicitamos que la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, de conformidad al Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, declare la prescripción de la supuesta infracción, porque la misma (relativa a la revisión de la documentación) ocurrió en la gestión 2002 y la fiscalización que encontró esa supuesta falta de cuidado exigible a un buen padre de familia se realizó el 5 de agosto de 2011, es decir más de nueve años después, lo que excede superabundantemente los dos años dispuestos para la prescripción en materia de infracciones administrativas.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, hacemos notar que la APS, en cuanto al tema de la Prescripción, se limita a citar lo señalado en la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013, cuando esta ultima (sic) *ANULA el procedimiento incluyendo la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013, por tanto, omite el cumplimiento del artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo que determina de manera expresa* ***"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan Recurso*** (sic) ***Administrativos..."*** *(las neguillas son nuestras), limitándose a realizar una cita textual del criterio emitido por la Resolución Ministerial Jerárquica, sin considerar que se trata de un nuevo proceso administrativo que se sigue y por ello inclusive genera la inexistencia de elementos esenciales de un acto administrativo, establecidos en el artículo 28 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.*

2. <u>DE LA CORRECTA ACREDITACIÓN DEL DERECHOHABIENTE JHONNY MARISCAL FLORES:</u>

Sin perjuicio de los argumentos anteriores, con relación a la evaluación y acreditación del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013 expresó como fundamento de estricta observancia, que "...la norma es clara al señalar que la acreditación se da entre el Asegurado y el derechohabiente, por lo que en el presente caso al encontrarse los datos del Derechohabiente, como los datos del Asegurado, correctamente registrados en el Certificado de Nacimiento y con la información coincidente con los demás documentos, ***el derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, se encontraba correctamente acreditado"*** *(las negrillas son nuestras).*

La APS ha señalado en el acto administrativo ahora recurrido que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013, "...establece que por el certificado de Nacimiento, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó una correcta recepción revisión y envío, por lo cual deslinda de toda responsabilidad a esta; sin embargo es atribuible a la Administradora la responsabilidad de que al momento de recibir la Estructura de Pagos de la Aseguradora, debió haber observado que este Derechohabiente no estaba considerado en el Grupo Familiar". Dicha aseveración vulnera el principio de congruencia y carece de la debida fundamentación, persiguiendo justificar una sanción y obligación que lesiona nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, puesto que la APS no toma en cuenta lo determinado por la Resolución Jerárquica que precisamente reconoce que nuestra AFP realizó una correcta recepción, revisión y envío, entonces no es posible que nuevamente se pretenda sancionar por una conducta que demuestra que no tenemos ninguna culpabilidad.

3. <u>DEL SUPUESTO DAÑO OCASIONADO AL GRUPO FAMILIAR:</u>

La APS pretende sustentar el hecho de que nuestra Administradora hubiese causado daño al grupo familiar, con el simple argumento de que no se observó la estructura de pagos remitida por la Aseguradora, lo que habría ocasionado una afectación del 20% de la pensión en los periodos de diciembre 2008, enero 2009; y de abril a octubre de 2011 "...ya que la composición del Grupo Familiar para esos periodos incluye a la cónyuge (Sabina Flores Condori) y a un solo hijo(Alexander Mariscal Flores), de cuyo hecho se concluye que aunque el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores estaba correctamente acreditado, ***de acuerdo al criterio de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013,*** *éste Derechohabiente no figura en la Estructura de Pagos remitida por la Entidad Aseguradora a la Administradora, por lo que no percibió el pago en la proporción que le correspondía, afectando el monto de la pensión en un veinte por ciento (20%.)". Dicho razonamiento demuestra una total carencia de fundamento y motivación, pasa por alto el análisis de la controversia y la ratio decidendi establecida por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013 que en lo referente al daño ocasionado al grupo familiar ha señalado claramente que: "Si bien es evidente que el derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no percibió la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía conforme a normativa vigente,..., este hecho no hubiese afectado el pago de la Pensión por Muerte del grupo familiar, ya que al encontrase correctamente acreditado el derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, hubiese percibido el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte, y no así el ochenta por ciento (80%) durante los periodos de diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre de 2011 y por lo tanto, las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011. Lo señalado precedentemente no habría sido considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, al momento de determinar la proporcionalidad de la sanción, ya que en el presente caso se le atribuye el daño a la Administradora de Fondos de Pensiones para los dos derechohabientes, sin embargo, del análisis ut supra se puede evidenciar que* ***en el caso del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, el mismo se encontraba debidamente acreditado, correspondiendo percibir la Pensión por Muerte que por***

derecho le corresponde, lo cual no le es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones" *(las negrillas son nuestras).*

Lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013, hace caer por si solos los argumentos e intentos de su Autoridad para atribuirnos un daño que no fue ocasionado por nuestra administradora, más aun (sic) *si se considera a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, el hecho de que la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 566/2011 de 30 de octubre de 2001, establece obligaciones no solo* (sic) *a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también a las Entidades Aseguradoras, tal así que en su artículo SEXTO se señala expresamente:*

"Las Entidades Aseguradoras, de acuerdo a la Póliza suscrita con la AFP, están obligadas a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias *en lo referente a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional* (sic)*, debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:*

- *Absolver todas las consultas de las AFP según los beneficios de los afiliados.*
- *Respetar el cálculo de Salario Base efectuado por la AFP, no pudiendo modificarlo.*
- ***Realizar el cálculo de la Pensión Base.***
- *Realizar el pago de aportes a los Entes Gestores de Salud.*
- *Realizar el descuento del 10% correspondiente a Cotización Mensual con destino a la Cuenta Individual.*
- ***Hacer efectivo el pago de las pensiones a los beneficiarios.***
- *Remitir información a la AFP sobre el pago de la primera pensión." (las negrillas son nuestras).*

En este contexto normativo y por los fundamentos esgrimidos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, cabe señalar que el daño al grupo familiar emerge de la falta de efectivización del pago por parte de la Entidad Aseguradora, y no por parte de nuestra AFP.

Asimismo y a efectos de que esa Unidad de Recursos Jerárquicos pueda formar convicción en el caso de Autos, hacemos notar que con el Recurso de Revocatoria se remitió copia de la Nota RSP-0075/2003 de fecha 22 de enero de 2003, por la cual la Entidad Aseguradora La Vitalicia, Seguros y Reaseguros de Vida S.A., seguramente con la finalidad de cumplir sus obligaciones, observa y solicita únicamente el envió del Cálculo del Salario Base para que puedan sic. "...continuar con la evaluación y pago de la solicitud de pensión por muerte...". De lo cual se desprende que la Entidad Aseguradora, en su momento, no observó ninguno de los documentos de acreditación remitidos por nuestra administradora.

III. PETITORIO:

Por los respectivos argumentos expuestos, se puede evidenciar que en el presente caso operó claramente la prescripción que desde ya hace innecesario proseguir con el análisis de los aspectos de la sanción que nos imponen, no obstante y sin perjuicio de la

prescripción anotada, y con base a los fundamentos jurídicos expuestos en el presente recurso que han demostrado una correcta valoración de los documentos de acreditación del derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra Constitución Política del Estado, Articulo (sic) *53º y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su Autoridad como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, disponga la remisión del presente Recurso Jerárquico para que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas luego de admitir el presente recurso jerárquicos y corrido el procedimiento respectivo, disponga la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/No. 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, que ante nuestro Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 891-2013 de fecha 02 de octubre de 2013, ajustando así el presente procedimiento a derecho…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Emergente de la fiscalización realizada en agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros estableció que, en el trámite de Solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani (presentada en fecha 5 de noviembre de 2002 por la cónyuge supérstite Sabina Flores Condori, por sí y en representación de sus ocho -8- hijos), **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** no había realizado una evaluación adecuada y oportuna de los certificados de nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, generando que éstos no perciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía desde la fecha de solicitud de la pensión.

Por su efecto, mediante nota APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, el Ente Regulador notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** por incumplimiento a lo establecido en el artículo 142° del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 566/2001 de 30 de octubre de 2001.

Sustanciado tal cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE**

BOLIVIA S.A. - **AFP)**, con $us5.001,00 (Cinco Mil Un 00/100 Dólares Estadounidenses), Resolución contra la que en fecha 18 de noviembre de 2013 se presentó Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013.

Consiguientemente, mediante memorial presentado en fecha 8 de enero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** recurrió a la instancia jerárquica, impugnación que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis del presente caso, corresponde transcribir la norma aplicable al caso de autos, conforme se procede a continuación:

- **Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997:**

  "…***ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).*** *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia*…"

- **Resolución Administrativa SPVS-P Nº 566/2001 de 30 de octubre de 2001:**

  "…***SEGUNDO. (OBLIGACIONES DE LAS AFP).*** *De conformidad con el artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, es obligación de las AFP representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común* (sic)*, riesgo laboral* (sic) *y riesgo profesional* (sic)*, debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:*

  - *Atender las solicitudes de pensión y gastos funerarios, proporcionando a los afiliados o derechohabientes según corresponda, los formularios de solicitud respectivos y requerir la documentación de respaldo según normativa*…"

2.2. En cuanto a la Prescripción.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP) señala en su Recurso Jerárquico, que la supuesta vulneración por la que se le sanciona, consiste en no haber realizado la revisión del Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, conducta que -en su entender- no se prolonga en el tiempo, toda vez que la revisión (correcta o incorrecta) del certificado, constituye un acto que se realiza en un momento determinado, por una sola vez, de lo contrario, se lo tendría que estar revisando permanentemente, lo cual no corresponde, determinando entonces no

ser una infracción permanente, sino una instantánea, es decir, que se consumó en el momento en que se aceptó el Certificado de Nacimiento.

Más aún, en su alegato, habiendo concluido el trámite y no pudiendo abrirse nuevamente, se demostraría que no existe continuidad del comportamiento sancionado.

Por tales fundamentos, solicita se declare la prescripción de la infracción ocurrida en la gestión 2002, toda vez que la fiscalización realizada el 5 de agosto de 2011, nueve años después, excede superabundantemente los dos años dispuestos para prescripción en materia de infracciones administrativas que señala el artículo 79° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

A este respecto, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, estableció que:

> "…*De las precisiones hechas y de la revisión del expediente administrativo, nos encontramos ante una* ***infracción permanente****, es decir,* ***que prorrogó sus efectos en el tiempo,*** *en consecuencia, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria se interrumpió con la comunicación de los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es decir, cuando se procedió a la identificación del hecho antijurídico generado, tomando, entonces, como interrupción de la prescripción el 5 de agosto de 2011, fecha en la que mediante nota APS/DF/2364/2011 se hizo conocer a Futuro de Bolivia S.A. - AFP los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, y hasta la nota de cargos cite: APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, notificada en fecha 15 de noviembre de 2012, no se cumplieron los dos años exigidos por la norma, más aún cuando la falta de diligencia y omisión de verificación y revisión de pagos efectuados a los Derechohabientes del señor Feliciano Mariscal Mamani, se mantuvieron en el tiempo, desde el 5 de noviembre de 2002 (fecha de solicitud de Pensión por Muerte) hasta el 5 de agosto de 2011*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Determinando que hace a la controversia actual, si como ha señalado esta Autoridad Jerárquica, la infracción es permanente (y por tanto no se encuentra prescrita, conforme a la relación establecida en la supra Resolución Ministerial Jerárquica), o si, como señala la recurrente, consiste en una infracción instantánea, que se ha realizado y concluido en una determinada oportunidad, y que por tanto, no se ha prolongado en el tiempo, en cuyo presupuesto, los que se han prolongado son los efectos perjudiciales al Derechohabiente (que no es lo mismo que haberse prolongado la infracción misma).

Sin embargo, el presupuesto pretendido por la recurrente, pasa por alto que la infracción imputada, no consiste únicamente en no haber realizado una evaluación adecuada del certificado controvertido, sino también en **no haberlo hecho oportunamente**, conforme se puede establecer de la nota de cargos APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, que imputa a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por lo siguiente:

"*…no realizó una evaluación adecuada y* ***oportuna*** *de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores* (…) *consistente en sus Certificados de Nacimiento, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión (03-11-2002), afectando de esta forma la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo señalado, es evidente que la infracción imputada y sancionada a la Administradora de Fondos de Pensiones, no sólo radica en la evaluación inadecuada del Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores -a lo que se refiere **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**-, sino además, en que tal revisión no fue **oportuna**, entendida esta como la conveniencia de tiempo en que debió realizarse tal evaluación, extremo sobre el que, amén que el Recurso Jerárquico no establece pretensión alguna, que más allá de los efectos de perjuicio al Derechohabiente, en este caso si es plenamente coincidente con la comisión de la infracción misma, es decir, que la falta de evaluación oportuna se ha prolongado en el tiempo de manera continuada, en tanto el perjuicio establecido al Derechohabiente, de percibir la pensión que por derecho le correspondía, ha sido plenamente subsistente, dentro de los extremos que al efecto ha señalado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, la que ahora corresponde ratificar a los fines de rechazar nuevamente el alegato.

Asimismo, la recurrente no debe pasar por alto, que no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con sus Derechohabientes, por lo que en representación de los Asegurados, Derechohabientes y los Fondos que administra, debe realizar una revisión correcta y oportuna de la documentación presentada.

2.3. En cuanto a la acreditación del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP), señala en su Recurso Jerárquico que el argumento presentado por la Entidad Reguladora vulnera el principio de congruencia y carece de la debida fundamentación, al pretender justificar una sanción y obligación que lesiona sus derechos subjetivos e intereses legítimos, puesto que no toma en cuenta lo determinado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013 y establece que a momento de recibir la estructura de pagos de la Entidad Aseguradora, era su responsabilidad el observar que el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores no estaba considerado en el pago de la pensión al grupo familiar.

Al respecto, del análisis realizado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ha señalado que el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores se encontraba correctamente acreditado, toda vez que la Administradora de Fondos de Pensiones realizó

una correcta recepción, revisión y envío a la Entidad Aseguradora del Certificado de Nacimiento.

Sobre el particular, la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013, en el análisis realizado para el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, señaló que: "…*sin embargo, es atribuible a la Administradora la responsabilidad de que a momento de recibir la Estructura de Pagos de la Aseguradora, debió haber observado que este Derechohabiente no estaba considerado en el Grupo Familiar*…".

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, señaló: "*Que por tanto, la Administradora no ha dado cumplimiento con sus actividades, es decir,* ***con el cuidado exigible a un buen padre de familia,*** *debido a que en su momento debió detectar que no se estaba efectuando el pago a los dos (2) Derechohabientes a través de las Estructuras de Pago, que la Entidad Aseguradora le remite a la Administradora*…".

De lo señalado, es evidente que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP),** en representación del Derechohabiente debió haber realizado la revisión de la estructura de pagos remitida por la Entidad Aseguradora, a fin de verificar que el mismo al encontrarse debidamente acreditado, estaba percibiendo el pago de Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía.

Sin embargo, la Entidad Reguladora debe tomar en cuenta que en el presente caso, se imputó con cargos y sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP),** por "no realizar una adecuada y oportuna evaluación de los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, ocasionando que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía desde la fecha de solicitud de Pensión", y no hace referencia a la revisión de la estructura de pagos remitida por la Entidad Aseguradora, argumento presentado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones para atribuir en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores la responsabilidad a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP).**

Por lo tanto, no corresponde lo determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que tal como se señaló, si bien la Administradora de Fondos de Pensiones tiene la responsabilidad de realizar la revisión de los pagos efectuados a los Asegurados y a sus Derechohabientes, se debe tener en cuenta que la presente controversia, versa sobre la **revisión adecuada y oportuna** de los documentos de acreditación, específicamente de los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, que en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, fue realizada correctamente por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**.

Por todo lo señalado, corresponde anular el presente proceso, debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y vulnera el principio de congruencia, correspondiendo al Ente Regulador realizar una nueva valoración.

2.4. En cuanto al daño ocasionado al grupo familiar.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció lo siguiente:

> *"…la composición del Grupo Familiar incluye solamente a la cónyuge Sabina Flores Condori y a un solo hijo Alexander Mariscal Flores; de cuyo hecho se desprende que aunque el* ***Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores*** *estaba correctamente acreditado* ***de acuerdo al criterio de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013****, éste Derechohabiente no figura en la "Estructura de Pagos" remitida por la Entidad Aseguradora a la Administradora, teniendo como consecuencia que no percibió el pago en la proporción que le correspondía, afectando el monto de la Pensión en un veinte por ciento (20%), incidiendo por lo tanto en el pago de las duodécimas de aguinaldo respectivas de las gestiones 2008, 2009 y 2011…"*
>
> *"…Que en este sentido, de haber estado correctamente acreditados Ariel Mariscal Flores y/o Jhonny Mariscal Flores el monto no habría sufrido alteración alguna y por tanto, el porcentaje de asignación y pago de Pensión hubiese sido del cien por ciento (100%), al Grupo Familiar, teniendo en cuenta que Ariel Mariscal Flores en los periodos observados (****diciembre 2008****,* ***enero 2009*** *y* ***abril*** *a* ***octubre*** *de* ***2011****), tendría 16, 17 y 19 años, respectivamente, conforme el detalle al cual nos referiremos a continuación del presente párrafo; sin embargo, para los periodos* ***diciembre 2008, enero 2009*** *y* ***abril*** *a* ***octubre de 2011*** *existió daño económico a la familia del Asegurado Sr. Feliciano Mariscal Mamani con* ***NUA 30586598****, ya que la Pensión fue afectada en un 20%, porque la composición del Grupo Familiar incluía a la cónyuge y a un solo hijo, situación que es de conocimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, ya que la propia Administradora ha remitido a esta Autoridad la Estructura de Pagos, donde se advierte tal hecho…"*
>
> *"…a través de la fiscalización realizada por la Entidad Reguladora, se evidenció que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes del Sr. Feliciano Mariscal Mamani con* ***NUA 30586598****…"*
>
> *"…la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente al no realizar una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, consistente en su Certificado de Nacimiento, lo que generó que éste no reciba la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía, afectando de esta manera la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.*
>
> *Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia AFP S.A., tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no reciba la Pensión por Muerte, en el porcentaje que le correspondía, afectando de esta forma la cuantía de*

Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes…" (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP), señala en su Recurso Jerárquico que el razonamiento realizado por la Entidad Reguladora, demuestra una total carencia de fundamento y motivación, pasando por alto el análisis de la controversia y la ratio decidendi establecida mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, en lo referente al daño, toda vez que el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, se encontraba debidamente acreditado, mucho más si el daño, emerge de la falta de efectivización del pago por parte de la Entidad Aseguradora, que es la responsable del pago de las pensiones, y no reportó ninguna observación al respecto.

Antes de realizar la compulsa necesaria, es importante señalar que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, ha establecido que:

"…*Si bien es evidente que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no percibió la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía conforme a normativa vigente, a consecuencia de una mala recepción y verificación de los documentos por parte de Futuro de Bolivia S.A. - AFP,* ***este hecho no hubiese afectado el pago de la Pensión por Muerte del grupo familiar, ya que al encontrarse correctamente acreditado el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, hubiesen percibido el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte****, y no así el ochenta por ciento (80%)* ***durante los periodos de diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre/2011 y por lo tanto, las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, 2009 y 2011****.*

Lo señalado precedentemente no habría sido considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a momento de determinar la proporcionalidad de la sanción, ya que en el presente caso se le atribuye el daño a la Administradora de Fondos de Pensiones para los dos Derechohabientes, sin embargo, del análisis ut supra se puede evidenciar que en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, el mismo se encontraba debidamente acreditado, correspondiéndole percibir la Pensión por Muerte que por derecho le corresponde, lo cual no le es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sobre el particular, es evidente que, el hecho de que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** haya realizado una mala recepción y revisión del Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, ocasionó daño al mismo, toda vez que éste no percibió la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía desde la fecha de solicitud.

Asimismo, se tiene que durante los periodos de diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre/2011, la Entidad Aseguradora realizó el pago de la Pensión de Muerte por dichos periodos y las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, 2009 y 2011, por el ochenta por ciento (80%), considerando a la cónyuge Sabina Flores Condori y al hijo Alexander Mariscal

Flores, sin embargo, tal como se señaló precedentemente, el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores se encontraba correctamente acreditado, en tal sentido, correspondía que el grupo familiar durante los periodos señalados, perciba el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte (cincuenta por ciento (50%) la cónyuge y veinticinco por ciento (25%) para cada uno de los hijos - Alexander Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores).

Por lo tanto, independientemente de que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores haya o no estado acreditado, el grupo familiar debió percibir el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte, sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sin considerar lo establecido mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, señala que la Administradora de Fondos de Pensiones, ocasionó daño al grupo familiar, lo cual no ocurrió.

En tal sentido, si bien existió un perjuicio al Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, el mismo no fue ocasionado al grupo familiar, que al estar acreditados la cónyuge y dos hijos, les correspondía percibir el cien por ciento (100%) de la pensión desde la fecha de solicitud, incluyendo los periodos de diciembre/2008, enero/2009, de abril a octubre/2011 y las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, 2009 y 2011.

Por todo lo señalado, se demuestra una falta de fundamentación y motivación por parte de la Entidad Reguladora, ya que no se ocasionó daño al grupo familiar.

2.5. En cuanto a la reposición.-

Sin perjuicio de todo lo señalado precedentemente, y tomando en cuenta lo establecido por el principio de "Non Reformatio in Peius", que implica que por la interposición de un recurso o impugnación no puede empeorarse la situación del recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones debe considerar lo siguiente:

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, resolvió lo siguiente:

> "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo N° 1****, con multa en Bolivianos equivalente a $US7.500,00 (SIETE MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.*
> (…)
>
> ***TERCERO.- I.*** *En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa,* ***la Administradora deberá reponer con recursos propios el diferencial del 20% de los pagos*** *por los periodos de diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses de acuerdo con el artículo 301 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
>
> ***II.*** *Asimismo, al día siguiente hábil de finalizado el plazo señalado en el párrafo anterior, la AFP debe remitir a esta Autoridad un informe detallado que evidencie la reposición efectuada, adjuntando los asientos contables y los cálculos realizados en formato*

Excel, así como la copia de los comprobantes de pago, con constancia de recepción por parte de los derechohabientes…".(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como consecuencia del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 325-2013 de 10 de abril de 2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013, resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, inclusive.

En tal sentido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013, resolvió sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** con una multa equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 566 de 30 de octubre de 2001.

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, la Entidad Reguladora señaló en la parte considerativa:

"…*Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también* ***habiendo comprobado el daño ocasionado al Derechohabiente así como al Grupo Familiar*** *de los mismos,* ***determinó que la Administradora proceda a reponer con recursos propios el diferencial del 20%*** *de los pagos por los periodos diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses de acuerdo con el artículo 301 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo señalado, es evidente que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP),** reponga con recursos propios el diferencial del veinte por ciento (20%) por los periodos de diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses generados, sin embargo, la misma fue anulada mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2013 de 11 de septiembre de 2013.

Si bien la Entidad Reguladora emitió una nueva Resolución Administrativa (APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013), en la misma simplemente resuelve sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** con una multa de $us5.001,00 y no determina ninguna reposición, empero en los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 1155-2013 de 16 de diciembre de 2013, señala que: "…*habiendo comprobado el daño ocasionado al Derechohabiente así como al Grupo Familiar de los mismos, determinó que la Administradora proceda a*

reponer con recursos propios el diferencial del 20% de los pagos…", no existiendo ninguna fundamentación al respecto.

En tal sentido, se evidencia que el acto administrativo no goza de la debida fundamentación por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, respecto a la reposición que la Entidad Reguladora señala en los considerandos, debe ser efectuada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** con recursos propios y que no figura en la parte resolutiva.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto al principio de fundamentación y congruencia, toda vez que no ha considerado que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP),** realizó una adecuada y correcta revisión del Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores y la presente controversia no se refiere a la revisión de la estructura de pagos como establece la Entidad Reguladora. Asimismo si bien no actuó con la diligencia necesaria en cuanto a los documentos de acreditación del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, ocasionándole daño al mismo, éste hecho no generó daño al grupo familiar.

Finalmente de acuerdo al análisis realizado se puede evidenciar una vulneración al principio de fundamentación, en cuanto a la reposición señalada por la Entidad Reguladora en la parte considerativa.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados de la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 891-2013 de 2 de octubre de 2013 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APSDJ/DPC/Nº 1180/2013 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 035/2014 DE 20 DE MAYO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2014

La Paz, 20 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 028/2014 de 30 de abril de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 052/2014 de 09 de mayo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 16 de enero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, en mérito al Testimonio de Poder Nº 563/2001, otorgado en fecha 3 de octubre de 2001 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo,

interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 069-2013 de 23 de enero de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/173/2014, con fecha de recepción del 21 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de enero de 2014, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 31 de enero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DPC/7742/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con veintiún (21) cargos, referidos a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatorias correspondientes a igual número de Procesos Penales de la Seguridad Social de largo plazo, produciendo la interrupción de los trámites procesales y la postergación de los efectos que persiguen los mismos, determinando el incumplimiento a lo establecido en los artículos 106° y 149°, incisos i) y v), de la Ley Nº 065 (de Pensiones) de fecha 10 de diciembre de 2010, y 20° del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011.

Sustanciados los cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolvió lo siguiente:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con una multa en Bolivianos equivalente a $us8.000,00 (OCHO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos Nº 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16** y **21** ($us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo).

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con una multa en Bolivianos equivalente a $us16.500,00 (DIECISEIS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos Nº 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19** y **20** ($us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por cada Cargo).

- Desestimar los Cargos Nº **2** y **6**

En fecha 19 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 561-2013 de 20 de junio de 2013, mediante la cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolviendo:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con una multa en Bolivianos equivalente a $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos Nº 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18** y **21** ($us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo).

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con una multa en Bolivianos equivalente a $us12.000,00 (DOCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos Nº 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19** y **20** ($us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por cada Cargo).

- Desestimar los Cargos Nº **2** y **6.**

En fecha 12 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 561-2013 de 20 de junio de 2013.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunció la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, por la que **anula** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 561-2013 de 20 de junio de 2013, con los siguientes fundamentos:

"…***2.2. Análisis de los Cargos Nº 1 y 3.-***

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),*** *mediante Cargos Nº 1 y 3, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por los siguientes Empleadores:*

- ***Cargo Nº 1.-***
  Empleador: *Marcos Kim Lim (ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES)*

Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
Periodo sin movimiento procesal: *Del* ***10 de abril de 2012*** *al* ***27 de julio de 2012.***

- ***Cargo Nº 3.-***
  Empleador: *Víctor Hugo Rodríguez Vera (BOLÍVAR TRAVEL BUREAU SRL)*
  Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
  Fiscalía: *Fiscalía de La Paz.*
  Periodo sin movimiento procesal: *Del* ***26 de enero de 2012*** *al* ***27 de julio de 2012.***

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), *señala en su Recurso Jerárquico que si bien existiría inactividad procesal, este hecho no es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones, ya que en los dos casos se hubieran extraviado los cuadernos de investigación, hecho que no fue valorado por la Entidad Reguladora, mucho más si en noviembre de 2012, se hubieran presentado memoriales en cada uno de los casos, solicitando al Fiscal de materia, para que los cuadernos se pongan a la vista, pero en ninguno de ellos se logró obtener respuesta alguna.*

Al respecto, es importante señalar que si bien la Administradora de Fondos de Pensiones, hubiera presentado memoriales en fecha ***8 y 9 de noviembre de 2012****, para que el cuaderno se ponga a la vista, estos memoriales no pueden ser objeto de valoración para los cargos imputados y sancionados, debido a que los mismos fueron presentados con posterioridad al periodo observado y a la notificación de cargos.*

Sin embargo, y en cuanto al periodo sancionado para el ***Cargo Nº 1****, se evidencia que en fecha* ***10 de abril de 2012****, el Fiscal Dr. Roger Velásquez requiere al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, se notifique al imputado mediante edictos y en fecha* ***27 de julio de 2012****, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita al Fiscal, la extensión de fotocopias simples del cuaderno de investigación.*

De lo cual se revela que desde fecha 10 de abril de 2012, hasta la presentación del Recurso Jerárquico no se tiene constancia de que ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP*** *haya publicado los edictos y continuado con la prosecución del proceso penal, pese a que el Fiscal asignado al caso, remitió al Juez de Instrucción en lo Penal el requerimiento de notificación mediante edictos, para la declaración del imputado.*

Cabe aclarar que la finalidad principal de la notificación mediante edictos, es evitar la neutralización de la acción de la justicia por parte del imputado, el hecho de que la Administradora de Fondos de Pensiones cumpla oportunamente con la notificación mediante edictos, da lugar a que el proceso no se paralice y prosiga su curso de manera ágil, sin interrupciones de ninguna naturaleza, máxime si el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal, dispone que todo proceso tendrá una duración máxima de tres (3) años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de que el imputado sea declarado rebelde, conforme determina el artículo 87 del citado Código Adjetivo.

*Con relación al **Cargo Nº 3,** corresponde señalar que mediante memorial de fecha **26 de enero de 2012**, la AFP subsana lo observado por la autoridad judicial, adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro efectuada, aclarando que el caso no registra proceso coactivo; 6 meses posteriores mediante memorial de **27 de julio de 2012**, la AFP solicita al Juez fotocopias simples del cuaderno de investigación.*

*Evidenciándose que para los Cargos Nº 1 y 3, el Ente Regulador ha aplicado adecuadamente el procedimiento establecido, debiendo confirmarse ambos Cargos y consiguientemente la sanción exceptuando la gravedad que será motivo de otro punto de análisis, al advertirse que dentro de los períodos observados existió una interrupción injustificada en la tramitación de las actuaciones procesales, consiguientemente, falta de diligencia y retraso en el procesamiento, en este caso, atribuibles a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en contravención a la normativa imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

2.3. En cuanto al Cargo Nº 4.-

*La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con el Cargo Nº 4, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y al artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; inmovilizando temporalmente el trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por:*

***Empleador:** Eduardo Cochi Cala (COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA)*
***Juzgado Cautelar:** Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.*
***Fiscalía:** Fiscalía de La Paz.*
Periodo sin movimiento procesal:** Del **19 de octubre de 2011** al **26 de julio de 2012.

*La recurrente, señala en su Recurso Jerárquico que si bien existió una paralización del presente proceso, ésta no es atribuible a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** sino a circunstancias ajenas, como ser: que el presente proceso se ventilaría en la Localidad de Quime Provincia Inquisivi del Departamento de La Paz, añadiéndose que el Fiscal de Materia de dicha localidad fue sustituido en varias oportunidades, así como los investigadores asignados al presente caso, hechos que habrían ocasionado que la AFP no haya podido realizar varias actuaciones.*

Al respecto, y compulsado el expediente administrativo, se tienen los siguientes actuados:

- *Por memorial de **19 de octubre de 2011,** la AFP presenta denuncia contra Eduardo Cochi Cala, por el delito de Apropiación Indebida de Aportes.*

- *En fecha **26 de julio de 2012,** presta su Declaración Informativa la Sra. Mercedes García, como denunciante y en representación de la AFP.*
- *Por memorial de **27 de julio de 2012**, la AFP solicita y reitera al Fiscal de Materia de la Localidad de Quime - Dra. Lenny Rojas, se franqueen los requerimientos solicitados en los Otrosí II y III del memorial de la denuncia.*

*De los actuados transcritos, y siendo que la AFP aduce como descargo, la rotación de fiscales e investigadores; sin embargo de ello, ésta no presenta pruebas que avalen y respalden los extremos aludidos, y si bien estos hechos podrían ser considerados como verdaderos, ocasionando cierta demora que no sobrepasaría de dos o tres semanas; de ninguna manera una retardación procesal, de más de **nueve (9) meses**, como pretende hacer ver y justificar la Administradora de Fondos de Pensiones.*

*Asimismo, de los propios descargos presentados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** se revela que la denuncia presentada data del **19 de octubre de 2011**, y la declaración de la denunciante y representante de la AFP es de fecha **26 de julio de 2012**, es decir, con un aplazamiento de más de nueve (9) meses posteriores.*

Por otro lado, la Administradora de Fondos de Pensiones no debe eludir o desatender, que la etapa preliminar de investigaciones, conforme lo determinado por el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 01 de la Ley Nº 007 de 18 de mayo de 2010, debe concluir en el plazo máximo de veinte (20) días, dentro los cuales, el Representante del Ministerio Público previo análisis de antecedentes determinará si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad exacta del autor o partícipe y de la víctima, entre otros.

*Por último, el hecho de que la representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, se apersone a prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar y, atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, nueve (9) meses después de presentada la denuncia, notoriamente demuestra desatención y descuido en cuanto a coadyuvar con la investigación preliminar se refiere, por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** no existiendo por ende descargo o justificativo alguno válido, para eximir del presente Cargo y consiguientemente la sanción.*

2.4. En cuanto a los Cargos Nº 9, 15 y 16.-

*La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con los Cargos Nº 9, 15 y 16, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; ocasionando interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por los siguientes Empleadores:*

- ***Cargo Nº 9.-***
  Empleador: *Limber Rodríguez Hurtado (HELPTEC SOPORTE TÉCNICO)*
  Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.*
  Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
  Periodos sin movimiento procesal:
  - *Del* ***1 de diciembre de 2011*** *al* ***3 de febrero de 2012*** *y*
  - *Del* ***3 de febrero de 2012*** *a la* ***fecha de envío de documentación****.*

- ***Cargo Nº 15.-***
  Empleador: *Yoana Licet Soruco Parada (PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS)*
  Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.*
  Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
  Periodo sin movimiento procesal: *Del* ***20 de diciembre de 2011*** *al* ***20 de julio de 2012.*** *Asimismo, existe demora en la tramitación de requerimientos no otorgados (solicitado el 24 de noviembre de 2011 y reiterado el 20 de julio 2012).*

- ***Cargo 16***
  Empleador: *Miguel Ángel Escobar Caram (OILFIELD TRUCKS CO. SRL)*
  Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.*
  Fiscalía: *Fiscalía de Santa Cruz.*
  Periodo sin movimiento procesal: *Del* ***28 de febrero de 2012*** *a la fecha de remisión de documentación.*

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), *arguye que en los tres casos por los cuales se los sanciona por inactividad procesal, no sería responsable, en razón a que estos hechos se debieron a causas ajenas a su responsabilidad, como por ejemplo a la rotación de Fiscales, señalando que los Fiscales de Materia habrían rotado en tres oportunidades, para los Cargos Nº 15 y 16.*

A su vez, alega que la Entidad Reguladora no habría valorado las notas de solicitud de certificaciones de movimientos rotatorios de la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, que si bien las mismas no obtuvieron respuestas, este hecho escapa de la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Al respecto, se tiene que lo aducido por la recurrente, no condice con los antecedentes cursantes, ya que a fojas 15 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 561-2013 de 20 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha pronunciado, en sentido de que, si bien se ha presentado las notas de solicitud de certificación al señor Fiscal de Distrito de Santa Cruz, para que informe sobre la rotación de fiscales en la gestión 2012, la respuesta a dicha solicitud no fue presentada por la AFP en calidad de prueba, desconociendo el contenido de la misma.

A su vez señala que, "…Las notas Cite ALP-SCZ-024/2012 y Cite ALP-SCZ- 002/2013, fueron analizadas por el Ente Regulador, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar el cargo, en consideración a que las mismas no demuestran materialmente la

aparente rotación de Fiscales en el caso y, que además ello, efectivamente haya influenciado en la paralización del proceso penal…"

Al respecto, corresponde precisar que, si bien la recurrente señala que en los tres Cargos, hubiera habido inactividad procesal, a consecuencia de la rotación de Fiscales, tenemos para el ***Cargo Nº 9****, los siguientes actuados:*

- *Por memorial de* ***16 de noviembre de 2011****, la AFP presenta denuncia en contra del señor Limber Rodríguez Hurtado, por el delito de apropiación indebida de aportes.*
- *En fecha* ***1 de diciembre de 2011****, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).***
- *Por memorial de* ***3 de febrero de 2012****, la AFP solicita al Fiscal asignado al caso, la citación del denunciado mediante edicto de prensa.*
- *La AFP mediante nota FUT.APS.AL.1620/2012 de fecha* ***08 de agosto de 2012****, remite a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fotocopias de los cuadernos de investigación y expedientes judiciales de 31 procesos penales.*

De lo transcrito se tiene que, independientemente de que la AFP alegue la rotación de Fiscales como justificativo para su inactividad procesal, en ningún caso las mismas pueden alcanzar a los tres meses, si bien es evidente que cuando existe relevo de Fiscales, las oficinas permanecen cerradas por una o dos semanas, en el presente caso, no se está hablando de este tiempo, sino que desde la presentación del memorial de solicitud de citación mediante edictos hasta la fecha de envío de la documentación, ha trascurrido más de seis (6) meses, por tanto, el hecho de que la ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *no haya coadyuvado con la Policía, ni la Fiscalía para la realización oportuna de los actos e investigación preliminares, claramente demuestra descuido y abandono por parte de la AFP, en el presente proceso.*

Con relación a los Cargos Nº 15 y Nº 16, se tienen los siguientes actuados:

Cargo Nº 15.-

- *Por memorial de* ***24 de noviembre de 2011,*** *la AFP presenta denuncia en contra de Yoana Licet Soruco Parada, por el delito de apropiación indebida de aportes.*
- *En fecha* ***9 de diciembre de 2011****, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.*
- *Por memorial de* ***20 de diciembre de 2011,*** *la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar, disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.*
- *Por memorial de* ***20 de julio de 2012,*** *la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone nuevas diligencias preliminares.*

Cargo Nº 16.-

- *Por memorial de **23 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Miguel Angel Escobar Caram, por el delito de apropiación indebida de aportes.*
- *En fecha **16 de diciembre de 2011,** presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.*
- *Por memorial de **20 de diciembre de 2011**, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.*
- *Por memorial de **28 de febrero de 2012,** la AFP, solicita al Fiscal se cite mediante edicto de prensa al denunciado.*
- *Desde el 28 de febrero de 2012 hasta que la AFP mediante nota FUT.APS.AL.1620/2012 de fecha **08 de agosto de 2012**, remite a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fotocopias de los cuadernos de investigación y expediente judiciales de 31 procesos penales.*

*De los actuados transcritos, referidos a los Cargos Nº 15 y 16, se refleja retraso y dilatación en las actuaciones procesales realizadas por la Administradora de Fondos de Pensiones, prescindiendo u olvidándose, que la etapa preliminar de investigaciones, conforme lo determinado por el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 01 de la Ley Nº 007 de 18 de mayo de 2010, debe concluir en el plazo máximo de veinte (20) días, por lo que este hecho, a su vez claramente demuestra, despreocupación y descuido en dar continuidad a los procesos penales iniciados y una falta de diligencia atribuible a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).***

*Por tanto, para los Cargos Nº 9, 15 y 16, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha aplicado correctamente el procedimiento establecido, correspondiendo confirmar los mismos, al demostrarse que dentro de los períodos observados por el Ente Regulador, si existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales y falta de dedicación, imputable en estos casos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** en contravención a la normativa imputada por la Autoridad Fiscalizadora.*

2.5. Respecto a los Cargos Nº 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19.-

*La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atribuyó y sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con los Cargos Nº 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

*La recurrente señala en su Recurso Jerárquico, que el argumento fundamental para atribuir y sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE***

PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), *por la supuesta falta de diligencia en los Procesos Penales, fue que éstos como denunciantes, no hubieran presentado su declaración informativa, la cual -según la recurrente- no es un acto procesal propio y obligatorio que el procedimiento establezca, para la prosecución del Proceso Penal, por lo que no existiría una obligación de prestarla y que este hecho no puede ser sancionado a la AFP por el Ente Regulador.*

Asimismo, continua alegando que, al ser denunciante sólo tendría la obligación de poner en conocimiento de las Autoridades Competentes, la comisión de un delito, conforme establece el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, extraña lo aducido por ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),*** *y que la misma pretenda hacerse la desentendida en cuanto a la normativa que rige en materia de pensiones y materia penal, por lo que corresponde hacer algunas disgregaciones de orden legal.*

Si bien la AFP hubiera iniciado la acción penal a denuncia y no así a través de una querella, la diferencia de estas dos figuras, radica en que el denunciante no interviene personalmente como parte acusadora en el juicio penal.

Que conforme lo manifiesta el Código de Procedimiento Penal, el inicio de una acción penal se puede dar de oficio, denuncia o querella, según la naturaleza del delito.

Sin embargo de ello y en todas estas formas de inicio del procedimiento penal, se reconocen el derecho de la víctima o de su representante, a su participación dentro del Proceso Penal, conforme lo señala el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, que refiere "…la víctima podrá promover la acción penal mediante querella…", asimismo, el artículo 76.I y III, y artículo 11 ambos del mismo Código Adjetivo, modificado por la Ley 007 de 18 de mayo de 2010, que refiere: "La víctima por si sola o por intermedio de un representante, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal, aunque no se hubiera constituido en querellante…"

A su vez, conforme dispone el artículo 78 del Código del Procedimiento Penal, la querella puede ser presentada hasta antes de que finalice la etapa preparatoria.

Que en este sentido, las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta antes de la presentación de la acusación por el Fiscal ante el Juez de Instrucción en lo Penal, se encuentran en la obligación de querellarse y participar dentro del juicio oral.

Que en este sentido entonces, se tiene que independientemente de que el proceso haya sido iniciado con una denuncia, los mismos a su vez se encuentran obligados a querellarse, conforme determina la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en sus artículos 106 y 149, Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, en su artículo 20, mismos que señalan que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, son representantes de sus Asegurados y están en la obligación de iniciar los Procesos Coactivos Sociales y el Proceso Penal, para el cobro de montos adeudados por

concepto de Contribuciones, Aportes Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan.

De lo referido entonces, e independientemente de la figura que haya utilizado la AFP para dar inicio a los Procesos Penales, al ser representantes de sus Asegurados, éstos no sólo se encuentran en la obligación de poner en aviso de un supuesto delito a las autoridades competentes, sino de participar dentro de éstos, comportándose en todo momento como un buen padre de familia, es decir, que las Administradoras de Fondos de Pensiones, en todo momento deberán velar por la protección y resguardo de los intereses de sus Asegurados, debiendo para ello realizar cuantas acciones legales correspondan, para recuperar de los empleadores, los aportes que se encuentran en mora.

En este sentido, a su vez, están obligados a presentar su declaración informativa y ratificarse en cada uno de los puntos de su denuncia, que si bien el Código de Procedimiento Penal, no haría referencia a la obligación de la declaración del denunciante, en la práctica cotidiana, la declaración del denunciante es el primer acto solicitado por el Fiscal de Materia en etapa investigativa, ya que conforme a la declaración del denunciante se tienen los primeros elementos de convicción para dar luego a la declaración del sindicado.

Que, la recurrente no debe olvidar que la denuncia es un acto formal en el sentido que, aunque carece del rigor de una demanda, ***convoca una mínima carga para su autor en cuanto exige*** *(i)* ***presentación verbal o escrita ante una autoridad pública;*** *(ii)* ***el apremio del juramento;*** *(iii)****que recaiga sobre hechos investigables de oficio;*** *(iv)* ***la identificación del autor de la denuncia;*** *(v)* ***la constancia acerca del día y hora de su presentación;*** *(vi)* ***suficiente motivación, en el sentido que contenga una relación clara de los hechos que conozca el denunciante,*** *(vii)* ***la manifestación, si los hechos han sido puestos en conocimiento de otro funcionario****. La denuncia es un acto debido en cuanto involucra el ejercicio de un deber jurídico del cual es titular la persona o el servidor público que tuviere conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio.*

Que entonces, el no haber prestado su declaración informativa y al no haber aportado mayores elementos a la investigación, ha dado lugar a que la Administradora de Fondos de Pensiones, haya demostrado una falta de diligencia y demora dentro de los procesos penales iniciados.

2.6. En cuanto al Cargo Nº 20.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),*** *con el Cargo Nº 20, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, y el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; produciendo*

interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por:

Empleador: *Rubén Darío Orgaz Fernández (UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A. - UTECOM)*
Juzgado Cautelar: *Juez de Instrucción en lo Penal - Cochabamba.*
Fiscalía: *Fiscalía de Cochabamba.*
…"Actuación sin diligencia probatoria: *Se advierte falta de actividad probatoria, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, desconociendo que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora y no a la defensa, extremo que influyó en la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, bajo el sustento de falta de elementos (pruebas) para sustentar la imputación.*

Por otro lado, se advierte que la AFP en su condición de denunciante tenía la obligación de objetar la Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal, que dispone el rechazo de la denuncia, esta omisión e incumplimiento a sus deberes en la falta de impugnación dio lugar a que el caso no sea revisado por el Fiscal superior (Departamental), y consiguientemente se proceda con el archivo de obrados.

De la documentación que tiene el expediente de autos, se evidencian los siguientes antecedentes:

"…

- *Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Rubén Darío Orgaz Fernández, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Universal Telecommunications S.A. -UTECOM", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a agosto/2011, misma que asciende a la suma de Bs l2.198,28 (Nota de Débito N° 1-03-2011- 00119 de 10 de octubre de 2011).*
- *Por memorial de fecha 30 de diciembre de 2011, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de las investigaciones.*
- *En fecha 31 de enero de 2012, presta su Declaración Informativa el denunciante Sr. Kurt Guardia, como representante legal de la AFP.*
- *Por Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, dispone el rechazo de la denuncia en sujeción a los arts. 301 numeral 3) y 304 numeral 3) del CPP, argumentando que en el presente caso, no se ha colectado elementos suficientes que permitan sustentar fundadamente una imputación formal.*
- *Por memorial de fecha 22 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, el rechazo de la denuncia.*
- *Por memorial de 05 de junio de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, que ha emitido* ***resolución de rechazo de denuncia, la misma que ha sido debidamente notificada a la parte denunciante o victima (AFP),*** *mediante edictos,* ***No habiendo presentado objeción***

alguna, dentro del término previsto por el art. 305 del CPP, *por lo que solicita se tenga presente y determine lo que en derecho corresponde…"*

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), *señala como descargo en su Recurso Jerárquico, que en cuanto a la declaración del denunciante, la misma corresponde a un modelo utilizado individualmente por cada Fiscal, para cada caso determinado y que en el mismo disponen recepcionar la declaración informativa y de ratificación de la víctima, para una relación cronológica y que sin embargo, el mismo no es obligatorio para el denunciante.*

Al respecto, independientemente de que el primer requerimiento emitido por la Fiscal de Materia, correspondería a un modelo único, este hecho no hace que el mismo no deba ser cumplido por la denunciante, ni que el mismo se encuentre supeditado a la voluntad del investigador de realizar los actos investigativos determinados por el Fiscal, que conforme se tiene anotado, es el encargado de la investigación y de practicar las diligencias de la etapa preparatoria para reunir los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultamiento de los sospechosos.

Que en este sentido se tiene que, si el Fiscal ordenó la declaración de la denunciante, este acto debió ser realizado de manera inmediata a la presentación de la denuncia y no así un mes después de haberse presentado la misma.

Ahora bien, en cuanto a que la etapa preparatoria puede ser extendida al término de seis meses, conforme señala la SSCC 1036/2002, -R de 29 de agosto de 2002, al respecto y conforme lo anota la Sentencia Constitucional:

> *"…El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así, el Código procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices configuran el procedimiento ordinario del juicio penal en tres partes, a saber:* ***1) La Etapa Preparatoria****; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto.* ***Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria.***
>
> *1) La primera fase, es* ***decir, los actos iniciales o de la investigación preliminar, (art. 284 y siguientes del CPP), comienza con la denuncia, querella o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía-Fiscalía), sobre la comisión de un delito****.*
>
> *2) La segunda fase, esto es, el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (art. 301 inc. 1) y 302 del CPP), y representa el inicio del proceso penal. Los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el art. 301 no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal.*

3) La tercera fase se denomina conclusión de la etapa preparatoria, y está constituida por los 'actos conclusivos', entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez o presidente del Tribunal (art. 323 del CPP)".

A su vez la misma sentencia señala:

"…Consecuentemente, dado el carácter público del proceso, ***el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 CPP para el desarrollo de la Etapa Preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal,*** *siendo éste el actuado jurisdiccional que marca el inicio del proceso penal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, ampliable únicamente en el supuesto que existan varios imputados…"*

Conforme se tiene anotado, el terminó de los seis meses para la ampliación de la etapa preparatoria se da una vez presentada la imputación y en los casos donde exista varios sindicados y en los que por su complejidad lo amerite, sin embargo de ello, este argumento no puede ser usado como justificativo para la desatención y negligencia de la AFP, en la etapa preliminar misma que tiene una duración máxima de 20 días de iniciada la prevención, conforme dispone el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 007.

En cuanto al desistimiento presentado como descargo, se tiene que el mismo fue presentado por el señor Kurt Ludwig Hugo Guardia Von Borries en fecha 4 de marzo de 2013, es posterior a la Resolución de Rechazo N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal Dra. Liliam Ferrufino, por lo que la presentación de éste, no tiene relevancia cuando el Juez ya ha declarado el rechazo de la causa, un año antes de la presentación del desistimiento.

Por lo que el mismo, no puede servir como prueba justificativa, para el levantamiento del cargo atribuido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2.7. En cuanto a la vulneración al debido proceso en su elemento fundamental a la motivación.-

La recurrente señala que el Ente Regulador no se habría pronunciado, ni habría valorado las circunstancias, sociales, geográficas, cambio de fiscales que obstaculizaron a los Procesos Penales, la negligencia de otras autoridades en la paralización de los mismos, hechos que no son responsabilidad de ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).***

Al respecto, de la lectura de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, y APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, se tiene que las mismas, se encuentran debidamente fundamentadas en cuanto a todos los descargos presentados por la recurrente, sin embargo de ello, ninguna de las circunstancias antes referidas puede atenuar la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, en cuanto a la paralización de los Procesos Penales, se debió a

causas externas como ser el cambio de fiscales, circunstancias geográficas, que si bien las mismas podría justificar cierta demora, ésta no podría exceder dos o tres semanas, sin embargo de ello, ninguna de estas circunstancias puede respaldar una demora de casi un año en cuanto a las diligencias preliminares, más aún si consideramos que el proceso penal tiene una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía, conforme determina el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal.

Que en este sentido, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido con lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

No existiendo por ende, ninguna vulneración al principio de motivación en relación al Principio del Debido Proceso.

2.8 Mora Presunta.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) *señala en su Recurso Jerárquico, que en los Cargos imputados debe tenerse en cuenta que gran parte de todos los procesos, son acciones penales iniciadas en un principio con moras presuntas incluidas, por lo que si bien se inició la acción penal mediante denuncias, se debe considerar la presunción de inocencia en materia penal, es decir, que se puede presumir la participación o no del imputado hasta el momento de la sentencia.*

Al respecto, en cuanto a que la mayoría de los procesos penales fueran iniciados con mora presunta, (hecho que no corresponde), que además, no viene al caso de autos ya que el presente proceso, versa sobre la inactividad de los procesos penales, cuyo fin es buscar la imposición de una sanción por la comisión de un delito (apropiación indebida) independientemente del monto adeudado.

Investigación que a su vez, está a cargo del Ministerio Público, quien tiene, en su caso, la obligación de ejercer y sustentar la acción penal pública en representación de la comunidad, función que debe desarrollar con estricta sujeción a la Constitución Política del Estado, a los Tratados Internacionales y a las Leyes; también debe promover y resguardar los derechos de las víctimas durante el curso del proceso penal.

En cuanto a que el inicio de la acción penal daría lugar a la vulneración al principio de inocencia, corresponde señalar que la presunción de inocencia, garantiza que el acusado no sea condenado sin que exista una sentencia que desvirtúe tal presunción.

Ahora y ya en el caso, de que un imputado o sindicado considere que dentro de un proceso penal se está vulnerando algún derecho, el mismo podrá hacer conocer de estos hechos al Juez Cautelar, autoridad que conforme a lo preceptuado por el artículo 54 inc. 1) del Código de Procedimiento Penal concordante por el artículo 279, es competente para ejercer el control del desenvolvimiento de los actos de investigación que realizan tanto fiscales como funcionarios policiales, y es quien a su vez, el que

precautela los derechos y garantías del imputado.

Que en ningún caso, el inicio de una acción penal por apropiación indebida, daría lugar a que se vulnere el principio de inocencia conforme se tiene anotado.

2.9. En cuanto a la preterintencionalidad.-

La recurrente señala que, en ninguno de los casos sancionados existiría preterintencionalidad por parte de ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),*** *toda vez que, no existió intención, ni se causó daño económico a los Afiliados, sin embargo de ello, el Ente Regulador hubiera sancionado a la AFP, con gravedad leve, aduciendo la existencia de preterintencionalidad, lo cual -a decir de la recurrente- no corresponde.*

Que, previo al análisis de este punto, corresponde remitirnos al Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al Régimen de las Sanciones y Recursos, que determina:

> ***"Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD)****. Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*
>
> ***a)*** *Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros***.**
> ***b)*** *Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.*
> ***c) Gravedad leve;*** *cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera* ***<u>preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.</u>***
> ***d)*** *Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Ahora bien, de la lectura de la norma tenemos, que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Por lo que corresponde entonces, referirnos a lo ya determinado por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2012 de fecha de 26 de enero de 2012, en cuanto a la preterintencionalidad, que a su vez, ha recogido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006, que señala:

> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere*

así, para que se configure el delito (o infracción) ***preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto****, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*

Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.

La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor".

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), ***sino también por una actitud culposa u omisiva…."*** *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Expuesto el precedente administrativo, se tiene entonces que, para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero: ***la acción u omisión voluntaria del sujeto****, y el segundo: que la* ***acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso, tenga consecuencias mayores a la prevista.***

Entonces, importa revisar los argumentos esgrimidos por la instancia recurrida, quien mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, sobre la fundamentación de la calificación de gravedad, señala:

"…A los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 *y* ***21****.*
(…)
En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada para los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21 respecto a los periodos que se imputan, con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en

los PP imputados; por lo que la AFP incurrió ***no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones****, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento los PP, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio…"*

"…A los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 *y* ***19****.*
(…)
En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada para los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19 respecto a los periodos que se imputan, con el hecho de que el regulado no mantuvo una actitud diligente en los PP imputados y que la falta de la declaración informativa por el regulado en el proceso impide que las actuaciones se encuentren completas al momento de imputar expresando abandono y descuido de la causa iniciada, siendo la declaración un actuado propio de la AFP para promover mejor la acción penal y formalizar su acción en proceso; por lo que la AFP ***incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones****, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no obrar diligentemente en los PP, provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio…"*

"…Al Cargo N° 20.
(…)
*En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en que por consecuencia de la conducta imputada al regulado impide que las actuaciones se encuentren debidamente llevadas, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos al SIP****; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones****, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido* ***archivada la causa penal*** *por disposición de la autoridad competente por los motivos anotados más arriba ha generado además del retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro,*

pero además al haberse llevado incorrectamente el PP, el mismo al presente no se tiene en curso; provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, se tiene que el Ente Regulador considera la existencia de preterintencionalidad en todos los Cargos, debido a que:

***"…la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones**,…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que conforme se tiene anotado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hace referencia a la obligación y deber de cuidado que deben de tener las Administradoras de Fondos de Pensiones, desde el inicio hasta la conclusión de los Procesos Penales del Sistema Integral de Pensiones, hecho que no corresponde a la preterintencionalidad, sino a la ***culpa,*** *que hace referencia a la omisión de diligencia exigible a la AFP.*

Al respecto, si bien se ha constado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención, incumpliendo así con su deber de buen padre de familia con sus Afiliados, hecho que no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad, ya que en ningún momento, el Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente, dar continuidad a los procesos penales, ni tampoco ha hecho referencia, a cual fuera la consecuencia mayor que se hubiera causado, ya que si bien la misma estaría expresada ***en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria,*** *por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a momento de adoptar una decisión, corresponderá fundamentar cada uno de estos aspectos y debe establecer, sí en el presente caso ha existido preterintencionalidad, y de no existir la misma no corresponderá la calificación de infracciones como leve; sino más bien de gravedad levísima en el marco de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha motivado, ni ha fundamentado en cuanto a la gradación de la sanción, específicamente en cuanto al haber determinado preterintencionalidad, tal cual se evidencia de la fundamentación expuesta en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes desarrollados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por la Ley con las causales de nulidad señaladas por Ley.

Que, de acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión de los interesados una de ellas, cual ocurrió en el caso de autos…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió lo siguiente:

"…***ÚNICO.-*** *Confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, quedando la redacción de la parte resolutiva de la siguiente manera:*

"***PRIMERO.-*** *Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18*** *y* ***21****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

SEGUNDO.- I. *Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19*** *y* ***20****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us12.000,00 (DOCE MIL QUINIENTOS* (sic) *00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

II. *La AFP deberá presentar en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber prestado la declaración informativa ante el Ministerio Público, correspondiente a los procesos penales imputados en los* ***Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18*** *y* ***19****.*

III. *Con relación al proceso penal imputado en el* ***Cargo N° 20****, la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la*

notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber presentado la acción penal correspondiente ante la autoridad competente.

TERCERO.- *Se desestima los* ***Cargos N° 2*** *y* ***6****.*

CUARTO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

QUINTO.- *La AFP se encuentra en la responsabilidad de llevar los Procesos Penales del SIP conforme a norma, para lo cual son responsables de los resultados que estos puedan generar...*"

Los argumentos de la precitada Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los fundamentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL PUNTO: II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR LA APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES.

Sobre este aspecto, es necesario recordar a la AFP nuevamente que, conforme manda el artículo 177 de la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

En ese entendido, la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley No.1732 y el Contrato suscrito entre la AFP y el Estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando ***todas*** *las obligaciones como administrador de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; sin perjuicio de las determinaciones de la Ley No.065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias.*

Por otro lado, el regulado olvida que al presente se tiene una administración transitoria de las pensiones, en razón a que la nueva Ley de Pensiones, crea la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo con todas las obligaciones, atribuciones y facultades

que le atinge y que; mientras no se tenga su constitución formal y a efectos de dar continuidad a los servicios que se ofrecen en cuanto a la administración y pago de pensiones, es que la norma con sabiduría ha establecido que las AFP continúen con todas sus obligaciones mientras dure el período de transición.

En lo que respecta al contrato de Prestación de Servicios entre la AFP y el Estado Boliviano, se debe recordar a la AFP que es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, ***sin excepción alguna****. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes,* ***de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias****.*

Por lo que se concluye que, la AFP además de la norma del sector de pensiones relativa a la Seguridad Social de Largo Plazo se halla subordinada también a las cláusulas contractuales, no debiendo desconocer el marco jurídico en el cual se debe desenvolver.

Finalmente se recuerda a la AFP que la Ley No.065 de Pensiones, y en lo particular el artículo 177 es constitucional, por lo cual se halla plenamente vigente y a la cual corresponde su atención y cumplimiento, mientras no se declare lo contrario por el Contralor de la Constitucionalidad. En ese entendido sus efectos y alcances son plenamente válidos y de cumplimiento obligatorio por la AFP.

Ahora bien con relación al Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997 que aplica esta APS a las entidades reguladas, de acuerdo al razonamiento anterior, se halla dentro de la normativa que reglamenta la Ley No.1732 de Pensiones, en lo particular a lo que hace al régimen vigente de sanciones para el sector de pensiones. Por tanto, cuando la AFP refiere que "no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública", lo señalado resulta ser incorrecto al tener conocimiento pleno de que la norma reglamentaria sigue vigente, y no solamente la ahora observada por la AFP sino también alguna otra de orden operativo. Por lo que, si bien dentro de las facultades de esta Autoridad están la de control y supervisión, también se tiene la de sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo cuando incumpla la normativa de pensiones y que, durante el periodo de transición está representada por las AFP.

En lo que se refiere al argumento de una supuesta nulidad de la R.A.69-2013 por falta de fundamentación y motivación, la misma no corresponde considerando que los descargos presentados respecto a los procesos penales fueron evaluados y analizados en la señalada Resolución Administrativa, expresándose los motivos que llevaron al regulador a sancionar los cargos; sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que en esta segunda instancia con el presente acto se tiende a satisfacer la fundamentación extrañada por la AFP respecto a los aspectos advertidos reclamados en su impugnación.

Asimismo, habrá que aclarar que la impugnación presentada contra la R.A.69-2013, en un total contrasentido la AFP ha solicitado la revocatoria de la señalada Resolución Administrativa y por otro la nulidad del acto administrativo; siendo conceptos contrapuestos. Por tanto no existe la posibilidad legal de declarar nulo un acto y revocar a la vez el mismo, siendo las características y efectos legales diferentes de cada determinación.

AL PUNTO: III. DEL ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS CASOS IMPUTADOS E ILEGALMENTE SANCIONADOS POR LA NORMATIVA APLICADA.

En el punto 3.1.1 a) del recurso, a los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 *y* ***21****, la AFP señala que la APS habría concluido de una manera errada en cuanto a la valoración de la prueba y en especial sobre la aplicación de la sana critica* (sic)*, toda vez que no consideró la realidad expresando: "contantes movimientos, acefalias* (sic)*, rotaciones, suspensiones, renuncias tanto en el Órgano Judicial, Ministerio Público e inclusive la propia Institución Policial que obedecen a las constantes denuncias por retardación de justicia, actos de corrupción, etc., los que son de conocimiento público, circunstancias que evidentemente son ajenas a la voluntad de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP…". Asimismo, arguye que la "exposición precedente" ha sido asumida inclusive por el Tribunal Constitucional a momento de resolver incidencias al proceso que tenían por finalidad destruir la acción penal, invocando la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre que ratifica la SSCC 0510/2010 – R de 12 de julio. Concluyendo que el retraso y demora en la actividad procesal, se debió a circunstancias ajenas a la voluntad de la AFP, como es el cambio social, y que han sido tomados en cuenta por el más Alto Tribunal de Control de Constitucional.*

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, antecedente jurisprudencial de la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre, invocada por la AFP, resume que "la extinción de la acción penal solo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: 1) El transcurso del tiempo; y, 2) ***Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo****". Asimismo, expresa que conforme a la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción.*

Bajo esa lógica jurisprudencial, a los efectos del retraso o dilación procesal, se debe tomar en cuenta la valoración integral y concurrente de varios factores, aspecto también expresado en diferentes Sentencias Constitucionales (SSCC 0101/2004, SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, SSCC 1529/2011-R de fecha 11 de octubre); sin embargo, la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS.

Al respecto, corresponde señalar que el Ente Regulador conoce perfectamente de la realidad de Ministerio Público y del Órgano Jurisdiccional, "realidad" que ha sido valorada en todo su alcance a momento de emitirse la R.A.69-2013, siendo así que, de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.

En ese orden, con relación a los descargos presentados, que según la AFP, no fueron tomados en cuenta o valorados, se tiene lo siguiente:

Al Cargo N° 1.-

Denunciado: Marcos Kim Lim - ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES: *Referente al "Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones", el Ente Regulador señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *El argumentar la desaparición del cuaderno de investigación, en el periodo comprendido sin movimiento procesal, desde el 10 de abril al 27 de julio de 2012, fecha que corresponde a la presentación y recepción del memorial de solicitud de la AFP al Fiscal de otorgación de fotocopias simples, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de diligencia puesto que no cuenta con respaldado alguno que acredite dicho extremo.*

- *Asimismo, la AFP debe tener presente que en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debió solicitar oportunamente mediante memorial a la autoridad, en este caso al Fiscal, se ponga a la vista el mismo o solicitar la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.*

  En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado durante el periodo 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP debió exigir oportunamente que el cuaderno de investigación se ponga a la vista y no limitarse a solicitar fotocopias simples cuando aparentemente desapareció, habiendo transcurrido entre las dos últimas actuaciones, un lapso de tiempo de más de noventa (90) días calendario, hecho que devela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- *De igual forma, el referir que el cuaderno de investigación nuevamente se volvió a extraviar y que recién mediante memorial de fecha 08 de noviembre de 2012 se solicitó se ponga a la vista, no puede considerarse como un justificativo válido para la inactividad procesal durante los periodos observados que son anteriores (10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012). Además contradictoriamente, el memorial presentado en calidad de prueba de descargo textualmente señala: "…**durante los últimos dos mes, se trató de ubicar el cuaderno de investigaciones**, empero su personal subalterno, no dan con el paradero del caso, por lo que solicito a su*

autoridad como Director Funcional de las Investigaciones, Art. 297 del CPP, instruir tanto al investigador asignado al caso como todo el personal a su cargo poner a la vista el cuaderno de investigaciones del caso de referencia".

La prueba presentada por la AFP, fotocopia del memorial con cargo de recepción 09 de noviembre de 2012, refiere al aparente extravió del cuaderno de investigación dos meses antes de la presentación del memorial, ello significa, el supuesto extravió del cuaderno de investigación durante los meses de septiembre y octubre, pero no así por periodos anteriores.

De lo expuesto, se acredita que efectivamente la APS valoró en toda su magnitud la prueba presentada por la AFP en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante el Fiscal de Materia Dr. Roger Velásquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que conforme a las fotocopias del cuaderno de investigación, sobre las últimas actuaciones procesales de forma cronológica se tiene al memorial de 10 de abril de 2012 (memorial del Fiscal Dr. Roger Velásquez, dirigido al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, solicitando se notifique mediante edicto), posteriormente, la AFP por memorial de 27 de julio de 2012 solicita al Fiscal Dr. Roger Velásquez, fotocopias simples del cuaderno de investigación, que fue concedido por decreto de 30 de julio de 2012, y por último, el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, solicitud se ponga a la vista el cuaderno de investigación; antecedentes procesales que evidencian sin lugar a duda que ***"por el período comprendido entre el 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, no existe actuado procesal alguno, y desde el 27 de julio al 09 de noviembre de 2012, tampoco existe gestión procesal alguna de parte del denunciante (AFP)"****, consiguientemente, el justificar que la falta de actividad procesal se debe al actuar del Ministerio Público o de las autoridades que conocieron el mismo, carece de respaldado material.*

Asimismo, se debe acotar lo que se tiene establecido en la MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 078/2013 de fecha 19 de noviembre de 2013 para el presente Cargo "…si bien la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera presentado memoriales en fecha ***8 y 9 de noviembre de 2012****, para que el cuaderno se ponga a la vista, estos memoriales no pueden ser objeto de valoración para los cargos imputados y sancionados, debido a que los mismos fueron presentados con posterioridad al periodo observado y a la notificación de cargos. …*

De lo cual se revela que desde fecha 10 de abril de 2012, hasta la presentación del Recurso Jerárquico no se tiene constancia de que ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP*** *haya publicado los edictos y continuado con la prosecución del proceso penal, pese a que el Fiscal asignado al caso, remitió al Juez de Instrucción en lo Penal el requerimiento de notificación mediante edictos, para la declaración del imputado."*

Al Cargo N° 3.-

Denunciado: Víctor Hugo Rodríguez Vera - BOLIVAR TRAVEL BUREAU SRL: *Inherente al "Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso", la APS señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *El argüir que la demora y falta de diligencia en el presente caso sería de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.*
  Esta argumentación presentada no tiene asidero, pues se trata de una excusa general para no develar la actitud pasiva de la AFP o su falta de diligencia en el PP; consecuentemente, si el PP se paraliza o dilata por razones atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente, hecho que no aconteció, todo lo contrario, después de haber transcurrido más de ciento setenta (170) días calendario, período comprendido entre el 26 de enero de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP se limitó a solicitar fotocopias simples del expediente y no proactivamente a promover los actos de investigación, considerando los plazos fatales en materia penal.

- *Por otra parte, la prueba de descargo presentada por la AFP, consistente en el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, dirigido a la Fiscal Departamental de La Paz, en la suma señala: "Solicita se ponga a la vista cuaderno de investigación desaparecido y reasignación inmediata del caso que refiere" (MP c/ Víctor Hugo Rodríguez Vera).*

  La Administradora debe tener presente que, en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debe requerir mediante memorial a la autoridad, se ponga a la vista el mismo o la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

  En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado, la AFP debió solicitar al Fiscal, de manera oportuna, se ponga a la vista, hecho que recién aconteció el 09 de noviembre de 2012, y que revela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- *En ese orden, y de la revisión del cuaderno de investigación se acredita de manera cronológica que desde el 26 de enero al 27 de julio de 2012, la Administradora no realizó actividad procesal alguna, limitándose en esta última fecha a solicitar fotocopias simples del expediente, y posteriormente desde 27 de junio al 09 de noviembre de 2012, tampoco realizó actuado alguno, concluyendo con el memorial de solicitud de que se ponga a la vista el cuaderno de investigación y reasignación de Fiscal.*

Lo expuesto precedentemente demuestra sin lugar a duda que, la APS ha analizado la prueba presentada en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante la Fiscal Departamental de La Paz Dra. Betty Yañiquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que el presunto extravió del cuaderno de investigación, que el regulado considera como relevante para justificar la inactividad procesal y que le

atribuye al Ministerio Público, es un hecho reclamado recién el 09 de noviembre de 2012, cuyo antecedente inmediato es el memorial de 27 de julio de 2012 sobre solicitud de fotocopias simples, y el inmediato anterior el memorial de 26 de enero de 2012.

A su vez, la R.M.J. 078/2013 sobre el presente Cargo ha determinado "…mediante memoria de fecha 26 de enero de 2012, la AFP subsana lo observado por la autoridad judicial, adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro efectuada, aclarando que el caso no registra proceso coactivo; 6 meses posteriores mediante memorial de ***27 de julio de 2012****, la AFP solicita al Juez fotocopia simples del cuaderno de investigación."*

Al Cargo N° 4.- *(según el recurso de la AFP el 5.)*

Denunciado: Eduardo Cochi Cala - COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA: *Sobre "la nota de fecha 27/12/2012 dirigida al Fiscal de La Paz, para que certifique el movimiento rotatorio y acefalias en la Fiscalía de Quime – Prov. Inquisivi", el Ente Regulador señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *El señalar que la falta de diligencia y retraso en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de actividad procesal, ya que el argumento vertido carece de respaldado para acreditar dicho extremo. Asimismo, es necesario establecer para este cargo y aquellos de similar conducta antijurídica imputada de la AFP que, el regulado se halla en el deber de promover diligentemente la acción penal instaurada a cargo del fiscal, para lo se halla en la obligación de colaborar con los actos de investigación y diligenciamiento.*

  En ese entendido, dicha argumentación presentada no tiene sustento alguno, al tratarse de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva o falta de diligencia en el PP, considerando además que, si el PP se paraliza o dilata por causas o motivos atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente a las autoridades jerárquicas correspondientes a través de los medios legales que le franquea la ley, para evitar la paralización de la gestión judicial, extremo que no aconteció.

- *Asimismo, se debe tener presente que la documentación presentada en calidad de descargo de mayor aproximación al 19 de octubre de 2011, corresponde a la 1ra. Citación al imputado Eduardo Cochi Cala que emite la Fiscalía de Quime de fecha 22 de junio de 2012.*

  De lo expuesto, se deduce que desde (sic) 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP no realizó actividad procesal alguna permitiendo que el PP se encuentre sin movimiento por más doscientos treinta (230) días calendario, hecho corroborado por la prueba aportada como también de los argumentos vertidos por la Administradora al señalar en su descargo: "Se obtuvieron dos citaciones firmadas por

el Dr. Jhonny Garnica bajo el principio de unidad en el Ministerio Público, a solicitud de la entonces Fiscal de Quime Lenny Rojas, para que sean notificadas al imputado…". Consecuentemente, está acreditado que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva.

La nota que aduce el regulado es referente al Cargo N° 4 y no así al Cargo N° 5 como erróneamente señala en su memorial de 19 de marzo de 2013, y se trata de una solicitud de Certificación presentada en fecha 28 de diciembre de 2012 ante el Fiscal Departamental de La Paz, sobre la supuesta suspensión del Fiscal Jorge Álvarez y sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012 en la localidad de Quime. La respuesta a dicha petición no fue presentada en calidad de prueba (sic) *descargo desconociéndose su contenido, pero, en todo caso, la nota de referencia no desvirtúa el hecho que ante la paralización del PP, por motivos "aparentemente" atribuibles al Ministerio Público, correspondía a la AFP presentar el reclamo pertinente al Fiscal Departamental o ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, extremó que no aconteció, todo lo contrario, permitió la suspensión del PP por más de doscientos treinta (230) días calendario.*

Sobre este Cargo la R.M.J. 078/2013 ha expresado lo siguiente "…la AFP aduce como descargo, la rotación de fiscales e investigadores; sin embargo de ello, ésta no presenta pruebas que avalen y respalden los extremos aludidos, y si bien estos hechos podrían ser considerados como verdaderos, ocasionando cierta demora que no sobrepasaría de dos o tres semanas; de ninguna manera una retardación procesal, de más de ***nueve (9) meses****, como pretende hacer valer y justificar la Administradora de Fondos de Pensiones.*
…

Asimismo,… se revela que la denuncia presentada data del ***19 de octubre de 2011****, y la declaración de la denunciante y representante de la AFP es de fecha* ***26 de julio de 2012****, es decir, con un aplazamiento de más de nueve (9) meses posteriores.*
…

Por último, el hecho de que la representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, se apersone a prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar y, atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, nueve (9) meses después de presentada la denuncia, notoriamente demuestra desatención y descuido en cuanto a coadyuvar con la investigación preliminar se refiere,… no existiendo por ende descargo o justificativo alguno válido, para eximir del presente Cargo y consiguientemente la sanción."

Al Cargo N° 9.-

Denunciado: Limber Rodríguez Hurtado - HELPTEC SOPORTE TÉCNICO: *Sobre "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión*

2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", el Ente Regulador señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- *La AFP argumenta lo siguiente: "**El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos**, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido".*

  El argumentar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por la rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

  *Además, resulta llamativo que **de la revisión del cuaderno de investigación se acredite que, durante el periodo observado, sólo interviene en el PP el Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez**, en ese sentido de las actuaciones procesales, de manera cronológica se tiene:*

  *a) Requerimiento de 20 de enero de 2012, sobre complementación de diligencias policiales, suscrito por el **Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez**.*
  *b) Orden de Citación N° 011161 de 31 de enero de 2012 suscrita por el **Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez.***
  *c) **Memorial de 03 de febrero de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 08 de febrero de 2012, sobre solicitud de citación mediante edicto, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez.***
  *d) **Memorial de 26 de septiembre de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 27 de septiembre de 2012, sobre ampliación de denuncia, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez.***

- *Por otra parte, la AFP refiere: "…el oficial Carlos Abrahán Castrillo Barriga, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

  Esa argumentación tampoco puede considerarse como un justificativo valedero ya que carece de respaldo, puesto que conforme al cuaderno de investigación y prueba de descargo presentada por la AFP, no existe memorial o documento sobre petición de reasignación de investigador, consecuentemente, el solo afirmar que se solicitaron (sic) *varias veces la reasignación de investigador no es suficiente para justificar la falta de diligencia en el PP.*

Además, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no ocurre en el presente caso.

En ese sentido, la argumentación vertida no tiene asidero, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a que durante el periodo comprendido entre el 08 de febrero al 08 de agosto de 2012, inclusive al 27 de septiembre de 2012, se encuentre paralizado, sin movimiento ni impulso procesal.

La nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, dirigida a la Dra. Marina Flores, Fiscal Coordinadora FELCC de Santa Cruz, que la Administradora alude como prueba de descargo importante y que aparentemente no fue considerada, se trata de una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, la misma que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante (AFP) deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión.

En virtud a dicha respuesta, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental (antes denominada de Distrito) se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta al petitorio no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido.

*Sin embargo, es necesario dejar en claro, que las mencionadas notas en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo, puesto que, **de una simple revisión de las fotocopias del cuaderno de investigación presentado por la AFP, se acredita que durante el periodo observado solamente intervino el Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez**, lo cual demuestra que la falta de impulso procesal no se debió a la supuesta rotación de varios fiscales como pretende hacer creer la Administradora.*

Por último, en cuanto a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, este hecho tampoco puede considerarse como un justificativo valedero para desvirtuar el cargo, en razón, que ante el eventual cambio de investigador y demora en la asignación de nuevo investigador, le corresponde al denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció.

*Para este Cargo como para el 15 y 16 en lo que corresponda, la R.M.J. 078/2013 ha establecido el razonamiento siguiente: "**FUTURO DE BOLIVIA S.A.**…, arguye que en los tres casos por los que se los sanciona por inactividad procesal, no sería responsable, en razón a que estos hechos se debieron a causas ajenas a su responsabilidad, como por ejemplo a la rotación de Fiscales…*

Al respecto,… si bien se ha presentado las notas de solicitud de certificación al señor Fiscal de Distrito de Santa Cruz, para que informe sobre la rotación de fiscales en la gestión 2012, la respuesta a dicha solicitud no fue presentada por la AFP en calidad de prueba, desconociendo el contenido de la misma.

…,independientemente de que la AFP alegue la rotación de Fiscales como justificativo para su inactividad procesal, en ningún caso las mismas pueden alcanzar a los tres meses, si bien es evidente que cuando existe relevo de Fiscales, las oficinas permanecen cerradas por una o dos semanas, en el presente caso, no está hablando de este tiempo, sino que desde la presentación del memorial de solicitud de citación mediante edictos hasta la fecha de envío de la documentación, transcurrido (sic) *más de seis (6) meses, por tanto, el hecho de que… no haya coadyuvado con la Policía, ni la Fiscalía para la realización oportuna de los actos e investigación preliminares, claramente demuestra descuido y abandono por parte de la AFP en el presente proceso."*

Al Cargo N° 15.-

Denunciado: Yoana Licet Soruco Parada - PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS: *Inherente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", la APS señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *La AFP en cuanto la inactividad procesal argumenta: "…dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos…".*

  El justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

  Asimismo, en el (sic) *caso de verificar dilaciones o paralización del PP por causas atribuibles al Fiscal, deberá acudir a las instancias superiores para presentar la queja correspondiente, o inclusive denuncia en caso de corresponder, hecho que no aconteció.*

- *Por otra parte, señala: "La oficial Danitza Mamani Patty, fue transferida a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación, situación que motivo*(sic) *a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

  La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo (sic) *26 de enero al 23 de julio de 2012, ya que*

la misma no se encuentra avalada por respaldo material alguno conforme se evidencia del cuaderno de investigación.

- *Asimismo, la AFP refiere: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo". Además, señala: "…la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación…".*

  Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el investigar (sic) *policial es separado del caso, corresponde que la AFP solicite oportunamente al Fiscal la reasignación de investigador.*

  Asimismo, si el investigador asignado al caso, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona dentro de las investigaciones, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, para que dichas actuaciones procesales sean devueltas y adjuntas al cuaderno de investigación.

- *En ese sentido, los argumentos presentados carecen de sustento, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante más de ciento sesenta (160) días calendario, periodo comprendido entre el 26 de enero al 23 de julio de 2012".*

La nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, que la AFP insinúa que se trata de una prueba de descargo trascendental y que aparentemente no fue valorada, consiste en una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, la misma que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante (AFP) deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión, a cuyo efecto, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido.

Las notas CITE: ALP-SCZ-074/2012 y CITE: ALP-SCZ-002/2013, fueron examinadas por esta Autoridad, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar o desvirtuar el Cargo, en consideración a que no demuestran materialmente la supuesta rotación o cambio de Fiscales y que este hecho haya influenciado directamente en la paralización del PP, además se debe tener presente que, en el supuesto que haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez

Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció.

En lo referente a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, también fue objeto de análisis, empero, la AFP debe tener presente que ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponde solicitar (oportunamente) a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que tampoco aconteció.

Ello significa que, la AFP ante la falta de Fiscal en el PP por motivos rotación, cambio u otra causa, o ante la ausencia del investigador por nueva designación u otro motivo, que perjudiquen el normal desarrollo de la causa penal, no puede tener una conducta pasiva, todo lo contrario, tiene la obligación de acudir a las instancias pertinentes para evitar la paralización del PP, y no limitarse a justificar su accionar argumentando que se debió a las "circunstancias sociales" o "realidades" que imperan en el Ministerio Público.

Al Cargo N° 16.-

Denunciado: Miguel Ángel Escobar Caram - OILFIELD TRUCKS CO. SRL: *Referente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", la APS señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *La AFP argumenta lo siguiente: "…dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos…".*

  El pretender justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

  La Administradora debe tener presente que atendiendo su calidad de parte activa en el PP, de evidenciar retraso o dilación en el PP por causas atribuibles al Ministerio Público, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, a fin de no generar retraso en la gestión judicial, lo que no aconteció en el presente caso.

- *Por otra parte, señala: "El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011451, situación que motivo* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo observado (01 de marzo al 08 de agosto de 2012), más aún si consideramos que recién por memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, la AFP pide al Fiscal la reasignación de nuevo investigador.

- *Asimismo, la AFP refiere: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo". Además, señala: "…la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación…".*

  Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo. Por otra parte, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció en el presente caso.

- *En ese sentido, los argumentos vertidos no cuentan con respaldo material alguno, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante el periodo comprendido entre* (sic) *01 de marzo al 08 de agosto de 2012, inclusive ampliable al 27 de septiembre de 2012, conforme se tiene del cuaderno de investigación y prueba presentada".*

El regulado afirma que, la nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 es una prueba de descargo substancial y que supuestamente no fue valorada por el Ente Regulador, la misma, se trata de una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión, a cuyo efecto, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012; la respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido.

Las notas CITE: ALP-SCZ-074/2012 y CITE: ALP-SCZ-002/2013, fueron analizadas por el Ente Regulador, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar el Cargo, en consideración a que las mismas no demuestran materialmente la aparente rotación de Fiscales en el caso y que además ello efectivamente haya influenciado en la paralización del PP.

En cuanto a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, también fue objeto de análisis, concluyendo que ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponderá al

denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció.

Al Cargo N° 21.-

Denunciado: Adnan El Maaz El Maaz - CONSORCIO HIDROELECTRICO MISICUNI: *Referente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", que la AFP aduce que el Ente Regulador no las valoró.*

Evidentemente, el Ente Regulador, no ha considerado la nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, y la Certificación de fecha 08 de enero de 2013, puesto que las mismas corresponden al Distrito Judicial de Santa Cruz y no así al Distrito Judicial de Cochabamba al que corresponde el presente caso (Cargo), por lo que no amerita mayores comentarios.

Sin embargo, se analizó la nota de 28 de diciembre de 2012, adjunta al memorial de recurso, presentada por la AFP al Fiscal Departamental de Cochabamba, referente a solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido, concluyendo que la nota no se constituye en una prueba suficiente para enervar o desvirtuar el Cargo, en consideración a que no demuestra materialmente la supuesta rotación o cambio de Fiscales y que este hecho haya influenciado directamente en la paralización del PP.

Además, se debe considerar que en el supuesto (sic) *haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde a la AFP presentar ante el Fiscal Departamental la queja, o acudir ante el Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional.*

Por lo expuesto precedentemente, se tiene que, el Ente Regulador no desconoce la situación que atraviesa el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Órgano Judicial, sobre las renuncias, cambios, rotaciones y otras circunstancias que pueden incidir negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia, circunstancias que fueron analizadas en su integridad, y se concluyó de la ***ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, que son producto o responden a la conducta del denunciante (AFP) que intervino en el proceso penal,*** *contraviniendo, la obligación que tiene de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, consecuentemente, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público, Policía u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.*

Por otra parte, ***en el punto 3.1.1 b)*** *del memorial de su recurso expone: "…los argumentos que fueron expuestos precedentemente son también aplicables a éste*

considerando, por lo que me ratifico íntegramente en toda la exposición realizada con antelación; y reiterando que los descargos presentados contrastados con la convivencia actual del medio social y sus cambios necesarios…".

Al respecto, conforme se manifestó anteriormente, cada caso (Cargo) fue analizado en forma integral, verificándose si las dilaciones indebidas obedecen a la conducta del Ministerio Público, Órgano Judicial o Policía Nacional, u otras circunstancias ajenas al propio órgano (falta de nombramiento oportuno, renuncias, etc.) que podrían incidir en la tramitación oportuna de la causa, o si devienen de la actividad procesal del denunciante (AFP), a cuyo efecto, se estableció fehacientemente que se han generado por los propios actos de la parte acusadora, que se traducen en una conducta omisiva (omisión impropia) o negativa del regulado en el PP.

Por otra, se debe tener presente que el artículo 115-II de la Constitución Política del Estado, garantiza una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, en ese sentido, cuando se presentan dilaciones indebidas que responden a la conducta de los funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial, o Policía Nacional cuando cumplan funciones de policía judicial, el denunciante (AFP) debe realizar las gestiones que correspondan para evitar la paralización o suspensión del PP, a través de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas.

En ese orden, encontrándose los PP (inherente a los Cargos) en la fase de la investigación preliminar, de presentarse dilaciones indebidas atribuibles al Ministerio Público o Policía Nacional, que aduce el regulado, le corresponde al denunciante (AFP) acudir a la instancia pertinente, sea el Fiscal Departamental, atendiendo la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, que en su artículo 34 numeral 3) establece en sus atribuciones: "Ejercer la supervisión del ejercicio de las investigaciones por los Fiscales de Materia", en su numeral 14) del citado artículo, señala: "A requerimiento del Fiscal de Materia, solicitar a la autoridad policial competente la aplicación de procesos disciplinarios, para los servidores y servidoras policiales que sean separadas o separados de la investigación por haber incumplido requerimientos Fiscales o por haber actuado en forma negligente o ineficiente, bajo responsabilidad"; o en su caso, acudir ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza el control jurisdiccional, de acuerdo al artículo 54 numeral 1) del CPP, que establece que son competentes para: "El control de la investigación, conforma a las facultades y deberes previstos en este Código".

*Respecto al **punto 3.1.1 c)** de su memorial de recurso, el regulado argumenta: "…dejando de lado todas las circunstancias en que los Procesos Penal, no solo de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, sino del mundo litigante, se encuentran en estrados judiciales, el Ministerio Público y la propia Institución Policial, que como se observa cotidianamente están sujetas a muchos cuestionamientos y que fruto de ello se están realizando cambios, suspensiones, rotaciones, destituciones, etc. de Fiscales, Jueces e investigadores; extremos que aplicados a esta parámetro de proporcionalidad, eliminan la responsabilidad del regulado respecto a los cargos imputados".*

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R señala: "Conforme se expresa en la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso

sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción; de lo referido se infiere que este derecho no se desarrolla en condiciones de normalidad debido a la actuación negligente de las autoridades competentes, es decir, con un funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable, dando lugar a que el proceso tenga una demora injustificada".

Con relación a ello, el regulado no ha demostrado materialmente que los PP que se encuentran bajo su cargo y responsabilidad, motivo (sic) *de los Cargos imputados, se han desarrollado en condiciones de anormalidad debido al actuar y/o causas atinentes al Ministerio Público, Policía Nacional u Órgano Judicial; limitándose a cuestionar la "aparente" falta valoración de circunstancias que podrían influenciar negativamente en el desarrollo normal del proceso, cuestionamiento por cierto subjetivo, puesto que se ha efectuado una valoración integral de cada caso, concluyendo indubitablemente que la mora procesal se debe al accionar (negativo) del denunciante (AFP) y no así a aspectos ajenos.*

Sobre el ***punto 3.1.2 inciso a)*** *del memorial de recurso, inherente a los criterios de graduación, corresponde pronunciarse al respecto:*

Con carácter previo al análisis, es menester señalar que, la tipicidad administrativa establece que, sólo podrá imponerse sanciones administrativas por conductas expresamente establecidas en leyes y disposiciones reglamentarias. En ese sentido se hace la descripción completa de la conducta (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legi). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.

La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador que busca que las personas a quienes la norma van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos.

La descripción que efectúe el legislador, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables.

En ese entendido, en respuesta al argumento de la AFP de la supuesta falta de tipicidad; en una primera instancia se aclara en primer lugar que, la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas tanto para establecer infracciones como el imponer sanciones de distinta naturaleza jurídica.

Que para el ejercicio de esa potestad, se ha incorporado el ***Principio de Tipicidad****, cuya definición de acuerdo a lo expuesto por el tratadista Eduardo García De Enterria en su libro Curso de Derecho Administrativo, se resume en "la descripción legal de una conducta especifica* (sic) *a la que se conectará una sanción administrativa".*

Dicho principio se encuentra establecido en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 bajo el entendido de que "son infracciones

administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

En segundo lugar se aclara que, el Principio de Tipicidad en materia administrativa tiene aplicación, pero no con la connotación que se presenta en el Derecho Penal, por ser este último más riguroso, "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición", (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007).

Que por tal motivo y en el entendido de que constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, tal como lo prevé el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, en su parágrafo I, este ente regulador ha establecido los cargos expresamente descritos por cada PP, expresando como indicios de infracción la ***inactividad procesal*** *en sus diversas formas en que se ha presentado en los PP.*

En ese sentido, los hechos y situaciones que han sido identificados en la Nota de Cargos, como indicios de infracción a la normativa de pensiones, por la cual se debe regir las AFP y, no de forma discrecional o sin la diligencia debida, como se tiene comprobado de los casos sancionados. Dicha situación señalada anteriormente, ameritó que el Regulador analice los motivos del incumplimiento, la suficiencia de los descargos presentados para finalmente determinar la sanción correspondiente.

En consecuencia y en virtud a lo expuesto se concluye que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene facultad legal y expresa para imputar con cargos y sancionar cuando la conducta y el actuar de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en lo que concierne a la tramitación que efectúa en los PP, cuando (sic) *considere que el hecho antijurídico se adecúa a la norma aplicable, todo en apego de los principios de competencia, tipicidad y congruencia administrativa.*

Por otro lado, el regulado ha observado la disposición imputada prevista en el artículo 149 inciso v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, por lo que corresponde señalar que el sentido de dicha norma es que, la AFP debe conducirse y realizar sus actividades con el ***cuidado exigible*** *a un buen padre de familia, bajo ese contexto, el precepto legal señalado otorga el lineamiento legal para que la AFP se dirija en términos de economía, prudencia, oportunidad y celeridad a la tramitación del proceso en los PP.*

Según la doctrina la falta de cuidado y diligencia, se tiene expresada también por conductas que salen del margen de responsabilidad mínima que debiera tener una persona frente a una obligación, por lo cual la culpa, negligencia, la imprudencia, son conceptos que se adecuan a la falta de diligencia.

Este Ente Regulador ha efectuado las evaluaciones respectivas a cada uno de los PP imputados, en particular al trabajo llevado a cabo por Futuro de Bolivia S.A. AFP en

cuanto a la tramitación de esos procesos, verificando de esta manera la existencia inactividad procesal por actitudes de negligencia e inoperancia por parte de la AFP, en cuanto al procedimiento establecido para desarrollar los PP en los cuales figura como denunciante; conllevando el efecto negativo en la recuperación de los aportes adeudados al SIP por esta falta de cuidado exigible en la tramitación prolija de los PP.

La APS para imputar y sancionar incumplimiento al cuidado exigible, ha considerado el concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los ***hechos materiales****, como por ejemplo, las fechas de presentación de los memoriales de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la realización de actuaciones de investigación y ratificación de denuncia, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente.*

En los casos sancionados, el hecho, típico, antijurídico y culpable de la AFP por vulneración a los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011 como norma sustantiva, es indiscutible por la inactividad procesal demostrada por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales en los PP, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo; adecuando su conducta a la tipología penal-administrativa imputada (deber).

Luego de haberse determinado la ***tipicidad*** *de la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP es que se tuvo presente la gradación de la sanción, para lo cual se han tomado los criterios establecidos por el Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, determinando que la conducta sancionable corresponde a la gravedad leve, por los siguientes motivos expuestos ya en la R.A.69-2013 y en el presente acto administrativo.*

De lo anterior se extrae que, en cuanto a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y diligente en los PP imputados; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor que está, expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico para los Asegurados ni beneficio propio o de personas relacionadas al infractor; sin embargo al no estar en movimiento los PP provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones oportunamente y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

En ese sentido, el razonamiento e interpretación que tiene la AFP no es el preciso, para lo cual sirve para su aclaración sobre la preterintencionalidad la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, que dice: "Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que

se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso; pero que produce la realización efectiva de un hecho dañosos más grave que el querido, que excede la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va mas (sic) *allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente."*

Del entendimiento anterior, es posible que la AFP no haya dolosamente pretendido afectar las prestaciones o beneficio al cual podría acceder el Asegurado; sin embargo no es menos cierto que, con su conducta no diligente pero con conocimiento pleno de la obligación normativa, ocasiona perjuicio al Asegurado al no tener éste recuperados los adeudos, por lo que no cuenta con sus aportes acreditados para oportunamente adquirir una prestación o beneficio del SIP, y que de efectivizarse aquello se tiene serios indicios de haber ocasionado daño.

Asimismo, el no considerar dentro del PP la realización de actuados esenciales para determinar la responsabilidad de los presuntos autores (empleadores) del delito previsional, demuestra desinterés y falta de cuidado diligente generado como resultado la inactividad procesal; pues ahí está la conducta típica antijurídica ahora culpable.

Finalmente, sobre los aspectos relativos a la ***proporcionalidad*** *de la sanción, estos extremos ya se tienen fundamentados en la R.A.69-2013, sobre la estructura de análisis fijada por el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, a la cual fielmente se ha elaborado el análisis correspondiente por esta Autoridad y sobre el cual se ratifica.*

En cuanto al ***inciso b) del punto 3.1.2****, el regulado en su recurso manifiesta en la parte pertinente: "El criterio que su Autoridad aplica en este considerando, constituye un razonamiento muy subjetivo, toda vez que no explica que perjuicio cierto y consumado se ha demostrado que atente contra el Sistema Integral de Pensiones, toda vez que los Procesos Penales a excepción del cargo 20 no han sido RECHAZADOS o DECLARADOS ABSUELTOS LOS EMPLEADORES…". Asimismo refiere: "…corresponde nuevamente señalar que el proceso penal, tiene como único fin el de esclarecer un supuesto hecho antijurídico y aplicar la sanción penal…".*

La Ley Nº 065 en su artículo 106 establece que la GPS (transitoriamente la AFP) deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal.

De acuerdo al artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, la GPS (transitoriamente la AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de

la Ley de Pensiones señala que, la GPS (transitoriamente la AFP) deberá prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las Contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal.

De igual forma, el artículo 345 Bis, en su parágrafo I (Apropiación Indebida de Aportes) del Código Penal, establece "El empleador que se apropiare de las Contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones, en su calidad de agente de retención y no los depositare en la Entidad señalada por Ley, dentro de los plazos establecidos para el pago, incurrirá en privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días".

Precisamente, en el cumplimiento a la normativa legal citada, la AFP lleva adelante Procesos Penales, pero además, tiene la obligación ineludible de realizar la gestión judicial de manera pronta, oportuna y sin dilaciones para hacer viable no solo la imposición de una pena al autor de ilícito, sino además la "reparación del daño" (responsabilidad civil), lo contrario, importa un incumplimiento a sus deberes que deviene de un imperativo legal, que naturalmente conlleva a un perjuicio, que se contrapone a la pronta recuperación de Contribuciones en mora, indebidamente apropiadas por el Empleador.

En ese sentido, el argumentar que al no haberse emitido rechazo a la denuncia o declarados absueltos los empleadores, no es un justificativo válido para desvirtuar los Cargos, ya que esa incorrecta afirmación es contraria a lo previsto por el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

*En cuanto a la preterintencionalidad señalado en el **punto 3.1.3** del memorial del recurso corresponde pronunciarse al respecto.*

Nos sobrecartamos en lo que corresponda a los criterios y lineamientos establecidos en el presente acto, para mejor comprender la conducta preterintencional y sus consecuencias jurídicas. Asimismo, en lo que se refiere a las conclusiones arribadas por la AFP se debe señalar que, si bien la intencionalidad en la realización de un delito es reflejada con el dolo, lo cual no necesariamente es algo concluyente considerando la existencia de la figura de la culpa consciente.

Se deja en claro que, el entendimiento de la R.A.69-2013 debe ser de tomado de manera integral, por lo que las interrogantes que plantea la AFP en su impugnación ya tienen repuesta en la señalada Resolución Administrativa; sin perjuicio de lo anterior, la inobservancia al imperativo normativo está reflejada desde la nota de cargos la cual expresa el hecho de no mantener un movimiento procesal diligente de la AFP, situación que no ha sido desvirtuada para los cargos sancionados.

Por otro lado, nuevamente la AFP cuestiona el concepto de Diligencia para imputar responsabilidad, sin embargo se recuerda al regulado que "Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente con el que debió haberse manejado."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2012 de 05 de diciembre de 2012).

En cuanto a la supuesta confusión de los términos de culpa y preterintención, lo señalado no tiene asidero suficiente en razón a que la conducta calificada para la imposición de la sanción, es el haberse demostrado que la infracción tiene el carácter de ser preterintencional; es decir que en dicha conducta por definición ingresan los elementos conocimiento y culpa. Por lo que la AFP además de tener conocimiento textual de la norma que le impone deberes y obligaciones, pese a ello está no los cumple en los PP, atribuyendo la responsabilidad de la inactividad procesal a terceros o a situaciones que no pudo manejar oportunamente, ocasionando como consecuencia mayor el retraso en la recuperación de los adeudos al SIP, en total perjuicio de los Asegurados.

Cuando la AFP señala que no es posible causar daño al SIP, resulta ser un argumento que llama la atención del regulado al no contemplar los verdaderos alcances del PP, considerándose a éste como la opción legal coercitiva permitida por Ley para recuperar las Contribuciones en mora y que, el sólo hecho de perder el proceso penal implica eliminar el mecanismo legal represivo por el cual se pretende recuperar contribuciones en mora por culpa del empleador.

En lo referente a los ***Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18*** *y* ***19,*** *el regulado señala que "siendo una copia del texto que corresponde al primer grupo de cargos descritos en el punto* ***3.1.1. a)*** *del presente memorial…, lo único adicional que su autoridad tomó como infracción y falta de diligencia es la falta de la Declaración Informativa Policial del o la Representante legal, cuyos argumentos también tiene intima* (sic) *y estrecha relación a la poca valoración de la prueba de descargo…sin aplicar la sana critica…"*

Asimismo, (en su ***inciso b****) invocando los artículos 285, 287 y 289 del Código de Procedimiento Penal – CPP, la AFP, señala que las denuncias no han merecido observación alguna, además que, la "declaración del denunciante, es un acto que no ha sido determinado por la norma mucho menos por el procedimiento", a lo cual, cita el artículo 14 - IV de la Constitución Política del Estado.*

Además, expresa (en su ***inciso c)*** *"…la falta de Declaración Ratificatoria del Denunciante la atribuye como NEGLIGENCIA Y FALTA DE DILIGENCIA, para lo cual corresponde únicamente ratificarse en el fundamente del inc. b) que antecede, toda vez que al no ser la Declaración Informativa de la Denunciante un acto procesal propio del denunciante o víctima, cuyos argumentos ya fueron expuestos en el memorial de denuncia, no puede considerarse como un acto procesal obligatorio…".*

Al respecto, de lo expresado por el regulado se corrobora el hecho que efectivamente el denunciante no prestó su declaración informativa policial en los procesos penales inherentes a los ***Cargos,*** *pretendido desvirtuar los mismos con el argumento de que dicho acto procesal no es obligatorio ni tampoco se encuentra respaldado por normativa alguna, lo cual no es cierto ni evidente.*

La ***SSCC 1036/2002-R de 29 de agosto****, señala que: "el procedimiento ordinario del juicio penal tiene tres etapas: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio*

propiamente dicho oral y público. A su vez, cada Etapa está integrada por sub etapas claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iníciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria".

La primera fase de la Etapa Preparatoria, es decir, los actos iníciales o de investigación preliminar, de acuerdo al artículo 300 CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, establece: "Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía, deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, la Policía remitirá a la Fiscalía los antecedentes y objetos secuestrados, salvo que el fiscal disponga en cualquier momento su remisión".

Como parte de las investigaciones preliminares, el artículo 295 (Facultades) del CPP, señala: "Los miembros de la Policía Nacional, cuando cumplan funciones de policía judicial, en el marco de las disposiciones establecidas en este Código tendrán las siguientes facultades: 1) Recibir las denuncias levantando acta de las verbales, así como las declaraciones de los denunciantes;…". Por otra parte, el artículo 82 del CPP, establece: "La intervención de una persona como querellante no la exime de la obligación de declarar como testigo en el proceso", disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 194 del mismo cuerpo legal que señala: "Toda persona será capaz de atestiguar, inclusive los funcionarios policiales respecto a sus actuaciones; el juez valorará el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Bajo ese contexto normativo, se evidencia que la declaración informativa del denunciante, no se trata de un capricho o imposición del Ente Regulador, y que efectivamente es un acto obligatorio establecido por el ordenamiento jurídico penal. Asimismo, el considerar (la AFP) que se trata de un "acto absurdo o intrascendental" no es motivo suficiente para justificar su incumplimiento, además dicha apreciación por demás subjetiva, es incorrecta, puesto que al ser la declaración informativa policial del denunciante, un acto de aportación de hechos, introducido en las investigaciones preliminares, está dirigido a obtener (conjuntamente otros) del Fiscal su convencimiento sobre la participación del imputado en el hecho punible, habida cuenta que, recibidas las actuaciones policiales, el Fiscal mediante resolución fundada, puede rechazar la denuncia, querella o actuaciones policiales, disponiendo su archivo, cuando: 1) Resulte que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no ha participado en él; 2) No se haya podido individualizar al imputado; 3) La investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación; y 4) Exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso (artículos 301 y 304 del CPP).

La AFP, al argumentar que ha cumplido con la sola presentación de la denuncia y que en su calidad de denunciante, al "no generar responsabilidad alguna", no tendría que prestar su declaración informativa policial, salvo que el Fiscal cite formalmente al representante legal (¿?), confunde y desconoce, la normativa penal y la normativa de pensiones.

Al efecto, la participación de la AFP en el proceso penal no es un hecho casual, deviene del cumplimiento a la ley, así lo establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, de Pensiones, en concordancia con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, consiguientemente, su participación en el PP es de carácter obligatorio y no acaba con la sola presentación de la denuncia, deberá participar activamente en su condición de parte acusadora, realizando los actos de aportación de hechos (entre los que se encuentra la declaración informativa policial) en forma oportuna y obligatoria, puesto que (dichos actos) asumen una doble función correlativa: en la primera etapa (Preparatoria), la de preparar el juicio oral y público mediante la comprobación de la notitia criminis, y determinar el hecho punible y su presunto autor; mientras que en la otra, tiene como exclusiva función lograr la convicción para que el Tribunal dicte una sentencia de condena.

En ese sentido, el tratadista Moreno Catena sostiene que "las partes acusadoras ocupan la posición activa en el proceso penal, instando, durante la fase de instrucción, la práctica de las diligencias que sean necesarias para preparar el juicio y la adopción de las medidas precisas a ese fin, y formulando la acusación contra una persona determinada una vez abierto el juicio oral, habida cuenta de que no puede haber condena sin acusación".

Por lo tanto, al ser un acto de aportación de hechos, la declaración informativa policial es obligatoria de acuerdo a la normativa legal expuesta precedentemente, su incumplimiento, denota falta de diligencia, impericia y negligencia de parte de la Administradora, perjudicando el normal desarrollo del PP y sus efectos.

La AFP, en su memorial de recurso, señala sobre ***el punto 3.2.2.****, lo siguiente:* ***a)*** *"Nuevamente es necesario ratificar los argumentos del inc. b) del punto 3.2.1. sobre la obligatoriedad de la Declaración Ratificatoria en el Proceso Penal, sin embargo, en este punto, su Autoridad amplia* (sic) *la falta de diligencia con una circunstancia negativa traducida en influir perjudicialmente en la Imputación y/o Acusación…".*

Como se expuso precedentemente, la declaración informativa policial del denunciante se trata de un acto procesal obligatorio, y no así, de un acto que puede renunciar la parte acusadora a su libre albedrío o conveniencia, como erróneamente arguye el regulado.

De lo expuesto, y de las normas legales citadas precedentemente, se infiere que la declaración informativa policial del denunciante, como acto obligatorio, es un acto de aportación de hechos, que tiene por finalidad introducir los hechos necesarios al proceso para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener conjuntamente otros actos de hecho o de prueba, del Fiscal su convencimiento, habida cuenta que, recibidas las actuaciones policiales, el Fiscal conforme a los artículos 301, 302 y 304 del CPP, mediante resolución fundada, puede imputar formalmente el delito atribuido o puede rechazar la denuncia, querella o actuaciones policiales.

Sobre el respecto la R.M.J. *078/2013 ha expresado lo siguiente "…, el no haber prestado su declaración informativa y al no haber aportado mayores elementos a la*

investigación, ha dado lugar a que la Administradora de Fondos de Pensiones, haya demostrado una falta de diligencia y demora dentro de los procesos penales iniciados."

*La AFP, en respecto al punto 3.2.2. inciso **b),** señala lo siguiente: "…ello mereció una anterior fundamentación en el punto 3.1.2. inc. b), en el que con mayor argumento se expuso cual era el objeto del Proceso Penal, es decir el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la sanción al autor del mismo y no un procedimiento para la recuperación de sumas liquidas exigibles como lo es el Proceso Coactivo Social". Asimismo, expresa: "…entre los preceptos para aplicar el Rechazo, no se encuentra la falta (de) declaración del Denunciante, toda vez que ese acto procesal, responderá a la ponderación y valoración objetiva de todos los elementos de prueba…".*

Al respecto, la noción del objeto del Proceso Penal no aparece definida y menos indicada en el ordenamiento jurídico penal boliviano; sin embargo, siguiendo la teoría romanista de la acción y de las fuentes de las obligaciones, el artículo 14 del CPP, establece: "De la comisión de todo delito nacen: la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes".

El precepto es claro, en sentido de que del delito o presunto hecho delictivo nace el derecho de la acción o de acceso al proceso, para poder obtener, dentro de él, una resolución fundada, motivada y congruente sobre las pretensiones que en él se deduzcan, las cuales son la pretensión penal y la pretensión civil.

Ahora bien, respecto a la materia, el artículo 20 (Cobranza Judicial) del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece: "Los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal". Asimismo, el artículo 345-I Bis del CP, señala: "Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, en relación con las Contribuciones o Aportes Solidarios no pagados, más los intereses y recargos si correspondiese quedando extinguida la acción penal".

En esa línea, el artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, la GPS (transitoriamente la AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

En ese ámbito legal, no queda (sic) *dudas del fundamento del PP y su importancia en el SIP, tratándose de un medio legal (entre otros) para la recuperación de las Contribuciones en mora, aspecto que erróneamente desconoce la AFP, como el hecho de que la falta de diligencia repercute negativamente en la causa penal y naturalmente los fines que persigue, y que no sólo se limita a la sanción del autor del delito sino además a la recuperación efectiva de las contribuciones al SIP indebidamente apropiadas.*

Asimismo, en cuanto al rechazo de la denuncia, querella o actuaciones policiales de parte del Fiscal, señalado por el artículo 304 del CPP, es evidente, que la norma no señala de forma expresa que procederá (el rechazo) por la falta de declaración informativa del denunciante o querellante, aspecto que jamás fue afirmado por el Ente Regulador, como tampoco el hecho de que por falta de declaración informativa se procederá al archivo de obrados en sujeción al artículo 27 del CPP, como manifiesta la AFP a través de una interpretación sesgada, lo que se afirma es que el "omitir prestar la declaración informativa por la AFP restringe a que el PP se lleve de forma prolija" pero además "se constituirá en una limitante para el avance del proceso", hechos inobjetables, en virtud a que dicho actuado procesal tiene el carácter de obligatoriedad, que se trata de un acto de aportación de hechos, que tiene por finalidad introducir los hechos necesarios al proceso para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento.

Además, es menester aclarar, que la declaración informativa policial no se trata de un simple acto de ratificación de denuncia como afirma el regulado, ya que si bien es cierto, que el denunciante o querellante podría limitarse a la "ratificación de la denuncia o querella", no es menos cierto, que a través de ese acto procesal se puede aportar valiosa información o elementos conducentes al conocimiento de la verdad (sic) *historia del hecho delictivo, claro está que para algunos, de forma errónea se trata de un acto intrascendental de simple reiteración de los términos de la denuncia, olvidando que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras. En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.*

Por otra parte, en su memorial de recurso, en su ***punto 3.2.3 respecto a la preterintencionalidad,*** *la Administradora señala: "Una declaración ratificatoria del denunciante, no influye de ninguna manera en la promoción de la acción penal, toda vez que la presentación del memorial de denuncia es un acto legal previsto por el Art. 17 y 184 del CPP…". Asimismo, dice: "En síntesis, nuevamente su Autoridad a* (sic) *expresado su voluntad caprichosa de sancionar a FUTURO DE BOLIVIA sin respaldo legal alguno…".*

Al respecto, en lo que corresponde a la declaración informativa policial, es un acto procesal obligatorio, conforme al artículo 295 inciso 1) del CPP (en concordancia con los artículos 82 y 194 del mismo cuerpo legal) para los miembros de la policía y de diligencia obligatoria prestar por la AFP; lo cual implica, que este acto procesal debe llevarse adelante independientemente a que el denunciante considere equívocamente que se trata de un hecho irrelevante y sin transcendencia, cuando en realidad se trata de un acto real de diligencia administrativa.

A cuyo efecto, contrariamente a lo expresado por la AFP, en el Proceso Penal, Cargo N° 20, el representante del Ministerio Público, Fiscal de Materia Dr. José Hernán Gutiérrez Moscoso, Requirió en fecha 06 de enero de 2012, lo siguiente:

"***El Ministerio Público***, *conforme los Arts. 45 numeral 1) y 76 de la Ley No. 2175, lo previsto por los Arts. 70, 277, 289 y última parte del Art. 298 del Código de Procedimiento Penal, en ejercicio de la Dirección Funcional;* ***Ordena al Director de la FELCC de Cochabamba proceda a la asignación de un investigador al caso particular, a quien se le instruye proceder y ejecutar las diligencias necesarias a fin de colectar elementos de convicción sobre la existencia del hecho y la individualización e identificación del o los posibles autor o autores de los ilícitos denunciados, debiendo***:

- *Practique* (sic) *las órdenes de citación expedidas en forma oportuna en contra del denunciado, querellado o testigo.*
- ***Recepcione*** (sic) ***en forma detallada y cronológica la declaración informativa de la víctima.***
- *Recepcione* (sic) *las declaraciones informativas a los posibles testigos presenciales del hecho así como de otras personas que presenciaron y conozcan las circunstancias del hecho y sus antecedentes.*
- *Practique* (sic) *los requerimientos que se expidiera a los fines de la investigación, así como colectar cuanta información sea conducente a la averiguación de la verdad histórica de los hechos, a cuyo fin esta Oficina Fiscal, emitirá las ordenes y requerimientos correspondientes.*

Conforme a la previsión contenida en el Art. 300 de la Ley No. 1970, se dispone que el investigador deberá concluir con la investigación preliminar en el plazo de QUINCE días y dentro las 24 HORAS siguientes, remitir al Ministerio Público el Informe correspondiente. ***Se advierte al Investigador asignado, que los plazos procesales son improrrogables, perentorios y de estricto cumplimiento, conforme prevén los Arts. 130, 135 y 300 de la Ley No. 1970".***

Finalmente, el denunciante o querellante debe coadyuvar y aportar información con relación al hecho investigado, a fin de acumular mayores indicios y elementos de prueba a esta investigación, caso contrario se procederá conforme al Art. 304 del Código de Procedimiento Penal (rechazo de la denuncia). *Notifíquese".*

Bajo ese contexto, queda claro que se trata de una actividad procesal obligatoria de parte del denunciante (AFP) y que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación conforme al artículo 302 del CPP.

Asimismo, se debe tener presente que, el artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, que señala: "Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención". Ello significa que la norma fija un plazo máximo de veinte (20) días para que concluya las investigaciones preliminares, dentro de los cuales el denunciante o víctima (AFP), debe prestar su declaración informativa policial, lo contrario, importa una conducta negativa, impidiendo el normal desarrollo del PP.

A su vez la R.M.J. 078/2013, para estos Cargos ha determinado el razonamiento siguiente "… las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta antes de la presentación de la

acusación por el Fiscal ante el Juez de Instrucción en lo Penal, se encuentran en la obligación de querellarse y participar dentro del juicio oral.

… independientemente de la figura que haya utilizado la AFP para dar inicio a los Procesos Penales, al ser representantes de sus Asegurados, éstos no sólo se encuentran en la obligación de poner en aviso de un supuesto delito a las autoridades competentes, sino de participar dentro de éstos, comportándose en todo momento como un buen padre de familia, es decir que …, en todo momento deberán velar por la protección y resguardo de los intereses de sus Asegurados, debiendo para ello realizar cuantas acciones legales correspondan, para recuperar de los empleadores, los aportes que se encuentran en mora.

… a su vez, están obligadas a presentar su declaración informativa y ratificarse en cada uno de los puntos de su denuncia, que si bien el Código de Procedimiento Penal, no haría referencia a la obligación de la declaración del denunciante, en la práctica cotidiana, la declaración del denunciante es el primer acto solicitado por el Fiscal de Materia en etapa investigativa, ya que conforme a la declaración del denunciante se tienen los primeros elementos de convicción para dar luego a la declaración del sindicado.

… entonces, el no haber prestado su declaración informativa y al no haber aportado mayores elementos a la investigación, ha dado lugar a que la Administradora de Fondos de Pensiones, haya demostrado una falta de diligencia y demora dentro de los procesos penales iniciados."

***Respecto al Cargo N° 20**, la AFP en el memorial de su recurso **(punto 4)** señala: "Si bien es cierto que existió una Resolución de rechazo que sin intencionalidad no fue objetada en su oportunidad, también es cierto que la empresa que corresponde a éste cargo cuya razón social es UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A….regularizó todos los periodos en mora en consecuencia en fecha 09/03/2.013 se presentó el memorial de desistimiento…".*

Evidentemente, conforme a la fotocopia del memorial presentado en fecha 09 de marzo de 2013, adjunto al memorial de Recurso de Revocatoria de 19 de marzo de 2013, se evidencia que la AFP desistió de la acción penal iniciada en contra Rubén Darío Orgaz Fernández, representante legal de la Empresa "UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A.", empero, esta circunstancia o motivo no puede considerarse como un justificativo válido para desvirtuar el Cargo, referente a la falta de actividad probatoria en el PP de parte del regulado, extremo determinante para la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, Resolución que, por otra parte, no fue objetada por la Administradora siendo su deber inexcusable, dando lugar al archivo de obrados.

*Debe precisarse que, la obligación que tiene la AFP respecto a los Procesos Penales, deviene de un imperativo legal, artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, **obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad**. Consecuentemente, no existe la posibilidad de considerar la cancelación de los periodos apropiados al SIP de parte del denunciado, como un acontecimiento determinante para enervar el Cargo, atendiendo que este suceso*

(desistimiento) se presentó con posterioridad a los hechos que motivaron precisamente el Cargo.

En lo que respecta a la aplicación del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, observado por el regulado en su ***punto 5 del memorial de recurso****, corresponde sobrecartarnos al análisis anteriormente ya realizado en el presente acto.*

En su memorial de recurso ***(punto 6),*** *la Administradora, manifiesta sobre la "vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en su elemento fundamental de la motivación de las resoluciones administrativas sancionatorias".*

El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle de ser oído y hacer valer sus pretensiones legitimas frente al juez. El debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios, y contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas realizada fuera de los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios.

La SSCC N° 269/05-R de 29 de marzo; SSCC N° 731/00-R de 27 de julio; SSCC N° 1234/00-R de 21 de diciembre y SSCC N° 775/02-R de 02 de julio, expresaron lo siguiente: "…las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en las que a las personas se les atribuya aplicando un procedimiento previsto en la ley y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de jueces garantizar el respeto a esta garantía constitucional".

Asimismo, la SSCC N° 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas".

Al respecto, la R.A.69-2013, cumple a cabalidad la exigencia de la motivación, uno de los elementos configurativos del debido proceso, puesto que, conforme a su texto y estructura se evidencia del cumplimiento de los requisitos esenciales (SSCC 0871/2010-R de 10 de agosto): a) Determina con claridad los hechos atribuidos, b) Contiene una exposición clara de los aspectos facticos pertinentes, c) Describe de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Describe de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por la parte, e) Valora de manera concreta y explicita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio especifico (sic) *a cada uno de ellos de forma motivada, f) Determina el nexo de causalidad.*

Empero, el regulado aduce que no existió una valoración de todos los descargos presentados, paradójicamente, no precisa que prueba o que medio de prueba presentado no ha sido valorado o por lo menos considerado, lo cual, no deja dudas que la Resolución Administrativa impugnada contiene una valoración correcta y objetiva de todas y cada una de las pruebas de descargo presentada por la Administradora.

En cuanto a que la Resolución motivo de impugnación no analizó la "realidad" del país sobre los cambios y movimiento de los Fiscales, Jueces y Policías que derivan en un cierto retraso en las investigaciones, resulta ser una afirmación errónea, puesto que de la lectura de la misma se advierte que, dentro del análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal también se analizó (sic) *otros derivados del eje central, en ese sentido se ponderó la conducta y accionar de las autoridades competentes e inclusive aspectos ajenos al propio Órgano Jurisdiccional, Ministerio Público y Policía Nacional, como las acefalias* (sic), *renuncias y otras circunstancias que inciden negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia; pero además se ponderó la conducta del regulado en el Proceso Penal, como actor acusador, sujeto esencial en el PP. En consecuencia se efectuó un estudio integral de cada caso en particular.*

Por otro lado, el regulado señala que los argumentos contenidos en la Resolución carecen de legalidad, puesto que, no se ha considerado que la "declaración informativa ratificatoria del representante legal de Futuro de Bolivia S.A." es un acto procesal no previsto en la norma ingresando así en una flagrante violación del debido proceso respecto a la legalidad de la prueba.

La afirmación efectuada por la AFP carece de veracidad, puesto que, conforme se manifestó anteriormente, la "declaración informativa del denunciante" denominada incorrectamente como "declaración informativa ratificatoria", es un acto procesal obligatorio que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su

tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación.

Acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Ministerio Público a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012 (antes artículos 45 numeral 1 y 76 de la Ley N° 2175), y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007). Acto procesal que conforme a la normativa antes citada, no es ajeno al Proceso Penal, como arguye el regulado, consiguientemente, no existe la supuesta violación al debido proceso.

Finalmente, la R.M.J. 078/2013 refrendando la motivación anterior ha expresado "…si el Fiscal ordenó la declaración de la denunciante, este acto debió ser realizado de manera inmediata a la presentación de la denuncia y no así un mes después de haberse presentado la misma.". Por otro lado se tiene establecido que "Conforme se tiene anotado, el término de los seis meses para la ampliación de la etapa preparatoria se da una vez presentada la imputación y en los casos donde exista varios sindicados y en los que por su complejidad lo amerite, sin embargo de ello, este argumento no puede ser usado como justificativo para la desatención y negligencia de la AFP, en la etapa preliminar misma que tiene una duración máxima de 20 días de iniciada la prevención, conforme dispone el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 007" . "En cuanto al desistimiento presentado como descargo,… es posterior a la Resolución de Rechazo…, por lo que la presentación de éste, no tiene relevancia cuando el Juez ya ha declarado el rechazo de la causa, un año antes de la presentación del desistimiento."

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de la fundamentación desarrollada en el Considerando anterior, es necesario precisar que en atención al principio de verdad material se tiene que, para los procesos penales señalados en los ***Cargos N° 12, 14*** *y* ***18****, la AFP a través de su representante legal prestó la declaración informativa policial oportunamente, es decir antes del inicio del presente proceso administrativo sancionatorio, lo que no libera sin embargo de la sanción por las otras conductas imputadas. En ese entendido, corresponde ajustar la multa impuesta en proporción a los descargos presentados en esta instancia.*

En virtud a lo expuesto anteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha presentado fundamentos suficientes que permitan desestimar totalmente la sanción impuesta, por lo que corresponde confirmar parcialmente la R.A.69-2013.

CONSIDERANDO:

Que en lo referente al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Resuelve Segundo de la R.A.69-2013, se tiene la siguiente evaluación:

a) Casos con Recepción de Declaración Informativa.- *Para los Cargos detallados más abajo, esta Autoridad con las facultades que le confiere la norma y en búsqueda de la verdad material ha verificado la realización de la diligencia requerida (Declaración), que exprese el cumplimiento de la obligación establecida en la R.A.69-2013.*

Cargo N° 7.-

Denunciado: Elías Vaca Sánchez - SERVICIOS FUNAC TV SRL*: Memorial presentado por la AFP en fecha 18 de marzo de 2013, sobre* ***solicitud*** *de recepción de declaración informativa y, la reasignación inmediata de investigador.*
Al respecto, la solicitud de declaración informativa del denunciante, (el regulado) la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.
Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Elías Vaca Sánchez - SERVICIOS FUNAC TV SRL.*

Cargo N° 10.-

Denunciado: Armando Serrano Vaca - JUPAULUI IMPORT EXPORT*: Memorial presentado en fecha 18 de marzo de 2013, sobre* ***solicitud*** *de recepción de declaración informativa y, la reasignación inmediata de investigador.*

La solicitud de declaración informativa del denunciante, la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Armando Serrano Vaca - JUPAULUI IMPORT EXPORT.*

Cargo N° 12.-

Denunciado: Aurelio Lavayen Seda Reyda - LAVAYEN & ASOCIADOS LTDA*: La Administradora manifiesta que acompaña el* ***Acta*** *de Declaración Informativa prestada por el denunciante.*

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 22 de diciembre de 2011.

Cargo Nº 13.-

Denunciado: Alfredo Parada Alvis - COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO*: La AFP indica que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial solicitando al Fiscal se conmine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.*

*La **solicitud** de declaración informativa del denunciante de fecha 18 de marzo de 2013, la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.*

*Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Alfredo Parada Alvis - COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO.*

Cargo N° 14.-

Denunciado: Juan Bernabé Medinaceli Valencia - INGENIO AZUCARERO CUATRO AS S.A.*: La Administradora manifiesta que acompaña el **Acta** de Declaración Informativa prestada por el denunciante.*

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 16 de diciembre de 2011.

Cargo N° 17.-

Denunciado: Víctor Hugo Chávez Menacho - FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE*: La Administradora argumenta que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial **solicitando** al Fiscal se conmine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.*

Al respecto, la solicitud de declaración informativa del denunciante, el regulado la efectúa acogiéndose a los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; además señala que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

*Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Víctor Hugo Chávez Menacho - FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE.*

Cargo N° 18.-

Denunciado: José Alberto Ribera Irusta - FERRERE BOLIVIA SRL*: El regulado argumenta que cuenta con declaración y que el empleador procedió a regularizar su mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del desistimiento en el proceso, que fue presentada en fecha 03 de octubre de 2012.*

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 09 de diciembre de 2011.

Cargo N° 19.-

Denunciado: Claudia Liliana Rodriguez Espitia - LAGRO SRL*: La Administradora argumenta que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial* ***solicitando*** *al Fiscal se conmine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.*

De la fotocopia del memorial, se evidencia que la solicitud de declaración informativa del denunciante, el regulado la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; además, aduce que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Claudia Liliana Rodriguez Espitia - LAGRO SRL.*

b) Casos con Desistimiento.- *Respecto a los siguientes Cargos, con la presentación del Desistimiento, la persecución penal ha culminado.*

Cargo N° 8.-

Denunciado: Francisco José Miguel Gonzales - LOGICATI*: Argumenta que el empleador procedió a regularizar todos los periodos en mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del* ***desistimiento*** *en el proceso que fue presentado en fecha 27 de septiembre de 2012.*

Efectivamente, el memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, se trata de un desistimiento de la acción penal, acto procesal que fue evaluado oportunamente al momento de la imputación del Cargo. Por lo que al presente encontrándose desistido el PP, ya no corresponde la realización de la diligencia de la Declaración Informativa Policial.

Cargo N° 18.-

Denunciado: José Alberto Ribera Irusta - FERRERE BOLIVIA SRL*: El regulado argumenta que cuenta con declaración y que el empleador procedió a regularizar su mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del desistimiento en el proceso, que fue presentada en fecha 03 de octubre de 2012.*

De la fotocopia del memorial presentado en fecha 03 de octubre de 2012, se evidencia que se procedió al ***desistimiento*** *del proceso penal. Acto procesal, que fue evaluado oportunamente al momento de la imputación del Cargo. Por lo que al presente encontrándose desistido el PP, ya no corresponde la realización de la diligencia de la Declaración Informativa Policial.*

Cargo N° 20.-

Denunciado: Rubén Darío Orgaz – UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A.*: El regulado con nota FUT.APS.AL 0487/2013 de 06 de marzo de 2013 argumenta que, el empleador ha pagado la* (sic) *contribuciones en mora, por lo que no corresponde realizar la conversión de acciones; por tanto finalizada la persecución penal.*

De la evaluación del presente caso y la documentación adjunta, se tiene que la persecución penal ha concluido, por lo que no amerita la acreditación de la obligación impuesta.

c) Caso con Objeción a la Resolución de Rechazo.- *De acuerdo al estado y plazos del PP y sin perjuicio de la obligación cumplida, se requiere la presentación del Requerimiento Fiscal emitido por el Fiscal Departamental.*

Cargo N° 11.-

Denunciado: Arturo Vega Soria - SERVI & TRANSBOL SRL*: La AFP señala que el Fiscal Carlos Montaño Álvarez mediante Resolución de 05 de octubre de 2012 emitió Resolución de Rechazo de denuncia, que fue* ***objetada*** *mediante memorial presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, sin que a la fecha el Fiscal haya emitido la Resolución jerárquica* (sic) *correspondiente.*

Evidentemente, el Fiscal de Materia – Dr. Carlos Montaño Álvarez, en fecha 05 de octubre de 2012, procedió a rechazar la denuncia, Resolución que señala: "…de acuerdo al avance de las investigaciones dentro del proceso penal se cuenta con la declaración ampliatoria de la víctima". Asimismo, en sus conclusiones y fundamentación jurídica expresa: "Del análisis de todos los antecedentes, actuaciones policiales y procesales colectados, se establece que en el curso de las investigaciones no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación, ya que de acuerdo a la documentación cursante en el cuadernillo de investigaciones hace presumir un abandono del presente proceso penal, ***ya que la parte denunciante (AFP) no se apersonó mas*** (sic) ***ante las dependencias de la FELCC ni del Ministerio Público, para coadyuvar con la presente investigación****, por lo que jurídicamente se evidencia la ausencia de uno de los elementos esenciales del tipo penal, como que* ***no haya aportado elementos suficientes para fundar su acusación****".*

A ello, por memorial presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, la AFP objeta la Resolución de Rechazo de denuncia.

Que en consideración a los fines y propósitos que tiene esta APS, se ha efectuado la evaluación de las actuaciones realizadas y presentadas por la AFP, en atención a las obligaciones previstas en los parágrafo II e inclusive III de lo resuelto en el SEGUNDO de la R.A.69-2013.

Que en ese sentido, de la evaluación objetiva a la documentación presentada y las razones y circunstancias expuestas por Futuro de Bolivia S.A. AFP se tiene que, el regulado ha cumplido la obligación de prestar la declaración informativa para los Cargos 7, 10, 12, 13, 14, 17, 18 y 19. Con relación al resto de los Cargos, esta Autoridad toma nota de la situación procesal en la que se encuentran éstos procesos penales, a efectos de su consideración para la atención a la obligación impuesta.

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas como uno de los fundamentos que contiene la R.M.J. 078/2013 que anula el procedimiento administrativo hasta la R.A.561-2013 inclusive, ha expresado lo siguiente "… se ha constatado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención,

incumplimiento así como su deber de buen padre de familia con sus Afiliados, hecho que no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad, ya que en ningún momento, el Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente, dar continuidad a los procesos penales, ni tampoco ha hecho referencia, a cual fuera la consecuencia mayor que se hubiera causado, ya que si bien la misma estaría expresada en la ***vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria****, por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a momento de adoptar una decisión, corresponderá* (sic) *fundamentar cada uno de estos aspectos y debe establecer, sí en el presente caso ha existido preterintencionalidad, y de no existir la misma no corresponderá la calificación de infracciones como leve; sino más bien de gravedad levísima en el marco de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997."*

Que a fin de desarrollar la motivación correspondiente, respecto a lo expresado por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas (sic) *en la R.M.J.078/2013, es pertinente hacer alusión al Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones, relativo al Régimen de las Sanciones y Recursos, que establece:*

> "***Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*
>
> *a) Gravedad máxima; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.*
> *b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.*
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera* ***preterintencional*** *y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*
> *d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada* ***sin intencionalidad*** *y* ***no exista daño*** *para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado." (Las negrillas son nuestras)*

Que de lo anterior se establece la existencia del marco legal vigente para la calificación de la gravedad de la sanción, estableciéndose para cada gravedad los elementos típicos que la componen, los cuales luego del examen y análisis con la conducta antijurídica incurrida, serán adecuados y calificados según corresponda por el Ente Regulador.

Que la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73, consagró el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual sólo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir no realizar

algo o cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que sigue a la infracción del precepto.

Que bajo ese criterio jurídico, analizando la presente controversia, se tiene que los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, se tratan de disposiciones que vienen a constituir la praeceptum legis. Por su parte, el artículo 285 del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, señala que "…los transgresores a las normas contenidas en la Ley de Pensiones, su reglamento y demás disposiciones reglamentarias, serán pasibles a sanciones impuestas por la Superintendencia"; este aspecto configura la sanctio legis

Que la R.M.J.078/2013 con relación a la preterintencionalidad observada para el presente caso, ha expresado también lo siguiente "… para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero: ***la acción u omisión voluntaria del sujeto, y el segundo: que la acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso, tenga consecuencias mayores a la prevista****."*

Que a fin de motivar el presente acto administrativo y a la vez dar atención a lo establecido en la R.M.J.078/2013, es pertinente hacer mención a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, sobre la preterintencionalidad, que ha señalado:

> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto…, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. …*
>
> *La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad:* ***a)*** *El propósito de cometer un delito determinado;* ***b)*** *La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido;* ***d)*** *La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y* ***e)*** *La calificación legal del hecho según el resultado.*
>
> *Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo No.24669 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*
>
> *De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad* ***puede darse no solo por una conducta dolosa*** *(acción),* ***sino también por una actitud culposa u omisiva****." (Las negrillas son nuestras)*

Que de lo expresado anteriormente y lo que se tiene establecido la R.M.J.078/2013, se realiza el siguiente análisis que ahora nos ocupa:

*Para los Cargos N° **1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18** y **21**.*

*a) **El propósito de cometer un delito determinado.-** Aquí cabe acudir al significado de la culpa, tanto la denominada consciente o con representación, como la inconsciente o sin representación. La culpa consciente se da cuando el agente representa el resultado, pero espera que no se produzca, confiando en que podrá evitarlo; en tanto que en la culpa inconsciente por el contrario, no ha existido esa representación; y por último, si el agente representándose el resultado, no se detiene en su acción u omisión, asintiendo en sus consecuencias, se estará en el campo del culpa consciente. Es por ello, que Jiménez de Asúa, refiriéndose a este aspecto dice: "veremos que este resultado producido, mayor que el que tuvo intención de causar, se imputa a título de culpa, abarcando en esta consagrada denominación, sus dos conocidas formas (inconsciente y consciente)."*

*Ahora bien, en el presente caso para los Cargos N° **1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18** y **21**, el regulado tenía representado el resultado que iba a ocasionar; sin embargo en un comportamiento omisivo a la norma legal, no mantuvo movimiento procesal diligente en los PP imputados; por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que la falta de movimiento procesal diligente genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados a momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.*

Resulta evidente que, hasta aquí no se tiene advertido que como resultado de la infracción exista beneficio para la AFP o de personas relacionadas a ésta; sin embargo, no es menos cierto que al no estar en movimiento los PP, provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Finalmente, se debe tener presente que la voluntad (negativa) se debe de apreciar fundamentándolo en los medios empleados o no para la comisión de la infracción, y si éstos son adecuados (razonablemente) para producir el resultado. Al respecto, corresponde expresar que en el presente caso la AFP en los PP sancionados no ha empleado todos los medios y mecanismos procesales que tenía a su disposición y sabía ésta para mantener los procesos de forma continua y diligente en defensa de los intereses de sus Afiliados. Es decir que, la inactividad procesal es constitutiva de infracción por omisión, porque el "no hacer" algo que la AFP se encuentra obligada, retrasa la recuperación de los adeudos a la seguridad social e inclusive poniendo en riesgo su cobrabilidad, repercutiendo directamente y con el respectivo perjuicio para los Asegurados y el sistema mismo de pensiones.

b) ***La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente.-*** *La conducta sancionada a la AFP fue porque no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP y que, como consecuencia de la conducta antijurídica se tiene generado un resultado mayor al previsto, cual es retardar la recuperación de los adeudos e impedir que éstos puedan acreditarse y ser considerados a momento de otorgarse una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes, provocando de esta manera perjuicio manifiesto, y la dificultad en el acceso a una prestación o beneficio.*

c) ***La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido.-*** *Sobre el respecto se constata la relación de causalidad ya que la infracción y las consecuencias derivadas de ésta son atribuidas a la AFP, pues ésta por mandato de Ley tiene en primer lugar la obligación de iniciar los PP y, en segundo lugar el deber de proseguir el proceso hasta la finalización de forma continua y diligente, considerando que es la entidad que representa los intereses de los Asegurados quienes se ven perjudicados por la mora del empleador.*

Es decir que un obrar diligentemente en los PP por quien está encargado de recuperar aportes en mora y a la vez otorgar en base a estos recursos una pensión, demuestra el nexo de causalidad en el que ve inmiscuida directamente la AFP. Pues, es resultado producido por la falta de movimiento procesal al que por norma estuvo obligado el regulado tiene su efecto en la vulneración a la norma y que genera consecuencias negativas a los Asegurados y al sistema mismo de pensiones.

d) ***La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido.-*** *Queda claro que los afectados directamente por la infracción sancionada es el sistema mismo de pensiones y los Asegurados al SIP (o Derechohabientes según corresponda), a quienes su empleador les dedujo un porcentaje de su salario para la Seguridad Social y que, al no ser pagadas habrían sido objeto de apropiación indebida.*

e) ***La calificación legal del hecho según el resultado.-*** *Sobre este aspecto se tiene que la calificación del hecho responde a las características que tiene la conducta imputada y la adecuación de ésta a la normativa infringida, la cual se tiene vulnerada por la falta de movimiento procesal en los PP y que, no solamente a* (sic) *ocasionado como resultado el incumplimiento normativo sino que a* (sic) *ocasionado perjuicio directo a los Asegurados y Derechohabientes y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

Para los Cargos N° ***7, 8, 10, 11, 13, 17*** *y* ***19****.*

a) ***El propósito de cometer un delito determinado.-*** *Ahora bien, en el presente caso para los Cargos N°* ***7, 8, 10, 11, 13, 17*** *y* ***19****, el regulado tenía representado el resultado que iba a ocasionar; sin embargo en un comportamiento omisivo a la norma legal, no mantuvo movimiento procesal diligente en los PP imputados; pero además se tiene que, el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa,*

imprescindible para el avance del proceso misma que tiene por objeto ratificar los términos de la denuncia sobre el hecho delictivo y formalizar la presencia del denunciante en la investigación. Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado (sic) *desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que la falta de movimiento procesal diligente y no prestar la declaración informativa correspondiente genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados a momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.*

Resulta evidente que, hasta aquí no se tiene advertido que como resultado de la infracción exista beneficio para la AFP o de personas relacionadas a ésta; sin embargo, no es menos cierto que al no estar en movimiento los PP y no prestar la declaración informativa correspondiente, provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Finalmente, se debe tener presente que la voluntad (negativa) se debe de apreciar fundamentándolo en los medios empleados o no para la comisión de la infracción, y si éstos son adecuados (razonablemente) para producir el resultado. Al respecto, corresponde expresar que en el presente caso la AFP en los PP sancionados no ha empleado todos los medios y mecanismos procesales que tenía a su disposición y sabía ésta para mantener los procesos de forma continua y diligente en defensa de los intereses de sus Afiliados. Es decir que, la inactividad procesal es constitutiva de infracción por omisión, porque el "no hacer" algo que la AFP se encuentra obligada, retrasa la recuperación de los adeudos a la seguridad social e inclusive poniendo en riesgo su cobrabilidad, repercutiendo directamente y con el respectivo perjuicio para los Asegurados y el sistema mismo de pensiones.

b) ***La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente.-*** *La conducta sancionada a la AFP fue porque no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP y no prestar la declaración informativa correspondiente, desembocando como consecuencia de la conducta antijurídica un resultado mayor al previsto, cual es retardar la recuperación de los adeudos e impedir que éstos puedan acreditarse y ser considerados a momento de otorgarse una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes, provocando de esta manera perjuicio manifiesto, y la dificultad en el acceso a una prestación o beneficio.*

c) ***La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido.-*** *Sobre el respecto se constata la relación de causalidad ya que la infracción y las consecuencias derivadas de ésta son atribuidas a la AFP, pues ésta por mandato de Ley tiene en primer lugar la obligación de iniciar los PP y, en segundo lugar el deber de proseguir el proceso hasta la finalización de forma continua y diligente, considerando que es la entidad que representa los intereses de los Asegurados quienes se ven perjudicados por la mora del empleador.*

Es decir que un obrar diligentemente en los PP por quien está encargado de recuperar aportes en mora y a la vez otorgar en base a estos recursos una pensión, demuestra el nexo de causalidad en el que ve inmiscuida directamente la AFP. Pues, es resultado producido por la falta de movimiento procesal y la falta de la declaración informativa al que por norma estuvo obligado el regulado tiene su efecto en la vulneración a la norma y que como administrador, genera consecuencias negativas a los Asegurados y al sistema de pensiones.

d) ***La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido.-*** *Queda claro que los afectados directamente por la infracción sancionada es el sistema mismo de pensiones y los Asegurados al SIP (o Derechohabientes según corresponda), a quienes su empleador les dedujo un porcentaje de su salario para la Seguridad Social y que, al no ser pagadas habrían sido objeto de apropiación indebida.*

e) ***La calificación legal del hecho según el resultado.-*** *Sobre este aspecto se tiene que la calificación del hecho responde a las características que tiene la conducta imputada y la adecuación de ésta a la normativa infringida, la cual se tiene vulnerada por la falta de movimiento procesal en los PP y la falta de la declaración informativa correspondiente, que no solamente a* (sic) *ocasionado como resultado el incumplimiento normativo sino que a* (sic) *ocasionado perjuicio directo a los Asegurados y Derechohabientes y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

Para el Cargo N° ***20****.*

a) ***El propósito de cometer un delito determinado.-*** *En el presente caso para el Cargo N°* ***20****, el regulado tenía representado el resultado que iba a ocasionar; sin embargo en un comportamiento omisivo a la norma legal, la AFP no aportó pruebas a la investigación lo que influenció en la Resolución de Rechazo a la denuncia N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012 emitida por la Fiscal, que tuvo como sustento la falta de elementos para poder respaldar la imputación. Asimismo, se ha constatado que la AFP no ha objetado la señalada Resolución, cuando se halla en la obligación como buen padre de familia de impugnar cuanta resolución sea contraria a los intereses del Asegurado, lo que dio lugar a que el PP sea archivado y consiguientemente extinguida la acción penal, con la cual regulado debía recuperar lo adeudado por el empleador.*

Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado (sic) *desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que el no aportar pruebas a la investigación y el no haber objetado la Resolución de Rechazo a la denuncia genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados a momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.*

Resulta evidente que, hasta aquí no se tiene advertido que como resultado de la infracción exista beneficio para la AFP o de personas relacionadas a ésta; sin embargo, no es menos cierto que con los hechos ahora sancionados provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Finalmente, se debe tener presente que la voluntad (negativa) se debe de apreciar fundamentándolo en los medios empleados o no para la comisión de la infracción, y si éstos son adecuados (razonablemente) para producir el resultado. Al respecto, corresponde expresar que en el presente caso la AFP en los PP sancionados no ha empleado los medios y mecanismos procesales probatorios que tenía a su disposición para colaborar con la investigación y propender a una imputación contra el empleador, pues el regulado sabía que en los PP la carga de la prueba corresponde a quien denuncia algo y está obligado a probarlo (Principio procesal penal onus probando actore); asimismo habiéndose rechazado la denuncia la AFP no impugna demostrando así su asentimiento con lo resuelto por la fiscal. Por lo que se concluye que, la infracción es constitutiva de omisión, porque el "no hacer" algo que la AFP estás (sic) *obligada, retrasa la recuperación de los adeudos a la seguridad social e inclusive poniendo en riesgo su cobrabilidad, repercutiendo directamente y con el respectivo perjuicio para los Asegurados y el sistema mismo de pensiones.*

Que en conclusión se tiene que, como lo establece la R.M.J.078/2013, las infracciones sancionadas se constituyen en infracciones por omisión, al haberse determinado que los PP observados se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia y desatención.

Que sobre el carácter preterintencional de la conducta no diligente de la AFP en los PP, ha sido constatado porque se tiene generado un resultado el cual ha trascendido mas (sic) *allá de lo que podía realmente querer la AFP, cual es que los aportes adeudados no puedan ser acreditados en las Cuentas Personales de los Asegurados y tengan dificultades y disminución a momento de obtener una prestación o pago de la seguridad social, como consecuencia del retraso e inactividad de la AFP en los PP.*

Que como lo establece la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, para imputar preterintencionalidad debe haber al menos una actitud culposa u omisiva. Tal como se tiene desarrollado en párrafos anteriores, en el presente proceso estos aspectos se han adecuado a la conducta imprimida por la AFP, al omitir llevar los PP con la diligencia debida en todas sus actuaciones que le exige la norma procesal y administrativa. Asimismo, la AFP en una actitud de culpa consciente y conociendo el propósito de diligencia que le impone la norma, no consideró en su magnitud real los efectos y trascendencia de su inactividad procesal; pues la inactividad demostrada expresa una voluntad de dejadez y abandono de la causa, cuando es la AFP quien ha iniciado y tomado la iniciativa en la persecución penal contra el empleador moroso.

Que no se debe olvidar que la iniciativa de la instauración de la acción penal por la AFP lo respalda un deber legal, pero que el mismo además se ve retribuido por el

pago de una comisión que percibe el regulado por la administración y representación de los intereses del (sic) *sus Afiliados y los Fondos. Pero, la AFP en los PP sancionados pese a tener el mandato legal y el pago de una comisión, en una actitud omisiva no tuvo la voluntad y el propósito de promover diligentemente los PP demostrado expresamente desatención en los procesos judiciales.*

Que en virtud a lo expuesto, queda descartada la posibilidad de que las infracciones sancionadas a la AFP puedan adecuarse a gravedad levísima; pues si bien no se tiene determinado el daño objetivo a los Fondos o los Asegurados; sin embargo se tiene presente que la AFP pese al imperativo legal, el pago de la una comisión por los servicios como una contraprestación por los servicios que ofrece, entre ellos el iniciar y sostener los procesos judiciales del SIP, no se a (sic) *desenvuelto en éstos como un buen padre de familia generando consecuencia negativas al sistema de pensiones y sus beneficiarios.*

Que finalmente, la instancia jerárquica ante procesos administrativos sancionatorios instaurados contra las AFP, por infracción a la normativa de pensiones relativa a la falta de diligencia y cuidado en procesos judiciales (inactividad procesal) para la recuperación de la mora, habría considerado el impacto que tenían estos casos procesados aprobando la calificación de la sanción y su gravedad correspondiente impuesta por el regulador, ratificándose además en el monto de la sanción pecuniaria.

Que a continuación se detallan algunos procesos administrativos sancionatorios firmes en sede administrativa y con Resolución Jerárquica, como precedentes:

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 057/2013 de 11-09-2013.***
  Cargos confirmados por la RMJ:
  Cargo N° 1 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 2 - Proceso Coactivo Social

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2012 de 20-11-2012.***
  Cargos confirmados por RMJ:
  Cargo N° 1 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 3 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 4 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 7 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 8 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 9 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 10 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 11 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 12 - Proceso Ejecutivo Social

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2012 de 23-10-2012.***
  Cargos confirmados por RMJ:
  Cargo N° 1 - Proceso Ejecutivo Social

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 061/2012 de 23-10-2012.***
  Cargos Confirmados por RMJ:
  Cargo N° 2 – Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N° 3 - Proceso Ejecutivo Social

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente ha presentado fundamentos que posibilitan cambiar parcialmente la ratio legis de la R.A.69-2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en consecuencia, se confirma parcialmente el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 16 de enero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013 , argumentado lo siguiente:

"…***I. CONSIDERACIONES PREVIAS.***

Previo a ingresar al análisis y fundamentación de los agravios sufridos por ésta irregular Resolución Administrativa motivo de impugnación jerárquica, es preciso considerar que la misma, antes de CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa de primera instancia, es decir la APS/DJ/DPC/N° 069-2013 de 23 de enero de 2013, en revisión del Recurso de Revocatoria interpuesto contra dicha Resolución Administrativa, desde la página 6 a la 42, reitera nuevamente los argumentos de la imputación de cargos, realizando una presunta nueva valoración a cada prueba de descargo que ya anteriormente fueron señaladas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561/2013 de 20 de Junio de 2013 y que fuera dejada sin efecto mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 078/2013 de 12 de noviembre de 2013; motivo por el que amparados en el derecho y principio de impugnación de resoluciones previsto en el art. 180.11 de la CPE que al mismo tiempo forma parte sustancial del debido proceso en su triple dimensión, me permito exponer nuevamente los fundamentos que desvirtúan la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 069-2013 de 23 de enero de 2013.

II.DE LA INADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

1. Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21.

La cita textual que se realizó en el Recurso de Revocatoria a las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011-R de fecha 11 de Octubre y la SSCC 0510/2010-R de

12 de Julio, obedeció a que su autoridad, bajo parámetros analógicos, pueda realizar una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva.

Para ello, debió tener en cuenta el siguiente texto de las citadas Sentencias Constitucionales ***"...sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (...) <u>así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia</u> (el subrayado es nuestro);*** *es decir que fuera de los repentinos cambios de fiscales, jueces e investigadores, también se encuentran la recargada labor de cada representante del Ministerio Público, como otra circunstancia que incide negativamente en el desarrollo del Proceso Penal, mas* (sic) *aun si se toma en cuenta que entre los cargos imputados figura un Proceso Penal que, a la presente fecha, se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi; una jurisdicción que guarda bajo su competencia a una gran cantidad de pueblos, cantones y comunidades que requieren la presencia de la señora Fiscal en aquella provincia, para el que también debió considerarse la distancia entre esta jurisdicción y aquella, el transporte, la falta de recursos humanos en el Ministerio Público y otros que serán expuestas más adelante.*

2. <u>Respecto a los Cargos N° 1 y 3.</u>

Si bien es cierto y evidente que en ambos casos, existió una pausa procesal por el tiempo que señala ésta Resolución Administrativa, sin embargo FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP no tomó en ningún momento una actitud pasiva ante la presunta "desaparición del cuaderno de investigación" sino que enterados de ello, se presentaron en ambos casos en el mes de noviembre dos memoriales solicitando, al Fiscal Velásquez en el cargo 1 y al Fiscal Departamental en el cargo 2, la puesta a la vista de ambos cuadernos de investigación, pero en ninguna de ellas logramos obtener respuestas o requerimientos que satisfagan nuestras pretensiones o solicitudes; he allí la circunstancia negativa que su Autoridad debió tener en cuenta al momento de emitir la resolución hoy impugnada, es decir la negativa de ambas autoridades de otorgarnos una respuesta pronta y oportuna, debido a su recargada labor -según personal subalterno- por ello queda claro que no podemos presentar prueba material de esta irregularidad, más que los memoriales recepcionados, porque por un sentido común estos actuados al momento de salir del despacho fiscal, saldrán con una fecha que se enmarque dentro las veinticuatro horas previstas por ley, quedando injustificadas nuestras peticiones.

Ahora bien debe tenerse en cuenta que ambos cargos imputados y sancionados, corresponden a Procesos Penales iniciados a causa de una mora presunta que será otro fundamento más adelante para enervar los argumentos de la resolución hoy impugnada.

3. <u>Respecto al Cargo Nº 4.</u>

Éste es un proceso penal que se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi del departamento de La Paz, en el que existieron varios fiscales que asumieron la Dirección Funcional de las Investigaciones, y si bien es cierto que las pruebas valoradas por su autoridad fueron escazas, ello se debió a que al momento de intentar presentar cada memorial o inclusive verificar el nuevo investigador que habría sido designado al caso, la Fiscalía Departamental de La Paz nos informaba que el Fiscal habría sido cambiado de destino o, en alguna ocasión que nos apersonamos ante la localidad de Quime, que el fiscal no se encontraría en esa localidad porque tenía un Juicio Oral en Sica Sica, que es la provincia más cercana que tiene una Tribunal de Sentencia; una Inspección Ocular en Colquiri, etc.; es decir que el Fiscal siempre se encontraba con alguna diligencia en alguna otra localidad o comunidad de la misma Provincia.

Pero, reitero, también esa ausencia de actuados, se debió a los cambios y rotación de Fiscales que sufrió este asiento jurisdiccional; tal es así el caso que para el conocimiento de esta denuncia fueron designados los siguientes fiscales: Dr. Carlos Javier Flores (Fiscal de Sica Sica en suplencia legal de Quime), Carlos Escalante, Lenny Rojas y por ultimo (sic) *Janeth Usnayo, sin dejar de lado el tiempo que les tomaba a los tres primeros realizar el inventario de casos o el tiempo que la Fiscalía General demoraba en la asignación de un nuevo Fiscal a ese asiento jurisdiccional, circunstancias que su autoridad evidentemente no valoró por falta de prueba material que es cierto, toda vez que a su criterio la nota de solicitud realizada al Fiscal Departamental de La Paz para que nos sea proporcionada un Certificado sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en aquel asiento jurisdiccional de Quime - Prov. Inquisivi, no era suficiente para demostrar este extremo, debido a que no se habría presentado la respuesta a dicha solicitud, que no fue a causa de voluntad propia, sino debido a que el Fiscal Departamental no emitió ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, porque debía atravesar previamente por el conocimiento de todos esos fiscales y el departamento de recursos humanos, siendo esa la última noticia que se tuvo de esa solicitud.*

4. <u>Respecto a los Cargos 9, 15, 16.</u>

En todos ellos, se presentaron como pruebas de descargo las notas de Solicitud de Certificaciones de movimientos rotatorios a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, pero todas ellas fueron desechadas y consideradas como carentes de valor por su autoridad, con el único argumento que no se habría presentado la respuesta a dichas solicitudes; pero escapa a nuestra responsabilidad que la Fiscalía Departamental de Santa Cruz no hayan emitido ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, mucho menos nos hayan proporcionado una copia de la respuesta a esa solicitud a pesar de los constantes reclamos que hicimos al respecto.

Es innegable que las respuestas hubieran tenido un mayor efecto en la decisión adoptada por su autoridad, pero también debió haberse considerado las

circunstancias sociales, los constantes cambios de fiscales en el Ministerio Público que a diario repercuten en los casos de relevancia social y conocimiento público, por ello es que Eduardo Couture, asevera que, "el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad". Ratificada en la SSCC 0143/2012.

LUEGO DE ESTA IRREGULAR VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE DESCARGO, EL ENTE REGULADOR PASA A CONSIDERAR Y SATISFACER, SUPUESTAMENTE, LOS FUNDAMENTOS DE LA R.M.J 078/2013, los que a continuación serán desvirtuados y rebatidos de forma ordenada y sistemática, pero cuya aclaración corresponde, debido al orden motivacional que la Propia Resolución Administrativa acoge.

III. ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 1180-2013 POR VULNERAR EL DERECHO AL JUEZ NATURAL COMPETENTE y EL PRINICIPIO DE NO REFORMATIO in PEIUS.

1. El Derecho al Juez Natural Competente.

Como un derecho tutelado por la garantía del debido proceso, comprende a aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme a territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; así lo ha identificado el Tribunal Constitucional Plurinacional en su SCP 0097/2013 de 17 de Enero entre muchas otras.

Nuestra norma en materia Administrativa así como sus disposiciones reglamentarias, han dejado de lado y omitido referirse a los lineamientos y principios a los que deben acomodar sus actuaciones las autoridades de recursos, para lo que es necesario aplicar la norma supletoria en materia jurídica como es del Derecho Civil. A tal efecto es necesario hacer cita a lo dispuesto por el Art. 236 del Código de Procedimiento Civil sobre la Pertinencia de la Resolución emitida por la Autoridad de Segunda Instancia ***"El auto de vista deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que hubiere sido objeto de la apelación y fundamentación a que se refiere el art. 227, excepto lo dispuesto en la parte final del art. 343"***

2. Principio constitucional de No Reformatio in Peius.

Por último cabe hace (sic) *cita a la ratio decidendi de la SC 1545/2010 - R de 25 de Octubre, que interpretando el alcance de la normativa antes descrita hace mención al postulado constitucional de la "no reformatio in peius" señalando lo siguiente: "Estos amplios poderes otorgados al Tribunal de alzada, tienen una limitación fundamental, referida a la prohibición de reforma en perjuicio, la cual consiste en la prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos que no ha mediado apelación de su adversario. La reformatio in peius, es una máxima derivada del principio de defensa y se traduce en la prohibición de que la administración revoque o modifique un acto recurrido, menos aún, para agravar la sanción, razonar de una forma diversa, daría lugar a la coacción a los procesados, quienes se verían compelidos a la no presentación de recursos*

administrativos bajo la amenaza cierta de aplicárseles una sanción mayor" (...)En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la SC 0189/2004-R de 9 de febrero, ha establecido: "el límite de la actuación del juez o tribunal de alzada, se encuentra regulado en la norma del art. 236 CPC, cuando a tiempo de referirse a la pertinencia de la resolución, se establece que el auto de vista deberá circunscribirse a los puntos resueltos por el inferior y que hubieran sido objeto de apelación y fundamentación de los agravios sufridos; de lo que se extraen dos límites, el primero se constituye en el contenido material de la sentencia o decisión final o puntos resueltos por el inferior, el segundo, se expresa en el recurso de apelación en el que se fundamenta las razones o motivos por los que se considera haber sufrido un agravio; en consecuencia, el órgano de apelación actúa dentro del marco de la resolución impugnada, así como del recurso fundamentado y concedido que expresa la pretensión del apelante"

Ahora bien, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 078/2013 al momento de considerar el argumento utilizado por el ente regulador señala: "...De lo transcrito se tiene que el ***Ente Regulador*** *considera la existencia de preterintencionalidad en todos los Cargos, debido a que:* ***"La AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones..."***

Sin embargo, la Resolución Administrativa hoy impugnada, apartándose por completo de los puntos resueltos por el inferior o de primera instancia, cambia por completo el fondo y calificación de la supuesta "infracción" sancionada en la Resolución Administrativa 069/2013 de 23 de Enero, y arbitrariamente califica la conducta de FUTURO DE BOLIVIA de la siguiente manera: ***"Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado*** (sic) ***desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que la falta de movimiento procesal diligente genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados al momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabiente".*** *Posteriormente, luego de realizar toda una cita de argumentos que más adelante serán desvirtuados, pasa de CONFIRMAR PARCIALMENTE La Resolución Administrativa 69/2013 de 23 de Enero.*

En conclusión, la Autoridad de Pensiones y Seguros al emitir la Resolución, hoy impugnada, asumiendo el rol de una Autoridad de Segunda Instancia o el de un Tribunal de Alzada que tiene bajo su conocimiento, en grado de revisión, la Resolución 069/2013 de 23 de Enero, agravó la situación de la AFP, reformando y cambiando la calificación inicial realizada por la autoridad regulatoria, por una de mayor gravedad con la única excusa de satisfacer los fundamentos de la Anulación de la Resolución Administrativa, atribuyéndose facultades que no son de su competencia y de esta manera desnaturalizar y vulnerar el derecho a un Juez Natural Competente tutelado por el art.

120 de la CPE y sobre todo, el principio del "no reformatio in peius". Cabe añadir que, en estricta sujeción a lo establecido por el art. 236 del CPC, esta autoridad regulatoria debió limitarse a aplicar y considerar los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica a la Resolución de Primera Instancia y el Recurso de Revocatoria, declarando la Nulidad o Anulabilidad del Acto Administrativo tal cual lo establece el art. 35 y 36 de la LPA, sin embargo, como se expuso, extralimitó sus funciones, reformando la calificación de la conducta inicial de la conducta en nuestro.

Por dichos argumentos le corresponde a la máxima autoridad ejecutiva del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la corrección del Procedimiento, y llamada de atención a la autoridad regulatoria, para que enmarque sus funciones bajo los parámetros establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional respecto al juez natural competente y el principio de la "no reformatio in peius"

IV. INCORRECTA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SEREFI 078/2013.

En el hipotético caso, que nuestra petición precedente no tenga la aceptación debida y sin perjuicio de las acciones constitucionales y ordinarias que la norma suprema nos prevea, a continuación pasamos a exponer los argumentos que acreditan la incorrecta apreciación normativa y aplicación del ente regulador de los que fueron expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica que, Anuló obrados hasta la Resolución Administrativa 561/21013 de 20 de Junio:

1. La Preterintencionalidad.

Está por demás claro que, durante todo este proceso administrativo sancionatorio, se han hecho cita de diferentes postulados respecto a la definición concreta de la PRETERINTENCIONALIDAD al que el ente regulador trata de subsumir la conducta de nuestra Administradora de Fondo de Pensiones, aplicando el art. 286 del D.S. 24469 de 17 de Enero de 1997; sin embargo para una mayor comprensión y lectura del presente recurso, haciendo cita del razonamiento expuesto por la Máxima Autoridad del Ministerio de Económica y Finanzas Públicas, vemos pertinente reiterar dichos postulados que, además constituyen la línea jurisprudencial en materia administrativa de cumplimiento obligatorio:

- *Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SEREFI* (sic) *RJ/59/2006 de 66 de Septiembre de 2006: "Se habla de preterintencionalidad cuando la* ***intención*** ***se ha dirigido a un determinado hecho,*** *pero se realiza uno más grave que el que ha sido* ***querido por el sujeto.*** *Esto es, que* ***el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente.*** *Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión del sujeto,* ***la intención dirigida a un determinado hecho dañoso*** *que por tanto es querido y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero* ***que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente,*** *y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable*

produciéndose un segundo resultado que va mas (sic) *allá de la intención del actor o en otras palabras, cuando el resultado siendo también previsible excede la intención del agente.*

- *Expuesto el precedente administrativo, se tiene entonces que para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero:* ***La acción u omisión voluntaria del sujeto y el segundo: que la acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso tenga consecuencias mayores a la prevista. (Las negrillas y subrayado es nuestra***(sic)***)***

Una Resolución de tal naturaleza que la emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, al igual que cualquier otra Resolución motivada y fundamentada, está compuesta por una parte que constituye el razonamiento obligatorio o ratio decidendi que se adopta respecto a las partes a quienes les corresponde dar cumplimiento estricto. Al respecto cabe hacer cita de lo siguiente:

- *...Que conforme loa* (sic) *anotado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hace referencia a* ***la obligación y deber de cuidado que deben tener las Administradoras de Fondos de Pensiones,*** *desde el inicio hasta la conclusión de los Procesos Penales del Sistema Integral de Pensiones,* ***hecho que NO corresponde a la preterintencionalidad,*** *sino a la* ***culpa,*** *que hace referencia a la omisión de la diligencia exigible a la AFP.*

- *Al respecto,* ***si bien se ha constatado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención, incumpliendo así su deber de buen padre de familia con sus Afiliados, hecho que <u>no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad</u>*** *ya que* ***<u>en ningún momento, en</u>*** (sic) ***<u>Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente, dar continuidad a los procesos penales, ni tampoco ha hecho referencia, a cual fuera la consecuencia mayor que se hubiera causado...</u>***

Antes de ingresar al análisis de la Resolución impugnada corresponde realizar algunas definiciones que el Diccionario de la Lengua Española otorgó a algunas palabras, que al parecer son desconocidas por el Ente Regulador:

a) ***INTENCION.-*** *Propósito de hacer o conseguir algo.*

b) ***QUERER.-*** *Tener la intención de poseer algo. II Decidir, tomar una determinación.*

Estos dos conceptos, que son el argumento esencial para que una conducta infraccionaría sea considerada como PRETERINTENCIONAL involucran tanto a la acción como a la omisión; toda vez que, puede darse la situación que una determinada persona determine con total ***<u>intención el propósito</u>*** *de consumar un acto delictivo o una infracción o, caso contrario, decide omitir o incumplir de forma* ***<u>intencional</u>*** *una facultad u obligación.*

Esta interpretación ha sido asumida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas al determinar que, la preterintencionalidad puede ser mediante acción u omisión, como un requisito o elemento constitutivo de la tipicidad de una conducta infraccionaría, sin embargo bajo ningún concepto hace argumentación alguna respecto a la CULPABILIDAD (DOLO O CULPA) como otro elemento constitutivo de la infracción o delito. Desconociendo éste razonamiento, el Ente Regulador de Alzada, al momento de realizar una nueva calificación y descripción de la supuesta "infracción" de FUTURO DE BOLIVIA, en su inciso a) de la página 44 señala: ***Aquí cabe acudir al significado de la CULPA;*** *es decir cometiendo los mismos errores que condujeron a la Anulación de la Resolución Administrativa 561/2013, vuelve a referirse a la CULPA como un requisito de la PRETERINTENCIONALIDAD, negándose a apreciar lo que la propia Autoridad Jerárquica señalo* (sic) *al establecer* ***"...hecho que NO corresponde a la preterintencionalidad,*** *sino a lo* ***culpa...", es decir que la CULPA queda excluida de la Preterintencionalidad.***

Más adelante, luego de realizar toda una conceptualización doctrinal sobre la CULPA CONSCIENTE E INCONSCIENTE, cambiando la calificación de la supuesta conducta infraccionaría de Resolución Administrativa 069/2013, recurrida de Revocatoria, califica nuevamente esta supuesta conducta infraccionaría de la siguiente manera que, para nuestros propósitos las separamos en dos grupos: ***"1.- Por lo que lo AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; 2.- ya que al saber que la falta de movimiento procesal diligente genera perjuicio o la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados al momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabiente"***

El punto 1 corresponde a un argumento que ya fue considerado y resuelto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas al establecer que ***"en ningún momento, en Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente dar continuidad o los procesos penales."*** *esta correcta apreciación que debió ser enmendado por el ente regulador con argumentos objetivos y contrastables, demostrando la voluntad e intención de nuestra Administradora de Fondo de Pensiones de omitir el cumplimiento de las normas previstas en los Arts. 106, 146 inc. i) y v) de la Ley 065 y art. 20 del D.S. 778 de 26 de Enero, no fue satisfecha; es decir que debió haberse demostrado que, el incumplimiento a la normativa descrita fue realizada de forma intencional con voluntad en la acción u omisión* ***y no referirse a la CULPA que formo parte de otro de los elementos constitutivos del delito o infracción.***

Al punto 2, es innecesario siquiera considerar este punto, debido a que ya desde el inicio el Ente Regulador ha equivocado la dirección de sus argumentos y ha asumido criterios que no corresponden a la preterintencionalidad, sin embargo, como única forma de refutar sus argumentos y destruirlos por completo cabe mencionar que, otro de los conceptos que componen la conducta que pretende ser objeto de sanción, es el ***DAÑO querido y agravado que, al mismo tiempo debe ser objetivo;*** *es decir que, al igual que un delito, la conducta infraccionaría* (sic) *debe tener tal connotación que modifique el*

mundo exterior y, peor aún, que lo modifique de tal manera que el daño ocasionado sea mucho mayor que el querido.

Cómo puede el regulador asegurar que los Afiliados han sido impedidos o perjudicados en sus prestaciones o beneficios del SIP, sino ha demostrado con prueba objetiva, idónea y suficiente este extremo, a sabiendas que, por el principio del "onus probandi actore", la carga de la prueba le corresponde al acusador, postulado constitucional que él mismo reconoce en su Resolución Administrativa hoy impugnada, mucho más aún si de forma contradictoria asume el siguiente criterio en la página 51: ***"...si bien no se tiene determinado el daño objetivo a los Fondos o Asegurados..."*** *limitándose así, a exponer conceptos y argumentos por demás subjetivos, con la única finalidad de Sancionar si o si a nuestra Administradora de Fondo de Pensiones.*

Incurre en mayor error, al momento de tratar de reunir y subsumir la irregular calificación de nuestra conducta a las características de la Preterintencionalidad descritas en la Resolución Ministerial Jerárquica SG SEREFI RJ 59/2006 sobre ***"la identidad del Sujeto Pasivo que debe ser víctima tanto del delito pretendido como del ilícito finalmente cometido"*** *señalando como víctima del hecho, al Sistema Integral de Pensiones que, es el denominativo legal que el legislador le ha otorgado a la Universalidad de Fondos que nuestra Administradora de Pensiones administra transitoriamente para la Seguridad Social de los afiliados; sin embargo desconoce por completo que el concepto de victima* (sic) *inmerso en nuestra normativa procesal penal, en su art. 76 donde se atribuye ésta calidad a todas las personas jurídicas y naturales que sufran una ofensa directa por el autor del ilícito y no a un conjunto de fondos patrimoniales, que si bien constituyen el pilar de un derecho fundamental como es la Seguridad Social, no pueden tener la calidad de víctimas o sujetos pasivos.*

Por último, concluyendo sus argumentos, el Ente Regulador manifiesta en su página 50 ***"...en conclusión se tiene que, como establece la R.M.J. 0748/2013***(sic) ***las infracciones sancionadas se constituyen en infracciones por omisión al haberse determinado que los PP observados se han llevado con dilaciones indebidas, Falta de diligencia y desatención".*** *Una apreciación por demás contradictoria a los argumentos de la R.M.J., porque califica las infracciones como OMISION, propia de la Preterintencionalidad, pero desconoce la conclusión de aquella Resolución Jerárquica cuando señala que* ***"si bien se ha constatado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención, incumpliendo así su deber de buen padre de familia con sus afiliados, hecho que <u>no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad</u>***…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DPC/Nº 7742/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con veintiún (21) cargos, correspondientes a igual número de procesos penales, en los que encontró indicios de incumplimiento a los artículos 106° y 149°, incisos i) y v), de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), y 20° del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, por falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatorias, produciendo -según la imputación- interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Sustanciados los cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolvió:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16** y **21**, con una multa de $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us8.000,00 (OCHO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19** y **20**, con una multa de $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us16.500,00 (DIECISEIS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA).

- Desestimar los **Cargos N° 2** y **6**.

Mediante memorial presentado el 19 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013, por cuyo efecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, resuelve en su artículo único, confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, "*quedando la redacción de la parte resolutiva de la siguiente manera:*

> "***PRIMERO.-*** *Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18*** *y* ***21****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo*

un total de $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) (…)

SEGUNDO.- I. *Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19*** *y* ***20****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us12.000,00 (DOCE MIL QUINIENTOS* (sic, debió decir *DOCE MIL) 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA)* (…)

TERCERO.- *Se desestima los* ***Cargos N° 2*** *y* ***6****...*"

En fecha 16 de enero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** recurrió en instancia jerárquica contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013, recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Corresponde traer a colación las determinaciones normativas que hacen al caso, conforme se relacionan a continuación:

- Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010:

  "…***Artículo 106 (COBRANZA).*** *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, aporte Nacional solidario y el Interés por Mora, el interés incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del proceso Penal* (…)

  Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)

  …j) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos (…)

  v) Prestar los Servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a buen padre de familia…"

- Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones, en lo relativo al Régimen de las Sanciones y Recursos):

  "…***Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*

a) Gravedad máxima; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera ***preterintencional*** *y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada ***sin intencionalidad*** *y* ***no exista daño*** *para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2. Valoración de la prueba.-

En principio, a los fines de establecer el ámbito al que se refiere la impugnación, cabe rescatar lo señalado por el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…*"

Con base en ello y de la revisión del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en concreto, de su **numeral II (*De la inadecuada valoración de la prueba*)**, los que así presentados, sin embargo de resultar alegatos específicos contra cada uno de los cargos que allí se señalan, permiten rescatar los elementos siguientes:

2.2.1. Ponderación de la conducta de las partes y de las autoridades que conocieron el proceso penal.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) impugna, en el numeral 1 del acápite II, de su Recurso Jerárquico, la determinación "*Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21*", dice que por "*inadecuada valoración de la prueba*", por no haber tenido en cuenta el Regulador, las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011-R de 11 de octubre de 2011, y SS 0510/2010-R de 12 de julio de 2011, en concreto, la disposición de las mismas en sentido que:

"*…sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (…) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia…*"

No obstante (y salvo una sucinta cuanto insuficiente referencia acerca del proceso penal que se sustancia en la localidad de Quime, infra mencionada), el numeral 1 del acápite II, del Recurso Jerárquico, no señala de qué manera las impugnadas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013 y APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013, incurrirían en una "*inadecuada valoración de la prueba*".

Por ello, revisada la resolución recurrida, se establece que el carácter común de las sanciones "*Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21*", es que todas ellas se encuentran agrupadas en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 (conforme a la redacción dispuesta por la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013), de la siguiente manera:

> "…***PRIMERO.-*** ***Sanciona*** *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18*** *y* ***21****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, a excepción de lo referido al cargo N° 14 (no mencionado en el Recurso Jerárquico y, por tanto, no controvertido), toda vez que los extremos sustanciales que hacen a los mismos han sido materia de análisis y determinación en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, y dado no existir un agravio que en términos concretos hubiera sido expresado por la recurrente en el numeral 1 del acápite II de su Recurso, debe concluirse que lo alegado en este último, conforme lo presenta **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, está referido a la imposición misma de la sanción (*Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21*), antes que a la ocurrencia misma de las infracciones.

En tal sentido, la recurrente ha afirmado que:

> "…*La cita textual que se realizó en el Recurso de Revocatoria a las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011-R de fecha 11 de Octubre y la SSCC 0510/2010-R de 12 de Julio, obedeció a que su autoridad, bajo parámetros analógicos, pueda realizar una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva*…"

Toda vez que el agravio, así expresado, es reiterativo del expresado a tiempo del Recurso de Revocatoria, es pertinente traer a colación lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013:

"…***a los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16*** *y* ***21****, la AFP señala que la APS habría concluido de una manera errada en cuanto a la valoración de la prueba y en especial sobre la aplicación de la sana critica* (sic)*, toda vez que no consideró la realidad expresando: "contantes movimientos, acefalias* (sic)*, rotaciones, suspensiones, renuncias tanto en el Órgano Judicial, Ministerio Público e inclusive la propia Institución Policial que obedecen a las constantes denuncias por retardación de justicia, actos de corrupción, etc., los que son de conocimiento público, circunstancias que evidentemente son ajenas a la voluntad de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP…". Asimismo, arguye que la "exposición precedente" ha sido asumida inclusive por el Tribunal Constitucional a momento de resolver incidencias al proceso que tenían por finalidad destruir la acción penal,* ***invocando la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre que ratifica la SSCC 0510/2010 – R de 12 de julio****. Concluyendo que el retraso y demora en la actividad procesal, se debió a circunstancias ajenas a la voluntad de la AFP, como es el cambio social, y que han sido tomados en cuenta por el más Alto Tribunal de Control de Constitucional.*

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, antecedente jurisprudencial de la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre, invocada por la AFP, resume que "la extinción de la acción penal solo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: 1) El transcurso del tiempo; y, 2) ***Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo****". Asimismo, expresa que conforme a la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción.*

Bajo esa lógica jurisprudencial, a los efectos del retraso o dilación procesal, se debe tomar en cuenta la valoración integral y concurrente de varios factores, aspecto también expresado en diferentes Sentencias Constitucionales (SSCC 0101/2004, SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, SSCC 1529/2011-R de fecha 11 de octubre); sin embargo, ***la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS****.*

Al respecto, corresponde señalar que ***el Ente Regulador conoce perfectamente de la realidad de Ministerio Público y del Órgano Jurisdiccional, "realidad" que ha sido valorada en todo su alcance a momento de emitirse la R.A.69-2013, siendo así que, de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente y correspondiendo lo señalado por el Ente Regulador a los datos que salen del expediente, se concluye en los extremos siguientes:

- Conforme la explicación y evidencia de lo mismo, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, "*una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva*" (así expresado en el Recurso Jerárquico), elementos entre los que se encuentran "*la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (…) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia*" (ídem, en reproducción de las Sentencias Constitucionales referenciadas).

- No obstante, a lo mismo se ha impuesto, la "***Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo*** (…) *la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS* (…) *de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado*" (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013).

Por consiguiente, el alegato en este sentido se encuentra injustificado.

2.2.2. Inexistencia de certificaciones del Ministerio Público.-

En los numerales 2, 3 y 4 del acápite II (*De la inadecuada valoración de la prueba*) de su Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** impugna lo extremos siguientes:

- "***Respecto a los Cargos N° 1 y 3*** (…)

  …se presentaron en ambos casos en el mes de noviembre dos memoriales solicitando, al Fiscal Velásquez en el cargo 1 y al Fiscal Departamental en el cargo 2, la puesta a la vista de ambos cuadernos de investigación, pero ***en ninguna de ellas logramos obtener respuestas o requerimientos que satisfagan nuestras pretensiones o solicitudes*** (…) *por ello queda claro que no podemos presentar prueba material de esta irregularidad, más que los memoriales recepcionados, porque por un sentido común estos actuados al momento de salir del despacho fiscal, saldrán con una fecha que se enmarque dentro las veinticuatro horas previstas por ley…*"

- "***Respecto al Cargo Nº 4*** (…)

- *…Éste es un proceso penal que se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi del departamento de La Paz, en el que existieron varios fiscales que asumieron la Dirección Funcional de las Investigaciones, y si bien es cierto que las pruebas valoradas por su autoridad fueron escazas, ello se debió a que al momento de intentar presentar cada memorial o inclusive verificar el nuevo investigador que habría sido designado al caso, la Fiscalía Departamental de La Paz nos informaba que el Fiscal habría sido cambiado de destino o, en alguna ocasión que nos apersonamos ante la localidad de Quime, que el fiscal no se encontraría en esa localidad* (…) *siempre se encontraba con alguna diligencia en alguna otra localidad o comunidad de la misma Provincia* (…)

  …la nota de solicitud realizada al Fiscal Departamental de La Paz para que nos sea proporcionada un Certificado sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en aquel asiento jurisdiccional de Quime - Prov. Inquisivi, no era suficiente para demostrar este extremo, debido a que ***no se habría presentado la respuesta a dicha solicitud*** (…) *el Fiscal Departamental no emitió ningún pronunciamiento que haya sido puesto a nuestro conocimiento…*"

- "***Respecto a los Cargos 9, 15, 16*** (…)

  …se presentaron como pruebas de descargo las notas de Solicitud de Certificaciones de movimientos rotatorios a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, pero todas ellas fueron desechadas y consideradas como carentes de valor por su autoridad, con el único argumento que no se habría presentado la respuesta a dichas solicitudes; pero escapa a nuestra responsabilidad que (…) ***no hayan emitido ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, mucho menos nos hayan proporcionado una copia de la respuesta a esa solicitud*** *a pesar de los constantes reclamos que hicimos al respecto…*"

  (En todos los casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Amén de las circunstancias especiales que importan cada uno de los casos referidos por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** (en el caso de los cargos N° 1 y N° 3, se trata de cuadernos de investigación extraviados, en el del cargo N° 4 se sustancia en la localidad de Quime, y en el de los cargos N° 9, N° 15 y 16, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra), no son precisamente los mismos los que han permitido la subsistencia de la imputación y su ulterior sanción, sino, como se señala en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013:

"…***Al Cargo N° 1.-*** (…)

…la APS valoró en toda su magnitud la prueba presentada por la AFP en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012,

ante el Fiscal de Materia Dr. Roger Velásquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que conforme a las fotocopias del cuaderno de investigación, sobre las últimas actuaciones procesales de forma cronológica se tiene al memorial de 10 de abril de 2012 (…), *posteriormente, la AFP por memorial de 27 de julio de 2012 solicita* (…) *fotocopias simples del cuaderno de investigación, que fue concedido por decreto de 30 de julio de 2012, y por último, el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, solicitud se ponga a la vista el cuaderno de investigación; antecedentes procesales que evidencian sin lugar a duda que* ***"por el período comprendido entre el 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, no existe actuado procesal alguno, y desde el 27 de julio al 09 de noviembre de 2012, tampoco existe gestión procesal alguna de parte del denunciante (AFP)"****, consiguientemente, el justificar que la falta de actividad procesal se debe al actuar del Ministerio Público o de las autoridades que conocieron el mismo, carece de respaldado material* (…)

Al Cargo N° 3.- (…)

…la APS ha analizado la prueba presentada en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante la Fiscal Departamental de La Paz Dra. Betty Yañiquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que el presunto extravió del cuaderno de investigación (…) *es un hecho reclamado recién el 09 de noviembre de 2012, cuyo antecedente inmediato es el memorial de 27 de julio de 2012 sobre solicitud de fotocopias simples, y el inmediato anterior el memorial de 26 de enero de 2012* (…)

…la R.M.J. 078/2013 (…) *ha determinado "…mediante memorial de fecha 26 de enero de 2012, la AFP subsana lo observado por la autoridad judicial, adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro efectuada, aclarando que el caso no registra proceso coactivo; 6 meses posteriores mediante memorial de* ***27 de julio de 2012****, la AFP solicita al Juez fotocopia simples del cuaderno de investigación."* (…)

Al Cargo N° 4.- (…)

…La nota que aduce el regulado es referente al Cargo N° 4 y no así al Cargo N° 5 como erróneamente señala en su memorial de 19 de marzo de 2013, y se trata de una solicitud de Certificación presentada en fecha 28 de diciembre de 2012 ante el Fiscal Departamental de La Paz (…) *La respuesta a dicha petición no fue presentada en calidad de prueba* (sic) *descargo desconociéndose su contenido, pero, en todo caso, la nota de referencia no desvirtúa el hecho que ante la paralización del PP, por motivos "aparentemente" atribuibles al Ministerio Público, correspondía a la AFP presentar el reclamo pertinente al Fiscal Departamental o ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional* (…)

…si bien estos hechos podrían ser considerados como verdaderos, ocasionando cierta demora que no sobrepasaría de dos o tres semanas; de ninguna manera una

*retardación procesal, de más de **nueve (9) meses**, como pretende hacer valer y justificar la Administradora de Fondos de Pensiones*(…)

*…se revela que la denuncia presentada data del **19 de octubre de 2011**, y la declaración de la denunciante y representante de la AFP es de fecha **26 de julio de 2012**, es decir, con un aplazamiento de más de nueve (9) meses posteriores…*

Por último, el hecho de que la representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, se apersone a prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar y, atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, nueve (9) meses después de presentada la denuncia, notoriamente demuestra desatención y descuido en cuanto a coadyuvar con la investigación preliminar se refiere (…)

Al Cargo N° 9.- (…)

…la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental (antes denominada de Distrito) se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta al petitorio no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido (…)

*…las mencionadas notas en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo, puesto que, **de una simple revisión de las fotocopias del cuaderno de investigación presentado por la AFP, se acredita que durante el periodo observado solamente intervino el Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez**, lo cual demuestra que la falta de impulso procesal no se debió a la supuesta rotación de varios fiscales como pretende hacer creer la Administradora* (…)

…si bien se ha presentado las notas de solicitud de certificación al señor Fiscal de Distrito de Santa Cruz, para que informe sobre la rotación de fiscales en la gestión 2012, la respuesta a dicha solicitud no fue presentada por la AFP en calidad de prueba, desconociendo el contenido de la misma.

…independientemente de que la AFP alegue la rotación de Fiscales como justificativo para su inactividad procesal, en ningún caso las mismas pueden alcanzar a los tres meses (…)

…***Al Cargo N° 15.-*** (…)

…la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido (…)

…en el supuesto que haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la

queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció (…)

…la AFP ante la falta de Fiscal en el PP por motivos rotación, cambio u otra causa, o ante la ausencia del investigador por nueva designación u otro motivo, que perjudiquen el normal desarrollo de la causa penal, no puede tener una conducta pasiva, todo lo contrario, tiene la obligación de acudir a las instancias pertinentes para evitar la paralización del PP, y no limitarse a justificar su accionar argumentando que se debió a las "circunstancias sociales" o "realidades" que imperan en el Ministerio Público (…)

…***Al Cargo N° 16.-*** (…)

…la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012; la respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido (…)

…ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponderá al denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció…"

Entonces, para la generalidad de estos casos (cargos Nros. 1, 3, 4, 9, 15 y 16) y a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria anterior, contrariamente a lo alegado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, allende de haberse tenido en cuenta la ocurrencia de la infracción misma, han sido considerados los descargos presentados como los propios fundamentos del Recurso señalado.

Empero además, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013, al hacer uso de frases o expresiones tales como: "*en todo caso*", "*de ninguna manera*", "*en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo*" o que "*corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció*", viene a determinar que, aún se hubieran obtenido y acreditado las certificaciones (a las que se refiere ahora el Recurso Jerárquico), lo mismo no contrariaría las diversas imputaciones, por cuanto, esta últimas importan plazos de tiempo amplios -durante los cuales se desarrollaron las infracciones-, en los que aún de existir las circunstancias señaladas ahora por la Administradora de Fondos de Pensiones, resultan irrazonablemente excesivos, y que por ello, justificaban actuaciones de reclamo aún más concretas, sobre las que no sólo no existe mención en los diversos recursos que conforman el expediente, si no que no cursa evidencia alguna, quedando en pretensiones infundadas.

Asimismo, debe tener presente la recurrente que, si bien la alta rotación de Fiscales, las distancias y el poco compromiso de algunos funcionarios de la administración de justicia (Ministerio Público incluido) con respecto a los procesos, son situaciones que se deben

considerar a momento de evaluar la controversia -como consta que se han considerado-, y que las mismas constituyen un factor que evidentemente se interpone en el desarrollo de un normal y positivo desenvolvimiento de la justicia, no es menos cierto que esta valoración no puede prescindir de considerar la inactividad procesal permanente en la que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** ha incurrido, independientemente de aquellos otros escenarios de los cuales afirma no ser responsable, lo que le compelía en sus debidas oportunidades, a hacer valer sus reclamos respecto a estas dilaciones, mediante los mecanismos que la Ley le confiere, sobre lo que no existe mayor constancia.

En tal sentido y a este respecto, corresponde dar razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en cuanto a su evaluación de los antecedentes asumidos.

2.3. Incumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013 de 19 de noviembre de 2013.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala que la Resolución ahora recurrida, "*agravó la situación de la AFP* (…) *debió limitarse a aplicar y considerar los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica a la Resolución de Primera Instancia y el Recurso de Revocatoria* (…) *extralimitó sus funciones, reformando la calificación de la conducta inicial de la conducta*" (Recurso Jerárquico, acápite III), y que "*califica las infracciones como OMISION, propia de la Preterintencionalidad, pero desconoce la conclusión de aquella Resolución Jerárquica cuando señala que* (…) *no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad*" (ídem, acápite IV), expresiones que ameritan el análisis que sigue a continuación.

2.3.1. Aclaraciones necesarias.-

A tiempo de exponer el alegato en el acápite III de su Recurso, la recurrente presenta el numeral 1, referido a "*El Derecho al Juez Natural Competente*", como parte de la garantía del debido proceso administrativo, a cuyo efecto inclusive, hace mención del artículo 120° de la Constitución Política del Estado; no obstante, cuando le toca fundamentar su pretensión, señala:

> "…*Nuestra norma en materia Administrativa así como sus disposiciones reglamentarias, han dejado de lado y omitido referirse a los lineamientos y principios a los que deben acomodar sus actuaciones las autoridades de recursos, para lo que es necesario aplicar la norma supletoria en materia jurídica como es del Derecho Civil. A tal efecto es necesario hacer cita a lo dispuesto por el Art. 236 del Código de Procedimiento Civil sobre la* <u>*Pertinencia de la Resolución emitida por la Autoridad de Segunda Instancia*</u> ***"El auto de vista deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que hubiere sido objeto de la apelación y fundamentación a que se refiere el art. 227, excepto lo dispuesto en la parte final del art. 343***…"

Por pertinente, corresponde dejar constancia que, coincidentemente con lo definido por la recurrente, por el derecho al juez natural (al que se entiende como un derecho humano, sin

perjuicio de hacer al debido proceso), las partes tienen derecho a conocer al juez que va a tramitar su proceso y en todo caso a quien lo va a resolver; tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado.

Ahora bien, establecido ello, la recurrente no es precisa en establecer de qué manera la Resolución Administrativa impugnada infringe el derecho señalado; no obstante, cuando el Recurso Jerárquico alude (haciendo mención de determinada norma del Código de Procedimiento Civil), a la *Pertinencia de la Resolución emitida por la Autoridad de Segunda Instancia*, viene mas bien a señalar una de las formas positivas en que se materializa el principio de congruencia, aquí manifiesto en la adecuación entre lo pedido y la decisión judicial contenida en el fallo.

En todo caso, dado el carácter sustancial al que se ha hecho referencia, lo aludido por la recurrente se entiende como aplicable al caso en un sentido más bien general, y de esa manera se tiene en la evaluación presente del Recurso Jerárquico.

Asimismo, corresponde dejar constancia que el principio de congruencia en fase recursiva (en materia administrativa), encuentra materialización positiva en la disposición del artículo 63°, parágrafo II -primera parte-, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

2.3.2.- La no reformatio in peius y la preterintencionalidad.-

Señala **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en su Recurso Jerárquico, en concreto en su acápite III, que:

> "…*la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 078/2013 al momento de considerar el argumento utilizado por el ente regulador señala: "...De lo transcrito se tiene que el* ***Ente Regulador*** *considera la existencia de preterintencionalidad en todos los Cargos, debido a que:* ***"La AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones..."***
>
> *Sin embargo, la Resolución Administrativa hoy impugnada, apartándose por completo de los puntos resueltos por el inferior o de primera instancia, cambia por completo el fondo y calificación de la supuesta "infracción" sancionada en la Resolución Administrativa 069/2013 de 23 de Enero, y arbitrariamente califica la conducta de FUTURO DE BOLIVIA de la siguiente manera:* ***"Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado*** (sic) ***desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que la falta de movimiento procesal***

diligente genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados al momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabiente…"

Es pertinente traer a colación lo que al efecto señala el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo):

> "…*II. La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,* ***sin que <u>en ningún caso</u> pueda agraviarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso***" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto además, se transcribe lo que al efecto se señala en *Principios de Derecho Administrativo* (publicación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas):

> "…*conforme se concibe doctrinalmente, la Administración, sea de oficio o por recurso interpuesto,* ***no puede agravar la situación del sancionado y que resultare del primer acto administrativo sancionador*** *emitido por la Autoridad a quo, debido a que si bien la Autoridad ad quem tiene competencia para revocar el acto en favor del recurrente, sin embargo, no puede modificar o revocar la parte o aspectos que le beneficien, toda vez que los recursos administrativos son pensados como una garantía para los administrados, y no pueden ser utilizados para agravar su situación, salvo el supuesto en que un texto legal expreso lo autorice.*
>
> *Por tanto, en materia administrativa sancionatoria, bajo ninguna circunstancia se posibilita el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, configurando así un derecho adquirido para la parte que se beneficia con la resolución sancionatoria.*
>
> *El Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 1863/2010-R 25 de octubre de 2010, ha determinado que:*
>
>> "…*La "reformatio in peius", es una máxima derivada del principio de defensa y se traduce en la* ***prohibición de que la administración revoque o modifique un acto recurrido****, menos aún, para agravar la sanción; razonar de forma diversa, daría lugar a la coacción a los procesados, quienes se verían compelidos a la no presentación de recursos administrativos bajo la amenaza cierta de aplicárseles una sanción mayor; consecuentemente, se puede concluir que en autos, el Tribunal Jerárquico, ha transgredido el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso*…"
>> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese la diferenciación que se hace en tal presupuesto, entre el acto recurrido en general, y la sanción impuesta, lo que determina que se infringe el principio de la no reformatio in peius, tanto por agravar la sanción propiamente dicha, como por modificar la resolución recurrida, siempre y cuando la misma agravie la situación inicial del recurrente.

Ahora, como en el diccionario del idioma español, se entiende al agravio como a la ofensa que se hace a alguien en su honra o fama con algún dicho o hecho, o inclusive, en el diccionario jurídico, se lo define como al "*Hecho o dicho que ofende en la honra o fama; La ofensa o perjuicio que se infiere a una persona en sus intereses o derechos; Mal, daño o perjuicio que el apelante expone ante el juez ad quem, por habérselo irrogado la sentencia del inferior*" (Enciclopedia Jurídica UNED), se debe concluir que el agravio al que hace referencia el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, no tiene que ser necesariamente material, no quedando por ello, limitado a la determinación sobre una sanción pecuniaria impuesta.

Tal criterio, entonces, es coincidente con el expresado por el Tribunal Constitucional (hoy Tribunal Constitucional Plurinacional), en la sentencia supra transcrita en lo pertinente, para concluir con precisión, en que constituye también infracción al no reformatio in peius, revocar o modificar un acto recurrido, independientemente de si con ello, se modifica también la sanción.

Se debe también dejar constancia que, lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, fue en su momento producto de un recurso de parte de la misma ahora recurrente, lógica que persiste al presente, por lo que, habiendo establecido el precitado artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), que "*en ningún caso*" pueda agraviarse la situación inicial (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), viene a resultar plenamente aplicable al caso de autos.

Ahora subsumidos tales criterios a los que establece la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013, y en compulsa de lo otra determinado por el suscrito en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, no puede sino concluirse en que han existido modificaciones por parte del Ente Regulador, las que no se encuentran debidamente justificadas, con la suficiencia para determinar si es que de ellas deviene o no un perjuicio en contra del recurrente, las que sin embargo, no pueden ser consideradas como simples apreciaciones subjetivas, dada su trascendencia constitucional, lo que las hace merecedoras de su consideración y resolución por parte de la Autoridad recurrida.

Asimismo y con respecto al criterio de preterintencionalidad al que se refiere -en lo fundamental- el Recurso Jerárquico en su acápite IV (sobre *Incorrecta interpretación y aplicación de los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica*), y que tiene que ver con la valoración del elemento culpa para la toma de la decisión (que no habría sopesado en la decisión jerárquica anterior empero sí en la actual), el alegato está referido también a la modificación que con ello habría operado en la decisión del suscrito, por parte del Ente Regulador en su decisión ahora recurrida, por lo que los criterios hasta aquí señalados, son extensibles al mismo, haciendo innecesario un mayor análisis, extremos que justifican el fallo que sale de la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin perjuicio de ello y a efectos de evitar un nuevo error a este respecto, se hace notar a la recurrida, el error -ahora intrascendente- existente en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, cuando en su artículo único, al

confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, dispone que esta última quede redactada de la siguiente manera:

> "…***SEGUNDO.-*** *I. Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19 y 20, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo,* ***haciendo un total de $us12.000,00*** *(****DOCE MIL QUINIENTOS*** (sic, debió decir *DOCE MIL*) *00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA)* (…)" (Las negrillas y en subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, el alegato de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** se encuentra plenamente justificado.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que, al haber la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, introducido en su fundamentación elementos modificatorios de aquellos que en su momento consideró el suscrito en el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, ha generado la legítima controversia referida a si en el caso se ha infringido la no reformatio in peius, en violación a los derechos constitucionales de la recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 1179-2013 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 036/2014 DE 22 DE MAYO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2014

La Paz, 22 de mayo de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013, que declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 029/2014 de 5 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 053/2014 de 12 de mayo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de enero de 2014, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Presidenta Ejecutiva, señora Guerta Hipatia Samur Rivero, tal como acredita el Testimonio Poder N° 1797/2013 de 18 de abril de 2013, otorgado por ante Notaría

de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013, que declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/191/2014, con fecha de recepción 21 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de enero de 2014, notificado en fecha 30 de enero siguiente, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 DE 10 DE OCTUBRE DE 2013.-

Mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013, recibida por la destinataria en fecha 15 siguiente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hizo presentes las siguientes solicitudes a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**:

> "…*Como resultado de la revisión de referencia* -se refiere a la *Revisión de Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV en Liquidación* (…) *por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013-, solicitamos se subsane y cumpla lo siguiente:*
>
> *1) Se incorpore* (sic) *controles automáticos en el sistema de contabilidad que procesa las transacciones del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV en liquidación de tal forma que reporten oportunamente la existencia de saldos negativos o contrarios a la naturaleza de las cuentas y se ajusten oportunamente los sobregiros contables.*
>
> *Esto en razón a que las Cuentas por Pagar, estuvieron sobregiradas el primer trimestre de 2013, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:*

BALANCES GENERALES DEL FONDO DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL DE VIVIENDA – FCIV
Del 31 de diciembre de 2012 al 30 de junio de 2013
(Cifras expresadas en Bolivianos)

DESCRIPCIÓN	30/06/2013	31/05/2013	30/04/2013	31/03/2013	28/02/2013	31/01/2013	31/12/2012
PASIVO							
Cuentas por pagar	1.444	1.545	1.943	(223)	(64)	(351)	–

2) *Provivienda S.A. deberá realizar las gestiones internas y externas mínimas en cuanto a plazos, actividades y procedimientos de registro para acreditar las cotizaciones en rezago de conformidad con las siguientes normas:*

   - *Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 2 de enero de 2008 referida a los "Criterios para acreditación de Cotizaciones en Rezago", modificada parcialmente por la Resolución Administrativa SPVS/IP N" 171 de 25 de febrero de 2008.*

   - *Resolución Administrativa AP/DPC/N° 180-2010 de 18 de agosto de 2010 referida a los "Criterios para la Acreditación de Rezagos".*

3) *De igual forma, se deberá realizar las gestiones mínimas establecidas en el Artículo 3 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 043-2011 de 27 de mayo de 2011 que aprueba el "Procedimiento de recaudación no aclarada para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y el Sistema Integral de Pensiones", complementada por la Circular APS/DPC/59-2011 de 1 de septiembre de 2011 referida a la "Identificación de la Solución de Recaudación No Aclarada".*

4) *Se instruye agilizar el proceso de acreditación o reclasificación de la Cuenta de Patrimonio "Recaudación en Proceso" a las restantes cuentas patrimoniales, debido a que la cuenta, presenta un ligero comportamiento descendente del 1,16% al 31 de diciembre de 2012 al 0,99% al 30 de junio de 2013, lo cual no es compatible con la naturaleza transitoria de la cuenta de patrimonio "Recaudaciones en Proceso".*

5) *Se instruye realizar las gestiones necesarias en cuanto a plazos, actividades y procedimientos relativos a la devolución de Cotizaciones en Exceso, de conformidad con la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 280 de 10 de julio de 2001 referida a la "Devolución de Contribuciones Pagadas en Exceso".*

6) *Se inicien las acciones procesales en el plazo de ciento veinte (120) días calendario desde que se constituyó en mora, tal como lo prevé el Art. 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante D.S. N° 0778 de 26 de enero de 2011, aplicables a) FCIV por efecto de los Arts. 12 y 13 del Decreto Supremo 25958 de 21 de Octubre de 2000.*

7) *En consideración al Art. 390 del Código de Comercio aprobado por Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, se instruye agregar a la denominación del "Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV", el aditamento "en Liquidación".*

Consiguientemente, se instruye a Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A., remitir a esta Autoridad, las aclaraciones documentadas que considere pertinentes y/o un cronograma de implementación de las siete

recomendaciones precedentes, en el plazo cinco (sic) *(5) días hábiles contados a partir de la recepción de la presente nota…*"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

En atención a que mediante memorial presentado en fecha 22 de octubre de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** solicitó "*se sirva consignar en RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA debidamente fundamentada y motivada el Instructivo APS/DESP/DPC/UO/8351 de 10 de octubre de 2013*", la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013, determinó:

"…***PRIMERO.-*** *Se consigna en Resolución Administrativa la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, la cual forma parte indivisible de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- *En atención a la solicitud de Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A., en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente, la Entidad regulada deberá remitir a esta Autoridad las aclaraciones documentadas que considere pertinentes y/o un cronograma de implementación de las siete (7) recomendaciones realizadas mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013…*"

Los fundamentos para tal determinación son los que a continuación se transcriben:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

…para la emisión de la presente Resolución Administrativa es necesario detallar los siguientes antecedentes:

La nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013, surge como resultado de:

- *La revisión de gabinete de los Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV en Liquidación, enviados mensualmente por Provivienda S.A. Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, los cuales fueron revisados en cumplimiento al:*

  a) *Programa Anual de Operaciones de la Dirección de Prestaciones Contributivas de esta Autoridad.*

  b) *Incisos b) y d), cláusula cuarta del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios de Consultoría Individual de Línea N°046/2013 de 4 de abril de 2013.*

c) *Los Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV" remitidos mensualmente por Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes a esta Autoridad.*

- *El alcance de revisión abarcó los Estados Financieros de Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV correspondientes al período comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013.*

- *Como resultado de la revisión se identificaron las siguientes deficiencias, atribuibles a la entidad:*

1) Cuentas por Pagar sobregiradas

Si bien los montos son ínfimos, se observa que las Cuentas por Pagar, estuvieron sobregiradas el primer trimestre de 2013, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

BALANCES GENERALES DEL FONDO DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL DE VIVIENDA – FCIV							
Del 31 de diciembre de 2012 al 30 de junio de 2013							
(Cifras expresadas en Bolivianos)							
DESCRIPCIÓN	**30/06/2013**	**31/05/2013**	**30/01/2013**	**31/03/2013**	**28/02/2013**	**31/01/2013**	**31/12/2012**
PASIVO							
Cuenta por pagar	1.444	1.545	1.943	(223)	(64)	(351)	

La presencia de saldos negativos evidencia el sobregiro de las cuentas, deficiencias en la administración financiera del fondo e inadecuada apropiación contable, toda vez que la contabilidad se realiza en términos monetarios no es admisible la existencia de cuentas con saldo negativo.

2) Gestiones mínimas rezagos

La leve tendencia decreciente de la Cuenta "Rezagos" revela que Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. no está realizando los esfuerzos necesarios para acreditar las cotizaciones en rezago a cuentas individuales antes de la liquidación definitiva del fondo.

3) Gestiones mínimas recaudación no aclarada

El Índice de Recaudación No Aclarada registra un leve decremento de 3.20% a 3,28%, denotando que Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. no está realizando las gestiones necesarias para obtener la documentación de respaldo o información adecuada que permita la acreditación de las recaudaciones.

4) Recaudación en Proceso

El índice de recaudación en proceso, presenta un ligero comportamiento descendente del 1,16% al 31 de diciembre de 2012 al 0,99% al 30 de junio de 2013,

lo cual no es compatible con la naturaleza transitoria de la cuenta de patrimonio "Recaudaciones en Proceso".

5) Devolución de cotizaciones en exceso

La cuenta "Devolución de cotizaciones en exceso", se mantuvo inalterable durante el primer semestre del año 2013, registrando un saldo de Bs. 2.196.

Es más, el Índice de Excesos presenta fluctuaciones decrecientes muy bajas en la cuenta de patrimonio "Cotizaciones en Exceso", de apenas el 0,20% durante el primer semestre de 2013; esto significa que la entidad no está realizando los esfuerzos necesarios para devolver o restituir los aportes laborales pagados en exceso a los empleadores y asegurados.

6) Recuperación de aportes en mora

El Índice de Mora representa el 4.05% en relación al patrimonio, la misma que se mantuvo inalterable en 4,05% durante el primer semestre de 2013, evidenciando que la entidad no cumplió con la obligación de iniciar acción procesal en los plazos establecidos por disposiciones legales en vigencia.

7) Denominación de FCIV en Liquidación

Hasta el presente, toda la información generada por el FCIV, lleva la denominación "Fondo Individual de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV, sin considerar que el Decreto Supremo N° 25958 de 21 de octubre de 2000, dispuso la liquidación del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda.

Situación que podría confundir u ocasionar errores de interpretación entre los Aportantes y usuarios de la información financiera que reporta a Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. sobre el Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV.

Que en virtud a dichos resultados, en fecha 10 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, emitió la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 (…)

CONSIDERANDO:

Que el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece la posibilidad de que los sujetos regulados o personas interesadas, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, puedan solicitar a la Autoridad que emitió el acto administrativo, consigne el mismo en Resolución Administrativa a fin de poder interponer los recursos administrativos establecidos en norma.

Que Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A., mediante memorial de 22 de octubre de 2013, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, que la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013 sea consignada en Resolución Administrativa, por lo que conforme lo establecido en el parágrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde atender la referida solicitud.

Que por último, Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. en el Otrosí del Petitorio del memorial presentado el 22 de octubre de 2013, solicita a esta Autoridad la ampliación de diez (10) días hábiles administrativos, a fin de atender lo señalado mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013. Al respecto corresponde atender lo requerido por la entidad regulada, considerando que con la ampliación del plazo se remita la información documentada que precisa conocer esta Autoridad…"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 26 de noviembre de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013, señalando lo siguiente:

"…***IV. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

1. *La Nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013, Revisión de Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV en Liquidación, administrado por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A. por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013, de 10 de octubre de 2013, instruye: (i) se incorpore controles automáticos en el sistema de contabilidad que procesa las transacciones del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV, (ii) realizar gestiones mínimas en cuanto a plazos, actividades y procedimiento de registro para acreditación de cotizaciones en rezago, (iii) realizar gestiones mínimas establecidas en el Artículo 3 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 043/2011, complementadas por la Circular APS/DPC/59/2011, (iv) Agilizar el proceso de acreditación o reclasificación de Cuenta de Patrimonio "Recaudación en Proceso", (v) realizar gestiones en cuanto a plazos, actividades y procedimientos relativos a la devolución de Cotizaciones en Exceso, (vi) Se inicien las acciones procesales en el plazo de 120 días calendario desde que se constituyó en mora, conforme prevé el artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aplicables al FCIV por efecto de los Arts. 12 y 13 del Decreto Supremo 25958 de 21 de octubre de 2000, (vii) agregar a la denominación del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV, el aditamento "En Liquidación."*

2. *PROVIVIENDA tiene la imposibilidad material de cumplir con lo instruido en los numerales 3 y 4, de la Nota consignada en la Resolución Administrativa impugnada, en virtud a que los archivos de saldos de las cuentas de recaudación*

no aclarada, cotizaciones en exceso y cotizaciones en rezago del FCIV se encuentran compuestos por partidas pertenecientes al Tesoro General de la Nación (TGN), BBVA Previsión AFP S.A. y AFP Futuro de Bolivia S.A. Para la depuración de las partidas pendientes que se encuentran registradas en estas cuentas, es necesario que PROVIVIENDA S.A. reciba la información reportada en los Formularios de Pago de Contribuciones y la que corresponde al registro de afiliados. Al respecto, es importante señalar que la Sociedad ha estado efectuando las siguientes gestiones orientadas a la depuración y disminución de saldos pendientes:

Recaudación No Aclarada FCIV: *En su gran mayoría, la regularización de las partidas registradas en esta cuenta viene dada por la existencia de información de planillas que permita conciliar y acreditar las mismas. Con el propósito de depurar dichas partidas PROVIVIENDA S.A. ha efectuado las siguientes gestiones:*

a. *Periódicamente se han estado remitiendo notas a las diferentes Entidades Financieras Recaudadoras solicitando información que permita la identificación y acreditación de los depósitos que se encuentran en la cuenta, adjuntamos copia de las últimas notas remitidas a las siguientes Entidades: Banco de Crédito, Mutual Guapay, Mutual La Paz, Banco Nacional de Bolivia, PRODEM, Banco Ganadero, Banco Económico, Banco Unión, Mutual Potosí, Banco Mercantil Santa Cruz y Banco Bisa.*

b. *Por otra parte, se han remitido notas a empleadores cuyas partidas registraban datos que permitían su identificación, sin embargo, no ha existido mayor respuesta a las solicitudes efectuadas. Para el caso específico de los depósitos pendientes que corresponden a los desembolsos efectuados por el TGN, se remitieron las cartas PROV 164/10/07 de fecha 17 de octubre de 2007 y PROV 203/12/07 de fecha 7 de diciembre de 2007 (cuya copia se adjunta) al ex-Ministerio de Hacienda, actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solicitando nos confirmen si aún existía información de aportes del FCIV pendiente de remisión y el plazo en el que podrían remitirnos la misma. El TGN nos comunicó que el procedimiento existente y que es de conocimiento del Regulador era de el de recibir los datos que la Entidades les entregaban y ellos procedían a consolidarla y posteriormente enviarla para que pueda ser acreditada y que dicho procedimiento aún se encontraba vigente.*

c. *De igual manera, mensualmente se enviaba un archivo a la AFP Futuro de Bolivia con el detalle de los depósitos pendientes que se habían recaudado a través de sus Formularios de Pago de Contribuciones, solicitando nos remitan la información de planillas que permitan acreditar los mismos, adjuntamos como muestra copia de las cartas de las últimas tres gestiones.*

Cotizaciones en Rezago FCIV: *La regularización de los registros en rezago viene dada por la existencia de una cuenta individual que permita acreditar los mismos. Las gestiones efectuadas se detallan a continuación:*

a. *Debido a que el registro de afiliados se efectúa a través de la Fuerza de Ventas de las Administradoras de Fondos de Pensiones, mensualmente se remite un archivo a la AFP Futuro de Bolivia con el detalle de los registros que le pertenecen y que se encontraban en esta cuenta, esto con el propósito de que puedan realizar una validación contra su base de datos de afiliados y remitirnos la información de las cuentas individuales que identifiquen y que nos permitan efectuar el levantamiento de los registros en rezago. Adjuntamos como muestra copia de las cartas de las últimas tres gestiones.*

Cotizaciones en Exceso FCIV: *Las gestiones que hemos realizado para la depuración de los saldos de esta cuenta son los que se detallan a continuación:*

a. *Se han remitido notas a los empleadores que registraban los mayores saldos en esta cuenta, informándoles acerca de la generación del excedente y solicitando nos envíen información de planillas que permita la regularización del registro o su confirmación, sin embargo, no ha existido mayor respuesta por parte de los mismos, pese a que en algunos casos se ha notificado al empleador en más de una ocasión, como ejemplo de lo indicado, adjuntamos copia de las diferentes notas que se han enviado a Petrobras. Al respecto, a través de nuestra nota PROV 416/07/10 de fecha 2 de julio de 2010 les hemos remitido copias de las cartas que se han dirigido a los empleadores que registran saldos mayores a cinco cuotas.*

b. *Por otra parte, luego del cierre mensual se ha enviado a la AFP Futuro de Bolivia, un archivo con el detalle de las planillas que han generado pagos en demasía como resultado de su acreditación, esto con el propósito de que efectúen una validación en su sistema y nos remitan información que permitan regularizar o confirmar el registro si es que correspondiera. Adjuntamos como muestra copia de las cartas de las últimas tres gestiones.*

Durante las gestiones en las que la AFP Futuro de Bolivia ha remitido información para la depuración de estas cuentas, el saldo de las mismas ha tenida un comportamiento decreciente, en el caso de la cuenta de Cotizaciones en Exceso FCIV entre el cierre de la gestión 2000 y el de la gestión 2009 ha existido una disminución de 8,133 cuotas, lo que en porcentaje significa una reducción del 53.6%. En el caso de la cuenta de Recaudación No Aclarada del FCIV el mayor saldo registrado se ha dado al cierre de la gestión 2005 con 2,362 miles de bolivianos y al cierre de la gestión 2009 existían 1,525 miles de bolivianos, lo que implica una reducción del 35.4% en el saldo de la cuenta. En el caso de la cuenta de Cotizaciones en Rezago del FCIV al cierre de la gestión 2000 existían 35,974 cuotas y al cierre de la gestión 2009 la cuenta reflejaba un saldo de 5,140 cuota lo que implica una disminución del orden del 85.7%.

Debido a la experiencia que ha existido con el envío de notas a los empleadores y la casi nula respuesta de los mismos, consideramos que el envío de la información por parte de la AFP Futuro de Bolivia, tendrá un impacto importante y considerable en la regularización y disminución de los saldos que se registran en

estas tres cuentas. Con este fin, y como es de su conocimiento, PROVIVIENDA S.A. ha estado negociando con AFP Futuro de Bolivia un contrato en el que se incluya la remisión de información para la depuración de estas cuentas, el mismo ya se ha consensuado y se ha suscrito.

Es importante tomar en consideración que previo a la aplicación de cualquier procedimiento para la gestión y depuración de las cuentas, corresponde efectuar el intercambio de archivos con AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. y el procesamiento de la información reportada en los mismos, labor que permitirá disminuir las partidas pendientes y obtener saldos reales por los que se pueden definir procedimientos especiales. A la fecha, esta labor no se efectúa debido a que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. tiene el impedimento legal de remitir la información.

3. *El instructivo del numeral 5, carece de sustento técnico debido a que el manejo que PROVIVIENDA S.A* (sic) *le da a la cuenta de Recaudos en Proceso es transitorio, es decir, que las partidas que se registran en la cuenta tienen carácter transitorio y las mismas se acreditan en los procesos masivos diarios. Como es de conocimiento de su Autoridad, existe un deposito que se ingresó al patrimonio del Fondo, cuyo propósito es el de cubrir los saldos negativos que puedan generarse, es por ello, que en el cierre mensual en la cuenta de Recaudos en Proceso se registra este depósito y los que se encuentran en tránsito ese día para el proceso de acreditación.*

4. *La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, instituyó el Sistema Integral de Pensiones -SIP definiendo en su Artículo 2 que el SIP está compuesto por el Régimen Contributivo, el Régimen Semicontributivo y el Régimen no Contributivo. Es importante manifestar que ninguno de estos Regímenes norma o regula sobre los aportes del Régimen de Vivienda. Los Artículos 106 y siguientes de la citada Ley, norma sobre la Gestión de Cobro Administrativo y Proceso Coactivo de la Seguridad Social para el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario, el Interés por Mora, el interés incremental y recargos que correspondan a través del Proceso Coactivo para* ***SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES – SIP*** (…)

   …El Decreto Supremo N° 25958 de 21 de octubre de 2000, en su Artículo 12 otorga facultades a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para emitir normas que aseguren el cumplimiento de la normativa vigente para el régimen de vivienda. El hecho de que la APS, en su calidad de Ente Regulador del Sistema Integral de Pensiones, emita normas que pretendan aplicar las disposiciones del Sistema Integral de Pensiones para un Régimen diferente como es el Régimen de Vivienda y que tiene su propia normativa, contraviene el principio de legalidad establecido en el Artículo 4 de la Ley N° 2341, Ley de Procedimiento Administrativo.

   La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización) inciso b) establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo

su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley. Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

PETITORIO.

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ N° 1012- 2013 de 05 de noviembre de 2013,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, porque la misma instruye a PROVIVIENDA realizar gestiones que materialmente se ve imposibilitada de cumplir en tanto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones no autorice y levante la reserva legal de confidencialidad a FUTURO DE BOLIVIA S.A. Asimismo porque la Ley N° 065 no autoriza al Organismo de Fiscalización aplicar ésta normativa la normativa de cobro de Vivienda.*

Otrosí Primero.- *Con referencia al cumplimiento del Artículo dos de la Resolución Administrativa impugnada, informamos a su autoridad los Cronogramas propuestos para el desarrollo de las aplicaciones informáticas:*

CRONOGRAMA DE DISEÑO DE APLICACIONES INFORMATIVAS	
ACTIVIDAD	***IMPLEMENTACIÓN***
Recaudación No aclarada:: (sic)	*Tiempo estimado dos (2) meses*
Rezagos:	*Tiempo estimado cinco (5) meses*
Devolución de Pagos en exceso:	*Tiempo estimado cuatro (4) meses*

Hacemos notar que el cronograma se ejecutará una vez que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. entregue la información a PROVIVIENDA S.A. Asimismo, el desarrollo de la programación de las aplicaciones informáticas no se realiza en forma paralela, si no en forma consecutiva, es decir, que debe acabarse una para luego iniciar la siguiente, motivo por el que al amparo del párrafo II del Artículo 40 Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos la suspensión transitoria de su ejecución…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió "*Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A.*", a cuyo efecto, hizo presentes los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que esta Autoridad habiendo emitido la R.A.1012-2013, fue notificada a Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. en fecha 12 de noviembre de

2013, tal como se evidencia la constancia de la notificación que cursa en el expediente.

Que Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. presentó el Recurso de Revocatoria Parcial ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS el 26 de noviembre de 2013, dentro del plazo establecido (…)

Que la disposición segunda de la R.A.1012-2013, instruye:

> "…***SEGUNDO.-*** *En atención a la solicitud de Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A., en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente, la Entidad regulada deberá remitir a esta Autoridad las aclaraciones documentadas que considere pertinentes y/o un cronograma de implementación de las siete (7) recomendaciones realizadas mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013."* (…)

Que la disposición segunda de la R.A.1012-2013, se instruye a la Entidad Regulada que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, remita las aclaraciones documentadas que considere pertinentes y/o un cronograma de implementación de las siete (7) recomendaciones realizadas mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013.

Que esta Autoridad observa que en el Recurso de Revocatoria presentado el 26 de noviembre de 2013, Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. atendió de forma expresa parcialmente la disposición segunda de la R.A.1012-2013.

Que al respecto a las siete (7) recomendaciones instruidas mediante la R.A.1012-2013, se detallan las tres (3) recomendaciones atendidas por la Entidad, a continuación:

- *En relación **al punto 2**), la Entidad debió presentar documentalmente las gestiones internas y externas mínimas de las actividades y los procedimientos de registros respecto a las cotizaciones de rezago o en su caso un cronograma de implementación.*

  Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. realiza las siguientes acciones:

  a) Presenta cronograma de implementación que consta de un tiempo estimado de realización de cinco (5) meses, asimismo solicita la suspensión transitoria de su ejecución.

  b) Adjunta tres (3) notas de fechas 06 de junio de 2011, 15 de agosto de 2012 y de 15 de enero de 2013, dirigidas a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con el propósito de continuar con el proceso depuración (sic) *de las bases de*

datos existentes en el FCIV.

- *En relación al **punto 3)**, Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. debió presentar las gestiones mínimas realizadas respecto al procedimiento de recaudación no aclarada para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y el Sistema Integral de Pensiones o en su caso un cronograma de implementación.*

  Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. realiza las siguientes acciones:

  a) Como alternativa presentó un cronograma de implementación que consta de un tiempo estimado de realización de dos (2) meses, asimismo solicita la suspensión transitoria de su ejecución.

  *b) Adjunta notas remitidas a Mutual Guapay, Banco Nacional de Bolivia, Prodem, Banco Ganadero, Banco Económico, Banco Unión, Banco Mercantil Santa Cruz, todas de fecha 08 de abril de 2013, solicitando una copia del comprobante de consignación del FPC que la entidad recaudadora conserva como respaldo de la transacción efectuada, correspondiente a los casos observados, cuyo detalle dice adjuntar en soporte magnético. Asimismo, adjunta una nota de fecha 17 de octubre de **2007**, dirigida al Jefe de Unidad de Gestión de la Información del Ex Ministerio de Hacienda, solicitando información sobre los aportes correspondientes a los periodos de vigencia del FCIV que se encuentren pendientes de remisión.*

  De igual forma adjunta tres notas, una de 6 de junio de 2011, otra de 15 de agosto de 2012 y la última de 15 de enero de 2013, dirigidas a AFP Futuro de Bolivia, con el "…propósito de continuar con el proceso depuración de las bases de datos existentes en el FCIV…", dice adjuntar detalle en medio magnético correspondiente a la cuenta Recaudación No Aclarada entre otros.

- *En relación **al punto 5)**, Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A. debió presentar las gestiones realizadas respecto a la devolución de Contribuciones Pagadas en Exceso o en su caso un cronograma de implementación. Al respecto y tal como señala el ANEXO adjunto a la presente Resolución Administrativa, Entidad como alternativa presentó un cronograma de implementación que consta un tiempo estimado de realización de cuatro (4) meses, asimismo solicitó la suspensión transitoria de su ejecución.*

Que por otro lado, respecto a los puntos 1), 4), 6) y 7) solicitados mediante la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013 e instruidos mediante la disposición segunda de la parte Resolutiva de la R.A.1012-2013, la Entidad regulada no se pronunció, ni presentó documentación aclaratoria y/o un cronograma de implementación, ni tampoco solicitó la suspensión transitoria de su ejecución.

Que la instrucción emanada por esta Autoridad, deviene de una Resolución Administrativa, dicha disposición debe ser tomada por la Entidad como obligatoria, sin embargo, el regulado en su Recurso de Revocatoria no consideró pronunciarse respecto a las recomendaciones señaladas en los puntos 1), 4), 6) y 7), por lo que no dio cumplimiento total a la instrucción señalada en la disposición Segunda de la parte Resolutiva de la R.A.1012-2013, bajo ninguna de las diferentes alternativas expuestas (presentación de aclaraciones documentadas y/o un cronograma de implementación), limitándose a inferir en su Recurso otros aspectos que no van con el cumplimiento de la obligación.

Que ahora bien, todos los elementos de procedibilidad deben ser concurrentes, lo cual se traduce por ejemplo: en que si se ha pagado la multa, se ha presentado a tiempo el Recurso de Revocatoria, se ha demostrado la lesión al derecho, se ha cumplido la obligación, etc.; para que el recurso puede o no proceder.

Que habiéndose analizado los requisitos procedimentales que determinan la procedencia del Recurso de Revocatoria y ante la falta de demostración del cumplimiento cabal de la obligación ordenada en disposición segunda de la parte Resolutiva de la R.A. 1012-2013, este Órgano de Fiscalización no puede abrir su competencia para conocer y resolver los aspectos de fondo, diferentes a los requisitos procedimentales.

Que a mayor referencia conceptual sobre el cumplimiento de la obligación, la Resolución Ministerial Jerárquica N° 012/2011, determinó lo siguiente:

> *"…es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*
>
> ***OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto* ***de inexcusable cumplimiento****; más estrictamente, en lo Jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que* ***impone una acción*** *o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cuál una persona es* ***constreñida hacia*** *otra a dar,* ***hacer*** *o a no hacer alguna cosa (…)"* ***(las negrillas son nuestras)***

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo se establece que, esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada, al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas

.contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia.

CONSIDERANDO:

Que finalmente, de la revisión cuidadosa del memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A., y en lo que corresponde a las instrucciones a las cuales se veía obligado a cumplir, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha cumplido a cabalidad con las mismas. En consecuencia, debe declararse improcedente la impugnación interpuesta, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa de Improcedencia, en el marzo del inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera de plazo señalado o el recurrente no cumpliere con los requisitos exigidos…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 16 de enero de 2014, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013, alegando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA.***

1. *La Resolución de improcedencia lesiona los derechos de PROVIVIENDA contraviniendo preceptos constitucionales como del "debido proceso" y de la "seguridad jurídica", violenta "los principios generales de la actividad administrativa" establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, principios que por su carácter de orden público la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP está obligada a cumplirlos.*

2. *El Artículo 43 del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera – SIREFI* (sic; se refiere al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), *en su inciso d) manda y ordena que las resoluciones sobre los recursos administrativos serán declarados improcedentes cuando "el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos". En su concordancia el Artículo 47 numeral I establece: "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o*

de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".

3. *De la comprensión del artículo citado se colige que hable del cumplimiento de la obligación más no expresa si este cumplimiento debe ser total o parcial. PROVIVIENDA presentó el Recurso de Revocatoria dentro de la vigencia del plazo y solicita la Revocatoria Parcial de la R.A. 1012-2013, es decir que solicita la revocatoria de los numerales recurridos y así de los siete (7) nombrados en la nota de la APS.*

4. *Por la solicitud de la Revocatoria parcial de la R.A. 1012-2013, el Recurso de Revocatoria cumple los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI.*

5. *De la aplicación de la citada norma en el Recurso de Revocatoria, se evidencia clara e inequívocamente que se lo presentó dentro del plazo de ley y que PROVIVIENDA recurre parcialmente las obligaciones establecidas en la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013.*

6. *Por lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.* (sic) *no hizo una valoración objetiva y real de la prueba presentada, además obró ilegalmente contraviniendo el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo en especial contra el principio de la "verdad material".*

<u>V. RATIFICA FUNDAMENTOS EXPRESADOS EN EL RECURSO DE REVOCATORIA DECLARADO IMPROCEDENTE</u>

1. *La Nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013, Revisión de Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV en Liquidación, administrado por PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A. por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013, de 10 de octubre de 2013, instruye: (i) se incorpore controles automáticos en el sistema de contabilidad que procesa las transacciones del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV, (ii) realizar gestiones mínimas en cuanto a plazos, actividades y procedimiento de registro para acreditación de cotizaciones en rezago, (iii) realizar gestiones mínimas establecidas en el Artículo 3 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 043/2011, complementadas por la Circular APS/DPC/ 59/2011, (iv) Agilizar el proceso de acreditación o reclasificación de Cuenta de Patrimonio "Recaudación en Proceso" , (v) realizar gestiones en cuanto a plazos, actividades y procedimientos relativos a la devolución de Cotizaciones en Exceso, (vi) Se inicien las acciones procesales en el plazo de 120 días calendario desde que se constituyó en mora, conforme prevé el artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aplicables al FCIV por efecto de los Arts. 12 y 13 del Decreto Supremo 25958 de 21 de octubre de 2000, (vii) agregar a la denominación del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV, el aditamento "En Liquidación."*

2. *PROVIVIENDA tiene la imposibilidad material de cumplir con lo instruido en los numerales 2, 3 y 4, de la Nota consignada en la Resolución Administrativa impugnada, en virtud a que los archivos de saldos de las cuentas de recaudación no aclarada, cotizaciones en exceso y cotizaciones en rezago del FCIV se encuentran compuestos por partidas pertenecientes al Tesoro General de la Nación (TGN), BBVA Previsión AFP S.A. y AFP Futuro de Bolivia S.A. Para la depuración de las partidas pendientes que se encuentran registradas en estas cuentas, es necesario que PROVIVIENDA S.A. reciba la información reportada en los Formularios de Pago de Contribuciones y la que corresponde al registro de afiliados. Al respecto, es importante señalar que la Sociedad ha estado efectuando las siguientes gestiones orientadas a la depuración y disminución de saldos pendientes:*

   Recaudación No Aclarada FCIV: En su gran mayoría, la regularización de las partidas registradas en esta cuenta viene dada por la existencia de información de planillas que permita conciliar y acreditar las mismas. Con el propósito de depurar dichas partidas PROVIVIENDA S.A. ha efectuado las siguientes gestiones:

   a. *Periódicamente se han estado remitiendo notas a las diferentes Entidades Financieras Recaudadoras solicitando información que permita la identificación y acreditación de los depósitos que se encuentran en la cuenta, adjuntamos copia de las últimas notas remitidas a las siguientes Entidades: Banco de Crédito, Mutual Guapay, Mutual La Paz, Banco Nacional de Bolivia, PRODEM, Banco Ganadero, Banco Económico, Banco Unión, Mutual Potosí, Banco Mercantil Santa Cruz y Banco Bisa.*

   b. *Por otra parte, se han remitido notas a empleadores cuyas partidas registraban datos que permitían su identificación, sin embargo, no ha existido mayor respuesta a las solicitudes efectuadas. Para el caso específico de los depósitos pendientes que corresponden a los desembolsos efectuados por el TGN, se remitieron las cartas PROV 164/10/07 de fecha 17 de octubre de 2007 y PROV 203/12/07 de fecha 7 de diciembre de 2007 (cuya copia se adjunta) al ex-Ministerio de Hacienda, actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solicitando nos confirmen si aún existía información de aportes del FCIV pendiente de remisión y el plazo en el que podrían remitirnos la misma. El TGN nos comunicó que el procedimiento existente y que es de conocimiento del Regulador era de el de recibir los datos que la Entidades les entregaban y ellos procedían a consolidarla y posteriormente enviarla para que pueda ser acreditada y que dicho procedimiento aún se encontraba vigente.*

   c. *De igual manera, mensualmente se enviaba un archivo a la AFP Futuro de Bolivia con el detalle de los depósitos pendientes que se habían recaudado a través de sus Formularios de Pago de Contribuciones, solicitando nos remitan la información de planillas que permitan acreditar los mismos, adjuntamos como muestra copia de las cartas de las últimas tres gestiones.*

3. *Cotizaciones en Rezago FCIV: La regularización de los registros en rezago viene dada por la existencia de una cuenta individual que permita acreditar los mismos. Las*

gestiones efectuadas se detallan a continuación:

a. Debido a que el registro de afiliados se efectúa a través de la Fuerza de Ventas de las Administradoras de Fondos de Pensiones, mensualmente se remite un archivo a la AFP Futuro de Bolivia con el detalle de los registros que le pertenecen y que se encontraban en esta cuenta, esto con el propósito de que puedan realizar una validación contra su base de datos de afiliados y remitirnos la información de las cuentas individuales que identifiquen y que nos permitan efectuar el levantamiento de los registros en rezago. Adjuntamos como muestra copia de las cartas de las últimas tres gestiones.

4. Cotizaciones en Exceso FCIV: Las gestiones que hemos realizado para la depuración de los saldos de esta cuenta son los que se detallan a continuación:

a. Se han remitido notas a los empleadores que registraban los mayores saldos en esta cuenta, informándoles acerca de la generación del excedente y solicitando nos envíen información de planillas que permita la regularización del registro o su confirmación, sin embargo, no ha existido mayor respuesta por parte de los mismos, pese a que en algunos casos se ha notificado al empleador en más de una ocasión, como ejemplo de lo indicado, adjuntamos copia de las diferentes notas que se han enviado a Petrobras. Al respecto, a través de nuestra nota PROV 416/07/10 de fecha 2 de julio de 2010 les hemos remitido copias de las cartas que se han dirigido a los empleadores que registran saldos mayores a cinco cuotas.

b. Por otra parte, luego del cierre mensual se ha enviado a la AFP Futuro de Bolivia, un archivo con el detalle de las planillas que han generado pagos en demasía como resultado de su acreditación, esto con el propósito de que efectúen una validación en su sistema y nos remitan información que permitan regularizar o confirmar el registro si es que correspondiera. Adjuntamos como muestra copia de las cartas de las últimas tres gestiones.

Durante las gestiones en las que la AFP Futuro de Bolivia ha remitido información para la depuración de estas cuentas, el saldo de las mismas ha tenido un comportamiento decreciente, en el caso de la cuenta de Cotizaciones en Exceso FCIV entre el cierre de la gestión 2000 y el de la gestión 2009 ha existido una disminución de 8,133 cuotas, lo que en porcentaje significa una reducción del 53.6%. En el caso de la cuenta de Recaudación No Aclarada del FCIV el mayor saldo registrado se ha dado al cierre de la gestión 2005 con 2,362 miles de bolivianos y al cierre de la gestión 2009 existían 1,525 miles de bolivianos, lo que implica una reducción del 35.4% en el saldo de la cuenta. En el caso de la cuenta de Cotizaciones en Rezago del FCIV al cierre de la gestión 2000 existían 35,974 cuotas y al cierre de la gestión 2009 la cuenta reflejaba un saldo de 5,140 cuota lo que implica una disminución del orden del 85.7%.

Debido a la experiencia que ha existido con el envío de notas a los empleadores y la casi nula respuesta de los mismos, consideramos que el envío de la información por parte de la AFP Futuro de Bolivia, tendrá un impacto importante y considerable en la regularización y disminución de los saldos que se registran en estas tres cuentas. Con

este fin, y como es de su conocimiento, PROVIVIENDA S.A. ha estado negociando con AFP Futuro de Bolivia un contrato en el que se incluya la remisión de información para la depuración de estas cuentas, el mismo ya se ha consensuado y se ha suscrito.

Es importante tomar en consideración que previo a la aplicación de cualquier procedimiento para la gestión y depuración de las cuentas, corresponde efectuar el intercambio de archivos con AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. y el procesamiento de la información reportada en los mismos, labor que permitirá disminuir las partidas pendientes y obtener saldos reales por los que se pueden definir procedimientos especiales. A la fecha, esta labor no se efectúa debido a que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. tiene el impedimento legal de remitir la información.

5. *El instructivo del numeral 5, carece de sustento técnico debido a que el manejo que PROVIVIENDA S.A le da a la cuenta de Recaudos en Proceso es transitorio, es decir, que las partidas que se registran en la cuenta tienen carácter transitorio y las mismas se acreditan en los procesos masivos diarios. Como es de conocimiento de su Autoridad, existe un deposito que se ingresó al patrimonio del Fondo, cuyo propósito es el de cubrir los saldos negativos que puedan generarse, es por ello, que en el cierre mensual en la cuenta de Recaudos en Proceso se registra este depósito y los que se encuentran en tránsito ese día para el proceso de acreditación.*

6. *La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, instituyó el Sistema Integral de Pensiones - SIP definiendo en su Artículo 2 que el SIP está compuesto por el Régimen Contributivo, el Régimen Semicontributivo y el Régimen no Contributivo. Es importante manifestar que ninguno de estos Regímenes norma o regula sobre los aportes del Régimen de Vivienda.*

7. *Los Artículos 106 y siguientes de la citada Ley, norma sobre la Gestión de Cobro Administrativo y Proceso Coactivo de la Seguridad Social para el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario, el Interés por Mora, el interés incremental y recargos que correspondan a través del Proceso Coactivo para SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES - SIP.*

8. *No existe disposición en la Ley N° 065 que disponga que los Artículos que reglan la cobranza administrativa y judicial son extensibles al Régimen de Vivienda, motivo por el que la aplicación del plazo de 120 días calendario establecido en el Artículo 11 de la Ley N° 065 para el inicio de la cobranza judicial, no puede ser aplicado al Régimen de Vivienda.*

9. *El Decreto Supremo N° 25958 de 21 de octubre de 2000, en su Artículo 12 otorga facultades a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para emitir normas que aseguren el cumplimiento de la normativa vigente para el régimen de vivienda. El hecho de que la APS, en su calidad de Ente Regulador del Sistema Integral de Pensiones, emita normas que pretendan aplicar las disposiciones del Sistema Integral de Pensiones para un Régimen diferente como es el Régimen de Vivienda y que tiene su propia normativa, contraviene el principio de legalidad establecido en el Artículo 4 de la Ley N° 2341, Ley de Procedimiento Administrativo.*

10. *La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización) inciso b) establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".*

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N°. 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros llevó adelante la Revisión de Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda - FCIV en Liquidación, que administra **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013.

Resultado de ello, Ente Regulador, mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013, dispuso que la ahora recurrente, subsane las siete observaciones que salen de la misma (y que han sido transcritas supra).

Por su efecto, mediante memorial presentado en fecha 22 de octubre de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** solicitó la consignación del contenido de la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 en una Resolución Administrativa, que fue atendida favorablemente por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013.

Posteriormente, en fecha 26 de noviembre de 2013, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso de Revocatoria

contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1012-2013; no obstante, el Ente Regulador, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013, declaró improcedente tal Recurso, dando lugar a que la misma recurrente interponga ahora el Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

El Recurso Jerárquico de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta dos grupos de alegatos claramente diferenciados entre sí; el primero, de naturaleza evidentemente adjetiva, en tanto hace a la decisión del Ente Regulador, de declarar improcedente el Recurso de Revocatoria anterior, y el otro, que bajo el título "*RATIFICA FUNDAMENTOS EXPRESADOS EN EL RECURSO DE REVOCATORIA DECLARADO IMPROCEDENTE*", corresponde a aquellos extremos sustanciales que, puestos en conocimiento del Ente Regulador, no merecieron resolución en razón de la improcedencia señalada.

Con respecto a lo primero, señala el Recurso Jerárquico que:

> "…*La Resolución de improcedencia lesiona los derechos de PROVIVIENDA contraviniendo preceptos constitucionales como del "debido proceso" y de la "seguridad jurídica", violenta "los principios generales de la actividad administrativa" establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo* (…)
>
> …*El Artículo 43 del Reglamento* (…) *en su inciso d) manda y ordena que las resoluciones sobre los recursos administrativos serán declarados improcedentes cuando "el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos". En su concordancia el Artículo 47 numeral I establece: "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento"* (…)
>
> …*se colige que hable del cumplimiento de la obligación más no expresa si este cumplimiento debe ser total o parcial. PROVIVIENDA presentó el Recurso de Revocatoria dentro de la vigencia del plazo* (…)
>
> …*el Recurso de Revocatoria cumple los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento*…"

Sobre el particular, siendo lo fundamental en el pronunciamiento que sale de la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013, el Ente Regulador había señalado:

> "…*Provivienda* (…) *atendió de forma expresa parcialmente la disposición segunda de la R.A.1012-2013* (…)

…respecto a los puntos 1), 4), 6) y 7) solicitados mediante la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 (…), *la Entidad regulada no se pronunció, ni presentó documentación aclaratoria y/o un cronograma de implementación, ni tampoco solicitó la suspensión transitoria de su ejecución.*

Que la instrucción emanada por esta Autoridad, deviene de una Resolución Administrativa, dicha disposición debe ser tomada por la Entidad como obligatoria (…)

…esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada, al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la declarar la improcedencia (…)

Que finalmente, de la revisión cuidadosa del memorial de Recurso de Revocatoria (…) *en lo que corresponde a las instrucciones a las cuales se veía obligado a cumplir, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha cumplido a cabalidad con las mismas. En consecuencia, debe declararse improcedente la impugnación interpuesta*…"

Sin embargo, conforme ha sido planteado por la propia Autoridad ahora recurrida, son precisamente esas "*instrucciones a las cuales se veía obligado a cumplir*" contenidas en la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013, las que determinan el carácter irregular del presente proceso desde su origen, por cuanto, a tiempo de tal nota, no se justificaron los motivos por los que se emitieron los requerimientos que allí se señalan, y es recién en oportunidad de la consignataria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013 que se va a fundamentar la posición del Ente Regulador, dejando en la incertidumbre la imposibilidad de discernir si tales argumentos justificaban las determinaciones adoptadas.

No obstante, de la compulsa de ambas, resulta que los **siete** hallazgos específicos de la Revisión de los Estados Financieros del Fondo de Capitalización Individual de Vivienda – FCIV en Liquidación, por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013, y que salen en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013, empero como fundamento, no fueron puestos en previo conocimiento de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, sino que directamente se establecieron sus **siete** (de allí la razón al número coincidente) medidas correctivas que salen en la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013.

Por ello es que en líneas generales, las instrucciones correctivas (presentadas por el Regulador como *solicitudes*), no se encuentran fundadas, toda vez que, ante las supuestas irregularidades detectadas y al no tener mayores elementos de juicio que el ejercicio del contradictorio hubiera permitido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros simplemente se ha limitado a disponer recomendaciones, es decir, a señalar

paliativos sin considerar las explicaciones de **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** a las que a posteriori recién ha dado lugar, a tiempo del Recurso de Revocatoria, y el que, como se conoce, fue declarado improcedente.

Entonces, la suscrita Autoridad Jerárquica evidencia aquí una infracción al derecho de defensa, por cuanto, el Ente Regulador ha impuesto las medidas a las que se refiere la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013, a simple criterio en *inaudita altera pars*, sin fundamento que explique el alcance de las mismas y, fundamentalmente, a través de recomendaciones difusas, que no se correlacionan con los plazos de su emisión y ejecución, cuando por ejemplo, el numeral 6 (*Recuperación de aportes en mora*) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de **5 de noviembre de 2013**, refiere que de la revisión de los Estados Financieros correspondientes al período comprendido **entre el 31 de diciembre de 2012 y 30 de junio de 2013**, ha evidenciado "*que la entidad no cumplió con la obligación de iniciar acción procesal en los plazos establecidos por disposiciones legales en vigencia*" (120 días calendario), y en su mérito, consigna la instrucción de la nota nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de **10 de octubre de 2013**, en sentido que "*se inicien las acciones procesales en el plazo de ciento veinte (120) días calendario desde que se constituyó en mora*", lo que con probabilidad conlleva una imposibilidad, por cuanto, la mayor parte del periodo evaluado se encuentra fuera del plazo señalado (conforme se halla implementado por el artículo 22° del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aprobado por el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011).

En todo caso, cuando la interesada (la recurrente) por fin ha tenido la posibilidad procesal de ser escuchada, se califica a su pretensión de improcedente, empero por cuestiones formales, en una interpretación accidental del artículo 47º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuya observancia, aun de pertinente, no puede pasar por alto el carácter constitucional que hace al debido proceso (Const. Pol del Estado, Arts. 115º, Par. II, y 117º, Par. I) que conforman el derecho de defensa y el deber de fundamentación, entre otros.

Actuación del Regulador que compele a rescatar la línea constitucional de razonamiento, por la cual las actuaciones administrativas deben ser el resultado de un proceso, donde quien haga parte del mismo, tenga las más amplias oportunidades de expresar, fundamentar, defenderse e, igualmente, presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y etapas procesales previstas.

En tal sentido, el debido proceso es una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada trámite, por lo que se configura su infracción cuando el Administrador, sea expresa o tácitamente, por acción u omisión, no da lugar en general, al cumplimiento del procedimiento que al efecto se hubiera previsto en la norma constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria, a los fines de hacer efectivo el derecho de los administrados, a ser escuchados y a merecer respuestas sus peticiones.

Por tanto, es obligación constitucional de la Administración Pública, en un Estado de

Derecho, observar el debido proceso en todas sus actuaciones, como garantía fundamental a favor de los administrados, conforme lo dispone el artículos 4º, inciso 'c' (*La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso*), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

En particular y a manera de ejemplo, se observa la instrucción aquella de:

> "…*4) Se instruye* ***agilizar*** *el proceso de acreditación o reclasificación de la Cuenta de Patrimonio "Recaudación en Proceso" a las restantes cuentas patrimoniales, debido a que la cuenta, presenta un ligero comportamiento descendente del 1,16% al 31 de diciembre de 2012 al 0,99% al 30 de junio de 2013, lo cual no es compatible con la naturaleza transitoria de la cuenta de patrimonio "Recaudaciones en Proceso…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Instrucción que no conlleva la forma de verificación que haga a su cumplimiento (o incumplimiento), quedando sujeta mas bien a un criterio subjetivo -sobre si se habrá o no *agilizado*- por parte del Regulador, resultado precisamente, de constituir un paliativo a la observación, empero, en el estado actual, sin posibilidad de determinar cuál era la medida correctiva más adecuada para lo mismo, dada la carencia de mayor fundamento al respecto.

Por otra parte, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 fundamenta su decisión de "*Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Provivienda*", en que:

> "…*por otro lado, respecto a los puntos 1), 4), 6) y 7) solicitados mediante la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013 e instruidos mediante la disposición segunda de la parte Resolutiva de la R.A.1012-2013, la Entidad regulada no se pronunció, ni presentó* ***documentación aclaratoria*** *y/o un cronograma de implementación, ni tampoco solicitó la suspensión transitoria de su ejecución…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante, la determinación exacta del artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013, no está referida precisamente, a requerir de la ahora recurrente "*documentación aclaratoria*", sino que:

> "…***SEGUNDO.-*** *En atención a la solicitud de Provivienda Entidad Recaudadora y Administradora de Aportes S.A., en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente, la Entidad regulada deberá remitir a esta Autoridad las* ***aclaraciones documentadas*** *que considere pertinentes* ***y/o*** *un cronograma de implementación de las siete (7)* ***recomendaciones*** *realizadas mediante nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013 de 10 de octubre de 2013…*" (Ídem).

Es evidente la diferencia gramatical existente entre una *documentación aclaratoria* y una *aclaración documentada*; en lo que interesa, sin conforme al diccionario, *aclarar* es

explicar, hacer que se entienda un asunto, denota que al haberse dispuesto una aclaración para cada una de las observaciones (o alternativamente un cronograma), debieron considerarse las **aclaraciones** que fueron presentadas por la recurrente, sea que las mismas se encuentren documentadas o no, por cuanto, así como puede que sean las mismas documentables o no, no dejan las explicaciones (**aclaraciones**) del Recurso de Revocatoria de ser dignas de evaluación y consideración, dada la finalidad de la instrucción emitida, empero fundamentalmente porque eso hace a la naturaleza de la Administración: sus obligaciones de dar respuesta a las peticiones de los administrados (Arts. 24º, Const. Pol. del Estado, y 16º, Inc. 'h', Ley 2341), de fundamentar debidamente sus decisiones (Arts. 28º, Inc. 'e', Ley 2341, y 17º, Par. II, Inc. 'd', Reglamento Aprob. por DS 27175) y de hacerlas de conocimientos de los mismos (Arts. 232º, Const. Pol. del Estado, 4º, Inc. 'm', Ley 2341, y 28º, Par. I, Reglamento Aprob. por DS 27175).

En efecto, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso de Revocatoria, ha explicado que:

> "…*tiene la* ***imposibilidad material de cumplir con lo instruido en los numerales 3 y 4****, de la Nota consignada en la Resolución Administrativa impugnada, en virtud a que los archivos de saldos de las cuentas de recaudación no aclarada, cotizaciones en exceso y cotizaciones en rezago del FCIV se encuentran compuestos por partidas pertenecientes al Tesoro General de la Nación (TGN), BBVA Previsión AFP S.A. y AFP Futuro de Bolivia S.A. Para la depuración de las partidas pendientes que se encuentran registradas en estas cuentas, es necesario que PROVIVIENDA S.A. reciba la información reportada en los Formularios de Pago de Contribuciones y la que corresponde al registro de afiliados. Al respecto, es importante señalar que la Sociedad ha estado efectuando las siguientes gestiones orientadas a la depuración y disminución de saldos pendientes:*
>
> ***Recaudación No Aclarada FCIV:*** *En su gran mayoría, la regularización de las partidas registradas en esta cuenta viene dada por la existencia de información de planillas que permita conciliar y acreditar las mismas. Con el propósito de depurar dichas partidas PROVIVIENDA S.A. ha efectuado* (…) *gestiones* (…)
>
> ***Cotizaciones en Rezago FCIV:*** *La regularización de los registros en rezago viene dada por la existencia de una cuenta individual que permita acreditar los mismos. Las gestiones efectuadas se detallan* (…)
>
> ***Cotizaciones en Exceso FCIV:*** *Las gestiones que hemos realizado para la depuración de los saldos de esta* (…)
>
> *…Durante las gestiones en las que la AFP Futuro de Bolivia ha remitido información para la depuración de estas cuentas, el saldo de las mismas ha tenido un comportamiento decreciente* (…) *En el caso de la cuenta de Recaudación No Aclarada del FCIV el mayor saldo registrado se ha dado al cierre de la gestión 2005* (…) *En el caso de la cuenta de Cotizaciones en Rezago del FCIV al cierre de la gestión 2000 existían 35,974 cuotas y al cierre de la gestión 2009 la cuenta reflejaba un saldo de 5,140 cuota* (…)

…consideramos que el envío de la información por parte de la AFP Futuro de Bolivia, tendrá un impacto importante y considerable en la regularización y disminución de los saldos que se registran en estas tres cuentas (…)

…A la fecha, esta labor no se efectúa debido a que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. tiene el impedimento legal de remitir la información (…)

…***El instructivo del numeral 5, carece de sustento técnico*** *debido a que el manejo que PROVIVIENDA S.A* (sic) *le da a la cuenta de Recaudos en Proceso es transitorio, es decir, que las partidas que se registran en la cuenta tienen carácter transitorio y las mismas se acreditan en los procesos masivos diarios* (…)

…el SIP está compuesto por el Régimen Contributivo, el Régimen Semicontributivo y el Régimen no Contributivo. Es importante manifestar que ninguno de estos Regímenes norma o regula sobre los aportes del Régimen de Vivienda…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la lectura de los alegatos anteriores, permite señalar la existencia de aclaraciones o explicaciones no únicamente a los de los numerales 3, 4 y 5, como mal podría interpretarse, por cuanto, al referirse a Cotizaciones en Rezago FCIV, involucra necesariamente a lo señalado por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** con respecto al requerimiento 2 de la nota APS/DESP/DPC/UO/8351/2013, lo que importa evidenciar que, conforme a lo supra señalado, las instrucciones correctivas no se encontrarían fundadas y que el Ente Regulador ha confundido lo que de su propia parte ha presentado cual recomendaciones, como si fueran instrucciones obligatorias; de allí su exégesis simplista según **cada recomendación** (forzosamente se diría), prescindiendo del análisis sistemático e integral a todo lo afirmado por la recurrente en su memorial de 26 de noviembre de 2013.

En definitiva, el proceso administrativo que se resuelve, adolece de la debida fundamentación de su decisión, en infracción al debido proceso, justificando la decisión que consta en la parte dispositiva infra.

CONSIDERANDO:

Que por consiguiente, existe en las determinación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que salen de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013 y APS/DJ/DPC/N° 1179-2013 de 24 de diciembre de 2013, una carencia de fundamentación, emergente principalmente del inejercicio del derecho de defensa inherente a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, extremo que resta fuerza a la obligación que le ha sido impuesta, dada su ambigüedad y oscuridad, e incertidumbre en cuanto a la posibilidad de hacerse efectiva.

Que, en cuanto a los alegatos referentes a los fundamentos de fondo que se hicieron constar en el Recurso de Revocatoria, dado lo determinado conforme consta supra, resulta

innecesario pasar a su consideración, toda vez que, en tanto no se reencauce el procedimiento por las razones anotadas, la competencia del suscrito para su conocimiento no se ha abierto, por cuanto en lo sustancial, no existe Recurso Jerárquico interpuesto que sea válido en derecho.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1012-2013 de 5 de noviembre de 2013 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 01-2014 DE 06 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 037/2014 DE 09 DE JUNIO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 037/2014

La Paz, 09 de junio de 014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 01-2014 de 6 de enero de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 030/2014 de 5 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 054/2014 de 15 de mayo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de enero de 2014, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por el Dr. Sandro Rubén Solíz Morató, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 041/2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 081 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Helen Kate Mendoza Rodríguez, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 01-2014 de 6 de enero de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 5 de febrero de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, mismo que le fue notificado el 12 de febrero de 2014.

Que, mediante auto de fecha 14 de febrero de 2014, notificado en fecha 21 de febrero de 2014, se resolvió notificar al Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos y a la Empresa Consultora – Constructora EMCCOL, con el Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 01-2014 de 6 de enero de 2014, a efectos los mismos, en su calidad de terceros interesados, presenten los alegatos que creyeren convenientes, lo que en definitiva no sucedió.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7923/2013 de 20 de septiembre de 2013 notificó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, con los cargos, por las presuntas contravenciones en las que la misma habría incurrido, conforme el siguiente texto:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la evaluación del pago de la Póliza CSR-SUC-0226 "Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas" en relación a la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento (cuyo beneficiario era el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, Departamento de Santa Cruz), se ha llegado al siguiente supuesto contra* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****:*
>
> ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *procedió al pago de la indemnización correspondiente a aquella Póliza, fuera del plazo de 15 días que prescribe la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento; esto es, con más de 5 meses de retraso.*
>
> *Por tanto,* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *incumplió la* ***Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobado por la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007****, que establece:*

"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE. RENOVABLE Y DE EJECUCION A PRIMER REQUERIMIENTO. Se establece asimismo que, en virtud a la presente Clausula de Ejecución a Primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las clausulas 4ta y 7ma de las Condiciones Generales de la póliza. En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y ***a más tardar dentro de los 15 días*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno. La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no* ***sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento****, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del proceso de contratación o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda. Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor." (las negrillas son de la APS).*

El anterior texto concuerda con lo prescrito en la ***Cláusula 1 del Condicionado General*** *que señala lo siguiente:*

"Cualquier anexo que se emitiere formando parte de la Póliza, modificando o complementando sus Condiciones Particulares o Generales, ***prevalecerá sobre estas.*** *Las Condiciones que hubieran sido mecanografiadas prevalecerán sobre las impresas (las negrilla corresponden a la APS).*

Asimismo, se ha incumplido el ***artículo 12. A) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998*** *que prescribe: "****a)*** *Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista…"*

En consecuencia ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 16 de octubre de 2013, mediante nota FORT-SGAR FC 056/2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta sus descargos contra la nota APS/DESP/DJ/DS/7923/2013, señalando lo siguiente:

"…***Antecedentes del reclamo.***

- *En fecha* ***05 de Junio*** *de* ***2012****, el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de*

Guarayos (Beneficio) mediante la nota Cite: DESPACHO/GAM/AG/OF.EX. No. 488/2012, solicitó la ejecución de las pólizas de garantía emitidas para afianzar el Contrato Principal: "Estudio Técnico, Económico, Social y Ambiental TESA Construcción Minicentral Hidroeléctrica Rio Blanco". Las citadas pólizas de garantía emitidas para el citado Contrato son las de Cumplimiento de Contrato de Servicios No. CSR-SUC-0226 y la de Correcta Inversión de Anticipo No. CIR-SUC-1642.

- *En fecha **22 de Junio de 2012,** mediante nota Cite: JCFC_RC No 079/2012 nuestra Compañía solicitó la documentación pertinente a la solicitud de ejecución presentada por el Beneficiario.*
- *En fecha **28 de Junio de 2012,** mediante nota Cite: GAM-AG- EXT No. 544/2012, el Beneficiario nos envía parte de la documentación solicitada, quedando pendiente la planilla de conciliación de saldos, el número de cuenta y el banco o institución financiera donde abonar la indemnización entre otros.*
- *En fecha **03 de Julio de 2012,** mediante nota sin Cite, el Afianzado nos proporciona documentación en la que menciona y adjunta, la suscripción de un acuerdo conciliatorio entre funcionarios del Beneficiario, el Afianzado y autoridades de las comunidades donde se realiza el contrato principal garantizado, y por ende la improcedencia de la ejecución de las pólizas de garantía.*
- *En fecha **06 de Julio de 2012,** mediante nota Cite: JCFC_RC No. 086/2012 remitimos al Beneficiario la documentación proporcionada por el Afianzado, a fin de que se pronuncie sobre la misma y ratifique o desistida* (sic) *de ejecutar las pólizas CSR- SUC-0226 y CIR-SUC-1642.*
- *En fecha **06 de Julio de 2012,** mediante nota Cite: GAM-AG- EXT No. 591/2012, el Beneficiario se pronuncia respecto a la supuesta conciliación efectuada, ratificando su posición de ejecutar las pólizas de garantía señalando textualmente: "En ese sentido, manifestamos expresamente que no existe proceso de Conciliación alguno al respecto de la Resolución del Contrato de referencia y la ejecución de las pólizas respectivas, por consiguiente corresponde que ustedes procedan, sin demora, a concluir el trámite de ejecución de las pólizas en cuestión y* **a depositar el dinero correspondiente en <u>la cuenta fiscal que les será comunicada *oportunamente*</u>",** *es decir el Beneficiario, deja nuevamente pendiente la información sobre dónde se debe realizar el depósito de la indemnización referida.*
- *De acuerdo a la postura asumida por el Beneficiario, citada en el último párrafo, nuestra Compañía continuó con el análisis de la documentación presentada, estableciendo que aún quedaba pendiente la Conciliación de Saldos Insolutos, respecto a la póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIR-SUC-1642, es por ello que en fecha **19 de Julio de 2012,** requerimos al Beneficiario la documentación faltante, solicitud que no fue atendida, por lo que reiteramos nuestro requerimiento al Beneficiario en varias oportunidades, incluyendo la solicitud de información del número de cuenta bancaria para realizar el correspondiente depósito, como ser: **(17 de Agosto de 2012, 10 de Octubre de 2012, 19 de***

Noviembre de 2012 *y* ***14 de Diciembre de 2012),*** *sin que hasta la fecha nos hayan proporcionaron lo solicitado.*

- *Ante la falta de respuesta a nuestros requerimientos, en cuanto a la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo, decidimos dejar de analizar el reclamo de forma global, es decir por ambas pólizas reclamadas, tratando la ejecución de forma individual y separada, por un lado la de Correcta Inversión de Anticipo y por el otro la de Cumplimiento de Contrato.*
- *En ese sentido y resultado del análisis efectuado sobre la documentación proporcionada, en fecha* ***10 de Octubre de 2012,****-mediante nota Cite: JCFC_RC No. 114/2012, se determinó la procedencia de la ejecución UNICAMENTE de la póliza Cumplimiento de Contrato No.* ***CSR-SUC-0226,*** *solicitando al Beneficiario nos proporcione el procedimiento a seguir para realizar la correspondiente indemnización, incluyendo el número de cuenta bancaria, tal cual se mencionó anteriormente.*
- *En fecha* ***05 de Noviembre de 2012,*** *mediante nota Cite: GAM-AG-EXT No. 976/2012, el Beneficiario nos comunica el número de la cuenta fiscal, sin señalar a que institución bancaria corresponde dicha cuenta, es por ello que en fecha* ***19 de Noviembre de 2012*** *mediante Cite: JCFC_RC No. 31/2012, solicitamos nos indiquen* ***a que el Banco o institución financiera*** *corresponde el número de cuenta proporcionado, información que hasta la fecha de la presente nota, no nos fue proporcionada oficialmente.*
- *No obstante lo anterior, ante la falta de esa información indispensable para nuestra Compañía, Fortaleza en fecha* ***11 de Diciembre de 2012,*** *se contactó vía telefónica con el Beneficiario a fin de obtener esa información indispensable que nos faltaba, es decir el banco o institución financiera.*
- *Una vez obtenida por nuestros medios la información necesaria para realizar la indemnización antes mencionada, en la misma fecha, es decir en fecha* ***11 de Diciembre de 2012,*** *nuestra Compañía realizó el respectivo depósito (PAGO) del monto caucionado de la póliza* ***CSR-SUC-0226,*** *tal y como comunicamos formalmente al Beneficiario mediante nuestra nota Cite: JCFC_RC No. 137/2012 de fecha* ***14 de Diciembre de 2012.***

En ese sentido, tal y como podrá advertir su Autoridad, nuestra Compañía no puso ninguna excusa para cumplir con sus obligaciones emergentes de las pólizas emitidas, e incluso fuimos más allá, ya que fuimos nosotros los que realizamos las diligencias necesarias para efectuar la indemnización, (averiguación vía telefónica) la cual fue realizada apenas tuvimos conocimiento del número de Cuenta y Banco que maneja el Beneficiario.

2.- Cumplimiento del inciso a) del Artículo 12 de la Ley No. 1883.

El inciso a) del Art. 12 de la Ley No. 1883 de Seguros, establece textualmente:

> ***"ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*

a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista."

*De acuerdo a los antecedentes descritos en el punto 1. de la presente nota, es claro y evidente que nuestra Compañía **CUMPLIÓ** con el inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883, al haber indemnizado al Beneficiario con la prestación convenida, tal y como se demuestra en nuestra nota Cite: JCFC_RC No. 137/2012 de fecha **14 de Diciembre de 2012,** una vez que la Compañía contó con la información necesaria y suficiente para realizar el pago.*

Asimismo, y tal como se justificó plenamente en la presente nota, toda la información solicitada y mínima para proceder con el pago correspondiente de acuerdo al inciso a) del Art. 12 de la Ley No. 1883 de Seguros, se encontraba respaldada en los artículos 1031 y 1033 del Código de Comercio, información que, como se mencionó, fue enviada por el Beneficiario de forma incompleta, por lo cual nuestra Compañía estaba en la obligación de solicitarla al Beneficiario.

*Finalmente, bajo los argumentos plasmados y los antecedentes descritos, habiendo presentado los descargos y justificaciones correspondientes, resaltando que nuestra Compañía indemnizó al Beneficiario una vez que contó con la información pertinente (número de cuenta y banco del Beneficiario), información que fue proporcionada por el Beneficiario de forma tardía, por lo que NO existiría el citado incumplimiento al inciso a) del Art 12 de la Ley 1883, por tanto solicitamos **desestime los supuestos cargos contra** nuestra Compañía…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR** a **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención a lo determinado en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, al no haber hecho efectivo el pago del monto caucionado de la Póliza CSR-SUC-0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas, dentro de los quince (15) días establecidos en la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, adecuándose la conducta concreta de la Aseguradora a lo señalado en el artículo 16.II.e) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que con carácter previo al análisis de los argumentos esgrimidos por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A., es menester hacer mención a las normas por las que se imputó el cargo a dicha empresa;

Que el artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, establece obligaciones para las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren, entre las que se encuentra la siguiente:

a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

Que la norma transcrita es por demás clara cuando determina dos hipótesis, la primera consistente en la indemnización de los daños y pérdidas y la segunda traducida en el cumplimiento de la prestación convenida.

Que aplicando lo anterior al caso de análisis, queda claro por el contenido de la prueba documental aportada y de los argumentos esgrimidos por la Entidad Aseguradora que la primera hipótesis fue cumplida; es decir la Aseguradora cumplió con el pago de la indemnización de la Póliza CSR-SUC-0226 de "Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas"; por tanto dicha hipótesis no está en discusión.

Que con respecto a la segunda hipótesis, que sí importa, relacionada con el cumplimiento de la prestación convenida que en este caso son: i) el plazo y ii) el procedimiento para hacer efectiva la indemnización, conforme establece el texto único y uniforme de la cláusula de ejecución a primer requerimiento para entidades públicas, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007, a continuación se pasa a examinar los argumentos probatorios y demostrativos esgrimidos por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A., a objeto de la emisión de una justa resolución administrativa.

CONSIDERANDO

Que conforme a las piezas procesales cursantes en el expediente administrativo se verifica lo siguiente:

1. *Evidentemente* (sic), *como la Compañía menciona en su carta de descargos, en fecha 1 de junio de 2012 mediante carta DESPACHO/GAM/AG/OF.EX.N° 488/2012, recibida por Fortaleza el 5 de junio del mismo mes y año, la Alcaldesa Municipal del Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, Elida Urapuca Ariori, solicita la ejecución de las Pólizas de:*

a) Garantía de Correcta Inversión de Anticipo con un monto caucionado de Bs69.345.20, equivalente al 20% del monto del contrato principal, con vigencia del 9 de febrero de 2012 al 8 de junio de 2012; y

b) Garantía de Cumplimiento de Servicio para Entidades Públicas, con un monto caucionado de Bs24.270.82, equivalente al 7% del monto del contrato principal, con vigencia del 9 de febrero de 2012 al 8 de julio de 2012.

Dicha carta menciona además que ***la compañía debía depositar el dinero por dichos conceptos en una cuenta especial a ser aperturada para ese efecto por dicha institución.***

Que se resalta con negrillas y subrayado lo anterior toda vez que el tema de la cuenta corriente fiscal y el número de la misma, que como se aprecia no existía al 1°

de junio de 2012, la aseguradora lo utiliza como eximente de responsabilidad a su favor, hecho que se hará referencia más adelante.

Que de igual forma, esta APS observa, que en un primer momento la anterior carta no adjunta la documentación exigida por la cláusula de ejecución a primer requerimiento; es decir la carta o resolución de incumplimiento firmada por la RPC o la MAE ni el cálculo de sumas y saldos, conforme determina el Condicionado General de los textos únicos, uniformes y de pago al contado de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, mismo que a la letra dice: ***"solo es pagadera la parte no invertida o no amortizada por el Afianzado después de realizado el cálculo de saldos a favor o en contra"***

Que lo anterior significa que para que una póliza pueda ser ejecutada por el fiador, el beneficiario debe, necesariamente, presentar la documentación que acredite de manera fehaciente su pretensión.

2. *En fecha 18 de junio de 2012 (después de 17 días) la compañía mediante nota JCFC_RC No. 079/2012 solicitó al Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos la documentación extrañada. No fue sino hasta el 25 de junio de 2012 (7 días después) que el Beneficiario, mediante nota GAM-AG-EXT N° 544/2012, remite la siguiente documentación:*

a) Resolución Municipal Original N° 026/2010 de 31 de mayo de 2010, de Posesión y Juramento de Elida Urapuca Ariori, como Alcaldesa Municipal de Ascensión de Guarayos.

b) Fotocopia legalizada de la Carta GAM-AC-EXT N° 423/2012 de 10 de mayo de 2012 mediante la cual se comunica la resolución del contrato a Adalberto Colque Choque, Representante de la Empresa Consultora-Constructora Emccol.

c) Resolución Administrativa N° 022/2012 de 3 de mayo de 2012 que declara el incumplimiento del contrato y por tanto su resolución.

Que de lo anotado esta APS llega a la conclusión de que, con la recepción de la documentación por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. el ***6 de julio de 2012*** *nació el derecho de crédito del beneficiario y con ello la obligación de la Compañía de hacer efectiva la indemnización de la póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios N° CSR-SUC-0226, dentro de los siguientes quince (15) días calendario, tal cual reza la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas cuando menciona que: "el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días (...) La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda…"*

Se realiza esta afirmación toda que (sic) *el beneficiario solicitó la ejecución de las dos pólizas, es decir, la Póliza CSR-SUC-0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas y la Póliza CIR-SUC-1642 de Garantía de Correcta*

Inversión de Anticipo para Entidades Públicas; sin embargo, es necesario aclarar que si bien ambas pólizas conforman garantía para un mismo proyecto ello no significa que sean dependientes la una de la otra y que la ejecución y pago de una de ellas esté condicionada a la ejecución y pago de la otra; dicho de otra manera, ni la ejecución ni la indemnización operan de manera concurrente, por lo que la Aseguradora tenía el deber, y como que así lo hizo, de tramitarlas de manera completamente independiente.

Es en este sentido, que no puede aceptarse como descargo lo manifestado por la Aseguradora que mediante nota de ***19 de julio de 2012,*** *dirigida al beneficiario (a 2 días de cumplirse el plazo para indemnizar la póliza CSR-SUC- 0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas), aun quedaba pendiente de remisión la Conciliación de Saldos Insolutos de la póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIR- SUC-1642, y que "por ello requerimos al beneficiario la documentación fáltante, solicitud que no fue atendida, por lo que reiteramos nuestro requerimiento en varias oportunidades (...)".*

De lo expresado por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A., transcrito en el párrafo anterior, claramente se evidencia que la Compañía dejó transcurrir el plazo (21 de julio de 2012) para hacer efectivo el pago de la póliza CSR-SUC-0226 por falta de la documentación necesaria para dar curso a la ejecución de otra póliza, la de Correcta Inversión de Anticipo CIR-SUC-1642, que como ya se explicó no tiene relación de dependencia con la póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios.

3. *Que con relación al argumento utilizado, como eximente de responsabilidad, en sentido de que la Compañía no contaba con el número de cuenta ni el nombre de la entidad financiera para proceder a efectuar el depósito de la indemnización por la ejecución de la póliza CSR-SUC-0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios, este órgano encuentra incongruencias. Si bien es cierto que la propia Gobernación cuando solicitó la ejecución de la póliza (1° de junio de 2012) reconoce que no tiene una cuenta fiscal y aclara que procederá a aperturarla, también es cierto que el beneficiario mediante carta GAM.AG-EXT N° 591/2012 de 6 de julio, recepcionada el 27 de septiembre de mismo mes y año por Fortaleza, hace presumir que ya contaba con la misma, cuando menciona: "solicito a ustedes puedan concluir de una vez el presente trámite y depositar en la cuenta correspondiente de nuestro Gobierno Autónomo Municipal, el valor de cada póliza", argumento completamente tergiversado por la compañía, en su nota de descargos, cuando refiere:* ***"En fecha 6 de Julio de 2012,*** *mediante nota Cite: GAM-AG-EXT N° 591/2012, el Beneficiario (...) se pronuncia: (...) corresponde a ustedes proceder, sin demora, a concluir el trámite de ejecución de las pólizas en cuestión y a* ***depositar el dinero correspondiente en la cuenta fiscal que les será comunicada oportunamente (…)"***

La compañía asimismo arguye que solicitó mediante cartas de ***"17 de agosto de 2012, 10 de octubre de 2012, 19 de noviembre de 2012 y 14 de diciembre de 2012"*** *que el beneficiario le haga conocer el número de cuenta y la Entidad Financiera donde debía depositar el monto de la indemnización de la póliza SR-SUC-0226. Este argumento denota falta de diligencia toda vez que entre carta y*

carta existieron grandes intervalos de tiempo (27, 24, 39 y 25 días) que alargó de manera innecesaria el pazo de los quince (15) días dispuestos por la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, cuando debió, como lo hizo después de casi 5 meses, proceder a comunicarse telefónicamente con el beneficiario y obtener el número de cuenta y el nombre de la entidad financiera para realizar el depósito correspondiente.

Es más ante la hipótesis, no consentida, de que el beneficiario no haya tenido o no haya aperturado la correspondiente cuenta fiscal, la entidad aseguradora, podía haber realizado una oferta de pago seguida de consignación a favor del Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos y de esta manera evitar la mora del deudor.

Es por esta y no otra razón que, esta APS considera que dicho argumento no es ni puede ser válido después de transcurridos casi 5 meses entre el vencimiento del plazo para el pago de la indemnización (21.07.2013) y el depósito efectivamente realizado a favor del beneficiario de la póliza SR-SUC- 0226 (11.12.12), lo que en definitiva denota que SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. no actuó con la diligencia exigible a un profesional en el área de seguros, incumpliendo de esta manera con lo establecido en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros 1883 que señala: "Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista", que en el caso presente se traduce en el pago de la indemnización de la póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios SR SUC-0226 dentro de los quince días posteriores a la presentación de la Resolución Administrativa por la que el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos declaró el incumplimiento de la Empresa Constructora Consultora EMCCOL.

Que finalmente y con relación a la alusión de los artículos 1031 y 1033 del Código de Comercio, corresponde aclarar que el artículo I° del mismo cuerpo legal señala:

> *"(...) En los casos no regulados expresamente, se aplicaran por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil."*

Que de lo anterior se infiere que los artículos 1031 y 1033 no son de aplicación al caso, primero porque estos rigen para los seguros de daños, y segundo, porque los seguros de caución están expresamente regulados por los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados por Resolución Administrativa IS. (sic) *731 de 11 de septiembre de 2007.*

CONSIDERANDO

Que la actividad administrativa es ejercida a través de potestades que otorga el Estado a un órgano de la administración pública, entre las que se encuentra la potestad sancionadora, la cual es reconocida expresamente en nuestra economía jurídica a través del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, que establece lo siguiente:

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, y normas aplicables.

Que así también el artículo 73 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo menciona: "I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, ***se considera que actúa en todo momento con especial diligencia,*** *salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares''*

CONSIDERANDO

Que en un sentido amplio, la sanción se conceptúa como un medio del que se vale el legislador para asegurar la eficacia de la norma y en un sentido estricto, se entiende que es la consecuencia dañosa que se imputa a la violación de una norma. Al respecto la doctrina es clara al establecer que: "La sanción administrativa es el evento dañoso, impuesto por un órgano estatal, actuando en función administrativa, como consecuencia de la violación de un deber impuesto por la norma". Lorenzo de Viega Jaimey Susana. Sanciones Administrativas. Editorial Montevideo. 1996, pág. 8 (sic)

CONSIDERANDO

Que la APS, en observancia de las responsabilidades otorgadas por ley, efectuó el seguimiento y evaluación al pago de la Póliza CSR-SUC-0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas, cuyo beneficiario era el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, advirtiendo que SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SA. no efectuó el pago del monto caucionado dentro del plazo de quince (15) días determinado por la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, aprobada mediante Resolución Administrativa No. 731 de 11 de septiembre de 2007, infringiendo lo determinado en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1882.

Que del cargo formulado contra SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. y en observancia de los principios generales que rigen la actividad administrativa, esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en uso de sus facultades ha buscado la verdad material establecida en el inc. d) del artículo 4 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que determina que; la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, llegando a la conclusión, conforme a las reglas de la sana crítica, que SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SA. no ha desvirtuado el cargo formulado

en su contra por lo que corresponde imponer la respectiva sanción…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 5 de diciembre de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, conforme a la transcripción que sigue a continuación:

> *"…Conforme los antecedentes, en plazo hábil y oportuno, interponemos el presente Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa precedentemente citada, analizando los precarios fundamentos y motivaciones de la Resolución que ahora impugnamos.*
>
> *3.1. Para comenzar, veremos que en un exceso, al que ya nos tienen acostumbrados las Resoluciones de la APS, se desprende de la primera parte del cuarto considerando, un fútil intento de justificar la aplicación del inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883 de Seguros a la situación surgida con relación a la póliza que nos ocupa. En efecto, resulta que la APS plantea -pese a la claridad que ella misma le atribuye al señalado inciso-dos "hipótesis" (¿?).Por un lado el pago de la indemnización y por el otro el plazo para dicho pago (¿?). En realidad, lo que hace la APS es aplicar un concepto con características científicas a una interpretación coloquial y antojadiza para justificar una sanción sobre una conducta que no se adecúa a la tipicidad de una infracción establecida en la Ley. Para aclarar, diremos que una* ***hipótesis*** *es, correctamente hablando,"...una solución provisoria y que aún no ha sido confirmada para un determinado problema..."*
>
> *(Eduardo Quevedo, Filosofía del Método Científico, pág. 32, Editorial BRUGUERA S.A. Bs. As. 2009).*
>
> *Sería absurdo, por tanto, aplicar este concepto a la justificación de la APS, sobre todo si partimos de la idea que la APS hace este inútil ejercicio semántico quebrantando los principios establecidos en el Art. 73 de la Ley 2341.*
>
> *Hablando de ello, en una tremenda incongruencia y contradicción de ideas la APS hace mención, en la primera parte de su sexto "considerando", a su potestad otorgada por el Estado -debería haberse dicho Ley- y señala el Parágrafo II (del Artículo 62 imaginamos) del Decreto Supremo No. 27175 que está "limitada" por los principios establecidos en el Art. 73 de la Ley 2341 y entonces seguimos sin entender a la APS, puesto que si aceptamos la aplicación de sus mal llamadas "hipótesis" resulta que el Art. 73 de la Ley 2341 es inútil, ya que para qué servirían las limitaciones de sus Parágrafos I y II, si la autoridad administrativa va a "hipotéticamente" establecer cuál es el contenido y espíritu de los incisos o los mismos artículos de la Ley para poder justificar su ilegal sanción. Simplificando, la sanción establecida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 1013 - 2013 de 6 de noviembre de 2013carece* (sic) *de tipicidad, puesto que el inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883 NO ESTABLECE EXPRESAMENTE como requiere el Art. 73 de la Ley 2341 -sino hipotéticamente como pretende la APS- una infracción por el pago* ***fuera del plazo,*** *de hecho, ni siquiera menciona la palabra* ***PLAZO.*** *Ahora bien, el hecho de que no esté contemplado el pago fuera de plazo como una infracción en la Ley de Seguros 1883 o en las*

Resoluciones Administrativas que la APS cita, es absolutamente entendible y aceptable puesto que para tal fin existen -gracias al legislador- los Artículos 1031 y 1034 del Código de Comercio, así como el mismo Artículo 1035 que establece la mora del asegurador y lo sanciona con el pago de intereses.

3.2. Pero la APS pretende desconocer la aplicación de estos artículos bajo la absurda premisa de que existe una normativa especial en la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2011 que según la APS se halla por encima del Código de Comercio, siendo preferente su aplicación, cuando la misma Constitución Política consagra la jerarquía normativa. Es tan absurda la postura de la APS con relación a la aplicación o "interpretación" de los plazos, que si el Beneficiario no nos remite la documentación necesaria para efectuar el pago (cumpliendo todos los requisitos normativos) y pagamos, nos sancionaría por el hecho de haber efectuado un pago sin tener los suficientes respaldos y si solicitamos los respaldos al Beneficiario y este demora u olvida su remisión o entrega, nos sanciona por pagar fuera de plazo y si lo rechazamos por carecer de la información necesaria, se nos sanciona por no pagar.

Si no podemos emplear por analogía los Arts. 1031 ó 1034 para obtener la documentación necesaria para cercioramos de que el reclamo es legítimo, la única opción posible para no traspasar los plazos de quince días que la APS señala como UNICOS, nos veremos en la obligación de rechazar cualquier reclamo que incumpla con la entrega de la documentación en los plazos razonables, aunque el reclamo sea legítimo e indemnizable. Esa es la lógica de la APS.

3.3. Ahora veamos, ¿cuál sería, según la APS, el plazo en el que se debe dar cumplimiento al pago de la indemnización en este preciso caso? El hecho de que la APS establezca en el último párrafo de la página 7 de la Resolución que se recurre, que "...la APS llega a la conclusión de que con la recepción de la documentación... el 6 de julio de 2012 nació el derecho de crédito del beneficiario..." es absolutamente arbitraria y por tanto insostenible a efectos de una sanción, puesto que aunque se hubiera querido cumplir con la obligación dentro de los quince días siguientes a dicha fecha, la APS omite maliciosamente hacer referencia a dos aspectos esenciales: i) nuestra empresa había recibido tres días antes (es decir el 3 de julio del año 2012) una comunicación del afianzado que indicaba que se había arribado a una conciliación con el Beneficiario, aspecto que nos obligó a suspender cualquier acción a la espera de una confirmación sobre tal extremo por parte del Beneficiario y 2) que, si bien el beneficiario comunica que no existe tal acuerdo conciliatorio en ***fecha 6 de julio,*** *en la misma nota indica que FORTALEZA Seguros y Reaseguros debe proceder a efectuar el pago en una* ***cuenta que será oportunamente comunicada*** *y resulta que dicha comunicación no llegó sino hasta el* ***día 5 de noviembre del año 2012*** *y aún en esa fecha no se había indicado a qué entidad financiera corresponde la cuenta informada. De hecho, hasta la presentación del presente recurso NO SE HA RECIBIDO expresa y oficialmente cuál era la entidad bancaria a la que correspondía el número de cuenta.*

3.4. En el mismo sentido, de conformidad al Art. 989 del Código de Comercio las obligaciones en las pólizas son recíprocas e igualitarias para todas las partes que intervienen en el contrato de seguro, por tanto afirmar como lo hace la APS que nuestra empresa no se comportó diligentemente en este asunto cuando todas

nuestras comunicaciones estuvieron exclusiva e inequívocamente dirigidas al beneficiario con el fin de concretar el pago de la indemnización correspondiente, es injusto e ilegal, puesto que el Beneficiario estaba en plenas condiciones de cumplir cabalmente sus obligaciones y no era dé vuestra incumbencia conocer anticipada u obligatoriamente los detalles sobre su documentación o cuentas bancarias para concretar y cerrar este tema.

3.5. Finalmente, gracias a nuestra diligente gestión, recién en fecha 11 de diciembre del año 2012 se obtienen los datos necesarios para poder efectuar el pago, mismo que se realiza el día 14 de diciembre. Inentendible e ilegalmente, la APS pretende cargar en nuestras espaldas ***TODA*** *la responsabilidad por la demora en el pago de esta indemnización, acreditándose para sí misma el hecho de "separar" las reclamaciones de manera que se puedan analizar independientemente, cuando fue nuestra empresa que luego de mucha insistencia ante un negligente Beneficiario decidió resolver y agilizar la situación separando ambas pólizas aunque se traten de la misma persona jurídica en el Beneficiario, el mismo objeto y el mismo afianzado. De hecho, la reclamación de las pólizas fue presentada mediante UN SOLO reclamo, en UN SOLO documento. Adicionalmente, en el marco de lo estipulado por la misma Ley 1883 que modificó algunos artículos del Código de Comercio, se entiende inequívocamente que TODOS los plazos para la atención del reclamo y para efectuar el pago, se cuentan SIEMPRE desde el momento en que el asegurado ha proporcionado toda la información a la aseguradora.*

CONCLUSIONES.

Con todo lo expuesto, de conformidad y en aplicación del artículo 56 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, interponemos el presente Recurso de Revocatoria, solicitando a su autoridad, que en aplicación del inciso b) del Artículo 43 de la última norma citada ***REVOQUE TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013 ya que nuestra conducta* ***no se adecúa expresamente*** *a la establecido en el Art. 12, inciso a) de la Ley 1883 de Seguros, puesto que nuestra empresa* ***SI*** *cumplió con la obligación de pagar e indemnizar al Beneficiario, una vez que éste cumplió cabalmente las exigencias y requisitos de la póliza. Invocar que se ha incumplido el plazo y que tal incumplimiento obedece exclusivamente a nuestra empresa, como base para sancionar, es ilegal en el marco de lo estipulado en el Art. 73 de la Ley 2341 y Art. 989 del Código de Comercio, así como los Artículos 1031, 1032, 1033 y 1034 de la misma norma y se halla fuera del alcance de los preceptos del inciso e) del Parágrafo II del Artículo 16 de la Resolución Administrativa IS 602, concordante con el inciso a) del Artículo 12 de la Ley 1883, puesto que ninguna de estas normas obliga o establece como base de una sanción el* ***incumplimiento de un plazo,*** *restringiendo su acción al* ***INCUMPLIMIENTO en el pago,*** *cosa que no sucede en el presente caso…*"

5.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 01-2014 DE 06 DE ENERO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 01-2014 de 6 de enero de 2014, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma en todas sus partes la

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que corresponde ahora, analizar los argumentos del recurso de revocatoria que nos ocupa:

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 1 del cuarto Considerando*** *de la presente Resolución, señalemos que en el contexto jurídico (como en el que nos encontramos), la* ***hipótesis*** *es "Suposición de una cosa, sea posible o imposible para sacar de ella una consecuencia. Jurídicamente, el concepto filosófico de la hipótesis ofrece evidente importancia, tanto para la determinación de las leyes cuanto para la aplicación del Derecho" (Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas de Manuel Ossorio). Siendo esa su acepción o noción, convengamos en que la redacción del artículo 12.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 plantea dos* ***"suposiciones"*** *(o hipótesis, para ser más contundentes)****;*** *que es deber de la Aseguradora, indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.*

Que es a esto que la APS se refiere cuando sustenta la resolución ahora recurrida cuando configura dos escenarios de aplicación del artículo 12.a) de la norma de Seguros, por lo que frente a la no ocurrencia de ambas hipótesis o de una, se activan otras disposiciones legales a fin de sancionar su incumplimiento, guardando absoluta conformidad con el principio de tipicidad previsto en el artículo 73 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002.

Que en conformidad con este principio de tipicidad, se previó ex ante, la conducta en la que incurrió ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *(año 2012) al no indemnizar la Póliza CSR-SUC-0226 "Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas", a través de la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobada por la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007 y de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 2 del cuarto Considerando*** *de la presente Resolución, el artículo 62.II del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que la potestad sancionadora se ejerce en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos en la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables. Pues bien, uno de los principios de tal norma es la establecida en el artículo 73 referido al principio de tipicidad, y precisamente el artículo 12.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, contempla dos hipótesis de ocurrencia de las obligaciones de las Aseguradoras; indemnizar el daño o pérdida o cumplir con la prestación convenida, deviniendo en que para aplicar la sanción impuesta a* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, inexcusablemente, la APS tenía que acudir a estas disposiciones para amparar su decisión;* ***a)*** *Otorgar* ***seguridad jurídica*** *a la Aseguradora de que el asunto se va a resolver en el marco de normas pre definidas al hecho histórico observado;* ***b)*** *Cumplir con el* ***debido proceso*** *como expresión de la*

seguridad jurídica preceptiva y derecho a la defensa; ***c)*** *Cumplimiento del (entre otros)* ***principio de tipicidad*** *en cuanto a los efectos del hecho histórico atribuido a aquella Aseguradora.*

Que es importante anotar que las dos correctamente llamadas hipótesis de cumplimiento (o de incumplimiento) del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, no son "interpretaciones", "ocurrencias", u "establecimientos hipotéticos" del ente fiscalizador. Tales hipótesis están definidas en dicho artículo sin que la APS hubiera añadido o quitado una coma siquiera, que en una aplicación sistémica o contextualizada, configuran la sanción a una conducta típica; el cumplimiento de la indemnización dentro los plazos legales se encuentra previsto en la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobada mediante Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007; la obligación del pago de la indemnización se encuentra prevista como obligación de las aseguradoras en la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998; la sanción aplicable al incumplimiento del pago de estas indemnizaciones se encuentra en la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003. Luego, no corresponde alegar ausencia de tipicidad al caso que nos ocupa, teniendo presente que todas y cada una de estas normas se encuentran anotadas e invocadas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1013-2013 de 06 de noviembre de 2013.

Que respecto de la ausencia de plazo en la norma que sustenta la sanción, conviene efectuar, nuevamente, una ligera digresión. La Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 7923-2013 de 20 de septiembre de 2013 imputa, inequívocamente, el incumplimiento de dos normas; la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobado mediante la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2003 (en cuanto al plazo de 15 días) y el artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, en la que esta última tiene carácter declarativo de una obligación y aquella, contempla el plazo de cumplimiento de esta obligación. Esto lo sabe perfectamente la recurrente, por lo que su alegación de carencia supuesta de plazo, o que no se la hubiera acusado de incumplir plazos no resiste más análisis, bastando para ello leer la notificación de cargos citada, y aún más, la propia resolución recurrida en su segundo Considerando.

Por otro lado y si este razonamiento no fuera suficiente, se debe tener en cuenta que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013 constituye un todo sistémico entendiendo que ninguna de sus partes puede contradecir a la otra, asumiendo así, carácter de uniformidad con el todo, y congruente en relación al asunto que dilucida, bajo pena de nulidad si así no ocurriera. Siendo este su rasgo, no se puede separar la parte considerativa de la parte resolutiva de dicha resolución; los considerandos de la resolución recurrida constituyen la ***ratio decidendi*** *lógica de la decisión final. Por lo que la obligación sustantiva de indemnización y la coerción pragmática frente a su incumplimiento, han sido y son de conocimiento pleno de la recurrente.*

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 3 del cuarto Considerando*** *de la presente Resolución, se debe enfatizar en que estén o no estén contemplados plazos en la Ley de Seguros, es cuestión de técnica legislativa y de una cultura jurídica particular. En la jurisdicción boliviana, generalmente, no se*

contemplan plazos ni definiciones, pero estas limitaciones sustantivas se ven complementadas con resoluciones o normas de menor jerarquía de carácter adjetivo u operativo. Exactamente así ocurre en este caso; la obligación sustantiva se encuentra prevista en la Ley N° 1883 (indemnizar el daño o pérdida); su cumplimiento en plazo determinado, por la cláusula de ejecución a primer requerimiento aprobada por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007; y su incumplimiento, sancionado en la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, conforme reza el acto recurrido, por lo que aducir que el plazo no se encuentra en la Ley (léase, leyes como tales y otras leyes de menor jerarquía como resoluciones administrativas) no es real.

Que en relación a los artículos 1031 y 1034 del Código de Comercio, la resolución recurrida ha demostrado que los mismos se aplican a los seguros de daños pero no a los de caución, toda vez que la póliza de caución es un contrato de fianza en su naturaleza y un contrato de seguro en su forma por lo que huelgan mayores comentarios, con el simple añadido de que para la supervisión de los actos jurídicos del mercado de seguros, se creó una entidad y jurisdicción especializada con plena competencia para emitir sus normas y aplicar las sanciones emergentes, como se explica en el primer y segundo Considerando de esta Resolución. Este razonamiento es aplicable al artículo 1035 del Código de Comercio.

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 4 del cuarto Considerando*** *de la presente Resolución, la APS estaría persuadida de la absurdez de la aplicación de las normas especializadas administrativas como las que se ha citado precedentemente, si las mismas no existieran o fuesen producto del capricho del ente fiscalizador, pero la realidad jurídica es que existen normas y jurisdicción especializada en materia administrativa y es deber institucional de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cumplir y hacer que se cumplan tales disposiciones positivas. Esta es una realidad jurídica independiente de las posiciones particulares de los regulados; en efecto, recuérdese que la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 tiene su génesis en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 5 del cuarto Considerando*** *de la presente Resolución, se tiene presente que la acusación y sanción contra* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *consiste en que esta, no procedió al pago de la indemnización reclamada por el Gobierno Autónomo Municipal de Guarayos dentro el plazo de 15 días. No se ha sancionado a la Aseguradora por "haber pagado sin recabar la documentación exigida" o por haber rechazado el siniestro como inconsistentemente señala la compañía. Siendo esta la realidad, la "interpretación" calificada de absurda por la Aseguradora, no tiene asidero.*

Que respecto de esto, recapitulemos el fondo de este argumento inconsistente de ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *aclarada en la resolución impugnada; mediante carta CITE: JCFC_RC N° 087/2012 de 16 de julio de 2013 dirigida al Beneficiario, la compañía solicita "conciliación de saldos para dar continuidad con el análisis correspondiente de la ejecución presentada". En otras palabras,* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *está diciendo que la ejecución de la Póliza CSR-SUC-*

0226 "Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios Para Entidades Públicas" depende de la presentación de la conciliación de saldos emergente de la Póliza CIR-SUC-1642 "Garantía de Correcta Inversión de Anticipo", como si la primera póliza dependiera de esta última, o viceversa.

Es convicción de la APS que el Gobierno Autónomo Municipal de Guarayos cumplió los requisitos exigidos mediante carta GAM-AG-EXT Nº 544/2012 de 25 de junio de 2012, por lo que no cabía exigir otra documentación como la conciliación de saldos pues la Póliza CSR-SUC-0226 nada tenía, ni tiene, que ver con la Póliza CIR-SUC-1642 (inconducente a los fines de indemnización de la primera póliza), aunque las mismas deriven de un mismo contrato. De este razonamiento, se puede colegir definitivamente, que ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *no ha sido sancionada "por pagar sin exigir la documentación de respaldo".*

Que ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *no puede invocar los artículos 1031 y 1034 del Código de Comercio por las siguientes razones:*

1. *El artículo 1031 se refiere a las obligaciones del beneficiario de presentar cuanta información y evidencia tenga respecto del siniestro a requerimiento del asegurador. Pero este requerimiento del asegurador no es un libro en blanco en el que se pueda solicitar todo, incluso aquellos inconducentes o no previstos en la Ley. Precisamente y en concordancia con este artículo 1031, la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobada mediante la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007 (léase Ley) pone límites a esa "documentación" o "información y evidencia" que puede requerir el asegurador; original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento emitida y firmada por la MAE o el RPC. Se puede deducir entonces que lejos de ser incompatibles el artículo 1031 del Código de Comercio con dicha resolución administrativa, las mismas se complementan en el sentido de que esta última precisa el ámbito del "requerimiento" del asegurador.*

2. *Tampoco puede* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *invocar el artículo 1034 del Código de Comercio pues ni siquiera en los dos plazos que contempla esta norma (reiteramos que este artículo sólo es aplicable al seguro de daños y seguro de vida); sesenta días y quince días respectivamente, la aseguradora cumplió la indemnización debida ya que pagó e hizo efectiva la indemnización luego de más de 5 meses desde el momento inicial, o sea, más de los sesenta días que señala la norma en la que pretende ampararse la compañía.*

Que en relación a que "la única opción posible para no traspasar los plazos de quince días que la APS señala como únicos, sería el rechazo de cualquier reclamo que incumpla con la entrega de la documentación en los plazos razonables, aunque el reclamo sea legítimo e indemnizable", tal extremo es falso ya que la compañía bien puede instar a que dentro los quince días señalados en la cláusula de Ejecución Inmediata a Primer Requerimiento, aprobada mediante Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, el beneficiario cumpla con la única documentación exigida; en su caso, proceder a la oferta de pago seguida de consignación, como un bonus pater familia.

Que la compañía confunde lo que es un reclamo legítimo o indemnizable con la presentación de documentación pertinente; una con la otra no son excluyentes ya

que si el reclamo es "legítimo" y/o "indemnizable", querrá decir que se cumplió con la presentación de los requisitos (o requisito) pertinentes, por lo que no habría lugar a rechazo alguno. En el fondo, se trata de escenarios ficticios que esta APS considera impertinentes al fin de sustentar el recurso de revocatoria que nos ocupa.

Que en relación a los ***argumentos del recurso de revocatoria señalado en los punto 6 y 7 del cuarto Considerando*** *de la presente Resolución, la falta de precisión de una cuenta bancaria donde depositar la indemnización, no constituye obstáculo para el cumplimiento de pago dentro los quince días preceptivos y contemplados en la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobado mediante la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007. No hay ninguna malicia de parte del ente fiscalizador al no señalar que* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *pudo cumplir perfectamente aquél plazo efectuando una oferta de pago seguida de consignación, o actuando más diligentemente apremiando al beneficiario para que le señale el número de cuenta e institución donde depositar la indemnización recordándole el plazo que se tiene a este objeto. Esta diligente tarea si la efectuó la aseguradora, pero después de más de 5 meses. En todo caso, las cartas de 17 de agosto de 2012, de 10 de octubre de 2013, de 19 de noviembre de 2012, y de 14 de diciembre de 2012 emitidas por la compañía aseguradora, revelan que entre carta y carta, existieron intervalos de tiempo grandes (27 días, 24 días, 39 días y 25 días respectivamente) por lo que mal puede aducirse que actuó con "diligencia".*

Que si hasta la emisión del recurso de revocatoria, la aseguradora afirma que no conoce, oficialmente, el número de cuenta bancaria e institución, cabe preguntar cómo es que en el mes de diciembre de 2012 cumplió con el pago de la indemnización; en otras palabras, cuál fue la solución encontrada por ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *para pagar ante la ausencia de número de cuenta e institución? La respuesta a esta pregunta constituye un rotundo mentís a la afirmación de que no pudo pagar dentro los quince días de ley debido a la ausencia de la información del número de cuenta y Banco donde depositar el dinero, ya que el pago lo hizo, reiteramos, en el mes de diciembre de 2012, por lo que es la misma aseguradora que se descubre y al final, permite afirmar que la supuesta carencia de este dato no constituyó realmente, obstáculo para que* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *procediera al pago debido.*

Que respecto de que ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *no tiene* ***la obligación ni es de su incumbencia conocer anticipadamente*** *los detalles sobre la documentación o cuentas bancarias del beneficiario, es verdad, pero sí tiene la obligación de actuar con diligencia (agotar todas sus posibilidades y acciones) para conocer esta información, cosa que no hizo. Y si el beneficiario no actuó con prontitud y oportunidad, no es argumento para justificar la propia falta de la aseguradora. Se ha indicado en anteriores párrafos, cuál pudo ser el camino adoptado ante la negligencia del Gobierno Autónomo Municipal de Guarayos, cosa que, en verdad, no ocurrió.*

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 8 del cuarto*** *Considerando de la presente Resolución, se ha demostrado que la "diligencia" de* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *consistió en pagar la indemnización el 11 de diciembre de 2012; esto es, luego de casi cinco meses del plazo que tenía para*

hacerlo. Actuación diligente habría sido que esta compañía hubiera pagado dentro del plazo preceptivo como ya se ha insistido reiteradas veces. La compañía demoró el cumplimiento de su obligación debido a la exigencia de presentación de documentos inconducentes a la ejecución de la Póliza CSR-SUC-0226 "Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas" haciendo depender innecesariamente de la presentación de conciliación de saldos de la Póliza CIR-SUC-1642 "Garantía de Correcta Inversión de Anticipo". En todo caso, no se ha dilucidado el rol del Beneficiario, sino, el rol de la aseguradora.

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 9 del cuarto*** *Considerando de la presente Resolución, es respetable la opinión de que en el marco de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, "se entiende que todos los plazos para la atención del reclamo, en el marco de la Ley 1883, se cuentan siempre desde el momento en que el asegurado ha presentado toda la información a la Aseguradora". Pero también es plausible que ese entendimiento se circunscribe a que los plazos corren a partir de que se presente la documentación estrictamente necesaria o prescrita en la norma, y no a la presentación de añadidos de documentación al margen de la norma, o a unilaterales entendimientos de las aseguradoras.*

Que en relación al ***argumento del recurso de revocatoria señalado en el punto 10 del cuarto*** *Considerando de la presente Resolución, la APS reitera que* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *no cumplió con la cabal obligación de pagar la indemnización en los términos en los que fue acusado, tanto en la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/Nº 7923-2013 de 20 de septiembre como en los fundamentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013 de 06 de noviembre de 2013. El ente fiscalizador actuó con sujeción a normas que la amparan para el ejercicio de jurisdicción y competencia, en aplicación del principio de tipicidad contenidas en la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 como de la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, conforme se ha demostrado a lo largo del desarrollo de la presente resolución, reiterando que el cumplimiento del pago no se agota en dicho acto per se, sino, tanto en el pago como dentro de los plazos de ley, tal cual se acusó en la notificación de cargos y se fundamentó en la resolución recurrida.*

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de este análisis, conduce al criterio razonable de que los argumentos del recurso de revocatoria interpuesto por ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *no adquieren entidad de revocación parcial o total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 06 de noviembre de 2013; por lo mismo, corresponde su confirmación total…*"

6.- RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de enero de 2014, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 01-2014 de 6 de enero de 2014, expresando lo siguiente:

"…***FALTA DE TIPICIDAD EN LA SANCION.***

Conforme los argumentos de la APS, nuestra empresa aseguradora ha sido sancionada con una multa en Bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta mil uno Unidades de Fomento a la Vivienda) por supuestamente haber infringido lo determinado en el inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883 de Seguros, el cual indica, como una de las obligaciones de las entidades aseguradoras, "...indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista."

Ahora bien, de acuerdo a la APS este inciso a) del Art. 12 se halla sustentado en dos elementos a los cuales la APS le gusta llamar hipótesis: la primera es ***indemnizar los daños y pérdidas*** *y la segunda es* ***cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.***

Sin embargo, si revisamos los antecedentes de todo este proceso administrativo, incluyendo las mismas Resoluciones de la APS, ***FORTALEZA Seguros y Reaseguros*** *S.A.si* (sic) *cumplió cabalmente con el pago de la indemnización de los daños y pérdidas al suscitarse la eventualidad prevista en la Póliza CSR-SUC-0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas, en este caso el Gobierno Municipal de Guarayos.*

Hasta este punto no existe ninguna discusión, es decir, FORTALEZA SEGUROS ***pagó la indemnización*** *y esto es innegable, inclusive por la APS.*

Entonces ¿de dónde surge la multa? Según la APS, la sanción surge porque nuestra empresa habría efectuado el pago fuera del plazo de quince días establecido dentro de los textos únicos aprobados para este tipo de pólizas por la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007. Simplificando, la APS nos impone una sanción, no por el quebrantamiento del mandato del inciso a) del Artículo 12 de la Ley 1883, sino por el incumplimiento en el plazo de pago, el cual no se halla previsto ni sancionado en el señalado inciso a) del Art. 12 de la Ley de Seguros, ni en el Art. 16, Parágrafo II, inciso e) de la Resolución Administrativa No. IS 602/2003, sino, según nos dice la misma APS, en el contenido de los textos únicos aprobados mediante la Resolución Administrativa No. IS 731 de 11 de septiembre de 2007. Por tanto, la sanción carece absolutamente de tipicidad en relación a las dos normas legales en las cuales la APS sustenta su multa.

En este contexto, debemos entender, por mucho que le pese a la APS, que la sanción contra nuestra empresa se ha fundado en un hecho ***falso*** *como es el incumplimiento a indemnizar los daños o incumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, que en el caso que nos ocupa son exactamente lo mismo. En efecto, lo que la APS parece no comprender al momento de sancionarnos es que la* ***prestación convenida*** *era el* ***pago*** *de una indemnización por el incumplimiento de contrato que el Gobierno Municipal de Guarayos (beneficiario) había suscrito con un particular (tomador) y la* ***eventualidad prevista*** *sucedió en el momento en que se produjo el incumplimiento del indicado contrato por parte del tomador (siniestro).*

Desde el punto de vista de la APS nuestra empresa incumplió la normativa legal aplicable al sector que fiscaliza, pero de ninguna manera aceptaremos que dicho

incumplimiento sea adecuado al inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883, porque SI PAGAMOS y, en consecuencia, cumplimos con la prestación debida.

El hecho de haber excedido el plazo de pago establecido en una Resolución Administrativa, no está previsto como infracción al inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883, ni tampoco en el inciso e) del Parágrafo II del Art. 16 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, este último se limita a repetir lo establecido en el inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883 y es más, tampoco está establecido como sanción en los textos únicos de las pólizas de fianzas y cauciones aprobados por la Resolución IS 731 de 2007.

3. LA ANALOGIA CON EL CODIGO DE COMERCIO.

Si bien la APS nos prohíbe invocar los Arts. 1031 y 1034 del Código de Comercio bajo el endeble argumento de que se trata de artículos que corresponden a otro tipo de seguros (daños) y si bien esto último es cierto, no es menos cierto que no existe ninguna prohibición expresa, ni doctrinal ni legalmente hablando para no hacer uso de los artículos establecidos en el Código de Comercio, sobre todo si se trata de aspectos y conceptos que no se hallan legislados ni previstos en ninguna otra norma.

La aplicación de los artículos señalados del Código de Comercio se la hizo en el entendido de que, si bien el beneficiario había cumplido parcialmente con los requisitos para el cobro de su indemnización, no se podían seguir computando plazos a efectos justamente de evitar, no el cumplimiento de nuestra obligación, sino la aplicación de sanciones por parte de la APS.

El prohibir la aplicación analógica de estos artículos, implica para todos los casos de pago de indemnizaciones en cualquier cobertura, que si el tomador o el beneficiario no cumplen con sus obligaciones, la responsabilidad por el cumplimiento de plazos u otros términos o condiciones, quedaría únicamente bajo responsabilidad de la aseguradora y esto no es justo en el marco de la normativa de seguros vigente en nuestro país.

En ese mismo sentido, el uso, absolutamente indebido por parte de la APS, de que nos debemos comportar como un buen padre de familia ante este tipo de circunstancias es inaceptable, bajo la única pero contundente argumentación de que en los contratos comerciales, no existe relación de dependencia o de "tutela" entre las partes. De hecho, las relaciones comerciales están fundadas sobre la igualdad de las partes. Si una de ellas debe comportarse como un buen padre de familia, las otras involucradas también deben hacerlo.

La velada intención de la APS con este tipo de argumentos (no invocar los artículos del Código de Comercio o comportarse como un buen padre de familia) es cargar TODA la responsabilidad en la ejecución de una póliza a la compañía aseguradora.

4. CONCLUSIONES.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1. *No existe la infracción que nos atribuye injustamente la APS, puesto que no se ha incumplido con el pago de la indemnización, que en el caso de las pólizas de cauciones, constituye la prestación convenida. Las normas citadas por la APS como sustento legal para imponer la sanción, no son aplicables y mucho menos por analogía como pretende hacer valer la APS. Es parte de la economía jurídica nacional e internacional, que las sanciones, penalidades o finalmente penas, deben ser impuestas en base a normas legales específicas, que describan esencialmente que la infracción cometida debe ser sancionada de alguna manera. Es el caso de la legislación española la cual con claridad establece que son infracciones a la ley, el no pago de la indemnización o el cumplimiento de la prestación convenida* ***dentro de los plazos y estipulaciones del Contrato o de los reglamentos,*** *(artículo 68 de la Ley española de Contrato de seguro 50/1980 del 8 de octubre de1980) Si este fuera el caso de la redacción de la legislación nacional, entonces no habría necesidad de hacer valer los elementos básicos, pero imprescindibles que la APS pretende desconocer en el contexto del Estado de Derecho.*

2. *Si hubo demora en el pago de la indemnización, la misma* ***NO*** *es atribuible a FORTALEZA Seguros y Reaseguros S.A. toda vez que luego de cumplir parcialmente con los requisitos pactados en la póliza, el beneficiario exigió el cumplimiento de nuestra parte, olvidando considerar que únicamente la parte que cumplió sus obligaciones, está capacitada para exigir a la otra el cumplimiento de las suyas y este elemento no es considerado por la APS, pese a estar plenamente legislado.*

5. PETITORIO.

De conformidad al inciso b) del Artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a usted, señor Ministro, que la Resolución Administrativa que resuelva el presente recurso jerárquico, ***REVOQUE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 01-2014 de 6 de enero de 2014, dejando así sin efecto la ilegal sanción impuesta a nuestra empresa mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 1013-2013 de 6 de noviembre del pasado año, por no existir base ni fundamento legal para sancionar hechos o actos que no se hallan debidamente tipificados como infracciones…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 6 de julio de 2011, el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos (ahora beneficiario) contrató con la Empresa Consultora - Constructora EMCCOL (afianzada), la consultoría para el estudio técnico, económico, social y ambiental (TESA), referido a la Construcción de la Minicentral Hidroeléctrica Río Blanco, a cuyo efecto y en cumplimiento de la normativa que rige la materia, la empresa señalada presentó la póliza de garantía de cumplimiento de contrato de servicios para entidades públicas N° CSR-SUC-0226 de 13 de febrero de 2012, emitida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** (fiadora).

La póliza de referencia, en sus condiciones particulares, refiere que la fiadora se compromete al pago de la suma garantizada -Bs24.270,82.- (son veinticuatro mil doscientos setenta 82/100 bolivianos)-, en caso de incumplimiento del contrato por parte de la afianzada, contra presentación del "*DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE PRIMER REQUERIMIENTO*".

Habiendo incumplido la afianzada Empresa Consultora - Constructora EMCCOL con el contrato, el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos pronunció la Resolución Administrativa N° 022/2012 de 3 de mayo de 2012 (*Documento de mayor jerarquía* al que se refiere el condicionado particular), por la que "*declara RESUELTO* (…) *el Contrato Administrativo de Consultoría*", en razón de que:

> "*...según informe técnico de fecha 17 de abril del año 2012, evacuado por la Dirección de Obras Públicas del Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, el Consultor ha incumplido injustificadamente el cronograma de plazos y presentación de informes inicial y final (borrador) y ha cambiado y/o sustituido a uno de los profesionales que forman parte de la planta de trabajo, causales de Resolución que se encuentran establecidas en la Cláusula Vigésima Quinta, Numeral 25.2.1, inciso e) y f)*…"

Conforme sale del informe APS/DJ/DS/3802013 (sic) de 20 de septiembre de 2013 y por el mismo antecedente, mediante nota DESPACHO/GAM/AG/OF.EX.N° 488-2012, recibida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 5 de junio de 2012, el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos solicitó la ejecución de dos pólizas de garantía: la precitada N° CSR-SUC-0226 de 13 de febrero de 2012, y la N° CIR-SUC-1642 (esta última, si bien relacionada con la problemática planteada, sin embargo no forma parte de la controversia, conforme se establece infra).

Atendiendo ello, mediante nota JFCR_RC Nª 079/2012 de 18 de junio de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** requiere se acrediten la personería de la Máxime Autoridad Ejecutiva del Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, la carta de resolución del contrato debidamente notificada a la afianzada y la Resolución que declara resuelto el contrato, documentación que, en respuesta, le es acreditada por la entidad edilicia mediante la nota GAM-AG-EXT N°

544/2012 de 25 de junio de 2012, de manera tal que, en fecha 11 de diciembre de 2012, la aseguradora hace efectiva la indemnización por la póliza N° CSR-SUC-0226 por el monto de Bs24.270.82.- mediante depósito en cuenta del beneficiario.

No obstante, conforme al memorial presentado ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros por la afianzada Empresa Consultora - Constructora EMCCOL en fecha 3 de julio de 2013, la misma denunció:

> "…*la póliza de Caución de Cumplimiento Contrato* (sic) *No. CSR-SUS-0226 por el monto de Bs.24.270.82 que fue emitida por la Compañía de Seguros "Fortaleza" que tenía una vigencia desde las 12:00 hrs. Del 09/02/2012 hasta las 12:00 hrs., del: 08/07/2012, póliza que fue ilegalmente ejecutada y cancelada en fecha 11 de diciembre de 2012, fuera del plazo de vigencia de dicha póliza*…"

De manera tal que, el Ente Regulador, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7923/2013 de 20 de septiembre de 2013, notificó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, por las presuntas contravenciones en las que habría incurrido, debido a que procedió al pago de la indemnización correspondiente a la Póliza CSR-SUC-0226 "*Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas*", con un retraso de más de cinco meses, cuando debió realizarlo en el plazo de 15 días, conforme lo ordena la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, además de, por lo mismo, haber incumplido el artículo 12, inciso a), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 -de Seguros- que prescribe: "*a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista*".

En su descargo de 16 de octubre de 2013 y mediante nota FORT-SGAR FC 056/2013, la compañía aseguradora señaló haber cumplido con el inciso a) del artículo 12° de la Ley 1883, de Seguros, al haber indemnizado al Beneficiario en cumplimiento de la prestación contratada, una vez que contó con la información necesaria y suficiente para realizar el pago.

Sin embargo de ello y mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó sancionar a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, con una multa en bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), al no haber hecho efectivo el pago del monto caucionado de la Póliza CSR-SUC-0226, dentro del plazo establecido en la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, adecuándose la conducta concreta a lo señalado en el artículo 16°, parágrafo II, inciso e), de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.

Por su efecto, mediante memorial presentado en fecha 5 de diciembre de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1013-2013, el que es resuelto a su vez, confirmándosela totalmente, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 01-2014 de 6 de enero de 2014, por lo que en definitiva, la aseguradora interpone el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación parte de las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros):**

  "*...ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*

  a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista..."

- **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007, (*que aprueba los textos únicos y uniformes para las Pólizas de Seguro de Caución*):**

  "...***CLÁUSULA DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS*** (...)

  ...*No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante c indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.*

  En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

  La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo.

  Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor..."

2.2. Oportunidad en el pago de la Póliza Nº CSR-SUC-0226.-

El Recurso Jerárquico refiere, que no corresponde la aplicación de la sanción impuesta mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, confirmada en Recurso de Revocatoria mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 01-2014 de 6 de enero de 2014, debido principalmente a, que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** -según ella misma señala- cumplió con lo dispuesto en el artículo 12º, inciso a), de la Ley Nº 1883, al haber efectuado el pago de la indemnización correspondiente a la Póliza CSR-SUC-0226, una vez que el beneficiario cumplió con la presentación de toda la documentación solicitada.

Continúa señalando que, si bien efectuó el mencionado pago en un plazo mayor que el que señala la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional Para Entidades Públicas (15 días

luego de la presentación de la declaración de incumplimiento de contrato), este hecho no debiera ser considerado como infracción a lo dispuesto en el artículo 12º, inciso a), de la Ley 1883, y además, que lo mismo no se encontraría tipificado en la normativa de sanciones establecida mediante Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, (*Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas del Sector de Seguros*); en tal sentido solicita se revoque la Resolución recurrida dejando sin efecto legal la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013.

Antes de entrar al análisis de lo señalado en el párrafo precedente, corresponde mencionar que la solicitud de ejecución de la póliza CSR-SUC-0226, fue realizada por el beneficiario Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos en fecha 5 de junio de 2012 y el pago de la indemnización se hizo efectivo recién en fecha 11 de diciembre de 2012, es decir, luego de más de seis meses de efectuada la solicitud.

Si bien el Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, en fecha 5 de junio de 2012 y mediante nota DESPACHO/GAM/AG/OF.EX. No. 488/2012, efectuó la solicitud de ejecución de la de la póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios Nº CSR-SUC-0226, también lo hizo para la póliza de Correcta Inversión de Anticipo Nº CIR-SUC-1642, ambas obtenidas por la Empresa Consultora - Constructora EMCCOL, para afianzar el contrato principal: "*Estudio Técnico, Económico, Social y Ambiental TESA Construcción Minicentral Hidroeléctrica Rio Blanco*", es decir que, mediante una sola nota efectuó la solicitud para ambas pólizas, haciendo notar que el presente proceso versa únicamente, sobre la oportunidad en el pago de la póliza No. CSR-SUC-0226.

Tal solicitud, así efectuada, generó una respuesta de la compañía aseguradora en fecha 22 de junio de 2012, mediante la nota JCFC_RC No 079/2012, por la que solicitó la documentación pertinente a la solicitud de ejecución presentada por el Beneficiario, con el siguiente tenor:

> "...*Con la finalidad de continuar con el análisis correspondiente de la ejecución presentada, previamente solicitamos nos hagan llegar en Original o copia legalizada la siguiente documentación:*
>
> - *Copia Legalizada de la Resolución de la de designación y/o Poder Notariado toda vez que acredite a la Sra. Elida Urapuca Ariori como Alcaldesa en su condición de Máxima autoridad Ejecutiva (MAE).*
> - *La carta de resolución del contrato debidamente notificada al afianzado, en función al Decreto Departamental que declara incumplido el contrato.*
> - *Resolución Administrativa que declare la resolución del Contrato...*"

Como se puede observar de lo transcrito, el beneficiario Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, al solicitar la ejecución de las pólizas señaladas en fecha 5 de junio de 2012, no adjuntó la documentación que establece la cláusula de ejecución inmediata:

> "…***La ejecución*** *de la póliza* ***no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento****, plasmada en el* ***documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo*** *citado en las Condiciones Particulares,* ***emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública*** *que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial

Jerárquica).

Es decir que, la solicitud del 5 de junio de 2012 adolecía del **documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública**, hecho que recién se efectivizó en fecha 28 de junio de 2012, cuando mediante nota GAM-AG- EXT No. 544/2012, el Beneficiario remite, entre otros, la Resolución Administrativa Nº 022/2012 de fecha 3 de mayo de 2012, con lo que dio cumplimiento a lo exigido en la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.

Por lo tanto, y en cumplimiento a lo dispuesto en la referida cláusula, dentro de los quince días siguientes, a partir del 28 de junio de 2012, debió efectuarse el pago de la indemnización por parte de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** al beneficiario, es decir, hasta la primera mitad del mes de julio de 2012, sin embargo, como ya se mencionó, el pago se hizo efectivo recién el 11 de diciembre de 2012.

La razón para este retraso, según la recurrente y para el caso específico de la póliza Nº CSR-SUC-0226 (materia del presente Recurso Jerárquico), es que el beneficiario Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos no proporcionó, primero, el número de la cuenta bancaria en la cual se abonaría el importe de la indemnización y, segundo, no proporcionó el nombre del banco al que corresponde la referida cuenta, tal como manifiesta en su nota de descargos FORT-SGAR FC 056/2013:

> "…*En ese sentido y resultado del análisis efectuado sobre la documentación proporcionada, en fecha **10 de Octubre de 2012**,-mediante nota Cite: JCFC_RC No. 114/2012, se determinó la procedencia de la ejecución UNICAMENTE de la póliza Cumplimiento de Contrato No. **CSR-SUC-0226**, solicitando al Beneficiario nos proporcione el procedimiento a seguir para realizar la correspondiente indemnización, incluyendo el número de cuenta bancaria, tal cual se mencionó anteriormente.*
>
> - *En fecha **05 de Noviembre de 2012**, mediante nota Cite: GAM-AG-EXT No. 976/2012, el Beneficiario nos comunica el número de la cuenta fiscal, sin señalar a que institución bancaria corresponde dicha cuenta, es por ello que en fecha **19 de Noviembre de 2012** mediante Cite: JCFC_RC No. 31/2012, solicitamos nos indiquen **a que el Banco o institución financiera** corresponde el número de cuenta proporcionado, información que hasta la fecha de la presente nota, no nos fue proporcionada oficialmente.*
>
> - *No obstante lo anterior, ante la falta de esa información indispensable para nuestra Compañía, Fortaleza en fecha **11 de Diciembre de 2012**, se contactó vía telefónica con el Beneficiario a fin de obtener esa información indispensable que nos faltaba, es decir el banco o institución financiera.*
>
> *Una vez obtenida por nuestros medios la información necesaria para realizar la indemnización antes mencionada, en la misma fecha, es decir en fecha **11 de Diciembre de 2012**, nuestra Compañía realizó el respectivo depósito (PAGO) del monto caucionado de la póliza **CSR-SUC-0226**, tal y como comunicamos*

*formalmente al Beneficiario mediante nuestra nota Cite: JCFC_RC No. 137/2012 de fecha **14 de Diciembre de 2012**...*" (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito se puede observar que, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** requirió el número de cuenta bancaria (y otros aspectos conexos), recién, en fecha 10 de octubre de 2012**,** mediante nota JCFC_RC No. 114/2012, es decir que, hubo inactividad de parte de la misma, toda vez que, consciente de su obligación establecida en la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, debió proceder al pago dentro de los quince días posteriores al 28 de junio de 2012, y si bien en ese momento no contaba con la identificación de la cuenta en la cual efectuar el abono correspondiente, sea por negligencia suya o sea por omisión atribuible al propio beneficiario, lo mismo no la exime del cumplimiento con su obligación, toda vez que, ante la segunda posibilidad -omisión del propio beneficiario- pudo haber optado por la alternativa que la ley provee para evidenciar el cumplimiento de la prestación debida dentro del plazo previsto.

Asimismo, si bien (como se pudo evidenciar ut supra), la cuenta bancaria para efectuar el abono recién fue de conocimiento de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 11 de diciembre de 2012, es claro que tal demora se produjo por descuido de la compañía aseguradora, toda vez que la misma, al requerir la documentación para el pago de ambas pólizas involucradas, descuidó una de ellas (la Nº CSR-SUC-0226, la del caso de autos), sin caer en cuenta que la indemnización emergente de la misma, no tenía porque sufrir mayor demora tal como la propia recurrente reconoce en su nota de descargos, cuando señala:

"…*De acuerdo a la postura asumida por el Beneficiario, citada en el último párrafo, nuestra Compañía continuó con el análisis de la documentación presentada, estableciendo que aún quedaba pendiente la Conciliación de Saldos Insolutos, respecto a la póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIR-SUC-1642, es por ello que en fecha **19 de Julio de 2012,** requerimos al Beneficiario la documentación faltante, solicitud que no fue atendida, por lo que reiteramos nuestro requerimiento al Beneficiario en varias oportunidades, incluyendo la solicitud de información del número de cuenta bancaria para realizar el correspondiente depósito, como ser: **(17 de Agosto de 2012, 10 de Octubre de 2012, 19 de Noviembre de 2012** y **14 de Diciembre de 2012),** sin que hasta la fecha nos hayan proporcionaron lo solicitado.*

- *Ante la falta de respuesta a nuestros requerimientos, en cuanto a la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo, decidimos dejar de analizar el reclamo de forma global, es decir por ambas pólizas reclamadas, tratando la ejecución de forma individual y separada, por un lado la de Correcta Inversión de Anticipo y por el otro la de Cumplimiento de Contrato.*
- *En ese sentido y resultado del análisis efectuado sobre la documentación proporcionada, en fecha **10 de Octubre de 2012,**-mediante nota Cite: JCFC_RC No. 114/2012, se determinó la procedencia de la ejecución UNICAMENTE de la póliza Cumplimiento de Contrato No. **CSR-SUC-0226,** solicitando al Beneficiario nos proporcione el procedimiento a seguir para realizar la correspondiente*

indemnización, incluyendo el número de cuenta bancaria, tal cual se mencionó anteriormente…" (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito se puede observar que, en fecha 10 de octubre -más de tres meses de haberse cumplido con el único requisito para el pago de la póliza- la compañía aseguradora estableció que se debía proceder a la ejecución de la póliza N° CSR-SUC-0226 "*…solicitando al Beneficiario nos proporcione el procedimiento a seguir…*", es decir, que en fecha 10 de octubre de 2012 cae en cuenta de su obligación incumplida, procediendo recién a solicitar al beneficiario, le indique el procedimiento a seguir para hacer efectivo el resarcimiento, haciendo ver que recién toma conciencia de su obligación casi tres meses después, hecho que obviamente contradice lo dispuesto en la varias veces mencionada cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.

En consecuencia, la circunstancia de no haber dado pago a la indemnización correspondiente a la póliza No. CSR-SUC-0226 dentro de los quince días de haberse presentado la Resolución Administrativa N° 022/2012 de fecha 3 de mayo de 2012, emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva del Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos, generó el incumplimiento a lo dispuesto en la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas establecida mediante Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

Entonces, contrariamente a lo señalado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, la demora en el cumplimiento de la obligación sí le es atribuible a la recurrente.

2.3. Tipificación de la infracción.-

El Recurso Jerárquico señala también que:

> "*…no se ha incumplido con el pago de la indemnización, que en el caso de las pólizas de cauciones, constituye la prestación convenida. Las normas citadas por la APS como sustento legal para imponer la sanción, no son aplicables* (…) *las sanciones, penalidades o finalmente penas, deben ser impuestas en base a normas legales específicas, que describan esencialmente que la infracción cometida debe ser sancionada de alguna manera…*"

A este respecto, el mismo Recurso Jerárquico ha sido más explícito cuando ha señalado que:

> "*…Conforme los argumentos de la APS, nuestra empresa aseguradora ha sido sancionada* (…) *por supuestamente haber infringido lo determinado en el inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883 de Seguros, el cual indica, como una de las obligaciones de las entidades aseguradoras, "...indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista* (…)
>
> *…si revisamos los antecedentes de todo este proceso administrativo, incluyendo las mismas Resoluciones de la APS,* ***FORTALEZA Seguros y Reaseguros*** *S.A.si* (sic) *cumplió*

cabalmente con el pago de la indemnización de los daños y pérdidas al suscitarse la eventualidad prevista en la Póliza CSR-SUC-0226…"

Tal alegato compele a la compulsa de lo imputado a tiempo de la nota APS/DESP/DJ/DS/7923/2013 de 20 de septiembre de 2013 (notificación de cargos) con los restantes antecedentes del expediente; así, la nota de referencia señala que:

"…***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *procedió al pago de la indemnización correspondiente a aquella Póliza, fuera del plazo de 15 días que prescribe la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento; esto es, con más de 5 meses de retraso.*

Por tanto, ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *incumplió la* ***Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobado por la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007*** (…)

Asimismo, se ha incumplido el ***artículo 12. a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998*** *que prescribe: "****a)*** *Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista…*"

Consiguientemente, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** ha sido imputada fundamentalmente por el supuesto incumplimiento al artículo 12º, inciso a), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, referido a la efectiva indemnización del riesgo contratado, no obstante se menciona también como parte del cargo, idéntica conducta con referencia a la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobado por la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007, que aprueba los textos únicos y uniformes para las Pólizas de Seguro de Caución.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se encarga de esclarecer la aparente dualidad de la infracción, cuando al pronunciar la consiguiente Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, sanciona a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**:

"*…por contravención a lo determinado en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, al no haber hecho efectivo el pago del monto caucionado de la Póliza CSR-SUC-0226 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas, dentro de los quince (15) días establecidos en la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, adecuándose la conducta concreta de la Aseguradora a lo señalado en el artículo 16.II.e) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003…*"

Y el mencionado artículo 16°, parágrafo II, inciso e), señala que:

"*…Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.0001) ni mayor a setenta y ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:* (…)

e) ***Incumplimiento en el pago*** *de la indemnización de los daños y pérdidas o el cumplimiento de la prestación convenida* ***al producirse la eventualidad prevista****, dentro del marco establecido por el artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto y al caso concreto, ha señalado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 01-2014 de 6 de enero de 2014, que resuelve el Recurso de Revocatoria, que:

> "*…la APS se refiere cuando sustenta la resolución ahora recurrida cuando configura dos escenarios de aplicación del artículo 12.a) de la norma de Seguros, por lo que frente a la no ocurrencia de ambas hipótesis o de una, se activan otras disposiciones legales a fin de sancionar su incumplimiento, guardando absoluta conformidad con el principio de tipicidad previsto en el artículo 73 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002.*
>
> *Que en conformidad con este principio de tipicidad, se previó ex ante, la conducta en la que incurrió* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *(año 2012) al no indemnizar la Póliza CSR-SUC-0226 "Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas", a través de la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobada por la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007 y de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998…*"

Por consiguiente, queda clara la inexistencia de infracción alguna al principio de tipicidad, como mal lo sugiere la recurrente, por cuanto la lectura sistemática de las normas (artículos 12°, inciso 'a', de la Ley N° 1883, de Seguros, y 16°, parágrafo II, inciso 'e', de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003; y la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobado por la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007), permite establecer la concurrencia plena de la conducta sancionada ("*Incumplimiento en el pago… al producirse la eventualidad prevista*"), y la permisión normativa para su consiguiente sanción, conforme ha sucedido dentro del caso de autos.

Finalmente, en lo que concierne al alegato sobre la aplicabilidad al caso de lo dispuesto por los artículos 1031° y 1034° del Código de Comercio, es correcta la apreciación del Ente Regulador cuando señala que:

> "*…los mismos se aplican a los seguros de daños pero no a los de caución, toda vez que la póliza de caución es un contrato de fianza en su naturaleza y un contrato de seguro en su forma por lo que huelgan mayores comentarios…*"

Esto por cuanto, ha quedado claro del numeral 2.2 (*Oportunidad en el pago de la Póliza N° CSR-SUC-0226*) supra, que no es la alegada demora en la información por parte del beneficiario Gobierno Autónomo Municipal de Ascensión de Guarayos al que ha determinado la ocurrencia de la infracción, por tanto, sin lugar a consideración -cual eximente o atenuante- lo señalado por el precitado artículo 1031°, y en lo referido al artículo 1034°, conforme lo reconoce la propia recurrente, el mismo hace al seguro de daños, no así al de caución, existiendo además para el caso concreto de la controversia, la norma de la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007, la que por ello tiene el carácter especial que obliga a su observancia preferente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma de la materia.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 01-2014 de 6 de enero de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1013-2013 de 6 de noviembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 1181/2013 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 038/2014 DE 12 DE JUNIO DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 038/2014

La Paz, 12 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181/2013 de 24 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 de 15 de octubre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2014 de 9 de mayo de 2014, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2014 de 19 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2014 de 3 de junio de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota presentada el 31 de enero de 2014, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 de 15 de octubre de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/325/2014, con fecha de recepción del 5 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 10 de febrero de 2014, notificado al señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** en fecha 17 de febrero de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2014 de 28 de mayo de 2014, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó documentación complementaria a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicitud que fue atendida con la nota APS.EXT-DE/DJ/1638/2014 de 2 de junio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA APS/DESP/DPC/7174/2013 DE 14 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante nota de fecha 28 de junio de 2013, dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** señaló que: "***en fecha 10 de abril de 2013*** *he entregado a la AFP Previsión una carta, solicitando un nuevo recálculo de Fracción Solidaria, en consideración a que he efectuado aportes adicionales, y hasta la fecha (más de dos meses después), no cuento con comunicación alguna de dicha AFP para que se me haga firmar una nueva Declaración de Fracción Solidaria, por lo que solicito su atención al tema*".

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013, respondió lo siguiente:

> "…*Nos dirigimos a usted en atención a su nota recibida en esta Autoridad en fecha 28 de junio de 2013, respecto a la solicitud de recálculo de su Pensión Solidaria de Vejez (PSV)*.
>
> *Al respecto, en forma previa se debe citar la normativa referida a su consulta:*
>
> - ***Decreto Supremo N° 1570 de 01 de mayo de 2013, artículo 3, punto V.:***
>
> *"El Asegurado con Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez que tenga cotizaciones posteriores a su Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, podrá solicitar alternativamente, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo:*

a) El incremento de su Fracción de Saldo Acumulado conforme lo señalado en el Artículo 110 del Decreto Supremo N° 0822 y dichas contribuciones no serán consideradas para incrementar la Densidad de Aportes;

b) Retiros Mínimos/Retiro Final con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional..."

- ***Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, artículo 7 (Recalculo*** (sic) ***de Pensiones), punto II:*** *"De igual forma, podrán ser pasibles de recalculo conforme a lo indicado en el articulo* (sic) *6 anterior y parágrafo I. anterior, las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones que no hubieran sido consideradas en la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de estas otorgada al Asegurado o Derechohabiente, y (sic) siempre y cuando correspondan a periodos anteriores a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 1570..."*

- ***Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, artículo 18 (Acreditación del Ingreso Cotizable): "I.*** *En ningún caso un Asegurado podrá tener por un mismo periodo de cotización dos o más pagos en calidad de Asegurado Independiente.*

  II. *En caso que un Asegurado Independiente efectúe dos o más pagos por un mismo periodo de cotización, el Estado de Ahorro Previsional deberá reportar como Ingreso Cotizable aquella cotización efectuada con fecha de pago más antigua..."*

De acuerdo a informes PREV PR JUB 855/2013 de 12 de julio y PREV-OP 1090/07/2013 de 30 de julio de 2013, emitidos por BBVA Previsión AFP S.A., a requerimiento de esta Autoridad, se pudo establecer que los aportes efectuados como Asegurado Independiente por su persona, por los periodos de abril a octubre/2013, no se encontraban acreditados tal cual lo establece el artículo 18 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, por lo que se procedió a regularizar dichos aportes acreditándolos como Cotización Adicional.

Se adjunta copia de su Estado de Ahorro Previsional remitido por la AFP, con las consideraciones señaladas.

Asimismo, la AFP informa a esta Autoridad que pese a que se le habría comunicado que para el inicio de todo trámite se requiere de la firma de un nuevo Formulario de Recepción de Trámite (FRT), hasta la fecha usted no suscribió dicho formulario.

Por lo expuesto, de acuerdo al punto V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570, con los periodos de cotización posteriores a la publicación de dicho Decreto, usted puede elegir entre:

- *Incrementar su Fracción de Saldo Acumulado,*

- *Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado de su Cuenta Personal Previsional.*

Para lo cual solicitamos a usted apersonarse por las Oficinas de BBVA Previsión AFP S.A. - Regional La Paz, para suscribir el correspondiente FRT…"

2. NOTA DE FECHA 7 DE OCTUBRE DE 2013.-

Mediante nota de fecha 7 de octubre de 2013, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** señaló lo siguiente:

"*…Mediante la presente, me dirijo a su Autoridad para hacer conocer que en fecha 30 de septiembre de 2013, he sido notificado con la nota con Cite APS/DESP/DPC/7174/2013 fechada el 14 de agosto de 2013, en la que se responde a mi nota de 28 de junio de 2013.*

Sobre el particular, su persona hace referencia al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013, que establece que partir de su publicacón (sic) *se tienen dos alternativas, que se transcriben en su carta de respuesta. Acerca de dicha respuesta, hago notar a su autoridad que dicho Decreto Supremo data del 1 de mayo de 2013, por lo que no corresponde su aplicacón* (sic) *a mi caso, dado que los aportes que he realizado y la correspondiente solicitud de recálculo se han efectuado durante el mes de abril de 2013, es decir antes de la existencia del Decreto Supremo que usted pretende aplicar indebidamente.*

Dice usted sustentar su criterio en lo establecido en la Resolucón (sic) *Administrativa APS/DPC/NO (sic) 567-2013 de 20 de junio de 2013, Resolucón* (sic) *que de manera ilegal pretende darle al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013 efecto retroactivo, ya que según la interpretacón* (sic) *de su entidad, los aportes efectuados con anterioridad a la vigencia de dicho Decreto Supremo no se deben tomar en cuenta. Se hace notar que la normativa vigente antes de la promulgación del Decreto Supremo 1570, admitia* (sic) *la realización de aportes por anticipado de hasta 12 meses, por lo que su "interpretacón"* (sic) *del Decreto Supremo mencionado no es correcta.*

Con relación a la Resolución Administrativa APS7DPC7DJ (sic) */No. 432-2011, estoy de acuerdo en que los aportes correspondientes a los meses de abril 2013 a octubre 2013 que he realizado en abril de 2013 se hayan acreditado como cotizaciones adicionales, sin embargo, los aportes realizados por los meses de noviembre 2013 a febrero 2014, deben ser objeto de recálculo de mi pensón* (sic) *solidaria de jubilacón* (sic).

Con relacón (sic) *a que la AFP me habria* (sic) *comunicado que se requiere la firma de un nuevo Formulario de Recepción de Tramite* (sic) *(FRT), su persona se basa de manera totalmente irregular en una información de la AFP que no es cierta y para la cual su persona no se preocupa de adjuntar una comunicación* (sic) *o carta en la que conste que se me haya comunicado que debo apersonarme a firmar dicho Formulario, por lo*

que se le sugiere que a tiempo de responder a los regulados tenga la bondad de adjuntar los documentos que respalden sus expresiones o las que las AFP le informan.

En consideracón (sic) *a las anterioridades* (sic) *irregularidades y dado que existen vicios en las normativas emitidas por la APS que deben ser corregidos, solicito a su Autoridad se sirva consignar en Resolucón* (sic) *Administrativa debidamente fundada y motivada lo expresado en su carta de respuesta y sea en el plazo de 10 días hábiles administrativos establecidos en el Artículo 20 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 DE 15 DE OCTUBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 de 15 de octubre de 2013, resolvió consignar "*en Resolución Administrativa la nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013, conforme prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003*".

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que mediante nota de 28 de junio de 2013, el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con CUA 100389788, manifiesta lo siguiente: (…) *he entregado a la AFP Previsión una carta, solicitando un nuevo recálculo de Fracción Solidaria* (…) *hasta la fecha (más de dos meses después), no cuento con comunicación alguna* (…)

Que con nota APS/DESP/DPC/6478/2013 de 03 de julio de 2013, la APS solicita informe a BBVA Previsión AFP S.A. respecto a lo expresado por el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda en su nota de 28 de junio de 2013.

Que en respuesta, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV PR JUB 855/2013 de 12 de julio de 2013, expresa: (…)

"*…el pago de la solicitud del 2do recálculo efectuado por este asegurado (sic) será efectivo en la planilla de julio 2013, el retraso en esta solicitud surgió debido a la demora en la suscripción de la adenda, a pesar de las gestiones efectuadas el asegurado (sic) recién la firmó el pasado 28/06/2013* (…)

- *Así mismo, a pesar de haberle informado al asegurado (sic) que todo tramite (sic) requiere la firma de un nuevo FRT, el mismo solo (sic) dejo (sic) una carta de solicitud para el 3er recalculo (sic), a la fecha no cuenta con este formulario firmado* (…)

Finalmente informo que en la carta de solicitud del 3er recalculo (sic) el asegurado (sic) hace referencia a periodos que se habían considerado en el 2do recalculo (sic), así mismo le informo que el asegurado (sic) efectuó doble aporte como independiente

desde el periodo abril 2013 hasta el periodo octubre 2013, cuando se realizaron los cálculos de la 2da solicitud el asegurado (sic) solo (sic) tenia (sic) un aporte para cada periodo antes mencionado en su cuenta personal previsional (…)

Que la APS posteriormente solicita información complementaria a la AFP respecto a la acreditación de los aportes duplicados realizados por el Asegurado por el periodo abril a octubre 2013, con nota APS/DESP/DPC/UO/6785/2013 de 23 de julio de 2013.

Que BBVA Previsión AFP S.A. con nota PREV-OP 1090/07/2013 de 30 de abril de 2013, señala que se procedió a regularizar el caso, adjuntando el Estado de Ahorro Previsional.

Que con los antecedentes anotados, esta Autoridad otorga respuesta al Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013 (…)

Que con nota presentada en fecha 07 de octubre de 2013, el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con CUA 100389788, solicita la consignación en Resolución Administrativa de la nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013, recibida en fecha 30 de septiembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que de la evaluación y análisis del presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ***(APS)*** *establece lo siguiente.*

Que con relación a las cotizaciones posteriores al 01 de mayo de 2013, el punto V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570 señala lo siguiente:

> *"El Asegurado con Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez que tenga cotizaciones posteriores a su Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, podrá solicitar alternativamente, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo:*
>
> *a) El incremento de su Fracción de Saldo Acumulado conforme lo señalado en el Artículo 110 del Decreto Supremo N° 0822 y dichas contribuciones no serán consideradas para incrementar la Densidad de Aportes;*
>
> *b) Retiros Mínimos/Retiro Final con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional..."*

Que asimismo, el punto II del artículo 7 (Recálculo de Pensiones) de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013 establece lo siguiente:

> *"De igual forma, podrán ser pasibles de recálculo conforme a lo indicado en el artículo 6 anterior y parágrafo I. anterior, las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones que no hubieran sido consideradas en al* (sic) *Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas otorgada al Asegurado o*

Derechohabientes, y (sic) *siempre y cuando correspondan a periodos anteriores a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 1570..."*

Que en virtud a lo dispuesto en dicha Resolución Administrativa, mediante nota APS/DESP/DPC/7174/2013 se señaló al Asegurado que conforme a norma, el mismo podría acceder a:

- *Incrementar su Fracción de Saldo Acumulado.*
- *Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado de su Cuenta Personal Previsional.*

Que finalmente, corresponde atender la solicitud del Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con CUA 100389788, para lo cual se debe consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 27 de noviembre de 2013, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 de 15 de octubre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…Tal como he mencionado en mi nota presentada ante la APS en fecha 7 de octubre de 2013, en su pronunciamiento (hoy Resolución Administrativa), la APS hace referencia al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013, que establece que partir de su publicación se tienen dos alternativas, que se transcriben en su carta de respuesta de fecha 14 de agosto de 2013.

Acerca de dicha respuesta, nuevamente debo hacer notar a su autoridad que dicho Decreto Supremo data del 1 de mayo de 2013, por lo que no corresponde su aplicación a mi caso, dado que los aportes que he realizado y la correspondiente solicitud de recálculo se han efectuado durante el mes de abril de 2013, es decir antes de la existencia del Decreto Supremo que usted pretende aplicar indebidamente.

Dice usted sustentar su criterio en lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DPC/NO (sic) *567-2013 de 20 de junio de 2013, Resolución que de manera ilegal pretende darle al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013 efecto retroactivo, ya que según la interpretación de su entidad, los aportes efectuados con anterioridad a la vigencia de dicho Decreto Supremo no se deben tomar en cuenta. Se hace notar que la normativa vigente antes de la promulgación del Decreto Supremo 1570, admitía la realización de aportes por anticipado de hasta 12 meses, por lo que su "interpretación" del Decreto Supremo mencionado no es correcta dado que la Resolución Administrativa APS/DPC/NO* (sic) *567-2013 de 20 de junio de 2013, pretende darle efecto retroactivo al Decreto Supremo No. 1570, situación no sólo ilegal sino inconstitucional.*

Con relación a la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 432-2011, estoy de acuerdo en que los aportes correspondientes a los meses de abril 2013 a octubre 2013 que he realizado en abril de 2013 se hayan acreditado como cotizaciones adicionales, sin embargo, los aportes realizados por los meses de noviembre 2013 a febrero 2014, deben ser objeto de recálculo de mi pensión solidaria de jubilación, conforme la normativa vigente a tiempo de requerir dicho recálculo.

Con relación a que la AFP me habría comunicado que se requiere la firma de un nuevo Formulario de Recepción de Tramite (sic) *(FRT), su persona se basa de manera totalmente irregular en una información de la AFP que no es cierta y para la cual su persona no se preocupa de adjuntar una comunicación o carta en la que conste que se me haya comunicado o notificado que debo apersonarme a firmar dicho Formulario, por lo que se le sugiere que a tiempo de responder a los regulados tenga la bondad de adjuntar los documentos que respalden sus expresiones o las que las AFP le informan.*

En consideración a las anterioridades (sic) *irregularidades y dado que existen vicios de naturaleza inconstitucional en las normativas emitidas por la APS que deben ser corregidas, solicito a su Autoridad se sirva Revocar totalmente tanto la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 567-2013 de 20 de junio de 2013, como la Resolución Administrativa APS/DPC/No 930-2013 de 15 de octubre de 2013, que se sustenta en la anterior…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 de 15 de octubre de 2013, con los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que previo a desarrollar el análisis del caso, es necesario traer a colación lo que establece la Resolución Ministerial Jerárquica SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero de 2006, que en su parte pertinente expresa:

"***III.1 Sobre el Derecho de Petición.***
…
El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y ***fundamentada*** *resolución.*
…
El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución así como para asegurar que las autoridades cumplan con los deberes de interés general o particular, pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el

derecho de petición, no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la Administración, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

…

Es así, que la Ley No.2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública" reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que, entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: "formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente" y "obtener una respuesta ***fundada*** *y* ***motivada*** *a las peticiones y solicitudes que formulen".*

…

III.3 Motivación o Fundamentación de los Actos Administrativos.

…

Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y derecho que correspondan al caso.

…

El artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto en los ***hechos*** *y* ***antecedentes*** *existentes y el* ***derecho aplicable****. Asimismo el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto." (Las negrillas son nuestras)*

Que en lo que concierne al presente caso, se tiene como hechos y antecedente la solicitud del Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con CUA 100389788, quien con nota de 28 de junio de 2013, ha manifestado lo siguiente "…Ahora bien, en fecha 10 de abril de 2013 he entregado a la AFP Previsión una carta, solicitando un nuevo recálculo de Fracción Solidaria, en consideración a que he efectuado aportes adicionales, y hasta la fecha (más de dos meses después), no cuento con comunicación alguna de dicha AFP para que se me haga firmar una nueva Declaración de Fracción Solidaria…"

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS en su labor de control y supervisión de los trámites de Asegurados al Sistema Integral de Pensiones ha emitido y remitido a la Administradora de Fondos de Pensiones ***(AFP)*** *BBVA Previsión AFP S.A. las siguientes notas APS/DESP/DPC/6478/2013 de fecha 03 de julio de 2013 y APS/DESP/DPC/UO/6785/2013 de fecha 23 de julio de 2013, por las cuales se solicita informe respecto a lo expresado por el Asegurado; obteniendo en respuesta las notas*

PREV PR JUB 855/2013 de fecha 12 de julio de 2013 y PREV-OP 1090/07/2013 de fecha 30 de julio de 2013.

Que con la gestión realizada por el Ente Regulador y del análisis a la norma aplicable se dió (sic) *respuesta al Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013, la cual al presente se encuentra consignada en la R.A. 930-2013, en la que se expresa bajo los fundamentos y la motivación correspondiente el razonamiento de este Ente Regulador sobre el presente caso.*

Que ahora bien, una vez recurrida la R.A.930-2013 y del análisis a los argumentos expresados por el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda en el Recurso de Revocatoria interpuesto, se tiene el análisis siguiente:

Que el Asegurado menciona que en su caso no corresponde la aplicación del inciso V. del artículo 3 del Decreto Supremo No.1570 de 01 de mayo de 2013 ***(D.S. 1570)****, ya que él habría realizado aportes antes de la publicación de la mencionada norma.*

Que al respecto, corresponde mencionar el parágrafo II del artículo 7 de la Resolución Administrativa APS/DPC/No.567-2013 de 20 de junio de 2013 (R.A.567-2013) que señala: "…De igual forma podrán ser pasibles a recálculo conforme a lo indicado en el artículo 6 anterior y parágrafo I. anterior, las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones que no hubieran sido consideradas en la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de estas otorgada al Asegurado o Derechohabiente, y (sic) ***siempre y cuando correspondan a periodos anteriores a la fecha de publicación del Decreto Supremo No.1570****…" (las negrillas son nuestras)*

Que considerando que los aportes del Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda corresponden a periodos ***posteriores*** *al 01 de mayo de 2013 (fecha de vigencia del D.S.1570), corresponde que los mismos no sean considerados en el recálculo de la pensión, en aplicación del parágrafo II del artículo 7 de la R.A.567-2013.*

Que el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda en su recurso expresa: "…Dice usted sustentar su criterio en lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 567-2013 de 20 de junio de 2013, Resolución que de manera ilegal pretende darle al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013 efecto retroactivo, ya que según la interpretación de su entidad, los aportes efectuados con anterioridad a la vigencia de dicho Decreto Supremo no se deben tomar en cuenta. Se hace notar que la normativa vigente antes de la promulgación del Decreto Supremo 1570, admitía la realización de aportes por anticipado de hasta 12 meses, por lo que su "interpretación" del Decreto Supremo mencionado no es correcta dado que la Resolución Administrativa APS/DPC/NO (sic) 567-203 de 20 de junio de 2013, pretende darle efecto retroactivo al Decreto Supremo No.1570…"

Que respecto a lo expresado por el Asegurado, corresponde indicar que el parágrafo I. del artículo 4 del D.S.1570 señala "La Autoridad de Fiscalización de Control de Pensiones

y Seguros – APS, en cumplimiento a lo dispuesto en el presente Decreto Supremo, deberá reglamentar los aspectos necesarios a efectos de que se de (sic) *cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 3 del presente Decreto Supremo…", en este sentido y al alcance del citado artículo, esta Autoridad ha procedido a emitir la R.A. 567-2013.*

Que es importante indicar que la citada R.A. 567-2013 desarrolla el procedimiento para el D.S.1570, estableciendo como ***fecha de corte*** *la fecha de publicación del citado D.S.1570, por lo que los* ***periodos anteriores*** *a la fecha de publicación serán considerados para el recálculo de la Pensión Solidaria de Vejez y los* ***periodos posteriores*** *no corresponde sean considerados, estableciéndose para los mismos la posibilidad de:*

- *Incrementar su Fracción de Saldo Acumulado.*
- *Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado de su Cuenta Personal Previsional.*

Que en virtud a dicha norma, la solicitud de recálculo de Pensiones Solidaria de Vejez del Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda con los periodos de noviembre/2013 a febrero/2014 no corresponde, por ser aportes posteriores a la fecha del D.S.1570 (01 de mayo de 2013).

Que con respecto a los aportes pagados por adelantado anteriores a mayo/2013, pero que corresponden a periodos posteriores a dicho periodo, deben ser procesados de acuerdo al parágrafo II. del artículo 7 de la R.A. 567-2013, conforme el periodo de corte que se estableció para la implementación del D.S.1570.

Que por otro lado, el párrafo quinto del Recurso de Revocatoria señala "…Con relación a la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 432-2011, estoy de acuerdo en que los aportes correspondientes a los meses de abril 2013 a octubre 2013 que he realizado en abril de 2013 se hayan acreditado como cotizaciones adicionales, sin embargo, los aportes realizados por los meses de noviembre 2013 a febrero 2014, deben ser objeto de recalculo de mi pensión solidaria de jubilación, conforme la normativa vigente a tiempo de requerir dicho cálculo…"

Que la solicitud del Asegurado no puede ser procesada debido a lo establecido en el D.S. 1570, reglamentado con la R.A. 567-2013, normativa en la cual se establece un periodo de corte, el cual corresponde a mayo/2013, por lo que los aportes posteriores a dicho periodo no pueden ser considerados para el recálculo de la Pensión Solidaria de Vejez; sin embargo el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda podrá optar por el incremento de la Fracción de Saldo Acumulado o efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final, conforme se señaló en párrafos anteriores.

Que con relación a la suscripción de un nuevo Formulario de Recepción de Trámite, el Asegurado manifiesta que esta Autoridad se basó en un informe de la AFP y no en un documento que certifique que la AFP le habría notificado para la suscripción del mismo.

Que sobre este argumento, se debe considerar lo previsto por el artículo 2 (inicio de trámite) de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 032-2011 de 23 de mayo de 2011, que establece lo siguiente "…Para iniciar el trámite de Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado o Derechohabiente, en adelante Solicitante, deberá apersonarse a la Administradora de Fondos de Pensiones, en adelante AFP, donde el Asegurado se encuentra registrado para suscribir el Formulario de Recepción de Trámite, en adelante FRT…"

Que de acuerdo a la normativa mencionada en líneas precedentes, para iniciar un trámite en la AFP, ya sea un trámite inicial o un trámite de recálculo de Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, el Asegurado necesariamente debe apersonarse a la AFP con el objeto de suscribir el FRT. Dicho documento respaldaría la aseveración del Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda; sin embargo el mismo no fue suscrito, tal como señala él mismo y BBVA Previsión AFP S.A.

Que finalmente, con relación a la observación de la posible ilegalidad de la R.A.567-2013; se debe dejar en claro que la señalada normativa que reglamenta el D.S.1570 se halla firme en sede administrativa y que al no ser impugnada en la vía ordinaria o extraordinaria se presume legitima (sic), *por lo que su cumplimiento y atención es de carácter obligatorio. Pero además, el pedido del Asegurado de revocar la señalada resolución no corresponde, por no ser objeto del presente proceso administrativo.*

Que de lo expresado en párrafos anteriores se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con considerar los hechos y antecedentes del presente caso, realizando el análisis integral de éstos y los aspectos señalados en la impugnación presentada por el Asegurado, para lo cual se tiene por atendido el recurso expresándose los motivos y fundamentos que respaldan el presente acto administrativo.

Que en ese comprendido, se concluye que del análisis integral y por los motivos expuestos anteriormente y aquellos expuestos en la Resolución Administrativa recurrida, los argumentos presentados por el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda en el Recurso de Revocatoria no son suficientes para revocar la R.A.930-2013, que consigna en Resolución Administrativa la nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado argumentos o fundamentos suficientes que permitan modificar la R.A.930-2013, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida

en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota presentada el 31 de enero de 2014, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, argumentado lo siguiente:

"*…Tal como he mencionado en mi nota presentada ante la APS en fecha 7 de octubre de 2013, en su pronunciamiento (hoy Resolución Administrativa), la APS hace referencia al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013, que establece que partir de su publicación se tienen dos alternativas, que se transcriben en su carta de respuesta de fecha 14 de agosto de 2013.*

Acerca de dicha respuesta, nuevamente debo hacer notar que dicho Decreto Supremo data del 1 de mayo de 2013, por lo que no corresponde su aplicación a mi caso, dado que los aportes que he realizado y la correspondiente solicitud de recálculo se han efectuado durante el mes de abril de 2013, es decir antes de la existencia del Decreto Supremo que la Autoridad de Pensiones y Seguros pretende aplicar indebidamente.

*La APS dice sustentar su criterio en lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DPC/NO (*sic) *567-2013 de 20 de junio de 2013, Resolución que de manera ilegal pretende darle al Decreto Supremo No. 1570 de 1 de mayo de 2013 efecto retroactivo, ya que según la interpretación de la APS, los aportes efectuados con anterioridad a la vigencia de dicho Decreto Supremo no se deben tomar en cuenta. Se hace notar que la normativa vigente antes de la promulgación del Decreto Supremo 1570, admitía la realización de aportes por anticipado de hasta 12 meses, por lo que la "interpretación" del Decreto Supremo mencionado no es correcta dado que la Resolución Administrativa APS/DPC/NO* (sic) *567-2013 de 20 de junio de 2013, pretende darle efecto retroactivo al Decreto Supremo No. 1570, situación no sólo ilegal sino inconstitucional.*

En consideración a las irregularidades antes anotadas, que la APS persiste en no corregir, solicito a su Autoridad se sirva remitir los antecedentes de este procedimiento administrativo al superior jerárquico, para que sea éste quien resuelva adecuadamente el proceso, revocando totalmente tanto la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 567-2013 de 20 de junio de 2013, la Resolución Administrativa APS/DPC/No 930-2013 de 15 de octubre de 2013, y la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, todas (sic) *actos inconstitucionales…*"

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Toda vez que mediante nota MEFP/VSPF/URJ-SIREFI N° 026/2014 de 28 de mayo de 2014, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, documentación complementaria, la misma fue atendida mediante

nota APS.EXT-DE/DJ/1638/2014, con fecha de recepción 3 de junio de 2014, consistiendo la documentación complementaria en la siguiente:

- **Nota COM.INT.DSIS/47/2014 de 30 de mayo de 2014**, dirigida por el Director de Sistemas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al Director Jurídico de la misma entidad, que señala:

  "…*Con referencia a su solicitud de certificación de publicación de la R.A. 0567/2013 realizada en COM.INT DJ/191/2014, le informo lo siguiente:*

  La R.A. 0567/2013 fue registrada el martes 25 de junio de 2013 a las 12:14, fecha y hora en al cual de acuerdo al procedimiento actual implementado en el "Sistema de Administración de Resoluciones y Circulares", emite al momento de publicación el correo de aviso respectivo.

  Adicionalmente la fecha y hora del archivo de la R.A. que se registra en el servidor donde el "Sistema de Administración de Resoluciones y Circulares" almacena las resoluciones para consulta, es la misma del correo ya que el proceso de publicación ejecuta ambas tareas al mismo tiempo.

  Se anexan para su información el listado parcial del directorio de publicación de resoluciones y una impresión del correo automático enviado…"

- **Estado de Cuenta Individual del Fondo de Capitalización Individual, correspondiente al Afiliado WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, emitido en fecha 29 de mayo de 2014 y correspondiente al periodo del 1° de mayo de 1997 al 28 de mayo de 2014.

- Nota de fecha 10 de abril de 2013, dirigida por el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** a BBVA Previsión AFP S.A., con el tenor siguiente:

  "…*Mediante la presente, solicito a ustedes recalcular la fracción solidaria de mi pensión de vejez, en función a que he continuado realizando aportes en la AFP Previsión, entidad donde he realizado mis aportes regularmente.*

  Para fines de realizar el recálculo solicitado, adjunto fotocopia de los Formularios de pago de Contribuciones de Abril de 2013, hasta Febrero de 2014 (11 meses), que deben ser considerados…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe

verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota de fecha 10 de abril de 2013, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** solicitó a BBVA Previsión AFP S.A.: "*recalcular la fracción solidaria de mi pensión de vejez, en función a que he continuado realizando aportes en la AFP Previsión*", y toda vez que acusara la falta de "*comunicación alguna de dicha AFP para que se me haga firmar una nueva Declaración de Fracción Solidaria*" mediante nota de fecha 28 de junio de 2013 solicitó su atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Emergente de ello, en fecha 14 de agosto de 2013 y con nota APS/DESP/DPC/7174/2013 -después consignada a solicitud del Asegurado, en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 930-2013 de 15 de octubre de 2013-, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros comunicó al peticionante, que sus aportes efectuados como Asegurado Independiente por los periodos de abril a octubre de 2013, fueron regularizados conforme lo establece el artículo 18° de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, acreditándolos como Cotización Adicional; asimismo señaló no haberse suscrito para el caso, el correspondiente Formulario de Recepción de Trámite, pudiendo por los periodos posteriores a la publicación del Decreto Supremo N° 1570, elegir entre: 1) Incrementar su Fracción de Saldo Acumulado, o 2) Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional.

Mediante nota presentada el 27 de noviembre de 2013, el señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 930-2013 de 15 de octubre de 2013, confirmada totalmente mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, contra la cual, el mismo Asegurado interpuso el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

A fin de resolver la controversia, importa revisar la normativa aplicable al caso de autos:

- **Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011:**

  "…***ARTÍCULO 7.- (CONTRIBUCIONES DE LOS ASEGURADOS INDEPENDIENTES)*** (…)

  …***III****. El Asegurado Independiente podrá efectuar el pago de hasta doce (12) periodos por adelantado* (…)

  ARTÍCULO 10.- (PLAZO DE PAGO DE CONTRIBUCIONES AL SIP) (…)

  …***IV.*** *El pago de las Contribuciones de Asegurados Independientes deberá realizarse hasta el quinto día hábil de cada mes. Cuando se realice el pago después de ese*

plazo, éste se entenderá como un pago del siguiente periodo, no pudiendo efectuarse pagos con carácter retroactivo…"

- **Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011:**

"…***ARTÍCULO 110.- (INCREMENTO DE PENSIONES).***

I. *Cuando existan Contribuciones del Asegurado acreditadas en fecha posterior a la fecha de solicitud de pensión de vejez, la Fracción de Saldo Acumulado de la Pensión de Vejez, o Pensión por Muerte derivada de ésta podrá ser incrementada.*

II. *La Fracción de Saldo Acumulado incrementada se obtendrá de la suma de las Unidades Vitalicias o Unidades de Vejez consideradas en el contrato de Pensión de Jubilación o Declaración de Pensión de Vejez y las Unidades de Vejez que se financian con el Saldo Acumulado a partir de la fecha de la nueva solicitud. Para el cálculo de las Unidades de Vejez, el valor actuarial del Gasto Funerario deberá ser considerado como cero (0).*

III. *En los casos de Asegurados con Pensión de Vejez que cuenten con aportes posteriores a la fecha de solicitud de Pensión y puedan acceder a la Prestación Solidaria de Vejez, la Gestora calculará el Referente Salarial de Vejez considerando las contribuciones pagadas en fecha posterior a la de solicitud que dio origen a la pensión hasta la fecha de la nueva solicitud.*

IV*. A partir del nuevo monto de la Fracción de Saldo Acumulado, se deberá recalcular el monto de Fracción Solidaria que corresponda tomando en cuenta únicamente la Densidad de Aportes…*"

- **Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 noviembre de 2011:**

"…***ARTÍCULO 18.- (ACREDITACIÓN DEL INGRESO COTIZABLE).***

I. *En ningún caso un Asegurado podrá tener por un mismo periodo de cotización dos o más pagos en calidad de Asegurado Independiente.*

II. *En caso que un Asegurado Independiente efectúe dos o más pagos por un mismo periodo de cotización, el Estado de Ahorro Previsional deberá reportar como Ingreso Cotizable aquella cotización efectuada con fecha de pago más antigua.*

III. *Los pagos por Contribuciones al SIP efectuados en fecha posterior al pago más antiguo deberán ser acreditados como Cotización Adicional…*"

- **Decreto Supremo N° 1570 de 01 de mayo de 2013:**

"…***Artículo 3°.- (Fracción Solidaria)*** (…)

*…**V.*** *El Asegurado con Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez que tenga* ***cotizaciones posteriores*** *a su Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, podrá solicitar alternativamente, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo:*

a) El incremento de su Fracción de Saldo Acumulado conforme lo señalado en el Artículo 110 del Decreto Supremo N° 0822 y dichas contribuciones no serán consideradas para incrementar la Densidad de Aportes;

b) Retiros Mínimos/Retiro Final con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013:**

"…***ARTÍCULO 1.- (OBJETO).-*** *La presente normativa tiene por objeto establecer el procedimiento para:*

a) El otorgamiento del mantenimiento de valor anual de la Fracción Solidaria (FS) retroactivo a la gestión 2012, incluido el pago retroactivo por concepto de reintegros de las gestiones 2012 y 2013, y

b) Los recálculos de pensiones a partir de la publicación del Decreto Supremo N° 1570..." (…)

ARTÍCULO 2.- (ÁMBITO DE APLICACIÓN).- *I. La aplicación de la presente norma corresponderá a lo siguiente:* (…)

…d) El Incremento de Fracción de Saldo Acumulado (FSA) sin incremento de la Densidad de Aportes, aplicará a toda Contribución efectuada al SIP que no hubiera sido considerada en el otorgamiento de la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas.

e) El retiro de Saldo Acumulado vía Retiros Mínimos o Retiro Final, aplicará a toda Contribución efectuada al SIP que no hubiera sido considerada en el otorgamiento de la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas.

II. Lo señalado en los incisos c), d) y e) del parágrafo I anterior, ***se aplicarán a toda solicitud de recálculo de pensión presentada a partir del día 02 de mayo de 2013 inclusive****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) (…)

ARTÍCULO 7.- (RECÁLCULO DE PENSIONES).- (…)

…II. De igual forma, podrán ser pasibles de recalculo conforme a lo indicado en el artículo 6 anterior y parágrafo I. anterior, las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones que no hubieran sido consideradas en la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de estas otorgada al Asegurado o Derechohabiente, y (sic) *siempre y cuando correspondan a periodos anteriores a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 1570.*

Al igual que en el parágrafo I, anterior, si resultado del recálculo en función a la nueva Densidad de Aportes, la pensión resultara menor a la pensión que venía

recibiendo el Asegurado o Derechohabiente, se tomará como pensión, la pensión que venía recibiendo y se ajustará la Fracción Solidaria…"

2.2. Consideraciones previas.-

Previo al análisis correspondiente, conviene dejar establecida la concurrencia de determinados extremos trascendentales al caso, conforme se procede a continuación:

- El Asegurado, señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** mediante nota de fecha **10 de abril de 2013**, solicitó a BBVA Previsión AFP S.A. el recálculo de la Fracción Solidaria considerando los aportes efectuados de abril de 2013 a febrero de 2014; no habiendo recibido respuesta, mediante nota de fecha 28 de junio de 2013, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pueda atender su solicitud de recálculo efectuada el 10 de abril de 2013, para firmar una nueva Declaración de Fracción Solidaria.

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones solicitó informe a BBVA Previsión AFP S.A., quien mediante nota PREV PR JUB 855/2013 de 12 de julio de 2013, señaló que el pago del segundo recálculo solicitado por el Asegurado, será efectuado en la planilla de julio de 2013, toda vez que existió una demora en la suscripción de la Adenda, firmada el 28 de junio de 2013.

  Asimismo la Administradora de Fondos de Pensiones señaló, que se informó al Asegurado que todo trámite requiere de la firma de un nuevo Formulario de Recepción de Trámite, pero él sólo dejó su carta de solicitud de un **tercer recálculo**, haciendo referencia a periodos que fueron considerados en el segundo recálculo, sin embargo, se evidenció que el Asegurado efectuó doble aporte como Independiente, por los periodos de abril de 2013 a octubre de 2013, que no se encontraban acreditados cuando se realizó el segundo recálculo, solicitando a la Autoridad Fiscalizadora instruya como proceder.

- Mediante nota APS/DESP/DPC/UO/N° 6785/2013 de 23 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros recuerda a BBVA Previsión AFP S.A. la vigencia del artículo 18° de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, y solicita un informe, así como la regularización del Estado de Ahorro Previsional del Asegurado señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, toda vez que existen dos o más pagos por un mismo periodo de cotización, realizados en calidad de Asegurados Independientes y que fueron acreditados como Ingreso Cotizable.

- Mediante nota PREV-OP 1090/07/2013 de 30 de julio de 2013, BBVA Previsión AFP S.A. comunica que regularizó el Estado de Ahorro Previsional del Asegurado **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA.**

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DPC/7174/2013 de 14 de agosto de 2013, comunicó al Asegurado, que: *"los aportes efectuados como Asegurado Independiente por su persona, por los periodos de **abril a octubre/2013**, **no se encontraban acreditados** tal cual lo establece el*

artículo 18 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, por lo que se procedió a regularizar dichos aportes acreditándolos como Cotización Adicional"; asimismo, señala que por los periodos de cotización posteriores a la publicación del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013, el Asegurado puede elegir entre: 1) Incrementar su Fracción de Saldo Acumulado o 2) Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado de su Cuenta Personal Previsional.

2.3. De la aplicación del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013.-

El Asegurado, señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** señala en su Recurso Jerárquico que no corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aplique para su caso, el Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013, toda vez que los aportes reclamados y la solicitud de recálculo, fueron realizados en el mes de abril de 2013, antes de la existencia y vigencia del señalado Decreto Supremo, pretendiendo la Entidad Reguladora -a decir del recurrente- dar efecto retroactivo a dicho Decreto, a través de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013.

Con el fin de resolver la presente controversia, corresponde efectuar el siguiente análisis:

a) En cuanto a los aportes reclamados y pagados por adelantado por el Asegurado.-

De manera previa, es importante señalar que la norma -transcrita ut supra- prevé la posibilidad de que los Asegurados Independientes efectúen pagos de hasta doce meses por adelantado, pudiendo realizar dos o más pagos por un mismo periodo de cotización, los cuales deben estar reflejados en el Estado de Ahorro Previsional como Ingreso Cotizable (cotización con fecha de pago más antigua) y Cotización Adicional (cotización efectuada en fecha posterior).

Asimismo, el artículo 110º del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, establece en su parágrafo I, que el incremento de pensiones se efectúa cuando existan **Contribuciones del Asegurado acreditadas en fecha posterior** a la fecha de solicitud de Pensión, y en su parágrafo IV, dispone que a partir del nuevo monto de la Fracción de Saldo Acumulado, se deberá **recalcular el monto de Fracción Solidaria** que corresponda, tomando en cuenta únicamente la Densidad de Aportes.

Posteriormente, el Decreto Supremo Nº 1570 de 1° de mayo de 2013, estableció que los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez, que cuentan con **cotizaciones posteriores** a su Pensión, pueden solicitar alternativamente:

a) El incremento de su Fracción de Saldo Acumulado o
b) Retiros Mínimos/Retiro Final con el Saldo Acumulado.

Para dicho efecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, determinó que:

a) El incremento de Fracción de Saldo Acumulado, sin incremento de la Densidad de Aportes, aplicará a toda **Contribución efectuada al SIP** que no hubiera sido considerada en el otorgamiento de la Pensión.

b) El retiro de Saldo Acumulado vía Retiros Mínimos/Retiro Final, aplicará a toda **Contribución efectuada al SIP** que no hubiera sido considerada en el otorgamiento de la Pensión.

Asimismo, el parágrafo II, del artículo 7º de la señalada Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, establece que podrán ser pasibles de recálculo, las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones que no hubieran sido consideradas en la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de estas, siempre y cuando correspondan a **periodos anteriores** a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013, solamente para efectos de recálculo de la Fracción Solidaria en función a la nueva Densidad de Aportes.

Ahora bien, ya dentro del caso de autos, el Estado de Ahorro Previsional del Asegurado **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, reporta lo siguiente:

- Aportes pagados por adelantado en calidad de Asegurado Independiente, por los periodos de **abril de 2013 a octubre de 2013**: dos pagos por cada periodo, en fechas **30 de noviembre de 2012** y **1° de abril de 2013**, uno acreditado como Ingreso Cotizable y otro como Cotización Adicional.

- Aportes como Asegurado Independiente, pagados por adelantado en fecha **1° de abril de 2013,** por los periodos de **noviembre de 2013 a febrero de 2014**, acreditados en el Estado de Ahorro Previsional como Ingreso Cotizable.

Una vez más se pone atención en la nota de fecha **10 de abril de 2013**, cuando el Asegurado solicitó el recálculo de la Fracción Solidaria de su Pensión Solidaria de Vejez, en función a los aportes realizados en BBVA Previsión AFP S.A., adjuntando para tal efecto, fotocopia de los Formularios de Pago de Contribuciones de **abril de 2013 a febrero de 2014**; sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, señaló que:

> "…*la solicitud del Asegurado no puede ser procesada debido a lo establecido en el D.S.1570, reglamentado con la R.A.567-2013, normativa en la cual se* ***establece un periodo de corte****, el cual corresponde* ***a mayo/2013****, por lo que* ***los aportes posteriores a dicho periodo no pueden ser considerados para el recálculo de la Pensión Solidaria de Vejez****; sin embargo el Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda podrá optar por el incremento de la Fracción de Saldo Acumulado o efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final, conforme se señaló en párrafos anteriores*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, conforme se señaló precedentemente, la norma establece claramente el procedimiento para Asegurados con **a)** Contribuciones posteriores a la solicitud de Pensión y **b)** prevé el recálculo de las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones de periodos anteriores a la fecha de publicación del señalado Decreto Supremo N° 1570; sin embargo, no hace referencia a la fecha de pago de esas Contribuciones, más aún si consideramos que los <u>Asegurados Independientes pueden efectuar aportes por adelantado</u>, como en el caso del señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, que cuenta con aportes posteriores a la Solicitud de Pensión, correspondientes a periodos anteriores, como posteriores (abril/2013

a febrero/2014) a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 1570 (1° de mayo de 2013), pero que fundamentalmente fueron pagados por adelantado en fecha 1° de abril de 2013, antes de la vigencia del señalado Decreto Supremo.

Entonces, la Entidad Reguladora, sin hacer un análisis exhaustivo de la norma y del caso del Asegurado **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** establece que no puede atender su solicitud de recálculo, toda vez que sus aportes son posteriores al periodo de corte (mayo/2013).

En tal sentido, no corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aplique para el caso de autos, lo establecido en el Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013 y la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, toda vez que las mismas no prevén los pagos por adelantado de Asegurados Independientes, efectuados antes de mayo de 2013.

Sin perjuicio de lo señalado, se puede evidenciar que no existe congruencia en el análisis expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, toda vez que inicialmente señala que: "*considerando que los aportes del Asegurado Walter Pedro Gonzales Peñaranda corresponden a* ***periodos posteriores*** *al 01 de mayo de 2013 (fecha de vigencia del D.S.1570), corresponde que los mismos* ***no sean considerados en el recálculo*** *de la pensión, en aplicación del parágrafo II del artículo 7 de la R.A.567-2013*", sin embargo, líneas después establece que: "*con respecto a los aportes* ***pagados por adelantado anteriores a mayo/2013****, pero* ***que corresponden a periodos posteriores*** *a dicho periodo, deben ser* ***procesados*** *de acuerdo al parágrafo II. del artículo 7 de la R.A.567-2013, conforme el periodo de corte que se estableció para la implementación del D.S.1570*"(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo tanto, se evidencia en el pronunciamiento de la Entidad Reguladora, una falta de congruencia y fundamentación en cuanto al análisis realizado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013 y la normativa aplicable, considerando que a tiempo del pago realizado por el Asegurado no se había emitido el Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013 y la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013.

b) En cuanto a la solicitud de recálculo presentada por el Asegurado.-

El parágrafo II, del artículo 2 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, establece que los incisos d) y e) del parágrafo I del señalado artículo 2, se aplicarán **a toda solicitud de recálculo de pensión presentada <u>a partir del día 2 de mayo de 2013</u> inclusive**.

Tal como se señaló, el Asegurado señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** mediante nota de fecha **10 de abril de 2013,** recepcionada en la misma fecha en BBVA Previsión AFP S.A. señala:

> "…*Mediante la presente,* ***solicito*** *a ustedes* ***recalcular la fracción solidaria de mi pensión de vejez,*** *en función a que he continuado realizando aportes en la AFP Previsión entidad*

donde he realizado mis aportes regularmente.

Para fines de realizar el recalculo solicitado, adjunto fotocopia de los Formularios de pago de Contribuciones de ***abril de 2013, hasta febrero de 2014*** *(11 meses), que deben ser considerados…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Administrativa Jerárquica).

Como se puede apreciar, la solicitud de recálculo fue presentada por el Asegurado, **antes del 2 de mayo de 2013**, fecha establecida como corte para aplicar los incisos d) o e) del parágrafo I, del artículo 2º de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 567-2013 de 20 de junio de 2013, por lo tanto, no podría, salvo normativa aplicable vigente, considerar para el caso del señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA,** lo establecido en el Decreto Supremo N° 1570 y por ende la señalada Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013.

Por lo señalado, es evidente que dicha situación no fue considerada por la Entidad Reguladora a tiempo de comunicar al Asegurado que no podía atender su solicitud de recálculo de Pensión.

c) En cuanto a la retroactividad de la norma.-

El Asegurado **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA** señala, que la Entidad Reguladora pretende, a través de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 567-2013 de 20 de junio de 2013, dar efecto retroactivo al Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cumplimiento de su obligación de reglamentar lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013, emitió la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013, norma mediante la cual establece el procedimiento que deben seguir las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Entidades Aseguradoras, respecto al otorgamiento del mantenimiento de valor anual de la Fracción Solidaria y los recálculos de pensión.

Dicha norma establece, que los Asegurados con Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de estas, pueden acceder, alternativamente, o al incremento de la Fracción de Saldo Acumulado o a Retiros Mínimos/Retiro Final, por las Contribuciones efectuadas al SIP que no hubieran sido consideradas en el otorgamiento de la Pensión, o al recálculo de las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones que no hubieran sido consideradas en la Pensión, siempre y cuando correspondan a periodos anteriores a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 1570.

Del análisis realizado precedentemente, la solicitud de recálculo del Asegurado y el pago por adelantado de los aportes reclamados, fueron realizados antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013.

Sin embargo, cuál hubiera correspondido, la Entidad Reguladora debió evaluar la norma y determinar si para el presente caso, correspondía o no, aplicar el Decreto Supremo N° 1570 y la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013, considerando los antecedentes propios

del caso, toda vez que se debe tener presente lo dispuesto por el artículo 123º de la Constitución Política del Estado, positivización del principio de irretroactividad de la norma, en sentido que "*La ley* -aquí léase norma- *solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo excepto en materia laboral*…"

No está demás recordar que en virtud de tal principio, la norma no tiene efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición en contrario, y eso es lo que refiere el artículo 123º precitado.

2.4. De la solicitud de revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013.-

El Asegurado, señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, amén de solicitar, conforme corresponde a la oportunidad procesal presente, la revocatoria total de las Resoluciones Administrativas APS/DPC/DJ/N° 930-2013 y APS/DJ/DPC/N° 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, que -conforme lo supra relacionado- hacen a las distintas fases precluidas del proceso recursivo actual, también pide igual tratamiento para la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, como de todos los actos que el recurrente califica de inconstitucionales.

Toda vez que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013 está referida -fundamentalmente- al "*Procedimiento para efectuar el mantenimiento de valor de la Fracción Solidaria a partir de la gestión 2012*" y el "*Formulario de Selección de Beneficio*", no hace al proceso administrativo iniciado a reclamo del señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, por lo que su pretensión y tratamiento en el trámite presente, resulta francamente impertinente, lo que a claras habla que a efectos de tal sustanciación, el reclamante deberá hacerla valer si así correspondiera, por la vía pertinente.

En todo caso, debe tenerse presente que compete a otra instancia definir la inconstitucionalidad alegada, conforme lo expresa el artículo 5º (*Presunción de Constitucionalidad*) de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional, que establece que "*Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto o resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad*", disposición legal que se encuentra en concordancia con el artículo 4º de la Ley N° 254 de 5 de julio de 2012 (Código Procesal Constitucional), que señala: "*Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad*".

Por otra parte, el artículo 168º de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señala lo siguiente:

> "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
>
> *a)* ***<u>Cumplir y hacer cumplir</u>*** *la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta*

aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

*b) Fiscalizar, supervisar, **regular**, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social* (transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones), *Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras y otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes*…" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, conforme lo establece el artículo 4º del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es la responsable de reglamentar los aspectos necesarios, a efectos de que dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3º del mismo Decreto Supremo.

En tal sentido, la Entidad Reguladora, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013, estableció y aprobó el procedimiento para efectuar el mantenimiento del valor anual de la Fracción Solidaria y los recálculos de pensiones, a partir de la publicación del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013.

De acuerdo a lo informado y a la documentación remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 567-2013 de 20 de junio de 2013 fue notificada a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras en fecha 25 de junio de 2013 y publicada en el sitio web de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fecha 25 de junio de 2013 a horas 12:14.

Ahora bien, el artículo 48º del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala:

"…***Artículo 48°.- (Interposición)*** *El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la* ***notificación o publicación*** *de la resolución impugnada*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, señaló:

"…*Que finalmente, con relación a la observación de la posible ilegalidad de la R.A.567-2013; se debe dejar en claro que la señalada normativa que reglamenta el D.S.1570 se halla* ***firme en sede administrativa y que al no ser impugnada en la vía ordinaria o extraordinaria se presume legitima*** (sic)*, por lo que su cumplimiento y atención es de carácter obligatorio. Pero además, el pedido del Asegurado de revocar la señalada resolución no corresponde, por no ser objeto del presente proceso administrativo*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En todo caso, toda vez que el alegato ya fue hecho presente a tiempo del Recurso de Revocatoria, se extraña en el fundamento que sale de la Resolución Administrativa

APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, el argumento preciso acerca de la validez de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 567-2013 en función de su publicación a efectos de su efectiva vigencia, extremo que habla de una infracción al debido proceso, en tanto la fundamentación extrañada conforma tal garantía, y como tal, se encuentra establecida por los artículos 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Por consiguiente, el fundamento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013, resulta insuficiente, justificando la determinación que sigue en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, no ha sujetado su actuar a lo establecido en la norma, evidenciándose la falta de análisis en cuanto a los periodos pagados por adelantado y a la solicitud de recálculo presentada por el Asegurado señor **WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA**, considerando la normativa aplicable a la fecha de pago y a la inexistencia de normativa para el caso del Asegurado Independiente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar la Resolución impugnada, con alcance total cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR TOTALMENTE, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1181-2013 de 24 de diciembre de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 930-2013 de 15 de octubre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; dejando sin efecto ambos actos administrativos.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a dar cumplimiento estricto al procedimiento legalmente establecido, debiendo emitir en el marco de su competencia en virtud al artículo 168º, de la Ley Nº 065 de 10 de

diciembre de 2010, de Pensiones, una norma que establezca el procedimiento para aportes pagados por adelantado por Asegurados Independientes, cuya fecha de pago sea anterior a la fecha de emisión del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 DE 04 DE MARZO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 039/2014 DE 12 DE JUNIO DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 039/2014

La Paz, 12 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de fecha 4 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2013 de 14 de junio de 2013, emitida por el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, la Resolución de Acción de Amparo Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, los antecedentes que conforman el expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 032/2014 de 12 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 059/2014 de 21 de mayo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución de Acción de Amparo Constitucional Nº AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, el Tribunal Departamental de Justicia de la Sala Civil Tercera, determinó conceder la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por **PREVISIÓN BBVA**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), dejando sin efecto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2013 y disponiendo la emisión de una nueva Resolución.

Que, por consiguiente se tiene que mediante memorial presentado el 21 de marzo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** legalmente representada por su Gerente Comercial y Servicio al Afiliado Sr. René Nogales Rodríguez tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 627/2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/4601/2013, con fecha de recepción 26 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de fecha 4 de marzo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1 de abril de 2013, notificado en fecha 8 de abril de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/7901/2012 de 10 de octubre de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con el siguiente cargo:

> *"...Existen indicios de incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, al evidenciar que la Boleta de Pago procesada y entregada a los Asegurados con recálculo de pensión que efectuaron reposición de aportes, no incluye el monto de la Fracción de Saldo Acumulado, ni la Fracción Solidaria, conforme al plazo otorgado y de acuerdo a la forma establecida en norma…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV PR 286-2012 de 22 de noviembre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presentó descargos expresando lo siguiente:

"…

- *Cuando esta Administradora fue notificada con la Circular APS/DPC/26/2012 del 05 de marzo de 2012, de forma inmediata y de manera coordinada con la empresa Síntesis se comenzó a trabajar en la implementación de la misma, para ello se llevaron a cabo modificaciones en la estructura de intercambio con la empresa antes mencionada y una serie de pruebas enfocadas a cumplir con la instrucción de manera adecuada.*

- *Una vez efectuadas las pruebas y los cambios mencionados en el punto anterior, se procedió a la implementación de la nueva boleta de pago dentro de los plazos establecidos por su Autoridad; el formato de la nueva boleta se aplico a más del 99% de los asegurados.*

- *De forma paralela a la aplicación de la nueva boleta de pago, se estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recalculo de asegurados que efectuaron la reposición de sus Retiros Mínimos, sin embargo, por la complejidad del aplicativo su desarrollo demoro* (sic) *más de lo previsto, en este sentido y cumpliendo nuestro rol de buen padre de familia, la Administradora procedió a financiar una parte de la pensión de este tipo de solicitudes de recalculo con reposición (hasta terminar el aplicativo), específicamente el diferencial entre la nueva pensión y la inicial.*

- *Lo antes mencionado, también se refleja en la boleta de pago, pues al ser una parte del pago manual y otra financiada, no era posible integrarla en una sola boleta de pago, por esta situación es que el formato de la nueva boleta no se pudo aplicar a este grupo de solicitudes de recalculo con reposición que representan menos del 1% del total.*

- *El demostrar porcentualmente el impacto que tuvo la aplicación de la nueva boleta de pago, de ninguna manera pretende minimizar a este grupo de asegurados, mas por el contrario se quiere demostrar la pro actividad de esta Administradora para cumplir con las instrucciones impartidas por su Autoridad.*

- *A pesar del retraso en la integración de los pagos de las solicitudes de recalculó con reposición, es importante mencionar que no se causo* (sic) *daño alguno a los asegurados, si bien estos debían cobrar una parte de su pensión a través de Síntesis y la otra mediante cheque, siempre se les habilito* (sic) *ambos pagos antes del 07 de cada mes, lo cual demuestra la preocupación que se tuvo en todo momento sobre este tipo de asegurados...."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

"...PRIMERO.- *Sanciona* (sic) *a BBVA Previsión AFP S.A. por el siguiente cargo imputado:*

a) *En relación al único* ***Cargo*** *imputado con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley N° 065 de 10 de*

diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012.

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

TERCERO.- *Se instruye a la AFP remitir copia de las Boletas de Pago o impresión de pantalla del pago de diez (10) casos de forma aleatoria correspondientes a la planilla enero/2013, donde se evidencie el detalle de todos los componentes de la pensión de los casos con recálculo de pensión que efectuaron reposición de aportes, hasta el 15 de febrero de 2013...*"

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

"...De los descargos presentados por la AFP, al presente Cargo se obtiene el siguiente análisis:

Que dentro del proceso sancionatorio, se notificó con cargos a BBVA Previsión AFP S.A. debido a que no procedió con la inclusión de la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria en la Boleta de Pago, en los casos con recálculo de pensión de Asegurados que efectuaron reposición de aportes.

Que al respecto, de acuerdo a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en las viñetas 1 y 2 de la nota PREV-PR 286-2012 de 22 de noviembre de 2012, referida a la implementación de la nueva Boleta de Pago, la AFP indica que dicha modificación se aplicó a más del 99% de los Asegurados, sin embargo la Circular APS/DPC/26/2012 de 05 de marzo de 2012, fue emitida para ***ser aplicada a todo el universo de Asegurados*** *con Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual y Pensión Mínima, por lo que la instrucción fue cumplida parcialmente por la AFP, encontrándose indicios de incumplimiento al inciso w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012.*

Que con relación a las viñetas 3, 4 y 5 de dicha nota, la AFP indica que de forma paralela se estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recálculo de Asegurados que efectuaron reposición, sin embargo por la complejidad del aplicativo, su desarrollo demoró más de lo previsto, razón por la cual procedió a financiar una parte de la pensión de este tipo de solicitudes, que representan menos del 1% del total de Asegurados, demostrando así su proactividad, sin embargo, no logro (sic)

cumplir con diligencia, prontitud, eficiencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia, encontrándose evidencia de incumplimiento al inciso v) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012.

Que sobre lo expresado por la AFP, es importante considerar que pese a reiteradas ampliaciones otorgadas por esta Autoridad, a solicitud de BBVA Previsión AFP S.A., la AFP ha incumplido los plazos, aún vencidos los mismos. Asimismo, cabe señalar que a la fecha la AFP no ha remitido evidencia de que dicha aplicación informática se hubiera aplicado en la Planilla del mes de octubre/2012, incumpliendo lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012.

Que en cuanto a la viñeta 6 de la citada nota, cabe señalar que el incumplimiento de la AFP no ha ocasionado daño económico a los Asegurados, a los fondos ni a recursos fiscales, considerando que la diferencia entre la pensión inicial y la nueva pensión les fue pagada mediante cheque, con recursos propios de la AFP.

Que adicionalmente a lo mencionado en los párrafos precedentes, con relación a lo establecido en los incisos v) y w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012, se evidencia incumplimiento de la AFP, ya que el pago en cheque a los Asegurados, no permite que éstos cuenten con la información completa del pago de pensión debido a que no se detallan los conceptos que componen la misma, tal el caso de descuentos establecidos por Ley para acceso a salud y otros.

Por otra parte, los Asegurados deben apersonarse por las Oficinas de la AFP a efectos de recoger el cheque y posteriormente cobrar el mismo en una entidad financiera por lo que se requieren de pasos adicionales que no demuestran diligencia, prontitud, eficiencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia por parte de la AFP.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP corroboran el incumplimiento a lo establecido en los incisos v) y w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, correspondiendo por lo tanto la confirmación del cargo.

CONSIDERANDO:

Que el principio de la verdad material, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de noviembre de 2009 expresa que: "el Principio de Verdad Material 012/2009 de 20 de noviembre de 2009 expresa que: "El principio de Verdad Material previsto por el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, establece que la Administración Pública investigará la verdad material, en virtud de la cual la decisión de la Administración debe ajustarse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido del expediente, incluso más allá de lo estrictamente portado por las partes, siendo obligación de la administración averiguar la verdad de los

hechos, no limitando los hechos a simplemente algunas actuaciones que no son determinantes para la toma de las decisiones de la administración pública".

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, regula y controla a la AFP, para queésta (sic) *cumpla con las obligaciones que se le imparten y ya sea mediante circulares, instructivos y/o notas.*

Que asimismo la norma exige que la AFP debe tener el grado de diligencia en cuanto a las actividades encomendadas y las que realiza, debiendo las mismas ser llevadas con el cuidado y celeridad debida.

Que siendo que esta Autoridad tiene facultad de abrir un periodo de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancias de los hechos, la AFP tenía la obligación de cumplir con las instrucciones emitidas, en los plazos otorgados a objeto de establecer la verdad de los hechos, sin embargo la Administradora incumplió las mismas, de la siguiente manera:

1) *Esta Autoridad mediante Circular APS/DPC/26/2012 de 05 de marzo de 2012, instruye a la AFP aplicar el formato de Boletas de Pago de Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones y Pensión Mínima* ***desde el período abril/2012****.*

2) *Al existir reclamos por Asegurados, esta Autoridad mediante nota APS/DPC/4022/2012 de 30 de mayo de 2012, instruyó a BBVA Previsión AFP S.A. remitir informe pormenorizado sobre las razones por las cuales la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de las pensiones recalculadas de Asegurados que efectuaron reposición de aportes, no se encuentran en la Boleta de Pago y las acciones que estaría efectuando la AFP para regularizar dicha situación.*

3) *La AFP mediante nota PREV PR JUB 608/2012 de 04 de junio de 2012, responde indicando que está desarrollando una aplicación informática para incluir la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de los casos mencionados. Argumento que es reiterado por la AFP en su nota de descargos.*

4) *Con nota APS/DPC/4538/2012 de 18 de junio de 2012, esta Autoridad instruye a la AFP concluir con las adecuaciones respectivas a la aplicación informática, con el objeto de que la Boleta de Pago del mes de junio/2012 incluya todos los componentes de la pensión. Habiendo vencido el plazo otorgado en dicha nota, la AFP mediante nota PREV PR JUB 775/2012 de 12 de julio de 2012, solicita ampliación hasta fines de la presente gestión para realizar las adecuaciones informáticas.*

5) *En fecha 23 de julio de 2012, con nota APS/DPC/5460/2012, esta Autoridad instruye a la AFP que las adecuaciones informáticas deben realizarse indefectiblemente en la Planilla de septiembre/2012.*

6) *Mediante nota APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, esta Autoridad instruye a la AFP remitir copia de las Boletas de Pago de diez (10) casos de forma aleatoria, donde se evidencie el detalle de todos los componentes de la pensión de*

los casos con recálculo de pensión que efectuaron reposición, hasta el 05 de octubre de 2012. En respuesta, la AFP mediante nota PREV PR JUB 1083/2012 de fecha 01 de octubre de 2012, solicita ampliación de plazo para dar cumplimiento a la instrucción hasta el período de octubre/2012.

7) *Hasta la fecha, la AFP no ha remitido evidencia de que dicha aplicación informática se hubiera aplicado en la Planilla del mes de octubre/2012…*

Que el incumplimiento de la AFP en cuanto a las instrucciones de remitir las razones por las cuales la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de las pensiones recalculadas de Asegurados que efectuaron reposición de aportes no se encuentran en la Boleta de Pago; vulnera la norma imputada y restringe que el Ente Regulador pueda supervisar los tramites (sic).

Por el cual, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar el Cargo imputado, por lo que se ratifica el mismo.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho comprobado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque la AFP no remitió las razones por las cuales la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de las pensiones recalculadas de Asegurados que efectuaron reposición de aportes, no se encuentran en la Boleta de Pago y las acciones que estaría efectuando para regularizar dicha situación;* ***c)*** *La ausencia de descargos idóneos y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado al no tomar atención a lo determinado por el Artículo 149 de la Ley N°065 de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, la AFP argumenta que de forma paralela estaría desarrollando una aplicación informática para las solicitudes de recálculo de Asegurados que efectuaron la reposición de sus Retiros mínimos; razón por la que incumplió lo instruido por esta Autoridad;* ***b)*** *La AFP no ocasionó ningún daño económico a los Asegurados ya que se habilitaron sus pagos a través de Síntesis y mediante cheque, sin embargo generó perjuicio al no permitir que los Asegurados cuenten con la información completa del pago de pensión debido a que no se detalla los conceptos que componen la misma, asimismo deben apersonarse por las Oficinas de la AFP a efectos de recoger el cheque y posteriormente cobrar el mismo en una entidad financiera, ocasionando doble trabajo a los Asegurados;* ***c)*** *No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado, no incluyó la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria en la Boleta de Pago, para casos con recálculo de pensión de Asegurados que efectuaron Reposición de Aportes, por lo que esta Autoridad instruyó a la AFP que informe las razones por las cuales existe tal omisión y las acciones que estaría efectuando para regularizar dicha situación, otorgando varias ampliaciones para que la Administradora informe, sin embargo la AFP no remitió hasta la fecha, ninguna prueba que demuestre que dicha aplicación informática se hubiera aplicado en las Planillas de abril/2012, junio/2012, septiembre/2012, octubre/2012. Por lo que la Administradora incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP como representante de los Asegurados de informarles de manera total sobre los datos que debe tener la Boleta de Pago, incluyendo los descuentos de ley para acceso a salud y otros.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, se llega a establecer el hecho ligado con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento con respecto al Cargo en lo referente al envió de las razones por las que no incluyó la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria en la Boleta de Pago, para casos de pensión de Asegurados que efectuaron Reposición de Aportes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículos 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 31 de enero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, con los mismos fundamentos que en su Recurso Jerárquico.

Asimismo, en cumplimiento a lo establecido en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DDJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, mediante nota PREV-PR-JUB 182/13 de 15 de febrero de 2013, la Administradora de Fondos de Pensiones, remitió copia de las Boletas de Pago de diez (10) casos de forma aleatoria, correspondientes a la planilla de enero de 2013.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 DE 4 DE MARZO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de 4 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012.

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

"...Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente:

Que de acuerdo a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en los fundamentos de impugnación, la Resolución Sancionatoria no considera las gestiones realizadas por dicha Administradora, al respecto es importante señalar que la Circular APS/DPC/26/2012 del 05 de marzo de 2012, establecía la implementación de la Boleta de Pago consignado (sic) *todos los conceptos de la pensión desde el mes de* ***abril/2012****, sin embargo ante las solicitudes de la AFP, esta Autoridad amplió el plazo hasta* ***junio/2012*** *y posteriormente hasta* ***septiembre/2012****, a pesar de dichas ampliaciones, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV PR JUB 1083/2012 de 1 de octubre de 2012, solicita nuevamente ampliación de plazo hasta el mes de* ***octubre/2012****, plazo que fue*

negado por esta Autoridad, considerando que la solicitud fue realizada cuando el tiempo de cumplimiento de la instrucción había vencido y asimismo el tiempo sobreabundante que tuvo la AFP para cumplir la misma.

Que asimismo, la AFP indica que de forma paralela a la aplicación de la nueva Boleta de Pago, estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recálculo de Asegurados que efectuaron reposición, sin embargo por la complejidad del aplicativo, su desarrollo demoró más de lo previsto. Al respecto, cabe indicar que lo señalado por la AFP evidencia que no actuó con diligencia, prontitud, eficiencia y cuidado exigible a un buen padre de familia, por lo que existe incumplimiento al inciso v) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010.

Que es importante mencionar que esta Autoridad no conocía en detalle el avance del desarrollo de la aplicación informática, ya que la AFP únicamente informaba que se encontraba desarrollando dicha aplicación, para lo cual solicitó ampliaciones de plazo.

Que por otra parte, es importante mencionar que el pago mediante Boleta de Pago y cheque a los Asegurados, no permite que éstos cuenten con la información completa del pago de pensión debido a que en este último documento, no se detallan los conceptos que componen la pensión, tal el caso de descuentos establecidos por Ley para acceso a salud y otros, asimismo los Asegurados deben apersonarse por las Oficinas de la AFP a efectos de recoger el cheque y posteriormente cobrar el mismo en una entidad financiera por lo que se requieren de pasos adicionales que no demuestran diligencia, prontitud, eficiencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia por parte de la AFP.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP corroboran el incumplimiento a lo establecido en los incisos v) y w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, correspondiendo por lo tanto la confirmación del cargo.

Asimismo BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria presentado el 31 de enero de 2013, presenta el siguiente argumento:

"ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

El principio de legalidad o Primada de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la Ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.

La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir, y hacer cumplir la Constitución y las Leyes, asimismo, el artículo 410 manda y ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones su sometimiento a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y como tal, goza primacía frente a cualquier otra disposición normativa, motivo por el que el Organismo de Fiscalización debe actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias

vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.

La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del órgano de Fiscalización) inciso b) establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

La Ley N° 065 y los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las Sanciones, su aplicación, forma de Aplicación y ni fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al SIP.

La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947/2012 se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogado.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".

De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda la Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, caso que no ocurre en la Sanción que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la (sic) el artículo N° 96 de la Ley N° 065.

La Ley Nª 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguros Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.

Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS emite el pronunciamiento correspondiente:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene como funciones y atribuciones: fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo en el marco a lo establecido en el artículo 167, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Que la Administradora manifiesta que en el presente proceso administrativo la sanción impuesta ha sido determinada por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de

1997, norma abrogada por el artículo N° 198 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.

Esta Autoridad tiene la obligación de actuar y emitir los actos administrativos en base a los lineamientos de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, a lo establecido en el inciso c) del artículo 4 que señala el principio de sometimiento pleno a la ley: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso". Asimismo en cuanto a la sanción, los artículos 71 y 72 establecen: ***"(Principios Sancionadores).-*** *Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad." Y* ***"(Principio de Legalidad).-*** *Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previsto por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables."*

Que por otro lado, la AFP como Entidad Regulada, debe cumplir con las obligaciones referidas a la administración, señaladas en la Ley N° 1732, el Decreto Reglamentario N° 24469 de 17 de enero de 1997 y demás normativa conexa aplicable. De igual manera deberá cumplir lo determinado en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, para aquellos casos de incumplimiento que sean venideros a partir de su promulgación. Asimismo la Administradora de Fondos de Pensiones debe actuar conforme a la norma señalada; asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que si bien no existe un reglamento específico para el régimen sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dispone que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones y los Decretos Supremos. Asimismo el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables, es decir el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que por lo que la sanción impuesta a la AFP es de derecho aplicable, ya que la misma se basa en los principios de legalidad y proporcionalidad, a los que nos referimos a continuación:

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010 respecto al principio de proporcionalidad expresa:

> *"Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el*

administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde..."

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 022/2010 de 21 de septiembre de 2010, respecto al principio de legalidad establece:

"Es importante recordar que el Derecho Administrativo es eminentemente principista, por tanto la administración en el ejercicio de sus potestades debe sustentarse en normas jurídicas. Por ello cuando ***los incisos c) y g) del artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo establecen el principio de legalidad lo hacen con el propósito de asegurar la certeza de la aplicación del Derecho,*** *en lo que se denomina seguridad jurídica, que representa el conocimiento que debe tener el administrado de lo previsto, prohibió, mandado o permitido por el poder público.*

Sobre este particular se pronunciado el Tribunal Constitucional, al decir que:

"(...) un Estado de Derecho se organiza, y rige por principios fundamentales como los de seguridad jurídica, legalidad jerarquía normativa y otros. El principio de legalidad se caracteriza, por el sometimiento de los Poderes del Estado al orden constitucional y las leyes, es una manifestación del principio general del imperio de la ley, en virtud del cual todos o sea, gobernantes y gobernados están sujetos a la ley y solamente en función a ella, sus actuaciones adquieren legitimidad; consiguientemente, el principio de legalidad se constituye en el pilar fundamental del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica, porque sustituye el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0353/2007-R). (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica). (Las negrillas son nuestras).

En ese entendido, al procesar a la AFP, se lo hizo considerando la norma sustantiva y adjetiva pertinente y vigente al caso y considerando hechos y antecedentes que le sirven de causa en el derecho aplicable.

En base a lo expuesto, y en concordancia a los principios de sometimiento pleno a la ley y de proporcionalidad, se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 2341 de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones.

Por lo expuesto, resulta evidente que esta Autoridad deba ratificarse en lo establecido por la Resolución Administrativa Sancionatoria toda vez que los argumentos de la AFP no son suficientes para modificar lo resuelto en anterior instancia..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 21 de marzo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de 4 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

"...II. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sustenta la Resolución Confirmatoria de la Sanción con los siguientes fundamentos:

"Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene como funciones y atribuciones: fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo en el marco a lo establecido en el articulo (sic) *167, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones."*

"Esta Autoridad tiene la obligación de actuar y emitir los actos administrativos en base a los lineamientos de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, a lo establecido en el inciso c) del articulo (sic) *4 que señala el principio de sometimiento pleno a la ley: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso". Asimismo en cuanto a la sanción, los artículos 71 y 72 establecen: "(Principios Sancionadores).- Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad. Y (Principio de Legalidad) Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previsto por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables."*

"Que si bien no existe un reglamento especifico (sic) *para el régimen sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dispone que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones y los Decretos Supremos. Asimismo el articulo* (sic) *62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables, es decir el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997."*

"Que por lo que la sanción impuesta a la AFP es de derecho aplicable, ya que la misma se basa en los principios de legalidad y proporcionalidad...".

***FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN*.**

1. *Esta Administradora dentro de este proceso sancionatorio, en ninguno de sus párrafos pone en duda las facultades conferidas a la APS por la Ley N° 065, de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, es más, reconoce la función y atribución de: fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley y los reglamentos complementarios.*

2. *El Recurso se encuentra sustentado en la vigencia plena del Principio de Legalidad establecido en el Artículo 72 de la Ley N° 2341 y demás disposiciones complementarias vigentes, artículo que manifiesta:*

   "(Principio de Legalidad) Las sanciones administrativas ***solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previsto*** (sic) ***por norma expresa****, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.*

3. *La APS reconoce que la Ley N° 065* ***NO TIENE UNA NORMA EXPRESA QUE REGULE EL RÉGIMEN SACIONATORIO PARA EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES****, es decir, que a la fecha, no existe aún una disposición legal que establezca, defina y regle el régimen de Sanciones que debe aplicarse para sancionar las posibles contravenciones al régimen imperante a partir del 10 de diciembre de 2010.*

4. *La Ley N° 065 dispone la continuidad de actividades de las AFP para garantizar el cumplimiento del pago de las Pensiones y beneficios que se encuentran en curso de pago y en curso de trámite, que tuvieron origen con los preceptos jurídicos que regían y reglaban el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (Ley N° 065, D.S. 24469 y demás disposiciones complementarias).*

5. *La normativa que regla* (sic) *el Sistema Integral de Pensiones obliga a las AFP, cumplir transitoriamente con las obligaciones de la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, obligaciones que no deben ni pueden confundirse o mezclarse con las del SSO LP, porque esta última tiene su propio marco normativo.*

ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

1. *El principio de legalidad o Primacía de la ley, es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la Ley, a su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.*

2. *El principio de legalidad tiene jerarquía constitucional y no únicamente rige para las sanciones penales, sino para toda sanción, incluyendo las sanciones administrativas y disciplinarias.*

3. *La Constitución expresa:" Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible", precepto constitucional que se complementa con el principio de*

que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

4. *El principio de legalidad se expresa en la máxima: "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir, que toda autoridad debe acudir a la ley y nada más que a ella, para sancionar un hecho que se estima susceptible de sanción. La consecuencia práctica del principio de legalidad radica en que ninguna sentencia condenatoria (como es la Resolución Administrativa impugnada) puede dictarse aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa (Ley N° 065 y demás disposiciones complementarias vigentes), en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena.*

5. *Bajo el principio de legalidad, una sanción se aplica si está establecida en una ley previa, escrita y específica, excluyendo de esta manera, la aplicación de disposiciones de leyes abrogadas, el derecho consuetudinario y la exclusión de las cláusulas generales y analógicas de la ley sancionatoria.*

6. *El principio de legalidad tiene relación con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado, con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, así como con la prohibición de la arbitrariedad. El Principio de Legalidad se relaciona con el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, los que están sometidos únicamente al imperio de la ley".*

7. *La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Leyes. Asimismo, el Artículo 410 manda y ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones su sometimiento a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y como tal, goza de primacía frente a cualquier a cualquier* (sic) *otra disposición normativa, motivo por el que el Organismo de Fiscalización debe actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.*

8. *La Ley N° 065 y los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las Sanciones, su aplicación, forma de Aplicación y fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al SIP.*

9. *La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 947/2012 y confirmada por la Resolución impugnada, se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogada.*

10. *La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de*

septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".

11. *De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, caso que no ocurre en la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la el artículo N° 196 de la Ley N° 065 y no en una ley previa, escrita y específica vigente.*

12. *La Ley N° 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.*

IV.- <u>PETITORIO</u>

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 168-2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 947/2012 de 06 de diciembre de 2012, porque la sanción impuesta carece de todo sustento legal y contraviene el principio de legalidad, establecido en el Artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341…"

7. RESOLUCIÓN DE ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL.-

Mediante la Resolución de Acción de Amparo Constitucional Nº AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, el Tribunal Departamental de Justicia de la Sala Civil Tercera, determinó lo siguiente:

"*…Que, la Ley N° 065 ni sus decretos reglamentarios han dispuesto ultractividad* (sic) *del DS 24469 respecto al régimen de sanciones que debía ser aplicado al SIP para que las previsiones del régimen de sanciones del SSO se apliquen supletoriamente a las infracciones que sean cometidas contra las normas del SIP.*

Que no existe un régimen sancionatorio específico del SIP, tal como se reconoce tanto en la Resolución Revocatoria y Jerárquica, de donde se entiende que la potestad sancionadora reconocida por la APS en la Ley N° 065 esta (sic) *restringida, ante la alta* (sic) *de norma expresa y de jerarquía de la ley que disponga las sanciones, gradación, tipo, forma de aplicación, contenido y los montos que serán impuestos ante el incumplimiento o infracción de las previsiones de la Ley 065.*

Por los antecedentes señalados interpone la presente acción tutelar identificando como lesionados el Derecho al Debido Proceso y la Garantía de Legalidad, establecidos en los arts. 115-II, 116-II y 117-I de la Constitución Política del Estado, solicitando que se Revoque

la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 037/2013 de 14/06/2013, ordenando a la autoridad demandada emita nueva resolución revocando las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/Nº 947/12 y APS/DJ/Nº 168/2013.

CONSIDERANDO: 2) *Que, la autoridad demandada presenta informe escrito señalando que en el proceso administrativo la parte accionante no impugnó el carácter sustancial de la infracción sino únicamente objetó la facultad sancionadora de la APS, por dicha sanción, con la debida fundamentación en apego a leyes vigentes no habiendo vulnerado ningún derecho o garantía constitucional por lo que solicita que se declare la IMPROCEDENCIA o se DENIEGUE la acción de Amparo Constitucional.*

La APS notificada como Tercero Interesado señala que al no haber sido demandada en la acción se ratifica en todos los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6/12/2012 y la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 168-2013 de 4/03/2013 que respalda la imposición de sanciones al amparo del art. 177 de la Ley 065.

Por su parte Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, como Tercero Interesado, señala que el DS 24469 tenía como único objeto reglamentar la Ley de Pensiones Nº 065, por consiguiente el DS 24469 también se encuentra abrogado al no haber sido ratificado o mantenido en su vigencia por norma posterior, por lo que el Ministerio demandado al haber confirmado una sanción en base a dicho Decreto Supremo ha vulnerado los derechos del accionante al debido proceso así como al principio de legalidad y seguridad jurídica, por dichos antecedentes solicita que se otorgue la tutela solicitada por la parte accionante.

CONSIDERANDO: 3) *Que, escuchada la exposición de la parte accionante, el informe escrito presentado por las autoridades demandadas, lo expuestos por los terceros interesados y las pruebas presentadas, éste Tribunal de Garantías Constitucionales antes de ingresar y analizar el fondo de la acción, debe dejar establecido los lineamientos correspondientes a los derechos y garantías que se acusan como vulnerados.*

1.- *El amparo constitucional establecido en el art. 128 de la CPE, ha sido instituido como una acción de defensa: "...contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma Constitución y la ley".*

2.- *La Constitución Política del Estado en su* ***Art. 115 - II*** *señala: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones."*

El ***Artículo 116 - II*** *Cualquier canción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.*

Asimismo el ***Artículo 117-I*** *Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.*

3.-*El* ***derecho al Debido Proceso*** *establecido en el art. 115 de la Constitución Política del Estado, ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, así la SC 0800/2010-R de 2 de agosto, que reiterando la SC 0160/2010-R de 17 de mayo, señaló que el Debido Proceso es: "...entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales".*

4.-*El* ***principio de legalidad*** *o también conocido como* ***reserva de ley****, es la aplicación objetiva de la ley, propiamente dicha, a los casos en que deba aplicarse. Evitando así una libre interpretación o aplicación caprichosa de la norma.*

Conforme ha establecido la jurisprudencia constitucional, el debido proceso constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas; de manera que los conflictos o controversias que se presentan en cualquier proceso, sean de carácter judicial, administrativo o disciplinario, estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales, para que ninguna actuación de las autoridades esté basada o tenga, origen en su propio arbitrio; sino, que obedezcan a los procedimientos descritos por la ley y los reglamentos, en virtud del principio de reserva legal." (SC 0404/201J-R de 28 de junio, como en otras).

La doctrina ha establecido que: «...el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales deben tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución».

De la norma, doctrina y jurisprudencia desglosada se colige que toda autoridad judicial o administrativa, como persona particular debe someterse únicamente a la voluntad de la ley, no librándose el accionar de las autoridades al capricho o antojadiza interpretación de los que circunstancialmente ostentar, poder, de ahí la vinculación del principio de legalidad con el principio de seguridad jurídica"(sic). *Actualmente la seguridad jurídica se constituye en uno de los principio* (sic) *de la potestad de impartir justicia (art. 178 de la CPE) y principio procesal de la jurisdicción ordinaria (art. 180 CPE)."*

En esta perspectiva, se tiene que la «reserva de ley», constituye una verdadera garantía constitucional, cuyo fundamento o esencia jurídica, encuentra razón de ser en el principio democrático de derecho y en el pluralismo jurídico, postulados a partir de los cuales, se entiende que la representación popular es una fuente legítima de poder, razón por la cual, a esta esfera, es decir, al ámbito legislativo nacional, con la finalidad de asegurar el contenido esencial de los derechos fundamentales y sus garantías

jurisdiccionales, se le encomienda la facultad monopólica de disciplinar materias específicas, que no pueden ser desarrolladas por ningún otro órgano de poder.

En este contexto, se tiene que la potestad administrativa sancionatoria esta condicionada a la garantía de la "legalidad en materia sancionatoria", postulado que desde la óptica de la teoría general de los derechos fundamentales tiene una doble exigencia que configura su contenido esencial invariable, que se traduce en los siguientes aspectos: a) Por un lado está constituida por una garantía formal, que se refleja en la llamada «reserva de ley» propiamente tal; y b) Por otro lado, esta conformada por una garantía material, referente a la certeza o taxatividad de la calificación legal, denominado también principio de taxatividad.

En efecto, la reserva de ley en un Estado Constitucional, constituye un límite a la potestad administrativa sancionatoria y se traduce en una garantía real para el ciudadano, puesto que en aplicación del principio democrático de derecho, solamente el órgano representativo popular como fuente legítima de poder, puede determinar las sanciones administrativas (garantía formal), asimismo, la legalidad en materia sancionatoria, condicionada al principio de certeza o taxatividad como garantía material, garantiza la previsibilidad de las conductas sancionables y la certeza jurídica sobre las sanciones establecidas

CONSIDERANDO: 4) *De la revisión de antecedentes presentados se tiene que la parte accionante ha sido sujeta a un proceso sancionador ante un supuesto incumplimiento de normas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de dicho proceso se dicto* (sic) *en primera instancia la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012 que sanciona a la parte accionante con una multa de $us. 5.000.-*

Contra dicha Resolución se interpone recurso de revocatoria que es resuelta por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 168/2013 de 4 de marzo de 2013 que CONFIRMA la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012.

Como emergencia de dicho pronunciamiento la parte accionante interpone Recurso Jerárquico que es resuelto por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 que CONFIRMA TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013.

CONSIDERANDO: 5) *Que la parte accionante señala que la autoridad demandada dio legalidad a la aplicación de una sanción contra BBVA Previsión, en el marco de lo establecido en los arts. 286, 287 y 291 del DS No. 24469, decreto que ha sido abrogado, siendo que las normas que supuestamente han sido infringidas correspondan al nuevo Régimen de Pensiones - SIP, respaldando su decisión en una interpretación arbitraria del alcance y efectos de lo dispuesto en los arts. 168, 177 y 198 de la Ley No. 065 de Pensiones.*

Por lo que corresponde revisar los citados artículos de la Ley de Pensiones No. 065 de 10 de diciembre de 2010:

ARTÍCULO 168. - (FUNCIONES 1 ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). *El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:* ***a)*** *Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.* ***b)*** *Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.* ***c)*** *Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI.* ***d)*** *Vigilar la correcta prestación de los servicios por parte de las personas y entidades bajo su Jurisdicción,* ***e)*** *Requerir la información financiera y patrimonial de las entidades sujetas a su jurisdicción que sea necesaria, para él cumplimiento de sus funciones,* ***f)*** *Investigar y sancionar las conductas que generen conflicto de interés,* ***g)*** *Supervisar las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, relacionados con las actividades establecidas en la presente Ley, Ley de Seguros y sus reglamentos.* ***h)*** *Regular, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo,* ***i)*** *Disponer la intervención de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, cuando corresponda,* ***j)*** *Elaborar y publicar información estadística de la seguridad social de largo plazo, y otra información bajo su jurisdicción.* ***k)*** *Conocer y resolver de manera fundamentada, los Recursos de Revocatoria que le sean interpuestos de acuerdo con la presente Ley, las normas procesales aplicables, y sus reglamentos.* ***l)*** *Proponer al Órgano Ejecutivo normas de carácter técnico y dictaminar sobre los reglamentos relativos a su sector,* ***m)*** *Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones,* ***n)*** *Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones.*

ARTÍCULO 177.- (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas «las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano* ***en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria*** *reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, debiendo tomar en cuenta lo siguiente:* ***I.*** *Continuar con la recaudación de las contribuciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo de los Afiliados Dependientes e Independientes, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas* (sic)**.** ***II.*** *A partir del mes siguiente de promulgada la presente Ley iniciar la recaudación de las Contribuciones del Sistema Integral de Pensiones y del Aporte Nacional Solidario del Asegurado Dependiente.* ***III.*** *Cobrar las contribuciones en mora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.* ***IV.*** *Continuar con la otorgación de las prestaciones, pagos y*

beneficios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo a los Afiliados Dependientes e Independientes, cuando corresponda. ***V.*** *Otorgar las prestaciones, pagos y beneficios del Sistema Integral de Pensiones de conformidad a lo establecido en la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, a partir de la emisión de la reglamentación respectiva.* ***VI.*** *Transitoriamente, la recaudación del Aporte Solidario del Asegurado, el Aporte Patronal Solidario y el Aporte Nacional Solidario del Asegurado Dependiente deberán ser registradas y acreditadas en la Cuenta Básica Previsional administrada por las Administradoras de Fondos de Pensiones.* ***VII.*** *Las prestaciones por Riesgo Profesional de los asegurados al Sistema de Reparto, a excepción del componente concesional, continuarán siendo pagadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.* ***VIII.*** *Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:* ***a)*** *La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones,* ***b)*** *Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley. Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados.*

ARTÍCULO 198. - (DEROGACIONES Y ABROOACIONES)*.* ***I.*** *Se abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.* ***II.*** *Se derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, así como las siguientes disposiciones de la Ley N° 1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros:* ***a)*** *El último párrafo del Artículo 36.* ***b)*** *El segundo párrafo del Artículo 6. Esta ley ha sido promulgada el 10 de diciembre de 2010.*

Asimismo se debe considerar el art. 1 del ***Decreto Supremo N° 24469 (Reglamento a la Ley de Pensiones)***

ARTICUIJO 1. (OBJETO). *El presente Decreto Supremo tiene por objeto reglamentar la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 (Ley de Pensiones). Promulgado* (sic) *el 17 de enero de 1997.*

CONSIDERANDO: 6) *En el caso que nos ocupa se tiene que considerar los siguientes extremos: La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) ha emitido la Circular APS/DPC/26-2012 de 5 de marzo de 2012 que ha sido notificada la parte accionante el 6 de marzo de 2012, conforme consta de la prueba aportada a fs. 45, a través de la cual se comunica a Don Idelfonso Nuñez López, Gerente General de BBVA PREVISIÓN AFP S.A., que deben aplicar un formato a las boletas de pago de pensión de vejez, pensión solidaria de vejez, pensión por muerta* (sic) *derivada de estas* (sic)*, pago de compensación de cotizaciones y pensión mínima, de acuerdo al detalle señalado en la Circular y señalan además que la información contenida en la parte*

superior de la boleta puede distribuirse según la conveniencia de cada entidad, sin embargo la información sobre pagos y descuentos deben estar necesariamente en columnas separadas y con el texto completo, el nuevo formato deberá ser aplicado a partir de la boleta de pago correspondiente al mes de abril de 2012.

Luego de varios intercambios de notas la parte accionante hace conocer a la APS la imposibilidad de cumplir con la Circular y solicitan una prórroga, la cual es denegada y da lugar al proceso administrativo que concluye con la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 que CONFIRMA TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168- 2013 de 4 de marzo de 2013, sancionando a la parte accionante con una multa de $us. 5.000.-

En este caso este Tribunal de Garantías Constitucionales considera la aplicación preferente por supremacía constitucional y jerarquía normativa de preceptos constitucionales establecidos en los art. 115, 116 y 117, en esta normativa constitucional esta (sic) *claramente establecido que cualquier sanción para ser impuesta a alguna persona natural o jurídica, debe estar determinada con anterioridad, esto está ligado con los principios de legalidad y tipicidad, la jurisprudencia constitucional y los principios del derecho administrativo sancionatorio tienen una relación estrecha con los principios del derecho penal, principalmente con el aforismo* ***"nullun crimen, nulla poena sine lege"*** *que significa que ninguna conducta que realice una persona puede ser considerada como delito o como falta si esta*(sic)*, antes no ha sido especificada en una norma legal expresamente, ésta infracción no solo tiene que estar especificada sino que tiene que estar expresamente sancionada basada en una norma.*

La Circular de 5 de marzo de 2012, que da origen a la sanción de los $us. 5.000.- ha sido dictada por el Director Ejecutivo de la APS en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 065 (Nueva Ley de Pensiones).

Todo proceso tanto en el ámbito jurisdiccional y administrativo, está impregnado de todos los elementos del debido proceso y por ello las sanciones administrativas por infracción están establecidas desde la amonestación hasta sanciones económicas y otras.

Este Tribunal tiene presente que la Ley No. 065 no establece cuales son las conductas que serán consideradas como infracciones ni las sanciones a las cuales estarían sujetas, tampoco se ha previsto que el Órgano Ejecutivo y menos la APS, puedan aplicar el régimen de sanciones que establecía la anterior Ley de Pensiones, este Tribunal dentro de lo que establece el derecho constitucional, interpreta que dentro del principio de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico se dicta la anterior Ley de Pensiones, la misma que expresamente está regulada por el DS 24469, es más el artículo primero de este Decreto Reglamentario señala que regula la Ley de Pensiones 1732, entonces el sustento jurídico que le da vida jurídica a este Decreto Supremo; es la Ley de Pensiones anterior y si la Ley 1732 ha sido expresamente abrogada por la Ley No. 065, todas las disposiciones legales inferiores que reglamentaban a la Ley N° 1732, quedan también sin efecto en la interpretación que hace este Tribunal de Garantías Constitucionales.

Por otro lado el art. 177 de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, en la interpretación que hacemos no da vigencia a los Decretos Reglamentarios de la anterior Ley de Pensiones, sino expresamente aclara que siguen vigentes los contratos con las Administradoras de Fondos de Pensiones que se han suscrito en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones.

En ese sentido este Tribunal de Garantías Constitucionales considera que la Resolución Jerárquica emitida por el Ministerio de Finanzas vulnera el debido proceso, la garantía de legalidad y tipicidad en la determinación de infracciones y en la aplicación de sanciones, consideramos que tanto las infracciones como las sanciones tienen que estar expresamente determinadas por el ordenamiento jurídico positivo vigente, esto tiene relación con el Principio de Reserva Legal (art. 16-11-CPE), vale decir que solo las autoridades facultadas constitucionalmente pueden determinar cuales son las infracciones y las sanciones a cumplir, consideramos que la interpretación que se hace tanto en las Resoluciones Administrativas y Jerárquica no pueden auto facultarse la determinación de establecer sanciones si es que esto previamente no esta (sic) *establecido legalmente.*

POR TANTO: *La Sala Civil Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales, en ausencia del representante del Ministerio Público,* ***CONCEDE*** *la acción de Amparo Constitucional interpuesta por PREVISIÓN BBVA - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN) legalmente representado* (sic) *por Milán Grover Rosales Vera contra el Lic. Luis Alberto Arce Catacora en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia sobre violación de derechos y garantías constitucionales.*

En su mérito se deja sin efecto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2013 y se dispone emita una nueva Resolución de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución de Amparo Constitucional.

Elévese en revisión la presente Resolución ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo al art. 38 del Código Procesal Constitucional Ley No. 254 de 5 de julio 2012, sea con nota de atención.

Para los consiguientes efectos de ley, las partes quedan notificadas con el presente fallo…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se

procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

A través de la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, instruyó a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras, aplicar el formato de Boletas de Pago de Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones y Pensión Mínima a partir del mes de abril/2012.

Debido al reclamo efectuado por los Asegurados y a gestiones realizadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPC/7901/2012 de 10 de octubre de 2012, notifica a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por indicios de incumplimiento al artículo 149 incisos v) y w) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 7 de septiembre de 2012, al evidenciar que la Boleta de Pago entregada a los Asegurados con recálculo de pensión, que efectuaron la reposición de aportes, no incluye el monto de la Fracción de Saldo Acumulado, ni de la Fracción Solidaria.

Emergente de ello y luego de presentados los descargos, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, la Entidad Reguladora, sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con una multa de $us. 5.000.00 (Cinco Mil 00/100 Dólares Norteamericanos).

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) en fecha 31 de enero de 2013, presentó Recurso de Revocatoria, señalando que el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, se encontraría abrogado conforme lo señala el artículo 198 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, por lo que no se podría sancionar a la AFP por infracciones al Sistema Integral de Pensiones.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de 4 de marzo de 2013, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) mediante memorial presentado el 21 de marzo de 2013, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de 4 de marzo de 2013, señalado que ni la Ley Nº 065, ni los Decretos Supremos Reglamentarios Nº 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las sanciones, su forma de aplicación, ni fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al Sistema Integral de Pensiones y que se estaría vulnerando el principio de legalidad al sancionarse con una norma abrogada.

Este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2013 de 14 de junio de 2013, confirmó totalmente la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de 4 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) en fecha 20 de diciembre de 2013, interpuso Acción de Amparo Constitucional contra el Lic. Luis Alberto Arce Catacora, en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, sobre violación de derechos y garantías constitucionales, mismo que fue resuelto mediante Resolución de Acción de Amparo Constitucional Nº AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, disponiendo dejar sin efecto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2013, ordenando la emisión de una nueva Resolución de acuerdo a los fundamentos expuestos en la señalada Resolución de Amparo Constitucional.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones:**

  "Artículo 149. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*
  (…)

  v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.
  w)Cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización…"

- **Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003:**

  *"…**Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).** Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación..."*

- **Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012**

  "…se instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y Entidades Aseguradoras (EA), aplicar el siguiente formato de Boletas de Pago de Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por muerte derivada de estas, Pago de Compensación de Cotizaciones y Pensión Mínima:
  (…)

  La información general contenida en la parte superior de la Boleta puede distribuirse según la conveniencia de cada entidad, sin embargo la información sobre pagos y descuentos debe estar necesariamente en columnas separadas y con el texto completo.

El nuevo formato deberá ser aplicado a partir de la Boleta de Pago correspondiente al periodo de abril de 2012, por lo tanto queda sin efecto la Circular AP/DPC/8/2010 de fecha 29 de marzo de 2010…"

2.2. Del incumplimiento a la normativa vigente.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** por incumplimiento a lo establecido en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 7 de septiembre de 2012.

Con el fin de resolver la presente controversia, corresponde realizar el siguiente análisis:

2.2.1. En cuanto a la obligación determinada mediante Circular APS/DPC/26-2012 de 5 de marzo de 2012.-

La Circular APS/DPC/26-2012 de 5 de marzo de 2012, estableció la aplicación de un nuevo formato de las Boletas de Pago de Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones y Pensión Mínima.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante nota PREV PR 286-2012 de 22 de noviembre de 2012, señaló lo siguiente:

"…

- *Cuando esta Administradora fue notificada con la Circular APS/DPC/26/2012 del 05 de marzo de 2012, de forma inmediata y de manera coordinada con la empresa Síntesis se comenzó a trabajar en la implementación de la misma, para ello se llevaron a cabo modificaciones en la estructura de intercambio con la empresa antes mencionada y una serie de pruebas enfocadas a cumplir con la instrucción de manera adecuada.*

- *Una vez efectuadas las pruebas y los cambios mencionados en el punto anterior, se procedió a la implementación de la nueva boleta de pago dentro de los plazos establecidos por su Autoridad; el formato de la nueva boleta se aplicó a más del 99% de los asegurados.*

- *De forma paralela a la aplicación de la nueva boleta de pago, se estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recalculo de asegurados que efectuaron la reposición de sus Retiros Mínimos, sin embargo, por la complejidad del aplicativo su desarrollo demoro* (sic) *más de lo previsto, en este sentido y cumpliendo nuestro rol de buen padre de familia, la Administradora procedió a financiar una parte de la pensión de este tipo de solicitudes de recalculo con reposición (hasta terminar el aplicativo), específicamente el diferencial entre la nueva pensión y la inicial.*

- *Lo antes mencionado, también se refleja en la boleta de pago, pues al ser una parte del pago manual y otra financiada, no era posible integrarla en una sola boleta de pago, por esta situación es que el formato de la nueva boleta no se pudo aplicar a*

este grupo de solicitudes de recalculo con reposición que representan menos del 1% del total…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo, mediante memorial presentado en fecha 31 de enero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** señala que:

"…*Es importante recordar a la APS que de forma paralela a la aplicación de una nueva boleta de pago, se estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recálculo de asegurados que efectuaron la reposición de sus Retiros Mínimos, sin embargo, por la complejidad del aplicativo su desarrollo demoró mas* (sic) *de lo previsto…"*

Sobre el particular, la recurrente no debe olvidar que toda norma debe ser cumplida a cabalidad y de manera íntegra, no parcial, por lo que en el caso de autos, debió emitir la Boleta de Pago de Pensión a **todos** los Asegurados con recálculo de Pensión, que efectuaron la reposición de aportes, incluyendo el monto de la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria, y no hacer caso omiso a la Circular APS/DPC/26-2012 de 5 de marzo de 2012, que establecía la obligación de aplicar un nuevo formato a las Boletas de Pago de Pensión, conteniendo la información sobre los pagos y descuentos que tiene el Asegurado o Derechohabiente.

Por lo tanto, es evidente que incumplió lo establecido en el inciso w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012, toda vez que debió emitir la Boleta de Pago, a todo el universo de Asegurados con Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual y Pensión Mínima, sin discriminación y cumplir con lo dispuesto por la Entidad Reguladora.

2.2.2. En cuanto al plazo otorgado.-

La Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012, estableció que las Boletas de Pago sean aplicadas a partir del periodo de **abril de 2012**, sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/4022/2012 de **30 de mayo de 2012**, (**un mes después**) evidenció que: "…*en los casos de solicitudes de recálculo con reposición, la AFP está realizando los pagos tanto de la Fracción de Saldo Acumulado como de la Fracción Solidaria de Vejez mediante cheque y no así a través de la Boleta de Pago, por lo que se instruye a la AFP remitir a esta Autoridad un informe pormenorizado sobre las razones por las cuales el recálculo de la Pensión no se encuentra en la Boleta de Pago…"*

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones mediante nota PREV-PR-JUB 608/12 de 4 de junio de 2012, señaló que está desarrollando una aplicación informática, para la inclusión de la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de Vejez, en la Boleta de Pago, correspondiente a las pensiones recalculadas que efectuaron la reposición, siendo que a la fecha este pago se estaría efectuando mediante cheque.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota

APS/DPC/4538/2012 de 18 de junio de 2012, determinó que: "…*considerando el tiempo transcurrido desde la emisión de la norma, se instruye a la AFP concluir con las adecuaciones respectivas a la aplicación informática con el objeto de que la Boleta de Pago del mes de* ***junio/2012*** *incluya todos los componentes de la pensión*…", asimismo, mediante nota APS/DPC/5094/2012 de 6 de julio de 2012, señaló que: "…*En complemento a la nota APS/DPC/4538/2012 de 18 de junio de 2012… se instruye a la AFP remitir copia de las Boletas de Pago de 10 casos en forma aleatoria, donde se evidencie el detalle de todos los componentes de la pensión y que correspondan a la casuística señalada*…", otorgando un plazo de tres (3) días hábiles administrativos de su notificación, es decir desde el 9 de julio de 2012, hasta el 12 de julio de 2012.

Sin embargo, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** con nota PREV-PR-JUB 775/2012 de 12 de julio de 2012, señala que no ha concluido las adecuaciones informáticas para la aplicación de la Boleta de Pago, considerando -a decir de la recurrente- las muchas adecuaciones informáticas que se han venido desarrollando para la aplicación de la nueva ley y sus reglamentos, y toda vez que esta situación no afecta al Asegurado, solicita la implementación de la herramienta, a fines de la gestión 2012.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota **APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012**, señaló que es obligación de la AFP adecuar los sistemas respectivos para dar cumplimiento a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, no pudiendo otorgar el plazo solicitado e instruyó que la implementación de las adecuaciones a las Boletas de Pago, se realice **indefectiblemente** en la Planilla de **septiembre/2012,** asimismo, con nota **APS/DPC/6782/2012 de 7 de septiembre de 2012**, solicitó el envío de diez (10) Boletas de Pago de Asegurados, donde se evidencie el detalle de todos los componentes de la pensión, de casos con recálculo de Pensión que efectuaron la reposición, hasta el 5 de octubre de 2012, otorgando un plazo para su envió, hasta el 5 de octubre de 2012.

Mediante nota PREV PR JUB 1083/2012 de 1 de octubre de 2012, la Administradora de Fondos de Pensiones, señala que ha trabajado intensamente para poder cumplir el plazo establecido, pero que a pesar de todos los esfuerzos realizados, el pago de las pensiones será integrado en una sola Boleta de Pago, en el periodo de **octubre/2012**, plazo rechazado por la Entidad Reguladora y que fue motivo de la presente controversia.

De los antecedentes señalados, no debemos perder de vista que desde el 6 de marzo de 2012, fecha de notificación de la Circular APS/DPC/26-2012 de 5 de marzo de 2012, hasta octubre de 2012, la Administradora de Fondos de Pensiones, demoró más de seis meses, para la inclusión de la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de Vejez, en la Boleta de Pago, correspondiente a las pensiones recalculadas que efectuaron la reposición, ocasionando que los Asegurados no cuenten con la información completa y detallada del pago de su pensión.

Si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013, señaló que: "…*no conocía en detalle el avance del desarrollo de la aplicación informática, ya que la AFP únicamente informaba que se encontraba desarrollando dicha aplicación*…", sin embargo, la recurrente

debe tomar en cuenta que la Entidad Reguladora, otorgó en primera instancia una ampliación del plazo hasta el mes **de junio de 2012** y posteriormente hasta **septiembre de 2012**, plazos que tampoco fueron cumplidos por la recurrente.

Asimismo, si los Asegurados no hubiesen efectuado el reclamo respectivo y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no hubiese observado tal situación, la Administradora de Fondos de Pensiones continuaría con las adecuaciones informáticas, omitiendo lo establecido en la Circular APS/DPC/26-2012 de 5 de marzo de 2012.

De igual manera, si la Administradora de Fondos de Pensiones, conocía de la imposibilidad de cumplir con el plazo dispuesto en la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012, antes de efectuar el pago en el mes de abril de 2012, debió comunicar tal situación a la Entidad Reguladora, a fin de que se tomen las previsiones necesarias y no esperar a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, otorgue un nuevo plazo para su cumplimiento, so pretexto de que por la complejidad del aplicativo su desarrollo demoró más de lo previsto.

Por todo lo señalado, es evidente que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** no actuó con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible que le corresponde, incumpliendo lo establecido en el artículo 149 incisos v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la nota APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y la nota APS/DPC/6782/2012 de 7 de septiembre de 2012.

Que dicha conclusión es evidente y nunca fue rebatida por el recurrente constituyéndose un hecho comprobado y definitivo.

2.3. De la determinación del Tribunal Departamental de Justicia.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la sanción impuesta carece de sustento legal, toda vez que no existe una disposición legal que establezca, defina y regle el Régimen de Sanciones que debe aplicarse para sancionar posibles contravenciones a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

A este respecto, el Tribunal Departamental de Justicia, mediante Resolución de Acción de Amparo Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, concedió la acción de Amparo Constitucional a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y dejó sin efecto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2013, señalando lo siguiente:

> "…*En este caso este Tribunal de Garantías Constitucionales considera la aplicación preferente por supremacía constitucional y jerarquía normativa de preceptos constitucionales establecidos en los art. 115, 116 y 117, en esta normativa constitucional esta* (sic) *claramente establecido que cualquier sanción para ser impuesta a alguna persona natural o jurídica, debe estar determinada con anterioridad, esto está ligado con los principios de legalidad y tipicidad, la jurisprudencia constitucional y los principios del derecho administrativo sancionatorio tienen una relación estrecha con los principios del derecho penal, principalmente con el aforismo* ***"nullun crimen, nulla poena sine lege"***

que significa que ninguna conducta que realice una persona puede ser considerada como delito o como falta si esta(sic), *antes no ha sido especificada en una norma legal expresamente, ésta infracción no solo tiene que estar especificada sino que tiene que estar expresamente sancionada basada en una norma.*

La Circular de 5 de marzo de 2012, que da origen a la sanción de los $us. 5.000.- ha sido dictada por el Director Ejecutivo de la APS en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 065 (Nueva Ley de Pensiones).

Todo proceso tanto en el ámbito jurisdiccional y administrativo, está impregnado de todos los elementos del debido proceso y por ello las sanciones administrativas por infracción están establecidas desde la amonestación hasta sanciones económicas y otras.

Este Tribunal tiene presente que la Ley No. 065 no establece cuales son las conductas que serán consideradas como infracciones ni las sanciones a las cuales estarían sujetas, tampoco se ha previsto que el Órgano Ejecutivo y menos la APS, puedan aplicar el régimen de sanciones que establecía la anterior Ley de Pensiones, este Tribunal dentro de lo que establece el derecho constitucional, interpreta que dentro del principio de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico se dicta la anterior Ley de Pensiones, la misma que expresamente está regulada por el DS 24469, es más el artículo primero de este Decreto Reglamentario señala que regula la Ley de Pensiones 1732, entonces el sustento jurídico que le da vida jurídica a este Decreto Supremo; es la Ley de Pensiones anterior y si la Ley 1732 ha sido expresamente abrogada por la Ley No. 065, todas las disposiciones legales inferiores que reglamentaban a la Ley N° 1732, quedan también sin efecto en la interpretación que hace este Tribunal de Garantías Constitucionales.

Por otro lado el art. 177 de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, en la interpretación que hacemos no da vigencia a los Decretos Reglamentarios de la anterior Ley de Pensiones, sino expresamente aclara que siguen vigentes los contratos con las Administradoras de Fondos de Pensiones que se han suscrito en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones.

En ese sentido este Tribunal de Garantías Constitucionales considera que la Resolución Jerárquica emitida por el Ministerio de Finanzas vulnera el debido proceso, la garantía de legalidad y tipicidad en la determinación de infracciones y en la aplicación de sanciones, consideramos que tanto las infracciones como las sanciones tienen que estar expresamente determinadas por el ordenamiento jurídico positivo vigente, esto tiene relación con el Principio de Reserva Legal (art. 16-11-CPE), vale decir que solo las autoridades facultadas <u>constitucionalmente</u> pueden determinar cuales son las infracciones y las sanciones a cumplir, consideramos que la interpretación que se hace tanto en las Resoluciones Administrativas y Jerárquica no pueden auto facultarse la determinación de establecer sanciones si es que esto previamente no esta (sic) *establecido legalmente…*"

Sobre el particular y a la luz de los argumentos vertidos por la Sala Civil Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz en su Resolución N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, cuando constituido en Tribunal de Garantías Constitucionales dentro de la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por la recurrente, y resuelto bajo los siguientes términos

"*….se deja sin efecto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2013* ***y se dispone emita nueva Resolución de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución de Amparo Constitucional***", aspecto tenido como antecedente fundamental para el presente caso, por lo que la suscrita Autoridad Jerárquica se remite a la determinación señalada a los fines de la decisión que sale en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, quedando sin embargo claramente establecido de que sin embargo de ello, efectivamente sí ha ocurrido la infracción, extremo que se encuentra plenamente reconocido por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y en estricto cumplimiento a la determinación del Tribunal Jurisdiccional (de mayor jerarquía a la sede administrativa), y a la conclusión que llega el mismo -transcrita *ut supra*-, sobre la inexistencia de sustento normativo vigente, que determine la imposición de una sanción ante una infracción a la actual normativa de pensiones, es que debe proceder con la revocatoria de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sin perjuicio del criterio técnico legal de este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, que ha evidenciado un incumplimiento por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.).**

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR TOTALMENTE, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de fecha 4 de marzo de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejando sin efecto ambos actos administrativos.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 25-2014 DE 20 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 040/2014 DE 12 DE JUNIO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 040/2014

La Paz, 12 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 25-2014 de 20 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 33/2014 de 13 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°60/2014 de 22 de mayo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de febrero de 2014, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, representado legalmente por la señora Michelle Kieffer Rodríguez, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 36/2008, otorgado en fecha 15 de enero de 2008, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 25-2014 de 20 de enero de 2014, que en Recurso de

Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 11 de febrero de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, mismo que fue notificado el 17 de febrero de 2014.

Que, mediante auto de fecha 11 de febrero de 2014, se dispuso poner en conocimiento de la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** la existencia del Recurso Jerárquico, a efectos de que quienes resulten interesados en el mismos, se apersonen y presenten en el término de diez (10) días administrativos, sus alegatos, extremo que en definitiva no sucedió.

Que, en fecha 27 de marzo de 2014 se recibió la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** en su memorial de fecha 24 de febrero de 2014, y señalada por providencia de 14 de marzo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/8431/2013 de 9 de octubre de 2013, notificó a **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la misma, conforme al texto siguiente:

"(…)

- ***Contravención a lo establecido en el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber asesorado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. de manera escrita sobre los derechos y obligaciones establecidas en la Póliza de Seguro de Automotores Nº KA-A00419 emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

- ***Contravención a lo establecido en el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber asesorado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. de manera escrita sobre los derechos y obligaciones establecidas en la Póliza*

Colectiva de Accidentes Personales Colectivo Nº CAC-A02100, emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.

- ***Contravención a lo establecido en el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber asesorado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. de manera escrita sobre los derechos y obligaciones del SOAT del vehículo con placa 1580-ASU.*

- ***Contravención a lo establecido en el punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado el siniestro por la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. para afectar la Póliza de Seguro Automotor Nº KA-A00469, emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

- ***Contravención a lo establecido en el punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado el siniestro por la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. para afectar la Póliza de Seguros de Accidentes Personales Colectivo Nº CAC-A02100, emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

- ***Contravención a lo establecido en el punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado el siniestro por la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. para afectar la cobertura del SOAT del vehículo con placa 1580-ASU.*

- ***Contravención a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998****, por haber establecido y comunicado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. que la Póliza de Seguro de Automotores Nº KA-A00419 y la Póliza Colectiva de Accidentes Personales Colectivo Nº CAC-A02100, emitidas por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. no contaban con la cobertura respectiva, siendo esa una determinación, una atribución que le corresponde a una Entidad Aseguradora.*

*En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS, al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 12 de noviembre de 2013, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** presentó sus descargos, expresando lo siguiente:

"*…Habiendo sido notificados con los cargos atribuidos a Kieffer & Asociados SA. Corredores de Seguros, por la supuesta infracción al Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, en el marco de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, la Resolución Administrativa IS No. 602 de fecha 24 de octubre de 2003 y normas concordantes del ordenamiento jurídico nacional, nos permitimos poner a su consideración las siguientes alegaciones y proponer la respectiva prueba de descargo:*

1. Conforme se puede acreditar de la documentación que cursa en el expediente administrativo del presente caso, nuestro cliente AOPEB, no activó ningún reclamo frente a nuestra empresa corredora de seguros, como consecuencia del accidente sufrido por su vehículo con Placa 1580-ASU en fecha 30 de marzo de 2012, por la razón explicada por el propio asegurado, la cual radica en que el conductor del vehículo asegurado se encontraba en estado de ebriedad. A raíz de esta situación y en respuesta a los cargos imputados por la APS, debe quedar claro que Kieffer & Asociados S.A. se vio imposibilitada de dar aviso de siniestro a la respectiva entidad aseguradora (Credinform).

En ese sentido, el asegurado tampoco nos proveyó los documentos legales exigidos por la compañía de seguro para la atención de siniestros, imposibilitando que nuestra empresa pudiera aperturar el o los respectivos files de siniestros y pudiera dar curso a los mismos, a través de los procedimientos que corresponden y no obstante que de acuerdo a la documentación adjunta, informamos con precisión las obligaciones del asegurado en caso de siniestro (ver notas entregadas al asegurado). Al respecto, cabe aclarar que ante esta situación de desinformación y desconocimiento de las circunstancias del siniestro, de las personas afectadas y de las causas del mismo, no pudimos dar aviso del siniestro ni aperturar el reclamo frente a Credinform.

2. A efectos que su Autoridad tome conocimiento de los antecedentes de este caso, resulta pertinente aclarar que en forma contemporánea al accidente, nuestra empresa se encontraba impartiendo cursos de capacitación en seguros a los ejecutivos de la AOPEB, en el marco de nuestras obligaciones como corredores de seguros de la citada institución y fue en dicha oportunidad, en la que de manera casual y extra oficial, la AOPEB consultó a uno de nuestros ex ejecutivos, los efectos

de un accidente vehicular en el que hubiere mediado la presencia de alcohol, comentando de manera simplemente referencial sobre el accidente suscitado en fecha 30 de marzo de 2012. Fue ante esta consulta conceptual que se emitió un criterio al asegurado, de manera igualmente conceptual, respecto que esta circunstancia (presencia de alcohol), sin que ello significase que si el asegurado deseaba y nos proporcionaba la información del siniestro, no pudiésemos procurar el aviso de siniestro frente a Credinform, a fin de que se determine el derecho del asegurado. Corresponde aclarar que la discusión de este asunto, se desarrolló en términos estrictamente referenciales y conceptuales, más no así, como consecuencia de un aviso de siniestro específico y menos con la intención del asegurado de denunciar el mismo a la compañía de seguros.

Asimismo, debe quedar claro que nuestra empresa no se pronunció sobre el derecho del asegurado como señala la nota de cargos de la APS, pues lo único que hizo fue emitir un criterio conceptual frente a una consulta genérica y conceptual, siendo dicho criterio, una obligación derivada de la actividad de corretaje de seguros y un derecho consagrado por la Constitución Política del Estado. Además, resulta evidente que nuestra opinión, no sustituye ni pretendió sustituir, bajo ningún criterio, la facultad de la compañía de seguros de pronunciarse sobre un siniestro a solicitud del asegurado como corresponde, aspecto que se mantiene intacto y que, por consiguiente, no representa una vulneración del Art. 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros.

Por su parte, debe considerarse que a raíz de esta consulta genérica y preocupados por esta situación, nuestro ejecutivo solicitó al asegurado mayores elementos e información sobre el caso en concreto e, incluso, solicitó una reunión, con el objetivo de analizarlo y conducirlo a través de los mecanismos legales que corresponden, habiendo requerido que nos presentasen todos los documentos relativos al siniestro. En función a la gestión emprendida por nuestro ejecutivo, la AOPEB nos comunicó que tanto el conductor del vehículo siniestrado, como su acompañante, se encontraban en estado de ebriedad al momento del accidente y que no habrían efectuado gestión alguna ante las autoridades competentes de tránsito.

Considerando la información verbal del asegurado antes descrita, la cual fue la única provista por el asegurado, sin proporcionarnos todos los detalles adicionales del siniestro y las personas involucradas, se brindó el asesoramiento técnico debido, emitiendo un criterio razonable, por lo que no existe vulneración alguna de la norma imputada por la APS. Sin perjuicio, se informó debidamente al asegurado que si estaba interesado en abrir el caso y dar aviso de siniestro a la compañía de seguros, nos encontrábamos dispuestos a colaborarlos, con el objeto que aquella analice el respectivo reclamo y se pronuncie en definitiva sobre el derecho del asegurado, a cuyo efecto, se solicitó al asegurado confirmar, en primera instancia, su deseo de dar aviso del siniestro y, sucesivamente, proporcionarnos la información relativa a las circunstancias del accidente, las personas damnificadas y las lesiones sufridas.

Ante esta situación, los ejecutivos del asegurado expresaron a nuestro ejecutivo de reclamos que analizarían el caso y nos confirmarían si deseaban formalizar el aviso de

siniestro y, en su mérito, nos proporcionarían la respectiva información relativa al accidente.

Lamentablemente, la AOPEB nunca confirmó su intención de dar curso al reclamo y menos remitió la información relativa al siniestro, por lo que mal podía Kieffer & Asociados S.A. actuar de oficio y sin la autorización de su cliente, puesto que más bien, dicha actitud hubiera constituido vulneración de nuestras obligaciones e incumplimiento a nuestro deber frente al cliente. Frente al silencio del asegurado, nosotros asumimos que éste no deseaba aperturar el caso.

3. En atención a lo expuesto, resulta necesario aclarar que de haber contado con un reclamo formal del siniestro por parte de nuestro cliente, de haber sido informada de las circunstancias del mismo y haber recibido la respectiva documentación, nuestra empresa hubiera procedido con la apertura del caso y hubiera dado aviso del siniestro a la compañía de seguros, sin embargo, reiteramos una vez más que esta situación no ocurrió. Por lo tanto, el hecho que no se hubiere dado aviso del siniestro a la compañía de seguros, no resulta un hecho imputable a Kieffer & Asociados S.A.

4. Respecto a la obligación establecida en el numeral 1 del Art. 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros (incluido en la Resolución Administrativa N° 195-2012), dejamos específica constancia que mediante las notas que adjuntamos en calidad de prueba de descargo (Notas AMF-1926/2011 y PROD-0344/2012 respectivamente), Kieffer & Asociados S.A. informó detalladamente y en forma escrita a la AOPEB sobre las obligaciones del asegurado en caso de siniestro, entre ellas la de acudir y denunciar el accidente de tránsito a las autoridades competentes, efectuar el control de alcoholemia y dar aviso de siniestro al corredor de seguros, situaciones que no fueron ejecutadas por el asegurado y que en definitiva generaron que no pudiéramos dar aviso del siniestro a la compañía de seguros. Asimismo, mediante la prueba que adjuntamos al presente escrito y que igualmente se e3ncontraron (sic) *adjuntos a las citadas notas, acreditamos que nuestra empresas* (sic) *proporcionó por escrito al asegurado, entre otros, los resúmenes de ambas Pólizas (Automotores y Accidentes Personales), entregó los Manuales de Procedimientos, los Formularios en caso de Siniestros, los Procedimientos para Reclamo en caso de Siniestro y los Requerimientos de Documentación en caso de Siniestro, por lo que el asegurado tuvo pleno conocimiento de los procedimientos a seguir en caso de siniestro y al no haber procedido conforme los mismos, demuestra que en ese momento, no tuvo intención de dar aviso de siniestro.*

Consiguientemente, nuestra empresa no vulneró el Art. 22 (numeral 1) del reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, independientemente que la Resolución Administrativa N° 195-2012 no se encontraba aún vigente en la fecha del siniestro.

En todo caso y sin perjuicio de las consideraciones técnicas expuestas oportunamente al asegurado, informamos que nos encontramos con la absoluta predisposición para asesorar a AOPEB, en caso que el asegurado desee dar aviso de siniestro a la compañía de seguros, independientemente del resultado del reclamo de seguro, sin embargo, para este propósito, debemos tomar conocimiento en forma expresa, del aviso de siniestro de parte de los señores AOPEB, así como con toda la

información referida a las circunstancias del accidente, las personas damnificadas y las lesiones sufridas, aspectos que, reiteramos, no conocemos.

5. En cuanto al SOAT, resulta pertinente señalar que para su activación, debe mediar obligatoriamente la denuncia del accidente ante el Organismos (sic) Operativo de Tránsito, elemento que no existió por razones estrictamente atribuibles al asegurado, por lo que mal hubiera podido nuestra empresa aperturar el caso, máxime si la AOPEB nunca tuvo intención de aquello. Consiguientemente, nuestra empresa no violó ninguna norma regulatoria, más bien, de haber pretendido activar el siniestro sin la autorización ni el deseo del asegurado, nuestra empresa hubiera actuado en franca infracción a sus deberes…"

PETITORIO

Atentas las consideraciones expuestas y la prueba de descargo propuesta de nuestra parte, solicitamos respetuosamente a su Autoridad, se sirva considerar las mismas, las cuales demuestran claramente que KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS no ha incumplido con las normas legales ni con aquellas disposiciones reglamentarias que emanan de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, elementos que deberán ser considerados en el marco de los Principios de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, conforme rezan los Arts. 67-11 y 29-111 del Decreto Supremo No. 27175 y el Art. 23 de la Resolución Administrativa IS No. 602, concordantes con los Principios consagrados en los incisos e) y 1) del Art. 4° de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo. En ese sentido y en mérito a las alegaciones formuladas y la prueba de descargo propuesta, solicitamos respetuosamente a su Autoridad, se sirva DESESTIMAR cualquier sanción administrativa en contra de Kieffer Asociados S.A. Corredores de Seguros, cumplidos que sean los recaudos de ley…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 1091-2013 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1091-2013 de 25 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que en relación al argumento primero de "**no haber asesorado a su cliente porque la AOPEB no activó reclamo formal pues solo se efectuó una consulta conceptual y genérica, se tiene los siguientes elementos que demuestran lo contrario:***

a) Copia del e-mail de 4 de abril de 2012, por el que Enrique Cordero (Ejecutivo de Reclamos de Kieffer y Asociados S.A.), textualmente señala:

*"Continuando con nuestra conversación vía teléfono **el día de hoy,** y como acordamos, estaremos a la espera de su confirmación para poder reunirnos el próximo lunes a efectos de explicar el alcance de la póliza de accidentes*

personales como también la póliza de automotores, con el fin de respaldar ante la familia de los afectados.

Lamentablemente la póliza de automotores y accidentes personales, ***en el presente caso no será posible afectar ante la Compañía Aseguradora,*** *ya que esta situación se encuentra excluida de la póliza (estado de embriaguez), y otras agravantes, que las mismas serán(sic) importante explicarlas"*

Que es posible observar que, en fecha 4 de abril de 2012 el corredor de seguros tomó conocimiento del siniestro; es decir, el asegurado al dar aviso sobre el siniestro suscitado el 30 de marzo de 2012 activo (sic) el reclamo, comunicando el suceso a su intermediario.

Que lo anterior se confirma en la nota de reclamo de la AOPEB a la APS, de fecha 7 de mayo de 2013, en la que señalan que los señores Kieffer & Asociados S.A. no denunciaron en su momento el siniestro a la entidad aseguradora, por lo que no es evidente que no se haya activado reclamo alguno.

*Que respecto a que "****la AOPEB no proveyó documentos legales para la atención de siniestros, imposibilitando que el corredor pueda aperturar el o los files de siniestros y pudiera dar curso a los mismos****".*

Que dicho argumento daría a entender que el requisito para aperturar y dar curso a un reclamo es la documentación legal que demuestre las circunstancias del siniestro, las personas afectadas y las causas del mismo. Lo aseverado por la Corredora no es evidente, toda vez que el simple aviso del siniestro genera la obligación del Broker de comunicar el mismo a la entidad aseguradora.

Que en el presente caso, se evidencia claramente que ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *ya tenía conocimiento del siniestro antes o durante el 4 de abril de 2012, ya que así lo prueba la correspondencia intercambiada, y por tanto tenía la obligación de dar aviso a la Entidad Aseguradora de manera independiente de que tenga o no la documentación relacionada al siniestro.*

Que asimismo, no existe congruencia en lo afirmado por ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *cuando señala que había desinformación de las circunstancias del siniestro y de las causas del mismo, dado que el correo electrónico aludido, claramente hace referencia a un accidente de tránsito donde el conductor se encontraba en estado de embriaguez.*

Que adicionalmente existe otro correo electrónico del día 4 de abril de 2012 donde Javier Trujillo señala lo siguiente:

"Siguiendo el proceso del accidente de uno de nuestros vehículos*, la Gerencia General nos está solicitando un informe escrito de ustedes referente al caso. Es de conocimiento de ustedes que la AOPEB tiene asegurado a todos sus funcionarios contra accidentes adicionalmente al seguro del vehículo, puede ser que el*

conductor tenga grados alcohólicos encima, pero qué pasa con el acompañante, esta interrogante es la que motiva a nuestra Gerencia para que se tenga algo documentado, ya que las familias de los implicados están reclamando los pagos realizados".

Que el correo transcrito es claro al mencionar la circunstancia del siniestro, aclarando que el conductor se encontraba en estado de ebriedad.

*Que con relación a lo que Kieffer & Asociados menciona de que "**se encontraba impartiendo cursos de capacitación en seguros a la AOPEB y de manera casual y extra oficial se le consultó sobre el accidente y ante esta consulta se emitió un criterio al asegurado"***

Que la Corredora no presenta documentación que respalde tal afirmación; es más, la posición del Broker es contradictoria con el correo electrónico de fecha 4 de abril de 2012 de la AOPEB, que señala:

> ***"Siguiendo el proceso del accidente de uno de nuestros vehículos,** la Gerencia General nos está solicitando un informe escrito de ustedes referente al caso. Es de conocimiento de ustedes que la AOPEB tiene asegurado a todos sus funcionarios contra accidentes adicionalmente al seguro del vehículo, puede ser que el conductor tenga grados alcohólicos encima, pero qué pasa con el acompañante, esta interrogante es la que motiva a nuestra Gerencia para que se tenga algo documentado ya que las familias de los implicados están reclamando los pagos".*

Que dicho correo electrónico hace referencia al proceso de atención del siniestro, no hace mención a consulta alguna, por lo que no es válida la posición del intermediario.

*Que asimismo y con relación a lo señalado por **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** de que **no se pronunció sobre el derecho del asegurado, pues solo emitió criterio conceptual frente a una consulta genérica y conceptual**. Ya se aclaró precedentemente que la AOPEB, en base a la documentación no hizo consulta genérica, sino que llevaba a cabo el proceso de atención del siniestro frente a su corredor de seguros.*

*Que correspondía, en este caso, que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** ponga en conocimiento la denuncia a la Entidad Aseguradora, tal cual manda la normativa, no obstante ocurrió lo contrario, el corredor de seguros determinó que no era procedente la cobertura, tal como lo demuestra el correo electrónico de 4 de abril donde señala: "…lamentablemente la póliza de automotores y la póliza de seguros personales en el presente caso no será posible afectar ante la Compañía Aseguradora, ya que esta situación se encuentra excluida de la póliza (estado de embriaguez) y otras agravantes (…)"*

Que dada esta determinación, evidentemente se omitió el aviso a la aseguradora a quien verdadera y legalmente correspondía determinar la cobertura o no del siniestro. Es más el propio asegurado tenía la duda respecto a la cobertura, al preguntar en su correo electrónico sobre la cobertura del acompañante.

Que en este sentido, una vez dado el aviso del siniestro, el intermediario debió asesorar al asegurado en materia de siniestros.

Que asimismo la Corredora señala que: ***"con la información verbal de asegurado procedieron al asesoramiento técnico debido, emitiendo un criterio razonable, por lo que no existe vulneración alguna de la norma****".*

Que al respecto es importante refutar lo anterior y aclarar nuevamente que la información proporcionada por el asegurado no sólo fue verbal, sino escrita, confirmada por los correos electrónicos ya detallados.

Que por otra parte el criterio emitido no puede desde ningún punto de vista ser asimilado como asesoramiento, toda vez que un correcto asesoramiento implica seguir el procedimiento de atención del siniestro ante la entidad aseguradora, aclarando que la posición del bróker con relación a la no cobertura por estado de embriaguez fue una posición anticipada, sin tomar en cuenta el alcance de las pólizas de seguro, que en el caso de accidentes personales para el acompañante, el amparo o no de la cobertura del seguro era debatible.

*Con relación a lo alegado por la Corredora de que "****se informó debidamente al asegurado que si estaba interesado en abrir el caso y dar el aviso de siniestro, se encontraba dispuesta a colaborar, a cuyo efecto se solicitó al asegurado confirmar su deseo de dar aviso de siniestro y proporcionar la información relativa a las circunstancias del accidente, indicando además que la AOPEB expresó que analizaría el caso y confirmaría si deseaba formalizar el siniestro, aspecto que nunca confirmó, por lo que Kieffer no podía actuar de oficio y sin autorización del cliente"***

Que no existe evidencia alguna con relación a la anterior afirmación, es más, la documentación establece lo contrario, por ser los correos electrónicos claros respecto al siniestro.

Que con relación al punto 3 ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS,*** *reitera que* ***"si hubiera tenido un reclamo formal, de haber sido informada de las circunstancias del siniestro y haber recibido la documentación, hubieran aperturado el caso y hubiera dado el aviso del siniestro a la aseguradora".***

Que cuando el corredor asevera que los requisitos para dar aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora consisten en: i) hacer un reclamo formal; ii) informar sobre las circunstancias del siniestro; y iii) remitir documentación, omite lo dispuesto por el artículo 22, acápite "durante la ocurrencia del siniestro", punto 2, que textualmente señala:

"2. Dar a conocer a sus clientes o a la entidad aseguradora, todas las notificaciones efectuadas por las partes del contrato de seguro, en un plazo máximo de 3 días administrativos de recibidas las mismas e inmediatamente o a más tardar dentro de las 24 horas, en caso de aviso de siniestro a la entidad aseguradora"

Que en este sentido puede claramente evidenciarse que la norma transcrita no contiene los requisitos señalados por la corredora.

Que con relación al punto 4 ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *señala que "****el incumplimiento al numeral 1, artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros, se encuentra demostrado con las notas AMF-1923/2011 y PROD-034/2012****".*

Que los cargos formulados tienen como contexto, la obligación legal de asesorar y llevar a cabo otras acciones ***"durante la ocurrencia del siniestro",*** *aclarando que la documentación presentada como prueba de descargo es previa a la ocurrencia del mismo, por lo que no es relevante (para el caso concreto) que se hubieran remitido las cartas AMF-1926/2011 de 21 de septiembre de 2011, y PROD-0344/2012 de 23 de febrero de 2012.*

*Que asimismo el Broker alega "****que la Resolución Administrativa N° 195 no se encontraba vigente a la fecha del siniestro".*** *Evidentemente el siniestro se suscitó el 30 de marzo de 2012 y la Resolución Administrativa N° 195 fue notificada a la Corredora el 3 de abril de 2012, es decir que a dicha fecha ya tenía conocimiento de su contenido, por tanto al 4 de abril de 2012, fecha en la que la AOPEB presentó reclamo, debió haber aplicado la Resolución Administrativa N° 195, porque no debe olvidarse que el cumplimiento de la ley es exigible a partir de su publicación o notificación, como sucedió en el presente caso.*

Que con relación al punto 5 sobre el Seguro SOAT, ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *aduce que "para activar el reclamo debe mediar obligatoriamente la denuncia del accidente ante el Organismo Operativo de Tránsito, elemento que no existió por razones estrictamente atribuibles al asegurado, por lo que mal hubiera podido aperturar el caso, máxime si la AOPEB nunca tuvo intención de aquello".*

Que ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *pretende eludir su responsabilidad como corredor al indicar que no pudo dar aviso porque no existía el informe de tránsito, correspondiendo aclarar que no es necesario dicho informe para dar aviso a la aseguradora.*

Basta el aviso a la aseguradora para que la intermediaria proceda con la atención del reclamo, debiendo asesorar al asegurado, aclarando que el SOAT otorga plena cobertura tanto al conductor como al ocupante. El bróker como su asesor, debió asesorar al asegurado sobre las bondades del SOAT y dar a conocer a la aseguradora sobre el siniestro…"

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS,*** *de acuerdo al siguiente detalle:*

a) *Por el primer cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos de 2.000UFV'S (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por* ***Contravención a lo establecido en el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber asesorado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. de manera escrita sobre los derechos y obligaciones establecidas en la Póliza de Seguro de Automotores N° KA-A00419 emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

b) *Por el segundo cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos a 2.000UFV'S (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por* ***Contravención a lo establecido en el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber asesorado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. de manera escrita sobre los derechos y obligaciones establecidas en la Póliza Colectiva de Accidentes Personales Colectivo N° CAC-A02100, emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

c) *Por el tercer cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos a 2.000UFV'S (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por* ***Contravención a lo establecido en el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber asesorado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. de manera escrita sobre los derechos y obligaciones del SOAT del vehículo con placa 1580-ASU.*

d) *Por el cuarto cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos a 2.000UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)* ***Contravención a lo establecido en el punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado el siniestro por la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. para afectar la Póliza de Seguro Automotor N° KA-A00469, emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

e) *Por el quinto cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos a 2.000UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por* ***Contravención a lo establecido en el punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado el siniestro por la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. para afectar la Póliza de Seguros de Accidentes Personales Colectivo N° CAC-A02100, emitida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*

f) *Por el sexto cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos a 2.000UFV'S (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por* ***Contravención a lo establecido en el punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 02 de abril de 2012,*** *por no haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado el siniestro por la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. para afectar la cobertura del SOAT del vehículo con placa 1580-ASU.*

g) *Por el séptimo cargo de la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N°8431-2013 de 9 de octubre, con una multa equivalente en Bolivianos a 2.000UFV'S (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por* ***Contravención a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998****, por haber establecido y comunicado a la Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia S.A. que la Póliza de Seguro de Automotores N° KA-A00419 y la Póliza Colectiva de Accidentes Personales Colectivo N° CAC-A02100, emitidas por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. no contaban con la cobertura respectiva, siendo esa una determinación, una atribución que corresponde a una Entidad Aseguradora.*

SEGUNDO.-*Las multas impuestas deberán ser depositadas en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo precedente, copia de las boletas de depósito que acrediten el cumplimiento de las sanciones…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 18 de diciembre de 2013, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°1091-2013 de 25 de noviembre de 2013, bajo los siguientes argumentos:

"…la Resolución impugnada no expuso ningún argumento para atribuir a Kieffer las infracciones alegadas y menos para aplicar las sanciones pecuniarias impuestas a nuestra empresa.

Los fundamentos de esta afirmación, se encuentran respaldados por los siguientes criterios y antecedentes del caso en concreto:

a) Respecto al supuesto incumplimiento al punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del Artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 195-2012 de 2 de abril de 2012 (Cargos 1, 2 y 3), corresponde aclarar que la Resolución Administrativa recurrida no puede considerar vulneración de dicho precepto legal, en la medida que nuestra empresa no fue notificada formalmente sobre el siniestro ocurrido y tampoco el asegurado proveyó documentación relativa al mismo, conforme se puede acreditar a través de la documentación adjunta al expediente administrativo, entre la cual, no existe documento alguno que acredite que el asegurado hubiere dado aviso del siniestro a Kieffer. En todo caso, hemos demostrado a través de la documentación de descargo presentada a la APS, que durante la cotización del seguro y la vigencia de las Pólizas de la AOPEB, Kieffer cumplió con todas sus obligaciones derivadas del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, por lo que solo si el asegurado hubiere dado aviso formal del siniestro, Kieffer se hubiera encontrado obligado a asesorar por escrito a aquel sobre sus derechos y obligaciones, situación que en el caso concreto no ocurrió.

Sin perjuicio, nuestra empresa no dejó de asesor (sic) *a su cliente, frente a simples comentarios referenciales y conceptuales, a los cuales, la norma antes citada no puede aplicarse, de otra manera, los corredores de seguros nos encontraríamos en condiciones de actuar de oficio sin autorización de sus clientes, a través de actos ultra petita que podrían implicar responsabilidades legales, al no haber sido oficial ni expresamente informados sobre un determinado siniestro. Justamente por esta situación, nuestra empresa actuó con prudencia y asesoró al asegurado, frente a comentarios y consultas de carácter general sobre la situación de un eventual reclamo en caso que el conductor del vehículo siniestrado se encuentre en estado de ebriedad, habiendo explicado las implicaciones de esta situación y la agravación del riesgo que podría implicar en cualquier siniestro, sea el ocurrido en fecha de 30 de marzo de 2012 o cualquier otro.*

Asimismo, se deberá considerar el espíritu de la norma reguladora, en sentido que lo que pretende la misma es que el asegurado sea informado sobre sus derechos y obligaciones aspecto que en el caso concreto sucedió, al haber sido informada la AOPEB, ex-ante y ex-post sobre dichos derechos y obligaciones, no solo sobre el siniestro ocurrido sino también respecto a cualquier siniestro que hubiera podido sufrir, reiterando una vez más que el asegurado nunca nos denunció formalmente el siniestro, puesto que el análisis y discusión sobre temas relativos a siniestros, surgió en el marco de una capacitación general que brindamos permanentemente a nuestro clientes.

Por su parte, se deberá considerar que las supuestas infracciones alegadas por la APS, no alteraron ni afectaron el legítimo derecho del asegurado de dar aviso del siniestro a la compañía de seguros, en cuanto decida oficializar el mismo, por lo que bajo esta premisa, las sanciones impuestas por este concepto carecen de fundamento y razón lógica, sin perjuicio que, reiteramos, las mismas resultan inaplicables.

Finalmente, la APS pretende separar e individualizar los cargos 1, 2 y 3, en función a los 3 seguros contratados por AOPEB, como si se trataran de actos aislados e independientes, cuando en la realidad los 3, seguros en todo caso, responden a un solo siniestro que no fue reportado oficialmente por el asegurado, por lo tanto, las sanciones impuestas resultan gravosas en perjuicio de los principios que regulan los procesos administrativos y la aplicación de multas, independientemente de su improcedencia por las razones expuestas y la prueba aportada de nuestra parte.

b) Respecto al supuesto incumplimiento al punto 2 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del Artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 195-2012 de 2 de abril de 2012 (Cargos 4, 5 y 6), reiteramos que la Resolución recurrida incurre en error al pretender considerar que Kieffer debió dar aviso de siniestro a la compañía de seguros, cuando no existe documento alguno que cursa en la APS que demuestre la existencia de NOTIFICACION entre ¡as partes del contrato de seguro, referida por el citado punto 2. Por lo tanto, la APS carece de facultad para considerar la existencia de un acto tal como lo es una NOTIFICACION del asegurado a Kieffer solicitando que se dé aviso del siniestro a la compañía de seguros que en el caso concreto no existió, debiendo basar en todo caso sus determinaciones sobre hechos ciertos y prueba plena.

Sobre el particular, dejamos expecífica (sic) *constancia que las consideraciones expuestas por nuestro ejecutivo de reclamos a los ejecutivos de AOPEB se circunscribieron a conversaciones extra oficiales y criterios conceptuales y genéricos, no existiendo instrucción alguna oficial del asegurado que se considere una NOTIFICACION (sic) de siniestro.*

Consiguientemente, las sanciones referidas a los Cargos 4, 5 y 6 resultan infundadas y carentes de todo respaldo legal, independientemente que en estos casos también, la APS pretende erradamente individualizar dichas sanciones en función al número de seguros contratados por el asegurado, cuando en realidad el análisis objetivo debe señirse (sic) a un solo siniestro que no fue reportado oficialmente por el asegurado.

Sin perjuicio de lo expuesto, reiteramos que en la medida que el asegurado NOTIFIQUE oficialmente a Kieffer sobre el siniestro ocurrido para efectos de su traslado a la compañía de seguros, éste será inmediatamente trasladado a Credinform, quedando intacto el derecho del asegurado para que la citada entidad aseguradora lo considere.

c) Respecto al supuesto incumplimiento al Art. 22 de la Ley de Seguros N° 1883 de

25 de junio de 1998 (Cargo 7), debemos aclarar que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia nuestra empresa se arrogó facultades propias de las compañías de seguros, por lo que se interpreta erradamente al señalar que Kieffer se habría pronunciado sobre el derecho del asegurado en relación a las Pólizas de Automotores y Accidentes Personales, contratadas por AOPEB. Al respecto, cumple advertir que en el marco de nuestra (sic) *facultades y obligaciones legales como corredores de seguros, debemos orientar y asesorar a nuestros clientes. En esa medida y frente a una consulta conceptual y genérica, nuestra empresa expresó su criterio técnico igualmente de manera referencial, sin embargo, ello no significa que se hubiera impedido al asegurado trasladar su reclamo a la entidad aseguradora para que ésta, como corresponde, se pronuncie sobre el derecho del asegurado. En ese sentido, el derecho a formular reclamo del siniestro a la compañía de seguros y que ésta se pronuncie se mantiene intacto, por lo que emitir un criterio genérico, no puede bajo ningún concepto, representar vulneración del Art. 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros.*

Por lo tanto, en este caso igualmente, la Resolución impugnada carece de fundamentos para pretender imponer a Kieffer la multa referida al Cargo.

IV. PETITORIO.

En atención a lo expuesto y al amparo de lo establecido por el artículo 56 y normas concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, así como por los artículos 36, 43 inciso b), 46, 48 y normas concordantes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado el Decreto Supremo N° 27175 en el plazo establecido para el efecto, interponemos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013, dictada por el Director Ejecutivo de la APS en fecha 25 de noviembre de 2013 y, en su mérito, solicitamos respetuosamente a su Autoridad se sirva REVOCAR TOTALMENTE la mencionada Resolución, desestimando los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 imputados indebidamente a nuestra empresa y por consiguiente se nos libere de cualquier tipo de sanción al respecto…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS DJ/DS/Nº 25-2014 DE 20 DE ENERO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 25-2014 de 20 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó "…***CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013, dejándose sin efecto, únicamente, la sanción determinada en el inciso g) del artículo primero de dicha resolución administrativa…*"

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa de referencia, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en resumen, los argumentos de ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *consisten en que nunca fueron notificados oficialmente con la ocurrencia*

del siniestro y que cualquier comentario en relación al siniestro, se hizo en contexto de intercambio de conceptos referenciales y genéricos, dentro un curso de capacitación que permanentemente brinda a sus clientes. Prueba de ello sería la no existencia en el expediente, de ningún documento que sea equiparado a notificación. En todo caso, ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS*** *no podía actuar de oficio. Finalmente, cualquier comentario sobre el siniestro no impidió al asegurado acudir a la compañía de seguros.*

CONSIDERANDO:

Que antes de ingresar al análisis de las alegaciones del recurso, conviene referirse a los argumentos centrales de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/1091-2013 de 25 de noviembre de 2013:

1. *El segundo Considerando cita, textualmente, la acusación de infracción de las normas individualizadas, en conformidad con la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/Nº 8431-2013 de 21 de octubre de 2013.*

2. *El tercer Considerando transcribe las normas acusadas de incumplidas por* ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS.***

3. *El cuarto Considerando efectúa un resumen de los hechos que dan lugar al procedimiento administrativo sancionatorio.*

4. *El quinto Considerando efectúa una relación de los argumentos de descargo de* ***KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS.***

3. (sic) *El sexto Considerando efectúa una relación histórica de los hechos que dan lugar al reclamo de la AOPEB en correspondencia a las Pólizas Nos. KA-A00419, CAC-A02100 y SOAT.*

Esta relación contempla una contraposición, caso por caso, del reclamo de la AOPEB con las alegaciones de la Corredora sobre la base de evidencia documental como e-mails y algunas afirmaciones de la misma. Se hace mención a la falta de documentación que respalde las afirmaciones de esta compañía.

7.(sic) *El séptimo Considerando realiza una valoración de mérito de la anterior confrontación para llegar a afirmación categórica.*

CONSIDERANDO:

Que corresponde analizar los argumentos del recurso de revocatoria que nos ocupa:

Que con relación a ***la alegación 1*** *contenida en el Tercer Considerando de la presente resolución, la afirmación de que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº1091-2013 de 25 de noviembre de 2013 carece de argumentos para*

atribuir responsabilidades a la Corredora, quedan desvirtuadas por el resumen efectuado en el anterior Considerando.

Que no obstante lo anterior, el Informe Técnico APS/DS/JTS/1692/2013, de 27 de diciembre de 2013, recalca que, ya se ha demostrado que Kieffer & Asociados S.A. conocía del siniestro tal cual respalda el correo electrónico de fecha 4 de abril de 2012, dirigido a Javier Trujillo del Departamento Administrativo de la AOPEB, mediante el cual el corredor se pronuncia sobre la cobertura a través de Enrique Cordero, funcionario de Kieffer y Asociados, que textualmente señala:

> *"Continuando nuestra conversación vía teléfono* ***el día de hoy****, y como acordamos, estaremos a la espera de su confirmación para poder reunirnos el próximo lunes a efectos de explicar el alcance de la póliza de accidente personales como también de la póliza de automotores, con el fin de respaldar ante la familia de los afectados.*
>
> *Lamentablemente la póliza de automotores y accidentes personales,* ***en el presente caso no será posible afectar ante la Compañía aseguradora,*** *ya que esta situación se encuentra excluida de la póliza (estado de embriaguez), y otras agravantes, que las mismas serán importantes explicarlas".*

Que el asegurado, activó el reclamo comunicando el suceso a su intermediario, afirmación también expuesta en la nota de reclamo de la AOPEB a la APS, de fecha 7 de mayo de 2012, donde señala que: "los Sres. Kieffer & Asociados S.A. no denunciaron en su momento el siniestro a la entidad aseguradora".

Que se evidencia entonces que, Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros, tenía conocimiento del siniestro antes o durante el 4 de abril de 2012, como lo prueban las comunicaciones intercambiadas entre el asegurado y el bróker, por tanto estaba en la obligación de dar aviso a la entidad aseguradora, independientemente de que tenga o no la documentación relacionada al siniestro.

Que asimismo, la falta de asesoramiento en relación a la cobertura del seguro ha ocasionado el incumplimiento de lo señalado en el artículo 22 punto 1 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 195-2012 de 2 de abril de 2012 que señala: ***durante la ocurrencia del siniestro "****deberá asesorar de manera escrita a su cliente sobre sus derechos y obligaciones, orientando de manera enunciativa más no limitativa sobre los siguientes aspectos:*

a) Aviso de siniestro.
b) Documentación requerida por la entidad aseguradora en función al ramo de seguro.
c) Plazos de pronunciamiento e indemnización del seguro por la entidad aseguradora.
d) Solución de controversias

*Que con relación a **las alegaciones 2 y 3** (cargos 1, 2 y 3) contenidas en el tercer Considerando de la presente resolución, la afirmación de que la Corredora no fue notificada "oficialmente" del siniestro, esta APS extraña mayores elementos que permitan aceptar el argumento; v.gr. en qué consiste esa notificación formal u oficial en opinión de **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**; cuáles las características de "esa" notificación formal.*

Que de igual manera, el Informe Técnico APS/DS/JTS/1692/2013, de 27 de diciembre de 2013, al referirse a este punto, menciona:

Que el corredor alega que no dejó de asesorar a su cliente, frente a simples comentarios referenciales y conceptuales a los cuales la norma no puede aplicarse y que de otra manera no le correspondía actuar de oficio el reclamo, pues hubiera actuado "ultra petita".

Que la posición del bróker es contradictoria con el correo electrónico de fecha 4 de abril de 2012 de la AOPEB, que señala lo siguiente:

> *"**Siguiendo el proceso del accidente de uno de nuestros vehículos,** la Gerencia General nos está solicitando un informe escrito de ustedes referente al caso. Es de conocimiento de ustedes que la AOPEB tiene asegurado a todos sus funcionarios contra accidentes, adicionalmente al seguro del vehículo, puede ser que el conductor tenga grados alcohólicos encima, pero qué pasa con el acompañante, esta interrogante es la que motiva a nuestra Gerencia para que se tenga algo documentado, ya que las familias de los implicados están reclamando los pagos realizados".*

Que como es posible observar, el correo electrónico hace referencia al proceso de atención del siniestro y no a consulta alguna, desvirtuando lo aseverado por el intermediario.

Que no obstante estas insuficiencias y en consonancia con el sexto Considerando de la resolución impugnada respecto a que la compañía no fue "notificada" oficialmente, debe dejarse claramente establecido que en el expediente administrativo cursan:

> ***a)** Copia del e-mail de 4 de abril de 2012, por el que Enrique Delgado (Ejecutivo de Reclamos), expresamente indica a Javier Trujillo: "…estaremos a la espera de su confirmación… con **el fin de respaldar ante la familia de los afectados…"** (las negritas corresponden a la APS)**.***
>
> ***b)** En adición, en el segundo párrafo del mismo e-mail, el señor Delgado manifiesta: "Lamentablemente la póliza de Automotores y la póliza de accidentes personales, **en el presente caso** no será posible efectuar ante la Compañía de Seguros **ya que esta situación** se encuentra excluida de la póliza…" (las negritas corresponden a la APS).*

c) *Copia del e-mail de 4 de abril de 2012 de Javier Trujillo dirigida a Enrique Delgado (Ejecutivo de Reclamos) en el que se indica: "**Siguiendo el proceso del accidente de uno de nuestros vehículos,** la Gerencia General nos está solicitando un informe escrito de ustedes referente al caso. Es de conocimiento de ustedes que la AOPEB tiene asegurado a todos sus funcionarios contra accidentes adicionalmente al seguro del vehículo, puede ser que el conductor tenga grado alcohólico encima, pero que pasa con el acompañante, esta interrogante es la que motiva a nuestra Gerencia para que se tenga algo documentado, **ya que las familias de los implicados están reclamando los pagos realizados**." (las negritas corresponden a la APS).*

*Como se puede leer, la anterior transcripción demuestra que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** sabía del hecho ocurrido al vehículo SUZUKI 1580-ASU pues de la correspondencia intercambiada se puede deducir que se alude a un hecho concreto y particularizado; a las "familias de los afectados"; al "presente caso"; a "esta situación"; "siguiendo al proceso del accidente de uno de nuestros vehículos", y a que la "Familia de los implicados están reclamando los pagos realizados". Obviamente, tales frases no han sido emitidas en un contexto de consulta genérica y conceptual, sino, ante un cuadro concreto.*

*De lo anterior, se verifica que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** conoció del hecho antes o durante el 4 de abril de 2012 ya que así lo prueba la correspondencia intercambiada y no asesoró debidamente a la AOPEB respecto de cómo actuar ante tales circunstancias (durante la ocurrencia del siniestro); comunicar a la aseguradora en el plazo de 24 horas.*

Que en relación a que el asegurado no proveyó la documentación de rigor para activar el asesoramiento debido, nada hay que demuestre que la Corredora hubiera solicitado a su cliente la documentación pertinente, y no esperar pasivamente que la AOPEB remitiera la documentación de rigor.

*Que con relación a **la alegación 4** contenida en el tercer Considerando de la presente resolución, la afirmación de que no dejaron de asesorar frente a simples comentarios referenciales porque estarían, en caso contrario, actuando de oficio, nada hay que impida a **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** actuar con la diligencia de un buen padre de familia y con iniciativa propositiva. En todo caso, esta alegación es impertinente al caso concreto pues se ha demostrado que **sí** existen elementos probatorios que evidencian que la Corredora sabía del siniestro por comunicación de la AOPEB, conforme se ha acreditado en los anteriores puntos de esta resolución.*

*En todo caso, respecto a que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** hubiera solicitado mayores elementos de información y documentación luego e inmediatamente de ocurrido el siniestro, no hay prueba material de este extremo, siendo una simple afirmación de la corredora sin mayor sustento.*

*Que con relación a **la alegación 5** contenida en el tercer Considerando de la presente resolución, afirmar que la AOPEB fue asesorada ex ante y ex post sobre cualquier siniestro que hubiera podido ocurrir en el marco de una capacitación legal permanente, se debe recordar que el caso presente tiene que ver con un caso concreto y particular; no haber asesorado a la AOPEB como emergencia del siniestro ocurrido a la vagoneta SUZUKI 1580-ASU, y no por no haber "capacitado permanentemente" o no haber asesorado "ex ante y ex post ante cualquier siniestro que hubiera ocurrido". Evidentemente, el presente proceso sancionatorio no trata de estos asuntos.*

*Que con relación a **la alegación 6** (cargos 4, 5 y 6) contenida en el tercer Considerando de la presente resolución, frente a la afirmación de que no hay ningún documento que obligue a **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** a dar aviso a la aseguradora del siniestro, ya se aclaró precedentemente que la AOPEB en base a la documentación no hizo consulta genérica sino que llevaba a cabo el proceso de atención del siniestro ante su corredor de seguros, correspondiendo en todo caso hacer la denuncia a la entidad aseguradora en función a los correos electrónicos cursados con el asegurado, documentos demostrativos del aviso del siniestro.*

Que es menester recordar que el artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros determina que, el corredor de seguros debe dar aviso a la entidad aseguradora sobre la ocurrencia del siniestro dentro del plazo de 24 horas de haber sido denunciado el mismo. Como puede observarse la norma no determina que dicho aviso tenga necesariamente que ser formalizado a través de documentos físicos, como erróneamente interpreta el intermediario, pudiendo incluso el asegurado dar a conocer el siniestro mediante correo electrónico, vía telefónica o cualquier otro medio, momento en el cual se activa la obligación del bróker.

*Que respecto a **la alegación 7** contenida en el tercer Considerando de la presente resolución, en sentido de no hay nada "oficial que se considere NOTIFICACIÓN" del siniestro por parte del asegurado o instrucción alguna, ya se respondió generosamente a momento de analizar los argumentos contenidos en los puntos 2, 3 y 4 del presente Considerando, por lo que se reproducen los argumentos.*

*Que con relación a **la alegación 8** contenida en el tercer Considerando de la presente resolución, en sentido de que se la sanciona, erradamente, en función del número de contratos de seguros, se tiene presente que las pólizas involucradas en este caso son: la Póliza de Automotores N° KA-A00419, la Póliza de Accidente de Automotores N° CAC-A02100 y la Póliza SOAT.*

*Siendo esto evidente, las sanciones obedecen al criterio de haberse identificado varias inconductas (en las que incurrió **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**) relacionadas con tales pólizas. En adición, la redacción de cada una de las sanciones es clara (artículo PRIMERO de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013) anotándose en qué consistió el ilícito administrativo individualizado.*

*Que referente a la **alegación 9** contenida en el tercer Considerando de la presente resolución, en sentido de que en ningún momento, la Corredora se arrogó facultades de las compañías aseguradoras, corresponde estimar el descargo toda vez que cualquier opinión emitida por esta, no constriñó ni anuló el derecho de las aseguradoras (del propio asegurado o de terceros).*

Que en relación a la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, la APS reitera y reproduce (por pertinentes) los términos en los que se emitió el Auto de 24 de diciembre de 2013 debidamente notificada a aquella Corredora en fecha 27 de diciembre de 2013, en el que el ente regulador no defiere a lo solicitado.

Que respecto de la solicitud de fotocopias legalizadas y simples de todas las actuaciones del presente recurso, no existe obstáculo legal para no deferir como se pide.

CONSIDERANDO:

*Que el conjunto de este análisis, conduce al criterio razonable de que los argumentos del recurso de revocatoria interpuesto por **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** no adquieren entidad de revocación total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013, con excepción de la sanción inscrita en el inciso g) del artículo PRIMERO de la Resolución impugnada, misma que debe ser dejada sin efecto, correspondiendo, en lo demás, su confirmación…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 4 de febrero de 2014, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 25-2014 de 20 de enero de 2014, argumentado lo siguiente:

"…***III. INTERPONEN RECURSO JERÁRQUICO***

Considerando que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014, dictada por el Director Ejecutivo de la APS en fecha 20 de enero de 2014, la cual resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013, afecta, lesiona y puede causar perjuicio a legítimos derechos subjetivos e intereses de nuestra empresa corredora de seguros y desnaturaliza las obligaciones de los corredores de seguros, al amparo de lo establecido por los artículos 56, 66 y normas concordantes de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, así como por los artículos 36, 37, 52 del Decreto Supremo N° 27175, interponemos el presente Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014, dictada por el Director Ejecutivo de la APS en fecha 20 de enero de 2014, en atención a los fundamentos que exponemos a continuación:

La resolución impugnada incurre en error al ratificar que KIEFFER habría incumplido el punto 1 del subtítulo: Durante la ocurrencia del siniestro de la Póliza de Seguro del

Artículo 22 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 195-2012 de 2 de abril de 2012, en la medida que nuestra empresa no fue notificada formalmente sobre el siniestro sufrido por el asegurado AOPEP, siendo que tampoco el asegurado proveyó documentación relativa al mismo, conforme se puede acreditar a través de la documentación adjunta al expediente administrativo, entre la cual, no existe documento alguno que acredite que el asegurado hubiere dado aviso del siniestro a KIEFFER. En todo caso, las comunicaciones a las que hace referencia la resolución administrativa recurrida, solo demuestran que se consideró con el cliente aspectos generales sobre el siniestro, en razón a un comentario del propio cliente, pero nunca hubo una instrucción, ni siquiera una solicitud del cliente, de denunciar el siniestro a la aseguradora, justamente por las circunstancias en las que se produjo el mismo. En ese sentido, hemos demostrado a través de la documentación de descargo presentada a la APS, que durante la cotización del seguro y la vigencia de las *Pólizas de la AOPEB, KIEFFER cumplió con todas sus obligaciones derivadas del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, por lo que solo si el asegurado hubiere dado aviso formal del siniestro y hubiera solicitado que el siniestro sea tratado por la aseguradora, KIEFFER se hubiera encontrado obligado a dar aviso a la compañía aseguradora, situación que en el caso concreto no ocurrió.*

Sin perjuicio, nuestra empresa no dejó de asesorar a su cliente, frente a simples comentarios referenciales y conceptuales, a los cuales, la norma antes citada no puede aplicarse, de otra manera, los corredores de seguros nos encontraríamos en condiciones de actuar de oficio sin autorización de sus clientes, a través de actos ultra petita que podrían implicar responsabilidades legales, al no haber sido oficial ni expresamente informados sobre un determinado siniestro e instruidos para dar aviso de siniestro. Justamente por esta situación, nuestra empresa actuó con prudencia y asesoró al asegurado, frente a comentarios y consultas de carácter general sobre la situación de un eventual reclamo en caso que el conductor del vehículo siniestrado se encuentre en estado de ebriedad, habiendo explicado las implicaciones de esta situación y la agravación del riesgo que podría implicar en cualquier siniestro, sea el ocurrido en fecha de 30 de marzo de 2012 o cualquier otro.

Asimismo, se deberá considerar el espíritu de la norma reguladora, en sentido que lo que pretende la misma es que el asegurado sea informado sobre sus derechos y obligaciones, aspecto que en el caso concreto sucedió, al haber sido informada la AOPEB, ex-ante y ex-post sobre dichos derechos y obligaciones, no solo sobre el siniestro ocurrido sino también respecto a cualquier siniestro que hubiera podido sufrir, reiterando una vez más que el asegurado nunca nos denunció formalmente el siniestro, puesto que el análisis y discusión sobre temas relativos a siniestros, surgió en el marco de una capacitación general que brindamos permanentemente a nuestro clientes.

Por su parte, se deberá considerar que las supuestas infracciones alegadas por la APS, no alteraron ni afectaron el legítimo derecho del asegurado de dar aviso del siniestro a la compañía de seguros, por lo que bajo esta premisa, las sanciones impuestas por este concepto carecen de fundamento y razón lógica, sin perjuicio que, reiteramos, las mismas resultan inaplicables.

Al respecto, de manera incorrecta y desproporcionada, la APS pretende separar e individualizar los cargos impuestos en función a los 3 seguros contratados por AOPEB, como si se trataran de actos aislados e independientes, cuando en la realidad los 3 seguros en todo caso, responden a un solo siniestro que no fue reportado oficialmente por el asegurado, por lo tanto, las sanciones impuestas resultan gravosas en perjuicio de los principios de proporcionalidad que regulan los procesos administrativos y la aplicación de multas, independientemente de su improcedencia por las razones expuestas y la prueba aportada de nuestra parte.

Reiteramos que la Resolución recurrida incurre en error al pretender considerar que KIEFFER debió dar aviso de siniestro a la compañía de seguros, cuando no existe documento alguno que cursa en la APS que demuestre la existencia de NOTIFICACION (sic) del siniestro. Por lo tanto, la APS carece de facultad para considerar la existencia de un acto tal como lo es una NOTIFICACION (sic) *del asegurado a KIEFFER solicitando que se dé aviso del siniestro a la compañía de seguros que en el caso concreto no existió, debiendo basar en todo caso sus determinaciones sobre hechos ciertos y prueba plena. Sobre el particular, dejamos expecífica* (sic) *constancia que las consideraciones expuestas por nuestro ejecutivo de reclamos a los ejecutivos de AOPEB se circunscribieron a conversaciones extra oficiales y criterios conceptuales y genéricos, no existiendo instrucción alguna oficial del asegurado que se considere una NOTIFICACION* (sic) *del siniestro, pues únicamente se discutieron aspectos relativos al mismo, sin que el asegurado hubiere exteriorizado su voluntad que el mismo sea considerado por la compañía de seguros.*

Por su parte, KIEFFER prestó el servicio de asesoramiento debido al asegurado, explicando con precisión las implicancias que tiene un siniestro ocurrido cuando el conductor del vehículo se encontraba con presencia de alcohol en la sangre, aspecto que fue el que se discutió, sin que ello pueda considerarse un aviso de siniestro y menos un tratamiento de siniestro.

Consiguientemente, las sanciones impuestas por la APS resultan infundadas, desproporcionadas y carentes de todo respaldo legal, en la medida que se pretende en forma desproporcionada individualizar dichas sanciones en función al número de seguros contratados por el asegurado, cuando en realidad el análisis objetivo debe señirse (sic) *a un solo siniestro que no fue reportado oficialmente por el asegurado.*

Por lo expuesto, podemos inferir que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25- 2014, al haber confirmado parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013, afecta los legítimos derechos e intereses de nuestra compañía, en la medida que atribuye supuestos e inexistentes incumplimientos de nuestra empresa a sus deberes como corredores de seguros de AOPEB y, en consecuencia, impone sanciones pecuniarias injustas en contra de KIEFFER, en función a un solo siniestro, por más que hubieren existido 3 seguros. Al respecto, cualquier consideración sobre la actuación de KIEFFER, debió ceñirse a un solo siniestro, independientemente del número de seguros contratados.

IV. PETITORIO

Atentas las consideraciones expuestas, al amparo de lo establecido por el artículo 56, 66 y normas concordantes de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, así como por los artículos 36, 37, 43, 44, 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175, en el plazo establecido para el efecto, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014, dictada por el Director Ejecutivo de la APS en fecha 20 de enero de 2014, la cual resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013 y, en su mérito, solicitamos respetuosamente lo siguiente:

a) *Se admita el presente Recurso Jerárquico, previo cumplimiento de los trámites de ley.*

b) *Se resuelva el presente Recurso Jerárquico, disponiendo la REVOCATORIA de la primera parte del artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014 (respecto a la confirmación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013, debiendo mantener la revocatoria de la sanción determinada en el inciso g) del artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013] y, en su mérito se disponga la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091- 2013…*"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 27 de marzo de 2014 se recibió la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** en su memorial de fecha 24 de febrero de 2014, y señalada por providencia de 14 de nota de fecha 14 de marzo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye, en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS actúo como intermediario de la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** frente a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., respecto a las siguientes pólizas de seguros: póliza

de seguro de automotores Nº KA-A00419, póliza colectiva de accidentes personales colectivo Nº CAC-A02100 y de Seguro Obligatoria de Accidentes de Tránsito, referidas al vehículo automotor con placa de control 1580-ASU, el cual protagonizó un siniestro en fecha 30 de marzo de 2012, contingencia que debió ser puesta en conocimiento de Credinform a efectos de cumplir con el pago de la indemnización correspondiente.

No obstante, no fue la corredora de seguros **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** la que diera el aviso del siniestro a la aseguradora a los efectos correspondientes, por cuanto a su entender, no asumió conocimiento formal del siniestro sino por conversaciones circunstanciales con su cliente, a las que no otorga la calidad de aviso del siniestro, por carecer del referido carácter formal (un comunicado expresado por escrito).

En desacuerdo con tal posición, la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** presentó en fecha 7 de mayo de 2013 y por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, reclamo contra **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** arguyendo que habiéndose solicitado y reiterado información sobre los pasos a seguir a efectos que el seguro cubra las eventualidades producto del siniestro, la corredora de seguros no emitió respuesta a lo solicitado.

Por su efecto y corridos los trámites correspondientes, mediante la nota APS/DESP/DJ/DS/8431/2013 de 9 de octubre de 2013 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, con la imputación de los siete cargos que allí constan (conforme se han relacionado supra), de manera tal que, presentados a su vez los descargos el 12 de noviembre de 2013, a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013, se impuso a la ahora recurrente, las multas por las infracciones señaladas.

Mediante memorial presentado en fecha 18 de diciembre de 2013, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1091-2013, la que es confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014, actuación que es objeto de impugnación en fecha 4 de febrero de 2014 y que pasa, impugnación que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previamente, cabe dejar constancia que la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/8431/2013 de 9 de octubre de 2013 notificada a **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, hace referencia a siete cargos, de los cuales, el último ("*haber establecido y comunicado* (…) *que la Póliza de Seguro de Automotores N° KA-A00419 y la Póliza Colectiva de Accidentes Personales Colectivo N° CAC-A02100* (…) *no contaban con la cobertura respectiva* (…) *atribución que le corresponde a una Entidad Aseguradora*"), ha sido dejado sin efecto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014, por consiguiente, tal cargo no hace al objeto de la controversia presente, conforme al tenor del artículo 63º, parágrafo II ("*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…"), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis del caso, corresponde transcribir la norma aplicable al caso:

- **LEY DE SEGUROS N° 1883 DE 25 DE JUNIO DE 1998:**

"…***ARTÍCULO 22.- OBJETO SOCIAL UNICO.-***. *Los corredores de seguros deberán tener objeto social único consistente en la realización de intermediación en seguros privados sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora.*

Los corredores de seguros podrán ser también asesores en seguros, pero no podrán detentar ambas calidades en una misma operación.

Los corredores de reaseguros deberán tener objeto social único consistente en la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptante, sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora o reaseguradora.

ARTÍCULO 23.- OBLIGACIONES DE LOS CORREDORES DE SEGUROS y REASEGUROS.

a) Informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentre en riesgo y asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses.

b) Informar a la entidad aseguradora sobre la idoneidad de las personas naturales o jurídicas que contraten por su intermedio.

c) Ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro.

d) Comunicar a la entidad aseguradora cualquier modificación del riesgo de que hubiese tenido conocimiento o información, dentro las 24 horas siguientes.

e) Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas.

f) Guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga, siendo responsable civil y en su caso, penalmente, de los daños que ocasione.

2. Son obligaciones del corredor de reaseguros:

a) Informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro.

b) Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el reaseguro.

c) Comunicar a la entidad reaseguradora cualquier modificación del riesgo de que hubiese tenido conocimiento o información, dentro las 24 horas siguientes.

d) Comunicar a la Superintendencia cualquier evento que pudiera modificar las condiciones de su autorización de funcionamiento.

e) Guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga, siendo responsable civil y en su caso, penalmente, de los daños que ocasione.

f) Acreditar ante la Superintendencia solvencia moral y profesional…"

- **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 195-2012 DE 02 DE ABRIL DE 2012:**

"…***Artículo 22.- (OBLIGACIONES DEL CORREDOR DE SEGUROS****) El corredor de seguros durante la cotización, vigencia y siniestro de las pólizas de seguros, tendrá, las siguientes obligaciones:* (…)

…***Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro***

1. Deberá asesorar de manera escrita a su cliente sobre sus derechos y obligaciones, orientando de manera enunciativa más no limitativa sobre los siguientes aspectos:

a) *Aviso de siniestro*
b) *Documentación requerida por la entidad aseguradora en función al ramo de seguro.*
c) *Plazos de pronunciamiento e indemnización del seguro por la entidad aseguradora.*
d) *Solución de Controversias*

2. Dar a conocer a sus clientes o a la entidad aseguradora, todas las notificaciones efectuadas por las partes del contrato de seguro, en un plazo máximo de 3 días administrativos de recibidas las mismas e inmediatamente o a más tardar dentro las 24 horas, en caso de aviso de siniestro a la entidad aseguradora…"

2.2. Inexistencia de infracción a la *non bis in idem*.-

KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS alega en su Recurso Jerárquico, que:

"…*se pretende en forma desproporcionada individualizar dichas sanciones en función al número de seguros contratados por el asegurado, cuando en realidad el análisis*

objetivo debe señirse (sic) *a un solo siniestro que no fue reportado oficialmente por el asegurado*…"

Corresponde aclarar a la recurrente, que la imposición diversa de sanciones deviene de la también diversa imputación de cargos, conforme se encuentran establecidos, precisamente, en la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/8431/2013 de 9 de octubre de 2013, por lo que se infiere que, a lo que quiso referirse la recurrente como agravio a sus intereses, es a una *individualización* de los cargos, en tanto objeta que se hubieran determinado dichos cargos "*en función al número de seguros contratados por el asegurado, cuando en realidad el análisis objetivo debe señirse* (sic) *a un solo siniestro que no fue reportado oficialmente por el asegurado*…"

En tal sentido, la palabra *desproporcionada* que usa la recurrente, se la entiende en su sentido meramente coloquial, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 75º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en sentido que el principio de proporcionalidad está instituido en cuanto al "*establecimiento de sanciones pecuniarias*" (es entonces, un principio aplicable a las sanciones y no así a la imputación de los cargos).

Entonces, se infiere que lo alegado tiene que ver con la coexistencia de hasta seis cargos, cuando el siniestro es solo uno, lógica bajo la cual, debiera haberse impuesto sólo una sanción, extremo que configuraría una infracción al principio de la *non bis in idem*, determinado por el artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, cuyo fundamento es, precisamente, la protección del administrado frente la imposición de sanciones de manera sucesiva, simultánea o reiterada, por un mismo hecho, criterio fundamental en materia administrativa sancionatoria, por cuanto, de esa manera está reconocido el derecho del procesado, de no ser castigado dos veces por la misma infracción.

No obstante, es claro que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** confunde el siniestro -el que bien puede ser uno sólo-, con su conducta sancionable en función de sus obligaciones normativas -las que bien pueden ser varias- y de las tres pólizas contratadas; para decirlo más claro: se sancionan las conductas en cuanto las mismas sean infractoras a la norma (Ley Nº 2341, Art. 72º), no otra cosa.

En tal sentido y a efectos de esclarecer tal extremo, conviene remitirse a los cargos (conductas imputadas por ser presumiblemente sancionables en cuanto infringen una norma determinada) que salen de la nota APS/DESP/DJ/DS/8431/2013 de 9 de octubre de 2013, estos son:

1. "***No haber asesorado*** (…) ***de manera escrita*** *sobre los derechos y obligaciones*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), en contravención a lo establecido en el numeral 1 del subtítulo "*Durante la ocurrencia de siniestro*" de la Póliza de Seguro, artículo 22º del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 2 de abril de 2012, **con respecto a la póliza de seguro de automotores Nº KA-A00419**.

2. Ídem **con respecto a la póliza colectiva de accidentes personales colectivo Nº CAC-A02100**.

3. Ibídem **con respecto del SOAT del vehículo con placa 1580-ASU**.

4. "***No haber realizado el aviso de siniestro*** *a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), en infracción al numeral 2 del subtítulo "*Durante la ocurrencia de siniestro*" de la Póliza de Seguro, artículo 22º del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, modificado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 195-2012 de 2 de abril de 2012, **con respecto a la póliza de seguro de automotores Nº KA-A00419**.

5. Ídem **con respecto a la póliza colectiva de accidentes personales colectivo Nº CAC-A02100**.

6. Ibídem **con respecto del SOAT del vehículo con placa 1580-ASU**.

Dejando establecido que la correspondencia de cada conducta sancionable con la correspondiente norma infringida, no se encuentra en controversia, se debe tener presente que, dada la existencia de tres pólizas de seguro sí involucradas en la misma, **para cada una de ellas** se han establecido **dos conductas** en las que ha incurrido **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, a saber:

- No haber asesorado de manera escrita sobre los derechos y obligaciones.

- No haber realizado el aviso de siniestro a la Entidad Aseguradora en el plazo de 24 horas de haber sido denunciado.

Así de distintas, estas dos conductas son, pues, diferentes entre sí; empero además, teniendo en cuenta que cada póliza de seguro importa una realidad jurídica distinta e independiente la una de las otras (Cód. Comercio, Art. 979°), no se puede pretender que, por resultar las dos conductas repetitivas en los tres casos, deba tenerse como sólo dos a las conductas sancionables, sino que esas dos conductas se han repetido para el caso de cada una de las tres pólizas.

Por consiguiente, no existe aquí infracción al principio de la *non bis in idem*, no se está sancionando doblemente por una misma conducta, sino que la sanción ha sido impuesta por dos conductas distintas, empero sucedidas cada una tres veces, determinando el carácter inatendible de lo alegado por la recurrente.

2.3. Efectiva ocurrencia de la denuncia del siniestro.-

El Recurso Jerárquico alega que:

> "…*nuestra empresa no fue notificada formalmente sobre el siniestro sufrido por el asegurado AOPEP, siendo que tampoco el asegurado proveyó documentación relativa al mismo, conforme se puede acreditar a través de la documentación*

adjunta al expediente administrativo, entre la cual, no existe documento alguno que acredite que el asegurado hubiere dado aviso del siniestro a KIEFFER. En todo caso, las comunicaciones a las que hace referencia la resolución administrativa recurrida, solo demuestran que se consideró con el cliente aspectos generales sobre el siniestro…"

Dada la existencia del reclamo de la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia**, entonces, de una opinión distinta a la de **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, la controversia consiste en determinar si ese carácter formal en la comunicación que exige la recurrente, es efectivamente imprescindible, o si por el contrario, el mismo puede ser sustituido por otra actividad del asegurado beneficiario.

En el afán de establecer ello, son pertinentes las consideraciones siguientes, en función de cada una de las conductas sancionadas:

2.3.1. Omisión de aviso del siniestro.-

KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS señala, que no cursa una notificación formal que evidencie el aviso a la corredora de seguros sobre la ocurrencia de la contingencia, por lo que, dada la inexistencia del mismo la empresa no estaba obligada a dar aviso del siniestro a la compañía aseguradora.

En ese orden de ideas y a efectos de efectuar el correcto análisis y pronunciamiento que en derecho corresponda, es oportuno transcribir la serie de comunicaciones electrónicas entabladas entre funcionarios de la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** y **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, conforme sigue a continuación:

- **Primera comunicación electrónica:**

  "…***De:*** *Enrique Cordero [**mailto:enrique.cordero@kieffer-asociados.com. bo**]*
  Enviado el: *miércoles, 04 de abril de 2012 17:01*
  Para: *'Javier Trujillo'*
  CC: *'violeta.lopez@kieffer-asociados.com.bo'; 'Michelle Kieffer Rodríguez'*
  Asunto: *AOPEB – ACCIDNETE* (sic) *DE TRANSITO*

  Estimado señor Trujillo,

  Continuando nuestra conversación vía teléfono el día de hoy, y como acordamos, estaremos a la espera de su confirmación para poder reunirnos el próximo lunes a efectos de explicar el alcance de la póliza de accidentes Personales como también la póliza de Automotores, con el fin de respaldar ante la familia de los afectados.

  Lamentablemente la póliza de automotores y la póliza de accidentes personales, en el presente caso no será posible afectar ante la Compañía Aseguradora, ya que esta situación se encuentra excluida de la póliza (estado de embriaguez), y otras agravantes, que las mismas serán importantes explicarlas.

Por favor estaré atento a su confirmación para la fecha y hora de la reunión el próximo lunes.

Atte.

Enrique Cordero Cuevas Ejecutivo de Reclamos Kieffer & Asociados S.A…"

- **Segunda comunicación electrónica:**

*"…**De:** Javier Trujillo [**mailto:administracion@aopeb.org**]*
***Enviado el:** miércoles, 04 de abril de 2012 22:18*
***Para: enrique.cordero@kieffer-asociados.com.bo**,*
CC: violeta.lopez@kieffer-asociados.com.bo
***Asunto:** Accidente AOPEB*

Enrique,

Siguiendo el proceso del accidente de uno de nuestros vehículos, la Gerencia General | Es de conocimiento de ustedes que la AOPEB tiene asegurado a todos sus funcionarios contra accidentes adicionalmente al seguro del vehículo, puede ser que el conductor tenga grados alcohólicos encima, pero que pasa con el acompañante, esta interrogante es la que motiva a nuestra Gerencia para que se tenga algo documentado, ya que la familia de los implicados están reclamando los pagos realizados.

Saludos

Lic. Javier Trujillo Escobar
Jefe Departamento Administrativo
Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia…"

- **Tercera comunicación electrónica:**

*"…**De:** Enrique Cordero [**mailto:enrique.cordero@kieffer-asociados.com. bo**]*
***Enviado el:** lunes, 09 de abril de 2012 8:18*
***Para:** 'Javier Trujillo'*
***CC: violeta.lopez@kieffer-asociados.com.bo**; 'Michelle Kieffer Rodríguez'*
***Asunto:** AOPEB - ACCIDNETE DE TRANSITO*

Estimado señor Trujillo,

Continuando nuestra conversación vía teléfono la semana pasada, agradeceré por favor confirmar la hora y fecha, para poder explicar cuales son los alcances de la póliza.

A la espera de sus noticias me despido muy atte.

Enrique Cordero Cuevas
Ejecutivo de Reclamos
Kieffer & Asociados S.A…"

(El subrayado fue inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Con base en ello, se obtienen los elementos siguientes:

1. El siniestro del vehículo con placa de control 1580-ASU, ocurrió en fecha 30 de marzo de 2012.

2. En fecha 4 de abril de 2012, la corredora hoy recurrente tomó conocimiento vía telefónica, de tal siniestro, conforme se evidencia de la lectura del correo electrónico de hora 17:01, infra transcrito, enviado a la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** (Mismo que cursa como prueba y no ha sido refutado por la recurrente).

3. En la misma fecha, 4 de abril de 2012 a hora 22:18, el señor Javier Trujillo, Jefe del Departamento Administrativo de la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia**, comunica al señor Enrique Cordero, Ejecutivo de Reclamos de **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, que la Gerencia General ha solicitado un informe respecto al caso.

4. Después, en fecha 9 de abril de 2012, el mismo señor Enrique Cordero, solicita confirmar la hora y la fecha para explicar los alcances de la póliza.

Consiguientemente, en fecha 4 de abril de 2012, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** tomó conocimiento de la ocurrencia del siniestro, primero, vía telefónica, y después, a través de correo electrónico, por lo que es en dicha fecha que debió dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 195-2012 de 2 de abril de 2012, a objeto de cumplir con el objetivo de una entidad corredora de seguros que es la de actuar como intermediarios en seguros privados.

En lo que en concreto se refiere a la forma de la comunicación, la misma norma **no establece que deba revestir la calidad de un aviso formal**, como ser una notificación expresa; antes mas bien, el artículo 1028º del Código de Comercio establece que:

> "…*No se puede invocar retardación u omisión del aviso cuando el asegurador o sus agentes, dentro del plazo indicado, intervengan en el salvamento o comprobación del siniestro* ***al tener conocimiento del mismo por cualquier medio***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Norma que, si bien dirigida al "*asegurador o sus agentes*", importa en lo fundamental, que el conocimiento del siniestro en materia de seguros, puede ser asumido "*por cualquier medio*", y no necesariamente por uno expreso.

En todo caso, de la revisión de antecedentes se establece que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** sí tenía conocimiento del siniestro ocurrido, independientemente de la forma en que se le avisó del mismo, puesto que la información recibida en los dos primeros correos transcritos, resulta suficiente para que la corredora, en su rol de asesora y más aún, por la obligación que le impone la normativa, tome la iniciativa de señalar los trámites que debieron realizarse y la documentación a presentarse, considerando las tres pólizas involucradas, teniendo en cuenta la perentoriedad de los plazos para ello, conforme el siguiente detalle:

1. Póliza de seguro para automotores Nº KA-A00469.-

   "…***Numeral 23 (Obligaciones del asegurado)***.-

   c) Denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente y dar aviso a la Compañía, en la jurisdicción donde se produjo el hecho, oficializando todas las circunstancia y detalles del mismo dentro del plazo establecido normativamente y/u otro mayor pactado en la presente.

   f) Dar aviso del siniestro a la Aseguradora inmediatamente, o como máximo dentro de los quince (15) días hábiles de haberse suscitado el hecho de tránsito, salvo causa de fuerza mayo o impedimento justificado, siempre y cuando no se haya perjudicado los derechos de subrogación de la compañía ni se haya obstaculizado la verificación de los hechos para determinar la procedencia del reclamo…"

Cabe hacer notar que la corredora, mediante nota No. PROD-2463/2011 de 14 de octubre de 2011, dirigida a su cliente, señala que el plazo para dar aviso del siniestro es de 10 días.

2. Póliza de seguro de accidentes personales colectivo Nº CAC-A02100.

   "…***CLAUSULA 12.-*** *(Procedimiento en caso de Accidente).*
   a) *Producido un accidente, el Asegurado o sus representantes deberán comunicar a la compañía, tan pronto, como les sea posible, pero en todo caso dentro de los 3(tres) días de ocurrido el mismo, salvo impedimento de fuerza mayor debidamente justificado, en forma escrita* …"(..)

   Plazo que fue ampliado a diez días en el anexo de ampliación de aviso de siniestro a 10 días, emitido por Credinform.

3. El Reglamento del artículo 37º de la Ley de Seguros respecto al SOAT, Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003, señala:

   "…*ARTICULO 18. (AVISO DEL SINIESTRO).- Los involucrados en cualquier accidente de tránsito o las personas que tengan interés legítimo, dentro los quince (15) días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo situaciones de fuerza mayor o impedimento debidamente justificado.*"

En este sentido, la aseveración efectuada por la recurrente en cuanto a la omisión de aviso del siniestro, carece de fundamentación.

2.3.2. Omisión de asesoramiento escrito.-

Aun es pertinente recordar, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha imputado con cargo a **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, también por no haber asesorado de manera escrita, **durante la ocurrencia del siniestro**, a la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** sobre sus derechos y obligaciones emergentes del siniestro, y con referencia a las mismas tres pólizas.

Al respecto, **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS** argumenta que asesoró a su cliente al efectuar capacitación general que brinda permanentemente, y en la que se realizaron comentarios referenciales y conceptuales sobre el siniestro sucedido.

En este sentido, se evidencia que la propia corredora de seguros reconoce, que el asesoramiento durante la ocurrencia del siniestro, se la realizó de manera verbal, no constando en los antecedentes, que contrariamente a ello, sí se hubiera producido un asesoramiento escrito que permita desvirtuar los cargos impuestos por la autoridad reguladora, resultando en definitiva correctas las imputaciones y las sanciones impuestas, ante la evidente omisión de asesoramiento escrito. Asimismo, consta en antecedentes desarrollados anteriormente, la nota de reclamo que efectúa la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia** a la Autoridad de Fiscalización y Control de Seguros y Pensiones, a través de la cual informa a dicha autoridad que **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS,** no cumplió con brindar información y asesorar sobre procedimientos a seguir para efectivizar la indemnización emergente del siniestro acontecido

En definitiva, se establece la omisión de **KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS**, en cuanto a cumplir con sus obligaciones asumidas para con la **Asociación de Organizaciones de Productores Ecológicos de Bolivia**, determinándose que las sanciones impuestas y confirmadas mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 25-2014 de 20 de enero de 2014, fueron aplicadas correctamente y dentro del marco de legalidad correspondiente a la normativa vigente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye por lo que en el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho una correcta aplicación de la norma.

Que, de conformidad con el artículo 43°, inciso a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el

Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada, cuando la ratifique en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 25-2014 de 20 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1091-2013 de 25 de noviembre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.
FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 DE 15 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 041/2014 DE 20 DE JUNIO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 041/2014

La Paz, 20 de junio de 2014

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** y **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de 15 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de 21 de noviembre 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 034/2014 de 14 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 061/2014 de 22 de mayo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 5 de febrero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder Nº 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de fecha 15

de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de fecha 21 de noviembre de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 5 de febrero de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Jefe Nacional de Prestaciones y Servicio al Cliente, Sr. Luis Fernando Telchi Vallejos, conforme acredita el Testimonio de Poder Nº 2834/2013, otorgado en fecha 5 de septiembre de 2013 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de fecha 15 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de fecha 21 de noviembre de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/366/2014, con fecha de recepción 10 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, los Recursos Jerárquicos interpuestos por cada Administradora de Fondos de Pensiones, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de fecha 15 de enero de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de febrero de 2014, notificado en fecha 17 de febrero de 2014 a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y en fecha 18 de febrero de 2014 a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, se admiten los Recursos Jerárquicos interpuestos por cada Administradora de Fondos de Pensiones, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de fecha 15 de enero de 2014.

Que, en fecha 21 de febrero de 2014 se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** a tiempo de presentar su Recurso Jerárquico.

Que, en fecha 11 de abril de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos solicitada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** mediante memorial presentado en fecha 21 de marzo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió lo siguiente:

> "***PRIMERO.-*** *Se aprueba el Procedimiento* (sic) *"Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones-SIP" (Anexo I) y los esquemas siguientes: "Gestión Administrativa de Cobro* (sic) *120 días" y "Gestión*

Administrativa de Cobro (sic) *Formularios de Conformidad de Aportes" (Anexo II y III) respectivamente, mismos que forman parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- *Las disposiciones establecidas en la presente Resolución Administrativa, entrarán en vigencia y se aplicarán a partir de su notificación, a excepción de los artículos 5º y 6º del Anexo I de la presente Resolución Administrativa, los cuáles entrarán en vigencia y se aplicarán a partir* (sic) *la aprobación de los formatos de "Comunicación escrita al Empleador" y "publicación".*

TERCERO.- *La Dirección de Prestaciones Contributivas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS quedará encargada de la ejecución y control del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa.*

CUARTO.- *Se deja sin efecto las disposiciones contrarias a la presente Resolución…"*

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que conforme determina el artículo 177 de la Ley de Pensiones, en el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

Que las Contribuciones se definen como, los recursos destinados a los fines establecidos en la Ley de Pensiones, en los regímenes Contributivo y Semicontributivo, conformados por aportes, primas y las comisiones; siendo la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo responsable de la recaudación y su administración.
Que el artículo 107 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que el Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de Contribuciones y deberá pagar el Interés por Mora y el Interés Incremental por las Contribuciones no pagadas, de acuerdo a reglamento. Asimismo, las Contribuciones, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos no pagados por el Empleador, en ningún caso podrán ser posteriormente cobrados a los Asegurados.

Que el artículo 108 de la Ley de Pensiones determina que los Aportantes Nacionales Solidarios incurren en mora al día siguiente de vencido el plazo para el pago de sus Aportes Nacionales Solidarios y deberán pagar el Interés por Mora y el Interés Incremental por los aportes no pagados.

Que el artículo 109 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece; "La Gestión Administrativa de Cobro comprende todos los actos orientados a realizar la cobranza de las Contribuciones en mora y de los Aportes Nacionales Solidarios en mora.

La Gestión Administrativa de Cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora. La gestión de cobro de los Aportes Nacionales Solidarios será determinada en reglamento.

La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesaria para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social".

Que el inciso h) del artículo 149 de la Ley de Pensiones establece que, la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene la función de cobrar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, intereses y recargos, sin otorgar condonaciones.

Que el artículo 24 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, determina que la Gestión Administrativa de Cobro establecida en el Artículo 109 de la Ley N° 065, podrá ser interrumpida para dar inicio al Proceso Coactivo de la Seguridad Social, con la emisión de una Resolución de Directorio de la GPS para cada caso. El Proceso Coactivo de la Seguridad Social debe iniciarse en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de emitida la Resolución.

Que el artículo 25 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, señala que "al incumplimiento de una o más obligaciones del Empleador, establecidas en la Ley N° 065 y sus Reglamentos, la GPS está facultada para requerir al Empleador la documentación pertinente, quien bajo ninguna circunstancia podrá negarse al requerimiento. En caso de negativa, el Empleador será pasible a ser denunciado ante el Ministerio Público, por la comisión del delito tipificado en el Artículo 160 del Código Penal."

Que el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2008/2012 de 12 de octubre de 2012, señala:

> *"...los ciudadanos tenemos en todo momento la convicción de que el Estado tiene la obligación de promover la armonía social, correspondiendo esa certeza a la seguridad jurídica que esperamos sea respetada, y por ello cuando el Estado por medio de la potestad reglamentaria, como es el caso presente, fisura esa convicción al imponer reglas y normas que suscitan procedimientos judiciales, sin que previamente se posibiliten instancias de resolución de la conflictividad prejudiciales, afecta a la seguridad jurídica por la supresión del principio de armonía social, como ya ha sido explicado.*
>
> *En conclusión, el párrafo segundo del art. 7 del DS 26722* (sic), *al negar a la gestión de cobro cualidad prejudicial y su carácter necesario para realizar cobros de adeudos a la seguridad social, sustrae a los ciudadanos de la vía prejudicial obligatoria que permita materializar el principio de armonía social, de ese modo*

lesiona este axioma así como la seguridad jurídica, ambos principios constitucionales proclamados por las normas del art. 178.1 de la CPE.

Una vez concluida la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 7 del DS 26722 (sic), *es ineludible la aplicación de las normas del art. 108 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que disponen la obligación de declarar la inconstitucionalidad de normas conexas o concordantes con la denunciada de ser contraria al texto constitucional, ya que en el caso presente, se ha identificado a las normas del art. 109 párrafo tercero de la Ley de Pensiones; cuyo mandato es similar al demandado de inconstitucionalidad al disponer: La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesario* (sic) *para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social; por lo que también deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, en defensa del orden constitucional.*"

Que en ese sentido el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2008/2012 de 12 de octubre de 2012, resuelve:

"1° DECLARAR INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 7 DEL DS 25722 DE 31 DE MARZO DE 2000, EN EL PÁRRAFO QUE DISPONE LO SIGUIENTE:

La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.

2° DECLARAR INCONSTITUCIONAL POR CONCORDANCIA EL ARTÍCULO 109 PÁRRAFO TERCERO DE LA LEY DE PENSIONES, QUE DISPONE LO SIGUIENTE:

La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesaria para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social".

Que en el presente caso, lo mencionado por la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2008/2012 de 12 de octubre de 2012, establece la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el párrafo tercero del artículo 109 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.

Que dicha sentencia no puede ser desconocida por ninguna instancia, en virtud de que los derechos fundamentales constituyen una barrera infranqueable; por lo que la misma tiene el carácter de una decisión jurídica firme y adquiere la calidad de cosa juzgada formal y material, teniendo efecto obligatorio y carácter vinculante.

Que por tanto, la Constitución Política del Estado reconoce el efecto erga omnes de las sentencias constitucionales que declaren la inconstitucionalidad de una ley y a todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho.

Que asimismo la Constitución Política del Estado manifiesta que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior, por lo que la

misma constituye jurisprudencia y tiene carácter vinculante para los órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares, buscando garantizar los derechos y garantías constitucionales de las personas y controlar el poder de la autoridad pública.

Que el artículo 197 de la Ley N° 065, establece que el Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización, reglamentarán y regularán la mencionada Ley en el marco de su competencia.

Que en virtud a lo señalado precedentemente, es necesario contar con normativa regulatoria que establezca la Gestión Administrativa de Cobro que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones, en el Sistema Integral de Pensiones…"

La Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones - SIP, a la que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 (Anexo I), es la que se transcribe a continuación:

"…***NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO EN EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES – SIP***

ARTÍCULO 1. (OBJETO).- *La norma general detallada a continuación, tiene por objeto establecer la Gestión Administrativa de Cobro - GAC que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP).*

ARTÍCULO 2. (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA PREVISIONAL).- *Las definiciones y la terminología establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y disposiciones reglamentarias, son de aplicación al presente reglamento.*

ARTÍCULO 3. (PLAZO PARA LA IDENTIFICACIÓN DE CONTRIBUCIONES EN MORA).- *La AFP deberá identificar la mora en el plazo máximo de diez (10) días calendario computables a partir de vencido el plazo para la Acreditación, determinado en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011.*

ARTÍCULO 4. (DEPURACIÓN DE CONTRIBUCIONES EN MORA).- *Dentro del plazo de quince (15) días calendario computables a partir de la Identificación de la Mora, la AFP deberá proceder a su depuración, de forma previa al envío de la comunicación Escrita al Empleador, señalada en el artículo siguiente.*

ARTÍCULO 5. (PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO).- *I. Vencido el plazo para la Depuración de Contribuciones en Mora señalado en el artículo precedente, la AFP deberá aplicar el Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro el cual contendrá las siguientes actividades de cumplimiento obligatorio:*

a) Envío de una Comunicación Escrita al Empleador, en adelante GE, en el plazo de diez (10) días calendario de depurada la Mora, en la que se informará los conceptos adeudados, para que el Empleador concurra a las oficinas de la AFP a efecto de presentar sus descargos y/o efectuar el pago del monto adeudado, comunicando que caso contrario se efectuará la publicación en un medio de prensa escrito de

circulación nacional con los datos del representante legal del Empleador y se iniciarán las acciones legales que correspondan.

b) El domingo más próximo al día treinta y cinco (35) posterior al vencimiento del plazo para el envío de la GE, la AFP deberá publicar en su página Web y en un medio de prensa escrito de circulación nacional, el listado de los Empleadores que hasta cinco (5) días calendario previos a la publicación no hubieren regularizado su mora con la Seguridad Social de Largo Plazo.

La publicación en un medio escrito de circulación nacional, se constituirá en comunicación o notificación del adeudo al Empleador, para que se apersone a las oficinas de la AFP a regularizar su situación bajo conminatoria de iniciar acciones judiciales para la recuperación de la mora.

II. Las gestiones señaladas en los incisos a) y b) del presente artículo no tienen carácter restrictivo para la AFP, pudiendo ésta realizar cuantas gestiones considere necesarias a fin de optimizar la recuperación de la mora, dentro del marco del cuidado exigible a un buen padre de familia, antes de vencido el plazo para la publicación. Tomando en cuenta que la GAC no podrá tener una duración mayor a ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora.

III. El esquema de los plazos establecidos para la Gestión de Cobro, se encuentra diagramado en el ***Anexo II*** *de la presente Resolución Administrativa.*

ARTÍCULO 6. (PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO PARA FCA).- *I. Si algún Asegurado presentase, a través de un Formulario de Conformidad de Aportes - FCA, documentación que pruebe contrariedad en su Tramo Laboral, la AFP deberá realizar las siguientes gestiones:*

a) Cada primero y cada quince de mes o día hábil posterior, se deberán acumular todos los FCA recibidos en los quince días previos, procesando los mismos con la verificación de Contribuciones en Rezagos y la verificación de aportes en la otra AFP (con respuesta escrita de la misma que confirme la existencia o inexistencia de aportes considerando el periodo de cotización en mora, el Empleador y el monto), en el plazo de diez (10) días calendario, efectivizando la mora hasta el día 10.

b) Una vez efectivizada la mora, la AFP deberá proceder al envío de una Comunicación Escrita al Empleador, en adelante GE-FCA, en el plazo de cinco (5) días calendario de efectivizada la mora, en la que se comunicará los conceptos Adeudados; otorgándole un plazo de cinco (5) días calendario para que el Empleador efectúe el pago de los mismos, bajo conminatoria de iniciar las acciones judiciales correspondientes.

c) Vencido el plazo de cinco (5) días calendario de enviada la GE-FCA sin que los Empleadores hubiesen pagado el total de su Mora, la AFP deberán publicar en su página Web y en ***un medio de prensa escrito de circulación nacional*** *el listado de los mismos.*

La publicación en medio escrito de circulación nacional, constituirá una comunicación o notificación del adeudo al Empleador, para que se constituya en las oficinas de la AFP a fin de regularizar su situación, dentro del plazo máximo de cinco (5) días calendario, computables a partir de la publicación.

d) Vencido el plazo de cinco (5) días calendario de efectuada la publicación, sin que el Empleador hubiese pagado el total de su mora, la AFP deberá iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes.

e) Se entenderá por concluida la Gestión Administrativa de Cobro, una vez que haya vencido el plazo de la publicación, y a partir del mismo, corresponde la obligación legal de la Gestión Judicial de Cobro.

II. El esquema de los plazos establecidos para la Gestión de Cobro, se encuentra diagramado en el ***Anexo III*** *de la presente Resolución Administrativa.*

ARTÍCULO 7. (PROCEDIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA AL EMPLEADOR).- I. *Las comunicaciones escritas serán remitidas al domicilio legal del Empleador o al que éste hubiere señalado en el último Formulario de Inscripción del Empleador y/o en el último Formulario de Pago de Contribuciones presentado por el mismo, entregando la nota en dicha dirección.*

Las comunicaciones escritas necesariamente deberán contener la constancia de recepción que comprenderá el lugar, fecha y hora de recepción, firma del receptor y el funcionario de la AFP que realizó el acto o persona designada (Courier).

II. En el supuesto que el Empleador se rehusare, negare o rechazare la recepción de la comunicación escrita, se hará constar en la copia original. Pese a la negativa de recepción, el encargado de la AFP o persona designada dejará una copia de la misma.

III. En el caso de que el Empleador no fuere encontrado en su domicilio, el encargado de la AFP o persona designada, hará constar la circunstancia anotada, no obstante, dejará una copia.

IV. Cuando el Empleador haya cambiado de domicilio, y no haya comunicado oportunamente a la AFP, impidiendo la entrega de la comunicación escrita por desconocimiento de nuevo domicilio, el encargado de la AFP o persona designada, hará constar dicho extremo.

V. Cualquier contingencia o suceso de exclusiva responsabilidad del Empleador, que imposibilite o impida la entrega de la comunicación escrita, deberá constar con indicación de lugar, fecha y hora, firmando el encargado de la AFP o persona designada.

ARTÍCULO 8. (CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA AL EMPLEADOR).- *I. El contenido de las cartas de comunicación escrita al Empleador deberá ser consensuado entre ambas AFP y remitido a la APS en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, para su consideración y si correspondiese su aprobación mediante Circular.*

II. Las modificaciones a las Cartas de Comunicación escrita serán aprobadas mediante Circular.

ARTÍCULO 9. (CONTENIDO DE LA PUBLICACIÓN).- *I. El contenido y formato de la publicación, deberá ser consensuado entre ambas AFP y remitido a la APS en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, para ser aprobado por la APS mediante Circular, conforme a las modificaciones que se consideren necesarias.*

II. Las modificaciones al contenido y formato de la publicación serán aprobadas mediante Circular.

ARTÍCULO 10. (ALCANCE DE LAS COMUNICACIONES ESCRITAS Y PUBLICACIÓN).- I. *Las comunicaciones escritas con sello de recepción y las publicaciones referidas en la presente norma regulatoria, podrán ser consideradas indistintamente y/o de forma conjunta como documentos probatorios de la realización de la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones.*

II. En caso de que las comunicaciones escritas no hubiesen sido recibidas por el Empleador en mora, la copia simple de la publicación será válida, legal y suficiente, para comprobar la existencia de la Gestión Administrativa de Cobro, para fines procesales.

ARTÍCULO 11. (COMUNICACIÓN A LOS EMPLEADORES).- *I. Se instruye a la AFP, efectuar al menos una (1) publicación, el primer y el segundo domingo posterior a la notificación con la presente Resolución Administrativa, considerando lo dispuesto en los artículos CUARTO, QUINTO y SEXTO precedentes.*

II. En el plazo de 30 días calendario de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá contar con el correspondiente material informativo sobre los artículos señalados en el parágrafo precedente; en su página web, en todas sus oficinas y puntos de atención.

ARTÍCULO 12. (RESGUARDO DE DOCUMENTACIÓN).- *La AFP deberá resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los respectivos expedientes de los Empleadores y estar a disposición de la APS cuando ésta lo requiera.*

ARTÍCULO 13. (DE LA OBLIGACIÓN DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO). *I. La AFP deberá obligatoriamente llevar adelante la Gestión Administrativa de Cobro, previo al inicio de la Gestión Judicial de Cobro.*

II. En los casos que se hubieran iniciado acciones judiciales en contra del Empleador o Aportante Nacional Solidario en mora, por el vencimiento de nuevos períodos, no habrá la necesidad u obligatoriedad de la Gestión Administrativa de Cobro por estos nuevos periodos vencidos.

ARTÍCULO 14. (DISPOSICIONES ADICIONALES).-

PRIMERA. PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO PARA CASOS ESPECIALES.- *Se determina la obligación para seguir un proceso de Gestión Administrativa de Cobro abreviado para casos especiales, mismos que serán*

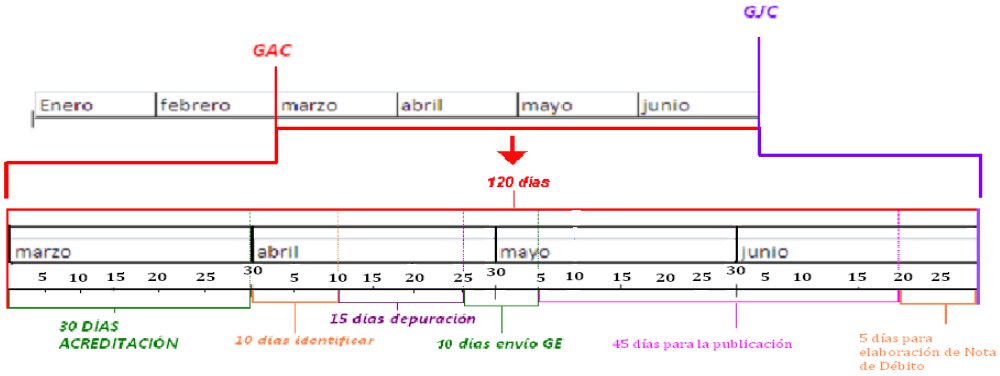
determinados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS mediante Circular.

SEGUNDA. GESTIONES EQUIVALENTES A GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO A EFECTOS JUDICIALES.- *A efectos judiciales, cualquiera de los siguientes documentos podrán ser considerados como Gestión Administrativa de Cobro:*

1. *Copia de la Comunicación Escrita al Empleador GE.*
2. *Copia de la Comunicación Escrita al Empleador GE- FCA.*
3. *Copia de la "Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo" aprobada mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013.*
4. *Copia del Formulario de Efectivización de Mora con la firma del Empleador.*
5. *Copia del Convenio de Pago firmado por el Empleador con la AFP.*
6. *Copia de las publicaciones efectuadas por las AFP en un medio de prensa escrito de circulación nacional.*
7. *Otro documento que demuestre que el Empleador tomó conocimiento de su mora con la Seguridad Social de Largo Plazo previo al inicio de la Gestión Judicial de Cobro.*

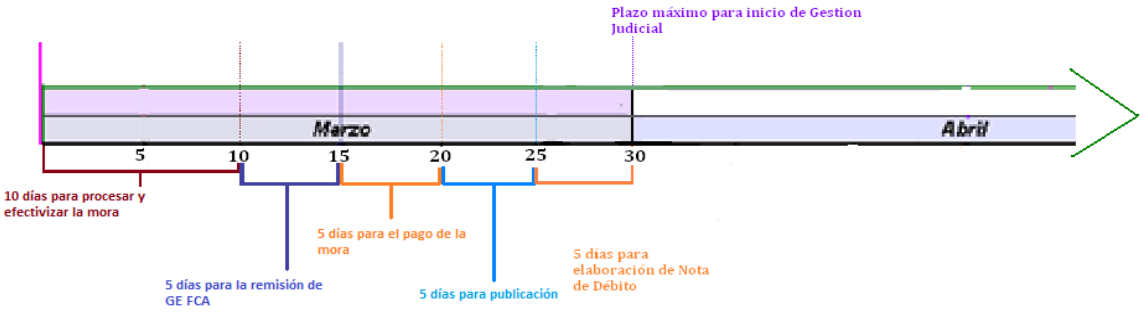
Anexo II

Gestión Administrativa de Cobro 120 DÍAS



Anexo III

GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO FORMULARIOS DE CONFORMIDAD DE APORTES



..."

2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

2.1. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).-

Por memorial presentado el 16 de diciembre de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***I. ANTECEDENTES:***

La Sentencia Constitucional Plurinacional Nº 2008/2012 de 12 de octubre de 2012 ha determinado declarar la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de-marzo de 2000 y por concordancia el artículo 109, párrafo tercero de la Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, ambos referidos a que "La gestión administrativa de cobro no será considerada una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social"; y como efecto de ello, su Autoridad ha emitido dentro del ámbito de sus atribuciones y competencias la regulación denominada: "Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones-SIP".

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El procedimiento aprobado mediante (sic) *por la R.A. y cuyas disposiciones se encuentran en el Anexo no contempla aspectos de orden técnico y legal que a continuación se exponen.*

1. ***Artículo 1. (Objeto) del Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013.-*** *El referido artículo refiere* (sic) *que "La norma general detallada a continuación, tiene por objeto establecer la Gestión Administrativa de Cobro - GAC que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP).*

   La referida redacción omite deliberadamente el hecho de que la entidad llamada por Ley para efectuar las gestiones de cobranza, sea administrativa o judicial, es la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; y que por el imperio del artículo 177 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, las AFP realizan dichas actividades de manera transitoria, por lo que la reglamentación emitida por su Autoridad debe efectuarse para la entidad que corresponda y transitoriamente para las AFP.

2. ***Artículo 5. (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro) del Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013.-*** *La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1082-2013, en su Anexo I, Articulo* (sic) *5, (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro), parágrafo I, menciona entre las actividades de cumplimiento obligatorio: "a) Envío de una Comunicación Escrita al Empleador, en adelante GE, en el plazo de diez (10) días calendario de depurada la Mora, en la que se informará los conceptos adeudados, para que el Empleador concurra a las oficinas de la AFP a efecto de presentar sus descargos y/o efectuar el pago del monto adeudado,* ***comunicando que caso***

contrario se efectuara (sic) ***la publicación en un medio de prensa escrito de circulación nacional con los datos del <u>representante legal del Empleador</u> y se iniciaran las acciones legales que correspondan"*** *(las negrillas y subrayado son nuestros).*

Al respecto, es necesario recordar a su Autoridad, que conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, "...el Formulario de Inscripción del Empleador al SSO, adquiere la calidad de declaración jurada del representante legal, quien libre y expresamente declara que son válidos los datos consignados en dicho Formulario al momento de su suscripción.

El empleador deberá hacer conocer a la AFP cualquiera de los siguientes eventos en el término máximo de siete (7) días hábiles de ocurridos los mismos:

a) Cambio de propietario de la empresa o transferencia, fusión, disolución o transformación de la sociedad.
b) Cambio de denominación o razón social.
c) Cambio de domicilio de la empresa.
d) Cambio de representante legal"

*La disposición normativa previamente anotada, es concordante con lo señalado por el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 29537, por el cual se establece que "**Todo Empleador se encuentra <u>obligado</u> a llenar, firmar y presentar al Ente Gestor del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, el Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, <u>a través de su Representante Legal, adjuntando para tal efecto el Testimonio del Poder que acredite su representación, cuando corresponda</u>.***

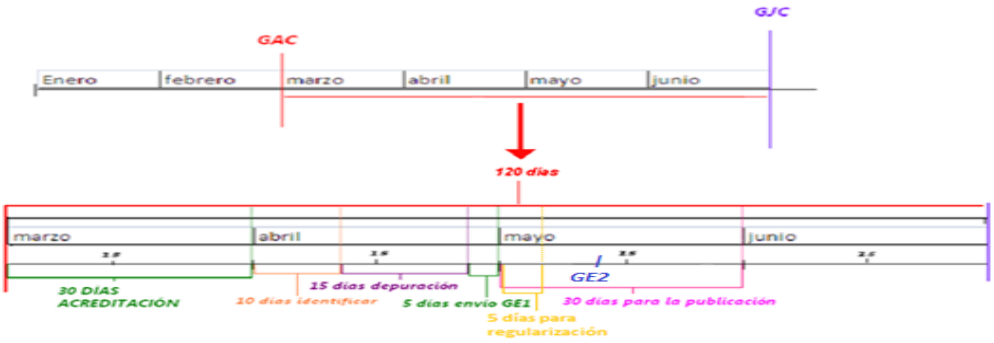
<u>El Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo tendrá calidad de Declaración Jurada, por tanto los datos consignados en dicho documento se considerarán como válidos y correctos para todos los efectos legales, y en especial para el inicio y prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales.</u>", *(las negrillas y subrayado son nuestros).*

Como efecto de la promulgación de la Ley N° 065 de Pensiones de fecha 10 de diciembre de 2010, y del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora aprobado mediante Decreto Supremo 778 de 26 de enero de 2011 por el cual se determina el inicio y prosecución de los Procesos Coactivos de la Seguridad Social y el Proceso Penal por apropiación indebida de aportes; consideramos que al realizar una publicación en un medio de prensa escrito con los datos del representante legal del Empleador, aún (sic) *cuando cabe la posibilidad de que estos datos no hayan sido actualizados por el mismo, expone hoy a las AFP en su rol transitorio; y mañana a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo a que, dicha situación pueda ser utilizada por el Empleador **para alegar vulneración del derecho a la defensa, retardar el proceso o incluso la nulidad de lo actuado procesalmente.** Por lo expuesto, consideramos peligrosa e innecesaria la publicación de dicho dato, debiendo solamente consignarse como datos que identifiquen al Empleador en Mora, los siguientes: Ciudad, Tipo de Identificación, N° de Identificación, Razón Social, Rotulo* (sic) *Comercial, Periodos Adeudados y Total Monto Adeudado. Respecto a lo*

señalado en el mismo artículo 5, en su parágrafo II, con relación a las gestiones que las AFP pueden realizar, donde menciona "Las gestiones señaladas en los incisos a) y b) del presente artículo no tienen carácter restrictivo para la AFP, ***pudiendo esta realizar cuantas gestiones considere necesarias a fin de optimizar la recuperación de la mora, dentro del marco del cuidado exigible a un buen padre de familia, antes de vencido el plazo para la publicación."*** *(las negrillas son nuestras). Consideramos que la normativa, no debería dar la opción a realizar o no una gestión, sino que la misma debería cerrar el ciclo de la gestión de cobro, esto de acuerdo a lo señalado en el mismo artículo y numeral"* ***Tomando en cuenta que la GAC no podrá tener una duración mayor a ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyo*** (sic) ***en mora",*** *(las negrillas son nuestras).*

Asimismo, y dada la amplitud de los alcances del resuelve Cuarto de la Resolución Administrativa que se recurre, por la cual "Se deja sin efecto las disposiciones contrarias a la presente Resolución" es pertinente que su Autoridad, aclare la vigencia de la Comunicación Escrita GE2 normada en la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de fecha 23 de junio de 2000, considerando que de acuerdo al Art. Quinto del (sic) *(Procedimiento de cobro y de aclaración de la presunción de mora), esta comunicación escrita se habría generado, con la finalidad de reiterar lo informado en la primera comunicación y conminar la Regularización de la deuda, como una gestión más que permita al Empleador presentar documentación y/o remitir copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunción de mora o descartarla, gestión que de acuerdo a la normativa señalada precedentemente, debía realizarse obligatoriamente. Sin embargo, la misma entendemos no sería considerada en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013, situación, que no consideramos apropiada, toda vez que existe el tiempo necesario para continuar con la comunicación de la misma, la cual reiteraría la conminatoria de cobro y aviso de publicación.*

Así también, la comunicación escrita GE2, nos ayudará a disminuir la cantidad de empleadores a ser publicados por falta de regularización de su mora situación que minimizará el riesgo para la Gestora y para el mismo Sistema, debido a que el Empleador podría alegar vulneración del derecho a la defensa, retardar el proceso o incluso la nulidad de lo actuado con posterioridad, debido a que solo debería publicarse a todos aquellos Empleadores que no fueron efectivamente notificados (R2 a R5), con nota GE2; a continuación detallamos el esquema con la inclusión de la comunicación escrita GE2.



Por otro lado, con relación al Art.7 (Procedimiento de la Comunicación escrita al Empleador), es necesario aclarar a su Autoridad, que las comunicaciones escritas NO entregadas, necesariamente deberán contener fecha y sello de Courier, las mismas según (sic) *casuísticas tendrán los siguientes resultados: R2=La Dirección Declarada es Inexistente, R3=Empleador rechaza la recepción de la carta de cobro, R4=Empleador existe en la dirección declarada, pero oficinas* (sic) *cerrada, R5=Empleador no Existe en la dirección Declarada, por lo que consideramos que la publicación no debe realizarse para aquellas comunicaciones escritas que consignan una respuesta igual a R1 (Nota entregada que certifica la notificación), debido a que fueron recepcionadas por el Empleador y por lo tanto se cuenta con el documento probatorio suficiente y necesario, que nos permitirá comprobar la existencia de la Gestión Administrativa de Cobro, para los fines procesales correspondientes, además es importante aclarar que la publicación tiene la finalidad de dar por notificado al Empleador, situación que, se cumple al 100% con la notificación de la comunicación escrita que tiene como resultado R1 (Notificación que cuenta con firma y/o sello del Empleador, nombre del que recibió la misma y fecha).*

Finalmente, consideramos que es válida la comunicación de mora efectuada por Certificaciones de No Adeudo - Con Mora, y las cartas de cobro que sean remitidas por la AFP al Empleador, por lo que las mismas deberían ser incluidas en la norma ahora recurrida.

3. ***Artículo 6. (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro para FCA) del Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/Nº*** (sic)***.-*** *El Artículo señala que:* ***"a) Cada primero y cada quince de mes o día hábil posterior, se deberán acumular todos los FCA recibidos en los quince días previos, procesando los mismos con la verificación de Contribuciones en Rezagos y la verificación de aportes en la otra AFP (con respuesta escrita de la misma que confirme la existencia o inexistencia de aportes considerando el periodo de cotización en mora, el Empleador y el monto), en el plazo de diez (10) días calendario, efectivizando la mora hasta el día 10.****", al respecto, consideramos que todos los FCA recibidos al 30 del mes anterior, deben ser procesados y efectivizados hasta el día 10 del mes o día hábil posterior, y proceder al envío de la Comunicación Escrita GE-FCA, de acuerdo y en concordancia a los plazos dispuestos, en el Art. 109 de la Ley 065 de Pensiones, el cual establece* ***"La Gestión Administrativa de Cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que se constituyo*** (sic) ***en mora.", y Art. 22 del Decreto Supremo 778, el cual señala "El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por la mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que este se constituyo*** (sic) ***en mora...****", por lo que el aplicar los plazos señalados para la gestión de cobro para FCA de la Resolución Administrativa ahora recurrida, resulta en contravención de los plazos establecidos en la propia Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011…"*

2.2. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.).-

Por el memorial presentado el 17 de diciembre de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***iii*** (sic)***.- FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN***.

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082/2013 en sus Artículos 5, 6, 12 dispone:

"Artículo 5 (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro). *i.*(sic) *Vencido el plazo para la Depuración de Contribuciones en Mora señalado en el artículo precedente, la AFP deberá aplicar el Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro el cual contendrá las siguientes actividades de cumplimiento obligatorio:*

a) Envío de una Comunicación Escrita al Empleador, en adelante GE, en el plazo de diez (10) días calendario de depurada la Mora, en la que se informará los conceptos adeudados, para que el Empleador concurra a las oficinas de la AFP a efecto de presentar sus descargos y/o efectuar el pago del monto adeudado, comunicando que caso contrario se efectuará la publicación en un medio de prensa escrito de circulación nacional con los datos del representante legal del Empleador y se iniciarán las acciones legales que correspondan.
b) El domingo más próximo al día treinta y cinco (35) posterior al vencimiento de plazo para el envío de la GE, la AFP deberá publicar en su página Web y en un medio de prensa escrito de circulación nacional, el listado de los Empleadores que hasta cinco (5) días calendario previstos a la publicación no hubieren regularizado su mora con la Seguridad Social de Largo Plazo.
La publicación en un medio escrito de circulación nacional, se constituirá en comunicación o notificación del adeudo al Empleador, para que se apersone a las oficinas de la AFP a regularizar su situación bajo conminatoria de iniciar acciones judiciales para la representación de la mora"

1. *El citado Artículo dispone que la AFP debe publicar la nómina de Empleadores que no regularizaron la mora a la Seguridad Social, hasta cinco días antes de la publicación y conforme dispone el Inciso a), la publicación se incluirá los datos del representante legal del Empleador.*
2. *La Base de Datos del Empleador que administra esta AFP no se encuentra actualizada con los datos de los representantes legales de los Empleadores, en razón a que éstos no cumplen el deber jurídico de actualizar su información a través del Formulario de Inscripción del Empleador.*
3. *Si bien es cierto que la información contenida en el Formulario de Inscripción del Empleador se constituye en una Declaración Jurada y se considera válida y correcta para todos los efectos legales de la Seguridad Social de Largo Plazo, la publicación de los nombres y documentos de identificación de los representantes legales, que a esa fecha no desempeñen esas funciones, traerá reclamaciones escritas y verbales de los ex representantes legales pidiendo la actualización de los datos del*

Empleador, actualización que no podrá realizarse por falta de documentación que acredite al nuevo representante legal,

4. *Asimismo, el Empleador podrá alegar que el proceso de gestión de cobro no ha sido realizado correctamente porque se ha publicado el nombre de una persona que a la fecha no es su representante legal y la misma será objeto de los diferentes recursos que otorga la normativa procesal hasta llegar a la nulidad de la gestión de cobro administrativo en virtud a una indefensión amparada en los razonamientos establecidos en la Sentencia Constitucional N° 2008/2012 de 12 de octubre de 2012.*
5. *Por lo expuesto, consideramos que la parte final del inciso a) del Artículo 5 de la Resolución Administrativa impugnada, debe ser modificada en el siguiente sentido "... caso contrario se efectuará la publicación en un medio de prensa escrito de circulación nacional con los datos del Empleador y se iniciarán las acciones legales que correspondan".*

El Artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082/2013 establece un "Procedimiento de Gestión Administrativo de Cobro para FCA", en el que la gestión se reduce a un total de 20 días calendario a partir de la efectivización de la mora, es decir, que la AFP tiene un total de quince días hábiles administrativos para la remisión de GE FCA y la publicación de los Empleadores que no paguen las Contribuciones en Mora.

1. *El establecimiento de plazos distintos y únicos para realizar el Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro para FCA, afecta a las aplicaciones informáticas con las que se genera deuda para las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, creando complicaciones técnicas a la hora de procesar esta información, en virtud a que nuestra aplicación informática está automatizada y realiza una actualización mensual.*
2. *La generación de deuda para los FCA en fechas distintas a las ya establecidas para las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, nos obligará a que durante el mes nos dediquemos únicamente a emitir Cartas de Cobro y Publicaciones, siendo que la tarea más efectiva es la gestión directa ante el Empleador.*
3. *En las diferentes consultas de la APS a esta AFP con referencia a la gestión de cobro administrativa, siempre se manifestó y solicitó que en casos de procesos especiales se unifique la gestión de cobro administrativa con los procesos normales que actualmente tenemos, en cuanto emisión de carta de cobro y Publicación, para que ambos procesos se realicen en la misma fecha.*
4. *El plazo para el inicio del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, vence el mismo mes de que se efectiviza la mora, sin tomar en cuenta los recaudos que la AFP debe tomar en consideración para el iniciar del Proceso Judicial, como ser el tiempo que implica desde la elaboración de la liquidación, la elaboración de la Nota de Débito, la elaboración de la Demanda, el envío a las Oficina Regionales de los documentos necesarios para su presentación ante el Órgano Judicial, aspectos que son importantes y deben de ser considerados en la regulación de estas actividades.*
5. *Por lo expuesto, consideramos que el plazo de 20 días para la realización de la Cobranza Administrativa de Cobro de FCA y a partir del día 21 para el inicio de las acciones judiciales, son insuficientes, peor aún si considerando el diagrama establecido en el Anexo III de la RA 1082-2013 establece que una vez vence el plazo*

para la Publicación de la deuda se tiene solo 5 días calendario para ingresar la demanda.

El articulo (sic) *12 (Resguardo de Documentación) establece que la AFP deberá resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los respectivos expedientes de los Empleadores y estar a disposición de la APS cuando ésta lo requiera.*

Al respecto y para evitar cualquier tipo de mala interpretación es necesario que se aclare cuando se debe abrir un expediente del Empleador ya que por la cantidad de casos que generan deuda, solo se debe abrir un expediente para el empleador cuando este ingresa a la Gestión de Cobro Judicial.

Por lo expuesto consideramos que se debe modificar el artículo 12 (Resguardo de Documentación) de la siguiente manera: "La AFP deberá resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los respectivos expedientes de los Empleadores cuando éste ingrese a Gestión de Cobro Judicial y estar a disposición de la APS cuando ésta lo requiera…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 DE 15 DE ENERO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de 15 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Confirmar Parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, modificándose de acuerdo a lo siguiente:*

a) Se modifica lo resuelto en el CUARTO de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, conforme a lo siguiente:

"CUARTO.- *Se deja sin efecto el Artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000 y la modificación prevista en el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No.935 de 01 de septiembre de 2006."*

b) Se modifica el ARTÍCULO 1, del Anexo I, aprobado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, conforme a lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. (OBJETO).- *La norma general detallada a continuación, tiene por objeto establecer la Gestión Administrativa de Cobro - GAC que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones durante el periodo de transición, en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)."*

SEGUNDO.- *Se ratifican los ARTÍCULOS 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Anexo I, el Anexo II y el Anexo III, aprobados mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que en función a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia SA. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. en los Recursos de Revocatoria, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros **(APS),** emite el pronunciamiento correspondiente:*

*Análisis de los fundamentos expuestos por **Futuro de Bolivia S.A:***

- *Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el memorial presentado en fecha 17 de diciembre de 2013, en su **fundamento 1** del recurso, con relación al artículo 1 **(Objeto)** del Anexo I de la norma administrativa impugnada, manifiesta lo siguiente: "La referida redacción omite deliberadamente el hecho de que la entidad llamada por Ley para efectuar las gestiones de cobranza, sea administrativa o judicial, es la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; y que por el imperio del artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, las AFP realizan dichas actividades de manera transitoria, por lo que la reglamentación emitida por su Autoridad debe efectuarse para la entidad que corresponda y transitoriamente para las AFP".*

  Al respecto, no existe la "omisión deliberada" como señala maliciosamente la Administradora ya que la R.A. 1082-2013 en su segundo Considerando invoca el artículo 177 de la Ley N° 065, que señala: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la presente Ley (N° 065 de 10 de diciembre de 2010) y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición...". (El subrayado es nuestro)

  En ese ámbito legal, es claro que la Gestión Administrativa de Cobro que establece el artículo 109 de la Ley N° 065, en el periodo de transición, es una labor que debe efectuar obligatoriamente la Administradora, por ello, en su cumplimiento y atendiendo lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley de Pensiones se dicta la R.A. 1082-2013, que aprueba el procedimiento "Norma General Para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones - SIP", que conforme establece su Anexo I, Artículo 1, "tiene por objeto establecer la Gestión Administrativa de Cobro-GAC que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)".

  No obstante, para evitar interpretaciones erróneas que no corresponden, es menester, insertar al artículo 1 (Objeto) de la R.A. 1082-2013, que la "Gestión Administrativa de Cobro" es una actividad que les corresponde a las AFP de manera transitoria en aplicación del artículo 177 de la Ley N° 065.

- *La Administradora, en su **fundamento 2** de su memorial, respecto al artículo 5 **(Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro)** parágrafo I de la R.A. 1082-2013, invocando los artículos 16 y 2 de los Decretos Supremos N° 27324 y 29537 respectivamente, menciona: "...consideramos peligrosa e innecesaria la publicación de dicho dato, debiendo solamente consignarse como datos que identifiquen al Empleador en mora, los siguientes: Ciudad, Tipo de Identificación, N° de Identificación, Razón Social,...". Asimismo, con relación al parágrafo II del artículo 5 de la R.A. 1082-2013 señala: "Consideramos que la normativa, no debería dar la opción a realizar o no una gestión, sino que la misma debería cerrar el ciclo de la gestión...".*

  El artículo 5 parágrafo I literal a) de la R.A. 1082-2013, expresa claramente lo siguiente: "a) Envío de una Comunicación Escrita al Empleador, en adelante GE, en el plazo de diez (10) días calendario de depurada la Mora, en la que se informará los conceptos adeudados, para que el Empleador concurra a las oficinas de la AFP a efecto de presentar sus descargos y/o efectuar el pago del monto adeudado, comunicando que caso contrario se efectuará la publicación en un medio de prensa escrito de circulación nacional con los datos del representante legal del Empleador y se iniciarán las acciones legales que correspondan".

  En el fondo, la AFP observa el contenido de la "Comunicación Escrita al Empleador (GE)", entendiendo que no debería publicarse los datos del representante legal en mora siendo según el regulado "peligrosa e innecesaria".

  Al respecto, la "Comunicación Escrita al Empleador (GE)" como expresa su nombre se trata de un comunicado o aviso que anuncia o informa al Empleador los conceptos adeudados para que concurra a las oficinas de las AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, comunicación (GE) que a la vez advierte al Empleador que de no presentarse a regularizar su situación se efectuará posteriormente una comunicación de la mora a través de una publicación; es decir, se le comunicará del adeudo a través de un medio de prensa escrito de circulación nacional, concluyendo con la Gestión Administrativa de Cobro y dando inicio a la Gestión Judicial de Cobro mediante acciones legales.

  El advertir al Empleador en la GE o "Comunicación Escrita al Empleador" que se efectuará una publicación en un medio de prensa escrito, comunicando la mora, en el caso de que no concurra a las oficinas de la AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, de ninguna manera puede considerarse como un hecho "peligroso e innecesario" como erróneamente sostiene el regulado, tampoco como un hecho que vulnere el derecho a la defensa o retarde o anule un proceso judicial en curso, tratándose de una apreciación totalmente subjetiva que no cuenta con respaldo alguno.

  El indicar o señalar en la GE que se le comunicará posteriormente mediante publicación en un medio de prensa escrito de la mora y que se iniciarán las acciones legales contra el Empleador que no concurra a las oficinas de la AFP a objeto de

presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, no puede considerarse como un acto ilegal o irregular, todo lo contrario, se trata de una advertencia, previniendo al Empleador de que cumpla con su obligación de aclarar la mora y/o cancelar la misma; consecuentemente, la "falta de actualización de datos del Empleador" no puede invocarse como un motivo para que la "Comunicación Escrita al Empleador" no contenga dicha advertencia, que tiene como objetivo informar de que acciones se seguirán en caso de que omita con la obligación impuesta de apersonarse ante las oficinas de la AFP dentro del plazo señalado a los fines de aclaración y/o cancelación de lo adeudado.

Asimismo, es importante señalar que la publicación de los datos del representante legal del Empleador tiene por finalidad el identificar con precisión a la persona contra la que se seguirá la acciona (sic) *judicial; contrario sensu, el sólo publicar los datos del Empleador en general conllevaría a no ser precisa la información que se quiere transmitir.*

A su vez, el argumento de la AFP sobre la actualización de los datos de los representantes de los Empleadores, siendo una obligación legal para éstos el hacerlo; sin embargo, no es menos cierto que el regulado por su parte y para llevar una adecuada y diligente gestión de cobranza debe tener identificado a quienes representan o representaron al Empleador.

Con relación al parágrafo II del artículo 5 de la R.A. 1082-2013, establece lo siguiente: "II Las gestiones señaladas en los incisos a) y b) del presente artículo no tienen carácter restrictivo para la AFP, pudiendo ésta realizar cuantas gestiones considere necesarias a fin de optimizar la recuperación de la mora, dentro del marco del cuidado exigible a un buen padre de familia, antes de vencido el plazo para la publicación. Tomando en cuenta que la GAC no podrá tener una duración mayor a ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora".

Es menester recordar que la norma administrativa fue consensuada con ambas Administradoras, no obstante de ello, ahora es motivo de impugnación, y en cuanto se refiere al parágrafo II del artículo 5 de la R.A. 1082-2013, la misma precisamente a pedido de las AFP da la opción de realizar gestiones adicionales que estime necesarias; empero, no podrán sobrepasar el plazo máximo los ciento veinte (120) días calendario de la Gestión Administrativa de Cobro, acorde con lo establecido en el artículo 109 de la Ley N° 065.

Es importante recordar a Futuro de Bolivia S.A. AFP que la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones-SIP, R.A. 1082-2013, en su Anexo I, artículo 5 parágrafo I, en cuanto a las "gestiones señaladas en los incisos a) y b)" no exige ni demanda la emisión de una segunda Comunicación (directa) Escrita al Empleador, tampoco obliga a una segunda comunicación mediante publicación, sin embargo, podrá efectuarlas si así considera conveniente para uno o varios casos atendiendo las necesidades para la resolución del conflicto en la vía administrativa previa a la judicial, reiterando que esta no podrá ser superior a

los ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora.

Al respecto, es importante aclarar a Futuro de Bolivia S.A. AFP que la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones - SIP no obliga a la emisión de una segunda comunicación escrita remitida directamente al Empleador, en consideración a que el objetivo que buscaba la misma, que al decir de la AFP consistía en "reiterar lo informado en la primera comunicación y conminar la Regularización de la deuda, como una gestión más que permita al Empleador presentar documentación y/o remitir copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunción de mora o descartarla", será cumplido de forma más efectiva mediante la publicación en medio de prensa escrito de circulación nacional, entendida ésta como una segunda comunicación al Empleador cuya nota (GE) remitida directamente a éste, no ha tenido el efecto que se buscaba, por lo tanto, no hay razón para imponer la obligación de emitir una segunda nota escrita que sea remitida directamente al Empleador que hizo caso omiso de la primera.

Asimismo, se debe aclarar que el hecho de no efectuar una segunda Comunicación Escrita al Empleador, gestión opcional, no podrá ser invocado como vulneración del derecho a la defensa o nulidad de obrados en un eventual proceso judicial, puesto que se debe considerar que existió una primera Comunicación Escrita al Empleador (GE) y una comunicación mediante publicación en medio de prensa escrito de circulación nacional en el supuesto de que no se haya presentado ante la AFP para regularizar la mora o presentar sus descargos.

Es menester precisar, que tanto la Comunicación Escrita al Empleador (GE) como la Comunicación a través de la publicación en un medio de prensa, para que Empleador concurra a la Administradora, son gestiones que responden al fin buscado por el artículo 109 de la Ley N° 065, acorde con el artículo 178 parágrafo I de la Constitución Política del Estado respecto al principio constitucional de "armonía social", puesto que se constituyen en mecanismos de comunicación para que se apersonen a las AFP para resolver el conflicto en la instancia administrativa, previa a la judicial.

Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala: "...con relación al Art.7 (Procedimiento de la Comunicación escrita al Empleador), es necesario aclarar a su Autoridad, que las comunicaciones escritas NO entregadas, necesariamente deberán contener fecha y sello de Courier, las mismas según casuísticas tendrán los siguientes resultados ... por lo que consideramos que la publicación no debe realizarse para aquellas comunicaciones escritas que consignan una respuesta igual a R1 (Nota entregada que certifica la notificación)...".

Al respecto, es importante aclarar que si bien la Gestión Administrativa de Cobro ahora se constituye en una medida prejudicial necesaria para el inicio del Proceso Judicial, la misma no tiene por objeto únicamente demostrar a la autoridad jurisdiccional que se ha notificado al Empleador con su mora, sino y más importante, conminar al Empleador a que efectúe el pago de las Contribuciones en la vía

administrativa, precautelando los derechos de los Asegurados a la Seguridad Social de Largo Plazo.

En ese sentido, las publicaciones, que se constituyen en una segunda comunicación al Empleador de la mora, deben ser efectuadas obligatoriamente, aun cuando se haya efectivizado la GE (nota entregada que certifica la notificación), salvo que ante el primer requerimiento (GE) el Empleador se haya apersonado a la Administradora y haya presentado sus descargos y/o pagado lo adeudado.

Por otro lado, es necesario aclarar que la Comunicación mediante publicación al Empleador, se la debe realizar para todos los casos sin discriminación alguna, considerando que la misma constituye también un mecanismo de garantizar el derecho que tiene el Empleador en mora de poder antes del proceso judicial, gestionar su pago. En ese sentido, el criterio de la AFP de sólo publicar los casos en los cuales no se entregaron las comunicaciones, no es atendible.

Finalmente, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que "...consideramos que es válida la comunicación de mora efectuada por Certificaciones de No Adeudo - Con Mora, y las cartas de cobro que sean remitidas por la AFP al Empleador, por lo que las mismas deberían ser incluidas en la norma ahora recurrida".

De la lectura de la R.A. 1082-2013, se evidencia en su Anexo I, Artículo 14, disposición SEGUNDA (sic) *lo siguiente:*

"SEGUNDA. GESTIONES EQUIVALENTES A GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO A EFECTOS JUDICIALES.- *A efectos judiciales, cualquiera de los siguientes documentos podrán ser considerados como Gestión Administrativa de Cobro:*

1. *Copia de la Comunicación Escrita al Empleador GE.*
2. *Copia de la Comunicación Escrita al Empleador GE- FCA*
3. ***Copia de la "Nota para Empleadores registrados que tienen deuda con la Seguridad Social de Largo Plazo" aprobada mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 929-2013.***
4. *Copia del Formulario de Efectivización de Mora con la firma del Empleador.*
5. *Copia del Convenio de Pago firmado por el Empleador con la AFP.*
6. *Copia de las publicaciones efectuadas por las AFP en un medio de prensa escrito de circulación nacional.*
7. ***Otro documento que demuestre que el Empleador tomó conocimiento de su mora con la Seguridad Social de Largo Plazo previo al inicio de la Gestión Judicial de Cobro."*** *(Las negrillas son nuestras)*

Lo señalado precedentemente, puede evidenciar que lo solicitado o sugerido por la Administradora ha sido tomado en cuenta por la Resolución Administrativa recurrida.

Por último, en cuanto a la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000, que a decir del regulado debe ser aclarada, es menester señalar que la R.A. 1082-2013 implícitamente deja sin efecto los artículos contrarios a ésta; sin embargo, para evitar confusiones o malas interpretaciones es necesario aclarar lo siguiente:

- *Dejar sin efecto el Artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000 y la modificación prevista en el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No.935 de 01 de septiembre de 2006.*

- *La AFP, en su **fundamento 3** del memorial presentado, con relación al artículo 6 de la_R.A. 1082-2013 señala: "...consideramos que todos los FCA recibidos al 30 del mes anterior, deben ser procesados y efectivizados hasta el día 10 del mes o día hábil posterior, y proceder al envío de la Comunicación Escrita GE-FCA, de acuerdo y en concordancia a los plazos dispuestos, en el Art. 109 de la Ley 065 de Pensiones...y artículo 22 del Decreto Supremo 778..., por lo que el aplicar los plazos señalados para la gestión de cobro para FCA de la Resolución Administrativa ahora recurrida, resulta en contravención de los plazos establecidos en la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011".*

  *Lo señalado por el regulado se trata de una afirmación que carece de sustento ya que no ha demostrado materialmente que el Procedimiento de Gestión Administrativo de Cobro señalado en el Anexo I artículo 6 de la R.A. 1082-2013 sobrepase los ciento veinte (120) días calendario establecido en el artículo 109 de la Ley N° 065 que precisa que la Gestión Administrativa de Cobro tendrá un plazo **máximo** de ciento veinte (120) días computables desde que el Empleador se constituyó en mora, quiere decir, que plazos menores a lo establecido no quebrantan la norma de ninguna manera.*

  Asimismo, es importante aclarar (sic) *el objeto del artículo 6, observado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se enmarca en las funciones y atribuciones determinadas por la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, correspondientes de forma transitoria a las Administradoras de Fondos de Pensiones, mismas que se detallan a continuación:*

  "h) Cobrar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, intereses y recargos, sin otorgar condonaciones.
  i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para recuperación de la mora, intereses y recargos.
  j) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados
  v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia."

*Análisis de los fundamentos expuestos por **BBVA Previsión AFP S.A:***

- *BBVA Previsión AFP S.A, en el memorial presentado en fecha 17 de diciembre de 2013, **en su fundamento 1** del recurso, con relación al artículo 5 de la R.A. 1082-2013, señala lo siguiente: "La Base de Datos del Empleador que administra esta AFP no se encuentra actualizada con los datos de los representantes legales de los Empleadores, en razón a que éstos no cumplen el deber jurídico de actualizar su información...". Asimismo, aduce "...el Empleador podrá alegar que el proceso de gestión de cobro no ha sido realizado correctamente porque se ha publicado el*

nombre de una persona que a la fecha no es su representante legal y la misma será objeto de diferentes recursos...".

Al respecto, la "Comunicación Escrita al Empleador (GE)" como indica se trata de un comunicado que anuncia al Empleador los conceptos adeudados para que concurra a las oficinas de las AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, pero además advierte al Empleador que de no presentarse, se efectuará otra comunicación del adeudo a través de una publicación en un medio de prensa escrito y se iniciarán las acciones legales que corresponda (sic).

El hecho de que la Administradora no tenga actualizados los datos de los representantes legales de los Empleadores por incumplir con su obligación de actualizar su información a través del Formulario de Inscripción del Empleador, no es motivo suficiente para que la GE no contenga la referida advertencia de la publicación de la mora en un órgano de prensa de circulación nacional con los datos del representante legal del Empleador.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde sobrecartarnos al análisis realizado para la otra AFP en lo que corresponda.

- *La Administradora, en su* ***fundamento 2*** *de su memorial, con relación al artículo 6 de la R.A. 1082-2013, menciona lo siguiente: "El Artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N°1082/2013, establece un "Procedimiento de Gestión Administrativo de Cobro para FCA", en el que la gestión se reduce a un total de 20 días calendario a partir de la efectivización de la mora, es decir, que la AFP tiene un total de quince días hábiles administrativos para la remisión de GE FCA y la publicación de los Empleadores que no paguen las Contribuciones en Mora.*

  1. *El establecimiento de plazos distintos y únicos para realizar el Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro para FCA, afecta a las aplicaciones informáticas con las que se genera deuda para las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, creando complicaciones técnicas a la hora de procesar esta información, en virtud a que nuestra aplicación informática está automatizada y realiza una actualización mensual.*
  2. *La generación de deuda para los FCA en fechas distintas a las ya establecidas para las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, nos obligará a que durante el mes nos dediquemos únicamente a emitir Cartas de Cobro y Publicaciones, siendo que la tarea más efectiva es la gestión directa ante el Empleador.*
  3. *En las diferentes consultas de la APS a esta AFP con referencia a la gestión de cobro administrativa, siempre se manifestó y solicitó que en casos de procesos especiales se unifique la gestión de cobro administrativa con los procesos normales que actualmente tenemos, en cuanto emisión de carta de cobro y Publicación, para que ambos procesos se realicen en la misma fecha.*
  4. *El plazo para el inicio del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, vence el mismo mes de que se efectiviza la mora, sin tomar en cuenta los recaudos que la AFP debe tomar en consideración para el iniciar del Proceso Judicial, como ser el tiempo que*

implica desde la elaboración de la liquidación, la elaboración de la Nota de Débito, la elaboración de la Demanda, el envío a las Oficina Regionales de los documentos necesarios para su presentación ante el Órgano Judicial, aspectos que son importantes y deben de ser considerados en la regulación de estas actividades.

5. *Por lo expuesto, consideramos que el plazo de 20 días para la realización de la Cobranza Administrativa de Cobro de FCA y a partir del día 21 para el inicio de las acciones judiciales, son insuficientes, peor aún si considerando el diagrama establecido en el Anexo I de la RA 1082-2013 establece que una vez vence*(sic) *el plazo para la Publicación de la deuda se tiene solo 5 días calendario para ingresar la demanda*".

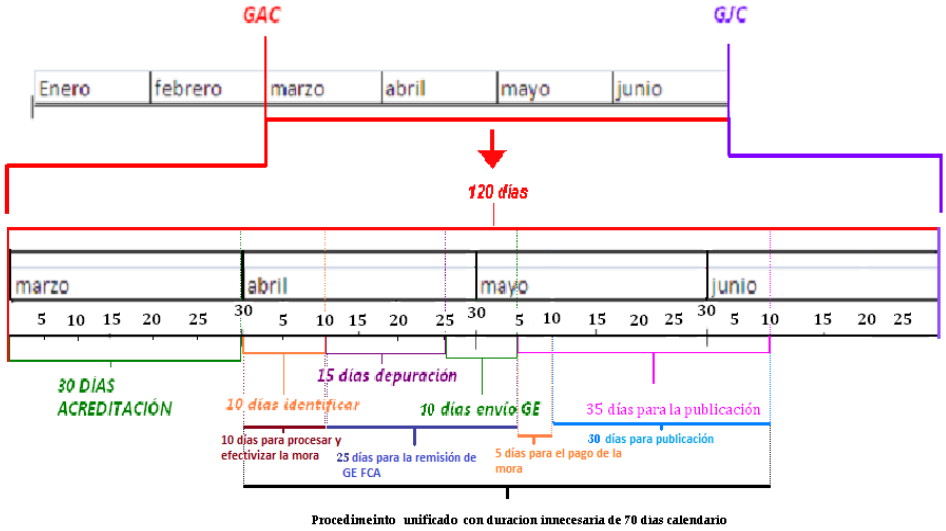
Al respecto, corresponde aclarar que el procedimiento normado por el artículo 6 de la R.A. 1082-2013, únicamente es de aplicación para el procesamiento de casos excepcionales, es decir, aquellos que surgen de un reclamo especifico (sic) *efectuado por los Asegurados a la Seguridad Social de Largo Plazo que, habiendo identificado Contribuciones faltantes en sus Estados de Ahorro Previsional reclaman la pronta atención de las AFP ante dicha observación, de forma tal que no se vean perjudicados a momento de solicitar alguna prestación o beneficio que, producto de descuentos que su Empleador ha realizado con destino a la Seguridad Social de Largo Plazo les corresponden, en cuya virtud el tratamiento en cuanto a los plazos es comprensible, que por otra parte no requiere de aplicativos informáticos, consecuentemente, deben ser procesados con prioridad en relación a aquella mora que no posee documentación que la respalde ni está relacionada directamente a un Asegurado que habiendo efectuado su reclamo, se encuentra a la espera de una gestión de su Administradora ante su Empleador para la recuperación de sus Contribuciones faltantes.*

Asimismo, en relación al punto 2 citado precedentemente, en el que la Administradora señala que "...nos obligará a que durante el mes nos dediquemos únicamente a emitir Cartas de Cobro y Publicaciones..." se trata de una apreciación subjetiva que no cuenta con respaldo alguno, además se reitera que el procedimiento establecido por el artículo 6 de la R.A. 1082-2013, tiene un ámbito de aplicación inherente al reclamo específico efectuado por el Asegurado, por lo cual lo argumentado por el regulado carece de veracidad.

Es necesario indicar que tanto el artículo 5 como el artículo 6 del Anexo I de la R.A. 1082-2013, si bien establecen plazos distintos para la "Gestión Administrativo (sic) *de Cobro" ello se debe a las características que atienden, y ambos responden a la vez al* <u>*principio de oportunidad*</u> *establecido en el inciso h) del artículo 3 de la Ley N° 065 y* <u>*principio de armonía social*</u> *establecido en el artículo 178 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, además no es un plazo insuficiente como alega erróneamente el regulado, tratándose de un plazo prudencial y suficiente.*

Por lo tanto, no corresponde unificar el citado procedimiento con el de Gestión Administrativa de Cobro establecido en el artículo 5 de la Resolución Administrativa recurrida en consideración a la duración excesiva del mismo, tomándose 25 días

para la emisión de la nota GE FCA y 30 días para la publicación desprendiéndose del principio de oportunidad establecido en el inciso h) del artículo 3 de la Ley de Pensiones, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico:



Finalmente, se deja en claro que los plazos establecidos en la R.A. 1082-2013, para la Gestión Administrativo (sic) *de Cobro para FCA, no sobrepasa el determinado por el Decreto Supremo No.0778.*

La AFP, en su ***fundamento 3*** *de Su* (sic) *memorial, con relación al artículo 12 de la R.A. 1082-2013, argumenta lo siguiente: "...para evitar cualquier tipo de mala interpretación es necesario que se aclare cuando se debe abrir un expediente del Empleador ya que por la cantidad de casos que generan deuda, solo se debe abrir un expediente para empleador cuando este ingresa a la Gestión de Cobro Judicial". Asimismo, sugieren que el artículo 12 debe ser modificado de la siguiente manera: "La AFP deberá resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los respectivos expedientes de los Empleadores cuando éste ingrese a Gestión de Cobro Judicial y estar a disposición de la APS cuando ésta lo requiera".*

El artículo 12 de la R.A. 1082-2013 señala: "La AFP deberá resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los respectivos expedientes de los Empleadores y estar a disposición de la APS cuando ésta lo requiera".

Ahora bien, la AFP no niega la necesidad del resguardo de la documentación que acredita la Gestión Administrativa de Cobro, sin embargo, sugiere que se abra un expediente solamente en los casos que se ingrese a la fase de la Gestión de Cobro Judicial, justificando la cantidad de casos que generan deuda.

Al respecto, el regulado debe considerar que la Gestión Administrativa de Cobro, es una labor que se encuentra establecida en el artículo 109 de la Ley N° 065 y que debe efectuar obligatoriamente mientras dure el periodo de transición, por otra

parte, corresponde a la APS velar por el cumplimiento de la Ley de Pensiones conforme dispone precisamente el artículo 168 de la Ley N° 065.

En ese ámbito legal, el resguardo de la documentación de la Gestión Administrativa de Cobro por parte de la Administradora, al ser la "Gestión" una labor que deviene del cumplimiento a la Ley, debe efectuarse necesariamente en todos los casos que se ejecutó dicha labor y no solamente en los casos que concluyeron con la Gestión Judicial de Cobro, para lo cual debe quedar constancia; por tanto, siendo insuficiente el argumento expuesto por el regulado, no corresponde la sugerencia de modificar el referido artículo 12 de la R.A. 1082-2013.

Asimismo, es importante aclarar que el mismo complementa lo dispuesto en el inciso m) del artículo 7 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°84/2013 de 30 de enero de 2013, confirmada con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°242/2013 de 27 de marzo de 2013, el mismo que señala lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 7. (CONTENIDO).-...***
>
> *II. Los expedientes deberán contener la información mínima señalada a continuación, debiendo todo documento ser legible:*
> *…*
>
> *m) Expedientes de Empleador es.-*
> 1. *Formulario de Inscripción del Empleador.*
> 2. *Fotocopia del Testimonio del Representante Legal, cuando corresponda.*
> 3. *Fotocopia del documento de identidad del Representante Legal.*
> 4. *Fotocopia de uno de los documentos que respalde el tipo de identificación del Empleador.*

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva de los Recursos de Revocatoria interpuestos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que las entidades recurrentes han presentado argumentos con fundamento que permitan modificar parcialmente la R.A.890-2013, en consecuencia, se confirma parcialmente la misma, con la consiguiente emisión dela Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros - APS, tiene el plazo de 20 días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar la resolución…"

4. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

4.1. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP).-

En fecha 5 de febrero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de 15 de enero de 2014, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DEL RECURSO.***

1. ***Artículo 1. (Objeto) del Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/N° 1082-2013.-*** *Pese a que nuestra administradora puntualizó que la redacción del objeto del procedimiento omite deliberadamente el hecho de que la entidad llamada por Ley para efectuar las gestiones de cobranza, sea administrativa o judicial, es la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; y que por el imperio del artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, son las AFP quienes realizan dichas actividades de manera transitoria, nuevamente su Autoridad comete un yerro cuando modifica la redacción de dicho artículo señalando que:*

   Sic."La norma general detallada a continuación, tiene por objeto establecer la Gestión Administrativa de Cobro - GAC que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones ***durante el periodo de transición,*** *en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)" (las negrillas son nuestras).*

   Nuestra aseveración encuentra claro asidero, en el hecho de que al no haberse constituido aun la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, no ha comenzado el periodo de transición, razonamiento concordante con lo establecido por el Artículo 174 de la Ley de N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones que a la letra señala: ***"Artículo 174 (PERIODO DE TRANSICIÓN).*** *Mediante Decreto Supremo se establecerá el periodo de transición para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo".*

   Lo anterior importaría, que mientras no se emita el Decreto Supremo supra citado, el procedimiento establecido por la APS no entraría en vigencia, por lo que llamamos la atención de esa Autoridad regulatoria respecto a este punto, a fin de que pueda ser corregido.

2. ***Artículo 5. (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro) del Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/N° 1082-2013.-***

   Con relación a los argumentos vertidos por nuestra APS, tocantes a este artículo, su Autoridad ha referido que "En el fondo, la AFP observa el contenido de la "Comunicación Escrita al Empleador (GE)...". Asimismo, menciona que "El advertir al Empleador en la GE o "Comunicación Escrita al Empleador" que se efectuará una publicación en un medio de prensa escrito, comunicando la mora, en el caso de que no concurra a las oficinas de la AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, ***de ninguna manera puede considerarse como un hecho "peligroso o innecesario" como erróneamente sostiene el regulado, tampoco como un hecho que***

vulnere el derecho a la defensa o retarde o anule un proceso judicial en curso, tratándose de una apreciación totalmente subjetiva que no cuenta con respaldo alguno. *También menciona que: "El indicar o señalar en la GE que se le comunicara posteriormente mediante publicación en un medio de prensa escrito de la mora y que se iniciaran las acciones legales contra el Empleador que no concurra a las oficinas de la AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado,* ***no puede considerarse como un acto ilegal o irregular, todo lo contrario, se trata de una advertencia, previniendo al Empleador de que cumpla con su obligación de aclarar la mora y/o cancelar la misma: consecuentemente, la "falta de actualización de datos del Empleador" no puede invocarse como un motivo para que la*** (sic) ***(Comunicación Escrita al Empleador) no contenga dicha advertencia, que tiene como objetivo informar de que acciones se seguirán en caso de que omita con la obligación impuesta de apersonarse ante las oficinas de la AFP dentro del plazo señalado a los fines de aclaración y/o cancelación de lo adeudado"****(las negrillas y subrayado son nuestros)*.

Sobre dicho particular, es necesario aclarar que nuestro argumento, no está dirigido al contenido de la Comunicación Escrita al Empleador (GE), y tampoco a la advertencia al Empleador de que se efectuará una publicación en un medio de prensa escrito, comunicando la mora en el caso de que no concurra a las oficinas de la AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado; menos aún, a que se comunique mediante publicación en un medio de prensa escrito la mora y que se iniciarán las acciones legales contra el Empleador que no concurra a las oficinas de la AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, consecuentemente, ***no consideramos que el contenido de la GE sea ilegal o irregular;*** *sino por el contrario nuestro argumento está dirigido a la publicación en un medio de prensa escrito,* ***de los datos del representante legal,*** *ya que como es de su conocimiento, aun cuando es obligación legal del Empleador realizar la actualización de estos datos, la misma no es realizada. Asimismo, existen empleadores que aun cuando la AFP realizó las gestiones necesarias para la actualización de sus datos en el momento que tomó conocimiento de que los mismos habían cambiado, los Empleadores no los realizan. Incluso existen entidades públicas que hasta la fecha no actualizan sus datos, un ejemplo claro, y el cual es también de conocimiento de su Autoridad, es el Ministerio de Obras Publicas*(sic).

Así también, consideramos que al realizarse una publicación de más de un empleador, cabe la posibilidad de ***publicar datos desactualizados,*** *y que no corresponden, debido a que se podrían publicar los nombres de personas que legalmente, dejaron de representar a estos empleadores, por distintas circunstancias, tal es el caso del empleador Club Bolívar, que en una publicación anterior con el nombre del representante legal, se publicó el nombre de una persona fallecida, es así, que la AFP no sostiene una apreciación subjetiva, sino mas* (sic) *bien preventiva, con la finalidad de evitar que el Empleador, pueda utilizar esta situación, con argumentos que puedan entorpecer o retrasar el proceso judicial en curso.*

Su Autoridad menciona en la presente Resolución Administrativa, ***"...es importante señalar que la publicación de los datos del representante legal del Empleador tiene por finalidad el identificar con precisión a la persona contra la que se seguirá la acciona*** (sic) ***judicial; contrario sensu, el solo publicar los datos del Empleador en general conllevaría a***

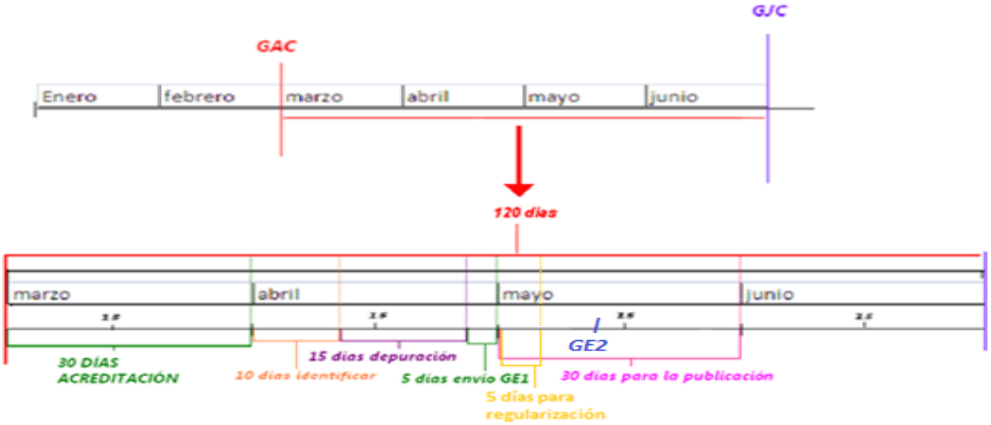
no ser precisa la información que se quiere transmitir." *(el subrayado y negrillas son nuestros). Situación* ***de precisión a la persona contra la que se seguirá la acciona*** (sic) ***judicial,*** *que no podrá ser real, si no existen datos actualizados del representante legal.*

Por otra parte y ***"tomando en cuenta que la GAC no podrá tener una duración mayor a ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyo*** (sic) ***en mora",*** *Su* (sic) *Autoridad menciona "...que la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones - SIP no obliga a la emisión de una segunda comunicación escrita remitida directamente al Empleador, en consideración a que el objetivo que buscaba la misma, que al decir de la AFP consistía en "reiterar lo informado en la primera comunicación y conminar la Regularización de la deuda, como una gestión más que permita al Empleador presentar documentación y/o remitir copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunción de la mora o descartarla",* ***<u>será cumplido de forma más efectiva mediante publicación en medio de prensa escrito de circulación nacional,</u>*** *entendida esta como una segunda comunicación al Empleador...", (las negrillas y subrayado son nuestros). Señala también "...que tanto la Comunicación Escrita al Empleador (GE) como la Comunicación a través de la publicación en un medio de prensa, para que Empleador concurra a la Administradora,* ***<u>son gestiones que responden al fin buscado por el artículo 109 de la Ley N° 065. acorde con el articulo</u>*** (sic) ***<u>178 parágrafo I de la Constitución Política del Estado respecto al principio constitucional de "armonía social", puesto que se constituyen en meconismos de comunicoción para que se opersonen a las AFP para resolver el conflicto en la instancia administrativa, previa a la judicial</u>."*** *(las negrillas y subrayado son nuestros).*

Al respecto, la AFP no objeta que el reiterar lo informado en la primera comunicación escrita a través de la publicación, pueda lograr de forma más efectiva que los Empleadores se apersonen a las oficinas de las AFP, para la regularización de la mora o la presentación de documentación y/o remisión de los antecedentes que permitan aclarar la presunción de la mora o descartarla, sin embargo, consideramos que el realizar una segunda comunicación escrita, en la cual además de ***reiterar la conminatoria de cobro, se de aviso de la publicación*** *en caso de que los mismos no se apersonen a regularizar su situación a las oficinas de la AFP, permitirá lograr con mayor efectividad que los Empleadores regularicen su situación, como una gestión más, asimismo, tal cual se expuso en nuestro recurso de revocatoria, nos ayudará a disminuir la cantidad de empleadores a ser publicados por falta de regularización de su mora minimizando el riesgo para la Gestora y para el mismo Sistema.*

Por otra parte, en cuanto a lo que su Autoridad menciona sobre que tanto la Comunicación Escrita al Empleador (GE) como la Comunicación a través de la publicación en un medio de prensa, son gestiones que responden al fin buscado en el artículo 109 de la Ley 065, en concordancia con el articulo (sic) *178 parágrafo I de la Constitución Política del Estado respecto al principio constitucional de* ***"armonía social",*** *y de acuerdo a lo señalado en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2008/2012 de 12 de octubre de 2012, de cuya interpretación jurídica, claramente se puede entender que antes de dar curso a un procedimiento judicial, deben previamente posibilitarse* ***<u>instancias de resolución de la conflictividad prejudiciales,</u>*** *en*

nuestra interpretación, deben aumentarse instancias de resolución y no así disminuir las mismas, por lo que consideramos, que la segunda comunicación escrita, es una instancia mas (sic) *de resolución de la conflictividad prejudicial, y la cual se encontraría dentro del plazo establecido de ciento veinte (120) días calendario de la Gestión Administrativa de Cobro. Asimismo, al ser esta una instancia previa al proceso judicial, consideramos que esta segunda comunicación escrita, debe estar normada por el Regulador, y no ser la misma una opción de gestión adicional, por lo que reiteramos, el esquema con la inclusión de la comunicación escrita GE2.*



3. ***<u>Artículo 6. (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro para FCA) del Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/N°</u>*** (sic)**<u>.-</u>** *Con relación a este acápite, su Autoridad refiere que "Lo señalado por el regulado se trata de una afirmación que carece de sustento* ***<u>ya que no ha demostrado materialmente que el Procedimiento de Gestión Administrativo de Cobro señalado en el Anexo I artículo 6 de la RA 1082-2013 sobrepase los ciento veinte (120) días calendario</u>*** *establecido en el artículo 109 de la Ley 065 que precisa que la Gestión Administrativa de Cobro tendrá un plazo máximo de ciento veinte días (120) computables desde que el Empleador se constituyo* (sic) *en mora,* ***<u>quiere decir, que plazos menores a lo establecido no quebrantan la norma de ninguna manera</u>"*** *(las negrillas y subrayado son nuestros).*

Al respecto, debemos aclarar que la AFP no menciona que el procedimiento establecido en el Articulo (sic) *6 de la Resolución Administrativa R.A. 1082-2013, sobrepase los ciento veinte (120) días calendario establecidos en el artículo 109 de la Ley 065, al contrario, estos plazos fueron reducidos, situación que podría ser utilizada por el Empleador para alegar la vulneración del derecho que tienen, a que se cumplan los plazos que se encuentran establecidos en el Art. 109 de la Ley 065 de Pensiones y Art. 22 del Decreto Supremo 778, en el cual se señala que el Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por la mora del <u>Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que este se constituyo</u> <u>(sic) en mora,</u> entendiéndose, la constitución de la mora, desde la identificación de la misma. Por esta razón, consideramos que para realizar un mejor seguimiento a los plazos establecidos por norma, el procedimiento de la gestión administrativa de cobro para FCA, debe ir en concordancia a los plazos establecidos en procedimiento de gestión administrativa de cobro de la mora para los casos normales. Asimismo,*

debemos mencionar, que aun cuando su Autoridad señale que los plazos menores a lo establecido no quebrantan la norma, creemos que toda persona ya sea jurídica o natural, tiene derecho a un plazo razonable para regularizar su situación, debido a que la celeridad debe estar asociada a la eficacia, al acierto, y para ello creemos que no basta reducir plazos, sino que exista el suficiente plazo razonable para llegar al objetivo que se requiere lograr con esta comunicación escrita GE-FCA, que es la correcta atención al reclamo de los Asegurados. Finalmente, debemos señalar nuevamente lo mencionado en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2008/2012 de 12 de octubre de 2012, el cual menciona: "...los ***ciudadanos tenemos en todo momento la convicción de que el Estado tiene la obligación de promover la armonía social, correspondiendo esa certeza a la seguridad jurídica que esperamos sea respetada, y por ello cuando el Estado por medio de la potestad reglamentaria, como es el caso presente, fisura esa convicción al imponer reglas y normas que suscitan procedimientos judiciales, sin que previamente se posibiliten instancias de resolución de la conflictividad prejudiciales, afecta a la seguridad jurídica por la supresión del principio de armonía social, como ya ha sido explicado."*** *(las negrillas son nuestras). Por lo que, consideramos que también para la gestión administrativa de cobro para FCA, deben previamente posibilitarse* ***instancias de resolución de la conflictividad prejudiciales,*** *y no así disminuirse, menos aun* (sic) *reducirse plazos.*

II. PETITORIO.

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, autoridad a la cual respetuosamente solicitamos disponga la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 16-2014 de fecha 15 de enero de 2014 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, ajustando así el procedimiento a derecho…"

4.2. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.).-

En fecha 5 de febrero de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de 15 de enero de 2014, expresando lo siguiente:

"…***III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros fundamenta la Resolución de Confirmación manifestando que:

"Es menester recordar que la norma administrativa fue consensuada con ambas Administradoras, no obstante de ello, ahora es motivo de impugnación...".

"El hecho de que la Administradora no tenga actualizados los datos de los representantes legales de los Empleadores por incumplir con su obligación de actualizar su información a través del Formulario de Inscripción del Empleador, no es motivo

suficiente para que la EG no tenga la referida advertencia de la publicación de la nota en un órgano de prensa de circulación nacional con los datos del representante legal del Empleador".

"..., no corresponde unificar el citado procedimiento con el de Gestión de Cobro establecido en el artículo 5 de la Resolución Administrativa recurrida en consideración a la duración excesiva del mismo, tomándose 25 días para la emisión de la nota GE FCA y 30 días para la publicación desprendiéndose del principio de oportunidad establecido en el inciso h) del artículo 3 de la Ley de Pensiones...."

"..., el resguardo de la documentación de la Gestión Administrativa de Cobro por parte de la Administradora, al ser la "Gestión" una labor que deviene del cumplimiento a la Ley, debe efectuarse necesariamente en todos los casos que concluyeron con la Gestión Judicial de Cobro..." "..., es importante aclarar que el mismo contempla lo dispuesto en el inciso m) del artículo 7 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 84/20213.... Confirmada con la Resolución Administrativa APS/DJ/DCP/N° 242/2013..."

1. *Es evidente que las Administradoras tuvimos reuniones con el Ente regulador, empero, la disposición administrativa no refleja los consensos acordados para un mejor servicio en beneficio del Asegurado, motivo por el que fue impugnada por ambas AFP.*

2. *Esta Administradora con el Recurso de Revocatoria impugnó la publicación de los datos del Representante Legal del Empleador en virtud a que esta Base de Datos no se encuentra actualizada por incumplimiento de su obligación legal de actualizar su información y no así, a la publicación en un órgano de prensa en el que comunique la mora del Empleador y el inicio de las Acciones legales establecidas en la Ley N° 065 (PCSSS y PP).*

3. *La impugnación de la publicación de los Representantes legales, tiene la finalidad de evitar problemas con los ex Representante Legales por la publicación de su nombre como responsable de la mora de la Empresa a la que representa, misma que daña el derecho a la imagen consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.*

4. *La publicación con los nombres de Representante Legales no actualizados, puede ser utilizada por los Empleadores para la presentación de diferentes recursos que otorga la normativa procesal hasta llegar a la nulidad de la gestión de cobro administrativo, en virtud a una indefensión amparada en los razonamientos establecidos en la Sentencia Constitucional N° 2008/2012 de 12 de octubre de 2012, que tiene carácter vinculante para las Autoridades Jurisdiccionales.*

5. *A tiempo de rechazar la solicitud de unificación del procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro dentro SIP, la APS se ampara únicamente citando el principio de "oportunidad" establecido en la Ley de Pensiones.*

6. *La disposición administrativa impugnada no cumple con la obligación legal de la APS de emitir disposiciones prudenciales, tampoco demuestra de manera clara que el tiempo de 30 días es por demás suficiente para la realización de toda la Gestión de Cobro concluyendo con el inicio de los procesos judiciales.*

7. *El plazo establecido para el inicio de acciones judiciales (PCSS y PP) vence el mismo mes en que se efectiviza la mora y no considera el tiempo que implica la elaboración de la liquidación, la elaboración de la Nota de Débito, la elaboración de la Demanda, el envío de la demanda a las Oficina Regionales de los documentos necesarios para su presentación ante el Órgano Judicial, aspectos por demás importantísimos que la norma impugnada no toma en consideración.*

8. *En cuanto al rechazo a la sugerencia del artículo 12 de la Resolución impugnada sustentado en el inciso m) de la R.A. APS/DPC/DJ/N°84/2013, es imprecisa por que el citado inciso en ninguno de sus numerales manifiesta que los expedientes del Empleador deberán contener las cartas de gestión de cobro administrativo.*

PETITORIO

Por lo expresados y ratificando los fundamentos del recurso de Revocatoria presentado, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica disponiendo (sic) *APS/DJ/DPC N° 16/2014 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/ DPC/DJ/N° 1082/2013 de 21 de noviembre de 2013, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y dar curso a las modificaciones solicitadas…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó la "Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones", los esquemas de "Gestión Administrativa de Cobro en 120 días" y "Gestión Administrativa de Cobro - Formularios de Conformidad de Aportes".

Reglamento por el cual **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 16 de diciembre de 2013 y **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en fecha 17 de diciembre de 2013, interpusieron Recursos de Revocatoria.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de 15 de enero de 2014, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, modificando:

- El Resuelve Cuarto de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013.
- El artículo 1, del Anexo I aprobado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) y **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** en fecha 05 de febrero de 2014, interpusieron por separado Recursos Jerárquicos, los que pasan a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

El artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), establece que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…", por lo tanto, es menester establecer el ámbito en el que se centran los recursos presentados; así:

- El Recurso Jerárquico presentado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** expresa agravios respecto a la publicación de los datos de los Representantes Legales de los Empleadores en mora, el procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro a través del Formulario de Conformidad de Aportes y al resguardo de la documentación, que corresponden a los artículos 5, 6 y 12 del Anexo I - Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013.

- El Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, impugna lo establecido en los artículos 1, 5 y 6 de la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013.

Consiguientemente, el presente análisis sólo se limitará a los alegatos señalados por ambas recurrentes, referida a los artículos 1, 5, 6 y 12 de la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones, aprobado mediante Resolución Administ.rativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, como sigue:

2.1. Artículo 1. (Objeto).-

El artículo 1, del Anexo I de la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones - SIP, modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 16-2014 de 15 de enero de 2014, señala lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 1. (OBJETO).-** La norma general detallada a continuación, tiene por objeto establecer la Gestión Administrativa de Cobro - GAC que deben observar las Administradoras de Fondos de Pensiones durante el periodo de transición, en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)…"*

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), argumenta en su Recurso Jerárquico que la llamada por Ley para efectuar las gestiones de cobranza (administrativa o judicial) es la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo y que el hecho de que la misma aún no fue constituida, da lugar a que no se haya comenzado el periodo de transición, toda vez que no se emitió el Decreto Supremo que establezca el periodo de transición para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, tal como lo señala el artículo 174 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

Al respecto, es evidente que entre las responsabilidades que tiene la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, se encuentra el cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, intereses y recargos, sin otorgar condonaciones, así como el iniciar y tramitar la Gestión Administrativa de Cobro para la recuperación de la mora.

Asimismo, es evidente que el artículo 174 de la Ley N° 065, establece la emisión del Decreto Supremo que determine el periodo de transición para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Sin embargo, es importante recordar a la recurrente, que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece claramente que: "…*Las Administradoras de Fondos de Pensiones **continuarán realizando todas las obligaciones** determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, hasta que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, inicie sus actividades y asuma la administración del Sistema Integral de Pensiones, las obligaciones y atribuciones establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y sus reglamentos, serán asumidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, siendo entonces su responsabilidad el cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora.

Consiguientemente, llama la atención el argumento presentado por la recurrente, toda vez que desde la emisión de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, a más de tres años, las Administradoras de Fondos de Pensiones, se encuentran asumiendo de **manera transitoria**, las obligaciones y atribuciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, por lo que la recurrente no puede pretender eludir su responsabilidad argumentando la falta de la emisión de un Decreto Supremo que determine el periodo

transitorio, lo cual tal como se señaló no corresponde.

Sin perjuicio de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá considerar emitir en su debida oportunidad la regulación correspondiente, para la aplicación de la misma a cargo de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

2.2. Artículo 5. (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro).-

a) De los datos del Representante Legal.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico que la Entidad Reguladora, no considera que el contenido de la comunicación escrita al Empleador (GE) sea ilegal o irregular, sino por el contrario, sus argumentos van dirigidos a la publicación en un medio de prensa escrito, de los **datos del Representante Legal,** ya que si bien es obligación del Empleador realizar la actualización de sus datos, la misma no es cumplida, por lo que cabe la posibilidad de publicar datos desactualizados y que no correspondan; por lo tanto, en una apreciación preventiva y con la finalidad de evitar que el Empleador pueda utilizar esta situación para entorpecer o retrasar el proceso judicial en curso, no debería publicarse datos del representante legal si no se cuenta con la información real.

De igual manera, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** impugna en su Recurso Jerárquico, la publicación de los **datos del Representante Legal del Empleador**, en virtud a que la Base de Datos no se encuentra actualizada por incumplimiento de los Empleadores y con el fin de evitar problemas con los ex Representante Legales por la publicación de su nombre como responsable de la mora de la Empresa a la que representaban, al dañar el derecho a la imagen, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, puede ser utilizada como justificativo por los Empleadores, para la presentación de diferentes recursos que otorga la normativa procesal, hasta llegar a la nulidad de la gestión de cobro administrativo.

Al respecto, el artículo 185 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y la Circular APS/DPC/152-2012 de 29 de octubre de 2012, señalan que: "*es obligación de la Administración Tributaria Nacional, Departamental y Municipal, Órgano Electoral Plurinacional, Registro de Comercio, Registro de Empleadores, entidades de la Seguridad Social de corto o largo plazo y otras entidades, proporcionar la información necesaria y bases de datos requeridos por el Organismo de Fiscalización y la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo*…"

Asimismo, la recurrente no debe olvidar que el inciso b) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones son las responsables de administrar la totalidad de los registros generados en el Sistema Integral de Pensiones.

Por lo tanto, es evidente que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben mantener actualizada la Base de Datos de los Empleadores, en

virtud a lo establecido en normativa vigente, obteniendo información actualizada ya sea de los mismos Empleadores o a través de otras Entidades para contar con información útil, oportuna y veraz.

Sin perjuicio de ello esta instancia jerárquica no ha encontrado fundamentación legal sobre la necesidad de publicar los datos del Representante Legal del Empleador en un medio de prensa escrito de circulación nacional, más aun tomando en cuenta que la etapa en la que se encuentra es precisamente la Gestión Administrativa de Cobro y no judicial, por lo que, debe evaluarse de manera fundamentada –cuan en derecho corresponde- cada uno de los argumentos presentados por los recurrentes y su repercusión en la etapa judicial.

b) De la comunicación escrita.-

Por otra parte, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, señala que debería realizarse una segunda comunicación escrita, en la cual además de reiterar la conminatoria de cobro, se dé aviso de la publicación en caso de que no se apersonen a regularizar su situación, permitirá con mayor efectividad lograr que los empleadores regularicen su situación, disminuyendo la cantidad de empleadores a ser publicados por falta de regularización de su mora y minimizando el riesgo para la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo y el sistema.

Asimismo, señala que antes de dar curso a un procedimiento judicial, deben previamente posibilitarse instancias de resolución de la conflictividad prejudicial y no así disminuirse, por lo que -a decir de la recurrente- una segunda comunicación escrita sería una instancia más de resolución de la conflictividad prejudicial, la cual debe ser normada por el Regulador y no ser una opción de gestión adicional.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 16-2014 de 15 de enero de 2014, señaló:

> *"…la "Comunicación Escrita al Empleador (GE)" como expresa su nombre se trata de un comunicado o aviso que anuncia o informa al Empleador los conceptos adeudados para que concurra a las oficinas de las AFP a objeto de presentar sus descargos y/o cancelar lo adeudado, comunicación (GE) que a la vez advierte al Empleador que de no presentarse a regularizar su situación se efectuará posteriormente una comunicación de la mora a través de una publicación; es decir, se le comunicará del adeudo a través de un medio de prensa escrito de circulación nacional, concluyendo con la Gestión Administrativa de Cobro y dando inicio a la Gestión Judicial de Cobro mediante acciones legales.*
>
> (…)
>
> *Al respecto, es importante aclarar a Futuro de Bolivia S.A. AFP que la Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro en el Sistema Integral de Pensiones - SIP <u>no obliga</u> a la emisión de una <u>segunda</u> comunicación escrita remitida <u>directamente</u> al Empleador, en consideración a que el objetivo que buscaba la misma, que a decir de la AFP consistía en "reiterar lo informado en la primera comunicación y conminar la Regularización de la deuda, como una gestión más que permita al Empleador presentar documentación y/o remitir copia de los antecedentes que permitan aclarar la*

presunción de mora o descartarla", será cumplido de forma más efectiva mediante la publicación en medio de prensa escrito de circulación nacional, entendida ésta como una segunda comunicación al Empleador cuya nota (GE) remitida directamente a éste, no ha tenido el efecto que se buscaba, por lo tanto, no hay razón para imponer la obligación de emitir una segunda nota escrita que sea remitida directamente al Empleador que hizo caso omiso de la primera.

Asimismo, se debe aclarar que el hecho de no efectuar una segunda Comunicación Escrita al Empleador, gestión opcional, no podrá ser invocado como vulneración del derecho a la defensa o nulidad de obrados en un eventual proceso judicial, puesto que se debe considerar que existió una primera Comunicación Escrita al Empleador (GE) y una comunicación mediante publicación en medio de prensa escrito de circulación nacional en el supuesto de que no se haya presentado ante la AFP para regularizar la mora o presentar sus descargos.

Es menester precisar, que tanto la Comunicación Escrita al Empleador (GE) como la Comunicación a través de la publicación en un medio de prensa, para que Empleador concurra a la Administradora, son gestiones que responden al fin buscado por el artículo 109 de la Ley N° 065, acorde con el artículo 178 parágrafo I de la Constitución Política del Estado respecto al principio constitucional de "armonía social", puesto que se constituyen en mecanismos de comunicación para que se apersonen a las AFP para resolver el conflicto en la instancia administrativa, previa a la judicial…"

Sobre el particular, si bien tal como señala la recurrente, con una segunda comunicación se podría tener una mayor efectividad para lograr que los empleadores regularicen su situación, es importante señalar que el parágrafo II, del artículo 5, del Anexo I, de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082/2013 de 21 de noviembre de 2013, establece la posibilidad que las Administradoras de Fondos de Pensiones, realicen **cuantas gestiones consideren necesarias** para optimizar la recuperación de la mora, tomando en cuenta que la Gestión Administrativa de Cobro, no puede ser mayor a ciento veinte (120) días calendario, desde que el empleador se constituyó en mora.

Por lo tanto, las Administradoras de Fondos de Pensiones, en su rol de buen padre de familia y en representación de los Asegurados, pueden emitir adicionalmente a la Comunicación Escrita al Empleador (GE) y a la publicación en medio de prensa escrito de circulación nacional, otras comunicaciones escritas o realizar las gestiones que consideren necesarias, dentro del plazo establecido, a fin de que los Empleadores en mora, presenten documentación de descargo o realicen el pago de las Contribuciones en mora.

En tal sentido, el argumento presentado por la recurrente, no constituye fundamento para la modificación del artículo, al no contravenir norma alguna y menos afecta intereses legítimos, toda vez que como responsable del cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora y conocedora -tal como señala en su Recurso Jerárquico- de que se pueden posibilitar instancias de resolución, antes de dar curso al procedimiento judicial, puede emitir notas adicionales a las establecidas en la normativa y de manera diligente recuperar los aportes en mora de los Asegurados, y no esperar a la emisión de un procedimiento, para realizar gestiones eficientes que coadyuven a la recuperación de la

mora, disminuyendo así la cantidad de Empleadores a ser publicados.

2.3. Artículo 6 (Procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro para FCA).-

El artículo 6 del Anexo I – Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro, aprobado mediante la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-213 de 21 de noviembre de 2013, señala:

"…***ARTÍCULO 6. (PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO PARA FCA).-*** *I. Si algún Asegurado presentase, a través de un Formulario de Conformidad de Aportes - FCA, documentación que pruebe contrariedad en su Tramo Laboral, la AFP deberá realizar las siguientes gestiones:*

d) Cada primero y cada quince de mes o día hábil posterior, se deberán acumular todos los FCA recibidos en los quince días previos, procesando los mismos con la verificación de Contribuciones en Rezagos y la verificación de aportes en la otra AFP (con respuesta escrita de la misma que confirme la existencia o inexistencia de aportes considerando el periodo de cotización en mora, el Empleador y el monto), en el plazo de diez (10) días calendario, efectivizando la mora hasta el día 10.

e) Una vez efectivizada la mora, la AFP deberá proceder al envío de una Comunicación Escrita al Empleador, en adelante GE-FCA, en el plazo de cinco (5) días calendario de efectivizada la mora, en la que se comunicará los conceptos Adeudados; otorgándole un plazo de cinco (5) días calendario para que el Empleador efectúe el pago de los mismos, bajo conminatoria de iniciar las acciones judiciales correspondientes.

f) Vencido el plazo de cinco (5) días calendario de enviada la GE-FCA sin que los Empleadores hubiesen pagado el total de su Mora, la AFP deberán publicar en su página Web y en ***un medio de prensa escrito de circulación nacional*** *el listado de los mismos.*

La publicación en medio escrito de circulación nacional, constituirá una comunicación o notificación del adeudo al Empleador, para que se constituya en las oficinas de la AFP a fin de regularizar su situación, dentro del plazo máximo de cinco (5) días calendario, computables a partir de la publicación.

f) Vencido el plazo de cinco (5) días calendario de efectuada la publicación, sin que el Empleador hubiese pagado el total de su mora, la AFP deberá iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes.

g) Se entenderá por concluida la Gestión Administrativa de Cobro, una vez que haya vencido el plazo de la publicación, y a partir del mismo, corresponde la obligación legal de la Gestión Judicial de Cobro.

II. El esquema de los plazos establecidos para la Gestión de Cobro, se encuentra diagramado en el ***Anexo III*** *de la presente Resolución Administrativa.*

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala que el procedimiento de Gestión Administrativa de Cobro para el Formulario de Confirmación de Aportes, debe ir en concordancia con los plazos establecidos para los casos normales, ya que toda persona, ya sea natural o jurídica, tiene derecho a un plazo razonable para regularizar su situación, mucho más si los plazos reducidos, podrían ser utilizados por el Empleador, para alegar vulneración del derecho que tienen, a que se cumplan los plazos establecidos en el artículo 109 de la Ley N° 065 de Pensiones y al artículo 22 del Decreto Supremo N° 778, debido a que la celeridad debe estar asociada a la eficacia, al acierto y para ello no basta con reducir plazos, sino la correcta atención al reclamo de los Asegurados, por lo que deben previamente posibilitarse instancias de resolución de la conflictividad prejudiciales y no así reducirse plazos.

Asimismo, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** argumenta que la norma impugnada no cumple con la obligación legal de la Entidad Reguladora, de emitir disposiciones prudenciales, tampoco demuestra de manera clara que el tiempo de treinta (30) días sea por demás suficiente para realizar toda la gestión de cobro, concluyendo con el inicio de los procesos judiciales, sin considerar el tiempo que implica la elaboración de la liquidación, la elaboración de la Nota de Débito, la elaboración de la demanda y el envío de la demanda.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 16-2014 de 15 de enero de 2014, estableció lo siguiente:

> *"…corresponde aclarar que el procedimiento normado por el artículo 6 de la R.A. 1082-2013, únicamente es de aplicación para el procesamiento de casos excepcionales, es decir, aquellos que surgen de un reclamo especifico* (sic) *efectuado por los Asegurados a la Seguridad Social de Largo Plazo que, habiendo identificado Contribuciones faltantes en sus Estados de Ahorro Previsional reclaman la pronta atención de las AFP ante dicha observación, de forma tal que no se vean perjudicados a momento de solicitar alguna prestación o beneficio que, producto de descuentos que su Empleador ha realizado con destino a la Seguridad Social de Largo Plazo les corresponden, en cuya virtud el tratamiento en cuanto a los plazos es comprensible, que por otra parte no requiere de aplicativos informáticos, consecuentemente, deben ser procesados con prioridad en relación a aquella mora que no posee documentación que la respalde ni está relacionada directamente a un Asegurado que habiendo efectuado su reclamo, se encuentra a la espera de una gestión de su Administradora ante su Empleador para la recuperación de sus Contribuciones faltantes.*
>
> *Asimismo, en relación al punto 2 citado precedentemente, en el que la Administradora señala que "...nos obligará a que durante el mes nos dediquemos únicamente a emitir Cartas de Cobro y Publicaciones..." se trata de una apreciación subjetiva que no cuenta con respaldo alguno, además se reitera que el procedimiento establecido por el artículo 6 de la R.A. 1082-2013, tiene un ámbito de aplicación inherente al reclamo específico efectuado por el Asegurado, por lo cual lo argumentado por el regulado carece de veracidad.*

Es necesario indicar que tanto el artículo 5 como el artículo 6 del Anexo I de la R.A. 1082-2013, si bien establecen plazos distintos para la "Gestión Administrativo (sic) *de Cobro" ello se debe a las características que atienden, y ambos responden a la vez al principio de oportunidad establecido en el inciso h) del artículo 3 de la Ley N° 065 y principio de armonía social establecido en el artículo 178 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, además no es un plazo insuficiente como alega erróneamente el regulado, tratándose de un plazo prudencial y suficiente.*

Por lo tanto, no corresponde unificar el citado procedimiento con el de Gestión Administrativa de Cobro establecido en el artículo 5 de la Resolución Administrativa recurrida en consideración a la duración excesiva del mismo, tomándose 25 días para la emisión de la nota GE FCA y 30 días para la publicación desprendiéndose del principio de oportunidad establecido en el inciso h) del artículo 3 de la Ley de Pensiones…"

Revisados los antecedentes y previo al análisis corresponde traer a colación lo determinado por el artículo 109 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones que señala:

"*…La Gestión Administrativa de Cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, tendrá* ***un plazo máximo*** *de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De igual manera, el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece:

"*…El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en* ***un plazo máximo de ciento veinte (120) días*** *calendario, desde que éste se constituyó en mora…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, conforme lo establece la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, los Asegurados, pueden reportar periodos identificados como faltantes en el Estado de Ahorro Previsional, a través de la suscripción del Formulario de Conformidad de Aportes – FCA.

De lo señalado, si bien la Gestión Administrativa de Cobro para Asegurados con Formulario de Conformidad de Aportes, se tratan de casos excepcionales, como lo establece la Entidad Reguladora, ésta no debe olvidar que tanto la Ley N° 065, como el Decreto Supremo N° 0778, transcritos ut supra, establecen claramente, que el plazo de los ciento veinte (120) días, corren **desde que el Empleador se constituyó en mora**.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013, establece que la Gestión Administrativa de Cobro para estos casos, inicie con la acumulación de los Formularios de Confirmación de Aportes, cada quince días y concluya en treinta (30) días calendario, otorgando el plazo de

cinco (5) días calendario para que el Empleador **efectúe el pago** de las Contribuciones en mora, bajo la conminatoria de iniciar las acciones judiciales correspondientes, sin tomar en cuenta el principio de igualdad que le asiste a los Empleadores a contar con los mismos plazos prudenciales a efectos de ejercer su derecho a la defensa y de esta manera presentar los descargos que consideren necesarios.

Por lo señalado, corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ajuste los plazos para la Gestión de Cobro para Asegurados que presentan el Formulario de Conformidad de Aportes, y les otorgue el derecho a la defensa y de esta manera puedan presentar descargos a fin de aclarar o dar curso al pago de la mora.

2.4. Artículo 12 (Resguardo de Documentación).-

El artículo 12 del Anexo I – Norma General para la Gestión Administrativa de Cobro, aprobado mediante la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-213 de 21 de noviembre de 2013, establece lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO 12. (RESGUARDO DE DOCUMENTACIÓN).-*** *La AFP deberá resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los respectivos expedientes de los Empleadores y estar a disposición de la APS cuando ésta lo requiera…*"

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) señala en su Recurso Jerárquico que no corresponde el argumento presentado por la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 16-2014 de 15 de enero de 2014, toda vez que el inciso m) de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 84/2013, en ninguno de sus numerales manifiesta que los expedientes del Empleador deberán contener las cartas de gestión de cobro administrativo.

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 16-2014 de 15 de enero de 2014, señaló lo siguiente:

> "…*la AFP no niega la necesidad del resguardo de la documentación que acredita la Gestión Administrativa de Cobro, sin embargo, sugiere que se abra un expediente solamente en los casos que se ingrese a la fase de la Gestión de Cobro Judicial, justificando la cantidad de casos que generan deuda.*
>
> *Al respecto, el regulado debe considerar que la Gestión Administrativa de Cobro, es una labor que se encuentra establecida en el artículo 109 de la Ley N° 065 y que debe efectuar obligatoriamente mientras dure el periodo de transición, por otra parte, corresponde a la APS velar por el cumplimiento de la Ley de Pensiones conforme dispone precisamente el artículo 168 de la Ley N° 065.*
>
> *En ese ámbito legal, el resguardo de la documentación de la Gestión Administrativa de Cobro por parte de la Administradora, al ser la "Gestión" una labor que deviene del cumplimiento a la Ley, debe efectuarse necesariamente en todos los casos que se ejecutó dicha labor y no solamente en los casos que concluyeron con la Gestión*

Judicial de Cobro, para lo cual debe quedar constancia; por tanto, siendo insuficiente el argumento expuesto por el regulado, no corresponde la sugerencia de modificar el referido artículo 12 de la R.A. 1082-2013.

Asimismo, es importante aclarar que el mismo complementa lo dispuesto en el inciso m) del artículo 7 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°84/2013 de 30 de enero de 2013, confirmada con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 242/2013 de 27 de marzo de 2013, el mismo que señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 7. (CONTENIDO).-...

II. Los expedientes deberán contener la información mínima señalada a continuación, debiendo todo documento ser legible:
…

m) Expedientes de Empleador es:

1. *Formulario de Inscripción del Empleador.*
2. *Fotocopia del Testimonio del Representante Legal, cuando corresponda.*
3. *Fotocopia del documento de identidad del Representante Legal.*
4. *Fotocopia de uno de los documentos que respalde el tipo de identificación del Empleador…"*

Al respecto, si bien la normativa para la conformación de expedientes del Sistema Integral de Pensiones, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 84/2013 de 30 de enero de 2013, confirmada con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 242/2013 de 27 de marzo de 2013, no establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones deban resguardar toda la documentación que respalde la Gestión Administrativa de Cobro en los expedientes de los Empleadores, la recurrente debe tomar en cuenta que con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013, toda Gestión Administrativa de Cobro, debe encontrarse necesariamente respaldada y archivada en los expedientes respectivos.

Asimismo, el resguardar la documentación en los expedientes de los Empleadores, servirá de descargo para las Administradoras de Fondos de Pensiones, de las gestiones que realizó para el cobro administrativo, no pudiendo por lo tanto, considerar el argumento presentado por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, ha emitido el procedimiento para Gestión Administrativa de Cobro, en sujeción a la norma vigente, sin embargo corresponde que realice una nueva evaluación a los plazos establecidos para la Gestión Administrativa de Cobro de Asegurados con Formulario de Conformidad de Aportes.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del acto administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados de la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1082-2013 de 21 de noviembre de 2013 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “MADRE Y MAESTRA” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 046/2014 DE 28 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 042/2014 DE 20 DE JUNIO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2014

La Paz, 20 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 035/2014 de 16 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 062/2014 de 23 de mayo de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 7 de febrero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, representada al efecto por su Gerente General, Lic. Carlos Luís Vergara Villena, conforme consta del Testimonio de Poder N° 565/2012, otorgado en fecha 14 de mayo de 2012 por ante Notaría de Fe Pública N° 1 del Distrito Judicial de Tarija, a cargo de la Dra. Nancy Meriles Salazar, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014, que

en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 823/2013 de 17 de diciembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de febrero de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, mismo que fue notificado el 21 de febrero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-169908/2013 de 7 de noviembre de 2013, notificó a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, con los cargos, por las presuntas contravenciones que a continuación se detallan:

> "…*1. Al artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Titulo XI, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (ahora establecido en el artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 4º) en razón a que en la inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012 a la Oficina Central de la ciudad de Tarija se evidenció que la Entidad Financiera no cuenta con planes de continuidad y contingencia que permitan el registro continuo de los tiempos de espera.*
>
> *2. Al numeral 3, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (ahora establecido en el inciso c) artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título I, Libro 4°) en razón a que en la inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012 a la Oficina Central de la ciudad de Tarija se evidenció que el personal del Punto de Reclamo (PR) no habría recibido capacitación para recepcionar y atender los reclamos.*
>
> *En consecuencia y a los efectos de lo establecido por el artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título II, Libro 1° "Reglamento de Sanciones Administrativas" contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se* ***NOTIFICA*** *a la Lic. Carlos Vergara Villena, en su condición de Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles administrativos, computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, mediante nota CMM-GER-08-N° 0998/2013, recibida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 3 de diciembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

"…*Referente al numeral 1* (…) *al respecto, cabe presentar el siguiente cargo documentado:*

Fotocopia legalizada de la Resolución Administrativa donde se aprueba la modificación a la Política de Atención de Caja incluyendo el Art. 20 Plan de Continuidad y Contingencia en consecuencia a la fecha y según consta en el informe No.28/2013 del Jefe de Informática el cual se adjunta en fotocopia legalizada este documento hace referencia a que se ha procedido a efectuar la instalación y configuración de un servidor de respaldo para el sistema de control de filas de la oficina central en cual se encuentra preparado para la atención a los clientes en caso producirse una contingencia con el actual servidor, así también hace referencia que este servidor de respaldo cuenta con todas las funcionalidades del actual servidor; en consecuencia como puede apreciar su autoridad nuestra entidad ha cumplido con la observación hecha por tal motivo en aplicación a lo que dispone el Art. 109 de la Ley 1488 dentro del término presentamos descargo documentado en tal sentido solicitamos se levante esta observación y se deje sin efecto la nota de cargo…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N°823/2013 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N°823/2013 de 17 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.,*** *con* ***AMONESTACIÓN*** *por el siguiente incumplimiento:*

1. *Al artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Titulo XI, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (actualmente artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 4º) en razón a que en la inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012 a la Oficina Central de la ciudad de Tarija se evidenció que la Entidad Financiera no cuenta con planes de continuidad y contingencia que permitan el registro continuo de los tiempos de espera…*"

Fundamentando dicha determinación, en los siguientes extremos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

…Que, el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero dispone en el parágrafo I que:
"Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo, notificará a los presuntos infractores con los cargos impugnados advirtiéndoles que de no presentar pruebas de descargo o justificaciones en el término establecido se emitirá la resolución correspondiente".

Que, el parágrafo II del artículo 67 del referido Decreto Supremo N° 27175 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, establece que: "Presentados los descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, se procederá al análisis de los antecedentes y descargos, aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa".

Que, complementariamente, el parágrafo I del artículo 68 del citado cuerpo legal, determina que: "Vencido el término de prueba, el Superintendente respectivo en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos siguientes, dictará la resolución sancionatoria imponiendo o desestimando la sanción administrativa, con los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución, así como las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho".

Que, el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II, libro T de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, señala que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes especificas impartidas por la ASFI no contempladas en dicho Reglamento serán analizadas, evaluadas y de ser el caso, sancionadas por el Director o la Directora Ejecutivo (a), dentro el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

Que, la Ley 393 de Servicios Financieros entró en vigencia el 20 de noviembre de 2013, sin embargo el principio de la ultractividad de la ley, consiste en la aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión de la infracción, puesto que ésta sigue rigiendo en el periodo entre la publicación de la ley nueva y su entrada en vigencia.

Que, en consideración a que lo hechos fueron observados durante la vigencia de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), y en virtud a lo señalado en el parágrafo anterior, para proceder al análisis se considerará la norma vigente al momento de la inspección especial.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Título XI (actualmente artículo 7, sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 4°), de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros señala que:

"La Entidad Supervisada debe implementar un sistema de registro del tiempo de espera de los clientes y usuarios con el objeto de contar con estadísticas que permitan a la Entidad Supervisada optimizar los procesos de atención al cliente y usuario en cajas y para poder entregar al cliente y/o usuario un respaldo de la hora en que inició la fila u obtuvo la ficha de atención, así como del tiempo real esperado

en la atención en cajas, este último siempre y cuando el cliente lo solicite y/o desee sentar un reclamo.

El sistema de registro de tiempos de espera debe mantenerse ei funcionamiento durante todo el horario de atención establecido por la Entidad Supervisada. Asimismo, la Entidad Supervisada debe contar cort planes de continuidad y contingencia, que permitan el registro continuo de los tiempos de espera, considerando los aspectos mínimos de seguridad informática contemplados en el Libro 3°, Título VII, Capítulo II de la RNSF".

Que, el numeral 3, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI, (actualmente numeral 3, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título I, Libro 4°) de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece:

"Designar un encargado del PR en cada una de las oficinas, sucursales y agencias en las que preste atención al público, dotándolo de los medios necesarios para la recepción y atención de reclamos, así como de una credencial que permita identificar su nombre y cargo en el que se desempeña. El personal del PR debe estar capacitado para prestar adecuadamente este servicio de acuerdo con los aspectos señalados en el presente Reglamento"

CONSIDERANDO:

Que, de la valoración a los descargos y explicaciones remitidas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., se efectúa el siguiente análisis:

AL CARGO PRIMERO: (…)

…Si bien la Cooperativa para el Cargo Primero, aplicó la medida correctiva con la aprobación de la Resolución del Consejo de Administración N° 19/2013 de 2 de agosto de 2013 y el Informe 28/2013 de 26 de noviembre de 2013 elaborado por el Ing. Walter Abrego Vaca, Jefe de Informática, que confirma haber realizado la instalación y configuración de un Servidor de Respaldo Para el Sistema de Control de Filas de la Oficina Central, es necesario precisar el entendimiento de medida correctiva como: "La finalidad de corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor", al momento de la Inspección Especial realizada del 9 al 12 de octubre de 2012, la misma no contaba con el Plan de Continuidad y Contingencia; por este motivo se ratifica el cargo notificado.

AL CARGO SEGUNDO: (…)

…Que, esta Autoridad de Supervisión, a tiempo de imponer sanciones contra los infractores de las disposiciones legales y normativas que regulan la actividad de intermediación financiera, debe aplicar el principio de proporcionalidad, es decir la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En ese sentido, se ha tomado en

cuenta las consideraciones para la modulación de la sanción debiendo considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: ***a)*** *que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable;* ***b)*** *que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y;* ***c)*** *que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".*

En consecuencia, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: ***a)*** *el incumplimiento se encuentra debidamente tipificado, y* ***b)*** *Por los argumentos expuestos, la infracción se encuentra plenamente demostrada y c) Se ha establecido la existencia de negligencia e imprudencia por parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., en la comisión de la infracción notificada.*

Que, como refiere Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, página. 347): "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase".

Que, estas frases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo de Bancos y Entidades Financieras son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación, elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión, control y fiscalización de las sanciones impuestas por el órgano regulatorio sectorial, quien ostenta la facultad sancionatoria:

> ***1. Tipificación.-*** *En el caso del presente examen se encuentra configurada por incumplimiento:*
>
> *1. "Al artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Título XI, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (ahora establecido en el artículo 7,*

Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 4°) en razón a que en la inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012 a la Oficina Central de la ciudad de Tarija se evidenció que la Entidad Financiera no cuenta con planes de continuidad y contingencia que permitan el registro continuo de los tiempos de espera".

2. Al numeral 3, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (ahora establecido en el inciso c), artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título I, Libro 4°) en razón a que en la inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012 a la Oficina Central de la ciudad de Tarija se verificó que el personal del Punto de Reclamo (PR) no habría recibido capacitación para recepcionar y atender los reclamos".

Que, sobre este punto debe quedar claro que, en la tipificación esta Autoridad de Supervisión no tiene una actividad discrecional sino una actividad jurídica objetiva de aplicación de las normas, que exige como objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente y que en todo momento debe fundarse en situaciones y reglamentos vigentes a momentos de cometerse la infracción que encuadre en la tipificación señalada.

2. Calificación.- *Constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordantes con los artículo 101 del mismo cuerpo normativo.*

a) Infracciones u omisiones leves.

Que, con la calificación se establece un parámetro que constituye una primera delimitación de la cuantía sancionatoria a imponerse.

Que, se tiene que las infracciones u omisiones leves estarán conformadas por los siguientes elementos:

a) Negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales, apoderados y empleados de la Entidad Financiera.

b) Inexistencia de daño económico o perjuicio a la Entidad Financiera ni sus clientes.

c) Sean sujeto de regularización.

Que, la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones legales por parte de La Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., en tal sentido se configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsables de su verificación y ejecución.

3. Graduación.- *Calificada las infracciones como leves, surge este otro parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora, mediante la cual y siguiendo las pautas legales del artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se debe clasificar las infracciones y la consiguiente sanción en atención a los elementos configurativos como la negligencia, imprudencia por la conducta infractora del regulado.*

Que, el artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) señala que la sanción de ***amonestación,*** *recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares del Órgano Regulador y tratándose en este caso del incumplimiento del artículo señalado con anterioridad y* ***no existiendo reincidencia,*** *corresponde la imposición de una sanción administrativa de amonestación.*

4. Modulación.- *Conforme lo establece el numeral 1 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es atribución de esta Autoridad de Supervisión sancionar a las Entidades de Intermediación Financiera bajo su supervisión, con una imposición de sanciones administrativas.*

Que, el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II, Libro 7° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los Bancos y Entidades Financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse"

En función al principio de simplicidad que rige el procedimiento administrativo conforme lo dispone el inciso p) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., amerita una sanción de ***amonestación*** *por la inobservancia citada anteriormente.*

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Técnico Legal ASFI/DCF/R-187407/2013 de 9 de diciembre de 2013, en el marco de lo dispuesto en el parágrafo I del artículo 41 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros y el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII (actualmente el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II, Libro 7°) de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, recomendó la imposición de una sanción administrativa de ***amonestación,*** *por las inobservancias antes señaladas…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota CMM-GER-08-N° 1068/2014 y memorial que le acompaña, recepcionada en fecha 30 de diciembre 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y**

MAESTRA" LTDA. presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, conforme a la transcripción siguiente:

> "…*Nuestra entidad fue notificada con la nota ASFI/DDC/R-169908/2013 Trámite - Nota De Cargo en tal sentido dentro de lo que establece el Art. 109 de la ley 1488 se presenta los descargos correspondientes mediante cite CMM=GER= 08=N 0998/2013, descargo y justificativos los cuales se solicitaron sean tomados en cuenta al momento de valorar y emitir pronunciamiento el descargo se refiere al numeral 1 que dice* ***"...la Inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012 a la oficina Central de la de Tarija se evidenció que la entidad financiera no cuenta con planes de contingencia que remita el registro continuo de los tiempos de espera…".***
>
> *Sobre este tema se presentaron los siguientes descargos documentados: Fotocopia legalizada de la Resolución Administrativa donde se aprueba la modificación a la Política de Atención de Cajas incluyendo el Art. 20 Plan de Continuidad y Contingencia en consecuencia a la fecha y según consta en el informe N 28/2013 del Jefe de Informática el cual se adjunta en fotocopia legalizada este documento hace referencia a que se ha procedido a efectuar la instalación y configuración de un servidor de respaldo para el sistema de control de filas de la oficina central en cual se encuentra preparado para la atención a los clientes en caso de producirse una contingencia con el actual servidor, así también hace referencia a que este servidor de respaldo cuenta con todo las funcionalidades del actual servido; en consecuencia como puede apreciar su autoridad nuestra entidad ha cumplido con subsanar la observación hecha por tal motivo en mediante el cite CMM=GER= 08=N 0998/2013, se presentaron los descargo sobre este aspecto, sin embargo su autoridad en aplicación a lo que dispone el Art 109 de la Ley 1488 y dentro del término establecido se presentó el descargo documentado, sin embargo mediante la Resolución Administrativa ASF1/823/2013, la autoridad emite un sanción de amonestación establecida en el Art. 109 de la ley 1488, aspecto que nuestra entidad no está de acuerdo por cuanto se presentaron los descargos correspondientes* (…)
>
> *Que el Articulo 101.- de la ley 1488 dice "...La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia NO IMPUTABLES A LOS REPRESENTANTES LEGALES, APODERADOS Y EMPLEADOS DE LA ENTIDAD..."; entonces cabe referir que uno de los requisitos para aplicar este articulado es que las faltas sobre infracciones u omisiones leves incurridas por negligencia o imprudencia no sean imputables a los representantes legales apoderados o EMPLEADOS de la entidad , sin embargo señora directora en la Resolución Administrativa ASFI 823/2013 numeral dos dice "...que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de normativa ..." en tal sentido se configuran las acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsable..."-, como puede apreciar su autoridad esta resolución esta erróneamente fundamentada legalmente pues está interpretando el artículo de distinta manera ya que para que exista la amonestación no debe existir negligencia o imprudencia del empleado de la*

entidad, en tal sentido dentro del principio de legalidad y transparencia toda Resolución emitida por el órgano jurisdiccionalmente competente debe ser acorde a las normas y leyes que rigen nuestra estado de derecho".

5.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 046/2014 DE 28 DE ENERO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirma en su totalidad la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, con los siguientes fundamentos:**"**

"…***CONSIDERANDO***

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado establece que la Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, cálida calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Que, el artículo 331 de la señalada ley fundamental, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, como parte de la política financiera, la Constitución Política del Estado establece en el artículo 332, parágrafo I., que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el Supremo Gobierno dispuso que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y, además de las fundones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, por lo dispuesto en el artículo 8, parágrafo I de la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, es competencia privativa e indelegable de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ejecutar la regulación y supervisión financiera, con la finalidad de velar por el sano funcionamiento y desarrollo de las entidades financieras y presentar la estabilidad del sistema financiero, bajo los postulados de la política financiera, establecidos en la Constitución Política del Estado.

Que, el artículo 23 de la precitada Ley de Servicios Financieros, establece las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, señalando entre otras a las siguientes: "... d) Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan la actividad de intermediación financiera y los servicios financieros complementarios, ...

t) Emitir normativa prudencial de carácter general, extendiéndose a la regulación de normativa contable para aplicación de las entidades financieras u) Hacer cumplir la presente Ley y otras disposiciones legales y reglamentarias conexas..."

Que, el artículo 7 de la Sección 2 del Reglamento para la Atención en Cajas, inmerso en el Capítulo II, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, señala:

"La Entidad Supervisada debe implementar un sistema de registro del tiempo de espera de los clientes y usuarios con el objeto de contar con estadísticas que permitan a la Entidad Supervisada optimizar los procesos de atención al cliente y usuario en cajas y para poder entregar al cliente y/o usuario un respaldo de la hora en que inició la fil, obtuvo la ficha de atención, así como del tiempo real esperado en la atención en caja este último siempre y cuando el cliente lo solicite y/o desee sentar un reclamo.

El sistema de registro de tiempos de espera debe mantenerse en funcionamiento durante todo el horario de atención establecido por la Entidad Supervisada. Asimismo, la Entidad Supervisada debe contar con planes de continuidad y contingencia, que permitan el registro continuo de los tiempos de espera, considerando los aspectos mínimos de seguridad informática contemplados en el Libro 3°, Título VII, Capítulo II de la RNSF".

Que, el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con los artículos 36, 37 y 46 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala:

7. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa.

Que, el artículo 51 de la misma Ley N° 2341, dispone: 7. El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución dictada por el órgano administrativo competente, salvando los recursos establecidos por ley".

Que, el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II, Libro 7o de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los Bancos y Entidades Financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a)

Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe ASFI/DDC/R-11931/2013 de 24 de enero de 2013, se tiene que entre el 9 y 12 de octubre de 2012 se realizaron visitas de inspección a las entidades de intermediación financiera en el Departamento de Tarija a objeto de verificar la implementación y cumplimiento a lo siguiente: 1) Reglamento para la Atención de Clientes y Usuarios, 2) Reglamento para Atención en Cajas y 3) Reglamento de Funcionamiento de Cajeros Automáticos.

Que, de acuerdo a la Carta ASFI/DDC/R-52479/2013 de 11 de abril de 2013 dirigida a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., en la mencionada inspección se detectó que la entidad incumplía con el Reglamento para la Atención del Clientes y Usuarios, pero que sin embargo en el transcurso del presente proceso administrativo las observaciones por presunto incumplimiento al señalado Reglamento fueron desestimadas.

Que, el presente proceso administrativo fue sustanciado hasta la emisión de la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013 en base al cargo referido a que la entidad financiera no contaba con planes de continuidad y contingencia que permitan el registro continuo de tiempo de espera, conforme a lo dispuesto en el artículo 7, Sección 2, del Reglamento para la Atención en Cajas, inmerso en el Capítulo II, Título XI de la entonces Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (actualmente Capítulo II, Título I, Libro 4o, de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros), cargo que fue objeto del recurso interpuesto mediante memorial presentado por la Cooperativa Madre y maestra Ltda., en fecha 30 de diciembre de 2013.

Que, respecto al incumplimiento al artículo 7, Sección 2, del Reglamento para Atención en Cajas observado a la entidad, infracción que se constituye en el objeto central del presente proceso recursivo, el Informe ASFI/DDC/R-11931/2013 de 24 de enero de 2013 manifiesta

"Con relación al Reglamento para la atención en Cajas en el formulario 3 la mayor deficiencia identificada que tienen las Entidades Financieras, es que no cuentan con planes de continuidad y contingencia, que permita el registro continuo de los tiempos de espera. Esta situación se pudo verificar en las Entidades inspeccionadas, por las características de las regiones que se visitó, que frecuentemente tienen bajas de energía eléctrica o cortes de la misma, en estas circunstancias resalta la falta de planes de contingencia, independientemente de los UPS con los que cuentan las Entidades, que proporcionan energía adicional en caso de corte por períodos de 20 a 30 minutos como máximo, de la valoración a los aspectos considerados en el mencionado formulario se determina que la inobservancia a este reglamento refleja el 26% equivalentes a sesenta y siete (67) oficinas visitadas".

Que, en respuesta a la Carta ASFI/DDC/R-52479/2013 de 11 de abril de 2013, la Cooperativa Madre y Maestra Ltda., se refiere a la observación efectuada, señalando:

"A la fecha se incluirá en el presente Manual lo siguiente:

Fichero Manual: El cual será utilizado cuando no se tenga luz eléctrica, el cual ayudará en el control de atención en cajas, pero no permitirá llevar un control de tiempos de espera.

Servidor de Respaldo (Réplica del sistema de control de filas): Se contará con otro equipo donde se tenga una réplica del mismo en caso de caer el servidor principal.

La inclusión de los planes de continuidad y contingencia será aprobada con el Consejo de Administración hasta la primera quincena de mayo de 2013, adjuntamos borrador presentado a la Gerencia General."

Que, al no haber manifestado explicaciones que desvirtúen la observación, se inició la etapa preliminar del proceso administrativo sancionatorio contra la entidad, emitiendo en consecuencia la Nota de Cargos ASFI/DDC/R-169908/2013 de 7 de noviembre de 2013, a la cual respondió la Cooperativa con la Carta CMM-GER-08- N° 0998/2013 de 3 de diciembre de 2013, manifestando:

…al respecto, cabe presentar el siguiente cargo documentado:

Fotocopia legalizada de la Resolución Administrativa donde se aprueba la modificación a la Política de Atención de Caja incluyendo el Art. 20 Plan de Continuidad y Contingencia en consecuencia a la fecha y según consta en el informe No. 28/2013 del Jefe de Informática el cual se adjunta en fotocopia legalizada este documento hace referencia a que se ha procedido a efectuar la instalación y configuración de un servidor de respaldo para el sistema de control de filas de la oficina central en cual se encuentra preparado para la atención a los clientes en caso producirse una contingencia con el actual servidor, así también hace referencia que este servidor de respaldo cuenta con todas las funcionalidades del actual servidor, en consecuencia como puede apreciar su autoridad nuestra entidad ha cumplido con la observación hecha por tal motivo en aplicación a lo que dispone el Art. 109 de la Ley 1488 dentro del término presentamos descargo documentado en tal sentido solicitamos se levante esta observación y se deje sin efecto la nota de cargo."

Que, revisada la Resolución de Consejo de Administración N° 19/2013, referida en el' descargo contenido en la Carta CMM-GER-08- N° 0998/2013 de 3 de diciembre de 2013, que contiene la actualización del artículo 20 (Plan de Continuidad y Contingencia) de la Política para Atención de Cajas, se advierte que dicha Resolución de Consejo de Administración ha sido emitida recién en fecha 2 de agosto de 2013, en cuyo mérito se efectuó el Informe N° 28/2013 del Jefe de Informática, Ing. Walter Abrego Vaca, dirigido al Gerente General Lic. Carlos Vergara Villena, manifestando que: "De acuerdo a lo establecido en el ARTÍCULO 20.- PLAN DE

CONTINUIDAD Y CONTINGENCIA de la POLITICA DE A TENCIÓN EN CAJAS de la Cooperativa en su numeral 1, el cual establece la necesidad de contar con respaldos para el Sistema de Control de Filas, esta Jefatura ha realizado la instalación y configuración de un SERVIDOR DE RESPALDO PARA EL SISTEMA DE CONTROL DE FILAS DE LA OFICINA CENTRAL,..."

Que, conjuncionando los elementos precedentemente señalados, se establece lo siguiente:

1. *La observación a la Cooperativa Madre y Maestra Ltda., por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7, Sección 2, del Reglamento para la Atención en Cajas, inmerso en el Capítulo II, Título XI de la entonces Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (actualmente Capítulo II, Título I, Libro 4o, de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros), se suscitó en la inspección realizada entre el 9 y 12 de octubre de 2012.*

2. *El Reglamento para la Atención en Cajas modificado, aprobado y puesto en vigencia mediante Resolución Administrativa N° 495/2011 de 22 junio de 2011, vigente al momento de la inspección, estableció en el segundo parágrafo del artículo 7 de la Sección 2 que: "El sistema de registros de tiempos de espera debe mantenerse en funcionamiento durante todo el horario de atención establecido por la entidad supervisada. <u>Asimismo, la entidad supervisada debe contar con planes de continuidad y contingencia, que permitan el registro continuo de los tiempos de espera</u>, considerando los aspectos mínimos de seguridad informática contemplados en el Capítulo XII del Título X de la RNBEF." (El subrayado ha sido incorporado).*
3. *En la Carta CMM-GER-08- N° 0305/2013 presentada el 26 de abril de 2013, la Cooperativa Madre y Maestra Ltda., se refiere a la observación efectuada, señalando:*

   "A la fecha se incluirá en el presente Manual lo siguiente:

a) <u>Fichero Manual</u>: El cual será utilizado cuando no se tenga luz eléctrica, el cual ayudará en el control de atención en cajas, pero no permitirá llevar un control de tiempos de espera.

b) <u>Servidor de Respaldo (Réplica del sistema de control de filas)</u>: Se contará con otro equipo donde se tenga una réplica del mismo en caso de caer el servidor principal.

La inclusión de los planes de continuidad y contingencia será aprobada con Consejo de Administración hasta la primera quincena de mayo de 201 adjuntamos borrador presentado a la Gerencia General."

4. *En el descargo presentado por la Cooperativa mediante Carta CMM-GER-08- N° 0998/2013 de 3 de diciembre de 2013, se acredita que la implementación del Plan de Continuidad y Contingencia se inició con la Resolución del Consejo de Administración N° 19/2013 de 2 de agosto de 2013, lo que demuestra que entre el 9*

y el 12 de octubre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda. no cumplía con el artículo 7, Sección 2, del Reglamento para la Atención en Cajas. La referida obligación, inició su implementación recién en fecha 2 de agosto de 2013, es decir luego de más de dos años de haberse emitido la disposición reglamentaria.

5. *Por lo anterior, la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, consideró lo siguiente:*

"Si bien la Cooperativa para el Cargo Primero, aplicó la medida correctiva con la aprobación de la Resolución del Consejo de Administración N° 19/2013 de 2 de agosto de 2013 y el Informe 28/2013 de 26 de noviembre de 2013 elaborado por el Ing. Walter Abrego Vaca, Jefe de Informática, que confirma haber realizado la instalación y configuración de un Servidor de Respaldo Para el Sistema de Control de Filas de la Oficina Central, es necesario precisar el entendimiento de medida correctiva como: "La finalidad de corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor" al momento de la Inspección Especial realizada del 9 al 12 de octubre de 2012, la misma no contaba con el Plan de Continuidad y Contingencia; por este motivo se ratifica el cargo notificado."

CONSIDERANDO:

Que, a la sanción impuesta a la entidad a través de la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, se consideraron los elementos configurativos del artículo 101 de la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, vigente al momento de producirse la infracción, toda vez que esta Autoridad de Supervisión consideró que la infracción cometida constituye una falta leve, en tal sentido se tomaron en cuenta los siguientes presupuestos:

a) Omisión leve al Reglamento para la Atención en Cajas emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

b) Conducta negligente no imputable a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad.

c) La infracción no causó daño económico a la entidad, clientes o socios.

d) La infracción ha sido enmendada y regularizada.

e) La Cooperativa no es reincidente en la comisión de la infracción.

Que, la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, no contemplaba una calificación de las infracciones basadas en criterios de gravedad, razón por la cual en la graduación de la sanción se aplicó el criterio discrecional del Órgano Regulador basado en los elementos de configuración establecidos en el artículo 101 de la indicada Ley.

Que, al haberse establecido que la omisión de la Cooperativa al artículo 7, Sección 2, del Reglamento para la Atención en Cajas constituye contravención a una disposición reglamentaria emitida por ASFI, correspondía legalmente la imposición de una sanción administrativa, conforme al artículo 99 de la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488.

Que, habiéndose establecido también que la contravención cometida por la entidad representó una infracción leve, dentro del parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora de esta Autoridad Financiera, a tiempo de graduar la sanción administrativa a imponerse se determinó aplicar la menos gravosa a la entidad según la escala de sanciones administrativas contempladas en el artículo 99 de la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-7752/2014 de 16 de enero de 2014, concluye lo siguiente:

Los argumentos expuestos por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda., en el memorial presentado en fecha 30 de diciembre de 2013, no justifican la solicitud de revocatoria de la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013 impetrada por la entidad.

Dentro del presente proceso administrativo seguido contra la Cooperativa Madre y Maestra Ltda., no se vulneraron los derechos del administrado.

La Resolución Administrativa ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, no contiene elemento alguno que induzca a dejarla sin efecto o determinar su revocatoria en esta instancia.

Que, el mismo Informe ASFI/DAJ/R-7752/2014, recomienda emitir resolución administrativa confirmando el Resuelve Primero de la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, que sanciona a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Madre y Maestra Ltda. con amonestación por infracción al artículo 7, Sección 2, del Reglamento para la Atención en Cajas, inmerso en el Capítulo II, Título XI de la entonces Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (actualmente Capítulo II, Título I, Libro 4o, de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros).

Que, no habiendo sido objeto de impugnación los resuelves segundo y tercero de Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, los mismos deben mantenerse firmes y subsistentes…"

6.- RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota CMM-GER-08-N° 0160/2014 a al que se acompaña el memorial correspondiente, presentados en fecha 7 de febrero 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.** interpone Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014, con iguales alegatos que los formulados en anterior oportunidad de su Recurso de Revocatoria, manifestando además lo siguiente:

> "…*Así mismo se hace conocer a su autoridad que no se afectó a ningún socio o cliente por no tener un plan de contingencia, no obstante de esta situación a la fecha ya se cuenta con el mencionado* ***plan de continuidad y contingencia que remita el registro continuo de los tiempos de espera****...": Tal cual se hizo conocer en el recurso revocatoria planteado a la autoridad competente*…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Producto de la inspección a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, referente al cumplimiento de los Reglamentos para la Atención del Cliente y Usuario (PR) y para la Atención en Cajas en el periodo comprendido, entre el 1° de septiembre de 2012 al 12 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la nota ASFI/DDC/R-52479/2013 de 1° de abril de2013, conteniendo las observaciones derivadas de tal inspección.

Sustanciadas las mismas, a través de la nota ASFI/DDC/R-110267/2013 de 25 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó con los cargos a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, por el presunto incumplimiento a disposiciones legales, conforme lo supra relacionado.

Que a través de nota CMM-ER-08-N° 0998/2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, presentó sus descargos, para posteriormente, dado el pronunciamiento de la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013 y mediante memorial presentado el 30 de diciembre de 2013, interponer su Recurso de Revocatoria, resuelto mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014 que confirma totalmente a la anterior.

Emergente de todo ello es el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, corresponde dejar constancia que, si bien la nota ASFI/DDC/R-169908/2013 de

7 de noviembre de 2013, refiere originalmente dos cargos: "*1.* (…) *no cuenta con planes de continuidad y contingencia que permitan el registro continuo de los tiempos de espera*" y "2. (…) *el personal del Punto de Reclamo (PR) no habría recibido* capacitación para recepcionar y atender los reclamos", el proceso recursivo se refiere únicamente al primero de los señalados, por cuanto el segundo ha sido desestimado en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI N° 823/2013 de 11 de diciembre de 2013, dando lugar a que la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014 hubiere dejado constancia expresa, de que "*Se mantienen firmes y subsistentes los resuelves Segundo* (referido precisamente al segundo cargo) *y Tercero de la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013 al no haber sido objeto de impugnación*".

Por consiguiente, en el entendido de que la determinación referida al segundo cargo, no le irroga a la recurrente ningún perjuicio, extremo que se infiere del texto del Recurso Jerárquico (en el que no consta ninguna manifestación de agravio referido a lo mismo), corresponde que el pronunciamiento presente se limite a las consideraciones referidas al primer cargo.

2.1. Del principio de tipicidad.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.**, en su Recurso Jerárquico, deja constancia de habérsele sancionado, conforme sale del artículo primero de la Resolución Administrativa ASFI 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, por haber adecuado su conducta a lo dispuesto en el artículo 101° de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras), disposición que de manera expresa establece lo siguiente:

> "…***Artículo 101.-*** *La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa*…"

Disposición que a criterio de la entidad recurrente, no fue aplicada correctamente por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, toda vez que para que exista la amonestación, al tenor de la norma señalada, no debe existir negligencia o imprudencia por parte de los funcionarios de la entidad.

En tal sentido, dentro del principio de legalidad y transparencia, toda Resolución emitida por el órgano jurisdiccionalmente competente debe ser acorde a las normas y leyes que rigen en el estado de derecho, aspecto que de la revisión de antecedentes, específicamente a los argumentos expuestos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, se tiene que ha momento de realizar la calificación de la presunta contravención e incumplimiento de la entidad recurrente a las previsiones contenidas en el artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Título XI, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (actualmente establecido en el artículo 7, Sección 2, Capítulo II, Título I, del Libro 4°), la misma hace referencia textual ha momento de realizar la calificación legal

correspondiente, en los siguientes términos:

> "…**2. Calificación.-** *Constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordantes con los artículo 101 del mismo cuerpo normativo.*
>
> *a) Infracciones u omisiones leves.*
>
> *Que, con la calificación se establece un parámetro que constituye una primera delimitación de la cuantía sancionatoria a imponerse.*
>
> *Que, se tiene que las infracciones u omisiones leves estarán conformadas por los siguientes elementos:*
>
> *a) Negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales, apoderados y empleados de la Entidad Financiera.*
>
> *b) Inexistencia de daño económico o perjuicio a la Entidad Financiera ni sus clientes.*
> *c) Sean sujeto de regularización*…"

En base a tal antecedente, la entidad recurrente concluye que la Resolución ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, no observa los principios de legalidad y transparencia.

De tal alegato, es posible concluir en principio, en la efectiva ocurrencia de la infracción y en el reconocimiento de la recurrente acerca de lo mismo; lo que hace a la controversia es el haberse aplicado la sanción de amonestación, por cuanto, el artículo 101° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, establece que la amonestación sancionada recae con respecto a negligencia o imprudencia "***no*** *imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), en cuyo mérito, el Recurso Jerárquico se limita a solicitar que se deje "*sin efecto la amonestación*".

No obstante a lo manifestado, el razonamiento expuesto a momento de la calificación de la contravención o incumplimiento por parte de la Entidad Recurrida, adolece de una imprecisión, por cuanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha confundido su imposición y adecuación en lo referente a los criterios de calificación del hecho, contrariamente a lo previsto en el artículo 101° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, con referencia a las faltas u omisiones leves, que de su lectura se entiende, que para su configuración o calificación, se requiere que la negligencia o imprudencia <u>no sea imputable a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad</u>, además de que dicho incumplimiento, no cause daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen.

Entonces, establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la existencia de una infracción leve, tanto por su propia definición como por exclusión de los otros tipos de infracciones, no puede pretenderse que la sanción que le es inherente no aplica en su adecuación, más aún cuando el criterio no hace a la adecuación sino más bien a la

calificación de la gravedad del incumplimiento incurrido, razón por la cual el fundamento de incorrecta aplicación del contenido del artículo 101° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, no aplica a la interpretación de la pretensión del recurrente, por estar la misma intrínsecamente ligada a su tipificación, antes que a una correcta calificación de la gravedad del incumplimiento sancionado, aspecto que a criterio de la suscrita Autoridad , no vulnera en lo absoluto el Principio de Legalidad ni el de Transparencia invocados como vulnerados por el recurrente.

Por lo manifestado, se entiende que el incumplimiento normativo en el que incurrió la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA"**, es evidente y en ningún momento fue objeto de fundamentación en contrario, por lo cual se observa una adecuada apreciación al respecto por parte de la Entidad Reguladora.

Lo contrario importaría que, lejos de la pretensión actual de la recurrente (de que se deje sin efecto la amonestación) y toda vez que la efectiva ocurrencia de la infracción no se encuentra en tela de juicio, debiérase agravar la situación de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA"**, mediante la imposición de una sanción pecuniaria, dado que en su lógica no le corresponde la de la sencilla amonestación, extremo inatendible dada la existencia del Recurso Jerárquico presente, dado pesar para el caso el principio de la *non reformatio in peius*, ,conforme lo señala el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo: "*La resolución* -dentro del procedimiento recursivo- *se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,* ***sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme a la doctrina imperante para nuestro sistema legal, queda prohibido agravar la situación del recurrente por efecto de la interposición de un Recurso a una instancia superior a la de origen, toda vez que se entiende que toda pretensión estará dirigida indefectiblemente a mejorar su situación y no así empeorarla, extremo que hace innecesario mayor pronunciamiento al respecto, más aún cuando se observa del catálogo de sanciones previstas en el artículo 99 de la Ley N° 1488 resulta ser la **amonestación** la menor sanción sujeta a imposición por el ente llamado a regular el Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 046/2014 de 28 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 823/2013 de 17 de diciembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.
NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 176-2014 DE 11 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 043/2014 DE 24 DE JUNIO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 043/2014

La Paz, 24 de junio de 2014

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de 11 de marzo de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 35/2014 de 16 de junio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 62/2014 de 23 de mayo de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 26 de marzo de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, representada legalmente por su Gerente de Operaciones, Sr. Daniel Fernando Arce Sporn, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 0567/2011, otorgado en fecha 20 de junio de 2011 por ante Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfan, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de fecha 11 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1132-2013 de fecha 9 de diciembre de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 26 de marzo de 2014, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. René Dario Mostajo Otasevic, conforme al Testimonio de Poder Nº 325/2012 de fecha 25 de abril de 2011, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública Nº 111 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estenssoro, presentó Recurso Jerárquico contra la misma Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de fecha 14 de marzo de 2014.

Que, mediante notas APS-EXT.DE/973/2014 y APS-EXT.DE/974/2014, ambas recepcionadas en fecha 28 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, los Recursos Jerárquicos interpuestos por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, respectivamente, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de fecha 14 de marzo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de abril de 2014, notificado en fecha 8 de abril de 2014, se admiten los Recursos Jerárquicos interpuestos por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 176-2014 de fecha 14 de marzo de 2014, asimismo se resolvió acumularlos.

Que, mediante auto de 2 de abril de 2014, publicado en fecha 9 de abril de 2014, esta instancia convoca a quienes pudieran constituirse en terceros interesados, a efectos de apersonen y presenten sus alegatos con respecto a los Recursos Jerárquicos interpuestos por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,** situación que no ocurrió.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 1132-2013 DE 9 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"…***ARTÍCULO PRIMERO.-*** *Dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 680/2013 de 29 de julio de 2013, así como toda norma contraria a la presente Resolución Administrativa.*

ARTÍCULO SEGUNDO.- *Aprobar el Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador, que forma parte inseparable de la presente Resolución Administrativa.*

ARTÍCULO TERCERO.- *La presente Resolución Administrativa entrará en vigencia a partir de su notificación expresa.*

ARTÍCULO CUARTO.- *El incumplimiento a la presente Resolución Administrativa será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Sanciones para el Sector Seguros y el Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador.*

ARTÍCULO OCTAVO (sic)***.-*** *La Direccion de Seguros de la Autoridad de Fiscalizacion y Control de Pensiones y Seguros - APS queda encargada del cumplimiento de la presente Resolucion Administrativa…*"

El *Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador*, que forma parte inseparable de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132-2013, es el que se transcribe a continuación:

"…***REGLAMENTO PARA LA REALIZACIÓN DE FISCALIZACIONES AL MERCADO ASEGURADOR***

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES DE FISCALIZACION

PRIMERO.- *El presente Reglamento tiene por objeto establecer el procedimiento a seguir por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la realización de fiscalizaciones en campo (in situ), a los operadores del mercado asegurador.*

SEGUNDO.- *Las fiscalizaciones que lleve adelante la APS, se efectuarán a través de visitas que tendrán el propósito de revisar, verificar, comprobar y evaluar las operaciones del negocio y en general, todo lo que pudiera afectar la posición técnica, financiera y legal de los operadores del mercado asegurador, para determinar o no el cumplimiento de las disposiciones legales en vigencia y la observancia de los usos y sanas prácticas de su operación y funcionamiento.*

TERCERO.- *La APS ejercerá las atribuciones que le confieren las disposiciones legales en vigencia, a través de Comisiones de Fiscalización, de conformidad con lo previsto por este Reglamento y demás normativa conexa.*

CUARTO.- *La documentación y/o información que la comisión requiera de los regulados para el ejercicio de sus funciones, le será entregada y presentada en los formatos que se establezcan y dentro de los plazos que se señalan en el presente Reglamento.*

La Comisión no podrá otorgar más de cinco (5) días hábiles para la entrega de la documentación y/o información requerida.

QUINTO.- *Los representantes legales de los operadores del mercado asegurador deberán atender los requerimientos de la comisión y en caso de ausencia o impedimento, éstos deberán designar al o los ejecutivos con todas las facultades necesarias para este fin, siendo los actuados de estos plenamente válidos para efectos legales.*

SEXTO.- *Los operadores del mercado asegurador sujetos a fiscalización, a través del representante legal y/o el ejecutivo designado, estarán obligados de manera enunciativa más no limitativa a:*

- *Facilitar ambientes y equipos necesarios para el trabajo de fiscalización.*
- *Prestar a la comisión, todo el apoyo requerido, proporcionando los datos, informes, registros, libros de actas y en general, la documentación y/o información solicitada en medio físico, magnético y/o digital, que los mismos estimen necesaria para el cumplimiento de sus objetivos, pudiendo para ello tener acceso a sus oficinas, sucursales y demás instalaciones de manera irrestricta.*
- *Otorgar a la comisión acceso irrestricto a todos los sistemas de información y procesamiento de datos para lectura, evaluación e impresión.*
- *Otorgar, a requerimiento de la comisión, copias fotostáticas de la documentación que considere necesaria para el cumplimiento de sus tareas.*
- *Poner a disposición de la comisión, el personal especializado que sea necesario para cumplir con el objetivo de la visita.*
- *Presentar la documentación y/o información requerida por la comisión adjuntando un detalle del contenido.*
- *Toda información magnética deberá incluir una declaración expresa firmada por el representante legal o ejecutivo designado que la misma fue extractada de los sistemas informáticos del operador del mercado asegurador.*

SÉPTIMO.- *La APS practicará fiscalizaciones a los operadores del mercado asegurador a través de visitas ordinarias, de seguimiento y especiales:*

a) ***Fiscalización Ordinaria****.- Son aquellas programadas por la APS, de acuerdo a un cronograma definido.*

b) ***Fiscalización de Seguimiento****.- Son las destinadas a examinar el cumplimiento y la regularización de las observaciones que se hubieran generado en fiscalizaciones anteriores.*

c) ***Fiscalización Especial****.- Son aquellas fiscalizaciones, sin preaviso, destinadas a examinar, revisar, aclarar o evaluar situaciones específicas y/o cuando estas Afecten de manera sustancial a la situación técnica, financiera y legal del operador del mercado asegurador.*

CAPÍTULO SEGUNDO

DEL PROCEDIMIENTO DE LAS FISCALIZACIONES

I. FISCALIZACIÓN ORDINARIA O DE SEGUIMIENTO

OCTAVO.- *La APS remitirá al operador del mercado asegurador la correspondiente nota de aviso de fiscalización cinco (5) días hábiles antes de iniciar la misma.*

En caso de ausencia del representante legal, dentro de tercer día de recibida la nota de aviso de fiscalización, se deberá comunicar a la APS el nombre del ejecutivo

designado y acreditado con todas las facultades para recibir y atender a la comisión de fiscalización.

Si la comisión de fiscalización ingresara y no estuviera el representante legal y no se hubiera designado al ejecutivo encargado de atender a la misma, se elaborará acta circunstanciada de estos hechos y levantará comisión.

NOVENO.- *Constituida la comisión en dependencias del operador del mercado asegurador, presentará la correspondiente credencial avalada por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS y el Director de Seguros, la cual establecerá la nómina de los servidores públicos designados, el objetivo, alcance de la fiscalización y la fecha de inicio.*

DÉCIMO.- *Entregada la credencial, y con la finalidad de iniciar la fiscalización, la comisión conjuntamente el representante legal y/o ejecutivo designado firmaran el Acta de Presentación e Inicio de Trabajo.*

DÉCIMO PRIMERO.- *Firmada el Acta de Presentación e Inicio de Trabajo, el operador del mercado asegurador, deberá entregar a la comisión la documentación y/o información, requerida previamente mediante nota de aviso de fiscalización, máximo hasta el segundo día hábil de iniciada la fiscalización.*

DECIMO SEGUNDO.- *La documentación y/o información adicional que fuera requerida por la comisión, deberá ser entregada en los plazos otorgados por esta.*

DECIMO TERCERO.- *Concluida la fiscalización se leerá el Acta de Conclusión de Trabajo dando a conocer al operador del mercado asegurador, los aspectos y observaciones relevantes que hubiera identificado la comisión.*

Asimismo el operador del mercado asegurador podrá realizar las aclaraciones o explicaciones que considere pertinentes, mismas que serán registradas en el Acta, para su consideración posterior.

El Acta de Conclusión de Trabajo deberá ser firmada por la comisión conjuntamente el representante legal y/o ejecutivo designado.

DECIMO CUARTO.- *La comisión elaborará un informe dirigido al Director de Seguros y por su conducto a la Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS y/o Dirección Legal cuando así corresponda, revelando los aspectos relacionados al trabajo realizado, las observaciones y conclusiones obtenidas en la fiscalización.*

La APS, comunicará las observaciones que resulten de la fiscalización al operador del mercado asegurador, a fin de que efectúe las regularizaciones correspondientes, y/o en su defecto pueda exponer los argumentos que a su derecho convengan, conforme las instrucciones y plazos establecidos.

II. FISCALIZACIÓN ESPECIAL

DÉCIMO QUINTO.- *La comisión se presentara en dependencias del operador del mercado asegurador sin preaviso, portando una credencial avalada por la Máxima*

Autoridad Ejecutiva de la APS y el Director de Seguros, la cual establecerá la nómina de los servidores públicos designados, el objetivo, alcance de la fiscalización y la fecha de inicio.

DÉCIMO SEXTO.- *Entregada la credencial, y con la finalidad de iniciar la fiscalización, la comisión conjuntamente el representante legal firmaran el Acta de Presentación e Inicio de Trabajo.*

En caso de ausencia del representante legal, la comisión deberá ser atendida por cualquier funcionario que se encuentre en dependencias del operador del mercado asegurador firmando el Acta correspondiente.

DÉCIMO SÉPTIMO.- *Firmada el Acta de Presentación e Inicio de Trabajo, la comisión mediante requerimiento de documentación solicitará al representante legal, ejecutivo responsable, o funcionario que se encuentre en dependencias del operador del mercado asegurador la documentación y/o información necesaria para llevar adelante su trabajo.*

El representante legal, ejecutivo responsable, o funcionario que se encuentre en dependencias del operador del mercado asegurador deberá dar cumplimiento estricto a lo dispuesto en el punto ***SEXTO*** *del presente reglamento.*

La información y/o documentación que sea entregada, así como las actuaciones de este ejecutivo tendrán plena validez legal, no pudiendo ser tachadas de no autorizadas o inválidas posteriormente.

DÉCIMO OCTAVO.- *La documentación y/o información, que fuera requerida por la comisión, deberá ser entregada en los plazos otorgados por esta.*

DÉCIMO NOVENO.- *Concluida la fiscalización se leerá el Acta de Conclusión de Trabajo dando a conocer al operador del mercado asegurador, los aspectos y observaciones relevantes que hubiera identificado la comisión.*

Asimismo el operador del mercado asegurador podrá realizar las aclaraciones o explicaciones que considere pertinentes, mismas que serán registradas en el Acta.

El Acta de Conclusión de Trabajo deberá ser firmada por la comisión conjuntamente el representante legal, ejecutivo designado o funcionario que se encuentre en dependencias del operador del mercado asegurador.

VIGÉSIMO.- *La comisión elaborará un informe dirigido al Director de Seguros y por su conducto a la Dirección Legal y/o Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS cuando así corresponda, revelando los aspectos relacionados al trabajo realizado, las observaciones y conclusiones obtenidas en la fiscalización.*

La APS comunicará al operador del mercado asegurador las observaciones que resulten de la fiscalización, a fin de que éste efectúe las regularizaciones

correspondientes y/o en su defecto pueda exponer los argumentos que a su derecho convengan, conforme las instrucciones y plazos establecidos.

CAPÍTULO TERCERO

I. DEL INCUMPLIMIENTO

VIGÉSIMO PRIMERO.- *En caso de que el operador del mercado asegurador no cumpla con los términos y plazos establecidos en la presente Resolución Administrativa, la comisión suspenderá su trabajo y emitirá el Acta de Levantamiento de Comisión.*

El Acta de Levantamiento de comisión deberá ser firmada por la comisión, el representante legal, ejecutivo designado o funcionario que se encuentre en dependencias del operador del mercado asegurador.

En caso que el representante legal, ejecutivo designado o funcionario que se encuentre en dependencias del operador del mercado asegurador, se negará a firmar el Acta, la comisión dejará la correspondiente copia en secretaria con la debida constancia.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- *Suspendida la fiscalización, la APS evaluará y establecerá el reinició o suspensión definitiva de la fiscalización.*

VIGÉSIMO TERCERO.- *La falta de entrega de documentos o información a la Comisión de la APS, será considerada como resistencia a la fiscalización, por lo tanto, dicha conducta será sancionada de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros…"*

2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

Por memoriales presentados en fecha 8 de enero de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presentaron, en forma separada, sus Recursos de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, no obstante en ambos casos, bajo el mismo común argumento siguiente:

"…***II.3.1CONSIDERACIONES GENERALES***

La APS, evidentemente, a través del acto administrativo recurrido dejó sin efecto la R.A. N° 680/2013 y toda norma contraria a ésta, por lo tanto, dejó también sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 847-2013 de 17 de septiembre de 2013 (R.A. N° 847/2013).

El citado acto administrativo (R.A. N° 847/2013) deja sin efecto el artículo 5 de la R.A. N° 680/2013, aceptando que la APS al dictar la R.A. N° 680/2013, no adecuó el artículo 5 de la R.A. N° 680/2013 al ordenamiento jurídico vigente; es decir, que la APS al no establecer plazos cuyo cumplimiento sea materialmente posible no adecuó el acto

administrativo recurrido al ordenamiento jurídico vigente, fundamentalmente, a los preceptos contenidos a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Sin tener en cuenta, los fundamentos de legalidad expuestos en la R.A. N° 847/2013 y la decisión de carácter legal adoptada por la APS a través del citado acto administrativo, esta entidad pública, nuevamente, incurre en la inobservancia del ordenamiento jurídico al dictar la R.A. N° 1132/2013, objeto del presente recurso de revocatoria.

II.3.1. IMPOSIBILIDAD TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA

El inciso c) del artículo 8 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (LPA) dispone que un elemento esencial del acto administrativo es que el objeto, precisamente, del acto administrativo sea cierto, lícito y materialmente posible; y, el inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la citada disposición legal prevé que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que carezcan de objeto o que el mismo sea ilícito o imposible.

Ahora bien, se concluye que de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente todo acto administrativo debe tener un objeto posible y si no concurre esta exigencia el acto administrativo, en concreto, deviene en nulo.

Un supuesto de nulidad de pleno derecho es la concurrencia de un acto administrativo con objeto de imposible cumplimiento. García de Enterría afirma que el acto administrativo es ineficaz si su contenido es material o físicamente imposible. La jurisprudencia comparada (Sentencia dictada por el Tribunal Español el 19 de mayo de 2000) afirma que los actos nulos por tener un contenido imposible son los que resultan inadecuados, a la realidad física y originaria sobre la que recaen y que la imposibilidad de su contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por lo tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno.

En concreto, tanto las normas vigentes (Arts. 28 y 35 de la LPA), la doctrina y la jurisprudencia convergen en la afirmación de que todo acto administrativo que dicte la Administración Pública, en el ejercicio de sus competencia, debe ser materialmente posible.

En el presente caso, el Reglamento para la realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador (Reglamento) aprueba el procedimiento que aplicará la APS para le ejecución de las fiscalizaciones en campo a los operadores del mercado asegurador y, consecuentemente, establece dos tipos de fiscalizaciones la ordinaria o de seguimiento y la especial. El citado Reglamento al normar la Fiscalización Especial dispone, en su artículo décimo octavo, que la documentación y/o información que fuera requerida por la comisión, deberá ser entregada en los plazos otorgados por ésta; esta exigibilidad es de imposible cumplimiento si se tiene en cuenta que la Comisión, bajo un criterio arbitrario, podría disponer que se entregue la información o la documentación requerida en el plazo de un (1) día administrativo o incluso de una (1) hora.

Se cumple esta afirmación (imposible cumplimiento), teniéndose en cuenta:

Que, (i) una empresa de seguros tiene un domicilio principal afincado en una determinada ciudad y tiene sucursales a lo largo del país y que, la documentación requerida por la Comisión Fiscalizadora de la APS, no necesariamente se encuentra en las oficinas ubicadas en el domicilio principal de la empresa, por el contrario, dado el funcionamiento operativo de una aseguradora, la documentación sobre todo de suscripción de riesgos y manejo de éstos se encuentran en las sucursales existentes en otras ciudades o poblaciones diferentes a las de las oficinas en las que la empresa tiene su domicilio principal, dado que la suscripción de riesgos y manejo de éstos se los realiza, también, en las sucursales.

Si se tiene en cuenta los mecanismos de transporte de documentación existentes en el país y las distancias existentes entre las oficinas principales y las sucursales, sólo se puede concluir que la documentación o información requerida por la Comisión Fiscalizadora de la APS, no podrá proporcionarse, materialmente, en el plazo que establezca la Comisión, lo que hace inaplicable y no exigible esta disposición.

Que, la documentación de una aseguradora se divide en documentación activa y pasiva, la pasiva normalmente se encuentra archivada en lugares que no están próximos a la oficina principal o a las sucursales, lo cual, implica una dificultad al momento de ubicar la documentación en los archivos pasivos de la empresa y transportarlos a la oficina principal o al lugar en el que se esté realizando la inspección. Se debe dejar establecido que bajo el argumento expuesto no se está arguyendo que la documentación no exista, sólo se afirma que la documentación pasiva, frecuentemente, no se encuentra en el lugar en la que se hace la inspección.

De lo expuesto, se concluye que la obligación prevista por el citado artículo décimo octavo del Reglamento aprobado por la resolución administrativa recurrida, es de imposible cumplimiento, por lo tanto, este acto administrativo no cumple con uno de los requisitos esenciales que es el de la posibilidad material de cumplimiento (inciso b) del Alt. 28 de la LPA), generándose consecuentemente su nulidad de pleno derecho de acuerdo a lo dispuesto por el inciso b) del parágrafo I del Art. 35 de la LPA, por lo tanto, se solicita la revocatoria de esta disposición administrativa impugnada.

Lo alegado, alcanza una mayor repercusión si se tiene en cuenta lo dispuesto por el Art. 4 de la R.A. N° 1132/2013 y de lo previsto en los artículos 4 y 21 del Reglamento, que establecen que la aseguradora debe entregar o presentar la documentación y/o información dentro de los plazos que señala el Reglamento y que el artículo 18 establece que el plazo lo establece la Comisión a su libre arbitrio sin establecer un mínimo criterio de legalidad.

Finalmente, el artículo 23 del Reglamento prevé que la falta de entrega de los documentos o la información a la comisión de la APS será considerada como resistencia a la fiscalización y, por lo tanto, sancionada por el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros, conducta que está tipificada en el inciso f) del

artículo 17 de la citada norma, como infracción grave sujeta a la imposición de una sanción (multa) no menor a los 80.001 UFV y no mayor a los 200.001 UFV; multa cuyo pago, que es indefectible, afectará la normal gestión de la aseguradora.

II.3.2. ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El Art. 5.1 de la LPA dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias; el inciso c) del artículo 8 de la LPA dispone que un elemento esencial del acto administrativo es que el objeto, precisamente, del acto administrativo sea cierto, lícito y materialmente posible; y, el inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la citada disposición legal prevé que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que carezcan de objeto o que el mismo sea ilícito o imposible.

Las disposiciones legales precedentemente enunciadas señalan que un acto administrativo, en el que concurran los elementos de validez y legalidad, debe ser dictado por una autoridad pública competente (competencia arrogada por la Ley o por un Decreto Supremo) y tiene que tener un objeto lícito y materialmente posible.

La Administración Pública es competente cuando es titular de la potestad (competencia) de cuyo ejercicio se trate para dictar un acto, con lo cual, sólo podrá dictar un acto el órgano de la Administración que tenga atribuida la competencia para ello. La competencia, a decir de García de Enterría, es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano y ésta emerge siempre de una determinación normativa, la competencia se determina, en consecuencia, analíticamente, por las normas, García de Enterría puntualiza que no todos los órganos pueden lo mismo, porque entonces no se justificaría su pluralidad.

Ahora bien, la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo afecta a aquellos que salen del ámbito de su competencia invadiendo el campo reservado a otros órganos del Estado, lo que implica que cuando un acto administrativo es dictado por un órgano público no competente, el acto deviene en nulo de pleno derecho.

En el presente caso, el artículo 18 dispone que la documentación y/o información que sea requerida por la Comisión deba ser entregada. Al respecto, debe precisarse, primero, que la empresa aseguradora está obligada a entregar los documentos o información que la APS requiera en el ejercicio de sus competencias, ésta es una precisión relevante; segundo, la empresa aseguradora sólo está obligada a entregar la información o la documentación cuando exista una obligación legal, por ejemplo el plazo de custodia de la documentación establecida por el Código de Comercio; y, tercero, la empresa aseguradora sólo está obligada a entregar la documentación o información que sea materialmente posible de obtener y custodiar.

De lo expuesto, se establece que la previsión contenida en el artículo 18 del citado Reglamento no se ajusta al ordenamiento jurídico vigente y requiere precisarse para cumplir este cometido, por lo tanto, se solicita la revocatoria de esta disposición administrativa.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente recurso de revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente recurso de revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.***

2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa SPVS APS/DJ/DS/N° 1132/2013 DE 9 DE DICIEMBRE DE 2013, en sus artículos 2 y 4 y los artículos 4, 18, 21 y 23 del Reglamento aprobado por la citada R.A. N° 1132/2013, por los fundamentos expuestos***…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 176-2014 DE 11 DE MARZO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de 11 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *el Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, debiendo incluirse en el mencionado Reglamento el punto* ***VIGÉSIMO CUARTO****, de acuerdo a la siguiente redacción:*

"***VIGÉSIMO CUARTO.-*** *El plazo para la entrega de la documentación y/o información adicional que sea solicitada por la comisión fiscalizadora durante una fiscalización ordinaria, será acordado con el encargado de atender a la comisión tomando en cuenta aspectos como la distancia, tipo y cantidad.*

Se procederá de la misma forma en las fiscalizaciones especiales que lleve adelante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS".

SEGUNDO.- *En todo lo demás la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, permanece firme y subsistente*…"

Determinación emitida, con base en los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco de sus funciones y atribuciones la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/º 1132 de 9 de diciembre de 2013, que aprueba el Reglamento para la Realización de Fiscalización al Mercado Asegurador, con el objetivo de contar con una norma que permita a la Autoridad Fiscalizadora determinar si los operadores del mercado asegurador cumplen

con la normativa del sector, velando por la solvencia y liquidez de los mismos, y por ende la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro.

CONSIDERANDO:

Que La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., Nacional Vida Seguros de Personas S.A., Seguros Illimani S.A., Seguros Provida S.A., y mediante memorial recepcionado en fecha 8 de enero de 2014, en esta Autoridad de Fiscalización, solicita la ***REVOCATORIA*** *de los artículos 2 y 4 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132 de 9 de diciembre de 2013 y de los artículos 4, 18, 21 y 23 del Reglamento aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, señalando de manera resumida lo siguiente.*

1. El citado acto administrativo (R.A. Nº 847/2013) deja sin efecto el artículo 5 de la R.A. Nº 680/2013, aceptando que la APS al dictar la R.A. Nº 680/2013, no adecuó el artículo 5 de la R.A. Nº 680/2013, al ordenamiento jurídico vigente; es decir, que la APS al no establecer plazos cuyo cumplimiento sea materialmente posible no adecuo el acto administrativo recurrido al ordenamiento jurídico vigente, fundamentalmente, a los preceptos contenidos en la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.

2. Sin tener en cuenta, los fundamentos de legalidad expuestos en la R.A. Nº 847/2013 y la decisión de carácter legal adoptada por la APS a través del citado acto administrativo, esta entidad pública nuevamente, incurre en la observancia del ordenamiento jurídico al dictar la R.A. Nº 1132/2013 objeto del presente recurso de revocatoria.

3. En concreto, tanto las normas vigentes (arts. 28 y 35 de la LPA), la doctrina y la jurisprudencia convergen en la afirmación de que todo acto administrativo que dicte la Administración Pública, en el ejercicio de sus competencias, debe ser materialmente posible.

4. En el presente caso, el Reglamento para la realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador (Reglamento) aprueba el procedimiento que aplicará la APS, para la ejecución de las fiscalizaciones en campo a los operadores del mercado asegurador y, consecuentemente, establece dos tipos de fiscalizaciones; (sic) la ordinaria o de seguimiento y la especial. El citado Reglamento al normar la fiscalización especial dispone, en su artículo décimo octavo, que la documentación y/o información que fuera requerida por la comisión, deberá ser entregada en los plazos otorgados por ésta; esta exigibilidad es de imposible cumplimiento si se tiene en cuenta que la Comisión, bajo un criterio arbitrario, podría disponer que se entregue la información o la documentación requerida en el plazo de un (1) día administrativo o incluso de una (1) hora.

5. Se cumple esta afirmación (imposible cumplimiento), teniéndose en cuenta:

- Que (i) una empresa de seguros tiene un domicilio principal afincado en una determinada ciudad y tiene sucursales a lo largo del país y que, la documentación requerida por la Comisión Fiscalizadora de la APS, no necesariamente se encuentra en las oficinas ubicadas en el domicilio principal de la empresa…

- Si se tiene en cuenta los mecanismos de transporte de documentación existente en el país y las distancias existentes entre las oficinas principales y las sucursales, sólo se puede concluir que la documentación o información requerida por la Comisión Fiscalizadora de la APS, no podrá proporcionarse, materialmente, en el plazo que establezca la comisión, lo que hace inaplicable y no exigible esta disposición.

- Que la documentación de una aseguradora se divide en documentación activa y pasiva, la pasiva normalmente se encuentra archivada en lugares que no están próximos a la oficina principal o a las sucursales, lo cual, implica una dificultad al momento de ubicar la documentación en los archivos pasivos de la empresa y transportarlos a la oficina principal o al lugar en el que se esté realizando la inspección…

6. De lo expuesto, se concluye que la obligación prevista por el citado artículo décimo octavo del Reglamento aprobado por la resolución administrativa impugnada, es de imposible cumplimiento…, generándose consecuentemente su nulidad de pleno derecho de acuerdo a lo dispuesto por el inciso b) del parágrafo I del artículo 35 de la LPA, por lo tanto, se solicita la revocatoria de esta disposición administrativa impugnada.

7. Lo alegado, alcanza una mayor repercusión si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 de la R.A. N° 1132/2013 y de lo previsto en los artículos 4 y 21 del Reglamento, que establecen que la aseguradora debe entregar o presentar la documentación y/o información dentro de los plazos que señala el Reglamento y que el artículo 18 establece que el plazo lo establece la Comisión a su libre arbitrio sin establecer un mínimo criterio de legalidad.

8. Finalmente, el artículo 23 del Reglamento prevé que la falta de entrega de los documentos o la información a la comisión de la APS será considerada como resistencia a la fiscalización y, por lo tanto, sancionado por el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros, conducta que está tipificada en el inciso f) del artículo 17 de la citada norma, como infracción grave sujeta a la imposición de una sanción (multa) no menor a los 80.000 UFV y no mayor a los 200.001 UFV, multa cuyo pago, que es indefectible, afectará la normal gestión de la aseguradora.

9. La administración pública es competente cuando es titular de la potestad (competencia) de cuyo ejercicio se trate para dictar un acto, con lo cual, sólo podrá dictar un acto el órgano de la administración que tenga atribuida la competencia para ello…

10. Ahora bien, la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo afecta a aquellos que salen del ámbito de su competencia invadiendo el campo reservado a otros órganos del Estado, lo que implica que cuando un acto administrativo es dictado por un órgano público no competente, el acto deviene en nulo de pleno derecho.

11. En el presente caso, el artículo 18 dispone que la documentación y/o información que sea requerida por la Comisión deba ser entregada. Al respecto, debe precisarse, primero que la empresa aseguradora está obligada a entregar los documentos o información que

la APS requiera en el ejercicio de sus competencias, ésta es una precisión relevante; segundo, la empresa aseguradora sólo está obligada a entregar la información o la documentación cuando exista una obligación legal, por ejemplo el plazo de custodia de la documentación establecida por el Código de Comercio; y, tercero, la empresa aseguradora sólo está obligada a entregar la documentación o información que sea materialmente posible de obtener y custodiar.

12. De lo expuesto, se establece que la previsión contenida en el artículo 18 del citado reglamento no se ajusta al ordenamiento jurídico vigente y requiere precisarse para cumplir este cometido, por lo tanto, se solicita la revocatoria de esta disposición administrativa.

Que con los mismos argumentos desarrollados, Bisa Seguros y Reaseguros S.A., solicita la ***REVOCATORIA*** *del artículo 1 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132 de 9 de diciembre de 2013 y de los artículos 4, 12, 18, 21 y 23 del Reglamento aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, señalando adicionalmente lo siguiente:*

1. …y en el artículo décimo segundo dispone que la documentación y/o información adicional que fuera requerida por la comisión dentro de la inspección deberá ser presentada en los plazos otorgados por esta; esta exigibilidad es de imposible cumplimiento si se tiene en cuenta que la Comisión, bajo un criterio arbitrario, podría disponer que se entregue la información o la documentación requerida en el plazo de un (1) día administrativo o incluso de una (1) hora, en atención a que el Reglamento solo establece el plazo máximo que puede otorgar la APS a las compañías para presentar la información, que es de cinco (5) días, sin disponer un plazo mínimo de espera o tolerancia para recibir la documentación, ya que debería ser exigible la presentación de la documentación a partir del tercer día de requerida la misma, con el fin de que las compañías tengan como mínimo dos días para preparar la información y/o documentación requerida, caso contrario el requerimiento sería de imposible cumplimiento.

2. El artículo 21 del Reglamento dispone que en caso de que el operador del mercado asegurador no cumpla con los términos y plazos establecidos, la comisión suspenderá su trabajo y emitirá el acta de levantamiento de la comisión, sin considerar que el retraso puede deberse a causar ajenas a la voluntad de la compañía cuando el Órgano Supervisor otorgue un plazo demasiado corto que no prevé la anticipación necesaria para que todos los documentos requeridos sean preparados, suspensión que evitará el cumplimiento de la labor de supervisión de la APS, por motivos que carecen de sustento, al no establecer plazo mínimo de espera razonable para que las compañías presenten la documentación requerida.

CONSIDERANDO:

Que esta Autoridad considera impertinente la afirmación que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, revocó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 680/2013 de 29 de julio de 2013, por no adecuar el acto administrativo

recurrido al ordenamiento jurídico vigente, toda vez que la mencionada resolución fue revocada parcialmente por que la APS atendió la preocupación de los recurrentes, en relación a contar con un (1) día como plazo mínimo para la entrega de la documentación, sin considerar un plazo máximo, y no, como lo aseveran los recurrentes, por vulneración de preceptos legales o considerar que sería imposible que la información o documentación solicitada no pueda ser entrega en un plazo mínimo de (1) día; Como prueba de ello esta lo señalado en el CONSIDERANDO SEXTO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 847/2013 de 17 de septiembre de 2013, que de manera textual señala:

"Que en cuanto al plazo, la norma establece que: NO PODRÁ SER MENOR A UN (1) DÍA ADMINISTRATIVO, es decir impone un límite mínimo pero no un máximo, lo que no, significa, como de manera errada han interpretado las recurrentes, que la documentación deba ser entregada en un (1) día hábil administrativo desde que es solicitada.

Que no obstante la aclaración anterior la APS, entiende la preocupación de las entidades reguladas…"

Que para poder analizar los argumentos presentados por las recurrentes, es preciso determinar que se entiende por acto administrativo, encontrando su definición en el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, que señala: "Se considera acto administrativo toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece cuales son los elementos esenciales del acto administrativo siendo estos los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente.
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico.
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Que en este marco y de acuerdo a lo señalado por los recurrentes, es importante analizar primero la supuesta falta de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013.

Que las recurrentes señalan que sólo podrá dictar un acto el órgano de la administración que tenga atribuida la competencia para ello, por lo que, aquel acto administrativo dictado por un órgano público no competente, es nulo de pleno derecho, debiendo precisarse primero que la empresa aseguradora está obligada a entregar los documentos o información que la APS requiera en el ejercicio de sus competencias, ésta es una precisión relevante; segundo, la empresa aseguradora sólo está obligada a entregar la información o la documentación cuando exista una obligación legal, por ejemplo el plazo de custodia de la documentación establecida por el Código de Comercio; y, tercero, la empresa aseguradora sólo está obligada a entregar la documentación o información que sea materialmente posible de obtener y custodiar.

Que los recurrentes deben recordar que la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, entendida como el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia y el territorio, se encuentra establecida en la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, cuando en su artículo 168.b) señala: "Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a… Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción…" y en el artículo 43 de la ley de Seguros N° 1883, encontrándose entre ellas la de supervisar, inspeccionar, emitir disposiciones operativas y toda aquella que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Que la Ley de Seguros N° 1883, en su artículo 1 estable el ámbito de aplicación de dicha norma señalando: "El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar al seguro, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS".

Que en este contexto queda claro que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, tiene potestad normativa de regulación, consistente en la emisión de normas que concreten reglas dentro del ámbito de su aplicación, aspecto que debe ser llevado adelante en concordancia con lo dispuesto por el Código de Comercio, como norma integradora del bloque de legalidad de la actividad aseguradora.

Que en uso de esta potestad la APS, dicto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, cuyo Reglamento, establece el procedimiento a seguir cuando la APS realice inspecciones in situ a los operadores del mercado asegurador, es decir, a este segmento de actividad económica en particular, por lo tanto, la solicitud de información y/o documentación está relacionada a este tipo de actividades y en el marco de lo dispuesto por el Código de Comercio, como lo es el plazo de conservación de documentos mercantiles.

Que por todo lo relacionado y sin entrar en mayores consideraciones se establece que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, tiene competencia para emitir normas operativas y regulatorias que establezcan reglas en el caso especifico

para la entrega de información y/o documentos cuando se realicen inspecciones in situ, por lo tanto, no se configura la causal de nulidad contenida en el inciso a) del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341.

Que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, otro elemento esencial del acto administrativo, es el objeto, mismo que debe ser cierto, lícito y materialmente posible, es decir, que aquella declaración, disposición o decisión de la administración pública tiene que ser comprobada, enmarcada en el ordenamiento jurídico y viable.

Que en este marco, el objeto del Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, se encuentra establecido en el punto PRIMERO del mismo cuando señala: "El presente Reglamento tiene por objeto establecer el procedimiento a seguir por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la realización de fiscalizaciones en campo (in situ), a los operadores del mercado asegurador".

Que uno de esos procedimientos o pasos, se encuentra establecido en los puntos ***CUARTO, DÉCIMO SEGUNDO y DÉCIMO OCTAVO*** *del Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, cuando señalan:*

"***CUARTO.-*** *La documentación y/o información que la comisión requiera de los regulados para el ejercicio de sus funciones, le será entregada y presentada en los formatos que se establezcan y dentro de los plazos que se señalan en el presente Reglamento".*

DÉCIMO SEGUNDO.- *La documentación y/o información adicional que fuera requerida por la comisión, deberá ser entregada en los plazos otorgados por ésta.*

DÉCIMO OCTAVO.- *La documentación y/o información adicional que fuera requerida por la comisión, deberá ser entregada en los plazos otorgados por ésta".*

Que para las recurrentes la entrega de documentación y/o información que fuera requerida por la comisión en los plazos otorgados por ésta, es una exigencia de imposible cumplimiento, por lo tanto, la mencionada norma tiene un objeto materialmente imposible, presumiendo que en un acto arbitrario la APS, podría otorgar un plazo de (1) un día o (1) una hora.

Que las recurrentes, tratan de justificar esta supuesta imposibilidad material, señalando i) que la documentación requerida por la Comisión Fiscalizadora de la APS, no necesariamente se encuentra en las oficinas ubicadas en el domicilio principal de la empresa, ii) tomando en cuenta los mecanismos de transporte de documentación existente en el país y las distancias existentes entre las oficinas principales y las sucursales, la documentación o información requerida por la Comisión Fiscalizadora de la APS, no podrá proporcionarse, materialmente, en el plazo que establezca la comisión, iii) la documentación se divide en documentación activa y pasiva, la pasiva normalmente se

encuentra archivada en lugares que no están próximos a la oficina principal, lo que implica una dificultad al momento de ubicar la documentación en los archivos pasivos y transportarlos al lugar de la inspección.

Que es preciso señalar, que esta Autoridad conoce que no toda la documentación que se solicita en las inspecciones in situ se encuentra en el domicilio principal de la Entidad Aseguradora, justamente por este motivo la APS, programa las inspecciones tomando en cuenta el tipo de información y lugar donde se encuentra, desplazándose a otros departamentos con la finalidad de cumplir con sus objetivos.

Que en otras ocasiones y como es de conocimiento de las Entidades Aseguradoras, cuando un documento y/o información, no se encuentra en dependencias del lugar donde se está llevando adelante la inspección in situ, se llega a un acuerdo con la compañía en el cual se establece el plazo de entrega de estos, tomando en cuenta distancia, tipo y cantidad de documentos y/o información, extremo que es anotado en el Acta correspondiente, por lo que, las recurrentes no pueden afirmar que la APS actuó, actúa o actuará arbitrariamente.

Que las recurrentes realizan una serie de presunciones que deben ser probadas, sin embargo, más allá de diferentes argumentaciones, no presentan ni hacen referencia a ninguna prueba que demuestre que la APS, en alguna inspección in situ actuó arbitrariamente, o no tomo en cuenta las argumentaciones de los representantes legales o encargados de atender a la comisión fiscalizadora, cuando no podían entregar la documentación y/o información en los plazos que ésta señalaba.

Que en vista que las presunciones realizadas por los recurrentes no fueron probadas, sino argumentadas, corresponde a la APS, desvirtuar las mismas con hechos y pruebas concretas del actuar de la APS, en este sentido, se tiene que en el marco de lo dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, en fecha 12 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, llevó adelante una fiscalización especial a una compañía Aseguradora, para la Fiscalización Técnica de Reaseguro ***"Cuentas Determinadas Gestión 2013"****.*

Que en la mencionada fiscalización especial se solicito(sic) documentación y/o información de pólizas emitidas en las ciudades de La Paz y Santa Cruz, trasladándose parte del personal de la comisión a Santa Cruz.

Que recibida la comisión de fiscalización en las ciudades de La Paz y Santa Cruz y por la cantidad de documentación solicitada, se acordó con el encargado de atender a la comisión que parte de ella sería entregada en 48 horas, por lo que, se desvirtúa la supuesta actuación arbitraria de la APS, asimismo, es pertinente señalar que de acuerdo al Memorandum de Planificación de Fiscalización, la comisión tenía dos días de trabajo efectivo en recolección de información en campo, razón por la que, el plazo otorgado no podía ser mayor.

Que como el mismo Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador lo establece en su punto ***SÉPTIMO****, las fiscalizaciones especiales son aquellas*

destinadas a examinar, revisar, aclarar o evaluar situaciones específicas o cuando estas afecten de manera sustancial a la situación, técnica, financiera y legal del operador, lo que implica que la duración de estas es mínimo, incluso de un (1) día, justamente por lo específico del tema a tratar, por lo tanto, es muy difícil que ésta Autoridad pueda establecer un plazo mínimo para la entrega de documentación y/o información en estas.

*Que en el caso específico de las fiscalizaciones ordinarias y de acuerdo a lo establecido por el punto **DÉCIMO SEGUNDO** del Reglamento para Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador, la comisión fiscalizadora podrá solicitar documentación y/o información adicional, la que se generará a partir de lo ya entregado, por lo tanto, el plazo de entrega deberá considerar en primer lugar el tiempo de duración de la fiscalización, el tipo y, la cantidad de esta, extremos que deberán ser considerados con el encargado de atender a la comisión, razón por la cual no se puede establecer un plazo mínimo.*

Que la experiencia de la APS en las fiscalizaciones que lleva adelante, ha demostrado que no es necesario establecer plazos mínimos para la entrega de documentación y/o información, cualquiera que fuera el tipo de fiscalización que se lleva adelante, toda vez que, este aspecto siempre es considerado en base a los argumentos que realiza el operador del mercado asegurador, tomando en cuenta distancia, tipo y cantidad, por lo que, la APS en ningún momento actúa arbitrariamente o con vulneración al debido proceso, prueba de esto es que en los más de 15 años de regulación que realiza no ha existido ningún tipo de denuncia con este tipo de contenido en contra de la Autoridad.

*Que en relación a lo dispuesto en el punto **VIGÉSIMO TERCERO** del Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, el mismo no hace más que apoyarse en una norma como es la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2002, en cuya tipificación no existe la "Falta de entrega de documentos y/o información a la comisión fiscalizadora. La resolución impugnada no establece tipos sancionables de inconducta administrativa, por lo que su cita es impertinente.*

*Que en efecto, si tenemos en mente que toda norma para ser aplicable debe estar revestida del atributo esencial que es la coercibilidad, o sea, la probabilidad de castigar su incumplimiento, no existen entonces mayores razones para impugnar el punto **VIGÉSIMO TERCERO** citado ut supra. De igual forma los recurrentes vuelven a caer en presunciones como la afectación a la normal gestión de las Entidades Aseguradoras en caso que deban pagar una multa entre 80.001 UFV y 200.001 UVF, sin demostrar en qué grado o como afectaría su gestión, aspecto que no puede ser considerado con el solo hecho de una presunción.*

CONSIDERANDO:

*Que a pesar que los recurrentes no han podido demostrar ninguna de sus presunciones y argumentaciones, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, entiende su preocupación por lo que, considera pertinente realizar algunas aclaraciones en relación a los puntos **DECÍMO SEGUNDO** y **DÉCIMO OCTAVO** del Reglamento para la*

Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, correspondiendo confirmar parcialmente la mencionada norma…"

4. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

En fecha 26 de marzo de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presentaron, en forma separada, sus Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 176-2014 de 11 de marzo de 2014, no obstante, ambos bajo los mismos argumentos que se transcriben a continuación:

"…***II.3.1.RATIFICACIÓN***

Mediante el presente recurso jerárquico, interpuesto contra la R.A. N° 176/2014, nos ratificamos en todos y cada uno de los fundamentos expuestos al presentarse el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013 y solicitamos que sea considerado por la autoridad competente de resolver el presente recurso jerárquico y que resuelva todos y cada uno de los fundamentos contenidos en el recurso de revocatoria interpuesto contra la citada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132/2013 de 9 de diciembre de 2013, al resolver el presente recurso jerárquico.

II.3.2.ILEGALIDAD Y ARBITRARIEDAD

- La APS dispone, al resolver el recurso de revocatoria, la inclusión del artículo vigésimo cuarto Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador que prevé que ***el plazo para la entrega de la documentación y/o información adicional que sea solicitada por la comisión fiscalizadora durante una fiscalización ordinaria, será acordado con el encargado de atender a la comisión*** *tomando en cuenta aspectos como la distancia, tipo y cantidad; y, que se procederá de la misma forma en las fiscalizaciones especiales que lleve adelante la APS.*

- Sobre esta previsión debe tenerse en cuenta dos aspectos esencial,(sic) el primero referente a las actuaciones administrativas realizadas por personas que tengan su domicilio en el mismo municipio al de la sede de la APS; y, el segundo referente a las actuaciones administrativas realizadas por personas que tengan su domicilio en un municipio distinto al de la sede de la APS.

- En referencia a las actuaciones administrativas realizadas por personas que tengan su domicilio en un municipio distinto al de la sede de la APS debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21.III de la Ley de Procedimiento Administrativo que prevé: "ARTÍCULO 21°.- (TÉRMINOS Y PLAZOS)...III. Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por personas que tengan su domicilio en un Municipio distinto al de la sede de la entidad pública que corresponda, tendrán un ***plazo adicional*** *de cinco (5) días, a partir del día de cumplimiento del plazo",* ***(las negrillas son nuestras).***

- La APS, al dictar el Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones del Mercado

Asegurador no puede aprobar la vigencia del artículo vigésimo cuarto que dispone que el plazo será acordado entre la APS y el encargado de atender la comisión. El plazo, simplemente, ya está previsto en la norma (Ley de Procedimiento Administrativo) y no puede ser diferente y, menos aún, sujetarse a un acuerdo entre el representante de la Administración Pública (servidor público de la APS) y administrado (encargado de atender la Comisión).

- Además, se debe tener en cuenta que por el poder de imperium del Estado no existe, prima facie, un equilibrio en la relación Administración-Administrado, este equilibrio está dado en función al principio de legalidad; es decir, que la Administración debe actuar en sujeción a la norma, estableciéndose de esta forma el adecuado equilibrio, porque el Administrado está protegido en sus derechos e intereses por la norma.

- En referencia a las actuaciones administrativas realizadas por personas que tengan su domicilio en el mismo municipio al de la sede de la APS, este órgano de regulación esgrime fundamentos que no guardan coherencia con los fundamentos del Derecho.

- La APS afirma en la R.A. N° 176/2014 que el recurrente esgrime presunciones que deben ser probadas y que no presenta prueba alguna; al respecto, la APS debe adecuar su actuación, una vez más a las disposiciones legales, en concreto a lo previsto por el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo que dispone que la Administración Pública debe (obligación) investigar la verdad material, por lo tanto, la carga de la prueba es de la Administración Pública y no del administrado.

- Por otra parte, la APS afirma que las fiscalizaciones especiales son aquellas destinadas a examinar, revisar, aclarar o evaluar situaciones específicas o cuando estas afecten de manera sustancial a la situación técnica, financiera y legal del operador lo que implica que la duración de estas es mínimo, incluso de un (1) día, justamente por el tema específico a tratar.

De la lectura de las aseveraciones realizadas por la APS, sólo podemos concluir que los plazos otorgados por la APS son de imposible cumplimiento y no son proporcionales con los fines de un Estado de Derecho que permite una adecuada y legítima defensa.

Si se revisa la Ley N° 1883 de Seguros se advierte, precisamente, que el inciso a) de su artículo 48 prevé que se podrá intervenir para liquidar una entidad aseguradora cuando ésta incurra en el incumplimiento insubsanable de alguna de las obligaciones establecidas en el art. 12 de la Ley de Seguros, las obligaciones establecidas en el citado Art. 12, precisamente, se refieren al cumplimiento de los requisitos de solvencia económica financiera (situación técnica, financiera y legal de la aseguradora).

Cómo podrá advertirse la APS otorgará el plazo de un (1) día para presentar información referente al cumplimiento de los requisitos de solvencia económica financiera y podrá en función a su revisión disponer la intervención de una aseguradora; se concluye, por lo tanto, que los criterios que aplicará la APS no son idóneos y generaran indefensión de los administrados (aseguradoras).

Las aseguradoras deben ser reguladas y fiscalizadas, respetando el ordenamiento jurídico y otorgando las garantías para una adecuada defensa, por lo tanto, los plazos que normativamente y no arbitrariamente se establezcan deben ser proporcionales a los fines públicos en el marco de las garantías de los administrados.

Además, debe tenerse en cuenta que el actuar discrecional de la Administración, no debe tornarse en arbitrario y no se convierte en arbitrario cuando está sujeto a un principio normativo. Bajo esta línea de pensamiento Tomás Ramón Fernández afirma que la noción de arbitrariedad ha sido considerada como la cara negativa de la discrecionalidad, idea que hunde sus raíces en la idea germánica del poder residual del Ejecutivo como sustraído del campo de acción del Parlamento y, por lo tanto, libre del derecho; y, el Tribunal Supremo afirma que "debe considerarse como una conquista indiscutida que la potestad discrecional se encuentra limitada por ***las normas procedimentales y por los principios inspiradores de aquel ordenamiento*** *(...) Pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento, extremo éste a revisar por la jurisdicción contencioso-administrativa" (STS del 7 de diciembre de 1994, Sala 3a, Sección 4. PONENTE: Excmo. Sr. D. MARIANO BAENA DEL ALCAZAR).*

En conclusión, la norma que regula las fiscalizaciones, el Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador u otra norma de mayor primacía, debe establecer los plazos para el requerimiento de la información y documentación y no dejarlo al arbitrio de los servidores públicos de la APS, por lo tanto, debe establecerse un plazo razonable en atención a los fines públicos y a las garantías procesales.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y en cumplimiento a los requisitos reglamentariamente previstos, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. Admita el presente recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 176-2014 de 11 de marzo de 2014 y en su mérito contra la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS N° 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013.

2. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso jerárquico disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 176-2014 de 11 de marzo de 2014 y en su mérito de la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS N° 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, por los fundamentos expuestos u otros que considere pertinentes…"

5. ACUMULACIÓN DE LOS RECURSOS JERÁRQUICOS.-

En oportunidad del Auto de Admisión de 2 de abril de 2014 y al encontrarse interpuestos ambos recursos contra el mismo acto administrativo (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de 11 de marzo de 2014), se dispuso la acumulación de los Recursos Jerárquicos interpuestos por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó el "Reglamento para la realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador", con el objetivo de "*Establecer el procedimiento a seguir por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la realización de fiscalizaciones en campo (in situ), a los operadores del mercado asegurador*".

Norma contra la que -entre otras entidades- **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, interpusieron por separado Recursos de Revocatoria, bajo igual argumentación, mismos que fueron resueltos a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de 11 de marzo de 2014, determinando la confirmación parcial del acto impugnado.

En fecha 26 de marzo de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** presentaron, en forma separada, sus Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 176-2014 de 11 de marzo de 2014, los que ahora acumulados, se pasan a analizar y resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

La controversia puesta a conocimiento de la suscrita autoridad, tiene como objeto de análisis, la legalidad del "Reglamento para la realización de Fiscalizaciones y Control de Pensiones y Seguros, en sujeción a los argumentos presentados por las recurrentes.

2.1. De la competencia.-

SEGUROS ILLIMANI S.A. y **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** señalan que la Administración Pública podrá dictar actos administrativos, cuando tengan atribuida la competencia para ello, y que la falta de la misma conlleva la nulidad de pleno derecho del acto administrativo emitido. Estos argumentos se presentan –aunque no de manera precisa- cuando las recurrentes cuestionan la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al determinar que la información y/o documentación

adicional dentro del proceso de fiscalización reglamentado por la norma impugnada, está sujeta a la determinación de la Comisión de Fiscalización.

Ello nos conduce a revisar con carácter previo, los siguientes extremos que hacen al acto administrativo y específicamente a la competencia, así tenemos:

El artículo 27° de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, señala que:

> "…*Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo*…"

Y su artículo 32°, que:

> "...*los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación, salvo que en ellos se disponga otra cosa*…"

Siguiendo con el análisis, importa traer a colación el precedente administrativo desarrollado por la ex Superintendencia General del SIREFI, en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005, de 12 de septiembre de 2005, que señala:

> "…*Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar, desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (…) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.*
>
> *Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122 la sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley*…"

Por su parte, el artículo 168° de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece que el Organismo de Fiscalización tiene entre sus funciones y atribuciones:

> "… ***b)*** *Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Publica de la Seguridad Social de largo plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes*…"

Subsumiendo al caso de autos, tenemos que conforme lo establecen el artículo 197° y el inciso b) del artículo 168°, ambos de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como Órgano Regulador, **tiene la facultad de regular, controlar y supervisar a las entidades que desarrollan sus actividades dentro de su ámbito de aplicación**, facultad reguladora entendida como aquella que tiene un determinado órgano, para emitir normas, reglamentos y órdenes o actos administrativos para la satisfacción de los intereses públicos y que garanticen el poder de acción de la Administración.

Por lo tanto el "Reglamento para la realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador", aprobado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, **se constituye en un acto administrativo emitido por autoridad competente cual es la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.**

2.2. Del objeto y principios de Derecho Administrativo relacionados al caso de autos.-

Las partes recurrentes observan la ausencia de un requisito esencial del acto administrativo, cual es el objeto cierto, lícito y materialmente posible, señalando:

> "*…que el artículo décimo octavo del Reglamento aprobado por la resolución administrativa recurrida es de imposible cumplimiento, por lo tanto, este acto administrativo no cumple con uno de los requisitos esenciales que es el de la posibilidad material de cumplimiento (inciso b) del art. 28 de la LPA), generándose consecuentemente su nulidad de pleno derecho de acuerdo a los dispuesto por el inciso b) del parágrafo I del Art. 35 de la LPA, por lo tanto, se solicita la revocatoria de esta disposición administrativa impugnada*…"

Artículo que se encuentra relacionado con el plazo para la presentación de la documentación y/o información adicional, mismo que junto con otros artículos de igual contenido, hacen la esencia de la impugnación de las recurrentes, por lo cual y a objeto de pronunciarse sobre este aspecto, importa previamente cual se realiza en el numeral siguiente, realizar la revisión de los mismos tomando en cuenta su licitud, la posibilidad de cumplimiento, y el estricto apego a los principios de derecho administrativos, a tiempo de su aplicación.

2.2.1. Plazos de entrega de Documentación y/o Información.-

A los efectos del análisis correspondiente, y toda vez que el motivo de la presente controversia versa sobre la aplicación de los plazos establecidos para la entrega de documentación y/o información adicional en un proceso de fiscalización, corresponde a la suscrita autoridad, el control de legalidad del Reglamento impugnado, en torno a ello.

Por lo que, en primera instancia corresponde transcribir la normativa específica referente a los plazos establecidos, para que luego proceder a su análisis y conclusiones pertinentes, a saber:

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, en su

artículo séptimo establece que:

> "…***CUARTO.-*** *La documentación y/o información que la comisión requiera de los regulados para el ejercicio de sus funciones, le será entregada y presentada en los formatos que se establezcan y dentro de los plazos que se señalan en el presente Reglamento.*
>
> ***La Comisión no podrá otorgar más de cinco (5) días hábiles para la entrega de la documentación***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Los artículos ocho, décimo primero y décimo segundo del citado Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador, en lo que respecta a la entrega de información y/o documentación correspondiente a las Fiscalizaciones Ordinarias o de Seguimiento, determinan:

> "…***OCTAVO.-*** *La APS remitirá al operador del mercado asegurador la correspondiente nota de aviso de fiscalización* ***cinco (5) días hábiles antes de iniciar la misma*** (…)
>
> ***…DÉCIMO PRIMERO.-*** *Firmada el Acta de Presentación e Inicio de Trabajo, el operador del mercado asegurador, deberá entregar a la comisión la documentación y/o información requerida previamente mediante nota de aviso de fiscalización,* ***máximo hasta el segundo día hábil de iniciada la fiscalización.***
>
> ***DÉCIMO SEGUNDO.-*** *La documentación y/o información adicional que fuera requerida por la comisión,* ***deberá ser entregada en los plazos otorgados por esta***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El artículo décimo octavo del mismo cuerpo normativo, con relación a los plazos para la entrega de información y/o documentación señala:

> "…***DECIMO OCTAVO.-*** *La documentación y/o información, que fuera requerida por la comisión,* ***deberá ser entregada en los plazos otorgados por esta***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El artículo vigésimo Cuarto, adicionado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 176/2014 de 11 de marzo de 2014, que resuelve el recurso de Revocatoria presentado por las entidades aseguradoras, determina:

> "...***VIGESIMO CUARTO.-*** *El plazo para la entrega de la documentación y/o Información adicional que sea solicitada por la comisión fiscalizadora durante una fiscalización ordinaria, será acordado con el encargado de atender a la comisión tomando en cuenta aspectos como la distancia, tipo y cantidad.*
>
> *Se procederá de la misma forma en las fiscalizaciones especiales que lleve adelante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros…"*

Ahora bien, conforme se tiene de la revisión del expediente administrativo, tenemos que las recurrentes alegan que el Reglamento para la Realización de Fiscalizaciones al Mercado Asegurador debe establecer los plazos para el requerimiento de la información y/o documentación adicional de manera expresa y no dejarlo al arbitrio de los servidores públicos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ello en atención a las garantías procesales, así mismo esta incertidumbre -según refieren- hace a la imposibilidad material de su cumplimiento, más aún cuando se vaya a requerir información considerable o la misma se encuentra en el lugar distinto a la de la inspección.

Al respecto, y debido a su trascendencia, se trae a colación la propia fundamentación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, quien en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 176/2014, que cursa a fojas 106 de obrados, señala que es de conocimiento de la Entidades Aseguradoras, que cuando un documento y/o información, no se encuentra en dependencias del lugar donde se está efectuando la inspección in situ, **se llega a un acuerdo con la compañía en la cual se establece el plazo de entrega de estos, tomando en cuenta distancia, tipo y cantidad de documentos y/o información;** asimismo, -la autoridad reguladora- argumenta que la experiencia de la APS en las fiscalizaciones que lleva adelante, ha demostrado que no es necesario establecer plazos mínimos para la entrega de documentación y/o información, cualquiera sea el tipo y la cantidad, extremos que deben ser considerados con el encargado de atender a la comisión.

Entonces, es pertinente revisar las determinaciones dadas en el Reglamento hoy en controversia legal, en cuanto a los plazos establecidos para la entrega de información y/o documentación, así tenemos:

a) El artículo cuarto, del Capítulo denominado Disposiciones Generales de Fiscalización, (es decir aplicable a todos los tipos de fiscalizaciones) determina que la Comisión Fiscalizadora no podrá otorgar más de cinco (5) días hábiles para la entrega de documentación.

Es así que se tiene como primera condicionante que el tiempo máximo de entrega de documentación es de cinco (5) días hábiles, tanto para aquella inicial o adicional (al no encontrarse especificada).

b) En sus artículos octavo y décimo primero, se establecen los plazos para la entrega de información en una Fiscalización Ordinaria, donde se determina que debe procederse con un aviso de fiscalización cinco (5) días hábiles antes de iniciar la misma, y la documentación debe ser entregada máximo hasta el segundo día hábil de iniciada la Fiscalización.

Procedimiento que no ha sido observado por las entidades recurrentes, por lo que esta instancia jerárquica no se pronuncia.

c) Ahora bien, siguiendo la revisión tenemos que el Reglamento en sus artículos décimo segundo y décimo octavo, (Fiscalización Ordinaria y Fiscalización Especial respectivamente), establecen que la documentación y/o información adicional que fuera requerida por la Comisión deberá ser entregada en los plazos otorgados por ésta.

Con referencia a las fiscalizaciones de seguimiento, las mismas a tiempo de su desarrolla las asimila a las fiscalizaciones ordinaria, pese a su diferenciación en el artículo séptimo.

d) Mediante artículo vigésimo cuarto (añadido a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria), que se encuentra en el Capítulo Tercero (Del incumplimiento) se determina que "el plazo" para la entrega de la documentación y/o información adicional que sea solicitada por la comisión fiscalizadora durante una fiscalización ordinaria o especial, **será acordado con el encargado de atender a la comisión tomando en cuenta aspectos como la distancia, tipo y cantidad.**

De lo anteriormente glosado, tenemos la existencia cierta de una contradicción entre las determinaciones reglamentarias de la APS e incluso de su propia fundamentación, por las siguientes razones.

La APS determina (en general) dos tipos de fiscalización una ordinaria y otra especial, determinando que la documentación y/o información adicional deberá ser entregada en ambos casos en un plazo máximo de cinco días (sin establecer plazos mínimos), y a sujeción de la determinación de la comisión de fiscalización.

Sin embargo, y de manera no ordenada y "atendiendo" los requerimientos de los recurrentes a tiempo de la interposición del recurso de revocatoria, **incluye** un artículo en la parte final del Reglamento, (olvidando que el mismo se encuentra separado por Capítulos específicos), donde de forma contradictoria al artículo cuarto, determina nuevos parámetros, como ser el **acordar los plazos** entre comisión y entidad fiscalizada, **tomando en cuenta distancia, tipo y cantidad,** sin embargo -y como se señaló- olvida la APS que existe un plazo máximo de otorgación condicionado en el ya señalado artículo cuarto, que es de cinco días hábiles, lo cual hace inaplicable la esencia misma del artículo vigésimo cuarto que se quería atender.

Esta contradicción es fundamental a la hora de atender la impugnación de las entidades aseguradoras, ya que la misma no condice con los argumentos o fundamentos presentados por la APS a efectos de incluir el artículo vigésimo cuarto, e incluso y de manera más clara en el informe Técnico, donde se ratifica la necesidad de considerar las condicionantes de distancia, tipo y cantidad.

Es así que sin lugar a dudas, se puede concluir que la Reglamentación emitida por la APS,

no cuenta con claridad y precisión, así como resulta incongruente al no corresponder su determinación con la fundamentación dada y que le llevó a modificar su Reglamentación.

Esta falta de claridad, deja en incertidumbre al regulado, afectando inclusive la tipicidad de la infracción y consiguiente proceso sancionatorio que pueda instaurarse, ya que si una norma no es clara y precisa y más aún resulta contradictoria (tomando en cuenta la fundamentación de su emisión), resulta inaplicable en contravención al principio de tipicidad y debido proceso que debe regir.

Ello genera inseguridad jurídica a las entidades sujetas al ámbito de regulación de la Autoridad de Pensiones y Seguros, ante una alta posibilidad de adecuación típica por incumplimiento de plazos, de cuya consecuencia se genere imposibilidad de aplicar una sanción.

Precisiones arribadas y que se ahondarán en los numerales siguientes:

2.1.2. Del objeto cierto, lícito y materialmente posible

El inciso c) del artículo 28 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, señala que, "*Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:* (…) *El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible*…"*;* el objeto contiene el contenido y materia del acto administrativo que debe ser materialmente posible y existente.

Subsumiendo el análisis de plazos desarrollados en el numeral 2.2.1. anterior, tenemos que se ha evidenciado falta de claridad y precisión de la norma en su integridad, toda vez que el mismo cuenta con artículos contradictorios, que generan una vulneración a las garantías y principios establecidos y aplicados al Derecho Administrativo.

Que si bien el objeto es cierto y lícito, así como materialmente posible –porque no se ha demostrado lo contrario con hechos fácticos- sin embargo resulta inaplicable si consideramos que es la propia Autoridad Reguladora, la que justifica la necesidad de determinar ciertos plazos considerando distancia, tipo y cantidad.

2.1.3. Principios del Derecho Administrativo.-

2.1.3.1 Congruencia y fundamentación.-

La congruencia, es un principio procesal administrativo, que hace a la garantía del debido proceso, obligando a la autoridad competente a emitir sus actos bajo estricta correspondencia entre lo peticionado y lo resuelto.

La Sentencia Constitucional N° 2016/2010-R de 9 de noviembre de 2010 establece que:

> "…*De la naturaleza jurídica del debido proceso, deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien,*

esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes…"

Conforme se tiene transcrito, la congruencia a su vez implica que **las resoluciones deben ser ante todo claras e inteligibles** (más que extensas), pues tienen la finalidad de informar de manera efectiva a las partes, sobre los aspectos más relevantes de la resolución, permitiéndole asumir un conocimiento cabal y suficiente acerca de las razones que sustentan la decisión.

Al respecto, la ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

"…*Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda…"

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos, y como se vio en el análisis realizado en el numeral 2.2.1. se evidencia la Reglamentación emitida por la APS no ha seguido el Principio de Congruencia, al no dar certeza y ser imprecisa en cuanto a los plazos de entrega de la documentación y/o información adicional requerida por la comisión en la Fiscalización Ordinaria y Especial. Esta incongruencia denota incertidumbre jurídica, más aún cuando la fundamentación de la Resolución no condice con su determinación.

2.1.3.2. Seguridad jurídica, tipicidad, legalidad y el debido proceso.-

El inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que:

"…*II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables…*"

Por su parte la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

> "…*La* ***seguridad jurídica*** *apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento,* ***de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica.*** *En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, la Sentencia Constitucional N° 0070/2010 de 3 de mayo de 2010, señala:

> "…*La seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad*…"

Congruentemente con lo desarrollado, la seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado, de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la **certeza del derecho**, la **certidumbre jurídica** que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.

Asimismo, al tomar en cuenta la congruencia y la seguridad jurídica, no se pueden dejar de lado la tipicidad y la legalidad, elementos sustanciales del debido proceso.

Alejandro Nieto García en "*Derecho Administrativo Sancionador*", señala:

> "…*la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de*

proceder de la siguiente manera ***a)*** ***Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase...*" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en "*Curso de Derecho Administrativo II*", señalan:

"*…El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de* ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** (...)

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa..." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, ha establecido a su vez, en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, que:

"*…la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo* ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria...*"

Es así que el principio de tipicidad responde al principio de que "*no existe delito, sin Ley previa que lo consagre*", por tanto el cumplimiento del Principio de Tipicidad, se consagra como una garantía jurídica para el supuesto actor de un delito imputado, juzgado o procesado, sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

No obstante, el principio de tipicidad se encuentra estrechamente relacionado con el principio de legalidad, mismo que se encuentra contemplado en la Constitución Política del Estado, en el parágrafo II de su artículo 116, que a la letra indica: "*Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*".

Por su parte el principio de legalidad reconocido en varias disposiciones constitucionales, exige que la conducta a sancionar, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar expresa y claramente definidos por la ley con carácter previo a la aplicación e imposición de estas medidas. De ahí que la jurisprudencia constitucional ha expresado, en relación a este principio, que comprende una doble garantía:

> "…*La primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración*…"

Respecto de las finalidades de este principio, se señala que otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer, exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad a terceros, por ser una competencia privativa de la autoridad competente; constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.

Por lo que de la argumentación expuesta y en cuanto a la tipificación de las sanciones, es preciso adecuar una conducta a un tipo, en este entendido, **no podría obligarse a la entidad regulada a adecuar su acción u omisión a un tipo legal incierto y contradictorio,** que además estará condicionado a la voluntad y determinación de terceras personas, cual de hecho vulnera el principio de tipicidad, toda vez que el administrado no cuenta con el marco legal expreso para ser procesado o condenado, lo cual provoca, por supuesto, indefensión, vulneración a un derecho fundamental, protegido constitucionalmente: el derecho a la defensa.

Por lo que, y conforme se viene desarrollando, esta instancia ha evidenciado incongruencia, en la norma reglamentaria emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, y aprobada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, en cuanto a los plazos establecidos para la entrega de documentos durante el proceso de fiscalización, en lo referente a la precisión de sus límites, **sin perjuicio de la potestad reconocida a la comisión fiscalizadora de otorgarlos.**

Por lo tanto, la ausencia de claridad en la norma genera contravención al principio de tipicidad (omisión de adecuar una contravención especificada en la norma a una sanción reglamentada anteriormente) e incluso causa indefensión ya que es imposible determinar la omisión o acción, que conllevará a una sanción de una norma contradictoria o imprecisa.

De la exposición anterior de principios sobre los cuales se rige la Administración Pública se concluye que estos constituyen un pilar fundamental a los que debe adecuarse toda norma regulatoria emitida por autoridad competente, constituyen una garantía de legalidad procesal para proteger, la seguridad jurídica, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones administrativas, de manera que sus determinaciones que se presentan en cualquier proceso, estén previa y claramente reguladas en el ordenamiento vigente.

3. Del Principio de Discrecionalidad.-

Respecto al argumento presentado por las entidades recurrentes, sobre la transgresión al principio de discrecionalidad, se tiene que, conforme a la doctrina, el fundamento del principio de discrecionalidad se encuentra en la imposibilidad de que la Ley establezca para cada caso concreto, el camino a seguir, otorgando la facultad a la Administración Pública de contar con cierta libertad de acción para emitir decisiones, pero bajo el principio de legalidad, lo cual nos lleva a la discrecionalidad reglada que rige la actividad administrativa.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004, señala:

> "…***Principio de los límites a la discrecionalidad.*** *La discrecionalidad se da* ***cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada****. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente*…"
>
> Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad.
>
> El precedente administrativo que, siguiendo la doctrina, dio este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ-SIREFI Nº 052/2012 de 2 de octubre de 2012, sobre la discrecionalidad, señala:
>
>> "…***la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión;*** *la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.*

(…) ***Por lo que queda claro, que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal, que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados*** *que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es así que la discrecionalidad reglada, **en materia administrativa, constituye la garantía constitucional que le asiste al administrado.**

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos, tenemos que la Autoridad Reguladora, por su parte, fundamenta su decisión principalmente en que en su experiencia, **no es necesario establecer plazos mínimos para la entrega de documentación y/o información, cualquiera que fuera el tipo de fiscalización, debido a que este aspecto siempre es considerado en base a los argumentos que realiza el operador del mercado asegurador, tomando en cuenta distancia, tipo y cantidad,** situación que la obligó a incluir el artículo Vigésimo Cuarto a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, sin embargo olvidó de la existencia del artículo cuarto, generando la incertidumbre y falta de precisión de la normativa, analizada a lo largo del presente recurso.

Por lo que, queda clara la facultad discrecional que le asiste a la Autoridad Reguladora, la misma que por su esencia administrativa es reglada, sin embargo dicha facultad no permite o justifica la contradicción generada por la imprecisión que ha generado la APS en el Reglamento de Fiscalización al incluir el articulo vigésimo cuarto (sin tomar en cuenta los demás artículos), máxime si dicha inclusión delimita la otorgación de plazos, no a una norma específica, expresa y cierta, sino a la contradicción de acordar plazos en función a cantidad tipo y distancia, ello -como se dijo- sin considerar la pre existencia de un plazo de cinco días hábiles, resultando en conclusión intrascendente su inclusión.

Por lo que, a efectos de no vulnerar principios y garantías como es el debido proceso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al margen de establecer plazos máximos, **debió regular de forma clara y precisa el tratamiento de aquellos plazos que consideren cantidad, tipo y distancia que los reconoce como fundamentales a tiempo de la entrega de información y/o documentación adicional, pero considerando cuanta modificación sea necesaria al Reglamento en su conjunto, a efectos de obtener una norma clara y precisa, evitando contradicciones,** cual ocurrió en el caso de autos.

Por lo que es evidente la vulneración de la autoridad reguladora de principios a los cuales debe adecuarse la normativa administrativa, en este caso regulatoria, conllevando a establecer la inobservancia al debido proceso como garantía constitucional.

Por lo que del análisis de la controversia expuesta y fundamentada, se evidencia una clara vulneración a principios y garantías que deben enmarcarse las actuaciones administrativas emitidas por un órgano regulador competente cual es la Autoridad de Fiscalización y

Control de Pensiones y Seguros.

Lo anterior hace razonable, sino justificado, representar un agravio por ello, como lo han hecho las recurrentes, por cuanto, afecta a su derecho a obtener una resolución debidamente fundamentada y justificada, que contenga una exposición concisa y razonable que permita conocer, de forma indubitable, las razones que llevaron a tomar la decisión, extremo que se extraña en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013 y APS/DJ/DS/N^{0} 176-2014 de 11 de marzo de 2014.

4. Atribución Sancionatoria de la Autoridad Reguladora.-

En cuanto a la atribución sancionadora, las entidades recurrentes señalan que:

"*...El artículo 23 del Reglamento prevé que la falta de entrega de los documentos o la información a la comisión de la APS será considerada como resistencia a la fiscalización y, por lo tanto , sancionada por el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros, conducta que está tipificada en el inciso f) del artículo 17 de la citada norma, como infracción grave sujeta a la imposición de una sanción (multa) no menor a los 80.001 UFV y no mayor a los 200.001 UFV; multa cuyo pago, que es indefectible, afectará la normal gestión de la aseguradora...*"

Al respecto cabe precisar que, la aplicación de sanciones por contravenciones al marco regulatorio del mercado asegurador, está normativamente atribuida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, conforme lo especifica el artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

Por otro lado, el artículo 24 del Decreto N° 25201 de 16 de octubre de 1998, establece que: "*Las sanciones específicas provenientes de hechos, actos u omisiones realizadas por entidades y personas sujetas a la regulación de la Superintendencia*, *serán reglamentadas mediante resolución específica emitida por la Superintendencia*".

Concordante con la norma anterior, el artículo 1° de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2002, Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, señala que:

> "*...La presente norma regula los tipos de infracciones y sanciones previstos por la Ley de Seguros, cuya imposición está a cargo de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en adelante "Superintendencia*".
>
> *Las regulaciones contenidas en la presente norma se aplican a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiera creado, que se encuentran operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a:*
>
> ***a)*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras.*
> ***b)*** *Los intermediarios de seguro y de reaseguro: agentes de seguros, corredores de seguros y reaseguros.*
> ***c)*** *Los auxiliares del seguro: ajustadores y liquidadores de reclamos, inspectores de*

averías, investigadores de siniestros y asesores en seguros.

d) *Entidades de prepago.*

e) *Personas naturales y jurídicas que sin estar comprendidas en los incisos anteriores incurran en actos u omisiones contrarios a los establecidos por la Ley de Seguros y sus reglamentos y que tales actos u omisiones sean pasibles de sanción, emitidas por la Superintendencia, dentro del ámbito de su competencia...*"

Es así que en un sentido amplio, la sanción se conceptúa como un medio del que se vale el legislador para asegurar la eficacia de la norma, y en su sentido estricto, es la consecuencia dañosa que se imputa a la violación de una norma, por lo cual, siendo que el plazo en su límite inferior para la entrega de la documentación requerida durante un proceso de fiscalización, no se encuentra delimitado y/o establecido de manera clara, se tiene que la atribución sancionatoria de la Autoridad de Pensiones y Servicios se vería limitada bajo los criterios de legalidad de la potestad fiscalizadora y sancionatoria, que hacen a una afectación al Principio de Tipicidad y Debido Proceso, garantizado por lo previsto en el parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado.

Si bien el objetivo, la competencia y la atribución sancionadora resultante de la facultad regulatoria para el caso de autos, es indiscutible, sin embargo, el establecer y adecuar a un tipo incierto (plazos), siendo tal extremo pasible a generar una inseguridad jurídica en las entidades sujetas a regulación, al momento de la imposición de una sanción, toda vez que, si bien las sanciones se encuentran establecidas en la normativa vigente relativa al mercado asegurador, no se puede establecer una sanción si la contravención se basa en una normativa incierta y contradictoria, considerando la esencia misma de la modificación realizada.

Sin perjuicio de ello, debe dejar absolutamente en caso la facultad sancionatoria de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el evento de una contravención al orden legal establecido conforme se tiene establecido en la Ley de Seguros, el Decreto N° 25201 de 16 de octubre de 1998, y la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2002, Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, preceptos legales desglosados *ut supra*.

CONSIDERANDO:

Por lo tanto esta instancia concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha adecuado su accionar al cumplimiento estricto de la norma, existiendo vulneración a los principios fundamentales del derecho administrativo en cuanto a la determinación de los plazos en un proceso de fiscalización ordinaria y especial determinada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013, que ha sido confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 176-2014 de 11 de marzo de 2014.

Que, de conformidad con el artículo 44°, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del

Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR el procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 1132-2013 de 9 de diciembre de 2013 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 036/2014 DE 23 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 044/2014 DE 26 DE JUNIO DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2014

La Paz, 26 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 036/2014 de 23 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 037/2014 de 27 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 065/2014 de 5 de junio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de febrero de 2014, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, representado legalmente por su Gerente General a.i., Sra. Mabel Vera Turdera, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 3046/2012 de fecha 6 de septiembre de 2013, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 78, del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 036/2014 de 23 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 776/2013 de 26 de noviembre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-25581/2014, con fecha de recepción 18 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 036/2014 de 23 de enero de 2014.

Que, mediante auto de fecha 24 de febrero de 2014 y notificado en fecha 5 de marzo de 2014, se requirió al recurrente fijar domicilio especial dentro del radio urbano del domicilio del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, así como aclarar si la actuación de la señora Julia Mabel Vera Turdera es en calidad de Gerente General a.i. o de Subgerente de Estructuración, al existir contradicción entre el memorial de interposición de Recurso Jerárquico y el Testimonio de Poder Nº 3046/2012.

Que, mediante memorial presentado en fecha 7 de marzo de 2014, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A**. señaló domicilio, conforme le fuera requerido, y aclaró que la actuación de la señor Julia Mabel Vera Turdera es en calidad de Gerente General a.i.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de marzo de 2014, notificado en fecha 20 de marzo de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 036/2014 de 23 de enero de 2014.

Que, en fecha 7 de mayo de 2014, se realizó la Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitado por el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013, notificó al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, con los siguientes Cargos:

> "…*El 10 de enero de 2013, la Sociedad de Titularización habría remitido a este Órgano de Supervisión los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra - Nafibo 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012, con los siguientes errores e inconsistencias:*
>
> - *El Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 Inversiones permanentes) reportó Bs275,974,373 a diferencia del formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" que reportó Bs276,023,457, existiendo una diferencia de Bs49,084, por la omisión en el registro del devengamiento de fecha 5 de diciembre de 2012.*
> - *En el grupo Total Patrimonio muestra un saldo de Bs50,898,280, cuando el importe correcto corresponde a Bs50,865,171, existiendo una diferencia de Bs33,109, tal como se muestra a continuación:*

CUENTAS DE PATRIMONIO	***EEFF AL 31/12/2012 REMITIDOS EL 10/01/2013 IMPORTE (Bs)***

Utilidad de periodo o gestión	***9,029.745.00***
Utilidades acumuladas	***41,835,426.00***
Total patrimonio (importe correcto)	*50,865,171.00*
Total patrimonio (Según EEFF remitidos por BDP ST)	*50,898,280.00*
Diferencia	***-33,109.00***

Dicha conducta, constituiría infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del (sic) *Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, protocolizado mediante Escritura Pública N°3447/2008 de 31 de julio de 2008 y modificado por Escritura Pública N°3720/2008 de 20 de agosto de 2008, por lo que constituiría contravención al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000.*

En caso de verificarse el cargo mencionado, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo ***67*** *del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo* ***N° 27175,*** *se concede a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,*** *el plazo de cinco* ***(5)*** *días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota BDP.ST/2013-2598, presentada en fecha 12 de noviembre de 2013, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"*…Los cargos imputados a BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante nota cite ASFI/DSV/R- 157958/2013 de 17 de octubre de 2013, ya fueron notificados por ASFI con nota cite ASFI/DSV/R- 114011/2013 de 1ro. de agosto de 2013, por lo que, en uso de los principios que consagran el debido proceso, corresponde de nuestra parte solicitar al ente regulador la aplicación del principio "non bis in ídem", el mismo que es explicado en la Sentencia Constitucional 1764/2004R emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y que a efectos de ser considerado en el presente proceso se señala textualmente lo siguiente:*

> *"Según la doctrina el principio del non bis in idem tiene por finalidad la protección del derecho a la seguridad jurídica a través de la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado. El principio non bis in idem tiene su alcance en una doble dimensión, pues, de un lado, está el material, es decir, que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho y, de otro, el procesal referido al proceso o al enjuiciamiento en sí, es decir, que ante la existencia de identidad de sujeto, objeto y causa, no sólo que no se admite la duplicidad de resolución por el mismo delito, sino también que es inadmisible la existencia de un nuevo proceso o juzgamiento con una repetición de las etapas procesales.*
>
> *En la segunda dimensión del alcance, es decir, el procesal, se infiere que la*

manifestación esencial del principio non bis in Idem es la cosa juzgada, lo que supone la existencia de un proceso cuyo resultado sea una sentencia ejecutoriada, misma que podrá ser absolutoria, declaratoria de inocencia o condenatoria, lo que implica el cierre del proceso penal en forma definitiva y firme, de manera que a partir de ello, el Estado no puede pretender ejercer su potestad del ius puniendi contra la misma persona y por los hechos que motivaron ya el juzgamiento...".

Bajo tales premisas, corresponde mencionar que en este caso existe identidad de sujeto, objeto y casusa, por tanto, corresponde la aplicación del principio non bis in idem como parte del debido proceso administrativo sancionatorio, siendo inadmisible el inicio de un nuevo proceso cuando el primero ha concluido con la emisión de la Resolución ASFI No. 588/2013 de 10 de septiembre de 2013, que a la fecha adquirió el carácter de cosa juzgada y que en la parte resolutoria determina expresa y fehacientemente "Dejar sin efecto el cargo imputado a BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1ro. de agosto de 2013".

En consecuencia, la Resolución emitida por ASFI resulta ser una garantía que prohíbe al ente regulador investigar, juzgar o sancionar a una Sociedad por un mismo hecho respecto del cual, ya se tramitó un proceso y se emitió una decisión.

Por otra parte y sin perjuicio de lo ya señalado, corresponde mencionar que la Ley del Mercado de Valores en el artículo 108 dispone de manera expresa que el ente regulador aplicará sanciones a los infractores de las disposiciones de la Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas, este mismo criterio legal sigue el artículo 63 del Decreto Supremo No. 27175 que dispone, que constituyen infracciones las contravenciones por acción y omisión a las disposiciones legales.

En tal sentido, el posible incumplimiento a una Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés no constituye, una infracción a una disposición legal como es la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos o una Resolución Administrativa, aspecto no contemplado en la notificación de cargos, cuando no observa el Principio de Legalidad como reserva de ley que regula las infracciones…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 776/2013 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hizo presentes los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-173618/2013 y el Informe Legal ASFI/DSV/R-177101/2013 de 14 y 20 de noviembre de 2013, respectivamente, se efectuó la verificación y el análisis correspondiente de los descargos presentados por ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,*** *de acuerdo a lo expuesto a continuación:*

- *Respecto a lo manifestado por la Sociedad de Titularización, sobre la aplicación del principio "non bis in ídem", ya que mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1 de agosto de 2013, se habría iniciado un proceso sancionatorio por el mismo cargo, y que este habría sido juzgado mediante Resolución ASFI N°588/2013 de 10*

de septiembre de 2013, dejándose sin efecto el cargo imputado a la entidad, cabe aclarar en primer lugar que el cargo notificado mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013, señalaba el presunto incumplimiento al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Derecho de Compra de Pagarés de la Empresa SYNCHI WAYRA, que luego de efectuarse la verificación y el análisis del citado cargo se estableció que el presunto incumplimiento atribuible a la Sociedad de Titularización correspondía al numeral 24.14 de la Vigésima Cuarta cláusula de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés, y no del Contrato de Derecho de Compra de Pagarés, como se citó en la citada Notificación de Cargos. En este sentido, a través de la Resolución ASFI N°588/2013 de 10 de septiembre de 2013, efectivamente se dejó sin efecto el cargo imputado, empero contrariamente a lo manifestado por la entidad, no se trató, analizó o juzgó la conducta que constituiría incumplimiento a la normativa regulatoria.

- *En relación a la existencia "identidad de sujeto, objeto y causa", tal como se señaló precedentemente, no existe identidad de objeto, en cuanto a la infracción administrativa atribuida a la Sociedad, remarcando que mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013, se señaló erróneamente como norma presuntamente vulnerada el artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000, por incumplimiento a numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Derecho de Compra de Pagarés de la Empresa SYNCHI WAYRA, y en el presente proceso sancionatorio se señala cabalmente el numeral 24.14 de la Vigésima Cuarta cláusula de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés.*

- *Finalmente, en relación a que "el posible incumplimiento a una Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés no constituye, una infracción a una disposición legal como es la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos o una Resolución Administrativa", corresponde precisar que el artículo 25 e inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000, establece como obligación de la Sociedad de Titularización, administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de bienes o Activos. En el caso analizado, la Sociedad de Titularización envío información con errores e inconsistencias, respecto al monto reportado en el formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" y en el Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 inversiones permanentes) del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra - Nafibo 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012 y con error de suma en el rubro Total Patrimonio, incumpliendo de esta manera el numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, que claramente dispone que: "La Sociedad de Titularización tiene además la obligación de llevar adecuadamente los registros contables del Patrimonio Autónomo", por lo que constituye infracción al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26*

del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000.

- *En razón a lo expuesto y al no haber descargos que desvirtúen la infracción por envío de información con errores e inconsistencias,* ***se ratifica*** *el cargo por incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, protocolizado mediante Escritura Pública N°3447/2008 de 31 de julio de 2008 y modificado por Escritura Pública N°3720/2008 de 20 de agosto de 2008, constituyendo contravención al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000.*

Que, corresponde considerar que con la conducta descrita, la Sociedad de Titularización incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Que, a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Que, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 1, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, enviar información con errores o inconsistencias.; b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

Que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar las siguientes circunstancias que concurren para imponer la multa de Primer Rango:

- *No existieron ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o para terceros como consecuencia de la infracción.*

- *No hubieron consecuencias o repercusiones en el Mercado de Valores.*
- *La entidad no es reincidente en este tipo de contravenciones.*

*Que, tomando en cuenta las circunstancias de la infracción ratificada, corresponde imponer a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, la sanción de **multa** mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13, artículo 19 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N°26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…*"

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** con multa en Bolivianos, equivalente a **$us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),** por incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, protocolizado mediante Escritura Pública N°3447/2008 de 31 de julio de 2008 y modificado por Escritura Pública N°3720/2008 de 20 de agosto de 2008, contraviniendo el primer párrafo del artículo 25 y el inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000.*

***SEGUNDO**.- El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial para la venta y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 23 de diciembre de 2013, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***VI. RECURSO DE REVOCATORIA.***

Al presente, BDP ST impugna la mencionada Resolución ASFI No. 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, (la Resolución), en razón a que la misma ha sido emitida ejerciendo una potestad sancionadora sin observar un contexto de seguridad jurídica ni de respeto al debido proceso en función a los principios establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, con el objeto que su autoridad pueda modificar la Resolución y en consecuencia disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados por ASFI y sea en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

6.1 Vulneración del Principio non bis in ídem.

El artículo 117 de la Constitución Política del Estado prevé como garantía

constitucional que "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho...", esta garantía constitucional forma parte del derecho al debido proceso, por lo tanto, oponible ante las autoridades públicas y tutelable incluso por la vía del amparo constitucional.

De acuerdo a la garantía constitucional señalada, existe la prohibición expresa de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado a través de sus órganos administrativos competentes para el caso, pues la finalidad de la cosa juzgada es dar seguridad jurídica, consistente en la estabilidad del orden y en la vigencia de un sistema que garantiza la aplicación de la justicia de manera definitiva, lo contrario genera incertidumbre ya que sería sentar como precedente que los sujetos estarían a merced de cualquier eventualidad y que no existirían situaciones jurídicas consolidadas y definitivas de una obligación condicionada a posibles cambios.

Esta garantía prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento imprescindible para realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios que velan por el debido proceso también fundamentales, como la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

Es en este sentido, BDP ST ha presentado los descargos a la segunda Notificación de cargos Cite ASFI/DSV/R-157958/2013, solicitando la aplicación del principio non bis in ídem que forma parte del derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, que puede ser invocado en el caso de procesos o de sanciones; en efecto, si la finalidad del derecho al non bis in Ídem es evitar el doble enjuiciamiento o procesamiento y la aplicación de la doble sanción, se entiende que la condición para invocarlo es que se hubiese sustanciado materialmente un proceso culminando con una decisión firme.

Al respecto, cabe mencionar los artículos 4 inc. c) y 72 de la Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), que señalan que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso, y que las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas conforme al procedimiento establecido en la Ley.

En el presente caso, se puede evidenciar que ASFI no ha considerado el principio del non bis in ídem como parte del debido proceso, señalando como argumento de la segunda Resolución ASFI No. 776/2013 que el cargo notificado con la primera notificación de cargos Cite ASFI/DSV/R-114011/2013 de fecha 1ro. de agosto de 2013, atribuía el presunto incumplimiento al Contrato de Derecho de Compra de Pagarés cuando en realidad correspondía a la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés y que por tanto "no trató, analizó o juzgó la conducta", aspecto que ratifica que fue iniciado ya un proceso administrativo sancionatorio por el mismo hecho y que el error detectado en la primera notificación de cargos no invalida que se haya llevado a cabo un proceso administrativo sancionatorio que ha concluido con la emisión de la Resolución ASFI No. 588/2013, la cual dejó sin efecto el cargo imputado a BDP ST y que al no haber sido recurrida adquiere el carácter de cosa juzgada y que la Resolución ASFI No. 588/2013 ha cumplido todas las etapas del procedimiento administrativo sancionador establecido

en el Decreto Supremo No. 27175, no habiendo sido recurrida, por lo que a la fecha no puede el ente regulador pretender sancionar con la sustanciación de un nuevo proceso administrativo sancionatorio que ha concluido con la emisión de la Resolución ASFI No. 776/2013.

Por otra parte y de acuerdo a los fundamentos expresados en la Resolución ASFI No. 776/2013, es importante aclarar que no es posible sustentar la sanción señalando que "no existe identidad de objeto en cuanto a la infracción cometida", pues la identidad de objeto se refiere a la identidad del hecho y no a una identidad de calificación jurídica como pretende ASFI, vale decir que la identidad del objeto se refiere a que el hecho sea el mismo, aspecto que puede verificarse de manera inequívoca en las dos Notificaciones emitidas por el ente regulador con el mismo hecho que resulta ser la posible infracción. En otras palabras, el principio del non bis in ídem garantiza no ser juzgado o procesado nuevamente por un mismo hecho a pesar de que el primer proceso administrativo haya sido dejado sin efecto por errores atribuibles al ente regulador en cuanto a la calificación jurídica del supuesto incumplimiento.

Por lo expuesto, se reitera de manera fehaciente la existencia de identidad de sujeto que en el presente caso es BDP ST, objeto el supuesto incumplimiento imputado a BDP ST y la identidad de causa que resulta en el interés jurídico del ente regulador de velar por el cumplimiento de la norma, supuestos que hacen inadmisible la existencia de un nuevo proceso o juzgamiento con una repetición de las etapas procesales.

6.2 Vulneración del Principio de tipicidad.

Sin perjuicio de las omisiones procedimentales descritas en el numeral precedente, corresponde precisar que la Ley del Mercado de Valores en el artículo 108 dispone de manera expresa que el ente regulador aplicará sanciones a los infractores de las disposiciones de la Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas, este mismo criterio legal sigue el artículo 63 del Decreto Supremo No. 27175 que dispone, que constituyen infracciones las contravenciones por acción y omisión a las disposiciones legales, estos artículos son concordantes con el artículo 73 de la Ley 2341 que incorpora el principio de tipicidad al señalar que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias, consagrando de esta manera este trascendental principio en la normativa nacional.

No obstante de la específica obligación que impone la normativa administrativa vigente al accionar sancionador pues la infracción debe estar prevista con carácter previo en la Ley y sus reglamentos, ASFI a pesar de precisar en la Resolución de sanción que la notificación de cargos hace referencia al supuesto envío de información con errores que incumpliría la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés y que ello constituye infracción al Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, la resolución de la misma expresamente dispone: "Sancionar a BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. con multa en Bolivianos, equivalente o $us500.- por incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, así como al numeral 24,14 de la cláusula vigésimo cuarta del Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés...".

En tal sentido, el posible incumplimiento a una Declaración Unilateral de Cesión

Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés no constituye, una infracción a una disposición legal como es la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos o una Resolución Administrativa, aspecto no contemplado en la Resolución ASFI No. 776/2013 cuando no observa el Principio de Tipicidad como reserva de ley que regula las infracciones predeterminando que nadie puede ser condenado o sancionado por actos u omisiones que al momento de producirse no constituyan delito, falta o contravención administrativa, por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la presunción tácita de un hecho definido como infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma respectiva, tales infracciones o condicionantes de conducta y/o de desempeño deben expresarse de manera certera, es decir con tipicidad exhaustiva a fin de permitir que el administrado conozca el hecho sancionable y por consiguiente tenga oportunidad de evitarlo o adecuarse a la previsión.

VII. PETITORIO.

1. *Por lo expuesto, respetuosamente pedimos a su autoridad que dicte Resolución expresa, revocando la Resolución ASFI No. 776/2013 de fecha 26 de noviembre de 2013 en atención a que la Resolución sancionatoria ha vulnerado los principios generales del Derecho Administrativo…*"

5. RESOLUCIÓN ASFI N° 036/2014 DE 23 DE ENERO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 036/2014 de 23 de enero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, con carácter previo al análisis de los fundamentos del Recurso de Revocatoria, es necesario precisar que entre los principios que rigen el accionar de la Administración Pública, se encuentra el de Verdad Material, que deviene de la necesidad de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo tal que su esclarecimiento no se vea afectado por un excesivo rigor formal. Es decir que, bajo este principio, la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, se traduce en la prevalencia de la verdad objetiva de los hechos, toda vez que es obligación del Estado, velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, correspondiéndole a la Autoridad Administrativa, agotar de oficio los medios de prueba a su alcance y no limitar su conocimiento a la prueba ofrecida, a efectos de dar el correcto esclarecimiento de la situación que se le plantee.

Que, dicho precepto normativo consagrado en el inciso d), artículo 4 de la Ley N° 2341, sugiere que para la aplicación de la verdad material se llega por exclusión de lo que se entiende por la verdad formal, que rige el procedimiento civil, por lo que a partir de la concepción doctrinal que dice que:

> *"La prueba civil no es una averiguación. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibirá la sensación de que el juez civil es un*

investigador de la verdad. Sin embargo, el Juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación, ni de investigación jurídica."

Entonces, en el sentido opuesto y propuesto por la norma, el Administrador es un investigador de la verdad y, por tanto, no limita su conocimiento solo a las pruebas que hubieran ofrecido y producido los administrados, sino que los extiende además a su propia averiguación e investigación oficiosa. Radicando en ello el objeto del principio de la verdad material cual es: la realidad y sus circunstancias, con independencia del cómo han sido alegadas y en su caso probadas por las partes, supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es, o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es, ello porque con independencia de lo que se haya aportado y como se lo hubiera hecho, la administración siempre debe buscar la verdad substancial como mecanismo para satisfacer el interés público.

Que, en este sentido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, se ha pronunciado de la siguiente manera:

> *"La doctrina en derecho administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La Autoridad Administrativa, en consecuencia no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustará a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estará viciada. Así el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cuál aquella y estas son, independientemente de cómo ellas hayan sido alegadas o propuestas y en su caso probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes."*

Que, con relación al Principio "Non bis in ídem", el tratadista Santamaría Pastor, en el libro Principios de Derecho Administrativo Sancionador, define este principio de la siguiente manera:

> *"…El principio que examinamos supone, en primer lugar, la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas…"*

Es decir que este principio pretende resguardar el debido proceso que le asiste al regulado, al resolver la concurrencia del poder sancionador de la Administración Pública, mediante la eliminación de la posibilidad de imponer dos o más sanciones administrativas, sobre la base de los mismos hechos y que tengan la misma identidad.

Que, con referencia a este principio el Tribunal Constitucional ha sentenciado que:

"El principio "Non bis in ídem" implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad. En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá vulneración al non bis in ídem, no solo cuando se sanciona, sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho". Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es en el ámbito administrativo, cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa…"

Que, con relación al Principio de Tipicidad, es necesario remitirnos a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, que señala:

"La Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse, aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto."

CONSIDERANDO:

Que, bajo estos lineamientos, para aplicar el principio Non bis ídem, se debe considerar la identidad de sujeto, del hecho y del fundamento de la conducta que con anterioridad fue juzgada y como consecuencia sancionada o absuelta, con el acto administrativo que se impugna.

Que, en aplicación del principio de verdad material, se verifica que en el presente caso, la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1° de agosto de 2013, atribuía el presunto incumplimiento al Contrato de Derecho de Compra de Pagarés cuando en realidad correspondía a la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés, situación observada por el recurrente, por lo que este Órgano de Supervisión, precautelando el debido proceso, sin entrar en el análisis de los descargos presentados por la entidad regulada respecto a la infracción imputada y por tanto sin determinar la pertinencia o no de una sanción o en su caso la desestimación del cargo imputado, emitió la Resolución ASFI N° 588/2013, dejando sin efecto el cargo imputado al BDP Sociedad de Titularización en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-114011/2013, considerando la emisión de una nueva Notificación de Cargos que señale correctamente la normativa presuntamente vulnerada, aspecto que le permite a la entidad regulada ejercer plenamente su derecho a la defensa.

Que, consiguientemente se verifica que en base a la fundamentación expuesta en la Resolución ASFI N° 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, este Órgano de Supervisión ha resuelto imponer la sanción de multa en Bolivianos equivalente a $us.500.- al BDP Sociedad de Titularización S.A., por la remisión con errores e inconsistencias de los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA – NAFIBO 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012. Infracción que no ha sido valorada o juzgada por este Órgano de Supervisión con anterioridad y menos se la ha sancionado o determinado el desistimiento del cargo imputado, porque si bien mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013, este Órgano de Supervisión, notificó a la entidad regulada por la presunta comisión de dicha infracción, sin embargo la Resolución ASFI N° 588/2013, sin ingresar al análisis de fondo sobre dicha imputación, advertido del error en que incurrió en la denominación de la normativa infringida, ha dejado sin efecto la referida notificación, es decir sin efecto legal alguno.

Que, por lo expuesto, la Resolución ASFI N° 776/2013, al disponer la imposición de una sanción de multa en contra del ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.****, no ha vulnerado el principio "Non bis in ídem" porque la Resolución ASFI N° 588/2013, sin ingresar en el análisis del incumplimiento imputado y por ende sin determinar la pertinencia o no, de una sanción, ha dejado sin efecto legal alguno la notificación ASFI/DSV/R-114011/2013, al haber advertido un error de forma en la normativa citada en dicha notificación. En consecuencia, en aplicación del principio de verdad material, no existe doble juzgamiento, ni la imposición de sanción alguna o desistimiento sobre la infracción imputada y sancionada mediante la resolución impugnada.*

Que, por otra parte, con relación a la vulneración del principio de Tipicidad, alegado por el recurrente, revisados los antecedentes que cursan en el expediente administrativo, se verifica que con carta ASFI/DSV/R-157958/2013, se ha notificado a la entidad regulada, por el envió a este Órgano de Supervisión de los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra-NAFIBO 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012, con los presuntos errores e inconsistencias detallados en dicha notificación, señalando al efecto la vulneración del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitido por Sinchi Wayra, que constituye infracción al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N° 052 de 14 de febrero de 2000.

Que, por disposición del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, la información presentada por los participantes del Mercado de Valores a ASFI, debe ser veraz. Por otra parte, el Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV N° 052/2000, por la Ex-Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en sus artículos 25 y 26 inc. c) establece que la Sociedad de Titularización debe propender al manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes y Activos, señalando

Que, el inciso c) del artículo 26 del citado reglamento, señala, entre otras obligaciones de las Sociedades de Titularización, la de administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes y Activos.

Que, la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable del Derecho de Compra de Pagarés emitido por Sinchi Wayra, en el numeral 24.14 de la cláusula Vigésima Cuarta, establece que la Sociedad de Titularización tiene la obligación de llevar adecuadamente los registros contables del Patrimonio Autónomo.

Que, la aplicación de la normativa señalada halla pertinencia porque la entidad regulada al haber remitido a este Órgano de Supervisión, los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA – NAFIBO 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012, con errores e inconsistencias ha vulnerado el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, porque no ha remitido a este Órgano de Supervisión información veraz. Asimismo, ha vulnerado la obligación establecida en el Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, sobre el manejo eficiente en los términos y condiciones previstos en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes y Activos, documento que textualmente establece la obligación de llevar adecuadamente los registros contables del Patrimonio Autónomo, debido a la existencia de diferencias entre los montos reportados al Órgano de Supervisión en los Estados Financieros con los montos correctos, que la entidad regulada ha reconocido y justificado en la carta BDP ST/2013-0179 de 24 de enero de 2013, que cursa en el expediente administrativo, al señalar que "dicha inconsistencia se debe a que lamentablemente el sistema no realizó el devengamiento del día 5 de diciembre de 2012."

Que, finalmente, el hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 1, Primer Rango del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativos de la Ley del Mercado de Valores, contemplando textualmente como infracción específica sancionable con multa de primer rango el "Enviar información con errores inconsistencias…"

Que, en consecuencia, los argumentos expuestos por el ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.****, no son suficientes para desvirtuar el alcance de la Resolución ASFI N° 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, porque el recurrente no ha demostrado que la resolución impugnada haya vulnerado los principios de "Non bis in ídem" y de Tipicidad, al imponerle la sanción de multa por haber remitido a este Órgano de Supervisión, los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA – NAFIBO 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012, con los errores e inconsistencias detallados en la notificación de cargos ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013. En todo caso, en base a la valoración objetiva de los hechos y de los fundamentos esgrimidos por la entidad regulada, ajustados a las circunstancias y realidad material de los hechos, la Resolución ASFI N° 776/2013, ha aplicado objetivamente la normativa que regula el Mercado de Valores* (…)

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-9128/2013 de 17 de enero de 2014, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el recurso de revocatoria de 23 de diciembre de 2013, concluyendo que los mismos no han desvirtuado las

consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N°776/2013 de 26 de noviembre de 2013, al haberse verificado que el ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.****, ha remitido los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012, con los errores e inconsistencias detallados en la notificación de cargos ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013, incumpliendo el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitido por Sinchi Wayra, que constituye infracción al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N° 052 de 14 de febrero de 2000…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 13 de febrero de 2014, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** interpuso el Recurso Jerárquico en base a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***VI. RECURSO DE JERARQUICO.*** (sic)

Al presente, BDP ST interpone recurso jerárquico contra la Resolución ASFI No. 036/2014 de 23 de enero de 2014, (la Resolución) notificada en fecha 30 de enero de 2014, en razón a que la misma ha sido emitida ejerciendo una potestad sancionadora sin observar un contexto de seguridad jurídica ni de respeto al debido proceso en función a los principios establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

6.1 Vulneración del Principio non bis in idem.

El artículo 117 de la Constitución Política del Estado prevé como garantía constitucional que "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho...", esta garantía constitucional forma parte del derecho al debido proceso, por lo tanto, oponible ante las autoridades públicas y tutelable incluso por la vía del amparo constitucional.

De acuerdo a la garantía constitucional señalada, existe la prohibición expresa de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado a través de sus órganos administrativos competentes para el caso, pues la finalidad de la cosa juzgada es dar seguridad jurídica, consistente en la estabilidad del orden y en la vigencia de un sistema que garantiza la aplicación de la justicia de manera definitiva, lo contrario genera incertidumbre ya que sería sentar como precedente que los sujetos estarían a merced de cualquier eventualidad y que no existirían situaciones jurídicas consolidadas y definitivas de una obligación condicionada a posibles cambios.

Esta garantía prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento imprescindible para realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios que velan por el debido proceso también fundamentales, como la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

El principio del non bis in ídem garantiza no ser juzgado o procesado nuevamente por un mismo hecho a pesar de que el primer proceso administrativo haya sido dejado sin efecto por errores atribuibles al ente regulador en cuanto a la calificación jurídica del supuesto incumplimiento.

Este fundamento, fue ampliamente expuesto en el recurso de revocatoria que aclara de manera fehaciente la existencia de identidad de sujeto que en el presente caso es BDP ST, que el objeto el supuesto incumplimiento imputado a BDP ST fue el mismo y la identidad de causa resulta en el interés jurídico del ente regulador de velar por el cumplimiento de la norma, supuestos que hacen inadmisible la existencia de un nuevo proceso o juzgamiento con una repetición de las etapas procesales.

Ahora bien, ASFI ha emitido la Resolución ASFI No. 036/2014 de fecha 23 de enero de 2014, modificando el fundamento sostenido en la Resolución ASFI No. 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, que señalaba que "no existía identidad de objeto en cuanto a la infracción cometida'", fundamento no ajustado a derecho pues la identidad de objeto se refiere a la identidad del hecho y no a una identidad de calificación jurídica como pretendía ASFI, vale decir que la identidad del objeto se refiere a que el hecho sea el mismo, aspecto que puede verificarse de manera inequívoca en las dos Notificaciones emitidas por el ente regulador con el mismo hecho que resulta ser la posible infracción. En otras palabras, el principio del non bis in ídem garantiza no ser juzgado o procesado nuevamente por un mismo hecho a pesar de que el primer proceso administrativo haya sido dejado sin efecto por errores atribuibles al ente regulador en cuanto a la calificación jurídica del supuesto incumplimiento.

A criterio de BDP ST, ASFI dentro del recurso de revocatoria ha sustentado la resolución de sanción impuesta a BDP ST con otro fundamento criterio que resulta de la aplicación del "principio de verdad material" pues al haberse advertido del error en la primera notificación de cargos respecto a la normativa no existiría doble juzgamiento, señalado de manera textual en la Resolución ASFI No. 036/2014 lo siguiente: *"es necesario precisar que entre los principios que rigen el accionar de la Administración Pública, se encuentra el de Verdad Material, que deviene de la necesidad de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo tal que su esclarecimiento no se vea afectado por un excesivo rigor formal. Es decir que; bajo este principio la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, se traduce en la prevalencia de la verdad objetiva de los hechos toda vez que es obligación del Estado, velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, correspondiéndole a la Autoridad Administrativa, agotar de oficio los medios de prueba a su alcance y no limitar su conocimiento a la prueba ofrecida, a efectos de dar el correcto esclarecimiento de la situación que se plantee"*

Al respecto, el artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 ordena que entre formas de resolución en recurso de revocatoria sea Confirmatoria cuando el alcance sea total y ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, aspecto no cumplido por el ente regulador cuando el fundamento que se expone en la Resoluciones Nos. 776/2013 y 036/2014 no coinciden pues la primera sustenta la sanción señalando que no puede aplicar el principio non bis in ídem debido a que no existe una identidad de objeto y la segunda pretende fundamentar la sanción en

aplicación del principio de verdad material.

Lo descrito hace necesario invocar la aplicación de los artículos 4 inc. c) y 72 de la Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), que señalan que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso, y que las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas conforme al procedimiento establecido en la Ley.

En el presente caso, se puede evidenciar que ASFI no ha considerado el principio del non bis in ídem como parte del debido proceso, señalando como argumento de la Resolución ASFI No. 776/2013 que el cargo notificado con la primera notificación de cargos Cite ASFI/DSV/R- 114011/2013 de fecha 1ro. de agosto de 2013, atribuía el presunto incumplimiento al Contrato de Derecho de Compra de Pagarés cuando en realidad correspondía a la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés y que por tanto "no trató, analizó o juzgó la conducta", aspecto que ratifica que fue iniciado ya un proceso administrativo sancionatorio por el mismo hecho y que el error detectado en la primera notificación de cargos no invalida que se haya llevado a cabo un proceso administrativo sancionatorio que ha concluido con la emisión de la Resolución ASFI No. 588/2013, la cual dejó sin efecto el cargo imputado a BDP ST y que al no haber sido recurrida adquiere el carácter de cosa juzgada ya que la Resolución ASFI No. 588/2013 ha cumplido todas las etapas del procedimiento administrativo sancionador establecido en el Decreto Supremo No. 27175, no habiendo sido recurrida, por tanto, no se puede pretender sancionar con la sustanciación de un nuevo proceso administrativo sancionatorio que fue concluido con la emisión de la Resolución ASFI No. 776/2013.

6.2 Vulneración del Principio de Tipicidad.

Sin perjuicio de las omisiones procedimentales descritas en el numeral precedente, corresponde precisar que la Ley del Mercado de Valores en el artículo 108 dispone de manera expresa que el ente regulador aplicará sanciones a los infractores de las disposiciones de la Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas, este mismo criterio legal sigue el artículo 63 del Decreto Supremo No. 27175 que dispone, que constituyen infracciones las contravenciones por acción y omisión a las disposiciones legales, estos artículos son concordantes con el artículo 73 de la Ley 2341 que incorpora el principio de tipicidad al señalar que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias, consagrando de esta manera este trascendental principio en la normativa nacional.

No obstante de la específica obligación que impone la normativa administrativa vigente al accionar sancionador pues la infracción debe estar prevista con carácter previo en la Ley y sus reglamentos, ASFI a pesar de precisar en la Resolución de sanción que la notificación de cargos hace referencia al supuesto envío de información con errores que incumpliría la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés y que ello constituye infracción al Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, la resolución de la misma expresamente dispone: "Sancionar a BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. con multa en Bolivianos, equivalente a $us500.- por incumplimiento al artículo 68 de la Ley

del Mercado de Valores, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésimo cuarta del Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés...".

En tal sentido, el posible incumplimiento a una Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés no constituye, una infracción a una disposición legal como es la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos o una Resolución Administrativa, aspecto no contemplado en la Resolución ASFI No. 776/2013 cuando no observa el Principio de Tipicidad como reserva de ley que regula las infracciones predeterminando que nadie puede ser condenado o sancionado por actos u omisiones que al momento de producirse no constituyan delito, falta o contravención administrativa, por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la presunción tácita de un hecho definido como infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma respectiva, tales infracciones o condicionantes de conducta y/o de desempeño deben expresarse de manera certera, es decir con tipicidad exhaustiva a fin de permitir que el administrado conozca el hecho sancionable y por consiguiente tenga oportunidad de evitarlo o adecuarse a la previsión.

VII. PETITORIO.

Por lo expuesto, respetuosamente pedimos a su autoridad que dicte Resolución expresa, revocando la Resolución ASFI No. 036/2014 de fecha 23 de enero de 2014…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 7 de mayo de 2014, se realizó la Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitado por el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A**.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota de cargos ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1° de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, por haber este último remitido información con errores e inconsistencias, respecto al monto reportado en el formulario PA/130 "*Detalle de Cartera de Inversiones*" y en el Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 inversiones permanentes) del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra - Nafibo 015, al 31 de diciembre de 2012; asimismo, por existir error de suma en

el rubro Total Patrimonio que muestra un saldo de Bs50.898.280, siendo el importe correcto Bs50.865.171, existiendo una diferencia de Bs33.109.

Tales conductas importarían infracciones, por una parte, al artículo 68° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Derecho de Compra de Pagarés de la empresa Sinchi Wayra Sociedad Anónima, protocolizado mediante Escritura Pública N° 3447/2008 de 1° de agosto de 2008; y por otra parte, constituirían una contravención al primer párrafo del artículo 25°, y al inciso c) del artículo 26°, ambos del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N° 052 de 14 de febrero de 2000.

En su descargo, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, mediante nota BDP.ST/2013-1866 presentada en fecha 27 de agosto de 2013, señala que en enero de 2013 ya se corrigió el error, tal como consta en la nota BDP.ST/2013-0179, lo que explica la razón de la inconsistencia así como las correcciones que se efectuaron a esa fecha; además, señala que no se dio un manejo errado de los bienes del Patrimonio Autónomo, sino que existe un error en la presentación de datos financieros respecto de la Cartera de Inversiones, y finalmente, que el contrato de Derecho de Compra de Pagarés únicamente cuenta con dieciséis cláusulas, siendo que la mencionada cláusula vigésimo cuarta, numeral 24.14, corresponde a otro contrato. Fundamentos por los cuales, solicita se de aplicación al principio de congruencia desarrollado en la Resolución SG SIREFI RJ 04/2004.

En la sustanciación de tal proceso sancionatorio y mediante Resolución Administrativa ASFI N° 588/2013 de 10 de septiembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "*dejar sin efecto el cargo imputado a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1 de agosto de 2013*".

Posteriormente, mediante nota ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó nuevamente con cargos al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, en sentido que en el Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 Inversiones permanentes) reportó Bs275,974,373, de manera diversa del formulario PA/130 "*Detalle de Cartera de Inversiones*" que reportó Bs276,023,457, existiendo una diferencia de Bs49,084, por la omisión en el registro del devengado de fecha 5 de diciembre de 2012 y en el grupo Total Patrimonio muestra, un saldo de Bs50,898,280, cuando el importe correcto corresponde a Bs50,865,171, existiendo una diferencia de Bs33,109, lo cual constituiría infracción al artículo 68° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Derecho de Compra de Pagarés de la empresa Sinchi Wayra Sociedad Anónima, por lo que constituiría contravención al primer párrafo del artículo 25° y al inciso c) del artículo 26°, del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización.

En su descargo, mediante nota BDP.ST/2013-2598, presentada en fecha 12 de noviembre de 2013, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, señaló que los cargos imputados por la nota ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013, fueron materia de la anterior notificación ASFI/DSV/R-114011/2013, habiendo merecido la Resolución Administrativa ASFI N° 588/2013 de 10 de septiembre de 2013, por la cual se resolvió dejarlos sin efecto, por lo que, a su decir, corresponde dar aplicación al principio *non bis in idem*, al existir identidad de sujeto, objeto y causa entre ambas notas de cargo, además que el posible incumplimiento a una Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés, no

constituye una infracción a la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), sus reglamentos u otra Resolución Administrativa.

No obstante lo anterior, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, resolvió sancionar pecuniariamente al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** con multa en bolivianos, equivalente a $us500.00 (quinientos 00/100 dólares americanos), por incumplimiento al artículo 68° de la Ley N° 1834, del Mercado de Valores, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, contraviniendo el primer párrafo del artículo 25° y el inciso c) del artículo 26°, del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización.

Por su efecto, mediante memorial de fecha 7 de octubre de 2013, el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI Nº 776/2013, y posteriormente, toda vez que la misma fuera confirmada totalmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, el Recurso Jerárquico de 23 de febrero de 2014 que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

A continuación se presenta un detalle de la normativa aplicable al presente caso:

- **Constitución Política del Estado:**

  "…***Artículo 117.*** (…)

  II. *Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho…*"

- **Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores):**

  "…***ARTÍCULO 68.- CALIDAD Y PUBLICIDAD DE LA INFORMACION.*** *Los participantes del Mercado de Valores, deberán mantener actualizada la información requerida por esta Ley y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del mercado.*

  La información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

  La publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de Valores y cualquier otra actividad publicitaria que se realice en el Mercado de Valores, no debe inducir a confusión o error.

  Reglamentariamente se establecerá el contenido, la forma y periodicidad que deberá observarse al presentar la información, tomando en consideración las características de los emisores, de los Valores ofrecidos o de las entidades que se sometan a registro…"

- **Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 052, de fecha 14 de febrero de 2000:**

  "…***ARTICULO 25.-*** *Responsabilidad. La Sociedad de Titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos. En concordancia con lo anterior, la Sociedad de titularización no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero responderá civilmente hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Esto significa que la responsabilidad de la Sociedad de Titularización ante los procesos de titularización administrados por ella, es de medio y no de resultado.*

  Previa verificación del cumplimiento de los requisitos contenidos en el presente Reglamento, en el Reglamento del Registro del Mercado de Valores y en el de Oferta Pública y demás disposiciones aplicables, la Sociedad de Titularización solicitará autorización e inscripción en el mencionado registro del patrimonio autónomo como emisor y de los valores emitidos a partir del proceso de titularización, así como la autorización para realizar la oferta pública de dichos valores ante la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

  ARTÍCULO 26.- *Obligaciones. Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, las Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes:* (…)

  …c) Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos…"

- **Declaración unilateral de cesión irrevocable del derecho de compra de pagarés emitidos por Sinchi Wayra Sociedad Anónima:**

  El numeral 24.14 de su cláusula vigésima cuarta, establece que la Sociedad de Titularización "*tiene la obligación de llevar adecuadamente los registros contables del Patrimonio Autónomo*".

2.2. El principio de la *non bis in idem*.-

En función de la existencia de los dos procesos sancionatorios (los que han sido supra relacionados en el acápite 1, de antecedentes, el primero "*dejado sin efecto*", y el actual en estado de Recurso Jerárquico), el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** alega que:

> "…*la existencia de identidad de sujeto que en el presente caso es BDP ST, que el objeto el supuesto incumplimiento imputado a BDP ST fue el mismo y la identidad de causa resulta en el interés jurídico del ente regulador de velar por el cumplimiento de la norma, supuestos que hacen inadmisible la existencia de un nuevo proceso o juzgamiento con una repetición de las etapas procesales*…"

La controversia así planteada, tiene su origen en la Resolución Administrativa ASFI N° 588/2013 de 10 de septiembre de 2013, cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero decidiera "*dejar sin efecto el cargo imputado a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013*", nota esta última que está referida a que:

> "…*La Sociedad de Titularización* ***habría remitido a este Órgano de Supervisión*** *información con* ***errores e inconsistencias****, respecto al monto reportado* ***en el formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones"*** *y en el* ***Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 inversiones permanentes)*** *del* ***Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015****,* ***correspondientes al 31 de diciembre de 2012****. Asimismo existe error de suma en el rubro* ***Total Patrimonio que muestra un saldo de Bs50.898.280****, siendo* ***el importe correcto Bs50.865.171****,* ***existiendo una diferencia de Bs33.109****…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien, la imputación actual que sale de la nota ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013, establece como infracción el **haberse** "***remitido a este Órgano de Supervisión*** *los Estados Financieros del* ***Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra - Nafibo 015****,* ***correspondientes al 31 de diciembre de 2012****, con los siguientes* ***errores e inconsistencias****:*

- *El* ***Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 Inversiones permanentes)*** *reportó Bs275,974,373 a diferencia* ***del formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones"*** *que reportó Bs276,023,457, existiendo una diferencia de Bs49,084, por la omisión en el registro del devengamiento de fecha 5 de diciembre de 2012.*
- *En el grupo* ***Total Patrimonio muestra un saldo de Bs50,898,280****, cuando* ***el importe correcto corresponde a Bs50,865,171****,* ***existiendo una diferencia de Bs33,109****…*" (Ídem).

Salta a la vista la identidad de infracciones a las que se refieren ambas notas de cargos, identidad que se refuerza cuando se compulsa además la subsunción normativa de ambas:

- **En la nota de cargos ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1° de agosto de 2013:**

> "…***infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta*** *del Contrato de* ***Derecho de Compra de Pagarés de la Empresa SYNCHI WAYRA*** (…) ***por lo que constituiría contravención al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **En la nota de cargos ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013:**

> "…***infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta*** *del* (sic) *Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un* ***Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA*** (…) ***por lo que constituiría contravención al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000****…*"(Ídem).

En consecuencia, **las normas en los presupuestos señalados infringidas, son exactamente las mismas para ambos casos**, lo que determina y confirma que las notas de cargos ASFI/DSV/R-114011/2013 y ASFI/DSV/R-157958/2013, al estar dirigidas contra el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** y con referencia a un mismo periodo de tiempo (*al 31 de diciembre de 2012*), corresponden a dos procesos recursivos en los que se presentan las siguientes identidades:

- **De sujeto:** El **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, ahora recurrente
- **De objeto:** Sancionar la presumible infracción al artículo 68° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998, del Mercado de Valores, así como al numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Derecho de Compra de Pagarés de la Empresa Synchi Wayra Sociedad Anónima, en contravención al primer párrafo del artículo 25° y al inciso c) del artículo 26°, del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 052 de 14 de febrero de 2000.
- **De causa:** Haber remitido al Órgano de Supervisión, información con errores e inconsistencias respecto al monto reportado en el formulario PA/130 "*Detalle de Cartera de Inversiones*", en el Estado de Situación Patrimonial (cuenta 845.00 inversiones permanentes) del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015, correspondientes al 31 de diciembre de 2012, y en la suma en el rubro Total Patrimonio que muestra un saldo de Bs50.898.280, siendo el importe correcto Bs50.865.171, existiendo una diferencia de Bs33.109.

Entonces, no hay lugar a duda alguna, de que los dos procesos sancionatorios supracitados consisten en los mismos extremos, en cuanto a su sujeto, su objeto y su causa, y por tanto, sí existe aquí una infracción al principio de la *non bis in ídem*, en el sentido que entiende el artículo 117°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado: "*Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho*".

A este respecto, la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 036/2014 de 23 de enero de 2014, justifica el proceder de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en que:

> "…*este Órgano de Supervisión, precautelando el debido proceso, sin entrar en el análisis de los descargos presentados por la entidad regulada respecto a la infracción imputada y por tanto sin determinar la pertinencia o no de una sanción o en su caso la desestimación del cargo imputado, emitió la Resolución ASFI N° 588/2013,* ***dejando sin efecto*** *el cargo imputado al BDP Sociedad de Titularización en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-114011/2013, considerando la emisión de una nueva Notificación de Cargos que señale correctamente la normativa presuntamente vulnerada, aspecto que le permite a la entidad regulada ejercer plenamente su derecho a la defensa* (…)
>
> …*si bien mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013, este Órgano de Supervisión, notificó a la entidad regulada por la presunta comisión de dicha infracción, sin embargo la Resolución ASFI N° 588/2013, sin ingresar al análisis de fondo sobre dicha imputación,*

advertido del error en que incurrió en la denominación de la normativa infringida, ***ha dejado sin efecto*** *la referida notificación, es decir sin efecto legal alguno* (…)

…En consecuencia, en aplicación del principio de verdad material, no existe doble juzgamiento, ni la imposición de sanción alguna o desistimiento sobre la infracción imputada y sancionada mediante la resolución impugnada…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante, cuando en la necesidad de determinar la semántica del verbo ***revocar*** se recurre al diccionario, resulta que la primera acepción del mismo es, precisamente, "***Dejar sin efecto***…", por lo que razonando a la inversa, cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha decidido en su Resolución Administrativa ASFI N° 588/2013 de 10 de septiembre de 2013, "***dejar sin efecto*** *el cargo imputado a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013*", entonces **lo que ha hecho es revocarlo**, sin que sea admisible señalar ahora que lo que en verdad material quería el Ente Regulador, era emitir "*una nueva Notificación de Cargos que señale correctamente la normativa presuntamente vulnerada*".

Demás está recordar que, por disposición del artículo 43°, parágrafo I, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "*Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:* (…) *b)* ***Revocatorias****. Cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándose sobre el fondo* ***dejen sin efecto*** *la resolución recurrida…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, no cabe lugar a dudas que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en lugar de anular el cargo de la nota de cargos ASFI/DSV/R-114011/2013 de 1° de agosto de 2013 (lo que tardíamente sugiere ahora era su verdadera intención), ha procedido **a revocarlo**, entonces **a dejarlo sin efecto**, con respecto a lo cual y al tenor del artículo 69°, inciso a), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, debe concluirse que tal decisión se encuentra firme en sede administrativa, al haberse agotado la misma con el pronunciamiento señalado y por lo tanto, en proceso administrativo ha dejado sin efecto la infracción imputada y consiguientemente sancionada.

Ahora, si para ello la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha realizado un análisis de mérito sobre la controversia, habiéndose limitado a considerar una determinada observación formal hecha presente por el recurrente, no es algo que pueda alegarse en el estado procesal actual, por cuanto, siendo la revocatoria una de las formas administrativas admitidas para la resolución sustantiva de controversias en su estado recursivo (no así para la decisión sobre aspectos de forma y menos aún para sujetarse la controversia a proceso sancionatorio), quien resulta haber realizado una mala aplicación de la norma, en los términos señalados por la Resolución Administrativa recurrida, es precisamente, el propio Ente Regulador, por lo que la responsabilidad de ello no puede ser transferida al administrado **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**

Dando razón plena al recurrente, corresponde concluir que el principio de la *non bis in idem*, efectivamente le garantiza al mismo no ser procesado nuevamente por el mismo hecho, cuando el anterior proceso, ante la forma de decisión adoptada por el Ente Regulador, ha

agotado ya la vía administrativa sobre el tema, no correspondiendo al presente, una nueva imputación por el mismo hecho y siendo improcedente la tentativa de iniciar el nuevo proceso, conforme consta al presente.

2.3. Del principio de tipicidad.-

No obstante lo anterior y sin perjuicio de la decisión que lo mismo determina en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, es pertinente referirse al alegato del recurrente, en sentido de que la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría vulnerado el principio de tipicidad, debido a que el artículo 108º de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), dispone de manera expresa que se aplicarán sanciones a los infractores de las disposiciones de la Ley, sus Reglamentos y sus Resoluciones Administrativas; similar criterio contiene el artículo 63º del Decreto Supremo Nº 27175, concordante con el artículo 73º de la Ley 2341, de Procedimiento Administrativo, cuando al hacer referencia a la tipicidad, queda implementada la obligación de que previamente a la sanción la norma debe encontrarse establecida.

En tal sentido, no correspondería el cargo efectuado porque en el mismo se hace referencia a que el supuesto envío con errores de la información financiera, incumpliría la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés y que ello constituiría infracción al Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, siendo que la Ley sanciona incumplimientos a las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores, sus Reglamentos o una Resolución Administrativa, y la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés no corresponde a tales categorías.

Así, la tipicidad responde al principio *nullum crimen nullun poena sine lege previa*, quiere decir con ello, que no existe infracción ni sanción sin una ley previa que las consagre. Por tanto, el cumplimiento de tal principio importa una garantía jurídica para el supuesto actor de la infracción, de ser procesado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

A este respecto, el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011, señaló que:

> "…*La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración:* ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

*En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera **a) Subsunción de la actuación en un tipo** normativo de infracción, b) **subsunción del tipo en una clase de infracción**; c) Determinación de la correlación entre la **clase de infracción y la clase de sanción** d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

*"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de **predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** (...)

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa..." (Las negrillas y el subrayado fueron insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Subsumiendo el análisis anterior a los tipos por el presente imputados y sancionados, se llega a las siguientes conclusiones:

Respecto al **artículo 68º de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998, del Mercado de Valores**, se evidencia que tal como el propio recurrente lo manifiesta en su nota BDP.ST/2013-0179 de 24 de enero de 2013, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** sí remitió información errónea al reportar como saldo de la cuenta 845.00 Inversiones Permanentes Bs275.974.373.- cuando lo correcto era Bs276.023.457.-, lo cual incumple lo dispuesto en el segundo párrafo de dicho artículo "***La información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada** a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, **deberá ser veraz**, suficiente y oportuna*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir que, al haber remitido su estado financiero con un saldo de Bs275.974.373. en la cuenta 845.00 Inversiones Permanentes, y un saldo de Bs276.023.457.- en el formulario PA/130 Detalle de Cartera de Inversiones por el mismo concepto, y al resultar que la suma de la Utilidad del período o gestión y las Utilidades acumuladas no coinciden con el Total Patrimonio (como debiera ser), existiendo una diferencia en exceso de Bs33.109.-, todo ello determina el haberse presentado información inconsistente, y por lo tanto, información que no responde a la realidad financiero-contable del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015.

Por consiguiente, dicha información no puede ser considerada veraz, como lo exige el referido artículo 68º, por lo que sí se ha verificado el incumplimiento a dicha normativa.

El mismo hecho determina el incumplimiento a lo establecido por el **artículo 25º, primer párrafo, de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 052 de 14 de febrero de 2000** (Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización), pues la misma impone a la Sociedad de Titularización, la responsabilidad "*por el **manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo** con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos*", y el **inciso c) del artículo 26º, del mismo cuerpo normativo**, que establece, entre otras obligaciones, la de "***Administrar los bienes** provenientes de la titularización **en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes* o Activos**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir que, la administración de los bienes del Patrimonio Autónomo debe respetar lo acordado contractualmente, velando por el manejo seguro y eficiente de los bienes, por lo que al no haberse manejado adecuadamente la contabilidad del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra - Nafibo 015, o dicho de otra manera, al manejar cifras erróneas en dicha contabilidad, se incumple lo acordado en el numeral 24.14 de la cláusula vigésima cuarta de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable del Derecho de Compra de Pagarés Emitidos por Sinchi Wayra, el mismo que señala que el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** "*tiene la obligación de llevar adecuadamente los registros contables del Patrimonio Autónomo*", con lo cual incumplió, precisamente, lo dispuesto en los artículos 25º y 26º, inciso c), del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización.

El anterior análisis determina la inexistencia de infracción al principio de tipicidad dentro el caso de autos, no obstante lo mismo queda en el plano de la mera abstracción, por cuanto y en definitiva, no influye en la decisión adoptada por la presente Resolución Ministerial Jerárquica que consta infra, por la serie de motivos determinantes que han sido explicados en el numeral 2.2 supra (*El principio de la non bis in idem*), resultando intrascendente lo señalado en el numeral presente y haciendo innecesaria mayor disquisición al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, no obstante el hecho de encontrarse debidamente tipificadas las infracciones que se han imputado al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** en la notificación de cargos ASFI/DSV/R-157958/2013 de 17 de octubre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obrado en inobservancia al artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, por cuanto, efectivamente ha infringido el principio de la *non bis in ídem*,

al pretender llevar adelante el proceso presente, cuando los extremos que son materia del mismo, lo han sido también del fenecido proceso administrativo concluido con la Resolución Administrativa ASFI N° 588/2013 de 10 de septiembre de 2013, cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero decidiera "*dejar sin efecto el cargo imputado a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *mediante carta ASFI/DSV/R-114011/2013*", lo que no puede dar lugar, sino, a la decisión que consta infra.

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá REVOCAR la resolución impugnada, con alcance total cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 036/2014 de 23 de enero de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/Nº 776/2013 de 26 de noviembre de 2013, dejando sin efecto a ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 134/2014 DE 12 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 045/2014 DE 26 DE JUNIO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 045/2014

La Paz, 26 de junio de 2014

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 134/2014 de 12 de marzo de 2014, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, y contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 222/2014 de 21 de abril de 2014, que confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, todas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman los expedientes elevados por dicha Autoridad, el auto de 5 de marzo de 2014 por el que se dispuso la acumulación de ambos Recursos, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 038/2014 de 28 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 067/2014 de 10 de junio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 1° de abril de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, representado al efecto por su Gerente General, Sra. Patricia Piedades Suárez Barba, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 522/2006, extendido en fecha 14 de diciembre de 2006 por ante Notaría de Fe Pública Nº 34 del Distrito Judicial de Santa

Cruz, a cargo de la Dra. Martha Ariane Antelo Cabruja, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 134/2014 de 12 de marzo de 2014, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2014 de 17 de enero de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de mayo de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 134/2014, mismo que fue notificado en fecha 27 de mayo de 2014.

Que, por memorial presentado en fecha 12 de mayo de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, representado al efecto por su Gerente General, Sra. Patricia Piedades Suárez Barba, conforme la misma testimonial supra señalada, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 222/2014 de 21 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 106/2014 de 26 de febrero de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de abril de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 222/2014, mismo que fue notificado en fecha 15 de abril de 2014.

Que, en fecha 4 de junio de 2014, se llevó adelante la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por la recurrente mediante memorial de 13 de agosto de 2013 dentro del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 222/2014.

Que, mediante auto de fecha 5 de junio de 2014, se dispuso la acumulación de ambos procesos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 026/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hizo presente el fundamento siguiente:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en recurso jerárquico interpuesto por el FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A., resolvió:*
>
> *"(...)* ***ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa ASFI N° 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que en recurso de revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero,* ***dejándose sin efecto en ambas resoluciones, únicamente las determinaciones referidas al cobro de comisiones por concepto de mantenimiento de líneas de***

crédito, *manteniéndose firmes, vigentes y subsistentes las restantes determinaciones que se encuentran allí contenidas.*

Que, mediante cartas ASFI/DSR II/R-12742/2013, ASFI/DSR II/R-56732/2013, ASFI/DSR II/R-104890/2013, ASFI/DSR II/R-131251/2013 y ASFI/DSR II/R- 192064/2013 de 25 de enero, 19 de abril, 17 de julio, 2 de septiembre y 18 de diciembre de 2013, respectivamente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero instruyó al ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.*** *la restitución de cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, en cumplimiento de la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012.*

Que, mediante cartas FSL-GG 139/2013, FSL-GG845/2013, FSL-GG1104/2013 de 28 de febrero, 15 de octubre de 2013 y 31 de diciembre de 2013, respectivamente, el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.****, solicitó la suspensión de las instrucciones de devolución de cobros indebidos conforme las cartas antes indicadas, señalando que se encuentra en proceso contencioso administrativo por la citada Resolución Jerárquica y que presentó una contracautela ante el Tribunal Supremo de Justicia por un importe total de Bs5,289,297.00 (Bolivianos cinco millones doscientos ochenta y nueve mil doscientos noventa y siete 00/100), remitiendo certificados de "Depósitos Judiciales - Tribunal Supremo de Justicia" y manifestando que la restitución podría ocasionarle un perjuicio irreversible en caso de serle favorable el proceso contencioso administrativo que lleva a cabo.*

CONSIDERANDO: (…)

Que, el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado con Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013, establece:

"I. Las Resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.

II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales.".

Que, el Artículo 61 del mismo Reglamento establece:

"I. Agotada la vía administrativa, quedará expedita la posibilidad de iniciar el proceso contencioso administrativo conforme a ley.

II. La interposición de una demanda contencioso administrativa no suspende la ejecución de las resoluciones emitidas en el SIREFI, por su efecto devolutivo".

Que, el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, establece sobre el efecto devolutivo:

"I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio

irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión dé los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá Hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

CONSIDERANDO:

Que, como resultado de la evaluación de las solicitudes del ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.****, de efectuar la suspensión de la ejecución de la Resolución Jerárquica, por la posibilidad de que la devolución de cobros le causaría un efecto o perjuicio irreversible, es pertinente señalar que el artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013, prevé la suspensión de la ejecución del acto administrativo, sin embargo, esta posibilidad corresponde en la etapa recursiva en vía administrativa mientras no haya concluido el procedimiento administrativo. Situación que no se configura en el presente caso, toda vez que la vía administrativa se encuentra agotada al haberse emitido la Resolución Jerárquica MEFPA/pSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, correspondiendo lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, referido al cumplimiento de la mencionada Resolución Jerárquica y cuya inobservancia acarrearía la responsabilidad establecida en la Ley N" 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamental.*

Que, en conformidad con lo establecido por los artículos 60 y 61 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013, se establece que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, es definitiva y agota la vía administrativa, correspondiendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en dicha Resolución Jerárquica, debiendo incluso adoptar las medidas que sean necesarias y dictando Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución y habiendo el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.*** *iniciado el proceso contencioso administrativo, se determina que su interposición no suspende la ejecución de la señalada Resolución Jerárquica, por el efecto devolutivo que conlleva la misma.*

CONSIDERANDO:

Que, el Informe ASFI/DSR II/R-3335/2014 de 8 de enero de 2014, realizó la evaluación de los documentos cursados entre el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.*** *y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concluyendo lo siguiente:*

"Evaluada la solicitud presentada por el Fondo Financiero Privado "Fassil" S.A. de dejar sin efecto lo instruido por esta Autoridad de Supervisión conforme cartas ASFI/DSR II/R-12742/2013, ASFI/DSR II/R-56732/2013, ASFI/DSR II/R-104890/2013, ASFI/DSR II/R-131251/2013 y ASFI/DSR II/R-192064/2013 de 25 de enero, 19 de abril, 17 de julio, 2 de septiembre y 18 de diciembre de 2013, respectivamente, en referencia a la devolución de los cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, se concluye que las explicaciones y actos del Fondo no se enmarcan dentro del procedimiento administrativo, toda vez que la vía recursiva fue concluida con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012.

Conforme lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013, corresponde a este Órgano de Supervisión, en el marco del procedimiento administrativo, cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en la citada Resolución Jerárquica, adoptando las medidas necesarias pertinentes para su ejecución, que en conformidad al párrafo II, articulo 60 del citado Reglamento se establece la pertinencia de dictar Resolución Administrativa para su ejecución.

No corresponde la suspensión de la ejecución de la señalada Resolución, por el efecto devolutivo que conlleva la misma y cuyo incumplimiento a la citada Resolución Jerárquica, acarrearía la responsabilidad señalada en la Ley N° 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamental…"

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Rechazar las solicitudes efectuadas por el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.*** *realizadas mediante cartas FSL-GG 139/2013, FSL-GG845/2013, FSL-GG1104/2013 de 28 de febrero, 15 de octubre de 2013 y 31 de diciembre de 2013, respectivamente, en consideración a lo fundamentado en la presente Resolución.*

SEGUNDO.- *Disponer que el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.*** *restituya de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas, efectuando el ajuste contable con efecto al mes de diciembre de 2013, por Bs5,289,297.00 (Cinco millones doscientos ochenta y nueve mil doscientos noventa y siete 00/100 bolivianos), de acuerdo con la cuantificación contenida en los Informes de Gerencia General de 1 y 22 de julio de 2013, debiendo dicho ajuste ser efectuado con cargo a las cuentas de resultado y abono a las cuentas de los clientes o en la subcuenta 242.99 "Acreedores Varios" en caso de que los afectados no mantengan cuentas pasivas con la entidad, remitiendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hasta el 14 de febrero de 2014, las papeletas contables emergentes de dicho ajuste y el envío de un Informe emitido por la*

Gerencia de Auditoría Interna que indique y documente las devoluciones efectuadas…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA DE 10 DE FEBRERO DE 2014, CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 026/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014.-

En fecha 10 de febrero de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***3. Argumentos legales que desvirtúan la Ilegal decisión de la ASFI***

3.1. Solicitud de suspensión de la ejecución del acto administrativo.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., una vez concluida la vía administrativa, solicitó en reiteradas oportunidades a la ASFI que suspenda su instrucción de proceder a la restitución inmediata de los importes cobrados por la entidad, por concepto de verificaciones domiciliarias y recuperación de gastos por gestiones de cobranza, no porque haya considerado que la presentación de una Demanda Contencioso Administrativa tenga efectos suspensivos, y menos porque no se someta a las instrucciones del Ente Fiscalizador, sino porque de hacerlo carecería de sentido continuar con la impugnación judicial y porque ese hecho causaría un daño irreversible a su Patrimonio, aún cuando se obtenga una sentencia favorable en el Proceso Contencioso Administrativo.

La solicitud de FASSIL estuvo invariablemente amparada en la normatividad jurídica, ya que, si bien el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que las ex Superintendencias del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente; no es menos cierto que el artículo 40 del mismo Reglamento, permite a la Administración dejar en suspenso dicha ejecución:

> "***Artículo 40.*** *(Efecto devolutivo). ... II. La* ***suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá*** *siempre que* ***razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves*** *o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*".

La solicitud del FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. se funda entonces en el marco legal que regula el procedimiento administrativo, pero también en el derecho de petición que consagra el artículo 24 de la Constitución Política del Estado. Ante esta solicitud la ASFI ha respondido, también invariablemente, invocando el artículo 60 del Reglamento, cuando de lo que se trata es precisamente que la ley otorga una permisión a la ASFI para no cumplir taxativamente la disposición reglamentaria. FASSIL, como administrado, pide a la ASFI que le responda de manera fundada, motivada, como señala el precitado artículo 24 de la Constitución Política del Estado, cuáles son las razones por las cuales no aplica la permisión y la facultad, que le otorga el artículo 40 transcrito anteriormente. En particular que señale por qué este

pedido le parece irrazonable -dado que la razonabilidad de que exista la posibilidad de irrogar al administrado daños graves es una de las condiciones que exige la normativa jurídica- y por qué considera que el hecho de restituir los cobros señalados no le causará a FASSIL un daño grave e irreversible.

Adicionalmente, hay que señalar que el accionar de la ASFI en este punto -como en otros- es totalmente contradictorio, ya que el ensañamiento con el que obra en esta ocasión al negar a FASSIL su razonable pedido de suspensión, contrasta con lo que lo propia ASFI dispuso en la Resolución 506/2012 de 2 de octubre de 2012, ocasión en la que aceptó suspender la restitución de dichos cobros, amparada en el artículo 40 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 27175. Resulta inexplicable que, siendo que a la fecha las razones son todavía más favorables a FASSIL, niegue la aplicación de este artículo.

Si el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. procediera a restituir los citados cobros a los clientes, ninguno de los cuales presentó reclamo alguno, y posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia emitiera una sentencia favorable a la entidad, entonces el daño sería irreparable porque no habría manera de recuperar los montos devueltos. Por eso es que FASSIL solicitó una medida precautoria al máximo Tribunal de Justicia y por ello es que solicita a la ASFI dejar en suspensión dicha ejecución.

3.2. Proceso contencioso administrativo y medida precautoria.

Como se ha señalado en el punto anterior, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. nunca sostuvo que por haber presentado una Demanda Contencioso Administrativa la ejecución del acto quedaba en suspenso. La entidad a la que represento es conocedora y respetuosa del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Pero la ASFI se niega a considerar que en este proceso, en el cual no es parte -ya que la entidad demandada es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas- el demandante (FASSIL) ha solicitado al Tribunal Supremo de Justicia la adopción de una medida precautoria, fundada en el artículo 169 del antiguo Código de Procedimiento Civil (vigente a momento de realizar la solicitud), a cuyo efecto no solamente ha ofrecido sino que ha efectivizado una contracautela, conforme exige el artículo 173 del mismo cuerpo normativo. El monto de la contracautela es el equivalente al total de los cobros efectuados por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. por concepto de verificaciones domiciliarias y recuperación de gastos por gestiones de cobranza.

Estos importes, como hemos probado en más de una ocasión, han ingresado efectivamente, materialmente, a las cuentas del Tesoro Judicial, y se está a la espera de que el máximo Tribunal de Justicia adopte una decisión que sea notificada a las partes. La ASFI tendrá que estar a resultas de esta decisión, ya que de otro modo se entendería que este órgano administrativo está por encima del Tribunal Supremo de Justicia.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no está desoyendo las instrucciones de la ASFI, sino que está recurriendo a vías legales para dejarlas en suspenso, sin perjuicio de asumir una defensa de fondo, ya que el concepto mismo de su disposición es

ilegal, como repetidamente lo hemos sostenido, y como probaremos ante el Tribunal Supremo de Justicia.

3.3. Ajustes contables

La instrucción que aparece en el punto segundo de la Resolución ASFI No. 026/2014 de 17 de enero de 2014, respecto a efectuar el ajuste contable con cargo a las cuentas de resultado y abono a las cuentas de los clientes, no es parte de la Resolución Ministerial Jerárquica, y se trata de una novedosa instrucción de la ASFI, que ordena un aspecto al que no puede darse cumplimiento, ya que el monto que asciende a Bs5.289.297,00, y que fue depositado en las cuentas del Órgano Judicial, no constituye un pasivo para la entidad, sino que es parte del activo, un monto que FASSIL espera recuperar; por tanto inscribir dicha cuenta en el pasivo no reflejaría de manera objetiva como exigen las normas de contabilidad.

Pero el hecho de haber depositado en las cuentas del Órgano Judicial tiene adicionalmente dos consecuencias, que la ASFI se niega a valorar, al menos no dice nada al respecto en la Resolución Administrativa que es objeto del presente Recurso de Revocatoria:

i) El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no tiene el control ni la disposición de este monto, porque el mismo ha salido materialmente de las cuentas de FASSIL. En consecuencia no podría destinar dos veces un mismo monto al mismo fin.

ii) Este monto sigue figurando contablemente en el activo, ya que la entidad tiene la expectativa de recuperarlo mediante una sentencia favorable dentro del Proceso Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la ASFI una vez más está obrando al margen de la ley al exigir al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. a apropiar contablemente las cuentas de un modo que no responde a la realidad y que desnaturaliza su pretensión legítima dentro del Proceso Contencioso Administrativo.

Por lo demás resulta inaceptable que se realice una apropiación contable en la cuenta "Acreedores Varios" siendo que no existe ninguna base legal ni reclamo, demanda, menos sentencia, que permita considerar que quienes han efectuado estos pagos sean "acreedores" de FASSIL, por lo que la ASFI comete un exceso al arrogarse la representación de una masa de presuntos "acreedores" que legal ni contablemente tienen esa calidad.

4. Petitorio.

En consideración de las argumentaciones expuestas en el presente memorial, al amparo de lo dispuesto por la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 46 y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad que acepte el presente ***Recurso de Revocatoria*** *y revoque en su totalidad la Resolución ASFI No. 026/2014 de 17 de enero de 2014, dejando sin efecto la instrucción que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL*

S.A. proceda de manera inmediata a la restitución de los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza así como de realizar el ajuste contable de Bs5.289.297,00 con cargo a las cuentas de resultado y abono a las cuentas de los clientes o en la subcuenta 242.99 "Acreedores Varios" en caso de que los afectados no mantengan cuentas pasivas con la entidad.

Asimismo, al amparo de lo determinado por el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, ante el efecto y perjuicio irreversible que implica ejecutar las medidas instruidas por la ASFI a través deResolución (sic) *ASFI No. 026/2014 de 17 de enero de 2014, solicitamos a su digna Autoridad se sirva suspender la ejecución del acto antes descrito, mientras se agote la vía administrativa, que actualmente se encuentra en la parte recursiva por la interposición de este Recurso de Revocatoria…*"

3. AUTO DE 13 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante auto de 13 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determina:

"…***ÚNICO:*** *Conceder al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., cinco días hábiles administrativos, para que a los efectos de sustanciar y resolver el recurso de revocatoria interpuesto, cumpla previamente con lo previsto en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado...*"

Decisión que se fundamenta en los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, a través del resuelve segundo de la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, se dispuso que el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., "restituya de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza (…)".

Que, mediante memorial presentado en fecha 10 de febrero de 2014, el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., interpone recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, solicitando se revoque en su totalidad la citada Resolución ASFI N° 026/2014, y se deje sin efecto la instrucción de restituir los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta que: "Las Resoluciones Administrativas de los Superintendentes Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió"

Que, el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI manifiesta:

> *"I. Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.*
>
> *II. En el caso que el recurrente incurriere en un error de aplicación o designación, el Superintendente respectivo determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, debiendo orientar adecuadamente al recurrente. "*

CONSIDERANDO:

Que, el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente reglamento".

Que, en ese sentido revisado el recurso de revocatoria presentado por el Fondo Financio Privado Fassil S.A., se advierte que no se ha efectuado el cumplimiento de la obligación establecida en la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, relativa a la restitución de los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza.

Que, advertida de la omisión del recurrente para interponer el recurso administrativo, es deber de esta Autoridad de Supervisión reencausar procedimiento, orientando al interesado al cumplimiento de la normativa establecida, aspecto por el cual en aplicación del parágrafo I del artículo 39 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se le intima para que en el plazo de cinco días administrativos, computables desde la notificación con la presente carta, acredite ante esta Autoridad de Supervisión el cumplimiento del requisito formal establecido en el parágrafo I del artículo 47 del citado Reglamento, bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado…"

4. SOLICITUD DE 20 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DEL AUTO DE 13 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante memorial presentado en fecha 20 de febrero de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** solicitó la aclaración y complementación del auto de 13 de febrero de 2014, en los siguientes términos:

> "*…El pasado 18 de febrero de 2014 he sido notificada con el Auto 008 de 13 de febrero de 2014, por el cual, su Autoridad dispone "conceder" al FONDO FINANCIERO*

PRIVADO FASSIL S.A. el plazo de cinco días hábiles para cumplir lo dispuesto por el artículo 47 parágrafo I del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, "bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado" (sic). Al respecto, en tiempo hábil y amparado en el artículo 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, aplicable a todos los sistemas incluido el ex SIREFI, como expresamente señala su Disposición Adicional Segunda, presento solicitud de ***aclaración y complementación*** *a lo dispuesto por dicho Auto, en los términos siguientes:*

1. *El Artículo 47 parágrafo I del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que para la admisión del Recurso se debe demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria. Se sirva aclarar si la instrucción de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de restituir de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gastos por concepto de gestiones de cobranza, es considerada una sanción pecuniaria y, en su caso, señale cuál habría sido la norma infringida por la Entidad a la que represento.*

2. *Por otro lado, se sirva aclarar si el incumplimiento de "requisitos formales" genera el* ***"rechazo"*** *del Recurso o más bien su* ***declaratoria de improcedencia****, tal como señala el articulo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aplicable cuando el Recurso se interpone fuera del plazo señalado o sin cumplir los requisitos exigidos; siendo en todo caso que este artículo establece que un Recurso de Revocatoria debe resolverse mediante una resolución confirmatoria, revocatoria, desestimatoria o improcedente. ¿Cómo salva esta contradicción tan evidente o eso implica un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto?.*

3. *Precise cuál es el concepto de "requisito formal subsanable", toda vez que en la parte considerativa de su írrito Auto, cita el Artículo 39 en su parágrafo I del Reglamento para el SIREFI mencionado, dando a entender que la restitución inmediata de los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza no es el asunto de fondo en debate en el presente Recurso, sino un simple "requisito formal subsanable". Si fuese así, señale entonces cuál sería el asunto de fondo del presente Recurso de Revocatoria.*

4. *Finalmente, su Autoridad se servirá aclarar que si el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. "cumple" con lo ordenado por su Autoridad, qué sentido tendría el Recurso de Revocatoria que ha sido planteado precisamente para dejar en suspenso una instrucción de restitución de cobros que a juicio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero son indebidos, y si su "intimación" no* ***constituye una violación al Derecho Constitucional de Defensa****, que tiene un carácter amplio, considerando que su Autoridad no se ha pronunciado sobre la petición de suspensión del Acto Administrativo basada en el Artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, realizada por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SA..* (sic) *en el Recurso de Revocatoria.*

Por todo lo expuesto, al amparo de lo dispuesto por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, solicito a su Autoridad que aclare los puntos suscitados, resolviendo de manera expresa y precisa las cuestiones planteadas…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 106/2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "*Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de complementación y enmienda presentada por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A.*", así como "***RECHAZAR** la solicitud del contenido en el otrosí primero del memorial de aclaración y complementación*", con base en los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *El parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del Reglamento".*

  En el presente caso, la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, dispone la obligación que tiene el recurrente de restituir de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas, aspectos que deben ser considerados por el recurrente a tiempo de interponer recurso de revocatoria.

  En ese sentido, el recurrente presentó memorial de Recurso de revocatoria en fecha 10 de febrero de 2014, sin dar cumplimiento al parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, aspecto por el cual advertida la omisión del recurrente es deber de esta Autoridad de Supervisión reencausar procedimiento, orientando al interesado al cumplimiento de la normativa establecida, es decir al cumplimiento de la obligación establecida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, la cual resolvió revocar parcialmente la resolución administrativa ASFI N° 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero, dejándose sin efecto en ambas resoluciones, únicamente las determinaciones referidas al cobro de comisiones por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, manteniéndose firmes, vigentes y subsistentes las restantes determinaciones que se encuentren allí conferidas.

La complementación y enmienda, requerida relativa a la aclaración de si la instrucción de restituir de manera inmediata los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza es una sanción, debió ser presentada en el procedimiento administrativo concluido con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, ya que la Resolución ASFI N° 026/2014 y el Auto de fecha 13 de febrero de 2014, solo están destinados a garantizar el cumplimiento de dicha Resolución Jerárquica.

- *El parágrafo I del artículo 39 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala "La* (sic) *advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso".*

  El artículo 43 del citado Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone las formas de resolución del recurso de revocatoria las cuales son: a) confirmatorias, b) revocatorias, c) desestimatorias y d) improcedentes.

  En ese sentido, corresponderá a esta Autoridad de Supervisión a tiempo de evaluar el recurso de revocatoria interpuesto por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., pronunciarse en las formas previstas por ley.

- *La Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, dispone que el Fondo Financiero Fassil S.A, restituirá de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas en cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, que concluye el procedimiento administrativo conforme dispone el artículo 60 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

  En ese sentido, a tiempo de interponer el recurso de revocatoria contra la citada Resolución ASFI N° 026/2014, el recurrente debe cumplir previamente con lo establecido por el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es decir debe cumplir con la formalidad de demostrar el cumplimiento de la obligación dispuesta por la resolución ASFI N° 026/2014, ya que la obligación de restituir los cobros por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza ya fue definida por la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, y por la Resolución

Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012.

En este marco, el recurrente no debe pasar por alto el contexto del citado parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, ya que dicho artículo no solo aplica para el derecho administrativo sancionador, sino para los actos administrativos en general que desde luego no imponen sanciones, sino también el cumplimiento de determinadas obligaciones.

En tal sentido, cuando el mencionado artículo 47, señala el deber del recurrente de demostrar el cumplimiento de la obligación dispuesta por la resolución recurrida, no lo está liberando al cumplimiento condicional, como si fuera una posible alternativa, sino que viene a establecer el cumplimiento necesario del mismo, aspecto por el cual en virtud del parágrafo I del artículo 39 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante Auto de fecha 13 de febrero de 2014, se intimó al recurrente para que en el plazo de cinco días hábiles administrativos, "acredite" el cumplimiento de la obligación.

- *El parágrafo II del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, señala "Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley 1178 del sistema de Administración y Control Gubernamentales".*

  Contrariamente a lo afirmado por el accionante, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero si se ha pronunciado sobre su solicitud de suspender la restitución de los cobros por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza en su Resolución ASFI N° 26/2014.

  En relación al otrosí primero, relativo a la aplicación del parágrafo III del artículo 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, sobre la solicitud de declarar interrumpido el plazo hasta tanto sea resuelto en el término de cinco días siguientes a la presentación de dicha solicitud, corresponde señalar que toda vez que se encuentra en curso el Recurso de Revocatoria planteado mediante memorial presentado en fecha 10 de febrero de 2014 y la aclaración interrumpe el plazo para la interposición de recursos, no es aplicable al presente caso (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta que: "Las Resoluciones Administrativas de los Superintendentes Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de

revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió."

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI manifiesta:

> *"I. Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.*
>
> *II. En el caso que el recurrente incurriere en un error de aplicación o designación, el Superintendente respectivo determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, debiendo orientar adecuadamente al recurrente."*

Que, el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente reglamento".

Que, los fundamentos expuestos en la Resolución ASFI N° 026/2014, emitidos en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 60 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, para garantizar el cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, son claros ya que no contiene contradicciones o ambigüedades y tampoco carece de elementos que deban ser complementados…"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 134/2014 DE 12 DE MARZO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "*Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., contra la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014*", exponiendo para ello los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, previo al análisis de fondo del memorial de Recurso de Revocatoria presentado en fecha 10 de febrero de 2014, por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A.,

corresponde "prima facie" establecer el cumplimiento del parágrafo I del artículo 47 de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, dispone que el Fondo Financiero Fassil S.A, restituya de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas en cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, que concluye el procedimiento administrativo conforme dispone el artículo 60 de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En ese sentido, a tiempo de interponer el recurso de revocatoria contra la citada Resolución ASFI N° 026/2014, el recurrente debe cumplir previamente con lo establecido por el parágrafo I del artículo 47 de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es decir debe cumplir con la formalidad de demostrar el cumplimiento de la obligación dispuesta por la resolución recurrida, ya que la obligación de restituir los cobros por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza que fue el objeto de impugnación de la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, ya fue definida por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012.

En este marco, el recurrente no debe pasar por alto el contexto del citado parágrafo I del artículo 47 Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, ya que dicho artículo no solo aplica para el derecho administrativo sancionador, sino para los actos administrativos en general que desde luego no imponen sanciones, sino también el cumplimiento de determinadas obligaciones.

En tal sentido, cuando el mencionado artículo 47, señala el deber del recurrente de demostrar el cumplimiento de la obligación dispuesta por la resolución recurrida, no lo está liberando al cumplimiento condicional, como si fuera una posible alternativa, sino que viene a establecer el cumplimiento necesario del mismo, aspecto por el cual en virtud del parágrafo I del artículo 39 de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante Auto de fecha 13 de febrero de 2014, se intimó al recurrente para que en el plazo de cinco días hábiles administrativos, "acredite" el cumplimiento de la obligación.

Que, la obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento, más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal; el vínculo de derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa, así se desprende de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 006/2012 de 27 de enero de 2012.

Que, en ese sentido el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., ha incumplido con uno de los requisitos para que proceda la admisión del recurso de revocatoria, al omitir dar estricto cumplimiento a lo resuelto en la disposición segunda de la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, que expresamente fija una obligación a ser realizada, tal como se expresa a continuación:

*"**SEGUNDO.-** Disponer que el FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" SA. restituya de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas, efectuando el ajuste contable con efecto al mes de diciembre de 2013, por Bs5,289,297.00 (Cinco millones doscientos ochenta y nueve mil doscientos noventa y siete 00/1 00 bolivianos), de acuerdo con la cuantificación contenida en los Informes de Gerencia General de 1 y 22 de julio de 2013, debiendo dicho ajuste ser efectuado con cargo a las cuentas de resultado y abono a las cuentas de los clientes o en la subcuenta 242.99 "Acreedores Varios" en caso de que los afectados no mantengan cuentas pasivas con la entidad, remitiendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hasta el 14 de febrero de 2014, las papeletas contables emergentes de dicho ajuste y el envío de un Informe emitido por la Gerencia de Auditoría Interna que indique y documente las devoluciones efectuadas".*

Que, no obstante encontrándose claro tal extremo, es pertinente rescatar lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2011, la que a la letra señala "…en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, a saber:

***OBLIGACIÓN.-** La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa.*

***SANCIÓN ADMINISTRATIVA.-** La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación…"*

Que, ante la inexistencia de respaldo que acredite las gestiones realizadas por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., para dar cumplimiento a la Resolución ASFI N° 026/2014, respecto a la restitución de los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, no ha dado cumplimiento cabal a la disposición emergente de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012. Asimismo, se tiene que el recurrente no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada, toda vez que no dio cumplimiento estricto a la instrucción ni remitió el respaldo correspondiente que acredite el

cumplimiento de la misma.

Que, evaluado lo anterior el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., no acreditó la restitución de los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza; por lo que en el presente caso, no existe respaldo que demuestre el cumplimiento de la obligación, afectando de esta manera la procedencia del Recurso de Revocatoria.

Que, bajo ese orden normativo y lo expuesto, se advierte que el Fondo Financiero Privado Fassil S.A. al no haber dado cumplimiento a la obligación de restituir los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, no cumplió con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar improcedente el recurso de revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, sin embargo de lo citado precedentemente, es menester considerar los argumentos expuestos por la recurrente, en el marco del debido proceso y el derecho a la defensa, por lo que se establece los siguientes aspectos:

- *Mediante Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, se elevó a categoría de resolución administrativa la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, relativa a restituir los cobros por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza.*

  En recurso de revocatoria se emitió la resolución ASFI N°506/2012, la cual confirma parcialmente la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012. Asimismo, se suspende la restitución de los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, mientras se agote la vía administrativa.

  En ese, sentido, la Resolución ASFI N° 506/2012, es clara al señalar que se suspende la restitución de los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, mientras se agote la vía administrativa, en virtud del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, de tal manera que se suspendió la restitución de dichos cobros de manera temporal.

  Así se tiene que, al haberse emitido la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, la cual señala que el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., debe restituir los cobros por concepto verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, agoto la vía administrativa en virtud del parágrafo II del artículo 60 del Reglamento a la Ley del Procedimiento

Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

- *En cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012, se emitió la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, la cual dispone que el Fondo Financiero Fassil S.A., debe restituir de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza.*

  Bajo ese orden, es necesario resaltar los artículos 60 y 61 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, los cuales determinan los siguientes aspectos:

- *Las Resoluciones dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.*

- *Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deben cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando resoluciones administrativas pertinentes para su ejecución.*

- *El incumplimiento a las disposiciones jerárquicas acarrearía la responsabilidad señalada en la Ley N° 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamental.*

- *Agotada la vía administrativa, queda expedita la posibilidad de iniciar el proceso contencioso administrativo y cuya interposición no suspende la ejecución de las resoluciones emitidas en el SIREFI, por su defecto devolutivo.*

  Queda claro, que las Resoluciones dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa, debiendo las Superintendencias Sectoriales cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias para su ejecución.

  No obstante, lo señalado por el recurrente en sentido de que habría interpuesto una demanda contenciosa administrativa contra el pronunciamiento jerárquico, solicitando se suspenda la instrucción de devolución de importes observados, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede dar curso a dicha solicitud de suspensión, por cuanto de acuerdo con el parágrafo II del artículo 60 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, la interposición de una demanda contencioso administrativa no suspende la ejecución de las resoluciones emitidas en el SIREFI, por su efecto devolutivo[1].

[1] *Efecto Devolutivo "En caso de apelación u otro recurso frente a la resolución de un juez o tribunal, cuando su conocimiento se atribuye a un superior, con respecto al que ha dictado la sentencia, auto o providencia, el que no tiene efecto para impedir la ejecución (provisional al menos) de lo resuelto por el inferior ni paraliza el curso de la*

acción principal o de la causa) Diccionario Enciclópedico (sic) *de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas.*

En el presente caso, si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante la Resolución ASFI N° 506/2012, suspende la restitución de los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, dicha medida se aplicó hasta la conclusión de la vía administrativa en el marco del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, aspecto que se encuentra concluido por efecto de la Resolución Ministerial Jerárquica.

En consecuencia la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede suspender la obligación que tiene el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., de restituir los cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, toda vez que la interposición de un recurso contencioso administrativo no suspende la ejecución de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012, por su efecto devolutivo…"

7. RECURSO DE REVOCATORIA DE 21 DE MARZO DE 2014, CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 106/2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014.-

En fecha 21 de marzo de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, exponiendo a tal efecto, los alegatos siguientes:

"…***3. Argumentos legales que desvirtúan la ilegal decisión de la ASFI.***

2.3.1. Falta de fundamentación para declarar la improcedencia de la solicitud.

Si bien es cierto que el artículo 36, parágrafo II, del Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, permite a la Autoridad Administrativa resolver las solicitudes de aclaración y complementación declarando las mismas como procedentes o improcedentes; no es menos cierto que todas las decisiones deben estar fundamentadas. En el presente caso, la ASFI se ha limitado a realizar un recuento y enumeración meramente descriptiva de los antecedentes en la parte considerativa de la Resolución ASFI No. 106/2014 de 26 de febrero de 2014, y se limita a despachar el asunto con argumentos que carecen de fundamento legal, como se señalan a continuación:

i) La necesidad de que se aclare si la instrucción emitida por la ASFI es una sanción, señala la ASFI, debió ser presentada en el procedimiento administrativo que concluyó con la Resolución Jerárquica del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. ¿De dónde saca la autoridad administrativa esa exigencia? ¿En qué lugar de la norma y de reglamento alguno funda la ASFI el hecho de que el administrado no pueda pedir aclaraciones y complementaciones? Esta denegación es una clara limitación a nuestro derecho de defensa, inexplicable por otra parte, ya que

la ASFI debería saber si es o no una sanción, y en caso de que no lo sea, señalar qué tipo de obligación es tan sui generis instrucción, que insisto, no tiene base legal alguna.

ii) "La Resolución ASFI No. 026/2014 y el auto de fecha 13 de febrero de 2014 sólo están destinados a garantizar el cumplimiento de dicha Resolución Jerárquica". Este "argumento" es tan inútil como impertinente. Ambas son decisiones administrativas y por tanto plenamente recurribles, impugnables y sujetas a que los administrados que se sientan afectados con ellas, utilicen todos los medios legales para ejercer su derecho de defensa. Es realmente indiferente si estos dos actos administrativos tienen la finalidad de efectivizar el cumplimiento de un tercer acto administrativo, hecho que no inhabilita a presentar aclaraciones, complementaciones, recursos, etc. Este argumento de la ASFI es intrascendente para sustentar el haber declarado la improcedencia de nuestra solicitud.

***2.3.2. Complementación** y **enmienda o aclaración** y **complementación.** El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. presentó solicitud de **aclaración** y **complementación** al Auto de la ASFI de fecha 13 de febrero de 2014, sin embargo, la Autoridad Administrativa se refiere repetidamente -inclusive en la parte resolutiva de la resolución impugnada - como **complementación** y **enmienda.** Si bien se trata de un problema semántico, y seguramente secundario, se trastocan los términos aplicables, alejándose de la terminología legal, ya que el precitado artículo 36 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, se refiere también a las solicitudes de **aclaración** y **complementación** que pueden efectuar los administrados.*

***2.3.3. Advertencia de rechazo.** En la Resolución ASFI No. 026/2014 el ente fiscalizador conminó a la entidad a la que represento a cumplir con lo ordenado en la misma resolución bajo alternativa de "rechazar" el recurso de revocatoria interpuesto. En nuestra solicitud de aclaración y complementación hemos solicitado se nos aclare qué se debe entender por "rechazo" del recurso y hemos señalado que, de acuerdo a los dispuesto por el Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175, las distintas formas de resolver un recurso de revocatoria son las siguientes: confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes. La ASFI no aclara qué entiende por "rechazo" del recurso y se limita a señalar en su Resolución que es objeto de la presente impugnación, que "corresponderá a la ASFI a tiempo de evaluar el recurso de revocatoria interpuesto por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. pronunciarse en las formas previstas por ley".*

Pero esta afirmación tiene dos consecuencias importantes. La primera es que la ASFI reconoce implícitamente que utilizó impropiamente - lo cual parece ser una costumbre - el término "rechazo". Pero la segunda es aún más importante, ya que la ASFI reconoce también implícitamente que anticipó criterio al afirmar que el recurso de revocatoria seria "rechazado"; en tanto que esta última resolución dice que en su momento considerará qué forma de resolución adoptará cuando corresponda. Lo que viene a demostrar que nuestra solicitud de aclaración y

complementación era oportuna y acertada y que la ASFI evadiendo responderla, no hace más que revelar una actitud de prejuzgamiento y poca imparcialidad.

2.3.4. Requisito formal. *El tema central de la controversia que llevó al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. a presentar Recurso de Revocatoria contra el Auto de 13 de febrero de 2014 es que éste ordenaba a la entidad a cumplir con la obligación emergente de la Resolución ASFI No. 026/2014, con carácter previo a la admisión del recurso, en el entendido que este cumplimiento se trataría de una "formalidad", y por tanto cabía aplicar lo dispuesto por el artículo 47 parágrafo I del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI. Si hemos pedido aclaración sobre este punto, es porque resulta un contrasentido que el objeto central de la controversia -compleja y larga que se origina en un procedimiento anterior y que inclusive se ventila actualmente en el máximo Tribunal de Justicia del Estado- sea tomada tan ligeramente por la ASFI como para considerarla una formalidad previa. Este aspecto es ratificado nuevamente en la Resolución ASFI No. 106/2014 cuando se sostiene que el recurrente "debe cumplir con la formalidad de demostrar el cumplimiento de la obligación dispuesta por la resolución ASFI No. 026/2014", es decir que, ahora la formalidad ya no es el cumplimiento de la obligación sino su "demostración". Pero la verdad es que el ejercicio lingüístico no sólo que es insuficiente para reencaminar unas decisiones que no tiene basamento legal, sino que han creado una peligrosa situación de indefensión en contra de la entidad a la que represento.*

2.3.5. Interrupción de plazo. *La presentación de aclaración y complementación interrumpe el plazo para la interposición de recursos administrativos y de la propia acción contencioso administrativa; ésta es una disposición expresa del artículo 36 parágrafo III del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo, y no es, por tanto, un aspecto que la Autoridad Administrativa deba evaluar cómo responder. Al "negar" -o mejor dicho RECHAZAR- en su disposición segunda de la resolución impugnada, la ASFI no hace más que ratificar una vez más que obra por encima de la ley, en contra de la ley y alejada de la ley, dejando al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. en una total indefensión.*

4. Petitorio. *Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, al amparo de lo -dispuesto por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 46 y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad que acepte el presente* ***Recurso de Revocatoria*** *y que revoque en su totalidad la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014…*"

8. RECURSO JERÁRQUICO DE 1° DE ABRIL DE 2014, CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 134/2014 DE 12 DE MARZO DE 2014.-

En fecha 1° de abril de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***3. Argumentos legales que desvirtúan la ilegal decisión de la ASFI***

3.1. La solicitud no se funda en la sola presentación de la Demanda Contencioso Administrativa, sino en una Medida Precautoria solicitada dentro de dicho proceso.

La solicitud del FONDO FINANCIERO PRIVASO FASSIL S.A. se funda entonces en el marco legal que regula el procedimiento administrativo, pero también en el derecho de petición que consagra el artículo 24 de la Constitución Política del Estado. La ASFI sostiene en la página 2 de la Resolución ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014 objeto del presente Recurso, que FASSIL solicitó la suspensión de la ejecución porque "se habría presentado Demanda Contencioso Administrativa". Si el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. procediera a restituir los citados cobros a los clientes, ninguno de los cuales presentó reclamo alguno, y posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia emitiera una sentencia favorable a la entidad, entonces el daño sería irreparable porque no habría manera de recuperar los montos devueltos. Por eso es que FASSIL solicitó una medida precautoria al Tribunal Supremo de justicia y por ello es que solicita a la ASFI dejar en suspensión dicha ejecución.

Pero la ASFI se niega a considerar que en este proceso, en el cual no es parte -ya que la entidad demandada es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas- el demandante (FASSIL) ha solicitado al Tribunal Supremo de Justicia la adopción de una medida precautoria, fundada en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto no solamente ha ofrecido sino que ha efectivizado una contracautela, conforme exige el artículo 173 del mismo cuerpo normativo. El monto de la contracautela es el equivalente al total de los cobros efectuados por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. por concepto de verificaciones domiciliarias y recuperación de gastos por gestiones de cobranza. Estos importes, como hemos probado en más de una ocasión, han ingresado efectiva y materialmente, a las cuentas del Tesoro Judicial, y se está a la espera de que el máximo Tribunal de Justicia adopte una decisión que sea notificada a las partes. La ASFI tendrá que estar a resultas de esta decisión, ya que de otro modo se entendería que este Órgano Administrativo está por encima del Tribunal Supremo de Justicia.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no está incumpliendo las instrucciones de la ASFI, sino que está recurriendo a vías legales para dejarlas en suspenso, sin perjuicio de asumir una defensa de fondo, ya que el concepto mismo de su disposición es ilegal, como repetidamente lo hemos sostenido, y como probaremos ante el Tribunal Supremo de Justicia.

3.2. La ASFI anticipó criterio y se contradijo a sí misma. *En el Auto de 13 de febrero de 2014, la ASFI cometió un grosero error, al conminar a FASSIL a "cumplir la obligación" bajo alternativa de declarar rechazado el Recurso. El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., observando el Principio de Probidad, le advirtió a la ASFI, en su solicitud de aclaración y complementación, que un Recurso de Revocatoria, según dispone el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sólo puede asumir una de las cuatro figuras: confirmatoria, revocatoria,*

desestimatoria e improcedente, y le pidió que ACLARE a qué se refería con el término "rechazo"; sin embargo la ASFI declaró improcedente la solicitud, pudiendo por el contrario, haber aclarado su equívoco. Resulta que ahora, contradictoriamente, declara el Recurso improcedente, incumpliendo así, el contenido de su propio Auto de 13 de febrero de 2014, motivo suficiente para que la Resolución ASFI N° 134/2014 carezca de validez por ser incoherente con lo sostenido por la propia Autoridad Administrativa.

3.3. Formalidad de "demostrar" el cumplimiento de la obligación. *Se trata de otra "creación" de la ASFI carente de toda base legal y que responde nuevamente al abusivo e ilegal Auto de 13 de febrero de 2014, oportunidad en la que conminó al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. a cumplir previamente con la obligación de proceder a la devolución de los cobros efectuados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza. La entidad recurrente, nuevamente en la solicitud de aclaración y complementación, le recordó a ASFI que lo que dispone el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es el cumplimiento de formalidades en la presentación del Recurso y solicitó aclare si consideraba que la obligación principal era considerada por la Autoridad Administrativa como una mera "formalidad".*

Nuevamente la ASFI, al negarse a contestar la solicitud de Aclaración y Complementación, y declarar improcedente la solicitud, dejó pasar la oportunidad de corregir sus gruesos errores, y de una manera subrepticia convirtió su propia instrucción de cumplir con la obligación, en la obligación de cumplir con la "formalidad" de demostrar el cumplimiento de la obligación, instrucción que no existe en la Ley ni en su propio Auto de 13 de febrero de 2014, y que subrepticiamente aparece en la Resolución ASFI N° 106/2014 de 14 de febrero de 2014 que declara -irónicamente- improcedente nuestra solicitud de aclaración y complementación, cuando sí había mucho por complementar y aclarar. Éste es un manejo ilegal, pero que también viola el Debido Proceso, ya que ni la Ley ni sus Reglamentos, se refieren a que el administrado deba cumplir con la "formalidad" de demostrar el cumplimiento de la obligación, como requisito previo para interponer un Recurso.

3.4. Imposibilidad material de devolver en 5 días hábiles. *Más allá de los argumentos jurídicos expuestos, se debe señalar que aún en el caso de que legal y legítimamente se ordene al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. a la devolución de los importes señalados, esto no puede acontecer en 5 días hábiles, ya que se trata de la devolución relacionada a 158.317 operaciones lo cual materialmente no puede acontecer en sólo 5 días. Este hecho es de pleno conocimiento de la ASFI, y por tanto, exigir algo que materialmente no puede ser cumplido -insisto al margen de las consideraciones legales ampliamente expuestas- lo único que hace es negar el Derecho de Defensa, cuando lo que correspondía era examinar el fondo del asunto y emitir la Resolución respectiva.*

4. Petitorio

En consideración de las argumentaciones expuestas en el presente Recurso, al

amparo de lo dispuesto por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52 y 53 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad remita el presente Recurso Jerárquico ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas con todos los antecedentes debidamente foliados y ordenados, conforme dispone el artículo 55 del citado Reglamento, para que dicha Autoridad Jerárquica REVOQUE en su totalidad en contenido de la Resolución ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, y al mismo tiempo deje sin efecto la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014…"

9. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 222/2014 DE 21 DE ABRIL DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "*CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014*", a efectos de lo cual, señaló los siguientes como sus argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *En relación a que la Resolución ASFI N° 106/2014, carece de fundamento al no señalar si la instrucción de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es una sanción, al respecto en cuanto a la motivación de los actos administrativos, es pertinente traer a colación lo determinado por la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, respecto a este punto señala "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*

  Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones, ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda".

  En el mismo sentido, los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que entre los elementos del acto administrativo se encuentra la causa, por medio del cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable.

  Complementando lo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 establece que: "…El acto administrativo debe encontrarse

acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.

La motivación que contiene la resolución administrativa respecto de la congruencia debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…"

En el presente caso, se advierte que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 026/2014, a través de la cual se dispuso que el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., restituya de manera inmediata los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas. Asimismo, a efectos de resolver el recurso de revocatoria planteado por el recurrente, mediante Auto de fecha 13 de febrero de 2014, se le concedió el plazo de cinco días para que previamente cumpla con lo previsto por el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En ese sentido, en virtud al memorial de solicitud de aclaración y complementación interpuesto al Auto de fecha 13 de febrero de 2014, por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., esta Autoridad de Supervisión emitió la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, mediante la cual se declara improcedente dicha solicitud de complementación.

Precisamente una de las razones legales por la cuales se ha rechazado la solicitud del recurrente de aclaración y complementación es que el Auto de fecha 13 de febrero de 2014, tiene por objeto reencausar procedimiento, orientando al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., al cumplimiento del parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013.

De la lectura de la Resolución ASFI N° 106/2014, se advierte parámetros fácticos y técnicos legales que hacen a la debida motivación, puesto que la misma no solo señala antecedentes de hecho sino también aspectos jurídicos, así se desprende de las páginas 2 a la 6.

En lo concerniente a que no se habría aclarado si la instrucción de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es una sanción, cabe señalar que la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, señala que las determinaciones referidas al cobro de comisiones por concepto de verificaciones domiciliarias y

gestiones de cobranza establecidas en la Resolución ASFI N° 026/2014, constituye una obligación definida por la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012 y por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, así se desprende del análisis expuesto en la página 4, de la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014.

No obstante encontrándose claro tal extremo, es pertinente rescatar lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2011, la que a la letra señala "…en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, a saber:

OBLIGACIÓN.- *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal, el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa.*

SANCIÓN ADMINISTRATIVA.- *La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación…"*

Bajo ese orden normativo y lo expuesto, la restitución de importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranzas constituyen una obligación emergente de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012.

- *La Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, mantiene firme, vigente y subsistente la restitución por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza por parte del Fondo Financiero Privado Fassil S.A., por lo que en cumplimiento a dicha Resolución esta Autoridad de Supervisión emitió Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, la cual dispone que el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.****, restituya de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranzas a las personas afectadas.*

  En ese sentido, mediante Auto de fecha 13 de febrero de 2014, se concedió al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., cinco días hábiles administrativos, para que a los efectos de sustanciar y resolver el recurso de revocatoria interpuesto, cumpla previamente con lo previsto en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado.

En recurso de revocatoria interpuesto por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., se emitió la Resolución ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, la cual declara improcedente el Recurso de Revocatoria, por cuanto el recurrente no ha dado cumplimiento a la obligación de restituir los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, no cumplió con uno de los requisitos exigidos por las normas adjetivas contenidas en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Por las circunstancias y casuística del presente caso, se advierte que la obligación de restituir los cobros por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza ya fue definida en la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012 y confirmada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012,

En ese sentido, en conformidad con lo establecido por los artículos 60 y 61 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013, se establece que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, es definitiva y agota la vía administrativa, correspondiendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en dicha Resolución Jerárquica, debiendo incluso adoptar las medidas que sean necesarias y dictando Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución, aspecto por el cual se emitió la Resolución ASFI N° 026/2014.

- *En relación a que el recurrente habría presentado una solicitud de aclaración y complementación al Auto de fecha 13 de febrero de 2014, sin embargo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se refiere como complementación y enmienda, al respecto el parágrafo I del artículo 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, dispone que "Los administrados que intervengan en el procedimiento podrán solicitar, dentro de los tres días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos que presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la Resolución..".*

  Ahora, si bien es cierto que la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, declara improcedente la solicitud de complementación y enmienda presentada por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., efectuando una cabal interpretación sistemática de lo establecido en la parte considerativa de la citada Resolución, la misma no afecta de ninguna manera, ni bajo argumento alguno que el recurrente a tiempo de interponer recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 026/2014, debe cumplir previamente con lo establecido por el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de

2003, es decir cumplir previamente con la obligación dispuesta por la resolución ASFI N° 026/2014, toda vez que la obligación de restituir los cobros por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza ya fue definida por la Resolución ASFI N° 408/2012 de 26 de agosto de 2012 y confirmada en recurso jerárquico por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012.

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión habría adoptado una actitud de prejuzgamiento al anticipar que el recurso será rechazado, cabe señalar que el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente reglamento".*

  En ese sentido revisado el recurso de revocatoria presentado por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., se advierte que no se ha efectuado el cumplimiento de la obligación establecida en la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, relativa a la restitución de los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza.

  Advertida de la omisión del recurrente para interponer el recurso administrativo, es deber de esta Autoridad de Supervisión reencausar procedimiento, orientar al interesado al cumplimiento de la normativa establecida, aspecto por el cual en aplicación del parágrafo I del artículo 39 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se intimó al recurrente para que en el plazo de cinco días administrativos, acredite ante esta Autoridad de Supervisión el cumplimiento del requisito formal establecido en el parágrafo I del artículo 47 del citado Reglamento, bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado.

  En ese sentido, se emitió el Auto de fecha de 13 de febrero de 2014, por el cual se intimó al recurrente al cumplimiento de la obligación bajo apercibimiento del rechazo del recurso planteado, se debe señalar que esta intimación no constituye ninguna clase de prejuzgamiento[1], por cuanto es el mismo artículo 39 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI que señala que advertida la omisión de requisitos, se debe de intimar al recurrente para que subsane la omisión bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado.

[1] *Prejuzgar entendida* (sic) *como "Juzgar de las cosas antes de tiempo o de encontrarse debidamente informado", así se desprende del diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas*

En ese entendido, queda claro que la conminatoria efectuada al Fondo Financiero Privado Fassil S.A. para que cumpla con estas obligaciones se encuentra enmarcada dentro del parágrafo I del artículo 39 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

No obstante lo señalado, la Resolución ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, emitida en Recurso de Revocatoria presentado por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria.

Así, la Resolución ASFI N° 134/2014, se pronunció conforme lo establece el artículo 43 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría causado indefensión al recurrente, cabe señalar que según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la indefensión significa "Desamparo, carencia de protección. Situación de la parte a quien se niega en forma total o se regatean los medios procesales de defensa, de modo especial, el de ser oída por el juzgados y del patrocinio por letrado".*

  En el presente caso, se advierte (sic) *los siguientes extremos:*

  - *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, resolvió revocar parcialmente la resolución administrativa ASFI N° 506/2012 de 2 de octubre de 2012, manteniéndose firmes, vigentes y subsistentes la restitución de los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza.*

  - *Con el objeto de dar cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012, se emitió la Resolución ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014.*

  - *Mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 10 de febrero de 2014, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., presenta Recurso de Revocatoria. Asimismo, de manera previa se emitió el Auto de fecha 13 de febrero de 2014, mediante la cual se concedió al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., cinco días hábiles administrativos, para que a los efectos de sustanciar y resolver el recurso de revocatoria interpuesto, cumpla previamente con lo previsto en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

  - *Es así que, no habiendo cumplido el recurrente con el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de*

septiembre de 2003, se procede a dictar la Resolución ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, la cual declara improcedente el Recurso de Revocatoria.

Por lo expuesto, se advierte que en ningún momento se colocó al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., en estado de indefensión, puesto que la Autoridad de Supervisión no puede suspender la obligación que tiene el recurrente de restituir los cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, por cuanto la interposición de un recurso contencioso administrativo no suspende la ejecución de la resolución (sic) *Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012.*

- *En relación a la aplicación del parágrafo III del artículo 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, relativo a que no se habría interrumpido el plazo causando indefensión al recurrente, cabe señalar que toda vez que se encontraba en curso el Recurso de Revocatoria planteado mediante memorial presentado en fecha 10 de febrero de 2014 y la aclaración interrumpe el plazo para la interposición de recursos, no es aplicable al presente caso, así se desprende del análisis efectuado en la página 5 de la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014.*

  Es así que actualmente de acuerdo al recurso jerárquico planteado contra la Resolución la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, la Autoridad de Supervisión en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante nota ASFI/DAJ/R-50971/2014 de 3 de abril de 2014, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas todos los antecedentes y el memorial original del Recurso Jerárquico interpuesto por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A..

  Por lo expuesto, en ningún momento se generó indefensión puesto que ya se había planteado un recurso de revocatoria en fecha 10 de febrero de 2014 contra la Resolución ASFI N° 026/2014, que fue resuelto mediante Resolución ASFI N° 134/2014, que atendió todos los argumentos planteados por la entidad recurrente (…)

CONSIDERANDO:

Que, el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente reglamento".

Que, el artículo 60 del citado Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone:

I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.

II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales.

Que, el artículo 61 del referido citado Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala lo siguiente:

I. Agotada la vía administrativa, quedará expedita la posibilidad de iniciar el proceso contencioso administrativo conforme a ley.

II. La interposición de una demanda contencioso administrativa no suspende la ejecución de las resoluciones emitidas en el SIREFI, por su defecto devolutivo…"

10. RECURSO JERÁRQUICO DE 12 DE MAYO DE 2014, CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 222/2014 DE 21 DE ABRIL DE 2014.-

En fecha 12 de mayo de 2014, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, señalando los alegatos mencionados seguidamente:

"…***4. Argumentos legales que desvirtúan la ilegal decisión de la ASFI.***

4.1. La ASFI recién responde a la solicitud de aclaración y complementación, cuando antes la había rechazado.

La solicitud de aclaración y complementación presentada por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. tenía como objeto que la Autoridad Administrativa precise algunos conceptos ambiguos contenidos en la Resolución ASFI N° 026/2014 y Auto de fecha 13 de febrero de 2014. Esta solicitud -a la cual la ASFI fuera de todo marco legal le llama y le sigue llamando en la actual Resolución que impugnamos como "complementación y enmienda"- fue declarada improcedente, porque se consideraba que no existía término que aclarar, ni precisión alguna que efectuar. Sin embargo, a través de Resolución ASFI N° 222/2014, la ASFI responde de manera puntual precisamente a una de las preguntas que se habían planteado en dicha solicitud: a saber, si la instrucción emitida a través de Resolución ASFI N° 026/2014 se trataba de una obligación o una sanción. Si la ASFI consideraba que este aspecto estaba claro, al extremo que rechazó nuestra solicitud de aclaración y complementación, no es entendible ni aceptable que ahora dedique amplios

razonamientos para señalar que se trata de una obligación y no una sanción. Entonces, o este aspecto siempre estuvo claro y, por tanto, no debió ser considerado en la Resolución N° 222/2014, o bien este aspecto sí era confuso y, por tanto, la ASFI debió haberlo aclarado en oportunidad de responder a nuestra solicitud de aclaración y complementación.

Es más, a través de Resolución ASFI N° 222/2014, la ASFI afirmó que la solicitud de aclaración presentada por FASSIL respecto a la naturaleza de la instrucción emitida, "debió ser presentada en el procedimiento administrativo que concluyó con la Resolución Jerárquica del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas". Aunque semejante exigencia no tiene ninguna base legal, si se acepta el razonamiento de la ASFI, es legítimo cuestionar por qué entonces en la Resolución ASFI N° 222/2014 dedica amplio espacio a sus "razonamientos" para concluir que se trata de una obligación, y no de una sanción.

4.2. La falta de precisión en los términos genera anulabilidad.

A través del Recurso de Revocatoria interpuesto el 21 de marzo de 2014, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. ya había advertido que su solicitud fue de ***aclaración y complementación*** *al Auto de la ASFI de 13 de febrero de 2014. Sin embargo, la Autoridad Administrativa se refiere repetidamente -inclusive en la parte resolutiva de la resolución impugnada - como* ***complementación y enmienda.*** *Este error persiste en la Resolución Administrativa N° 222/2014, aunque ya habíamos hecho notar a la ASFI el error en que repetidamente había incurrido.*

Pero ahora existe una nueva utilización imprecisa de los términos, cuando la ASFI señala que "la interposición de un ***recurso*** *contencioso administrativo no suspende la ejecución del acto". En realidad el Contencioso Administrativo no es un "recurso" como afirma la ASFI, sino un proceso, y no sólo porque así lo establezca la Ley -tanto la de Procedimiento Administrativo como el Código de Procedimiento Civil- sino porque éste, para ilustración de la ASFI, se inicia con una demanda y se tramita como un juicio de puro derecho; siendo su naturaleza, por tanto, distinta de lo que es o puede ser un Recurso.*

No se trata de aspectos solamente semánticos, sino conceptuales; pero fundamentalmente, de imprecisiones legales que vician el procedimiento de anulabilidad al fundar decisiones en errores que deben ser corregidos, por lo que, sin perjuicio del petitorio principal, solicito a la Autoridad Jerárquica anular la Resolución N° 222/2014 por contener en su argumentación y razonamiento, gruesos errores conceptuales que deben ser, esta vez sí, enmendados.

4.3. "Reencausar" el procedimiento viola el Principio de Legalidad.

La ASFI ha creado un nuevo concepto, que no tienen ningún precedente legal, ni en la Ley de Procedimiento Administrativo, ni en su Reglamento, ni en norma reglamentaria alguna que sea aplicable a la materia, cuando sostiene que su Auto írrito de 13 de febrero de 2014, lo habría expedido para "reencauzar procedimiento".

Primero que en el texto de dicho Auto no se encuentra tan curioso concepto; en segundo lugar, habría que entender que si el procedimiento tiene que ser "reencausado" es que éste salió fuera de cauce, pero eso habría tenido que ser porque lo Autoridad Administrativa que lo dirige habría ocasionado esa anomalía. El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no ha generado, ni ha incurrido en desviación alguna del procedimiento, por lo que rechaza ese nuevo "argumento" de la ASFI.

Pero resulta más grave que este hecho viole el Principio de Legalidad, ya que el procedimiento Administrativo en todas sus etapas y actuaciones debe fundarse en lo que dispone de manera previa la Ley; no hacerlo significa una violación al Principio de Legalidad, razón por la que impugnamos la ilegal decisión de la ASFI expresada tanto en el Auto de 13 de febrero de 2014, como en las Resoluciones ASFI N° 106/2014 y ASFI N° 222/2014.

4.4. Advertencia de rechazo.

Mediante Auto de fecha 13 de febrero de 2014, el Ente Fiscalizador conminó a la Entidad a la que represento a cumplir con lo ordenado en la Resolución ASFI N° 026/2104 bajo alternativa de "rechazar" el Recurso de Revocatoria interpuesto. En nuestra solicitud de aclaración y complementación hemos solicitado se nos aclare qué se debe entender por "rechazo" del Recurso y hemos señalado que, de acuerdo a lo dispuesto por el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175, las distintas formas de resolver un Recurso de Revocatoria son las siguientes: confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes. La ASFI no aclara qué entiende por "rechazo" del recurso y se limita a señalar en la Resolución que es objeto de la presente impugnación, que "corresponderá a la ASFI a tiempo de evaluar el Recurso de Revocatoria interpuesto por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. pronunciarse en las formas previstas por ley".

Pero esta afirmación tiene dos consecuencias importantes. La primera es que la ASFI reconoce implícitamente que utilizó impropiamente el término "rechazo". Pero la segunda es aún más importante, ya que la ASFI reconoce también implícitamente que anticipó criterio al afirmar que el Recurso de Revocatoria sería "rechazado"; en tanto que en esta última Resolución dice que en su momento considerará qué forma de resolución adoptará cuando corresponda. Lo que viene a demostrar que nuestra solicitud de aclaración y complementación era oportuna y acertada y que la ASFI evadiendo responderla, no hace más que revelar una actitud de prejuzgamiento y poca imparcialidad.

4.5. Presunta "intimación" de pago.

Como quiera que la decisión de la ASFI de instruir a FASSIL la devolución de los importes cobrados por concepto de verificaciones domiciliarias y recuperación de gastos por gestiones de cobranza no es una sanción y no tiene precedentes, por lo que se constituye en una determinación ilegal como tantas veces lo hemos señalado,

tampoco tiene previsto un procedimiento de cobro o similar, ya que este procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo y sus Reglamentos está previsto para la ejecución de sanciones. La ASFI entonces en su ya característico estilo de obrar sin base legal y creando discrecionalmente cualquier figura que pueda convenirle, señala que el Auto de 13 de febrero de 2014, que origina esta impugnación, es una ***"intimación"*** *para el cumplimiento de una presunta obligación. Nueva violación del Principio de Legalidad, dado que las intimaciones sólo pueden efectuarlas los jueces competentes. En materia coactiva fiscal, por ejemplo, ni siquiera el actuado inicial es intimatorio: la nota de cargo es un simple requerimiento de pago, en tanto que, emitido el pliego de cargo, recién se reputa una intimación de pago, cuando ha concluido el proceso.*

La ASFI no tiene base legal alguna para intimar pagos, a no ser que se trate de sanciones pecuniarias, de multas, en los que sí existe una (sic) *procedimiento de cobro, pero la ASFI ha establecido claramente que no se trata de una sanción, por tanto no aplica dicho procedimiento. Se ha obrado una vez más, al margen de cualquier norma legal preestablecida y, por tanto, se ha violado nuevamente el Principio de Legalidad.*

5. Petitorio.

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, al amparo de lo dispuesto por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52, 53, 54 y 55 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad remitir el presente ***Recurso Jerárquico*** *más los respectivos antecedentes ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para que dicha Autoridad* ***revoque*** *en su totalidad la Resolución ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014 y consiguientemente la Resolución ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, así como el ilegal Auto de 13 de febrero de 2014…*"

11. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 4 de junio de 2014 y dentro del trámite del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, se llevó adelante la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** en su memorial de 13 de agosto de 2013, y atendida favorablemente en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2014 de 28 de mayo de 2014.

12. ACUMULACIÓN DE LOS RECURSOS JERÁRQUICOS.-

Mediante auto de fecha 5 de junio de 2014, se dispuso la acumulación de los Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, y contra la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, ambos interpuestos por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, por el fundamento que allí se señala y ahora se transcribe:

"…*la* ***Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014*** *es materia,*

por una parte, del Recurso de Revocatoria resuelto mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014 y que por ello hace al Recurso Jerárquico que, contra esta última se ha interpuesto, encontrándose en plena sustanciación; y por otra parte, hace al Recurso de Revocatoria contra la negativa a su complementación y enmienda dispuesta por la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, después recurrida de Revocatoria y confirmada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, ahora también recurrida y en pleno trámite del Recurso Jerárquico…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Ante la instrucción de la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** suspenda -entre otro- el cobro por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, la entidad financiera inició un proceso recursivo que concluyó con el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, la que en cuanto al extremo señalado, confirmó la determinación del Ente Supervisor.

Emergente a dicha actuación, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió las notas ASFI/DSR II/R-12742/2013 de 25 de enero de 2013, ASFI/DSR II/R-56732/2013 de 19 de abril de 2013, ASFI/DSR II/R-104890/2013 de 17 de julio de 2013, ASFI/DSR II/R-131251/2013 de 2 de septiembre de 2013 y ASFI/DSR II/R- 192064/2013 de 18 de diciembre de 2013, por las que, en líneas generales, se instruyó a la ahora recurrente, la restitución de cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, requerimientos que fueron respondidos negativamente por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA**, debido a que:

"*…se encuentra en proceso contencioso administrativo por la citada Resolución Jerárquica y que presentó una contracautela ante el Tribunal Supremo de Justicia por un importe total de Bs5,289,297.00 (Bolivianos cinco millones doscientos ochenta y nueve mil doscientos noventa y siete 00/100), remitiendo certificados de "Depósitos Judiciales - Tribunal Supremo de Justicia" y manifestando que la restitución podría ocasionarle un perjuicio irreversible en caso de serle favorable el proceso*

contencioso administrativo que lleva a cabo…" (Res. Adm. ASFI N° 026/2014).

Con carácter determinativo, la Autoridad Supervisora pronunció la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, misma que dispuso "*Rechazar las solicitudes efectuadas por el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.*** *realizadas mediante cartas FSL-GG 139/2013, FSL-GG845/2013, FSL-GG1104/2013*", y "*Disponer que el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.*** *restituya de manera inmediata los importes cobrados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a las personas afectadas*".

La precitada Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 fue recurrida de Revocatoria mediante memorial de 10 de febrero de 2014; aquí es pertinente dejar constancia de la bifurcación que ha seguido el trámite a partir de tal Recurso:

- Por una parte, el Recurso de Revocatoria de referencia, fue declarado improcedente por la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, dando lugar en fecha 1° de abril de 2014, al consiguiente Recurso Jerárquico por parte del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**

- De otra parte, dentro del mismo trámite de Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014, se ha pronunciado el auto de 13 de febrero de 2014, por el que se dispone que la recurrente "*cumpla previamente con lo previsto en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento* -referido a que *para la admisión del* Recurso de Revocatoria, se debe "*demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida*"- (…) *bajo apercibimiento de rechazo...*", determinación que ha dado lugar a la solicitud de aclaración y complementación de 20 de febrero de 2014, declarada improcedente por la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, luego esta última impugnada en nuevo Recurso de Revocatoria en fecha 21 de marzo de 2014 (entonces, dándosele el trato de nuevo proceso administrativo al trámite a partir del auto de 13 de febrero de 2014), por su efecto, confirmada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, y en definitiva, esta última recurrida de Jerárquico en fecha 12 de mayo de 2014, por parte del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**

Entonces, conforme consta del auto de fecha 5 de junio de 2014:

> "…*la* -precitada- ***Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014*** *es materia, por una parte, del Recurso de Revocatoria resuelto mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014 y que por ello hace al Recurso Jerárquico que, contra esta última se ha interpuesto, encontrándose en plena sustanciación; y por otra parte, hace al Recurso de Revocatoria contra la negativa a su complementación y enmienda dispuesta por la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, después recurrida de Revocatoria y confirmada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, ahora también recurrida y en pleno trámite del Recurso*

Jerárquico…"

Extremo que determinó la acumulación de ambos Recursos Jerárquicos, precisamente mediante el auto de fecha 5 de junio de 2014, correspondiendo por tanto al presente, pasar a evaluar, considerar y resolver los alegatos contenidos en los memoriales de fechas 1° de abril de 2014 contra la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, y 12 de mayo de 2014 contra la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, conforme sigue a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Deviniendo el proceso de dos Recursos Jerárquicos, conviene delimitar las controversias de ambos.

Así, en el caso del Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 134/2014 de 12 de marzo de 2014, la controversia está referida **al rechazo de la solicitud de suspensión de la devolución de los cobros realizados por conceptos de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza**, y **a la disposición de que se restituyan de manera inmediata los importes de lo mismo**, mientras que, conforme sale del expediente elevado por el Ente Regulador, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 222/2014 de 21 de abril de 2014, está -únicamente- referido **a la improcedencia de aclaración y complementación del auto de 13 de febrero de 2014** declarada por el Ente Regulador.

En todo caso, ambas controversias son accesorias de aquella que hubiera sido resuelta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, y se circunscriben a la ejecución de la misma, es decir, a la negativa del recurrente **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** a dar cumplimiento a la obligación de restitución por cobros realizados, al encontrarse en trámite una demanda contencioso administrativa contra la Resolución última señalada, dentro de la cual se ha presentado una contracautela por un importe de Bs5,289,297.00.- (son cinco millones doscientos ochenta y nueve mil doscientos noventa y siete 00/100 bolivianos) mediante depósito judicial, a los fines de evitar la restitución ordenada.

En tal sentido, los propios Recursos Jerárquicos, antes que entrar a un análisis del proceso administrativo fenecido, prefieren hacer puntualizaciones específicas sobre extremos también precisos, conforme se analizan a continuación:

2.1. Alcances del proceso administrativo de ejecución.-

El Recurso Jerárquico de 1° de abril de 2014 señala que:

> "*…el demandante (FASSIL) ha solicitado al Tribunal Supremo de Justicia la adopción de una medida precautoria, fundada en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto no solamente ha ofrecido sino que ha efectivizado una contracautela, conforme exige el artículo 173 del mismo cuerpo normativo* (…)

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no está incumpliendo las instrucciones de la ASFI, sino que está recurriendo a vías legales para dejarlas en suspenso…"

Tal alegato tiene que ver con el hecho de que la supra mencionada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, a tiempo de revocar parcialmente la entonces recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, ha dispuesto mantener "*firmes, vigentes y subsistentes las restantes determinaciones allí contenidas*", entre las que se encuentra precisamente, la referida a la improcedencia de los cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gastos de cobranza, y el consiguiente deber de restitución de los importes realizados por lo mismo.

De tal manera que, haciendo al derecho del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, el mismo se ha remitido a la vía jurisdiccional que importa la interposición de la acción contencioso administrativa a la que se refiere el artículo 70º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, bajo el número 197/2013.

Ahora bien, como lo ha señalado la recurrente, el proceso recursivo presente, no está referido a la improcedencia de los cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gastos de cobranza, ni siquiera al consiguiente deber de restitución de los importes cobrados por el mismo, en el sentido sustancial que importa haber sido también ello, materia fundamental del recurso anterior, ahora con plena firmeza administrativa, y por tanto, inmodificable en sede administrativa.

El alegato actual tiene que ver con la exigencia a la Administración, que detenga su pretensión de cumplimiento inmediato de la obligación de restitución de los importes cobrados, con el carácter temporal determinado de haberse solicitado el mismo extremo al Órgano Judicial, a manera de medida precautoria dentro de la acción contencioso administrativa de referencia, entonces, de manera similar a la señalada por el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003: "*La suspensión transitoria* (…) *de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*", de allí que el recurrente haga mención a que, si él procediera a restituir lo cobrado "*y posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia emitiera una sentencia favorable a la entidad, entonces el daño sería irreparable porque no habría manera de recuperar los montos devueltos*".

No obstante, la pretensión del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** no tiene en cuenta aspectos fundamentales como los siguientes:

- El Derecho Administrativo positivo y aplicado al caso boliviano, determina la coexistencia de varios tipos de procesos administrativos, distintos entre sí, siendo los que a continuación se señalan:

    - El proceso administrativo general (Ley 2341, Título Tercero, capítulos del I al IV; D.S. 27113, Título III, capítulos del I al III).

- El proceso administrativo recursivo (Ley 2341, Título Tercero, capítulo V; D.S. 27113, Título III, capítulo VI; en materia de regulación financiera, el Reglamento aprobado por el D.S. 27175, capítulo V).

- El proceso administrativo sancionatorio (Ley 2341, capítulo VI; D.S. 27113, Art. 108°; Reglamento Aprob. por D.S. 27175, capítulo VI).

- El proceso administrativo de ejecución (Ley 2341, Art. 4° -Incs. 'a' y 'b', además del Título Tercero, capítulo IV; D.S. 27113, Art. 49°, Par. II, además del Título Tercero, capítulo V; Reglamento Aprob. por D.S. 27175, Art. 60°).

- Y los procesos administrativos especiales (los previstos expresamente en normas determinadas).

Queda claro de la exposición anterior, que la determinación administrativa que ha dado origen a los Recursos Jerárquicos incoados contra las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 134/2014 de 12 de marzo de 2014 y ASFI Nº 222/2014 de 21 de abril de 2014, si bien por su propia naturaleza admiten actividad impugnatoria, en lo sustancial deben circunscribirse **al proceso administrativo de ejecución**, toda vez que vista la existencia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012 (al presente, materia de un proceso contencioso administrativo por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia), determina que la controversia de fondo, esta es, la restitución de cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, ha sido ya oportunamente resuelta en la sede administrativa y ha adquirido plena firmeza dentro de tal ámbito, resultando que las controversias que ahora se conocen, son meramente accesorias en tanto resultan del deber de ejecución del que se deja constancia seguidamente infra.

- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es incompetente para atender favorablemente una solicitud como la expresada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** (sobre suspensión de la obligación de restitución de cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza), por cuanto y en general, si la atribución que importa la competencia de la Autoridad señalada, está limitada al conocimiento de un determinado asunto, tal competencia cesa con el pronunciamiento de la correspondiente resolución, subsistiendo **únicamente para la fase de ejecución**, empero circunscrita, obviamente, a lo determinado por la norma para lo mismo, y limitado a lo ya decidido, en tanto es ello lo administrativamente firme, como tal una verdad jurídica.

  Obviamente, el procedimiento a seguir para tal ejecución, es el expresamente señalado **para el proceso administrativo de ejecución** (supra mencionado).

- Por tanto, no hay lugar a la consideración planteada por el recurrente, en sentido de, qué sucedería si "*posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia emitiera una*

sentencia favorable a la entidad" (lo que dadas las circunstancias sería excusable), por cuanto en derecho, existe también la posibilidad de que la sentencia referida le sea desfavorable al demandante; precisamente eso es lo que hace a la esencia de la jurisdicción.

Entonces, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para determinar la suspensión transitoria de la obligación impuesta (y a lo que se refiere el Recurso Jerárquico) ha concluido, por cuanto, así lo señala el artículo 40°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, cuando establece que: "***la Superintendencia*** *que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto* ***mientras se agote la vía administrativa***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por ende, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero carece de competencia para determinar una suspensión como la impetrada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** y actuar de manera diferente, importaría viciar sus propios actos, en infracción al principio de legalidad administrativa al que se refieren los artículos 122° de la Constitución Política del Estado, y 4°, inciso c), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

La competencia actual de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero está dada -como es regla universal en el ejercicio de la jurisdicción, sea judicial o administrativa-, para el cumplimiento de lo decidido cuando ha adquirido la firmeza necesaria, o inclusive antes de lo mismo cuando la norma lo autorice o lo ordene, siendo ello lo regular en materia administrativa, por cuanto, "*el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad*" (antes que el de los particulares; Ley N° 2341, Art. 4°, Inc. 'a'), de manera tal que "*La Administración Pública* (…) *podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos,* ***sin perjuicio del control judicial posterior***" (ídem, inciso 'b'; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Exigir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que actúe de manera distinta, tal cual lo pretende el Recurso Jerárquico, es inatendible por cuanto, ello conllevaría a la serie de responsabilidades que se encuentran previstas, tanto en la propia normativa administrativa, como en el régimen especializado en materia de responsabilidad funcionaria.

Ahora bien, queda claro que la ejecución de las determinaciones contenidas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, como conclusión del proceso administrativo anterior, no solo hace a una prerrogativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sino fundamentalmente a su deber.

Sin embargo, la ejecución no puede estar sujeta al cumplimiento del artículo 40° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 -como lo viene intentando el Ente Regulador- por cuanto y conforme sale de su propia redacción, tal artículo hace al proceso administrativo recursivo y no al proceso administrativo de ejecución, estado procesal en el que se encuentra la controversia de mérito, toda vez que la misma ya ha sido sustanciada y resuelta.

En efecto, el citado artículo 40º hace referencia expresa a "***la interposición de cualquier recurso***", obviamente en relación directa a la controversia sustancial que surge de la primera Resolución, la que como tal, es susceptible aún de ser recurrida, primero de Revocatoria y después de Jerárquico, y que no por ello puede suspender "*la ejecución de la resolución impugnada*", lo que en todo caso, se recalca, corresponde a la lógica del proceso administrativo recursivo, no así al de ejecución.

De ello se concluye que el Ente Regulador atribuye un carácter procesal ejecutivo al señalado artículo 40º, emergente de la expresión "*la ejecución de la resolución impugnada*" que allí sale, sin tener en cuenta que tal previsión es pertinente en tanto se estén sustanciando los Recursos -administrativos- de Revocatoria y Jerárquico (de allí el carácter de *Efecto Devolutivo* que señala su *nomen iuris*) y por tanto, no corresponde su invocación cuando se trata de un proceso administrativo de ejecución y que tiene para sí reservados sus propios procedimientos, extremo determinante para la decisión que sale en la parte dispositiva del presente fallo.

2.2. Procedencia del rechazo y de la declaratoria de improcedencia.-

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente hacer notar que el Recurso Jerárquico de 1° de abril de 2014, también hace referencia a que:

> "…*En el Auto de 13 de febrero de 2014, la ASFI cometió un grosero error, al conminar a FASSIL a "cumplir la obligación" bajo alternativa de declarar rechazado el Recurso. El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., observando el Principio de Probidad, le advirtió a la ASFI, en su solicitud de aclaración y complementación, que un Recurso de Revocatoria, según dispone el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sólo puede asumir una de las cuatro figuras: confirmatoria, revocatoria, desestimatoria e improcedente, y le pidió que ACLARE a qué se refería con el término "rechazo"; sin embargo la ASFI declaró improcedente la solicitud, pudiendo por el contrario, haber aclarado su equívoco. Resulta que ahora, contradictoriamente, declara el Recurso improcedente, incumpliendo así, el contenido de su propio Auto de 13 de febrero de 2014*…"

Y el Recurso Jerárquico de 12 de mayo de 2014, interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, amplía el alegato, en sentido que:

> "…*La ASFI no aclara qué entiende por "rechazo" del recurso y se limita a señalar en la Resolución que es objeto de la presente impugnación, que "corresponderá a la ASFI a tiempo de evaluar el Recurso de Revocatoria interpuesto por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. pronunciarse en las formas previstas por ley".*
>
> (…) *esta afirmación tiene dos consecuencias importantes. La primera es que la ASFI reconoce implícitamente que utilizó impropiamente el término "rechazo". Pero la segunda es aún más importante, ya que la ASFI reconoce también implícitamente que anticipó criterio al afirmar que el Recurso de Revocatoria sería "rechazado"; en*

tanto que en esta última Resolución dice que en su momento considerará qué forma de resolución adoptará cuando corresponda. Lo que viene a demostrar que nuestra solicitud de aclaración y complementación era oportuna y acertada y que la ASFI evadiendo responderla, no hace más que revelar una actitud de prejuzgamiento y poca imparcialidad…"

Resumiendo el alegato, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** reclama que, estando establecido por el artículo 43°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, que: "*Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:* ***a) Confirmatorias*** (…) ***b) Revocatorias*** (…) ***c) Desestimatorias*** (…) ***d) Improcedentes***", entiende ilegal el apercibimiento que le ha hecho la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme sale del auto de 13 de febrero de 2014, sobre "*rechazo del recurso planteado*", en referencia al Recurso de Revocatoria de 10 de febrero de 2014 (interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014), por cuanto a ese Recurso, al tenor del artículo 43° precitado, le correspondía mas bien, una de sus cuatro alternativas (de la '*a*' a la '*d*'), ninguna de las cuales es el rechazo.

Tal análisis, sin embargo, adolece de una lectura parcial de la norma, como de una interpretación errada de la misma, por cuanto, queda claro que el artículo 43° es inherente a las formas **de resolución** (es decir, de determinación sustancial) que pueden corresponderle a un Recurso, entre confirmatoria, revocatoria, desestimatoria o improcedente, entonces **a la conclusión de su sustanciación**, mientras que a lo que se refiere el auto de 13 de febrero de 2014, es al "***rechazo del recurso*** *planteado*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), entonces, a evitar su conocimiento sobre el fondo de lo recurrido y por tanto, **sin lugar a su sustanciación**, (entonces, a **su admisibilidad**) en aquellos casos en los que, en términos del artículo 39°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, pesa sobre la actividad impugnativa una "*omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente* (aquí léase *de la Autoridad*)*, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada*", extremo que efectivamente -y con carácter lógico- la misma norma sanciona, inequívocamente, con el rechazo del Recurso, cuando textualmente dice "*bajo apercibimiento de rechazo del recurso*", redacción que es idéntica a la del auto de 13 de febrero de 2014, extremo suficiente para establecer el carácter infundado del alegato.

Asimismo, en lo que se refiere a que: "*la ASFI evadiendo responderla* -a la solicitud de aclaración y complementación del auto que advierte con el rechazo-*, no hace más que revelar una actitud de prejuzgamiento y poca imparcialidad*", señalado en el Recurso Jerárquico de 12 de mayo de 2014, es claro, después de todo el argumento que supra consta, que el rechazo de un Recurso -para lo que el Ente Regulador se encuentra facultado-, no importa estárselo decidiendo por el fondo, sino precisamente la imposibilidad de hacerlo, por lo que es impertinente alegar que en ello existe un prejuzgamiento y menos aún un carácter de parcialidad.

Por último, regresando al Recurso Jerárquico de 1° de abril de 2014 y en cuanto a que "*ahora, contradictoriamente, declara el Recurso improcedente, incumpliendo así, el contenido de su propio Auto de 13 de febrero de 2014*", el recurrente sugiere que no obstante haber advertido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con **rechazar** el

Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, resulta que la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, mas bien viene a declarar su improcedencia (forma sí contemplada por el artículo 43º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), de ahí el carácter contradictorio que se señala.

No obstante, es pertinente aclararle al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, que lo que la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 declara improcedente, no es el rechazo anunciado por el auto de 13 de febrero de 2014, sino "*la solicitud de complementación y enmienda presentada por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A.*" mediante memorial de fecha 20 de febrero de 2014, por los fundamentos que allí se señalan, no correspondiendo mayor consideración al respecto.

En conclusión, siendo atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el rechazo -figura utilizada con propiedad por la misma- del Recurso de Revocatoria para el caso de incumplimiento de la resolución recurrida (en lo que además, no existe contradicción con respecto a la disposición sobre improcedencia de una solicitud de aclaración y complementación ulterior), el alegato presentado por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** es infundado.

2.3. Alegatos sobre ambigüedades e imprecisiones en las decisiones recurridas.-

Siempre sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.1 supra (*Alcances del proceso administrativo sancionador*), los extremos señalados en el numeral 2.2 precedente, aún admiten otras aclaraciones en función de determinados alegatos puntuales del Recurso Jerárquico de 12 de mayo de 2014; así:

2.3.1. Fundamentación de la Resolución recurrida.-

Señala el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, que:

> "…*Si la ASFI consideraba que este aspecto* -sobre si la determinación del artículo segundo de la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 se trataba de una obligación o de una sanción- *estaba claro, al extremo que rechazó nuestra solicitud de aclaración y complementación, no es entendible ni aceptable que ahora dedique amplios razonamientos para señalar que se trata de una obligación y no una sanción*…"

Se debe aclarar que, las menciones sobre la diferencia jurídica entre obligación y sanción que han sido expuestas por la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014, emergen de la solicitud del recurrente que sale en su memorial sobre aclaración y complementación de 20 de febrero de 2014, con respecto a que "*Se sirva aclarar si la instrucción* (…) *de restituir de manera inmediata los importes* (…) *es considerada una sanción pecuniaria y, en su caso, señale cuál habría sido la norma infringida por la Entidad a la que represento*".

Comentario aparte, no existe ni un solo elemento en el desenvolvimiento del proceso, por

parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero o incluso por la suscrita Autoridad Jerárquica (en función del proceso administrativo que concluyera con el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012 -el que en definitiva no es uno sancionatorio-), que sugiera que la medida impuesta resulte en una sanción, sino que la Administración, en la generalidad de sus actos, siempre se ha manejado bajo la lógica y la dinámica, de que la medida impuesta es una obligación.

En todo caso, la diferencia entre obligación y sanción que desarrolla la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014, no es contradictoria -como mal sugiere el recurrente- con los fundamentos de la propia Resolución, tampoco ambigua o imprecisa, y si bien el Recurso Jerárquico interpreta de su parte, que su desarrollo consiste en la atención favorable a la aclaración solicitada, no obstante que la misma ha sido formalmente declarada improcedente, en cambio hace al deber de fundamentación que tiene la Administración, conforme lo señalan los artículos 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, quedando el contenido y la forma de desarrollar lo mismo, en la conducta personal de la Autoridad Recurrida, sin que ello importe reconocimiento alguno a una inexistente omisión en la precitada declaratoria de improcedencia.

2.3.2. Intimación al cumplimiento de la obligación.-

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** alega que:

> "…*la decisión de la ASFI de instruir a FASSIL la devolución de los importes cobrados* (…) *tampoco tiene previsto un procedimiento de cobro o similar, ya que este procedimiento* (…) *está previsto para la ejecución de sanciones. La ASFI* (…) *señala que el Auto de 13 de febrero de 2014, que origina esta impugnación, es una* ***"intimación"*** *para el cumplimiento de una presunta obligación. Nueva violación del Principio de Legalidad, dado que las intimaciones sólo pueden efectuarlas los jueces competentes* (…)
>
> *La ASFI no tiene base legal alguna para intimar pagos*…"

Corresponden aclararse los extremos siguientes:

- Si por el diccionario se conoce que intimar es *Declarar, notificar, hacer saber una cosa con autoridad o fuerza para ser obedecido*, entonces, el auto de 13 de febrero de 2014, al disponer:

> "…*Conceder al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., cinco días hábiles administrativos, para que a los efectos de sustanciar y resolver el recurso de revocatoria interpuesto, cumpla previamente con lo previsto en el parágrafo I del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el sistema* (sic) *de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo apercibimiento de rechazo del recurso planteado...*"

Efectivamente, sí está intimando al cumplimiento de la obligación.

- No obstante, es un error del recurrente, creer que tal intimación hace al proceso administrativo de ejecución; la impugnada Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, explica que: "*en virtud del parágrafo I del artículo 39 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera* (…) *se intimó al recurrente para que en el plazo de cinco días hábiles administrativos, "acredite" el cumplimiento de la obligación*", y la mencionada norma establece que:

  > "…*Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que* (…) *requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste* ***será <u>intimado</u> a subsanarla*** *dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Entonces, la disposición del artículo 39º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, no hace al procedimiento de ejecución sino al recursivo.

  Por lo mismo, no obstante que -conforme lo visto y contrariamente a lo señalado por el recurrente- el Órgano Regulador sí tiene facultades de intimación, la actuación del Ente Regulador resulta incoherente e ilegal, toda vez que -y es pertinente recalcarlo- la cuestión controversial de mérito (la restitución de los dineros cobrados), ya ha sido resuelta dentro del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 506/2012 de 2 de octubre de 2012, y que concluyó con el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, por lo que no son invocables en el estado actual del proceso de ejecución, normas que hacen al ámbito recursivo, no habiendo entonces lugar a la intimación que -para el proceso recursivo- establece el artículo 39º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

  El procedimiento recursivo obedece a su naturaleza especial, lo que de ninguna manera quiere decir que no exista un procedimiento establecido para la ejecución de las decisiones adoptadas en el proceso administrativo general, y dentro del cual se deciden -entre otros- las obligaciones, por hacer a la esencia resolutiva y dispositiva de la Administración.

  Así, señala el artículo 55º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, que "*Las resoluciones definitivas de la Administración Pública, una vez notificadas, serán ejecutivas y la Administración Pública podrá proceder a su ejecución forzosa por medio de los órganos competentes en cada caso*", y el capítulo V, Título III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, aplicable al caso por imperio de la disposición adicional segunda -*Normativa básica*- del mismo Decreto Supremo), establece que "*El Procedimiento Administrativo General, establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo para la ejecución de los actos administrativos definitivos*

y actos equivalentes, se aplicará a la ejecución de resoluciones que no tengan señalado un procedimiento especial en este Reglamento" (D.S. Nº 27113, Art. 109º).

Por lo mismo además, corresponde tenerse en cuenta la disposición del artículo 110° del Decreto Supremo N° 27113 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo), aplicable al caso por imperio del artículo 109° y de la disposición adicional segunda de la misma norma, y que establece que:

> "…*El procedimiento que tenga por objeto la ejecución de resoluciones definitivas o actos administrativos equivalentes se iniciará salvo casos de urgencia, con una conminatoria formal al administrado, que señale:*
>
> *a) El requerimiento de cumplir.*
> *b) Clara enunciación de lo requerido.*
> *c) Plazo normativo para su cumplimiento o, en su defecto, plazo prudencial fijado por la misma autoridad.*
> *d) Comunicación del medio coactivo a ser empelado en caso de resistencia*…"

Se pone especial atención en el inciso c) mencionado (*Plazo normativo para su cumplimiento o, en su defecto, plazo prudencial fijado por la misma autoridad*), por cuanto lo mismo determina que ante el presupuesto -no demostrado- de ser insuficiente el plazo de los cinco días para efectuar la restitución, puede la Autoridad administrativa, sujetar el cumplimiento de la obligación a un plazo distinto, probablemente mayor, dependiendo ello del sentido común y criterio prudencial que haga al regulador, en función de los alegatos y evidencias que exponga el recurrente.

En todo caso y considerada la determinación que sale en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, queda clara la impertinencia del artículo 39° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, por cuanto lo mismo hace al proceso administrativo recursivo y no así al proceso administrativo de ejecución, de manera tal que en función a ello, no corresponde dar lugar a la decisión del Ente Regulador, ahora recurrido.

2.3.3. Otras imprecisiones acusadas en el Recurso Jerárquico.-

El Recurso Jerárquico de 12 de mayo de 2014, tiene varias menciones acerca de presuntas imprecisiones en las que habría incurrido el Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, señalando los alegatos siguientes:

- "…*La ASFI* (…) *se limita a señalar en la Resolución que es objeto de la presente impugnación, que "corresponderá a la ASFI a tiempo de evaluar el Recurso de Revocatoria interpuesto por el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. pronunciarse en las formas previstas por ley*…"

Corresponde aclarar que, haciendo el auto de 13 de febrero de 2013 al trámite del Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014, interpuesto en fecha 10 de febrero de 2014, entonces se encontraba pendiente de resolución tal recurso, por lo que

la expresión precitada resulta plenamente pertinente.

- "…*el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. ya había advertido que su solicitud fue de* ***aclaración y complementación*** *al Auto de la ASFI de 13 de febrero de 2014. Sin embargo, la Autoridad Administrativa se refiere repetidamente -inclusive en la parte resolutiva de la resolución impugnada- como* ***complementación y enmienda.*** *Este error persiste en la Resolución Administrativa N° 222/2014*…"

Así expuesto, es evidente el error cometido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por cuanto, el Decreto Supremo Nº 27113 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo) de 23 de julio de 2003, en su artículo 36º, establece que la facultad de las partes, luego de su notificación con un determinado acto administrativo y que, a su criterio presente contradicciones o ambigüedades, es la de solicitar su aclaración o su complementación, no así su enmienda, figura que corresponde mas bien, al proceso civil ordinario.

No obstante, tal extremo, entendido por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** como una falta de precisión, no determina la anulabilidad de la Resolución Administrativa ASFI Nº 222/2014 de 21 de abril de 2014 ni de otras en las que también se ha producido, por cuanto, señala el artículo 36º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, que "*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*", y ninguno de esos dos presupuestos se han producido dentro del de autos; en todo caso, habiendo sido atendida (negativamente) la solicitud en el fondo, el error material señalado, no genera anulabilidad alguna como mal pretende el recurrente.

- "…*la ASFI señala que "la interposición de un* ***recurso*** *contencioso administrativo no suspende la ejecución del acto". En realidad el Contencioso Administrativo no es un "recurso"* (…) *sino un proceso, y no sólo porque así lo establezca la Ley* (…) *sino porque éste* (…) *se inicia con una demanda y se tramita como un juicio de puro derecho; siendo su naturaleza, por tanto, distinta de lo que es o puede ser un Recurso*…"

La mención precisa de la Resolución Administrativa ASFI N° 222/2014 de 21 de abril de 2014, es la siguiente:

> "…*la Autoridad de Supervisión no puede suspender la obligación que tiene el recurrente de restituir los cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, por cuanto la interposición de un recurso contencioso administrativo no suspende la ejecución de la resolución* (sic) *Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012*…"

Nuevamente corresponde dar razón al recurrente en cuanto al efectivo suceso del error, por cuanto, las palabras *recurso* y *proceso* tienen, en Derecho Procesal Administrativo, un sentido técnico preciso y distinto entre sí, no siendo recomendable un uso discrecional al margen de lo mismo; empero, en lo que no puede darse razón al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, es que tal error pueda determinar anulación o revocatoria algunas, en

tanto se observe la prescripción del artículo 36º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.

- "…*La ASFI* (…) *sostiene que su Auto írrito de 13 de febrero de 2014, lo habría expedido para "reencauzar procedimiento"* (…) *en el texto de dicho Auto no se encuentra tan curioso concepto* (…) *si el procedimiento tiene que ser "reencausado" es que éste salió fuera de cauce* (…) *habría tenido que ser porque lo Autoridad Administrativa que lo dirige habría ocasionado esa anomalía* (…)

  …*este hecho viole el Principio de Legalidad*…"

Evidentemente, reencauzar tiene que ver necesariamente con algo que se salió de su cause y que es necesario devolverlo al mismo; así expresada la metáfora, la misma corresponde a la obligación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de velar porque el procedimiento se desarrolle con sometimiento pleno a la ley (Ley Nº 2341, Art. 4º, Inc. 'c').

Para el caso, en el criterio del Ente Regulador (no admitido por el suscrito por los extremos supra desarrollados en los numerales anteriores), ante la interposición del Recurso de Revocatoria de 10 de febrero de 2014, sin que se hubiera dado cumplimiento a la obligación impuesta por el artículo segundo de la Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2014 de 17 de enero de 2014 y en infracción al artículo 47º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, hizo necesario el pronunciamiento de 13 de febrero de 2014, en el que el uso de la palabra *reencauzar*, corresponde a una realidad coloquial que no por ello es rechazable, como tampoco el uso correcto de una palabra cualquiera, así no tenga una significación (intención) técnica, sino semántica común y corriente, no puede importar per se infracción al principio de legalidad, por cuanto, no se evidencia violación a norma alguna por tal uso; más por el contrario y en el caso concreto, la intencionalidad en el uso de la palabra *reencauzar* por parte el Ente Regulador, busca mas bien, el cumplimiento de la norma.

En este y en los otros casos (que en el Recurso Jerárquico se señalan de *aspectos* (no) *solamente semánticos*), se ha señalado ya supra, que el uso de las palabras prescindiendo de su carácter técnico, no puede interpretarse como una infracción de mérito, toda vez que las mismas tienen necesariamente un significado y que, de acudirse al mismo, determina una realidad contextual, que en el caso de autos resulta coherente y pertinente; en todo caso, no es cierto que la falta de precisión en los términos genere, por sí solos, anulabilidad alguna.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo supra referido en cuanto a la impertinencia de aplicar a la pretensión del Ente Regulador, lo señalado por el artículo 40º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 271715, por cuanto y como se tiene dicho, en el estado actual de la pretensión principal (no restituir lo cobrado), no corresponden aplicarse las normas propias del proceso administrativo recursivo, sino las del proceso administrativo de ejecución, entre las que no se encuentra previsión algún acerca de la mencionada intimación.

2.4. Fundamento normativo de la obligación.-

Siempre sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.1 supra, se tiene que en el Recurso

Jerárquico de 1° de abril de 2014 (contra la Resolución Administrativa ASFI N° 134/2014 de 12 de marzo de 2014), el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** ha señalado que:

> "…*aún en el caso de que legal y legítimamente se ordene al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. a la devolución de los importes señalados, esto no puede acontecer en 5 días hábiles, ya que se trata de la devolución relacionada a 158.317 operaciones lo cual materialmente no puede acontecer en sólo 5 días* (…) *exigir algo que materialmente no puede ser cumplido* (…) *es negar el Derecho de Defensa*…"

Corresponde al aclaración, conforme supra ha quedado palmariamente claro, de la impertinencia al caso del artículo 39° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, aquel que precisamente establece los 5 días de plazo para subsanar determinados errores formales, empero dentro del proceso administrativo recursivo, imprecisión en la que funda su determinación la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (y no precisamente en alguna actuación discrecional y caprichosa, como lo sugiere el recurrente).

En todo caso, más allá de señalar la existencia de una imposibilidad material y dar por obvia la misma, el recurrente **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** no ha acreditado de ninguna manera su tentativa de hacer efectiva la devolución, de lo cual podría recién concluirse en la posibilidad o en la imposibilidad alegada, determinando que lo que tal entidad pretende, es que se presuma como hecho notorio, tal imposibilidad.

Sin embargo que ello determina la inexistencia de una base objetiva y que permita llegar a una conclusión como la pretendida por el recurrente, en cambio, no desvirtúa las probabilidades que entraña la misma pretensión, estas son: "*Si el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. procediera a restituir los citados cobros a los clientes* (…) *y posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia emitiera una sentencia favorable a la entidad, entonces el daño sería irreparable porque no habría manera de recuperar los montos devueltos*" (Recurso de Revocatoria 10 de febrero de 2014).

Conforme lo supra señalado, el recurrente no puede justificar su alegato en una eventual sentencia a él favorable, por cuanto tampoco puede descartar lo contrario.

En tal sentido, de toda la normativa que se ha señalado precedentemente, en el análisis de la controversia, ha quedado por demás clara la limitación que existe por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para disponer la suspensión de la obligación impuesta dentro del Recurso Jerárquico -anterior- incoado contra la Resolución Administrativa ASFI N° 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que hubo concluido con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre de 2012, y por cuyo efecto se dispuso que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "FASSIL" S.A.** proceda a la restitución de cobros realizados a sus clientes, por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, en cuya ejecución se instruyó la restitución efectiva mediante las notas ASFI/DSR II/R-12742/2013, ASFI/DSR II/R-56732/2013, ASFI/DSR II/R-104890/2013, ASFI/DSR II/R-131251/2013 y ASFI/DSR II/R-192064/2013 de 25 de enero, 19 de abril, 17 de julio, 2 de septiembre y 18 de diciembre de 2013, respectivamente, a las que se opuso el recurrente, dando lugar al proceso recursivo presente.

2.5. Bifurcación injustificada del proceso recursivo.-

Asimismo, conforme ha sido relacionado supra, el proceso administrativo analizado -de ejecución-, no obstante tener su origen en la sola determinación de la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, ha merecido una doble sustanciación, en dos Recursos Jerárquicos que se han acumulado en la instancia Jerárquica.

En efecto, se ha dotado al auto de 13 de febrero de 2014, pronunciado dentro del trámite de Recurso de Revocatoria contra la precitada Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, de una autonomía procesal, de manera tal que, a partir de allí se sustancia un proceso recursivo, distinto del que ya existía por efecto del, precisamente, Recurso de Revocatoria señalado, tan distinto, que el mismo presenta su propio Recurso de Revocatoria.

La suscrita Autoridad Jerárquica observa el procedimiento adoptado, por cuanto, el mismo atenta contra los principios de unidad del proceso y de unidad de la decisión, esto porque cuando en fecha 26 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncia acerca de la solicitud de aclaración y complementación del auto de 13 de febrero de 2014, todas esas actuaciones corresponden al proceso impugnativo contra la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014.

Entonces, dentro de la lógica secuencial y preclusiva que hace a la impugnación contra la última nombrada, correspondía que la decisión que ahora consta en la Resolución Administrativa ASFI N° 106/2014 de 26 de febrero de 2014, haga parte de la Resolución Administrativa ASFI Nº 134/2014 de 12 de marzo de 2014, de manera tal que, el proceso se limite a las fases procesales que establece la norma y se concentren los alegatos del recurrente y los argumentos de la recurrida, en actos procesales únicos y concretos, extremo que en definitiva pierde en trascendencia, visto lo previsto por el artículo 36º, numeral II (supra transcrito) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, sin embargo de lo cual, amerita se tenga presente por parte del Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes que hacen al proceso y amén de haberse detectado -y así recurrido- el uso inapropiado de determinadas expresiones, lo que sin embargo no vicia las decisiones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se evidencia que al misma, en el legítimo y obligatorio ejercicio de su facultad de ejecución de un fallo con plena firmeza administrativa, ha impulsado sin embargo, un procedimiento impropio para lo mismo, en cuanto corresponde al proceso administrativo recursivo antes que al de ejecución (el que al efecto buscado, tiene reservado sus propios procedimientos entre los que no se encuentra el impulsado por el Regulador), dando lugar a su invalidez por resultar en una incorrecta aplicación de la normativa que les inherente.

Que asimismo, corresponde al caso su sustanciación dentro de los alcances procesales propios del proceso administrativo de ejecución (no así dentro del recursivo como mal lo ha

dirigido el Ente Regulador), infiriéndose por ello que, el pronunciamiento del auto de 13 de febrero de 2014, obedece a la intención de subsanar la omisión del plazo para el cumplimiento de la obligación, que por oportuno, debió haberse establecido en el artículo segundo de la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014, cuando este último se limita a exigir que tal cumplimiento sea inmediato, sin tener en cuenta la naturaleza y características propios del deber dispuesto en el citado artículo segundo.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2014 de 17 de enero de 2014 **inclusive**, debiendo en consecuencia pronunciarse una nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 051/2014 DE 29 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 046/2014 DE 27 DE JUNIO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2014

La Paz, 27 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 051/2014 de 29 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 039/2014 de 30 de mayo de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 068/2014 de 11 de junio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 19 de febrero de 2014, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, representada legalmente por su Gerente General a.i. Sra. Mabel Vera Turdera, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 3046/2012 de fecha 06 de septiembre de 2013 otorgado por ante Notario de Fe Pública N° 78, a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, del Distrito Judicial de La Paz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 051/2014 de 29 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013.

Que, mediante nota cite: ASFI/DAJ/R-28363/2014, con fecha de recepción 24 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 051/2014 de 29 de enero de 2014.

Que, mediante Auto de fecha 25 de febrero de 2014 y notificada en fecha 5 de marzo de 2014, se requirió a la recurrente fijar domicilio especial dentro del radio urbano del domicilio del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, así como aclarar si la actuación de la señora Julia Mabel Vera Turdera es en calidad de Gerente General a.i. o de Subgerente de Estructuración, al existir contradicción en el memorial de interposición de Recurso Jerárquico y el Testimonio de Poder Nº 3046/2012.

Que, mediante memorial presentado en fecha 7 de marzo de 2014, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A**., comunicó domicilio en el centro urbano de la ciudad y aclaró que la actuación de la señora Julia Mabel Vera Turdera es en calidad de Gerente General a.i.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de marzo de 2014, notificado en fecha 20 de marzo de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 051/2014 de 29 de enero de 2014.

Que, en fecha 7 de mayo de 2014, se realizó la Exposición Oral de Fundamentos, presentado por **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSV/R-160339/2013 de 17 de octubre de 2013, notificó, en fecha 05 de noviembre de 2013, a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, con los siguientes Cargos:

"(...)

1. *De enero a mayo de 2012, la Sociedad de Titularización habría sobrevaluado los Bonos del Tesoro series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U, pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, dado que en su sistema no se habría considerado el desprendimiento del último cupón de estos bonos, generando distorsiones en el precio de mercado informado para éstos en el formulario PA/130, y que estaría reflejado en los Estados Financieros del mencionado Patrimonio Autónomo.*

   Asimismo, la Sociedad de Titularización no habría recalculado las tasas informadas para los Bonos del Tesoro con las cuales se cumplía la relación de intercambio de 1VT=1BT establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, en el ajuste contable que se habría realizado el mes de junio de 2012 para

corregir el extremo señalado en el párrafo precedente, manteniéndose distorsiones en el precio de estos bonos hasta el 31 de julio de 2012.

2. *El 10 de febrero de 2012, la Sociedad de Titularización no habría reportado a este Órgano de Supervisión, las Cuotas de Participación en Fondos de Inversión de los Patrimonios Autónomos HIDROBOL NAFIBO 016 y LIBERTY NAFÍBO 009, en los Formularios que conforman el Informe Mensual de Inversiones al 31 de enero de 2012.*

   Dicha conducta, constituiría contravención al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

3. *El 12 de marzo de 2012, la Sociedad de Titularización habría remitido el Formulario PA/100 "Disponibilidades" de los Patrimonios Autónomos INTI NAFIBO 006, HIDROBOL NAFIBO 016, SINCHI WAYRA NAFIBO 010 y SINCHI WAYRA NAFIBO 015 al 29 de febrero de 2012, con diferencias en los montos reportados en Cajas de Ahorro respecto al cruce contable con los Estados Financieros mensuales de los citados Patrimonios Autónomos. Asimismo, se presentó diferencias en las Cuotas de Participación en Fondos de Inversión reportadas en el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo HIDROBOL NAFIBO 016 al 29 de febrero de 2012 respecto al monto reportado en los Estados Financieros mensuales del mencionado Patrimonio Autónomo.*

   Dicha conducta, constituiría contravención al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

4. *La Sociedad de Titularización habría remitido el Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, con claves incorrectas para los DPF's que componían la cartera de inversiones, durante los meses de enero y febrero de 2012.*

   Dicha conducta, constituiría contravención al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

5. *La Sociedad de Titularización no habría considerado la Tasa del Histórico de Hechos de Mercado del 16 de marzo de 2012, para la valoración de los DPF's claves CLAE06580408 y CLAE06580508 pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, generando errores e inconsistencias en la información remitida a este Órgano de Supervisión, correspondiente al 31 de marzo de 2012.*

   Dicha conducta constituiría contravención a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y el apartado II, numeral II.2, inciso c) de la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005.

6. *La Sociedad de Titularización habría remitido el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo HIDROBOL NAFIBO 016 al 31 de marzo de 2012, con diferencias en los montos reportados sobre Cuotas de Participación en Fondos de Inversión, respecto a la información reportada en los Estados Financieros mensuales del citado Patrimonio Autónomo. Asimismo, se presentó una diferencia entre el monto reportado en el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo MICROCRÉDITO NAFIBO 017 al 31 de*

marzo de 2012, y los Estados Financieros mensuales del mencionado Patrimonio Autónomo en relación a Cuentas Corrientes y Cajas de Ahorro.

Dicha conducta, constituiría contravención al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

7. *La Sociedad de Titularización habría remitido los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 al 31 de marzo de 2012, con diferencias respecto a los montos reportados en los Estados Financieros de los mencionados Patrimonios Autónomos.*

   Dicha conducta, constituiría contravención al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

8. *La Sociedad de Titularización habría remitido los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 correspondientes al 30 de abril de 2012, con la cartera de inversiones valorada al 27 de abril de 2012.*

   La conducta descrita constituiría infracción a lo establecido en el artículo 5 y en el Anexo 1 de la Normativa para el Control de Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011.

9. *La Sociedad de Titularización no habría regularizado dentro del plazo de adecuación el incumplimiento a las Políticas de Inversión y/o tesorería del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, referente a "Otras inversiones financieras no registradas en Bolsa" reflejadas en los Estados Financieros mensuales del Patrimonio Autónomo correspondientes a los meses de abril y mayo de 2012, considerando que el plazo de adecuación comunicado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante carta ASFI/DSV/R-22194/2012 de 27 de febrero de 2012 y recepcionada el 29 de febrero de 2019, vencía el 29 de abril de 2012.*

   La conducta descrita constituiría infracción al artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011.

10. *La Sociedad de Titularización habría remitido los Informes Mensuales Inversiones de los Patrimonios Autónomos que administra (CONCORDIA NAFIBO 004, INTI NAFIBO 006, HIDROBOL NAFIBO 016, MICROCRÉDITO NAFIBO 017, MICROCRÉDITO NAFIBO 021, SINCHI WAYRA NAFIBO 010, SINCHI WAYRA NAFIBO 015 y LIBERTY NAFIBO 009), en medio impreso y electrónico, con un día de retraso, respecto a la información correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2012, y en medio impreso respecto a la información correspondiente al mes de agosto de 2012.*

    La conducta descrita constituiría infracción a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo

de 1998 y el cuarto párrafo del artículo 5 de la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011.

En caso de verificarse los cargos mencionados, constituirán causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, se concede a ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.****, el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota CITE: BDP.ST/2013-2598, presentada en fecha 12 de noviembre de 2013, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"(…)

CARGO:

1. *"De enero a mayo de 2012, la Sociedad de Titularización habría sobrevaluado los Bonos del Tesoro series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U, TGN-V1L-01-002U, pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, dado que en sus sistema no se habría considerado el desprendimiento del último cupón de estos bonos, generando distorsiones en el precio de mercado informado para éstos en el Formulario PA/130, y que estaría reflejado en los Estados Financieros del mencionado Patrimonio Autónomo.*

   Asimismo, la Sociedad de Titularización no habría recalculado las tasas informadas para los Bonos del Tesoro con las cuales se cumplía la relación de intercambio de 1VT=1BT establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, en el ajuste contable que se habría realizado el mes de junio 2012 para corregir el extremo señalado en el párrafo precedente, manteniéndose distorsiones en el precio de estos bonos hasta el 31 de julio de 2012"

DESCARGO:

Con carácter previo al análisis legal del cargo, corresponde detallar los antecedentes de la infracción imputada como sigue:

- *En fecha 27 de febrero de 2012, ASFI mediante carta cite ASFI/DSV/R-22194/2012 comunicó la identificación de errores en la tasa de valoración de los títulos que componen las carteras de inversión de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO-010 y 015.*
- *A partir de dicha identificación de errores, BDP Sociedad de Titularización S.A.*

determinó que los errores correspondían a los valores finales de ocho (8) Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de Inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-O15, los que diferían con la cartera remitida por Panamerican Securities Agencia de Bolsa como custodio de estos Valores y con la Entidad de Depósito de Valores de Bolivia (EDV) quienes registraban un valor final menor. En fecha 9 de marzo se verificó que la valoración que hace BDP Sociedad de Titularización S.A. era correcta, pues consideraba lo determinado en el Prospecto de los Patrimonios Autónomos mencionados, donde se definía que un VTD equivalía a un BTS hallando una equivalencia en el precio y que, por no existir un hecho de mercado de acuerdo a la Normativa de Valoración vigente, se valúa a la tasa de adquisición.

- *En fecha 16 de marzo se recibió una solicitud mediante correo electrónico por parte de ASFI para explicar las diferencias encontradas en los precios de ocho Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO- 015.*
- *Como consecuencia de lo anterior, se realizaron las solicitudes y actuados correspondientes para obtener las características de los títulos.*
- *Mediante comunicación recibida por BDP Sociedad de Titularización en fecha 27 de marzo de 2012, mediante carta cite ASFI/DSV/R-32714/2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hace conocer las observaciones al Informe Mensual de Inversiones al 29 de febrero de 2012, entre las que se encuentran observaciones específicas en los precios de mercado reportados para ocho (8) Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015.*
- *De acuerdo a los antecedentes anteriormente detallados a partir del 2 de abril de 2012, previa revisión de los documentos de respaldo en los comprobantes contables de fecha 25 de septiembre de 2008, reportes del sistema interno de la sociedad y la información recibida por parte de la Agencia de Bolsa, se logró identificar que la diferencia en los precios de los Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de Inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015 se debía a la inclusión de un cupón adicional en cada uno de los siguientes títulos: TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02- 001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U, TGN-V1L-01-002U inclusión que fue cargada en sistema de la Sociedad en fecha 25 de septiembre de 2008.*

- *A partir de ello, se realizaron ejercicios de valoración de los Bonos confirmando que la diferencia en los precios se debía a la valoración de un cupón adicional que fue desprendido y por tanto no ingreso al Patrimonio Autónomo, punto que si bien estaba contemplado en el Prospecto del Patrimonio Autónomo, no fue considerada en el sistema, generando una sobrevaloración en la cartera de 1.18% a la fecha de adquisición de los Bonos del Tesoro.*
- *Desde ese momento se pudo verificar que la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA -NAFIBO 015 registró errores en la valoración de los Bonos del Tesoro, debido a la valoración de un cupón adicional que se*

encuentra registrado como desprendido en las siguientes series: TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02- 001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U, TGN-V1L-01-002U.

- *Por tanto, al verificarse este aspecto se comprobó que en fecha 25 de septiembre de 2008, desde la creación del Patrimonio Autónomo la cartera de inversiones estaba siendo evaluada incorrectamente ocasionando una distorsión en cuanto a la información proporcionada tanto a las instancias de control como a los Tenedores de Valores del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA -NAFIBO 015.*
- *Para modificar el error realizado el 25 de septiembre de 2008, al cargar la cartera de Bonos del TGN del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra, la Sociedad convocó a Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización para el 15 de junio de 2012, a fin de informar la cesión de Bonos del TGN de la gestión 2008. La Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización del Patrimonio Autónomo "Sinchi Wayra-NAFIBO 015" por unanimidad y sin observaciones aprobó la realización del ajuste contable en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo.*
- *El 18 de junio de 2012, mediante carta cite BDP.ST/2012-0961 BDP Sociedad de Titularización S.A., comunicó a ASFI que: "de acuerdo a la determinación tomada por la Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra Nafibo 015 del 15 de junio de 2012, se determinó aprobar el ajuste contable correspondiente a la cartera de inversiones respecto a los Bonos del TGN en la gestión 2008, de acuerdo a lo siguiente:*
-
  - *En la cuenta 883.03 Pérdidas por Otras Inversiones Bursátiles, se registrarán las pérdidas originadas por la irrecuperabilidad de Otras Inversiones Bursátiles y por el importe del castigo para la gestión 2012.*
  - *Para las gestiones anteriores se afectará la cuenta 966.03.01 Pérdidas Acumuladas, por el ajuste de periodos anteriores.*
  - *Asimismo, estos asientos contables reducirán las Inversiones Permanentes al eliminar los 22 cupones de las 8 series de los Bonos del TGN incluidos en el sistema en la gestión 2008".*
- *El 20 de junio de 2012, se realizaron las modificaciones de las ocho series de Bonos del TGN descritas anteriormente al realizarse estas modificaciones se verificó que los cálculos efectuados generan la valoración correcta de los precios de los títulos.*
- *En fecha 29 de junio de 2012, se realizó el asiento contable por el monto total de $us650.307,02, (SEISCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS SIETE 02/100 DOLARES AMERICANOS), equivalente a Bs4.461.106,18.- (CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO SEIS 18/100 BOLIVIANOS) correspondiente a los devengamientos erróneos generados por la valoración del cupón adicional registrado desde el momento de su adquisición en fecha 25 de septiembre de 2008, para el Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra NAFIBO 015.*
- *Luego de realizar las verificaciones pertinentes, se registró una diferencia por el*

importe señalado y se ha procedido a la corrección en el sistema de la Sociedad.

- *Posteriormente, el 26 de julio de 2012, mediante carta ASFI/DSV/R-90941/2012 recepcionada por BDP ST el 2 de agosto de 2012, ASFI instruyó a la Sociedad realizar las siguientes correcciones: "Al 30 de junio de 2012, se pudo verificar que se corrigieron las características de la cuponera de los Bonos del Tesoro TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U, TGN-V1L-01- 002U, en cuanto al desprendimiento del último cupón. Sin embargo, en base a las correcciones realizadas, no se recalcularon las tasas que permitan el calce del precio al que fueron adquiridos los Bonos del Tesoro mencionados, conforme a la relación de intercambio de la colocación primaria de intercambio establecida en el Prospecto de Emisión de los Valores de Titularización de Contenido Crediticio SINCHI WAYRA -NAFIBO 015, serie SIW -TD - EU. En tal sentido, aún se observan distorsiones en el precio de mercado reportado para las ocho (8) series de Bonos del Tesoro".*
- *El 7 de agosto de 2012, mediante carta BDP.ST/2012-1362, BDP Sociedad de Titularización S.A. comunicó al Ente Regulador que procedería a la aplicación del ajuste contable en los términos mencionados en la nota BDP.ST/2012-0961.*

De acuerdo al detalle precedente, corresponde a manifestar al ente regulador que el registro erróneo corresponde al 25 de septiembre de 2008, por lo tanto, han transcurrido 5 años y 40 días de cometida la supuesta infracción y notificado el cargo con nota cite ASFI/DSV/R- 160339/2013 en fecha 5 de noviembre de 2013.

Por lo tanto, corresponde se aplique al presente cargo la prescripción siendo necesario considerar para ello el análisis realizado en la Resolución SG SIREFI RJ 16/2006 que de manera textual señala: "Se debe señalar que la prescripción es un instituto jurídico referido a los efectos del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas y en el ejercicio o consolidación de los derechos... En la doctrina del Derecho Administrativo punitivo o sancionador, el instituto de la prescripción se lo debe adoptar en sus efectos liberatorios en cuanto a dos aspectos: el primero respecto a las infracciones, cuando por el solo transcurso del tiempo la autoridad administrativa no puede ejercitar las facultades para determinar la comisión de una infracción o contravención, ni imponer sanciones por dichas infracciones, y el segundo respecto a las sanciones, es decir cuando la Autoridad Administrativa, habiendo impuesto una sanción administrativa no la ejecuta en un determinado plazo, produciéndose la extinción de la misma. La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción..."

Así compulsados los antecedentes, cabe mencionar lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que textualmente dispone: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años" y el artículo 8 del Decreto Supremo 26156 (Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores) que, ordena sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo que la prescripción se computa a partir de la fecha de realización de los hechos, es decir que en el presente caso se computa desde el 25 de septiembre de 2008, fecha en la que se produjo la infracción.

Ahora bien, ASFI señala como periodo de la supuesta infracción de enero a mayo de

2012, aspecto que no puede ser aislado como bien se anotó en párrafos precedentes pues el error data desde la gestión 2008, aspecto que sin duda alguna da lugar a la aplicación de la prescripción por el transcurso del tiempo de 5 años y 40 días.

CARGO

2. *"El 10 de febrero de 2012, la Sociedad de Titularización no habría reportado a este Órgano de Supervisión, las Cuotas de Participación en Fondos de Inversión de los Patrimonios Autónomos HIDROBOL NAFIBO 016 y LIBERTY NAFIBO 009, en los Formularios que conforman el Informe Mensual de Inversiones al 31 de enero de 2012".*

DESCARGO

En atención a la aplicación de la nueva Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos Administrados por Sociedades de Titularización, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos correspondientes para informar de manera adecuada al ente regulador.

Sin embargo, cabe expresar que el error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

3. *"El 12 de marzo de 2012, la Sociedad de Titularización habría remitido el Formulario PA/100 Disponibilidades de los Patrimonios Autónomos INTI NAFIBO 006, HIDROBOL NAFIBO 016, SINCHI WAYRA NAFIBO 010 y SINCHI WAYRA NAFIBO 015 al 29 de febrero de 2012, con diferencias en los montos reportados en Cajas de Ahorro respecto al cruce contable con los Estados Financieros mensuales de los citados Patrimonios Autónomos. Asimismo, se presentó diferencias en las Cuotas de Participación en Fondos de Inversión reportadas en el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo HIDROBOL NAFIBO 016 al 29 de febrero de 2012, respecto al monto reportado en los Estados Financieros mensuales del mencionado Patrimonio Autónomo".*

DESCARGO

BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos correspondientes para informar de manera adecuada al ente regulador ya que efectivamente existieron errores en la remisión de la información, pues no se tomó en cuenta el cambio de monedas al remitir la información de los formularios 100.

Sin embargo, cabe expresar que el error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

4. *"La Sociedad de Titularización habría remitido el Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" del Patrimonio Autónomo Liberty Nafibo 009, con claves incorrectas para los DPFs que componían la cartera de inversiones, durante los meses de enero y febrero 2012".*

DESCARGO

BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos correspondientes para

informar de manera adecuada al ente regulador.

Sin embargo, cabe expresar que el error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

5. *"La Sociedad de Titularización no habría considerado la Tasa del Histórico de Hechos de Mercado del 16 de marzo de 2012, para la valoración de los DPF's claves CLAE06580408 y CLAE06580508 pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, generando errores e inconsistencias en la información remitida a este Órgano de Supervisión, correspondiente al 31 de marzo de 2012".*

DESCARGO

El día sábado 31 de marzo de 2012, los títulos indicados cambiaron de rango 3 a rango 2 justo en el límite de fechas, por lo que el sistema interno realizó la captura correspondiente de los hechos de mercado para el nuevo rango una vez concretado el cierre diario y posterior cambio de fecha al día hábil siguiente, lunes 2 de abril de 2012.

La observación fue regularizada el día lunes 2 de abril de 2012, cuando el sistema capturó la marcación correspondiente al rango.

En consecuencia, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo, cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

6. *"La Sociedad de Titularización habría remitido el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo HIDROBOL NAFIBO 016 al 31 de marzo de 2012, con diferencias en los montos reportados sobre Cuotas de Participación en Fondos de Inversión, respecto a la información reportada en los Estados Financieros mensuales del citado Patrimonio Autónomo. Asimismo, se presentó una diferencia entre el monto reportado en el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo MICROCRÉDITO NAFIBO 017 al 31 de marzo de 2012, y los Estados Financieros mensuales del mencionado Patrimonio Autónomo en relación a Cuentas Corrientes y Cajas de Ahorro".*

DESCARGO

Al respecto, es importante mencionar que en el Formulario 100 al 31 de marzo de 2012, se adjuntó las cuentas de orden en el Patrimonio Autónomo Hidrobol Nafibo 016, generando distorsión del monto reportado en los Estados Financieros, dicha observación fue modificada en el mes de abril 2012.

Por otra parte, debido a un error en la cuenta corriente provisión de pagos del Patrimonio Microcrédito IFD Nafibo 017 y al asiento contable de ajuste que se realizó en dicha cuenta posteriormente de realizarse el reporte de inversiones el mismo no fue modificado generándose la diferencia en el Patrimonio Autónomo, dicho error fue modificado para abril 2012.

En consecuencia, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo, cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

7. *"La Sociedad de Titularización habría remitido los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 al 31 de marzo de 2012, con diferencias respecto a los montos reportados en los Estados Financieros de los mencionados Patrimonios Autónomos."*

DESCARGO

En fecha 24 de abril de 2012, mediante nota ASFI/DSV/R-49775/2012, recibida el 27 de abril de 2012, ASFI comunicó observaciones al Informe Mensual de Inversiones al 31 de marzo de 2012, al respecto, mediante nota BDP.ST/2012-0700 de 3 de mayo de 2012, BDP Sociedad de Titularización

S.A. comunicó que existieron los errores en la cartera de inversiones y fue subsanada la observación.

En consecuencia, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo, cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

8. *"La Sociedad de Titularización habría remitido los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 correspondientes al 30 de abril de 2012, con la cartera de inversiones valorada al 27 de abril de 2012".*

DESCARGO

En fecha 29 de mayo de 2012, ASFI remitió la carta cite ASFI/DSV/R-64647/2012, recepcionada POR BDP Sociedad de Titularización S.A. el 5 de junio de 2012.

Con nota cite BDP.ST/2012-0912 de 08 de junio de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A. comunicó a ASFI que el Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" fue remitida con las inversiones al 27 de abril de 2012, debido a un error en el sistema ya que el mismo no contempló el feriado Decretado el 30 de abril de 2012, el mismo que habría sido identificado al momento de enviar la información financiera correspondiente al mes de abrii de 2012, por lo que, el informe de inversiones se remitió especificando dicha variación, con el fin de aclarar la observación e al Ente Regulador.

En consecuencia, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo, cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización.

CARGO

9. *"La Sociedad de Titularización no habría regularizado dentro del plazo de adecuación el incumplimiento a las Políticas de Inversión y/o tesorería del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, referente a "Otras inversiones financieras no registradas en Bolsa" reflejadas en los Estados Financieros mensuales del Patrimonio Autónomo correspondientes a los meses de abril y mayo de 2012, considerando que el plazo de adecuación comunicado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante carta ASFI/DSV/R-22194/2012 de 27 de febrero de 2012 y recepcionada el 29 de febrero de 2012, vencía el 29 de abril de* ***2012".***

DESCARGO

El 27 de febrero de 2013, mediante carta ASFI/DSV/R-22194/2012 recepcionada por BDP Sociedad de Titularización el 29 de febrero 2012, ASFI comunicó que: "El Patrimonio Autónomo registra en sus Estados Financieros Otras inversiones no registradas en bolsa por un monto de $us2.734 las cuales no estarían permitidas conforme lo establecido en sus Políticas de Inversión y/o Tesorería"

El 19 de marzo de 2012, mediante carta ASFI/DSV/R-32714/2012 recepcionada por BDP Sociedad de Titularización el 27 de marzo 2012, ASFI comunicó que: "El Patrimonio Autónomo registra en sus Estados Financieros, "Otras Inversiones financieras no registradas en Bolsa" por un monto de $us2,734, las cuales no estarían permitidas conforme lo establecido en sus Políticas de Inversión y/o Tesorería.

El incumplimiento deberá ser regularizado y adecuado hasta el 29 de abril de 2012, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización aprobada mediante Resolución ASFI N°610 de 19 de agosto de 2011".

En fecha 3 de mayo de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante carta BDP.ST/2012- 0700 comunicó a ASFI que: "BDP Sociedad de Titularización S.A está realizando las gestiones para la regularización de la observación debido a que el importe de $2.734,00 se encuentra en una cuenta en Estados Unidos, en la cual están registrados firmantes de gestiones anteriores, a este efecto, se deben realizar una serie de trámites para dar de baja estas firmas y registrar las actuales, proceso que ha sido iniciado en el mes de abril, por lo que, adjuntamos los correos de la información solicitada por SG Américas".

Posteriormente el 8 de junio de 2012, mediante carta BDP.ST/2012-0912 de BDP Sociedad de Titularización comunicó a ASFI que: "A partir de la nota ASFI/DSV/R-32714/2012, de 19 de marzo de 2012, recepcionada el 27 de marzo de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A. se halla realizando las gestiones para la regularización de la observación debido a que el importe de $2.734,00 se encuentra en una cuenta en Estados Unidos, a objeto de corroborar lo señalado, se adjuntan los últimos correos remitidos a SOCIETE GENERALE, solicitando el registro del KYC equivalente al Registro de Firmas Autorizadas en las Entidades Financieras en Bolivia.

Sin embargo de lo expresado, es necesario comunicar a usted que los cambios que deben efectuarse no dependen únicamente de los esfuerzos que pueda realizar BDP

Sociedad de Titularización S.A. sino también de personas jurídicas ajenas independiente de esta sociedad".

Al respecto, es importante mencionar que la Sociedad realizó los actuados pertinentes y suficientes para dar cumplimiento a la observación de ASFI, aspecto que fue comunicado oportunamente al ente regulador, pues se trataba de actuados que no dependían únicamente de BDP Sociedad de Titularización S.A., sino de la participación de un tercero fuera del país.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anotado en párrafos precedentes, corresponde señalar que el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización determina de manera expresa que: "Los excesos a los límites de inversión o incumplimientos a las restricciones establecidas en las políticas de inversión o Tesorería de los Patrimonios Autónomos, contenidas en los documentos legales emitidos al efecto, deberán ser subsanados en un plazo máximo de 60 días calendario a partir de la fecha en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero informe a la Sociedad de Titularización administradora del Patrimonio Autónomo, sobre el incumplimiento detectado".

Al respecto cabe aclarar que ASFI determinó el supuesto incumplimiento con nota ASFI/DSV/R- 32714/2012 recibida por BDP Sociedad de Titularización el 27 de marzo 2012 y no con la nota que señala la notificación de cargos, es decir, la nota ASFI/DSV/R-22194/2012 recibida por BDP Sociedad de Titularización el 29 de febrero 2012. En consecuencia, el cómputo realizado por ASFI es erróneo así como la notificación de cargos.

CARGO

10. *"La Sociedad de Titularización habría remitido los Informes Mensuales de Inversiones de los Patrimonios Autónomos que administra (CONCORDIA NAFIBO 004, INTI NAFIBO 006, HIDROBOL NAFIBO 016, MICROCRÉDITO NAFIBO 017, MICROCRÉDITO NAFIBO 021, SINCHI WAYRA NAFIBO 010, SINCHI WAYRA NAFIBO 015 y LIBERTY NAFIBO 009), en medio impreso y electrónico, con un día de retraso, respecto a la información correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2012, y en medio impreso respecto a la información correspondiente al mes de agosto de 2012".*

DESCARGO

Los Reportes de Inversiones a marzo, abril y mayo 2012, fueron remitidos con un día de retraso.

El Reportes de Inversiones a agosto 2012, en medio físico fue remitido con un día de retrasa, sin embargo la información electrónica fue remitida 10 de septiembre de 2012, en plazo, por tanto ASFI contaba con la información suficiente prevista por la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización.

En consecuencia, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir las observaciones, sin embargo, las mismas no han generado perjuicio económico y fueron susceptibles de enmienda y regularización."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 795/2013 DE 03 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve:

> **"…**
>
> ***PRIMERO.-*** *Declarar* ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *respecto al Cargo 1, imputado mediante Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-160339/2013 de 22 de octubre de 2013.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Sancionar a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *con multa en Bolivianos, equivalente a* ***$us7.000.- (SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por los Cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (respecto al retraso en el envío de los Informes Mensuales de Inversiones en medio impreso y electrónico de marzo, abril y mayo de 2012), sobre incumplimientos al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, al apartado II, numeral II.2, inciso c) de la Metodología de Valoración, a los artículos 5 y 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, así como a la cláusula vigésima quinta de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, protocolizada mediante Escritura Pública N°3447/2008 de 31 de julio de 2008, y sus modificaciones posteriores, contraviniendo el primer párrafo del artículo 25 y el inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000.*
>
> ***TERCERO.-*** *Sancionar con* ***amonestación*** *a* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *por el Cargo 10 (respecto al retraso en el envío de los Informes Mensuales de Inversiones en medio impreso de agosto de 2012), incumpliendo el artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y el cuarto párrafo del artículo 5 de la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización.*
>
> ***CUARTO.-*** *El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial para la venta y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa."*

Los argumentos presentados en dicha Resolución Administrativa son los siguientes:

> "…
>
> ***CONSIDERANDO****:*
>
> *Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-177728/2013 e Informe Legal ASFI/DSV/R-181801/2013 de 21 y 28 de noviembre de 2013, respectivamente, se efectuó la verificación y el análisis correspondiente de los descargos presentados por* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,*** *de acuerdo a lo expuesto a continuación:*

- *En relación al Cargo **1**, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** señala textualmente: "Con carácter previo al análisis legal del cargo, corresponde detallar los antecedentes de la infracción imputada como sigue: ---En fecha 27 de febrero de 2012, ASFI mediante carta cite ASFI/DSV/R-22194/2012 comunicó la identificación de errores en la tasa de valoración de los títulos que componen las carteras de inversión de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NFIBO-010 Y 015.---A partir de dicha identificación de errores, BDP Sociedad de Titularización S.A. determinó que los errores correspondían a los valores finales de ocho (8) Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015, los que diferían con la cartera remitida por Panamerican Securities Agencia de Bolsa como custodio de estos valores y con la Entidad de Depósito de Valores de Bolivia (EDV) quienes registraban un valor final menor. En fecha 9 de marzo se verificó que la valoración que hace BDP Sociedad de Titularización era correcta, pues consideraba lo determinado en el prospecto de los Patrimonios Autónomos mencionados, donde se definía que un VTD equivalía a un BTS hallando una equivalencia en el precio y que, por no existir un hecho de mercado de acuerdo la Normativa de Valoración vigente, se valúa a la tasa de adquisición.---En fecha 16 de marzo se recibió una solicitud mediante correo electrónico por parte de ASFI para explicar las diferencias encontradas en los precios de ocho Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO -015.---Como consecuencia de lo anterior, se realizaron las solicitudes y actuados correspondientes para obtener las características de los títulos.---Mediante comunicación recibida por BDP Sociedad de Titularización en fecha 27 de marzo de 2012, mediante carta cite ASFI/DSV/R-32714/2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hace conocer las observaciones al Informe Mensual de Inversiones al 29 de febrero de 2012, entre las que se encontraban observaciones específicas en los precios de mercado reportados para ocho (8) Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015.---De acuerdo a los antecedentes anteriormente detallados a partir del 2 de abril de 2012, previa revisión de los documentos de respaldo en los comprobantes contables de fecha 25 de septiembre de 2008, reportes del sistema interno de la sociedad y la información recibida por parte de la Agencia de Bolsa, se logró identificar que la diferencia en los precios de los Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015 se debía a la inclusión de un cupón adicional en cada uno de los siguientes títulos: TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U, TGN-V1L-01-002U inclusión que fue cargada en sistema de la Sociedad en fecha 25 de septiembre de 2008.---A partir de ello se realizaron ejercicios de valoración de los Bonos confirmando que la diferencia en los precios se debía a la valoración de un cupón adicional que fue desprendido y por tanto no ingresó al Patrimonio Autónomo, punto que si bien estaba contemplado en el Prospecto del Patrimonio Autónomo, no fue considerada en el sistema, generando una sobrevaloración en la cartera de 1.18% a la fecha de adquisición de los Bonos del Tesoro.---Desde ese momento se pudo verificar que la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015 registró errores en la valoración de los Bonos del Tesoro, debido a la valoración de*

*un cupón adicional que se encuentra registrado como desprendido, en las siguientes series: TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U, TGN-V1L- 01-002U.---Por tanto, al verificarse este aspecto se comprobó que en fecha 25 de septiembre de 2008, desde la creación del Patrimonio Autónomo la cartera de inversiones estaba siendo evaluada incorrectamente ocasionando una distorsión en cuanto a la información proporcionada tanto a las instancias de control como a los Tenedores de Valores del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015.---Para modificar el error realizado el 25 de septiembre de 2008, al cargar la cartera de Bonos del TGN del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra, la Sociedad convocó a Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización para el 15 de junio de 2012, a fin de informar la cesión de Bonos del TGN de la gestión 2008. La Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización del Patrimonio Autónomo "Sinchi Wayra - NAFIBO 015" por unanimidad y sin observaciones aprobó la realización del ajuste contable en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo.---El 18 de junio de 2012, mediante carta cite BDP.ST/2012-0961 BDP Sociedad de Titularización comunicó a ASFI que: "de acuerdo a la determinación tomada por la Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra Nafibo 015 del 15 de junio de 2012, se determinó aprobar el ajuste contable correspondiente a la cartera de inversiones respecto a los bonos del TGN en la gestión 2008, de acuerdo a lo siguiente:---En la cuenta 883.03 Pérdidas por Otras Inversiones Bursátiles, se registrarán las pérdidas originadas por la irrecuperabilidad de Otras Inversiones Bursátiles y por el importe del castigo para la gestión 2012.--- * Para las gestiones anteriores se afectará la cuenta 966.03.01 Pérdidas Acumuladas, por el ajuste de periodos anteriores.---* Asimismo, estos asientos contables reducirán las Inversiones Permanentes al eliminar los 22 cupones de las 8 series de los Bonos del TGN incluidas en el sistema en la gestión 2008".---El 20 de junio de 2012, se realizaron las modificaciones de las ocho series de Bonos del TGN descritas anteriormente al realizarse estas modificaciones se verificó que los cálculos efectuados generan la valoración correcta de los precios de los títulos.---En fecha 29 de junio de 2012, se realizó el asiento contable por el monto total de $us.650.307,02, (SEISCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS SIETE 02/100 DÓLARES AMERICANOS), equivalente a Bs.4.461.106,18.- (CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO SEIS 18/100 BOLIVIANOS) correspondiente a los devengamientos erróneos generados por la valoración del cupón adicional registrado desde el momento de su adquisición en fecha 25 de septiembre de 2008, para el Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra NAFIBO 015.---Luego de realizar las verificaciones pertinentes, se registró una diferencia por el importe señalado y se ha procedido a la corrección en el sistema de la Sociedad.---Posteriormente, el 26 de julio de 2012, mediante carta ASFI/DSV/R-90941/2012 recepcionada por BDP ST el 2 de agosto de 2012, ASFI instruyó a la Sociedad realizar las siguientes correcciones: "Al 30 de junio de 2012, se pudo verificar que se corrigieron las características de la cuponera de los Bonos del Tesoro TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U, en cuanto al desprendimiento del último cupón. Sin embargo, en base a las correcciones realizadas, no se recalcularon las tasas que permitan*

*el calce del precio al que fueron adquiridos los Bonos del Tesoro mencionados, conforme a la relación de intercambio de la colocación primaria de intercambio establecida en el Prospecto de Emisión de los Valores de Titularización de Contenido Crediticio SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, serie SIW-TD-EU. En tal sentido, aún se observan distorsiones en el precio de mercado reportado para las ocho (8) series de Bonos del Tesoro".--- * El 7 de agosto de 2012, mediante carta BDP.ST/2012-1362, BDP Sociedad de Titularización S.A. comunicó al ente regulador que procedería a la aplicación del ajuste contable en los términos mencionados en la nota BDP.ST/2012-0961.---De acuerdo al detalle precedente, corresponde a manifestar al ente regulador que el registro erróneo corresponde al 25 de septiembre de 2008, por lo tanto han transcurrido 5 años y 40 días de cometida la supuesta infracción y notificado el cargo con nota cite ASFI/DSV/R-160339/2013 en fecha 5 de noviembre de 2013.---Por lo tanto corresponde se aplique al presente cargo la prescripción siendo necesario considerar para ello el análisis realizado en la Resolución SG SIREFI RJ 16/2006 que de manera textual señala: "Se debe señalar que la prescripción es un instituto jurídico referido a los efectos del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas y en el ejercicio o consolidación de los derechos... En la doctrina del Derecho Administrativo punitivo o sancionador, el instituto de prescripción se lo debe adoptar en sus efectos liberatorios en cuanto a dos aspectos: el primero respecto a las infracciones, cuando por el solo transcurso del tiempo la autoridad administrativa no puede ejercitar las facultades para determinar la comisión de una infracción o contravención, ni imponer sanciones por dichas infracciones, y el segundo respecto a las sanciones, el decir cuando la Autoridad Administrativa, habiendo impuesto una sanción administrativa no la ejecuta en un determinado plazo, produciéndose la extinción de la misma. La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción...".---Así compulsados los antecedentes, cabe mencionar lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que textualmente dispone: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años" y el artículo 8 del Decreto Supremo 26156 (Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores) que, ordena sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo que la prescripción se computa a partir de la fecha de realización de los hechos, es decir, que en el presente caso se computa desde el 25 de septiembre de 2008, fecha en la que se produjo la infracción.---Ahora bien, ASFI señala como periodo de la supuesta infracción de enero a mayo de 2012, aspecto que no puede ser aislado como bien se anotó en párrafos precedentes pues el error data desde la gestión 2008, aspecto que sin duda alguna da lugar a la aplicación de la prescripción por el transcurso del tiempo de 5 años y 40 días".*

La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que el registro erróneo corresponde al 25 de septiembre de 2008, por lo que habrían transcurrido 5 años y 40 días de cometida la infracción, y de haberse notificado el cargo con carta ASFI/DSV/R-160339/2013 de 22 de octubre de 2013, el 5 de noviembre de 2013.

Se debe considerar que la prescripción no se aplica de oficio, sino solo si ha sido opuesta o invocada por quien o quienes pueden valerse de ella, por lo que al ser la

excepción de prescripción de previo y especial pronunciamiento, es necesario considerar los siguientes aspectos:

- *La Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011, entró en vigencia con la información correspondiente a enero de 2012. A partir de la normativa señalada, las Sociedades de Titularización debían remitir mensualmente la información de las inversiones y disponibilidades de los Patrimonios Autónomos administrados por éstas.*
- *En la revisión del primer Informe Mensual de Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por BDP Sociedad de Titularización S.A., se verificaron diferencias en la tasa de adquisición de todos los Bonos del Tesoro que componían la cartera de inversiones de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 010 y SINCHI WAYRA NAFIBO 015, respecto a la información reportada por la Agencia de Bolsa custodio de estos Valores y la Entidad de Depósito de Valores de Bolivia S.A., y no así solo de ocho series como señala la Sociedad de Titularización. Por este motivo, se solicitó un informe pormenorizado a BDP Sociedad de Titularización S.A. respecto a estas diferencias, mediante nota ASFI/DSV/R-22194/2012 de 27 de febrero de 2012.*
- *BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante nota BDP.ST/2012-0364 de 12 de marzo de 2012, señaló que las tasas de adquisición informadas en el Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" correspondían a las tasas que permitían cumplir la relación de intercambio de 1VTD=1BT establecida en la colocación primaria de intercambio para la emisión de los Valores de Titularización de ambos Patrimonios Autónomos. Este hecho fue comprobado para la totalidad de Bonos de la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 010, sin embargo, se observaron distorsiones en la información remitida respecto a los Bonos del TGN series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U para la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015.*
- *BDP Sociedad de Titularización S.A. identificó y corrobora el hecho de que estas diferencias se debieron a que al momento del registro de estos Bonos, el 25 de septiembre de 2008, no se consideró que estos Valores, en sus características, tenían el desprendimiento de su último cupón. Este error en el registro, generó la sobrevaluación observada desde el 2008 hasta mayo de 2012, tal como reconoce la Sociedad en sus descargos al señalar textualmente: "se comprobó que en fecha 25 de septiembre de 2008,* ***desde la creación del Patrimonio Autónomo la cartera de inversiones estaba siendo evaluada incorrectamente ocasionando una distorsión en cuanto a la información proporcionada tanto a las instancias de control como a los Tenedores de Valores del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO-015"****; y que: "****En fecha 29 de junio de 2012, se realizó el asiento contable por el monto total de $us.650.307,02,*** *(SEISCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS SIETE 02/100 DÓLARES AMERICANOS), equivalente a Bs.4.461.106,18.- (CUATRO*

MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO SEIS 18/100 BOLIVIANOS) ***correspondiente a los devengamientos erróneos generados por la valoración del cupón adicional registrado desde el momento de su adquisición en fecha 25 de septiembre de 2008, para el Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra NAFIBO 015".*** *(Las negrillas son nuestras)*

- *En este sentido, del análisis efectuado a los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, se identificaron las distorsiones en la información reportada para los Bonos del TGN series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U, distorsiones que también se reflejaron en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo, a partir del envío de información correspondiente a enero de 2012, desde que entró en vigencia la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, hasta la información correspondiente a mayo de 2012.*
- *Cabe señalar a su vez, que BDP Sociedad de Titularización S.A., realizó la corrección de la cuponera de las ocho series de Bonos del TGN, para la información correspondiente al mes de junio de 2012, sin embargo no recalculó la tasa que permitía el cumplimiento de la relación de intercambio de 1VT=1BT establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, en el ajuste contable realizado el mes de junio de 2012 manteniéndose distorsiones en el precio de estos bonos hasta el 31 de julio de 2012, en los Formularios PA/130 y que estaban reflejadas también en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015.*
- *El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, citado por la Sociedad de Titularización establece que las infracciones prescribirán en el término de 2 años, sin señalar expresamente el inicio del cómputo para que opere la citada prescripción, por lo es necesario acudir a precedentes administrativos de análisis sobre la determinación del momento a partir del cual comienza a correr el plazo para que pueda prescribir una infracción o falta administrativa y cuál es el momento en que se interrumpe dicha prescripción.*
- *Al respecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, señala textualmente: "…respecto a las* ***infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente****…". "…El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo". "****Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la***

prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento*" (Las negrillas son nuestras).*

- *La citada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007, en el punto III. 2. Prescripción en el caso particular, efectúa a su vez el siguiente análisis: "El artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo específica que los procedimientos administrativos – incluyéndose en ellos los sancionatorios – podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.---Por otra, parte el artículo 65, parágrafo I, del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: "Los Superintendentes sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo,* ***de oficio*** *o a denuncia,* ***investigarán la comisión de infracciones*** *e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.---En tal sentido,* ***la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares****, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio,* ***siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor.*** *También puede darse el caso en sentido que la prescripción puede quedar interrumpida con la Notificación de Cargos cuando a juicio de la autoridad administrativa no se requiere actuaciones previas a la Notificación de Cargos y procede directamente a notificar cargos al regulado para conocer los justificativos del incumplimiento."*

De acuerdo a los antecedentes descritos, es posible evidenciar que el incumplimiento imputado a BDP Sociedad de Titularización S.A. se refiere a la sobrevaluación de los Bonos del Tesoro series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U, pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, producido a partir del registro erróneo de estos bonos el 25 de septiembre de 2008, generando distorsiones en su precio de mercado informado a ASFI, a partir de la puesta en vigencia de la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, durante los meses de enero a julio de 2012, hasta su corrección en la información remitida a agosto de 2012.

En este sentido para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BDP Sociedad de Titularización S.A. realizó el ajuste contable y efectuó el recálculo de las tasas informadas para los Bonos del Tesoro, cumpliendo con la relación de intercambio 1VT=1BT establecido en la cláusula vigésima quinta de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, para la información

correspondiente al mes de agosto de 2012, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.

Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se iniciaron con la identificación de diferencias en la información reportada por la Sociedad de Titularización en sus primeros informes mensuales de inversiones, de enero y febrero de 2012, aspecto que motivó se requiera un informe pormenorizado mediante cartas ASFI/DSV/R-22194/2012 de 27 de febrero de 2012 y ASFI/DSV/R-32714/2012 de 19 de marzo de 2012, que fueron puestas en conocimiento de BDP Sociedad de Titularización S.A. el 29 de febrero y el 27 de marzo de 2012, respectivamente, cuando el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BDP Sociedad de Titularización S.A.*

Por otro lado, considerando que además del tema de prescripción, la Sociedad no presentó descargos en relación a la infracción imputada, ***se ratifica*** *el cargo por envío de información con errores e inconsistencias, incumplimiento el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, y por la administración del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, incumpliendo lo establecido la cláusula vigésima quinta de la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, protocolizada mediante Escritura Pública N°3447/2008 de 31 de julio de 2008 y modificada por Escrituras Públicas N°3720/2008 de 20 de agosto de 2008 y N°4024/2008 de 4 de septiembre de 2008, constituyendo contravención al primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000.*

Habiéndose ratificado la infracción notificada, corresponde la aplicación del régimen de sanciones establecido en la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, y el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en el inciso b) parágrafo I de su artículo 12, establece que se aplicará la sanción de multa a quienes incurran en: i) infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en ii) los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o iii) se hayan ocasionado perjuicios económicos.

A dicho efecto, se entiende por infracciones cometida por culpa de acuerdo al artículo 110 de la citada Ley del Mercado de Valores, a los: "actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse", asimismo el término jurídico de culpa, según Francesco Carrara, supone al igual que la negligencia, la "voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho: se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes".

De acuerdo a lo previsto en el inciso b) parágrafo I del artículo 12 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones, a efectos de aplicar la sanción de multa, el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres supuestos descritos, sin ser necesario que concurran las tres condiciones en una misma infracción para la

imposición de la sanción de multa, correspondiendo establecer en el caso analizado, la concurrencia del primer supuesto, en lo referido a infracción cometida por culpa.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

En este marco, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado; b) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 1, Primer Rango, del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, enviar información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero información con errores e inconsistencias.*

En el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Primer Rango:

- *La Sociedad Administradora desde la constitución del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, a su cargo, de septiembre de 2008 a julio de 2012, no consideró la relación de intercambio de 1VTD=1BT, establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, para los Bonos del Tesoro series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-002O, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U, por lo que se establece que la administración del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, no se sujetó a lo señalado en el primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000.*
- *No se consideró el interés del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, referido a la recepción de los Bonos del Tesoro señalados, como parte pago por la colocación de los Valores de Titularización, cumpliendo la relación de intercambio de 1VTD=1BT, establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA. Bonos que se constituyen en activo principal del citado Patrimonio Autónomo hasta la liquidación del mismo.*
- *Este hecho generó distorsiones en el precio de mercado informado a ASFI para estos bonos en el formulario PA/130, de enero a julio de 2012, en cumplimiento a lo establecido en la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios*

Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011.

- *La Sociedad realizó el ajuste contable aprobado por la Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015 realizada el 15 de junio de 2012, para la información correspondiente al mes de junio de 2012, sin embargo no recalculó la tasa que permitía el cumplimiento de la citada relación de intercambio de 1VTD=1BT establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, manteniéndose distorsiones en el precio de estos bonos hasta el 31 de julio de 2012, en los Formularios PA/130 y que estaban reflejadas también en los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo.*
- *La sobrevaluación de los citados Bonos del Tesoro, que conforman el Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA - NAFIBO 015, generó una sobre valuación en los Estados Financieros del citado Patrimonio Autónomo de $us717,821.06, monto que la Sociedad de Titularización revirtió con el ajuste contable señalado precedentemente.*

*Tomando en cuenta las circunstancias de la infracción ratificada, corresponde imponer a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, la sanción de multa de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us1.500.- (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso d) del artículo 13, y numeral 1, Primer Rango, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Respecto al Cargo **2**, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** señala textualmente: "En atención a la aplicación de la nueva Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos Administrados por Sociedades de Titularización, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos correspondientes para informar de manera adecuada al ente regulador.---Sin embargo cabe expresar que el error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".*

De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización no refuta el hecho de haber omitido el envío de la información correspondiente a las Cuotas de Participación en Fondos de Inversión de los Patrimonios Autónomos HIDROBOL NAFIBO 016 y LIBERTY NAFIBO 009, en los Formularios que conforman el Informe Mensual de Inversiones al 31 de enero de 2012.

*En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan el cargo imputado, se **ratifica** el cargo imputado al BDP Sociedad de Titularización S.A., por incumplimiento al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión establecidas en la Ley del Mercado de Valores, ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad envió a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) La información fue susceptible de enmienda y regularización en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***Multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *En relación al Cargo* ***3****,* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *señala textualmente: "BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos correspondientes para informar de manera adecuada al ente regulador ya que efectivamente existieron errores en la remisión de la información, pues no se tomó en cuenta el cambio de monedas al remitir la información de los formularios 100.---Sin embargo, cabe expresar que el error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".*

De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización reconoce haber remitido los Formulario PA/100 "Disponibilidades" con errores que habrían surgido al no considerar el cambio de monedas al remitir la información, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado por incumplimiento al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) La información fue susceptible de enmienda y regularización en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***Multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12,*

inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

- *Respecto al Cargo **4**, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** señala textualmente: "BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos correspondientes para informar de manera adecuada al ente regulador.---Sin embargo, cabe expresar que el error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".*

*De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización no desmiente el hecho de haber remitido el Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, con claves incorrectas para los DPF's que componían la cartera de inversiones, durante los meses de enero y febrero de 2012, por lo que se **ratifica** el cargo imputado por incumplimiento al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) La información fue susceptible de enmienda y regularización en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores.

*En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de **Multa** mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *En relación al Cargo **5**, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** señala textualmente: "El día 31 de marzo de 2012, los títulos indicados cambiaron de rango 3 a rango 2 justo en el límite de fechas, por lo que el sistema interno realizó la captura correspondiente de los hechos de mercado para el nuevo rango una vez concretado el cierre diario y posterior cambio de fecha al día hábil siguiente, el lunes 2 de abril de 2012.---La observación fue regularizada el día lunes 2 de abril de 2012, cuando el sistema capturó la marcación correspondiente al rango.---En consecuencia BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo, cabe expresar que este*

error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".

De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización reconoce que su sistema no realizó la captura de los hechos de mercado, para la valoración de los DPF's claves CLAE06580408 y CLAE06580508 pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo LIBERTY NAFIBO 009, que al 31 de marzo, ya tenían un rango 2, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado por incumplimiento al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y al apartado II, numeral II.2, inciso c) de la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N°174 de 10 de marzo de 2005.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) El error fue susceptible de enmienda y regularización, sin embargo este hecho se reflejó en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores. 4) La Sociedad señala que este error fue corregido el 2 de abril de 2012, en este sentido pudo haber realizado la corrección y remitir el Formulario PA/130 sin el error considerando que el plazo para el envío de los mismos es de 10 días calendario posteriores a la fecha a la que corresponde la información.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***Multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.600.- (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Respecto al Cargo* ***6****,* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *señala textualmente: "Al respecto es importante mencionar que en el Formulario 100 al 31 de marzo de 2012,se adjuntó las cuentas de orden en el Patrimonio Autónomo Hidrobol Nafibo 016, generando distorsión del monto reportado en los Estados Financieros, dicha observación fue modificada en el mes de abril de 2012.---Por otra parte debido a un error en la cuenta corriente provisión de pagos del Patrimonio Microcrédito IFD Nafibo 017 y al asiento contable de ajuste que se realizó en dicha cuenta posteriormente de realizarse el reporte de inversiones el mismo no fue modificado generándose la diferencia en el Patrimonio Autónomo, dicho error fue modificado para abril 2012.---En consecuencia BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado*

los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".

De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización reconoce haber remitido el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo HIDROBOL NAFIBO 016 al 31 de marzo de 2012, con diferencias en los montos reportados sobre Cuotas de Participación en Fondos de Inversión, respecto a la información reportada en los Estados Financieros mensuales del citado Patrimonio Autónomo, al haber adjuntado las cuentas de orden, generando distorsión en el monto reportado.

Respecto a las diferencias entre el monto reportado en el Formulario PA/100 "Disponibilidades" del Patrimonio Autónomo MICROCRÉDITO NAFIBO 017 al 31 de marzo de 2012, y los Estados Financieros mensuales del mencionado Patrimonio Autónomo en relación a Cuentas Corrientes y Cajas de Ahorro, la Sociedad Titularizadora reconoce que hubo un error que se originó en la cuenta corriente provisión de pagos de este Patrimonio Autónomo, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado por incumplimiento al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) La información fue susceptible de enmienda y regularización en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***Multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Con relación al Cargo* ***7****,* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *señala textualmente: "En fecha 24 de abril de 2012, mediante nota ASFI/DSV/R-49775/2012, recibida el 27 de abril de 2012, ASFI comunicó observaciones al Informe Mensual de Inversiones al 31 de marzo de 2012, al respecto mediante nota BDP.ST/2012-0700 de 3 de mayo de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A.*

comunicó que existieron los errores en la cartera de inversiones y fue subsanada la observación.---En consecuencia, BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".

De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización reconoce haber remitido los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 al 31 de marzo de 2012, con diferencias respecto a los montos reportados en los Estados Financieros de los mencionados Patrimonios Autónomos, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado por incumplimiento al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) La información fue susceptible de enmienda y regularización en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***Multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Respecto al Cargo* ***8****,* ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.*** *señala textualmente: "En fecha 29 de mayo de 2012, ASFI remitió la carta cite ASFI/DSV/R-64647/2012, recepcionada por BDP Sociedad de Titularización S.A. el 5 de junio de 2012.---Con nota cite BDP.ST/2012-0912 de 08 de junio de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A. comunicó a ASFI que el Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" fue remitida con las inversiones al 27 de abril de 2012, debido a un error en el sistema ya que el mismo no contempló el feriado Decretado el 30 de abril de 2012, el mismo que habría sido identificado al momento de enviar la información financiera correspondiente al mes de abril de 2012, por lo que el informe de inversiones se remitió especificando dicha variación, con el fin de aclarar la observación e informar al Ente Regulador.---En consecuencia, BDP Sociedad de*

Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir la observación, sin embargo cabe expresar que este error no ha generado perjuicio económico y fue susceptible de enmienda y regularización".

De acuerdo a lo manifestado en sus descargos, la Sociedad de Titularización reconoce haber remitido los Formularios PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 correspondientes al 30 de abril de 2012, con la cartera de inversiones valorada al 27 de abril de 2012, porque su sistema no contempló el feriado del 30 de abril de 2012.

En los Formularios PA/130 de los Patrimonios Autónomos SINCHI WAYRA NAFIBO 015, LIBERTY NAFIBO 009, HIDROBOL NAFIBO 016 y SINCHI WAYRA NAFIBO 010 se especificó la variación, sin embargo, esta aclaración no contempló lo establecido en el artículo 5 de la Normativa para el Control de Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, en el que se señala que la fecha de los formularios corresponde al último día del mes reportado, y el Anexo 1 de la Normativa señalada respecto a las instrucciones específicas para el llenado del Formulario PA/130 "Detalle de Cartera de Inversiones" en el campo "Precio Unitario Moneda Original", que establece que se debe informar, el precio unitario en moneda original, valorado a la fecha del reporte, que en el presente caso correspondía al 30 de abril de 2012. Por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado por incumplimiento a lo establecido en el artículo 5 y en el Anexo 1 de la Normativa para el Control de Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, aprobada mediante Resolución ASFI N° 610/2011 de 19 de agosto de 2011.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 1 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad señala haber tomado lo recaudos para informar de manera adecuada al ente regulador. 3) La información fue susceptible de enmienda y regularización en el Informe Mensual de Inversiones del mes siguiente, dado que la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, no contempla reprocesos en el envío de reportes con errores.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***Multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 1, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Sobre el Cargo **9**, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** señala textualmente: "El 27 de febrero de 2013, mediante carta ASFI/DSV/R-22194/2012 recepcionada por BDP Sociedad de Titularización el 29 de febrero de 2012, ASFI comunicó que: "El Patrimonio Autónomo registra en sus Estados Financieros Otras inversiones no registradas en bolsa por un monto de $us2.734 las cuales no estarían permitidas conforme lo establecido en sus Políticas de Inversión y/o Tesorería".---El 19 de marzo de 2012, mediante carta ASFI/DSV/R-32714/2012 recepcionada por BDP Sociedad de Titularización el 27 de marzo de 2012, ASFI comunicó que: "El Patrimonio Autónomo registra en sus Estados Financieros "Otras inversiones financieras no registradas en Bolsa" por un monto de $us2.734, las cuales no estarían permitidas conforme lo establecido en sus Políticas de Inversión y/o Tesorería.---El incumplimiento deberá ser regularizado y adecuado hasta el 29 de abril de 2012, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011".---En fecha 3 de mayo de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante carta BDP.ST/2012-0700 comunicó a ASFI que: "BDP Sociedad de Titularización S.A. está realizando las gestiones para la regularización de la observación debido a que el importe de $.2.734,00 se encuentra en una cuenta en Estados Unidos, en la cual están registrados firmantes de gestiones anteriores, a este efecto, se deben realizar una serie de trámites para dar de baja estas firmas y registrar las actuales, proceso que ha sido iniciado en el mes de abril, por lo que adjuntamos los correos de la información solicitada por SG Américas".---Posteriormente el 8 de junio de 2012, mediante carta BDP.ST/2012-0912 de BDP Sociedad de Titularización comunicó a ASFI que: "A partir de la nota ASFI/DSV/R-32714/2012, de 19 de marzo de 2012, recepcionada el 27 de marzo de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A. se halla realizando las gestiones para la regularización de la observación debido de la observación debido a que el importe de $.2.734,00 se encuentra en una cuenta en Estados Unidos, a objeto de corroborar lo señalado, se adjuntan los últimos correos remitidos a SOCIETE GENERALE, solicitando el registro del KYC equivalente al registro de firmas autorizadas en las entidades Financieras en Bolivia.---Sin embargo de lo expresado, es necesario comunicar a usted que los cambios que deben efectuarse no dependen únicamente de los esfuerzos que pueda realizar BDP Sociedad de Titularización S.A. sino también de personas jurídicas ajenas independiente de esta sociedad".---Al respecto es importante mencionar que la Sociedad realizó los actuados pertinentes y suficientes para dar cumplimiento a la observación de ASFI, aspecto que fue comunicado oportunamente al ente regulador, pues se trataba de actuados que no dependían únicamente de BDP Sociedad de Titularización S.A. sino de la participación de un tercero fuera del país.---Ahora bien, sin perjuicio de lo anotado en párrafos precedentes, corresponde señalar que el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización determina de manera expresa que: "Los excesos a los límites de inversión o incumplimientos a las restricciones establecidas en las políticas de inversión o Tesorería de los Patrimonios Autónomos, contenidas en los documentos legales emitidos al efecto, deberán ser subsanados en un plazo máximo de 60*

días calendario a partir de la fecha en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero informe a la Sociedad de Titularización administradora del Patrimonio Autónomo, sobre el incumplimiento detectado".---Al respecto cabe aclarar que ASFI determinó el supuesto incumplimiento con nota ASFI/DSV/R-32714/2012 recibida por BDP Sociedad de Titularización el 27 de marzo de 2012 y no con la nota que señala la notificación de cargos, es decir, la nota ASFI/DSV/R-22194/2012 recibida por BDP Sociedad de Titularización el 29 de febrero de 2012. En consecuencia el cómputo realizado por ASFI es erróneo así como la notificación de cargos".

La nota ASFI/DSV/R-22194/2012 de 27 de febrero de 2012 recibida por BDP Sociedad de Titularización S.A. el 29 de febrero de 2012, señala textualmente: ***"Excesos en límites de Inversión y/o incumplimientos a restricciones: LIBERTY NAFIBO 009:…* El Patrimonio Autónomo registra en sus Estados Financieros, "Otras inversiones financieras no registradas en Bolsa" por un monto de $us 2,734, las cuales no estarían permitidas conforme lo establecido en sus Políticas de Inversión y/o Tesorería. Por consiguiente, los incumplimientos señalados en los puntos anteriores, deberán ser corregidos de acuerdo al artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011****".*

Al respecto el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización señala que: "Los excesos a los límites de inversión o incumplimientos a las restricciones establecidas en las Políticas de Inversión o Tesorería de los Patrimonios Autónomos, contenidas en los documentos legales emitidos al efecto, ***deberán ser subsanados en un plazo máximo de 60 días calendario a partir de la fecha en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, informe a la Sociedad de Titularización administradora del Patrimonio Autónomo sobre el incumplimiento detectado****. Si finalizado el plazo de adecuación, el límite de liquidez o inversión observado continuara excedido, dicho exceso deberá ser corregido hasta el fin de mes siguiente, siendo la Sociedad Titularizadora administradora del Patrimonio Autónomo pasible a sanción, de acuerdo al Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores".*

Posteriormente, mediante nota ASFI/DSV/R-32714/2012 de 19 de marzo de 2012, recepcionada el 27 de marzo de 2012 por BDP Sociedad de Titularización S.A., nuevamente se observó el incumplimiento al señalar: ***"<u>Excesos en límites de Inversión y/o incumplimientos a restricciones:</u> LIBERTY NAFIBO 009: *El Patrimonio Autónomo registra en sus Estados Financieros, "Otras inversiones financieras no registradas en Bolsa" por un monto de $us 2,734, las cuales no estarían permitidas conforme lo establecido en sus Políticas de Inversión y/o Tesorería. El incumplimiento deberá ser regularizado y adecuado hasta el 29 de abril de 2012****, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011".*

Cabe destacar que en la nota ASFI/DSV/R-22194/2012 de 27 de febrero de 2012, recepcionada el 29 de febrero se señaló el incumplimiento y se instruyó a la Sociedad

corregir el mismo de acuerdo al artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización. Considerando que la normativa prevé 60 días calendario para la corrección, en la nota ASFI/DSV/R-32714/2012 de 19 de marzo de 2012, se señala el plazo hasta el 29 de abril de 2012, plazo calculado a partir del 29 de febrero de 2012, fecha de notificación del incumplimiento, por tanto el cómputo y la notificación de cargos son correctos.

Asimismo, si bien las gestiones que debió realizar la Sociedad fueron con una entidad del extranjero, es necesario señalar que de acuerdo a los respaldos remitidos por BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante nota BDP.ST/2012-0700 de 3 de mayo de 2012, los correos para realizar las gestiones datan del 19 de abril de 2012, habiendo transcurrido aproximadamente 50 días desde que se informó sobre el incumplimiento, es decir, desde el 29 de febrero de 2012.

De acuerdo a lo manifestado mediante nota BDP.ST/2012-1023 de 2 de julio de 2012, el incumplimiento habría sido subsanado el 26 de junio de 2013, con la transferencia realizada por Societe Generale, por tanto la Sociedad presentó el incumplimiento desde el 30 de abril de 2012 al 25 de junio de 2012.

En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan el cargo imputado, se ratifica el cargo por contravención al artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, aprobada mediante Resolución ASFI N° 610 de 19 de agosto de 2011.

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que ASFI en cumplimiento de sus labores de fiscalización y supervisión ha determinado de manera fehaciente que la Sociedad de Titularización envío a ASFI información con errores e inconsistencias, conducta prevista como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contempladas en el numeral 7 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no ocasionó perjuicio, ni ganancia a terceros, ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La Sociedad excedió el plazo para corregir su incumplimiento por cincuenta y seis (56) días calendario.

*En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de **Multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- *Respecto al Cargo **10**, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** señala textualmente: "Los reportes de Inversiones a marzo, abril y mayo 2012 fueron remitidos con un día de retraso.---El Reporte de Inversiones a agosto 2012, en medio físico fue remitido con un día de retraso, sin embargo la información electrónica fue remitida 10 de septiembre de 2012, en plazo, por tanto, ASFI*

contaba con la información suficiente prevista por la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización.---En consecuencia BDP Sociedad de Titularización S.A. ha tomado los recaudos necesarios para corregir las observaciones, sin embargo las mismas no han generado perjuicio económico y fueron susceptibles de enmienda y regularización".

La Sociedad de Titularización reconoce haber remitido los Informes Mensuales de Inversiones de los siguientes ocho (8) Patrimonios Autónomos que administra CONCORDIA NAFIBO 004, INTI NAFIBO 006, HIDROBOL NAFIBO 016, MICROCRÉDITO NAFIBO 017, MICROCRÉDITO NAFIBO 021, SINCHI WAYRA NAFIBO 010, SINCHI WAYRA NAFIBO 015 y LIBERTY NAFIBO 009, en medio impreso y electrónico, con un día de retraso, respecto a la información correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2012, por lo que se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

Consiguientemente, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 22, numeral 1 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, la entidad es pasible a sanción de multa en Bolivianos, equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, por cada uno de los ocho (8) reportes remitidos con retraso, sumando la multa equivalente en Bolivianos de $us.400.- (CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS). Siendo la información observada correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2012, la multa alcanza el total equivalente en Bolivianos de ***$us.1.200.- (UN MIL DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****.*

En lo que respecta a los Informes Mensuales de Inversiones de los Patrimonios Autónomos CONCORDIA NAFIBO 004, INTI NAFIBO 006, HIDROBOL NAFIBO 016, MICROCRÉDITO NAFIBO 017, MICROCRÉDITO NAFIBO 021, SINCHI WAYRA NAFIBO 010, SINCHI WAYRA NAFIBO 015 y LIBERTY NAFIBO 009, correspondientes al mes de agosto de 2012, remitidos en medio impreso con un día de retraso, la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos administrados por Sociedades de Titularización, establece que los reportes que conforman el Informe Mensual de Inversiones, deben ser enviados en su totalidad y en los plazos previstos, en medio impreso y electrónico, por lo que se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

Sin embargo, en aplicación del principio de verdad material, en virtud al cuál la Administración Pública tiene la obligación de investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige en materia civil y tratándose de la misma información requerida en diferentes formatos, se considera que la información estuvo al alcance de este Órgano de Supervisión dentro de plazo, con el envío de los Estados Financieros trimestrales por medio electrónico, por lo que corresponde imponer a la Sociedad la sanción de ***amonestación*** *en cumplimiento a lo establecido en el inciso a) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

Que, debe considerarse que las infracciones ratificadas se ajustan a los siguientes parámetros: 1) Los hechos imputados se encuentran plenamente probados. 2) Los mismos se encuentran calificados como infracciones en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Que, de acuerdo al análisis efectuado precedentemente para los Cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (respecto al retraso en el envío de los Informes Mensuales de Inversiones en medio impreso y electrónico de marzo, abril y mayo de 2012), la multa que corresponde imponer suma un total equivalente en Bolivianos a ***$us7.000.- (SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en sujeción a los artículos 3, 7, 11, 12 parágrafo I, 13, 20, 21 y 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo No. 26156.*

Que, finalmente, al haberse ratificado el Cargo 10 (respecto al retraso en el envío de los Informes Mensuales de Inversiones en medio impreso de agosto de 2012), corresponde aplicar la sanción de ***amonestación,*** *en sujeción a lo previsto por el parágrafo I, inciso a) del artículo 12 y el artículo 21 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de diciembre de 2013, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…

VI. RECURSO DE REVOCATORIA.

Al presente, BDP ST impugna la mencionada Resolución ASFI No. 795/2013 de 3 de diciembre de 2013, (la Resolución), en razón a que la misma ha sido emitida sin observar un contexto de seguridad jurídica ni de respeto al debido proceso en función a los principios establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, con el objeto que su autoridad pueda modificar parcialmente la señalada Resolución y en consecuencia disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados por ASFI y sea en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

6.1 Vulneración del Principio de sometimiento Pleno a la Ley.

La Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 4, literal c) señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

En tal sentido, la ley otorga facultades a los órganos de la administración pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

En el Derecho Administrativo, la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa, todo lo contrario, la legalidad de los actos administrativos se proyecta tanto en el procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos.

En consecuencia, corresponde al ente regulador dar cumplimiento a la siguiente normativa previa la aplicación de las sanciones, a saber:

El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que ordena: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a la reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley".

El artículo 3 del Decreto Supremo No. 26156 que dispone que la atribución sancionadora en el ámbito administrativo en el Mercado de Valores, se sujeta entre otros al siguiente principio a) Principio de Legalidad.- La Superintendencia aplicará el presente Decreto Supremo por infracción a normas legales, reglamentarias u otras aplicables, siempre que las mismas hayan sido emitidas con carácter previo a la comisión del hecho, acto u omisión constitutivo de la infracción.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto Supremo No. 26156 que dispone "La Superintendencia aplicará sanciones previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción que se establecen en el artículo 11 del presente decreto supremo."

El mismo Decreto Supremo No. 26156 en el artículo 8 en cuanto a la Prescripción dispone además que "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de tres (3) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

En el caso de lo establecido por el 7 inc. c), el plazo de tres (3) años se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho acto u omisión.

La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor".

Por lo brevemente explicado, aplicando este principio fundamental, respecto del primer cargo imputado a BDP ST y sancionado con multa de $usl.500.- según la Resolución ASFI No. 795/2013 cabe solicitar al ente regulador nuevamente considerar los siguientes criterios de orden legal para dejar sin efecto la sanción de multa de $us1.500.- (Un Mil Quinientos Dólares Americanos) contenida en la Resolución ASFI No. 795/2013:

- *Resulta evidente que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no señala expresamente el cómputo para que opere la prescripción de las infracciones, sin embargo, el Decreto Supremo No. 26156 como reglamento vigente, pues no ha sido dejado sin efecto por ninguna otra disposición legal, en el artículo 8 de manera expresa contundente y fehaciente ordena que el cómputo de la prescripción de infracciones se realiza "a partir de la fecha de realización de los hechos", en consecuencia, aplicando el principio de legalidad corresponde a ASFI dar cumplimiento al señalado artículo 8 del Decreto Supremo No. 26156, evitando "acudir a precedentes administrativos" pues existe norma expresa y menos aún apartarse del cumplimiento de la norma vigente.*
- *ASFI fundamenta además la imposición de sanción haciendo mención a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI FU 05/2007 de 10 de*

enero de 2007, señalando que la misma hace referencia a que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo no señala el inicio del cómputo del plazo para que opere la prescripción, al respecto cabe aclarar que ASFI no ha considerado que la mencionada Resolución Jerárquica fue emitida en atención a un Recurso Jerárquico interpuesto por una compañía de seguros como es la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., consecuentemente por lógica jurídica no podía hacer mención ni aplicar el Decreto Supremo No. 26156 como Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores ya que la misma fue emitida en el marco de la regulación para compañías de seguro conforme a la Ley de Seguros. Por lo tanto, nuevamente debemos manifestar que no corresponde "acudir a precedentes administrativos" con normativa para otro sector que no sea el Mercado de Valores.

- *En cuanto a* ***Infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes*** *nuevamente importa la aplicación del artículo 8 del Decreto Supremo No. 26156 que prevé que la prescripción opera "a partir de la fecha de realización de los hechos", norma que hace inadmisible aplicar precedentes administrativos.*
- *Asimismo, el Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001 que Reglamenta la Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores al encontrarse plenamente vigente, es aplicación obligatoria por el ente regulador en cuanto a la aplicación de las sanciones administrativas, por tanto, ASFI no puede apartarse de lo previsto en el artículo 8 de la misma normativa legal sujetando su actuar únicamente al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo ya que la misma no prevé a el inicio del cómputo de la prescripción.*
- *Finalmente, debemos hacer mención que en la Resolución ASFI No. 795/2013, el ente regulador reconoce que la sobrevaluación de los Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 015, se ha producido a partir del registro erróneo de los bonos, momento que debe ser computado a efectos del cómputo de la prescripción del primer cargo imputado en la notificación de cargos con nota CITE ASFI/DSV/R-160339 de 22 de octubre de 2013 y sancionado con multa de $us1.500.- de acuerdo a la resolución ASFI N° 795/2013.*

6.2 Prescripción en Materia Administrativa Sancionatoria.

Sin perjuicio de las omisiones normativas descritas en el numeral precedente, corresponde precisar en cuanto al primer cargo sancionado con multa de $us1.500.- (Un Mil Quinientos Dólares Americanos) de acuerdo a la Resolución ASFI N° 795/2013, que el registro erróneo detectado y ratificado por ASFI, corresponde al 25 de septiembre de 2008, por lo tanto, han transcurrido 5 años y 40 días de cometida la supuesta infracción y notificado el cargo con nota cite ASFI/DSV/R-160339/2013 en fecha 5 de noviembre de 2013.

La prescripción como bien menciona ASFI en materia administrativa ha sido considerada en las Resoluciones SG SIREFI RJ 16/2006, SG SIREFI RJ 61/2006 y SG SIREFI RJ 79/2006 que se han pronunciado al efecto como sigue: "En materia de Derecho

Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por, el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin especial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".

"En la doctrina del Derecho Administrativo punitivo o sancionador, el instituto de la prescripción se lo debe adoptar en sus efectos liberatorios en cuanto a dos aspectos: el primero respecto a las infracciones, cuando por el solo transcurso del tiempo la autoridad administrativa no puede ejercitar las facultades para determinar la comisión de una infracción o contravención, ni imponer sanciones por dichas infracciones, y el segundo respecto a las sanciones, es decir cuando la Autoridad Administrativa, habiendo impuesto una sanción administrativa no la ejecuta en un determinado plazo, produciéndose la extinción de la misma. La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción..."

Así compulsados los antecedentes, cabe reiterar que de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 8 del Decreto Supremo 26156 la prescripción para el primer cargo sancionado con multa de $us1.500.- por ASFI según Resolución ASFI No. 795/2013, se debe computar a partir de la fecha de realización de los hechos, es decir que en el presente caso se computa desde el 25 de septiembre de 2008, fecha en la que se produjo la infracción, habiendo transcurrido más de 5 años cuando la Ley prevé que las infracciones prescriben en el término de 2 años.

VII. PETITORIO.

Por lo expuesto, respetuosamente pedimos a su autoridad que dicte Resolución expresa, revocando parcialmente la Resolución ASFI No. 795/2013 de fecha 3 de diciembre de 2013, en atención a que la Resolución sancionatoria ha vulnerado el debido proceso en materia administrativa."

5. RESOLUCIÓN ASFI N° 051/2014 DE 29 DE ENERO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 051/2014 de 29 de enero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 795/2013 de 03 de diciembre de 2013.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

"…

CONSIDERANDO:

Que, antes de ingresar al análisis de lo fundamentado por el recurrente, es necesario puntualizar, algunos aspectos referidos a la prescripción, al efecto:

El artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo señala:

"Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años y las sanciones en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley."

El artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, por el recurrente, establece:

"La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de tres años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

Que, la doctrina en derecho administrativo, es uniforme al señalar que la prescripción opera frente a la inactividad de la Administración Pública que no ejerce oportunamente su potestad sancionadora, ni aplica medida alguna contra el supuesto infractor ante un caso concreto y en el plazo normativamente determinado, otorgándole al administrado la posibilidad de no quedar indefinidamente sometido a investigación por la presunta comisión de una infracción, criterio concordante con el expresado en las Resoluciones Jerárquicas citadas por el recurrente en el memorial de su recurso.

Que, en este sentido, coherente con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, sobre la incidencia del "dies a quo", esto es, el momento en que empieza a correr el plazo de la prescripción, la doctrina hace diferencia, según se trate de infracciones instantáneas o permanentes, por su modo de ejecución, señalando que en el caso de la infracción administrativa instantánea, dicho plazo comienza a partir del día en que se consumó la infracción, es decir en el momento determinado y único en que al ser ejecutada la acción, se configura la infracción. En cambio, en las infracciones continuadas, el plazo corre desde el día en que terminó la actividad infractora porque tienen la particularidad de que el sujeto activo prolonga la consumación del hecho en el tiempo, es decir que adquiere efectos permanentes "de modo que todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación"

Que, al respecto la jurisprudencia española citada por Alejandro Nieto García, en su obra "Derecho Administrativo Sancionador "refiere que "…hay que atender como "dies a quo" del plazo de la prescripción de las infracciones continuadas o de tracto sucesivo, no la de los actos, hechos y operaciones iniciales sino a los finales o de terminación de un procedimiento complicado y que inexcusablemente se prolonga en el tiempo a través del cumplimiento de diversas operaciones (materiales y jurídicas) o fases." Y más adelante señala "…la cabal comprensión de la norma que fija el "dies a quo" del plazo prescriptivo en la fecha de la total consumación de la infracción o en la finalización de la actividad infractora continuada exige tener presente que el fundamento inspirador del instituto de la prescripción no es otro que el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, y esto es lo fundamental, <u>dicho principio no puede hacer de mejor condición a quien ejecuta una infracción continuada en el tiempo respecto de aquél cuya infracción consiste en un acto singular</u>. Y tal

circunstancia ocurriría si en ambos casos se fijara el comienzo del plazo de prescripción en la fecha de la comisión, propiciando el comienzo de la prescripción simultáneamente con el inicio de la ejecución continuada y su transcurso con la persistencia en el tiempo de la conducta infractora. Es por ello por lo que, tratándose de una infracción continuada, el legislador sitúa el inicio del plazo de prescripción en la fecha de finalización de la actividad antijurídica, no en la de su inicio."

Que, en este mismo sentido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2008 de 31 de enero de 2008, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"… en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En este entendido, se debe demarcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas*** *y las* ***infracciones permanentes.***

En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las ***infracciones permanentes****, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que* ***se lleva a cabo de manera constante****, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que ceso la continuación o permanencia del hecho."

CONSIDERANDO*:*

Que, bajo estos lineamientos, revisados los antecedentes que cursan en el expediente administrativo se verifica que la Resolución ASFI N° 795/2013 de 3 de diciembre de 2013, ratifica el cargo N° 1 de la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-160339/2013, contra el BDP Sociedad de Titularización S.A., por el envío de información con errores e inconsistencias en el formulario PA/130, sobre los Bonos del Tesoro series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002, pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO 0.15. en el periodo comprendido de enero a mayo de 2012, porque antes de la emisión de la Normativa para el Control de las Inversiones de Patrimonios Autónomos Administrados por Sociedades de Titularización, aprobada el 19 de agosto de 2011 con Resolución ASFI N° 610/2011, este Órgano de Supervisión no tenía competencia para efectuar dicho control.

Que, más allá del momento en que se haya generado el error en los precios de los citados Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra NAFIBO-015, la entidad regulada, remitió información con errores y distorsiones, a este Órgano de Supervisión, en el periodo comprendido de enero a mayo de 2012, como se puede apreciar en la carta BDP.ST/2012-0703, remitida a ASFI el 3 de mayo de 2012 por la Sociedad Titularizadora, en la que

textualmente señala: "… Por otra parte, es importante señalar que la diferencia que tiene el Patrimonio Autónomo a marzo 2012, por $us717.821.06 (Setecientos diecisiete mil ochocientos veinte y uno 06/100 dólares americanos), debe ser absorbida por el Patrimonio Autónomo, ya que a la fecha se está presentando información errónea al Mercado de los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo al mantener en la cartera de inversiones errores en la valoración de las siguientes series de los Bonos del TGN…." Así como en la carta BDP.ST/2012-1023 de 2 de julio de 2012, al referirse a la diferencia de precios de mercado de los bonos del Tesoro observados, señala: "…se debe a problemas en la valoración originados a momento de la creación del Patrimonio Autónomo el 2008, el mismo que será regularizado al 30 de junio de 2012, conforme a la aprobación adoptada en Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización el 15 de junio de 2012." Situación que se vuelve a repetir cuando la entidad una vez corregido el error en su sistema, no recalculó las tasas informadas para los referidos Bonos del Tesoro, manteniéndose distorsiones en el precio de los bonos hasta el 31 de julio de 2012.

Que, bajo este contexto, el error cometido por la entidad regulada al momento de creación del Patrimonio Autónomo, ha generado información con errores e inconsistencias para el Mercado de Valores, que se ha prolongado en el tiempo, observada por el Órgano de Supervisión en el periodo comprendido entre enero a mayo de 2012, constituyéndose en una infracción de carácter continuado, por su persistencia en el tiempo, que no ha permitido que opere la prescripción como pretende el recurrente, al no haber transcurrido los dos (2) años, establecidos por la normativa vigente, desde la realización de los hechos, que en este caso viene a ser la información remitida de enero a mayo de 2012, conforme dispone el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Que, en el presente caso no se advierte vulneración del principio de sometimiento pleno a la Ley, invocada por el recurrente y consagrado en el artículo 4 inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, porque ese Órgano de Supervisión al haber declarado improcedente la excepción de prescripción interpuesta por el recurrente, ha regido sus actos con sometimiento pleno a la Ley, sujetando su accionar a las previsiones del artículo 79 de la ley N° 2341 que rige la prescripción de manera general y a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas para el Mercado de Valores.

Que, por lo expuesto, la Resolución ASFI N° 795/2013, al declarar improbada la excepción de prescripción opuesta por el ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.****, no ha vulnerado los principios que rigen la actividad de la Administración Pública, porque a la infracción imputada y sancionada en el cargo N° 1 de la resolución impugnada, al haber sido continua y permanente a través del tiempo, es decir que no se ha agotado o concluido en un solo momento, como consecuencia de la continuidad de la conducta de la entidad regulada, no puede aplicársele el plazo considerado para las infracciones instantáneas, porque no se consumó en el momento de ejecutada la acción.*

Que, en consecuencia, los argumentos expuestos por el ***BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.****, no son suficientes para desvirtuar el alcance de la Resolución*

ASFI N° 795/2013 de 3 de diciembre de 2013, porque el recurrente no ha demostrado que la resolución impugnada haya vulnerado los principios de sometimiento pleno a la Ley y del debido proceso, al haber declarado improbada la excepción de prescripción opuesta por la entidad regulada. En todo caso, en base a la valoración objetiva de los hechos y de los fundamentos esgrimidos por la entidad regulada, ajustados a las circunstancias y realidad material de los hechos, la Resolución ASFI N° 795/2013, ha aplicado objetivamente la normativa que regula el Mercado de Valores y el Procedimiento Administrativo sancionador.

***CONSIDERANDO**:*

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, el parágrafo I del artículo 332 de la señalada norma suprema, dispone que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras y que esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano, reconociendo el carácter constitucional de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero" y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de Valores.

Que, el Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, determina que las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de Valores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) sean asumidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobada el 23 de abril de 2002, establece que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 38 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado con Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que los recursos se presentarán dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.

Que, el artículo 43 del D.S. N° 27175, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 47 del citado Reglamento, en su parágrafo I, dispone que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, los artículos 48 y 49 de la norma citada, establecen que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a su notificación, teniendo la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria, un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-12615/2013 de 27 de enero de 2014, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el recurso de revocatoria de 30 de diciembre de 2013, concluyendo que los mismos no han desvirtuado las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N°795/2013 de 3 de diciembre de 2013, al haberse verificado que la resolución impugnada no ha vulnerado los principios de sometimiento pleno a la Ley y del debido proceso, al haber declarado improbada la excepción de prescripción opuesta por la entidad regulada. En todo caso, en base a la valoración objetiva de los hechos y de los fundamentos esgrimidos por la entidad regulada, ajustados a las circunstancias y realidad material de los hechos, la Resolución ASFI N° 795/2013, ha aplicado objetivamente la normativa que regula el Mercado de Valores y el Procedimiento Administrativo sancionador."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 19 de febrero de 2014, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

"(…

VI. RECURSO JERÁRQUICO.

Al presente, BDP ST interpone recurso jerárquico contra la Resolución ASFI N°051/2014 de fecha 29 de enero de 2014, (la Resolución) notificada en fecha 5 de febrero de 2014, en atención a que la misma ha sido emita ejerciendo una potestad sancionatoria sin observar un contexto se seguridad jurídica ni de respeto al debido proceso en función a los principios establecidos por la Ley de Procedimiento

Administrativo y a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

6.1 Vulneración del Principio de sometimiento Pleno a la Ley.

ASFI a momento de fundamentar y confirmar en todas sus partes la Resolución No. 051/2014, en lugar de la aplicación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 8 del Decreto Supremo No. 26156 que determina sin necesidad de ninguna interpretación que la prescripción es computada a partir de la fecha de realización de los hechos, ha puntualizado los siguientes aspectos en lo principal:

"... la incidencia del "diez a quo", esto es, el momento en que empieza a correr el plazo de la prescripción, la doctrina hace diferencia, según se trate de infracciones instantáneas o permanentes, por su modo de ejecución, señalando que en el caso de la infracción administrativa instantánea, dicho plazo comienza a partir del día en que se consumó la infracción, es decir en el momento determinado y único en que al ser ejecutada la acción, se configura la infracción. En cambio en las infracciones continuadas, el plazo corre desde el día en que terminó la actividad infractora porque tienen la particularidad de que el sujeto activo prolonga la consumación del hecho en el tiempo, es decir que adquiere efectos permanentes "de modo que todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación.

... Que, más allá del momento en que se haya generado el error en los precios de los citados Bonos del Tesoro pertenecientes a la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra NAFIBO 015, la entidad regulada, <u>remitió información con errores y distorsiones, a</u> <u>este Órgano de Supervisión, en el periodo comprendido de enero a mayo de 2012...</u> (sic) *Situación que se vuelve a repetir cuando la entidad una vez corregido el error en su sistema no recalculó las tasas informadas para los referidos Bonos del Tesoro, manteniéndose distorsiones en el precio de los bonos hasta el 31 de julio de 2012.*

Que, bajo este contexto, el error cometido por la entidad regulada al momento de la creación del Patrimonio Autónomo, ha generado información con errores e inconsistencias para el Mercado de Valores, que se ha prolongado en el tiempo, observada por el Órgano de Supervisión en el periodo comprendido entre enero a mayo de 2012, constituyéndose en una infracción de carácter continuado por su persistencia en el tiempo, que no ha permitido que opere la prescripción como pretende el recurrente, al no haber transcurrido los dos (2) años establecidos por la normativa vigente.

Al respecto, es necesario mencionar que la de Procedimiento Administrativo, en el artículo 4, literal c) señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

En tal sentido, la ley otorga facultades a los órganos de la administración pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

En el Derecho Administrativo, la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa, todo lo contrario, la legalidad de los actos administrativos se proyecta tanto en el procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos.

Bajo dicha premisa, corresponde que el Órgano de Supervisión de cabal e inexcusable cumplimiento a la siguiente normativa con carácter previo la aplicación de sanciones, a saber:

- *El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que ordena: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a la reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley".*
- *El artículo 3 del Decreto Supremo No. 26156 que dispone que la atribución sancionadora en el ámbito administrativo en el Mercado de Valores, se sujeta entre otros al siguiente principios a) Principio de Legalidad.- La Superintendencia aplicará el presente Decreto Supremo por infracción a normas legales, reglamentarias u otras aplicables, siempre que las mismas hayan sido emitidas con carácter previo a la comisión del hecho, acto u omisión constitutivo de la infracción.*
- *El artículo 4 del Decreto Supremo No. 26156 que dispone "La Superintendencia aplicará sanciones previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción que se establecen en el artículo 11 del presente decreto supremo."*
- *El mismo Decreto Supremo No. 26156 en el artículo 8 en cuanto a la Prescripción dispone además que "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de tres (3) años **computables a partir de la fecha de realización de los hechos,** actos u omisiones constitutivos de la infracción".*

De acuerdo a la normativa antes descrita y tal como lo expresa ASFI, resulta evidente que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no señala expresamente el cómputo para que opere la prescripción de las infracciones, sin embargo, el Decreto Supremo No. 26156 como reglamento vigente, pues no ha sido dejado sin efecto por ninguna otra disposición legal, en el artículo 8 de manera expresa contundente y fehaciente ordena que el cómputo de la prescripción de infracciones se realiza "a partir de la fecha de realización de los hechos", aspecto que fue observado por BDP en la presentación del recurso de revocatoria y cuestionado al ente regulador, pues se pretendía en la resolución sancionadora "acudir a precedentes administrativos" alegando la inexistencia de norma expresa, aspecto que ya fue no fue objeto de pronunciamiento en la Resolución ASFI No. 051/20140 que confirma la Resolución ASFI No. 795/2013.

Otro aspecto que es importante mencionar es que ASFI fundamentó además la imposición de sanción haciendo mención a una Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, señalando que la misma

hace referencia a que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo no señala el inicio del cómputo del plazo para que opere la prescripción, al respecto se aclaró que ASFI en la Resolución No. 795/2013 no consideró que la mencionada Resolución Jerárquica fue emitida en atención a un Recurso Jerárquico interpuesto por una compañía de seguros como es la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., consecuentemente por lógica jurídica no podía hacer mención ni aplicar el Decreto Supremo No. 26156 como Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores ya que la misma fue emitida en el marco de la regulación para compañías de seguro conforme a la Ley de Seguros. Aspecto que nuevamente impedía "acudir a precedentes administrativos" con normativa para otro sector que no sea el Mercado de Valores.

Por lo expuesto, cabe en esta etapa del proceso administrativo hacer mención a la aplicación del artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 que determina que entre las formas de resolución en recurso de revocatoria es Confirmatoria cuando el alcance sea total y ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, aspecto no cumplido por el ente regulador cuando el fundamento que se expone en la Resoluciones Nos. 795/2013 y 051/2014 no coinciden pues la primera sustenta la sanción señalando que la norma no señala expresamente el inicio del cómputo para que opere la prescripción por lo que acude a precedentes administrativos y la segunda pretende fundamentar la sanción señalando que más allá del momento no opera la prescripción por la incidencia del "dies a quo".

En tal sentido BDP ST invoca la aplicación de los artículos 4 inc. c) y 72 de la Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), que señalan que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso, y que las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas conforme al procedimiento establecido en la Ley más aún cuando la norma es expresa al señalar cuando comienza a computarse la prescripción a partir de la realización de los hechos y cuando queda interrumpida contrariamente a una infracción permanente como ahora pretende señalar el ente regulador.

6.2 Prescripción en Materia Administrativa Sancionatoria.

Sin perjuicio de las omisiones normativas descritas en el numeral precedente, corresponde precisar en cuanto al primer cargo sancionado con multa de $usl.500.- (Un Mil Quinientos Dólares Americanos) de acuerdo a la Resolución ASFI No. 795/2013, que el registro erróneo detectado y ratificado por ASFI, corresponde al 25 de septiembre de 2008, por lo tanto, han transcurrido 5 años y 40 días de cometida la supuesta infracción y notificado el cargo con nota cite ASFI/DSV/R-160339/2013 en fecha 5 de noviembre de 2013.

La prescripción como bien menciona ASFI en materia administrativa ha sido considerada en las Resoluciones SG SIREFI RJ 16/2006, SG SIREFI RJ 61/2006 y SG SIREFI RJ 79/2006 que se han pronunciado al efecto como sigue: "En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin especial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede

el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".

"En la doctrina del Derecho Administrativo punitivo o sancionador, el instituto de la prescripción se lo debe adoptar en sus efectos liberatorios en cuanto a dos aspectos: el primero respecto a las infracciones, cuando por el solo transcurso del tiempo la autoridad administrativa no puede ejercitar las facultades para determinar la comisión de una infracción o contravención, ni imponer sanciones por dichas infracciones, y el segundo respecto a las sanciones, es decir cuando la Autoridad Administrativa, habiendo impuesto una sanción administrativa no la ejecuta en un determinado plazo, produciéndose la extinción de la misma. La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción..."

Así compulsados los antecedentes, cabe reiterar que de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 8 del Decreto Supremo 26156 la prescripción para el primer cargo sancionado con multa de $usl.500.- por ASFI según Resolución ASFI No. 795/2013, se debe computar a partir de la fecha de realización de los hechos, es decir que en el presente caso se computa desde el 25 de septiembre de 2008, fecha en la que se produjo la infracción, habiendo transcurrido más de 5 años cuando la Ley prevé que las infracciones prescriben en el término de 2 años.

VII. PETITORIO.

Por lo expuesto, respetuosamente pedimos a su autoridad que dicte Resolución expresa, revocando la Resolución ASFI No. 051/2014 de fecha 29 de enero de 2014."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSV/R-160339/2013 de 17 de octubre de 2013, notificó, en fecha 05 de noviembre de 2013, a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, con diez cargos referidos a errores en la información financiera remitida y, a su vez, por el no envío de información requerida.

En fecha 12 de noviembre de 2013, mediante nota CITE: BDP.ST/2013-2598, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** presenta los descargos respectivos, señalando además que se tomaron las medidas necesarias para corregir las observaciones, haciendo notar que no hubo perjuicio económico y que las mismas son susceptibles de enmienda y regularización.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013, resolvió: **PRIMERO:** Declarar **improbada** la excepción de prescripción opuesta por **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** respecto al Cargo 1, **SEGUNDO:** Sancionar a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** con multa en Bolivianos, equivalente a **$us7.000.- (SIETE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS),** por los Cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (respecto al retraso en el envío de los Informes Mensuales de Inversiones en medio impreso y electrónico de marzo, abril y mayo de 2012) y **TERCERO:** Sancionar con **amonestación** a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** por el Cargo 10, respecto al retraso en el envío de los Informes Mensuales de Inversiones en medio impreso de agosto de 2012.

Mediante memorial presentado en fecha 30 de diciembre de 2013, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013, haciendo alusión a los principios de sometimiento pleno a la Ley y al instituto de la prescripción en materia del Derecho Administrativo, solicitando la revocatoria parcial de la Resolución ASFI No. 795/2013 de fecha 3 de diciembre de 2013.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 051/2014 de 29 de enero de 2014, resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013.

Mediante memorial presentado en fecha 19 de febrero de 2014, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico, reiterando los argumentos del Recurso de Revocatoria y solicitando la revocatoria de la resolución Administrativa ASFI No. 051/2014 de fecha 29 de enero de 2014, extremos que pasan a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

A continuación se presenta un detalle de la normativa aplicable al presente caso:

A. LEY DEL MERCADO DE VALORES Nº 1834 DE 31 DE MARZO DE 1998.

"***ARTÍCULO 68.- CALIDAD Y PUBLICIDAD DE LA INFORMACION.*** *Los participantes del Mercado de Valores, deberán mantener actualizada la información requerida por esta Ley y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del mercado.*

La información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

La publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de Valores y cualquier otra actividad publicitaria que se realice en el Mercado de Valores, no

debe inducir a confusión o error.

Reglamentariamente se establecerá el contenido, la forma y periodicidad que deberá observarse al presentar la información, tomando en consideración las características de los emisores, de los Valores ofrecidos o de las entidades que se sometan a registro."

B. REGLAMENTO DE NORMAS PRUDENCIALES DE TITULARIZACIÓN

Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 052, de fecha 14 de febrero de 2000.

"ARTICULO 25.- *Responsabilidad. La Sociedad de Titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos. En concordancia con lo anterior, la Sociedad de titularización no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero responderá civilmente hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Esto significa que la responsabilidad de la Sociedad de Titularización ante los procesos de titularización administrados por ella, es de medio y no de resultado.*

Previa verificación del cumplimiento de los requisitos contenidos en el presente Reglamento, en el Reglamento del Registro del Mercado de Valores y en el de Oferta Pública y demás disposiciones aplicables, la Sociedad de Titularización solicitará autorización e inscripción en el mencionado registro del patrimonio autónomo como emisor y de los valores emitidos a partir del proceso de titularización, así como la autorización para realizar la oferta pública de dichos valores ante la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

ARTÍCULO 26.- *Obligaciones. Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, las Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes:*

…c) Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos…"

C. RECOPILACIÓN DE NORMAS PARA EL MERCADO DE VALORES

Libro 3°, Título I

"*CAPÍTULO VIII:* CONTROL DE LAS INVERSIONES DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS ADMINISTRADOS POR SOCIEDADES DE TITULARIZACIÓN
(Aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 610 de 19 de agosto de 2011)

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

"(…)

Artículo 5° - (Reportes de Inversiones) *Las Sociedades de Titularización están obligadas a reportar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el detalle de las inversiones compuestas por Valores financieros y disponibilidades, de los Patrimonios Autónomos que administran.*

Los formularios de inversiones y disponibilidades deberán ser reportados en su totalidad en medio impreso y electrónico mensualmente para cada Patrimonio Autónomo, debiendo llevar como fecha de reporte, el último día del mes al que corresponden. El plazo de entrega de los reportes de inversión a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es de 10 días calendario a partir de la fecha del reporte.

El formato único de los Formularios de inversiones y disponibilidades, a ser enviados por medio electrónico, se encuentra establecido en el "Manual de Estructura de Información a ser remitida a través del SCIP", el cual, incluye las Instrucciones Generales y Técnicas para el llenado y proceso de envío de los formularios mencionados.

El formato único de los Formularios de inversiones y disponibilidades, a ser enviados por medio impreso se encuentra establecido en el Anexo de la presente Normativa.

Adicionalmente, las Sociedades de Titularización deberán reportar a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., de acuerdo al formato que ésta establezca, las características de valores adquiridos en Mercado Primario y sus cupones o amortizaciones parciales, cada vez que realicen compras en mercado primario.

Las Sociedades de Titularización, serán las responsables por los errores, omisiones y atrasos en el envío de la información señalada en el presente artículo."

"Artículo 7° - (Incumplimiento a límites) *Los excesos a los límites de inversión o incumplimientos a las restricciones establecidas en las Políticas de Inversión o Tesorería de los Patrimonios Autónomos, contenidas en los documentos legales emitidos al efecto, deberán ser subsanados en un plazo máximo de 60 días calendario a partir de la fecha en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, informe a la Sociedad de Titularización administradora del Patrimonio Autónomo sobre el incumplimiento detectado.*

Si finalizado el plazo de adecuación, el límite de liquidez o inversión observado continuara excedido, dicho exceso deberá ser corregido hasta el fin de mes siguiente, siendo la Sociedad Titularizadora administradora del Patrimonio Autónomo pasible a sanción, de acuerdo a Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores."

D. METODOLOGÍA DE VALORACIÓN DE VALORES
(Aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 174 de 10 de marzo de 2005)

APARTADO II, NUMERAL II.2

"(…)

c) Valoración en caso de no existir transacciones en un día determinado

En el evento que en un día determinado no se transe ningún Valor de un mismo Código de Valoración, o las transacciones realizadas no superen el monto mínimo de negociación necesario, el precio del día de estos Valores se determinará utilizando como Tasa de Rendimiento Relevante la tasa vigente en el "Histórico de Hechos de Mercado" definido a continuación:

> ***Histórico de Hechos de Mercado (HHM):*** *El HHM deberá ser conformado a partir de las Tasas de Rendimiento Relevante por Código de Valoración, con una antigüedad no mayor a 60 días calendario desde la fecha de cálculo.*
>
> *La información contenida en el HHM, deberá comprender al menos: las Tasas de Rendimiento relevante ordenadas por código de valoración y la fecha en la cual se generó el Hecho de Mercado relevante, con la cual se deberá realizar el cálculo de la Tasa de Rendimiento Equivalente.*
>
> *El HHM deberá ser enviado diariamente por las Bolsas de Valores a todas las entidades que requieran dicha información, para la valoración de las inversiones bajo la presente Metodología.*
>
> *En el evento que en un día determinado no existan Tasas de Rendimiento relevantes en el HHM para un determinado Código de Valoración, el precio de los valores se determinará utilizando la última Tasa de Rendimiento vigente para el valor, hasta que exista un hecho de mercado relevante."*

2.2. De los cargos.-

Como ya se mencionó en los antecedentes, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSV/R-160339/2013, notificó en fecha 05 de noviembre de 2013, a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, con diez cargos referidos a errores en la información financiera remitida y por no envío de información requerida.

De estos diez cargos, la recurrente, a tiempo de presentar sus descargos y argumentación en los recursos de revocatoria y jerárquico, no ha desvirtuado los cargos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 10, limitándose a dar explicaciones de las causas que dieron lugar a los hechos observados (cargos) y a señalar que, los mismos, no han generado perjuicio económico, que fueron susceptibles de enmienda y regularización y, además, que se tomaron los recaudos necesarios para corregir las observaciones, con lo cual se infiere la aceptación tácita en la comisión de los hechos que dieron lugar a los cargos señalados y consiguiente imposición de la sanción pecuniaria.

En relación al cargo 9, en sus descargos la recurrente argumentó que existía un error en cuanto al momento en que se le hizo conocer la observación y por ende el plazo de adecuación de 60 (sesenta) días que establece el artículo 7 de la Normativa para el Control de las Inversiones de los Patrimonios Autónomos administrados por las Sociedades de Titularización "*Los excesos a los límites de inversión o incumplimientos a las restricciones establecidas en las Políticas de Inversión o Tesorería de los Patrimonios Autónomos, contenidas en los documentos legales emitidos al efecto, deberán ser subsanados en un plazo máximo de 60 días calendario a partir de la fecha en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, informe a la Sociedad de Titularización administradora del Patrimonio Autónomo sobre el incumplimiento detectado*.", sin embargo, dicho argumento fue desvirtuado por la Autoridad Reguladora al indicar que los plazos estaban correctamente computados, haciendo referencia que con la nota ASFI/DSV/R-22194/2012 notificada en fecha 29 de febrero de 2012, se comunicó del error cometido y que mediante nota ASFI/DSV/R-32714/2012 notificada el 27 de marzo de 2012 se notificó el plazo máximo de adecuación (29 de abril de 2012) por lo que no existiría el supuesto error de cómputo al que hace referencia la, ahora, recurrente ya que queda claro que el error fue notificado en fecha 29 de febrero y en fecha 27 de marzo se dio a conocer la fecha de vencimiento del plazo de sesenta días.

Por tal razón, BDP Sociedad de Titularización S.A., en los recursos de Revocatoria y Jerárquico ya no hace mención a tales argumentos y solo se limitan a argumentar respecto la supuesta prescripción del cargo 1, que en esencia resulta el mayor fundamento de su recurso, cuyos argumentos se relacionan a continuación.

En relación al cargo 1, la recurrente hace referencia a que se habría vulnerado el principio de sometimiento pleno a la Ley y a la prescripción en materia administrativa sancionatoria ya que no se aplicó lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de procedimiento administrativo y el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 26156, que establecen, a criterio suyo, la prescripción sin necesidad de ninguna interpretación.

A decir de la recurrente, la sobrevaluación de los ocho Bonos del Tesoro, a que hace referencia el cargo 1, deviene desde el 25 de septiembre de 2008, es decir desde el momento mismo de la creación del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015, por lo que, siempre en criterio de la recurrente, el hecho de la sobrevaluación se dio en esa fecha y considerando que al momento de la observación notificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 29 de febrero de 2012, mediante nota ASFI/DSV/R-22194/2012, ya habían transcurrido más de cinco años por lo que correspondía aplicar la prescripción establecida en la normativa referida en el anterior párrafo.

Ahora bien, antes de ingresar al análisis de la prescripción, es importante traer a colación el cargo 1, el mismo que se describe a continuación:

> *"(...)*
>
> 1. *De enero a mayo de 2012, la Sociedad de Titularización habría sobrevaluado los Bonos del Tesoro series TGN-V1A-02-002U, TGN-V1B-02-0020, TGN-V1C-02-002P, TGN-V1E-02-001G, TGN-V1F-02-002Q, TGN-V1H-02-002R, TGN-V1K-01-002U y TGN-V1L-01-002U, pertenecientes a la cartera del Patrimonio Autónomo SINCHI WAYRA NAFIBO*

015, dado que en su sistema no se habría considerado el desprendimiento del último cupón de estos bonos, generando distorsiones en el precio de mercado informado para éstos en el formulario PA/130, y que estaría reflejado en los Estados Financieros del mencionado Patrimonio Autónomo.

Asimismo, la Sociedad de Titularización no habría recalculado las tasas informadas para los Bonos del Tesoro con las cuales se cumplía la relación de intercambio de 1VT=1BT establecida en la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de un Derecho de Compra de Pagarés emitidos por SINCHI WAYRA, en el ajuste contable que se habría realizado el mes de junio de 2012 para corregir el extremo señalado en el párrafo precedente, manteniéndose distorsiones en el precio de estos bonos hasta el 31 de julio de 2012."

Del texto transcrito, se puede apreciar que la observación respecto de la sobrevaluación de los ocho Bonos del Tesoro es por el envío de información errónea de enero a mayo de 2012, independientemente de cuándo se originó el error, es decir que en el período enero a mayo de 2012, BDP Sociedad de Titularización S.A., ha enviado información errónea debido a una sobrevaluación en 8 (ocho) Bonos del Tesoro, de la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015.

Al respecto, la recurrente reconoce el error pero se limita a argumentar que el mismo habría prescrito debido a que su origen es del 25 de septiembre de 2008 y que ya habrían transcurrido más de los dos años que establece el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 26156.

En tal sentido, es necesario efectuar un análisis de la prescripción en materia administrativa, conforme se procede a continuación.

2.3. De la prescripción.-

BDP Sociedad de Titularización S.A., presenta como uno de sus principales argumentos, que la infracción imputada para el cargo No. 1 se encuentra prescita, por lo cual, es pertinente referirse a este instituto, trayendo a colación lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que expresa:

"*La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva) para extinguir obligaciones (prescripción extintiva) esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho*".

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, ha ampliado tal criterio al establecer que:

"…*en cuanto a la interrupción de la prescripción la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre señalo que "Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que* ***la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción*** (…)

…*tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero.* (…)

…*la* ***prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor,*** *si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que ese el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones,…*"

Ahora bien, subsumiendo lo anterior al caso de autos, corresponde verificar las actuaciones realizadas dentro del proceso sancionador, por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme se procede a continuación:

- La sobrevaluación de los Bonos del Tesoro se habría dado entre el periodo **septiembre de 2008 hasta junio de 2012**.

- Mediante nota ASFI/DSV/R-22194/2012, de 27 de febrero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solicitó a la recurrente, un informe sobre las diferencias, en la valuación de los Bonos del Tesoro que componían la cartera de inversiones de los Patrimonios Autónomos Sinchi Wayra – Nafibo 010 y 015, con relación a la información de las mismas carteras reportadas por la Entidad de Depósito de Valores y la Agencia de Bolsa custodio de dichos Valores.

- BDP Sociedad de Titularización S.A., mediante nota BDP.ST/2012-0364 de 12 de marzo de 2012, aclaró que las tasas de adquisición informadas en el Formulario PA/130 correspondían a las tasas correctas establecidas en la colocación primaria de intercambio para la emisión de los Valores de Titularización de los Patrimonios Autónomos Sinchi Wayra – Nafibo 010 y 015, sin embargo, se estableció una sobrevaluación en 8 (ocho) Bonos del Tesoro del Patrimonio Sinchi Wayra – Nafibo 015.

- En fecha **27 de marzo de 2012**, mediante nota ASFI/DSV/R-32714/2012, la Autoridad Reguladora hizo conocer las observaciones al informe Mensual de Inversiones al 29 de febrero de 2012, entre las cuales se observó los 8 (ocho) Bonos del Tesoro.

- Luego de una serie de acciones, incluida la Asamblea General de Tenedores de Valores de Titularización, se aprobó la realización del ajuste contable para regularizar el valor de los 8 (ocho) Bonos del Tesoro observados, por lo que el 7 de agosto de 2012, mediante nota BDP.ST/2012-1362, la recurrente comunicó a la Autoridad Reguladora, que procedería a la aplicación del ajuste contable correspondiente.

- En fecha **5 de noviembre de 2013** la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó a BDP Sociedad de Titularización S.A., con la Nota de cargos ASFI/DSV/R-160339/2013, en la cual se incluye el cargo por mala valoración de los 8 (ocho) Bonos del Tesoro del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015.

Entonces y al tenor del artículo 79 de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, que señala que "*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años*", resulta que, tal como reza en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008 "…*la* ***prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor,*** *si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que ese el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones*…", siendo que, en el presente caso, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó la infracción mediante nota ASFI/DSV/R-22194/2012, de 27 de febrero de 2012 y que fue confirmada por la propia recurrente mediante nota BDP.ST/2012-0364 de 12 de marzo de 2012, que luego de varios trámites, como se detalló ut supra, fue regularizada en julio de 2012.

Sin embargo, la nota de cargos, ASFI/DSV/R-160339/2013, fue notificada en fecha 5 de noviembre de 2013, en la cual se señala que la infracción se dio en el período enero a mayo de 2012, lo cual es evidente porque, independientemente de que la infracción haya tenido su origen en septiembre de 2008, en el período mencionado, la información de la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015, fue informada con errores, por lo tanto, desde la fecha de la observación y la nota de cargo, transcurrieron solamente ocho meses.

Ahora bien, si tomamos en cuenta el argumento de la Autoridad Reguladora en sentido de que la infracción sería de carácter permanente, debemos manifestar que, por los antecedentes que cursan en el expediente, el error de la sobrevaluación de 8 (ocho) Bonos del Tesoro que forman parte de la cartera de inversiones del Patrimonio Autónomo Sinchi Wayra – Nafibo 015, data de la creación misma de dicho Patrimonio, es decir, desde el 25 de septiembre de 2008, error que efectivamente se vino arrastrando hasta julio de 2012 que es cuando se lo corrige y se efectúa el último asiento contable de regularización, por lo tanto el referido error se ha mantenido desde septiembre de 2008 a julio de 2012. En tal sentido, y tomando en cuenta el carácter permanente de la infracción, corresponde traer a colación lo ya dispuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006 con relación a las infracciones y, en especial, a las de carácter permanente:

> *"La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza*

administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento.

Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas*** *y las* ***infracciones permanentes****.*

En las ***infracciones instantáneas,*** *la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las ***infracciones permanentes****, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes****, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto….*".

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 enero de 2007, expresa:

"…*Respecto a las* ***infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes****, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente. El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al Artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al Artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento*…".

En ese entendido, es evidente que en el caso de autos, no aplica la prescripción, toda vez que conforme dictan los precedentes administrativos transcritos líneas arriba, el cómputo del plazo para la prescripción, debe contabilizarse a partir de la notificación con la nota ASFI/DSV/R-22194/2012, de 27 de febrero de 2012, toda vez que fue en esa oportunidad que se descubrió, o se dio a conocer, la existencia de la información errónea y recién el error o la infracción fue subsanada, definitivamente, en julio de 2012.

Por lo anteriormente desarrollado, se llega a la conclusión que en el caso de autos, no ha operado la prescripción alegada por la recurrente, ni por emergencia de la infracción

imputada y sancionada, ni por el carácter permanente de la misma, conforme se tiene analizado supra.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 051/2014 de 29 de enero de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI/Nº 795/2013 de 03 de diciembre de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CORDOVA VALVERDE, MIGUEL EGUEZ AGUILERA, MARIA DINA GALVIZ, JUAN SALAS MÉNDEZ, JUAN GRUICH RAMOS
CONSEJEROS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 054/2014 DE 31 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 047/2014 DE 27 DE JUNIO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2014

La Paz, 27 de junio de 2014

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos, el primero por los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, todos ellos Consejeros de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, y el restante por la propia **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, en ambos casos contra la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014 que, en sustanciación de los Recursos de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, todas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 040/2014 de 2 de junio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 069/2014 de 12 de junio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los recursos jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 21 de febrero de 2014, los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE y MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**,

miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, y **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, miembros del Consejo de Vigilancia de la misma, interponen Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014 que, en sustanciación de los Recursos de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013.

Que, por memorial presentado el 21 de febrero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Oscar Manuel Coronado Espinoza, tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 171/2014, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 12 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo del Dr. Edgar Rosales Lijeron, interpone Recurso Jerárquico, también contra la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de febrero de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por los señores **MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE, MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO, JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, actuación que fue notificada el 6 de marzo de 2014.

Que, en cuanto al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** y toda vez que la constancia de notificación a la misma, con la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014, no es específica, mediante providencia de 27 de febrero de 2014 se dispuso que con carácter previo, "*la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero informe y documente, acerca de la notificación con la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014, a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.*** *…*"

Que, atendida la observación, conforme consta de la nota ASFI/DAJ/R-34307/2014 presentada en fecha 12 de marzo de 2014, mediante Auto de Admisión de fecha 17 de marzo de 2014 se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, disponiéndose además la acumulación de ambos Recursos Jerárquicos, en razón de recaer sus impugnaciones sobre la misma Resolución Administrativa, auto que fue notificado en fecha 24 de marzo de 2014.

Que, en atención a la solicitud de fecha 13 de marzo de 2014, el 24 de abril de 2014 se recibió en audiencia la Exposición Oral de Fundamentos a las señoras **MARY NERY BALCAZAR**, Presidenta del Consejo de Administración, y **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, Presidenta del Consejo de Vigilancia; asimismo y con respecto a la solicitud presentada el 28 de marzo de 2014, en fecha 7 de abril de 2014 se recibió en similar audiencia, a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**

Que, mediante memorial de fecha 10 de abril de 2014, los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS** hicieron presente documentación complementaria, así como también y en la misma fecha, lo hizo la

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.

Que, atendiendo a la solicitud de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2014 de 10 de junio de 2014, y mediante la nota ASFI/DAJ/R-92523/2014 de 16 de junio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presentó con carácter complementario, el informe y la documentación que allí se señala.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, notificó a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** con los cargos por las presuntas contravenciones en las que la misma habría incurrido, conforme al siguiente texto:

> "…*De la información contenida en el reporte de los períodos de mandato de los Consejeros de Administración y Vigilancia correspondientes a las gestiones 2000 a 2012, remitido por la Cooperativa en respuesta al requerimiento efectuado por esta Autoridad de Supervisión mediante la Carta Circular ASFI/DSR 1/1868/2012 de 2 de abril de 2012, se identificó que miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia habrían sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos períodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro V contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo al siguiente detalle:*

NOMBRE	***CONSEJO***	***AÑOS***	***PERIODO***
Celina Chávez de Viera	*Administración*	*2005 al 2013*	*Tercero*
Mary Nery de Balcázar	*Administración*	*2001 al 2013*	*Quinto*
Máximo Córdova Valverde	*Administración*	*2006 al 2013*	*Tercero*
Miguel Egüez Aguilera	*Administración*	*2000 al 2013*	*Sexto*
Juan Gruich Ramos	*Vigilancia*	*2000 al 2013*	*Sexto*
María Dina Galviz de Justiniano	*Vigilancia*	*2006 al 2013*	*Tercero*
Juan Salas Méndez	*Vigilancia*	*2001 al 2013*	*Quinto*

> *En consecuencia, conforme lo dispuesto por el artículo109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título II, Libro 7°, del Reglamento de Sanciones Administrativas se* ***NOTIFICA*** *a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****, en la persona de su Gerente General en su condición de representante legal de la entidad, para que en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, presente los descargos o explicaciones pertinentes, debidamente documentados…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 25 de noviembre de 2013, mediante nota G.G. 158/2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** presenta sus descargos contra la nota ASFI/DSR II/R-159425/2013, señalando lo siguiente:

> "…*Dando respuesta al oficio ASFI/DSR II/R-159425/2013 de fecha 21 de octubre y recibida el 14 de noviembre del año en curso, informamos que los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia de la Cooperativa Fátima Ltda., que se han mantenidos* (sic) *en dichos consejos por periodos superiores a dos gestiones, ha sido en estricto apego y cumplimiento de los Art. 23, 35 y 46 del Estatuto Orgánico de la cooperativa.*
>
> ***Artículo 23.-*** *La Asamblea General de Socios es la máxima autoridad de la Cooperativa y sus acuerdos obligan a todos los socios presentes y ausentes, siempre que éstos se hubieran tomado de conformidad con las leyes y el presente Estatuto. La Asamblea General puede ser de naturaleza ordinaria o extraordinaria de acuerdo a lo Establecido en el presente Estatuto.*
>
> ***Artículo 35.-*** *El Consejo de Administración estará integrado por cinco (5) miembros titulares y dos (2) suplentes, elegidos por la Asamblea General, entre los socios hábiles con arreglo a la Ley General de Sociedades Cooperativas, el Decreto Supremo Nro. 24439 y el presente estatuto.*
>
> *La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a dos (2) por dos años y a dos (2) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros,* ***salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función a los resultados financieros y que la votación obtenida sea la mitad más uno de los socios presentes en la Asamblea, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el Reglamento Electoral.*** *Los suplentes serán elegidos por una gestión.*
>
> ***Artículo 46.-*** *El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de acuerdo a las normas legales estatutarias.*
>
> *La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a uno (1) por dos años y a uno (1) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que*

deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, ***salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función a los resultados financieros y que la votación obtenida sea la mitad más uno de los socios presentes en la Asamblea, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el Reglamento Electoral.***

Se adjunta copia del Estatuto vigente con Resolución SB 199/2005 y copia legalizada de las actas de las Asambleas realizadas en las gestiones 2006, 2010, 2011 y 2012, en las cuales los socios autorizan la postulación de los Directores por más de dos gestiones…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 803/2013 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, evaluados los descargos presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****, se establece lo siguiente:*

La Cooperativa presenta como descargo que los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia se han mantenido en periodos superiores a dos gestiones en cumplimiento de su Estatuto, artículos 23, 35 y 46, normativa referida a que la Asamblea General de Socios puede reelegir a los miembros de dichos Consejos.

Sin embargo, la Cooperativa no consideró que ni el Estatuto ni la Asamblea de Socios pueden ir en contra de la normativa regulatoria, específicamente los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1o de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que disponen sobre ambos Consejos que su mandato debe ser renovado, ***no pudiendo ningún Consejero ser elegido por más de dos periodos consecutivos,*** *los que deben ser necesariamente en el mismo Consejo* ***y en caso de postulaciones para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros en ninguno de los consejos****.*

La normativa antes citada fue infringida por la Cooperativa al haber reelegido a miembros de ambos Consejos, en conformidad al detalle señalado en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, incumplimiento que es reconocido por la Cooperativa al remitir y señalar sobre las Actas de Asambleas de socios, en las cuales los socios autorizan la postulación de los Consejeros por más de dos gestiones.

Por lo anterior, se establece que la explicación otorgada no es válida y no desvirtúa los cargos notificados en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013.

Que, la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****, no ha presentado descargos que desvirtúen el incumplimiento notificado con carta ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, correspondiendo en consecuencia la imposición de sanción administrativa, por el incumplimiento a artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1o de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haberse determinado que los mandatos de los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia han excedido por más de dos periodos consecutivos conforme el detalle señalado en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013.*

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "(...) El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. (...) se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. (...) en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión.".*

Tipificación. *La adecuación de la conducta de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., se encuentra contenida en la siguiente normativa:*

- *Artículo 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1o, Título I, Capítulo III, Sección 8 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que: "(...) el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres (3) años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no*

menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, en ninguno de los consejos".

- *Artículo 7 de la norma antes citada dispone que: "...el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres (3) años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros en ninguno de los consejos. ".*

***Calificación**. Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Ley vigente a la fecha de los hechos observados, las inobservancias a las normas reglamentarias, se circunscriben a la conducta de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., responsable en el ámbito de imposición de sanción administrativa.*

***Gradación.** Al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio, bien pudieron evitarse de haberse considerado las disposiciones legales aplicables, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., por no dar cumplimiento a la siguiente normativa:*

- *Al artículo 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 8 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber excedido el mandato de los miembros del Consejo de Administración por más de dos (2) periodos consecutivos conforme el detalle señalado en la carta de o Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013.*

- *Al artículo 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1o, Título I, Capítulo III, Sección 8 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber excedido el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia por más de dos (2) periodos consecutivos conforme el detalle señalado en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013.*

***Modulación.** Es pertinente considerar que el "Reglamento de Sanciones Administrativas" contenido en el Libro 7o, Título II, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente en la Sección 2, artículo 61, determina que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes especificas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse.*

A los efectos de modular la sanción aplicable, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Ley vigente a la fecha de los hechos observados, que establece: "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa. ".

Que, en este sentido, se establece que ha existido negligencia por parte de la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****, al haberse determinado que los mandatos de los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia han excedido por más de dos periodos consecutivos conforme el siguiente detalle:*

NOMBRE	***CONSEJO***	***AÑOS***	***PERIODO***
Celina Chávez de Viera	*Administración*	*2005 al 2013*	*Tercero*
Mary Nery de Balcázar	*Administración*	*2001 al 2013*	*Quinto*
Máximo Córdova Valverde	*Administración*	*2006 al 2013*	*Tercero*
Miguel Egüez Aguilera	*Administración*	*2000 al 2013*	*Sexto*
Juan Gruich Ramos	*Vigilancia*	*2000 al 2013*	*Sexto*
María Dina Galviz de Justiniano	*Vigilancia*	*2006 al 2013*	*Tercero*
Juan Salas Méndez	*Vigilancia*	*2001 al 2013*	*Quinto*

Que, en virtud a los criterios precedentes corresponde sancionar a la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,*** *con "Amonestación", por el incumplimiento a los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haberse determinado que los mandatos de los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia han excedido por más de dos periodos consecutivos conforme el detalle antes señalado.*

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del INFORME/ASFI/DSR II/R-183184/2013 de 2 de diciembre de 2013, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,*** *concluyendo que no se desvirtuó la infracción notificada mediante carta ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, ameritando la imposición de sanción administrativa y recomendando la imposición de "Amonestación", en cumplimiento con lo establecido en el artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)…"*

Con base a tal fundamento, la Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013 dispone:

"*…****PRIMERO.- AMONESTAR*** *a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,*** *por el incumplimiento a los artículos 2 y 7 del Reglamento para la*

Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haberse determinado que los mandatos de los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia han excedido por más de dos periodos consecutivos conforme el detalle siguiente:

NOMBRE	***CONSEJO***	***AÑOS***	***PERIODO***
Celina Chávez de Viera	*Administración*	*2005 al 2013*	*Tercero*
Mary Nery de Balcázar	*Administración*	*2001 al 2013*	*Quinto*
Máximo Córdova Valverde	*Administración*	*2006 al 2013*	*Tercero*
Miguel Egüez Aguilera	*Administración*	*2000 al 2013*	*Sexto*
Juan Gruich Ramos	*Vigilancia*	*2000 al 2013*	*Sexto*
María Dina Galviz de Justiniano	*Vigilancia*	*2006 al 2013*	*Tercero*
Juan Salas Méndez	*Vigilancia*	*2001 al 2013*	*Quinto*

SEGUNDO.- *Instruir a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,*** *una vez cumplidos los periodos de los Consejeros antes señalados, realice las gestiones necesarias para no Incurrir en el incumplimiento determinado en la presente Resolución.*

TERCERO.- *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se dispone que la presente Resolución sea puesta en conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia y de la Asamblea de Socios de la entidad, debiendo remitirse a este Órgano de Supervisión copias de las Actas respectivas…*"

4. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

4.1. Recurso de Revocatoria interpuesto por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA. .-

Por memorial presentado en fecha 2 de enero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"*…A los efectos de la consideración y resolución del presente recurso de revocatoria, pido a su autoridad, considerar los siguientes antecedentes tácticos y jurídicos:*

PRIMERO: RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ASFI No. 803/2013 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2013.–

En fecha 12 de diciembre de 2013, hemos sido notificados con la Resolución sancionatoria ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, mediante la cual, su autoridad señala que: ***"Se identificó que miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia habrían sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para***

Bancos y Entidades Financieras, resolviendo AMONESTAR a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., INSTRUIR que una vez cumplidos los periodos de los Consejeros señalados, se realice las gestiones necesarias para no incurrir en el incumplimiento determinado en su Resolución, y, en cumplimiento del art. 110 de la Ley 1488 DISPONE que la resolución sea puesta en conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia y de la Asamblea de socios de la entidad, debiendo remitirse copias de las actas respectivas".

Los consejeros observados serían, en el Consejo de Administración: Celina Chávez Vda. de Viera, Mary Nery Balcázar, Máximo Córdova Valverde y Miguel Egüez Aguilera; en el Consejo de Vigilancia: Juan Gruich Ramos, María Dina Galvíz de Justiniano y Juan Salas Méndez, los cuales se constituyen en ***terceros interesados, afectados con la Resolución Sancionatoria.***

La normativa en la que se fundamenta la Resolución sancionatoria ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013 es: Los arts. 331 y 332 de la Constitución Política del Estado: Arts. 99 y 101 de la Ley 1488: Arts. 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; Arts. 67 y 68 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y, Art. 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas.

SEGUNDO: SOBRE EL ESTATUTO ÓRGANICO DE LA COOPERATIVA, QUE FUE DEBIDAMENTE APROBADO POR LA SBEF.*; La Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., mediante oficio G.G. N° 133/05 de fecha 22 de noviembre de 2005, solicito la aprobación de las modificaciones realizadas a sus Estatutos, presentando para este efecto la Protocolización del Acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de fecha 8 de noviembre de 2005 a través de la cual se aprueban por Asamblea todas las modificaciones introducidas.*

Dichas modificaciones fueron presentadas y puestas a consideración de la Magna Asamblea de Socios en virtud al Art. 161 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) y conforme a lo dispuesto por el Art. 3 inciso f) del DS 22203 de fecha 26 de mayo de 1989, que indicaba que es atribución de la Superintendencia de Bancos y entidades Financieras aprobar los Estatutos de las entidades de intermediación financiera, siendo además que la SBEF emitió informe Legal SB/ISR II/D-58135/2005 de fecha 22 de diciembre de 2005 más propiamente por la Intendencia de supervisión de Riesgos II, donde indicaban que ***"no existían observaciones legales a las modificaciones planteadas a los Estatutos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda."***

Por lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005.

Esta modificación incluía en sus Art. 35 y 46 la CONFORMACION, PERIODOS DE MANDATOS y FORMAS DE REELECCIÓN de los Consejeros de Administración y

Vigilancia, artículos que se transcriben a continuación resaltando la parte que faculta a la Asamblea General Ordinaria de Socios a determinar la reelección de consejeros por periodos, mayores, en función a los resultados financieros, la votación obtenida, todo previa revisión de la Comisión Electoral.

Artículo 35.-

El Consejo de Administración estará integrado por cinco (5) miembros titulares y dos (2) suplentes, elegidos por la Asamblea General, entre los socios hábiles con arreglo a la Ley General de Sociedades Cooperativas, el Decreto Supremo Nro. 24439 y el presente Estatuto.

La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a dos(2) por dos años y a dos (2) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, ***salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función a los resultados financieros, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el reglamento electoral. Los suplentes serán elegidos por una gestión.***

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación. El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, dos Vocales Titulares y dos Vocales Suplentes.

Artículo 46

El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de acuerdo a las normas legales estatutarias.

La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a uno (1) por dos años y a uno (1) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, ***salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función o los resultados financieros, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los***

***requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el reglamento electoral*.**

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación.

Por lo anteriormente expuesto se considera que no existe incumplimiento a norma legal alguna, toda vez que el Estatuto de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., se aprobó en sujeción a la Ley General de Sociedades Cooperativas y a las disposiciones legales sobre la materia y en cumplimiento de lo dispuesto en las Leyes 1488 (Texto Ordenado), 1670 de 31 de octubre de 1995, Ley 2297 de 20 de diciembre de 2001 y el Art. 3º del Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, aprobado mediante Decreto Supremo prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno.

Artículo 14.

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.

Artículo 21.

Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos:

3. A la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos.

4. A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos.

Artículo 47.

I. Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo.

Artículo 55.

El sistema cooperativo se sustenta en los principios de solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en la distribución, finalidad social, y no lucro de sus asociados. El Estado fomentará y regulará la organización de cooperativas mediante la ley.

Artículo 109.

I. *Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.*

II. *Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.*

Artículo 115.

I. *Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.*

II. *El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.*

Artículo 116.

I. *Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.*

II. *Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.*

Artículo 117.

Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.

Artículo 119.

I. *Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.*

II. *Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.*

Artículo 122.

Son nulos los actos de las personas que usurpen fundones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Artículo 232.

La Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Artículo 308.

I. El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país.

II. Se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, que serán reguladas por la ley.

Artículo 310.

El Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro. Se promoverá principalmente la organización de cooperativas en actividades de producción.

Artículo 311.

I. *Todas las formas de organización económica establecidas en esta Constitución gozarán de igualdad jurídica ante la ley.*

II. *La economía plural comprende los siguientes aspectos:*

5. El respeto a la iniciativa empresarial y la seguridad jurídica.

Artículo 331.

Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Artículo 335.

Las cooperativas de servicios públicos serán organizaciones de interés colectivo, sin fines de lucro y sometidas a control gubernamental y serán administradas democráticamente. La elección de sus autoridades de administración y vigilancia será realizada de acuerdo a sus propias normas estatutarias y supervisadas por el Órgano Electoral Plurinacional. Su organización y funcionamiento serán regulados por la ley.

Artículo 410.

I. *Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.*

II. *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:*

1.- Constitución Política del Estado.

2.- Los tratados internacionales
3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

PRIMER AGRAVIO: PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y DE LA SANCIÓN INTERPUESTA.- *En aplicación de los arts. 13 y 14 de la Constitución Política del Estado, 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 inc. 1) y 1506 del Código Civil, interpongo PRESCRIPCIÓN en contra de la Resolución sancionatoria ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, bajo la siguiente fundamentación:*

ANTECEDENTES

A los efectos de que su autoridad realice una objetiva consideración de este agravio invocado, se deben considerar los siguientes antecedentes:

1.1- *La última asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Administración y Vigilancia donde la Sra. Mary Nery Balcázar fue reelecta como titular del Consejo de Administración y al Sr. Juan Salas como titular del Consejo de Vigilancia se realizó en fecha 5 de marzo del año 2010, conforme a la Copia Notariada del Acta N°47 de la Asamblea General Ordinaria de Socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro.*

1.2- *La última asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Administración Celina Chávez Vda. de Viera, Máximo Córdova Valverde y Miguel Egüez Aguilera se realizó en fecha 4 de marzo del año 2011, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro.*

1.3- *La penúltima asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Vigilancia Juan Gruich Ramos, María Dina Galvíz de Justiniano, Miguel Egüez Aguilera y Máximo Córdova Valverde, se realizó en fecha 13 de marzo de 2009 y duro hasta el 25 de febrero de 2012, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir,*

que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro, conforme a los Art. 35 y 46 del Estatuto aprobado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005.

NORMATIVA APLICABLE A LA PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Si bien, por una omisión involuntaria, no se alegó la prescripción de la infracción y de la sanción que se intenta interponer a nuestra entidad, la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, de manera expresa prevén que la misma puede ser invocada en cualquier estado de la causa y es irrenunciable, conforme a la aplicación del art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 inc. 1) y 1506 del Código Civil, por lo cual, interpongo PRESCRIPCIÓN de la infracción y de la sanción, conforme a las normas jurídicas y jurisprudencia que se invocan a continuación:

ARTICULO 79 LPA (Prescripción de Infracciones y Sanciones).

Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley.

ARTÍCULO 1492. (EFECTO EXTINTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN).-

I. *Los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece.*

ARTÍCULO 1495. (RÉGIMEN LEGAL DE LA PRESCRIPCIÓN).-

No se puede modificar el régimen legal de la prescripción ni prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

ARTÍCULO 1497. (OPORTUNIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN).-

La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, aunque sea en ejecución de sentencia si está probada.

CONCLUSIÓN Y PETITORIO

Conforme a los antecedentes expuestos y la normativa legal invocada, toda vez que ***LA PRESCRIPCIÓN PUEDE SER INVOCADA EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO,*** *incluso en ejecución de sentencia,* ***siendo la misma de ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLE,*** *y, toda vez que ha operado la prescripción para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de*

manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro, solicito se declare la PRESCRIPCIÓN de la supuesta infracción y de la sanción que se intenta interponer a nuestra entidad de intermediación financiera no bancaria, disponiendo la extinción de la infracción y/o de la sanción por prescripción, en aplicación expresa de la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que se transcribe a continuación, de carácter obligatoria y vinculante para toda autoridad o particular:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0117/2013 Sucre, 1 de febrero de 2013

II.3. La presente acción de inconstitucionalidad concreta, ha sido promovida por el accionante en representación de Néstor Alberto Angulo Zambrana, dentro del recurso de revocatoria interpuesto contra la RA 204, emitida por el Director Ejecutivo a.i. de la Dirección General de Aeronáutica Civil, demandando la inconstitucionalidad del art. 185 de la Ley 2902, cuyo precepto señala: "La inobservancia y contravención a las disposiciones de la presente Ley, sus Decretos y Normas Reglamentarias y la Reglamentación Aeronáutica Boliviana que estén caracterizadas como faltas y no importen delitos, serán determinadas por la autoridad aeronáutica y sancionadas con:

a) Apercibimiento

b) Multa de hasta el máximo que determine la reglamentación.

c) Suspensión temporal o indefinida de las licencias y habilitaciones concedidas por la autoridad aeronáutica.

d) Suspensión temporal o revocatoria del Certificado de Operador Aéreo y/o permisos otorgados para la explotación de los servicios aéreo comerciales".

III.3. El principio de supletoriedad

Con relación al significado de la supletoriedad, José Luis Ibáñez señala: "y es que no puede negarse la existencia de lagunas legis -no tolerables por el ordenamiento jurídico, lo que, según González Pérez, puede obedecer a que estemos ante casos inexistentes en el momento de la promulgación de la Ley o la imperfección del legislador al regular los casos ya existentes. Así como tampoco puede negarse que el propio ordenamiento jurídico establece los mecanismos precisos para su integración lo que, en la mayoría de los supuestos implica establecer las reglas para resolver el problema de ausencia de la ley.

En este entendido, es que ante ausencia de la ley o vacíos de la ley puede ser aplicable el principio de subsidiariedad, toda vez que la anomia se soluciona acudiendo a normas de otro ordenamiento diferente.

Al respecto de los vacíos normativos y la aplicación del principio de supletoriedad, la

SC 0221/2004-R de 12 de febrero, ha señalado: "...Con relación al vacío normativo, cabe señalar que se produce en aquellos supuestos en los que el legislador, al elaborar la Ley, crea una determinada institución jurídica, pero omite regular un determinado elemento o detalle referido a la institución creada, con lo que se origina un vacío normativo en la Ley. Según enseña la doctrina, el vacío normativo se resuelve por medio de procedimientos de integración normativa, lo que supone una aplicación supletoria de normas contenidas en otras leyes análogas o, en su caso, aplicando los principios generales del Derecho. Ahora bien, para la aplicación supletoria de una norma legal a situaciones no contempladas expresamente en una Ley, requiere de la concurrencia de las siguientes condiciones: 1) la previsión expresa contenida en la Ley que presenta el vacío normativo de la aplicación supletoria de determinadas leyes para las situaciones no previstas expresamente; 2) la analogía legis, es decir, que la situación no contemplada expresamente en la Ley que presenta el vacío normativo sea igual a la situación regulada por la otra Ley, cuya norma se aplicará por supletoriedad.

III.4. Del derecho a la defensa

Con relación al derecho a la defensa, establecido por el art. 115 de la CPE, la SCP 1089/2012 de 5 de septiembre, señala: "El anterior Tribunal Constitucional, en la SC 2777/2010-R de 10 de diciembre, ratificó el entendimiento de las SSCC 0183/2010-R y 1534/2003-R, precisando que el derecho a la defensa es la: "' (sic)...***potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.',*** *entendimiento ratificado recientemente por la SC 0183/2010-R de 24 de mayo, que además precisó que el derecho a la defensa se extiende: '...i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; ii) Al derecho a presentar prueba; iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal, que actualmente se encuentra contemplado en el art. 119.11 de la CPE'"* (sic).

III.5. Normas constitucionales cuya infracción se denuncia

"Artículo 109.

II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por ley"

"Artículo 115

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia, plural, pronta y oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

"Artículo 14

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna,

el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos".

Las normas del Libro Primero del Código Penal Boliviano, se aplicarán a los delitos previstos en esta Ley en cuanto sean compatibles: en este entendido, se evidencia que dicha disposición ha previsto la aplicación supletoria de una ley análoga, como resulta ser la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma tiene por objeto establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público, entre otras.

En este entendido, es aplicable con relación al régimen de las prescripciones lo establecido por el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual señala: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 600/2011-R
Sucre, 3 de mayo de 2011

III.1. Alcances y fines de la prescripción de la acción penal

En principio, es necesario recordar que la prescripción constituye una institución jurídica en virtud de la cual, y por el transcurso del tiempo determinado por ley, cesa la persecución penal del Estado ejercitada a través de los órganos jurisdiccionales, o por los particulares en los delitos de acción privada. Se funda en un interés social por cuanto el Estado no puede prolongar indefinidamente en el tiempo la persecución penal, ya sea por negligencia de la víctima o falta de interés de los órganos encargados de la misma.

Guillermo Cabanellas, refiriéndose a este instituto, señaló que constituye: "La consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono desidia, inactividad o impotencia" En materia penal sostiene el mismo tratadista que involucra la: "extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o falta luego de quebrantada la condena"

En correspondencia con lo dicho la jurisprudencia constitucional, ha establecido que: "...La prescripción se traduce en los efectos que produce el transcurso del tiempo sobre el ejercicio de una determinada facultad. Esta definición, aplicada al ámbito penal, significa la expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar debido al tiempo transcurrido.

Conforme a ello, es el propio Estado el que, a través de la norma penal (procesal o sustantiva, según las legislaciones), establece los límites de tiempo en que se puede ejercer la persecución penal. La actividad represiva del Estado no puede ser ejercida

de manera indefinida, ya que al hacerlo se quebrantaría el equilibrio que debe existir entre la función de defensa de la sociedad y la protección de derechos y garantías individuales" (SC 0023/2007-R de 16 de enero).

El mismo entendimiento, luego de identificar las razones que fundamentan la prescripción, concluyó que ésta: "...debe fundamentarse desde la Constitución, en la medida en que este instituto está íntimamente vinculado con los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, fundamentalmente la garantía del debido proceso, la prohibición de indefensión y el derecho a la seguridad jurídica.

Así, respecto al derecho a la defensa, es innegable que si pese al tiempo transcurrido, la acción penal se dirigiera contra el supuesto culpable, llegando inclusive a imponerse una pena, se produciría una grave indefensión, pues los medios de defensa de los que podría servirse el imputado, o ya no existirían o se encontrarían debilitados, corriéndose el riesgo de condenar a un inocente por el tiempo transcurrido...".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1369/2011-R
Sucre, 30 de septiembre de 2011

III.3. Diferencias entre prescripción y caducidad

Guillermo Cabanellas recogiendo los criterios de distintos doctrinarios, establece sus características y diferencias, al referir: 2.Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en sus diferencias. Cortés Giménez, resumiendo puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Enneccerus y otros declara que: "La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; ***mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo;*** *en la caducidad nace el derecho sujeto a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia del titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en tanto la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante;* ***la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos.*** *En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión".*

Respecto de la prescripción, sostiene que es la: "Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; *ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad;* ***ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. (...). Es por lo tanto un medio de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando el tiempo, en realidad, como el productor esencial de estas situaciones jurídicas".*** *(Diccionario de Derecho Usual, Tomo II y VI, Editorial Heliasta, 27§ Edición, Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, pág. 14 y 372 a 373).*

La doctrina española, precisó: "-Tanto la caducidad como la prescripción se enmarcan dentro de los modos de extinción de los derechos por el transcurso del tiempo en que pudieron ser ejercitados. (...). -La caducidad y la prescripción responde a una misma finalidad: evitar la incertidumbre permanente e indefinida de los derechos; y tienen un mismo fundamento: la presunción de abandono de los derechos por su titular. (...). -La prescripción debe ser alegada por la parte interesada en la misma, y en esa medida es renunciable. *La caducidad, por el contrario, opera de oficio". (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Prescripción y Caducidad de Derechos y Acciones, Madrid, mayo 1995, pág. 41 a 42). -lo resaltado nos pertenece-*

Criterios doctrinarios que delimitan las diferencias existentes entre ambos institutos jurídicos, permitiendo concluir que la prescripción está referida al ejercicio de derechos subjetivos en general o acciones en el plazo determinado por la Ley, sea para su extinción o adquisición, lapso de tiempo que admite causales de interrupción o suspensión y opera a pedido de parte. *En la caducidad el ejercicio de un derecho (potestativo) no subjetivo o acción, está supeditado a que se efectúe en el término fijado por la ley o la voluntad de las partes; sus efectos se producen de manera directa sin necesidad de pedido de parte, pudiendo ser declarada de oficio.*

En ese entendido, cabe precisar que un derecho subjetivo tiene una duración indefinida y sólo se pierde cuando su titular no lo ejerce en el término fijado a causa de su negligencia, operando en consecuencia la prescripción; *en cambio, en la caducidad el ejercicio del derecho potestativo o facultativo nace sujeto a un término fijo de duración a cuya conclusión se produce su extinción.*

III.3.2. Jurisprudencia comparada

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-433 de junio 24 de 1992, se pronunció sobre esta institución de la siguiente forma: "Consiste la caducidad en el fenómeno procesal de declarar extinguida la acción por no incoarse ante la jurisdicción competente dentro del término perentorio establecido por el ordenamiento jurídico para ello.

Opera la caducidad ipso iure, vale decir, que el juez puede y debe decretarla oficiosamente cuando verifique el hecho objetivo de la inactividad del actor en el lapso consagrado en la ley para iniciar la acción. Este plazo no se suspende, ni se interrumpe, ya que se inspira en razones de orden público, lo cual si ocurre tratándose de la prescripción civil, medio este de extinguir las acciones de esta clase".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0001/2004-R
Sucre, 7 de enero de 2004

III.1. El art. 1492 CC establece que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece.

La prescripción comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de ejercerlo, conforme lo dispone el art. 1493 CC, no

pudiendo modificarse el régimen legal de la prescripción ni prescindirse de él, bajo sanción de nulidad (art. 1495).

De acuerdo al art. 1507 del referido cuerpo de normas, los derechos patrimoniales se extinguen por la prescripción en el plazo de cinco años, a menos que la ley disponga otra cosa.

La prescripción consiste en la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. En el ámbito del Derecho Civil la prescripción constituye un modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo Es por lo tanto, un medio de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando el tiempo, en realidad, como el productor esencial de estas situaciones jurídicas.

El fundamento de la prescripción es, por regla general, el deseo del legislador de imponer la paz social, la cual se vería amenazada por la actividad, largo tiempo diferida, de un acreedor o de un propietario. Este fundamento es admitido en la casi totalidad de las legislaciones, variando únicamente el plazo necesario para la prescripción y las causas o motivos de su interrupción o suspensión.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0582/2004-R
Sucre, 15 de abril de 2004

III.1. Los institutos jurídicos de la caducidad y prescripción.

La prescripción permite la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, ya sea convirtiendo un hecho en derecho, ya perpetuando una renuncia o abandono de un determinado derecho. En el ámbito del Derecho Civil, la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo, en las condiciones previstas por ley. Con mucha frecuencia suele confundirse la prescripción liberatoria con la caducidad, cabe advertir que son dos institutos jurídicos distintos, pues la prescripción se refiere a la sustancia del derecho, *en cambio la caducidad se refiere al procedimiento; la prescripción puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, en cambio la caducidad es de aplicación general o erga omnes;* ***la prescripción puede ser interrumpida o suspendida, en cambio la caducidad sólo se puede interrumpir por los actos procesales.***

<u>SEGUNDO AGRAVIO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD, MOTIVACIÓN Y DEBIDO PROCESO:</u> *Le hacemos notar a su Autoridad que, la infracción por la cual, de manera arbitraria y violatoriamente se pretende aplicarnos una sanción, que sería:* ***"Haber identificado que miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia habrían sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras",***

no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en el Reglamento de Faltas y Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI, en aplicación de los arts. 71, 72, 73 y 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Este accionar es contrario al principio de seguridad jurídica, ya que el accionar de la administración pública y de toda autoridad debe enmarcarse en la Ley y no se pueden hacer interpretaciones arbitrarias y mucho menos imponer sanciones por infracciones, en los casos en los que la Ley expresamente no las prevea o tipifique.

Le pido se considere la normatividad expresa de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala sobre el particular:

ARTÍCULO 71° (principios Sancionadores).

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

ARTÍCULO 72° (principio de Legalidad).

Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

ARTÍCULO 73° (principio de Tipicidad).

I. *Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

II. *Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

III. *Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad.*

ARTÍCULO 74° (Principio de Presunción de Inocencia).

En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo.

ARTÍCULO 77° (Principio de Irretroactividad).

Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "FATIMA Ltda.", nunca fue formalmente

notificada con alguna Ley, tampoco en ningún momento que el SIREFI o la ASFI han incluido DE MANERA EXPRESA dentro del REGLAMENTO DE FALTAS Y SANCIONES, ***estableciendo expresamente que los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras****", no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), mucho menos que han establecido UNA SANCIÓN EXPRESA, según su naturaleza y gravedad, especificando cuales son de carácter personal y cuáles de carácter institucional, así como cuando se las considera por acción o por omisión, a los efectos de dar cumplimiento a los Art. 17 parágrafo I, 18, 21 y 22 del D.S. 27175 Reglamento del Sistema de Regulación Financiera.*

Le solicito se aplique la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad, que a continuación se transcribe:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0143/2012
Sucre, 14 de mayo de 2012

III.2.1. Jurisprudencia relacionada con el debido proceso, el derecho a la defensa y la motivación de las resoluciones en sede administrativa

El Tribunal Constitucional, en la SC 1289/2010-R de 13 de septiembre, señaló que: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, ha establecido que el derecho al debido proceso '...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión'.

En el mismo sentido, la SC 0577/2004-R de 15 de abril, respecto a las resoluciones de los tribunales de alzada, ha establecido que la '...exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando el Juez o Tribunal debe resolver en apelación la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia (...), es imprescindible que dichas Resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan y que permitan concluir, que la determinación sobre la existencia o inexistencia del agravio sufrido fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, del mismo modo que se exige al apelante cumplir con la obligación de fundamentar los agravios; por cuanto, en la medida en que las resoluciones contengan, los fundamentos de

hecho y de derecho, el demandado tendrá la certeza de que la decisión adoptada es justa; por lo que no le esta permito a un Juez o Tribunal, reemplazar la fundamentación por la relación de antecedentes, la mención de los requerimientos de las partes o hacer alusión de que el Juez de instancia obró conforme a derecho, (...); con mayor razón, si se tiene en cuenta que el contar con una Resolución debidamente fundamentada y motivada es un derecho fundamental de la persona y forma parte del debido proceso...'" (sic) *(las negrillas nos corresponden* (sic)*).*

Por su parte, la SC 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto: "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas" (las negrillas nos pertenecen).

Respecto a la falta de motivación de las resoluciones inherentes a procesos disciplinarios *en el seno de la Policía Nacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional mediante* ***la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, ha determinado que: "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"*** *(las negrillas son nuestras).*

III.2.2. El debido proceso y el derecho a la defensa en la Constitución Política del Estado y su aplicación al ámbito administrativo

La Constitución Política de Estado, define los valores de sociedad en su art. 8, disponiendo que el Estado Plurinacional de Bolivia se sustenta entre otros, en el valor de la justicia social, para vivir bien; consecuentemente, la administración de justicia se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de partes ante el juez.

El art.115.II de la CPE, señala: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones". El art. 117.1, por su parte establece: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso (...)".

El art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General, en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, dispone: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que las garantías del debido proceso, no sólo son exigibles a nivel judicial, sino también deben ser de obligatorio cumplimiento por cualquier autoridad que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo** (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", **esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

El debido proceso es una garantía constitucional, que en virtud de los efectos de irradiación de la Constitución Política del Estado, es también aplicable a los procesos administrativos y a todos aquellos procesos disciplinarios de carácter sancionatorio que se presentan en todas las esferas institucionales, sean éstas públicas o privadas, dentro las cuáles se tenga que llegar a un fallo o resolución, decisión que en definitiva surte efectos jurídicos que indudablemente repercuten en los derechos de las personas.

Ticona Póstigo, señala: "El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento

imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, él "Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo". A criterio del tratadista Saenz, "el Debido Proceso en su dimensión adjetiva, se refiere a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de todo tipo de proceso, sea este jurisdiccional, sea administrativo, o sea corporativo particular".

El proceso administrativo sancionatorio al igual que el procedimiento penal, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto: a) al juez natural, b) legalidad formal, c) tipicidad, d) equidad, y, e) defensa irrestricta. Eduardo García Enterría, en relación al proceso administrativo sancionador, ha señalado: "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal".

El proceso administrativo, reconoce el actuar procesal de las partes, que son las personas físicas o morales que intervienen en el proceso propiamente dicho y sobre las cuales gravitan las consecuencias de todos los aspectos del mismo, desde el inicio hasta la conclusión definitiva; en resumen, las partes de un proceso administrativo son: el Órgano Colegiado o autoridad investida con la facultad de sancionar o dicho de otra manera, el Juez Natural de "orden administrativo" y el servidor público, que actúa a nombre del Estado, contra el cual se sustanciará determinada acción disciplinaria" (SC 1448/2011-R de 10 de octubre).

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios. es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad (SC 0498/2011-R de 25 de abril).

Ahora bien, ingresando en los aspectos doctrinales relacionados al caso de autos, cabe señalar que uno de los elementos esenciales del debido proceso, es la motivación de las resoluciones, entendida ésta como un derecho fundamental de todos los justiciables y administrados constituyéndose en una de las garantías que forma parte del contenido adjetivo del ya referido "debido proceso"; siendo también un presupuesto fundamental del correcto ejercicio a la tutela judicial efectiva.

A su vez, el derecho a la defensa irrestricta, componente del debido proceso, se halla inserto en el art. 115.11 de la CPE, cuando: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa (...)". El derecho a la defensa irrestricta, es un elemento integrante transversal a todas las fases sustantivas del proceso penal o disciplinario. Al respecto, Binder afirma: "El Derecho a la Defensa cumple dentro del Proceso Penal, un papel

particular, por una parte actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás".

El derecho a la defensa irrestricta, es uno de los mínimos procesales que debe concurrir dentro de un proceso sancionatorio en el que se encuentre presente el debido proceso, constituyendo de esta manera un bloque de garantías procesales dentro del procedimiento sancionador, siempre en procura de efectivizar un proceso justo.

III.2.3. La motivación de las resoluciones como elemento procesal adjetivo del debido proceso y el deber de pronunciarse respecto a la totalidad de las cuestiones reclamadas por los procesados

El respeto absoluto por el debido proceso, es materia de eminente orden público y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. La motivación de las resoluciones administrativas, entendida como garantía del debido proceso, tiene que ser comprensible, puntual, concreta y en todos los casos lógica, incluyendo el análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal y de aquellos otros derivados del eje central en cuestión, debiendo en todos los casos efectuarse una relación de causalidad estrecha entre los hechos y la normativa inherente al caso específico.

En ningún caso se puede entender que existe motivación por la sola aplicación mecánica del derecho. La motivación debe compulsar las pruebas y arribar a conclusiones jurídicas ciertas sobre la base de hechos probados. ***Cualquier autoridad administrativa que emita una resolución, debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar una minuciosa fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma, lo contrario significa que cuando ésta autoridad disciplinaria omite realizar una correcta motivación, elimina la parte estructural de la resolución, asumiendo una decisión de hecho y no de derecho, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo.***

El tratadista Agustín Gordillo, al referirse a los caracteres y requisitos que deben reunir las decisiones administrativas, ha expresado: "(...) no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos (...). El acto debe resolver todas las peticiones formuladas (...) o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto todas las legislaciones y la doctrina son uniformes". ***Esta ineludible exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando la autoridad administrativa o tribunal de alzada deba resolver la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia;*** *más aún, si se trata de aspectos relacionados con excepciones interpuestas, que en todos los casos, su resolución tiene carácter definitivo causando efectos permanentes, razón por la cual, se reitera que resulta imprescindible que dichas resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan, permitiendo concluir, que la determinación asumida sobre la existencia o inexistencia de la falta administrativa, fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, de la misma manera que se exige del administrado apelante, cumplir con la obligación de fundamentar los agravios supuestamente sufridos.*

"No basta la simple cita de preceptos legales en una resolución para considerar motivada ésta, sino que es preciso que se expongan las argumentaciones pertinentes que conduzcan a establecer la decisión correspondiente".

En tanto y en cuanto las resoluciones administrativas conlleven insertas en su texto de manera expresa los fundamentos de hecho y de derecho, el sujeto sometido al proceso tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad es a todas luces justa; razón por la cual no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes. Por otra parte, tampoco puede considerarse una adecuada motivación el hecho de únicamente efectuar citas normativas en el texto resolutivo, tampoco es suficiente alegar que el actuar de la autoridad administrativa de primera instancia fue conforme a derecho, omitiendo el pronunciamiento respecto a todos los aspectos observados por la persona sometida a proceso, ya que el no pronunciarse en relación a algún extremo planteado, desvirtúa el fondo mismo del fallo asumido, ingresando en el terreno de la arbitrariedad, *que a criterio de Legaz y Lacambra; "es una actitud antijurídica que consiste en la negación del derecho como legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir por el propio poder público".*

Los tratadistas Ossorio y Florit, afirman lo siguiente: "Frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema de la sana crítica que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma". De la misma forma, Eduardo Couture, asevera que, "el juicio de valor en la sana critica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad".

En conclusión, corresponde afirmar rotundamente, que la ausencia de una suficiente y adecuada motivación, vulnera el derecho al debido proceso, persé el derecho a la defensa, impidiendo que la tutela jurisdiccional administrativa sea efectiva, dando lugar al extremo inaceptable de la arbitrariedad, aclarándose que la obligación de motivar las resoluciones no significa que las decisiones adoptadas necesariamente deban satisfacer al administrado, lo que si es trascendental, es que la decisión sea justificada, dando lugar a que de esta manera se lleguen a emitir decisiones justas efectivizando el imperio de la justicia constitucional de la igualdad, inserta en nuestra Constitución Política del Estado, garantizando a los ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales para el "vivir Bien".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1786/2011-R
Sucre, 7 de noviembre de 2011

III.2. La seguridad jurídica y el principio de legalidad en el nuevo orden constitucional

La SC 0096/2010-R de 4 de mayo, ha señalado: "Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como 'derecho fundamental', cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos

fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: 'A la vida, la salud y la seguridad', a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del 'derecho a la seguridad jurídica' como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.111 de la CPE). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. 9.3, establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: '"a seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo'.

En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que 'la seguridad jurídica' al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.

De tal manera que cuando se viola un derecho fundamental en esa instancia procesal sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia; más sin embargo ello no implica que sea tutelable, precisamente y como se tiene explicado, por no ser un derecho autónomo, como sostuvo la pasada jurisprudencia de este Tribunal. Por ello, cuando se exigía la tutela en su generalidad se lo hacía unido a otros derechos como lógica consecuencia, no así de manera independiente.

Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: 'la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y

celeridad '.

Por lo expuesto precedentemente se concluye que, el principio de seguridad jurídica, si bien no puede ser invocado directamente como lesionado, sino se halla estrechamente vinculado a derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad, no se puede de dejar de lado el hecho que a través de la protección esos derechos y garantías, se materializa el cumplimiento de este principio.

En cuanto al principio de legalidad, de conformidad a lo previsto por el art. 180 de la CPE, éste Tribunal a través de su SC 0275/2010 de 7 de junio, ha señalado que: "(...) es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria; al respecto este Tribunal a través de la SC 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la SC 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: 'el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho' (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley".

III.4. El debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito constitucional

El proceso sancionatorio, sea en el ámbito que fuere, necesariamente debe hallarse impregnado de todos los componentes que hacen al debido proceso, elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "... La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración *y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II,Civitas* (sic)*, Madrid, 1999, página 159).*

<u>Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad. elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del "nullun crimen, nulla poena sine lege", evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.</u>

El art. 117.1 de la CPE, señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, entendido éste como el derecho de toda persona física o jurídica a un proceso justo y equitativo, dentro del cual se garantice al procesado el conocimiento o notificación oportuna de la presunta falta cometida a efectos de que pueda estructurar eficazmente su defensa, consiguientemente le asisten también el derecho a ser escuchado, a presentar pruebas, a impugnar, y fundamentalmente el derecho a la doble instancia; otorgándole la oportunidad de defenderse sin restricción alguna de cualquier agresión a sus derechos originada en actos de cualquier particular o del propio Estado a través de sus

autoridades; entendimiento que nos permite afirmar que el debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también a todo el universo del derecho sancionatorio.

El debido proceso es transversal a todo procedimiento sancionatorio, haciendo a su esencia misma, en razón a que no podrá aplicarse sanción alguna si haber previamente escuchado los argumentos de defensa de la parte acusada. *La administración pública no puede apartarse del respeto absoluto al debido proceso,* ***debiendo en todos los casos en los cuáles se inicie un procedimiento sancionatorio, comprobar los hechos dentro del marco del respeto a las garantías constitucionales, permitiendo a su vez que el procesado respalde su posición y en definitiva haga conocer su verdad ante un juzgador imparcial quien a la hora de emitir la resolución que corresponda habrá compulsado la totalidad de la documentación y evidencia sujeta a su consideración, garantizando de ésta manera el debido proceso hoy acusado de haber sido vulnerado.***

La SC 0160/2010-R de 17 de mayo, señaló que: "El debido proceso, está reconocido constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los arts. 115.11 y 117.1 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE) -art. 16.IV de la CPE abrog. , y como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales".

En el mismo sentido la SC 0902/2010-R de 10 de agosto, determinó que: "En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.11 de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.11 de la misma norma; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPE abrog, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.1 de la CPE que dispone: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...' ".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1787/2011-R
Sucre, 7 de noviembre de 2011

III.2. El debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito constitucional

El proceso sancionatorio, sea en el ámbito que fuere, necesariamente debe hallarse

impregnado de todos los componentes que hacen al debido proceso, elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "... La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone; es decir, sanciones administrativas, la administración *y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).*

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del "nullun crimen, nulla poena sine lege", evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.

El art. 117.1 de la CPE, señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, entendido éste como el derecho de toda persona física o jurídica a un proceso justo y equitativo, dentro del cual se garantice al procesado el conocimiento o notificación oportuna de la presunta falta cometida a efectos de que pueda estructurar eficazmente su defensa, consiguientemente le asisten también el derecho a ser escuchado, a presentar pruebas, a impugnar, y fundamentalmente el derecho a la doble instancia; otorgándole la oportunidad de defenderse sin restricción alguna de cualquier agresión a sus derechos originada en actos de cualquier particular o del propio Estado a través de sus autoridades; entendimiento que nos permite afirmar que el debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también a todo el universo del derecho sancionatorio.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0498/2011-R
Sucre, 25 de abril de 2011

El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. *"...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).*

El art. 73.I de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) (Principio de Tipicidad) señala que: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y II Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones

reglamentarias".

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1863/2010-R
Sucre, 25 de octubre de 2010

III.4.2. Sobre la garantía al debido proceso

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad.

A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente vulnerada, aspecto último que en el caso en examen, es incorrecto en el auto ampliatorio del sumario objeto de amparo.

De acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionador. correspondía en el presente caso al Tribunal Jerárquico, valorar las pruebas, los hechos acontecidos, las circunstancias que rodean a los hechos, las causas de justificación aplicables a cada caso: evaluar los descargos presentados por las partes, considerando las atenuantes que se esgrimen en las argumentaciones expuestas, así como las agravantes que pudieran surgir: y, finalmente lo más importante, tenía el deber ineludible de contrastar todo ello con las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación, para encontrar, si existía, la causalidad entre los hechos o faltas cometidas y la norma que describe su sanción. La función del Tribunal Jerárquico, como de cualquier administrador de justicia, debe ser llevada a cabo respetando los principios y valores en que se sustenta la administración de justicia en general.

La tipificación en materia sancionatoria, no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La correcta tipificación, garantiza la efectiva aplicación de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. *El respeto*

por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0787/2010-R
Sucre, 2 de agosto de 2010

III.4.Sobre el proceso disciplinario en autos

El proceso disciplinario, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. *"...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme, al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas, se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II,Civitas,* (sic) *Madrid, 1999, página 159).*

La tipicidad en los procesos disciplinarios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad.

A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente violada, aspecto último que en el caso en examen, es incorrecto en el auto inicial del sumario objeto del recurso de amparo.

De acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionador, correspondía en el presente caso al Sumariante, valorar las pruebas, los hechos acontecidos, las circunstancias que rodean a los hechos, las causas de justificación aplicables a cada caso; evaluar los descargos presentados por las partes, considerando las atenuantes que se esgrimen en las argumentaciones expuestas, así como las agravantes que pudieran surgir de la evaluación; y, finalmente lo más importante, tiene el deber ineludible de contrastar todo ello con las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación dentro el presente sumario administrativo ***para encontrar la causalidad entre los hechos o faltas cometidas y la norma que describe su sanción. La función de sumariante como de cualquier administrador de justicia, debe ser llevada a cabo respetando los principios y valores en que se sustenta la administración de justicia en general.***

La tipificación en materia sancionatoria, no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La correcta tipificación, garantiza la efectivización de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo.

TERCER AGRAVIO: VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL.- *La Resolución Sancionatoria, al establecer que:* ***"Los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras",*** *tipifica o contiene una INFRACCIÓN que no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en ninguna otra LEY, aspecto de absoluta relevancia, puesto que, se está estableciendo LÍMITES AL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES, de la entidad financiera, los Consejeros y sobre todo de sus socios.*

La limitación que se pretende imponer, necesariamente debería estar establecida en una LEY FORMAL Y MATERIALMENTE, sin embargo, nos encontramos ***que un REGLAMENTO es el que la impone, en franca violación al principio de reserva legal, y, derechos fundamentales y constitucionales.***

Le solicito se aplique la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad, que a continuación se transcribe:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1666/2013
Sucre, 4 de octubre de 2013

Posteriormente, dicho entendimiento fue modulado por la SCP 0249/2013 de 8 de marzo, en la que se estableció que: "La Constitución Política del Estado en Bolivia ha asignado a la libertad una dimensión no sólo de derecho fundamental, sino también de valor, expresando su inviolabilidad, asumiendo además la obligación de respetarla y protegerla como deber primordial del Estado, en ese marco el art. 23.3 de la CPE, señala que "nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley. La ejecución del mandamiento requerirá que éste emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito" (énfasis agregado). De esta norma se tiene que para una legítima limitación del derecho a la libertad, se tienen tres condiciones: i) Que su regulación tenga como fuente normativa la actividad del Legislador (principio de reserva legal): ii) Que se produzca de acuerdo a las formas establecidas: y. iii) Que emane de autoridad competente.

Esto quiere decir que para su legítima restricción deben concurrir simultáneamente los tres elementos, en el caso que nos ocupa el Legislador al asignar potestad disciplinaria al juzgador y reconocerle la posibilidad de emitir el mandamiento de arresto lo faculta expresamente, sin embargo, esta facultad debe limitarse por analogía del art. 225 del

CPP, a un plazo máximo de 8 horas, pues lo contrario sería permitir que la autoridad ejerza una potestad disciplinaria sin limitación alguna, pues la facultad genérica de emitir mandamientos de arresto no puede ser entendida de manera irrestricta, y debe entenderse de acuerdo al art. 23.3 de la CPE, el desarrollo mencionado significa una modulación de la SC 0360/2006-R" (las negrillas son nuestras).

La interpretación contenida en la SC 0360/2006-R, realizada sobre el art. 339 en concordancia con el art. 129.5 del CPP, si bien determina que el juez o tribunal puede adoptar las medidas "necesarias" para asegurar el buen desarrollo del juicio; sin embargo, en cuanto a la facultad que aparentemente tendría el juez para ordenar el arresto en virtud a su poder ordenador y disciplinario, la misma no se encuentra expresamente establecida en la ley, y tampoco resulta proporcional respecto a los fines perseguidos por dicha medida, aún esa medida se encuentre limitada a las ocho horas, como lo entendió la SCP 0249/2013, también precedentemente glosada.

Así, en el caso del derecho a la libertad física, las condiciones de validez formal y materiales están previstas en el art. 23.III de la Ley Fundamental, que establece el ***principio de reserva legal****, al señalar textualmente que "Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la Ley".*

Del texto constitucional glosado se infiere que los supuestos para la restricción del ejercicio del derecho a la libertad física o personal deben estar previamente definidos en la ley (condición material), en la que además se deberán establecer las condiciones y requisitos mínimos que deben cumplirse para aplicar la misma (condición formal); ello con la finalidad de evitar que la restricción se convierta en la regla y no en la excepción, y así evitar los excesos y abusos de poder en la aplicación de esta medida.

Con relación al caso que se analiza, respecto a la facultad de los jueces para ordenar la privación de libertad de una persona por la vía del arresto, se tiene que la misma no cumple con el principio de reserva de ley: toda vez que, la aplicación de dicha medida no está expresamente prevista en el texto normativo procesal penal: ya que, si bien el art. 129.5 del CPP. establece que los jueces podrán emitir mandamientos de arresto: en ninguna parte de la nombrada disposición se determina de mencionada medida por las autoridades judiciales: no pudiendo entenderse que ésta deberá ser ordenada a partir de la facultad "ordenadora y disciplinaria" prevista en el art. 339 del mismo texto normativo; pues, en la última norma citada sólo se hace referencia a que se podrán adoptar las "providencias" que sean necesarias para mantener el orden y adecuado desarrollo de la audiencia, y en su caso, requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las decisiones y suspender el debate cuando no sea posible restablecer el orden alterado; sin señalarse de manera alguna que se podrá ordenar el arresto de una persona para lograr el orden en el desarrollo de la audiencia.

Efectivamente, en el marco de los postulados del Estado Constitucional que asume el Estado Plurinacional y Comunitario boliviano, está prohibida la arbitrariedad y, por ende, todas las decisiones deben estar fundadas en la ley pero, fundamentalmente en la Constitución Política del Estado: de ahí, que las decisiones que se asuman deban ser

razonables, y por lo mismo, las autoridades, y más aún los servidores judiciales, deben efectuar un uso razonable del poder que tienen. bajo los fundamentos de nuestro sistema constitucional, donde los derechos fundamentales tienen una posición privilegiada, conforme se desprende de los fines y funciones del Estado, entre ellos garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Norma Suprema (art. 9.5); los criterios constitucionalizados de interpretación de los derechos fundamentales, como el principio pro persona y el principio de interpretación, conforme a los pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (arts. 13.IV y 256 de la CPE) y los que sustentan la función judicial, entre ellos, el de respeto a los derechos (art. 178 de la CPE).

Ahora bien, en cuanto a la facultad que otorga el art. 129.5 del CPP, a favor del juez para emitir mandamientos de arresto, se debe entender que la misma debe ser ejercida en aquellos casos en los que expresamente la legislación procesal prevé la privación de libertad de las personas por vía del arresto, en función a la naturaleza misma y la finalidad que cumple la citada medida.

Por tanto, las autoridades judiciales no podrán emitir los mandamientos de arresto previstos por el art. 129.5 del CPP, de manera contraria a la interpretación desarrollada; entendiéndose que, en todo caso, la facultad prevista en dicha norma deberá ser aplicada sólo en aquellos casos expresamente previstos por la legislación procesal.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1369/2013
Sucre, 16 de agosto de 2013

III.4. Sobre el art. 14.IV y V de la CPE

La Constitución Política del Estado, en el Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte (Bases fundamentales del Estado - Derechos, Deberes y Garantías) tiene siete Capítulos, mismos que están referidos a Disposiciones Generales; Derechos Fundamentales; Derechos Civiles y Políticos; Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos; Derechos Sociales y Económicos; Educación Interculturalidad y Culturales y Comunicación Social.

En el Capítulo Primero, sobre las disposiciones generales de los derechos y garantías constitucionales, el parágrafo IV del art. 14 de la Norma Suprema, establece: "En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer los que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban".

La Constitución Política del Estado vigente establece por primera vez los fines del Estado, poniendo de relieve, entre otros, el constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales; por ello, corresponde al Estado garantizar no sólo el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe, sino entre otras funciones más, garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y

consagrados en esta Ley Fundamental.

De hecho, el enunciado del parágrafo I del art. 14 de la CPE, instituye un principio que ha sido y es de singular importancia en el derecho positivo, toda vez que el mismo si bien está relacionado con los derechos y garantías constitucionales, también está relacionado y de manera superlativa con la separación de funciones de los órganos del Estado, por cuanto en el Estado de Derecho, se destaca el límite al ejercicio del Poder estatal, mismo que se expresa, por ejemplo, en materia penal, en el hecho que no puede condenarse a alguien sino no está prevista previamente la pena por ley, misma que, además, debe originarse en el Órgano Legislativo que es al que le corresponde emitir las normas que describen los hechos punibles. El caso es que, como anota Guillermo Fierro, al referirse a lo expresado por Ricardo C. Núñez, "la libertad no existe en un pueblo en donde el poder que ejecuta la ley tiene el derecho de transformar en ley todas sus voluntades y también esa libertad se encuentra amenazada si el poder que hace la ley está encargado de aplicarla" (Guillermo J. Fierro, 1999, p.21); en otras palabras, la forma de garantizar el ejercicio de los derechos tiene también fundamento en la seguridad jurídica, por la cual ninguna persona esté sometida al arbitrio de las autoridades que detentan el poder y que cada acto u acción de las personas individuales o colectivas no puedan ser reprimidas sino existe una norma previa que la establezca o, por el contrario, esté cohibido de hacer algo cuando no existe norma expresa que la prohíba; ciertamente, dicha norma, por antonomasia, son también las normas constitucionales que establecen principios ético morales de la sociedad plural y valores en los que se sustenta el Estado.

III.5.Sobre el art. 115. i y II de la CPE

La Parte Primera de Constitución Política del Estado, recordemos, trata sobre las bases fundamentales del Estado y los derechos, garantías y deberes de las personas, desarrollando, con relación a este aspecto, particularmente sobre los derechos, desde el art. 13 hasta el art. 108 de la Noma Suprema. En el Título IV de esta Primera Parte son expuestas las normas referidas a las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa en cuyo ***Capítulo Primero sobre las garantías constitucionales específicamente, establece que todos los derechos reconocidos en la Ley Fundamental son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección; además que los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.***

Ciertamente la regulación de los derechos no implica, de ninguna manera, limitar o restringir tales derechos o garantías, sino que, respetando la esencia de cada derecho o garantía, sometidos al principio de reserva legal y otros que informan el sistema constitucional plurinacional del Estado, el legislador creará normas que hagan eficaces tales derechos y garantías.

Ahora bien, sin soslayar la existencia de procesos y procedimientos de carácter administrativo, a los que igualmente, en general, son aplicables los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez, lo es también el principio de impugnación

en los procesos judiciales, garantizados por el art. 180 de la CPE, inserto en el capítulo correspondiente a la jurisdicción ordinaria desarrollado en la Parte Segunda relativa al estructura y organización funcional del Estado.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional refiriéndose al proceso sancionatorio ya sea en el ámbito judicial o administrativo, debe necesariamente contar con todos los elementos del debido proceso "...elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal' (García de Enterría. E. y Fernández. T. R. Curso de derecho administrativo, ti. Civitas. Madrid. 1999, página 159).

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del 'nullun crimen, nulla poena sine lege', evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad." ISC 1786/2011-R de 7 de noviembre).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0969/2013
Sucre, 27 de junio de 2013

III.2. De la aplicación de los principios constitucionales que rigen el Estado boliviano contenidos en la elaboración de una norma

Se debe señalar al respecto que los principios y valores expresados en la Constitución Política del Estado, son componentes elementales de la justicia y del propio Estado, siendo éstos parte integrante de su funcionamiento de conformidad con lo expresado en el art. 9.4 de la CPE, que señala que son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: "Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución" (las negrillas son nuestras).

Asimismo, se debe establecer que no sólo el Estado y por consiguiente sus Órganos públicos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, deben cumplir dichos principios, sino que también el cumplimiento de los principios se vuelve un imperativo no solamente para el Estado y sus instituciones, sino para todas y todos los ciudadanos bolivianos como un deber, estableciendo por su parte el art. 108.3 de la CPE, que son deberes de las bolivianas y bolivianos: "Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución" (las negrillas son agregadas).

Por su parte, y en especial, referente al Órgano Judicial y el TCP, el art 178.1, claramente

establece: "La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos (las negrillas son adicionadas).

Respecto a los principios y el contenido de los mismos deben ser considerados y respetados en la elaboración de una norma y al ser principios contenidos en el texto constitucional, son mandatos jurídicos dirigidos a todos los Órganos Públicos y a los propios ciudadanos, de esta forma, podemos citar la jurisprudencia contenida en la SC 0773/2005-R de 7 de julio, que señaló: "Los principios fundamentales ocupan un lugar preponderante en nuestro ordenamiento constitucional, dado que conforme al art. 229 de la CPE., están en la cúspide del mismo.

Estos principios hacen referencia a las normas que fundamentan todo el sistema constitucional y tienen por objeto determinar los rasgos esenciales del sistema político, la titularidad del poder, la modalidad de su ejercicio, así como su finalidad. Estos principios constituyen verdaderos mandatos jurídicos, dirigidos, en primer término, al legislador -y también al órgano ejecutivo, cuando asume su facultad reglamentaria-, para que sean tomados en cuenta en el proceso de creación de la normas, pues al ser éstos la base en la que se inspira el modelo de sociedad que la Constitución propugna, debe existir armonía entre la ley a crearse y los principios constitucionales.

En segundo término, los principios, como mandatos jurídicos, también se dirigen a las autoridades judiciales o administrativas que van a aplicar las normas jurídicas, en el entendido que al ser jerárquicamente superiores, presiden la interpretación de todo el ordenamiento, e inclusive de la Constitución misma.

Las funciones anotadas, coinciden con el carácter informador del ordenamiento jurídico, que tienen los principios; carácter que, de acuerdo a la doctrina, implica que estos principios son directrices para la elaboración de las leyes y para la labor interpretativa, además de ser un parámetro para determinar la inconstitucionalidad de las normas..." (negrillas agregadas).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0970/2013
Sucre, 27 de junio de 2013

III.5. El principio de reserva de ley.

Este principio fue definido por la jurisprudencia constitucional como: "...la institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una ley: es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, debe ser materia de otra ley'. En el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, este principio es aplicado para impedir cualquier exceso en la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que pueden imponerse límites al ejercicio de los

derechos fundamentales para preservar la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, no es menos cierto que, en aplicación del principio de reserva legal, esas limitaciones solo pueden ser impuestas mediante ley en sentido formal.

En consecuencia, conforme al razonamiento precedentemente expuesto el principio de reserva legal, en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, resultaría lesionado cuando una norma inferior a una ley imponga limitaciones al ejercicio de algún derecho fundamental consagrado por la Constitución o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; a contrario sensu, no resulta lesionado el principio cuando la limitación de un derecho fundamental es impuesta por una ley en sentido formal, y dicha Ley es reglamentada en su parte operativa por otra disposición inferior", en ese sentido, la DC 0006/2000 de 21 de diciembre citada por la SC 0069/2006 de 8 de agosto, y la SCP 0680/2012 entre otras.

Conforme lo establece el art. 109.11 de la CPE, los derechos y las garantías solamente serán regulados por ley, constituyendo así la reserva de ley un límite a la potestad administrativa sancionatoria plasmándose en una garantía real para el ciudadano, por cuanto en tal sentido la SCP 0680/2012 de 2 de agosto, refiere que el Órgano Legislativo mediante la Asamblea Legislativa Plurinacional, es: "...el competente para emitir leyes que desarrollen los preceptos o derechos fundamentales -en su sentido material sin alterar su núcleo esencial- contenidos en la Ley Fundamental y a su vez imponer sus límites: constituyéndose esta atribución en una restricción frente a otros Órganos que pretendan regular derechos cuando esto sólo puede realizarse a través de una ley".

En ese sentido, la reserva de ley viene a ser la imposibilidad de regular establecidas materias, puesto que en las mismas tal regulación solamente podrá darse mediante ley -atribución exclusiva del Órgano Legislativo-, resultando entonces posible que mediante la emisión de leyes una suerte de limitación constitucional aplicable de derechos fundamentales cuando la propia naturaleza de estos la permitan.

III.6. El principio de legalidad

Conforme lo establece el art. 180.1 de la CPE, el principio de legalidad es uno de los principios procesales en los cuales se fundamenta la jurisdicción ordinaria, debe entenderse por principio de legalidad, el sometimiento a la ley y a la normativa vigente en un Estado, tanto por los gobernantes como por los gobernados, situación que conlleva a que una decisión sólo podrá ser adoptada dentro de los límites previamente establecidos por una ley material anterior.

Sobre este principio, la jurisprudencia constitucional expresó que: "...el principio de legalidad, que es una manifestación del principio general de imperio de la ley, según el cual todos (gobernantes y gobernados), se encuentran sujetos a la ley y únicamente en virtud de ella adquieren legitimidad sus actuaciones. Conforme a esto, en el marco de nuestra Constitución, como en las otras de esta órbita de cultura, el principio de legalidad se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación, al que debe sujeción todo funcionario, cualquiera sea su jerarquía"; en ese sentido, la SC

0129/2004 de 10 de noviembre, citada a su vez entre otras por la SC 0085/2006 de 20 de octubre.

Así también, la SCP 0770/2012 de 13 de agosto, que en cuanto al respeto y la vigencia de este principio desarrolló: "...el mismo en sus dos vertientes, en este sentido, a través de la SC 0062/2002 de 31 de julio, precisó: '...el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna: consiguientemente, se constituye en un presupuesto básico insoslayable de la administración (realización) de la justicia, de que, siendo la ley expresión de la voluntad de sus destinatarios en materia sancionatoria, se legitimiza sólo cuando la misma ha sido aprobada con las exigencias formales establecidas por el ordenamiento superior: su Constitución. (...) el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley...'".

III.9. principio de seguridad jurídica

El art. 178 de la CPE, considera a la seguridad jurídica como uno de los principios que sustentan la potestad de impartir justicia, sobre el cual la jurisprudencia constitucional de manera uniforme estableció que: "...se entiende y se basa en la 'certeza del derecho: en su aplicación, adquiere una connotación de convicción de inalterabilidad en situaciones similares. En resumen, la seguridad jurídica, lleva al individuo a la convicción que su situación jurídica, con relación a su persona o sus bienes, no será modificada sino en las circunstancias previamente establecidas en la ley y mediante procedimientos igualmente legales y regulares. De ahí que exista una confundida invocación a la seguridad jurídica, como un derecho. La jurisprudencia constitucional de este Tribunal, en su SC 0070/2010-R de 3 de mayo, con relación a lo expuesto, sostiene que: '...en el marco de la Constitución Política del Estado, constituye un principio rector del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, conforme lo señala la doctrina: 'La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para el particular, tal actuación debe estar sujeta a reglas fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del principio de estado de derecho...

En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...'"; así, la SCP 1566/2012 de 24 de septiembre.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0552/2013
Sucre, 15 de mayo de 2013

III.2. Respecto a la supremacía constitucional y jerarquía normativa

El principio de la supremacía constitucional denota que tanto el orden jurídico como político de un Estado se encuentra establecido sobre la base de la Constitución afirmando así el carácter normativo de la misma, lo cual tiene por consecuencia el aceptar que las normas inferiores no pueden contradecirla. Por lo que el efectivizar dicha supremacía se constituye en el objeto de la jurisdicción constitucional.

El principio de jerarquía normativa según Francisco Fernández Segado "implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución".

La jurisprudencia constitucional señaló respecto a la supremacía constitucional que: "...está determinada por el lugar de preeminencia que ocupa frente a todas las demás normas jurídicas, en tal sentido, de acuerdo a lo establecido en el art. 410.11 de la CPE, la Norma Suprema está situada en el primer lugar dentro de la gradación de la estructura normativa. lo cual conlleva al reconocimiento de su jerarquía, frente a cualquier otra disposición legal, por tanto el texto constitucional, representa el punto más alto de la estructura jurídica del Estado, constituyéndose en el sustento o fundamento de las demás disposiciones legales, de donde nacen los niveles jerárquicos en función al órgano que emite la norma, su importancia y el sentido funcional de la misma.

El tratadista Maurice Duverger, manifestó que la supremacía de la Constitución escrita es, el instrumento jurídico de la limitación de los gobernantes. Ella significa, en efecto, que todos deben obedecer a sus disposiciones sin poder modificarlas.

El principio de supremacía constitucional '...determina qué norma se encuentra en la cúspide de ese entramado normativo de modo que aquéllas de jerarquía inferior sean conformes en contenido y forma con las normas de jerarquía superior' (Así lo estableció la SC 0015/2006 de 4 de abril). En igual sentido, aunque desde otra perspectiva la SC 0066/2005 de 22 de septiembre, establece que el principio de la supremacía constitucional: '...garantiza y posibilita la realización material de los principios acuñados por la Constitución; nace de la cualidad específica de la Constitución, como base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo' y del cual, - según refiere la citada Sentencia- nacen a su vez 'los principios de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución...'.

Así, por el principio de supremacía constitucional y de jerarquía normativa establecida en el art. 410 de la CPE, determina que ninguna ley o disposición legal puede contradecir la misma." (SCP 0680/2012 de 2 de agosto).

III.3. De la reserva de ley

Por mandato del art. 109.11 de la CPE. los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley, de tal manera, que corresponderá únicamente al Órgano Legislativo mediante la Asamblea Legislativa Plurinacional el emitir leyes que desarrollen

los preceptos o derechos fundamentales -en su sentido material sin alterar su núcleo esencial- contenidos en la Norma Suprema y a su vez imponer sus límites: constituyéndose esta atribución en una restricción frente a otros Órganos que pretendan regular derechos cuando esto sólo puede realizarse a través de una ley.

Por cuanto, la reserva de ley viene a establecer la imposibilidad de regular determinadas materias, ya que en las mismas tal regulación, solamente podrá darse mediante ley -atribución exclusiva del Órgano legislativo-, resultando entonces posible que mediante la emisión de leyes exista una suerte de limitación constitucional aplicable a derechos fundamentales cuando la propia naturaleza de estos la permitan.

El Tribunal Constitucional Plurinacional mediante su jurisprudencia definió el principio de reserva legal como: " '...la institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una ley: es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo: a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, debe ser materia de otra ley'. En el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, este principio es aplicado para impedir cualquier exceso en la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que pueden imponerse límites al ejercicio de los derechos fundamentales para preservar la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, no es menos cierto que, en aplicación del principio de reserva legal, esas limitaciones solo pueden ser impuestas mediante ley en sentido formal.

En consecuencia, conforme al razonamiento precedentemente expuesto el principio de reserva legal, en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, resultaría lesionado cuando una norma inferior a una ley imponga limitaciones al ejercicio de algún derecho fundamental consagrado por la Constitución o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; a contrario sensu, no resulta lesionado el principio cuando la limitación de un derecho fundamental es impuesta por una ley en sentido formal, y dicha Ley es reglamentada en su parte operativa por otra disposición inferior" (el resaltado nos corresponde), en ese sentido la SCP 0680/2012 de 2 de agosto, que cita a la SC 0069/2006 de 8 de agosto y la DC 06/2000 de 21 de diciembre.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 126/2013L (sic)
Sucre, 20 de marzo de 2013

III.2. Sobre los principios de legalidad o primacía de la ley y de reserva de la ley.

En primer lugar veamos, a lo que se refieren los principio s (sic) ***que reclama el accionante; en primer lugar la SCP 1353/2012 de 19 de septiembre, sobre el principio de legalidad señaló: "Los bolivianos y las bolivianas estamos sometidos a la Constitución Política del Estado y sus leyes, tal como señala la SCP 0270/2012 de 4 de junio refiriéndose a la SC 0982/2010-R de 17 de agosto, que manifestó: 'El principio de legalidad en su clásica concepción implica el sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley; significa, entonces, el reconocimiento al legislador como único***

titular de la facultad normativa, a la cual debe estar sometida la administración. Sin embargo, actualmente dicha definición resulta insuficiente en el marco del estado constitucional de derecho y el sistema constitucional boliviano vigente; por ello debe entenderse que dicho principio supone, fundamentalmente, el sometimiento de los gobernantes y gobernados a la Constitución Política del Estado, la vigencia de derecho y el respeto a la norma.

Consecuentemente en un estado Constitucional se sustituye el gobierno de los hombres por el de la Constitución Política del Estado, por lo que gobernantes y gobernados nos encontramos sometidos a la Constitución Política del Estado y a las leyes'".

Por otro lado, en esencia el principio de reserva legal, encuentra previsto -entre otros- en el art. 109.11 de la Constitución Política del Estado, en el que se señala: "Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley". Este principio constitucional implica que la Constitución entrega al ámbito de potestades del legislador, la regulación y reglamentación del conjunto de derechos, garantías y materias contempladas en el texto constitucional.

De ahí que por mandato constitucional sólo el legislador tiene atribuciones para regular, sistematizar y reglamentar los derechos y garantías comprendidos en el texto constitucional, en consideración a la limitación natural que estos deben tener a partir de los derechos y garantías de otras personas, además de otros factores para limitar los alcances generales de la CPE, todo en función al interés social.

CUARTO AGRAVIO: VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURIDICA. DE BUENA FE, DE LEGALIDAD Y PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- *La Resolución Sancionatoria, al establecer que:* ***"Los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos períodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras",*** *atenta contra el principio de Seguridad Jurídica puesto que no se está teniendo reglas claras, precisas y determinadas, cuyo contenido traiga consigo la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental.*

Por otra parte, también se desconocen los principios de buena fe, de legalidad y presunción de legitimidad de los actos administrativos, que reconoce el art. 4 incs. c), e) y g) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, en concordancia, con el art. 62 del D.S. 27175, que textualmente señalan:

Artículo 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa) La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;

e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo;

g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.

Artículo 62° (Legalidad)

I. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada, en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables.

Estos principios administrativos, resultan ignorados y vulnerados, afirmación que sustento, en lo siguiente:

PRIMERO.- *Si consideramos que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., mediante oficio G.G. N° 133/05 de fecha 22 de noviembre de 2005, solicito la aprobación de las modificaciones realizadas a sus Estatutos, presentando para este efecto la Protocolización del Acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de fecha 8 de noviembre de 2005 a través de la cual se aprueban por Asamblea todas las modificaciones introducidas.*

Si consideramos que dichas modificaciones fueron presentadas y puestas a consideración de la Magna Asamblea de Socios en virtud al Art. 161 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) y conforme a lo dispuesto por el Art. 3 inciso f) del DS 22203 de fecha 26 de mayo de 1989, que indicaba que es atribución de la Superintendencia de Bancos y entidades Financieras aprobar los Estatutos de las entidades de intermediación financiera, siendo además que la SBEF emitió informe Legal SB/ISR II /D-58135/2005 de fecha 22 de diciembre de 2005 mas propiamente por la Intendencia de supervisión de Riesgos II, donde indicaban que ***"no existían observaciones legales a las modificaciones planteadas a los Estatutos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda."***

Por lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005. *donde dichas modificación incluían en sus Art. 35 y 46 la CONFORMACION, PERIODOS DE MANDATOS y FORMAS DE REELECCIÓN de los Consejeros de Administración y Vigilancia, así como el Art. 92 que textualmente indica que "los miembros de los Consejos que inicien funciones con el presente Estatuto se regirán por las normas contenidas en el". Artículos que se transcriben a continuación resaltando la parte que faculta a la Asamblea General Ordinaria de Socios a determinar*

la reelección de consejeros por periodos mayores, en función a los resultados financieros, la votación obtenida, todo previa revisión de la Comisión Electoral.

ARTICULO 35.-

El Consejo de Administración estará integrado por cinco (5) miembros titulares y dos (2) suplentes, elegidos por la Asamblea General, entre los socios hábiles con arreglo a la Ley General de Sociedades Cooperativas, el Decreto Supremo Nro. 24439 y el presente Estatuto.

La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a dos (2) por dos años y a dos (2) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, ***salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función*** *o* ***los resultados financieros, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el reglamento electoral. Los suplentes serán elegidos por una gestión****.*

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación. El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, dos Vocales Titulares y dos Vocales Suplentes.

ARTICULO 46.-

El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de acuerdo a las normas legales estatutarias.

La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a uno (1) por dos años y a uno (1) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, ***salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función a los resultados financieros, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el reglamento electoral.***

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación.

ARTICULO 92.-

Los Miembros del Consejo elegidos en base a lo dispuesto en el Estatuto anterior, ejercerán sus funciones hasta la expiración del término de su mandato. Los Consejeros que inicien su Gestión dentro de la vigencia del presente Estatuto, se regirán por las normas contenidas en el.

Por lo anteriormente expuesto se considera que al sancionarse a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., por un supuesto incumplimiento a los Art. artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se están VIOLANDO LOS PRINCIPIOS ENUNCIADOS, toda vez que el Estatuto de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., se aprobó en sujeción a la Ley General de Sociedades Cooperativas y a las disposiciones legales sobre la materia y en cumplimiento de lo dispuesto en las Leyes 1488 (Texto Ordenado), 1670 de 31 de octubre de 1995, Ley 2297 de 20 de diciembre de *2001 y el Art. 3º del Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, aprobado mediante Decreto Supremo N° 22203 de 26 mayo de 1989. Así mismo mediante Asamblea General Extraordinaria de Socios se modificó su Estatuto el 20 de Enero de 2005.*

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda. se ha regido por el presente Estatuto y las disposiciones que establece el Banco Central de Bolivia, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, las disposiciones contenidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras y disposiciones reglamentarias, actualmente se está esperando el criterio de la ASFI en la nueva modificación al Estatuto, a efectos de adecuarlo a la Ley de Servicios Financieros y la Ley General de Cooperativas.

Dados los argumentos expuestos se pide a su autoridad considerar la siguiente Jurisprudencia Constitucional, vinculante y de cumplimiento obligatorio:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1815/2010-R de 25 de octubre de 2010

"Un Estado Democrático de Derecho se organiza y rige por los principios fundamentales, entre ellos, el de seguridad jurídica, buena fe y presunción de legitimidad. La seguridad según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, implica: "exención de peligro o daño, solidez, certeza plena, firme convicción" y conforme al entendimiento de la SC 0070/2010-R de 3 de mayo: "...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraría estatal; por lo tanto la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal: *este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional,*

que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad". Ahora bien, de acuerdo al entendimiento de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica constituye uno de los principios que sustenta la potestad de impartir justicia conforme al mandato contenido en el art. 178 de la misma norma; en consonancia con ello, se entiende que la interpretación constitucional debe orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1786/2011-R
Sucre, 7 de noviembre de 2011

"III.2.La seguridad jurídica y el principio de legalidad en el nuevo orden constitucional

La SC 0096/2010-R de 4 de mayo, ha señalado: "Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como 'derecho fundamental', cabe señalar que, sí bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: 'A la vida, la salud y la seguridad', a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del 'derecho a la seguridad jurídica' como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.111 de la CPE). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: " 'a (sic) *seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo'. En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que 'la seguridad jurídica' al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, ha momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.*

De tal manera que cuando se viola un derecho fundamental en esa instancia procesal sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia; más sin embargo ello no

implica que sea tutelable, precisamente y como se tiene explicado, por no ser un derecho autónomo, como sostuvo la pasada jurisprudencia de este Tribunal. Por ello, cuando se exigía la tutela en su generalidad se lo hacía unido a otros derechos como lógica consecuencia, no así de manera independiente.

Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: ***'la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal: por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la CPE, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal: este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad'.***

Por lo expuesto precedentemente se concluye que, el principio de seguridad jurídica, si bien no puede ser invocado directamente como lesionado, sino se halla estrechamente vinculado a derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad, no se puede de dejar de lado el hecho que a través de la protección esos derechos y garantías, se materializa el cumplimiento de este principio.

En cuanto al principio de legalidad, de conformidad a lo previsto por el art. 180 de la CPE, éste Tribunal a través de su SC 0275/2010 de 7 de junio, ha señalado que: "(...) es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria; al respecto este Tribunal a través de la SC 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la SC 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: 'el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho' (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley".

SEGUNDO.- *Con respecto a los* ***PRINCIPIOS DE BUENA FE,*** *DE LEGALIDAD Y PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, supone que los Poderes Públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo -jurídicamente exigible- que el ciudadano pueda confiar en la Administración -y ésta en el ciudadano, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetivamente***.**

Esos signos o hechos externos deben ser suficientemente concluyentes como para que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos, ***actos como el que nos atañe, cual es la aprobación de un Estatuto mediante Resolución expresa, y posterior a ello SANCIONAR un accionar contenido en el mismo.***

Por lo expuesto solicito a su autoridad considerar la siguiente Sentencia Constitucional, vinculante y de cumplimiento obligatorio:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0249/2012
Sucre, 29 de mayo 2012

III.2. Procedimiento de los recursos administrativos

Para determinar si en este caso son aplicables los principios de subsidiariedad e inmediatez, a efectos de establecer si el accionante cumplió o no con el canon exigido por la Constitución Política del Estado, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y la línea jurisprudencial, es necesario establecer el marco jurídico aplicable a los procesos sancionatorios aduaneros en cuanto a los medios de impugnación idóneos, en el ámbito de las reglas del debido proceso que rigen a la actividad administrativa.

La administración pública se desenvuelve a través de la realización de numerosos actos administrativos: cualquier manifestación de la actividad de la administración es considerada como acto administrativo, por lo tanto, el conocimiento de éste, es la base para el ejercicio de las garantías administrativas y constitucionales. *A dicho efecto, se debe tener claramente establecida la naturaleza jurídica de los actos administrativos, sus elementos esenciales y sus características, para que, a partir de ello, se pueda determinar su impugnabilidad a través de los medios recursivos.*

III.3.1. El acto administrativo, sus características y efectos jurídicos

Según el tratadista argentino Agustín Gordíllo, acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales. Para Antoño Abruna, constituye una declaración que proviene de una administración pública, produce efectos jurídicos y se dicta en ejercicio de una potestad administrativa.

En coherencia con la doctrina, el art. 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), señala que: ***"Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".***

La jurisprudencia constitucional por su parte, entre otras, en la SC 0107/2003 de 10 de noviembre, señaló que: "Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión. Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son: 1) La estabilidad, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativas; 2) La impugnabilidad, pues el administrado puede reclamar y demandar se modifique o deje sin efecto un acto que

considera lesivo a sus derechos e intereses; 3) La legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; 4) La ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato; 5) La ejecutoriedad, es la facultad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin intervención del órgano judicial; 6) La ejecución, que es el acto material por el que la Administración ejecuta sus propias decisiones. De otro lado, la reforma o modificación de un acto administrativo consiste en la eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad".

*En resumen, el **acto administrativo es una manifestación o declaración de voluntad, emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es de naturaleza reglada o discrecional y tiene la finalidad de producir un efecto de derecho, ya sea crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva frente a los administrados. Goza de obligatoriedad, exigibilidad, presunción de legitimidad y ejecutabilidad: es impugnable en sede administrativa y sujeta a control jurisdiccional posterior cuando se trata de actos administrativos definitivos, lo que no implica que aquellos actos administrativos no definitivos no puedan ser cuestionados**; sin embargo, en este último caso, se lo hará en ejercicio del derecho de petición consagrado en el art. 24 de la CPE, y solamente de manera preventiva.*

III.3.2.Principios que rigen la actividad administrativa

Resulta conveniente revisar algunos de los principios básicos que rigen la actividad administrativa. Así en la SC 1464/2004-R de 13 de septiembre, realizó un desarrollo de los mismos en los siguientes términos:

***"III.1.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO**, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso'; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que 'El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables'.*

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las

disposiciones de la presente Ley.

III.1.2. PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc h) de la LPA, cuando establece que: 'La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes'.

PRINCIPIO DE LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD.- *La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La LPA, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento'.

III.1.4. PRINCIPIO DE BUENA FE. *Junto al principio de legalidad, singular importancia tiene el principio de buena fe, reconocido en el art. 4 inc. e) de la LPA, que establece que* ***'en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo'. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0095/2001 de 21 de diciembre, señalando que '...es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas'***.

1.5. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD. Según este principio, las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en

contrario [art. 4 inc. g) de la LPA]). *La presunción de legitimidad del acto administrativo, como la ha establecido la Sentencia antes aludida, '...se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir. La doctrina enseña que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso, que comprende el derecho del particular de ser oído y en consecuencia exponer la razón de sus pretensiones y su defensa. (...)*

Lo señalado precedentemente, es aplicable también para los casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconoce o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos sólo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado".

POR LO EXPUESTO SOLICITO QUE ESTE TEMA SEA ANALIZADO Y RECONSIDERADO EN EL MARCO DEL RESPETO QUE NUESTRO GOBIERNO PLURINACIONAL, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, LAS LEYES, Y, NORMATIVIDAD APLICABLE, POR TODO LO ANTERIORMENTE ARGUMENTADO, INTERPONGO RECURSO DE REVOCATORIA EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ASFI/N° 803/2013 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2013, EN DEFINITIVA LE SOLICITO:

1.- DECLARAR PRESCRITA LA INFRACCIÓN, ASÍ COMO LA SANCIÓN IMPUESTA.

2.- OPTATIVAMENTE, REVOCAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, DEJANDO SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

3.- EN EL CASO NO CONSENTIDO NI ACEPTADO DE QUE SE NOS DEBA SANCIONAR, AL NO ESTAR PREVISTA DE MANERA EXPRESA, LA INFRACCIÓN NI SANCIÓN ALGUNA EN UNA LEY, SE DEJE SIN EFECTO LA SANCIÓN IMPUESTA, APLICANDO LOS PRINCIPIOS PENALES SANCIONATORIOS DE "LEGALIDAD", "IN DUBIO PRO REO", "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA" "BUENA FE", "FALTA DE TIPICIDAD DE LA INFRACCIÓN Y UNA SANCIÓN", Y, "NORMA MÁS FAVORABLE"…"

4.2. Recurso de Revocatoria interpuesto por los señores MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE, MIGUEL EGÜEZ AGUILERA, MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO, JUAN SALAS MÉNDEZ y JUAN GRUICH RAMOS.-

Por memorial presentado en fecha 6 de enero de 2014, los señores **MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE, MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO, JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS** interponen Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, conforme a la transcripción que sigue a continuación:

"…Dentro del plazo legal, de conformidad a lo establecido en los arts. 8.II, 13, 14.III y IV, 21.3).4), 24, 47.I, 52, 55, 109.II, 115.II, 116, 117.I y II, 122, 145, 158.3), 178, 232, 308, 310, 331, 335 y 410 de la Constitución Política del Estado, arts. 4 incs. c), e), g), h), 11, 12, 16 incs. a), c), d), e), f), h), j), l), y m), 27, 28, 29, 30, 32, 35.I incs. a).d) y II, 56, 58, 60, 71, 72, 73, 74, 79, y ss., de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, arts. 2, 3, 5, 15, 21, 24. II, 28.1, 36, 37, 41, 46 y ss., del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 y 1506 del Código Civil, ***EN CALIDAD DE TERCEROS INTERESADOS AFECTADOS POR LA RESOLUCION SANCIONATORIA, NOS ADHERIMOS AL RECURSO DE REVOCATORIA presentado por OSCAR MANUEL CORONADO ESPINOZA, en su condición de Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., en fecha 31 de diciembre de 2013, E, INTERPONEMOS RECURSO DE REVOCATORIA, en contra de la Resolución ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013****, bajo la siguiente fundamentación de agravios:*

MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN EL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA

La Resolución ASFI/N0 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, *que impone sanciones a nuestra entidad, en el marco normativo constitucional, desconoce y es violatoria de una serie de principios, valores y derechos fundamentales y constitucionales que la norma fundamental CPE, nos reconoce, como miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia, y, socios, los cuales se irán desarrollando en cada uno de los agravios que se fundamentarán, reconocidos expresamente por nuestra Constitución Política del Estado, en las siguientes normas:*

Artículo 8.

El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Artículo 13.

I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución 110 determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa

Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno.

Artículo 14.

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.

Artículo 21.

Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos:

3. A la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos.

4. A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos.

Artículo 47.

I. Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo.

Artículo 52.

I. Se reconoce y garantiza el derecho a la libre asociación empresarial.

II. El Estado garantizara el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales, así como las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos.

Artículo 55.

El sistema cooperativo se sustenta en los principios de solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en la distribución, finalidad social, y no lucro de sus asociados. El Estado fomentará y regulará la organización de cooperativas mediante la ley.

Artículo 109.

I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.

Artículo 115.

I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Artículo 116.

I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.

II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.

Artículo 117.

I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.

Artículo 119.

I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.

II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

Artículo 122.

Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Artículo 232.

La Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Artículo 308.

I. El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país.

II. Se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, que serán reguladas por la ley.

Artículo 310.

El Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro. Se promoverá principalmente la organización de cooperativas en actividades de producción.

Artículo 311.

I. Todas las formas de organización económica establecidas en esta Constitución gozarán de igualdad jurídica ante la ley.

II. La economía plural comprende los siguientes aspectos:

5. El respeto a la iniciativa empresarial y la seguridad jurídica.

Artículo 331.

Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Artículo 410.

I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1.- Constitución Política del Estado.
2.- Los tratados internacionales
3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

<u>PRIMER AGRAVIO: DESCONOCIMIENTO Y VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA</u>.- La Resolución ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, *incurre en el*

desconocimiento y violación del principio de seguridad jurídica, si consideramos que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., mediante oficio G.G. N° 133/05 de fecha 22 de noviembre de 2005, solicito la aprobación de las modificaciones realizadas a sus Estatutos, presentando para este efecto la Protocolización del Acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de fecha 8 de noviembre de 2005 a través de la cual se aprueban por Asamblea todas las modificaciones introducidas.

Si consideramos que dichas modificaciones fueron presentadas y puestas a consideración de la Magna Asamblea de Socios en virtud al Art. 161 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) y conforme a lo dispuesto por el Art. 3 inciso f) del DS 22203 de fecha 26 de mayo de 1989, que indicaba que es atribución de la Superintendencia de Bancos y entidades Financieras aprobar los Estatutos de las entidades de intermediación financiera, siendo además que la SBEF emitió informe Legal SB/ISR II /D-58135/2005 de fecha 22 de diciembre de 2005 mas propiamente por la Intendencia de supervisión de Riesgos II, donde indicaban que ***"no existían observaciones legales a las modificaciones planteadas a los Estatutos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda."***

Por lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO (sic) ***LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005****, donde dichas modificación* (sic) *incluían en sus Art. 35 y 46 la CONFORMACION, PERIODOS DE MANDATOS y FORMAS DE REELECCIÓN de los Consejeros de Administración y Vigilancia, así como el Art. 92 que textualmente indica que "los miembros de los Consejos que inicien funciones con el presente Estatuto se regirán por las normas contenidas en el". Artículos TRANSCRITOS CON ANTERIORIDAD resaltando la parte que faculta a la Asamblea General Ordinaria de Socios a determinar la reelección de consejeros por periodos mayores, en función a los resultados financieros, la votación obtenida, todo previa revisión de la Comisión Electoral.*

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO (sic) *LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA., mediante Resolución SB199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, donde dichas modificación incluían en sus Art. 35 y 46 la CONFORMACION, PERIODOS DE MANDATOS y FORMAS DE REELECCIÓN de los Consejeros de Administración y Vigilancia, así como el Art. 92 que textualmente indica que "los miembros de los Consejos que inicien funciones con el presente Estatuto se regirán por las normas contenidas en el".*

Lo cual nos generó la seguridad jurídica en nuestra reelección, la convicción que nuestra situación jurídica, con relación a nuestras personas y bienes, no será modificada sino en las circunstancias previamente establecidas en la ley y mediante procedimientos igualmente legales y regulares.

Constituye un principio rector del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, "La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para

nosotros, tal actuación debe estar sujeta a reglas fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del principio de estado de derecho.

En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal.

Lo que sin duda buscamos es preservar la seguridad jurídica en las relaciones jurídicas entendida como, la condición esencial para la viola y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarnos perjuicios.

En este sentido, la noción de Estado de Derecho, responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política -el Estado como ente racional al servicio del individuo- que se constituye en un sistema de vida en libertad, que se configura bajo la idea de: a) separación de los poderes estatales; b) sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes; c) sujeción de la administración a la ley y control judicial; d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales.

Solicitamos la aplicación expresa de la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que se transcribe a continuación, de carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad o particular:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0970/2013
Sucre, 27 de junio de 2013

III.9. Principio de seguridad jurídica

El art. 178 de la CPE, considera a la seguridad jurídica como uno de los principios que sustentan la potestad de impartir justicia- sobre el cual la jurisprudencia constitucional de manera uniforme estableció que: "...se entiende y se basa en la 'certeza del derecho': en su aplicación, adquiere una connotación de convicción de Inalterabilidad en situaciones Similares. En resumen, la seguridad jurídica, lleva al individuo a la convicción que su situación jurídica, con relación a su persona o sus bienes, no será modificada sino en las circunstancias previamente establecidas en la ley y mediante procedimientos igualmente legales y regulares*. De ahí que exista una confundida invocación a la seguridad jurídica, como un derecho. La jurisprudencia constitucional de* ***este Tribunal, en su SC 0070/2010-R de 3 de mayo, con relación a lo expuesto, sostiene que: '...en el marco de la Constitución Política del Estado,***

constituye un principio rector del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, conforme lo señala la doctrina: 'La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para el particular, tal actuación debe estar sujeta a regías fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del principio de estado de derecho...

En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal: por lo tanto, la relación Estado-ciudadano a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental: es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...'"; así, la SCP 1566/2012 de 24 de septiembre.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0970/2013
Sucre, 27 de junio de 2013

Principio de seguridad jurídica

El art. 178 de la CPE**, considera a la seguridad jurídica como uno de los principios que sustentan la potestad de impartir justicia, sobre el cual la jurisprudencia constitucional de manera uniforme estableció que: **"...se entiende y se basa en la 'certeza del derecho'; en su aplicación, adquiere una connotación de convicción de inalterabilidad en situaciones similares. En resumen, la seguridad jurídica, lleva al individuo a la convicción que su situación jurídica, con relación a su persona o sus bienes, no será modificada sino en las circunstancias previamente establecidas en la ley y mediante procedimientos igualmente regulares.** De ahí que exista una confundida invocación a la seguridad jurídica, como un derecho. La jurisprudencia constitucional de este Tribunal, en su SC 0070/2010-R de 3 de mayo, con relación a lo expuesto, sostiene que: **'...en el marco de la Constitución Política del Estado, constituye un principio rector del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, conforme lo señala la doctrina: 'La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para el particular, tal actuación debe estar sujeta a reglas fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del principio de estado de derecho...

En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...'"; así, la SCP 1566/2012 de 24 de septiembre.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1225/2013
Sucre, 1 de agosto de 2013

Respecto al ámbito territorial, el art. 11 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (LDJ), señala que: 'El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurran los otros ámbitos de vigencia establecidos ***en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley', lo que sin duda busca preservar la seguridad jurídica en las relaciones jurídicas entendida en la SC 0287/99-R de 28 de octubre de 1999, como: condición esencial para la vida de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio'.***

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0036/2013
Sucre, 4 de enero de 2013

Uno de los principios fundamentales, previsto en el art. 1.II de la Constitución, emerge del concepto de Estado de Derecho, que implica la existencia de un Estado caracterizado por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico, a la norma fundamental que expresa y garantiza valores considerados básicos para la convivencia social. ***En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 101/2004, de 14 de septiembre, señaló que la noción de Estado de Derecho '...responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política -el Estado como ente racional al servicio del individuo- que se constituye en un sistema de vida en libertad, que se configura bajo la idea de: a) separación de los poderes estatales; b) sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes; c) sujeción de la administración a la ley y control judicial; d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales...'.***

Ahora bien, conforme lo ha determinado la SC 129/2004, de la noción antes descrita '...surge el principio de Estado de Derecho, que es un principio rector de la Ley Fundamental y, por tanto, de todo el ordenamiento jurídico, que impele tanto a gobernantes y gobernados a sujetar y subordinar sus actos, decisiones y resoluciones, a las normas previstas por la constitución y las leyes'.

Uno de los elementos que integran el contenido normativo del principio de 'Estado de Derecho', conforme se tiene expresado, es el sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes, y el reconocimiento y vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Si bien es cierto que la ASFI puede dictar resoluciones, ***deberá ejercitar dicha atribución en el marco del Estado de Derecho y los principios así como los valores que él conlleva y que están recogidos por la Constitución Política del Estado. De manera que el acto legislativo deberá observar entre otros: el principio de la seguridad jurídica entendido éste como la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la***

garantía de aplicación objetiva de la Ley, de modo tal que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio', pues la seguridad jurídica es un requisito para |a configuración del orden público dentro del Estado de Derecho; el principio de la reserva legal entendiéndose por éste la institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una Ley; es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de Ley. Este principio, en materia de derechos fundamentales, constituye una garantía frente a posibles limitaciones arbitrarias de otros poderes públicos o de particulares, está instituido por el art. 7 primer párrafo de la Constitución, de manera que los derechos fundamentales consagrados por la Constitución sólo pueden ser desarrollados y regulados por Ley, a su vez dichas leyes se encuentran limitadas por la norma prevista por el art. 229 de la Constitución" (las negrillas nos pertenecen).

Asimismo, la SC 004/2001 de 5 de enero, estableció lo siguiente: Que los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales; es decir, que los derechos fundamentales pueden ser limitados en función al interés social. Es en ese orden que la Constitución ha establecido el mecanismo legal para la regulación y restricción de los derechos fundamentales.

***SEGUNDO AGRAVIO: DESCONOCIMIENTO Y VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS DE LEGALIDAD, PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, PRESUNCIÓN DE BUENA FE, JERARQUIA Y LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**.- **La Resolución ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013**, incurre en el desconocimiento y violación de los principios que rigen la Administración y los actos administrativos como son los principios de **LEGALIDAD, PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, PRESUNCIÓN DE BUENA FE, JERARQUIA Y LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**, si consideramos que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., mediante oficio G.G. N° 133/05 de fecha 22 de noviembre de 2005, solicito la aprobación de las modificaciones realizadas a sus Estatutos, presentando para este efecto la Protocolización del Acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de fecha 8 de noviembre de 2005 a través de la cual se aprueban por Asamblea todas las modificaciones introducidas.*

Si consideramos que dichas modificaciones fueron presentadas y puestas a consideración de la Magna Asamblea de Socios en virtud al Art. 161 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) y conforme a lo dispuesto por el Art. inciso f) del DS 22203 de fecha 26 de mayo de 1989, que indicaba que es atribución de la Superintendencia de Bancos y entidades Financieras aprobar los Estatutos de las entidades de intermediación financiera, siendo además que la SBEF emitió informe Legal SB/ISR II /D-58135/2005 de fecha 22 de diciembre de 2005 más propiamente por la Intendencia de supervisión de Riesgos II, donde indicaban que ***"no existían***

observaciones legales a las modificaciones planteadas a los Estatutos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda."

Por lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005*, donde dichas modificación incluían en sus Art. 35 y 46 la CONFORMACION, PERIODOS DE MANDATOS y FORMAS DE REELECCIÓN de los Consejeros de Administración y Vigilancia, artículos que se transcribieron supra, resaltando la parte que faculta a la Asamblea General Ordinaria de Socios a determinar la reelección de consejeros por periodos mayores, en función a los resultados financieros, la votación obtenida, todo previa revisión de la Comisión Electoral, le pedimos tome en cuenta que:*

II.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, de donde en nuestro accionar al postularnos y ser reelegidos como Consejeros, lo hacemos con la absoluta convicción de que es LEGAL y aprobado por la ASFI, toda vez que, el principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa, ; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos.*

Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

II.2. PRINCIPIO DE JERARQUÍA.- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, de donde en nuestro accionar al postularnos y ser reelegidos como Consejeros, lo hacemos con la absoluta convicción de que es LEGAL y aprobado por la ASFI, respetando el principio de la jerarquía de los actos administrativos, que se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc. h) de la LPA, cuando establece que: 'La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes'.*

II.3. PRINCIPIO DE BUENA FE.- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, de donde en nuestro accionar al postularnos y ser reelegidos*

como Consejeros, lo hacemos con la absoluta convicción de que es LEGAL y aprobado por la ASFI, respetando el principio de buena fe, entendido como: "La confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas'". Reconocido en el art. 4 inc. e) de la LPA, que establece que 'en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, que orientarán el procedimiento administrativo'.

II.4. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD.- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, de donde en nuestro accionar al postularnos y ser reelegidos como Consejeros, lo hacemos con la absoluta convicción de que es LEGAL y aprobado por la ASFI, respetando el principio de presunción de legitimidad. Según este principio, las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario [art. 4 inc. g) de la LPA]).*

La presunción de legitimidad del acto administrativo, se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir.

La presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo.

Lo señalado precedentemente, es aplicable también para los casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconoce o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos sólo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado".

II.5. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD.- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy ASFI, APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, de donde en nuestro accionar al postularnos y ser reelegidos como Consejeros, lo hacemos con la absoluta convicción*

de que es LEGAL y aprobado por la ASFI, resolución de aprobación de nuestros estatutos QUE NOS RECONOCE EL DERECHO A LA REELECCIÓN, que recoge nuestra norma interna estatutaria y que no puede ser modificado, anulado o dejado sin efecto por la Resolución ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, respetando la estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos.

En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa.

En este sentido que: "el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconmovibles" ya que de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible.

Tal entendimiento, queda plenamente sustentado en un razonamiento lógico y elemental, pues habiéndose basado el acto administrativo en el principio de la buena fe y culminado su proceso en una resolución, no puede el administrado y menos la Administración, por voluntad unilateral, dejarlo sin efecto, sea cual fuere la razón para ello, pues un actuar así, desnaturalizaría por completo los principios fundamentales en los que se asienta un Estado democrático de por lo tanto se presume la buena fe del administrador público que emite la resolución, por lo mismo se presume su legitimidad y legalidad; en esa circunstancia, los ciudadanos deben tener confianza y seguridad no sólo del ordenamiento jurídico, sino de las actuaciones que han realizado ante las autoridades que ostentan el Poder Público, quienes deben asegurarles una convivencia pacífica y principalmente, permanencia y estabilidad de sus actos administrativos.

El art. 59.11 del D.S. 27113, dispone que: 'No procede la revocación de oficio de los actos administrativos estables que adquieran esta calidad de conformidad a lo establecido en el presente Reglamento. La contravención de esta restricción obligará a la autoridad emisora del acto ilegal o a la superior jerárquica a revocarlo'".

En este contexto, a partir de la estructuración del principio de 'autotutela1 de la administración pública y en virtud a la característica de firmeza de los actos administrativos, se configura una garantía constitucional a favor del administrada, en virtud de la cual, ningún nivel de la administración pública, puede modificar, alterar o anular 'de oficio un acto administrativo estable, cuya presunción de legitimidad y legalidad, solamente puede ser desvirtuada a través del control jurisdiccional de actos administrativos.

Ahora bien, es imperante señalar también, que un acto administrativo, puede ser anulado de acuerdo a las causales establecidas taxativamente en el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en ese contexto, interpretando teleológica y sistémicamente el parágrafo II de esta disposición, se tiene que la nulidad de actos administrativos es procedente a través de los recursos administrativos disciplinados en la propia LPA, empero, para el supuesto en el cual, la propia administración pública, pretenda anular un acto administrativo estable en virtud del cual se generaron

efectos jurídicos a favor del administrado, ésta no puede alegar la nulidad de "oficio", sino debe acudir al control jurisdiccional ulterior de los actos administrativos, a través del proceso contencioso administrativo.

Desarrollando aún más los límites de la potestad administrativa, "Tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, sólo pueden ser invocadas mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley y dentro del plazo por ella establecido; en consecuencia, en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aun cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación; por ende, fuera del procedimiento previsto y los recursos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como acto propio), por cuanto una vez definida una controversia y emitida la Resolución, ésta ingresa al tráfico jurídico y por lo tanto ya no está bajo la competencia de la autoridad que la dictó.

La única condición para que el acto administrativo no pueda ser revocado es su notificación al administrado, entendido este paso procedimental como el modo de comunicar, personal o colectivamente, la existencia del acto administrativo, garantizando la seguridad jurídica, convirtiéndose por tanto en una condición legal de la que necesariamente depende la eficacia del acto. La notificación o publicación de un acto administrativo otorga firmeza a éste, sin que se pueda modificar el mismo discrecionalmente, más aún si aquella modificación deviene en una consecuencia gravosa o desfavorable para el Agustín Gordillo al respecto ha sostenido: "En suma, la corrección material es excepcional: ha de admitirse sólo con criterio restrictivo y no podrá encubrirse bajo tal denominación, a actos que constituyen una verdadera revocación del acto original.

Solicitamos la aplicación expresa de la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que se transcribe a continuación, de carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad o particular:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1190/2013
Sucre, de agosto 2013

III.4. El acto administrativo, sus características y efectos jurídicos

***La SCP 0249/2012 de 29 de mayo señaló que: "Según el tratadista argentino Agustín Gordillo, acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales**. Para Antoño Abruna, constituye una declaración que proviene de una administración pública, produce efectos Jurídicos y se dicta en ejercicio de una potestad administrativa.*

La jurisprudencia constitucional por su parte, entre otras la SC 0107/2003 de 10 de

noviembre, señaló que: 'Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión. ***Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son: 1) La estabilidad, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativa s ; 2) La impugnabilidad, pues el administrado puede reclamar y demandar se modifique o deje sin efecto un acto que considera lesivo a sus derechos e intereses; 3) La legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; 4) La ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato; 5) La ejecutoriedad, es la facultad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin intervención del órgano judicial; 6) La ejecución, que es el acto material por el que la Administración ejecuta sus propias decisiones.***

De otro lado, la reforma o modificación de un acto administrativo consiste en la eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad'.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0584/2013
Sucre, 21 de mayo de 2013

III.2. El acto administrativo, características y efectos jurídicos

La SCP 0249/2012 de 29 de mayo, refiriendo a las características y efectos jurídicos del acto administrativo señaló: "Según el tratadista argentino Agustín Gordillo, acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales.

La jurisprudencia constitucional por su parte, entre otras, en la SC 0107/2003 de 10 de noviembre, señaló que: 'Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión. ***Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son: 1) La estabilidad, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativas 2) La impugnabilidad, pues el administrado puede reclamar y demandar se modifique o deje sin efecto un acto que considera lesivo a sus derechos e intereses; 3) La legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; 4) La ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato; 5) La ejecutoriedad, es la facultad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin intervención del órgano judicial; 6) La ejecución, que es el acto material por el que la Administración ejecuta sus propias decisiones. De otro lado, la reforma o***

modificación de un acto administrativo consiste en la eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad'.

III.3. Principios que rigen 1a actividad administrativa

La Sentencia citada supra, asumiendo el entendimiento de la SC 1464/2004-R de 13 de septiembre, emitida por el Tribunal Constitucional, refiriéndose a los principios que rigen la actividad administrativa estableció algunos de los principios básicos que rigen la actividad administrativa" Entre ellos:

"III.1.1. El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: *'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso'; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que 'El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables'.*

IIII.1.2. Principio de la jerarquía de los actos administrativos. Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc. h) de la LPA, cuando establece que: 'La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes'.

III1.4. Principio de buena fe. *Junto al principio de legalidad, singular importancia tiene el principio de buena fe, reconocido en el art. 4 inc. e) de la LPA, que establece que 'en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo'.* ***Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0095/2001 de 21 de diciembre, señalando que ?...es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas***

de las autoridades públicas'.

III.1.5. Principio de presunción de legitimidad. Según este principio, las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario [art. 4 inc. g) de la LPAj). La presunción de legitimidad del acto administrativo, como la ha establecido la Sentencia antes aludida, '...se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dicta da la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir. La doctrina enseña que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso, que comprende el derecho del particular de ser oído y en consecuencia exponer la razón de sus pretensiones y su defensa'.

Lo señalado precedentemente, es aplicable también para tos casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconoce o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos sólo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado".

III.4. En cuanto a la estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos

En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa, ha recordado nuestro más alto tribunal en este sentido que: "el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconmovibles" ya que "de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0828/2012
Sucre, 20 de agosto de 2012

III.5. Principios de buena fe, legalidad y presunción de legitimidad en la Administración

Entre los principios generales a los que debe regirse la actividad administrativa en la relación entre los particulares y la Administración Pública, se encuentra el de buena fe, citado por el art. 4 inc. e) de la LPA, el que expresa que se presume el principio de buena fe y concluye en que la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo.

La SC 0095/2001 de 21 de diciembre, con relación a este principio expresa que: '...es

la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas...'.

El art. 4 inc. g) de la LPA, se refiere al principio de legalidad y presunción de legitimidad, como las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la ley y se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.

Vinculado a ello, en la SC 0998/2002-R de 16 de agosto se precisa lo siguiente: '...tal entendimiento, queda plenamente sustentado en un razonamiento lógico y elemental, pues habiéndose basado el acto administrativo en el principio de la buena fe y culminado su proceso en una resolución, no puede el administrado y menos la Administración, por voluntad unilateral, dejarlo sin efecto, sea cual fuere la razón para ello, pues un actuar así, desnaturalizaría por completo los principios fundamentales en los que se asienta un Estado democrático de derecho (...) y por lo tanto (...) se presume la buena fe del profesional que realiza la gestión y del administrador público que emite la resolución, por lo mismo se presume su legitimidad y legalidad; en esa circunstancia, los ciudadanos deben tener confianza y seguridad no sólo del ordenamiento jurídico, sino de las actuaciones que han realizado ante las autoridades que ostentan el Poder Público, quienes deben asegurarles una convivencia pacífica y principalmente, permanencia y estabilidad de sus actos administrativos".

III.6.El acto administrativo, sus efectos y la nulidad Conforme a las normas del art. 27 de la LPA, el acto administrativo es: '(...) toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo'.

Y el art. 59.11 del citado cuerpo legal, dispone que: 'No procede la revocación de oficio de los actos administrativos estables que adquieran esta calidad de conformidad a lo establecido en el presente Reglamento.

La contravención de esta restricción obligará a la autoridad emisora del acto ilegal o a la superior jerárquica a revocarlo'".

En este contexto, a partir de las características antes señaladas, se tiene que los actos administrativos, una vez agotada la instancia administrativa, adquieren la calidad de 'firmeza', en virtud de la cual, adquieren estabilidad y en caso de crear derechos a favor de los administrado s, solamente podrían ser modificados merced a un control jurisdiccional ulterior de los actos administrativos, aspecto que deviene del contenido

del principio de 'autotutela', disciplinado por el art. inc. b) de la LPA.

III.4.3. La prohibición de anular de 'oficio' actos administrativos

Como se ha señalado supra y a partir de la estructuración del principio de 'autotutela' de la administración pública y en virtud a la característica de firmeza de los actos administrativos, se configura una garantía constitucional a favor del administrado, en virtud de la cual, ningún nivel de la administración pública, puede modificar, alterar o anular 'de oficio' un acto administrativo estable, cuya presunción de legitimidad y legalidad, solamente puede ser desvirtuada a través del control jurisdiccional de actos administrativos.

Ahora bien, es imperante señalar también, que un acto administrativo, puede ser anulado de acuerdo a las causales establecidas taxativamente en el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en ese contexto, interpretando teleológica y sistémicamente el parágrafo II de esta disposición, se tiene que la nulidad de actos administrativos es procedente a través de los recursos administrativos disciplinados en la propia LPA, empero, para el supuesto en el cual, la propia administración pública, pretenda anular un acto administrativo estable en virtud del cual se generaron efectos jurídicos a favor del administrativa, ésta no puede alegar la nulidad de "oficio", sino debe acudir al control jurisdiccional ulterior de los actos administrativos, a través del proceso contencioso administrativo".

Desarrollando aún más los límites de la potestad administrativa, la SC 1464/2004-R de 13 de septiembre, ha expresado lo siguiente:

"... tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, sólo pueden ser invocadas mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley y dentro del plazo por ella establecido; en consecuencia, en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe. no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aun cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación: por ende, fuera del procedimiento previsto y los recursos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como acto propio), por cuanto una vez definida una controversia y emitida la Resolución, ésta ingresa al tráfico jurídico y por lo tanto ya no está bajo la competencia de la autoridad que la dictó, sino a la comunidad, como lo ha reconocido este Tribunal en la SC 1173/2003-R, de 19 de agosto".

Además de la jurisprudencia transcrita, la SC 0055/2005, de 12 de septiembre, ha dispuesto que existen actos administrativos no susceptibles de revocación por la propia administración municipal o de otra institución, pues afectan derechos fundamentales e incluso la esfera de las competencias otorgadas a los entes públicos.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0080/2012
Sucre, 16 de abril de 2012

La firmeza de los actos administrativos a la luz de la Constitución Política del Estado

Los actos administrativos, son considerados favorables cuando amplían la esfera jurídica de los ciudadanos, asistiendo a éste, otorgándole un Derecho, una facultad o liberándole de una carga, más aún si éstos son singulares y se dirigen a un administrado en concreto. Se presumen válidos mientras no se demuestre lo contrario por autoridad competente (declaratoria de nulidad).

Dentro de las características inherentes a los actos administrativos, se encuentran tanto la presunción de legitimidad como la ejecutividad, entendida ésta última como la obligatoriedad, que hace a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto a partir de su notificación, que es el modo o manera procedimental de comunicar a los administrados, personal o colectivamente, la existencia del acto administrativo, lo que constituye un requisito fundamental que genera seguridad jurídica, y convicción pública respecto a la eficacia del acto.

Según Acosta Romero, dentro de los medios anormales de extinción del acto administrativo se halla la revocación, que es un instrumento legal del órgano administrativo para dejar sin efecto en forma parcial o total un acto administrativo por razones técnicas, de interés público, o de legalidad; sin embargo, ésta revocación de un acto administrativo que ya ha surtido efectos favorables para un revocado de oficio.

El art. 59.II del citado cuerpo legal, dispone que: "No procede la revocación de oficio de los actos administrativos estables que adquieran esta calidad de conformidad a lo establecido en el presente Reglamento. La contravención de esta restricción obligará a la autoridad emisora del acto ilegal o a la superior jerárquica a revocarlo".

La única condición para que el acto administrativo no pueda ser revocado es su notificación al administrado, entendido este paso procedimental como el modo de comunicar, personal o colectivamente, la existencia del acto administrativo, garantizando la seguridad jurídica, convirtiéndose por tanto en una condición legal de la que necesariamente depende la eficacia del acto. La notificación o publicación de un acto administrativo otorga firmeza a éste, sin que se pueda modificar el mismo discrecionalmente, más aún si aquella modificación deviene en una consecuencia gravosa o desfavorable para el administrado. Agustín Gordillo al respecto ha sostenido: "En suma, la corrección material es excepcional: ha de admitirse sólo con criterio restrictivo y no podrá encubrirse bajo tal denominación, a actos que constituyen una verdadera revocación del acto original".

La jurisprudencia constitucional, respecto a que un acto administrativo haya surtido efectos, en la SC 1074/2010-R de 23 de agosto, ha señalado: "Como se ha señalado supra y a partir de la estructuración del principio de "autotutela" de la administración pública y en virtud a la característica de firmeza de los actos administrativos, se

configura una garantía constitucional a favor del administrado, en virtud de la cual, ningún nivel de la administración pública, puede modificar, alterar o anular "de oficio" un acto administrativo estable, cuya presunción de legitimidad y legalidad, solamente puede ser desvirtuada a través del control jurisdiccional de actos administrativos.

Ahora bien, es imperante señalar también, que un acto administrativo, puede ser anulado de acuerdo a las causales establecidas taxativamente en el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en ese contexto, interpretando teleológica y sistémicamente el parágrafo II de esta disposición, se tiene que la nulidad de actos administrativos es procedente a través de los recursos administrativos disciplinados en la propia LPA, empero, para el supuesto en el cual, la propia administración pública, pretenda anular un acto administrativo estable en virtud del cual se generaron efectos jurídicos a favor del Administrado, ésta no puede alegar la nulidad de "oficio", sino debe acudir al control jurisdiccional ulterior de los actos administrativos, a través del proceso contencioso administrativo".

De todo lo expuesto anteriormente, se puede concluir que los actos administrativos, emitidos por cualquier autoridad pública, incluidos aquellos que fueran pronunciados por directores de centros educativos que generen beneficios o concedan Derechos a favor de los administrados, no pueden ser revocados por la mera *voluntad de los eventuales detentadores de la "autoridad pública".*

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0249/2012
Sucre, 29 de mayo 2012

La administración pública se desenvuelve a través de la realización de numerosos actos administrativos: cualquier manifestación de la actividad de la administración es considerada como acto administrativo, por lo tanto, el conocimiento de éste, es la base para el ejercicio de las garantías administrativas y constitucionales*. A dicho efecto, se debe tener claramente establecida la naturaleza jurídica de los actos administrativos, sus elementos esenciales y sus características, para que, a partir de ello, se pueda determinar su impugnabilidad a través de los medios recursivos.*

El acto administrativo, sus características y efectos jurídicos Según el tratadista argentino Agustín Gordillo, acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales. Para Antoño Abruna, constituye una declaración que proviene de una administración pública, produce efectos jurídicos y se dicta en ejercicio de una potestad administrativa.

En coherencia con la doctrina, el art. 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), señala que: ***"Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume***

legítimo".

La jurisprudencia constitucional por su parte, entre otras, en la SC 0107/2003 de 10 de noviembre, señaló que: "Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas*. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión. Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son: 1) La estabilidad, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativas; 2) La impugnabilidad, pues el administrado puede reclamar y demandar se modifique o deje sin efecto un acto que considera lesivo a sus derechos e intereses; 3) La legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; 4) La ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato; 5) La ejecutoriedad, es la facultad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin intervención del órgano judicial; 6) La ejecución, que es el acto material por el que la Administración ejecuta sus propias decisiones. De otro lado, la reforma o modificación de un acto administrativo consiste en la eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad".*

En resumen, ***el acto administrativo es una manifestación o declaración de voluntad, emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es de naturaleza reglada o discrecional y tiene la finalidad de producir un efecto de derecho, ya sea crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva frente a los administrados. Goza de obligatoriedad, exigibilidad, presunción de legitimidad y ejecutabilidad; es impugnable en sede administrativa y sujeta a control jurisdiccional posterior cuando se trata de actos administrativos definitivos, lo que no implica que aquellos actos administrativos no definitivos no puedan ser cuestionados****: sin embargo, en este último caso, se lo hará en ejercicio del derecho de petición consagrado en el art. 24 de la CPE, y solamente de manera preventiva.*

III.3.2. Principios que rigen la actividad administrativa

Resulta conveniente revisar algunos de los principios básicos que rigen la actividad administrativa. Así en la SC 1464/2004-R de 13 de septiembre, realizó un desarrollo de los mismos en los siguientes términos:

"III.1.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa: en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos.

Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) *que señala: 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso'; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que 'El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables'.*

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: 'I La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley'.

III.1.2. PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc h) de la LPA, cuando establece que: 'La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes'.

III.1.3. PRINCIPIO DE LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD. *La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento'.

III.1.4. PRINCIPIO DE BUENA FE*. Junto al principio de legalidad, singular importancia tiene el principio de buena fe, reconocido en el art. 4 inc. e) de la LPA, que establece que* ***'en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los***

servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo'. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0095/2001 de 21 de diciembre, señalando que '...es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas'.

III.1.5. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD. Según este principio, las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario art. 4 inc. g) de la LPA1). *La presunción de legitimidad del acto administrativo, como la ha establecido la Sentencia antes aludida,* ***'...se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir. La doctrina enseña que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso, que comprende el derecho del particular de ser oído y en consecuencia exponer la razón de sus pretensiones y su defensa. (...)***

Lo señalado precedentemente, es aplicable también para los casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconoce o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos sólo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0086/2010-R
Sucre, 4 de mayo de 2010

III.5. Principios de buena fe, legalidad y presunción de legitimidad en la Administración

Entre los principios generales a los que debe regirse la actividad administrativa en la relación entre los particulares y la Administración Pública, se encuentra el de buena fe, citado por el art. 4 inc. e) de la LPA, el que expresa que se presume el principio de buena fe y concluye en que la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo.

La SC 0095/2001 de 21 de diciembre, con relación a este principio expresa que: "...es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas...".

El art. 4 inc. g) de la LPA, se refiere al principio de legalidad y presunción de legitimidad, como las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la ley y se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.

Vinculado a ello, en la SC 0998/2002-R de 16 de agosto se precisa lo siguiente: "...tal entendimiento, queda plenamente sustentado en un razonamiento lógico y elemental, pues habiéndose basado el acto administrativo en el principio de la buena fe y culminado su proceso en una resolución, no puede el administrado y menos la Administración, por voluntad unilateral, dejarlo sin efecto, sea cual fuere la razón para ello, pues un actuar así, desnaturalizaría por completo los principios fundamentales en los que se asienta un Estado democrático de derecho (...) y por lo tanto (...) se presume la buena fe del profesional que realiza la gestión y del administrador público que emite la resolución, por lo mismo se presume su legitimidad y legalidad: en esa circunstancia, los ciudadanos deben tener confianza y seguridad no sólo del ordenamiento jurídico, sino de las actuaciones que han realizado ante las autoridades que ostentan el Poder Público, quienes deben asegurarles una convivencia pacífica y principalmente, permanencia y estabilidad de sus actos administrativos".

TERCER AGRAVIO: DESCONOCIMIENTO Y VIOLACIÓN DE NUESTROS DERECHOS FUNDAMENTALES, CIVILES Y POLÍTICOS DE LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y DERECHO AL TRABAJO.- *La Resolución Sancionatoria, al establecer que:* ***",Los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras"***, ***atenta contra nuestros derechos civiles de libre asociación*** *reconocidos en el art. 21.4 de la CPE, por el art. 22.1.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como es* ***atentatorio a nuestro derecho al trabajo*** *instituido por la Constitución Política del Estado en su art. 46. , protegido por el Estado conforme al art. 49 III, por el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su art. 28, puesto que no se está teniendo reglas claras, precisas y determinadas, cuyo contenido traiga consigo la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental.*

Es importante que usted tome en cuenta que, nosotros en ejercicio de nuestro

derecho a la libertad de asociación, hemos puesto en común intereses, bienes, recursos, profesión u oficio, con el objeto de desarrollar actividades de intermediación financiera no bancaria, conformando una iniciativa empresarial lícita, así conformar una estructura reconocida por el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a nuestros estatutos debidamente aprobados por la ASFI que APROBO LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, y, en el marco de los mismos, ejerciendo un derecho emanado a su vez de nuestro derecho a la ciudadanía, cumpliendo los requisitos electorales, nos postulamos y fuimos reelectos como Consejeros, derecho de reelección que nos reconoce el Estatuto Orgánico de la Cooperativa y el Estado, desde el momento que la ASFI aprobó el mismo.

Como consecuencia de nuestra reelección, asumimos un trabajo. Colocando nuestro esfuerzo personal e intelectual, por el cual recibimos una remuneración o dieta, que nos permite procurarnos un medio de subsistencia, para nosotros y nuestras familias en forma digna, correspondiendo al Estado y sus órganos administrativos protegernos, promoverlos y garantizar nuestra estabilidad.

Le pedimos considere los siguientes aspectos:

III.1.- *Al respecto el art. 21.4 de la CPE, dentro los derechos civiles y políticos de bolivianas y bolivianos, nos reconoce el derecho a la "libertad de reunión y asociación en forma pública y privada, con fines lícitos"; entendiéndose como la capacidad, potestad o facultad que tienen dos o más personas para poner en común sus intereses, bienes, recursos, profesión u oficio, con el objeto de desarrollar actividades de distinta índole.*

III.2.- *El derecho a la libertad de asociación consiste en la facultad de las personas para constituir agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos.*

Puede definirse también como la facultad que tienen las personas de poner en común sus bienes, sus valores, su trabajo, su actividad, sus fuerzas individuales o cualesquier otros derechos para un fin desinteresado o no, intelectual, moral, económico, artístico, recreativo o de beneficencia. La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual -por oposición al físico o material- de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines.

III.3.- *La Constitución Política del Estado, determina el derecho a la libre asociación empresarial (art. 52.1 de la CPE); además, el Estado garantiza el reconocimiento de la personalidad jurídica así como las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos (art. 52.11 de la CPE).*

De lo que se puede manifestar que asociación es la capacidad, potestad o facultad que tienen todos los bolivianos o bolivianas, para poder organizarse o asociarse con fines comunes, según sus intereses, pueden ser de carácter social, cultural, político, económico, deportivo u otra actividad y así conformar una estructura reconocida por el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a sus estatutos y reglamentos internos.

III.4.- *Se entiende como el derecho de asociación' a la participación de varias personas, el fin común de carácter permanente y la creación de un nuevo sujeto de derechos y obligaciones distinto a los asociados. La asociación tiene un carácter voluntario, pues su ejercicio descansa en la propia decisión de una persona de vincularse con otras. Tiene asimismo, un carácter relacional, pues se ejerce necesariamente en tanto existan otras personas que deseen formar parte de la colectividad. Además, posee un carácter instrumental pues las asociaciones se constituyen para la consecución de los fines que sus integrantes desean desarrollar.*

III.5.- *El derecho de asociación contribuye a un ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos y desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo, medio ambiente, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, creación de empleo y otras de similar naturaleza.*

De tal forma que la asociación, por ese carácter de permanente, conlleva para sus miembros, obligaciones y derechos, en virtud de la intención y proyección de permanencia en esa unión constituida para el logro objetivos lícitos y comunes, cumpliendo requisitos exigidos por su norma interna, desempeñando un rol esencial en diversos ámbitos de la actividad social.

De lo referido, se concluye que el orden constitucional reconoce el derecho de reunión y asociación- , que implica la facultad o potestad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo de carácter social, cultural, político, económico o de carácter religioso, a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado, de acuerdo a sus propios estatutos y normativa interna; empero, en el marco del principio de reserva legal, sus limitaciones o restricciones deberán ser determinadas mediante una ley, sin contraponerse al ordenamiento legal vigente.

III.6.- *En consecuencia, todo proceso eleccionario dentro de las asociaciones estarán acorde a la normativa legal vigente del país así como a la normativa interna de la asociación; resguardando la observancia de los derechos y garantías constitucionales inherentes a la condición de asociado, desde su doble perspectiva; esto es, primero en cuanto a la libertad y la voluntariedad en la constitución de la misma, así como a la liberalidad de no participar en ella; y segundo, respecto a la capacidad para inscribirse en el Registro pertinente; para establecer su propia organización en el marco de la ley, y alcanzar la realización de sus actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el ámbito de su legislación específica.*

La libertad de asociación, es reconocido por la Constitución Política del Estado y por los instrumentos internacionales, dado que del mismo se desprende el derecho a conformar una estructura organizativa encargada de ejecutar sus fines específicos; por lo tanto, involucra el derecho a ocupar un cargo directivo dentro de la asociación ejercer, previo cumplimiento de la normativa legal vigente, así como de su normativa interna, derecho que merece ser garantizado por el Estado, al igual que el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, entre ellos, la defensa y el debido proceso, sin perder de vista que dicho ejercicio no es absoluto, pudiendo ser objeto de limitaciones o restricciones de orden legal a los fines de preservar el derecho de los demás, el interés colectivo o las necesidades públicas.

III.7.- *El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo constituyen un núcleo, no sólo de los derechos socioeconómicos, sino también de los derechos humanos fundamentales. Un denominador central de derechos relacionados con el trabajo, en términos de su objeto o contenido, parece ser "una labor" (trabajo). Adicionalmente las percepciones modernas han intensificado positivamente el concepto del trabajo como valor humano, una necesidad social y un medio de auto-realización y desarrollo de la personalidad humana'.*

III.8.- *Precisando el carácter del derecho al trabajo debemos señalar que: "No implica la obligación del Estado de otorgar a todos los ciudadanos un puesto de trabajo, sino que lo obliga a adoptar políticas que favorezcan la creación de puestos de trabajo tanto en el sector público como privado, y a tutelar este derecho fundamental contra actos que priven o restrinjan el ejercicio de este derecho o actitudes discriminatorias, a fin de garantizar iguales oportunidades para conseguir y tener estabilidad en un puesto de trabajo, en mérito al cumplimiento de los requisitos generales exigidos para el mismo".*

Solicitamos la aplicación expresa de la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que se transcribe a continuación, de carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad o particular:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1668/2013
Sucre, 4 de octubre 2013

III.3. Sobre el derecho de asociación

Se entiende por asociación a la agrupación de personas, que por voluntad propia definen reunirse voluntariamente en la búsqueda de fines comunes entre quienes la conforman, es decir todos sus miembros, dotándose de organización propia.

Al respecto el art. 21.4 de la CPE, dentro los derecho s civiles y políticos de bolivianas y bolivianos, a la "libertad de reunión y en forma pública y privada, con fines lícitos"; entendiéndose como la capacidad, potestad o facultad que tienen dos o más personas para poner en común sus intereses, bienes, recursos, profesión u oficio, con el objeto de desarrollar actividades de distinta índole.

En el bloque de constitucionalidad (art. 410.11 de la CPE), que está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de derechos Humanos y las normas de derecho comunitario, el derecho de asociación se encuentra reconocido en el art. 20.1 y 2 de la Declaración Universal de derechos Humanos, indicando que: "1. Toda persona tiene la libertad de reunión u de asociación pacíficas y 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".

De igual forma el art. 22.1 del Pacto Internacional de derecho s Civiles y Políticos (PIDCP), señala que: "1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses".

Sobre el tema la jurisprudencia constitucional señaló que se tiene como el derecho de asociación a la participación de varias personas, el fin común de carácter permanente y la creación de un nuevo sujeto de derecho s y obligaciones distinto a los asociados. La asociación tiene un carácter voluntario, pues su ejercicio descansa en la propia decisión de una persona de vincularse con otras. Tiene asimismo, un carácter relacional, pues se ejerce necesariamente en tanto existan otras personas que deseen formar parte de la colectividad. Además, posee un carácter instrumental pues las asociaciones se constituyen para la consecución de los fines que sus integrantes desean desarrollar" (SCP 0674/2012 de 2 de agosto que menciona el contenido de la SC 0112/2004 de 11 de octubre).

Más adelante la misma sentencia constitucional, indica que: contribuyendo a un ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos y desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo, medio ambiente, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, creación de empleo y otras de similar naturaleza".

De tal forma que la asociación, por ese carácter de permanente, conlleva para sus miembros, obligaciones y derecho s, en virtud de la intención y proyección de permanencia en esa unión constituida para el logro objetivos lícitos y comunes, cumpliendo requisitos exigidos por su norma interna, desempeñando un rol esencial en diversos ámbitos de la actividad social.

De lo referido, se concluye que el orden constitucional reconoce el derecho de reunión y asolación, que implica la facultad o potestad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo de carácter social, cultural, político, económico o de carácter religioso, a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado, de acuerdo a sus propios estatutos y normativa interna; empero, en el marco del principio de reserva legal, sus limitaciones o restricciones deberán ser determinadas mediante una ley, sin contraponerse al ordenamiento legal vigente.

En consecuencia, todo proceso eleccionarios dentro de las asociaciones estarán

acorde a la normativa legal vigente del país así como a la normativa interna de la asociación, resguardando la observancia de los derechos y garantías constitucionales inherentes a la condición de asociado, desde su doble perspectiva; esto es, primero en cuanto a la libertad y la voluntariedad en la constitución de la misma, así como a la liberalidad de no participar en ella; y segundo, respecto a la capacidad para inscribirse en el Registro pertinente; para establecer su propia organización en el marco de la ley, y alcanzar la realización de sus actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el ámbito de su legislación específica.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 2220/2012
Sucre, 8 de noviembre de 2012

Derecho de asociación y el servicio público de transporte

Respecto al derecho de asociación y el servicio público de transporte la SCP 0674/2012 de 2 de agosto, estableció que: "Previamente, es necesario referirse a lo que se entiende por asociación: Es una agrupación de personas, que deciden unirse voluntariamente buscando un fin común a todos sus miembros, es de carácter permanente y cuenta con una organización estable.

El art. 21.4 de la CPE, reconoce a favor de las bolivianas y bolivianos, como parte de los derechos civiles, el derecho de asociación, en forma pública y privada, con el requisito de que sea con fines lícitos; asimismo, la Constitución Política del Estado, determina el derecho a la libre asociación empresarial art. 52.1 de la CPE): además, el Estado garantiza el reconocimiento de la personalidad jurídica así como las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos (art. 52.lí de la CPE).

En el bloque de constitucionalidad (art. 410.11 de la CPE), que está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de derecho comunitario, el derecho de asociación está reconocido en:

El art. 20.1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indicando que: '1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación'.

El art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que: '1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses'.

La jurisprudencia constitucional sostuvo: ...los caracteres típicos y constantes del derecho de asociación son: la participación de varias personas, el fin común de carácter permanente y la creación de un nuevo sujeto de derechos y obligaciones distinto a los asociados. La asociación tiene un carácter voluntario, pues su ejercicio descansa en la propia decisión de una persona de vincularse con otras. Tiene asimismo, un carácter relacional, pues se ejerce necesariamente en tanto existan otras personas que deseen formar parte de la colectividad. Además, posee un

carácter instrumental pues las asociaciones se constituyen para la consecución de los fines que sus integrantes desean desarrollar' (SC 0112/2004 de 11 de octubre)

La asociación, por su mismo carácter' de permanente, implica para sus miembros, tanto obligaciones como derechos, por ese vínculo constante que existe en el tiempo y la intención de permanencia, a esa unión constituida para el logro de fines lícitos. Por lo que, el derecho de asociación conlleva para sus asociados el derecho de ingresar, permanecer y salir de la sociedad de forma voluntaria, siempre y cuando cumpla los requisitos ahí exigidos a través de sus reglamentos internos establecidos previamente.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 2250/2012
Sucre, 8 de noviembre de 2012

Sobre el derecho de asociación

En nuestro ordenamiento jurídico está establecido por nuestra Norma Suprema en su art. 21.4, que señala: "Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos:

4. A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos.

De lo que se puede manifestar que asociación es la capacidad, potestad o facultad que tienen todos los bolivianos o bolivianas, para poder organizarse o asociarse con fines comunes, según sus intereses, pueden ser de carácter social, cultural, político, económico, deportivo u otra actividad y así conformar una estructura reconocida por el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a sus estatutos y reglamentos internos.

Bajo ese mismo contexto, el art. 22.1.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece: "1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

Así también nos referimos sobre el derecho a la libertad de asociación, que se encuentra expresado en el art. 16.1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala: "1. Todas las personas tienen el derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás".

Sobre el derecho de asociación, la jurisprudencia constitucional a través de la SC G980/201Q-R de 17 de agosto, citando a la SC 0112/2004, expresó: "'El derecho a la libertad de asociación consiste en la facultad de las personas para constituir agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos. Puede definirse también como la facultad que tienen las personas de poner en común sus bienes, sus valores, su trabajo, su actividad, sus fuerzas individuales o cualesquier otros derechos para un fin desinteresado o no, intelectual, moral, económico, artístico, recreativo o de beneficencia. La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual -por oposición al físico o material- de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines. *En cuanto a éstos, los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados.*

También podemos indicar que la SC 0149/2011-R de 21 de febrero, manifiesta: "El derecho de asociación proyecta su protección desde una doble perspectiva; por un lado, como derecho de las personas en el ámbito de la vida social, y, por otro lado, como capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento. En cuanto a la primera, aparecen los aspectos positivos, como la libertad y la voluntariedad en la constitución de las asociaciones, paralelamente a la titularidad del derecho a constituir asociaciones, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente, y los derechos inherentes a la condición de asociado. La segunda recoge la capacidad de las asociaciones para inscribirse en el Registro correspondiente; para establecer su propia organización en el marco de la Ley; para la realización de actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el marco de la legislación sectorial específica; y, finalmente, para no sufrir interferencia alguna de las Administraciones, salvo la que pudiera venir determinada por la concurrencia de otros valores, derechos o libertades constitucionales que deban ser objeto de protección al mismo tiempo y nivel que el derecho de asociación.

Resulta patente que las asociaciones desempeñan un papel fundamental en los diversos ámbitos de la actividad social, contribuyendo a un ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos y desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo, medio ambiente, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, creación de empleo y otras de similar naturaleza.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 2460/2012
Sucre, 22 de noviembre de 2012

Proceso eleccionario dentro de una asociación debe llevarse a cabo conforme a la

normativa legal vigente del Estado y normativa interna propia de la asociación A este respecto la misma SC 0149/2011 ha establecido lo siguiente: "De lo referido, se concluye que el orden constitucional reconoce el derecho de reunión y asociación, que implica la facultad o potestad de toda persona para Para comprometerse con otras en la realización de un proyecto político, económico, o de carácter religioso a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado, de acuerdo a sus propios estatutos y normativa interna; empero, en el marco del principio de reserva legal, sus limitaciones o restricciones deberán ser establecidas mediante una ley, sin contraponerse al ordenamiento legal vigente.

En el caso de autos, si bien la accionante no señaló expresamente el nomen juris del derecho que considera vulnerado; sin embargo, de la lectura de los hechos demandados, se puede colegir que se trata del derecho a la libertad de asociación, reconocido por la Constitución Política del Estado y por los instrumentos internacionales, ***dado que del mismo se desprende el derecho a conformar una estructura organizativa encargada de ejecutar sus fines específicos: por lo tanto, involucra el derecho a ocupar un cargo directivo dentro de la asociación ejercer, previo cumplimiento de la normativa legal vigente, así como de su normativa interna, derecho que merece ser garantizado por el Estado, al igual que el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, entre ellos, la defensa y el debido proceso, sin perder de vista que dicho ejercicio no es absoluto, pudiendo ser objeto de limitaciones o restricciones de orden legal a los fines de preservar el derecho de los demás, el interés colectivo o las necesidades públicas.***

En consecuencia, los procesos eleccionarios dentro de las asociaciones deben estar acorde de un lado, a la normativa legal vigente del país, y de otro, a la interna de la propia asociación; esto es, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por cada una de ellas, resguardando la observancia de los derechos y garantías constitucionales inherentes a la condición de asociado, desde su doble perspectiva; esto es, primero en cuanto a la libertad y la voluntariedad en la constitución de la asociación, así como a la liberalidad de no participar en ella; y segundo, respecto a la capacidad para inscribirse en el Registro pertinente; para establecer su propia organización en el marco de la ley, y alcanzar la realización de sus actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el ámbito de su legislación específica" (negrillas añadidas).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0470/2013
Sucre, 10 de abril de 2013

Del derecho al trabajo

El derecho al trabajo, está instituido por la Constitución Política del Estado en su art. 46. I., establece: "Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.

II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas...". En esa línea la SCP 1205/2012, de 6 de septiembre fijó lo siguiente: "Con la promulgación de la Constitución Política del Estado, se consolidaron las políticas en favor de los sectores más vulnerables, pues existía la urgente necesidad de una protección reforzada por parte del Estado, para garantizar la vigencia y ejercicio pleno de sus derechos. ***Bajo esa premisa, los principios ético-morales de la sociedad plural, los valores que sustentan el Estado, establecidos en el art. 8 de la CPE., buscan implantar el 'vivir bien en favor de los habitantes de nuestro territorio y principalmente de la sociedad más desposeída. Es así que, el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado, tanto por las personas particulares y servidores públicos, constituye un elemento vital e imprescindible para el 'vivir bien'.***

Bajo el contexto de lo referido anteriormente, es importante señalar los derechos que reconoce la Norma Suprema Nacional en favor de los trabajadores; así, el art. 46 de la CPE, prescribe los derechos al trabajo y al empleo, en los siguientes términos:
'I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas. *III. Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso u otro modo análogo de explotación que obligue a una persona a realizar labores sin su consentimiento y justa retribución'".*

Conforme señala la jurisprudencia mencionada, determina que el derecho al trabajo establecido por nuestra normativa suprema garantiza y protege de manera eficiente el ejercicio del trabajo en todas sus formas, a ello debemos sumar que, uno de los principios que asume y promueve nuestro Estado Plurinacional ama qhilla que viene de la voz milenaria (quechua), refiere precisamente a promover el trabajo de manera amplia, lo que indudablemente también debe ser garantizado por el estado a fin de que a partir del ejercicio de este principio se pueda materializar el sumaq kawsay que significa desde el pensamiento de nuestras comunidades quechuas la convivencia equilibrada y armoniosa.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1699/2013
Sucre, 10 de octubre de 2013

Derecho al trabajo y a una justa remuneración

Las constituciones políticas y la legislación en general, son unánimes al consagrar el derecho al trabajo de toda persona; reconocimiento expresado en el art. 46.1 de la CPE, que señala:

"I. Toda persona tiene derecho:

1. ***Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le***

asegure para sí y su familia una existencia digna.

2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.

II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso u otro modo análogo de explotación que obligue a una persona a realizar labores sin su consentimiento y justa retribución".

El art. 48.11 de la Norma Suprema, expresa que: "Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajador y el trabajador".

A su vez, el art. 49 III, dispone que: "El Estado protegerá la estabilidad laboral. Se prohíbe el despido injustificado y toda forma de acoso laboral. La ley determinara las sanciones correspondientes".

El art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instituye que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que le asegure a ella como a su familia, una existencia con forme a la dignidad humana".

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su art. 28, proclama que el hombre, mediante su trabajo, tiene el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

*Efectuado el análisis de todos los antecedentes de la presente acción de amparo constitucional y de las afirmaciones en audiencia de los propios representantes de la autoridad demandada, reconociendo el hecho de no haberse dado cumplimiento a la Resolución de recurso jerárquico 770/2012, pronunciada por el Vicerrector de la UNIPOL "Mcal. Antonio José de Sucre", **se concluye que efectivamente fue vulnerado el derecho al trabajo expresado en el art. 46.1 de la CPE., en razón a que este derecho, consiste en la posibilidad de ejercer alguna actividad laboral que posibilite la provisión de los medios de subsistencia necesarios para una vida digna**, de los cuales fue privado el ahora demandante con el actuar administrativo burocrático de la Policía Boliviana.*

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1850/2013
Sucre, 29 de octubre de 2013

El art. 46 de la CPE

El art. 46 de la Norma Fundamental prescribe:

I. Toda persona tiene derecho:

Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.

A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.

El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso u otro modo análogo de explotación que obligue a una persona a realizar labores sin su consentimiento y justa retribución.

Conforme a la norma constitucional descrita precedentemente "A decir de Drzewicki: 'El derecho ai trabajo y los derechos en el trabajo constituyen un núcleo, no sólo de los derechos socioeconómicos, sino también de los derechos humanos fundamentales. Un denominador central de derechos relacionados con el trabajo, en términos de su objeto o contenido, parece ser «una labor» (trabajo). En su tradicional por estrecho sentido, el trabajo ha sido percibido como un medio de ganarse la vida, o en otras palabras, sólo un medio de supervivencia económica. A principios del siglo XX, otra perspectiva más importante y global empezó a ser discutida: la interdependencia entre las condiciones laborales, la justicia social y la paz universal.

Adicionalmente las percepciones modernas han intensificado positivamente el concepto del trabajo como valor humano, una necesidad social y un medio de auto-realización y desarrollo de la personalidad humana'.

El art. 23.1 de la Declaración de Derechos Universal Humanos (DUDH), en cuanto al derecho al trabajo, dispone: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo".

A su vez, el art. 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que: "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo".

El derecho al trabajo ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como: "...la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona para desarrollar cualquier actividad física o intelectual..." (SC 1132/2010-R de 1 de diciembre); e incorporada en el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) cuando señala que: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (...) que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana...". En armonía con estas declaraciones, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este derecho en la SC 0102/2003 de 4 de noviembre, en sentido de que el derecho al trabajo: "...supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas,

equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por igual trabajo, sin ninguna distinción..." '. (SC 0567/2012 de 20 de julio).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1703/2013
Sucre, 10 de octubre de 2013

En la SC 1911/2004-R de 14 de diciembre, el Tribunal Constitucional determinó que: "...una vez agotada la vía administrativa, los recurrentes deben acudir ante el órgano competente para que, en ejecución de esos fallos, haga cumplir los mismos, no siendo el recurso de amparo constitucional la vía idónea para ese fin, habida cuenta que se activa solamente ante la vulneración clara y efectiva de un derecho fundamental; así, se ha establecido una línea jurisprudencial en los casos en que se solicitó la ejecución de sentencias pasadas con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, impide conocer un asunto en el que se impetre la ejecución de una sentencia, resolución o fallo, pues esa labor le corresponde al órgano que lo emitió (SSCC 0354/2Q03-R y 0889/2004-R); razonamiento aplicable también para la ejecución de resoluciones administrativas, pues es al propio órgano emisor de la resolución administrativa al que le corresponde ejecutar sus resoluciones, y sólo si el órgano omite cumplir su deber de manera reiterada y ostensible, y se han agotado los medios legales para que tal órgano cumpla con su deber, se abrirá la jurisdicción constitucional, no para ejecutar las resoluciones, sino para reparar una lesión al debido proceso o a otros derechos fundamentales, dado que la eficacia de las resoluciones se constituye en un derecho que emerge de la garantías del debido proceso, y la no ejecución lesiona tal derecho".

Esa situación de renuencia deliberada de cumplir una orden de restitución emanada de autoridad competente, lesiona el derecho a la eficacia de las resoluciones administrativas ***que se constituye en un imperativo básico del Estado de Derecho (art. 1 de la CPE) en este sentido se vulnera el derecho a la eficacia de los fallos -en este caso de resoluciones administrativas-, cuando se produce un incumplimiento total o parcial de los mismos, o cuando pretendiendo cumplirlos se da un alcance diferente o distorsionado.***

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1510/2013
Sucre, 30 de agosto de 2013

El derecho al trabajo y a la remuneración justa como medio de subsistencia

La Constitución Política del Estado vigente, en la Primera Parte, Título II, Capítulo Quinto referido a los derechos sociales y económicos, Sección III sobre el derecho al trabajo y al empleo, en el art. 46 establece que: *"I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le*

asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas...".

En cuanto a su conceptualización, este Tribunal en la SC 0549/2007-R de 3 de julio, citando a su vez como referente a la SC 1132/2000-R de 1 de diciembre, señaló que el derecho al trabajo es la: "…potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona para desarrollar cualquier actividad física o intelectual tendiente a generar su sustento diario como el de su familia...".

Derecho de naturaleza social y económica que significa la potestad o derecho que tiene toda persona según su capacidad y aptitudes, a buscar un trabajo, postularse o acceder al mismo, y mantenerlo, claro está de conformidad a las circunstancias y exigencias del mismo, y según el orden normativo que lo regula, de tal manera que en base a este derecho quien desarrolla la actividad física o mental también tiene derecho a una remuneración o salario justo y equitativo con el fin de procurarse su propia manutención como la de su familia, para subsistir en condiciones mínimas de dignidad humana.

Así también, este Tribunal Constitucional Plurinacional, lo precisó como: «Derecho de naturaleza social y económica que significa la potestad o derecho que tiene toda persona según su capacidad y aptitudes, a buscar un trabajo, postularse o acceder al mismo, y mantenerlo, claro está de conformidad a las circunstancias y exigencias del mismo, y según el orden normativo que lo regula, de tal manera que en base a este derecho quien desarrolla la actividad física o mental también tiene derecho a una remuneración o salario justo y equitativo con el fin de procurarse su propia manutención como la de su familia, para subsistir en condiciones mínimas de dignidad humana» (SC 0883/2010-R de 10 de agosto)"' (las negrillas son añadidas).

El derecho de la sociedad a un gobierno y una administración pública eficiente

La administración pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados (art. 232 de la CPE), en miras a satisfacer debidamente los fines del Estado {art. 9 de la CPE), de ahí las tareas del Estado se desempeñan en el orden institucional estatal a través de los órganos constituidos, manejados por personas naturales que ostentan la calidad de servidoras públicas o servidores públicos, cuyos actos en ejercicio del servicio público son imputables al ente estatal. Esto en la lógica de la teoría del Estado como un ente ficticio compuesto exclusivamente para el cumplimiento de los fines que las personas han decidido asignarle a momento de pactar su construcción institucional (contractualismo) deviene en una lógica institucional en la cual las servidoras y servidores públicos actúan en el ejercicio de una representación pública que tiene como único y exclusivo fin la satisfacción de las necesidades de los seres humanos que habitan el territorio boliviano.

Las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus

funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichas problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1469/2013
Sucre, 22 de agosto de 2013

III.7.En cuanto al derecho al trabajo

Con relación al derecho a trabajo, el art. 46.1 de la CPE, establece que: "Toda persona tiene derecho: 1. al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación y con remuneración o salario justo, equitativo, satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna...".

En concordancia con el art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo".

Al respecto la jurisprudencia constitucional, precisando el carácter del derecho al trabajo refirió que: "...no implica la obligación del Estado de otorgar a todos los ciudadanos un puesto de trabajo, sino que lo obliga a adoptar políticas que la creación de puestos de trabajo tanto en el sector público como privado, y a tutelar este derecho fundamental contra actos que priven o restrinjan el ejercicio de este derecho o actitudes discriminatorias, a fin de garantizar iguales oportunidades para conseguir y tener estabilidad en un puesto de trabajo, en mérito al cumplimiento de los requisitos generales exigidos para el mismo" (SC 0203*/2005-R de 9 de marzo, reiterado por la SCP 0815/2012 de 20 de agosto).*

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1198/2013
Sucre, 1 de agosto de 2013

III.5. Sobre el derecho al trabajo, acoso laboral y la discriminación

El art. 46 de la CPE, establece:

I. Toda persona tiene derecho:

1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.

El art. 49.111 de la CPE determina: "El Estado protegerá la estabilidad laboral. Se prohíbe el despido injustificado y toda forma de acoso laboral. La ley determinara las sanciones correspondientes" (negrillas añadidas).

La jurisprudencia constitucional, precisando el carácter del derecho al trabajo indicó: "...no implica la obligación del Estado de otorgar a todos los ciudadanos un puesto de trabajo, sino que lo obliga a adoptar políticas; que favorezcan la creación de puestos de trabajo tanto en el sector público como privado, y a tutelar este derecho fundamental contra actos que priven o restrinjan el ejercicio de este derecho o actitudes discriminatorias, a fin de garantizar iguales oportunidades para conseguir y tener estabilidad en un puesto de trabajo, en mérito al cumplimiento de los requisitos generales exigidos para el mismo" así lo entendió la SC 0203/2005-R de 9 de marzo.

CUARTO AGRAVIO: PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y DE LA SANCIÓN INTERPUESTA.- *En aplicación de los arts. 13 y 14 de la Constitución Política del Estado, 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 inc. 1) y 1506 del Código Civil, interpongo PRESCRIPCIÓN en contra de la Resolución sancionatoria ASFI/N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, bajo la siguiente fundamentación:*

ANTECEDENTES

A los efectos de que su autoridad realice una objetiva consideración de este agravio invocado, se deben considerar los siguientes antecedentes:

1.1- *La última asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Administración y Vigilancia donde la Sra. Mary Nery Balcázar fue reelecta como titular del Consejo de Administración y al Sr. Juan Salas como titular del Consejo de Vigilancia se realizó en fecha 5 de marzo del año 2010, conforme a la Copia Notariada del Acta N°47 de la Asamblea General Ordinaria de Socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro.*

1.2- *La última asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Administración Celina Chávez Vda. de Viera, Máximo Córdova Valverde y Miguel Egüez Aguilera se realizó en fecha 4 de marzo del año 2011, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro.*

1.3- *La penúltima asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Vigilancia Juan Gruich Ramos, María Dina Galvíz de Justiniano, Miguel Egüez Aguilera y Máximo Córdova Valverde, se realizó en fecha 13 de marzo de 2009 y duro hasta el 25 de febrero de 2012, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de*

los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro, conforme a los Art. 35 y 46 del Estatuto aprobado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005.

NORMATIVA APLICABLE A LA PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Si bien, por una omisión involuntaria, no se alegó la prescripción de la infracción y de la sanción que se intenta interponer a nuestra entidad, la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, de manera expresa prevén que la misma puede ser invocada en cualquier estado de la causa y es irrenunciable, conforme a la aplicación del art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 inc. 1) y 1506 del Código Civil, por lo cual, interpongo PRESCRIPCIÓN de la infracción y de la sanción, conforme a las normas jurídicas y jurisprudencia que se invocan a continuación:

ARTICULO 799 LPA (Prescripción de Infracciones y Sanciones).

Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley.

ARTÍCULO 1492. (EFECTO EXTINTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN).-

Los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece.

ARTÍCULO 1495. (RÉGIMEN LEGAL DE LA PRESCRIPCIÓN).-

No se puede modificar el régimen legal de la prescripción ni prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

ARTÍCULO 1497. (OPORTUNIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN).-

La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, aunque sea en ejecución de sentencia si está probada.

Conforme a los antecedentes expuestos y la normativa legal invocada, toda vez que ***LA PRESCRIPCIÓN PUEDE SER INVOCADA EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO,*** *incluso en ejecución de sentencia****, siendo la misma de ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLE****, y, toda vez que ha operado la prescripción para observar y procesar las supuestas*

infracciones por las cuales se nos sanciona, prescribiendo la atribución de la ASFI, de manera qué, sólo se podrían observar e imponer una sanción a las infracciones futuras, es decir, que se produzcan a partir de la próxima asamblea de socios y en lo futuro, solicitamos se declare la PRESCRIPCIÓN de la supuesta infracción y de la sanción que se intenta interponer, disponiendo la extinción de la infracción y/o de la sanción por prescripción, en aplicación expresa de la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que se transcribe a continuación, de carácter obligatoria y vinculante para toda autoridad o particular:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0117/2013
Sucre, 1 de febrero de 2013

La presente acción de inconstitucionalidad concreta, ha sido promovida por el accionante en representación de Néstor Alberto Angulo Zambrana, dentro del recurso de revocatoria interpuesto contra la RA 204, emitida por el Director Ejecutivo a.i. de la Dirección General de Aeronáutica Civil, demandando la inconstitucionalidad del art. 185 de la Ley 2902, cuyo precepto señala: "La inobservancia y contravención a las disposiciones de la presente Ley, sus Decretos y Normas Reglamentarias y la Reglamentación Aeronáutica Boliviana que estén caracterizadas como faltas y no importen delitos, serán determinadas por la autoridad aeronáutica y sancionadas con:

a) Apercibimiento

b) Multa de hasta el máximo que determine la reglamentación.

c) Suspensión temporal o indefinida de las licencias y habilitaciones concedidas por la autoridad aeronáutica.

d) Suspensión temporal o revocatoria del Certificado de Operador Aéreo y/ o permisos otorgados para la explotación de los servicios Aero comerciales".

III.3. El principio de supletoriedad

Con relación al significado de la supletoriedad, José Luis Ibáñez señala: "y es que no puede negarse la existencia de lagunas legis -no tolerables por el ordenamiento jurídico, lo que, según González Pérez, puede obedecer a que estemos ante casos inexistentes en el momento de la promulgación de la Ley o la imperfección del legislador al regular los casos ya existentes. Así como tampoco puede negarse que el propio ordenamiento jurídico establece los mecanismos precisos para su integración lo que, en la mayoría de los supuestos implica establecer las reglas para resolver el problema de ausencia de la ley.

En este entendido, es que ante ausencia de la ley o vacíos de la ley puede ser aplicable el principio de subsidiariedad, toda vez que la anomia se soluciona acudiendo a normas de otro ordenamiento diferente.

Al respecto de los vacíos normativos y la aplicación del principio de supletoriedad, la SC 0221/2004-R de 12 de febrero, ha señalado: "...Con relación al vacío normativo, cabe señalar que se produce en aquellos supuestos en los que el legislador, al elaborar la Ley, crea una determinada institución jurídica, pero omite regular un determinado elemento o detalle referido a la institución creada, con lo que se origina un vacío normativo en la Ley. Según enseña la doctrina, el vacío normativo se resuelve por medio de procedimientos de integración normativa, lo que supone una aplicación supletoria de normas contenidas en otras leyes análogas o, en su caso, aplicando los principios generales del Derecho. Ahora bien, para la aplicación supletoria de una norma legal a situaciones no contempladas expresamente en una Ley, requiere de la concurrencia de las siguientes condiciones: 1) la previsión expresa contenida en la Ley que presenta el vacío normativo de la aplicación supletoria de determinadas leyes para las situaciones no previstas expresamente; 2) la analogía legis, es decir, que la situación no contemplada expresamente en la Ley que presenta el vacío normativo sea igual a la situación regulada por la otra Ley, cuya norma se aplicará por supletoriedad.

III.4. Del derecho a la defensa

Con relación al derecho a la defensa, establecido por el art. 115 de la CPE, la SCP 1089/2012 de 5 de septiembre, señala: "El anterior Tribunal Constitucional, en la SC 2777/2010-R de 10 de diciembre, ratificó el entendimiento de las SSCC 0183/2010-R y 1534/2003-R, precisando que el derecho a la defensa es la: "'...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.', entendimiento ratificado recientemente por la SC 0183/2010-R de 24 de mayo, que además precisó que el derecho a la defensa se extiende: '...i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; ii) Al derecho a presentar prueba; iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal, que actualmente se encuentra contemplado en el art. 119.11 de la CPE'".

III.5. Normas constitucionales cuya infracción se denuncia

"Artículo 109.

Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por ley"

"Artículo 115

El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia, plural, pronta y oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

"Artículo 14

El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos".

Las normas del Libro Primero del Código Penal Boliviano, se aplicarán a los delitos previstos en esta Ley en cuanto sean compatibles"; en este entendido, se evidencia que dicha disposición ha previsto la aplicación supletoria de una ley análoga, como resulta ser la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma tiene por objeto establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público, entre otras.

En este entendido, es aplicable con relación al régimen de las prescripciones lo establecido por el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual señala: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 600/2011-R
Sucre, 3 de mayo de 2011

III.1. Alcances y fines de la prescripción de la acción penal

En principio, es necesario recordar que la prescripción constituye una institución jurídica en virtud de la cual, y por el transcurso del tiempo determinado por ley, cesa la persecución penal del Estado ejercitada a través de los órganos jurisdiccionales, o por los particulares en los delitos de acción privada. Se funda en un interés social por cuanto el Estado no puede prolongar indefinidamente en el tiempo la persecución penal, ya sea por negligencia de la víctima o falta de interés de los órganos encargados de la misma.

Guillermo Cabanellas, refiriéndose a este instituto, señaló que constituye: "La consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono desidia, inactividad o impotencia" En materia penal sostiene el mismo tratadista que involucra la: "extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o falta luego de quebrantada la condena"

En correspondencia con lo dicho la jurisprudencia constitucional, ha establecido que: "... La prescripción se traduce en los efectos que produce el transcurso del tiempo sobre el ejercicio de una determinada facultad. Esta definición, aplicada al ámbito penal, significa la expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar debido al tiempo transcurrido.

Conforme a ello, es el propio Estado el que, a través de la norma penal (procesal o

sustantiva, según las legislaciones), establece los límites de tiempo en que se puede ejercer la persecución penal. La actividad represiva del Estado no puede ser ejercida de manera indefinida, ya que al hacerlo se quebrantaría el equilibrio que debe existir entre la función de defensa de la sociedad y la protección de derechos y garantías individuales" (SC 0023/2007-R de 16 de enero).

El mismo entendimiento, luego de identificar las razones que fundamentan la prescripción, concluyó que ésta: "...debe fundamentarse desde la Constitución, en la medida en que este instituto está íntimamente vinculado con los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, fundamentalmente la garantía del debido proceso, la prohibición de indefensión y el derecho a la seguridad jurídica.

Así, respecto al derecho a la defensa, es innegable que si pese al tiempo transcurrido, la acción penal se dirigiera contra el supuesto culpable, llegando inclusive a imponerse una pena, se produciría una grave indefensión, pues los medios de defensa de los que podría servirse el imputado, o ya no existirían o se encontrarían debilitados, corriéndose el riesgo de condenar a un inocente por el tiempo transcurrido...".

QUINTO AGRAVIO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD. MOTIVACIÓN Y DEBIDO PROCESO: *Le hacemos notar a su Autoridad que, la infracción por la cual, de manera arbitraria y violatoriamente pretenden aplicarnos una sanción, que sería:* ***"Haber identificado que miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia habrían sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras"****, no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en el Reglamento de Faltas y Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI, en aplicación de los arts. 71, 72, 73 y 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo, este accionar es contrario al principio de seguridad jurídica, ya que el accionar de la administración pública y de toda autoridad debe enmarcarse en la Ley y no se pueden hacer interpretaciones arbitrarias y mucho menos imponer sanciones por infracciones, en los casos en los que la Ley expresamente no las prevea o tipifique.*

Le pedimos se considere la normatividad expresa de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala sobre el particular:

ARTÍCULO 71 (Principios Sancionadores).

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

ARTÍCULO 72 (principio de Legalidad).

Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

ARTÍCULO 73 (Principio de Tipicidad).

I. *Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

II. *Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

III. *Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad.*

ARTÍCULO 74 (Principio de Presunción de Inocencia).

En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo.

ARTÍCULO 77 (Principio de Irretroactividad).

Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "FATIMA Ltda.", tampoco nosotros, nunca hemos sido formalmente notificados con alguna Ley, tampoco en ningún momento que el SIREFI o la ASFI han incluido DE MANERA EXPRESA dentro del REGLAMENTO DE FALTAS Y SANCIONES, estableciendo expresamente ***que los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras"****, no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), mucho menos que han establecido COMO UNA INFRACCIÓN Y UNA SANCIÓN EXPRESA por su incumplimiento, según su naturaleza y gravedad, especificando cuales son de carácter personal y cuáles de carácter institucional, así como cuando se las considera por acción o por omisión, a los efectos de dar cumplimiento a los Art. 17 parágrafo I, 18, 21 y 22 del D.S. 27175 Reglamento del Sistema de Regulación Financiera.*

Le solicitamos se aplique la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad, que a continuación se transcribe:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0143/2012
Sucre, 14 de mayo de 2012

III.2.I. Jurisprudencia relacionada con el debido proceso, el derecho a la defensa y la motivación de las resoluciones en sede administrativa El Tribunal Constitucional, en la SC 1289/2010-R de 13 de septiembre, señaló que: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, ha establecido que el derecho al debido proceso '...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión'.

En el mismo sentido, la SC 0577/2004-R de 15 de abril, respecto a las resoluciones de los tribunales de alzada, ha establecido que la '...exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando el Juez o Tribunal debe resolver en apelación la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia (...), es imprescindible que dichas Resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan y que permitan concluir, que la determinación sobre la existencia o inexistencia del agravio sufrido fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, del mismo modo que se exige al apelante cumplir con la obligación de fundamentar los agravios; por cuanto, en la medida en que las resoluciones contengan, los fundamentos de hecho y de derecho, el demandado tendrá la certeza de que la decisión adoptada es justa; por lo que no le esta permito a un Juez o Tribunal, reemplazar la fundamentación por la relación de antecedentes, la mención de los requerimientos de las partes o hacer alusión de que el Juez de instancia obró conforme a derecho, (...); con mayor razón, si se tiene en cuenta que el contar con una Resolución debidamente fundamentada y motivada es un derecho fundamental de la persona y forma parte del debido proceso (las negrillas nos corresponden).

Por su parte, la SC 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto: "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas

sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas" (las negrillas nos pertenecen).

Respecto a la falta de motivación de las resoluciones inherentes a procesos disciplinarios en el seno de la Policía Nacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional mediante la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, ha determinado que: "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"*(las negrillas son nuestras).*

III.2.2. El debido proceso y el derecho a la defensa en la Constitución Política del Estado y su aplicación al ámbito administrativo

La Constitución Política de Estado, define los valores de sociedad en su art. 8, disponiendo que el Estado Plurinacional de Bolivia se sustenta entre otros, en el valor de la justicia social, para vivir bien; consecuentemente, la administración de justicia se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de partes ante el juez.

El art.115.II de la CPE, señala: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones". El art. 117.1, por su parte establece: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso (...)".

El art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General, en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, dispone: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que las garantías del debido proceso, no sólo son exigibles a nivel judicial, sino también deben ser de obligatorio cumplimiento por cualquier autoridad que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...) *Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos",* ***esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".***

El debido proceso es una garantía constitucional, que en virtud de los efectos de irradiación de la Constitución Política del Estado, es también aplicable a los procesos administrativos y a todos aquellos procesos disciplinarios de carácter sancionatorio que se presentan en todas las esferas institucionales, sean éstas públicas o privadas, dentro las cuáles se tenga que llegar a un fallo o resolución, decisión que en definitiva surte efectos jurídicos que indudablemente repercuten en *los derechos de las personas.*

Ticona Postigo, señala: "El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, él "Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo". A criterio del tratadista Saenz, "el Debido Proceso en su dimensión adjetiva, se refiere a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de todo tipo de proceso, sea este jurisdiccional, sea administrativo, o sea corporativo particular".

El proceso administrativo sancionatorio al igual que el procedimiento penal, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto: a) al juez natural, b) legalidad formal, c) tipicidad, d) equidad, y, e) defensa irrestricta. Eduardo García Enterría, en relación al proceso administrativo sancionador, ha señalado: "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no

tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal".

El proceso administrativo, reconoce el actuar procesal de las partes, que son las personas físicas o morales que intervienen en el proceso propiamente dicho y sobre las cuales gravitan las consecuencias de todos los aspectos del mismo, desde el inicio hasta la conclusión definitiva; en resumen, las partes de un proceso administrativo son: el Órgano Colegiado o autoridad investida con la facultad de sancionar o dicho de otra manera, el Juez Natural de "orden administrativo" y el servidor público, que actúa a nombre del Estado, contra el cual se sustanciará determinada acción disciplinaria" (SC 1448/2011-R de 10 de octubre).

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios. es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad (SC 0498/2011-R de 25 de abril).

Ahora bien, ingresando en los aspectos doctrinales relacionados al caso de autos, cabe señalar que uno de los elementos esenciales del debido proceso, es la motivación de las resoluciones, entendida ésta como un derecho fundamental de todos los justiciables y administrados constituyéndose en una de las garantías que forma parte del contenido adjetivo del ya referido "debido proceso"; siendo también un presupuesto fundamental del correcto ejercicio a la tutela judicial efectiva.

A su vez, el derecho a la defensa irrestricta, componente del debido proceso, se halla inserto en el art. 115.11 de la CPE, cuando: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa (...)". El derecho a la defensa irrestricta, es un elemento integrante transversal a todas las fases sustantivas del proceso penal o disciplinario. Al respecto, Binder afirma: "El Derecho a la Defensa cumple dentro del Proceso Penal, un papel particular, por una parte actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás".

El derecho a la defensa irrestricta, es uno de los mínimos procesales que debe concurrir dentro de un proceso sancionatorio en el que se encuentre presente el debido proceso, constituyendo de esta manera un bloque de garantías procesales dentro del procedimiento sancionador, siempre en procura de efectivizar un proceso justo.

III.2.3. La motivación de las resoluciones como elemento procesal adjetivo del debido proceso y el deber de pronunciarse respecto a la totalidad de las cuestiones reclamadas por los procesados

El respeto absoluto por el debido proceso, es materia de eminente orden público y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. La motivación de las resoluciones administrativas, entendida como garantía del debido proceso, tiene que ser comprensible, puntual, concreta y en todos los casos lógica, incluyendo el análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal y de aquellos otros derivados del eje central en cuestión, debiendo en todos los casos efectuarse una relación de causalidad estrecha entre los hechos y la normativa inherente al caso específico.

En ningún caso se puede entender que existe motivación por la sola aplicación mecánica del derecho. La motivación debe compulsar las pruebas y arribar a conclusiones jurídicas ciertas sobre la base de hechos probados. ***Cualquier autoridad administrativa que emita una resolución, debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar una minuciosa fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma, lo contrario significa que cuando ésta autoridad disciplinaria omite realizar una correcta motivación, elimina la parte estructural de la resolución, asumiendo una decisión de hecho y no de derecho, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable*** *que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo.*

El tratadista Agustín Gordillo, al referirse a los caracteres y requisitos que deben reunir las decisiones administrativas, ha expresado: "(...) no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos (...). El acto debe resolver todas las peticiones formuladas (...) o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto todas las legislaciones y la doctrina son uniformes". Esta ineludible exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando la autoridad administrativa o tribunal de alzada deba resolver la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia; más aún, si se trata de aspectos relacionados con excepciones interpuestas, que en todos los casos, su resolución tiene carácter definitivo causando efectos permanentes, razón por la cual, se reitera que resulta imprescindible que dichas resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan, permitiendo concluir, que la determinación asumida sobre la existencia o inexistencia de la falta administrativa, fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, de la misma manera que se exige del administrado apelante, cumplir con la obligación de fundamentar los agravios supuestamente sufridos.

"No basta la simple cita de preceptos legales en una resolución para considerar motivada ésta, sino que es preciso que se expongan las argumentaciones pertinentes que conduzcan a establecer la decisión correspondiente".

En tanto y en cuanto las resoluciones administrativas conlleven insertas en su texto de manera expresa los fundamentos de hecho y de derecho, el sujeto sometido al proceso tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad es a todas luces justa; razón por la cual no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes. Por otra parte, tampoco puede considerarse una

adecuada motivación el hecho de únicamente efectuar citas normativas en el texto resolutivo, tampoco es suficiente alegar que el actuar de la autoridad administrativa de primera instancia fue conforme a derecho, omitiendo el pronunciamiento respecto a todos los aspectos observados por la persona sometida a proceso, ya que el no pronunciarse en relación a algún extremo planteado, desvirtúa el fondo mismo del fallo asumido, ingresando en el terreno de la arbitrariedad*, que a criterio de Legaz y Lacambra; "es una actitud antijurídica que consiste en la negación del derecho como legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir por el propio poder público"*

Los tratadistas Ossorio y Florit, afirman lo siguiente: "Frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema de la sana crítica que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma". De la misma forma, Eduardo Couture, asevera que, "el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad".

En conclusión, corresponde afirmar rotundamente, que la ausencia de una suficiente y adecuada motivación, vulnera el derecho al debido proceso, persé el derecho a la defensa, impidiendo que la tutela jurisdiccional administrativa sea efectiva, dando lugar al extremo Inaceptable de la arbitrariedad, aclarándose que la obligación de motivar las resoluciones no significa que las decisiones adoptadas necesariamente deban satisfacer al administrado, lo que sí es trascendental, es que la decisión sea justificada, dando lugar a que de esta manera se lleguen a emitir decisiones justas efectivizando el imperio de la justicia constitucional de la igualdad, inserta en nuestra Constitución Política del Estado, garantizando a los ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales para el "vivir Bien".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1786/2011-R
Sucre, 7 de noviembre de 2011

La seguridad jurídica y el principio de legalidad en el nuevo orden constitucional

La SC 0096/2010-R de 4 de mayo, ha señalado: "Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como 'derecho fundamental', cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: 'A la vida, la salud y la seguridad', a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del 'derecho a la seguridad jurídica' como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.111 de

la CPE). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art., establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: "'a seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo'.

En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que 'la seguridad jurídica' al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, ha momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.

De tal manera que cuando se viola un derecho fundamental en esa instancia procesal sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia; más sin embargo ello no implica que sea tutelable, precisamente y como se tiene explicado, por no ser un derecho autónomo, como sostuvo la pasada jurisprudencia de este Tribunal. Por ello, cuando se exigía la tutela en su generalidad se lo hacía unido a otros derechos como lógica consecuencia, no así de manera independiente.

Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: 'la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad

Por lo expuesto precedentemente se concluye que, el principio de seguridad jurídica, si bien no puede ser invocado directamente como lesionado, sino se halla estrechamente vinculado a derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad, no se puede de dejar de lado el hecho que a través de la protección esos derechos y garantías, se materializa el cumplimiento de este principio.

En cuanto al principio de legalidad, de conformidad a lo previsto por el art. 180 de la

CPE, éste Tribunal a través de su SC 0275/2010 de 7 de junio, ha señalado que: "(...) es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria; al respecto este Tribunal a través de la SC 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la SC 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: 'el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho' (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley".

El debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito constitucional

El proceso sancionatorio, sea en el ámbito que fuere, necesariamente debe hallarse impregnado de todos los componentes que hacen al debido proceso, elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "...La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del "nullun crimen, nulla poena sine lege", evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.

El art. 117.1 de la CPE, señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, entendido éste como el derecho de toda persona física o jurídica a un proceso justo y equitativo, dentro del cual se garantice al procesado el conocimiento o notificación oportuna de la presunta falta cometida a efectos de que pueda estructurar eficazmente su defensa, consiguientemente le asisten también el derecho a ser escuchado, a presentar pruebas, a impugnar, y fundamentalmente el derecho a la doble instancia; otorgándole la oportunidad de defenderse sin restricción alguna de cualquier agresión a sus derechos originada en actos de cualquier particular o del propio Estado a través de sus autoridades; entendimiento que nos permite afirmar que el debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también a todo el universo del derecho sancionatorio.

***El debido proceso es transversal a todo procedimiento sancionatorio, haciendo a su esencia misma, en razón a que no podrá aplicarse sanción alguna si haber previamente escuchado los argumentos de defensa de la parte acusada**. La administración pública no puede apartarse del respeto absoluto al debido proceso,*

debiendo en todos los casos en los cuáles se inicie un procedimiento sancionatorio, comprobar los hechos dentro del marco del respeto a las garantías constitucionales, permitiendo a su vez que el procesado respalde su posición y en definitiva haga conocer su verdad ante un juzgador imparcial quien a la hora de emitir la resolución que corresponda habrá compulsado la totalidad de la documentación y evidencia sujeta a su consideración, garantizando de ésta manera el debido proceso hoy acusado de haber sido vulnerado.

La SC 0160/2010-R de 17 de mayo, señaló que: "El debido proceso, está reconocido constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los arts. 115.11 y 117.1 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE) -art. 16.IV de la CPE abrg-, y como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales".

En el mismo sentido la SC 0902/2010-R de 10 de agosto, determinó que: "En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.11 de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.11 de la misma norma; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPE abrg, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.1 de la CPE que dispone: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...'".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1787/2011-R
Sucre, 7 de noviembre de 2011

El debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito constitucional

El proceso sancionatorio, sea en el ámbito que fuere, necesariamente debe hallarse impregnado de todos los componentes que hacen al debido proceso, elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "...La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones

administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone; es decir, sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del "nullun crimen, nulla poena sine lege", evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.

El art. 117.1 de la CPE, señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, entendido éste como el derecho de toda persona física o jurídica a un proceso justo y equitativo, dentro del cual se garantice al procesado el conocimiento o notificación oportuna de la presunta falta cometida a efectos de que pueda estructurar eficazmente su defensa, consiguientemente le asisten también el derecho a ser escuchado, a presentar pruebas, a impugnar, y fundamentalmente el derecho a la doble instancia; otorgándole la oportunidad de defenderse sin restricción alguna de cualquier agresión a sus derechos originada en actos de cualquier particular o del propio Estado a través de sus autoridades; entendimiento que nos permite afirmar que el debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también a todo el universo del derecho sancionatorio.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0498/2011-R
Sucre, 25 de abril de 2011

El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. ".. La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". {García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

El art. 73.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) (Principio de Tipicidad) señala que: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y II Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios. es parte indisoluble del

debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1863/2010-R
Sucre, 25 de octubre de 2010

Sobre la garantía al debido proceso

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios. es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad.

A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente vulnerada, aspecto último que en el caso en examen, es incorrecto en el auto ampliatorio del sumario objeto de amparo.

De acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionador. correspondía en el presente caso al Tribunal Jerárquico, valorar las pruebas, los hechos acontecidos, las circunstancias que rodean a los hechos, las causas de justificación aplicables a cada caso: evaluar los descargos presentados por las partes, considerando las atenuantes que se esgrimen en las argumentaciones expuestas, así como las agravantes que pudieran surgir: finalmente lo más importante, tenía el deber ineludible de contrastar todo ello con las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación, para encontrar, sí existía, la causalidad entre los hechos o faltas cometidas y la norma que describe su sanción. La función del Tribunal Jerárquico, como de cualquier administrador de justicia, debe ser llevada a cabo respetando los principios y valores en que se sustenta la administración de justicia en general.

La tipificación en materia sancionatoria, no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La correcta tipificación, garantiza la efectiva aplicación de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0787/2010-R
Sucre, 2 de agosto de 2010

III.4.Sobre el proceso disciplinario en autos

El proceso disciplinario, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme, al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas, se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

La tipicidad en los procesos disciplinarios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad.

A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente violada, aspecto último que en el caso en examen, es incorrecto en el auto inicial del sumario objeto del recurso de amparo.

De acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionador, correspondía en el presente caso al Sumariante, valorar las pruebas, los hechos acontecidos, las circunstancias que rodean a los hechos, las causas de justificación aplicables a cada caso; evaluar los descargos presentados por las partes, considerando las atenuantes que se esgrimen en las argumentaciones expuestas, así como las agravantes que pudieran surgir de la evaluación; y, finalmente lo más importante, tiene el deber ineludible de contrastar todo ello con las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación dentro el presente sumario administrativo para encontrar la causalidad entre los hechos o faltas cometidas y la norma que describe su sanción. La función de sumariante como de cualquier administrador de justicia, debe ser llevada a cabo respetando los principios y valores en que se sustenta la administración de justicia en general.

La tipificación en materia sancionatoria, no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La

correcta tipificación, garantiza la efectivización de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo.

SEXTO AGRAVIO: VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL.- *La Resolución Sancionatoria, al establecer que: "Los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras", tipifica o contiene una INFRACCIÓN que no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en ninguna otra LEY, aspecto de absoluta relevancia, puesto que, se está estableciendo LÍMITES AL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES, de la entidad financiera, los Consejeros y sobre todo de sus socios.*

La limitación que se pretende imponer, necesariamente debería estar establecida en una LEY FORMAL Y MATERIALMENTE, sin embargo, nos encontramos que un REGLAMENTO es el que la impone, en franca violación al principio de reserva legal, y, derechos fundamentales y constitucionales.

Le solicitamos se aplique la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad, que a continuación se transcribe:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1666/2013
Sucre, 4 de octubre de 2013

Posteriormente, dicho entendimiento fue modulado por la SCP 0249/2013 de 8 de marzo, en la que se estableció que: "La Constitución Política del Estado en Bolivia ha asignado a la libertad una dimensión no sólo de derecho fundamental, sino también de valor, expresando su inviolabilidad, asumiendo además la obligación de respetarla y protegerla como deber primordial del Estado, en ese marco el art. 23.3 de la CPE, señala que "nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley. La ejecución del mandamiento requerirá que éste emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito" (énfasis agregado). De esta norma se tiene que para una legítima limitación del derecho a la libertad, se tienen tres condiciones: i) Que su regulación tenga como fuente normativa la actividad del Legislador el principio de reserva legal): ii) Que se produzca de acuerdo a las formas establecidas: y; iii) Que emane de autoridad competente.

Esto quiere decir que para su legítima restricción deben concurrir simultáneamente los tres elementos, en el caso que nos ocupa el Legislador al asignar potestad disciplinaria al juzgador y reconocerle la posibilidad de emitir el mandamiento de

arresto lo faculta expresamente, sin embargo, esta facultad debe limitarse por analogía del art. 225 del CPP, a un plazo máximo de 8 horas, pues lo contrario sería permitir que la autoridad ejerza una potestad disciplinaria sin limitación alguna, pues la facultad genérica de emitir mandamientos de arresto no puede ser entendida de manera irrestricta, y debe entenderse de acuerdo al art. 23.3 de la CPE, el desarrollo mencionado significa una modulación de la SC 0360/2006-R" (las negrillas son nuestras).

La interpretación contenida en la SC 0360/2006-R, realizada sobre el art. 339 en concordancia con el art. 129.5 del CPP, si bien determina que el juez o tribunal puede adoptar las medidas "necesarias" para asegurar el buen desarrollo del juicio; sin embargo, en cuanto a la facultad que aparentemente tendría el juez para ordenar el arresto en virtud a su poder ordenador y disciplinario, la misma no se encuentra expresamente establecida en la ley, y tampoco resulta proporcional respecto a los fines perseguidos por dicha medida, aún esa medida se encuentre limitada a las ocho horas, como lo entendió la SCP 0249/2013, también precedentemente glosada.

Así, en el caso del derecho a la libertad física, las condiciones de validez formal y material están previstas en el art. 23.111 de la Ley Fundamental, que establece el principio de señalar textualmente que "Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley".

Del texto constitucional glosado se infiere que los supuestos para la restricción del ejercicio del derecho a la libertad física o personal deben estar previamente definidos en la ley (condición material), en la que además se deberán establecer las condiciones y requisitos mínimos que deben cumplirse para aplicar la misma (condición formal); ello con la finalidad de evitar que la restricción se convierta en la regla y no en la excepción, y así evitar los excesos y abusos de poder en la aplicación de esta medida.

Con relación al caso que se analiza, respecto a la facultad de los jueces para ordenar la privación de libertad de una persona por la vía del arresto, se tiene que la misma no cumple con el de reserva de ley: toda vez que, la aplicación de dicha medida no está expresamente prevista en el texto normativo procesal penal; va que, si bien el art. 129.5 del CPP, establece que los jueces podrán emitir mandamientos de arresto: en ninguna parte de la nombrada disposición se determina de manera clara y precisa los casos en los que se aplicará la mencionada medida por las autoridades judiciales: no pudiendo entenderse que ésta deberá ser ordenada a partir de la facultad "ordenadora y disciplinaria" prevista en el art. 339 del mismo texto normativo; pues, en la última norma citada sólo se hace referencia a que se podrán adoptar las "providencias" que sean necesarias para mantener el orden y adecuado desarrollo de la audiencia, y en su caso, requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las decisiones y suspender el debate cuando no sea posible restablecer el orden alterado; sin señalarse de manera alguna que se podrá ordenar el arresto de una persona para lograr el orden en el desarrollo de la audiencia.

Efectivamente, en el marco de los postulados del Estado Constitucional que asume el

Estado Plurinacional y Comunitario boliviano, está prohibida la arbitrariedad y, por ende, todas las decisiones deben estar fundadas en la ley pero, fundamentalmente en la Constitución Política del Estado: de ahí, que las decisiones que se asuman deban ser razonables, y por lo mismo, las autoridades, y más aún los servidores judiciales, deben efectuar un uso razonable del poder que tienen. bajo los fundamentos de nuestro sistema constitucional, donde los derechos fundamentales tienen una posición privilegiada, conforme se desprende de los fines y funciones del Estado, entre ellos garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Norma Suprema (art. 9.5); los criterios constitucionalizados de interpretación de los derechos fundamentales, como el principio pro persona y el principio de interpretación, conforme a los pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (arts. 13.IV y 256 de la CPE) y los principios que sustentan la función judicial, entre ellos, el de respeto a los derechos (art. 178 de la CPE).

Ahora bien, en cuanto a la facultad que otorga el art. 129.5 del CPP., a favor del juez para emitir mandamientos de arresto, se debe entender que la misma debe ser ejercida en aquellos casos en los que expresamente la legislación procesal prevé la privación de libertad de las personas por vía del arresto, en función a la naturaleza misma y la finalidad que cumple la citada medida.

Por tanto, las autoridades judiciales no podrán emitir los mandamientos de arresto previstos por el art. 129.5 del CPP, de manera contraria a la interpretación desarrollada; entendiéndose que, en todo caso, la facultad prevista en dicha norma deberá ser aplicada sólo en aquellos casos expresamente previstos por la legislación procesal.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1369/2013
Sucre, 16 de agosto de 2013

Sobre el art. 14.IV y V de la CPE

La Constitución Política del Estado, en el Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte (Bases fundamentales del Estado - Derechos, Deberes y Garantías) tiene siete Capítulos, mismos que están referidos a Disposiciones Generales; Derechos Fundamentales; Derechos Civiles y Políticos; Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos; Derechos Sociales y Económicos; Educación Interculturalidad y Culturales y Comunicación Social. En el Capítulo Primero, sobre las disposiciones generales de los derechos y garantías constitucionales, el parágrafo IV del art. 14 de la Norma Suprema, establece: "En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer los que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban".

La Constitución Política del Estado vigente establece por primera vez los fines del Estado, poniendo de relieve, entre otros, el constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales; por ello, corresponde al Estado

garantizar no sólo el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe, sino entre otras funciones más, garantizar el cumplimiento de los principió, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Ley Fundamental.

De hecho, el enunciado del parágrafo I del art. 14 de la CPE, instituye un principio que ha sido y es de singular importancia en el derecho positivo, toda vez que el mismo si bien está relacionado con los derechos y garantías constitucionales, también está relacionado y de manera superlativa con la separación de funciones de los órganos del Estado, por cuanto en el Estado de Derecho, se destaca el límite al ejercicio del Poder estatal, mismo que se expresa, por ejemplo, en materia penal, en el hecho que no puede condenarse a alguien sino no está prevista previamente la pena por ley, misma que, además, debe originarse en el Órgano Legislativo que es al que le corresponde emitir las normas que describen los hechos punibles. El caso es que, como anota Guillermo Fierro, al referirse a lo expresado por Ricardo C. Núñez, "la libertad no existe en un pueblo en donde el poder que ejecuta la ley tiene el derecho de transformar en ley todas sus voluntades y también esa libertad se encuentra amenazada si el poder que hace la ley está encargado de aplicarla" (Guillermo J. Fierro, 1999, p.21); en otras palabras, la forma de garantizar el ejercicio de los derechos tiene también fundamento en la seguridad jurídica, por la cual ninguna persona esté sometida al arbitrio de las autoridades que detentan el poder y que cada acto u acción de las personas individuales o colectivas no puedan ser reprimidas sino existe una norma previa que la establezca o, por el contrario, esté cohibido de hacer algo cuando no existe norma expresa que la prohíba; ciertamente, dicha norma, por antonomasia, son también las normas constitucionales que establecen principios ético morales de la sociedad plural y valores en los que se sustenta el Estado.

III.5.Sobre el art. 115. I y II de la CPE La Parte Primera de Constitución Política del Estado, recordemos, trata sobre las bases fundamentales del Estado y los derechos, garantías y deberes de las personas, desarrollando, con relación a este aspecto, particularmente sobre los derechos, desde el art. 13 hasta el art. 108 de la Noma Suprema. En el Título IV de esta Primera Parte son expuestas las normas referidas a las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa en cuyo Capítulo Primero sobre las garantías constitucionales específicamente, establece que todos los derechos reconocidos en la Ley Fundamental son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección; además que los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.

Ciertamente la regulación de los derechos no implica, de ninguna manera, limitar o restringir tales derechos o garantías, sino que, respetando la esencia de cada derecho o garantía, sometidos al principio de reserva legal y otros que informan el Sistema Constitucional Plurinacional del Estado, el legislador creará normas que hagan eficaces tales derechos y garantías.

Ahora bien, sin soslayar la existencia de procesos y procedimientos de carácter

administrativo, a los que igualmente, en general, son aplicables los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez, lo es también el principio de impugnación en los procesos judiciales, garantizados por el art. 180 de la CPE, inserto en el capítulo correspondiente a la jurisdicción ordinaria desarrollado en la Parte Segunda relativa al estructura y organización funcional del Estado.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional refiriéndose al proceso sancionatorio ya sea en el ámbito judicial o administrativo, debe necesariamente contar con todos los elementos del debido proceso "…elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. '…La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penar (García de Enterría. E, y Fernández. T. R. Curso de derecho administrativo. II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del nullun crimen, nulla poena sine lege', evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad." (SC 1786/2011-R de 7 de noviembre).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0969/2013
Sucre, 27 de junio de 2013

De la aplicación de los principios constitucionales que rigen el Estado boliviano contenidos en la elaboración de una norma Se debe señalar al respecto que los y valores expresados en la Constitución Política del Estado, son componentes elementales de la justicia y del propio Estado, siendo éstos parte integrante de su funcionamiento de conformidad con lo expresado en el art. 9.4 de la CPE, que señala que son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: "Garantizar el cumplimiento de los principios , valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución" (las negrillas son nuestras).

Asimismo, se debe establecer que no sólo el Estado y por consiguiente sus Órganos públicos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, deben cumplir dichos principios, sino que también el cumplimiento de los principios se vuelve un imperativo no solamente para el Estado y sus instituciones, sino para todas y todos los ciudadanos bolivianos como un deber, estableciendo por su parte el art. 108.3 de la CPE, que son deberes de las bolivianas y bolivianos: "Promover y difundir la práctica de los valores y principio s que proclama la Constitución" (las negrillas son agregadas).

Respecto a los principios y el contenido de los mismos deben ser considerados y respetados en la elaboración de una norma y al ser principios contenidos en el texto constitucional, son mandatos jurídicos dirigidos a todos los Órganos Públicos y a los propios ciudadanos, de esta forma, podemos citar la jurisprudencia contenida en la SC 0773/2005-R de 7 de julio, que señaló: "Los principios fundamentales ocupan un lugar preponderante en nuestro ordenamiento constitucional, dado que conforme al art. 229 de la CPE, están en la cúspide del mismo.

Estos principios hacen referencia a las normas que fundamentan todo el sistema constitucional y tienen por objeto determinar los rasgos esenciales del sistema político, la titularidad del poder, la modalidad de su ejercicio, así como su finalidad. Estos constituyen verdaderos mandatos jurídicos, dirigidos, en primer término, al legislador - y también al órgano ejecutivo, cuando asume su facultad reglamentaria-, para que sean tomados en cuenta en el proceso de creación de la normas, pues al ser éstos la base en la que se inspira el modelo de sociedad que la Constitución propugna, debe existir armonía entre la ley a crearse y los principios constitucionales.

En segundo término, los principios, como mandatos jurídicos, también se dirigen a las autoridades judiciales o administrativas que van a aplicar las normas jurídicas, en el entendido que al ser jerárquicamente superiores, presiden la interpretación de todo el ordenamiento, e inclusive de la Constitución misma.

Las funciones anotadas, coinciden con el carácter informador del ordenamiento Jurídico, que tienen los principios; carácter que, de acuerdo a la doctrina, implica que estos principio son directrices para la elaboración de las leyes y para la labor interpretativa, además de ser un parámetro para determinar la inconstitucionalidad de las normas..." (negrillas agregadas).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0970/2013
Sucre, 27 de junio de 2013

Este principio fue definido por la jurisprudencia constitucional institución jurídica "…como la institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una ley: es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo: a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, debe ser materia de otra ley. En el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, este principio es aplicado para impedir cualquier exceso en la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales para preservar la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, no es menos cierto que, en aplicación del principio de reserva legal, esas limitaciones solo pueden ser impuestas mediante ley en sentido formal.

En consecuencia, conforme al razonamiento precedentemente expuesto el principio

de reserva legal ,en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, resultaría lesionado cuando una norma inferior a una ley imponga limitaciones al ejercicio de algún derecho fundamental consagrado por la Constitución o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; a contrario sensu, no resulta lesionado el principio cuando la limitación de un derecho fundamental es impuesta por una ley en sentido formal, y dicha Ley es reglamentada en su parte operativa por otra disposición inferior", en ese sentido, la DC 0006/2000 de 21 de diciembre citada por la SC 0069/2006 de 8 de agosto, y la SCP 0680/2012 entre otras.

Conforme lo establece el art. 109.11 de la CPE, los derechos y las garantías solamente serán regulados por ley, constituyendo así la reserva de ley un límite a la potestad administrativa sancionatoria plasmándose en una garantía real para el ciudadano, por cuanto en tal sentido la SCP 0680/2012 de 2 de agosto, refiere que el Órgano Legislativo mediante la Asamblea Legislativa Plurinacional. es: "...el competente para emitir leyes que desarrollen los preceptos o derechos fundamentales -en su sentido material sin alterar su núcleo esencial- contenidos en la Ley Fundamental y a su vez imponer sus límites: constituyéndose esta atribución en una restricción frente a otros Órganos que pretendan regular derechos cuando esto sólo puede realizarse a través de una ley".

En ese sentido, la reserva de ley viene a ser la imposibilidad de regular establecidas materias, puesto que en las mismas tal regulación solamente podrá darse mediante ley -atribución exclusiva del Órgano Legislativo-, resultando entonces posible que mediante la emisión de leyes una suerte de limitación constitucional aplicable de derechos fundamentales cuando la propia naturaleza de estos la permitan.

III.6. El principio de legalidad

Conforme lo establece el art. 180.1 de la CPE, el principio de legalidad es uno de los principios procesales en los cuales se fundamenta la jurisdicción ordinaria, debe entenderse por de legalidad, el sometimiento a la ley y a la normativa vigente en un Estado, tanto por los gobernantes como por los gobernados, situación que conlleva a que una decisión sólo podrá ser adoptada dentro de los límites previamente establecidos por una ley material anterior.

Sobre este principio, la jurisprudencia constitucional expresó que: "...el principio de legalidad, que es una manifestación del principio general de imperio de la ley, según el cual todos (gobernantes y gobernados), se encuentran sujetos a la ley y únicamente en virtud de ella adquieren legitimidad sus actuaciones. Conforme a esto, en el marco de nuestra Constitución, como en las otras de esta órbita de cultura, el principio -de legalidad se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación, al que debe sujeción todo funcionario, cualquiera sea su jerarquía"; en ese sentido, la SC 0129/2004 de 10 de noviembre, citada a su vez entre otras por la SC 0085/2006 de 20 de octubre.

Así también, la SCP 0770/2012 de 13 de agosto, que en cuanto al respeto y la vigencia de este principio desarrolló: "…el mismo en sus dos vertientes, en este sentido, a través de la SC 0062/2002 de 31 de julio, precisó: "…el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna; consiguientemente, se constituye en un presupuesto básico insoslayable de la administración (realización) de la justicia, de que, siendo la ley expresión de la voluntad de sus destinatarios en materia sancionatoria, se legitimiza sólo cuando la misma ha sido aprobada con las exigencias formales establecidas por el ordenamiento superior: su Constitución. (…) el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley…"

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0552/2013
Sucre, 15 de mayo de 2013

Respecto a la supremacía constitucional y jerarquía normativa de la supremacía constitucional denota que tanto el jurídico como político de un Estado se encuentra establecido sobre la base de la Constitución afirmando así el carácter normativo de la misma, lo cual tiene por consecuencia el aceptar que las normas inferiores no pueden contradecirla. Por lo que el efectivizar dicha supremacía se constituye en el objeto de la jurisdicción constitucional.

El principio de jerarquía normativa según Francisco Fernández Segado "implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución".

La jurisprudencia constitucional señaló respecto a la supremacía constitucional que: "...está determinada por el lugar de preeminencia que ocupa frente a todas las demás normas jurídicas, en tal sentido, de acuerdo a lo establecido en el art. 410.11 de la CPE. la Norma Suprema está situada en el primer lugar dentro de la gradación de la estructura normativa, lo cual conlleva al reconocimiento de su jerarquía, frente a cualquier otra disposición legal, por tanto el texto constitucional, representa el punto más alto de la estructura jurídica del Estado, constituyéndose en el sustento o fundamento de las demás disposiciones legales, de donde nacen los niveles jerárquicos en función al órgano que emite la norma, su importancia y el sentido funcional de la misma.

El tratadista Maurice Duverger, manifestó que la supremacía de la Constitución escrita es, el instrumento jurídico de la limitación de los gobernantes. Ella significa, en efecto, que todos deben obedecer a sus disposiciones sin poder modificarlas.

El principio de supremacía constitucional '...determina qué norma se encuentra en la cúspide de ese entramado normativo de modo que aquéllas de jerarquía inferior sean

conformes en contenido y forma con las normas de jerarquía superior' (Así lo estableció la SC 0015/2006 de 4 de abril). En igual sentido, aunque desde otra perspectiva la SC 0066/2005 de 22 de septiembre, establece que el principio de la supremacía constitucional: '...garantiza y posibilita la realización material de los principios acuñados por la Constitución: nace de la cualidad específica de la Constitución, como base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo' y del cual. - según refiere la citada Sentencia- nacen a su vez 'los principios de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución...'.

Así, por el principio de supremacía constitucional y de jerarquía normativa establecida en el art. 410 de la CPE, determina que ninguna ley o disposición legal puede contradecir la misma." (SCP 0680/2012 de 2 de agosto).

III.3. De la reserva de ley

Por mandato del art. 109.11 de la CPE. los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley, de tal manera, que corresponderá únicamente al Órgano Legislativo mediante la Asamblea Legislativa Plurinacional el emitir leyes que desarrollen los preceptos o derechos fundamentales -en su sentido material sin alterar su núcleo esencial- contenidos en la Norma Suprema y a su vez imponer sus límites: constituyéndose esta atribución en una restricción frente a otros Órganos que pretendan regular derechos cuando esto sólo puede realizarse a través de una ley.

Por cuanto, la reserva de ley viene a establecer la imposibilidad de regular determinadas materias, ya que en las mismas tal regulación, solamente podrá darse mediante ley -atribución exclusiva del Órgano Legislativo-, resultando entonces posible que mediante la emisión de leyes exista una suerte de limitación constitucional aplicable a derechos fundamentales cuando la propia naturaleza de estos la permitan.

El Tribunal Constitucional Plurinacional mediante su jurisprudencia definió el principio de reserva legal como: '"...la institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una ley: es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo: a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, debe ser materia de otra ley'. En el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, este principio es aplicado para impedir cualquier exceso en la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que pueden imponerse límites al ejercicio de los derechos fundamentales para preservar la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, no es menos cierto que, en aplicación del esas limitaciones solo pueden ser impuestas mediante ley en sentido formal.

En consecuencia conforme al razonamiento precedentemente expuesto el principio de reserva legal, en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, resultaría lesionado cuando una norma inferior a una ley imponga limitaciones al ejercicio de

algún derecho fundamental consagrado por la Constitución o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; a contrario sensu, no resulta lesionado el principio cuando la limitación de un derecho fundamental es impuesta por una ley en sentido formal, y dicha Ley es reglamentada en su parte operativa por otra disposición inferior" (el resaltado nos corresponde), en ese sentido la SCP 0680/2012 de 2 de agosto, que cita a la SC 0069/2006 de 8 de agosto y la DC 06/2000 de 21 de diciembre.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 126/2013L (sic)
Sucre, 20 de marzo de 2013

Sobre los principios de legalidad o primacía de la ley y de reserva de la ley

En primer lugar veamos, a lo que se refieren los principio s que reclama el accionante; en primer lugar la SCP 1353/2012 de 19 de septiembre, sobre el principio de legalidad señaló: "Los bolivianos y las bolivianas estamos sometidos a la Constitución Política del Estado y sus leyes, tal como señala la SCP 0270/2012 de 4 de junio refiriéndose a la SC 0982/2010-R de 17 de agosto, que manifestó: 'El principio de legalidad en su clásica concepción implica el sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley; significa, entonces, el reconocimiento al legislador como único titular de la facultad normativa, a la cual debe estar sometida la administración. Sin embargo, actualmente dicha definición resulta insuficiente en el marco del estado constitucional de derecho y el sistema constitucional boliviano vigente; por ello debe entenderse que dicho principio-supone, fundamentalmente, el sometimiento de los gobernantes y gobernados a la Constitución Política del Estado, la vigencia de derecho y el respeto a la norma.

Consecuentemente en un Estado Constitucional se sustituye el gobierno de los hombres por el gobierno de la Constitución Política del Estado, por lo que gobernantes y gobernados nos encontramos sometidos a la Constitución Política del Estado y a las leyes'".

Por otro lado, en esencia el principio de reserva legal se encuentra previsto -entre otros- en el art. 109.11 de la Constitución Política del Estado, en el que se señala: "Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley". Este principio constitucional implica que la Constitución entrega al ámbito de potestades del legislador, la regulación y reglamentación del conjunto de derechos, garantías y materias contempladas en el texto constitucional.

De ahí que por mandato constitucional sólo el legislador tiene atribuciones para regular, sistematizar y reglamentar los derechos y garantías comprendidos en el texto constitucional, en consideración a la limitación natural que estos deben tener a partir de los derechos y garantías de otras personas, además de otros factores para limitar los alcances generales de la CPE, todo en función al interés social…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 054/2014 DE 31 DE ENERO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 054/2014 de 31 de enero de 2014, se resuelven

los Recursos de Revocatoria interpuestos por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** y por los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, confirmándose en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 803/2013 de 05 de diciembre de 2013, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, tanto en el memorial de impugnación presentado en fecha 2 de enero de 2014, como en el memorial de adhesión presentado en fecha 6 de enero de 2014, los interesados alegan que la infracción y la sanción impuesta habrían prescrito en aplicación de los artículo 13 y 14 de la Constitución Política del Estado, 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y 1492 y siguientes del Código Civil.

Que, conforme a lo desarrollado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, respecto a la prescripción en su acepción general, se tiene lo siguiente:

"La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos.

No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente a la posible extinción del derecho.

En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho qué tiene el presunto infractor de que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a la imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente, aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI, relativo al Procedimiento Sancionador, artículo 79, que a la letra expresa: 'Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1)

año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)".

Que, por su parte en cuanto a la interrupción de la prescripción, la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2008 señala:

"Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el cómputo del plazo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interrumpido no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción".

Que, Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2008 de 31 de enero de 2008, indica:

"Corresponde aclarar que si bien el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que '(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo 'La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento'.

Una vez señalado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes.

En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.

En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción

deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho".

Que, la sanción de amonestación impuesta a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., mediante Resolución ASFI N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, se sustenta en el incumplimiento a los artículos 2 y 7 de la Sección 8 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, disposiciones que textualmente señalan:

Artículo 2 (Integrantes del Consejo de Administración). (...)

La Asamblea de Constitución de la CAC (Abierta o Societaria) o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno de sus miembros por un año, a la mitad de los miembros restantes por dos (2) años y a la otra mitad restante por tres (3) años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres (3) años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, en ninguno de los consejos.

Artículo 7 (Integrantes del Consejo de Administración). (...)

La Asamblea de Constitución de la CAC (Abierta o Societaria) o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno de sus miembros por un año (1), al segundo por dos (2) años y al tercero por tres (3) años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres (3) años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos' los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran, postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros en ninguno de los consejos.

Que, los consejeros observados han sido reelectos para el ejercicio de más de un segundo mandato pese a la prohibición expresa de los artículos 2 y 7 antes citados, continuando hasta la fecha fungiendo como tales, lo que implica que mientras se encuentren en el ejercicio de ese irregular mandato, la infracción continuará produciéndose.

Que, la infracción finalizará el momento en que los consejeros observados hagan cesación del mandato, toda vez que por los precedentes administrativos anteriormente citados, los consejeros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda., observados se encuentran en infracción permanente, cuyo término legal de prescripción comenzará a computarse cuando concluya el ejercicio del

mandato.

Que, en el contexto anterior, la prescripción invocada por la entidad sancionada y los consejeros infractores, carece de fundamento para su procedencia, toda vez que el incumplimiento a los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1o de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), constituye una infracción permanente, cuya prescripción se produce, de acuerdo al artículo 79 de la Ley N° 2341, luego de transcurridos dos años desde la finalización de la infracción.

CONSIDERANDO:

Que, sobre los argumentos de fondo esgrimidos por la entidad y los consejeros infractores a tiempo de interponer el recurso de revocatoria, se tiene el siguiente análisis:

Sobre la aprobación a las modificaciones al Estatuto Orgánico de la Cooperativa, aprobada por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, que en sus artículos 35 y 46 contempla la reelección de los consejeros a instancias de la Asamblea General de Socios.

Argumenta la Cooperativa Fátima Ltda., que mediante Oficio G.G. N° 133/05 de 22 de noviembre de 2005, solicitó la aprobación de las modificaciones realizadas a su Estatuto, presentando para este efecto la Protocolización del Acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de fecha 8 de noviembre de 2005.

Dichas modificaciones fueron presentadas y puestas a consideración de la Magna Asamblea de Socios en virtud al Art. 161 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) y conforme a lo dispuesto por el artículo 3, inciso f) del Decreto Supremo N° 22203 de 26 de mayo de 1989, que indicaba que es atribución de la Superintendencia de Bancos y entidades Financieras aprobar los Estatutos de las entidades de intermediación financiera, siendo además que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras emitió el Informe Legal SB/ISR II/D-58135/2005 de 22 de diciembre de 2005, más propiamente por la Intendencia de Supervisión de Riesgos II, donde indicaron que no existían observaciones legales a las modificaciones al Estatuto de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda.

Por lo anteriormente expuesto, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, aprobó las modificaciones al Estatuto de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, que incluía en sus artículos 35 y 46 la reconformación de los Consejos de Administración y Vigilancia, facultando a la Asamblea General Ordinaria de Socios a determinar la reelección en función a los resultados financieros, por lo que no se habría cometido ninguna infracción.

Tal como expresamente asienten la Cooperativa y los consejeros observados, el Órgano Fiscalizador emitió el Informe SB/ISR II/D-58135/2005 recomendando la

aprobación del estatuto vigente de la Cooperativa en fecha 22 de diciembre de 2005; igualmente asienten que el estatuto vigente, que contempla la reelección de los Consejeros de Administración y Vigilancia por más de dos períodos consecutivos a decisión de la Asamblea General de Socios, ha sido aprobado mediante Resolución SB/199/2005 de 30 de diciembre de 2005.

El reglamento vigente a tiempo de emitirse la Resolución SB/199/2005, fue aquel notificado mediante Circular SB/296/99 de 28 de junio de 1999 (Reglamento para el Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas), mismo que en artículo 7 del Título II (Del Consejo de Administración) y en el artículo 12 del Título III (Del Consejo de Vigilancia), expresamente contemplan las restricciones a la reelección de los consejeros, estableciendo que ningún miembro del Consejo de Administración o Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos, los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros.

A raíz de la promulgación de la Ley No. 3892 de 18 de junio de 2008, que incorporó a las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de supervisión de ASFI, estableciéndose la factibilidad de las cooperativas societarias se conviertan en cooperativas abiertas, se elaboró nueva reglamentación para las cooperativas de ahorro y crédito tanto abiertas como societarias, aprobada mediante Resolución SB/ No. 198/2008 de 14 de octubre de 2008.

Posteriormente, mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, aprobaron y pusieron en vigencia las modificaciones al "Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito" que incluyó la Sección 8 del Capítulo III, referente a las funciones, atribuciones y responsabilidades de los Consejos de Administración y Vigilancia de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas y Societarias.

La Sección 8 del indicado Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, ratificó la prohibición para que en las cooperativas de ahorro y crédito los Consejeros de Administración y Vigilancia ejerzan el cargo por un tercer período.

El argumento esgrimido por la entidad para desvirtuar la sanción administrativa impuesta, versa sobre la aplicación del Estatuto Orgánico por encima de la reglamentación sectorial, la que constitucionalmente representa una disposición superior que debe ser aplicada y cumplida conforme al bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 410, parágrafo II de la Constitución Política del Estado, por tanto la Resolución impugnada no representa un agravio a las garantías constitucionales, tal como evoca la Cooperativa y los consejeros observados.

Sobre la supuesta violación a los principios de tipicidad, motivación y debido proceso en la infracción sancionada.

Manifiestan la Cooperativa y los consejeros interesados, que la infracción por la cual se aplica la sanción, es por haber identificado que miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia habrían sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos períodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 de la Sección 8 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, no se encuentra establecida en la abrogada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en el Reglamento de Faltas y Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI, en aplicación de los artículos 71, 72, 73 y 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Este accionar es contrario al principio de seguridad jurídica, ya que el accionar de la administración pública y de toda autoridad debe enmarcarse en la ley y no se pueden hacer interpretaciones arbitrarias y mucho menos imponer sanciones por infracciones, en los casos en los que la ley expresamente no las prevea o tipifique.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 99 de la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras, establecía: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarías se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas (…)

El artículo 101 de la misma Ley, señalaba; "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia.

Lo anterior, agregado al análisis del 1er. argumento de impugnación, demuestra que la tipificación de infracción atribuida a la Cooperativa, tiene la necesaria tipicidad y motivación, lo que no vulnera el debido proceso.

Sobre el argumento de violación y desconocimiento del principio de reserva legal.

La Cooperativa y los consejeros interesados sustentan este argumento de impugnación de la siguiente manera: "La Resolución Sancionatoria, al establecer que: "Los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título 1, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras", tipifica o contiene una INFRACCIÓN que no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en ninguna otra LEY, aspecto de absoluta relevancia, puesto que, se está estableciendo LIMITES AL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES, de la entidad financiera, los Consejeros y sobre todo de sus socios.

La limitación que se pretende imponer, necesariamente debería estar establecida en una LEY FORMAL Y MATERIALMENTE, sin embargo, nos encontramos que un REGLAMENTO es el que la impone, en franca violación al principio de reserva legal, y,

derechos fundamentales y constitucionales."

En el punto 3 anterior, se hizo referencia a la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras que en el artículo 99 establecía: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas (…)

También, en el punto 3 anterior, se hizo referencia al artículo 101 de la misma Ley que señalaba: "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia..."

Con lo anterior, se demuestra que la infracción sí estuvo contemplada en la normativa vigente a tiempo de imponer la sanción administrativa.

Argumentan que la sanción impuesta en la Resolución Sancionatoria ASFI No. 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, viola los principios de seguridad jurídica, buena fe, legalidad y presunción de legitimidad de los actos jurídicos.

Los argumentos expuestos tanto por la Cooperativa como por los consejeros observados, son reiterativos a lo expuesto en el sustento del primer agravio, por tanto el fundamento que lo desvirtúa, expuesto en el punto 1 anterior, son aplicables en el presente punto a los efectos de desvirtuarlos.

Por su parte, el conjunto de consejeros observados, cuya irregular continuidad en el mandato ha provocado la sanción administrativa impuesta con la Resolución ASFI N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, argumenta desconocimiento y violación a sus derechos civiles y políticos de libertad de asociación y derecho al trabajo.

Respecto a la Resolución Sancionatoria impugnada argumentan: "... atenta contra nuestros derechos civiles de Ubre asociación reconocidos en el art. 21.4 de la CPE, por el art. 22.1.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como es atentatorio a nuestro derecho al trabajo instituido por la Constitución Política del Estado en su art. 46.1., protegido por el Estado conforme al art. 49 III, por el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su art. 28, puesto que no se está teniendo reglas claras, precisas y determinadas, cuyo contenido traiga consigo la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental.

Importante es que usted tome en cuenta que, nosotros en ejercicio de nuestro derecho a la libertad de asociación, hemos puesto en común intereses, bienes, recursos, profesión u oficio, con el objeto de desarrollar actividades de intermediación financiera no bancaria, conformando una iniciativa empresarial lícita, así conformar una estructura reconocida por el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a nuestros estatutos debidamente aprobados por la ASFI que APROBÓ LAS MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA., mediante Resolución SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, y,

en el marco de los mismos, ejerciendo un derecho emanado a su vez de nuestro derecho a la ciudadanía, cumpliendo los requisitos electorales, nos postulamos y fuimos reelectos como Consejeros, derecho de reelección que nos reconoce el Estatuto Orgánico de la Cooperativa y el Estado, desde el momento que la ASFI aprobó el mismo.

Como consecuencia de nuestra reelección, asumimos un trabajo. Colocando nuestro esfuerzo personal e intelectual, por el cual recibimos una remuneración o dieta, que nos permite procurarnos un medio de subsistencia, para nosotros y nuestra familia, en forma digna, correspondiendo al Estado y sus órganos administrativos protegernos, promoverlos y garantizar nuestra estabilidad."

En las garantías constitucionales invocadas por los consejeros observados, no debe perderse de vista que en el artículo 109, parágrafo II de la misma Constitución Política del Estado, está previsto que los derechos y garantías reconocidas podrán ser reguladas por la ley.

En el marco constitucional precedentemente señalado, la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras previo en el artículo 6 lo siguiente: "...La autorización de funcionamiento, fiscalización, control e inspección de sus actividades, administración y operaciones son de competencia privativa de la Superintendencia, conforme a lo establecido en la presente ley". En el mismo sentido en el artículo 154 (Atribuciones de la Superintendencia), disponía: "... 7. Elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera."

Por lo anterior, la ley dispuso que la administración de las entidades bajo supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se encuentre regulada en base a la reglamentación emitida, debiendo dichas entidades y sus administradores sujetarse a las disposiciones de tal reglamentación, lo que no importa desconocimiento a los derechos de reunión, asociación y de trabajo como erróneamente comprenden los consejeros de la Cooperativa Fátima Ltda.

Por otra parte, el artículo 1, numeral 4) de la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5035 de 13 de septiembre de 1958 (vigente al momento de iniciarse la infracción permanente), establece que por su naturaleza, "El objetivo de la sociedad no es el lucro sino la acción conjunta de sus socios para el mejoramiento económico y social y para extender los beneficios de la educación cooperativa y la asistencia social a toda la comunidad".

Asimismo, el artículo 93 de la extinta Ley N° 5035 evocaba: "El Consejo de Administración es el órgano directivo y ejecutivo de los planes y normas generales acordados por la Asamblea General y tendrá la administración y representación de la sociedad, en los términos fijados por la ley reglamentaria", a su vez, el artículo 97 expresaba: "El Consejo de Vigilancia tendrá a su cargo el cuidado del correcto funcionamiento y administración de la sociedad cooperativa, de conformidad con lo establecido por la ley reglamentaria"

El Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas

de Ahorro y Crédito aprobado por ASFI, rescata la esencia y naturaleza de la sociedad cooperativa en la que priman la solidaridad, igualdad, reciprocidad equidad, finalidad social, no lucro, democracia participativa, etc. en contraposición a los argumentos de carácter e interés estrictamente personal de los consejeros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda., que argumentan haber conformado una iniciativa de carácter empresarial que justificaría el ejercicio de más de dos mandatos consecutivos, en razón de haber colocado su esfuerzo personal e intelectual que les reditúa una remuneración que se constituye en su medio de subsistencia, razones por las que corresponde Estado y sus órganos administrativos protegerles, promoverles y garantizarles estabilidad, razones totalmente ajenas a la naturaleza de la asociación cooperativa.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe ASFI/ DAJ/R-10483/2014 de 21 de enero de 2014, concluye lo siguiente:

De la revisión del argumento de prescripción invocado en los memoriales de impugnación presentados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., en fecha 2 de enero de 2014 y por los consejeros de la Cooperativa observados en 6 de enero de 2014, se advierte el mismo carece de fundamento, al consistir en una infracción permanente, cuyo período de prescripción ni siquiera ha comenzado a computarse.

El Resuelve Segundo de la Resolución ASFI 803/2013 de 5 de diciembre de 2013, pretende subsanar la infracción permanente establecida y legitimar la representación legal de la Cooperativa, por lo que su cumplimiento es prudente e inexcusable.

Que, los argumentos de revocatoria esgrimidos por la Cooperativa y los consejeros en los memoriales de impugnación, no representan elementos concluyentes que induzcan a esta Autoridad de Supervisión a revocar la Resolución ASFI N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013.

Que, al amparo del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria La Trinidad Ltda., solicita en el Otrosí 1 del memorial de impugnación, la suspensión de la ejecución del acto impugnado mientras se agote la vía administrativa, toda vez que considera que su efecto provoca un perjuicio irreversible a la entidad.

Que, el precitado Reglamento a Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, dispone en el artículo 40, parágrafo II, que la suspensión del acto administrativo procederá siempre que exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de derechos de terceros.

Que, el argumento para solicitar la suspensión temporal del acto administrativo expuesto por la entidad no constituye un fundamento válido para que esta Autoridad

de Supervisión analice y considere la suspensión impetrada.

Que, el acto administrativo impugnado por la Cooperativa Fátima Ltda., tiene como principal' objetivo subsanar la infracción permanente en la que incurren los consejeros observados y legitimar la representación de la entidad…"

6. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

6.1. Recurso Jerárquico interpuesto por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA. .-

En fecha 21 de febrero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014, con los mismos alegatos de su Recurso de Revocatoria y en definitiva, solicitando:

"…***QUE ESTE TEMA SEA ANALIZADO Y RECONSIDERADO EN EL MARCO DEL RESPETO QUE NUESTRO GOBIERNO PLURINACIONAL, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, LAS LEYES, Y, NORMATIVIDAD APLICABLE, POR TODO LO ANTERIORMENTE ARGUMENTADO, INTERPONGO RECURSO JERÁRQUICO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ASFI/Nº 803/2013 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2013, Y, LA RESOLUCIÒN ASFI/Nº 054/2014 DE 31 DE ENERO DE 2014, MEDIANTE LA CUAL, SE CONFIRMA, LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ASFI/Nº 803/2013 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2013, PARA ANTE EL MINISTRO DE ECONOMÌA Y FINANZAS PÚBLICAS, O LA AUTORIDAD JERARQUICA COMPETENTE, A QUIÉN*** (sic)***, EN DEFINITIVA LE SOLICITO:***

1.- DECLARAR PRESCRITA LA INFRACCIÓN, ASÍ COMO LA SANCIÓN IMPUESTA.

2.- OPTATIVAMENTE, REVOCAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, DEJANDO SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

3.- EN EL CASO NO CONSENTIDO NI ACEPTADO DE QUE SE NOS DEBA SANCIONAR, AL NO ESTAR PREVISTA DE MANERA EXPRESA, LA INFRACCIÓN NI SANCIÓN ALGUNA EN UNA LEY, SE DEJE SIN EFECTO LA SANCIÓN IMPUESTA, APLICANDO LOS PRINCIPIOS PENALES SANCIONATORIOS DE "LEGALIDAD", "IN DUBIO PRO REO", "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA" "BUENA FÉ", "FALTA DE TIPICIDAD DE LA INFRACCIÓN Y UNA SANCIÓN", Y, "NORMA MÁS FAVORABLE"…"

6.2. Recurso Jerárquico interpuesto por los señores MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE, MIGUEL EGÜEZ AGUILERA, MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO, JUAN SALAS MÉNDEZ y JUAN GRUICH RAMOS.-

En fecha 21 de febrero de 2014, los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVIZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014, con los mismos alegatos de su Recurso de Revocatoria y en definitiva, solicitando:

"…***QUE ESTE TEMA SEA ANALIZADO Y RECONSIDERADO EN EL MARCO DEL RESPETO QUE NUESTRO GOBIERNO PLURINACIONAL, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, LAS LEYES, Y, NORMATIVIDAD APLICABLE, POR TODO LO ANTERIORMENTE ARGUMENTADO, INTERPONEMOS RECURSO JERÁRQUICO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ASFI/Nº 803/2013 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2013, Y, LA RESOLUCIÒN ASFI/Nº 054//2014*** (sic) ***DE 31 DE ENERO DE 2014, MEDIANTE LA CUAL, SE CONFIRMA, LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ASFI/Nº 803/2013 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2013, PARA ANTE EL MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, O LA AUTORIDAD JERARQUICA COMPETENTE, A QUIÉN*** (sic)***, EN DEFINITIVA LE SOLICITAMOS:***

1.- DECLARAR PRESCRITA LA INFRACCIÓN, ASÍ COMO LA SANCIÓN IMPUESTA.

2.- OPTATIVAMENTE, REVOCAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, DEJANDO SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

3.- EN EL CASO NO CONSENTIDO NI ACEPTADO DE QUE SE NOS DEBA SANCIONAR, AL NO ESTAR PREVISTA DE MANERA EXPRESA, LA INFRACCIÓN NI SANCIÓN ALGUNA EN UNA LEY, SE DEJE SIN EFECTO LA SANCIÓN IMPUESTA, APLICANDO LOS PRINCIPIOS PENALES SANCIONATORIOS DE "LEGALIDAD", "IN DUBIO PRO REO", "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA" "BUENA FÉ", "FALTA DE TIPICIDAD DE LA INFRACCIÓN Y UNA SANCIÓN", Y, "NORMA MÁS FAVORABLE"…"

7. AUDIENCIAS DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En atención a la solicitud de fecha 13 de marzo de 2014, el 24 de abril de 2014 se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de las señoras **MARY NERY BALCAZAR**, Presidenta del Consejo de Administración, y **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, Presidenta del Consejo de Vigilancia; asimismo, en fecha 7 de abril de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** y a solicitud de la misma hecha presente en fecha 28 de marzo de 2014.

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

8.1. Documentación presentada por la corecurrente COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA. .-

Mediante memorial presentado en fecha 10 de abril de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,** hizo presente, en calidad de documentación complementaria, la que se detalla a continuación:

1. Nota ASFI/DSR II/R-43966/2014 de 24 de marzo de 2014, dirigida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, con referencia "*TRÁMITE N° T-487137 CFA – CONFORMACIÓN DIRECTORIO*".

2. Nota G.G. 023/2014 de 3 de abril de 2014, de respuesta a la anterior por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**

3. Acta # 1-2014 (*Comisión Electoral*) de Reunión Ordinaria de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,** de fecha 18 de febrero de 2014.

4. Acta # 2-2014 de Reunión Ordinaria de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,** de fecha 25 de febrero de 2014.

8.2. Documentación presentada por los corecurrentes MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE, MIGUEL EGÜEZ AGUILERA, MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO, JUAN SALAS MÉNDEZ y JUAN GRUICH RAMOS.-

Mediante memorial presentado en fecha 10 de abril de 2014, los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, hicieron presente en calidad de documentación complementaria, la nota ASFI/DSR II/R-43966/2014 de 24 de marzo de 2014, dirigida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, con referencia "*TRÁMITE N° T-487137 CFA – CONFORMACIÓN DIRECTORIO*".

8.3. Documentación presentada por la recurrida.-

Atendiendo a la solicitud de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2014 de 10 de junio de 2014, y mediante la nota ASFI/DAJ/R-92523/2014 de 16 de junio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hizo presente con carácter complementario, la documentación señalada en su tenor, conforme se lo transcribe a continuación:

> "…***1.*** *Notificación expresa a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****, con la parte pertinente a las modificaciones realizadas en la Sección 8 del Capítulo III: "Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito", contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, así como la fecha de su publicación en el marco de lo previsto en el artículo 34 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, debiendo documentar dicha información."*
>
> *Se adjunta el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas, modificado y aprobado mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, la propia Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010.*
>
> *Respecto a la constancia de la notificación a la Cooperativa Fátima Ltda., con la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, cabe señalar que el Reglamento de Difusión y Actualización de Normativa, contenido en el Capítulo I, Título I, Libro 5o de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF), en la Sección 2 señala lo siguiente:*
>
> > "***Artículo 2° - (Medios de Difusión)*** *La normativa emitida por ASFI y la legislación aplicable al sistema financiero, actualizada periódicamente por ASFI, es difundida a través de:*

a) El sitio web de ASFI (www.asfi.gob.bo - Normas y Leyes);

b) La red supernet (www.supernet.bo - Normas y Leyes).

Alternativamente, ASFI pone a disposición de la entidad supervisada, como medio de difusión, el aplicativo denominado "Sistema de Difusión de Normativa", que se encuentra en la red Supernet http://www.supernet.bo/Normativa y Leyes/sistema de difusión de normativa. Este aplicativo puede ser instalado en la entidad supervisada, siendo en este caso responsabilidad de la entidad supervisada la administración y actualización del mismo.

Artículo 3° - (Actualización del aplicativo "Sistema de Difusión de Normativa") *La normativa emitida por ASFI es actualizada a través del aplicativo "Sistema de Difusión de Normativa", de acuerdo a los pasos establecidos en la opción "ayuda/menú-herramientas/como actualizar el programa", contenido en el mismo aplicativo.*

Adicionalmente, ASFI envía correos electrónicos a todas aquellas personas naturales o jurídicas que se hayan suscrito informando que ha existido una modificación o incorporación en la RNSF o en el Manual de Cuentas para Entidades Financieras, de modo tal que cada entidad supervisada pueda encargarse de la actualización del aplicativo.

Artículo 4° - (Obligaciones de la entidad supervisada) *Para efectos del presente Reglamento son obligaciones de la entidad supervisada las siguientes:*

1. *Acceder a la normativa emitida por ASFI actualizada a través de cualquiera de los medios de difusión mencionados en el artículo 2° de la presente Sección;*

2. *Tener políticas internas, aprobadas por el Directorio u órgano equivalente, para difundir la normativa emitida por ASFI y la legislación vigente aplicable al sistema financiero, a todos sus funcionarios;*

3. *Si la entidad supervisada ha optado por la alternativa de utilizar el aplicativo "Sistema de Difusión de Normativa", tiene la obligación de revisar periódicamente si el mismo se encuentra actualizado; así como, de suscribir a los funcionarios que tengan instalado el aplicativo para que "por correo electrónico" reciban el comunicado de las actualizaciones.*

En base a lo anteriormente señalado, la publicación de la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, más el texto del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito se efectuó de conformidad a la normativa sectorial vigente, es decir a través del sitio WEB y la red Supernet.

A su vez, de acuerdo al artículo 4 de la misma Sección 2 del Reglamento de Difusión y Actualización de Normativa Emitida por ASFI antes señalada, se tiene que

es obligación de la entidad supervisada acceder a la normativa emitida por ASFI actualizada a través de cualquiera de los medios de difusión mencionados en el artículo 2 de dicha Sección; a tal efecto se adjunta el texto del Reglamento de Difusión y Actualización de Normativa Emitida por ASFI.

2. *"Carta Circular SB/269/99 de septiembre de 1999; Carta Circular SB/475/2004 de 12 de noviembre de 2004; Carta Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010; Carta Circular ASFI/126/12 de 12 de junio de 2012; Carta Circular ASFI/151/12 de 20 de noviembre de 2012, adjuntando además sus respectivas Resoluciones; y la Carta Circular ASFI/DSR I/1868/2012 de 2 de abril de 2012.*

Se remiten las cartas circulares requeridas con las respectivas resoluciones, así como la Carta Circular ASFI/DSR I/1868/2012 de 2 de abril de 2012."

3. *"Notificación de Cargos contenidos en la nota ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013."*

Se remite la notificación de cargos requerida.

4. *"Carta de Descargos G.G. 158/2013, de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****"*

5. *"Informe ASFI/DSR II/R-183184/2013 de 2 de diciembre de 2013"*

6. *"Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito vigente."*

Se remite el Reglamento solicitado en actual vigencia…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la Carta Circular ASFI/DSR I/1868/2012 de 2 de abril de 2012, requirió a la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, un reporte acerca de los periodos de mandato de los Consejeros de Administración y Vigilancia, correspondiente a las gestiones 2000 a 2012.

Una vez remitido el reporte requerido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, identificó, que miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia, habrían sido reelegidos, por más de dos periodos consecutivos conforme al siguiente detalle:

NOMBRE:	CONSEJERO DE:	DURANTE LAS GESTIONES:	PERIODO:
Celina Chávez de Viera	Administración	2005 al 2013	Tercero
Mary Nery de Balcázar	Administración	2001 al 2013	Quinto
Máximo Córdova Valverde	Administración	2006 al 2013	Tercero
Miguel Egüez Aguilera	Administración	2000 al 2013	Sexto
Juan Gruich Ramos	Vigilancia	2000 al 2013	Sexto
María Dina Galviz de Justiniano	Vigilancia	2006 al 2013	Tercero
Juan Salas Méndez	Vigilancia	2001 al 2013	Quinto

incumpliendo con tales reelecciones a criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con lo establecido en los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1°, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, norma que prohíbe la reelección de los miembros del Consejo de Administración y Vigilancia respectivamente, por mas de dos periodos consecutivos, debiendo en caso de que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes, descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, en ninguno de los consejos .

En fecha 25 de noviembre de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, a través de nota G.G. 158/2013, presenta descargos, argumentando, que los miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia, que permanecieron por periodos superiores a dos gestiones, fue en estricto apego a lo previsto en los artículos 23, 35 y 46 de su Estatuto Orgánico, modificado y aprobado por la Resolución SB 199/2005 de 30 de diciembre de 2005, por la otrora Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Toda vez, que a criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, no habría presentado descargos que desvirtúen el incumplimiento notificado mediante la nota ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, a través de la Resolución Administrativa

ASFI/N°803/2013 de 5 de diciembre de 2013, impone la sanción administrativa de amonestación, además de instruir, que una vez cumplidos los periodos de los Consejeros observados, se realicen las gestiones necesarias, para no incurrir en el incumplimiento determinado.

Por tal circunstancia, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA**, y los señores **MARY NERY BALCAZAR, CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA, MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE, MIGUEL EGÜEZ AGUILERA, MARÍA DINA GALVIZ DE JUSTINIANO, JUAN SALAS MÉNDEZ y JUAN GRUICH RAMOS**, mediante memoriales presentados el 2 y 6 de enero de 2014 respectivamente, interponen Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N°803/2013, la misma que es confirmada totalmente mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014 que resuelve los Recursos de Revocatoria deducidos, ante tal circunstancia, los mismos recurrentes interponen sus Recursos Jerárquicos, actuaciones que se pasan a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Corresponde tener en cuenta, que los Recursos Jerárquicos de referencia, agrupan sus fundamentos según los agravios que -en el criterio de los recurrentes, les ocasionan los actos administrativos precedentes, pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y que salen de las Resoluciones Administrativas ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013 (sancionatoria) y ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014 (confirmatoria de la anterior).

Entonces, **ambos** Recursos alegan, en las actuaciones señaladas del Administrador:

- La prescripción de la infracción y de la sanción impuesta.
- El desconocimiento y violación del principios de seguridad jurídica y (administrativos) de legalidad, presunción de legitimidad, presunción de buena fe, jerarquía y estabilidad del acto administrativo.
- La violación y desconocimiento del principio de reserva legal.
- La violación al principio de tipicidad. motivación y debido proceso.

El Recurso Jerárquico de los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA, MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, alega además, el "*desconocimiento y violación de nuestros derechos fundamentales, civiles y políticos de libertad de asociación y derecho al trabajo*".

No obstante, en una visión integral y sistemática de las pretensiones que los Recursos Jerárquicos contienen, es pertinente una primera conclusión, en sentido que los alegatos (*agravios* les dicen los Recursos) referidos al desconocimiento y violación del principio de seguridad jurídica, de los principios administrativos de legalidad, presunción de legitimidad, presunción de buena fe, jerarquía y estabilidad del acto administrativo, y a la violación y desconocimiento del principio de reserva legal, están referidos a una misma controversia, expuesta desde los diversos enfoques que -coincidentemente- señalan los recurrentes, esta es, la prohibición normativa que pretende imponer la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la reelección de Consejeros, enfrentada a una autorización de excepcionalidad que, según los Recursos Jerárquicos incoados por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** y por sus Consejeros, les habría sido reconocida

por al Entidad Supervisora.

En todo caso y en razón de su trascendencia como de sus eventuales efectos, se analiza en primer lugar y a continuación, el agravio referido a "*La prescripción de la infracción y de la sanción interpuesta*".

2.1. La prescripción de las infracciones.-

En lo alegado por los Recursos Jerárquicos:

- "...*La última asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Administración y Vigilancia donde la Sra. Mary Nery Balcázar fue reelecta como titular del Consejo de Administración y al Sr. Juan Salas como titular del Consejo de Vigilancia se realizó en fecha 5 de marzo del año 2010* (…) *habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona*…"
- "…*La última asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Administración Celina Chávez Vda. de Viera, Máximo Córdova Valverde y Miguel Egüez Aguilera se realizó en fecha 4 de marzo del año 2011, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona*…"
- "…*La penúltima asamblea ordinaria de socios, en la cual, se procedió a la reelección de los Consejeros de Vigilancia Juan Gruich Ramos, María Dina Galvíz de Justiniano, Miguel Egüez Aguilera y Máximo Córdova Valverde, se realizó en fecha 13 de marzo de 2009 y duró hasta el 25 de febrero de 2012, habiendo transcurrido hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, más de los dos años que la Ley establece para observar y procesar las supuestas infracciones por las cuales se nos sanciona***…**"

Corresponde una primera observación en sentido que, si bien en primer término, los recursos enuncian su alegato como "*la prescripción de la infracción y de la sanción impuesta*", resulta obvio de su contenido y porque así además lo señalan implícitamente los propios corecurrentes (cuando hacen alusión al tiempo transcurrido superior a los dos años), que el agravio está limitado a la pretendida prescripción de la infracción antes que de la sanción propiamente dicha, la que en la lógica de las impugnaciones, viene a resultar en un efecto de la primera.

Asimismo, se invoca el principio de supletoriedad no obstante que ello se limita a su enunciación conceptual y teórica, sin señalarse la intencionalidad práctica de lo mismo, infiriéndose que lo que pretenden con ellos los corecurrentes, es la aplicación de las previsiones del Código Civil en cuanto al instituto *prescripción*, dado el carácter breve con el que se lo ha implementado en la legislación administrativa (únicamente en el artículo 79º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), lo que es atendible en tanto no resulte contrario al régimen administrativo señalado, dado su carácter especial.

También se hace referencia al derecho a la defensa y a los diversos preceptos constitucionales que -en el entender de los correcurrentes- se consideran infringidos,

empero siempre desde un punto de vista conceptual, sin explicárselos en función del caso concreto, no obstante lo cual y dado su carácter principista, corresponde al suscrito tenerlos presentes en la oportunidad actual y en cuanto resulten atinentes.

Ahora bien, toda vez que el alegato acerca de la prescripción ha sido ya elevado a tiempo del precedente Recurso de Revocatoria, conviene remitirse a lo que al efecto ha explicado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 054/2014 de 31 de enero de 2014, en sentido que:

> "…*en cuanto a la interrupción de la prescripción, la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2008 señala:* (…)
>
> *"Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el cómputo del plazo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida* (…)
>
> *En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*
>
> *En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho*" (…)
>
> …*los consejeros observados han sido reelectos para el ejercicio de más de un segundo mandato pese a la prohibición expresa de los artículos 2 y 7 antes citados, continuando hasta la fecha fungiendo como tales, lo que implica que mientras se encuentren en el ejercicio de ese irregular mandato, la infracción continuará produciéndose.*
>
> *Que, la infracción finalizará el momento en que los consejeros observados hagan cesación del mandato, toda vez que por los precedentes administrativos anteriormente citados, los consejeros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda., observados se encuentran en infracción permanente, cuyo término legal de prescripción comenzará a computarse cuando concluya el ejercicio del mandato*…"

Se deja constancia que, los caracteres especiales señalados por la Autoridad recurrida (referidos a la posibilidad de interrupción del plazo de la prescripción, así como a la existencia de las infracciones permanentes, como criterios válidos para la existencia efectiva de la prescripción), no han sido desvirtuados por los Recursos Jerárquicos.

En todo caso, corresponde dar razón al Ente Regulador, por cuanto, establecida la imputación de la nota de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, en la reelección de determinados miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia:

> "…*por más de dos períodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro V contenido en la*

Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".

Lo que determina que la permanencia en el cargos hace a la necesaria subsistencia de los efectos de las reelecciones imputadas, por cuanto en función de la precitada nota de cargos, ese es el objetivo de la normativa mencionada: inviabilizar la permanencia de una persona en el cargo por un tiempo prolongado, extremo que, al no efectivizarse dentro el caso de autos, ratifica se hubieran prolongado en el tiempo, incluso hasta la actualidad, los efectos de la supuesta infracción cometida.

Por consiguiente, la prescripción invocada es infundada, lo que determina a su vez que su alegato en la instancia presente es inviable, al constituir la supuesta infracción imputada, una permanente.

2.2. Régimen interno de reelección de consejeros.-

Conforme se adelantó, la coexistencia de los alegatos referidos al desconocimiento y violación del principio de seguridad jurídica, de los principios administrativos de legalidad, presunción de legitimidad, presunción de buena fe, jerarquía y estabilidad del acto administrativo, exigen un enfoque y tratamiento integral y sistemático, por cuanto, independientemente del punto de vista que importen, resultan corresponder a una misma controversia: el cumplimiento que pretende imponer la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de una prohibición normativa, enfrentada a una autorización de excepcionalidad que, en términos de los Recursos Jerárquicos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** y de sus Consejeros, les habría sido reconocida.

Del análisis a tal problemática, resulta que por un lado existe una modificación al Estatuto Orgánico de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** y que se encuentra aprobada por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) mediante la Resolución Administrativa SB 199/2005 de 30 de diciembre de 2005, referente a la conformación, periodos de mandato y formas de reelección, de los Consejos de Administración y Vigilancia de la Cooperativa, en concreto sus artículos 35° y 46°, y por los cuales se establece la salvedad de una reelección por determinación de la Asamblea General Ordinaria de Socios, en función a los resultados financieros y a los criterios de votación.

En su carácter controversial, lo señalado irrita lo previsto en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Sección 8, Capítulo III, Título I, del Libro 1°, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que en sus artículos 2° y 7°, establece que ningún miembro del Consejo de Administración o de Vigilancia, podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos, disponiendo un tiempo de descanso por un periodo no menor a los tres años, además de señalar la imposibilidad del ejercicio del cargo en el otro Consejo, durante tal periodo de descanso.

La controversia así expuesta, tiene carácter de puro derecho, resumido en la antinomia de una prohibición normativa general, enfrentada a una autorización excepcional reconocida al administrado, quien es a la vez, sujeto de regulación de la misma prohibición.

Es así que, la modificación a los Estatutos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** fue efectuada a través de la Resolución SB 199/2005 de 30 de

diciembre de 2005, fecha a partir de la cual se le reconoce a la entidad, de manera expresa, su derecho a reelegir a los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia en función a resultados financieros, y en Asamblea General Ordinaria.

Resulta pertinente dilucidar, si a momento de la referida autorización, estaba en vigencia el texto actual del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, a efectos de lo cual es pertinente transcribir el texto de tal Reglamento, referente a la conformación, periodos de mandato y formas de reelección, de los Consejos de Administración y Vigilancia de la Cooperativa, conforme se encuentra previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, empero en sus diferentes versiones, producto de sus sucesivas actualizaciones; así:

- **Carta Circular SB 296/99 de 28 de junio de 1999 (versión original del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito):**

  "… ***Artículo 7.*** *Los estatutos fijarán el número de integrantes del Consejo de Administración elegidos por Asamblea General de acuerdo a las normas legales y estatutarias. El número de los titulares será impar y no inferior a tres (3) ni mayor a siete (7) miembros más dos (2) suplentes.*

  La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno de sus miembros por un año, a la mitad de los miembros restantes por dos años y a la otra mitad restante por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres años.

  Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos, los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros.

  En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación. El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. De ser el caso, los demás miembros actuarán como vocales (…)

  Artículo 12. *El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de acuerdo a las normas legales y estatutarias.*

  La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno de sus miembros por un año, al segundo por dos años y al tercero por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que

deben ser renovados, será por tres años.

Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos, los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros.

En caso de una vacante, esta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación…"

- **Carta Circular SB 475/2004 de 12 de noviembre de 2004 (que contiene la primera modificación al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito):**

  "…***Artículo 6° -*** *Los estatutos fijarán el número de integrantes del Consejo de Administración elegidos por Asamblea General de acuerdo a las normas legales y estatutarias. El número de los titulares será impar y no inferior a tres (3) ni mayor a siete (7) miembros más dos (2) suplentes.*

  La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno de sus miembros por un año, a la mitad de los miembros restantes por dos años y a la otra mitad restante por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguiente deberán descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros.

  En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación. El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. De ser el caso, los demás miembros actuarán como vocales (…)

  Artículo 11°- *El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de acuerdo a las normas legales y estatutarias.*

  La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno de sus miembros por un año, al segundo por dos años y al tercero por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse

para un nuevo periodo o periodos subsiguiente deberán descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros.

En caso de una vacante, esta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación…"

- **Carta Circular ASFI/038/2010 de 22 de octubre de 2010 (que contiene la segunda modificación al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito):**

"…***Artículo 2º - Integrantes del Consejo de Administración.-*** *Los estatutos fijarán el número de integrantes del Consejo de Administración elegidos por Asamblea General de Socios de acuerdo a las normas legales y estatutarias. El número de los titulares será impar y no inferior a tres (3) ni mayor a siete (7) miembros más dos (2) suplentes.*

La Asamblea de Constitución de la CAC (Abierta o Societaria) o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno de sus miembros por un año, a la mitad de los miembros restantes por dos (2) años y a la otra mitad restante por tres (3) años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres (3) años.

Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, en ninguno de los consejos.

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación. El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. De ser el caso, los demás miembros actuarán como vocales (…)

Artículo 7º - Integrantes del Consejo de Vigilancia.- *El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de Socios de acuerdo a las normas legales y estatutarias.*

La Asamblea de Constitución de la CAC (Abierta o Societaria) o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno de sus miembros por un año, al segundo por dos años y al tercero por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros en ninguno de los consejos.

En caso de una vacante, esta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación…"

- **Carta Circular ASFI/151/12 de 20 de noviembre de 2012 (versión actual del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito):**

  "…***Artículo 2° - Integrantes del Consejo de Administración.-*** *Los estatutos fijarán el número de integrantes del Consejo de Administración elegidos por Asamblea General de Socios de acuerdo a las normas legales y estatutarias. El número de los titulares será impar y no menor a tres (3) ni mayor a siete (7) miembros más dos (2) suplentes.*

  La Asamblea de Constitución de la CAC (Abierta o Societaria) o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno de sus miembros por un año, a la mitad de los miembros restantes por dos (2) años y a la otra mitad restante por tres (3) años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres (3) años. Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, en ninguno de los consejos.

  En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo la siguiente mayor votación.

  El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. De ser el caso, los demás miembros actuarán como vocales (…)

  Artículo 7° - Integrantes del Consejo de Vigilancia.- *El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de Socios de acuerdo a las normas legales y estatutarias.*

  La Asamblea de Constitución de la CAC (Abierta o Societaria) o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno de sus miembros por un año (1), al segundo por dos (2) años y al tercero por tres (3) años, de acuerdo al número de votos obtenidos.

  En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres (3) años. Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos (2) periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor de tres (3) años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros en ninguno de los consejos.

En caso de una vacante, esta será llenada por el suplente que obtuvo la siguiente mayor votación…"

Conforme se evidencia de las actualizaciones relacionadas, el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, en lo referente a la regulación y delimitación de la forma de elección, el tiempo de mandato, así como de la reelección de los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia, se encuentra sin modificación sustancial alguna desde la **versión original** de 28 de junio de 1999 (ni siquiera como emergencia de la Carta Circular ASFI/038/2010 de 22 de octubre de 2010, que implementa en la norma, sus Secciones 4, 5, 6, 7, 8 y 9, empero que no influye en la normativa que hace a la presente controversia).

Entonces, en líneas generales, las disposiciones acerca de forma de elección, periodo de mandato y, fundamentalmente, la **reelección** de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, no ha variado en la norma desde su versión inicial.

Sin embargo y para el caso particular de la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,** sopesa el hecho de que mediante Resolución Administrativa SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, emitida por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), se dispuso aprobar las modificaciones a sus Estatutos, lo que importa la sustitución de la redacción de sus artículos 35° (referido al Consejo de Administración) y 46° (para el Consejo de Vigilancia), de manera tal que, la redacción señalada queda de la siguiente manera:

"…***Artículo 35.-*** *El Consejo de Administración estará, integrado por cinco (5) miembros titulares y dos (2) suplentes, elegidos por la Asamblea General, entre los socios hábiles con arreglo a la Ley General de Sociedades Cooperativas, el Decreto Supremo Nro. 24439 y el presente Estatuto.*

La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Administración, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a dos (2) por dos años y a dos (2) por tres años, de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de los miembros del Consejo de Administración que deben ser renovados, será por tres años. ***Ningún miembro del Consejo de Administración podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función a los resultados financieros y que la votación obtenida sea la mitad más uno de los socios presentes en la Asamblea, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el Reglamento Electoral. Los suplentes serán elegidos por una gestión***.

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor

votación. El Consejo de Administración elegirá de su seno un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, dos Vocales Titulares y dos Vocales Suplentes (…)

Artículo 46.-

El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes elegidos por la Asamblea General de acuerdo a las normas legales estatutarias.

La Asamblea de Constitución de la Cooperativa o cuando se produzca una renovación total del Consejo de Vigilancia, elegirá a uno (1) de sus miembros por un año, a uno (1) por dos años y a uno (1) por tres años, .de acuerdo al número de votos obtenidos. En lo posterior, el mandato de' los miembros del Consejo de Vigilancia que deben ser renovados, será por tres años. ***Ningún miembro del Consejo de Vigilancia podrá ser elegido por más de dos periodos consecutivos los que deberán ser necesariamente en el mismo consejo. En caso que quisieran postularse para un nuevo periodo o periodos subsiguientes deberán descansar un periodo no menor a tres años, no pudiendo en este periodo ejercer el cargo de consejeros, salvo que la Asamblea General Ordinaria de Socios, determine su reelección en función a los resultados financieros y la votación obtenida sea la mitad más uno de los socios presentes en la. Asamblea, previa revisión de la Comisión Electoral que cumplan los requisitos establecidos en el Art. 36 del presente Estatuto y el reglamento electoral.***

En caso de una vacante, ésta será llenada por el suplente que obtuvo mayor votación…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Corresponde dejar constancia que, tanto el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro V contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, de alcance general, como la Resolución Administrativa SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, particular al caso de la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA**., han sido emitidas por el mismo Ente de Regulación.

Entonces, siendo que la normativa para la reelección de consejeros es la misma desde su implementación de fecha 28 de junio de 1999, se infiere la salvedad reconocida en favor de la entidad recurrente, en cuanto a la misma le sería posible reelegir a los integrantes de sus Consejos de Administración y Vigilancia, en base a los resultados financieros de su gestión y sin observar ningún periodo de descanso, toda vez que lo mismo, más allá de encontrarse originado en unos Estatutos de carácter particular, ha sido expresamente autorizado por el propio Ente Regulador en la Resolución Administrativa SB 199/2005 de 30 de diciembre de 2005, aspecto que importaría el reconocimiento pleno a su derecho a reelegir a los miembros de sus Consejos de Administración y Vigilancia, así como el derecho de los propios consejeros, a ser reelectos, sin observar el periodo de descanso previsto en la norma general, conforme a los vigentes artículos 35° y 46° de los precitados Estatutos.

Asimismo, todas las diversas versiones -supra relacionadas- de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, fueron emitidas por el mismo Ente (sea que en su

momento se hubiera denominado Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, o que en la actualidad resulte en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme lo previsto en el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, de Organización del Órgano Ejecutivo, que a la letra establece que "*La actual Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*") que aprobó la Resolución Administrativa SB 199/2005 de 30 de diciembre de 2005, entonces resultan ambos en preceptos normativos que devienen **de una misma fuente**.

En tales términos, no existiría una infracción a la norma como la señalada en la nota de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 de 21 de octubre de 2013, esto porque ante la evidente contradicción entre lo establecido en los artículos 2° y 7° de la Sección 8, Capítulo III, Título I, del Libro 1°, del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, con lo establecido en los artículos 35° y 46° de los Estatutos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, aprobados mediante Resolución Administrativa SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, resultan estos últimos en una excepción legítima a la norma general, además que por su carácter especial, goza de aplicación preferente.

No obstante, llama la atención que, habiendo sido aprobados los Estatutos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,** mediante la Resolución Administrativa SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005, entonces para su vigencia desde el 31 de diciembre de 2005, resulta que los periodos ejercidos por los Consejeros a los que se refiere la nota de cargos, devienen en varios casos, de datas anteriores a la fecha señalada; así la nota de cargos ASFI/DSR II/R-159425/2013 hace referencia a que:

> "…*miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia habrían sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos períodos consecutivos* (…)*, de acuerdo al siguiente detalle:*

NOMBRE	***CONSEJO***	***AÑOS***	***PERIODO***
			(…)
Mary Nery de Balcázar	*Administración*	***2001** al 2013*	*Quinto*
			(…)
Miguel Egüez Aguilera	*Administración*	***2000** al 2013*	*Sexto*
Juan Gruich Ramos	*Vigilancia*	***2000** al 2013*	*Sexto*
			(…)
Juan Salas Méndez	*Vigilancia*	***2001** al 2013*	*Quinto*

(…)" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

Entonces, con respecto a estos cuatro casos, no existe referencia alguna en las Resoluciones Administrativas impugnadas y puestas en conocimiento del suscrito, que permita determinar cuál su tratamiento con anterioridad al 31 de diciembre de 2005 (cuando los mismos ya ejercían la consejería hoy controvertida), tanto en lo normativo como en lo estatutario, es decir, si la norma general -tal como es ahora- impedía la reelección que hoy prohíbe, y de ser el caso, si los Estatutos de la entidad recurrente (se entiende que autorizados por el Ente Regulador), a tales datas la relevaban de su cumplimiento, extremo alegado dentro de los Recursos Jerárquicos que ahora se resuelven.

En tal sentido, se observa en las actuaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la inexistencia de la fundamentación suficiente y adecuada que exigen los

artículos 28º, inciso e), y 30º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto, no se ha considerado dentro de las mismas, la circunstancia de corresponder la elección original de cuatro consejeros, con carácter anterior a la autorización de 30 de diciembre de 2005, y por tanto, cuál la disposición y tratamiento emergente de ello, extremo determinante para la decisión que consta infra, en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

En efecto, la Resolución Sancionatoria, al no exponer de forma clara y precisa el tratamiento individualizado, de cada uno de los casos de reelección de los consejeros de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, carece de la precisión requerida conforme al análisis supra expuesto, ante una evidente salvedad a la normativa acusada de contravención, propiciada por la Resolución Administrativa SB 199/2005 vigente desde el 31 de diciembre de 2005, fecha antes de la cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, si se encontraría con la potestad sancionatoria plenamente habilitada, aspecto por el cual, resulta necesario un tratamiento individualizado de la reelección de los consejeros de la entidad recurrente, que tome en cuenta, la fecha en la cual fuera reelecto, el tiempo del ejercicio de funciones, periodos de reelección, análisis que deberá aplicarse desde la gestión 2000 a 30 de diciembre 30 de diciembre de 2005.

2.3.- Principios de tipicidad, motivación, debido proceso y de reserva legal.-

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que los corecurrentes acusan también, que dentro el proceso administrativo presente, ha existido "*violación al principio de tipicidad, motivación y debido proceso*", toda vez que:

> "…*la infracción por la cual, de manera arbitraria y violatoriamente se pretende aplicarnos una sanción* (…) *no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en el Reglamento de Faltas y Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI, en aplicación de los arts. 71, 72, 73 y 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*
>
> *Este accionar es contrario al principio de seguridad jurídica, ya que el accionar de la administración pública y de toda autoridad debe enmarcarse en la Ley y no se pueden hacer interpretaciones arbitrarias y mucho menos imponer sanciones por infracciones, en los casos en los que la Ley expresamente no las prevea o tipifique*…"

Resulta de ello que, lo que los recurrentes pretenden es que la infracción se encuentre expresa y precisamente tipificada en la norma y no así en un sentido genérico y abstracto; no obstante, ello se constituye en un exceso toda vez que, conforme señala Comadira al referirse al principio de tipicidad:

> "…*Entendida como exigencia de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas, tampoco posee acogida absoluta en el derecho disciplinario, pues las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica, propia de las figuras penales.*

De todos modos, es exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del solo juicio del superior, o fundables, exclusivamente, en la norma que otorga la atribución sancionatoria…"

De su parte, ha aclarado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013:

"*…que el artículo 99 de la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras, establecía: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarías se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas (…)*

El artículo 101 de la misma Ley, señalaba; "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia.

Lo anterior, (…) *demuestra que la tipificación de infracción atribuida a la Cooperativa, tiene la necesaria tipicidad y motivación, lo que no vulnera el debido proceso…*"

Para el caso, las normas a la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero califica de incumplidas, constituyen los artículos 2° y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, artículos 2° y 7°, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro V contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la que corresponde a la calidad de norma reglamentaria, conforme es mencionada en el precitado artículo 99° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, determinando a su vez la legitimidad en la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sin que sea necesario mayor aclaración al respecto.

Dentro de similar lógica, señalan los recurrentes que:

"*…La Resolución Sancionatoria, al establecer que:* ***"Los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia no podían haber sido reelegidos en dichos Consejos por más de dos periodos consecutivos, incumpliendo con los artículos 2 y 7 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras",*** *tipifica o contiene una INFRACCIÓN que no se encuentra establecida en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ni en ninguna otra LEY, aspecto de absoluta relevancia, puesto que, se está estableciendo LÍMITES AL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES, de la entidad financiera, los Consejeros y sobre todo de sus socios…*"

En este caso, lo que se impugna es que la infracción no se encuentre dispuesta en una ley formal y material, lo que no sucede dentro del caso, al remitirse la nota de cargos al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito; sin embargo y como se ha visto, es el artículo 99° de la Ley N° 1488, de

Bancos y Entidades Financieras, el que posibilita que la infracción se encuentre implementada en una reglamentación, al margen de una ley.

Al respecto, señala el Ente Regulador en su Resolución ahora recurrida, que:

> "...*la abrogada Ley de Bancos y Entidades Financieras que en el artículo 99 establecía: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas (…)*
>
> *También, en el punto 3 anterior, se hizo referencia al artículo 101 de la misma Ley que señalaba: "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia...*"

Por consiguiente y con la necesaria reiteración de que sin perjuicio de lo determinado en el numeral 2.2, corresponde dar la razón a la Entidad recurrida y rechazar por infundado el alegato de los Recursos Jerárquicos, toda vez que en definitiva, la infracción imputada sí se encuentra contemplada en la normativa vigente.

2.4.- Libertad de asociación y derecho al trabajo.-

Finalmente, el Recurso Jerárquico interpuesto por los señores **MARY NERY BALCAZAR**, **CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA**, **MÁXIMO CÓRDOVA VALVERDE**, **MIGUEL EGÜEZ AGUILERA**, **MARÍA DINA GALVÍZ DE JUSTINIANO**, **JUAN SALAS MÉNDEZ** y **JUAN GRUICH RAMOS**, alega que:

> "…*La Resolución Sancionatoria* (…) *atenta contra nuestros derechos civiles de libre asociación reconocidos en el art. 21.4 de la CPE, por el art. 22.1.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como es atentatorio a nuestro derecho al trabajo instituido por la Constitución Política del Estado en su art. 46., protegido por el Estado conforme al art. 49 III, por el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su art. 28, puesto que no se está teniendo reglas claras, precisas y determinadas, cuyo contenido traiga consigo la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental.*
>
> *Es importante que usted tome en cuenta que, nosotros en ejercicio de nuestro derecho a la libertad de asociación, hemos puesto en común intereses, bienes, recursos, profesión u oficio, con el objeto de desarrollar actividades de intermediación financiera no bancaria, conformando una iniciativa empresarial lícita, así conformar una estructura reconocida por el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a nuestros estatutos debidamente aprobados por la ASFI* (…)
>
> *Como consecuencia de nuestra reelección, asumimos un trabajo. Colocando nuestro esfuerzo personal e intelectual, por el cual recibimos una remuneración o dieta, que nos permite procurarnos un medio de subsistencia, para nosotros y nuestras familias en forma digna, correspondiendo al Estado y sus órganos administrativos protegernos, promoverlos y garantizar nuestra estabilidad…*"

Tal criterio es per se inadmisible, por cuanto, el ejercicio de una consejería dentro de una sociedad cooperativa, no hace al derecho de reunión y asociación al que se refiere el artículo 21°, numeral 4, de la Constitución Política del Estado, sino en todo caso, al derecho a ser elegido al interior de la sociedad.

Para que se impusiera la lógica que señalan los Recursos Jerárquicos, la calidad de socio debiera conllevar necesaria y automáticamente la de consejero, esto porque, en lo alegado, al privársele a una determinada persona de ejercer la consejería en una sociedad Cooperativa, se le estaría privando de su derecho de asociación y reunión, lo que no es criterio correcto.

En el contexto de la necesaria aclaración, el derecho de asociación es el que va a permitir a los socios a constituirse en tal calidad con respecto a la Cooperativa, es decir, el que les permite asociarse bajo tal forma, empero ello no es extensible a la gobernanza societaria en general, o en especial a su poder de directorio.

Entonces, así como a los corecurrentes se les ha observado su reiterada elección, ello de ninguna manera importa habérseles infringido su derecho de reunión y asociación, para lo cual, y no obstante la observación, continúan posibilitados de reunirse o asociarse sin mayor inconveniente.

Asimismo, como cualquier otra garantía constitucional, el derecho de reunión y asociación con fines lícitos admite su regulación pertinente, por cuanto, siendo teóricamente posible una colisión de derechos, siempre estará sujeto en su aplicación al interés colectivo (no sería dable por ejemplo, que unos cuantos socios decidan por todos los demás sin la previa comunicación que establece la reglamentación), lo que resulta en una actividad plenamente legítima del Órgano competente, ameritando el carácter inatendible de los alegatos al respecto.

Similar circunstancia es la que sucede con la alegada infracción al derecho al trabajo, por cuanto, el ejercicio de una consejería como la de una sociedad cooperativa, no hace a régimen laboral alguno; tal es así que su ejercicio no goza de remuneración salarial ni cualquier otra figura de similar naturaleza social, como que tampoco puede generar responsabilidades sociales en contra de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, no existe aquí subordinación jurídica ni dependencia económica que hagan a lo mismo.

Ahora, si los consejeros ahora recurrentes han confundido la naturaleza de sus responsabilidades electivas de dirección, asumiéndolas cual si fuera su fuente de trabajo, "*colocando nuestro esfuerzo personal e intelectual, por el cual recibimos una remuneración o dieta, que nos permite procurarnos un medio de subsistencia, para nosotros y nuestras familias en forma digna, correspondiendo al Estado y sus órganos administrativos protegernos, promoverlos y garantizar nuestra estabilidad*", lo han debido hacer a su criterio personal, en tanto y en cuanto, ni en la presente oportunidad ni en ninguna otra, puede un consejero alegar tal extremo, cual si fuera determinante para sugerir una relación laboral a todas luces inexistente, haciendo inviable por ello, invocar el derecho al trabajo.

Entonces, siempre sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.2 supra, no corresponde dar lugar al alegato señalado en el numeral presente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha realizado un correcto análisis de la normativa que hace al caso de autos, al haber inobservado la cualidad de Resolución Administrativa que hace a la aprobación de los Estatutos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, empero además, al no haber fundado correctamente su decisión, cuando a prescindido de considerar y hacer extensible la decisión que corresponda, al hecho de que la supuesta infracción, en cuatro casos, se origina en datas anteriores a la aprobación de la norma controvertida (Resolución Administrativa SB 199/2005 de fecha 30 de diciembre de 2005), lo que importa una infracción al deber de fundamentación y con ello, una inobservancia al debido proceso administrativo.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 803/2013 de 5 de diciembre de 2013 **inclusive**, debiendo en consecuencia pronunciarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por haber infringido su propia norma, al haber autorizado mediante la Resolución Administrativa SB 199/2005 de 30 de diciembre de 2005, las modificaciones a los Estatutos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, cuyos artículos 35° y 46° están referidos a la reelección de sus Consejeros, con la posibilidad de prescindir de un periodo de descanso, en antinomia con lo expresamente dispuesto por los artículos 2° y 7° del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 518/2012 DE 20 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 048/2014 DE 27 DE JUNIO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 048/2014

La Paz, 27 de junio de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de fecha 20 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, el Auto Constitucional Plurinacional 0009/2014-ECA de 28 de abril de 2014, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho el órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 041/2014 de fecha 18 de junio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 071/2014 de fecha 18 de junio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 29 de agosto de 2012, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, representada por el Sr. José Luis Contreras Cabezas, según el Testimonio de Poder N° 1701/2011, otorgado en fecha 21 de diciembre de 2011 por ante la Notaría de Fe Pública a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, presentó Recurso Jerárquico

contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de fecha 20 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/6630/2012 con fecha de recepción 3 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de fecha 20 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 6 de septiembre de 2012, notificado en fecha 13 de septiembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de fecha 20 de julio de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, en fecha 26 de octubre de 2012, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos del recurrente **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, a solicitud del mismo.

Que, por Resolución Ministerial 923/2012 de 27 de diciembre de 2012 y a solicitud presentada por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en fecha 13 de diciembre de 2012, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas decidió promover la acción de inconstitucionalidad concreta solicitada por el recurrente, contra los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, que fueran aplicados al pronunciarse la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012, decisión ratificada por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional mediante Auto Constitucional 0011/2013-CA de 1º de febrero de 2013.

Que, el Tribunal Constitucional Plurinacional pronunció su Sentencia 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, por la que resuelve declarar la inconstitucionalidad de los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, Sentencia aclarada y complementada por el Auto 0009/2014-ECA de 28 de abril de 2014, notificado a este Ministerio en fecha 17 de junio de 2014, estableciendo que la declaratoria de inconstitucionalidad dispuesta, "*no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de los demás artículos del Reglamento referido*".

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, notificó a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** con los siguientes cargos:

"…Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la revisión y evaluación de la Nota de Cobertura recibida de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A por el período junio 2009 a junio 2010, cuyo reasegurador supuestamente fue QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., se advirtieron las siguientes presuntas infracciones:

1. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con su objeto social único de intermediación entre la entidad aseguradora y la reaseguradora, vulnerando de esta manera lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguros N° 1883.

2. Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto dos de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, toda vez que la supuesta intermediación y colocación realizada entre el reasegurador y la aseguradora ha sido un hecho lesivo a las partes

3. Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto cuatro de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, por no haber, puesto en conocimiento del reasegurador QBE DEL ISTMO COMPAÑIA DE REASEGUROS INC. toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo

4. Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto en el inciso a) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883; al no informar a la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre, sobre la solvencia y capacidad de la reaseguradora con la que supuestamente intermedió el reaseguro.

5. Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto en el inciso b) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883; al no ilustrar a la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre, de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones sobre las cuales se contrató el reaseguro.

6. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el inciso f) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros, al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional, prestando sus servicios con información falseada induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación.

7. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el artículo 10 de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999, al no existir evidencia de las notificaciones permanentes efectuadas a la aseguradora y a la reaseguradora sobre las renovaciones, modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes.

8. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el artículo 11 de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999, al no haber demostrado la existencia de archivos que contengan mínimamente información pertinente a las cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones reclamos y otros aspectos relevantes en el caso de la Nota de Cobertura en cuestión, emitida por Aon Re Bolivia S.A. a favor de la Compañía de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A.

En consecuencia ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***AON RE BOLIVIA S.A.,*** *al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante memorial de fecha 13 de abril de 2012, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** presenta los siguientes descargos:

"…***PRESUNTA INFRACCIÓN No. 1:*** (…)

a) ***Anulabilidad de ia Notificación de Cargos:*** *La Presunta Infracción No. 1 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que "****el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se ie imputan****" tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente. En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.*

b) ***Prescripción:*** *La Presunta Infracción No. 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que' ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.* ***En el caso presente, la Presunta infracción No. 1 prescribió a ios dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011,*** *habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE:*

APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 1.

c) <u>Colocación de reaseguro ajustada al objeto social de AON-RE:</u> *Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargos y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 1, afirmamos que la intermediación en el reaseguro mencionado, fue ejecutado de parte de AON-RE en cumplimiento de su objeto social único, que consiste en la intermediación entre la entidad aseguradora y el reasegurador aceptante, tai como establece el artículo 22 de la Ley de Seguros No. 1883 y el artículo 3 de nuestros Estatutos. En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos:*

A. *Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, donde nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva, que adjuntamos en copia legalizada.*

B. *Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., la cual es un adjunto de la Carta referida en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada.*

C. *Los Estatutos de AON-RE, contenidos en la Escritura Pública No. 687/2001 de fecha 16 de marzo de 2001, otorgada ante la Notaría de Fe Pública No. 007 a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna del Distrito Judicial de La Paz, que adjuntamos en fotocopia simple debido a que se encuentran ya en el archivo de la APS.*

d) <u>Tipicidad de la colocación de reaseguro, de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo en vigencia</u>*: Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargos y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en calidad de justificativo de nuestra parte, formalmente expresamos a su Autoridad que la actuación de AON-RE en el presente caso se ajustó plenamente al inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008), que textualmente describe el siguiente accionar:*

> *"ii) Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa .reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella."*

En consecuencia, la actuación de AON-RE se ajustó plenamente a su objeto social único, a la Ley de Seguros No. 1883 en su artículo 22 y al Reglamento de Reaseguro Pasivo, por lo cual el cargo acusado en nuestra contra debe ser dejado sin efecto.

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 2: (…)

a) <u>Anulabilidad de la Notificación de Cargos</u>: *La Presunta Infracción No. 2 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que* ***"el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"*** *tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto Infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente.*

Debemos manifestar que la Notificación de Cargos no expresa en qué forma la actuación de AON-RE habria sido "lesiva" a las partes contratantes del reaseguro, omisión que revela de forma muy evidente los defectos de la Notificación de Cargos que ya hicimos notar líneas arriba.

En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.

b) <u>Prescripción</u>: *La Presunta Infracción No. 2 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.* ***En el caso presente, la Presunta Infracción No. 2 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio*** *de 2011, habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 2.*

c) <u>La colocación de reaseguro fue realizada por AON-RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS//IS/Nº 764 y no del inciso i) como afirma la APS en la Notificación de Cargos</u>: *Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargos y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 2, le hacemos*

notar que, en el caso de autos, tanto AON-RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de Septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente), actuaron bajo los preceptos del inciso ii). del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:

> *"ii)* ***Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella.***

En el presente caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON-RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. y emitió al efecto la "nota de liberación" a favor de AON-RE, liberándola de responsabilidad. En estas circunstancias, previa existencia de una expresa liberación de responsabilidades, no existe un hecho que pueda ser calificado como "lesivo" a la Aseguradora 24 de Septiembre y menos a la reaseguradora.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos:

> *A. Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, que constituye la "Nota de Liberación" exigida por el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, donde nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva, y la Aseguradora 24 de Septiembre expresamente nos libera de toda responsabilidad sobre esta colocación. Adjuntamos copia legalizada. Dejamos constancia que la Aseguradora 24 de Septiembre tenía la obligación legal de poner en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) la "Nota de Liberación", de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo (segundo párrafo del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado), es decir que el Regulador de Seguros conoció en su debida oportunidad esta forma de colocación del reaseguro y no formuló observación o reparo alguno.*
>
> *B. Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., la cual es un adjunto de la Carta referida en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada.*

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 3: (…)

a) <u>Anulabilidad de la Notificación de Cargos</u>: *La Presunta Infracción No. 3 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que* ***"el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"*** *tal como exige de manera*

expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente.

Respecto a esta presunta Infracción, la Notificación de Cargos no señala qué documentación no fue puesta en conocimiento del reasegurador por parte de AON-RE, ni que impacto pudo haber tenido la supuesta omisión.

En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.

b) <u>Prescripción</u>: *La Presunta Infracción No. 3 se refiere al .acto de contratación de un reaseguro, evento'que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.* ***En el caso presente, la Presunta Infracción No. 3 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011****, habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 3.*

c) <u>La Intermediación de reaseguro fue realizada por AON-RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1, del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS//IS/Nº 764 y no del inciso i) como afirma la APS en la Notificación de Cargos</u>: *Sin perjuicio del planteamiento de la Anulación de la Notificación de Cargo y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 3, le hacemos notar que, en el caso de autos, tanto AON-RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de Septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente), actuaron bajo los preceptos del inciso ii) del subnumera! 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:*

> *"ii)* ***Cuando exista una solicitud expresa*** *de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este* ***coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora,*** *la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella."*

En el presente caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON-RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. Dicha reaseguradora ya había emitido la Nota de Cobertura respectiva, es decir que ya conocía previamente el riesgo que iba a suscribir, seguramente por información que previamente le proporcionó la Aseguradora 24 de Septiembre. En estas circunstancias, cuando el reasegurador ya conoce el riesgo que va a suscribir en forma previa a la intervención de la corredora de reaseguros, no procede ni tiene efecto alguno la actuación que extraña la APS en la Notificación de Cargos.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales:

A. Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, que constituye. la "Nota de Liberación" exigida por el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, donde se Identifica a la reasegurada QBE, se adjunta la Nota de Cobertura ya emitida por ésta y se nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva. Adjuntamos la copia legalizada.

Dejamos constancia que la Aseguradora 24 de Septiembre tenía la obligación legal de poner en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) la "Nota de Liberación", de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo (segundo párrafo del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado), es decir que el Regulador de Seguros conoció en su debida oportunidad esta forma de colocación del reaseguro y no formuló observación o reparo alguno.

B. Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., que es un adjunto de la carta referida en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada.

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 4: (…)

a) <u>Anulabilidad de la Notificación de Cargos</u>: *La Presunta Infracción No. 4 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que "**el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"** tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en*

indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente.

Respecto a esta presunta Infracción, la Notificación de Cargos no señala qué documentación no fue puesta en conocimiento de la Aseguradora 24 de Septiembre por parte de AON-RE, ni qué impacto pudo haber tenido la supuesta omisión.

En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.

b) <u>Prescripción</u>: *La Presunta Infracción No. 4 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.* ***En el caso*** *presente,* ***la Presunta infracción No. 4 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011,*** *habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 4.*

c) <u>La Intermediación de reaseguro fue realizada por AON-RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS//IS/Nº 764</u>: *Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargos y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 4, le hacemos notar que, en el caso de autos, tanto AON-RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de Septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente), actuaron bajo los preceptos del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:*

> *"ii)* ***Cuando exista una solicitud expresa*** *de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este* ***coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora,*** *la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella.*

En el presente caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON-RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. Dicha reaseguradora ya había emitido la Nota de Cobertura respectiva, es decir que la Aseguradora 24 de Septiembre ya conocía previamente la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales iba a contratar, con lo cual se

cumplía ampliamente la finalidad del inciso a) del numeral 2 del artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales:

A. Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, que constituye la "Nota de Liberación" exigida por el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, donde se identifica a la reasegurada QBE, se adjunta la Nota de Cobertura ya emitida por ésta y se nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva. Adjuntamos la copia legalizada. Dejamos constancia que la Aseguradora 24 de Septiembre tenía la obligación legal de poner en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) la "Nota de Liberación", de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo (segundo párrafo del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado), es decir que el Regulador de Seguros conoció en su debida oportunidad esta forma de colocación del reaseguro y no formuló observación o reparo alguno.

B. Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., que es un adjunto de la carta referida en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada.

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 5: (…)

a) <u>Anulabilidad de la Notificación de Cargos</u>: *La Presunta Infracción No. 5 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que* ***"el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"*** *tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente. En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual deb'e ser anulada por su Autoridad.*

b) <u>Prescripción</u>: *La Presunta Infracción No. 5 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23*

de abril de 2002, determina que las Infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. ***En el caso presente, la Presunta Infracción No. 5 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011,*** *habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 5.*

c) La Intermediación de reaseguro fue realizada por AON-RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1, del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 764:

Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargos y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 5, le hacemos notar que, en el caso de autos, tanto AON-RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de Septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente), actuaron bajo los preceptos del Inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:

> *"ii) Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora; para liberarla de la responsabilidad asumida por ella."*

En el presente caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON-RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. Dicha reaseguradora ya había emitido la Nota de Cobertura respectiva, es decir que la Aseguradora 24 de Septiembre ya conocía previamente todos los aspectos de la contratación del reaseguro, quedando cumplida de esta forma la finalidad que persigue el inciso b) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales:

A. Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, que constituye la "Nota de Liberación" exigida por el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, donde se identifica a la reasegurada QBE, se adjunta la Nota de Cobertura ya emitida por ésta y se nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva. Adjuntamos la copia legalizada.

Dejamos constancia que la Aseguradora 24 de Septiembre tenía la obligación legal de poner en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y

Seguros (SPVS) la "Nota de Liberación", de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo (segundo párrafo del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado), es decir que el Regulador de Seguros conoció en su debida oportunidad esta forma de colocación del reaseguro y no formuló observación o reparo alguno.

B. Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., que es un adjunto de la carta referida en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada.

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 6: (…)

a) Anulabilidad de la Notificación de Cargos: *La Presunta Infracción No. 6 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que* ***"el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"*** *tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente. En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraría a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.*

b) Prescripción: *La Presunta Infracción No. 6 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.* ***En el caso presente, la Presunta Infracción No. 6 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011,*** *habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 6.*

c) Las actuaciones que hayan podido ocurrir por parte de la Aseguradora 24 de Septiembre, no son responsabilidad de AON-RE, sino en todo caso de la Aseguradora 24 de Septiembre y de personas vinculadas a ella: *Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargo y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 6, le hacemos notar que las supuestas actuaciones basadas en "información falseada induciendo a error a tomadores,*

asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación" tal como afirma la Notificación de Cargos, sin aportar al efecto elementos de juicio, antecedentes o hechos concretos en los que supuestamente se basan semejantes afirmaciones, en todo caso fueron cometidos por la Aseguradora 24 de Septiembre y personas vinculadas a esta entidad aseguradora, actuaciones en las que AON-RE o sus ejecutivos no tuvieron intervención alguna. Las actuaciones y omisiones de la Aseguradora 24 de Septiembre ya se encuentran investigadas y detalladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), que en su debida oportunidad emitió las resoluciones administrativas que condujeron a la intervención y liquidación de la mencionada entidad aseguradora. Tales actuaciones ocurrieron sin intervención de AON-RE y, por tanto, es inapropiado de parte de la APS girar un cargo en contra de nuestra Empresa sin el debido sustento documental y fáctico completo.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales:

A. RA 19/2010 de 14 de enero de 2010 emitida por la ASFI:

La ASFI emitió informes en Septiembre y Diciembre 2009 después de realizar inspecciones a la Aseguradora 24 de Septiembre; en ellas se determinaron:

- *Omisión de registro de siniestros,*
- *Infracciones sobre valuación de activos,*
- *Ausencia de estrategia de gestión y gobierno corporativo que genera alto riesgo de confiabilidad de los registros y de los estados financieros,*
- *Falta de políticas de suscripción debido a la falta de procedimientos para evaluación de riesgos,*
- *No reserva riesgos en curso adecuadamente*
- *Infracciones a los sistemas de información informática (altera registros contables)*

Estas fallas señalan al poco control de gestión que el Directorio y las Gerencias ejercían sobre las operaciones de la empresa, el registro de sus actividades asi como la adecuada exposición de sus cifras y situación patrimonial.

La ASFI indica que solo se cumplieron a la fecha de esta RA el 29% de las recomendaciones de ajustes y de políticas operativas, quedando el 61% sin atenderse. Específicamente indica en el punto 2.1 que la Aseguradora 24 de Septiembre "no cuenta con una estructura adecuada, no existe evidencia de que la gerencia hubiera iniciado la implementación de un sistema de control interno, manuales de funciones y procedimientos y que mantenga control del riesgo moral y la existencia de una conducción técnica del negocio y de la organización, ocasionando riesgo alto en la compañía sobre la organización y gobiernos corporativos"

En ese sentido, era obvio que la Aseguradora 24 de Septiembre en ese entonces carecía de una gestión adecuada y que sus registros contables en lo que respecta

primas por cobrar, inversiones, reservas para riesgos en curso etc. eran deficientes y por lo tanto no representaban adecuadamente la situación de la empresa.

En esta RA se le otorga a la Aseguradora 24 de Septiembre plazos perentorios para presentar información adecuada, respaldos de varias operaciones observadas inclusive estados financieros auditados de las gestiones 2007 y 2008, presentar un listado de varios procesos judiciales que la Aseguradora 24 de Septiembre mantenía, además de prohibirle disponer de saldos en custodia y de restringir sus actividades comerciales dado que la Aseguradora 24 de Septiembre no podía seguir operando plenamente con fallas tan importantes como las observadas.

B. RA 116/2010 de 10 de febrero de 2010, emitida por la ASFI:

En esta RA la ASFI determinó deficiencias de más de USD5 millones en las reservas para riesgos en curso; que más de USD1.8 millones fueron transferidos de las cuentas de la Aseguradora 24 de Septiembre a cuentas de la hija y la esposa del Presidente Ejecutivo y conmina a la Aseguradora 24 de Septiembre a efectuar una reserva de USD 5.8 Millones.

C. RA 202/2010 de 18 de marzo de 2010, emitida por la ASFI:

En su oportunidad, la Aseguradora 24 de Septiembre pidió la revocatoria de la RA 116/2010, argumentando que había presentado el respaldo de la Nota de Cobertura de Reaseguro para la gestión 2008-2009 y que por lo tanto contaba con reaseguro.

La ASFI indica que tiene evidencia del reasegurador que este no aceptó los riesgos a primer requerimiento para entidades públicas y que, por lo tanto, ratifica la RA 116/2010 conminando a la Aseguradora 24 de Septiembre a provisionar USD 5.8 Millones de reservas técnicas.

D. RA 241/2010 de 30 de marzo de 2010, emitida por la ASFI

Dado que la Aseguradora 24 de Septiembre no cumplió con lo requerido por la ASFI en anteriores Resoluciones Administrativas, se le conmina a lo siguiente:

- *Presentación de Estados Financieros auditados 2007 y 2008,*
- *El pago de siniestros presentados y que cumplían con todos los requisitos,*
- *La presentación de contratos de reaseguro y conciliación de cuentas con el reasegurador,*
- *La constitución de reservas técnicas por USD 5.8 Millones dado que la aseguradora no contaba con reaseguro para pólizas a primer requerimiento para entidades públicas,*

Y que adicionalmente:

- *El auditor externo de los estados financieros de la Aseguradora a Diciembre 31, 2009 indica que estos presentaban serias deficiencias y que NO son 'suficientes y confiables' y que la Aseguradora 24 de Septiembre ha incumplido con los registros de acuerdo al manual de cuentas vigente y obligatorio,*

- *Que la Aseguradora 24 de Septiembre ha pagado más de USD3.9 millones a cuentas de la esposa e hija de su Presidente Ejecutivo y ha indicado que supuestamente estos pagos eran al reasegurador cuando está comprobado que no se contaba con contratos de reaseguro.*

Actuando en consecuencia, la ASFI procede a la liquidación forzosa de la Aseguradora 24 de Septiembre, dado que ha incumplido una serie de normas vigentes y no ha subsanado las deficiencias encontradas.

E. RA 386/2010 de 20 de mayo de 2010, emitida por la ASFI:

En esta instancia, la Aseguradora 24 de Septiembre pidió la revocatoria de la RA 241/2010, argumentando temas técnicos que la ASFI desahució y se ratificó en su decisión de continuar con ia liquidación forzosa de la aseguradora. La ASFI también indica que no obstante las deficiencias financieras de la Aseguradora ya identificadas, esta adolecía de:

- *Decisiones centralizadas por la familia Foronda, generando ausencia de un conjunto de principios y normas que regulen el diseño, integración y funcionamiento de los órganos corporativos de la empresa (Gobierno Corporativo).*

- *Ausencia de un sistema de control interno adecuado por el Directorio o los Ejecutivos de la compañía que proporcionen una certeza razonable en cuanto a la seguridad, eficiencia y eficacia de las operaciones, fiabilidad de la información financiera y cumplimiento de las leyes y normas aplicables.*

- *Ausencia de manuales de funciones y procedimientos que especifiquen los deberes y funciones de las labores desarrolladas por el personal; ya que si bien existe un manual operativo y de funciones, este se encuentra desactualizado y no es conocido, ni socializado al personal para su aplicación.*

- *Ausencia de asignaciones formales de responsabilidad a los mandos superiores que indiquen los deberes y derechos de sus cargos que, además, sea concordante con la planilla salarial.*

- *La Gerente General, mensualmente recibía cheques a su nombre para realizar trámites operativos como pagos de servicios básicos de la oficina central y pagos por honorarios profesionales para las Licenciadas Patricia y Jackeline Foronda.*

- *La ausencia de una estrategia de gestión, gobierno corporativo y un adecuado sistema de control interno genera riesgos inherentes de control y detección sobre el*

manejo de los recursos, registros contables, razonabilidad de los Estados Financieros y cumplimiento de las normas y leyes emitidos por el Ente Regulador.

Todos los aspectos detallados en las Resoluciones Administrativas (RA) ya especificadas son de exclusiva responsabilidad de la Asegurada 24 de Septiembre y de personas vinculadas a ella, sin participación ni intervención alguna de AON-RE o de sus ejecutivos y administradores. Estas resoluciones, emitidas por la autoridad competente, acreditan la existencia de irregularidades en la administración de la Aseguradora 24 de Septiembre, que exceden en mucho la restringida intervención que tuvo AON-RE en la colocación del reaseguro mencionado.

Como la Notificación de Cargos no está motivada y tampoco detalla las circunstancias de las supuestas irregularidades, es prácticamente imposible identificar a qué se refiere a APS cuando hace la acusación contenida en la Presunta Infracción No. 6.

En estas adversas circunstancias, en calidad de descargo, adjuntamos copias simples de dichas RA, dejando constancia que los originales se encuentran en el archivo de la ASFI y ya son de previo conocimiento de la APS.

d) Litispendencia: *pese a toda la seriedad de las acusaciones de la ASFI, así como de la vigencia y legitimidad de sus actos administrativos, tenemos conocimiento que las actuaciones supuestamente delictivas de las personas vinculadas a la Aseguradora 24 de Septiembre se encuentran actualmente en investigación. En efecto, después de haberse dictado la Resolución ASFI N° 202/2010 de fecha 18 de Marzo de 2010 que establece la Liquidación Forzosa de la Aseguradora 24 de Septiembre, el Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión Financiera (ASFI) Ernesto Rivero Villarroel, en fecha 26 de marzo del 2010, formaliza denuncia, escrita ante el Ministerio Publico del Distrito de La Paz en contra de la "Agrupación Delictiva Foronda" el cual se encuentra compuesto por los ciudadanos Patricia Josefina Foronda Soliz, Mary Jaqueline Foronda Soliz, Roberto Foronda Franco y Josefina Soliz De Foronda, por la comisión de los delitos de Falsificación de Documento Privado, Uso de Instrumento Falsificado y Asociación Delictuosa. Dicho proceso penal (CASO N° FELCCSCZ1002884) se encuentra actualmente bajo la dirección funcional investigativa ante el Ministerio Público bajo el control jurisdiccional del Juzgado 10mo. de Instrucción (Cautelar) en lo Penal de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. En tanto estas investigaciones no concluyan y los procesos correspondientes tengan sentencia ejecutoriada, no se puede afirmar la comisión de delitos o actos fraudulentos.*

Por otra parte, la APS no puede, por sí misma y en calidad de ente de naturaleza administrativa, juzgar ni acusar actuaciones que tengan carácter delictivo. Este tipo de actuaciones corresponden a las autoridades competentes y por las vías legales apropiadas, todas sujetas a la Garantía Constitucional y Derecho Fundamental del Debido Proceso. En consecuencia, existe litispendencia en el presente caso, que asiste a AON-RE, no correspondiendo que la APS formule cargo de la naturaleza de la Presunta Infracción No. 6 que venimos analizando.

En consecuencia, presentamos de nuestra parte la Excepción de Litispendencia.

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 7: (…)

a) ***<u>Anulabilidad de la Notificación de Cargos</u>:*** *La Presunta Infracción No. 7 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que* ***"el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"*** *tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe; ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente. En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.*

b) ***<u>Prescripción</u>:*** *La Presunta Infracción No. 7 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.* ***En el caso presente, la Presunta Infracción No. 7 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011,*** *habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 7.*

c) ***<u>La Intermediación de reaseguro fue realizada por AON-RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1, del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS//IS/Nº 764</u>:***

Sin perjuicio de la Nulidad de la Notificación de Cargo y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 7, le hacemos notar que, en el caso de autos, tanto AON-RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de Septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente), actuaron bajo los preceptos del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:

"ii) Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor

de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora, *la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella.*

En el presente caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON-RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. Dicha reaseguradora ya había emitido la Nota de Cobertura respectiva, es decir que la Aseguradora 24 de Septiembre ya conocía previamente todos los aspectos de la contratación del reaseguro.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales:

A. *Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, que constituye la "Nota de Liberación" exigida por el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, donde se identifica a la reasegurada QBE, se adjunta la Nota de Cobertura ya emitida por ésta y se nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva. Adjuntamos la copia legalizada.*

   Dejamos constancia que la Aseguradora 24 de Septiembre tenía la obligación legal de poner en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) la "Nota de Liberación", de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo (segundo párrafo del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado), es decir que el Regulador de Seguros conoció en su debida oportunidad es.ta forma de colocación del reaseguro y no formuló observación o reparo alguno.

B. *Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., que es un adjunto de la carta especificada en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada,* ***d) <u>La Aseguradora 24 de Septiembre decidió actuar por su cuenta, sin dar participación ni información a AON-RE</u>:*** *Asimismo, en calidad de descargo de nuestra parte, debemos presentar las ya mencionadas Resoluciones Administrativas (RA) emitidas por la ASFI con relación a la intervención y liquidación de la Aseguradora 24 de Septiembre, en las que se revela en forma detallada que la Aseguradora 24 de Septiembre actuaba por su propia cuenta, sin los mecanismos usuales de administración y control empresarial, los cuales incluyeron no dar parte a AON-RE de las modificaciones y otros aspectos relevantes del reaseguró. En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales, en copias simples, dejando constancia que los originales se encuentran en el archivo de la ASFI y ya son de previo conocimiento de la APS:*

   I. *RA 19/2010 de 14 de enero de 2010 emitida por la ASFI.*
   II. *RA 116/2010 de 10 de febrero de 2010, emitida por la ASFI.*

III. RA 202/2010 de 18 de marzo de 2010, emitida por la ASFI.
IV. RA 241/2010 de 30 de marzo de 2010, emitida por la ASFI.
V. RA 386/2010 de 20 de mayo de 2010, emitida por la ASFI.

PRESUNTA INFRACCIÓN No. 8: (…)

a) <u>Anulabilidad de la Notificación de Cargos</u>: *La Presunta Infracción No. 8 que se formula en contra de AON-RE está viciada y no constituye una Notificación válida de Cargo, debido a que no permite que* ***"el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"*** *tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI. En efecto, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa,- manifestar en su propio texto las circunstancias del hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor. Adicionalmente, como cualquier otro acto administrativo, la Notificación de Cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341. Sin estos elementos, la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente. En consecuencia, denunciamos que la Notificación de Cargos adolece de vicios y es contraria a la ley, por lo cual debe ser anulada por su Autoridad.*

b) <u>Prescripción</u>: *La Presunta Infracción No. 8 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril'de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. En el caso presente, la Presunta Infracción No. 8 prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011, habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012. En consecuencia, de nuestra parte oponemos la Excepción de Prescripción en contra de la Presunta Infracción No. 8.*

c) <u>La Intermediación de reaseguro fue realizada por AON-RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1, del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS//IS/Nº 764</u>:

Sin perjuicio del planteamiento de Anulación de la Notificación de Cargos y de la Prescripción ya alegadas previamente en nuestro favor, en descargo de nuestra parte y para que su Autoridad proceda a desestimar la Presunta Infracción No. 8, le hacemos notar que, en el caso de autos, tanto AON-RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de Septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente), actuaron bajo los preceptos del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:

"ii) ***Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora,*** *la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella.*

En el presente caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON-RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. Dicha reaseguradora ya había emitido la Nota de Cobertura respectiva, es decir que la Aseguradora 24 de Septiembre ya conocía previamente todos los aspectos de la contratación del reaseguro.

En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales:

A. *Carta con CITE SR24 SEP-SC-0221/09 de junio 29 de 2009, dirigida a AON-RE por la Aseguradora 24 de Septiembre, que constituye la "Nota de Liberación" exigida por el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, donde se Identifica a la reasegurada QBE, se adjunta la Nota de Cobertura ya emitida por ésta y se nos solicita ser corredor de reaseguro en la colocación respectiva. Adjuntamos la copia legalizada. Dejamos constancia que la Aseguradora 24 de Septiembre tenía la obligación legal de poner en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) la "Nota de Liberación", de conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo (segundo párrafo del inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado), es decir que el Regulador de Seguros conoció en su debida oportunidad esta forma de colocación del reaseguro y no formuló observación o reparo alguno.*

B. *Nota de Cobertura firmada por la reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., que es un adjunto de la carta referida en el inciso anterior, que adjuntamos en copia legalizada.*

d) <u>La Aseguradora 24 de Septiembre decidió actuar por su cuenta, sin dar participación ni información a AON-RE</u>: *Asimismo, en calidad de descargo de nuestra parte, debemos presentar las ya mencionadas Resoluciones Administrativas (RA) emitidas por la ASFI con relación a la intervención y liquidación de la Aseguradosa 24 de Septiembre, en las que se revela en forma detallada que la Aseguradora 24 de Septiembre actuaba por su propia cuenta, sin los mecanismos usuales de administración y control empresarial, los cuales incluyeron no dar parte a AON-RE de las modificaciones y otros aspectos relevantes del reaseguro. En constancia, adjuntamos en calidad de prueba de descargo de nuestra parte los siguientes instrumentos documentales, en copias simples, dejando constancia que los originales se encuentran en el archivo de la ASFI y ya son de previo conocimiento de la APS:*

I. RA 19/2010 de 14 de enero de 2010 emitida por la ASFI.
II. RA 116/2010 de 10 de febrero de 2010, emitida por la ASFI.
III. RA 202/2010 de 18 de marzo de 2010, emitida por la ASFI.
IV. RA 241/2010 de 30 de marzo de 2010, emitida por la ASFI.
V. RA 386/2010 de 20 de mayo de 2010, emitida por la ASFI.

PETITORIO.

En mérito a todos los argumentos legales expuestos, respetuosamente solicitamos a su Autoridad lo siguiente:

I. En vista de los evidentes vicios y deficiencias de la Notificación de Cargos, que son contrarios y violan el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA - SIREFI, así como los artículos 28 (Elementos esenciales del acto administrativo) y 30 (Actos Motivados) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, al tratarse de una acusación imprecisa, que no contiene ni expone cargos concretos y expresos, así como tampoco se trata de un acto administrativo debidamente motivado, planteamos la Anulación de la Notificación de Cargos, efecto para el cual su Autoridad deberá emitir la resolución administrativa correspondiente.

II. Cada uno de las Supuestas Infracciones que componen la Notificación de Cargos se encuentras prescritas y deben ser dejadas sin efecto, debido a que se refieren a actos que ocurrieron en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta que detallamos en el presente memorial. En aplicación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, que determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, su Autoridad deberá dictar resolución administrativa expresa, declarando la prescripción de los cargos notificados en contra de AON-RE, al haber transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON-RE con la ya referida Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012.

III. Respecto de la Presunta Infracción No. 6, existiendo un proceso penal en curso en el que se investigan presuntas irregularidades en la administración de la Aseguradora 24 de Septiembre, todo a instancias de la ASFI y la propia APS, su Autoridad deberá emitir resolución expresa, declarando que existe litispendencia en la presente causa.

IV. Para el inesperado caso que su Autoridad no atienda nuestras excepciones de anulación, prescripción y litispendencia que ya tenemos formuladas, en mérito a cada uno de los descargos y justificativos presentados respecto de cada Presunta Infracción, solicitamos que en aplicación del artículo 68 del Reglamento LPA - SIREFI, su Autoridad dicte resolución desestimando la Notificación de Cargos en su integridad y, en consecuencia, desista de aplicar cualquier sanción administrativa en contra de AON-RE en el presente caso…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 260-2012 DE 27 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta la siguiente fundamentación:

"…***CONSIDERANDO:***

Hechos

Que según los antecedentes que cursan en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, se registran los siguientes hechos sobre la cuestión que se debate:

- *Mediante CITE: SR24SEP-SC-00222/09 de 29 de junio de 2009, dirigida y recepcionada ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI en fecha 01 de julio de 2009, la Empresa Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., remite para su registro la Nota de Cobertura de Reaseguro para fianzas y cauciones extendida por AON Re Bolivia S.A. debidamente firmada por su representante legal, José Luis Contreras.*

- *A través del CITE: SR24SEP-SC 00223/09 de 29 de junio de 2009 con cargo de presentación de fecha 01 de julio de 2009, Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. informa a la ASFI que ha suscrito un documento de excepción operativa y administrativa con AON Re Bolivia S.A., amparado en lo establecido por el punto i) inciso 3.1., artículo 3 del Reglamento de Reaseguro Pasivo, emitiendo la Nota de Liberación.*

- *Con CITE: SR24SEPT-SC-00390/2009 de 19 de noviembre de 2009 y fecha de recepción en la ASFI de 20 de noviembre del mismo año, la empresa Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. envió la Nota de Cobertura de Reaseguro "supuestamente" emitida por QBE DEL ITSMO* (sic) *para el ramo de fianzas y cauciones.*

- *QBE DEL ITSMO* (sic) *mediante carta de 15 de abril de 2010, firmada y rubricada por Gilberto A. Vega, Vicepresidente Ejecutivo & CUO, declara de manera textual que: "**(…) la Nota de Cobertura, que, tanto la Corredora de Seguros Local AON RE Bolivia S.A., como la Empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A., remitieron a su despacho -y cuya copia nos hicieron llegar ustedes adjunta a su comunicación de 5 de marzo de 2010- NO FUE EMITIDA, NI ENTREGADA, NI PROPORCIONADA POR NUESTRA PARTE a ninguna de estas dos instituciones (…)**" (el resaltado es de la APS).*

Fundamentos Técnico-Jurídicos

Que por los antecedentes expuestos se verifica que la Empresa AON RE BOLIVIA S.A. emitió la Nota de Cobertura para contratos de reaseguros cuota parte para fianzas y

cauciones, a favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., por el período comprendido entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010, sin el correspondiente respaldo de reaseguro de QBE DEL ITSMO (sic) *COMPAÑÎA DE REASEGUROS INC.*

Que debido a lo anterior, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Nota de Cargos APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012, debidamente notificada el 23 de marzo de 2012, dando inició de este modo al Procedimiento Sancionador, conforme lo establecido por el romano I) del artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que dicha notificación de cargos dio lugar a que AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS, asumiendo legítima defensa, presente los descargos, justificativos y excepciones que a continuación se analizan:

CARGO Nº 1 (…)

*Que la corredora alega que la presunta infracción que se formula en contra de AON RE está viciada y no constituye una Notificación válida de cargo, debido a que no se permite que "**el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan"** tal como exige de manera expresa el artículo 66 parágrafo II del Reglamento LPA- SIREFI.*

Que menciona asimismo que, la acusación de un cargo debe ser concreta y expresa, manifestar en su propio texto las circunstancias de hecho y la intervención por comisión u omisión del presunto infractor y que adicionalmente como cualquier acto administrativo, la Notificación de cargos debe ser un acto debidamente fundamentado, de conformidad con las artículos 28 y 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que finaliza mencionando que, sin estos elementos (elementos esenciales y actos motivados), la Notificación de Cargos no es válida, ya que el supuesto infractor queda en indefensión y librado a su suerte para tratar de establecer de qué se le acusa exactamente.

Que con carácter previo a ingresar al análisis del fondo, conviene hacer hincapié en algunos principios básicos que rigen la actividad administrativa:

Que en el ámbito administrativo, el principio de legalidad reconocido por el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso" implica el sometimiento al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y

de acuerdo a los fines que les fueron conferidos.

Que junto al principio de legalidad (como comprensivo de la norma positiva y de los principios generales del derecho, aun cuando éstos no tengan rango positivo) se encuentra el principio de buena fe, reconocido por el inciso e) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo que menciona: "en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo". Lo que equivale a decir que las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a partir de antecedentes obtenidos por la propia administración emanar resoluciones fundamentadas a objeto de dotar de certeza al administrado sobre sus decisiones.

Que asimismo según el Principio de Presunción de legitimidad, recogido en el inciso g) de la norma citada, "Las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario" La presunción de legitimidad viene a presumir que el acto administrativo -en razón de las garantías objetivas y subjetivas que rodean su emanación- se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, dicho de otro modo se ajusta al procedimiento y observa las reglas del debido proceso, traducido en el derecho del administrado de ser oído y en consecuencia exponer la razón de su defensa.

Que en concordancia con los principios anotados el artículo 27 de la misma norma, prescribe: "se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que a su vez el romano I) del artículo 24 del Decreto Supremo Nª 27175, concordante con el artículo 32 de la Ley N° 2341, señala que "Los actos se presumen válidos y producen efectos jurídicos desde la fecha de su notificación o publicación, según se trate de actos de alcance particular o general".

Que el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo prevé: "I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;
b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;
c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;
d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y
e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los

recursos administrativos previstos en la presente ley".

Que finalmente el art. 36, determina que:

"I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción al ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

IV. Las anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley".

Que de las normas transcritas se tiene:

- *El defecto de forma* ***solo determinará la anulabilidad del acto****, en los siguientes dos supuestos:*

a) Cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin; o

b) Cuando dé lugar a la indefensión del interesado

Que respecto al primer supuesto las normas legales y la doctrina son concluyentes al establecer que, si no obstante la existencia de un vicio el destinatario pudo "conocer en tiempo el acto, la notificación ha logrado su finalidad específica no habiendo motivo para declararla inválida", lo que en el caso concreto así ocurrió, el infractor de manera inconsecuente e incluso incongruente alega la anulabilidad de la notificación de cargos y por otra responde motivadamente al mismo.

Que por otra parte y con respecto al segundo supuesto que determina como fundamento de anulabilidad, que el acto de lugar a la indefensión del interesado, este aspecto no se ha concretado puesto que al haber asumido AON RE BOLIVIA S.A. amplia defensa, presentando inclusive abundante prueba de descargo, el perjuicio alegado no se ha materializado en el quebrantamiento del derecho al debido proceso, en el estado de indefensión que genera el acto cuestionado ya que no es suficiente la manifestación hecha por el administrado que objeta la notificación, invocando meramente la ley procesal, sino acreditar y fundamentar estar perjudicado con el acto procesal supuestamente viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del mismo (Principio de Trascendencia).

Que no obstante lo anterior la notificación de cargos realizada contiene de manera

clara la infracción y la norma vulnerada, cumpliendo de esta manera con los requisitos prescritos por el romano II) del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 que establece: "La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa".

Que asimismo tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, deben ser invocadas ***únicamente mediante*** *la interposición de* ***los recursos administrativos*** *previstos en la ley y dentro del plazo establecido para el efecto, por lo que la etapa en la que se encuentra el procedimiento administrativo sancionador no corresponde aún al de impugnación, por tanto en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores procesales cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación si la hubiere.*

Que finalmente y ante el supuesto, no consentido, de que la Notificación de cargos contenga un vicio de anulabilidad, debe recordarse que el criterio de las nulidades procesales es restrictivo y deriva del principio de conservación de los actos procesales, que formulado en los términos del jurista argentino Roberto Berizonce, "es aquel que consagra la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos", es por ello que la Administración pública en ejercicio de sus atribuciones puede convalidar por sí o mediante el superior jerárquico, a través de los recursos de revocatoria o jerárquico, un acto administrativo que se encuentre afectado de anulabilidad.

Que por consiguiente los alegatos efectuados por Aon Re Bolivia con relación a la supuesta nulidad de la notificación de cargos, no aplican.

DESCARGO:

a) Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.-

ANALISIS TÉCNICO-LEGAL

Que respecto a este punto la Corredora arguye que, la presunta infracción se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en el mes de junio de 2009, tal como se demuestra por la documentación adjunta. El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. ***En el caso presente, la presunta infracción Nº 1, prescribió a los dos años de su supuesta comisión, es decir en junio de 2011****, habiendo transcurrido más de 8 meses hasta marzo de 2012, cuando se notifica a AON RE con la ya referida Notificación de cargos.*

Que en materia de Derecho Administrativo Sancionador, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado, en situaciones normales, quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionadores concluyan de manera que no se prolonguen indefinidamente, aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

Que consecuente con lo anterior el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, determina que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.", así pues puede admitirse que el plazo de prescripción se cuenta desde la comisión del hecho punible y vence a los dos años; sin embargo constituyen una excepción a dicha regla las llamadas infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados, en las cuales el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos.

Que toda vez que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" la doctrina penal puntualiza la diferencia entre delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes, al determinar que: "(...) en función a la duración de la ofensa al bien jurídico vulnerado, los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto, ***los delitos instantáneos con efectos permanentes, son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo"****. (Resaltado de la APS).*

Que siguiendo los lineamientos precedentes, el Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012 establece que la Nota de Cobertura, sin respaldo de reaseguro, emitida por AON RE BOLIVIA S.A. fue remitida a la ASFI en fecha 29 de junio de 2009 y a pesar de que no tiene fecha de emisión, consigna una vigencia de junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010.

Que en este sentido, continúa el informe técnico, si se considerará que la comisión del hecho punible se produjo el 29 de junio de 2009 (fecha en que se remitió el documento a la ASFI) podría afirmarse que el derecho de la APS para imponer una sanción a AON RE BOLIVIA S.A. habría caducado por haber transcurrido más de dos años desde la fecha señalada hasta la notificación de los cargos.

Que sin embargo en técnica aseguradora, si la Nota de Cobertura no contaba con el correspondiente respaldo de reaseguro, la infracción no se agotó con la sola emisión del documento, dado que la misma afectó a la aseguradora quien suscribió pólizas con un supuesto respaldo de reaseguro, extendiendo sus efectos nocivos no sólo hasta el vencimiento de la vigencia de la Nota de Cobertura (30 de junio de 2010), sino que perduraron en el tiempo, en función a la vigencia de cada una de las pólizas emitidas sin respaldo de reaseguro.

Que ejemplificando lo afirmado se deduce que ante la hipótesis de que la última póliza haya sido comercializada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre el 30 de marzo de 2010, (fecha en que se emitió la Resolución ASFI 241/2010 que declara la intervención de la entidad aseguradora) y la misma hubiere mantenido su vigencia hasta el 30 de marzo de 2011, el no respaldo de reaseguro y por ende su efecto nocivo, se mantuvo hasta la conclusión de su vigencia (salvo se subsane el mismo durante la vigencia), prescribiendo por consiguiente cualquier acción contra el emisor de la nota de cobertura sin respaldo de reaseguro, recién de manera posterior a marzo de 2013.

Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que se suscribió el contrato de cesión de cartera de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. en favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro.

Que lo expuesto precedentemente deja entrever con meridiana claridad que el cómputo del plazo para la prescripción se efectivizó el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses.

Que por consiguiente, los alegatos argüidos por Aon Re Bolivia S.A. con relación a que las acciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros habrían prescrito, no son evidentes.

DESCARGO:

b) Colocación de Reaseguro ajustada al objeto social de AON RE, La intermediación del seguro fue ejecutada por AON RE BOLIVIA S.A. en cumplimiento a su objeto social único, adjuntando como prueba carta con CITE SR24 SEP-SC 0221/09 de 29 de junio de 2009, nota de cobertura firmada por el reasegurador QBE del Istmo y los estatutos de AON RE BOLIVIA S.A.

ANALISIS TÉCNICO-LEGAL

Que la entidad aseguradora asevera que la intermediación del reaseguro fue ejecutada en cumplimiento de su objeto social único, consistente en la

intermediación entre la entidad aseguradora y el reasegurador aceptante tal como establece el artículo 22 de la Ley de Seguros y el artículo 3 de sus Estatutos sociales.

Que el artículo 22 de la Ley de Seguros N° 1883 determina que: "Los corredores de reaseguros deberán tener objeto social único consistente en ***la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes,*** *sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna aseguradora o reaseguradora"*

Que al respecto los Corredores de Reaseguro a cambio de una contraprestación consistente en una comisión, deben cumplir varias funciones y obligaciones entre las cuales se pueden destacar:

- *Gestionar el reaseguro buscando las mejores condiciones técnicas, económicas y de solvencia*

- *Asesorar a la cedente sobre el programa de reaseguro más adecuado para su cartera de seguros.*

- *El corredor de seguros suele estar autorizado para negociar y dar vigencia a los contratos de reaseguro en nombre de la parte para la que está actuando, por lo que tiene la obligación de informar al reasegurador de las condiciones del contrato y de cualquier información relacionada, debiendo ser esta información correcta, suficiente y apropiada.*

Que de la revisión de la documentación adjunta en calidad de prueba de descargo se tiene la carta CITE SR 24 SEP-SC 0221/09 de 29 de junio de 2009 dirigida por Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. adjunta a la cual existe una Nota de Cobertura supuestamente emitida y otorgada por QBE del Istmo. Se verifica asimismo que solicita que AON RE BOLIVIA actúe como corredor de reaseguro en dicha colocación y emita la respectiva Nota de Cobertura para presentar a la Superintendencia, ***aclarando que en caso de surgir cualquier discrepancia de interpretación de pago de siniestros, reembolso de gastos etc.*** *la Entidad Aseguradora renuncia a cualquier acción contra AON RE BOLIVIA S.A. liberándola de toda responsabilidad sobre esta colocación.*

Que lo anterior demuestra que la Corredora actuó en nombre de QBE del Istmo otorgando vigencia a un contrato de reaseguro inexistente, incumpliendo de esta manera con los deberes y obligaciones que tiene todo corredor de reaseguros.

Que asimismo y no obstante cursar en antecedentes la Nota de Liberación emitida por la Compañía de Seguros 24 de Septiembre S.A. a favor de AON RE BOLVIA S.A., queda por demás claro que dicho documento alcanza únicamente a eximir de responsabilidad a la corredora de Reaseguros en aspectos específicos como son: el pago de siniestros, el reembolso de gastos y otros, más no de las obligaciones que impone el artículo 23, punto 2) incisos a), b) y f) de la Ley de Seguros ni de los artículos 10 y 11 de la Resolución Administrativa IS N° 046/99 de 31 de marzo de 1999.

Que de lo analizado se concluye que AON RE BOLVIA S.A. al haber emitido una nota de cobertura sin respaldo del reaseguro y sin que se pruebe la existencia de alguna comunicación entre el corredor de reaseguros y el reasegurador incumplió su función intermediadora, desvinculándose por completo de la definición de corredor de reaseguros contenida en el artículo 5 de la Ley de Seguros y del objeto social único para el que fue creado, por consiguiente se ratifica el cargo N° 1.

DESCARGO:

c) Tipicidad de la colocación de reaseguros en conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo en vigencia, AON RE BOLIVIA S.A. alega que su actuación se ajustó plenamente al inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo

ANALISIS TÉCNICO-LEGAL:

Que el inciso ii) subnumeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo establece: "cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una nota de liberación a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella".

Que desagregando el contenido del artículo transcrito se tiene:

- *Existencia de solicitud expresa (carta Cite: SR24SEP-SC-0221/09 de 29 de junio de 2009) de parte de la cedente (Seguros y Reaseguros Generales 24 de septiembre S.A.) al corredor de reaseguros (AON RE BOLIVIA S.A).*

- *Para que este (AON RE BOLIVIA S.A.) coloque su riesgo (transfiera a QBE del Istmo parte del riesgo)*

- *La compañía cedente (Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre) deberá emitir una nota de liberación a la corredora (AON RE BOLIVIA S.A.) para liberarla de la responsabilidad asumida por ella.*

Que de los elementos constitutivos citados se tiene que, la Entidad Aseguradora podía liberar a la corredora de reaseguro de la responsabilidad citada en la nota de liberación, que en el caso concreto se traduce en: discrepancia de interpretación de siniestros y reembolso de gastos que pueda afectar a la aseguradora y otros, pero no de su deber de colocación del riesgo, es decir de cumplir con su objeto social único traducido en la intermediación entre lo solicitado por la cedente y la aceptación de asumir el riesgo de la reaseguradora.

Que más aún, no obstante la salvedad del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro, dicha responsabilidad se plasma en el inciso iii) del subnumeral 3.1. del numeral 3 que de manera textual menciona:

"En caso que existan discrepancias entre la póliza original y la nota de cobertura del reasegurador, es atribución de la SPVS efectuar su cuantificación, y de ser significativa, podrá ordenar a la compañía recolocar el riesgo en el mercado de reaseguro o, que el cliente acepte las condiciones del reasegurador".

Que AON RE BOLIVIA S.A. amparada en una interpretación incorrecta del inciso ii) subnumeral 2.1. numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, pretende exculparse, cuando es el corredor de reaseguros quien debe colocar el riesgo ante una determinada empresa reaseguradora, no la entidad aseguradora. Adicionalmente, la nota de liberación no exime a la corredora, como ya se indicó anteriormente, de las obligaciones que le impone la normativa vigente.

CARGO Nº 2 (…)

DESCARGOS:

a) ***Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, no expresa en qué forma la actuación de AON RE habría sido lesiva, dejando al supuesto infractor en indefensión***;

b) ***Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.***

FUNDAMENTOS TECNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 2, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados en el cargo Nº 1 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

c) ***La colocación de reaseguro fue realizada por AON RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1., del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764 y no del inciso i) como afirma la APS en la Notificación de cargos.***

Que la entidad alega que tanto AON RE (en su calidad de corredora de reaseguros), como la Aseguradora 24 de septiembre (en su calidad de aseguradora y cedente) actuaron bajo los preceptos del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento Pasivo, que textualmente describe el siguiente accionar:

"Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determina empresa reasegurador, la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para

liberarla de la responsabilidad asumida por ella".

Que continua la Corredora alegando que, en este caso, existió efectivamente una solicitud expresa de la Aseguradora 24 de Septiembre para que AON RE coloque el riesgo en una determinada empresa, en este caso QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. y emitió al efecto la "nota de liberación" a favor de AON RE, liberándola de responsabilidad. En estas circunstancias, previa existencia de una expresa liberación de responsabilidades, no existe un hecho que pueda ser calificado como "lesivo" a la Aseguradora 24 de Septiembre y menos a la reaseguradora.

Que el cargo imputado a AON RE BOLIVIA S.A. es claro y está referido al incumplimiento de lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto dos de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008 que determina: "i) La corredora de seguros que trabaje como intermediaria entre una reaseguradora y una aseguradora local será responsable ante la aseguradora de las colocaciones que realice en el mercado de reaseguros. Esta responsabilidad se refiere de manera enunciativa pero no limitativa a:

- ***Los términos y condiciones***
- ***Que este no sea lesivo para alguna de las partes***
- ***Que no sea contrario a la legislación vigente en Bolivia***
- ***Que toda la Información material y pertinente para la suscripción del riesgo, sea puesta en conocimiento de reasegurador***

Que el hecho alegado por la Corredora de que actuó en función de la carta de liberación emitida en su favor por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de septiembre S.A., significa que la obligación de intermediación no se produjo, ya que únicamente existió contacto con la aseguradora y no así con la reaseguradora, operación contraria a lo que establece el artículo 22 de la Ley de Seguros en sentido de que la intermediación debe realizarse ***entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes.***

Que de igual manera incumplió el deber de poner en conocimiento del reasegurador toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo, aseveración que se confirma plenamente por la carta de 15 de abril de 2010 donde QBE del ISTMO Compañía de Reaseguros Inc. Certifica a la ASFI que: "(…) la Nota de Cobertura, que tanto la Corredora de Seguros Local AON RE Bolivia S.A., como la Empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. remitieron a su despacho ***no fue emitida, ni entrega, ni proporcionada por nuestra parte a ninguna de esas dos instituciones".***

Que el incumplimiento de las obligaciones anotadas en el párrafo precedente, en concordancia con la aseveración expuesta en las conclusiones del Informe ASFI/DSL/R-25984/2010 de 18 de marzo de 2010, (inspección efectuada a AON RE BOLIVIA S.A. por el órgano regulador) de que "la documentación remitida por la

Corredora de Reaseguros, establece la ***no existencia de reaseguro a favor de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, para las pólizas de caución ejecutables inmediatamente y a primer requerimiento para la gestión junio 2009 a junio 2010"****, es concluyente toda vez que AON RE BOLIVIA S.A. al emitir la nota de cobertura sin respaldo del correspondiente reaseguro de QBE del Istmo, al margen de la nota de liberación tantas veces alegada, ha producido efectos lesivos a una de las partes (intervención para liquidación forzosa de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre) y ha inducido a terceros e incluso al propio órgano regulador a tener por cierto que las fianzas y cauciones comercializadas por la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre cumplían con lo prescrito en el artículo 6 in fine de la Ley de Seguros, que menciona que: "Las entidades aseguradoras* ***tendrán como única limitación*** *para la suscripción de este tipo de seguros (fianzas), el contar con las garantías suficientes y* ***el adecuado respaldo de reaseguro****".*

Que tanto el informe técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2012 de 24 de abril de 2012 concluyen que respecto a este punto, los argumentos y pruebas de descargo presentadas por AON RE BOLIVIA S.A. no son suficientes para enervar el Cargo Nº 2.

CARGO Nº 3 (…)

DESCARGOS:

a) ***Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, no señala qué documentación no puesta en conocimiento del reasegurador por parte de AON RE, dejando al supuesto infractor en indefensión; y***

b) **Prescripción,** ***La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 3, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados para los cargos 1 y 2 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

c) ***La intermediación de reaseguro fue realizada por AON RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nª 764 y no del inciso i) como afirma la APS en la Notificación de cargos***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que la corredora esgrime como argumento a su favor que la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. ya había emitido la Nota de Cobertura respectiva, es decir que ya conocía previamente el riesgo que iba a suscribir, seguramente por información proporcionada por la Aseguradora 24 de Septiembre.

Que agrega además que, en estas circunstancias cuando el reasegurador ya conoce el riesgo que va a suscribir en forma previa a la intervención de la corredora de reaseguros, no procede ni tiene efecto alguno la actuación que extraña la APS en la Notificación de Cargos.

Que lo aseverado por la Corredora de Reaseguros no es exactamente lo que expresa la certificación de 15 de abril de 2010, remitida por QBE del Istmo a la ASFI, cuando menciona que ***ninguno de los dos certificados de cobertura fueron emitidos, ni entregados ni proporcionados por dicha entidad reaseguradora****; es más, mediante carta de 22 de diciembre de 2010 dirigida por Gilberto A. Vega N., Vicepresidente Ejecutivo & CUO de QBE del Istmo a Lenny Valdivia Bautista, Interventora de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, la Entidad Reaseguradora confirma su posición al destacar textualmente lo siguiente: "le informamos que QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC., no suscribió contrato de reaseguro automático con SEGUROS y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A., correspondiente al ramo fianzas y cauciones del período 30 de junio d 2009 al 30 de junio 2010".*

Que ante tal evidencia, cabe preguntarse ¿corresponde dar por cierto el argumento esgrimido por la Corredora de Reaseguros en sentido de que cuando el reasegurador ya conoce el riesgo que va a suscribir en forma previa a la intervención de la corredora de reaseguros, no procede ni tiene efecto alguno su actuación? Y la respuesta lógica es ***NO****, la Corredora de Reaseguros tiene la obligación legal de colocar efectivamente el riesgo y poner en conocimiento del reasegurador* ***toda la Información material y pertinente para la suscripción del riesgo,*** *porque es él y sólo el quien tiene el deber de colocar el riesgo y obtener a cambio una contraprestación consistente en una comisión (artículo 21 de la Ley de Seguros).*

Que por otra parte, y como ya había sido señalado, el corredor de reaseguros suele estar autorizado para negociar y dar vigencia a los contratos de reaseguro a nombre de la parte para la que está actuando, por lo que como cualquier mandatario tiene la obligación de informar al reasegurador de las condiciones del contrato y cualquier otra información relacionada, ***debiendo ser esta información correcta, suficiente y apropiada****, hecho que el caso presente no se dio, como de manera expresa reconoce AON RE BOLVIA S.A. por "supuestamente presumir" que la información había sido proporcionada por la Aseguradora 24 de Septiembre.*

Que más aún, no obstante la salvedad del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro, dicha responsabilidad se plasma en el inciso iii) del subnumeral 3.1. del numeral 3 que de manera textual menciona: "En caso que existan discrepancias entre la póliza original y la nota de cobertura del

reasegurador, es atribución de la SPVS efectuar su cuantificación, y de ser significativa, podrá ordenar a la compañía recolocar el riesgo en el mercado de reaseguro o, que el cliente acepte las condiciones del reasegurador".

Que por consiguiente la Dirección de Seguros de la APS considera que los descargos documentarios y argumentos alegados por AON RE BOLIVIA S.A. no son coherentes con su objeto social único ni atinentes para desvirtuar el cargo.

<u>CARGO Nº 4</u> (…)

DESCARGO:

a) Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, no señala qué documentación no puesta en conocimiento de la Aseguradora 24 de Septiembre por parte de AON RE, ni qué impacto pudo haber tenido la supuesta omisión, dejando al supuesto infractor en indefensión; y

b) Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.

FUNDAMENTOS TECNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 4, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados para los cargos 1, 2 y 3 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

c) La intermediación de reaseguro fue realizada por AON RE en aplicación del inciso ii) del subnumneral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 764

FUNDAMENTOS TECNICO-LEGALES

Que AON RE BOLIVIA S.A. argumenta en su defensa que la Aseguradora 24 de Septiembre al realizar la solicitud expresa para que se coloque el riesgo en QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., ya conocía previamente su capacidad y solvencia, con lo cual cumplía ampliamente la finalidad del inciso a) del numeral 2 del artículo 23 de la Ley de Seguros Nº 1883.

Que el hecho de que la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre haya emitido la nota de liberación, no significa que la misma se extienda a eximir a la corredora de la obligación de informarle sobre la solvencia y capacidad

de la reaseguradora con la que supuestamente intermedió el reaseguro.

Que al existir un reconocimiento expresó de AON RE BOLIVIA S.A. de que tal obligación no fue cumplida, presumiendo que la Aseguradora 24 de Septiembre ya conocía previamente de la solvencia y capacidad de QBE del Istmo, el cargo Nº 4 debe ser ratificado.

<u>CARGO Nº 5</u> (…)

DESCARGOS:

a) ***Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, dejando al supuesto infractor en indefensión;*** y

b) ***Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 5, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados para los cargos 1, 2, 3 y 4 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

c) ***La intermediación de reaseguro fue realizada por AON RE en aplicación del inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 764***

Que la Corredora de Reaseguros acude nuevamente en su defensa a la Nota de Liberación, emitida en su favor por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, tratando de dar a entender que dicho documento se constituiría en una licencia para evadir no sólo su responsabilidad frente a la Aseguradora local, sino también de las obligaciones impuestas por la normativa vigente y a cuyo cumplimiento están constreñidos, sin excepción de ninguna naturaleza, los operadores del seguro.

Que en este sentido debe anotarse que de manera independiente de poseer o no la Nota de Liberación, AON RE BOLIVIA S.A. al colocar el reaseguro solicitado, tenía la obligación de asegurarse que existía el contrato de reaseguro automático e ilustrar a la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre de manera detallada y precisa sobre las cláusulas, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura, supuestamente emitida por QBE del Istmo, contenga las estipulaciones y

condiciones ***sobre las cuales se contrató el reaseguro.***

Que este hecho no aconteció, toda vez que la Corredora de Reaseguros dio por sentada la existencia del contrato de reaseguro sin ni siquiera verificar si la nota de cobertura, supuestamente emitida por QBE del Itsmo (sic)*, contenía las estipulaciones y condiciones sobre las cuales aparentemente se había contratado el reaseguro.*

Que esto demuestra de manera fehaciente que si AON RE BOLIVIA S.A. hubiere actuado con la diligencia que le impone su condición de profesional en materia de corretaje de reaseguros, habría advertido que QBE del ISTMO COMPAÑÍA DE SEGUROS INC. no había suscrito el contrato de reaseguro automático con SEGUROS y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A., para el ramo de fianzas y cauciones por el período de 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010, conforme lo acredita el certificado emitido por la Reaseguradora a la ASFI el 22 de diciembre de 2010.

Que la Corredora de Reaseguros aunque acuda a la anulabilidad del cargo, a la prescripción y a otras defensas insustanciales, contrariando el principio de buena fe, conoce de manera cierta las obligaciones que hacen a su condición de intermediario de reaseguros, no pudiendo alegar haberlas cumplido ni excusarse de su incumplimiento escudado en una nota de liberación, que como ya fue mencionado, lo libera de manera expresa únicamente de cualquier discrepancia de interpretación del contrato y del pago de siniestros y otros, más no de las obligaciones impuestas por la normativa vigente.

<u>CARGO Nº 6</u> (…)

DESCARGOS:

a) ***Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, dejando al supuesto infractor en indefensión;*** *y*

b) ***Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 6, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados para los cargos 1, 2, 3, 4 y 5 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

c) ***Las actuaciones que hayan podido ocurrir por parte de la Aseguradora 24 de***

Septiembre, no son responsabilidad de AON RE, sino en todo caso de la Aseguradora 24 de Septiembre y de personas vinculadas a ella.

FUNDAMENTOS TECNICO-LEGALES

Que AON RE BOLIVIA S.A. argumenta a su favor que las supuestas actuaciones basadas en "información falseada induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación" tal como afirma la Notificación de Cargos, sin aportar al efecto elementos de juicio, antecedentes o hechos concretos en los que supuestamente se basan semejantes afirmaciones, en todo caso fueron cometidos por la Aseguradora 24 de Septiembre y personas vinculadas a esta entidad aseguradora, actuaciones en las que AON RE o sus ejecutivos no tuvieron intervención alguna.

Que continúa su defensa mencionando que, las actuaciones y omisiones de la Aseguradora 24 de Septiembre ya se encuentran investigadas y detalladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), que en su debida oportunidad emitió las resoluciones administrativas que condujeron a la intervención y liquidación de la mencionada entidad aseguradora y que tales actuaciones ocurrieron sin intervención de AON RE y, por tanto, es inapropiado de parte de la APS girar un cargo en contra de dicha empresa sin el debido sustento documental y fáctico completo.

Que asimismo la corredora presenta en calidad de prueba de descargo documental las Resoluciones ASFI 19/2010 de 14 de enero de 2010; ASFI 116/2010 de 10 de febrero de 2010; ASFI 202/2010 de 18 de marzo de 2010; ASFI 241/2010 de 30 de marzo de 2010 y ASFI 386/210 de 20 de mayo de 2010.

Que al respecto es menester aclarar que las Resoluciones que cursan como prueba documental de descargo están relacionadas al Procedimiento Administrativo seguido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI contra la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de septiembre, procedimiento en el que no se encuentra contemplado AON RE BOLIVIA S.A.

Que el procedimiento que hoy tramita la APS es totalmente independiente del anterior dado que en este caso se evalúan las actuaciones de la Corredora de Reaseguro AON RE BOLIVIA S.A. por la emisión de la Nota de Cobertura con vigencia del 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010, misma que no cuenta con el debido respaldo de reaseguro.

Que la anterior afirmación se sustenta en lo mencionado por el Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, que determina que la Nota de Cobertura de Reaseguro otorgada por AON RE BOLIVIA S.A. fue emitida y sustentada en información falsa, al no contar con el respaldo del reasegurador, en este caso, de QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., aspecto corroborado por el propio reasegurador mediante nota de fecha 15 de abril de 2010, en la que su Vicepresidente Ejecutivo & CUO (sic), *Gilberto A. Vega N* (sic), *manifiesta que* ***la Nota de Cobertura que, tanto la Corredora de Seguros Local AON RE BOLIVIA S.A. como la***

empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. remitieron a la ASFI, no fue emitida, ni entregada, ni proporcionada por su parte a ninguna de estas dos instituciones .

Que el cargo imputado no es sino el resultado debidamente respaldado de que AON RE BOLIVIA S.A. emitió la Nota de Cobertura que la Compañía 24 de Septiembre presentó a la ASFI, sin que en realidad dicho documento sea de conocimiento de la Compañía Reaseguradora, QBE del Istmo; y menos cuente con el correspondiente reaseguro.

Que por lo expuesto se ratifica que la emisión de la Nota de Cobertura por parte de AON RE BOLIVIA S.A. al no estar debidamente sustentada con el respaldo del reaseguro se constituye en información falseada que indujo a error al Órgano Fiscalizador, debiendo al efecto ratificarse el cargo N° 6.

DESCARGO:

d) La Corredora interpone la excepción de litispendencia en función a que en fecha 26 de marzo de 2010 la ASFI formalizó denuncia escrita ante el Ministerio Público del Distrito Judicial de La Paz en contra de "la agrupación delictiva Foronda" por la falsificación de documento privado, uso de instrumento falsificado y asociación delictuosa.

FUNDAMENTO LEGAL:

Que AON RE BOLIVIA S.A. menciona en sus descargos que el proceso penal (CASO N° FELCCSCZ1002884) se encuentra actualmente bajo la dirección funcional investigativa ante el Ministerio Público bajo el control jurisdiccional del Juzgado 10mo. de Instrucción (Cautelar) en lo Penal de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra y que en tanto estas investigaciones no concluyan y los procesos correspondientes tengan sentencia ejecutoriada, no se puede afirmar la comisión de delitos o actos fraudulentos.

Que menciona asimismo que la APS no puede, por si misma y en calidad de ente de naturaleza administrativa, juzgar ni acusar actuaciones que tengan carácter delictivo y que en consecuencia existe litispendencia que asiste a AON RE.

Que al respecto debe mencionarse que la economía jurídica administrativa no admite la excepción de litispendencia, no obstante y toda vez que los regulados tienen derecho a que sus agravios sean considerados de manera fundamentada debe mencionarse que éste órgano de fiscalización entiende la litispendencia como una excepción que tiende a impedir la simultanea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada.

Que es por ello que, la litispendencia requiere que concurran las identidades subjetiva, objetiva y causal que en el caso concreto no se materializan; por un lado el elemento subjetivo es diferente, en el proceso penal concurren como partes

subjetivas la ASFI y la familia Foronda, en el procedimiento administrativo el elemento subjetivo está conformado por la APS y AON RE BOLIVIA S.A.

Que asimismo en los elementos objetivo y causal, no existe equivalencia. Por un lado en el proceso penal, como lo señala la Corredora, el elemento objetivo está conformado por los delitos de falsificación de documento privado, uso de instrumento falsificado y Asociación Delictuosa, en el procedimiento administrativo el elemento objetivo está referido a la emisión de una Nota de Cobertura sin respaldo del reasegurador contraviniendo las normas imperativas que orientan el Derecho de Seguros. Por otro, tampoco coincide la causa de pedir, la cual en un caso se vincula exclusivamente a la naturaleza penal, mientras que en el otro a la naturaleza administrativa

Que al no existir elementos de conexión entre el proceso penal y el procedimiento administrativo de ningún modo se puede apreciar la triple identidad, propia de la litispendencia, lo que lleva a la APS a rechazar la excepción interpuesta por AON RE BOLIVIA S.A.

Que efectivamente la APS no tiene competencia para el conocimiento y juzgamiento de presuntos delitos, estando reservado su conocimiento a la justicia ordinaria penal; no obstante de ello el numeral 1 del artículo 286 del Código de Procedimiento Penal obliga a que todo funcionario público denuncie la comisión de hechos ilícitos cuando tiene conocimiento de estos en el ejercicio de sus funciones.

CARGO Nº 7 (…)

DESCARGOS:

a) ***Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, dejando al supuesto infractor en indefensión;*** *y*

b) ***Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 7, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados para los cargos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

c) ***La intermediación de reaseguro fue realizada por AON RE en aplicación del***

inciso ii) subnumeral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 764

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que una vez más se evidencia que la Corredora sustenta su defensa en la Nota de Liberación sin presentar descargo alguno por el cargo imputado, lo que demuestra y lleva al convencimiento de la inexistencia de documentos que prueben que AON RE BOLIVIA S.A. realizó notificaciones permanentes a la aseguradora y a la reaseguradora sobre las renovaciones, modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes, tal cual lo exigen las disposiciones legales vigentes en presencia o no de una Nota de Liberación.

Que se confirma la infracción contenida en el cargo N° 7 debido a que la Corredora no ha presentado pruebas documentales ni argumentos que prueben que dio cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 10 de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999

DESCARGO:

d) La Aseguradora 24 de Septiembre decidió actuar por su cuenta, sin dar participación ni información a AON RE

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que la Corredora presenta en calidad de prueba de descargo las Resoluciones emitidas por la ASFI con relación a la intervención y liquidación de la Aseguradora 24 de Septiembre, mencionando que las mismas revelan en forma detallada que la Aseguradora actuaba por su propia cuenta, los cuales incluyeron no dar parte a AON RE de las modificaciones y otros aspectos relevantes del seguro.

Que con referencia a la prueba presentada, consistente en las resoluciones emitidas por la ASFI, como ya se señaló, no pueden admitirse como prueba de descargo al cargo N° 7, por cuanto las mismas están relacionadas al proceso administrativo seguido por la ASFI contra la Aseguradora 24 de Septiembre, no contemplándose en las mismas a AON RE BOLIVIA S.A.

Que por otra parte el descargo presentado confirma que la Corredora no cumplió con sus obligaciones ya que compete sólo a ella evaluar todo lo relacionado al contrato de reaseguro, al margen de que la Compañía haya actuado o no por cuenta propia.

Que finalmente la Corredora únicamente ha presentado la prueba documental que incrimina a la Compañía 24 de Septiembre, llamando la atención de éste órgano fiscalizador la inexistencia de documentos que prueben que sí dio cumplimiento a las obligaciones a las que está sometida por mandato imperativo del artículo 10 de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999.

<u>CARGO Nº 8</u> (…)

DESCARGOS:

a) ***Anulabilidad de la Notificación de Cargos por adolecer de fundamento, dejando al supuesto infractor en indefensión;*** *y*

b) ***Prescripción, La presunta infracción Nº 1 se refiere al acto de contratación de un reaseguro, evento que ocurrió en junio de 2009, habiendo prescrito conforme lo determina el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en junio de 2011.***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que no existiendo variables a los argumentos expuestos por la Corredora de Reaseguros para el cargo Nº 8, los fundamentos esgrimidos por éste Órgano de Fiscalización con respecto a la anulabilidad de notificación de cargos y prescripción desarrollados para los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 se ajustan plenamente al presente cargo, por lo que se ratifican en su integridad como manifestación y posición de la APS.

DESCARGO:

a) ***La intermediación de reaseguro fue realizada por AON RE en aplicación del inciso ii) subnumeral 2.1. del numeral 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 764***

FUNDAMENTOS TÉCNICO-LEGALES

Que la Corredora de Reaseguros argumenta como en todos los cargos tener la Nota de Liberación emitida por la Compañía Aseguradora, sin embargo no proporciona descargos suficientes que desvirtúen el contenido del cargo imputado, toda vez que el mismo establece expresamente que la corredora no demostró la existencia de archivos que contengan mínimamente información pertinente a las cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones reclamos y otros aspectos relevantes en el caso de la Nota de Cobertura, emitida por Aon Re Bolivia S.A. a favor de la Compañía de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A. y tampoco ha proporcionado información que acredite que la Corredora tiene en su poder documentación referida a coberturas, franquicias, colocaciones reclamos y otros aspectos relevantes que respalden la emisión de la Nota de Cobertura en cuestión.

CONSIDERANDO:

Que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a

los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares".

Que en base a la normativa transcrita y a efectos de circunscribirse a criterios objetivos, la sanción debe graduarse en atención a los antecedentes del infractor, la atención de la gravedad y la trascendencia del hecho con el objeto de que la imposición no suponga un incorrecto ejercicio de discrecionalidad por parte del Órgano de Fiscalización.

Que el artículo 52 de la Ley de Seguros N° 1883 establece los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros:

INFRACCIÓN	***SANCIÓN***
INFRACCIONES LEVES. *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*	***AMONESTACIÓN.*** *Corresponderá a la omisión de una infracción leve* ***MULTAS.*** *Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave*
INFRACCIONES GRAVES. *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*	***MULTAS.*** *Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave* ***SUSPENSIÓN TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES.*** *Corresponderá a la comisión de una infracción grave*
INFRACCIONES INSUBSANABLES. *Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de*	***REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.*** *Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se*

culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros interesados.	*aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento.*

Que como se aprecia, la Ley de Seguros es diáfana cuando determina el catálogo de infracciones y sus respectivas sanciones.

Que en el caso concreto puede apreciarse de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que ***LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR AON RE BOLIVIA S.A. AL EMITIR UNA NOTA DE COBERTURA SIN RESPALDO DE REASEGURO <u>SON INSUBSANABLES</u> TODA VEZ QUE NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD.***

Que el principal motivo para la emisión de la Resolución ASFI N° 241/2010 ratificada por la Resolución ASFI 386/2010 de 20 de mayo de 2010, que resuelve la intervención para liquidación forzosa de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, fue el no respaldo de reaseguro de las pólizas de cauciones, aspecto que a través de la emisión de la Nota de Cobertura emitida por AON RE BOLIVIA S.A. permitió a la Entidad Aseguradora suscribir pólizas sin constituir las correspondientes reservas técnicas, induciendo a error incluso al propio órgano de fiscalización.

Que el cumplimiento por parte de AON RE BOLIVIA S.A. a las obligaciones de Corredor de Reaseguros establecidas en la normativa legal y vigente, hubiera posibilitado en función a las acciones de la entidad aseguradora, brindar un adecuado respaldo tanto a beneficiarios como asegurados, e incluso, quizá hubiera podido evitar su intervención para liquidación forzosa, toda vez que con una efectiva cobertura de reaseguro de 92.50%, tal cual lo asevera la Nota de Cobertura emitida por AON RE BOLIVIA S.A., no hubiere requerido un incremento de reservas técnicas y consecuente pérdida en los Estados Financieros al punto de exponer patrimonio negativo, que entre otros, constituyó una razón más para su intervención y liquidación forzosa.

Que el hecho también es insubsanable toda vez que aún a pesar de que AON RE BOLIVIA S.A. gestionará en la actualidad un reaseguro con las condiciones mínimas de cobertura para Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., el mismo no tendría valor ni eficacia toda vez que la compañía aseguradora al ser intervenida dejó de asumir riesgos.

Que de igual manera es insubsanable por cuanto las pólizas comercializadas sin reaseguro, aunque en la actualidad gozaran del mismo, en gran mayoría han vencido en su vigencia o fueron ejecutadas por los beneficiarios, provocando la insolvencia de la Compañía Aseguradora.

CONSIDERANDO:

Que la Dirección de Seguros a través de los Informes Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de abril de 2012 y Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por ***AON RE BOLIVIA S.A CORREDORES DE REASEGUROS*** *concluyendo, conforme al principio de la sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, que los descargos no han desvirtuado los ocho (8) cargos contenidos en el Cite APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012 por lo que siendo las infracciones de naturaleza insubsanable, debe procederse a la revocatoria de su licencia de funcionamiento.*

CONSIDERANDO:

Que el numeral I del artículo 169 de la Ley de Pensiones establece que, el Organismo de Fiscalización estará representado por una Directora o Director Ejecutivo, quien se constituirá en la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad y ejercerá la representación institucional.

Que en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema Nº 05411 de 30 de marzo de 2011, ha sido designado el Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS…"

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°260-2012 resuelve:

"…***PRIMERO.- REVOCAR*** *la Resolución Administrativa N° 246 de 22 de junio de 2001, mediante la cual la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros otorgó Licencia de Funcionamiento a AON RE BOLIVIA S.A.*

SEGUNDO.- I) DISPONER *la cesión de la Cartera de* ***AON RE BOLIVIA S.A.***

II) AON RE BOLIVIA S.A. *deberá hacer llegar a la APS dentro del término de 10 (diez) días hábiles administrativos, a computarse desde el día siguiente de su legal notificación, la siguiente documentación:*

II.1) *El detalle de su cartera de clientes vigente, de acuerdo a los datos establecidos en anexo 1, que forma parte inseparable de la presente resolución administrativa.*

II.2) *Balance original de la última gestión trimestral 2012, antes del cierre (Balance de liquidación artículo. 388 del Código de Comercio)*

III) OTORGAR *a* ***AON RE BOLIVIA S.A.*** *90 (noventa) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, para presentar a la APS la siguiente documentación:*

III.1) *Original del contrato de cesión de cartera, dispuesto en el numeral I) del presente artículo, a favor de otra corredora de reaseguro que opere en el país y que se encuentre legalmente autorizada.*

III.2) *Balance original de cierre, sellado por el Colegio de Contadores y/o Auditores, solvencia profesional del contador y/o auditor firmado por el representante legal de la sociedad, liquidador(es), balance final y proyecto de distribución de patrimonio (artículo 394 del Código de Comercio).*

III.3) *Escritura Pública de Disolución y Liquidación, en la cual se transcriba el Acta de Asamblea de Socios o Junta de Accionistas que apruebe la Disolución y Liquidación de la corredora de reaseguros y la designación del liquidador o comisión liquidadora (Acta de Asamblea de socios o junta de accionistas que apruebe el Balance Final de Liquidación y el proyecto de distribución de Patrimonio.)*

III.4) *Publicación en un medio de prensa de circulación nacional (página completa), de la escritura pública de Disolución y Liquidación*

III.5.) *Poder Notarial del liquidador de acuerdo al punto III.3).*

TERCERO.- AON RE BOLIVIA S.A. *deberá mantener vigente su Póliza de Errores y Omisiones hasta la fecha de vigencia de la última colocación de reaseguro, salvo que en el contrato de cesión que efectué a otra corredora de reaseguros se incluya una cláusula a través de la cual la cesionaria amplíe su propia póliza de errores y omisiones a toda la cartera recibida.*

CUARTO.- NOTIFICAR *con la presente Resolución Administrativa a las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el mercado de seguros del Estado Plurinacional de Bolivia*

QUINTO.- REMITIR *la presente resolución más sus antecedentes al Ministerio Público, a efectos de que la presunta comisión de delitos de orden público sea investigada por Autoridad Competente.*

SEXTO.- AON RE BOLIVIA S.A. *deberá poner en conocimiento de su Directorio el contenido íntegro de la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 30 de mayo de 2012, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012, con los siguientes argumentos:

"…***5. FUNDAMENTO LEGAL DEL RECURSO DE REVOCATORIA.***

El presente Recurso de Revocatoria se interpone al haberse identificado en el procedimiento sancionatorio iniciado mediante carta CITE: APS/DJ/DS/N° 2033/2012

de 15 de marzo de 2012 (la Notificación de Cargos) y la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260/2012 de 27 de abril de 2012 (la Resolución Sancionatoria), graves e insubsanables vicios de nulidad, violaciones al debido proceso, vulneración de derechos y garantías constitucionales y afectación de los derechos subjetivos e intereses legítimos de AON RE. El presente Recurso de Revocatoria tiene los fundamentos legales siguientes:

5.1. Los Hechos del Presente Caso.

Sólo a partir de que AON RE fue notificada con la Resolución Sancionatoria, pudimos conocer los verdaderos hechos del presente caso, que se resumen en lo siguiente:

a) Desde gestiones pasadas a la gestión junio 2009 a junio 2010, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales de 24 de septiembre S.A. (En Adelante La Compañía 24 de Septiembre), venia realizando su actividad con una serie de irregularidades, en las que no participó en forma alguna AON RE, las cuales son detalladas en las Resoluciones Administrativas que emitió la ASFI y que condujeron a la intervención y liquidación forzosa de la Compañía 24 de Septiembre.

b) La Compañía 24 de Septiembre le pidió a AON RE que emita una Nota de Cobertura para el período junio 2009 a junio 2010, utilizando documentación que se sabe que no es verdadera, conforme demostraron la ASFI y la APS a través de las cartas recibidas de QBE de! Istmo, consistente en una Nota de Cobertura supuestamente firmada y sellada por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. (en adelante QBE del Istmo).

c) AON RE fue engañada e inducida a error por la Compañía 24 de Septiembre y procedió a emitir una Nota de Cobertura, bajo la falsa impresión que ésta tenía el respaldo de reaseguro de QBE del Istmo. En estas circunstancias, AON RE fue víctima de delitos, que vamos a denunciar por los medios legales apropiados.

d) La operación realizada por AON RE a momento de emitir la Nota de Cobertura, consistió en una colocación en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008), que era una normativa legal vigente en ese entonces.

e) La Compañía 24 de Septiembre informó falsamente a la SPVS que contaba con reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010. En este sentido, la Compañía 24 de Septiembre indujo a error a la SPVS y también actuó en forma reticente para informar sobre el estado de sus contratos de reaseguro.

f) En lugar de pagar por la prima de reaseguro a QBE del Istmo, la Compañía 24 de Septiembre desvió recursos económicos a cuentas personales de personas vinculadas a los accionistas y ejecutivos de la referida Compañía, conforme

posteriormente demostró la ASFI en las investigaciones que condujeron a la intervención de la Compañía 24 de Septiembre.

g) AON RE no llegó a cobrar comisión alguna por esta supuesta colocación de reaseguro, conforme se demuestra por la certificación que sea adjunta al presente Recurso.

h) Posteriormente a la emisión de la Nota de Cobertura por parte de AON RE, la propia AON RE obtuvo un certificado de exclusión (llamado Endoso No. 1, que se adjunta al presente Recurso), con vigencia a la fecha de emisión de la Nota de Cobertura, que dejaba sin efecto la cobertura de reaseguro para seguros de caución o fianza a primer requerimiento. Al parecer, este evento no fue comunicado por la Compañía 24 de Septiembre al Regulador en su debida oportunidad y plazo.

i) La compañía 24 de Septiembre mintió repetidamente a la SPVS sobre los supuestos contratos de reaseguro, hecho que fue preponderante para su posterior intervención.

j) El Regulador debió exigir a la Compañía 24 de Septiembre que entregue el contrato de reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, dentro de los 45 días de haber recibido la Nota de Cobertura, en aplicación del artículo 3.3 (Información y registro de contratos) del Reglamento de Reaseguro Pasivo,

k) La Compañía 24 de Septiembre cometió todavía una serie de irregularidades que la llevaron a ser intervenida y liquidada por la ASFI, incluyendo entre ellas la falta de reaseguro para los seguros de fianza o caución que comercializaba. Corresponde especificar que la falta de reaseguro no fue la única irregularidad cometida por la Compañía 24 de Septiembre. Por ejemplo, la Compañía 24 de Septiembre llegó a tener pérdidas que superan su capital en 296%.

l) Al elaborar la Notificación de Cargos, la APS contaba con información y documentación que no mencionó, detalló y evaluó en la Notificación de Cargos (acto administrativo inmotivado) y, en estas circunstancias, AON RE no tuvo oportunidad de defenderse adecuadamente antes de ser sancionada.

A continuación pasamos a detallar los elementos fácticos en los cuales basamos esta recolección de los hechos del presente caso.

5.1.1. Desde gestiones pasadas a la gestión junio 2009 a junio 2010, la Compañía 24 de Septiembre, venía realizando su actividad con una serie de irregularidades, que condujeron finalmente a su intervención.

Es necesario destacar que la Compañía 24 de Septiembre le dijo en repetidas ocasiones a la SPVS que sí efectivamente tenía contrato de reaseguro, afirmaciones que se demostraron falsas conforme avanzaron las investigaciones a cargo de la ASFI. En este sentido, el contenido de la Resolución ASFI No. 019/ 2010 de 14 de enero de

2010 es revelador en su página 2:

> ***Que el informe de seguimiento ASFI/DSS/R-67848 de 16 de diciembre de 2009 por su parte llega a las siguientes conclusiones:***
>
> *(…)*
>
> ***3) La compañía mantiene la cuenta de reaseguro con QBE del Itsmo*** (sic) ***Cia de Reaseguros INC, pagada en su integridad, sin embargo, a la fecha del presente informe el reasegurador no respondió ni confirmo saldos conforme la nota remitida por la Autoridad de Supervision del Sistema Financiero.***

Como se puede apreciar, a diciembre de 2009, la Compañía 24 de Septiembre le decía a la ASFI que sí tenía reaseguro con QBE del Istmo, que estaba pagada en su integridad y, con esta información falsa, el Informe ASFI/DSS/R-67848 le creía a la Compañía 24 de Septiembre.

También se aprecia en las páginas 3 y 4 de la misma Resolución que la Compañía 24 de Septiembre estaba expuesta en una serie de riesgos:

> ***2) Consecuentemente, se ratifica la conclusión del Informe ASFI/DSS/R-37150 sobre los riesgos de la integridad, exactitud, propiedad, exposición, valuación y confiabilidad de los estados financieros, debido a que la entidad en el plazo otorgado, no subsanó las infracciones relevantes referentes a:***

Entre estos riesgos, destaca el riesgo de posiblemente no contar con reaseguro:

2.5 La compañía mantiene la cuenta de Reaseguros con QBE del Itsmo (sic) ***Cía. de Reaseguros INC. pagada en su integridad, sin embargo, a la fecha del presente informe, el reasegurador no respondió a la solicitud de confirmación de saldos pendientes requerido pro la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.***

Es de hacer notar que la ASFI tomó un tiempo en comprobar que la Compañía 24 de Septiembre no tenía reaseguro contratado, porque la misma Compañía le mentía a su Regulador. Por estas razones, la ASFI se vio en la necesidad de conminar a la Compañía 24 de Septiembre que demuestre que efectivamente sí tenía reaseguro contratado (Resuelve 3, página 24):

RESUELVE:

1. En el marco de lo dispuesto en el Art. 8 del Decreto Supremo No. 25758 y sin perjuicio de las sanciones que correspondan imponer a la compañía previo proceso administrativo, se otorga un plazo de 10 días hábiles a Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A., para subsanar todas las infracciones realizadas en la presente Resolución, a partir de su notificación con la presente Resolución.

2. Conminar a la empresa aseguradora, al pago de los siniestros que cuentan con

toda la documentación presentada y que se consideran "Siniestros por Pagar", según lo establece el Plan único de Cuentas y Manual de Contabilidad en el plazo de 72 horas de notificada con la Resolución correspondiente.

3. Conminar a la empresa a que entregue fotocopia legalizada de los contratos de reaseguros suscritos, así como el estado de cuentas debidamente conciliado, en el plazo de 5 días hábiles de notificada con la presente Resolución.

Es con estos antecedentes que la ASFI procedió a tomar una serie de medidas que tendían a precaver el descalabro de la Compañía 24 de Septiembre (Pág. 25 de la Resolución mencionada):

7. En previsión a lo dispuesto en el artículo quinto de la presente Resolución y de conformidad a lo dispuesto por el Art. 43, Inciso t) de la Ley de Seguros No. 1883 y Arts. 15, 22 y 60 de la Ley del Mercado de Valores No. 1834, se dispone:

a) Prohibir a Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. efectuar movimientos o transacciones de Valores, mantenidos en custodia, hasta que se cumpla lo dispuesto en el numeral seis de la presente Resolución.

b) Prohibir a Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. efectuar movimientos o transacciones de fondos hasta que se cumpla lo dispuesto hasta que se cumpla lo dispuesto (sic) ***en el numeral seis de la presente Resolución.***

c) Prohibir a Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. la emisión y la renovación de pólizas y la aceptación de riesgo, en tanto y cuanto (sic) ***no regularice todas las infracciones establecidas en la presente resolución.***

d) La empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. podrá efectuar movimientos de los Valores que componen su cartera en custodia, previa autorización expresa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, únicamente a efectos de renovarlos y/o reinvertirlos.

e) La empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. podrá efectuar movimientos de sus cuentas corrientes y de ahorro, previa autorización expresa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Se procedía, además, a tomar medidas para hacer seguimiento permanente a la Compañía (Págs. 25 y 26 de la Resolución):

10. Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43, incisos c), d), e), h) y k) de la Ley de Seguros No. 1883 se dispone la (…) ***supervisión, inspección y fiscalización permanente e intensiva de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A. a efectos de establecer y verificar la adecuada exposición y valoración de activos, pasivos y patrimonio en los estados financieros de la compañía de conformidad a las normas legales y reglamentarias vigentes, disposiciones regulatorias, así como los principios de contabilidad generalmente***

aceptados, en el orden de primacía y prelación anotados.

En conclusión, la Compañía 24 de Septiembre entregaba información que no era verdadera a la SPVS y la inducía a error. Por su parte, la SPVS tenía preocupaciones que la obligaban a hacerle un seguimiento continuo. Esta situación empeoró, hasta el punto que la Compañía fue intervenida por la ASFI.

Adicionalmente, para demostrar que la Compañía 24 de Septiembre venía actuando indebidamente desde gestiones anteriores, induciendo a errores, copiamos a continuación la carta SPVS/IS/DAD/No. 2039/2008 de fecha 23 de julio de 2008, que la misma Compañía nos hizo llegar con la intención de demostrarnos que estaba en buenas condiciones frente a la SPVS y que, como dice su tercer párrafo: "...cumple con la normativa vigente".

(Membrete de la) *SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS*
Bolivia

La Paz, 23 de julio de 2008
SPVS/IS/DAD/Nº 2039/2008

Señor
Cnl. DAEN Roberto Foronda Franco
Presidente del Directorio
SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A.
Presente.-

Referencia: Su nota CITE: LP-GR-Nº 00260/08

De nuestra consideración.

Acusamos recibo de la nota de referencia relativa a vuestros contratos de reaseguro suscritos con QBE del Itsmo (sic) *Compañía de Reaseguros Inc.*

Al respecto, cabe mencionar que, el Contrato de Reaseguro Proporcional que respalda los riesgos de Fianzas y Cauciones, suscrito con QBE del Itsmo (sic) *Compañía de Reaseguros Inc. en nombre y por cuenta de QBE Reinsurance Corporation (NY) de acuerdo a Certificación que cursa en esta Intendencia y que incluye Pólizas de Caución para Entidades Públicas de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS Nº 731/2007, cumple con la normativa vigente.*

Asimismo informamos que, por el momento y en el corto plazo esta Superintendencia no tiene previsto realizar comunicaciones con el reasegurador en tanto el cumplimiento a la normativa persista.

Con este motivo, saludamos a usted atentamente.

(Fdo.) *Lic. Iván O. Rojas Yanguas*
INTENDENTE DE SEGUROS
Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (…)

En el mismo sentido, la carta SPVS/IS/DAD/ No. 2072/2008 de 28 de julio de 2008, que copiamos a continuación y que también nos entregó la Compañía 24 de Septiembre, muestra como la SPVS pensaba erróneamente que sí existía un reaseguro contratado por la mencionada Compañía:

(Membrete de la) *SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS*
Bolivia
(Sello de recepción de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. de fecha "*28 JUL 2008*")

La Paz, 28 de julio de 2008
SPVS/IS/DAD/Nº 2072/2008

Señor
Cnl. DAEN Roberto Foronda Franco
Presidente del Directorio
SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A.
Presente.-

Referencia: Nuestro CITE SPVS/IS/DAD Nº 2039/2008

De nuestra consideración.

Continuando con nuestro CITE de referencia y a solicitud de la compañía, reiteramos que de mantenerse la misma estructura de reaseguro, esta Superintendencia no prevé la necesidad de realizar nuevas comunicaciones al reasegurador, toda vez que los requerimientos de información efectuados fueron contestadas (sic) *satisfactoriamente por QBE del Itsmo* (sic) *Compañía de Reaseguros Inc.*

Con este motivo, saludamos a usted atentamente.

(Fdo.) *Lic. Iván O. Rojas Yanguas*
INTENDENTE DE SEGUROS
Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (…)

5.1.2. La Compañía 24 de Septiembre le pidió a AON RE que emita una Nota de Cobertura para el período junio 2009 a junio 2010, utilizando documentación falsificada, consistente en una Nota de Cobertura supuestamente firmada y sellada por QBE del Istmo (como fue demostrado por las investigaciones de la ASFI).

En su carta Cite: SR24SEP-SC-0221/09 de 29 de junio de 2009 (ver el primer párrafo), la

Compañía 24 de Septiembre le dijo falsamente a AON RE que le estaba enviando una Nota de Cobertura emitida por QBE del Istmo a efecto de que AON RE proceda a efectuar la colocación respectiva:

> *Santa Cruz, junio 29 de 2009*
> *Cite: SR24SEP-SC-0221/09*
>
> (Sello de recepción de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** de fecha "*30 JUN 2009*")
>
> *Señores*
> *Aon Re Bolivia S.A.*
> *Torre Ketal, Piso 4, Of 403*
> *Calacoto*
> *La Paz*
>
> *De nuestra consideración:*
>
> *Re:* (sic) ***QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.,***
>
> *Adjuntamos una Nota de Cobertura que ha emitido la reaseguradora de la referencia y que refleja en su integridad los términos y las condiciones de la cobertura que hemos solicitado y que nos han sido otorgadas.*
>
> *Para dar cumplimiento a la reglamentación de reaseguro pasivo en vigencia, le agradeceremos consideren ser nuestro corredor de reaseguro en esta colocación y nos emitan la respectiva Nota de Cobertura para presentar a la Superintendencia.*

supuesta (sic) *"Nota de Cobertura" que la Compañía 24 de Septiembre le envió a AON RE, parecía auténtica e inclusive contaba con sello y firma de QBE del Istmo:*

> ***CONDICIÓN PRECEDENTE DE ACEPTACIÓN:*** *Las partes dan su aceptación a cada una* (sic) *de los términos y condiciones de esta colocación y ratifican la vigencia de todos los documento firmado* (sic) *entre partes y aceptan que cualquier controversia de derecho suscitadas* (sic) *entre las partes sobre la naturaleza y alcance de este contrato de reaseguro será resuelto en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje), liberando a Aon Re Bolivia S.A. contra todo reclamo.*
>
> ***REASEGURADOR:*** *QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.*

ACEPTADO Y FIRMADO EN SEÑAL DE CONFORMIDAD

(Fdo. llegible y sellado: "***QBE DE ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS, INC. PANAMA***")

5.1.3. AON RE fue engañada e inducida a error por la Compañía 24 de Septiembre y procedió a emitir una Nota de Cobertura, bajo la falsa impresión que ésta tenía el respaldo de reaseguro de QBE del Istmo. En estas circunstancias, AON RE fue víctima de delitos.

La Compañía 24 de Septiembre indujo dolosamente a error a AON RE, mediante la entrega de documentación con contenido falso. Estos hechos van a ser denunciados penalmente por AON RE, al ser víctima de acciones delictivas.

5.1.4 Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008, que era una normativa legal vigente en ese entonces.

Aunque en la Resolución Sancionatoria la APS tienda a descalificar la actuación de AON RE, lo cierto es que, en la operación de colocación del reaseguro, AON RE realizó una actuación perfectamente enmarcada en la normativa legal vigente en ese entonces:

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IS Nº 764
La Paz, 30 SEP 2008

TEXTO ORDENADO DEL REGLAMENTO DE REASEGURO PASIVO

(…)

ii) Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada empresa reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella.

Tal como dice el texto normativo copiado, la Nota de Liberación a la corredora de reaseguros es una nota destinada a "liberarla de la responsabilidad asumida por ella", sin limitación de alcances como pretende interpretar la APS en su Resolución Sancionatoria.

Esto es efectivamente lo que AON RE recibió de la Compañía 24 de Septiembre a través de la denominada "nota de liberación":

Para dar cumplimiento a la reglamentación de reaseguro pasivo en vigencia, le agradeceremos consideren ser nuestro corredor de reaseguro en esta colocación y nos emitan la respectiva Nota de Cobertura para presentar a la Superintendencia.

Ratificamos que los términos y condiciones negociadas son todas las que figuran en la Nota de Cobertura adjunta y que en caso de cualquier discrepancia de interpretación, pago de siniestros, reembolso de gastos etc., nuestra empresa renuncia expresamente a cualquiera acción contra Aon Re Bolivia S.A. liberándola de toda responsabilidad sobre esta colocación.

Como se puede apreciar, la Compañía 24 de Septiembre expresamente dijo: "liberándola de toda responsabilidad sobre esta colocación".

Para sancionar a AON RE, en la Resolución Sancionatoria la APS varias veces repite que AON RE debía cumplir con todos sus deberes como corredor de reaseguros, como si en la especie no se tratara de la colocación de reaseguros prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, sino de otra colocación, bajo la modalidad prevista en el inciso i), previo y diferente al que se trató en la realidad.

La APS olvida en esta materia que el ya referido inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo fue posteriormente revocado y eliminado de este Reglamento, porque, aunque fuera una norma vigente, tenía precisamente el efecto de modificar la forma en que se comporta un corredor de reaseguros.

En este sentido, debemos recordar el contenido de la Resolución Administrativa que dejó sin efecto la norma en cuestión:

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 145-2011
La Paz, 08 JUL 2011

SE DEJA SIN EFECTO EL INCISO ii) PUNTO 2.1, NUMERAL 2, Y EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL INCISO i) DEL PUNTO 3.1, NUMERAL 3 DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Nº 032 DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998, ASÍ COMO EL INCISO iv) PUNTO 2.1, NUMERAL 2 DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS Nº 021 DE 17 DE ENERO DE 2000.

Para dejar sin efecto esta normativa, la APS consideró expresamente lo siguiente:

Que del análisis íntegro del inciso ii), punto 2.1, numeral 2 de la Resolución Administrativa N° 032, recopilado en el Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008, se puede ver con claridad meridiana que la Corredora de Reaseguros a través de una simple nota de liberación, elude el cumplimiento de sus obligaciones determinadas por ley y por lo tanto, su responsabilidad en la cesión del riesgo que realiza la compañía cedente.

La APS podrá alegar ahora que precisamente por eso dejó sin efecto la norma comentada, pero el hecho es que en su momento estaba vigente y, como cualquier

otro acto administrativo, gozaba de la presunción de legitimidad y debía cumplirse y aplicarse. Por esta razón, aunque la norma fue dejada sin efecto, las contrataciones ya realizadas fueron reconocidas y permanecieron causando sus efectos naturales hasta su extinción:

> ***CUARTO:*** *Se dispone de manera expresa que las notas de liberación que se hayan emitido a favor de los Corredores de Reaseguros o solicitadas por las Compañías Cedentes o Corredores de Seguros, en las modalidades de seguros generales, de personas o fianzas, antes de la notificación de la presente Resolución Administrativa, se mantendrán en vigor durante todo el periodo d vigencia del contrato de seguros que se trate.*

No podría ser de otra manera: quienes actuaron bajo la norma entonces vigente tenían derecho a que se causen sus efectos previstos hasta la extinción de los actos relevantes.

En conclusión, AON RE actuó en el marco de la norma entonces vigente, que precisamente le permitía actuar de la manera en que actuó, vale decir, solamente participando en la emisión de la Nota de Cobertura, sobre la base de la Carta de Liberación entregada por la cedente Compañía 24 de Septiembre, sin la obligación legal de tener que realizar cualquier otra actividad adicional.

5.1.5. La Compañía 24 de Septiembre informó falsamente a la SPVS que contaba con reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010. En este sentido, la Compañía 24 de Septiembre indujo a error a la SPVS y también actuó en forma reticente para informar sobre el estado de sus contratos de reaseguro.

Veamos en este sentido la Resolución Administrativa ASFI No. 116/2010 de 10 de febrero de 2010:

> *Que de acuerdo al Informe ASFI/DSS/R-8015/2010 de 26 de enero de 2010, se evidencia que, en base a las notas de cobertura, los contratos de Reaseguro para las gestiones junio 2007-junio 2008 y junio 2009-junio 2010 remitidos por la compañía Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. cumplen al incluir a las coberturas de cauciones las cláusulas de ejecución inmediata condicional y a primer requerimiento, por lo que, la compañía Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. no puede suscribir contratos que excedan a 183.367 dólares estadounidenses por riesgo individual.*

El Informe mencionado en la Pág. 1 de esta Resolución parecía establecer entonces que la Compañía 24 de Septiembre sí contaba con reaseguro para la gestión junio 2009 junio 2010, en mérito a los contratos que habrían sido "remitidos" al Regulador por la Compañía.

5.1.5. En lugar de pagar por la prima de reaseguro a QBE del Istmo, la Compañía 24 de Septiembre desvió recursos económicos a cuentas personales de personas vinculadas a los accionistas y ejecutivos de la referida Compañía.

La Resolución Administrativa No. 116/2010, en su Pág. 2, ya determina que la Compañía 24 de Septiembre no pagaba la prima de reaseguro, sino que desviaba los recursos destinados a este efecto a cuentas particulares de personas vinculadas a la propiedad y administración de la Compañía:

> *Que el mismo informe concluye que existe incertidumbre sobre los pagos al reaseguro por US$ 1.868.375, efectuada a través de giros bancarios del Banco Unión S.A., según la compañía Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. al reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros, Inc., y según los documentos que cursan en el Banco Unión S.A., a las ejecutivas de la compañía: Sra. Josefina Solíz de Foronda y Jacquelín Foronda Solíz.*

Sin duda, este es un elemento que dice mucho sobre la verdadera forma en que se administraba la Compañía 24 de Septiembre y que fue una de las causas que condujeron a su intervención. Al respecto, la Resolución Administrativa ASFI No. 241/2010 de 30 de marzo de 2010, que dispuso la intervención de la Compañía 24 de Septiembre establece (en sus Págs. 4 y 5):

> *e) Pagos al reaseguro por un importe que alcanza a US$ 3.971.190, efectuada* (sic) *a través de giros bancarios del Banco Unión S.A., según la compañía al reasegurador QBE del Istmo Compañía de Reaseguros, Inc., y según los documentos que cursan en el Banco Unión S.A., a las* (…) *ejecutivas de la compañía: Josefina Soliz de Foronda y Jacquelín Foronda Soliz.*

5.1.7. AON RE no llegó a cobrar comisión alguna por esta supuesta colocación de reaseguro.

Comprobado como se encuentra que la Compañía 24 de Septiembre no pagaba las primas del reaseguro y que desviaba los fondos que a este efecto debía utilizar, debemos dejar constancia que AON RE no recibió pago de comisión por la supuesta colocación del reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010. En consecuencia, no hubo una contraprestación para AON RE por la supuesta labor de intermediación.

5.1.8. Posteriormente a la emisión de la Nota de Cobertura por parte de AON RE, la propia AON RE obtuvo un Endoso, con vigencia a la fecha de emisión de la Nota de Cobertura, que dejaba sin efecto la cobertura de reaseguro para seguros de fianza a primer requerimiento.

Nos corresponde especificar que AON RE pidió y obtuvo de la Compañía 24 de Septiembre una importante exclusión de cobertura de reaseguro para los seguros de fianza a primer requerimiento, a través del denominado "Endoso No. 1", tal como se evidencia por el documento que adjuntamos en calidad de prueba y que copiamos a continuación:

> (Membrete de la Compañía de) *Seguros y Reaseguros Grales. 24 de SEPTIEMBRE S.A.*

ENDOSO NO.1

A LA NOTA DE COBERTURA

Entre

SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A.
(Reasegurado)

Y

QBE DEL ISTMO COMPANIA (sic) *DE REASEGUROS INC.*
(Reasegurador)

> *Por medio de la* (sic) *presente, queda acordada y pactada la exclusión de las Pólizas a primer Requerimiento y de Ejecución Inmediata del Contrato de Reaseguro de Cuota Parte, durante el periodo que media entre Junio 30, 2009 y Junio 30, 2010.*
>
> *Firman las partes:*
>
> (Fdo. ilegible) *SEGUROS Y REASEGUROS GENRALES* (sic) *24 DE SEPTIEMBRE S.A.*

Por los considerandos de la Resolución Sancionatoria, que no mencionan este endoso, así como por el contenido de la Notificación de Cargos, que no contiene considerandos en lo absoluto y que es un acto inmotivado, parece ser que la Compañía 24 de Septiembre no comunicó en su debido momento al Regulador esta importante modificación en el supuesto contrato de reaseguro, incumpliendo de esta manera el numeral 3.3 ((Información y registro de contratos) del Reglamento de Reaseguro Pasivo:

> *Las entidades aseguradoras deberán informar por escrito a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) sobre el respaldo y existencia de contratos de reaseguro automáticos o semiautomáticos, anexos y/o endosos, dentro de los dos días administrativos siguientes a su suscripción, pudiendo ser presentados para su registro en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario, siguientes del aviso de su existencia.*

Sin esta información, la Compañía 24 de Septiembre mantenía en la oscuridad la inexistencia de reaseguro, engañando al Regulador. En este sentido, que ahora la Resolución Sancionatoria pretenda establecer que las supuestas infracciones de AON RE tienen el carácter de "insubsanables" es una actuación arbitraria y desproporcionada de la APS, que no condice con los hechos del presente caso.

5.1.9. La Compañía 24 de Septiembre mintió repetidamente a la SPVS sobre sus

supuestos contratos de reaseguro.

Nuevamente, la Resolución que dispuso la intervención de la Compañía 24 de Septiembre (Pág. 14):

> *Que, de acuerdo a los antecedentes administrativos y documentación que respaldan las Resoluciones Administrativas Nos. 19/2010, 116/2010 y 194/2010, se establece que la empresa Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., ha enviado información errónea e incompleta al Órgano Supervisor, puesto que presentó un Anexo de Nota de Cobertura para la gestión 2008 a 2009 y Nota de Cobertura para la gestión 2009 a 2010, sin contar con el correspondiente contrato de reaseguro suscrito efectivamente y que cubra la emisión de seguros de fianza con cláusulas de primer requerimiento y ejecución inmediata condicional, vulnerando de esta forma lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Seguros No. 1883, que establece la obligatoriedad de contar con las garantías suficientes y el adecuado respaldo de reaseguro en concordancia con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Supremo No. 25201, lo que conlleva un incumplimiento al inciso n) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883.*

5.1.10. El Regulador debió exigir a la Compañía 24 de Septiembre que entregue el contrato de reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, dentro de los 45 días de haber recibido la Nota de Cobertura.

De conformidad con el Reglamento de Reaseguro Pasivo, es obligación de la cedente (compañía de seguros) enviar al Regulador los contratos de reaseguro que celebre, dentro de los 45 días (Numeral 3.3, Pág 11):

> *Las entidades aseguradoras deberán informar por escrito a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) sobre el respaldo y existencia de contratos de reaseguro automáticos o semiautomáticos, anexos y/o endosos, dentro e los dos días administrativos siguientes a su suscripción, pudiendo ser presentados para su registro en al Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario, siguientes del aviso de su existencia.*

Esta es sin duda una obligación de las entidades aseguradoras. Por su parte, corresponde al Regulador verificar que la cedente cumpla fielmente con este deber. Si el tiempo pasa y esta obligación no se cumple, así como tampoco se exige que se cumpla, la situación de inexistencia de reaseguro se va a agravar, hasta que mucho tiempo después, como en el presente caso, pueda ser calificada como presuntivamente "insubsanable".

En estas circunstancias, al corredor de reaseguros, en este caso AON RE, no le correspondía enviar el contrato de reaseguro al Regulador, o realizar acción alguna, adicional, que hubiera podido en su caso rectificar la conducta dolosa de la Compañía 24 de Septiembre.

La verificación de la existencia del contrato de reaseguro, así como de la existencia del Endoso No. 1, dentro de los 45 días previstos por la normativa, era un aspecto muy importante que debía ser cumplido entre la Compañía 24 de Septiembre por una parte y la SPVS por otra. En efecto, al no haber remitido la Compañía 24 de Septiembre el contrato de reaseguro ni el Endoso No. 1 al Regulador y este a su vez, al no haberlos reclamado oportunamente y con la suficiente firmeza, permitieron que la situación progrese hasta el punto de que el Regulador tuvo que realizar investigaciones adicionales para conocer realmente que el contrato de reaseguro no existía. Es obvio que el Regulador tampoco llegó a conocer oportunamente el Endoso N° 1.

En este escenario, AON RE tampoco podía realizar acción alguna para evitar las consecuencias del error inducido por la mencionada Compañía 24 de Septiembre. En los hechos, AON RE, producto del engaño sufrido, no conoció esta situación con la anticipación debida como para poder tomar alguna acción al respecto.

Al presente, al calificar las supuestas infracciones de AON RE como "insubsanables", la APS no reconoce la verdadera conducta dolosa en que incurrió la Compañía 24 de Septiembre, no reconoce que era ella la que debía entregar el contrato de reaseguro dentro de los 45 días previstos en la normativa y, sin embargo, procede a atribuir a la supuesta conducta de AON RE la máxima gravedad sancionatoria, sin que en los hechos AON RE hubiese podido, o legalmente le hubiese correspondido, tomar alguna acción al respecto.

5.1.11. La Compañía 24 de Septiembre cometió todavía una serie de irregularidades que la llevaron a ser intervenida y liquidada por la ASFI, incluyendo entre ellas la falta de reaseguro. Corresponde especificar que la falta de reaseguro no fue la única irregularidad cometida por la Compañía 24 de Septiembre. Por ejemplo, la Compañía 24 de Septiembre llegó a tener pérdidas que superan su capital en 296%.

La Resolución Administrativa que dispuso la intervención de la Compañía 24 de Septiembre es clara al respecto (Resolución Administrativa ASFI No. 241/2010 de 30 de marzo de 2010, Págs. 5 y 6):

> *Que, el patrimonio de la compañía, conforme Balance ajustado al 31 de diciembre de 2009, asciende a Bolivianos:*

PATRIMONIO		
301.01	*CAPITAL PAGADO*	*15.839.000.00*
302.02	*APORTES PARA FUTUROS AUMENTOS DE CAPITAL*	*985,67*
303.01	*RESERVA LEGAL*	*368.091.30*
305.01	*AJUSTE GLOBAL DEL PATRIMONIO*	*2.180.036.93*
307.02	*UTILIDADES ACUMULADAS*	*376.076.88*
308.01	*PERDIDAS DEL PERIODO O GESTIÓN*	*-54.847.644.02*
	TOTAL PATRIMONIO	***-36.034.353.94***

Que, por lo expuesto en el referido informe, a partir de los trabajos de fiscalización realizados en la compañía, las pérdidas superan el capital en 296% colocando a la compañía en situación de grave riesgo prevista en el Artículo 20 del Decreto Supremo No. 25201 que reglamenta la Ley de (…)

5.1.12. La APS atribuyó arbitrariamente una conducta indebida a AON RE, sin considerar que fueron las acciones y omisiones en que incurrió la Compañía 24 de Septiembre las que realmente violaron el marco legal vigente.

La Notificación de Cargos sostiene lo siguiente en el Cargo Nº 6:

> ***6. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el inciso f) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros, al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional, prestando sus servicios con información falseada induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación.***

La lectura de este texto, sin previa referencia a alguna motivación para semejante afirmación (acto administrativo inmotivado) parece dar a entender que fue AON RE quien procedió a falsificar información. Ya hemos establecido en el punto 5.1.2 que en realidad fue la Compañía 24 de Septiembre la que procedió a enviar a AON RE documentación falsificada con la finalidad de inducir a error, engañar a AON RE y obtener una Nota de Cobertura como si en realidad el reaseguro hubiera sido contratado. No vaciló después la Compañía 24 de Septiembre en presentar al Regulador la Nota de Cobertura como si en realidad hubiera contratado el reaseguro, más adelante, dentro de los 45 días que establece el Reglamento de Reaseguro Pasivo, obviamente la Compañía 24 de Septiembre no envió el contrato de reaseguro correspondiente, y menos envió el Endoso No. 1, dentro de un largo proceso de mentir y engañar hasta al propio Regulador, para hacer creer que tenía reaseguro y que podía seguir contratando seguros de fianza.

La APS, al no considerar estos hechos, que fueron descubiertos por el propio Regulador en las tareas que darían lugar a la intervención de la Compañía 24 de Septiembre y, más bien, atribuir una conducta indebida a AON RE, actúa de manera arbitraria e inconsistente con los hechos del presente caso, con la normativa sectorial aplicable y, de esta manera, incurre en violación de los derechos constitucionales de AON RE, incluyendo la violación del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, como se verá en detalle más adelante.

5.2. La Notificación de Cargos emitida en contra de AON RE no valoró la realidad de los hechos y afectó el Derecho a la Defensa de AON RE.

Los hechos que describimos y que surgen de los antecedentes documentales del presente caso, muchos de ellos producidos por el propio Regulador, debieron en principio formar parte de la motivación de la Notificación de Cargos. Sin embargo, la APS procedió a emitir una Notificación de Cargos, sin la debida motivación que

corresponde a un acto administrativo y que, por tanto, tiene los vicios de nulidad que se detallan y analizan jurídicamente más adelante en el presente Recurso de Revocatoria.

5.3. Inexistencia de un Contrato de Reaseguro en el presente Caso.

De conformidad con los hechos referidos, cuya existencia es incontrastable, queda demostrado que en el presente caso nunca existió realmente un Contrato de Reaseguro ante la compañía 24 de Septiembre y el reasegurador QBE del Istmo. Esta circunstancia tan importante no es atribuible a AON RE.

La existencia del contrato de reaseguro debió ser demostrada en todo caso por la Compañía 24 de Septiembre, dentro de los 45 días previstos por la normativa, incluyendo, si hubiera sido el caso, cualquier modificación al contrato de reaseguros supuestamente existente a partir de la Nota de Cobertura obtenida con engaños de AON RE.

Cabe expresar que, si no existe contrato de reaseguro, no puede haber una infracción de los deberes que corresponden al corredor de reaseguros respecto al seguimiento del contrato, porque en los hechos se trata de una "infracción imposible", evento en el que no se cumplen las condiciones que configura una infracción administrativa y su tipicidad correspondiente.

5.4. Respecto de las Ocho (8) Supuestas Infracciones acusadas a AON RE.

5.4.1. Presunta Infracción No. 1: Incumplimiento del objeto social de AON RE.

En los hechos, tal como están demostrados, AON RE estaba tratando de realizar una colocación de reaseguro y no cualquier otra operación comercial diferente que no hubiera estado contemplada en su objeto social.

En realidad, para que la APS diga que AON RE incumplió su objeto social, debería poder identificar y explicar, de manera detallada, qué otro acto de comercio estaba realizando o tratando de realizar AON RE. Específicamente, tendría que ser en la especie un acto de comercio diferente al corretaje de reaseguros, porque el objeto social de las sociedades comerciales en Bolivia describen únicamente los actos de comercio o actividades comerciales a los que se debe dedicar la sociedad.

Por otra parte, corresponde establecer que el objeto social es una estipulación contractual, un acuerdo de partes, celebrado sólo entre quienes son accionistas de AON RE. El objeto social es la actividad a la que los administradores deben dedicar el capital que les entregan y confían los accionistas. Si eventualmente se incumple el objeto social, son los accionistas quienes deben reclamar a los administradores. Este es un tema civil y comercial, regulado por el Código de Comercio (Art. 163):

> *Art. 163. - (ADMINISTRACION Y REPRESENTACION). <u>Todos los actos que comprenden la actividad prevista como objeto de la sociedad o necesarios para</u>*

el cumplimiento del mismo y sean ejercitados por los administradores o representantes de la sociedad o por disposición de la ley, obligan a ésta mientras no sean notoriamente extraños a su giro. Asimismo, obligan a la sociedad en los límites del objeto social, aun cuando la representación sea conjunta si se trata de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contrato entre ausentes o contratos de adhesión, salvo que el tercero tuviere conocimiento de que el acto se realiza contraviniendo la representación conjunta.

Estas facultades legales de los administradores o representantes de la sociedad respectos de terceros no los liberan de las responsabilidades internas por infracción a las restricciones contractuales.

En tal virtud, por una parte, la supuesta infracción del objeto social no es una infracción de naturaleza administrativa, sino una cuestión que se debe resolver al interior de la sociedad y, por otra parte, en el presente caso, AON RE no trató de realizar cualquier otra actividad o acto que la APS haya identificado. Es más, la APS nunca dijo, ni en la Notificación de Cargos (donde debía haber sido expresa) ni posteriormente en la Resolución Sancionatoria, qué supuesto acto estaba tratando de realizar AON RE que no fuera un acto de corretaje de reaseguros tal como es su objeto social.

En la Resolución Sancionatoria, la APS indica que esperaba que sea AON RE quien coloque el riesgo en una determinada entidad reaseguradora:

> ***Que AON RE BOLIVIA S.A. amparada en una interpretación incorrecta del inciso ii) subnumeral 2.1. numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, pretende exculparse, cuando es el corredor de reaseguros quien debe colocar el riesgo ante una determinada empresa reaseguradora, no la entidad aseguradora. Adicionalmente, la nota de liberación no exime a la corredora, como ya se indicó anteriormente, de las obligaciones que le impone la normativa vigente.***

Esta expectativa de la APS no es consistente con los hechos del presente caso. En realidad, las cosas no ocurrieron como la APS esperaba. Cuando la Compañía 24 de Septiembre vino a pedir a AON RE que le emita la Nota de Cobertura, la compañía mencionada ya tenía una supuesta relación contractual (mentira) con QBE del Istmo. Invitamos a revisar nuevamente la carta que recibió en este sentido AON RE de parte de la Compañía 24 de Septiembre:

> *Santa Cruz, junio 29 de 2009*
> *Cite: SR24SEP-SC-0221/09*
>
> (Sello de recepción de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** de fecha "*30 JUN 2009*")
>
> *Señores*
> *Aon Re Bolivia S.A.*

Torre Ketal, Piso 4, Of 403
Calacoto
La Paz

De nuestra consideración:

Re: (sic) ***QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.,***

Adjuntamos una Nota de Cobertura que ha emitido la reaseguradora de la referencia y que refleja en su integridad los términos y las condiciones de la cobertura que hemos solicitado y que nos han sido otorgadas.

Como se puede apreciar, en el primer párrafo de la carta, la Compañía 24 de septiembre afirma que adjunta una Nota de Cobetura ya emitida por QBE del Istmo, es decir que, según esta Compañía, la relación contractual ya estaba configurada.

Se demuestra así que la Supuesta Infracción No. 1 de supuesta violación del objeto social, no tiene sentido jurídico y tampoco es consistente con los hechos tal como ocurrieron.

5.4.2. Presunta Infracción No. 2: Supuesto hecho lesivo a las Partes.

Este supuesto cargo tampoco es consistente con los hechos del caso. Tal como expresa por escrito la Compañía 24 de Septiembre cuando viene en obtener una Nota de Cobertura de AON RE, afirma de manera no limitativa, que su intención en la Carta de Liberación es liberar de toda responsabilidad a AON RE (carta SR24SEP-SC-0221/09):

> *Ratificamos que los términos y condiciones negociadas son todas las que figuran en la Nota de Cobertura adjunta y que en caso de cualquier discrepancia de interpretación, pago de siniestros, reembolso de gastos etc., nuestra empresa renuncia expresamente a cualquiera acción contra Aon Re Bolivia S.A. liberándola de toda responsabilidad sobre esta colocación.*

Por otra parte, la APS pretende interpretar que el efecto lesivo sería la "intervención para liquidación forzosa de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre", o que se habría inducido a terceros y al propio órgano regulador. Así dice la Resolución Sancionatoria (Pág. 15):

> (…) ***requerimiento para la gestión junio 2009 a junio 2010",*** *es concluyente toda vez que AON RE BOLIVIA S.A. al emitir la nota de cobertura sin respaldo del correspondiente reaseguro de QBE del Istmo, al margen de la nota de liberación tantas veces alegada, ha producido efectos lesivos a una de las partes (intervención para liquidación forzosa de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre) y ha inducido a terceros e incluso al propio órgano regulador a tener por cierto que las fianzas y cauciones comercializadas por la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre*

cumplían con lo prescrito en el artículo 6 in fine de la Ley de Seguros, que menciona que: "Las entidades aseguradoras ***tendrán como única limitación*** *para la suscripción de este tipo de seguros (fianzas), el contar con las garantías suficientes y* ***el adecuado respaldo de reaseguro****".*

En la realidad de los hechos, fue la Compañía 24 de Septiembre la que trató de engañar, falsificó documentos y pretendió tener reaseguro para la gestión en cuestión durante mucho tiempo, mientras el Regulador trataba de obligarla a que presente sus contratos de reaseguro sjn lograrlo.

Desde un punto de vista jurídico, para que un hecho sea "lesivo" al patrimonio de una persona, debe existir relación de causalidad entre el acto u omisión y el efecto, daño o resultado lesivo. En este sentido, es preciso remitirse al Código Civil Boliviano, que en sus artículos 344, 345 y 346 establecen lo siguiente en esta materia:

Art. 344.- (RESARCIMIENTO DEL DAÑO).

El resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, con arreglo a las disposiciones siguientes.

Art. 345.- (DAÑO PREVISTO).

El resarcimiento sólo comprende el daño previsto o que ha podido preverse, si el incumplimiento o retraso no se debe a dolo del deudor.

Art. 346.- (DAÑOS INMEDIATOS Y DIRECTOS).

Aunque haya dolo del deudor, el resarcimiento no debe comprender, en cuanto a la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, sino lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Un hecho supuestamente lesivo, debe ser calificado necesariamente por juez civil. En el presente caso, la APS se toma la atribución de presumir la existencia de un hecho lesivo sin que medie el correspondiente juzgamiento civil previo, sin que exista la determinación de la relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento y el daño, la calificación de daños, que en todo caso deben limitarse a los daños directos, sin que corresponda en esta materia (ajena al derecho administrativo) una calificación de daños consecuenciales, punitivos o de cualquier otra naturaleza. En consecuencia, al pretender acusar un supuesto hecho lesivo, la APS ha actuado sin competencia en el presente caso, excediéndose en sus funciones e incurriendo en nulidad por falta de competencia en razón de la materia.

5.4.3. Presunta Infracción No. 3: No poner información en conocimiento del reasegurador.

Nuevamente, la acusación de la APS no condice con los hechos del presente caso.

Nos vemos obligados a repetir que la Compañía 24 de Septiembre se acercó a AON RE sobre la suposición de que ya tenía una relación previa con QBE del Istmo, mintiendo y falsificando información. Este es el párrafo que contiene la mentira que induce a error a AON RE:

> ***Adjuntamos una Nota de Cobertura que ha emitido la reaseguradora de la referencia y que refleja en su integridad los términos y condiciones de la cobertura que hemos solicitado y que nos han sido otorgadas.***

Reiteramos que AON RE actuó bajo la normativa vigente, que pudo haber tenido sus defectos y que fue revocada, pero que, mientras estuvo vigente, amparaba y daba marco a las actuaciones de los corredores de reaseguro, como ya se explicó previamente.

5.3.4. Presunta Infracción No. 4: No informar a la compañía de seguros sobre la solvencia y capacidad de la reaseguradora.

Este es un cargo que realmente carece de sentido cuando se conocen los hechos que dieron lugar al presente caso. Reiteramos que la Compañía 24 de Septiembre estaba en una lógica de falsificar documentación, engañar y pretender que tenía reaseguro cuando en realidad no lo tenía, induciendo a error inclusive al Regulador como ya quedó demostrado. En estas circunstancias, informarle sobre las características de la reaseguradora, no se ajustaba a sus deberes en el marco del tipo de contratación aplicable, de conformidad con el inciso ii) subnumeral 2.1 del numeral 2 del Reglamento de Reaseguro Pasivo.

Por otra parte, una vez más, afirmamos que la actuación de AON RE se sujetó a lo que previamente le informó por escrito la Compañía 24 de Septiembre, esto es, que ya tenía una relación previa con QBE del Istmo:

> *Re:* (sic) ***QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.,***
>
> *Adjuntamos una Nota de Cobertura que ha emitido la reaseguradora de la referencia y que refleja en su integridad los términos y las condiciones de la cobertura que hemos solicitado y que nos han sido otorgadas.*

5.4.5. Presunta Infracción No. 5: No ilustrar a la compañía de seguros sobre las cláusulas de reaseguro, etc.

Para no cansar al lector, repetimos todos los argumentos ya expuestos en sentido que la Compañía 24 de Septiembre actuó con ánimo de engaño, no solo a AON RE, sino también al propio Regulador.

5.4.6. Presunta Infracción No. 6: Prestar servicios con información falseada.

AON RE no participó en este hecho de naturaleza delictiva, que tendrá que ser investigado por las vías legales correspondientes, las cuales no incluyen la actuación

administrativa de la APS. Corresponde aclarar nuevamente que AON RE fue víctima de un engaño por parte de la Compañía 24 de Septiembre, aspecto que ya está suficientemente probado por los antecedentes detallados y esclarecido por las resoluciones emitidas por la ASFI en su oportunidad.

Sin embargo, es lamentable que la APS incurra en una presunción de culpabilidad delictiva en contra de AON RE, sin que medie el previo y debido proceso.

Por los demás, debemos reiterar los argumentos ya expuestos sobre la realidad de los hechos y la verdadera intervención de los actores del presente caso, todo lo cual está debidamente fundamentado en investigaciones realizadas por la ASFI.

De nuestra parte, en oportunidad de presentar descargos, adjuntamos las resoluciones administrativas emitidas por la ASFI respecto a las investigaciones, intervención y liquidación de la Compañía 24 de Septiembre, cuyo contenido al parecer no fue valorado por la APS.

5.4.7. Presunta Infracción No. 7: No existir notificaciones permanentes entre aseguradora y reasegurador, etc.

Esta claro por los hechos del presente caso que el contrato de reaseguro nunca llegó a existir entre la Compañía 24 de Septiembre y QBE del Istmo.

Si hubiera habido contrato, posiblemente las partes se hubieran remitido notificaciones. Inclusive, si se producían modificaciones en el contrato, tales como el Endoso No. 1, correspondía a la Compañía 24 de Septiembre ponerlas en conocimiento del Regulador, de conformidad con el numeral 3.3 del Reglamento de Reaseguro Pasivo:

> *Las entidades aseguradoras deberán informar por escrito a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) sobre el respaldo y existencia de contratos de reaseguro automáticos o semiautomáticos, anexos y/o endosos, dentro de los dos días administrativos siguientes a su suscripción, pudiendo ser presentados para su registro en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario, siguientes del aviso de su existencia.*
>
> *Las entidades aseguradoras deberán remitir a la SPVS cualquier contrato automático o semiautomático, anexo y/o endoso que no haya sido presentado para su registro a la fecha, en un plazo máximo de diez (10) días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución.*

En estas circunstancias, debidamente comprobadas por la ASFI, ¿qué intercambio de notificaciones se podía pedir?

Como se advierte por la normativa aplicable, precedentemente señalada, a AON RE no le correspondía realizar notificación o prevención alguna.

5.4.8. Presunta Infracción No. 8: Inexistencia de archivos, etc.

AON RE proveyó en su oportunidad la documentación relacionada con la colocación del reaseguro. Ahora ya es cierto que, en los hechos, nunca existió un contrato de reaseguro entre las supuestas partes y, por tal motivo, no se podía exigir que se formen archivos de una supuesta relación contractual en marcha, la que efectivamente nunca existió.

Por otra parte, AON RE no tenía la obligación de obtener cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes, porque en la especie se trataba de una colocación en la modalidad prevista en el varias veces citado inciso ii) subnumeral 2.1 del numeral 2 del Reglamento de Reaseguro Pasivo, normativa emitida por el propio Regulador y que se encontraba vigente en el momento de los hechos relevantes.

5.4.9. Conclusión respecto a las Presuntas Infracciones:

Las infracciones acusadas por la APS en contra de AON RE tienen muchos defectos, pero esencialmente no consideran lo siguiente:

a) Que la Compañía 24 de Septiembre estaba en una dinámica de engañar para pretender que tenía reaseguro, induciendo a error no sólo a AON RE, sino también al propio Regulador, tal como está demostrado por las resoluciones emitidas por la ASFI y que ya hemos detallado.

b) Que nunca existió un contrato de reaseguro, por lo cual es imposible pedirle a AON RE el cumplimiento de obligaciones y deberes continuos de seguimiento de una relación contractual inexistente.

c) Que el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, como norma que regulaba la actuación de AON RE en el presente caso, estaba vigente y gozaba de presunción de legitimidad, por lo cual cualquier actuación de un corredor de reaseguros tenia susu propias connotaciones, diferentes a la actuación normal en otro, tipo de intermediación, pero que debían ser respetadas y evaluadas en su propio mérito, tal como reconoce la propia APS al dictar la resolución que revocó la vigencia de la norma mencionada.

d) Las notificaciones al Regulador sobre la existencia del contrato de reaseguro y de sus eventuales modificaciones, debían ser efectuadas por la Compañía 24 de Septiembre y no pueden ser atribuidas por defecto a AON RE. En este sentido, la Compañía 24 de Septiembre incumplió repetidamente el numeral 3.3 del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que le obligaba a comunicar la existencia de contratos de reaseguros y sus modificaciones al Regulador. Esta, sin duda, era una obligación de información de la mencionada Compañía, omitida deliberadamente por ella para continuar comercializando seguros de

fianza, supuestamente con reaseguro.

e) *El Regulador debía cumplir con una labor de supervisión y fiscalización sobre la Compañía 24 de Septiembre, especialmente exigiendo de manera firme y oportuna que presente el contrato de reaseguro con QBE del Istmo, dentro de los 45 días previstos por el Reglamento de Reaseguro Pasivo. Al presente, acusar a AON RE de supuestas infracciones de naturaleza "insubsanable" es un* (sic) *actuación arbitraria y que no considera el rol que le correspondía a los actores del presente caso.*

f) *La intervención de la Compañía 24 de Septiembre ocurrió por los propios actos y efectos causados por la Compañía 24 de Septiembre, muchos de ellos dolosos, que no pueden ser imputados en forma alguna a AON RE.*

g) *La Notificación de Cargos a AON RE fue un acto administrativo viciado y defectuoso, que no contaba con la debida motivación y que, por tanto, no permitió a AON RE ejercer debida y ampliamente su derecho de defensa.*

5.5. Nulidad de la Resolución Sancionatoria emitida por la APS.

5.5.1. Los vicios de la Notificación de Cargos derivan en la Nulidad de la Resolución Sancionatoria.

La legal ejecución de un procedimiento sancionador, conforme a la legislación administrativa vigente, particularmente la LPA y el Reglamento LPA-SIREFI, importa la inexcusable observancia de las normas previstas en el marco constitucional y legal aplicable, a fin de asegurar que la imposición de sanciones administrativas se efectúe en estricto acatamiento de las disposiciones que regulan la legal existencia, contenido. Validez y eficacia de los actos administrativos, los principios fundamentales procesales y constitucionales del debido proceso y el derecho a la defensa que orientan el régimen sancionador vigente.

En el entendido precedente, y como se advirtiera a momento de la presentación de los descargos mediante memorial de fecha 13 de abril de 2012, la Notificación de Cargos, con la cual se da inicio al procedimiento sancionador efectuado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, (y que actualmente ha dado origen y constituye génesis y fundamento de la Resolución Sancionatoria motivo de la presente impugnación), violaba los artículos 28 y 30 de la LPA y 62 parágrafo II del Reglamento LPA-SIREFI, toda vez que ésta no permitía el cabal conocimiento y alcance de los ocho (8) cargos imputados, al no estar el acto administrativo comunicado (Notificación de Cargos), debidamente fundamentado y motivado conforme al marco legal vigente.

La Resolución Sancionatoria, en relación a los planteamientos de anulabilidad de los ochos (8) cargos imputados que presentó AON RE, a efectos de justificar la indebida motivación de la Notificación de Cargos, y luego de previamente enunciar "algunos principios básicos que rigen la actividad administrativa" (sic), con idénticos

argumentos aplicables para los ocho (8) cargos imputados, expresa en relación al planteamiento de la anulabilidad, esencialmente lo siguiente:

Que de las normas transcritas se tiene:

- *El defecto de forma* ***solo determinará la anulabilidad del acto****, en los siguientes dos supuestos:*

  a) Cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin; o

  b) Cuando dé lugar a la indefensión del interesado

Que respecto al primer supuesto las normas legales y la doctrina son concluyentes al establecer que, si no obstante la existencia de un vicio el destinatario pudo "conocer en tiempo el acto, la notificación ha logrado su finalidad específica no habiendo motivo para declararla inválida", lo que en el caso concreto así ocurrió, el infractor de manera inconsecuente e incluso incongruente alega la anulabilidad de la notificación de cargos y por otra responde motivadamente al mismo.

Que por otra parte y con respecto al segundo supuesto que determina como fundamento de anulabilidad, que el acto de lugar a la indefensión del interesado, este aspecto no se ha concretado puesto que al haber asumido AON RE BOLIVIA S.A. amplia defensa, presentando inclusive abundante prueba de descargo, el perjuicio alegado no se ha materializado en el quebrantamiento del derecho al debido proceso, en el estado de indefensión que genera el acto cuestionado ya que no es suficiente la manifestación hecha por el administrado que objeta la notificación, invocando meramente la ley procesal, sino acreditar y fundamentar estar perjudicado con el acto procesal supuestamente viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del mismo (Principio de Trascendencia).

Que no obstante lo anterior la notificación de cargos realizada contiene de manera clara la infracción y la norma vulnerada, cumpliendo de esta manera con los requisitos prescritos por el romano II) del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 que establece: "La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa".

Que asimismo tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, deben ser invocadas ***únicamente mediante*** *la interposición de* ***los recursos administrativos*** *previstos en la ley y dentro del plazo establecido para el efecto, por lo que la etapa en la que se encuentra el procedimiento*

administrativo sancionador no corresponde aún al de impugnación, por tanto en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores procesales cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación si la hubiere.

Al respecto, cabe señalar que AON RE, en ningún momento ha reclamado la falta de notificación del acto administrativo (Notificación de Cargos) o que esta notificación hubiese sido realizada de manera irregular o deficiente, o que AON RE no hubiese conocido el contenido de la misma, aspectos que ciertamente implicarían igualmente una violación al debido proceso y el derecho a la defensa. Sino, que legítimamente AON RE objetó dicho acto administrativo, en razón de que el mismo ***(en exiguas tres páginas para nada menos que ocho (8) supuestos cargos muy graves),*** *no reunía las condiciones y requisitos de motivación previstos por los artículos 28 y 30 de la LPA y 66 parágrafo II del Reglamento LPA-SIREFI y el contenido exigido por la jurisprudencia constitucional vigente, conforme se explicará más adelante. Dicha objeción, fue expresamente planteada en la respuesta a los cargos realizada mediante memorial de descargos de fecha 13 de abril de 2012, no existiendo conforme al marco legal administrativo aplicable, otra oportunidad procesal administrativa en la cual pudiese haber podido presentar estas observaciones, no existiendo consecuentemente incongruencia alguna de parte de AON RE en la legal reclamación efectuada conforme se señala en la Resolución Sancionatoria. Es importante destacar que el hecho de que AON RE a momento de responder la ilegal Notificación de Cargos, hubiese presentado ciertos descargos, no corrige ni subsana la ausencia de debida motivación de la Notificación de Cargos, aspecto que en la práctica cierta y fácticamente ha impedido a AON RE la posibilidad de estructurar plena y adecuadamente todas sus justificaciones y alegatos, constituyéndose en una limitante grave y definitiva para su irrestricta y legitima defensa y su consecuente y debido legal procesamiento, al no poder conocer a cabalidad el alcance, fundamento y contenido de los injustos cargos imputados y si las supuestas conductas atribuidas a AON RE constituyen una conducta típica sancionable conforme al marco normativo aplicable. Dicho aserto resulta evidente e incontrastable, considerado que los principios de debido proceso y de derecho a la defensa, reconocidos en el ordenamiento administrativo y la preceptiva constitucional nacional, son de orden público y por tanto de cumplimiento obligatorio de parte de los órganos administrativos competentes, aspecto expresamente admitido y considerado por la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado sobre el tema:*

SC 1863/2010-R 25 de octubre de 2010:

"(…) El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. (...)

Cabe indicar que conforme expresa la jurisprudencia boliviana, la tipificación o individualización de un infracción en materia sancionatoria, no es una mera

formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, siendo la correcta caracterización y tipificación, una garantía para los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que si la adecuación típica no es completa (supuesta conducta que se ajusta plena e indubitablemente a un tipo sancionable en todo y cada uno de sus atributos que la constituyen), no hay infracción sancionable, razón por lo cual, la motivación de un acto administrativo cuyo objeto esencial es la imputación de cargos susceptibles de ser sancionados, resulta imprescindible y obligatoria a fin de entender las razones y causas que la motivan y fundamentan. Así, su autoridad, ante la evidencia (específica y expresamente objetada por AON RE) ***o incluso ante una duda interpretativa*** *de que el derecho al debido proceso y defensa de AON RE pudiese haber sido afectado por la incuestionable falta de motivación de la Notificación de Cargos,* ***debió anular el proceso sancionatorio, saneando el mismo con la emisión de un nuevo cargo de infracción*** *(aspecto que procede no sólo a instancia de parte, sino de oficio, conforme precisan los artículos 55 y 56 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003) y no evitar hacerlo con argumentaciones carentes de contenido jurídico como las expresadas en la Resolución Sancionatoria. Al respecto, la jurisprudencia nacional se expresa en el sentido mencionado:*

SC 0006/2010-R de 6 de abril de 2010:

"(..). (sic) *partiendo del principio pro hómine, contenido en los arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 13. IV y 256 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, su libertad y derechos, así como interpretar esas normas de manea más amplio. (…)*

SC 0977/2010-R de 17 de agosto de 2010:

"(…) de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, ***debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos.*** *(..)* (sic)"

SC 136/2003-R de 6 de febrero de 2003:

".(..) (sic) *el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional": de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad),* ***con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado,*** *el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación*

favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado".

<u>SC 1863/2010-R de 25 de octubre de 2010:</u>

(..) (sic) *La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.* ***Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad****..(..)* (sic)

La inexplicable resistencia de su autoridad de reencauzar el procedimiento y ajustarlo a derecho, pese a haber sido advertido de ello (aspecto que hubiese implicado un simple y oportuno saneamiento del proceso por tratarse en ese momento de un acto administrativo anulable), ha derivado en que la Resolución Sancionatoria emitida sea nula conforme al ordenamiento administrativo vigente previsto en los incisos e) y d) del artículo 35 de la LPA[1] al haberse violado el procedimiento legalmente establecido previsto en las normas del procedimiento administrativo regulado, así como las disposiciones constitucionales del debido proceso y derecho a la defensa en que se cimienta el régimen sancionador vigente y que están expresados en los numerales I y II del articulo 115, numeral I del articulo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.

([1] ***"Artículo 35º (Nulidad del Acto).***

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:....(..) (sic).

e) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. (...); (sic)")

En efecto, como ya se mencionara, <u>la falta de la obligada motivación de la Notificación de cargos</u> que da inicio al procedimiento sancionador, ha afectado el debido y legal procesamiento de AON RE, así como la posibilidad de su irrestricta y legítima defensa, al no poder nuestra entidad conocer a cabalidad el alcance, fundamento y contenido de los injustos cargos imputados y si las supuestas conductas atribuidas a AON RE constituyen una conducta típica sancionable conforme al marco normativo aplicable. Al respecto, cabe señalar que en el derecho administrativo sancionatorio, la motivación de los actos administrativos, que así deban serlo en virtud a disposición normativa aplicable, tiene en nuestra legislación no sólo una base legal de inexcusable cumplimiento, sino que en el ámbito doctrinal y de la propia jurisprudencia nacional, constituyen un requisito legalmente imprescindible. Es importante destacar que de acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionador, en la motivación corresponde contrastar las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación, indicando la relación

de causalidad entre los hechos o faltas cometidas por una parte y la norma que describe su sanción por otra. Así, la motivación de un acto administrativo, es decir, la fundamentación del acto con los argumentos y justificaciones en que se apoya y la exposición de forma sucinta -pero suficiente- de las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican su emisión, constituyen una garantía para los derechos constitucionales del administrado y una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, debido proceso y derecho a la defensa, presupuestos constitucionales ineludibles de todo Estado de Derecho.

En el caso presente, la Notificación de Cargos, únicamente estableció la mera expresión de supuestas conductas y qué normas legales hubiesen sido presuntivamente violadas, sin motivar y fundamentar debidamente las mismas, ni indicar la relación de causalidad entre los hechos o faltas supuestamente cometidas y cómo se ajustan a las conductas que la norma describe típicamente y que son objeto de sanción administrativa. De esta manera, la Notificación de Cargos no sólo violó el procedimiento administrativo regulado, sino que, principalmente, afectó los derechos y garantías fundamentales constitucionalmente determinados por los numerales I y II del artículo 115. numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 que tiene AON RE como sujeto administrativo, incurso en un procedimiento sancionador. Igualmente, dicha ausencia de motivación lesiona de manera evidente, los elementos intrínsecos del debido proceso y ocasiona una indefensión material en AON RE, al impedirle y limitarle la posibilidad de que pueda hacer valer su irrestricto derecho a la defensa, teniendo dicha infracción procedimental cometida, relevancia constitucional, toda vez que la decisión impugnada y ahora contenida en la Resolución Sancionatoria, hubiese tenido un diferente resultado al que en la práctica se dio, de no haberse incurrido en los errores o defectos denunciados oportunamente.

En el entendido precedente, la motivación de actos administrativos constituye entonces, independientemente de una requisito procedimental ineludible, una garantía constitucional que busca evitar la arbitrariedad de la Administración y está plasmada en el debido proceso y derecho a la defensa reconocida por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado. Al punto, cabe señalar que la motivación de la Notificación de Cargos (base esencial y determinante del la Resolución Sancionatoria) resulta legalmente obligatoria dentro del marco administrativo aplicable por mandato de las disposiciones establecidas en los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 66° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y Artículos 29 numeral I incisos c) y d) y 31 numerales I y II del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo), disposición última aplicable en virtud a las Disposiciones Primera y Segunda de dicha norma reglamentaria. Así dichas normas expresamente señalan lo siguiente:

Ley de Procedimiento Administrativo (LPA):

"Artículo 30º (Actos Motivados). *Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:....*

d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa."

Reglamento LPA-SIREFI:

"Artículo 62º.- (Legalidad)

I. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada ***en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos*** *por la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables."*

"Artículo 66° numeral II.- (Notificación de Cargos)

(...)

II. La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor ***tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa."***

Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo:

"Artículo 29.- (Forma).

I. El acto administrativo se expresará por escrito y consignará:...

c) Expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa.

d) Motivación en los hechos y el derecho, cuando se exija este requisito. (...)"

"Artículo 31.- (Motivación).

I. Serán motivados los actos señalados en el Artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo y además los que:

a) Decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos.

b) Resuelvan peticiones, solicitudes o reclamaciones de administrados

c) Resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales.

II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resulten del expediente; consignará las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará la norma aplicada, y valorará las

pruebas determinantes para la decisión. (...)"

Como se advierte, por la normativa legal y reglamentaria señalada, la motivación del acto administrativo constituye ***parte esencial del procedimiento sancionatorio*** *resultando de inexcusable e ineludible cumplimiento. La necesaria motivación de actos administrativos que deban así serlo (Notificación de Cargos) en virtud a disposiciones aplicables, no sólo tiene como base la obligatoriedad legal enunciada y determinada en el ordenamiento legal y reglamentario administrativo mencionado, sino que de manera eminente está igualmente prevista y reconocida por la jurisprudencia constitucional boliviana, precisamente con el fin de evitar vulneraciones a los principios constitucionales de debido proceso y derecho a la defensa. Así, sobre el tema la jurisprudencia constitucional vinculante señala lo siguiente:*

SC 1863/2010-R de 25 de octubre de 2010:

> *"(...) El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad* ***y defensa irrestricta****…(..)* (sic).
>
> *(...) A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el* ***auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente vulnerada*** *(..)"*

SC 1009/2003-R, de 18 de julio de 2003:

> *"(..) la motivación con el principio de congruencia es de ineludible cumplimiento en el quehacer del juzgador, (..)* ***Cuando no se procede de tal forma, se tendrán como lesionadas las normas del debido proceso*** *asi como también las normas que impongan al juzgador la motivación de sus decisiones. (..)"*

SC2065/2010-R de 10 de noviembre de 2010:

> *"(..) Consideraciones sobre el alcance y elementos del debido proceso:*
>
> ***(..) Los arts. 16.IV de la CPE abrg y art. 115.11 de la CPE, establecen la garantía al debido proceso, en el ámbito penal y sancionatorio administrativo-disciplinario; y, actualmente halla su consagración en el art. 117.1 de la CPE, al*** *señalar que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. En este sentido, el debido proceso, es entendido como el derecho de toda persona a un proceso justo y*

equitativo, en el que entre otros aspectos, se garantice al justiciable el conocimiento o notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente su defensa, el derecho a ser escuchado, presentar pruebas, impugnar, el derecho a la doble instancia; en suma, ***se le dé la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier tipo de acto emanado del Estado, donde se encuentren en riesgo sus derechos o tenga que determinarse una responsabilidad; de donde se entiende que la garantía del debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también en el administrativo.*** *(..)*

(...) a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra si mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; ***derecho a la motivación y congruencia de las decisiones*** *(SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003- R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);* ***sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresivídad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia (..).”***

SC 0160/2010-R de 17 de mayo de 2010:

“El debido proceso, está reconocido constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los arts. 115.11 y 117.1 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE) *-art. 16.IV de la CPE abrg-, y como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar;* ***es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado*** *que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Políticа del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales (..)”.* (sic)

SC 0375/2010-R de 22 de junio de 2010:

(...) ***“El debido proceso comprende a su vez el derecho a la defensa,*** *previsto*

por el art. 16.11 de la CPE, como potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. ***Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal*** *en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".*

SC 0183/2010-R de 24 de mayo de 2010:

"(...). (sic) *Contemplado en el art. 16.11 de la CPE abrg, como derecho fundamental donde establece que el derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable;* ***actualmente se encuentra contemplado como garantía jurisdiccional previsto por el art. 115.1 de la CPE,*** *que prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, lo que implica que el acceso a la justicia comprende el derecho a ser escuchado en proceso; a presentar prueba; hacer uso de los recursos;* ***y la observancia de los requisitos de cada instancia procesal. (...)"***

SC 1670/2004-R de 14 de octubre de 2004:

"...el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) ***el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal (...)".***

SC 012 /2003 - R de 08 de enero de 2003:

"(..) el derecho al debido proceso constituido en garantía procesal en el desarrollo de un proceso, subsume entre otros elementos fundamentales que hacen a su esencia, los cuales no son optativos ni están sujetos a la aplicación discrecional del juzgador, ***si no que llevan inmersa la obligatoriedad de su aplicación por mandato expreso de la Constitución, lo que implica que los juzgadores deben sujetar sus actuaciones al procedimiento aplicable a la causa que sea de su conocimiento, sin que pueda a criterio sustraerse a su aplicación****. (..)"*

Como se advierte, la jurisprudencia constitucional nacional de manera uniforme y en concordancia con el marco legal aplicable anteriormente mencionado y la doctrina administrativa vigente, ha determinado de manera concluyente que;

(i) Los actos administrativos que determinan el inicio de un procedimiento sancionatorio deben ser necesariamente fundados y motivados.

(ii) ***la motivación de los actos administrativos,*** *conjuntamente con el derecho al juez natural, legalidad formal, tipicidad, defensa irrestricta y otros elementos, constituyen requisitos esenciales del debido proceso y el derecho a la defensa,*

siendo de inexcusable cumplimiento.

(iii) el debido proceso y el derecho a la defensa, como principios constitucionales reconocidos por nuestra Constitución Política del Estado, ***implican la necesaria observancia del conjunto de los requisitos previstos (dentro del cual se encuentra la motivación)*** *en cada instancia procesal dentro de un proceso sancionatorío, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado.* ***La ausencia de los mismos implica una violación a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa.***

(iv) el debido proceso y de defensa, están reconocidos constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Polítíca del Estado vigente (CPE)

En el entendido precedente, queda legal y jurisprudencialmente demostrado que dentro de un procedimiento sancionatorio, la ausencia de los requisitos y elementos que deben observarse en las instancias procesales correspondientes y que integran los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, entre los cuales destaca la motivación de un acto administrativo (Notificación de Cargos) implica no solo una violación al procedimiento legalmente establecido, sino sobre todo una violación a los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspectos que como tenemos señalado en el presente recurso, constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 incisos e) y d) de la LPA. Así, la Resolución Sancionatoria se encuentra consecuentemente afectada de nulidad, correspondiendo su declaratoria de nulidad hasta la emisión de un nueva Notificación de Cargos debidamente motivada y ajustada a las previsiones establecidas en los artículos 28 y 30 de la LPA y 62 parágrafo II del Reglamento LPA-SIREFI, en estricto acatamiento de los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 66° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y Artículos 29 numeral I incisos c) y d) y 31 numerales I y II del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento de Ley de Procedimiento Administrativo.)

5.5.2. La Resolución Sancionatoria es Nula por Falta de Motivación que Afecta el Derecho al Debido Proceso y el Derecho a la Defensa

La Resolución Sancionatoria en el propósito de desvirtuar los legítimos argumentos de AON RE respecto de los ocho (8) cargos impugnados, hace en diversas partes de su contenido, mención a supuestas conclusiones derivadas del tenor de informes técnicos y legales como el Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, el Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012, estos últimos, por lo que señala la Resolución Sancionatoria, hubiesen al parecer evaluado técnica y legalmente los descargos de AON RE, concluyendo que los cargos no han sido desvirtuados y que

procede la máxima sanción posible que es la Revocatoria de Licencia a nuestra entidad.

Al respecto, cabe indicar que AON RE no conoce el contenido de dichos informes, sino fragmentarias y supuestas conclusiones de los mismos, transcritas parcialmente en la Resolución Sancionatoria, sin mayor explicación o motivación que permita saber las razones técnicas o legales que hubiesen llevado a las conclusiones de dichos informes, incompletamente transcritos en la Resolución Sancionatoria impugnada.

En nuestra legislación, el artículo 28 de la LPA determina que son elementos esenciales de todo acto administrativo:

> *"ARTICULO 28° (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:*
>
> *a) Competencia: ser dictado por autoridad competente;*
> *b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;*
> *c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;*
> *d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;*
> *e)* ***Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo;*** *y,*
> *f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico. ".*

La carencia o inexistencia de cualquiera de los elementos citados precedentemente, conlleva la intrínseca invalidación del Acto Administrativo.

Todo acto administrativo, en concordancia con lo establecido por la LPA y por el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe necesariamente contener una serie de requisitos indispensables, entre los cuales destaca la <u>motivación de hechos y del derecho,</u> conforme establece el artículo 30 inciso d) de la LPA; 29 inciso d) y 31 numeral I inciso a) y numeral II y III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo y 68 numeral I del Reglamento LPA-SIREFI.

En el marco de la doctrina administrativa la motivación constituye "la fundamentación táctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada". Así, la "omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión debería determinar por regla la nulidad del acto, pues la falta de fundamentación implica no solo un vicio de forma sino también un vicio de arbitrariedad, que como tal determina la nulidad el acto"[2]. La fundamentación de un Acto Administrativo debe ser un elemento intrínseco del mismo y no consiste en una simple síntesis o recuento de antecedentes, <u>sino consiste en una detallada y muy clara exposición de los motivos que llevaron a su</u>

<u>emisión,</u> en condiciones que permitan al administrado comprender cabalmente el razonamiento y el derecho que en ellas se expone. Se trata, pues, como se expresara precedentemente de una garantía constitucional fundamental del debido proceso y de defensa, ambos principios reconocidos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), cuya ausencia es insubsanable, y que ha sido instituida y reconocida constitucionalmente, e incluso jurisprudencialmente, en contra de la arbitrariedad y el abuso de poder de la administración pública.

(*[2] Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo.*)

En la emisión de resoluciones al amparo de la preceptiva de motivación establecida en el ordenamiento administrativo no basta una enunciación de hechos y documentos, sino que debe ser una demostración fehaciente de la plena enmarcación del Acto en la realidad fáctico-jurídica.

La exposición de considerandos y la inclusión o menciones a informes internos en una resolución, al amparo Oe lo señalado en el ***Artículo 52 III de la LPA y el artículo 31 III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe ser íntegra y expresa para ser aceptadas como fundamentación y por tanto constituirse en motivación de la misma. Así, de manera alguna la mención de informes o de sus supuestas conclusiones,*** *pueden ser consideradas, sino están debidamente y expresamente incluidas, ni resultan en el caso concreto suficientes para determinar que la APS ha expresado sus razones y fundamentos como manda la norma, y por lo tanto la Resolución Sancionatoria, carece completamente de fundamento. Conforme informa la doctrina "en cada caso será indispensable explicar clara y acabada, exhaustivamente, cuales son los hechos probados, cual es su prueba, que valoración reciben, que relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, que normas concretas se aplican al caso y por qué se las aplica"[3]. Esto demuestra que "la fundamentación o motivación no es un problema de forma sino de fondo y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión".[4]*

(*[3] Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo.*)

(*[4] Idem* (sic).)

Fundamentar un Acto Administrativo quiere decir colocar en su propio texto todos los razonamientos jurídicos, técnicos y económicos que conducen de manera lógica y precisa a la decisión que adopta la autoridad. Este es un requisito intrínseco del acto, es decir que debe estar contenido en su propio texto, de forma que el procesado pueda, sin referirse a otro documento adicional, encontrar todas las razones que dan lugar a la decisión expresada, menos aún si no le es factible el poder obtenerlas oportunamente para ejercer su derecho irrestricto a la defensa ***(al momento de presentación del presente Recurso de Revocatoria, pese a nuestro insistente requerimiento, la APS aún no nos ha franqueado fotocopias legalizadas de los Informes y otros documentos especificados en la Resolución Sancionatoria).*** *A este efecto no es suficiente elaborar informes internos o informes técnicos, ni siquiera*

elaborar informes legales, porque estos no tienen la misma finalidad que el Acto Administrativo, ni están integrados de manera absoluta a dicho Acto. Por el contrario, si existieran informes, sus razonamientos de derecho y de hecho y conclusiones deberán necesariamente incorporarse al texto (en la parte considerativa) del Acto Administrativo. La falta de inserción en la Resolución Sancionatoria de los informes mencionados o de los fundamentos de hecho y de derecho de éstos (Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, el Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 20), implica que la Resolución Sancionatoria de conformidad con el parágrafo III del Artículo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la LPA, carece de fundamentación y, consecuentemente, de causa, impidiendo a AON RE el ejercicio de su irrestricta y legítima defensa, afectando en consecuencia, su debido procesamiento conforme al marco legal aplicable.

Por otra parte, la Resolución Sancionatoria a momento de intentar presuntivamente "fundamentar" teóricamente la no procedencia de la prescripción invocada por AON RE, acude a preceptos legales de orden penal, que pudiesen ser eventualmente aplicables al régimen sancionatorio administrativo. Sin embargo, la justificación teórica resulta absoluta y plenamente confusa, imprecisa e incluso ambigua, pues no se llega a saber con plena certeza si su autoridad califica la supuesta infracción cometida (emisión de la Nota de Cobertura) por AONRE (sic)*, como una infracción instantánea con efecto permanente, infracción permanente o infracción instantánea continuada(¿?), calificación y precisión teórica que resulta imprescindible, toda vez que su configuración conceptual tiene contenidos, efectos, ramificaciones y consecuencias absolutamente distintas, no habiendo igualmente realizado una necesaria y legal adecuación con las circunstancias objetivas determinantes de la supuesta ilicitud. Dicha falta de adecuada motivación, impide ejercer a AON-RE su legal, pleno e irrestricto derecho a la defensa, afectando en consecuencia su derecho constitucional al debido proceso, resultando la decisión inmotivada e incongruente, y por tanto irregular y anómala. Así, sobre el tema la jurisprudencia señala lo siguiente:*

SC 1009/2003-R. de 18 de julio de 2003:

> *"(..) la motivación con el principio de congruencia es de ineludible cumplimiento en el quehacer del juzgador, puesto que la motivación le exige dictar resoluciones que den razones de su decisión, vale decir, que toda decisión deberá contar con una suficiente motivación que exponga el razonamiento respaldado por las normas jurídicas tanto sustantivas como adjetivas que sean aplicables al caso por resolverse. Cuando no se procede de tal forma, se tendrán como lesionadas las normas del debido proceso así como también las normas que impongan al juzgador la motivación de sus decisiones.*
>
> *"(..) toda resolución, deben en principio identificarse las partes, una suma de las pretensiones así como también el objeto de la resolución, posterior a ello, tendrá que exponerse una parte relativa de lo demandado, otra relativa a los hechos comprobados por el juzgador, otra que exponga el razonamiento del*

juzgador más las normas legales que sustenten dicho razonamiento y finalmente la parte resolutiva que deberá -resulta por demás obvio- responder a las partes precedentes, lo que significa, que la decisión debe guardar completa correspondencia con todo lo expuesto a lo largo del texto de la resolución; si no se estructura de tal forma una resolución, ésta carecerá de consecuencia, puesto que luego de analizar, relatar y analizar determinados hechos se llegaría a resultados distintos, que darían lugar no sólo a la lesión del derecho a la seguridad jurídica que como hemos referido exige en el ámbito de la jurisdicción judicial en general la aplicación objetiva de las leyes, sino también se tendría como lesionado el principio referido y por ende el derecho al debido proceso, pues toda resolución es una construcción jurídica en la que el juzgador debe exponer todo no sólo guardando la estructura formal sino que el fondo contenido en dicha estructura sea armónico, de modo que realmente su decisión resulte una unidad emergente del estudio que haga de la causa."

En el entendido precedente, y conforme se expresará igualmente en el punto anterior 5.5.1, la motivación de actos administrativos constituye entonces una garantía constitucional que busca evitar la arbitrariedad de la Administración y está plasmada en el debido proceso y derecho a la defensa reconocida por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.

Así, la falta de motivación de Resolución Sancionatoria, (legalmente obligatoria por mandato de las disposiciones establecidas en los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 68° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y 29 y 31 del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento de Ley de Procedimiento Administrativo), implica bajo el marco legal y jurisprudencialmente mencionado en el punto anterior 5.5.1 del presente recurso, una violación a los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspecto que constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 inciso d) de la LPA . En consecuencia la Resolución Sancionatoria se encuentra afectada de nulidad, correspondiendo su nueva emisión. En concordancia con la circunstancia denunciada y comprobada en el punto 5.5.1 y dada la nulidad de la Notificación de Cargos, corresponderá la declaratoria de nulidad hasta el vicio más antiguo, es decir la emisión de una nueva Notificación de Cargos debidamente motivada y ajustada a las previsiones establecidas en el ordenamiento administrativo aplicable.

5.6. Prescripción de los Supuestos Cargos Atribuidos a AON RE.

5.6.1. Aplicación de los Principios sobre la Prescripción.

La doctrina establece que el procedimiento administrativo sancionador constituye un procedimiento administrativo especial mediante el cual la Administración Pública ejercita el ius puniendi, dentro de la unidad de la potestad sancionadora. En este marco, no sólo las garantías propias del procedimiento administrativo han de ser

observadas con absoluto rigor, sino que dada la naturaleza sancionadora del procedimiento, se deben observar las garantías constitucionalmente previstas así como las garantías propias del ámbito penal trasladadas al derecho administrativo sancionador. Al punto, cabe mencionar que conforme señala la doctrina y jurisprudencia internacional, "la traslación de la totalidad de los principios, características y garantías del derecho penal al ámbito administrativo sancionador ha de hacerse con matices, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto".[5] Así, cabe expresar que los ocho (8) cargos de infracción atribuidos a AON RE, conforme así lo reconoce la propia Resolución Sancionatoria (pag 4. Fundamentos Técnico Jurídicos)[6], tienen como origen común, la emisión de la Nota de Cobertura de Reaseguro (Nota de Cobertura) otorgada por AON RE.

> *([5] España: STC 54/2003, de 24 de marzo de 2003(RTC 2003/54).)*
>
> *([6] **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260/2012 de 27 de abril de 2012 Pag 4:***
>
> > ***"(...) Fundamentos Técnico - Jurídicos***
> >
> > *Que por los antecedentes expuestos se verifica que la Empresa AON RE BOLIVIA S.A. emitió la nota de Cobertura para contratos de reaseguros cuota parte para fianzas y cauciones a favor de la compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010, sin el correspondiente respaldo de reaseguro de QBE DEL ISTMO COMPAÑIA DE REASEGUROS INC.*
> >
> > *Que debido a lo anterior, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Nota de Cargos APS/DJ/DS/2035/2012 de 15 de marzo de 2012 debidamente notificada el 23 de marzo de 2012, dando inicio de este modo al Procedimiento Sancionador, conforme lo establecido por el romano II del artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. (...)".)*

Al punto, corresponde expresar que AON RE efectivamente otorgó dicha cobertura en base a la presentación, de parte de la Compañía 24 de Septiembre, de la nota de cobertura debidamente firmada por la Compañía QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC, documento que ha sido falsificado y fraudulentamente obtenido por la Compañía 24 de Septiembre y con el cual AON-RE fue lamentable y dolosamente engañada y que merecerá de nuestra parte la correspondiente acción penal.

En el entendido precedente y conjugando los principios que orientan el procedimiento sancionador, con los principios y eminentemente con las garantías previstas constitucionalmente y las propias del ámbito penal, corresponderá analizar y evaluar si las presuntas infracciones cometidas por AON RE han prescrito de acuerdo al marco legal aplicable.

La Resolución Sancionatoria si bien establece y reconoce que la emisión de la Nota de Cobertura fue realizada en fecha 29 de junio de 2009, aspecto que implicaría la prescripción de las supuestas infracciones cometidas, de manera forzada llega finalmente a la conclusión de que "los efectos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión (29 de junio de 2009) hasta el 30 de julio de 2010", fecha en que se suscribe el contrato de cesión de la cartera de parte de la Compañía 24 de septiembre y, en ese entendido, es a partir de esa fecha que recién el cómputo de prescripción debiera iniciarse. Cabe destacar, que la Resolución Sancionatoria, en los considerandos precedentes a dicha afirmación final y definitiva sobre el tema de la prescripción (pág. 10), de manera imprecisa y confusa menciona y pretende explicar también que los efectos de la vigencia serían, al parecer, hasta junio de 2012 o incluso hasta el 2013, siendo consecuentemente incongruentes dichos considerandos con la conclusión final, la cual, se debe asumir, que es, que los efectos de la nota de cobertura estarían vigentes hasta el 30 de julio de 2010. Igualmente, lamentablemente la falta de adecuada y congruente motivación, no permite saber a ciencia cierta, si para llegar a la conclusión de referencia, la Resolución Sancionatoria considera y califica las supuestas infracciones cometidas por AON RE como instantáneas con efectos permanentes, permanentes o "incluso instantáneas con efectos continuados" (sic). Así, y pese a todas estas inconsistencias que afectan la debida motivación, congruencia, claridad y entendimiento de la resolución, corresponde expresar lo siguiente:

5.6.2. La Norma Legal Aplicable es Precisa y Expresa y No Admite Interpretaciones sobre los Alcances de la Prescripción .

La LPA establece en su artículo 79 que "las infracciones prescribirán en el término de 2 años". Por otra parte, en concordancia con dicha previsión, el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa No. IS 602 de 24 de octubre de 2003 (en adelante Reglamento de Sanciones) emitido por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en su artículo 4 expresamente señala:

> ***"Artículo 4.- (Prescripción)***
>
> *La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo."*

Como se advierte, el Reglamento Sancionador en estricta armonía con la LPA, determina que el cómputo de la prescripción es a partir de la "fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción. Así, la norma administrativa expresamente aplicable, de manera concreta y sin lugar a interpretaciones o necesidad de entendimientos por analogía con la esfera penal, indubitablemente determina que la prescripción debe computarse considerando la fecha en que se realiza el acto, es decir en el momento en el que se comete el acto susceptible de ser considerado una infracción, que en el caso presente (aspecto

incluso reconocido por la propia Resolución Sancionatoria, pág. 9), no podría ser otro que el momento en que AON RE, producto del doloso engaño sufrido, emitió la Nota de Cobertura (junio 2009), no admitiéndose duda en su entendimiento, razón por la que no cabe realizar interpretaciones que pretendan injustificadamente extender el momento de realización de la supuesta infracción (que debe ser una fecha determinada y no un período supuestamente dañoso según redacción expresa del Reglamento de Sanciones). Cabe señalar, que la doctrina administrativa en materia sancionadora precisa que "en aquellos casos en que el legislador excepcionalmente ha previsto la prescripción como instituto aplicable a la potestad administrativa sancionatoria, se ha exigido una interpretación estricta de los preceptos que la admiten"[7]. Asimismo, en las legislaciones administrativas sancionatorias en las cuales se pueda realizar una diferenciación entre la prescripción de infracciones instantáneas o instantáneas con efectos permanentes (cómputo que se inicia desde que se cometió o realizó el delito) o permanentes (cómputo que se inicia desde que cesó su consumación), la norma específica y expresamente reconoce y establece esta diferenciación, ello en virtud de que en materia sancionatoria, los principios de legalidad, taxatividad, tipicidad y favorabilidad le son aplicables y por tanto no se admiten interpretaciones o extensiones a los juzgadores que puedan comprometer el debido proceso, derecho a la defensa y demás principios y garantías constitucionales de los administrados.

(*[7] Pedro Aquerrea M. Universidad del Desarrollo Chile…*)

Así, en aplicación del principio de legalidad, debido proceso, derecho a la defensa y favorabilidad reconocidos por nuestra Constitución (numerales I y II del artículo 115, artículo 116, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119), la interpretación extensiva y forzada que su autoridad realiza y que es restrictiva de nuestro derechos y garantías constitucionales, en base a análogos preceptos de orden penal, no son factibles de ser aplicados, dado lo explícito y formalmente expresado en la norma aplicable (Reglamento de Sanciones y LPA). Dicho aspecto, está también reconocido por la jurisprudencia nacional cuando expresa los alcances de los principios de legalidad, taxatividad y tipicidad aplicables como garantías del procedimiento sancionador y que incluso señalan, que en caso de duda, debe realizarse aquella interpretación más favorable al presunto infractor, principio que su autoridad debió observar, si (equivocadamente) consideraba que la norma a ser aplicada (art. 79 LPA y 4 del Reglamento de Sanciones) requería o merecía una interpretación de su parte. Este criterio como se observará, no sólo está reconocido en nuestra jurisprudencia, sino que se halla también consignado en la jurisprudencia extranjera, más propiamente del Tribunal Supremo Español, que afirma que la potestad sancionadora, debe actuarse "no a través del puro juego de la discrecionalidad, sino del estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad" quedando "marginada toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva", (sentencia de 30 de mayo de 1981). Análogo criterio sostiene otro fallo de la Sala Cuarta de 14 de febrero de 1981 (26), al afirmar que las normas sancionadoras "están beneficiadas por el principio de interpretación estricta y aun por el principio del orden penal in dubio pro reo". Al punto, corresponde señalar la uniforme jurisprudencia nacional que confirman todos los asertos antes mencionados:

SC 0190/2007-R de 26 de marzo de 2007:

En relación al principio de legalidad:

"…(..) el principio se asienta en la seguridad jurídica (art. 7 inc. a) de la CPE), no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del Órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales"; no puede aceptarse la construcción jurisprudencial de este delito, y menos que ese entendimiento sea aplicado contra el imputado. (..)"

SC 0427/2010-R de 28 de junio de 2010:

"(...) Este principio de legalidad, es cimiento de la seguridad jurídica, por ello su importancia, encontrándose su asidero constitucional en el art. 410 de la CPE, refrendando la supremacía constitucional como la cúspide del ordenamiento jurídico boliviano y la jerarquía normativa correspondiente, a la cual todos los Órganos o Poderes del Estado deben someterse. En tal sentido, el principio de legalidad o también conocida como reserva de ley, es la aplicación objetiva de la Ley, propiamente dicha, a los casos en que deba aplicarse. ***Evitando así una libre interpretación o aplicación caprichosa de la norma*** *(...)".*

SC 0034/2006 de 10 de mayo de 2006:

En relación al principio de legalidad:

"(..) En el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, ***este principio es aplicado para impedir cualquier exceso en la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (...)"***

(..) ***lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para extraer de su aplicación consecuencias desfavorables,*** *aún cuando el comportamiento que se trata de incriminar sea similar al previsto en la ley penal. (..)*

(...) La formulación actual del principio de legalidad, exige que la ley sea estricta (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta); lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para considerar delictiva una conducta o aplicar una sanción, y ***tampoco se pueden extraer consecuencias desfavorables por analogía;*** *lo que implica que el juzgador sólo debe atenerse a lo que estrictamente establezca la ley.(...)*

SC 0378/2000-R. de 26 de marzo de 2000:

"(..).. (sic) todo proceso en el que tiene que aplicarse una sanción debe estar revestido de todas las garantías previstas en el orden constitucional y las leves de desarrollo, en las que el derecho a la defensa y el principio de legalidad,

debe constituirse en la columna vertebral de todo el actuar procesal. (..)"

SC 0022/2006, de 18 de abril de 2006:

> *"(..)* ***dicha interpretación requiere de un esforzado análisis interpretativo, lo que no es compatible con el principio de taxatividad que emerge del principio de legalidad material del Derecho Penal, aplicable también al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador*** *y Disciplinario; (..)"*

SC 0136/2003-R de 6 de febrero de 2003:

> *"(..)* ***El derecho a la defensa en juicio es inviolable;*** *precepto que desde el punto de vista teleológico ha sido creado para poner de relieve esta garantía fundamental,* ***que debe ser interpretada siempre conforme al principio de la favorabilidad, antes que restrictivamente*** *(..)"*

SC 0977/2010-R de 17 de agosto de 2010:

> *"(…) de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma,* ***entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquel que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos.*** *Conforme a dichos principios, siendo, por regla general, más garantista la Ley Fundamental vigente, es natural aplicarla (...)*

En virtud a los argumentos legales, doctrinarios y precedentes constitucionales señalados, se verifica que su autoridad, debe dar estricto cumplimiento a lo expresamente previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanciones y computar la prescripción desde la fecha de realización o comisión de la supuesta infracción, es decir 29 de junio de 2009 y en consecuencia determinar la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura (base de las presunta infracciones cometidas) hasta la Notificación de Cargos que fue notificada en fecha 23 de marzo de 2012 a AON RE.

Queda igualmente elucidado que su autoridad estaba impedida de realizar interpretaciones extensivas sobre los alcances de prescripción, afectando los derechos constitucionales de AON RE.

Asimismo, queda igualmente aclarado que incluso en caso de haber existido una infundada duda en su autoridad sobre la aplicación de la prescripción en el presente caso, se debió optar por la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de nuestros derechos y por tanto declarar la prescripción invocada.

5.6.3. En Caso de Ser Aplicable los Principios del Derecho Penal, la Presunta Infracción Cometida por AON RE tiene Naturaleza Instantánea.

La Resolución Sancionatoria al intentar indebidamente extender los alcances de aplicación de la prescripción legal y reglamentariamente prevista en la LPA y Reglamento de Sanciones, enuncia someramente preceptos del orden legal que establecen, a efectos del cómputo de la prescripción, su clasificación como delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes, los cuales pretenden ser aplicados por analogía al régimen sancionatorio administrativo como infracciones instantáneas, instantáneas con efectos permanentes (incluso se menciona en la Resolución Sancionatoria, instantáneas con efectos continuados?) o permanentes.

Al respecto, si bien como se mencionara en el inciso 5.6.2 precedente, en el presente caso no corresponde realizar analogía o interpretación alguna dada las consideraciones ahí expresadas, cabe señalar que de todas maneras la argumentación teórica sobre el tema, sostenida en la Resolución Sancionatoria, resulta igualmente equivocada.

En efecto, la Resolución Sancionatoria emitida, pese a la falta de adecuada y congruente motivación y de manera confusa, da entender, finalmente, que la emisión de la Nota de Cobertura realizada por AON RE el 29 de junio de 2010, "ha tenido efectos permanentes hasta el 30 de julio de 2010", fecha en que se suscribe el contrato de cesión de la cartera de parte de la Compañía 24 de septiembre y fecha a partir de la cual supuestamente debiera realizarse el cómputo de prescripción, no justificando o fundamentando de manera inequívoca y relacionada cómo es que su autoridad llega a dicha conclusión. Se puede tentar colegir sin embargo, que la base doctrinaria para arribar a dicha conclusión, es la calificación de la acción realizada por AONRE (sic) *(emisión de la Nota de Cobertura) como una infracción instantánea de efectos permanentes, en el entendido suyo de que la prescripción de ésta no comienza cuando se produce el hecho sino cuando terminan sus efectos. Dicho aspecto, se puede deducir de lo expresamente señalado en los siguientes considerados que pretenden justificar su decisión de no aceptar la excepción de prescripción presentada:*

> *(..)…*(sic) *Que consecuente con el Articulo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, determina que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años", así pues puede admitirse que el plazo de prescripción se cuenta desde la comisión del hecho punible y vence a los dos años; sin embargo constituyen una excepción a dicha regla las* ***llamadas infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados, en las cuales el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos.*** *[Resaltado Nuestro]*
>
> *(..)…*(sic) *Que toda vez que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" la doctrina penal puntualiza la diferencia entre delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes, al determinar que "(...) en función a la duración de*

la ofensa al bien Jurídico vulnerado los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto, los delitos ***instantáneos con efectos permanentes, son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecer las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo"*** *(Resaltado de la APS).*

(..) Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de ***la infracción han tenido efectos permanentes*** *desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que suscribió mantuvo hasta la conclusión de su vigencia, salvo se subsane el mismo Septiembre S.A. a favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro.* ***[Resaltado Nuestro]***

(..) Que lo expuesto procedentemente deja entrever con meridiana claridad que el computo del plazo para la prescripción se efectivizo el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses.

Es importante destacar que conforme a la doctrina penal (admisible en materia administrativa sancionatoria con matices, no mediante su aplicación literal), los delitos suelen ser objeto de múltiples clasificaciones conviniendo analizar aquella que reconoce entre delitos instantáneos y permanentes, existiendo respecto al primero (delito instantáneo) una diferenciación en cuanto a sus efectos, no constituyendo, conforme a la doctrina, en sí una categoría especial dentro de la clasificación mencionada.

En este marco, la doctrina y la jurisprudencia internacional señala que "Delito instantáneo es el delito en el cual la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento [...] El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria" (conf. Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", t. I., p. 273/274).

En ese entendido, conforme a la doctrina, el delito instantáneo se configura a partir de una acción u omisión que importa una vulneración, lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, que sucede en un único momento, de manera puntual y de duración inapreciable, pudiendo los ***efectos de la infracción subsistir durante cierto lapso sin que este último dato sea relevante.***

Igualmente, conforme a la doctrina y la jurisprudencia internacional, "puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo

que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación" (Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", t. I, pág. 275; mismo sentido CFed. Córdoba, sala B, LA LEY, 1984-D, 82, y CFed. Córdoba, sala A, LL, 1984-735 N° 1). De suerte tal que "la permanencia o continuidad del delito exige una consumación ininterrumpida" (conf. Ricardo C. Nuñez, "Derecho Penal Argentino", t. I, pág. 253). Al punto, en relación al tema, cabe mencionar la explicación de Maurach, que señala en relación al delito permanente se caracteriza,..., por el voluntario mantenimiento de la situación criminal." (Reinhart Maurach, "Tratado de Derecho Penal", t. II, pág. 427).

Se advierte que, en el presente caso, que la emisión de la Nota de Cobertura de Reaseguro otorgada por AON RE, acto que consecuentemente constituiría en sí la base para las supuestas infracciones cometidas, conforme reconoce la propia Resolución Sancionatoria, fue realizada en fecha 29 de junio de 2009, constituyendo ese acto, el momento único y preciso en el cual se hubiese vulnerado supuestamente el marco regulatorio de Seguros, habiéndose con la sola emisión de la Nota de Cobertura configurado perfecta y típicamente la presunta infracción cometida, sin que se hubiese requerido de parte de AON RE de acción posterior para su continuidad o vigencia. Así, la emisión de la Nota de Cobertura constituiría una presunta infracción instantánea y de ninguna manera podría ser considerada permanente, (como lo reconoce la Resolución Sancionatoria al señalarla como infracción instantánea con efectos permanentes), infracción que para ser clasificada de esta manera, hubiese requerido e implicado una conducta del infractor de manera ininterrumpida, antijurídica e incluso voluntaria, configuración que no se ajusta al presente caso, toda vez que AON RE no realizó otra acción que no sea la emisión de la Nota de Cobertura (acción realizada una única vez en fecha 29 de junio de 2009 en cumplimiento al marco legal aplicable y en base a la información y documentación firmada por la Compañía 24 de Septiembre y QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE SEGUROS INC), siendo única y exclusivamente la Compañía 24 de Septiembre la que a partir de ese momento, de manera unilateral y dolosa, prestó información falsa a la entonces autoridad de fiscalización (circunstancia que dio lugar a su intervención y cierre) y a la propia AON RE, no constituyéndose consecuentemente la tipificación requerida para este tipo de infracción permanente.

Así, queda demostrado que si hubiese sido necesario aplicar por analogía los principios interpretativos del derecho penal (circunstancia que conforme a lo demostrado en el punto 5.6.2 anterior, no resulta aplicable), la supuesta infracción debió ser considerada por su autoridad como infracción instantánea, independientemente de que los efectos de la Nota de Cobertura a su juicio hubieran podido trascender o permanecer hasta el 29 de julio de 2010, fecha en la cual ya hubiese existido Reaseguro.

Corresponde destacar, que a los efectos de la doctrina administrativa sancionatoria, la diferencia entre delitos instantáneos y permanentes está basada en un razonamiento relativo a ***la naturaleza de la acción*** *y no tienen relevancia otros factores que podrían parecer vinculados como son por ejemplo las consecuencias*

que se derivan de la actuación delictiva ***o sus efectos.*** *Prueba de ello es que en la Jurisprudencia Internacional y Nacional, delitos como por ejemplo el robo u homicidio (que ciertamente tienen efectos permanentes...) son considerados delitos instantáneos y no permanentes:*

SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre de 2001:

> *"(...) corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico atacado, se clasifican en tipos instantáneos y tipos permanentes. En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ei. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva (…)".*

Así, a los fines de evitar confusiones o malas interpretaciones, la doctrina ha elaborado el concepto de delitos instantáneos de efectos permanentes "que no constituyen una categoría especial dentro de la clasificación que ahora examinamos, sino que sólo persigue poner de manifiesto que muchos delitos instantáneos no pierden su calidad de tales, por prolongados que fueren los efectos que ellos producen. En otras palabras, los llamados delitos instantáneos de efectos permanentes ***al igual que todos los instantáneos,*** *están estructurados sobre la base de una acción u omisión de duración inapreciable." (Luis Rodriguez Collao, "Prescripción de la Acción Penal en el Delito de Bigamia", Universidad Católica de Valparaíso).*

Por lo expuesto, en la eventualidad de incluso aceptar el errado criterio de la APS de que la supuesta infracción cometida, fuera de naturaleza "instantánea con efectos permanentes", se puede concluir por lo precedentemente señalado que los delitos instantáneos con efectos permanentes, en cuanto al tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial, ***son considerados como delitos instantáneos*** *y por tanto el cómputo de la prescripción se inicia a partir de la fecha en que se comete o realiza la infracción y no como equivocadamente se sostiene en la Resolución Sancionatoria a partir de "cuando cesan sus efectos" (sic. Pág. 9). Estos asertos esencialmente doctrinarios están debidamente reconocidos por la jurisprudencia internacional y que también se ven reflejados en la jurisprudencia nacional.*

Jurisprudencia 53/99, de la SCJN, SJF Junio de 1999, México:

> *"…Esta infracción tiene carácter instantáneo porque se comete en el momento mismo de no retornar las mercancías, vencido el plazo concedido para la importación temporal, pues si bien cuando dicha mercancía no es devuelta en la fecha límite se entiende que se encuentra en forma ilegal en el país, por haber concluido el régimen de importación temporal al que fue destinada… Luego, la infracción de no retornar las mercancías importadas temporalmente en el plazo otorgado, no constituye una infracción continua, pues se requeriría que la acción se prolongara indefinidamente en el tiempo, y tal situación no se aprecia en la infracción en comento, ya que su*

consumación es instantánea aunque sus efectos puedan prolongarse…".

SENT Nº 1102 CASACIÓN 19-11- 2007. Argentina:

"(..)…La figura prevista en la norma de cita -usurpación por despojo- es un delito instantáneo de efectos permanentes; y por consecuencia la prescripción corre desde que se consuma el desapoderamiento.(..)

(..) En la misma línea de razonamiento se ha sostenido que la usurpación es un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma en el momento en que se despliegan los medios para cometer el despojo (CNCrim. y Corr., sala 1ª, 27/5/1993, "Pinto, Juan R.", voto del Dr. Donna, JA 1994-1-618); y que no obsta a la prescripción de la acción penal en el delito de usurpación "la circunstancia de que el presunto infractor permanezca o haya permanecido con posterioridad en la ocupación del bien que se dijo usurpado, simple efecto dañoso, propio del delito de ejecución instantánea de que se trata" (CNPenal. 16/3/56, La Ley 83-170)."

SC 0190/2007-R de 26 de marzo de 2007:

(..) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre, hizo referencia a la clasificación de los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico, señalando, entre ellos a los tipos instantáneos y a los tipos permanentes, conforme al siguiente entendimiento: "En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta delictiva (Ej, El delito de homicidio); en cambio en los delitos permanentes la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva".

*(..) la doctrina también considera dentro de esta clasificación **a los delitos instantáneos con efectos permanentes,** que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo".*

*Conforme a la jurisprudencia glosada precedentemente, **en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito,** en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación.(..)"*

Por otra parte, la resolución sancionatoria hace mención igualmente a "infracciones instantáneas con efectos continuados". Entendemos que tal denominación pretende

hacer mención a las infracciones instantáneas con efectos permanentes, pues la categoría de delitos continuados, que según explica Soler, "consisten en una sola resolución delictiva que se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley", no está prevista y reconocida en nuestra legislación penal (y administrativa), no pudiendo consecuentemente ser aplicada conforme a la jurisprudencia nacional, en estricto acatamiento del principio de legalidad previsto en nuestra Constitución Política del Estado. Al punto, corresponde destacar que nuestra jurisprudencia nacional reconoce únicamente las categorías de Delito Instantáneo, Delito Permanente y se hace mención al Delito Instantáneo con efectos permanentes, no habiendo un reconocimiento expreso de una categoría de delito instantáneo continuo o continuado. Así se señala en la jurisprudencia vinculante siguiente:

SC 0190/2007-R 26 de marzo de 2007:

> *"(...) Ahora bien, en la doctrina, además de los delitos instantáneos y permanentes se hace referencia a un tercer grupo de delitos, denominados continuados, en los cuales existe una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distinto tiempo pero en análogas ocasiones, y con unidad de propósito, con las que se infringe una misma o similar norma penal.*
>
> *Este delito supone, entonces la unificación de la pluralidad de acciones, en una unidad jurídica de acción, con la finalidad de evitar la existencia de varios procesos penales contra una persona por un mismo o similar delito, y la acumulación de penas.*
>
> *(...) En* ***Bolivia, el delito continuado no está previsto en nuestras leyes penales,*** *pues el Código de Procedimiento Penal, como se señaló precedentemente, solo hace referencia, de manera indirecta, a los delitos instantáneos y los permanentes; consecuentemente, en virtud al principio de legalidad, cuyo fundamento, de acuerdo a la SC 0034/2006 de 10 de mayo, "...se encuentra en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de las penas; en consecuencia, el principio se asienta en la seguridad jurídica (art. 7 inc. a) de la CPE), no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del Órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales";* ***no puede aceptarse la construcción jurisprudencial de este delito, y menos que ese entendimiento sea aplicado contra el imputado.*** *(..)"*

En virtud a lo legal, doctrinaria y jurisprudencialmente expuesto, corresponde a su autoridad dar estricto cumplimiento a lo expresamente previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanción y computar la prescripción desde la fecha de realización ó comisión de la. supuesta infracción, es decir desde el 29 de junio de 2009, por tratarse de una infracción instantánea y en consecuencia determinar la

prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura, base de las presunta infracciones cometidas, hasta la Notificación de Cargos que fue notificada en fecha 23 de marzo de 2012. Cabe aclarar, que así su autoridad, conforme a lo señalado en la Resolución Sancionatoria, siga considerando que se trata de una infracción instantánea con efectos permanentes, conforme al marco jurisprudencia y doctrinal precedente, corresponderá a su autoridad igualmente disponer la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura base de las presunta infracciones cometidas.

5.7. PETITORIO.

Al presente, al amparo de los artículos y las normas señaladas precedentemente y en el marco de lo dispuesto por los artículos 46, 47, 48 y 49 del Reglamento LPA-SIREFI por vulnerar efectivamente nuestros legítimos intereses y derechos subjetivos, solicitamos a su Autoridad admitir el presente Recurso de Revocatoria y, en su mérito, REVOCAR totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 260/2012 de 27 de abril de 2012 y, en su mérito la Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, en atención a que:

A. *Los cargos por supuestas infracciones cometidas por AON RE, en el fondo, no son existentes ni evidentes y deben ser dejados sin efecto en su integridad, en consideración a los antecedentes fácticos del caso y a una apropiada aplicación de la normativa sectorial detallada en el presente Recurso.*

B. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260/2012 de 27 de abril de 2012 es nula de pleno derecho, de conformidad con lo previsto por el artículo 35 incisos e) y d) de la LPA. por violar el procedimiento legalmente establecido, y los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115. numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado. A causa de estos vicios de nulidad, su Autoridad debe revocar dicho Acto Administrativo, hasta la emisión de una nueva Notificación de Cargos.*

C. *Para el inesperado e indebido caso de que su Autoridad no reconozca la improcedencia de los cargos ni las nulidades ya denunciadas, por las razones expuestas su Autoridad debe inexcusablemente revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 260/2012 de 27 de abril de 2012, y en virtud a los argumentos legales, doctrinarios y precedentes constitucionales señalados en el presente recurso, declarar prescritos los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE, todo ello en estricta aplicación de lo previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanciones.*

5.8. RESERVA DE ACCIONES Y DERECHOS BAJO TRATADOS DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES.

AON RE se reserva todos sus derechos y las acciones legales que le asistan en su

defensa. El presente recurso no constituye una renuncia a ejercer, en cualquier momento, incluyendo el periodo en el que se encuentre pendiente la decisión del presente recurso o después de que el mismo sea decidido, cualquier acción o recurso que esté al alcance de AON RE para la mejor protección de sus derechos e inversiones, incluyendo la protección que el Estado de Bolivia ha ofrecido a las inversiones de AON RE de conformidad con el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 518-2012 DE 20 DE JULIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°518-2012 de 20 de julio de 2012, hace presentes los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

1. *Que lo expuesto en el punto 5.1.1. del memorial de recurso no tiene relación directa con los cargos formulados y sancionados a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.***

En efecto, citar textos de disposiciones emanadas de esta APS o de la ASFI (cartas, resoluciones administrativas e informes) relacionadas con las consecuencia de la conducta de la compañía 24 DE SEPTIEMBRE no tiene relación directa (valga el pleonasmo) con los cargos imputados a ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.*** *Se trata de sujetos y hechos en los que no se involucra a la mencionada corredora de reaseguros.*

2. *Que los puntos 5.1.5. y 5.1.6. del memorial de recurso no tienen relación directa con los cargos formulados y luego sancionados a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.***

Alegar que la compañía 24 DE SEPTIEMBRE informó falsamente a la APS respecto de que contaba con reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, o que en lugar de pagar la prima de reaseguro a QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC.de Panamá, desvió recursos económicos a cuentas personales de personas vinculadas a los accionistas y ejecutivos de la referida compañía sobre la base de la "Resolución Administrativa N° 116/2010", es objeto de otro tratamiento que no tiene que ver directamente con los cargos imputados a ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.***

3. *Que los puntos 5.1.9 y 5.1.10 del memorial de recurso, no tienen relación directa con los cargos acusados y luego sancionados a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****, ya que no existe imputación contra* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *por no "enviar el contrato de reaseguro al regulador".*

Que del mismo modo que las anteriores alegaciones impertinentes a los efectos de la imputación, nuevamente, en el afán de argumentar o pretender justificar sus inconductas propias, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****, acude al pretexto fácil de anotar que la compañía 24 DE SEPTIEMBRE "mintió repetidamente a la SPVS, etc." O que la APS "debió exigir a 24 DE SEPTIEMBRE la entrega del contrato de reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, etc", como si estos elementos constituyesen el fondo del recurso que nos ocupa. En realidad, la corredora de reaseguros pretende confundir inútilmente a esta Autoridad.*

4. *Que el punto 5.1.11. no tiene relación directa con los cargos acusados y luego sancionados a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.***

Debe quedar claramente definido que cualquier conducta ilegal o ilícita que la compañía 24 DE SEPTIEMBRE hubiera cometido así como las consecuencias de las mismas; v.gr. ser intervenida y liquidada, es y será objeto de otro tratamiento que no guarda relación directa con el asunto que nos ocupa en esta resolución administrativa. Las responsabilidades son intuito personae y cada quien responderá en lo que le corresponda.

Que definitivamente, el conjunto de estas alegaciones, como se ha advertido al inicio de este acápite, son impertinentes e inconsistentes a los fines que persigue esta resolución administrativa, por lo que huelga una mayor evaluación detallada debido a que dichos argumentos no tienen relevancia directa con la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/260-2012 de 27 de abril de 2012.

CONSIDERANDO:

Que conviene, a los fines de tener ideas claras y no desembocar en consideraciones o análisis secundarios o accesorios, esquematizar el caso presente haciendo economía en la exposición retórica. Veamos:

1. *Mediante carta CITE: SR24SEP-SC-0221/09 de 29 de junio de 2009 dirigida a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****, la Compañía de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES. 24 DE SEPTIEMBRE adjunta una Nota de Cobertura "emitida" por la reaseguradora QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC., solicitándole para dar cumplimiento a la reglamentación de reaseguro pasivo, consideren ser su corredor de reaseguro en esta colocación y a su vez, "emitan" la respectiva Nota de Cobertura (periodo 30 de junio de 2009 a 30 de junio de 2010) para presentar a la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ratificando además que los términos y condiciones negociadas son todas las que figuran en la Nota de Cobertura adjunta y que para el caso de cualquier discrepancia de interpretación, pago de siniestros, reembolso de gastos, etc, la aseguradora renuncia expresamente a cualquier acción contra AON RE S.A. "liberándola" de toda responsabilidad sobre esta colocación. En adición, menciona que efectuará los pagos de primas a la reaseguradora en forma directa y que pedirá que la misma envíe (a AON RE) confirmación de todos*

los pagos realizados (primas).

2. *Esta carta tiene sello de recepción de AON RE de fecha 30 de junio de 2009 en La Paz.*

3. *SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE mediante carta CITE: SR24SEP-SC-00222/09 de junio 29 de 2009, con cargo de recepción de 1° de julio de 2009, "remite" al ente regulador (ASFI) la Nota de Cobertura emitida por AON RE S.A.. Sin embargo de ello se advierte que la mencionada carta CITE: SR24SEP-SC-00222/09 de junio 29 de 2009 menciona textualmente lo siguiente: "(…) adjunto para su registro el documento de referencia (Contrato de Reaseguro Automático 2009/2010) correspondiente al ramo de fianzas y caución emitido por el corredor de reaseguro AON RE Bolivia S.A. (…)", confundiendo de esta manera al regulador pues lo que en realidad remitió fue la Nota de Cobertura y no el Contrato de Reaseguro Automático 2009/2010.*

4. *Esta Nota de Cobertura cuyo tipo es "Contrato de Reaseguro de Cuota Parte" lleva el logotipo de AON RE WORLDWIDE, cuya última página lleva una firma (ilegible) leyéndose debajo de ella "Aon Re Bolivia S.A."*

5. *Mediante carta de 20 de septiembre de 2009 dirigida a la ASFI, QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS. INC. manifiesta que "no tiene registro de reembolso de siniestros aceptados, reembolso de siniestros compensados ni siniestros rechazados para las gestiones 2007, 2008, 2009 correspondientes a la Cía. Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, S.A.".*

6. *Mediante carta de 9 de diciembre de 2009 dirigida a la ASFI, QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS. INC. manifiesta que "a la fecha de hoy, no tiene registro de reembolso de siniestros aceptados, reembolso de siniestros compensados ni siniestros rechazados para las gestiones 2007, 2008, 2009 correspondientes a la Cía. Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, S.A."*

7. *Mediante carta de 4 de febrero de 2010, QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS. INC. (recibido en la ASFI el 17 de febrero de 2010) manifiesta que "no mantiene" Contrato completo de Reaseguro Automático correspondiente al ramo de Fianzas y cauciones para el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010".*

8. *Mediante carta de 15 de abril de 2010, QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS. INC. manifiesta que "no mantiene" contrato alguno de reaseguro vigente con 24 de Septiembre para el periodo 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010, y que la Nota de Cobertura que, tanto la Corredora de Seguros local AON RE Bolivia S.A. como la empresa de Seguros 24 de Septiembre remitieron a la ASFI y cuya copia se hizo llegar a la reaseguradora, no fue emitida, ni entregada, ni proporcionada por QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS, INC. a ninguna de esas dos instituciones.*

9. *Mediante carta de 22 de diciembre de 2010 dirigida a la interventora Lenny Valdivia Bautista, QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS, INC manifiesta que "no suscribió contrato de reaseguro automático con SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A. correspondiente al ramo de fianzas y cauciones del periodo 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010.*

Que de lo anterior, se extrae que es un hecho aceptado por QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS, INC y por tanto comprobado, que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *emitió la Nota de Cobertura "Contrato de Reaseguro de Cuota Parte" para el periodo junio 2009 a junio 2010, sin conocimiento ni respaldo del reasegurador.*

Que también es un hecho comprobado que la Nota de Cobertura remitida por SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE a AON RE BOLIVIA S.A. jamás fue emitida por la reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros, Inc.

CONSIDERANDO:

Que ahora bien y en relación al ***argumento de hecho 1*** *del quinto Considerando de la presente resolución, hay que examinar el contenido de la notificación con cargos para contrastar con la aducida insuficiencia de información de la misma a "efectos de una defensa adecuada".*

Que la notificación de cargos CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012 señala en lo pertinente:

"…se comunica a usted que como resultado de la revisión y evaluación de la Nota de Cobertura recibida de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A. para el periodo junio 2009 a junio 2010, cuyo reasegurador ***supuestamente*** *(la negrilla y subrayado es para fines de esta resolución), fue QBE del istmo Compañía de Reaseguros Inc., se advirtieron las siguientes presuntas infracciones:*

1. *Incumplimiento de su objeto social único …*

2. *…toda vez que la* ***supuesta*** *intermediación y colocación realizada entre el reasegurador y la aseguradora ha sido un hecho lesivo a las partes.*

3. *…no haber puesto en conocimiento del reasegurador QBE DEL ISTMO… toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo.*

4. *…no informar a la compañía de seguros y reaseguros 24 de septiembre, sobre la solvencia y capacidad de la reaseguradora con la que* ***supuestamente*** *intermedió el reaseguro.*

5. *…no ilustrar a la compañía de seguros y reaseguros 24 de septiembre, de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su*

interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones sobre las cuales se contrató el reaseguro.

6. *…al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional, prestando sus servicios con información falseada induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación.*

7. *…al no existir evidencia de las notificaciones permanentes efectuadas a la aseguradora y a la reaseguradora sobre las renovaciones y modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes.*

8. *…no haber demostrado la existencia de archivos que contengan mínimamente información pertinente a las cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes en el caso de la Nota de Cobertura en cuestión …"*

- *De qué trata la notificación de cargos? Del resultado de una "evaluación y revisión" de una nota de cobertura concreta (textual).*

- *Cuál el resultado? Que para la nota de cobertura del periodo junio 2009 a junio de 2010, supuestamente el reasegurador fue QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. (textual).*

- *Cuál la consecuencia? Las 8 infracciones explicitadas precedentemente de manera resumida; en las cuales, se especifica en detalle en qué consisten cada una de las infracciones. El tenor de cada uno de los incumplimientos es por demás, claro y conciso, en perfecta armonía de relación causa-efecto, permitiendo conocer a su destinatario (**AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**) en qué consisten los cargos, el por qué de los mismos, las circunstancias y el tiempo de la ocurrencia de los incumplimientos (emisión de la nota de cobertura falsa).*

*Que lo más significativo de esta notificación es que la consecuencia inmediata fue que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, no sólo entendió perfectamente la notificación (como quedará demostrado más adelante) sino, que en virtud de ese pleno entendimiento, envió a la APS sus descargos, contenidos en **ciento sesenta y tres folios,** entre los que se cuentan el propio memorial de descargos, fotocopias de resoluciones administrativas, fotocopias de poderes notariales y fotocopias de cartas.*

*Que cabe preguntarse nuevamente si es posible que alguien que considera que "no conoce los verdaderos hechos" (textual) puede responder con tanta profusión de documentación y en perfecta concordancia y lógica a una notificación de cargos? Lo natural y racional hubiera sido que si **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** realmente no entendía, no sabía, o no conocía el alcance de las causas y consecuencias que expresaba la notificación, no hubiese respondido con tanta información documental; o en el peor de los casos, hubiera solicitado por escrito que*

*se le aclare, o que se le complemente la supuesta incompleta notificación de cargos. Es de Perogrullo manifestar que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** conoce perfectamente sus derechos y en ejercicio de los mismos (artículo 24 de la Constitución Política del Estado y artículo 16 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo por ejemplo), fácilmente hubiera podido "aclarar" y "conocer" los "verdaderos" hechos que se le imputaban, si realmente estaba convencida de las debilidades de la notificación y los inconvenientes para su adecuada defensa.*

*Que nada de esto ocurrió, y no ocurrió porque **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** entendió perfectamente de que se le imputaba.*

*Que aun hay otro aspecto muy importante a dilucidar respecto de la notificación con cargos. Se ha transcrito que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** indica en su memorial de recurso que, no fue sino hasta la resolución administrativa que revoca su licencia de funcionamiento que conoció los "verdaderos hechos". Lo que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** está indicando es que la APS le ha notificado con hechos que no eran verdaderos, en otras palabras, le habría notificado con falsos hechos, extremo que es de suma gravedad. No obstante, esta Autoridad entiende perfectamente que no habrá sido esa la intención de la recurrente y que en todo caso, tal insinuación se habrá debido al afán de defensa y apasionamiento que tal tarea provocó.*

*Que como colofón de este punto, se debe manifestar categóricamente, que toda resolución que emite esta APS contempla un acápite denominado **"VISTOS",** en la que se revela la documentación que sirve de base sobre la cual, se "construye" el razonamiento de la resolución. Estamos seguros que la recurrente ha advertido este extremo. Siendo así, no hay ninguna obligación legal para esta Autoridad, a desarrollar **in extenso** el contenido de tales documentos (como informes técnicos, informes legales, cartas, papeles borradores de trabajo, y normas vigentes) en la subsecuente resolución por ser sencillamente impracticable. Esta documentación siempre está a disposición del interesado como lo está para **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS;** en efecto, así lo entiende esta entidad y así ha solicitado a la APS, quien, sin titubear le ha facilitado toda la documentación requerida, en cabal aplicación del artículo 28.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, entonces de que restricción al derecho de defensa y debido proceso se acusa al ente regulador?*

*Que la notificación de cargos es un documento concreto que consiste en inscribir unos hechos, de manera sucinta, y la consecuencia legal de la ocurrencia de tales hechos, precisamente para que el presunto infractor tenga pleno conocimiento de los cargos que se le imputan, de las infracciones establecidas y las normas vulneradas, tal cual determina el artículo 66.II Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. En el caso que nos ocupa, la notificación efectuada a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** contiene absolutamente los cargos, las infracciones establecidas así como las normas vulneradas. Luego, no es de recibo aceptar insuficiencias en la tantas veces citada notificación de cargos toda vez que la misma aplica el principio de economía, simplicidad y celeridad, a fin de evitar la realización*

de trámites, formalismos o diligencias innecesarias; v.gr. artículo 4.k) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

*Que en relación al **argumentos de hecho 2** del quinto Considerando de la presente resolución, es capital resaltar el hecho admitido que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** emitió la Nota de Cobertura para el periodo junio 2009 a junio 2010 como consecuencia de haber recibido una nota de cobertura de parte de la compañía SEGUROS Y REASEGUROS 24 DE SEPTIEMBRE S.A. Es decir que, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** está indicando que actuó de buena fe, que fue inducida a error, que fue engañada, pues creyó que la nota de cobertura que le fue remitida, era verdadera (o sea, respaldada o emitida por QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC.)*

*Que contrastemos ahora esta aparente e inicial buena fe de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** con las obligaciones que tienen los corredores de reaseguros. El parágrafo segundo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 establece que la "SPVS estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, **se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad**, en este caso y en todos los similares." (las negrillas y subrayado son de la APS).*

*Que claramente esta norma está indicando que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS debió actuar con especial diligencia** cuando recibió la nota de cobertura de la compañía SEGUROS Y REASEGUROS 24 DE SEPTIEMBRE S.A., ya que eso es lo que se espera de una entidad cuyo único objeto social es la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes, sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora o reaseguradora, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 22 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998. Entonces se tiene que, la aparente buena fe e inducción a error no son tales, ya que las mismas podrían esperarse de entidades con un objeto social diferente al que tienen los corredores de reaseguro.*

*Que esa **esperada y especial diligencia** consistía, en el caso que nos ocupa, en que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** debió haber verificado la veracidad de la nota de cobertura enviada por SEGUROS Y REASEGUROS 24 DE SEPTIEMBRE S.A. tomando acciones o comunicándose con QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. a fin de comprobar que la Nota de Cobertura que iba a emitir contaba con el respaldo necesario, cosa que no hizo ni entonces ni ahora.*

*Que cerremos este círculo de razonamiento, por si quedaran dudas respecto de lo que se esperaba de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** al recibir la nota de cobertura en cuestión, con la siguiente acotación académica respecto de la **Diligencia:** Voz con múltiples y capitales significados jurídicos: cuidado, celo, solicitud,*

esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona. Prontitud, rapidez, agilidad, ligereza, que valorizan la laboriosidad, el trámite administrativo y el judicial. Asunto, negocio, solicitud. Tramitación. A esas notas conceptuales suyas, Luis Alcalá-Zamora agrega que la diligencia se erige en la clave y en la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias, y determina, en su declinación o falta, la calibración de la culpa (v.), desde el rigor de la grave hasta la eventual exigencia de las resultas de la levísima. Como desempeño de funciones y cargo, el eclipse de esa diligencia, en el parcial de la negligencia (v.) o en el total de la omisión (v.), origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y el resarcimiento económico pertinente. Así, pues, se está en el antídoto más eficaz frente a la responsabilidad (v.) sea de carácter civil, penal o profesional (el subrayado es de la APS (sic)*).*

Que apostillaremos esta parte refiriéndonos a la actitud omisiva de ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *al no actuar con diligencia en relación a la nota de cobertura de "30 de junio 2009 a 30 junio de 2010", teniendo presente que por* ***omisión*** *se entiende la abstención de actuar, la inactividad frente a un deber o conveniencia de obrar, descuido, olvido (que en ciertos contextos puede constituir tipo penal, como los delitos por comisión y delitos por omisión). Por esta razón es que existe la llamada* ***omisión dolosa, consistente*** *en aquella que no se debe a simple olvido, desidia o negligencia, sino que es voluntaria y dirigida a la producción de un resultado perjudicial para otro, que cabía evitar o que se estaba obligado a impedir; en el primer caso, sin riesgos para uno, y en el segundo, aunque fuese peligroso.*

Que la actitud omisiva de ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *fue determinante en la posterior emisión de pólizas de la Aseguradora 24 de Septiembre (como veremos más adelante), que ahora se sabe, no tenían respaldo alguno de QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., ya que constituye obligación primaria y razón de ser de una entidad corredora de reaseguro (léase* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****) la emisión de la Nota de Cobertura, tal cual señala el parágrafo iii) del numeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, por las exigencias legales de dicha normatividad.*

Que en relación al ***argumento de hecho 3*** *del quinto Considerando de la presente resolución, resulta esclarecedor y útil a los fines del asunto que nos ocupa que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *afirme espontáneamente que la operación realizada por ella consistió en una* ***"colocación"*** *en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2. del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008. Volveremos sobre esta afirmación y sus responsabilidades inherentes, toda vez que la recurrente no colocó el riesgo en cuestión y se limitó únicamente a emitir una Nota de Cobertura.*

Que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *señala textualmente que, "la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre le dijo falsamente*

que le estaba enviando una Nota de Cobertura emitida por QBE del Istmo Inc. de Panamá a efecto de que ***proceda a efectuar la colocación respectiva."***

Que esta afirmación de la recurrente, deja entrever con meridiana claridad que lo que la aseguradora le pidió era que proceda con la ***colocación del reaseguro****, lo que en los hechos no sucedió toda vez que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *se limitó a emitir una Nota de Cobertura para riesgos que no poseían respaldo de reaseguro.*

Que para una mejor comprensión, el Diccionario de Seguros de la Editorial Mapfre define lo que se entiende por ***colocación de reaseguro*** *de la siguiente manera:*

> "***Colocación del seguro o de reaseguro****. Conjunto de acciones llevadas a cabo por un agente, corredor o bróker de seguros, por las que determinado riesgo queda asumido por varios aseguradores (o reaseguradores)."*

Que de esta definición y considerando de manera específica la labor del bróker de reaseguro, se observa que dicho intermediario debe seguir determinadas ***acciones*** *para que el* ***riesgo quede asumido por el reasegurador.***

Qué acciones debe realizar para que el riesgo quede asumido por el reasegurador? *Estas acciones están referidas a las obligaciones que debe cumplir todo bróker de reaseguros, las cuales tienen su base legal en lo determinado por los artículos 22 y 23 punto 2 (Objeto Social Único y Obligaciones de los Corredores de Seguros y Reaseguros) de la Ley de Seguros N° 1883, punto 2.1. (Obligaciones que deben cumplir las corredoras de reaseguros del Reglamento de Reaseguro Pasivo y artículos 9 a 13 (Condiciones Generales de Operación) del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros.*

A qué se refiere que el riesgo debe quedar asumido por un reasegurador? *Significa que el asegurador cede a una reaseguradora los riesgos de su cartera de asegurados y el reasegurador comparte la suerte del asegurador dentro de las estipulaciones y términos del contrato de reaseguro y la regulación legal.*

Que en este sentido queda claro que la colocación del reaseguro, por parte de un corredor de reaseguro, implica cumplir con sus obligaciones, de tal manera de cerciorarse que el riesgo sea cedido sea asumido por el reasegurador.

Que en el caso que se examina se verificó que, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *hizo caso omiso e incumplió con su obligación de colocar el reaseguro, limitándose a emitir la Nota de Cobertura sin respaldo de reaseguro, sobre la base de un documento que no reemplaza todas las acciones que debió llevar a cabo para la colocación efectiva del riesgo entre ellas; v.gr. tomar contacto con el reasegurador. La acción de emitir una Nota de Cobertura sobre la base de un documento desde ningún punto de vista significa intermediación o colocación.*

Que sorprende la afirmación realizada por la Corredora de Reaseguros en sentido de

que, AON RE realizó una actuación perfectamente enmarcada en la normativa legal vigente de ese entonces, pretendiendo con esto tergiversar la norma al señalar que, lo establecido por el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, le permitía solamente participar en la emisión de la nota de cobertura sobre la base de la carta de liberación entregada por la cedente, Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre.

Que a efectos de rebatir este último argumento, es necesario profundizar en lo establecido por la norma reglamentaria de ese entonces. El inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, señala lo siguiente:

> *"ii) Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros para que este coloque su riesgo en una determinada reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una 'Nota de Liberación' a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella".*

Desagregando el artículo se tiene:

a) Cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros…: *En el presente caso existe la solicitud expresa realizada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre a AON RE Bolivia S.A., mediante nota Cite SR24SEP-SC-0221/09.*

b) (…) para que este coloque su riesgo en una determinada reaseguradora. *Por consiguiente, Aon Re Bolivia S.A. debió haber colocado el riesgo en la Reaseguradora QBE del Istmo Inc. de Panamá, con todas las acciones y precauciones que la intermediación de reaseguros requiere.*

c) (…) la compañía cedente deberá emitir una "nota de liberación" a la corredora (…) *En el caso presente, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre emitió la nota de liberación mediante carta CITE: SR24SEP-SC-0221/09.*

d) (…) para liberarla de la responsabilidad asumida por ella (…). *En este caso, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, en la nota de liberación CITE: SR24SEP-SC-0221/09 señala que "en caso de cualquier discrepancia de interpretación, pago de siniestros, reembolso de gastos, etc. nuestra empresa renuncia expresamente a cualquier acción contra AON RE Bolivia S.A. liberándola de toda responsabilidad sobre esta colocación".*

Que los incisos a), c) y d) precedentes no merecen mayor evaluación por cuanto revisten meridiana claridad, no obstante y respecto a los demás incisos es importante resaltar lo siguiente:

- *El inciso b) señala que es el corredor de reaseguros quien debe* ***colocar*** *el riesgo ante la entidad reaseguradora, no correspondiendo una colocación directa de*

la cedente, al existir un intermediario en la operación. En el presente caso Aon Re Bolivia S.A. se limitó a emitir una nota de cobertura, incumpliendo los deberes que conlleva una genuina colocación.

*Que a pesar de haberse señalado el significado del término **colocación**, es menester redundar en ello reiterando la definición;*

*"**Colocación del seguro o reaseguro**. Conjunto de acciones llevadas a cabo por un agente, corredor o bróker de seguros, por las que determinado riesgo queda asumido por varios aseguradores (o reaseguradores)."*

*Que de esta definición y considerando de manera específica la labor de bróker de reaseguro, se observa que dicho intermediario debe seguir determinadas **acciones** para que el **riesgo quede asumido por el reasegurador**, y no limitarse a certificar una "**supuesta"** cobertura de reaseguros.*

Que en este sentido, no es evidente lo afirmado por Aon RE Bolivia S.A. que sólo debió limitarse a emitir una nota de cobertura, sino que debió cumplir con la colocación del reaseguro y por ende con las obligaciones establecidas por la normativa reglamentaria.

*Que en relación al **argumento de hecho 4** del quinto Considerando de la presente resolución, esta APS está advertida de la actuación de la Compañía 24 de Septiembre, por iniciativa propia y en cumplimiento de sus atribuciones institucionales.*

*Que asimismo, al ser el proceso administrativo contra Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. totalmente independiente, no libera a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** de las obligaciones que debió cumplir, aclarando asimismo que la corredora de reaseguros, a través de la emisión de la nota de cobertura, dio fe que la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. sí contaba con el respaldo de reaseguro de QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá, induciendo en error inclusive al propio órgano regulador.*

*Que en relación al **argumento de hecho 5** del quinto Considerando de la presente resolución, el hecho de que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** acompañe un certificado emitido por un funcionario de su propia compañía en sentido de no haber cobrado comisión alguna, es secundario a los fines de resolución del presente recurso y no hace a ninguno de los cargos imputados a ella.*

*Lo que sí corresponde apuntar es que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** manifiesta que "no cobró comisión alguna por esta **supuesta** colocación…" dando a entender que la colocación no es o no fue categórica, cuando tal cual se anotó en el análisis inmediatamente anterior), afirma que su actividad **consistió** en la "**colocación**" en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2. del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30*

de septiembre de 2008. La contradicción es evidente.

Que asimismo, para complementar la evidente contradicción en la nota de liberación, emitida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., Cite: SR24SEP-C-0221/09 en su segundo párrafo señala lo siguiente:

> *"Para dar cumplimiento a la reglamentación de reaseguro pasivo en vigencia, le agradeceremos* ***consideren ser nuestro corredor de reaseguro*** *en esta colocación y nos emitan la respectiva nota de cobertura para presentar a la Superintendencia".*

Que tal cual señala la nota, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. ***solicitó a Aon Re*** *ser su corredor de reaseguros, habiendo aceptado éste último dicha función, con la emisión de la correspondiente nota de cobertura.*

Que al efecto Aon Re entra en contradicción al señalar que existe una ***supuesta*** *labor de intermediación, cuando en los hechos aceptó ser el intermediario de la colocación, con la diferencia que no cumplió con las obligaciones establecidas en la Ley de Seguros N° 1883 y en el Reglamento de Reaseguro Pasivo.*

Que no existe evidencia de que se haya cobrado o no una comisión, sin embargo la afirmación de la corredora de reaseguro es incongruente, toda vez que habiendo aceptado la intermediación de la colocación, lo lógico sería que cumpliendo lo establecido por el artículo 21 de la Ley de Seguros N° 1883 hubiere cobrado su comisión, amén de que esta alegación no hace a los cargos imputados.

Que en relación a los ***argumentos de hecho 6 y 10*** *del quinto Considerando de la presente resolución, tal endoso 1 de exclusión de las Pólizas a Primer Requerimiento y de Ejecución Inmediata del Contrato de Reaseguro de Cuota Parte durante el periodo junio 30, 2009 a junio 30, 2010, no enerva la responsabilidad ni anula las infracciones cometidas por AON RE con la emisión de la Nota de Cobertura de dicho periodo, producto del cual, "nace" este "endoso 1".*

Que esta alegación se la realiza sobre la base de la propia afirmación de la corredora de que no realizó ninguna acción para colocar efectivamente el riesgo, omisión que es el objeto del cargo imputado.

Que la presentación de una copia de un supuesto documento por el cual, se excluye de coberturas algunas de las pólizas con características específicas, de ninguna manera permite desestimar el incumplimiento de acciones concretas de colocación en que incurrió ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.***

Que no obstante la irrelevancia de este documento respecto del cargo imputado, corresponde hacer notar que el mismo, carece de fecha de suscripción y sobre todo, de firma o rúbrica alguna correspondiente al reasegurador, que es precisamente el que acuerda o pacta las condiciones de su cobertura con la cedente. Dicho documento únicamente posee una firma atribuible supuestamente a SEGUROS Y

REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A., y al no contar con rúbricas o firmas de contraparte no surte efecto alguno.

Que a pesar de lo anterior, este "nuevo" documento, sí pudiese tener relevancia a la hora de establecer ilícitos y sus consecuentes responsabilidades, lo cual ***NO*** *es objeto del presente proceso administrativo; por tanto, es menester mantenerlo en los autos para ser remitido al Ministerio Público, quien, en su momento, emitirá juicios de valor pertinentes.*

Que en relación al ***argumento de hecho 7*** *del quinto Considerando de la presente resolución,* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *acude a un pretexto distractivo; en efecto, qué relación directa tiene el envío o no (por parte de la compañía 24 DE SEPTIEMBRE) del contrato de reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010 con el hecho de que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *haya incumplido sus deberes de intermediación al emitir la Nota de Cobertura junio 2009 a junio 2010 sin contar con el respaldo debido por parte de la reaseguradora? La respuesta es inmediata, ninguna. Esta categórica afirmación concuerda meridianamente con el hecho legal (verificable a lo largo de esta resolución administrativa) de que nadie ha imputado a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *por el no envío de contrato de reaseguro de junio 2009 a junio 2010. Esto, sin perjuicio de establecer que dicha omisión desembocó en la investigación que dio lugar a la intervención de la mencionada compañía.*

Que en relación al ***argumento de hecho 8*** *del quinto Considerando de la presente resolución,* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *descontextualiza completamente la redacción, espíritu y objeto de la norma que regula la "nota de liberación". Veamos por qué.*

Que retrotrayéndonos a lo expuesto en el argumento de hecho 3, en el que se señala que el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, determina:

> *"ii) cuando exista una solicitud expresa de parte de la cedente al corredor de reaseguros* ***para que este coloque su riesgo*** *en una determinada reaseguradora, la compañía cedente deberá emitir una 'nota de liberación' a la corredora, para liberarla de la responsabilidad asumida por ella".*

Que considerando que se ha dejado por demás claro que de acuerdo a esta norma ***es el corredor de reaseguros quien debe colocar el riesgo en la entidad reaseguradora*** *y, tomando en cuenta que se expuso la definición de* ***colocación de reaseguro*** *así como el hecho de que una entidad aseguradora no tiene atribuciones legales para liberar a una corredora de reaseguros de sus obligaciones, es evidente que lo señalado por* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *se encuentra fuera de todo contexto.*

Que asimismo y sólo con el fin de complementar este aspecto, el inciso ii) del

subnumeral 2.1. corresponde al numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 764 de 30 de septiembre de 2008, corresponde al subtítulo caracterizador de: "2. Cesiones de Reaseguro a través de Corredores de Reaseguro" e inmediatamente tenemos al punto 2.1. cuyo subtítulo es "2.1. Obligaciones que deben cumplir las Corredoras de Reaseguros".

Que ahora bien, cuáles son esas obligaciones? La respuesta está en las responsabilidades que señala (enunciativamente) el inciso i) del subnumeral 2.1. del numeral 2 anotado precedentemente:

- *Los términos y condiciones del contrato,*
- *Que este no sea lesivo para alguna de las partes,*
- *Que no sea contrario a la legislación vigente en Bolivia, y*
- *Que toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo, sea puesta en conocimiento del reasegurador*

Que como quiera que este conjunto de obligaciones emerge u ocurre luego de que la corredora de reaseguros intermedia entre la aseguradora y la reaseguradora (léase, emite la nota de cobertura) es meramente enunciativa, entenderemos que podrían existir otras obligaciones relacionadas con el acto de emitir una nota de cobertura y la exención de responsabilidad, pero, y aquí está lo interesante, la liberación de "estas otras" obligaciones deberán necesariamente guardar relación con el corretaje de reaseguros, y nunca serán "sin límite de alcance", como mal interpreta la recurrente.

Que en efecto, si realmente la exención o liberación de responsabilidad fuera "sin límite de alcance", estaríamos frente a una liberación absoluta, aplicable a cualquier acción (relacionada o no con el objeto social único) de la corredora de reaseguros. Así, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *tendría una suerte de "licencia en blanco para actuar" o "carta en blanco" para incurrir en toda clase de acciones, delitos, omisiones, contravenciones e ilícitos administrativos, etc., amparados en la "nota de liberación". Como esta interpretación dada por* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *no es racional y por lo mismo insostenible, no se puede aceptar el argumento de que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *estaba liberada de "cualquier otra responsabilidad u obligación" para justificar su falta de diligencia de buen padre de familia; haber emitido una Nota de Cobertura sin haberse cerciorado si tal estaba respaldada por parte de la reaseguradora.*

Que es obvio entonces que sin perjuicio de la responsabilidad penal o de otra índole, los corredores de reaseguros, así como quienes ejerzan cargos de administración o dirección en las sociedades de corretaje de reaseguros, serán responsables frente a la Administración, de las infracciones que cometan en el ejercicio de la actividad de intermediación de reaseguros.

Que en relación al ***argumento de hecho 9*** *del quinto Considerando de la presente resolución, en sentido de que luego de emitir la nota de cobertura,* ***AON RE BOLIVIA***

S.A. CORREDORA DE REASEGUROS *no tenía obligación legal de realizar ninguna otra actividad adicional, hemos demostrado repetidas veces en los párrafos precedentes que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *sí tenía la obligación legal de actuar con la necesaria diligencia de buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones, más aún si el propio inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, a través del cual AON RE pretende respaldar sus acciones mandaba a la intermediaria* ***colocar el reaseguro*** *en una entidad de reaseguro.*

Que en relación al ***argumento de hecho 11*** *del quinto Considerando de la presente resolución, se ha demostrado fehacientemente que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *sí podía y debía realizar acciones adicionales emergentes de la diligencia debida en el cumplimiento de sus actividades. La obligación de enviar el contrato de reaseguro por parte de 24 de Septiembre es tema de otro asunto que no es pertinente con la resolución del recurso que nos ocupa. El asunto que nos ocupa es la emisión, por parte de* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****, de una nota de cobertura sin respaldo de la reaseguradora QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá. Por lo mismo, nadie ha imputado a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *de "no haber enviado el contrato de reaseguro", bastando leer la nota de notificación con cargos.*

Que sólo de haber cumplido ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *con la colocación del reaseguro en QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá, de conformidad a lo establecido por el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/I N° 764 de 30 de septiembre de 2008 (norma mediante la cual ampara sus acciones la recurrente), hubiera permitido detectar con anticipación la no existencia de un contrato de reaseguro, por lo que no puede deslindar su responsabilidad ante las infracciones cometidas por la emisión de una Nota de Cobertura sin respaldo de reaseguro.*

Que en relación al ***argumento de hecho 12*** *del quinto Considerando de la presente resolución,* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *expone situaciones que contradicen y debilitan su propia defensa. Veamos.*

Que en este acápite, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *indica que no ha existido contrato de reaseguro olvidando o pretendiendo olvidar, que en anteriores párrafos de su memorial de recurso, ha manifestado "machaconamente" que creyó que la nota de cobertura enviada por 24 de Septiembre era verdadera y que en esa creencia colocó el riesgo y emitió a su vez, la referida nota de cobertura; es decir, AON RE <u>estaba convencida de que sí había contrato de reaseguro</u>.*

Que si en un primer momento, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *estaba convencida de que había contrato de reaseguro (más tarde y merced a la resolución administrativa que revoca su licencia, "descubre" que había sido inducida a error por 24 de Septiembre) entonces no tenía justificativo alguno para no haber, inmediatamente de emitida la nota de cobertura, procedido a cumplir con la*

colocación del reaseguro y las obligaciones emergentes de tal emisión:

a) *Intermediar entre la aseguradora y la reaseguradora, con todo el abanico de actividades subsecuentes que dicha intermediación importa.*
b) *A circunstanciar los términos y condiciones del contrato.*
c) *Que este no sea lesivo para alguna de las partes,*
d) *Que no sea contrario a la legislación vigente en Bolivia, y*
e) *Que toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo, sea puesta en conocimiento del reasegurador.*
Obligaciones contempladas en el punto i) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del punto 2 de la Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008.
f) *Que toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo, sea puesta en conocimiento del reasegurador (léase QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.) de acuerdo a la exigencia del numeral 2, subnumeral 2.1., inc. i), cuarto punto del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008…*

En realidad, no haber dado cumplimiento a la totalidad de obligaciones especificadas y contempladas en la nota de cargos.

Que resulta contradictorio y extraño argumentar, en un primer momento, que se creía de buena fe que el contrato de reaseguro entre la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. y QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá existía realmente, para inmediatamente, no dar cumplimiento a las obligaciones emergentes de la emisión de la Nota de Cobertura, cumplimiento que hubiera sido lo lógico si realmente, AON RE hubiera estado convencida y "engañada".

Que como hasta el momento en que se confecciona esta resolución administrativa, AON RE no ha demostrado que, en su momento, hubiera dado cumplimiento a los cargos extrañados, es inexplicable para esta APS la posición oscilante de ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *en sentido de que mal podía haber dado cumplimiento a sus obligaciones si el contrato de reaseguro entre 24 de Septiembre y QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., "nunca había existido". Por lo que cabe preguntar, si* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *estaba convencida (ya que se confiesa engañada) de que existía el contrato de reaseguro, por qué no cumplió sus obligaciones emergentes como hubiera sido lo natural? Por qué ahora y en su memorial de recurso, señala que nunca dio cumplimiento a sus obligaciones porque nunca hubo contrato de reaseguro?*

Que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *manifiesta que no puede haber una infracción de los deberes que corresponden al corredor de reaseguros* ***respecto del seguimiento del contrato****, porque en los hechos se trataría de una "infracción imposible" pues no habría infracción administrativa ni tipicidad correspondiente. En realidad la Corredora de Reaseguros no termina de definir su*

posición; por un lado expresa que no cumplió sus deberes porque sabía que el contrato de reaseguro ***existía*** *(ya que fue inducida a error) para luego argumentar que no cumplió sus deberes porque sabía que el contrato de reaseguro* ***no existía.***

Que esta contradicción argumentativa en que incurre ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *resulta insalvable a los fines de resolución del recurso de revocatoria. Lo evidente es que esta corredora de reaseguros no se preocupó de cumplir sus obligaciones, o que de haber siquiera principio de cumplimiento de sus deberes, inevitablemente se hubiera contactado con QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá y de esta manera, descubierto la falsedad de la Nota de Cobertura presentada por Seguros Generales 24 de Septiembre para el periodo junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010 que dio lugar a que AON RE BOLIVIA S.A. emita la Nota de Cobertura para su presentación a la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.*

Que en relación al ***argumento de hecho 13*** *del quinto Considerando de la presente resolución (incumplimiento del objeto social), de lo que trata la infracción es que esta corredora de reaseguros emitió, ligeramente, una nota de cobertura sin preocuparse de verificar si la nota de cobertura remitida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. realmente se encontraba respaldada por la reaseguradora panameña (recordemos la diligencia con que se espera que actúe, en cumplimiento a la normativa reglamentaria) ocasionando con ello, que la Compañía de Seguros comercializara muchas pólizas de seguro sin respaldo alguno. Es decir, recibió la nota de cobertura, supuestamente emitida por QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá de la aseguradora (24 de Septiembre) e inmediatamente emitió la otra nota de cobertura con las debilidades que se han anotado. Al proceder de esta manera,* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS no intermedió nada****, no se contactó en ningún momento con la contraparte involucrada que es QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., por lo que incumplió el tercer párrafo del artículo 22 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: "Los Corredores de Reaseguros deberán tener objeto social único* ***consistente en la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes****…".*

Que a mayor ilustración, el término "intermediar" denota acción de arreglar un negocio, por lo general ***entre vendedores y compradores*** *a efecto de ajustar los contratos, especialmente de índole mercantil. Los intermediarios pueden ser oficiales: los agentes de cambio y bolsa, los corredores colegiados de comercio, los corredores intérpretes de buques, o privados: los agentes de colocaciones, de locaciones, de ventas de departamentos, de seguros. La actividad en la que AON RE se involucró sólo tuvo dos actores: 24 de Septiembre y* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *cuando la definición de su objeto social implica, sí o sí, a un tercer actor, QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. En el conjunto de estos tres actores,* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *debía estar "al medio", o sea, intermediando entre uno y otro, pero no actuó así, y eso es lo que esta APS ha observado, el no cumplimiento de la intermediación exigible. La respuesta al argumento de defensa de* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *es más*

sencilla que la justificación propiamente dicha.

*Que asimismo, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** cuando señala que estaba **tratando** de realizar una colocación de reaseguro, admite que en los hechos **NO REALIZÓ** ninguna colocación, dado que tratar no implica ejecutar.*

Que con relación a la afirmación de que la APS esperaba que sea AON RE quien coloque el riesgo en una determinada entidad reaseguradora, lo cual no es consistente con los hechos del caso, debe manifestarse que efectivamente eso es lo que se espera de la corredora de reaseguro, el cumplimiento al inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, norma en la que ampara sus acciones la intermediaria. Es también evidente que la colocación del reaseguro por parte de Aon Re Bolivia S.A. no es consistente con los hechos y es por ello que se han determinado incumplimientos.

Que en este sentido, se concuerda con la posición de Aon Re Bolivia sobre la expectativa que se tenía en la colocación por parte del intermediario, con la diferencia que la corredora de reaseguros pretende sobreponer los hechos a lo establecido por la normativa reglamentaria.

*Que en relación al **argumento de hecho 14** del quinto Considerando de la presente resolución, ya se ha demostrado que la "nota de liberación" se circunscribe a los aspectos inherentes a la colocación del riesgo, tal cual anota el numeral 2-2.1.-i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, y no constituye "carta blanca de actuación" y liberación absoluta de responsabilidad del cumplimiento de obligaciones propias del corretaje de reaseguros. Asimismo, se ha demostrado que el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, normaba que AON RE debía proceder con la colocación del reaseguro, lo cual no sucedió, al limitarse a emitir una simple nota de cobertura que no tenía respaldo de reaseguro, por lo que la corredora de reaseguro no puede sobreponer los hechos del caso, con lo establecido por la normativa reglamentaria.*

*Que respecto a la inexistencia de daño o perjuicio (léase lesividad o lesivo) diremos que este vocablo denota perjuicio, daño. En el caso que nos ocupa, que a consecuencia de la emisión de la Nota de Cobertura sin respaldo por parte de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, se ha causado daño y perjuicio a la compañía de seguros y a terceros.*

*En qué consiste la lesividad en este caso? Se debe manifestar que uno de los principales motivos para la emisión de la Resolución ASFI N° 241/2010 ratificada por la Resolución ASFI 386/2010 de 20 de mayo de 2010, que resuelve la intervención para liquidación forzosa de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, fue el no respaldo de reaseguro de las pólizas de cauciones, aspecto que a través de la emisión de la Nota de Cobertura emitida por **AON RE BOLIVIA S.A.***

CORREDORA DE REASEGUROS *permitió a la Entidad Aseguradora suscribir pólizas sin constituir las correspondientes reservas técnicas, induciendo a error incluso al propio órgano de fiscalización.*

Que el cumplimiento por parte de ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *de sus obligaciones de Corredor de Reaseguros establecidas en la normativa legal vigente, hubiera posibilitado, en función de las acciones de la entidad aseguradora, brindar un adecuado respaldo tanto a beneficiarios como asegurados, e incluso, quizá hubiera podido evitar su intervención para liquidación forzosa, toda vez que con una efectiva cobertura de reaseguro de 92.50%, tal cual asevera la Nota de Cobertura emitida por* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****, no hubiere requerido un incremento de reservas técnicas y consecuente pérdida en los Estados Financieros al punto de exponer patrimonio negativo, que entre otros, constituyó una razón más para su intervención y liquidación forzosa. Es así que el 31 de marzo de 2009, la aseguradora registró una Reserva Técnica de Siniestros Reclamados por Liquidar que ascendía sólo al monto de Bs3.609.006,56 (Tres millones seiscientos nueve mil seis 56/100 bolivianos) y a la fecha en que se dio inicio a la intervención, la Reserva Técnica de Siniestros Reclamados por Liquidar se incrementó de manera considerable, alcanzando el monto de Bs60.318.533,79 (Sesenta millones trescientos diez y ocho mil quinientos treinta y tres 79/100 bolivianos).*

Que este hecho se reputa insubsanable toda vez que aún a pesar de que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *gestionara en la actualidad un reaseguro con las condiciones mínimas de cobertura para Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., el mismo no tendría valor ni eficacia toda vez que la compañía aseguradora al ser intervenida dejó de asumir riesgos.*

Que de igual manera es insubsanable por cuanto las pólizas comercializadas sin reaseguro, aunque en la actualidad gozaran del mismo, en gran mayoría han vencido en su vigencia o fueron ejecutadas por los beneficiarios, provocando la insolvencia de la Compañía Aseguradora.

Que debe tenerse en cuenta, a los fines de demostrar lesividad en este caso, que la Nota de Cobertura emitida por ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *ha facilitado que en su día, 24 de Septiembre haya emitido pólizas sin respaldo. Aún más, que ocurridos los siniestros previstos, los mismos no hayan tenido el respaldo necesario para su indemnización o cobertura, como acreditan los más de 170 casos de siniestros (cuyos antecedentes cursan en esta APS) ocurridos durante la "vigencia" de la Nota de Cobertura junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010, equivalentes a Cincuenta y Dos Millones Novecientos Sesenta Mil 71/100 (52.960,000.71 Bolivianos) sin respaldo.*

Que en relación a la supuesta incompetencia de esta APS para tratar asuntos de lesividad, debe quedar claro para la recurrente que acusar nulidades o falta de competencia a través de recursos de revocatoria, no es la vía apropiada. La APS, mientras el Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008 esté vigente junto al amplio espectro de sus atribuciones, las cumplirá firmemente.

*Que en relación a los **argumentos de hecho 15, 16 y 17** del quinto Considerando de la presente resolución, nuevamente **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** trata de sobreponer los hechos a lo establecido por la normativa reglamentaria. Sorprende que AON RE afirme que actuó bajo la normativa reglamentaria, amparándose en el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, toda vez que esa misma norma (que se encontraba vigente), obligaba a la corredora de reaseguros a colocar el riesgo ante el reasegurador, lo cual implica que apenas tuvo conocimiento de la nota de cobertura presentada por la aseguradora debió poner en conocimiento del reasegurador, informar a la compañía de seguros sobre la solvencia y capacidad de la reaseguradora, ilustrar a la aseguradora sobre las cláusulas de reaseguro y cumplir con sus obligaciones, intermediar la cuenta y todo lo que ello implica. Incluso con la simple comunicación al reasegurador hubiera podido abstenerse de la operación e intermediación al comprobar que no existía contrato de reaseguro.*

*Que se debe reiterar además que, no se encuentra raciocinio en la recurrente cuando manifiesta que al suponer que existía una relación previa con QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. y 24 de Septiembre, no puso la información pertinente en conocimiento del reasegurador ni lo relacionado con la solvencia y capacidad del reasegurador, además de las cláusulas del reaseguro. Se ha demostrado en los razonamientos anteriores que si **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** suponía que existía un contrato de reaseguro entre la aseguradora y la reaseguradora, lo lógico y natural (su obligación legal además) era que inmediatamente ponga tal contrato ("relación previa" para usar el lenguaje de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**) en conocimiento de QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC.*

*Que siguiendo el razonamiento de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en este acápite, diríamos que la corredora de reaseguros no puso la información en conocimiento del reasegurador porque "creía que había ya una relación previa"; o sea, que con este último antecedente, consideró superfluo e innecesario poner en conocimiento de la compañía reaseguradora la información concerniente a la Nota de Cobertura. Aun más, sabiendo como ahora sabe que tal "relación previa" nunca existió, hecho que no fue informado ni antes y ahora a la reaseguradora, por lo que se concluye que en cualquier caso, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** cometió la infracción imputada.*

*Que en pocas palabras, AON RE dice que en un primer momento, creyó que existía la "relación previa", por lo que esta APS no se explica por qué no cumplió sus obligaciones (cometiendo así las infracciones imputadas). Luego, alega con insistencia también, que no cumplió con sus obligaciones porque "nunca hubo contrato" ya que la aseguradora mintió y falseó tal contrato. Entonces se queda en un mar de confusión. No cumplió sus deberes porque sabía o no sabía que existía el contrato de reaseguro? Lo cierto es que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** emitió una Nota de Cobertura sin respaldo del reasegurador incurriendo*

en incumplimientos que acarrearon infracciones a las normas pertinentes.

*Que en relación al **argumento de hecho 18** del quinto Considerando de la presente resolución, la recurrente tiene que leer cuidadosamente los extremos de la documentación y las resoluciones administrativas concernientes; en efecto, en ninguna información documental se juzga o se condena a sufrir **sanciones penales** a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** El marco de actuación básico de esta APS está constituido por la Constitución Política del Estado, la Ley de Seguros, la Ley de Procedimiento Administrativo, su decreto reglamentario y el abanico de resoluciones administrativas emitidas en fiel cumplimiento de sus atribuciones institucionales, tal cual se especifica en la parte introductoria de toda resolución administrativa que esta Autoridad dicta (y más aún, en este caso).*

*Que cosa distinta es que, en vista de la documentación que cursa en poder de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, exista fundada presunción de la comisión de conductas ilícitas; v.gr. emitir una nota de cobertura sobre la base de otra que contiene la firma de una reaseguradora extranjera cuando ésta ha indicado textualmente por escrito que:"(…) la Nota de Cobertura, que, tanto la Corredora de Seguros local AON RE Bolivia S.A., como la empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A., remitieron a su despacho (ASFI) y cuya copia nos hicieron llegar ustedes adjunta a su comunicación de 5 de marzo de 2010, **no fue emitida, ni entrega, ni proporcionada por nuestra parte** a ninguna de esas dos instituciones (…)" esta APS tiene el deber de poner los antecedentes del caso en conocimiento de la autoridad correspondiente, en aplicación del artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, quien juzgará y condenará lo que estime con mérito.*

Que la APS tiene la capacidad profesional e institucional suficientes para elaborar criterios y llegar a establecer opiniones sobre la base de circunstancias y antecedentes mediando una relación de causa-efecto, de modo que la consecuencia sea la formación de presunciones, mismas que son puestas (en el caso que nos ocupa) en conocimiento de la autoridad llamada por Ley.

Que es evidente que la intermediaria al omitir cumplir las obligaciones impuestas normativamente haya actuado sobre la base de información falseada, como lo declara la propia recurrente.

*Que en relación al **argumento de hecho 19** del quinto Considerando de la presente resolución, aducir que "estando claro" que el contrato de reaseguro nunca llegó a existir porque de haber existido, posiblemente se hubieran remitido notificaciones… no hace más que refrendar las contradicciones en las que incurre **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** (examinadas y demostradas en los análisis de los argumentos anteriores). En efecto, la Corredora de Reaseguros ahora alega que no cumplió con las notificaciones (o en el mejor de los casos, "posiblemente" las hubiera notificado) porque está claro que nunca existió contrato de reaseguro.*

Pero en alegaciones anteriores a esta, manifiesta que creyó que el contrato existía. Lo interesante es que aún cuando creyó que el contrato existía, esta corredora no

cumplió sus deberes (las identificadas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 20129).

Que cabe indagar respecto de cuándo es que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *se "entera" de que el contrato de reaseguro no existe. En el memorial de recurso, esta corredora indica que no fue sino hasta que se le notificó con la resolución que revoca su licencia de funcionamiento que se entera "de los verdaderos hechos" de tal revocatoria; ergo, no es sino cuando se le notifica con la citada resolución administrativa que se "entera" de que el contrato de reaseguro no existía, por lo que* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *tuvo bastante tiempo, desde la fecha de emisión de la nota de cobertura, junio 30, 2009 hasta el 9 de mayo de 2012 para efectuar diligencias, cumplir sus deberes y así llegar a descubrir que tal contrato no existía. O sea,* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *tuvo todo ese tiempo para llevar a cabo sus deberes y no los cumplió. Lo que permite deducir que, aun presumiendo que el contrato de reaseguro "existía", no hizo nada para cumplir sus obligaciones legales como corredora de reaseguros.*

Que si hubiera cumplido con su obligación de colocar el reaseguro, tal como manda el inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, por supuesto que hubieran existido comunicaciones y al mismo tiempo AON RE hubiera podido conocer la inexistencia del reaseguro, pero no lo hizo, limitándose a emitir la nota de cobertura y respaldó el actuar de la entidad aseguradora al dar fe de que los riegos contaban con respaldo de reaseguro.

Que en relación al ***argumento de hecho 20*** *del quinto Considerando de la presente resolución, se debe recalcar que la corredora de reaseguros no proporciona descargos suficientes que desvirtúen el contenido del cargo imputado, toda vez que el mismo establece expresamente que la corredora no demostró la existencia de archivos que contengan mínimamente información pertinente a las cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones reclamos y otros aspectos relevantes en el caso de la Nota de Cobertura, emitida por* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *a favor de la Compañía de* ***SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A.*** *y tampoco ha proporcionado información que acredite que la Corredora tiene en su poder documentación referida a coberturas, franquicias, colocaciones reclamos y otros aspectos relevantes que respalden la emisión de la Nota de Cobertura en cuestión.*

Que por lo demás, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *utiliza, según le es conveniente (como hemos demostrado), los argumentos de:*

a) *Que el contrato de reaseguro nunca existió, y*

b) *Que creyó que el contrato de reaseguro existía.*

Que también existe contradicción en lo señalado por AON RE, dado que por una parte señala que no tenía la obligación de realizar cotizaciones, coberturas,

franquicias, ***colocaciones de reaseguro*** *etc.,* *cuando la propia aseguradora a través del Cite: SR24SEP-SC-0221/09 de 29 de junio de 2009 (ver primer párrafo) le dijo a AON RE que enviaba una Nota de Cobertura emitida por QBE del Istmo Inc. de Panamá a efecto de que* ***proceda a efectuar la colocación respectiva,*** *aspecto que la corredora de reaseguros afirma haber cumplido por haberse enmarcado, en el tantas veces citado, inciso ii) del subnumeral 2.1. del numeral 2) del Texto Ordenado, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, hecho que como ya fue explicado no es evidente, dado que dicha norma obligaba a la recurrente a proceder con la colocación del Reaseguro.*

Que lo cierto y comprobado es que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *en ninguna de aquellas circunstancias, cumplió sus deberes como corredora de reaseguros de acuerdo a la normativa reglamentaria al emitir una Nota de Cobertura no respaldada por QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC.*

CONSIDERANDO:

Que en relación a los ***argumentos legales 1, 2 y 3*** *del sexto Considerando de la presente resolución, la principal alegación radica en que la notificación con cargos es nula, al carecer de fundamentación y motivación, viola los artículos 28 y 30 de la ley de Procedimiento Administrativo, así como el artículo 62.II del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

Que a este respecto recordemos lo que se entiende por fundamentación en materia jurídica (léase administrativa); "…consiste en la cita correcta y completa de los preceptos jurídicos que regulan la actuación autoritaria de que se trate. Debe de ser correcta toda vez que el invocar dispositivos normativos que no se apliquen al caso concreto en estudio, como resulta obvio, dan lugar al error. Debe de ser completa en virtud de que la autoridad no puede fundar parcialmente sus actuaciones, no resulta legal que por aproximación o mayoría se concluya que un acto administrativo se encuentra adecuadamente fundamentado." (Gustavo Sánchez Soto, México, 1979). Para Herrera Figueroa, es la base sobre la que estriba el Derecho, la razón principal y motivo último en que asienta, afianza y asegura el mundo jurídico social. Concordante con estas disquisiciones, el artículo 28.e) de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que el fundamento del acto administrativo se objetiva cuando se expresa de forma ***concreta,*** *las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.*

Que ahora bien y una vez más, examinemos la notificación de cargos CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012. La misma, en su primera parte señala el supuesto hipotético de inconducta o ilícito administrativo que causa la identificación de normas vulneradas;

"…se comunica a usted que como resultado de la revisión y evaluación de la Nota de Cobertura recibida de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A. para el periodo junio 2009 a junio 2010, cuyo reasegurador ***supuestamente*** *(la negrilla y subrayado es para fines de esta resolución), fue QBE del Istmo Compañía de*

Reaseguros Inc., se advirtieron las siguientes presuntas infracciones:

Que luego de este párrafo, se especifican en detalle cada uno de los cargos, las normas vulneradas así como las infracciones, en relación a los hechos que la generan:

1. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió con su objeto social único de intermediación entre la entidad aseguradora y la reaseguradora, vulnerando de esta manera lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguros N° 1883.*

2. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto dos de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, toda vez que la supuesta intermediación y colocación realizada entre el reasegurador y la aseguradora ha sido un hecho lesivo a las partes*

3. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto cuatro de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, por no haber puesto en conocimiento del reasegurador QBE DEL ISTMO COMPAÑIA DE REASEGUROS INC. toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo*

4. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto en el inciso a) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883; al no informar a la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre, sobre la solvencia y capacidad de la reaseguradora con la que supuestamente intermedió el reaseguro.*

5. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto en el inciso b) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883; al no ilustrar a la Compañía de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre, de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones sobre las cuales se contrató el reaseguro.*

6. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el inciso f) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros, al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional, prestando sus servicios con información falseada induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación.*

7. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el artículo 10 de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999, al no existir evidencia de las notificaciones permanentes efectuadas a la aseguradora y a la reaseguradora sobre las renovaciones, modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes.*

8. *Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el artículo 11 de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999, al no haber demostrado la*

existencia de archivos que contengan mínimamente información pertinente a las cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones reclamos y otros aspectos relevantes en el caso de la Nota de Cobertura en cuestión, emitida por Aon Re Bolivia S.A. a favor de la Compañía de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A.

Que se puede advertir entonces que la notificación con cargos cumple a cabalidad, los requisitos que exige la norma; es más, el principio de fundamentación que exige la norma para el acto administrativo se objetiva prístinamente en esta actuación precisamente por la concurrencia de sus requisitos esenciales.

Que en cuanto a la motivación, diremos que se debe distinguir dos acepciones; el motivo y la motivación de los actos administrativos. En cuanto al ***motivo****, es el antecedente que provoca el acto; es decir, una situación legal o de hecho prevista por la Ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa. En cuanto a la* ***motivación,*** *es el juicio que se forma la autoridad al apreciar el motivo y ligarlo con la disposición legal pertinente aplicable. Es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. En la notificación de cargos concreta, se objetiva la situación legal y de hecho que provoca el acto (motivo) así como el juicio que la APS se ha formado a raíz de la situación legal creada (motivación).*

Que el ***Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*** *de Ossorio, entiende por Motivación: la causa, razón o fundamento de un acto. El* ***motivo*** *será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no solo del Derecho Substantivo, sino también del Adjetivo, porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los* ***motivos es,*** *pues, necesaria para la investigación penal (léase investigación administrativa), para la interpretación de contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos, etc.*

Que huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar la notificación con cargos como una decisión de la administración, siempre "motiva" tales notificaciones aunque no se encuentre en el catalogo de actos administrativos motivados (ver artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341). Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que la notificación de cargos sea ***concreta;*** *esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la nota de notificación de cargos que nos ocupa, evitando caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que puede llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación. En la etapa de notificación con cargos, esta APS no tiene obligación legal alguna de anotar todo lo acopiado en los distintos instrumentos técnicos de los que se vale para emitir pre juicios de valor en las notificaciones de cargos, siempre y cuando cumpla con sus requisitos intrínsecos y extrínsecos (como ha ocurrido en este caso).*

Que las conclusiones a las que la APS arribó mediante la emisión de estudios técnicos

y legales (antecedentes de la notificación de cargos) no son simplemente "supuestos", son conclusiones racionales y fundamentadas que permiten elaborar opiniones en consecuencia. En el fondo, lo que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *está reclamando es que en la notificación de cargos debieran estar copiados "in extenso" los informes técnicos y legales.*

Por lo que se considera no haber mérito para nulidad alguna.

Que la segunda parte de este argumento legal de ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *tiene que ver con la supuesta imposibilidad de esta corredora de reaseguros de hacer ninguna otra cosa que presentar el memorial de descargos (frente a la supuesta vaguedad de la notificación de cargos). Constituye un rotundo mentís a aquella afirmación de imposibilidad de acción lo dispuesto por el artículo 28 del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de junio de 2003: "I. Los trámites administrativos en el SIREFI son públicos, teniendo derecho el interesado o la persona que la represente legalmente, acceso a la información y antecedentes respectivos, de acuerdo a los requisitos que establezca la Ley y la Superintendencia correspondiente. La Información, documentos, copias legalizadas y duplicados que requieran los interesados se podrán obtener a solicitud escrita dirigida a la Superintendencia respectiva, siempre que se refieran a trámites en los que sean directamente interesados…". O mejor, lo determinado por el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo: "II. En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución.".*

Que como acabamos de demostrar, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS sí*** *podía hacer conocer (en su momento y en cualquier momento del procedimiento en realidad) sus observaciones respecto de las debilidades de la notificación de cargos, si realmente estaba convencida de ello. Lo evidente es que no lo hizo.*

Que AON RE respondió a la notificación de cargos con bastante profusión de documentación (más de 160 folios), extremo que revela que esta corredora de reaseguros ***sí*** *sabía y entendía perfectamente los cargos, porque la notificación era clara* ***per se,*** *prueba de que ejerció y ejerce su derecho a defensa de manera amplia y sobre la base de toda la documentación obtenida.*

Que respecto de este argumento y la cantidad de folios que en documentos presentó la corredora de reaseguros, se encuentran fotocopias de la Resolución ASFI N° 019/2010 de 14 de enero de 2010 sin sello de notificación ya que lleva solamente el sello de su Director Ejecutivo y del mismo modo, la Resolución ASFI N° 116/2010 de 10 de febrero de 2010. La Resolución ASFI N° 241/2010 de 30 de marzo de 2010, que llevan el sello de notificación en blanco, cuando lo normal es que la regulada (o el regulado en su caso) posea copias debidamente firmadas y con el sello correspondiente de notificación llenado. Situaciones que han llamado profundamente la atención de la APS y serán objeto de investigación en su momento.

Que como apoyo de su anterior argumento, la recurrente cita variada jurisprudencia consistente en sentencias constitucionales, que se las da por reproducidas, a las cuales, esta Autoridad nada tiene que objetar.

*Que en relación al **argumento legal 4** del sexto Considerando de la presente resolución que menciona: "Los informes técnicos y legales no han sido insertados en la resolución sancionatoria, por lo que importan, al tenor del parágrafo III del artículo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la LPA, carencia de fundamentación y de causa, impidiendo a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** el ejercicio de su irrestricta y legítima defensa", ya nos hemos referido en amplitud a esta alegación. Reiterar que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** ejerce plenamente su derecho a la defensa, ya que ha solicitado y se le ha proporcionado documentación, se ha abierto término probatorio a su instancia, se ha recibido y valorado cuanta prueba ha presentado, etc. En la parte "VISTOS" de esta (y de toda) resolución de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, constan los documentos técnicos que forman parte y que fundan la decisión pertinente (bastará volver a leer la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012; v.gr. página 9). Por otra parte y en cuanto a esta alegación se tiene que el "artículo 31.III." del Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sólo existe en el memorial de recurso de la Corredora de Reaseguros.*

*Que en relación al **argumento legal 5** del sexto Considerando de la presente resolución y para un mejor entendimiento de la recurrente, será necesario releer lo expuesto en las páginas 9 y 10 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012, en las cuales, claramente se revela el razonamiento fundado, tanto legal como doctrinal, de los rasgos jurídicos que revisten la inconducta administrativa de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** el emitir una Nota de Cobertura en la que supuestamente consta la firma de QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. de Panamá (es decir, nota de cobertura no respaldada) y su caracterización como infracción instantánea con efectos permanentes.*

*Que en relación a los **argumentos legales 6, 7, y 8** del sexto Considerando de la presente resolución, efectuemos algunas digresiones consistentes al tema concreto. Sabemos que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con matices, al derecho administrativo sancionador". Aun más, en la doctrina española, **Alejandro NIETO**, al analizar el tema en relación con la CPE, la doctrina y la jurisprudencia de su país, señala que: "...hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute si los principios de Derecho Penal se aplican al derecho Administrativo Sancionador pues que así se acepta con práctica unanimidad...".*

Que con esta breve introducción que contextualiza la materia de análisis, señalemos que las sanciones pueden ser clasificadas de tantas maneras como reflexiones pudieran existir; por el resultado, por el agente que la causa, por la lesión que causan, por sus efectos y su duración, etc. Precisamente, en función de este último criterio, se reconocen tres especies de delitos (mutatis mutandi infracciones administrativas) en

función de su duración: ***instantáneo****,* ***permanente o continuo****, y* ***continuado.***

a) ***Delito*** *(léase infracción)* ***Instantáneo.*** *La acción se consuma y se agota en un solo momento. Este carácter se encuentra determinado por la naturaleza de la acción, al que la norma le atribuye el rasgo consumatorio. Este tipo puede conllevar varios actos (ideológicos, preparatorios, ejecutivos, y consumatorios), pero debe haber unidad de acción.*

b) ***Delito*** *(léase infracción)* ***Instantáneo con efectos permanentes.*** *La acción, aunque agotada y consumada en un solo momento lesionando un bien jurídico protegido, permanece en cuanto a sus consecuencias.*

c) ***Delito*** *(léase infracción)* ***continuado.*** *Aunque existen varias acciones hay una sola lesión jurídica. Para Carrara, la continuidad debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste:*

1. *Unidad de resolución;*

2. *Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución);*

3. *Unidad de lesión jurídica;*

4. *Unidad de sujeto pasivo. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.*

Que para ***Sebastián Soler****, "puede hablarse de delito (infracción) permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos". Para* ***Alimena,*** *"existe el delito (infracción) permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos (infracciones) instantáneos de efectos permanentes". O sea, en la infracción permanente la acción se prolonga en el tiempo, hay continuidad en lo subjetivo y en lo objetivo (ejecutivo).*

Petit *enumera como elementos del delito (infracción) permanente:*

a) *Una conducta o un hecho; y,*

b) *Una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos a saber:*

1. *Un momento inicial identificado con la comprensión del bien jurídico protegido por la ley;*

2. *Un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta*

antes de la cesación del estado antijurídico; y,

3. *Un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico".*

Que los elementos conceptuales expuestos precedentemente, permiten señalar que mientras no cesen los efectos de la emisión de la Nota de Cobertura para el periodo junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010, no corre ni un día de prescripción.

Que en efecto, aunque el acto de emitir la referida nota de cobertura fue instantáneo (en un momento de tiempo -29 de junio de 2009-), no obstante sus efectos o sus consecuencias son continuados ya que dicha nota de cobertura se "reproduce", se "valida, se "usa" para la emisión de cada póliza de seguro por parte de la Aseguradora.

Que concordante con este análisis, el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. El artículo 4 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, establece que la acción para imponer sanciones de la APS, prescribe en el plazo de 2 años a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción...

Que nótese que esta resolución anota en plural ***"hechos"****,* ***"actos",*** *u* ***"omisiones constitutivos de la infracción".*** *Resulta de suma importancia señalar que uno de los actos constitutivos de la infracción, como se ha anotado en las citas precedentes, es la lesión del bien jurídico, por lo que cada vez que una póliza de seguro se emitía, se lesionaba un bien jurídico y un bien jurídico ya no abstracto sino, un bien jurídico concreto; o sea, el que corresponde a cada tomador y/o beneficiario de la póliza de seguro que se "respaldaba" en la Nota de Cobertura para el periodo junio 30, 2009 a junio 30, 2010, bien jurídico lesionado que se prolonga mientras el período de cobertura de la póliza de seguro, que corresponda, se encuentre sin el correspondiente respaldo de reaseguro. Ese es el sentido que tiene aquél artículo 4 cuando emplea vocablos plurales ya que conlleva que la infracción puede importar, no un solo acto, no un solo hecho, o no una sola omisión, sino, varios y sucesivos en el tiempo.*

Que de manera concreta, ***los efectos*** *de la emisión de la nota de cobertura emitida por AON RE sin respaldo de reaseguro, se mantuvieron hasta el día 30 de julio de 2010, fecha del contrato de suscripción de cesión de cartera a favor de la aseguradora Fortaleza,* ***la cual si contaba con el respaldo de reaseguro.*** *Hasta dicha fecha, todas las pólizas que no habían tenido siniestro, sí pudieron contar con el correspondiente respaldo de reaseguro,* ***cesando*** *por consiguiente los efectos que se derivaron de la emisión de la nota de cobertura para el período junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010 y caducando por tanto cualquier acción de la APS contra AON RE BOLIVIA S.A. recién en fecha posterior al 30 de julio de 2012, fecha que todavía ni siquiera se ha consumado.*

Que con relación a lo señalado por AON RE en sentido de que la Resolución Sancionatoria de manera imprecisa y confusa menciona y pretende explicar que los efectos de la vigencia serían al parecer hasta junio de 2012 o incluso hasta el 2013, siendo consecuentemente incongruentes dichos considerandos con la conclusión final, la cual debe asumirse que los efectos de la nota de cobertura estarían vigentes hasta el 30 de julio de 2010, es menester aclarar que la Resolución Sancionatoria es clara y se recomienda al recurrente leer nuevamente lo señalado en la misma, toda vez que en un caso corresponde al ***ejemplo*** *de una póliza emitida el 30 de marzo de 2010 con vigencia hasta el 30 de marzo de 2011, lo cual es un caso* ***hipotético*** *en el que también se destaca que el efecto nocivo se mantendría hasta la fecha de finalización de la vigencia,* ***salvo se subsane el mismo durante la vigencia.*** *El segundo caso corresponde a los hechos reales, a lo que realmente se suscitó en la realidad, lo cual ya fue desarrollado en el párrafo precedente.*

Que continuando con los ejemplos, hagamos referencia a las últimas pólizas emitidas por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., a saber:

1. *Póliza N° 203706. Fecha de emisión 29/03/2010. Fecha de fin de cobertura 25/09/2010. Sin respaldo o garantía.*

2. *Póliza N° 214081. Fecha de emisión 29/03/2010. Fecha de fin de cobertura 18/10/2010. Sin respaldo o garantía.*

3. *Póliza N° 214082. Fecha de emisión 29/03/2010. Fecha de fin de cobertura 18/10/2010. Sin respaldo o garantía.*

4. *Póliza N° 214083. Fecha de emisión 29/03/2010. Fecha de fin de cobertura 18/10/2010. Sin respaldo o garantía.*

5. *Póliza N° 214084. Fecha de emisión 29/03/2010. Fecha de fin de cobertura 18/10/2010. Sin respaldo o garantía.*

6. *Póliza N° 203708. Fecha de emisión 29/03/2010. Fecha de fin de cobertura 20/03/2011. Sin respaldo o garantía.*

Que suponiendo, es decir en el caso ***hipotético*** *(resaltamos hipotético para no generar una mala interpretación) de que no se hubiera consumado la cesión de cartera a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. En efecto, si la última póliza fue emitida el 29 de marzo de 2010 y sus efectos cesaban el 20 de marzo de 2011, no es sino, a partir de esa fecha que comienza a computarse el término de la prescripción, es decir la prescripción se hubiera operado recién el 20 de marzo de 2013.*

Que por si el análisis previo no fuera suficiente, aún hay otro elemento que configura la no prescripción de la sanción. Consideremos que la Nota de Cobertura tenía vigencia hasta el 30 de junio de 2010 y que en esta fecha cesaron sus efectos (su carácter de infracción instantánea con efectos permanentes). Hagamos de lado, por

el momento, el hecho de que los efectos de la emisión de aquella Nota duran el tiempo que la última póliza tenga vigencia sin respaldo de reaseguro, y analicemos la fecha 30 de junio de 2010. Si esta es la fecha en que la nota de cobertura cesa en sus efectos, la prescripción correría a partir del día siguiente de esa fecha y concluiría el 1 de julio de 2012 (en este caso, aun no habría prescrito), pero tampoco habría prescrito por otro elemento, y un elemento interruptivo, cual es que la APS empieza a ejercitar su atribución de imponer sanciones el 23 de marzo de 2012, fecha en que se notifica con cargos a ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****. Esta fecha (obsérvese que marzo ocurre tres meses antes de junio) interrumpe la prescripción alegada por* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS****, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1503 del Código Civil.*

Que esta lectura de la prescripción en relación a la naturaleza de la infracción que se analiza no constituye ocurrencia o capricho de esta APS, sino que viene refrendada consistentemente por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que establece: "…En las ***infracciones permanentes****, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo. En consecuencia, cuando se trata de* ***infracciones permanentes****, la prescripción* ***deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto****" (el subrayado es de la APS).*

Que por lo demás, los principios de taxatividad y favorabilidad, aunque reconocidos por la doctrina y otras jurisdicciones distintas a la boliviana, no son regulados ni en la Ley de Procedimiento Administrativo ni en su decreto reglamentario, sea como principios sancionadores o como principios generales de la Actividad Administrativa (artículo 4 y Capítulo VI-Procedimiento Sancionador de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Que finalmente y con relación al argumento 9, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *puede ejercer titularidad respecto de cualquier acción y/o derecho que estime conveniente a sus intereses, sin que ello signifique presión o velada amenaza a esta Autoridad para inducir sus fallos.*

CONSIDERANDO:

Que en fecha 20 de junio de 2012, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *hizo llegar a esta APS su memorial mediante el cual, presenta las pruebas que le asiste en la causa. Cabe recordar que la APS, mediante Auto de 8 de junio de 2012, procedió a la apertura de término probatorio de 5 días hábiles administrativos a solicitud de la corredora.*

Se señala (de manera resumida) en el memorial:

1. *En el presente caso, debe aplicarse el principio de verdad material en oposición a la verdad formal, de acuerdo al artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

2. *Desde gestiones pasadas de junio 2009 a junio 2010, la compañía 24 de Septiembre cumplía su actividad con irregularidades en las que no participó* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS.*** *Prueba de ello son la Resolución ASFI Nº 019/2010 que hace referencia al Informe ASFI/DSS/R-67848.*

3. *24 de Septiembre emite la nota de cobertura junio 2009 a junio 2010 usando documentación no verdadera. Como prueba de ello presenta la carta de 24 de Septiembre CITE: SR24SEP-SC-0221/09 de 29 de junio de 2009 "carta de liberación" que se presentó junto al memorial de revocatoria, y la Nota de Cobertura, supuestamente firmada y sellada por QBE del Istmo que 24 de Septiembre hace llegar a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *junto a la carta de liberación.*

4. ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *fue engañada e inducida a error por 24 de Septiembre, por lo que presenta Acusación Formal dirigida al Juez 10mo de Instrucción en lo Penal de Santa Cruz de 21 de mayo de 2012, cursante en el expediente FELCC-LP: 1002749-FELCC-SCZ-1002884, IANUS: 201012151.*

5. *La operación realizada por* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *a momento de emitir la Nota de Cobertura, consistió en una colocación en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso II) del subnumeral 2.1. del numeral 2 del texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008, ofreciendo como prueba, dicho Texto Ordenado y la RA. APS/DJ/DS/Nº 145-2011 de 8 de julio de 2011, es decir, una resolución posterior a un año después de los hechos del presente caso, la cual deja sin efecto el inciso ii), punto 2.1. del numeral 2 del reglamento de Reaseguro pasivo, con lo cual se demuestra que la normativa vigente durante los hechos relevantes fue la señalada por AON RE.*

6. *24 de Septiembre informó falsamente a la ASFI que contaba con reaseguro induciendo en error a la SPVS. Prueba de ello es la Resolución ASFI Nº 116/2010 de 10 de febrero de 2010 que hace referencia al Informe ASFI/DSS/R-8015/2010 de 26 de enero de 2010; la carta de 29 de junio de 2009 de 24 de Septiembre CITE:SR24SEP-SC-00222/2009 en la que envía la Nota de Cobertura; la carta de 19 de noviembre de 2009 de 24 de Septiembre a la ASFI CITE:SR24SEP-SC-00390/2009, en la que envía la Nota de Cobertura con la supuesta firma y sello de QBE del Istmo; carta de 15 de abril de 2010 emitida por QBE del Istmo en la que esta reaseguradora acredita que 24 de Septiembre no obtuvo respaldo de aquella reaseguradora para el periodo junio 2009 a junio de 2010.*

7. *En lugar de pagar prima de reaseguro a QBE del Istmo, 24 de Septiembre desvió recursos a cuentas personales. Prueba de ello son la Resolución ASFI Nº116/2010 de 10 de febrero de 2010; Resolución ASFI Nº 241/2010 de 30 de marzo de 2010*

que dispone la intervención de la compañía 24 de Septiembre.

8. ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *no llegó a cobrar comisión alguna por esta supuesta colocación de seguro, como prueba el certificado expedido por AON RE adjuntado al recurso de revocatoria.*

9. *Posterior a la emisión de la Nota de Cobertura por parte de* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS,*** *ésta obtuvo un certificado de exclusión (llamado endoso 1) con vigencia a la fecha de emisión de la Nota de Cobertura que dejaba sin efecto la cobertura de reaseguro para seguros de caución o fianza a primer requerimiento. Como prueba de ello presenta el endoso 1 a la Nota de Cobertura adjuntado al memorial de recurso de revocatoria.*

10. *24 de Septiembre mintió repetidamente a la APS sobre sus supuestos contratos de reaseguro, siendo intervenida por ello como prueba la Resolución ASFI Nº 241/2010 de 30 de marzo de 2010.*

11. *El regulador debió exigir a 24 de Septiembre el contrato de reaseguro para el periodo junio 2009 a junio 2010 dentro de los 45 días de recibida la Nota de Cobertura. Prueba de ello es el texto ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante RA. SPVS/IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008, y la RA. ASFI Nº 019/2010 de 14 de enero de 2010 que incluye la conminatoria para que la compañía 24 de Septiembre entregue los contratos de reaseguro que debía tener dentro del plazo de 5 días.*

12. *24 de Septiembre llegó a tener pérdidas que superan su capital en 296%, prueba de ello es la Resolución ASFI Nº 241/2010 de 30 de marzo de 2010 que dispone la intervención de la compañía 24 de Septiembre.*

13. *La notificación con cargos a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *no incluye la documentación e información que ya contaba la APS, por lo que AON RE no tuvo la oportunidad de defenderse adecuadamente antes de ser sancionada. Prueba de ello es la notificación de cargos de 15 de marzo de 2012.*

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones y pruebas relacionados en el Considerando anterior, no se relacionan directamente con el hecho de que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *emitió la Nota de Cobertura para el periodo junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010. En efecto, ninguna de las documentales presentadas como pruebas, enerva o destruye la responsabilidad de aquella corredora, de haber* ***EMITIDO*** *(como ella misma admite reiteradamente) dicha Nota de Cobertura. No constituye eximente de responsabilidad el hecho de que 24 de Septiembre hubiera solicitado a* ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *la emisión de la Nota de Cobertura en cuestión (en términos vulgares, la reaseguradora está diciendo que ella no es culpable o responsable de ese acto de emisión porque otra persona se lo pidió). Las diversas resoluciones administrativas emitidas por la ASFI referidas con la*

intervención a 24 de Septiembre nada tienen que ver, en términos de responsabilidad administrativa, con el hecho de que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *hubiera a su vez,* ***emitido*** *la Nota de Cobertura tantas veces citada.*

Que cosa distinta sería si ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *probara que ella no EMITIÓ la nota de Cobertura analizada, o que se falsificó la firma del responsable de aquella corredora en la Nota de Cobertura (impresa, además, en hojas membretadas de AON RE).*

Que por lo demás, ya se han analizado y desvirtuado los argumentos (en los considerandos precedentes) de que correspondía a la APS la averiguación de los hechos irregulares de 24 de Septiembre, de que no se ha inscrito en la Notificación con Cargos toda la información y documentación que la APS contaba, que por esta causa se produjo indefensión a ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS,*** *etc. Esta Autoridad, en su momento, dispuso que los antecedentes de este caso, sean comunicados a las autoridades llamadas por Ley para su tratamiento penal, si caben méritos para ello.*

CONSIDERANDO:

Que mediante memorial de 11 de julio de 2012, presentado a la APS el 12 del mismo mes y año, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *presentó prueba de reciente obtención consistente en copia de la denuncia penal formulada en fecha 10 de julio de 2012, por José Luis Contreras Cabezas contra Roberto Foronda Franco, Josefina Soliz de Foronda y Patricia Josefina Foronda Soliz, por los delitos de Falsificación de Documento Privado, Uso de Instrumento Falsificado y otros, relacionados con la Nota de Cobertura supuestamente emitida por QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC.*

Que no obstante haberse admitido y adunado al expediente administrativo la prueba en cuestión, esta no será valorada por cuanto dicho documento no tiene relevancia directa con la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/260-2012.

CONSIDERANDO:

Que finalmente y con respecto al Resuelve Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012, esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros debe dejar claramente establecido que a pesar de haberse suspendido la remisión de obrados al Ministerio Público, mediante Auto de 16 de mayo de 2012, la APS en cumplimiento a los requerimientos fiscales específicos y presentados en forma posterior por el Ministerio Público ha dado curso a los mismos, a saber:

1) *Requerimientos del Abog. DAEN Javier Cordero Salcedo, Fiscal de Materia FELCC, División Económico Financiero de Santa Cruz de la Sierra dentro de la investigación que sigue el Ministerio Público a denuncia de Roberto Foronda Franco contra José Luis Contreras Cabezas y Víctor Isaac Pinto Peña.*

2) *Requerimientos del Dr. Carlos Montaño Alvarez, Fiscal de Materia de la División Económico Financiero de Santa Cruz de la Sierra, dentro de la investigación que sigue el Ministerio Público, caso FELCC-SC-1002749, a denuncia del ex Director Ejecutivo de la ASFI, Ernesto Rivero Villarroel, contra Roberto Foronda Franco y otros, por el supuesto delito de falsificación de documento privado.*

CONSIDERANDO:

Que no obstante todo lo anotado durante la exposición de la presente Resolución Administrativa, esta APS ha establecido la necesidad de confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/260-2012 de 27 de abril de 2012, modificando algunos aspectos relevantes, en cumplimiento a la normativa legal vigente.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado precedentemente, se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012, correspondiendo confirmar parcialmente la misma…"

Con base en dichos fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 518-2012 de 20 de julio de 2012, resolvió:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012, debiendo quedar redactada la parte Resolutiva de la siguiente manera:*

"…***PRIMERO.- REVOCAR*** *la Resolución Administrativa N° 246 de 22 de junio de 2001, mediante la cual la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros otorgó Licencia de Funcionamiento a AON RE BOLIVIA S.A.CORREDORA DE REASEGUROS*

SEGUNDO.-

I) AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORES DE REASEGUROS *deberá hacer llegar a la APS dentro del término de 10 (diez) días hábiles administrativos, a computarse desde el día siguiente de su legal notificación, la siguiente documentación:*

I.1) *El detalle de su cartera de clientes vigente, de acuerdo a los datos establecidos en anexo 1, que forma parte inseparable de la presente resolución administrativa.*

I.2) *Balance original de la última gestión trimestral 2012, antes del cierre (Balance de liquidación artículo. 388 del Código de Comercio).*

II) OTORGAR a AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORES DE REASEGUROS *90 (noventa)*

días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, para presentar a la APS la siguiente documentación:

II.1) *Balance original de cierre, sellado por el Colegio de Contadores y/o Auditores, solvencia profesional del contador y/o auditor firmado por el representante legal de la sociedad, liquidador(es), balance final y proyecto de distribución de patrimonio (artículo 394 del Código de Comercio).*

II.2) *Escritura Pública de Disolución y Liquidación, en la cual se transcriba el Acta de Asamblea de Socios o Junta de Accionistas que apruebe la Disolución y Liquidación de la corredora de reaseguros y la designación del liquidador o comisión liquidadora (Acta de Asamblea de socios o junta de accionistas que apruebe el Balance Final de Liquidación y el proyecto de distribución de Patrimonio.)*

II.3) *Publicación en un medio de prensa de circulación nacional (página completa), de la escritura pública de Disolución y Liquidación*

II.4) *Poder Notarial del liquidador de acuerdo al punto II.2).*

TERCERO.- AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORES DE REASEGUROS *deberá mantener vigente su Póliza de Errores y Omisiones hasta la fecha de finalización de vigencia de la última colocación de reaseguro, salvo que otra corredora de reaseguros incluya una cláusula a través de la cual, amplíe su propia póliza de errores y omisiones a dichos riesgos.*

CUARTO.- NOTIFICAR *con la presente Resolución Administrativa a las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el mercado de seguros del Estado Plurinacional de Bolivia*

QUINTO.- REMITIR *la presente resolución más sus antecedentes al Ministerio Público, a efectos de que la presunta comisión de delitos de orden público sea investigada por Autoridad Competente.*

SEXTO.- AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORES DE REASEGURO *deberá poner en conocimiento de su Directorio y socios el contenido íntegro de la presente Resolución Administrativa".*

SEGUNDO.- *El Anexo N° 1 incluido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 260-2012 de 27 de abril de 2012 se mantiene invariable y forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 29 de agosto de 2012, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 518/2012 de 20 de julio de 2012, expresando los siguientes alegatos:

"…***6. FUNDAMENTO LEGAL DEL RECURSO JERARQUICO.***

El presente Recurso Jerárquico se interpone al haberse identificado en el procedimiento sancionatorio iniciado mediante carta CITE: APS/DJ/DS/Nº 2033/2012 de 15 de marzo de 2012 (la Notificación de Cargos), la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de 27 de abril de 2012 (la Resolución Sancionatoria) y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2012 de 20 de julio de 2012 (Resolución de Revocatoria), graves e insubsanables vicios de nulidad, violaciones al debido proceso, vulneración de derechos y garantías constitucionales y afectación de los derechos subjetivos e intereses legítimos de AON RE. El presente Recurso Jerárquico tiene los fundamentos legales siguientes:

6.1. Se ratifica que los vicios de la Notificación de Cargos derivan en la Nulidad de la Resolución Sancionatoria emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS).

Desde el inicio del procedimiento sancionatorio instruido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) a través de la Notificación de Cargos, AON RE advirtió a dicha autoridad (memorial de descargos de fecha 13 de abril de 2012) que la Notificación de Cargos (que posteriormente dio origen y constituye génesis y fundamento de la Resolución Sancionatoria oportunamente impugnada), violaba los artículos 28 y 30 de la LPA y 62 parágrafo II del Reglamento LPA-SIREFI. Dicho aspecto, sin explicación o evaluación válida y legalmente razonada, no fue considerado por la APS y derivó en que la Resolución Sancionatoria posteriormente emitida, sea nula conforme al ordenamiento administrativo vigente previsto en los incisos e) y d) del artículo 35 de la LPA[1], al haberse violado el procedimiento legalmente previsto en las normas del procedimiento administrativo regulado, así como las disposiciones constitucionales del Debido Proceso y Derecho a la Defensa, expresados en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado. Esta nulidad debidamente impugnada a momento de interponerse el Recurso de Revocatoria, tampoco ha sido considerada en la Resolución de Revocatoria, pese a los indubitables justificativos constitucionales, legales y jurisprudenciales expresados en el Recurso de Revocatoria presentado por AON RE, fundamentos que se ratifican en su integridad a continuación, a los efectos del presente Recurso Jerárquico, pidiendo a la autoridad jerárquica (Ministro de Economía y Finanzas Públicas) los considere y se pronuncie sobre los mismos a momento de resolver este recurso jerárquico. Así, los fundamentos legales y jurisprudenciales que amparan a AON RE, que ratifican que los vicios de la Notificación de Cargos derivan en la nulidad de la Resolución Sancionatoria emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) son los siguientes:

> ([1] ***"Artículo 35º (Nulidad del Acto).***
>
> *I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:….(..)* (sic).
>
> *e) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente*

del procedimiento legalmente establecido.

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. (...); (sic)")

a. *La legal ejecución de un procedimiento sancionador, conforme a la legislación administrativa vigente en Bolivia, particularmente la LPA y el Reglamento LPA-SIREFI, importa la inexcusable observancia de las normas previstas en el marco constitucional y legal aplicable. Así, la imposición de sanciones administrativas debe efectuarse en estricto acatamiento de las disposiciones que regulan la legal existencia, contenido, validez y eficacia de los actos administrativos, los principios fundamentales procesales y constitucionales del debido proceso y el derecho a la defensa que orientan el régimen sancionador vigente.*

b. *La Notificación de Cargos, con la cual se da inicio al procedimiento sancionador efectuado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, violaba los artículos 28 y 30 de la LPA y 62 parágrafo II del Reglamento LPA-SIREFI, toda vez que ésta no permitía el cabal conocimiento y alcance de los ocho (8) cargos imputados, al no estar el acto administrativo comunicado (Notificación de Cargos), debidamente fundamentado y motivado conforme al marco legal administrativo vigente. La resistencia de la APS de legalmente reencauzar el procedimiento y ajustarlo a derecho, pese a haber sido advertido de ello (circunstancia que como se mencionó oportunamente en el Recuso de Revocatoria, hubiese implicado un simple saneamiento del proceso por tratarse en ese momento de un acto administrativo anulable), ha derivado en que la Resolución Sancionatoria emitida, sea nula conforme al ordenamiento administrativo vigente previsto en los incisos e) y d) del artículo 35 de la LPA[2], al haberse violado el procedimiento legalmente establecido previsto en las normas del procedimiento administrativo regulado, así como las disposiciones constitucionales del debido proceso y derecho a la defensa en que se cimienta el régimen sancionador vigente y que están expresados en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.*

([2] ***"Artículo 35º (Nulidad del Acto).***

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:....(..) (sic).

e) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. (...); (sic)")

c. *Las violaciones a los incisos e) y d) del artículo 35 de la LPA, así como a las disposiciones constitucionales del debido proceso y derecho a la defensa previstos en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, que*

derivan en la nulidad de la Resolución Sancionatoria, se originan por la falta de obligada motivación de la Notificación de Cargos que da inicio al procedimiento sancionador, que impiden la posibilidad de una irrestricta y legítima defensa, al no poder AON RE conocer a cabalidad y plenitud el alcance, fundamento y contenido de los injustos cargos imputados y si las supuestas conductas atribuidas a AON RE constituyen una conducta típica sancionable conforme al marco normativo aplicable. Corresponde expresar que en el derecho administrativo sancionatorio, la motivación de los actos administrativos, que así deban serlo en virtud a disposición normativa aplicable, tiene en nuestra legislación no sólo una base legal de inexcusable cumplimiento, sino que en el ámbito doctrinal y de la propia jurisprudencia nacional, constituyen un requisito legalmente imprescindible.

d. *De acuerdo a principios generales del Derecho, en especial en el ámbito sancionador, en la motivación corresponde a la autoridad administrativa contrastar las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación, indicando la relación de causalidad entre los hechos o faltas cometidas por una parte y la norma que describe su sanción por otra. Así, la motivación de un acto administrativo, es decir, la fundamentación del acto con los argumentos y justificaciones en que se apoya y la exposición de forma sucinta -pero suficiente- de las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican su emisión, constituyen una garantía para los derechos constitucionales del administrado y una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, debido proceso y derecho a la defensa, presupuestos constitucionales ineludibles de todo Estado de Derecho. Como la autoridad jerárquica puede advertir en el caso presente, la Notificación de Cargos emitida por la APS, únicamente estableció la mera expresión de supuestas conductas y qué normas legales hubiesen sido presuntivamente violadas, sin motivar y fundamentar debidamente las mismas, examinar y evaluar los hechos, ni indicar la relación de causalidad entre los hechos o faltas supuestamente cometidas y cómo se ajustan a las conductas que la norma describe típicamente y que son objeto de sanción administrativa. De esta manera, la Notificación de Cargos no sólo violó el procedimiento administrativo regulado, sino que, principalmente, afectó los derechos y garantías fundamentales constitucionalmente determinados por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 que tiene AON RE como sujeto administrativo, incurso en un procedimiento sancionador. Igualmente, dicha ausencia de motivación lesiona de manera evidente, los elementos intrínsecos del debido proceso y ocasiona una indefensión material en AON RE, al impedirle y limitarle la posibilidad de que pueda hacer valer su irrestricto derecho a la defensa, teniendo dicha infracción procedimental cometida, relevancia constitucional, toda vez que la decisión impugnada y contenida en la Resolución Sancionatoria, hubiese tenido un diferente resultado al que en la práctica se dio, de no haberse incurrido en los errores o defectos denunciados oportunamente.*

e. *Como la autoridad jerárquica podrá advertir, la motivación de actos*

administrativos constituye entonces, independientemente de una requisito procedimental ineludible, una garantía constitucional que busca evitar la arbitrariedad de la Administración (en este caso la APS) y está plasmada en el debido proceso y derecho a la defensa reconocidos por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.

f. *La motivación de un acto administrativo como la Notificación de Cargos (base esencial y determinante de la Resolución Sancionatoria) resulta legalmente obligatoria dentro del marco administrativo aplicable, por mandato de las disposiciones establecidas en los artículos 30 inciso d) de la LPA[3]; Artículos 62 y 66° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI[4]; y Artículos 29 numeral I incisos c) y d) y 31 numerales I y II del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (en adelante Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo)[5], disposición ultima aplicable en virtud a las Disposiciones Primera y Segunda de dicha norma reglamentaria. Como se advierte por la normativa legal y reglamentaria señalada, la motivación del acto administrativo constituye* ***parte esencial del procedimiento sancionatorio*** *resultando de inexcusable e ineludible cumplimiento.*

(*[3]* ***Ley de Procedimiento Administrativo (LPA):***

"Articulo 30º (Actos Motivados). *Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:....*

d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.")

(*[4]* ***Reglamento LPA-SIREFI:***

"Artículo 62°.- (Legalidad)

I. *El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.*

II. *La potestad sancionadora deberá ser ejercitada* ***en un contexto de seguridad jurídica. de respeto a! debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos*** *por la Ley No. 2341 de23 de abril de 2002 y normas aplicables."*

"Artículo 66° numeral II.- (Notificación de Cargos)

(…)

II. La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor ***tensa cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas v las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa."***)

(*[5]* ***Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo:***
"***Artículo 29.- (Forma).***

I. El acto administrativo se expresará por escrito y consignará:...

c) Expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa.

d) Motivación en los hechos y el derecho, cuando se exija este requisito.(...) "

"***Artículo 31.- (Motivación).***

I. Serán motivados los actos señalados en el Artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo y además los que:

a) Decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos.

b) Resuelvan peticiones, solicitudes o reclamaciones de administrados

c) Resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales.

II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resulten del expediente; consignará las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión. (…)")

g. *La necesaria motivación de actos administrativos que deban así serlo (Notificación de Cargos) en virtud a disposiciones aplicables, no sólo tiene como base la obligatoriedad legal enunciada y determinada en el ordenamiento legal y reglamentario administrativo mencionado, sino que, de manera eminente, está igualmente prevista y reconocida por la jurisprudencia constitucional boliviana, precisamente con el fin de evitar vulneraciones a los principios constitucionales de Debido Proceso y Derecho a la Defensa. Al punto cabe indicar que la aplicación de dicha jurisprudencia ya fue expresada en el Recurso de Revocatoria oportunamente presentado, sin que la APS, en la Resolución de Revocatoria se pronunciará sobre el tema, violando así nuevamente los derechos de AON RE, aspecto que corresponde a la autoridad jerárquica subsanar y pronunciarse al respecto. Así, sobre el tema, la jurisprudencia constitucional vinculante señala lo siguiente:*

SC 1863/2010-R de 25 de octubre de 2010:

"(...) El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad ***y defensa irrestricta.***

(...) A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el ***auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente vulnerada***

SC 1009/2003-R, de 18 de julio de 2003:

> *"(..) la motivación con el principio de congruencia es de ineludible cumplimiento en el quehacer del juzgador, (..)* ***Cuando no se procede de tal forma, se tendrán como lesionadas las normas del debido proceso*** *así como también las normas que impongan al juzgador la motivación de sus decisiones.(..)"*

SC2065/2010-R de 10 de noviembre de 2010:

> *"(..) Consideraciones sobre el alcance y elementos del debido proceso:*
>
> ***(..) Los arts. 16.IV de la CPE abrg y art. 115.11 de la CPE, establecen la garantía al debido proceso, en el ámbito penal y sancionatorio administrativo- disciplinario; y, actualmente halla su consagración en el art. 117.1 de la CPE,*** *al señalar que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. En este sentido, el debido proceso, es entendido como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que entre otros aspectos, se garantice al justiciable el conocimiento o notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente su defensa, el derecho a ser escuchado, presentar pruebas, impugnar, el derecho a la doble instancia; en suma,* ***se le dé la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier tipo de acto emanado del Estado, donde se encuentren en riesgo sus derechos o tenga que determinarse una responsabilidad; de donde se entiende que la garantía del debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también en el administrativo. (..)***
>
> *(...) a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra si mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba;* ***derecho a la motivación*** *y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003- R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);* ***sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia (..)."***

SC 0160/2010-R de 17 de mayo de 2010:

> ***"El debido proceso, está reconocido constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los arts. 115.11 y 117.1 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE)*** *-art. 16. IV de la CPE abrg-, y como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar;* ***es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado*** *que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales (..)".*

SC 0375/2010-R de 22 de junio de 2010:

> *(...)"**El debido proceso comprende a su vez el derecho a la defensa,** previsto por el art. 16.11 de la CPE, como potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le **franquea._Asimismo,*** (sic) ***implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal*** *en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".*

SC 0183/2010-R de 24 de mayo de 2010:

> *"(...).Contemplado en el art. 16.11 de la CPE abrg, como derecho fundamental donde establece que el derecho de defensa de la persona en luido es inviolable;* ***actualmente se encuentra contemplado como garantía jurisdiccional previsto por el art. 115.1 de la CPE,*** *que prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, lo que implica que el acceso a la justicia comprende el derecho a ser escuchado en proceso; a presentar prueba; hacer uso de los recursos;* ***y la observancia de los requisitos de cada instancia procesal. (...)"***

SC 1670/2004-R de 14 de octubre de 2004:

> *"...el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el*

derecho a hacer uso de los recursos; y iv) ***el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal (…)"****.*

SC 012 /2003 - R de 08 de enero de 2003:

> *"(..) el derecho al debido proceso constituido en garantía procesal en el desarrollo de un proceso, subsume entre otros elementos fundamentales que hacen a su esencia, los cuales no son optativos ni están sujetos a la aplicación discrecional del juzgador,* ***si no que llevan inmersa la obligatoriedad de su aplicación por mandato expreso de la Constitución, lo que implica que los juzgadores deben sujetar sus actuaciones al procedimiento aplicable a la causa que sea de su conocimiento, sin que pueda a criterio sustraerse a su aplicación****. (..)"*

h) Como la autoridad jerárquica podrá advertir, la jurisprudencia constitucional nacional expresada, de manera uniforme y en concordancia con el marco legal aplicable anteriormente mencionado y la doctrina administrativa vigente, ha determinado de manera concluyente que:

> *(i) Los actos administrativos que determinan el inicio de un procedimiento sancionatorio deben ser necesariamente fundados y motivados.*
>
> *(ii) la motivación de los actos administrativos, conjuntamente con el derecho al juez natural, legalidad formal, tipicidad, defensa irrestricta y otros elementos, constituyen requisitos esenciales del debido proceso y el derecho a la defensa, siendo de inexcusable cumplimiento.*
>
> *(iii) el debido proceso y el derecho a la defensa, como principios constitucionales reconocidos por nuestra Constitución Política del Estado,* ***implican la necesaria observancia del conjunto de los requisitos previstos (dentro del cual se encuentra la motivación)*** *en cada instancia procesal dentro de un proceso sancionatorio, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado* ***La ausencia de los mismos implica una violación a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa*** *En el presente caso la ausencia de los requisitos de motivación en la Notificación de Cargos tienen como efecto la nulidad de la Resolución Sancionatoria por afectar el debido proceso y el derecho a la irrestricta defensa.*
>
> *(iv) El debido proceso y el derecho de defensa, están reconocidos constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE).*

Independientemente de lo mencionado, que confirma la legalidad y legitimidad de AON RE en la nulidad objetada, corresponde señalar que la Resolución de Revocatoria emitida por la APS, no evalúa ni se pronuncia legal y adecuadamente

sobre los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales expuestos en el Recurso de Revocatoria, los cuales ponen de manifiesto y ratifican los vicios de la Notificación de Cargos y la correspondiente nulidad de la Resolución Sancionatoria, y por el contrario, de manera desordenada, mantiene débiles argumentos legales que pretenden justificar la falta de debida y legal fundamentación de la Notificación de Cargos. Al respecto, la APS en la Resolución de Revocatoria sostiene principalmente de manera expresa lo siguiente[6]:

> (*[6] Toda vez que en distintas partes consideradas del texto de la Resolución de Revocatoria, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) de manera desordenada pretende realizar argumentaciones justificatorias sobre este tema, se ha intentado, de manera agrupada y esquemática, discernir cuales de todas éstas argumentaciones finalmente intentan ser los fundamentos legales principales que justifican la decisión regulatoria de no aceptar la nulidad invocada. Así, se ha seleccionado éstas, y no se ha considerado, para su evaluación, aquellas "supuestas consideraciones" que no contienen un análisis jurídico y que constituyen de parte de la APS simples aseveraciones cargadas de adjetivaciones sin base legal o jurisprudencial.*)

a. Primer Supuesto Fundamento Considerativo sobre el Tema.

"… … … (Sic) *hay que examinar el contenido de la notificación con cargos para contrastar con la aducida insuficiencia de información de la misma a "efectos de una defensa adecuada".*

"Que la notificación de cargos CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012 señala lo siguiente: … … (sic)*"[7]*

> (*[7] En el texto de la Resolución de Revocatoria a continuación se transcriben literalmente los cargos contra AON RE expresados en la Notificación d Cargos.*)

"…
- De qué trata la notificación de cargos? Del ***resultado de una "evaluación y revisión" de una nota de cobertura concreta*** *(textual)*

- Cuál es le resultado? Que para la nota de cobertura del periodo junio 2009 a junio de 2010, supuestamente el reasegurador fue QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC. (textual).

- Cuál la consecuencia? Las 8 infracciones explicitadas precedentemente de manera resumida; en las cuales, se especifica en detalle en qué consisten cada una de las infracciones. El tenor de cada uno de los incumplimientos es por demás, claro y conciso, en perfecta armonía de relación causa-efecto, permitiendo conocer a su destinatario (AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS) ***en qué consisten los cargos, el por qué de los mismos, las circunstancias y el tiempo de la ocurrencia de los incumplimientos*** *(emisión de*

la nota de cobertura falsa)…." (págs. 16 y 17)

…"Que la notificación de cargos es un documento concreto que consiste en inscribir unos hechos, de manera sucinta, y la consecuencia legal de la ocurrencia de tales hechos, precisamente para que el presunto infractor tenga pleno conocimiento de los cargos que se le imputan, de las infracciones establecidas y las normas vulneradas, tal cual determina el artículo 66.II Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. En el caso que nos ocupa, la notificación efectuada a AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS ***contiene absolutamente los cargos, las infracciones establecidas así como las normas vulneradas. Luego, no es de recibo aceptar insuficiencias*** *en la tantas veces citada notificación de* ***cargos toda vez que la misma aplica el principio de economía, simplicidad y celeridad, a fin de evitar la realización de trámites, formalismos*** *o diligencias innecesarias; v.gr. artículo 4.k) de la Ley de Procedimiento Administrativo". (Pág 18)*

"Que ahora bien y una vez más, examinemos la notificación de cargos CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012. La misma, en su primera parte señala el supuesto hipotético de inconducta o ilícito administrativo que causa la identificación de normas vulneradas; [8]

> *([8] En el texto de la Resolución de Revocatoria en forma previa se transcriben definiciones sobre el concepto "fundamentación"*)

"…se comunica a usted que como resultado de la revisión y evaluación de la Nota de Cobertura recibida de SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES 24 DE SEPTIEMBRE S.A. para el periodo junio 2009 a junio 2010, cuyo reasegurador ***supuestamente*** *(la negrilla y subrayado* (sic) *es para fines de esta resolución), fue QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., se advirtieron las siguientes presuntas infracciones:*

Que luego de este párrafo, se especifican en detalle cada uno de los cargos, las normas vulneradas así como las infracciones, en relación a los hechos que la generan:…. ….(sic)*"[9]*

> *([9] En el texto de la Resolución de Revocatoria a continuación se transcriben literalmente los cargos contra AON RE expresados en la Notificación de Cargos.*)

"Que se puede advertir entonces ***que la notificación con cargos cumple a cabalidad, los requisitos que exige la norma****; es más, el principio de fundamentación que exige la norma para el acto administrativo se objetiva en esta actuación precisamente por la concurrencia de sus requisitos esenciales" (Págs. 37y* (sic) *38):* (sic)

"Que huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar la notificación

con cargos como una decisión de la administración, siempre "motiva" tales notificaciones aunque no se encuentre en el catalogo de actos administrativos motivados (ver artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341). Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que la notificación de cargos sea concreta; esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la nota de notificación de cargos que nos ocupa, evitando caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que puede llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación. *En la etapa de notificación con cargos, esta APS no tiene obligación legal alguna de anotar todo lo acopiado en los distintos instrumentos técnicos de los que se vale para emitir pre juicios de valor en las notificaciones de cargos, siempre y cuando cumpla con sus requisitos intrínsecos y extrínsecos (como ha ocurrido en este caso)."*

"Que las conclusiones a las que la APS arribó ***mediante la emisión de estudios técnicos y legales (antecedentes de la notificación de cargos) no son simplemente "supuestos"****, son conclusiones racionales y fundamentadas que permiten elaborar opiniones en consecuencia. (Pág. 39):* (sic)

Como se advierte, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) en el dictado de la Resolución de Revocatoria, como primer fundamento expresa esencialmente que la "Notificación de Cargos cumple a cabalidad con los requisitos que exige la norma", que supuestamente ésta refleja de manera idónea "en qué consisten los cargos, el por qué de los mismos, las circunstancias y el tiempo de la ocurrencia de los incumplimiento", que para su emisión se "aplica el principio de economía, simplicidad y celeridad, a fin de evitar la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesaria", que ésta es concreta y evita "exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que pueden llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación", y que finalmente la Notificación de Cargos "es resultado de una evaluación y revisión de una nota de cobertura concreta" y que sus conclusiones son producto de estudios técnicos y legales y por tanto racionales y fundamentados. Ciertamente todas estas aseveraciones, si fueran ciertas y evidentes, no hubiesen motivado la oportuna impugnación de nulidad de la Resolución Sancionatoria por vicios en la Notificación de Cargos. Así, lamentablemente dichas afirmaciones resultan erróneas y opuestas a la realidad de los hechos y al contenido de la Notificación de Cargos, acto administrativo que no reúne las condiciones de motivación previstas normativa y jurisprudencialmente, afectando los derechos de defensa y del debido proceso de AON RE.

En efecto, conforme a lo expresado precedentemente en este Recurso, se ratifica que la Notificación de Cargos adolece de vicios de nulidad por falta de motivación, toda vez que en ésta, la APS luego <u>de simplemente mencionar que ha evaluado y revisado una nota de cobertura</u> (ni siquiera como corresponde el conjunto de los hechos y circunstancias que motivan un supuesto ilícito administrativo), de manera genérica establece la comisión de supuestas conductas sancionables y las normas legales presuntivamente violadas, sin verdaderamente fundamentar y explicar las mismas y menos aún, lo más importante, establecer mínimamente los elementos fundamentales en materia sancionatoria como (i) la relación de <u>causalidad entre los</u>

hechos o faltas supuestamente cometidos, (ii) su vinculación objetiva y material con AON RE, (iii) las circunstancias y el contexto fáctico, y (iv) cómo preliminarmente se ajusta el comportamiento de AON RE a las conductas que la norma describe típicamente y que son objeto de sanción administrativa.

Sería importante poder conocer ***¿En qué parte de la Notificación de Cargos (de sólo tres exiguas páginas para ocho muy graves cargos) se cumple con esta obligación de motivación?. ¿Dónde están comprendidos, explicados o consignados los elementos técnico legales antes mencionados?.*** *De una simple y llana observación de la Notificación de Cargos, la autoridad jerárquica advertirá que estos elementos no existen ni están debidamente presentes en la Notificación de Cargos,* ***pues la APS simplemente no los consideró y motivó****, seguramente en un mal entendido afán de "ser concreto" o "aplicar principio de economía, simplicidad y celeridad' , y tal vez evitar "la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesaria" o "exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que pueden llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación", pretensión que lamentablemente se ha traducido en el presente caso, en una falta de precisa y legal motivación de las supuestas infracciones y por tanto en una afectación de nuestro derecho al debido proceso y defensa constitucionalmente reconocido en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.*

Es importante destacar al punto que, en materia sancionatoria administrativa y conforme señala la jurisprudencia boliviana (precedentemente mencionada e incluso ya citada en el Recurso de Revocatoria interpuesto y tampoco considerada por la APS) una notificación de cargos o auto inicial de un proceso administrativo sancionatorio ***"debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso"*** *y sobre todo* ***"debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente vulnerada….*** (sic)***" (SC 1863/2010-R de 25 de octubre de 2010).***

Como la autoridad jerárquica podrá verificar, la Notificación de Cargos, independientemente de no cumplir con los mandatos constitucionales determinados en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado y legalmente previstos en los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 66° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y Artículos 29 numeral I incisos c) y d) y 31 numerales I y II del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo), tampoco cumple con los elementos jurisprudencialmente determinados por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no siendo consecuentemente aceptables los justificativos considerativos expresados por la APS en la Resolución de Revocatoria, siendo por tanto nula la Resolución Sancionatoria, por los vicios existentes en la Notificación de Cargos.

Cabe expresar que la APS seguramente en el deseo de evitar "la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias" en relación a la Notificación de

Cargos, ha provocado que ésta no comprenda el contenido previsto por ley y jurisprudencialmente reconocido, no siendo aplicable el principio de informalismo, pues precisamente por tratarse de un acto esencial dentro de un proceso sancionador, su contenido no puede estar sujeto al arbitrio de la autoridad administrativa. La Jurisprudencia Constitucional ha ratificado este criterio en sucesivos fallos. Así ***la SC 0992/2005-R de 19 de agosto de 2005*** *señala lo siguiente:*

> *"...Con referencia el principio de informalismo, es necesario también dejar establecido que éste rige a favor del administrado, por la condición técnica de ciertas agencias, órganos y labores que cumple la administración pública, lo que lo sitúa en inferioridad de condiciones en su relación con el Estado, por ello no rige a favor de la administración, estando más bien ésta obligada al cumplimiento de todas las formalidades establecidas por las normas aplicables a su relación con las personas...".*

La Resolución de Revocatoria expresa en relación a la notificación de cargos que la APS "siempre motiva tales notificaciones aunque no se encuentre en el catalogo de actos administrativos motivados (ver artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341)". Al respecto cabe reiterar que en materia sancionatoria administrativa, la debida motivación de una Notificación de Cargos resulta obligatoria, no solo por la aplicación de los principios constitucionales y legales del debido proceso y el derecho a la defensa, sino en virtud al principio de progresividad reconocido uniformemente en nuestra jurisprudencia constitucional vigente y particularmente en la ***SC2065/2010-R de 10 de noviembre de 2010*** *(la cual ya fue igualmente mencionada en el Recurso de Revocatoria presentado y no considerado por la APS) que señala lo siguiente:*

> *"...se entiende que la garantía del debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también en el administrativo. (..) a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son ...()... .derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurarla realización del valor justicia (..)."*

En el marco precedente, el deber de una debida motivación ciertamente no es una "concesión" de parte de las autoridades públicas (en este caso la APS), sino que es una exigencia de cumplimiento obligatorio. Así, su ausencia o defecto en un acto administrativo sancionatorio (como es el caso de la Notificación de Cargos), tiene como sanción la nulidad, por prescindir del procedimiento legalmente establecido y por tratarse de la afectación de derechos constitucionales como son el debido proceso y el derecho a la defensa irrestricta.

b. Segundo Fundamento Considerativo sobre el Tema.

"Que la segunda parte de este argumento legal de ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *tiene que ver con la supuesta imposibilidad de esta corredora de reaseguros de hacer ninguna otra cosa que presentar el memorial de descargos (frente a la supuesta vaguedad de la notificación de cargos). Constituye un rotundo mentís a aquella afirmación de imposibilidad de acción lo dispuesto por el artículo 28 del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de junio de 2003: "I. Los trámites administrativos en el SIREFI son públicos, teniendo derecho el interesado o la persona que la represente legalmente, acceso a la información y antecedentes respectivos, de acuerdo a los requisitos que establezca la Ley y la Superintendencia correspondiente. La Información, documentos, copias legalizadas y duplicados que requieran los interesados se podrán obtener a solicitud escrita dirigida a la Superintendencia respectiva, siempre que se refieran a trámites en los que sean directamente interesados…". -O mejor, lo determinado por el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo: "II. En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución.".*

"Que como acabamos de demostrar, ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS sí*** *podía hacer conocer (en su momento y en cualquier momento del procedimiento en realidad) sus observaciones respecto de las debilidades de la notificación de cargos, si realmente estaba convencida de ello. Lo evidente es que no lo hizo.*

"Que AON RE respondió a la notificación de cargos con bastante profusión de documentación (más de 160 folios), extremo que revela que esta corredora de reaseguros sí sabía y entendía perfectamente los cargos, porque la notificación era clara per se, prueba de que ejerció y ejerce su derecho a defensa de manera amplia y sobre la base de toda la documentación obtenida.

…."Que como apoyo de su anterior argumento, la recurrente cita variada jurisprudencia consistente en sentencias constitucionales, que se las da por reproducidas, a las cuales, esta Autoridad nada tiene que objetar" (Pág. 40)[10]: (sic)

(*[10] Similar "argumentación" se encuentra en la página 16 de la Resolución de Revocatoria*)

Como se advierte, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) en el dictado de la Resolución de Revocatoria, como segundo fundamento en relación al tema, expresa esencialmente que AON RE BOLIVIA SA. CORREDORA DE REASEGUROS, en aplicación del artículo 28 del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de junio de 2003 o el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pudo hacer conocer sus observaciones "respecto de las debilidades de la notificación de cargos, si realmente estaba convencida de ello" y que no lo hizo, que "respondió a la

notificación de cargos con bastante profusión de documentación" y que por tanto "sí sabia y entendía perfectamente los cargos, porque la notificación era clara per se".

Al respecto, corresponde expresar que AON RE hizo conocer a la APS de manera oportuna los vicios de la Notificación de Cargos, aspecto que de haber sido considerado, ciertamente hubiese evitado la nulidad posterior de la Resolución Sancionatoria. En efecto, en la oportunidad de la respuesta a la Notificación de Cargos se hizo especial hincapié en este aspecto, solicitando se anule la Notificación de Cargos por no tener la motivación legal y jurisprudencialmente exigible y no entenderse a cabalidad los argumentos legales y fácticos que configuraban las supuestas infracciones cometidas, habiendo recibido como respuesta de parte de la APS que no podía anular la misma en esta instancia y que aquello únicamente podía resolverse en oportunidad de la resolución de los recursos administrativos[11], violando así las previsiones contenidas en los artículos 55 y 56 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, que determinan la procedencia de la anulación no sólo a instancia de parte, sino de oficio, cuando existe el riesgo de indefensión, que era precisamente el presente caso. En este marco, resulta verdaderamente sorprendente que la APS manifieste que no se hizo conocer las observaciones correspondientes de manera oportuna, afirmación falaz e incluso contradictoria con lo señalado en la Resolución Sancionatoria. Corresponde señalar que, precisamente, en cumplimiento del artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, AON RE hizo conocer sus observaciones dentro del "procedimiento" regulado, en este caso sancionatorio, y la APS equivocadamente no los consideró a momento de emitir la correspondiente Resolución Sancionatoria, en pleno incumplimiento del artículo 46 que cita como considerando justificatorio de su decisión, razón por la cual resulta absolutamente impertinente dicha cita.

(*[11] Pág. 7 Resolución Sancionatoria.*)

En los considerandos justificatorios de la Resolución de Revocatoria, igualmente inoportuna resulta la cita del artículo 28 del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de junio de 2003, la cual no tiene relación con el argumento de falta de oportunidad que al parecer pretende demostrar la APS, en otra exhibición de incongruencia de la Resolución de Revocatoria y de la actuación de la APS en este caso. Cabe anotar al punto, que la APS en el momento que AON RE presentó sus observaciones sobre el contenido y motivación del acto administrativo (Notificación de Cargos), ante incluso la eventual duda sobre su alcance, interpretación y contenido, ***debió haber anulado el proceso*** *y emitido otra Notificación de Cargos, todo ello en cumplimiento de los principios de favorabilidad e interpretación progresiva de la norma, los cuales están expresamente y uniformemente reconocidos en nuestra jurisprudencia constitucional a través de los siguientes fallos (los cuales fueron puestos en conocimiento de la APS e ignorados por ésta al no haber emitido criterio al respecto):*

SC 0006/2010-R de 6 de abril de 2010:

"(..). (sic) *partiendo del principio pro hómine, contenido en los arts. 5 del Pacto*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 13. IV y 256 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, su libertad y derechos, así como interpretar esas normas de manera más amplia.(..)

SC 0977/2010-R de 17 de agosto de 2010:

"(..) de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, ***debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos.*** *(..)"*

SC 136/2003-R de 6 de febrero de 2003:

".(..) (sic) *el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad),* ***con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado,*** *el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado".*

Como se advierte, por la jurisprudencia precedentemente anotada, la APS debió haber anulado la Notificación de Cargos y emitido una nueva notificación, ajustada a derecho y así evitar la nulidad de la Resolución Sancionatoria. Dicho aspecto puede y corresponde ser reparado por la autoridad jerárquica en la presente etapa recursiva, debiendo por tanto disponer la nulidad de la Resolución Sancionatoria por defectos en la Notificación de Cargos.

Por otra parte, la APS en la Resolución de Revocatoria expresa que no sería factible el reclamo de falta de motivación de la Notificación de Cargos, toda vez que AON RE respondió a la notificación de cargos "con bastante profusión de documentación" y que por tanto "sí sabía y entendía perfectamente los cargos, porque la notificación era clara per se".

La APS justifica que AON RE al haber contestado "sí sabía y entendía perfectamente los cargos" por tanto la ilegal Notificación de Cargos al parecer no podría ser objetada por falta de motivación.

¿Que se supone que AON RE debió hacer entonces? ¿No contestar? ¿No defenderse?.

Verdaderamente la afirmación y justificación para no admitir la nulidad de la

Resolución Sancionatoria resulta por demás curiosa y extraña, pues, al parecer, la APS esperaba que AON RE no observe la grave falencia legal y mantenga silencio sobre el tema, afectando así su derecho a la legítima defensa y debido proceso. Corresponde destacar que AON RE, como ya se expresara en el presente recurso, ***invocó la observación de falta de motivación en la oportunidad procesal y administrativa que correspondía*** *(que era precisamente la respuesta a la Notificación de Cargos) y su falta de oportuna atención, en la práctica cierta y fácticamente, limitó a AON RE la posibilidad de estructurar plena y adecuadamente todas sus justificaciones y alegatos, constituyéndose en una limitante grave y definitiva para su irrestricta y legítima defensa y su consecuente debido y legal procesamiento. Al respecto, se debe destacar y ratificar que el hecho de que AON RE hubiese contestado la Notificación de Cargos, además haciendo notar precisamente que existían vicios en dicho acto administrativo y que hubiese presentado ciertos descargos, no corrige ni subsana la ausencia de debida motivación de la Notificación de Cargos, toda vez que la motivación de un acto de esta naturaleza, como elemento esencial para la preservación y garantía de los principios de debido proceso y de derecho a la defensa, reconocidos en el ordenamiento administrativo y la preceptiva constitucional nacional, son de orden público y por tanto de cumplimiento obligatorio de parte de los órganos administrativos competentes (en este caso la APS), independientemente de si se contestó profusamente o no a la ilegal Notificación de Cargos. Este aspecto está expresamente admitido y considerado por la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado sobre el tema (SC 1863/2010-R 25 de octubre de 2010):*

> *"(...) El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. (...)"*

Finalmente, como la autoridad jerárquica advertirá, la APS no ha considerado y menos analizado toda la variada, justificada y uniforme jurisprudencia consignada en el recurso de revocatoria oportunamente presentado por AON RE, la cual demuestra que los vicios de motivación de un acto administrativo como la Notificación de Cargos, implicaban la nulidad de la Resolución Sancionatoria por afectar ésta los principios de debido proceso y de irrestricto derecho a la defensa previstos constitucionalmente. Al punto, cabe anotar que la APS de manera discordante con su decisión de no dar mérito a la nulidad objetada, da curiosamente "por reproducida" la jurisprudencia constitucional, señalando que "nada tiene que objetar" sobre la misma, aspecto inexplicable e igualmente violatorio del derecho de defensa de AON RE al no valorar ni evaluar la jurisprudencia constitucional presentada, la cual es concordante con la doctrina administrativa vigente y que demuestra que la Notificación de Cargos al no estar debida y legalmente motivada provoca la nulidad de la Resolución Sancionatoria.

En virtud a todo lo expresado en el presente Recurso Jerárquico, queda legal y jurisprudencialmente demostrado que dentro del procedimiento sancionatorio efectuado por la APS, la ausencia de los requisitos y elementos que deben observarse en las instancias procesales correspondientes y que integran los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, entre los cuales destaca la motivación de un acto

administrativo (Notificación de Cargos) implica no solo una violación al procedimiento legalmente establecido, sino sobre todo una violación a los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspectos que como tenemos señalado en el presente Recurso, constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 incisos e) y d) de la LPA. Así, se ratifica que la Resolución Sancionatoria se encuentra consecuentemente afectada de nulidad, correspondiendo a la autoridad jerárquica la declaratoria de nulidad hasta la emisión de un nueva Notificación de Cargos, la cual esté debidamente motivada y ajustada a las previsiones establecidas en los artículos 28 y 30 de la LPA y 62 parágrafo II del Reglamento LPA-SIREFI, en estricto acatamiento de los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 66 numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y Artículos 29 numeral I incisos c) y d) y 31 numerales I y II del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento de Ley de Procedimiento Administrativo.)

6.2. Se ratifica que la Resolución Sancionatoria es Nula por Falta de Motivación que Afecta el Derecho al Debido Proceso y el Derecho a la Defensa.

La Resolución Sancionatoria emitida por la APS, no sólo resulta nula en virtud a los razonamientos legales expresados en el numeral 6.1. del presente Recurso Jerárquico, sino que está igualmente afectada de nulidad en virtud al incumplimiento de las previsiones determinadas en los artículos 52 III de la LPA y el artículo 31 III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por DS 27113 de 23 de julio de 2003, aspecto debidamente observado en oportunidad de la presentación del Recurso de Revocatoria y tampoco considerada en la Resolución de Revocatoria, pese a los categóricos fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales expresados en el Recurso de Revocatoria presentado por AON RE, razones que se ratifican en su integridad a continuación a los efectos del presente Recurso Jerárquico, pidiendo a la autoridad jerárquica que los considere y se pronuncie sobre los mismos a momento de resolver el presente Recurso Jerárquico. Así los razonamientos y fundamentos legales y jurisprudenciales que ratifican que la Nulidad por Falta de Motivación de la Resolución Sancionatoria emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) son los siguientes:

a. La Resolución Sancionatoria en el propósito de desvirtuar los legítimos argumentos de AON RE respecto de los ocho (8) cargos impugnados, hace en diversas partes de su contenido, mención a supuestas conclusiones derivadas del tenor de informes técnicos y legales como el Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, el Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012.

b. El contenido de los informes técnicos y legales de referencia, que presumiblemente constituyen la base y motivación de la Resolución Sancionatoria y que al parecer además evaluaron técnica y legalmente los descargos presentados por AON RE, no fueron de conocimiento oportuno de

AON RE, sino, como ya se mencionara a momento de la presentación del Recurso de Revocatoria, fueron incompleta y fragmentariamente transcritas en la Resolución Sancionatoria, con supuestas conclusiones de los mismos, sin mayor explicación o motivación que permita saber las razones técnicas o legales que hubiesen llevado a las conclusiones de dichos informes, violando así las expresas previsiones establecidas en artículo 30 inciso d) y artículo 52 III de la LPA; artículo 29 numeral I inciso d) y artículo 31 numeral I inciso a) y numeral II y III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo y 68 numeral I del Reglamento LPA-SIREFI.

c. *En el marco de nuestra legislación, todo acto administrativo, en concordancia con lo establecido por la LPA y por el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe necesariamente contener una serie de requisitos indispensables[12], entre los cuales destaca la motivación de hechos y del derecho, conforme establecen los citados artículo 30 inciso d) de la LPA; artículo 29 numeral I inciso d) y artículo 31 numeral I inciso a) y numeral II y III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo y 68 numeral I del Reglamento LPA-SIREFI. La carencia o inexistencia de cualquiera de los elementos citados precedentemente, conlleva la intrínseca invalidación del Acto Administrativo.*

(*[12] En nuestra legislación, el artículo 28 de la LPA determina que son elementos esenciales de todo acto administrativo:*

"ARTICULO 28° (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) ***Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,***
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.".)

d. *En forma concordante con nuestra legislación, en la doctrina administrativa, la motivación constituye "la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada". La doctrina explica igualmente que la ''omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión debería determinar por regla la nulidad del acto, pues la falta de fundamentación implica no solo un vicio de forma sino también un vicio de arbitrariedad, que como tal determina la nulidad el acto"[13]. Como la autoridad jerárquica debe advertir, la fundamentación de un Acto Administrativo es un elemento*

intrínseco del mismo y no consiste en una simple síntesis o recuento de antecedentes, sino consiste en una detallada y muy clara exposición de los motivos que llevaron a su emisión, en condiciones que permitan al administrado comprender cabalmente el razonamiento y el derecho que en ellas se expone. En este marco, y como se expresara precedentemente, la motivación constituye una garantía constitucional fundamental del debido proceso y de defensa, ambos principios reconocidos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE). La ausencia de la motivación resulta insubsanable, y ha sido instituida y reconocida constitucionalmente, e incluso jurisprudencialmente, en contra de la arbitrariedad y el abuso de poder de la Administración Pública. Es importante destacar y como ya se expresará a momento de la presentación del recurso de revocatoria, que en el dictado de cualesquier resolución, de conformidad a la preceptiva legal de motivación establecida en el ordenamiento administrativo vigente, no es suficiente una enunciación de hechos y documentos o una parcial e incompleta remisión a conclusiones, sino que debe existir una demostración fehaciente de la plena enmarcación del Acto en la realidad fáctico-jurídica.

(*[13] Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo.*)

e. *En cumplimiento al Artículo 52 III de la LPA y el artículo 31 III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por DS 27113 de 23 de julio de 2003, la exposición de considerandos y la inclusión o menciones a informes internos en una resolución,* ***debe ser íntegra y expresa para ser aceptadas como fundamentación y por tanto constituirse en motivación de la misma. En este marco legal y reglamentario, de manera alguna la mención de informes o de sus supuestas conclusiones como es el caso de la Resolución Sancionatoria,*** *pueden ser consideradas como fundamentaciones o motivaciones, si no están debidamente y expresamente incluidas, ni resultan en el caso concreto suficientes para determinar que la APS ha expresado sus razones y fundamentos como manda la norma, y por lo tanto, la Resolución Sancionatoria carece completamente de fundamento.*

f. *Es importante reiterar que conforme dicta la doctrina administrativa "en cada caso será indispensable explicar clara y acabada, exhaustivamente, cuales son los hechos probados, cual es su prueba, que valoración reciben, que relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, que normas concretas se aplican al caso y por qué se las aplica"[14]. Esto demuestra que* ***"la fundamentación o motivación no es un problema de forma sino de fondo*** *y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión".[15]*

(*[14] Agustín Gordillo: Tratado de Derecho Administrativo.*)

(*[15] Idem* (sic).)

g. *Conforme al marco doctrinario precedente, que como se advierte acompaña estrictamente el criterio legal previsto en la LPA y el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por DS 27113 de 23 de julio de 2003, el Fundamentar un Acto Administrativo implica integrar en su propio texto todos los razonamientos jurídicos, técnicos y económicos que conducen de manera lógica y precisa a la decisión que adopta la autoridad. Este es un requisito intrínseco del acto, es decir que debe estar contenido en su propio texto, de forma que el procesado pueda, sin referirse a otro documento adicional, encontrar todas las razones que dan lugar a la decisión expresada. Así en virtud del marco legal administrativo vigente no es suficiente elaborar informes internos, informes técnicos o informes legales, porque estos no tienen la misma finalidad que el Acto Administrativo, ni están integrados de manera absoluta a dicho Acto. Por el contrario, si existieran informes, sus razonamientos de derecho y de hecho y conclusiones, en virtud a lo legalmente señalado, deben necesariamente incorporarse al texto (en la parte considerativa) del Acto Administrativo.*

h. *En el entendido precedente, la falta de inserción en la Resolución Sancionatoria de los informes mencionados o de los fundamentos de hecho y de derecho de éstos (Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, el Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012), implica que la Resolución Sancionatoria de conformidad con el parágrafo III del Articulo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la LPA, carece de fundamentación y, consecuentemente, de causa, impidiendo a AON RE el ejercicio de su irrestricta y legítima defensa, afectando en consecuencia, su debido procesamiento conforme al marco legal aplicable, violando las garantías constitucionales del debido proceso y derecho a la defensa reconocidas por los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.*

i. *La falta de motivación de Resolución Sancionatoria, legalmente obligatoria por mandato de las disposiciones establecidas en los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 68° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y 29 y 31 del DS 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento de Ley de Procedimiento Administrativo), implica bajo el marco legal vigente y el jurisprudencialmente mencionado en el punto anterior 6.1 del presente Recurso, una violación a los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspecto que constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 inciso d) de la LPA. En virtud de lo expresado, la Resolución Sancionatoria se encuentra afectada de nulidad, correspondiendo su nueva emisión. En concordancia con la circunstancia denunciada y comprobada en el punto 6.1 y dada la nulidad de la Notificación de Cargos, corresponde la declaratoria de nulidad hasta el vicio más antiguo, es decir la emisión de una nueva Notificación de Cargos debidamente motivada y ajustada a las previsiones*

establecidas en el ordenamiento administrativo aplicable.

Al margen de lo expresado que ratifica la nulidad de la Resolución Sancionatoria, cabe señalar que la Resolución de Revocatoria emitida por la APS, no analiza los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales expuestos en el Recurso de Revocatoria, y mantiene injusta e inconsistentemente argumentos legales que pretenden justificar la falta de debida y legal fundamentación de la Resolución Sancionatoria. Así, sobre el tema, la APS en la Resolución de Revocatoria sostiene principalmente de manera expresa lo siguiente[16]:

> (*[16] Toda vez que en distintas partes consideratívas del texto de la Resolución de Revocatoria, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) de manera desordenada pretende realizar argumentaciones justificatorias sobre este tema, se ha intentado, de manera agrupada y esquemática, discernir cuales de todas éstas argumentaciones finalmente intentan ser los fundamentos legales principales que justifican la decisión regulatoria de no aceptar la nulidad invocada Así, se ha seleccionado éstas, y no se ha considerado, para su evaluación, aquellas "supuestas consideraciones" que no contienen un análisis jurídico, y que constituyen de parte de la APS simples aseveraciones cargadas de adjetivaciones sin base legal o jurisprudencial.*)

a. Supuestos Fundamentos Considerativo (sic) ***sobre el Tema.***

> *"....Que como colofón de este punto, se debe manifestar categóricamente, que toda resolución que emite esta APS contempla un acápite denominado "VISTOS", en la que se revela la documentación que sirve de base sobre la cual, se "construye" el razonamiento de la resolución. Estamos seguros que la recurrente ha advertido este extremo. Siendo así, no hay ninguna obligación legal para esta Autoridad, a desarrollar in extenso el contenido de tales documentos (como informes técnicos, informes legales, cartas, papeles borradores de trabajo, y normas vigentes) en la subsecuente resolución por ser sencillamente impracticable. Esta documentación siempre está a disposición del interesado como lo está para AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS; en efecto, así lo entiende esta entidad y así ha solicitado a la APS, quien, sin titubear le ha facilitado toda la documentación requerida, en cabal aplicación del artículo 28.1 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, entonces de que restricción al derecho de defensa y debido proceso se acusa al ente regulador? (**Pág 18**)*
>
> *"…Que en relación al argumento legal 4 del sexto Considerando de la presente resolución que menciona:*
>
> *Los Informes técnicos y legales no han sido insertados en la resolución sancionatoria, por lo que importan, al tenor del parágrafo IJI* (sic) *del artículo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la LPA, carencia de fundamentación y de causa, impidiendo a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** el*

ejercicio de su irrestricta y legítima defensa", ya nos hemos referido en amplitud a esta alegación. Reiterar que ***AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS*** *ejerce plenamente su derecho a la defensa, ya que ha solicitado y se le ha proporcionado documentación, se ha abierto término probatorio a su instancia, se ha recibido y valorado cuanta prueba ha presentado, etc. En la parte "VISTOS" de esta (y de toda) resolución de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, constan los documentos técnicos que forman parte y que fundan la "decisión pertinente ' (bastará volver a leer la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012; v.gr. página 9). Por otra parte y en cuanto a esta alegación se tiene que el "articulo 31.III." del Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sólo existe en el memorial de recurso de la Corredora de Reaseguros. (****Págs. 40, 41****)"*

Como la autoridad jerárquica podrá advertir, en la Resolución de Revocatoria, como fundamentos para no dar mérito a la nulidad solicitada, la APS señala esencialmente que en toda resolución que emite "contempla un acápite denominado "VISTOS", en la que se revela la documentación que sirve de base sobre la cual, se construye el razonamiento de la resolución", que sobre los informes legales y técnicos "no hay ninguna obligación legal para esta Autoridad, a desarrollar in extenso el contenido de tales documentos" y que la documentación solicitada a la APS por AON RE ha estado siempre a su disposición y que la APS "sin titubear le ha facilitado toda la documentación requerida" por AON RE.

Al respecto cabe expresar que las previsiones legales establecidas en el artículo 30 inciso d) de la LPA; artículo 29 numeral I inciso d) y artículo 31 numeral I inciso a) y numeral II y III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo y 68 numeral I del Reglamento LPA-SIREFI, claramente determinan la obligatoriedad de motivación de un acto administrativo como la Resolución Sancionatoria y que en ésta, por propia aseveración de la APS, el Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, el Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012, constituyen el razonamiento y motivación de la resolución. Así, estos informes en virtud a lo previsto en el artículo 52 III de la LPA y el artículo 31 III del Reglamento de la Ley de ProcedimientoAdministrativo aprobado por DS 27113 de 23 de julio de 2003, para ser aceptadas como fundamentación y por tanto constituirse en motivación de la Resolución Sancionatoria, conforme expresa textualmente el mencionado artículo 52 III de la LPA, deben ser incorporadas al texto de ella. Dicho aspecto como la autoridad jerárquica advertirá de la lectura de la Resolución Sancionatoria, no se ha cumplido y solo existen en algunos casos, fragmentarias y parciales trascripciones de los informes de referencia que, repetimos, no permiten conocer el análisis y los razonamientos de dichos informes y por tanto de los fundamentos que motivan la Resolución Sancionatoria. Igualmente, la simple remisión a informes legales o técnicos conforme al artículo 31 III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, no reemplaza la obligación de motivación y, por tanto, para constituirse como fundamentación y motivación, su incorporación debió ser íntegra y expresa. Así, la pretendida justificación de motivación de la APS, al señalar que la Resolución Sancionatoria "contempla un acápite denominado

"VISTOS", en la que se revela la documentación que sirve de base sobre la cual, se "construye" el razonamiento de la resolución", no tiene asidero legal y por el contrario confirma que la motivación exigida por ley no ha sido acatada y pretende ser ilegalmente sustituida con una simple remisión, la cual como, se ha advertido, no constituye la motivación exigida por la ley y es manifiestamente contraria al artículo 52 III de la LPA y artículo 31 III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, correspondiendo consecuentemente a la autoridad jerárquica determinar la nulidad de la Resolución Sancionatoria.

Por otra parte, cabe expresar que, a efectos de poder interponer el Recurso de Revocatoria y pese a nuestro insistente y oportuno requerimiento (18 de mayo de 2012), la APS no franqueó a AON RE fotocopias legalizadas de los Informes y otros documentos especificados en la Resolución Sancionatoria y que sirvieron de base de fundamentación de la Resolución Sancionatoria (Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012) sino hasta fecha 31 de mayo de 2012, ***es decir un día después de haber vencido el plazo para presentar el Recurso de Revocatoria.*** *Dicha circunstancia, no solo desnuda la falaz aseveración de la APS de que la documentación solicitada por AON RE ha estado siempre a su disposición y que la APS "sin titubear le ha facilitado toda la documentación requerida", sino que sobre todo demuestra la violación, afectación y limitación al irrestricto derecho de AON RE de ejercer su derecho de defensa y de debido proceso, previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspecto que constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 inciso d) de la LPA.*

Por lo expresado y como su la autoridad jerárquica advertirá, se ratifica que la Resolución Sancionatoria, de conformidad con el parágrafo III del Artículo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la LPA, carece de fundamentación (legalmente obligatoria por mandato de las disposiciones establecidas en los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 68° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y 29 y 31 del Reglamento de Ley de Procedimiento Administrativo), aspecto que implica bajo el marco legal y jurisprudencialmente mencionado, violación a los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspecto que constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 inciso d) de la LPA.

6.3. La Resolución de Revocatoria es Nula por Falta de Motivación que Afecta el Derecho al Debido Proceso y el Derecho a la Defensa.

La Resolución de Revocatoria incurre en los mismos vicios de nulidad de la Resolución Sancionatoria expresados en el punto 6.2 precedente. En efecto, la APS nuevamente al momento del dictado de la Resolución de Revocatoria, no ha debidamente integrado y/o acompañado a su texto los informes que le sirven de motivación (Informe Técnico APS/DS/N° 800-2012 de 2 de junio de 2012; el Informe Legal

APS/DJ/DS/ 167/2012 de 11 de junio de 2012; el Informe Legal APS/DJ/DS/191/2012 de 02 de julio de 2012) violando así las disposiciones relativas a la motivación previstas en los artículos 30 inciso d) de la LPA; Artículos 62 y 68° numeral II del Reglamento LPA-SIREFI; y 29 y 31 del Reglamento de Ley de Procedimiento Administrativo, incumpliendo por tanto las normas establecidas en el parágrafo III del Artículo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo y afectando consecuentemente de nulidad la Resolución de Revocatoria, aspecto que implica bajo los mismos argumentos[17], marco legal y jurisprudencialmente mencionado en el punto precedente (6.2.), violación a los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, circunstancia que constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 inciso d) de la LPA, nulidad que a la autoridad jerárquica le corresponde reparar disponiendo la nulidad del procedimiento hasta el vicio más antiguo, es decir hasta la emisión de una nueva notificación de cargos dado lo previsto en el numeral 6.1. de este Recurso.

> (*[17] La única salvedad radica en que la APS esta vez ha hecho entrega de los informes solicitados en la oportunidad de la emisión del auto de aclaración de resolución, a diferencia de lo ocurrido al momento de la presentación del Recurso de Revocatoria en la que los informes que son la motivación de la Resolución Sancionatoria fueron entregados luego de vencido el plazo para la presentación del recurso de revocatoria.*)

6.4. La Resolución de Revocatoria es Nula por Falta de Motivación y Congruencia.

La APS en el dictado de la Resolución de Revocatoria a momento de intentar presuntivamente "fundamentar" teóricamente la no procedencia de la prescripción invocada por AON RE, acude a preceptos legales de orden penal, que pudiesen ser eventualmente aplicables al régimen sancionatorio administrativo.

Sin embargo, se ratifica que la justificación teórica resulta absoluta y plenamente confusa, imprecisa e incluso ambigua, pues no se llega a saber con plena certeza[18] si la APS califica la supuesta infracción cometida (emisión de la Nota de Cobertura) por AON RE, como una "infracción instantánea con efecto permanente" o una "infracción permanente"[19] (aspecto que también se hizo conocer a momento de la interposición del Recurso de Revocatoria pues la Resolución Sancionatoria incurre en el mismo vicio invalidante), calificación y precisión teórica que resulta imprescindible, toda vez que su configuración conceptual tiene contenidos, efectos, ramificaciones y consecuencias absolutamente distintas, no habiendo igualmente realizado una necesaria y legal adecuación con las circunstancias objetivas determinantes de la supuesta ilicitud.

> (*[18] Ver lo que dice la Resolución de Revocatoria en sus páginas 44 y 45.*
>
> *"....Que por si el análisis previo no fuera suficiente, aún hay otro elemento que configura la no prescripción de la sanción. Consideremos que la Nota de Cobertura tenía vigencia hasta el*

> *30 de junio de **2010** y que en esta fecha cesaron sus efectos **(su carácter de infracción instantánea con efectos permanentes**)…* …. (sic)"
>
> *"...Que esta lectura de la prescripción en relación a la naturaleza de la infracción que se analiza no constituye ocurrencia o capricho de esta APS, sino que viene refrendada consistentemente por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que establece: "...**En las infracciones permanentes**, la vulneración administrativa… (…)"*)
>
> (*[19] En la Resolución Sancionatoria, incluso la APS menciona la infracción "instantánea continuada" categoría no ajustada a los principios doctrinarios vigentes.*)

Dicha falta de adecuada motivación y congruencia, limita gravemente a AON RE su legal, pleno e irrestricto derecho a la defensa, afectando en consecuencia su derecho constitucional al debido proceso, resultando la decisión inmotivada e incongruente, y por tanto irregular y anómala. Así, se reitera sobre el tema la jurisprudencia que señala lo siguiente:

SC 1009/2003-R, de 18 de julio de 2003:

> *"(...) **la motivación con el principio de congruencia es de ineludible cumplimiento en el quehacer del juzgador,** puesto que la motivación le exige dictar resoluciones que den razones de su decisión, vale decir, que toda decisión deberá contar con una suficiente motivación que exponga el razonamiento respaldado por las normas jurídicas tanto sustantivas como adjetivas que sean aplicables al caso por resolverse. Cuando no se procede de tal forma, se tendrán como lesionadas las normas del debido proceso así como también las normas que impongan al juzgador la motivación de sus decisiones.*
>
> *"(..) toda resolución, deben en principio identificarse las partes, una suma de las pretensiones así como también el objeto de la resolución, posterior a ello, tendrá que exponerse una parte relativa de lo demandado, otra relativa a los hechos comprobados por el juzgador, otra que exponga el razonamiento del juzgador más las normas legales que sustenten dicho razonamiento y <u>finalmente la parte resolutiva que deberá -resulta por demás obvio- responder a las partes precedentes, lo que significa, que la decisión debe guardar completa correspondencia con todo lo expuesto a lo largo del texto de la resolución;</u> si no se estructura de tal forma una resolución, ésta carecerá de consecuencia, puesto que luego de analizar, relatar y analizar determinados hechos se llegaría a resultados distintos, que darían lugar no sólo a la lesión del derecho a la seguridad jurídica que como hemos referido exige en el ámbito de la jurisdicción judicial en general la aplicación objetiva de las leyes, sino también se tendría como lesionado el principio referido y por ende el derecho al debido proceso, pues toda resolución es una construcción jurídica en la que el juzgador debe exponer todo no sólo guardando la estructura formal sino que*

el fondo contenido en dicha estructura sea armónico, de modo que realmente su decisión resulte una unidad emergente del estudio que haga de la causa."

Como se expresara precedentemente, la motivación y la congruencia en las decisiones administrativas o judiciales, constituye una garantía constitucional fundamental del debido proceso y de defensa, ambos principios reconocidos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE). Así, la ausencia de la motivación y de debida congruencia en una Resolución resulta insubsanable, correspondiendo a la autoridad jerárquica disponer la nulidad de la misma. Dado lo previsto en el numeral 6.1. y considerando que la APS ha incurrido en más de una nulidad y de consecuente afectación a los derechos constitucionales del debido proceso y el derecho a la defensa, la autoridad jerárquica deberá disponer la nulidad del procedimiento hasta el vicio más antiguo, es decir hasta la emisión de una nueva notificación de cargos, que incluya todos los elementos legales apuntados en nuestros Recursos.

6.5. Se Ratifica la Prescripción de los Supuestos Cargos Atribuidos a AON RE.

Como se advirtiera, a momento de responderse los cargos injustamente atribuidos a AON RE a momento de emitirse la nula Notificación de Cargos y luego sancionados ilegal y excesivamente por la APS a momento de dictarse la Resolución Sancionatoria, los cargos imputados están legalmente prescritos, aspecto debidamente observado en oportunidad de la presentación del Recurso de Revocatoria y tampoco considerado en la Resolución de Revocatoria, pese a los categóricos fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales expresados en el Recurso de Revocatoria presentado por AON RE, razones que se ratifican en su integridad a continuación a los efectos del presente Recurso Jerárquico, pidiendo a la autoridad jerárquica los considere y se pronuncie sobre los mismos a momento de resolver el presente Recurso Jerárquico. Así los razonamientos y fundamentos legales y jurisprudenciales que ratifican que la prescripción de los ochos cargos imputados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) son los siguientes:

6.5.1. Régimen Legal de Prescripción Aplicable Expreso No Admite Interpretaciones Extensivas.

a. *Los ocho (8) cargos de infracción atribuidos a AON RE, conforme así lo reconoce la propia AON RE en la Resolución Sancionatoria (Pág. 4. Fundamentos Técnico Jurídicos), tienen como origen común, la emisión de la Nota de Cobertura de Reaseguro (Nota de Cobertura) otorgada por AON RE, Nota que efectivamente fue otorgada por AON RE en base y debido a la presentación de parte de la Compañía 24 de Septiembre, de la respectiva nota de cobertura debidamente firmada por la Compañía QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE REASEGUROS INC,* ***documento que ha sido falsificado y fraudulentamente obtenido por la Compañía 24 de Septiembre y con el cual AON RE fue lamentable y dolosamente engañado y que ha merecido de nuestra parte la correspondiente acción penal en contra de la Compañía 24 de Septiembre*** *(prueba de reciente obtención que debe ser*

remitida por la APS a conocimiento del Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas como parte del expediente del presente caso).

b. *La LPA establece en su artículo 79 que "las infracciones prescribirán en el término de 2 años". Por otra parte, en concordancia con dicha previsión, el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa No. IS 602 de 24 de octubre de 2003 (en adelante Reglamento de Sanciones) emitido por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en su artículo 4 expresamente señala que "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables* ***a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo".*** *La Resolución de Revocatoria así como la Resolución Sancionatoria reconocen que la emisión de la Nota de Cobertura fue realizada en fecha 29 de junio de 2009 (con la cual supuestamente se originan las ocho infracciones), circunstancia que al amparo de las previsiones legales y reglamentarias mencionadas, implica la inobjetable prescripción de las supuestas infracciones cometidas, toda vez que a la fecha de iniciación del procedimiento de cargos (15 de marzo de 2012) habían transcurrido más de los dos años previstos normativamente.*

c. *La APS de manera equívoca y forzada, pretende interpretar el buen sentido y contenido textual del artículo 79 de la LPA y del artículo 4 del Reglamento de Sanciones (tanto en la Resolución Sancionatoria como en la Resolución de Revocatoria), señalando que las infracciones originadas con la emisión de la Nota de Cobertura emitida en fecha 29 de junio de 2009, no están prescritas toda vez que los efectos de ésta nota de cobertura se mantuvieron hasta el 30 de junio de 2010 y por tanto es a partir de esa fecha que debe computarse la prescripción. Al punto, como la autoridad jerárquica podrá advertir de la lectura de cualquiera de las dos resoluciones administrativas de referencia, la APS acude a la doctrina penal para aplicar, por analogía, una clasificación de infracciones por su duración (instantáneo, permanente o continuado) que pretendidamente justifique la permanencia de la infracción hasta el 30 de junio de 2010, sin saberse lamentablemente a ciencia cierta (dado el confuso e incongruente planteamiento en ambas resoluciones) a cual de las clasificaciones finalmente, a criterio de la APS, se ajustarían las supuestas infracciones cometidas.*

d. *Es importante destacar que la norma legal aplicable (LPA y Reglamento de Sanciones) es precisa y expresa y no admite interpretaciones sobre los alcances de la prescripción. En efecto, el Reglamento Sancionador en estricta armonía con la LPA, determina que el cómputo de la prescripción es a partir de la "****fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción****". Así, la norma administrativa expresamente aplicable, de manera concreta y sin lugar a interpretaciones o necesidad de entendimientos por analogía con la esfera penal, indubitablemente determina que la prescripción debe computarse considerando la fecha en que se realiza el acto, es decir en el momento en el que se comete el acto susceptible de ser considerado una infracción, que en el*

caso presente (aspecto incluso reconocido por la propia Resolución Sancionatoria, pág. 9; Resolución de Revocatoria, pág. 43), no podría ser otro que el momento en que AON RE, producto del doloso engaño sufrido, emitió la Nota de Cobertura (junio 2009),no admitiéndose duda en su entendimiento, razón por la que no cabe realizar interpretaciones que pretendan injustificadamente extender el momento de realización de la supuesta infracción, que debe ser una fecha determinada y no un período supuestamente dañoso, ***según redacción expresa del Reglamento de Sanciones y sentido del artículo 79 de la LPA****.*

e. *Al respecto corresponde señalar, que la doctrina administrativa en materia sancionadora precisa que "en aquellos casos en que el legislador excepcionalmente ha previsto la prescripción como instituto aplicable a la potestad administrativa sancionatoria, se ha exigido una interpretación estricta de los preceptos que la admiten"***.** *Asimismo, en las legislaciones administrativas sancionatorias en las cuales se pueda realizar una diferenciación entre la prescripción de "infracciones instantáneas" o "instantáneas con efectos permanentes" (cómputo que se inicia desde que se cometió o realizó el delito) o "permanentes" (cómputo que se inicia desde que cesó su consumación),* ***la norma específica*** *y* ***expresamente reconoce y establece esta diferenciación****, ello en virtud de que en materia sancionatoria, los principios de legalidad, taxatividad, tipicidad y favorabilidad le son aplicables y por tanto no se admiten interpretaciones o extensiones a los juzgadores que puedan comprometer el debido proceso, derecho a la defensa y demás principios y garantías constitucionales de los administrados.*

f. *Como la autoridad jerárquica advertirá, en aplicación del principio de legalidad, debido proceso, derecho a la defensa y favorabilidad reconocidos por nuestra Constitución (numerales I y II del artículo 115, artículo 116, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119), la interpretación extensiva y forzada que la APS realizó y que es restrictiva de nuestro derechos y garantías constitucionales (en base a análogos preceptos de orden penal),* ***no es legal y doctrinariamente factible de ser aplicada, dado lo explícito y formalmente expresado en la norma aplicable (Reglamento de Sanciones y LPA)*** *Dicho aspecto, está también reconocido por la jurisprudencia nacional cuando expresa los alcances de los principios de legalidad, taxatividad, favorabilidad y tipicidad aplicables como garantías del procedimiento sancionador y* ***que incluso señalan, que en caso de duda, debe realizarse aquella interpretación más favorable al presunto infractor****, principio que la APS no cumplió y debió observar, si (equivocadamente) consideraba que la norma a ser aplicada (art. 79 LPA y art. 4 del Reglamento de Sanciones) requería o merecía una interpretación de su parte. Este legal y doctrinal criterio está reconocido en la jurisprudencia extranjera[20] y en la jurisprudencia nacional que confirman todos los asertos antes mencionados y que ya fueron expresados en la interposición del Recurso de Revocatoria y no considerados por la APS en la Resolución de Revocatoria:*

> *([20] El Tribunal Supremo Español, afirma que la potestad sancionadora, debe actuarse «no a través del puro juego de discrecionalidad, sino del estrictamente jurídico enmarcado por*

el principio de legalidad" quedando "marginada toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva", (sentencia de 30 de mayo de 1981).

Análogo criterio sostiene otro fallo de la Sala Cuarta de 14 de febrero de 1981 (26), al afirmar que las normas sancionadoras "están beneficiadas por el principio de interpretación estricta y aun por el principio del orden penal in dubio pro reo".)

SC 0034/2006 de 10 de mayo de 2006:

En relación al principio de legalidad:

"(..) En el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, este principio es aplicado para impedir cualquier exceso en la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (...)"

(..) lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para extraer de su aplicación consecuencias desfavorables, aún cuando el comportamiento que se trata de incriminar sea similar al previsto en la ley penal.(..) (sic)

(...) La formulación actual del principio de legalidad, exige que la ley sea estricta (nullum crimen, nulla poena sine legestricta); lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para considerar delictiva una conducta o aplicar una sanción, ***y tampoco se pueden extraer consecuencias desfavorables por analogía;*** *lo que implica que el juzgador sólo debe atenerse a lo que estrictamente establezca la ley.(..)* (sic)

SC 0022/2006, de 18 de abril de 2006:

"(..) ***dicha interpretación requiere de un esforzado análisis interpretativo, lo que no es compatible con el principio de taxatividad*** *que emerge del principio de legalidad material del Derecho Penal, aplicable también al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario; (..)* (sic)*"*

SC 0136/2003-R de 6 de febrero de 2003:

"(..) El derecho a la defensa en juicio es inviolable; precepto que desde el punto de vista teleológico ha sido creado para poner de relieve esta garantía fundamental, ***que debe ser interpretada siempre conforme al principio de la favorabilidad, antes que restrictivamente*** *(..)"*

SC 0977/2010-R de17 de agosto de 2010:

"(..) ***de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado: es decir, se debe elegir la Interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de***

derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos. *Conforme a dichos principios, siendo, por regla general, más garantista la Ley Fundamental vigente, es natural aplicarla (..)"*

g. *En virtud a los argumentos legales, doctrinarios y precedentes constitucionales señalados, se verifica que la APS realizó una ilegal e indebida interpretación de las normas legales y reglamentarias de la prescripción, que la APS estaba impedida de realizar interpretaciones extensivas sobre los alcances de prescripción, afectando los derechos constitucionales de AON RE, que incluso en caso de haber existido una infundada duda en la APS sobre la aplicación de la prescripción en el presente caso, ésta, en aplicación de los principios legales, doctrinarios y jurisprudenciales, debió optar por la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de nuestros derechos y por tanto declarar a favor de AON RE la prescripción invocada. En este marco, corresponde a la autoridad jerárquica dar estricto cumplimiento a lo expresamente previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanciones y computar la prescripción desde la fecha de realización o comisión de la supuesta infracción, es decir 29 de junio de 2009 y, en consecuencia, determinar la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura (base de las presuntas infracciones cometidas) hasta la Notificación de Cargos que fue notificada a AON RE recién en fecha 23 de marzo de 2012 (es decir, después de transcurridos más de dos años desde la supuesta actuación).*

6.5.2. En Caso de Ser Aplicables los Principios del Derecho Penal, la Presunta Infracción Cometida por AON RE tiene Naturaleza Instantánea.

a. *Si bien como se mencionara, en el presente caso no corresponde realizar analogía o interpretación alguna dada las consideraciones antes expresadas, la APS al intentar indebidamente extender los alcances de aplicación de la prescripción legal y reglamentariamente prevista en la LPA y Reglamento de Sanciones, enuncia preceptos del orden legal que establecen, a efectos del cómputo de la prescripción, su clasificación como delitos "instantáneos", "instantáneos con efectos permanentes", "permanentes" y "continuados", los cuales pretenden ser aplicados por analogía al régimen sancionatorio administrativo como infracciones instantáneas, instantáneas con efectos permanentes, permanentes y continuados. Al respecto, cabe expresar que no existe una concordancia plena entre lo que la APS señala en la Resolución Sancionatoria, en la cual luego de varias confusas elucubraciones finalmente da a entender que la emisión de la Nota de Cobertura realizada por AON RE el 29 de junio de 2009 es una infracción instantánea de efectos permanentes (en el entendido suyo de que la prescripción de ésta no comienza cuando se produce el hecho sino cuando terminan sus efectos)[21] y lo que señala en la Resolución de Revocatoria en la cual parece dar a entender que la infracción es de carácter permanente (pág. 45), pese a que en otra parte de la misma resolución (pág. 43) pareciera ser que se trata de una infracción instantánea con efectos permanentes. Este hecho sin duda afecta el derecho*

constitucional a la defensa de AON RE pues no permite tener certitud sobre la calificación de la infracción y es también otra causa más de nulidad, que afecta el procedimiento seguido contra AON RE.

> (*[21] Dicho aspecto, se puede deducir de lo expresamente señalado en los siguientes considerados de la Resolución Sancionatoria*
>
> *(..)... Que toda vez que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" la doctrina penal puntualiza la diferencia entre delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes, al determinar que "(...) en función a la duración de la ofensa al bien Jurídico vulnerado los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causas de la continuidad del comportamiento del sujeto, los delitos instantáneos con efectos permanentes, son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecer las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo" [Resaltado de la APS].*
>
> *(..) Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010..(..)* (sic))

b. *La doctrina y la jurisprudencia internacional señala que "Delito instantáneo es el delito en el cual la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento [...] El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria[22]. En ese entendido, conforme a la doctrina, el delito instantáneo se configura a partir de una acción u omisión que importa una vulneración, lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, que sucede en un único momento, de manera puntual y de duración inapreciable, pudiendo los efectos de la infracción subsistir durante cierto lapso sin que este último dato sea relevante.*

> (*[22] Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", 1.1., p. 273/274*)

c. *Igualmente, conforme a la doctrina y la jurisprudencia internacional, puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación.[23] De*

suerte tal que "la permanencia o continuidad del delito exige una consumación ininterrumpida"[24]*. En relación al tema, cabe mencionar la explicación de Maurach, que señala en relación al delito permanente se caracteriza,...,* (sic) *por el voluntario mantenimiento de la situación criminal."*[25]

(*[23] Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", t. I, pág. 275; mismo sentido CFed. Córdoba, sala B, LA LEY, 1984-D, 82, y CFed. Córdoba, sala A, LL, 1984-735 N° 1)*)

(*[24] Conf. Ricardo C. Nuñez, "Derecho Penal Argentino", 1.1, pág. 253*)

(*[25] Reinhart Maurach, "Tratado de Derecho Penal", t. II, pág. 427.*)

d. *Se advierte que, en el presente caso, la emisión de la Nota de Cobertura otorgada por AON RE, acto que consecuentemente constituiría en sí la base para las supuestas infracciones cometidas, conforme reconocen la Resolución Sancionatoria y la Resolución de Revocatoria, fue realizada en fecha 29 de junio de 2009, constituyendo ese acto, el momento único y preciso en el cual se hubiese vulnerado supuestamente el marco regulatorio de Seguros, habiéndose con la sola emisión de la Nota de Cobertura configurado perfecta y típicamente la presunta infracción cometida, sin que se hubiese requerido de parte de AON RE de acción posterior para su continuidad o vigencia.* ***Así, la emisión de la Nota de Cobertura constituiría una presunta infracción instantánea y de ninguna manera podría ser considerada permanente,*** *(como lo reconoce la Resolución Sancionatoria al señalarla como infracción instantánea con efectos permanentes), infracción que para ser clasificada de esta manera, hubiese requerido e implicado una conducta del infractor de manera ininterrumpida, antijurídica e incluso voluntaria, configuración que no se ajusta al presente caso, toda vez que AON RE no realizó otra acción que no sea la emisión de la Nota de Cobertura (acción realizada una única vez en fecha 29 de junio de 2009 en cumplimiento al marco legal aplicable y en base a la información y documentación firmada por la Compañía 24 de Septiembre y QBE DEL ISTMO COMPAÑÍA DE SEGUROS INC),* ***siendo única y exclusivamente la Compañía 24 de Septiembre la que a partir de ese momento, de manera unilateral y dolosa, prestó información falsa a la entonces autoridad de fiscalización*** *(circunstancia que dio lugar a su intervención y cierre)* ***y a la propia AON RE, no constituyéndose consecuentemente la tipificación requerida para infracción permanente.***

e. *Queda demostrado que si hubiese sido necesario aplicar por analogía los principios interpretativos del derecho penal, la supuesta infracción debió ser considerada por la APS como infracción instantánea, independientemente de que los efectos de la Nota de Cobertura, a criterio de ésta (no consentido de nuestra parte), hubieran podido trascender o permanecer hasta el 29 de julio de 2010, fecha en la cual ya hubiese existido Reaseguro.*

f. *La APS en el dictado de sus resoluciones, la Sancionatoria y la de Revocatoria, confunde lamentablemente los efectos de las supuestas infracciones con el*

momento de su realización, considerando que por que presuntivamente los efectos de las supuestas infracciones de AON RE, tuvieron un efecto hasta el 29 de julio de 2010, la prescripción se computaría desde esa fecha. Es importante destacar que a los efectos de la doctrina administrativa sancionatoria, la diferencia entre delitos instantáneos y permanentes está basada en un razonamiento relativo ***a la naturaleza de la acción*** *y no tienen relevancia otros factores que podrían parecer vinculados como son, por ejemplo, las consecuencias que se derivan de la actuación delictiva o sus efectos. Prueba de ello es que en la Jurisprudencia Internacional y Nacional, delitos como por ejemplo el robo u homicidio* ***son considerados delitos instantáneos*** *y no permanentes (pese a que la víctima está muerta con carácter permanente):*

SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre de 2001:

> *"(...) corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico atacado, se clasifican en tipos instantáneos y tipos permanentes. En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva (...)".*

g. A los fines de evitar confusiones o malas interpretaciones, la doctrina ha elaborado el concepto de delitos instantáneos de efectos permanentes "que no constituyen una categoría especial dentro de la clasificación que ahora examinamos, sino que sólo persigue poner de manifiesto ***que muchos delitos instantáneos no pierden su calidad de tales, por prolongados que fueren los efectos que ellos producen.*** *En otras palabras, los llamado, delitos instantáneos de efectos permanentes al igual que todos los instantáneos, están estructurados sobre la base de una acción u omisión de duración inapreciable.*[26]

(*[26] Luis Rodríguez Collao, "Prescripción de la Acción Penal en el Delito de Bigamia", Universidad Católica de Valparaíso.*)

h. Como la autoridad jerárquica podrá apreciar, por lo expuesto, aún en la eventualidad de incluso aceptar el errado criterio de la APS de que la supuesta infracción cometida, fuera de naturaleza "instantánea con efectos permanentes", se puede concluir por lo precedentemente señalado que los delitos instantáneos con efectos permanentes, en cuanto al tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial, son considerados como delitos instantáneos y por tanto el cómputo de la prescripción se inicia a partir de la fecha en que se comete o realiza la infracción y no como equivocadamente se sostiene en la Resolución Sancionatoria (pág. 9) o la Resolución de Revocatoria (pág. 43) cuando cesan sus efectos. Estos asertos esencialmente doctrinarios están debidamente reconocidos por la jurisprudencia internacional[27] *y también se*

ven reflejados en la jurisprudencia nacional.

(*[27] Jurisprudencia 53/99, de la SCJN, SJF Junio de 1999, México:*

"….(sic) *Esta infracción tiene carácter instantáneo porque se comete en el momento mismo de no retomar las mercancías, vencido el plazo concedido para la importación temporal, pues si bien cuando dicha mercancía no es devuelta en la fecha límite se entiende que se encuentra en forma ilegal en el país, por haber concluido el régimen de importación temporal al que fue destinada… Luego, la infracción de no retomar las mercancías importadas temporalmente en el plazo otorgado, no constituye una infracción continua, pues se requeriría que la acción se prolongara indefinidamente en el tiempo, y tal situación no se aprecia en la infracción en comento, ya que su consumación es instantánea aunque sus efectos puedan prolongarse…".*. (sic)

SENT N° 1102 C A S A C I Ó N19-(sic) *11-2007.Argentina:*

"*(..)* ..(sic) *La figura prevista en la norma de cita -usurpación por despojo- es un delito instantáneo de efectos permanentes; y por consecuencia la prescripción corre desde que se consuma el desapoderamiento.(..)*

(..) En la ***misma línea de razonamiento se ha sostenido que la usurpación es un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma en el momento en que se despliegan los medios para cometer el despojo*** *(CN Crim. y Corr., sala Iª, 27/5/1993, "Pinto, Juan R", voto del Dr. Donna, JA 1994-I-618); y que no obsta a la prescripción de la acción penal en el delito de usurpación "la circunstancia de que el presunto infractor permanezca o haya permanecido con posterioridad en la ocupación del bien que se dijo usurpado, simple efecto dañoso, propio del delito de ejecución instantánea de que se trata" (CN Penal, 16/3/56, La Ley 83-170)"*)

SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre de 2001

(..) "En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva".

SC 1709/2004-R, 22 de Octubre de 2004

(..) la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo".

i. Conforme a la jurisprudencia glosada precedentemente, en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, ***en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP,*** *cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación.*

j. Como la autoridad jerárquica podrá advertir en virtud a lo legal, doctrinario y jurisprudencialmente expuesto, que ratifica que la presunta infracción cometida tiene naturaleza instantánea y de ninguna manera permanente, corresponde a la autoridad jerárquica dar estricto cumplimiento a lo expresamente previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanciones y computar la prescripción desde la fecha de realización o comisión de la supuesta infracción, es decir desde el 29 de junio de 2009, por tratarse de una infracción instantánea y, en consecuencia, determinar la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE, por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de ia Nota de Cobertura, base de las presuntas infracciones cometidas, hasta la Notificación de Cargos que fue notificada en fecha 23 de marzo de 2012.

Cabe aclarar, que sí la autoridad jerárquica considera que se trata de una infracción instantánea con efectos permanentes (tal cual dice la APS a momento de emitir su Resolución Sancionatoria y en la Resolución de Revocatoria), conforme al marco jurisprudencia y doctrinal precedente, correspondería igualmente a la autoridad jerárquica disponer la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE, por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura base de las presuntas infracciones cometidas.

6.5.3. Supuestos Fundamentos de la Resolución de Revocatoria.

Al margen de lo expresado, cabe señalar que la Resolución de Revocatoria emitida por la APS, no analiza los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales expuestos en el Recurso de Revocatoria, y mantiene injusta e inconsistentemente argumentos legales que pretenden justificar la no prescripción de las supuestas infracciones a AON RE. Así, sobre el tema, la APS en la Resolución de Revocatoria sostiene principalmente de manera expresa lo siguiente:

"a. Primer supuesto Fundamento Considerativo Sobre el Tema

"Que los elementos conceptuales expuestos precedentemente, permiten señalar que mientras no cesen los efectos de la emisión de la Nota de Cobertura para el periodo junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010, no corre ni un día de prescripción." (Pág. 43)

Que en efecto, aunque el acto de emitir la referida nota de cobertura fue instantáneo (en un momento de tiempo -29 de junio de 2009-), no obstante sus efectos o sus consecuencias son continuados ya que dicha nota de cobertura se "reproduce", se "valida, se "usa" para la emisión de cada póliza de seguro por parte de la Aseguradora." (Pág. 43)

Que concordante con este análisis, el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. El artículo 4 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, establece que la acción para imponer sanciones de la APS, prescribe en el plazo de 2 años a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.." (Pág. 43)

Que nótese que esta resolución anota en plural "hechos", "actos", u "omisiones constitutivos de la infracción". Resulta de suma importancia señalar que uno de los actos constitutivos de la infracción, como se ha anotado en las citas precedentes, es la lesión del bien jurídico, por lo que cada vez que una póliza de seguro se emitía, se lesionaba un bien jurídico y un bien jurídico ya no abstracto sino, un bien jurídico concreto; o sea, el que corresponde a cada tomador y/o beneficiario de la póliza de seguro que se "respaldaba" en la Nota de Cobertura para el periodo junio 30, 2009 a junio 30, 2010, bien jurídico lesionado que se prolonga mientras el período de cobertura de la póliza de seguro, que corresponda, se encuentre sin el correspondiente respaldo de reaseguro. Ese es el sentido que tiene aquél artículo 4 cuando emplea vocablos plurales ya que conlleva que la infracción puede importar, no un solo acto, no un solo hecho, o no una sola omisión, sino, varios y sucesivos en el tiempo." (Pág. 43)

Que de manera concreta, los efectos de la emisión de la nota de cobertura emitida por AON RE sin respaldo de reaseguro, se mantuvieron hasta el día 30 de julio de 2010, fecha del contrato de suscripción de cesión de cartera a favor de la aseguradora Fortaleza, la cual si contaba con el respaldo de reaseguro….." (Pág. 43)

*Que por si el análisis previo no fuera suficiente, aún hay otro elemento que configura la no prescripción de la sanción. Consideremos que la Nota de Cobertura tenía vigencia hasta el 30 de junio de 2010 y que en esta fecha cesaron sus efectos (**su carácter de infracción instantánea con efectos permanentes**). Hagamos de lado, por el momento, el hecho de que los efectos de la emisión de aquella Nota duran el tiempo que la última póliza tenga vigencia sin respaldo de reaseguro, y analicemos la fecha 30 de junio de 2010. Si esta es la fecha en que la nota de cobertura cesa en sus efectos, la prescripción correría a partir del día siguiente de esa fecha y concluiría el 1 de julio de 2012 (en este caso, aun no habría prescrito), pero tampoco habría prescrito por otro elemento, y un elemento interruptivo, cual es que la APS empieza a ejercitar su atribución de imponer sanciones el 23 de marzo de 2012,*

fecha en que se notifica con cargos a AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS. Esta fecha (obsérvese que marzo ocurre tres meses antes de junio) interrumpe la prescripción alegada por AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1503 del Código Civil." (Págs. 44 y 45)

Que esta lectura de la prescripción en relación a la naturaleza de la infracción que se analiza no constituye ocurrencia o capricho de esta APS, sino que viene refrendada consistentemente por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que establece: "…En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo. En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto" (el subrayado es de la APS (sic)*)" (Pág. 45)."*

La APS para justificar su no aceptación de la prescripción invocada por AON RE, considera como razonamiento base que "mientras no cesen los efectos de la emisión de la Nota de Cobertura para el periodo junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010, no corre ni un día de prescripción que esencialmente". Igualmente, intenta nuevamente "interpretar"[28] la LPA y el Reglamento de Sanciones[29], dándole al texto de esta última norma una interpretación particular y sesgada, por la cual considera que "cada vez que una póliza de seguro se emitía, se lesionaba un bien jurídico y un bien jurídico ya no abstracto sino, un bien jurídico concreto" y que por tanto un " bien lesionado que se prolonga mientras el período de cobertura de la póliza seguro, que corresponda, se encuentre sin el correspondiente respaldo de reaseguro". Por otra parte, como justificativo teórico doctrinal para su decisión, la APS al parecer se apoya en la teoría de las infracciones instantáneas con efectos permanentes al señalar que "la Nota de Cobertura tenía vigencia hasta el 30 de junio de 2010 y que en esta fecha cesaron sus efectos (su carácter de infracción instantánea con efectos permanentes)" pero, considerandos más adelante, confusamente da la impresión que la base doctrinal y teórica para su decisión fuera la teoría de las infracciones permanentes, al señalar "Que esta lectura de la prescripción en relación a la naturaleza de la infracción que se analiza no constituye ocurrencia o capricho de esta APS, sino que viene refrendada consistentemente por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que establece: "... En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta.....". (sic)

(*[28] Conforme ya ha sido varias veces mencionado, en los procedimientos sancionadores, en aplicación de los mencionados principios de taxatividad y favorabilidad, así como de legalidad, debido proceso, derecho a la defensa reconocidos por nuestra Constitución y la jurisprudencia*

constitucional vinculante, la interpretación que cualesquier autoridad deba realizar debe ser la menos restrictiva y la más favorable al administrado imputado.)

(*[29] El artículo 79 de la LPA señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...".*

El artículo 4 del Reglamento de Sanciones señala que la acción para imponer sanciones prescribe en el plazo de 2 años a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción…." (sic))

Al respecto, corresponde reiterar que la APS confunde lamentablemente ***los efectos*** *de las supuestas infracciones* ***con el momento de su realización****, circunstancia que de acuerdo a la doctrina administrativa y la jurisprudencia nacional e internacional no tiene correlación alguna en relación a la naturaleza de la infracción y su régimen de prescripción. En efecto, la APS concibe que supuestamente los efectos de la emisión de la Nota de Cobertura permanecen hasta junio del año 2010, es a partir de ahí que debe computarse la prescripción, acudiendo para ello primeramente al régimen de delitos instantáneos con efectos permanentes y luego confusamente al de delitos permanentes, sin saberse a ciencia cierta cuál es la base teórica doctrinal de su decisión, que en relación tema no contiene la congruencia requerida legal y jurisprudencialmente. Independientemente de cual sea finalmente la base doctrinal de la confusa decisión de la APS, cabe recordar que doctrinalmente el carácter de delito o infracción instantánea (que se consuma o realiza en un solo momento)* ***no deviene de los efectos que ella causa,*** *sino de la naturaleza de la acción a la que la ley le da el carácter de cometida o realizada, así, no resulta relevante, si el bien jurídico lesionado o sus efectos, se prolongan en el tiempo, sino que lo que interesa es que la vulneración, lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, sucede en un único momento, de manera puntual y de duración inapreciable, circunstancia que se ajusta al presente caso, pues la emisión de la Nota de Cobertura, presunta acción infractora, sucede y se consuma en un solo momento (el de su emisión). El hecho de que los efectos de la presunta infracción instantánea que implicó la emisión de la Nota de Cobertura por parte de AON RE, pudiesen eventualmente subsistir o no durante cierto lapso, no resulta relevante para su calificación de infracción instantánea. Esto es así de evidente, que cabe reiterar que un delito instantáneo como es por ejemplo el asesinato (cuyos efectos son ciertamente permanentes...) es en la jurisprudencia internacional y nacional considerado como un delito instantáneo. Análogamente, si se siguiera el razonamiento de la APS, es decir en función a lo& efectos y no a su naturaleza del delito (infracción), este delito debiera ser permanente o en el mejor de los casos instantáneo con efectos permanentes, circunstancia que no se ajusta a la realidad doctrinaria y jurisprudencial. Así corresponde nuevamente mencionar la siguiente jurisprudencia:*

SC 1112/2007-R, de 07 de marzo de 2007

> *"(...) conforme lo señalado, precedentemente y en la SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre, que en lo pertinente indicó: "(...) corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico atacado, se clasifican en*

tipos instantáneos y tipos permanentes. En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva (…)".

Al punto, es importante destacar y ratificar que de acuerdo a la doctrina, los delitos (infracciones) instantáneos de efectos permanentes no pierden su calidad de instantáneos por muy extendidos que fueren los efectos que ellos producen, estando consecuentemente estructurados sobre la base de una acción u omisión de duración inapreciable y por tanto, si se aceptara el criterio de la APS, en sentido de que se trata de una infracción instantánea con efectos permanentes al señalar que "la Nota de Cobertura tenía vigencia hasta el 30 de junio de 2010 y que en esta fecha cesaron sus efectos ***(su carácter de infracción instantánea con efectos permanentes)"*** *su régimen de prescripción debe ser exactamente el mismo que el aplicado a las infracciones instantáneas (es decir a partir de la comisión de la infracción y no cuando supuestamente cesan sus efectos) y por tanto los presuntos ocho cargos emergentes de la emisión de la Nota de Cobertura en junio 29 del año 2009 están categórica y legalmente prescritos. Esta aseveración está respaldada por la jurisprudencia nacional e internacional ya mencionada en este Recurso Jerárquico y en el de Revocatoria y que señala lo siguiente:*

SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre de 2001

(..) "En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva".

SC 1709/2004-R, 22 de Octubre de 2004

(..) la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos cuya conductadestruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo".

Jurisprudencia 53/99, de la SCJN, SJF Junio de 1999, México:

"….Esta infracción tiene carácter instantáneo porque se comete en el momento mismo de no retomar las mercancías, vencido el plazo concedido para la importación temporal, pues si bien cuando dicha mercancía no es devuelta en la fecha límite se entiende que se encuentra en forma ilegal en el país, por haber concluido el régimen de importación temporal al que fue destinada... Luego, la infracción de no retornar las mercancías importadas temporalmente en el plazo

otorgado, no constituye una infracción continua, pues se requeriría que la acción se prolongara indefinidamente en el tiempo, y tal situación no se aprecia en la infracción en comento, ya que su consumación ***es instantánea aunque sus efectos puedan prolongarse…****"..*

SENT Nº 1102 CASACIÓN 19-11-2007. Argentina:

"(..) ..La figura prevista en la norma de cita -usurpación por despojo- es un delito instantáneo de efectos permanentes: ***y por consecuencia la prescripción corre desde que se consuma el desapoderamiento.(..)***

(..) En la misma línea de razonamiento se ha sostenido que la usurpación es un delito instantáneo de efectos permanentes, ***que se consuma en el momento en que se despliegan los medios para cometer el despojo*** *(CN Crim. y Corr., sala 1ª, 27/5/1993, "Pinto, Juan R.", voto del Dr. Donna, JA 1994- 1-618); y que no obsta a la prescripción de la acción penal en el delito de usurpación "la circunstancia de que el presunto infractor permanezca o haya permanecido con posterioridad en la ocupación del bien que se dijo usurpado, simple efecto dañoso, propio del delito de ejecución instantánea de que se trata" (CN Penal, 16/3/56, La Ley 83-170)."*

Igualmente, si la pretensión de la APS fuera calificar la supuesta infracción cometida como permanente, a fin de no aceptar la prescripción invocada, está pretensión resulta igualmente fallida, pues cabe reiterar que conforme a la doctrina y la jurisprudencia internacional, puede hablarse de delito (infracción) permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos y por tanto existe delito permanente solo cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. En el caso presente y según reconoce la propia APS, la emisión de la Nota de Cobertura por parte de AON RE, fue realizada en fecha 29 de junio de 2009, constituyendo ese acto, el momento único y preciso en el cual se hubiese vulnerado supuestamente el marco regulatorio de Seguros, no habiendo salvo ese acto AON RE realizado otras acciones posteriores supuestamente antijurídicas para su continuidad o vigencia, no pudiendo bajo modo alguno tipificarse como infracción permanente. Esto es así de evidente, que la APS en el dictado de la Resolución Sancionatoria y luego de la Resolución de Revocatoria, califica a la infracción como instantánea con efectos permanentes, pues le es imposible encontrar en la conducta de AON RE los elementos necesarios para configurar su actuación como una infracción permanente, es decir una voluntaria e idéntica acción violatoria del derecho en cada uno de sus momentos y una consumación igualmente voluntaria en todos los momentos de su duración. Así, cabe preguntar: ¿qué presuntas acciones infractoras realizó AON RE?. Conforme la autoridad jerárquica podrá advertir en el presente caso, AON RE únicamente emitió la Nota de Cobertura (acción efectuada una única vez en fecha 29 de junio de 2009), producto del engaño que sufrió de parte de la Compañía 24 de Septiembre (que al presente merece una acción penal contra la Compañía 24 de Septiembre), y en base a la información y documentación

entregada y firmada por la Compañía 24 de Septiembre. En este entendido, de manera alguna puede considerarse la acción de AON RE como una presunta infracción permanente no constituyéndose consecuentemente la tipificación requerida para este tipo de infracción.

b. ***Segundo Supuesto Fundamento Considerativo Sobre el Tema***

> *"Que por lo demás, los principios de taxatividad y favorabilidad, aunque reconocidos por la doctrina y otras jurisdicciones distintas a la boliviana, no son regulados ni en la Ley de Procedimiento Administrativo ni en su decreto reglamentario, sea como principios sancionadores o como principios generales de la Actividad Administrativa (artículo 4 y Capítulo VI - Procedimiento Sancionador de la Ley de Procedimiento Administrativo)." (pág. 45)*

En el persistente intento de no reconocer la prescripción de las supuestas infracciones cometidas por AON RE, resulta verdaderamente particular e insólita la apreciación justificatoria que la APS tiene sobre la no aplicación de los principios penales de taxatividad y favorabilidad a los procedimientos sancionadores que se efectúan bajo la normativa administrativa boliviana. En efecto, la APS ***acude a la doctrina penal para aplicar por analogía****, una clasificación de infracciones por su duración (instantánea, permanente o continuada) que pretendidamente justifique la permanencia de la infracción hasta el 30 de junio de 2010. Sin embargo, por otra parte, curiosamente no acepta la aplicación de los principios penales de taxatividad y favorabilidad, toda vez que percibe que su aplicación, conforme a lo señalado en el punto 6.5.1 del presente recurso,* ***determinará inexcusablemente la prescripción de las supuestas infracciones cometidas por AON RE.*** *Aún más, dicha afirmación justificatoria resulta un contrasentido con lo señalado manifiestamente por la APS en la pág. 41 de la Resolución de Revocatoria, cuando acepta expresamente en materia administrativa la aplicación de los principios del orden penal:*

> *"…Que en relación a los argumentos legales 6, 7, y 8 del sexto Considerando de la presente resolución, efectuemos algunas digresiones consistentes al tema concreto. Sabemos que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con matices, al derecho administrativo sancionador". Aun más, en la doctrina española, Alejandro NIETO, al analizar el tema en relación con la CPE, la doctrina y la jurisprudencia de su país, señala que: "...hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute si los principios de Derecho Penal se aplican al derecho Administrativo Sancionador pues que así se acepta con práctica unanimidad...".*
>
> *Que con esta breve introducción que contextualiza la materia de análisis, señalemos que las sanciones pueden ser clasificadas de tantas maneras como reflexiones pudieran existir…";* (sic)

Por otra parte, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional reconoce expresamente la vigencia y aplicación de los principios de taxatividad y favorabilidad en los procedimientos sancionadores administrativos, siendo consecuentemente

dichos principios de aplicación obligatoria de parte de las autoridades administrativas y judiciales a momento de realizar cualquier análisis interpretativo sobre la materia penal o sancionatoria administrativa sometida a su conocimiento. Así, cabe recordar la siguiente jurisprudencia constitucional ya mencionada en la oportunidad de presentación del Recurso de Revocatoria, ratificada en el presente Recurso Jerárquico y que la APS pretende soslayar e incumplir:

SC 0022/2006, de 18 de abril de 2006:

> *"(..) dicha interpretación requiere de un esforzado análisis interpretativo, lo que no es compatible con el principio de taxatividad que emerge del principio de legalidad material del Derecho Penal, aplicable también al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario; (..)"*

SC 0136/2003-R de 6 de febrero de 2003:

> *"(..) El derecho a la defensa en juicio es inviolable; precepto que desde el punto de vista teleológico ha sido creado para poner de relieve esta garantía fundamental, que debe ser interpretada siempre conforme al principio de la favorabilidad, antes que restrictivamente (..)"*

SC 0977/2010-R de17 de agosto de 2010:

> *"(..) de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos. Conforme a dichos principios, siendo, por regla general, más garantista la Ley Fundamental vigente, es natural aplicarla (..)"*

Como la autoridad jerárquica podrá advertir, en aplicación de los mencionados principios de taxatividad y favorabilidad, así como de legalidad, debido proceso, derecho a la defensa reconocidos por nuestra Constitución (numerales I y II del artículo 115, artículo 116, numeral I del artículo 117 numerales I y II del artículo 119) y la jurisprudencia constitucional vinculante, la interpretación extensiva y forzada que la APS realizó del texto normativo del Reglamento de Sanciones y la LPA a los fines de no aceptar la prescripción invocada, no resulta legal y aceptable, y como se menciona en el curso de este Recurso Jerárquico y en virtud a la jurisprudencia citada, aún en caso de duda, la APS debió realizar la interpretación más favorable, principio que la APS no cumplió y debió observar, si (equivocadamente) consideraba que la norma a ser aplicada (art. 79 LPA y art. 4 del Reglamento de Sanciones) requería o merecía una interpretación de su parte. Dicho aspecto corresponde que sea subsanado por la autoridad jerárquica y, consecuentemente, disponga la prescripción de los ocho cargos imputados injustamente contra AON RE.

Finalmente, y virtud a todo lo expresado y considerando lo legal, doctrinaria y jurisprudencialmente expuesto, una vez más se ratifica que la presunta infracción cometida tiene naturaleza instantánea, correspondiendo a la autoridad jerárquica, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanciones, computar la prescripción desde la fecha de realización o comisión de la supuesta infracción, es decir desde el 29 de junio de 2009, y en consecuencia determinar la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura, base de las presunta infracciones cometidas, hasta la Notificación de Cargos que fue notificada en fecha 23 de marzo de 2012.

Asimismo si la autoridad jerárquica, considera que se trata de una infracción instantánea con efectos permanentes (tal cual lo dice la APS a momento de emitir su Resolución Sancionatoria y en la propia Resolución de Revocatoria), conforme al marco jurisprudencia y doctrinal precedente, correspondería igualmente a dicha autoridad jerárquica disponer la prescripción de los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE por haber transcurrido más de 2 años desde emisión de la Nota de Cobertura base de las presuntas infracciones cometidas.

6.6. Falta de Valoración Integral de los Hechos y Pruebas y la Sanción Impuesta por la APS.

6.6.1. Falta de Valoración Integral de los Hechos y Pruebas.

Pese a las graves limitaciones sufridas a su derecho a la defensa, derivadas de la falta de motivación y consecuente nulidad de la Notificación de Cargos, la Resolución Sancionatoria y la Resolución de Revocatoria, conforme a lo ya expresado en este recurso jerárquico, AON RE puso de manifiesto los hechos tácticos sucedidos en el presente caso y presentó determinadas pruebas que eximen a AON RE de las supuestas infracciones cometidas como efecto de la emisión de una Nota de Cobertura.

La APS, en ninguna de las instancias en las que conoció el proceso sancionador, examinó y evaluó debida y legalmente los aspectos señalados (hechos y pruebas) y por el contrario de manera ilegítima se manifestó contra su procedencia y consideración. Así, cabe reiterar ante la autoridad jerárquica, manera resumida, los hechos sucedidos en el presente caso:

a) Desde gestiones pasadas a la gestión junio 2009 a junio 2010, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. (aquí denominada la Compañía 24 de Septiembre), venía realizando su actividad con una serie de irregularidades, en las que no participó en forma alguna AON RE, las cuales son detalladas en las Resoluciones Administrativas que emitió la ASFI y que condujeron a la intervención y liquidación forzosa de la Compañía 24 de Septiembre.

b) La Compañía 24 de Septiembre le pidió a AON RE que emita una Nota de Cobertura para el período junio 2009 a junio 2010, utilizando documentación que

se sabe que no es verdadera, conforme demostraron la ASFI y la APS a través de las cartas recibidas de QBE del Istmo, ***consistente en una Nota de Cobertura supuestamente firmada y sellada por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. (aquí denominada QBE del Istmo).***

c) ***AON RE fue engañada e inducida a error por la Compañía 24 de Septiembre y procedió a emitir una Nota de Cobertura,*** *bajo la falsa impresión que ésta tenía el respaldo de reaseguro de QBE del Istmo. En estas circunstancias, AON RE fue víctima de delitos, que han sido denunciados penalmente.*

d) *La operación realizada por AON RE a momento de emitir la Nota de Cobertura, consistió en una colocación en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008), que era una normativa legal vigente en ese entonces.*

e) *La Compañía 24 de Septiembre informó falsamente a la SPVS que contaba con reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010. En este sentido, la Compañía 24 de Septiembre indujo a error a la SPVS y también actuó en forma reticente para informar sobre el estado de sus contratos de reaseguro. En todo este proceso AON RE no tuvo participación alguna.*

f) *En lugar de pagar por la prima de reaseguro a QBE del Istmo, la Compañía 24 de Septiembre desvió recursos económicos a cuentas personales de personas vinculadas a los accionistas y ejecutivos de la referida Compañía, conforme posteriormente demostró la ASFI en las investigaciones que condujeron a la intervención de la Compañía 24 de Septiembre.*

g) *AON RE no llegó a cobrar comisión alguna por esta supuesta colocación de reaseguro, conforme se demuestra por la certificación que sea adjunta al presente Recurso.*

h) *Posteriormente a la emisión de la Nota de Cobertura por parte de AON RE, la propia AON RE obtuvo un certificado de exclusión (llamado Endoso No. 1, que se presentó como prueba en su debida oportunidad), con vigencia a la fecha de emisión de la Nota de Cobertura, que dejaba sin efecto la cobertura de reaseguro para seguros de caución o fianza a primer requerimiento. Al parecer, este evento no fue comunicado por la Compañía 24 de Septiembre al Regulador en su debida oportunidad y plazo.*

i) *La Compañía 24 de Septiembre mintió repetidamente a la SPVS sobre sus supuestos contratos de reaseguro, hecho que fue preponderante para su posterior intervención,*

j) *El Regulador debió exigir a la Compañía 24 de Septiembre que entregue el contrato de reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, dentro de los 45 días*

de haber recibido la Nota de Cobertura, en aplicación del artículo 3.3 (Información y registro de contratos) del Reglamento de Reaseguro Pasivo,

k) La Compañía 24 de Septiembre cometió todavía una serie de irregularidades que la llevaron a ser intervenida y liquidada por la ASFI, incluyendo entre ellas la falta de reaseguro para los seguros de fianza o caución que comercializaba. Corresponde especificar que la falta de reaseguro no fue la única irregularidad cometida por la Compañía 24 de Septiembre. Por ejemplo, la Compañía 24 de Septiembre llegó a tener pérdidas que superan su capital en 296%.

l) Al elaborar la Notificación de Cargos, la APS contaba con información y documentación que no mencionó, detalló y evaluó en la Notificación de Cargos (acto administrativo inmotivado) y, en estas circunstancias, AON RE no tuvo oportunidad de defenderse adecuadamente antes de ser sancionada.

El conjunto de hechos descritos precedentemente y las pruebas que comprueban dichas hechos, no fueron consideradas por la APS, la cual, sin mayor análisis y evaluación, determina que estos hechos y pruebas curiosamente "no se relacionan directamente con el hecho de que AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS emitió la Nota de Cobertura para el periodo junio 30 de 2009 a junio 30 de 2010. En efecto, ninguna de las documentales presentadas como pruebas, enerva o destruye la responsabilidad aquella corredora, de haber EMITIDO (como ella misma admite reiteradamente) dicha Nota de Cobertura"[30]

(*[30] Ver pag. 48 Resolución de Revocatoria.*)

Como la autoridad jerárquica advertirá, la aseveración de la APS no sólo refleja una falta de análisis del presente caso, sino que le causa a AON RE indefensión y viola flagrantemente sus derechos constitucionales del debido proceso y derecho a la defensa.

¿Como es posible admitir que los hechos descritos y sus consecuentes pruebas no "se relacionan directamente al caso'? ¿Es que en un procedimiento sancionador, los hechos, la conducta típica de un presunto infractor y las eventuales circunstancias motivantes que originan una determinada acción o eventual infracción, no tienen relevancia en la determinación de una sanción o de su eventual calificación o graduación? ¿Es que una autoridad administrativa, apartándose de criterios de valoración razonables, puede decidir qué hechos considera o que pruebas recibe, evalúa o cuales las compulsa, cuando éstas están en íntimamente ligadas a las acciones presuntivamente infractoras?. Cabe señalar al respecto, que la APS en el marco del proceso sancionador, y en aplicación de los principios de debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia constitucionalmente consagrados (numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado), tiene la obligación de aplicar las reglas de la sana crítica a tiempo de valorar la prueba, tarea que debe ser realizada imparcialmente, argumentando razonablemente y de manera fundamentada, los motivos por los cuales valora determinada prueba y cómo lo hace, estando

impedida de restringir o cercenar la valoración o contrastación de la prueba aportada.

La APS en el dictado de la Resolución de Revocatoria (y en realidad durante todo el presente proceso), no ha cumplido ni ha realizado razonadas tareas y actividades de valoración probatoria, de evaluación los hechos y circunstancias acontecidas o un examen de la conducta de todos los actores del presente caso, por el contrario, como se puede advertir se ha negado incluso expresamente a su análisis. La evaluación de estos aspectos, resultan ciertamente vitales e inexcusables para configurar, no sólo un debido procesamiento, sino que constituyen elementos fundamentales para imponer cualquier sanción administrativa. Así, resulta difícil entender cómo la APS ha podido llegar a determinar y/o ratificar una sanción administrativa (y aún la más drástica posible) sin haber analizado detenida y cuidadosamente todos los aspectos mencionados.

*Para la APS, según manifiesta expresamente en la Resolución de Revocatoria (pág. 48), al parecer la <u>única prueba posible</u> que determinaría la revocatoria de la sanción sería la que "**AON RE probará que no emitió la Nota de Cobertura o que se falsificó la firma del representante..**" Al respecto, resulta paradójico e incomprensible, que para una autoridad administrativa como la APS no le interese conocer, analizar y evaluar, entre otros importantes aspectos, que AON RE <u>fue dolosamente</u> <u>engañada</u> para emitir dicha Nota de Cobertura; o que AON RE realizó una colocación en la modalidad típica <u>plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2</u> del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo); o que AON RE luego de la supuesta infracción, <u>no tuvo otra participación</u> (sea dolosa o culposa) en el accionar y la conducta de la Compañía 24 de Septiembre; o que la supuesta infracción de AON RE no pudo tener incidencia directa en la decisión de intervención de la Compañía 24 que venía desarrollando sus actividades sin la supervisión adecuada de parte de la entidad reguladora; o que la sanción impuesta <u>no puede ser calificada como insubsanable</u>, debido a que AON RE no puede ser responsable de la obtención dolosa y uso ilegal de la Nota de Cobertura por la Compañía 24 de Septiembre, circunstancia que devino en su intervención; o que AON RE no es culpable de la falta de diligencia de la APS en la fiscalización de la Compañía 24 de Septiembre y del error a la que fue inducida por ésta; o que la Compañía 24 de Septiembre hubiera entrado en insolvencia como efecto de su irregular accionar y de que las pólizas otorgadas sin el reaseguro, fueran ejecutadas por los eventuales beneficiarios; o que las supuestas infracciones están prescritas; o que existe graves vicios de nulidad en el proceso; etc., etc.*

Incluso, la APS señala que una prueba vital como es una copia de la denuncia formulada por AON RE contra Roberto Foronda Franco, Josefina Solíz de Foronda y Patricia Josefina Foronda Solíz, (socios y directivos de la Compañía 24 de Septiembre) por los delitos de Falsificación de Documento Privado, Uso de Instrumento Falsificado y otros, relacionados con la Nota de Cobertura emitida por QBE DEL ISTMO COMPAÑIA DE REASEGUROS, "...no será valorada por cuanto dicho documento no tiene relevancia directa con la sanción impuesta.,"(pág. 49)

Como la autoridad jerárquica podrá verificar, la APS no ha valorado razonablemente, evaluado y menos analizado de manera integral el presente caso, al rehusar considerar o hacerlo parcialmente o no motivadamente, aspectos y circunstancias esenciales del mismo.

Cabe expresar que en consonancia con lo precedentemente señalado, la SC 0003/2007 de 17 de enero, estableció que la valoración razonada de la prueba "...implica la obligación que tiene el juez de aplicar las reglas de la sana crítica a tiempo de valorar la prueba, actividad que debe ser realizada de manera objetiva y debidamente fundamentada, justificando los motivos por los cuales se otorga determinado valor a las pruebas presentadas, no estándole permitido otorgarle a la prueba un valor del que razonablemente carece, ni tampoco restarle el valor que tienen las pruebas". Aspectos que se entiende se tendrán satisfechos, si se establecen y explican los elementos de convicción que de manera objetiva permitan desvirtuar o no la imputación que se atribuye previa descripción de la prueba y su contrastación con los hechos examinados....".

Igualmente es importante destacar que la Jurisprudencia Constitucional de manera uniforme y constante (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras) consagra que uno de los elementos esenciales que componen el debido proceso y el derecho a la defensa es precisamente el derecho a la valoración razonable de la prueba, siendo su inobservancia una violación a estos eminentes principios constitucionales previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado, aspecto que constituye causal de nulidad al tenor de lo previsto por el artículo 35 inciso d) de la LPA.

En virtud de lo expresado, la Resolución de Revocatoria se encuentra afectada de nulidad, correspondiendo su nueva emisión. En concordancia con la circunstancia denunciada y comprobada en el punto 6.1 y dada la nulidad de la Notificación de Cargos, corresponde la declaratoria de nulidad hasta el vicio más antiguo, es decir la emisión de una nueva Notificación de Cargos debidamente motivada y ajustada a las previsiones establecidas en el ordenamiento administrativo aplicable.

6.6.2. Sanción Impuesta por la APS.

Si bien ha quedado esclarecido por lo expresado en el presente Recurso Jerárquico, que existen graves nulidades que afectan el proceso sancionador y en las resoluciones emitidas, y que incluso las supuestas infracciones están legalmente prescritas, asumamos por un momento que todo ello no existiera y que AON RE hubiese cometido la infracción argüida de emitir una Nota de Cobertura, luego irregularmente utilizada por la Compañía 24 de Septiembre.

Como la autoridad jerárquica podrá apreciar en el presente caso, el conflicto no se circunscribe a simplemente si AON RE emitió o no la Nota de Cobertura. Por supuesto que sí lo hizo, ***pero habiendo sido dolosamente engañada,*** *como lo fue el regulador,*

los tomadores del seguro y los propios beneficiarios. En ese contexto, ¿puede aplicarse a AON una sanción como la impuesta por la APS?.

La imposición de sanciones administrativas, dentro de las disposiciones legales administrativas, además de implicar la obligatoriedad de evaluación de actividades de valoración probatoria, de evaluación los hechos acontecidos y de un examen de la conducta de todos los actores del presente caso, entraña el obligatorio acatamiento de una serie de principios sancionadores (legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, taxatividad, favorabilidad, etc.), varios de ellos incluso constitucionalizados, así como del conjunto de principios y derechos previstos en el marco legal y jurisprudencial boliviano y la propia doctrina nacional o internacional.

En el marco de la doctrina vigente, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador poseen idéntica naturaleza jurídica. Así, procede la aplicación analógica de las disposiciones del derecho penal y su contextura garantista y principista, al derecho administrativo sancionador, por la cual la definición común de delito e infracción administrativa es entendida como acción típica, antijurídica y culpable. ¿En este caso, ha existido de parte de AON RE una acción típica, antijurídica y culpable, configurada bajo los principios antes señalados y los aplicables en materia penal? A este efecto conviene examinar conceptual y doctrinalmente el alcance de estos elementos.

6.6.2.1. Tipicidad

Según el principio de tipicidad, la norma debe determinar con claridad y precisión la conducta calificada como infracción y la sanción correspondiente, por lo que la descripción de la conducta penal (entiéndase administrativa) punible debe estar contemplada en la ley formal con idoneidad, de manera que pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición[31]. Conforme a la doctrina y en concordancia con la jurisprudencia boliviana, para que se estructure una infracción administrativa, a semejanza con el derecho penal, se requiere que la conducta y la sanción hayan sido legalmente descritas de manera clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de estos. Así, las características básicas estructurales del tipo del ilícito infractor deben estar de manera inequívoca, expresa y claramente definidos.

(*[31] Bricola, citado por DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). El principio de legalidad penal.*)

En el presente caso, el principio de tipicidad, que en la legislación boliviana y la jurisprudencia boliviana está íntimamente ligado al principio de legalidad y de reserva de la ley, no está presente, toda vez que el tipo y la conducta supuestamente cometida por AON RE no está legalmente descrita de manera clara y precisa en el artículo 52 de la Ley de Seguros y menos reglamentariamente en los artículos 10 o 14 del Reglamento de Sanciones, violándose el debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia de AON RE previstos constitucionalmente y los principios de

legalidad, tipicidad y taxatividad reconocidos en la legislación boliviana (LPA arts. 72 y 73) y en la jurisprudencia boliviana.

En efecto, la APS ha determinado a momento de emitir la Resolución Sancionatoria, aspecto ratificado en la Resolución de Revocatoria, que las supuestas infracciones cometidas por AON RE tienen carácter insubsanable y por tanto en aplicación el artículo 52 de la Ley de Seguros corresponde la revocatoria de la licencia de autorización de funcionamiento.

El artículo 52 de la Ley de Seguros, aplicado por la APS determina expresamente lo siguiente:

> *"ARTICULO 52. - INFRACCIONES Y SANCIONES.- Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia.*
>
> *INFRACCIONES LEVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*
>
> *INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*
>
> *INFRACCIONES INSUBSANABLES. Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas leíales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma."*

Como la autoridad jerárquica advertirá la descripción típica de las supuestas infracciones insubsanables en dicha norma (artículo 52) resulta genérica, incompleta y sin detalle alguno sobre la conducta específica punible, ***aspecto violatorio de los principios de tipicidad y legalidad.*** *En este marco incierto, la APS interpretando la norma, adapta de manera injusta y arbitraria una supuesta conducta de AON RE, calificándola como insubsanable y establece una sanción (la más grave) a una conducta no establecida, prevista o determinada por ley expresa o siquiera por norma reglamentaria (Reglamento de Sanción)[32].*

> *([32] Los artículos 10 y 14 del Reglamento de Sanción, no establecen o describen las conductas típicas sancionables y lo único que hacen es hacer una remisión normativa al artículo 52 de la Ley de Seguros.)*

Es importante destacar que los asertos mencionados, están uniformemente reconocidos en la jurisprudencia constitucional nacional. Así la siguiente:

SC 0746/2010-R de 26 de julio de 2010

> *"…(..) En este contexto, se tiene que la potestad administrativa sancionatoria esta condicionada a la garantía de la "legalidad en materia sancionatoria", postulado que desde la óptica de la teoría general de los derechos fundamentales tiene una doble exigencia que configura su contenido esencial invariable, que se traduce en los siguientes aspectos: a) Por un lado esta constituida por una garantía formal, que se refleja en la llamada "reserva de lev" propiamente tal; y b) Por otro lado, esta conformada por una garantía material, referente a la certeza o taxatividad de la calificación legal, denominado también principio de taxatividad...(.)..* (sic)
>
> *..(..) en materia sancionatoria y el resguardo de las garantías formal y material que la estructuran, hacen que solamente la ley pueda establecer sanciones de índole disciplinaria cuyos supuestos de hecho deben ser descritos de manera precisa, categórica y certera..(..).* (sic)
>
> *...(..) ..* (sic) *no se puede utilizar el método análogo de interpretación ni suplir de ninguna manera las conductas no establecidas por ley expresa, entonces, solamente se establecerán sanciones en la medida que la conducta se adapte a la tipicidad punitiva-sancionatoria establecida por el legislador ….(..)* (sic)"

SC 1863/2010-R de 25 de octubre de 2010

> *"(..) La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como Integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad (..)*
>
> *(..) La tipificación en materia sancionatoria, no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La correcta tipificación, garantiza la efectiva aplicación de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. (..)*

En virtud a lo expresado, se puede verificar que no existe conducta típica en el presente caso, dada la plena y absoluta falta de claridad y precisión normativa en el artículo 52 de la Ley de Seguros y artículos10 (sic) *y 14 del Reglamento de Sanciones, aspecto que hace imposible, ilegal e incluso inconstitucional la calificación de infracción insubsanable a la supuesta infracción cometida por AON RE y la*

consecuente aplicación de una sanción (Revocación de Licencia de Funcionamiento) como la prevista por la APS, aplicación que viola los principios de tipicidad y legalidad, circunstancia y decisión que a la autoridad jerárquica le corresponde revocar y enmendar, en estricta aplicación de la ley y los principios constitucionalmente vigentes del debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia establecidos en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.

6.6.2.2. Antijuridicidad.

La doctrina sostiene que la antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico[33]. Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es administrativamente relevante. Por imperativo del principio de legalidad, sólo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una sanción. La antijuridicidad administrativamente relevante es entonces aquella referida a una conducta subsumible en la descripción típica de una infracción. En el derecho administrativo sancionador, la antijuridicidad se erige en elemento estructurante de la infracción por lo que la conducta además de ser típica, debe verificarse en ella la contrariedad con el derecho o la ausencia de causales que justifiquen la conducta[34].

(*[33] MUÑOZ CONDE, F. (2004). Teoría general del delito, 3a ed. Madrid*)

(*[34] NIETO, A. (2005). Derecho administrativo sancionador, 4a ed. Madrid*)

Como la autoridad jerárquica podrá evaluar, en el caso presente, ha quedado esclarecido que no existe una conducta típica sancionable, así, resulta que no podría existir consecuentemente antijuridicidad en la infracción supuestamente cometida por AON RE. Sin embargo de ello, es importante destacar que aún así hubiese existido una conducta típica sancionable, la acción de AON RE no hubiese sido antijurídica, puesto que el acto de la emisión de la nota de cobertura (único acto realizado por AON RE) no es ilegal o contrario a la norma, más aún cuando fue realizado bajo la legítima creencia de la existencia (documento firmado) de un reaseguro otorgado por QBE del Istmo. En estas circunstancias, se reitera que AON RE fue víctima de delitos, que han sido denunciados penalmente.

Por otra parte, la conducta no podría haber sido calificada de antijurídica, puesto que la operación realizada por AON RE a momento de emitir la Nota de Cobertura, consistió en una colocación en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008), que era una normativa legal vigente en ese entonces.

En el entendido precedente, cabe expresar además que la doctrina y la jurisprudencia internacional ha determinado que una infracción administrativa, es antijurídica cuando se hubiese realizado sin justificación alguna, aspecto que no se ajusta al presente caso, por lo precisamente señalado precedentemente. Así, por ejemplo la Corte Constitucional colombiana (C-818 de 2005) ha considerado respecto de investigaciones disciplinarias que el funcionario competente para sancionar, debe verificar la antijuridicidad material de la conducta imputada el servidor o particular investigado, verificando que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

En virtud a lo expresado se puede verificar que no existe conducta antijurídica en el presente caso, aspecto que hace imposible, ilegal e incluso inconstitucional la calificación de infracción como insubsanable, correspondiendo a la autoridad jerárquica revocar la decisión de la APS en estricta aplicación de la ley y los principios constitucionalmente vigentes del debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia establecidos en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.

6.6.2.3. Culpabilidad.

La doctrina en relación a la culpabilidad, establece la garantía constitucional en virtud de la cual una persona no puede ser sancionada por la mera verificación de la comisión de un supuesto hecho calificado como ilícito. La culpabilidad es "aquel conjunto de condiciones necesarias que permiten justificar la imposición de una pena a un sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica. La culpabilidad es entonces el fundamento de la pena".

Por otra parte, cabe señalar que el principio de culpabilidad tiene como base la libertad de decisión de la persona y por eso se debe determinar si ella tenía la capacidad para controlar sus inclinaciones y dirigir su determinación hacia la razón, los valores y las normas, esto es, si en la situación en que se encontraba hubiera podido actuar de otra manera.

Como la autoridad jerárquica podrá evaluar, en el caso presente, ha quedado esclarecido que no existe una conducta típica sancionable y consecuentemente antijuridicidad en la infracción supuestamente cometida por AON RE, circunstancia que por tanto implica la inexistencia de culpabilidad, tercer elemento determinante e inexcusable para la constitución de una infracción administrativa. Sin embargo de ello, es importante destacar que aún así hubiese existido una conducta típica sancionable, y esta hubiese sido presuntivamente antijurídica, en el presente caso no hubiese existido culpa, pues el acto de la emisión de la nota de cobertura (único acto realizado por AON RE) fue realizado bajo la legítima creencia de la existencia (documento firmado) de un reaseguro otorgado por QBE del Istmo, y por tanto la culpabilidad que implica y contiene la participación subjetiva y concreta del infractor, en este caso no existe. Así, como podría AON RE ser señalado como culpable, cuando fue abusiva y dolosamente engañado por la Compañía 24 de Septiembre. Como podría aplicarse una sanción contra AON RE si ésta no participó (de manera voluntaria, culpable o dolosa) en ninguna de las posteriores acciones de

la Compañía 24 de Septiembre, en la cuales las ¡legales acciones y los efectos perjudiciales eventualmente producidos a terceros, son atribuibles única y exclusivamente a ésta Compañía, a sus socios y administradores. Simple y lamentablemente, AON RE fue engañada, no pudiendo por tanto configurarse una acción infractora en AON RE.

Al punto corresponde expresar, que aún en el caso de que hipotéticamente hubiese existido una acción típica, antijurídica y culpable de AON RE, la APS impuso una sanción absolutamente desproporcionada, abusiva y violatoria del principio de proporcionalidad, principio general del derecho y reconocido en nuestra jurisprudencia y que obliga a adecuar, una vez tipificado el hecho, la sanción que más se corresponda con la infracción cometida. Así, la sanción administrativa debe respetar el principio de proporcionalidad entre la sanción prevista en la norma y la conducta infractora, sobre la base de la razonabilidad. El principio de proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, pues la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también el adecuar la sanción al hecho cometido.

Dicho principio de proporcionalidad, no fue observado por la APS, que aplicó la sanción más grave pese al evidente y doloso engaño que sufrió AON RE y a su legal participación en este tema, violando no sólo los derechos constitucionales de AON RE, sino también los principios de favorabilidad y taxatividad al "interpretar" de la manera más estricta y gravosa, la confusa, poco clara, incierta norma contenida en el artículo 52 de la Ley de Seguros. Confirman nuestros asertos la jurisprudencia constitucional siguiente:

SC 1076/2003-R de 29 de julio de 2003

> *"(...) el sistema boliviano, considera que la pena cumple diferentes funciones en los diversos momentos de la acción punitiva del Estado: en el primer momento, el legislador, cuando prohíbe una conducta amenazándola con una pena, está orientado, fundamentalmente, a cumplir la función de prevención general, dado que se amenaza a los miembros de la comunidad para que no realicen la conducta considerada delictiva y, en forma secundaria, se toma en cuenta la idea de retribución, por cuanto debe existir proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que se le atribuye; en el segundo momento, cuando el delito se ha cometido, y se impone la pena a un determinado individuo, predomina el criterio retributivo, a fin de que exista una proporcionalidad entre la conducta realizada, el grado de culpabilidad y la intensidad de la pena, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. (...)"*

SC 0977/2010-R de 17 de agosto de 2010:

> *"(..) de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el*

derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos.(..)"

SC 136/2003-R de 6 de febrero de 2003:

> *".(..)* (sic) *el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional"; de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilídad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado*".

Igualmente al respecto, corresponde expresar que los alcances del principio de proporcionalidad están también reconocidos en el propio sistema regulatorio financiero y específicamente en el área de seguros, por el que por ejemplo la Superintendencia General del SIREFI, determinó reducir una sanción de inhabilitación a 6 meses, modificando una inicial de 2 años impuesta por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por ser ésta desproporcionada y precisamente en virtud a la conducta del supuesto infractor, en la cual al igual que el presente caso, resultaba manifiesta la ausencia de dolo e intención. Así, la Resolución SG SIREFI RJ 325/2008 señala lo siguiente:

> *"Ahora bien, en el caso en particular, del contraste de los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, si bien ha quedado establecida la infracción cometida por Benfield Argentina S.A., el regulador no ha dado cabal aplicación al principio de proporcionalidad al haber impuesto la sanción de inhabilitación de dos (2) años, puesto que no se ha evidenciado por parte del recurrente una manifiesta intencionalidad (dolo) en su conducta desplegada ni han existido perjuicios para terceros."*

Similares aspectos están presentes en la SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 y en la SG SIREFI RJ 14/2006 de 20 de marzo de 2006, en las cuales se verifica que las sanciones impuestas, deben guardar un ajustada proporcionalidad, derivada de aspectos objetivos y subjetivos, entre éstos los hechos, la conducta, la imputabilidad grado de participación, etc.

En virtud a lo expresado, se puede verificar que no existe conducta culpable en el presente caso, aspecto que ratificamos hace imposible, ilegal e incluso inconstitucional la calificación de infracción insubsanable a la supuesta infracción cometida por AON RE y la consecuente aplicación de una sanción (Revocación de Licencia de Funcionamiento) como la prevista por la APS, aplicación que no solo viola los principios de tipicidad, legalidad, taxatividad, favorabilidad sino incluso el de

proporcionalidad, circunstancia y decisión que a la autoridad jerárquica le corresponde revocar en estricta aplicación de la ley y los principios constitucionalmente vigentes del debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia establecidos en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.

7. PETITORIO.

Al presente, al amparo de las disposiciones legales y jurisprudencia constitucional de obligatorio cumplimiento señaladas, en el marco de lo dispuesto por los artículos 52, 53, 55 y 59 del Reglamento LPA-SIREFI, por vulnerar efectivamente nuestros legítimos intereses y derechos subjetivos de AON RE, solicitamos al Sr. Director Ejecutivo de la APS remitir el presente Recurso Jerárquico junto con los antecedentes correspondientes, a conocimiento del Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas (autoridad jerárquica), a efecto de que dicha Autoridad:

A. *Admita el presente Recurso Jerárquico;*

B. *En mérito a que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 518/2012 de 20 de julio de 2012 ("Resolución de Revocatoria") y, en su mérito, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^{0} 260/2012 de 27 de abril de 2012 ("Resolución Sancionatoria") y la Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, contienen vicios insubsanables y resultan nulos de pleno derecho, declare NULAS LAS ACTUACIONES del presente caso hasta el estado de dictar una nueva Notificación de Cargos, de conformidad con lo previsto por el artículo 35 incisos e) y d) de la LPA, por violar el procedimiento legalmente establecido, y los principios del debido proceso y derecho a la defensa previstos constitucionalmente en los numerales I y II del artículo 115, numeral I del artículo 117 y numerales I y II del artículo 119 de la Constitución Política del Estado.*

C. *Para el inesperado e indebido caso en que el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas no reconozca las nulidades acusadas, luego de corridos los procedimientos pertinentes y evaluados nuestros descargos y argumentos legales, solicitamos que dicha autoridad jerárquica REVOQUE totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 518/2012 de 20 de julio de 2012 ("Resolución de Revocatoria") y, en su mérito, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260/2012 de 27 de abril de 2012 ("Resolución Sancionatoria") y la Notificación de Cargos con CITE: APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, en atención a que:*

1) los cargos por supuestas infracciones cometidas por AON RE, en el fondo, no son existentes ni evidentes y deben ser dejados sin efecto en su integridad, en consideración a los antecedentes fácticos del caso y a una apropiada aplicación de la normativa sectorial detallada en el presente Recurso;

2) los presuntos ocho (8) cargos imputados a AON RE se encuentran PRESCRITOS, todo ello en estricta aplicación de lo previsto en el artículo 79 de la LPA y 4 del Reglamento de Sanciones;

3) la inexistencia de los elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que configuran las supuestas infracciones administrativas cometidas por AON RE, aspecto que ratificamos hace imposible, ilegal e incluso inconstitucional la calificación de "infracción insubsanable" y la consecuente aplicación de una sanción (Revocación de Licencia de Funcionamiento) como la prevista por la APS, la cual viola incluso el principio de proporcionalidad reconocido en nuestra legislación y jurisprudencia nacional.

8. RESERVA DE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DERECHOS BAJO TRATADOS DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES.

AON RE se reserva todos sus derechos y las acciones legales que le asistan en su defensa. El presente recurso no constituye una renuncia a ejercer, en cualquier momento, incluyendo el periodo en el que se encuentre pendiente la decisión del presente recurso o después de que el mismo sea decidido, cualquier recurso o acción de inconstitucionalidad, u otra acción o recurso que esté al alcance de AON RE para la mejor protección de sus derechos e inversiones, incluyendo la protección que el Estado de Bolivia ha ofrecido a las inversiones de AON RE de conformidad con el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, u otro que resultara aplicable…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 26 de octubre de 2012, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos del recurrente **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, a solicitud del mismo, en la que ratificó los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

8. DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ARTÍCULOS APLICADOS EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 260/2012 DE 27 DE ABRIL DE 2012.-

En fecha 13 de diciembre de 2012, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, promueva una acción de inconstitucionalidad concreta por ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, dirigida contra los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, que fueran aplicados al pronunciarse la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012.

Por Resolución Ministerial 923/2012 de 27 de diciembre de 2012, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas decidió promover la acción de inconstitucionalidad concreta solicitada por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, decisión después ratificada por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional mediante Auto Constitucional 0011/2013-CA de 1º de febrero de 2013.

Por su efecto y sustanciados los trámites correspondientes, el Tribunal Constitucional Plurinacional pronunció su Sentencia 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, por la que resuelve declarar la inconstitucionalidad de los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003.

Ante la solicitud presentada por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas en fecha 14 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional Plurinacional pronunció su Auto 0009/2014-ECA de 28 de abril de 2014, por el que aclara y complementa la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, estableciendo que la declaratoria de inconstitucionalidad dispuesta, "*no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de los demás artículos del Reglamento referido*".

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS emitió la Nota de Cobertura para contratos de reaseguros cuota parte para fianzas y cauciones, a favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., por el período comprendido entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010.

Mediante notas SR24SEP-SC-00222/09 y SR24SEP-SC 00223/09, remitidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 1º de julio de 2009, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., registró la Nota de Cobertura de Reaseguro para fianzas y cauciones extendida por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, e informó haber suscrito un documento de excepción operativa y administrativa con la misma reaseguradora, amparada en lo establecido por el artículo 3º, punto i), inciso 3.1, del Reglamento de Reaseguro Pasivo, emitiendo la Nota de Liberación.

Después, mediante nota SR24SEPT-SC-00390/2009, remitida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 20 de noviembre de 2009, la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. envió la Nota de Cobertura de Reaseguro, que de su parte señaló haber sido emitida por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., para el ramo de fianzas y cauciones.

No obstante, QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., mediante nota de 15 de abril de

2010, declara que: "…*la Nota de Cobertura, que, tanto la Corredora de Seguros Local AON RE Bolivia S.A., como la Empresa de Seguros y Reaseguros 24 de Septiembre S.A., remitieron a su despacho -y cuya copia nos hicieron llegar ustedes adjunta a su comunicación de 5 de marzo de 2010- NO FUE EMITIDA, NI ENTREGADA, NI PROPORCIONADA POR NUESTRA PARTE a ninguna de estas dos instituciones*…" determinaría que, contrariamente a lo registrado e informado, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** emitió la Nota de Cobertura señalada, sin el correspondiente respaldo de reaseguro de QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.

El extremo además dio lugar a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, impute a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** por ocho cargos que salen de la Nota APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012, contra la que el ahora recurrente presente los descargos de su memorial de 13 de abril de 2012, no obstante los cuales, el Ente Regulador emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012 por la que, en lo fundamental, decidió "***REVOCAR*** *la Resolución Administrativa N° 246 de 22 de junio de 2001, mediante la cual la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros otorgó Licencia de Funcionamiento a AON RE BOLIVIA S.A.*"

Por su efecto, mediante memorial de 30 de mayo de 2012, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012, la que es confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 518-2012 de 20 de julio de 2012 y a la que se interpone Recurso Jerárquico en fecha 29 de agosto de 2012.

No obstante, por Resolución Ministerial 923/2012 de 27 de diciembre de 2012 y a solicitud presentada por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en fecha 13 de diciembre de 2012, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas decidió promover la acción de inconstitucionalidad concreta solicitada por el recurrente, decisión ratificada por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional mediante Auto Constitucional 0011/2013-CA de 1° de febrero de 2013, determinando la continuación del trámite del Recurso Jerárquico solo "*hasta el momento de dictarse la* (…) resolución final que corresponda, mientras se pronuncie el Tribunal Constitucional Plurinacional" (Ley 254, Cód. Proc. Constitucional, Art.82°).

En tal entendido, el Tribunal Constitucional Plurinacional pronunció su Sentencia 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, por la que resuelve declarar la inconstitucionalidad de los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, Sentencia aclarada y complementada por el Auto 0009/2014-ECA de 28 de abril de 2014, notificado a este Ministerio en fecha 17 de junio de 2014, estableciendo que la declaratoria de inconstitucionalidad dispuesta, "*no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de los demás artículos del Reglamento referido*".

Por consiguiente, habiéndose cumplido el presupuesto del artículo 82° de la Ley N° 254 de 5 de julio de 2012 (del Código Procesal Constitucional), se pasa a analizar y resolver a continuación, el Recurso Jerárquico de 29 de agosto de 2012.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. La motivación de las diversas actuaciones administrativas.-

AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS alega que en las tres actuaciones administrativas fundamentales del proceso sancionatorio que le ha instaurado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pesan vicios referidos a la carencia de motivación y fundamentación, los que a su decir, derivarían en la nulidad de las diversas actuaciones, por infringir las garantías al debido proceso y al derecho a la defensa.

Así, de la nota de cargos (APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012), acusa:

> "…*la falta de obligada motivación de la Notificación de Cargos que da inicio al procedimiento sancionador, que impiden la posibilidad de una irrestricta y legítima defensa, al no poder AON RE conocer a cabalidad y plenitud el alcance, fundamento y contenido de los injustos cargos imputados y si las supuestas conductas atribuidas a AON RE constituyen una conducta típica sancionable conforme al marco normativo aplicable* (…)
>
> …*sin motivar y fundamentar debidamente las mismas, examinar y evaluar los hechos, ni indicar la relación de causalidad entre los hechos o faltas supuestamente cometidas y cómo se ajustan a las conductas que la norma describe típicamente y que son objeto de sanción administrativa. De esta manera, la Notificación de Cargos no sólo violó el procedimiento administrativo regulado* (…)
>
> …*la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros* (…) *expresa esencialmente que AON RE BOLIVIA SA. CORREDORA DE REASEGUROS, en aplicación del artículo 28 del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de junio de 2003 o el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pudo hacer conocer sus observaciones "respecto de las debilidades de la notificación de cargos, si realmente estaba convencida de ello" y que no lo hizo, que "respondió a la notificación de cargos con bastante profusión de documentación" y que por tanto "sí sabía y entendía perfectamente los cargos, porque la notificación era clara*…"

El recurrente se pronuncia sobre la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012, de la siguiente manera:

> "…*El contenido de los informes técnicos y legales de referencia, que presumiblemente constituyen la base y motivación de la Resolución Sancionatoria y que al parecer además evaluaron técnica y legalmente los descargos presentados por AON RE, no fueron de conocimiento oportuno de AON RE* (…)
>
> …*el fundamentar un Acto Administrativo implica integrar en su propio texto todos los razonamientos jurídicos, técnicos y económicos que conducen de manera lógica y precisa a la decisión que adopta la autoridad. Este es un requisito intrínseco del acto, es decir que debe estar contenido en su propio texto, de forma que el procesado pueda, sin referirse a otro documento adicional, encontrar todas las razones que dan*

lugar a la decisión expresada (…)

…En el entendido precedente, la falta de inserción en la Resolución Sancionatoria de los informes mencionados o de los fundamentos de hecho y de derecho de éstos (Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012, el Informe Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de Abril de 2012 y el Informe Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012), implica que la Resolución Sancionatoria de conformidad con el parágrafo III del Articulo 52 de la LPA y 31 III del Reglamento de la LPA, carece de fundamentación…"

Y con respecto a la -ahora- recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de fecha 20 de julio de 2012 (el recurrente la denomina *Resolución de Revocatoria*), alega:

"*…incurre en los mismos vicios de nulidad de la Resolución Sancionatoria* (…) *nuevamente al momento del dictado de la Resolución de Revocatoria, no ha debidamente integrado y/o acompañado a su texto los informes que le sirven de motivación* (…)

…la APS ha incurrido en más de una nulidad y de consecuente afectación a los derechos constitucionales del debido proceso y el derecho a la defensa, la autoridad jerárquica deberá disponer la nulidad del procedimiento hasta el vicio más antiguo, es decir hasta la emisión de una nueva notificación de cargos, que incluya todos los elementos legales apuntados en nuestros Recursos…"

Los alegatos anteriores, así expuestos, justifican en principio, se establezca el marco teórico jurídico que importa la falta de motivación acusada.

Así, señala la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, refieren el carácter normativo de la materia, de la siguiente manera:

- **Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo:**

  "…***ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-***

  Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: (…)

  e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo;…"

- **Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175:**

  "…***Articulo 17°.- (Concepto)*** (…)

  II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (…)

d) Los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y respaldan…"

Sobre el particular además, la Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 2 de octubre de 2007, indica:

> "…*Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la* ***fundamentación y motivación de las resoluciones****. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada. En caso de co-procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "[...] el Auto de 2 de septiembre de 2002 por el que se amplía la causa contra los recurrentes, carece de motivación y de elementos de convicción para sustentar la ampliación; por tanto, en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos,* ***resoluciones*** *y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso.*
>
> *Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y resulta primordial la individualización*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Se debe también tener en cuenta, lo señalado en la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable, y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión.

Establecidos los extremos anteriores, corresponde dar respuesta a los dos cuestionamientos esenciales que, en este sentido, plantea el Recurso Jerárquico, a saber:

- **Si el tenor de la nota de cargos APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, no permite a AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS conocer a cabalidad y plenitud el alcance, fundamento y contenido de los cargos imputados y si las supuestas conductas que se le atribuyen constituyen una conducta típica sancionable conforme al marco normativo aplicable.**

Los cargos de la nota de referencia (en los términos de la supra mencionada Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010), los numerales 3, 4, 5, 7 y 8, si bien no extensos, permiten conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión que allí consta, al resultar en exposiciones concisas y razonables: cargo 3: "*por no*

haber, puesto en conocimiento del reasegurador", cargo 4: "*al no informar a la Compañía de Seguros*", cargo 5: "*al no ilustrar a la Compañía de Seguros*", cargo 7: "*al no existir evidencia de las notificaciones permanentes efectuadas*" y cargo 8 "*al no haber demostrado la existencia de archivos que contengan mínimamente información*".

No sucede lo mismo con los cargos 1, 2 y 6, conforme se evidencia de su transcripción siguiente:

> "…*1. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con su objeto social único de intermediación entre la entidad aseguradora y la reaseguradora, vulnerando de esta manera lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguros N° 1883* (…)
>
> *2. Aon Re Bolivia S.A. incumplió lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto dos de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008, toda vez que la supuesta intermediación y colocación realizada entre el reasegurador y la aseguradora ha sido un hecho lesivo a las partes* (…)
>
> *6. Aon Re Bolivia S.A. incumplió con lo previsto en el inciso f) del numeral 2) del artículo 23 de la Ley de Seguros, al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional, prestando sus servicios con información falseada induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación*…"

En el caso del cargo 1, como se establece de su lectura, el enunciado contiene un efecto -*incumplimiento del objeto social único*- y una subsunción consiguiente -*vulneración del artículo 22 de la Ley de Seguros N° 1883*-, empero (a diferencia de los restantes cargos) no señala cuál la conducta con la que se habría producido tal infracción, de la que después se pueda concluir en algún incumplimiento.

Dada la trascendencia fundamental del cargo Nº 1 (base de todo el ulterior procesamiento), no es admisible suplir la deficiencia señalada con una aparente falta de actividad impugnatoria por parte del recurrente, como mal lo sugiere la Entidad recurrida, por cuanto, para el caso pesa la presunción de inocencia a la que se refiere el artículo 74º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), correspondiéndole a la Administración la imputación clara y concisa del cargo.

Tampoco se puede pretender dar por entendida la conducta imputada, como implícita en el tenor señalado, por cuanto, como se ha visto, el enunciado prescinde de detallar la conducta sancionable y por tanto, determina oscuridad en cuanto a una subsunción que resulta en su efecto.

Entonces, no existe una debida motivación y fundamentación del cargo 1, toda vez que para el mismo, no se indica la relación de causalidad entre los hechos o faltas supuestamente cometidas y cómo se ajustan a las conductas que la norma describe típicamente, conclusión que no es extensible para los restantes cargos, en los que, aún así sea con la brevedad a la que se refiere la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, por ello mismo sí cumplen con los requisitos precitados.

Con respecto al cargo 2, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece qué es lo que se ha incumplido: "*lo dispuesto por el numeral 2, subnumeral 2.1., inciso i), punto dos de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008*", así como los efectos de lo mismo: "*ha sido un hecho lesivo a las partes*", empero no señala cómo es que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** habría incurrido en la supuesta infracción.

Y en relación al cargo 6, al establecer que "*Aon Re Bolivia S.A. incumplió* (…) *al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional,* ***prestando sus servicios con información falseada***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), si bien no atribuye la autoría de la falsedad al ahora recurrente, no tiene en cuenta la inexistencia de elementos que permitan inferir al menos, que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** conocía del carácter falso de la Nota de Cobertura de Reaseguro, que la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. remitió al Ente Regulador, informando haber sido emitida por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. para el ramo de fianzas y cauciones, y que en definitiva, al no haber sido procesada al interior de la ahora recurrente con las previsiones que le exige la norma, ha dado lugar al presente proceso administrativo sancionatorio.

Asimismo, la expresión "*con información falseada*" resulta en una afirmación concluyente e inequívoca de que para el Ente Regulador, la comisión del delito que importa la falsedad aludida, se encuentra ya plenamente comprobada, cuando de los datos que salen del expediente elevado por la misma, se conoce existir un proceso penal instaurado contra los ejecutivos de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., empero que no se encontraría con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no siendo admisible que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dé por hecha la efectiva comisión de un delito y hasta de sus autores, cuando dado el estado procesal penal señalado, sobre ello pesan mas bien las garantías de "*la presunción de inocencia*" (Const. Pol. del Estado, Art. 116°, Par. I) y de que "*Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido* (…) *juzgada previamente en un debido proceso*" (ídem, Art. 117°, Par. I).

- **Si las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de 27 de abril de 2012 y APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de 20 de julio de 2012, no integran en sus textos a los informes que los fundamentan.**

Es base de este presupuesto, el que los diversos informes que se mencionan en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de 27 de abril de 2012 y APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de 20 de julio de 2012, no han sido de conocimiento de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, y que en las Resoluciones precitadas se limitan a su mención, de tal manera que el recurrente no conoce de sus contenidos.

En principio, hay que aclarar que los informes, como tales, no son *per se* notificables, es decir, no constituyen actos administrativos que sean susceptibles de notificación cual carga de la Administración, esto porque, por disposición de la norma, "*la Administración Pública notificará a los interesados todas* ***las resoluciones y actos administrativos <u>que afecten</u> a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***" (Ley 2341, Art. 33º, Par. I), y "*Los Superintendentes*

Sectoriales del SIREFI -aquí léase Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *deberán notificar a los operadores de sus respectivos mercados financieros,* ***las resoluciones que emitan***…" (Reglamento aprobado por D.S. 27175, Art. 25º, Par I; en ambos casos, las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En esos términos, un informe no es una resolución o un acto administrativo, sino una comunicación, generalmente de contenido técnico, que se da la Autoridad "*que sean obligatorios por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios*" para dictar la resolución (Ley 2341, Art. 48º, Par. I), empero que son facultativos "*y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos*" (ídem, Par. II); en caso contrario a esto último, "*la aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamentación a la resolución* ***cuando se incorporen al texto de ella***" (ibídem, Art. 52º, Par. III; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La incorporación aludida, de ninguna manera puede limitarse a una simple mención; no obstante, de la revisión de obrados se establece que no es tal extremo el que se ha producido en el caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de 27 de abril de 2012, por cuanto la misma establece que:

> "…*Que la Dirección de Seguros a través de los Informes Técnico APS/DS/JTS/522/2012 de 23 de abril de 2012 y Legal APS/DJ/DS/123/2011 de 24 de abril de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por* ***AON RE BOLIVIA S.A CORREDORES DE REASEGUROS*** *concluyendo, conforme al principio de la sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, que los descargos no han desvirtuado los ocho (8) cargos contenidos en el Cite APS/DJ/DS/2033/2012 de 15 de marzo de 2012 por lo que siendo las infracciones de naturaleza insubsanable, debe procederse a la revocatoria de su licencia de funcionamiento*…"

Lo anterior sirve también para aclarar, que el Informe Técnico APS/DS/JTS/353/2012 de 14 de marzo de 2012 mencionado por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en su memorial de 30 de mayo de 2012, no forma parte de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012.

Lo contrario sucede con la también controvertida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de 20 de julio de 2012, la que en su parte de *vistos* (como señala la recurrida), hace referencia a los informes Técnico APS/DS/N° 800-2012 de 2 de junio de 2012, Legal APS/DJ/DS/167/2012 de 11 de junio de 2012, y Legal APS/DJ/DS/191/2012 de 2 de julio de 2012, empero que al margen de tal mención no hacen mayor referencia de los mismos, es decir, no los incorpora a su texto de ninguna manera.

En todo caso, no puede tenerse por incorporado al texto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de 20 de julio de 2012, el contenido de los informes Técnico APS/DS/N° 800-2012 de 2 de junio de 2012, Legal APS/DJ/DS/167/2012 de 11 de junio de 2012, y Legal APS/DJ/DS/191/2012 de 02 de julio de 2012, más allá de que los hubiere mencionado, lo que sin embargo, no invalida la Resolución precitada, toda vez que, si inexistentes los informes señalados por no haber sido incorporados, aún subsisten en su

integridad la misma Resolución con fundamento suficiente (el que además de técnico, resulta abundante) como para justificar su decisión; téngase presente que esta última, al no haberse fundamentado en los informes -dado que no se los incorpora-, entonces no requiere de los mismos para su subsistencia plena, sino de los restantes fundamentos que la motivan y que le han sido suficientes.

Es así que, en los términos del artículo 33º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, la omisión del Ente Regulador no afecta los "*derechos subjetivos o intereses legítimos*" de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, por cuanto, si técnicamente inexistente, entonces no hace al proceso y no es en base de los mismos que termina por decidir el Ente Regulador (conforme consta de la revisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011), ni sobre los que, cual cuestión de mérito, vaya a fundamentar su impugnación el recurrente, de hacer lo mismo a sus intereses.

En definitiva, sí existe una debida motivación y fundamentación en los datos que salen de la nota de cargos APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012 y de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de 27 de abril de 2012, empero sólo en el caso de los cargos 3, 4, 5, 7 y 8, no así para los cargos 1, 2 y 6.

En cuanto a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de 20 de julio de 2012, en definitiva no existe en la misma la debida fundamentación, empero en este caso en concreto, lo mismo es intrascendente, como que no afecta el derecho a la defensa de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** ni a la garantía del debido proceso que asiste al mismo.

2.2. De la prescripción.-

AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS señala también en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*La Resolución de Revocatoria así como la Resolución Sancionatoria reconocen que la emisión de la Nota de Cobertura fue realizada en fecha 29 de junio de 2009 (con la cual supuestamente se originan las ocho infracciones), circunstancia que al amparo de las previsiones legales y reglamentarias mencionadas, implica la inobjetable prescripción de las supuestas infracciones cometidas, toda vez que a la fecha de iniciación del procedimiento de cargos (15 de marzo de 2012) habían transcurrido más de los dos años previstos normativamente*…"

Tal propuesta tiene que ver con lo señalado por el artículo 79° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en sentido que "*las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años*", y cuando se habla de prescripción, se refiere a una de las formas reconocidas por el Derecho, para la extinción de las obligaciones, mas no como un premio para el obligado incumplido, sino como una especie de sanción para el acreedor negligente, en este caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, forma que dada su trascendencia, ha alcanzado la calidad de instituto de orden público, en virtud del cual, la Administración cesa en su potestad persecutoria y/o punitiva, por efecto de su inactividad en determinado plazo de tiempo.

No obstante y toda vez que tal pretensión ha sido ya expuesta por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en actuaciones anteriores, desde el mismo memorial de descargos de 13 de abril de 2012, lo mismo ha sido oportunamente considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de cuyo efecto se conoce la determinación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012, la que establece que:

> "…*el plazo de prescripción se cuenta desde la comisión del hecho punible y vence a los dos años; sin embargo constituyen una excepción a dicha regla las llamadas infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados, en las cuales el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos* (…)
>
> …*la doctrina penal puntualiza la diferencia entre delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes, al determinar que:* (…) ***los delitos instantáneos con efectos permanentes, son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo"***. *(Resaltado de la APS)* (…)
>
> …*en técnica aseguradora, si la Nota de Cobertura no contaba con el correspondiente respaldo de reaseguro, la infracción no se agotó con la sola emisión del documento, dado que la misma afectó a la aseguradora quien suscribió pólizas con un supuesto respaldo de reaseguro, extendiendo sus efectos nocivos no sólo hasta el vencimiento de la vigencia de la Nota de Cobertura (30 de junio de 2010), sino que perduraron en el tiempo, en función a la vigencia de cada una de las pólizas emitidas sin respaldo de reaseguro* (…)
>
> …*se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que se suscribió el contrato de cesión de cartera de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. en favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro.*
>
> *Que lo expuesto precedentemente deja entrever con meridiana claridad que el cómputo del plazo para la prescripción se efectivizó el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses*…"

En tal sentido, el alegato actual de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** tiene un doble enfoque impugnatorio:

- **Los principios interpretativos del Derecho Penal serían inaplicables al caso:**

> "…*la norma administrativa expresamente aplicable, de manera concreta y sin lugar a*

interpretaciones o necesidad de entendimientos por analogía con la esfera penal, indubitablemente determina que la prescripción debe computarse considerando la fecha en que se realiza el acto, es decir en el momento en el que se comete el acto susceptible de ser considerado una infracción, que en el caso presente (…) *no podría ser otro que el momento en que AON RE, producto del doloso engaño sufrido, emitió la Nota de Cobertura (junio 2009), no admitiéndose duda en su entendimiento, razón por la que no cabe realizar interpretaciones que pretendan injustificadamente extender el momento de realización de la supuesta infracción, que debe ser una fecha determinada y no un período supuestamente dañoso,* ***según redacción expresa del Reglamento de Sanciones y sentido del artículo 79 de la LPA*** (…)

…en el presente caso no corresponde realizar analogía o interpretación alguna -se refiere a las concepciones propias del Derecho Penal- *dada las consideraciones antes expresadas…*"

- **Aún los principios interpretativos del Derecho Penal fueran aplicables al caso, igual la infracción imputada sería instantánea y no así de efectos permanentes:**

"*…la emisión de la Nota de Cobertura otorgada por AON RE, acto que consecuentemente constituiría en sí la base para las supuestas infracciones cometidas* (…) *fue realizada en fecha 29 de junio de 2009, constituyendo ese acto, el momento único y preciso en el cual se hubiese vulnerado supuestamente el marco regulatorio de Seguros, habiéndose con la sola emisión de la Nota de Cobertura configurado perfecta y típicamente la presunta infracción cometida, sin que se hubiese requerido de parte de AON RE de acción posterior para su continuidad o vigencia.* ***Así, la emisión de la Nota de Cobertura constituiría una presunta infracción instantánea y de ninguna manera podría ser considerada permanente*** (…) *infracción que para ser clasificada de esta manera, hubiese requerido e implicado una conducta del infractor de manera ininterrumpida, antijurídica e incluso voluntaria* (…)

…si hubiese sido necesario aplicar por analogía los principios interpretativos del derecho penal, la supuesta infracción debió ser considerada por la APS como infracción instantánea, independientemente de que los efectos de la Nota de Cobertura, a criterio de ésta (no consentido de nuestra parte), hubieran podido trascender o permanecer hasta el 29 de julio de 2010, fecha en la cual ya hubiese existido Reaseguro…"

Sintetizando ambas posiciones, la infracción imputada y después sancionada, corresponde -a decir del recurrente- a la calidad de instantánea, sea que se la considere desde el punto de vista de los principios interpretativos del Derecho Penal, o prescindiendo de los mismos, entonces limitada al artículo 79° se la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo. Por consiguiente, habiendo **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** emitido la Nota de Cobertura en fecha 29 de junio de 2009 ("*base para las supuestas infracciones cometidas*" dice el recurrente), constituye tal fecha aquella en la que debe comenzarse a contar el término de la prescripción por resultar el momento único y preciso en el cual la infracción hubiere sucedido.

Corresponde sentar la aclaración que sale de Principios de Derecho Administrativo (publicación de este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), en sentido que: "*si bien en materia administrativa no exige el mismo grado de certeza y rigurosidad que en materia penal, es de igual manera aplicado al ámbito administrativo sancionador al estar reconocido expresamente en la Ley del Procedimiento Administrativo*", es decir, que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionatorio comparten en lo esencial, una misma finalidad axiológica, cual es la de determinar la existencia de un ilícito (infracción a la norma) y de su autoría, los fines de imponer la sanción que corresponda.

Consiguientemente, la aplicación permanente que realiza el Derecho Administrativo Sancionatorio, de los principios reguladores de la actividad jurisdiccional penal, no constituye una actividad forzada como sugiere el recurrente, y que esté dirigida a sancionarla precisamente a él, cuando a su decir, no había "*lugar a interpretaciones o necesidad de entendimientos por analogía con la esfera penal*", sino que responde a una necesidad inspirada en el criterio jurídico y por ende justo (entendido el fin de la justicia como la búsqueda de la paz social) que hace a ambas materias, por su evidente naturaleza punitiva similar.

En todo caso, la aplicación de los principios rectores del Derecho Penal, en tanto no lo impida la propia norma, es una práctica universal, general y permanente por parte del Derecho Administrativo Sancionatorio, y su consideración al caso presente por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, corresponde al mismo criterio, entonces correctamente aplicado por la misma, en particular los argumentos siguientes:

> "…*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" la doctrina penal puntualiza la diferencia entre delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes, al determinar que: "(...) en función a la duración de la ofensa al bien jurídico vulnerado, los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto,* ***los delitos instantáneos con efectos permanentes, son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo".*** *(Resaltado de la APS)*…" (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012).

> "…*Que esta lectura de la prescripción en relación a la naturaleza de la infracción que se analiza no constituye ocurrencia o capricho de esta APS, sino que viene refrendada consistentemente por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que establece: "…En las* ***infracciones permanentes****, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo*

momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo. En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes****, la prescripción* ***deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto****" (el subrayado es de la APS)…*" (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 518-2012 de 20 de julio de 2012).

Hasta el propio Recurso Jerárquico es claro cuando expresamente señala que:

"*…En el marco de la doctrina vigente, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador poseen idéntica naturaleza jurídica. Así, procede la aplicación analógica de las disposiciones del derecho penal y su contextura garantista y principista, al derecho administrativo sancionador…*"

En función a todo lo anterior, corresponde ahora dar razón al Ente Regulador, cuando ha establecido que:

"*…si la Nota de Cobertura no contaba con el correspondiente respaldo de reaseguro, la infracción no se agotó con la sola emisión del documento, dado que la misma afectó a la aseguradora quien suscribió pólizas con un supuesto respaldo de reaseguro, extendiendo sus efectos nocivos no sólo hasta el vencimiento de la vigencia de la Nota de Cobertura (30 de junio de 2010), sino que perduraron en el tiempo, en función a la vigencia de cada una de las pólizas emitidas sin respaldo de reaseguro…*"(Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260-2012 de 27 de abril de 2012).

Aquí cabe una aclaración más; si bien "*Los ocho (8) cargos de infracción atribuidos a AON RE, conforme así lo reconoce la propia AON RE en la Resolución Sancionatoria (Pág. 4. Fundamentos Técnico Jurídicos), tienen como origen común, la emisión de la Nota de Cobertura de Reaseguro (Nota de Cobertura) otorgada por AON RE* (memorial de Recurso Jerárquico de 29 de agosto de 2012)", ello no quiere decir que las ocho infracciones sancionadas resulten de la emisión de la Nota de Cobertura, sino que, conforme las imputa la nota APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, importan ocho conductas distintas, independientes entre sí, por lo que pueden haber sucedido en distintas oportunidades.

Así por ejemplo, cuando el cargo 3 señala que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** no ha puesto "*en conocimiento del reasegurador QBE DEL ISTMO COMPAÑIA DE REASEGUROS INC. toda la información material y pertinente para la suscripción del riesgo*", debe quedar claro que la oportunidad para efectuar lo mismo, sujeto o no a norma pertinente, no es la misma que la señalada para el cargo 6 (prestar "*sus servicios con información falseada*") que también, por sus características, debió de haber sucedido en un momento determinado empero necesariamente distinto del anterior, y lo mismo sucede con respecto a "*no ilustrar a la Compañía de Seguros* (…) *sobre las cláusulas del contrato de reaseguro* (cargo 5), "*no existir evidencia de las notificaciones* (…) *efectuadas a la aseguradora y a la reaseguradora*" (cargo 7) o "*no haber demostrado la existencia de archivos que contengan mínimamente información pertinente*" (cargo 8).

Por consiguiente, tratándose de conductas tan distintas y que por sus características no pudieron darse simultáneamente, se extraña el análisis que al caso corresponde a cada una de ellas y que le hubiera permitido determinar con precisión a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su ocurrencia exacta.

No obstante, lo mismo no hace a la controversia conforme ha sido planteada por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, sino únicamente si las infracciones imputadas y sancionadas hacen a infracciones permanentes, en las que la vulneración se ha prolongado en sus efectos, a través del tiempo, y por lo tanto, no se han agotado en un solo momento, extremo al que, conforme todo lo supra analizado, se acomoda la conducta del ahora recurrente, por cuanto, resulta obvio que, si "*Por el contrato de reaseguro el asegurador puede asegurar a su vez los riesgos asumidos*" (Cód. Comercio, Art. 1115°), y el contrato de seguro, a su vez, opera "*al producirse la eventualidad prevista*" (ídem, Art. 979°), los efectos de ambos no son instantáneos, como mal pretende el recurrente, sino que se prolongan en el tiempo, según se hubieran contratado, o vaya a suceder la contingencia prevista.

Por consiguiente, el alegato de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** es, en este sentido, infundado.

2.3. Valoración de los hechos y pruebas.-

El recurrente alega también, que "*La APS, en ninguna de las instancias en las que conoció el proceso sancionador, examinó y evaluó debida y legalmente los aspectos señalados (hechos y pruebas) y por el contrario de manera ilegítima se manifestó contra su procedencia y consideración*".

En concreto, los hechos a los que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** se refiere como no examinados, son los siguientes:

- La Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. ya realizaba su actividad anterior con una serie de irregularidades, de las que de ninguna manera participó **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, incluyendo la falta de reaseguro para los seguros de fianza o caución que comercializaba, y las pérdidas que superaban su capital en 296% (correspondía al Ente El Regulador exigir la presentación del contrato de reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, dentro de los 45 días de haber recibido la Nota de Cobertura, en aplicación del numeral del Reglamento de Reaseguro Pasivo). De hecho, la Compañía mintió repetidamente a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, sobre sus supuestos contratos de reaseguro, hecho que fue preponderante para su posterior intervención.

- Fue la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. la que, utilizando documentación falsa (Nota de Cobertura emitida por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.), solicitó a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** emita una Nota de Cobertura para el período junio 2009 a junio 2010. Entonces, el ahora recurrente fue engañado e inducido a error por la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., para emitir una Nota de

Cobertura, bajo la falsa impresión que ésta tenía el respaldo de reaseguro de QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc.; asimismo, informó falsamente a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que contaba con reaseguro para la gestión junio 2009 a junio 2010, proceso en el que el ahora recurrente no tuvo participación alguna.

- En ese sentido, la operación realizada por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** para la emisión de la Nota de Cobertura se acomodaba a la normativa legal vigente, pues se encontraba prevista en el numeral 2, subnumeral 2.1, inciso ii), del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008).

- La Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. no pagó por la prima de reaseguro a QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc., sino que desvió recursos económicos a cuentas personales de personas vinculadas a los accionistas y ejecutivos de la misma Compañía, sin que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** hubiera cobrado comisión alguna por la supuesta colocación.

- Existe un certificado de exclusión (*Endoso No 1*) con vigencia a la fecha de emisión de la Nota de Cobertura, que deja sin efecto, en favor de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, la cobertura de reaseguro para seguros de caución o fianza a primer requerimiento.

No obstante, corresponde tener en cuenta, que dentro del presente proceso administrativo sancionatorio, son de conocimiento las conductas susceptibles de sanción por parte de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** emergentes de la emisión de la Nota de Cobertura para contratos de reaseguros cuota parte para fianzas y cauciones, a favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., por el período comprendido entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010.

Mientras que los alegatos que el recurrente expone ahora, corresponden mas bien a las conductas ilícitas en las que habría incurrido la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., si bien susceptibles de ser tenidos en cuenta en función del engaño del que señala resultar ofendido e inclusive, de la Nota de Liberación que le fuera otorgada, empero no constituyen agravios que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** pueda aquejar de la actividad administrativa, sino justificativos o descargos, que determinan haber sido víctima del presumible engaño urdido por los ejecutivos de la señalada Compañía, que en función de ello corresponde sean considerados en la perspectiva de que la norma los admita como atenuantes de su responsabilidad, empero que no la enervan con respecto a los cargos imputados, fundamentalmente porque es inferible que de haberse dado estricta observancia a los deberes y cargas que impone la intermediación del reaseguro (que es lo que en definitiva se pretende sancionar), el ahora recurrente no le hubiera correspondido la calidad de víctima conforme sucede ahora.

De allí que del propio Recurso Jerárquico tenga expresiones como las siguientes:

"…*Como la autoridad jerárquica podrá apreciar en el presente caso, el conflicto no se circunscribe a simplemente si AON RE emitió o no la Nota de Cobertura. Por supuesto que sí lo hizo,* ***pero habiendo sido dolosamente engañada,*** *como lo fue el regulador, los tomadores del seguro y los propios beneficiarios. En ese contexto, ¿puede aplicarse a AON una sanción como la impuesta por la APS?* (…)

…*Dicho principio de proporcionalidad, no fue observado por la APS, que aplicó la sanción más grave pese al evidente y doloso engaño que sufrió AON RE y a su legal participación en este tema, violando no sólo los derechos constitucionales de AON RE, sino también los principios de favorabilidad y taxatividad al "interpretar" de la manera más estricta y gravosa, la confusa, poco clara, incierta norma contenida en el artículo 52 de la Ley de Seguros*…"

La aclaración es pertinente por cuanto, de la lectura de las Resoluciones Administrativas que conforman el caso de autos, se evidencia los argumentos mencionados por **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en su Recurso Jerárquico, han sido tenidos en cuenta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en cuanto a los cargos 3, 4, 5, 7 y 8, no obstante, lo que pretende el recurrente es que el resultado de tal análisis le sea liberatorio de su responsabilidad, extremo que por lo supra señalado, no es admisible.

En tal conclusión no se tienen en cuenta los cargos 1, 2 y 6, por cuanto, como se tiene dicho, en el caso de los mismos, sí adolecen de la motivación necesaria.

2.4. Caracteres de la infracción.-

Señala también **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** en su Recurso Jerárquico, que "*la definición común de delito e infracción administrativa es entendida como acción típica, antijurídica y culpable*", lo que le sirve para preguntarse: "*¿En este caso, ha existido de parte de AON RE una acción típica, antijurídica y culpable, configurada bajo los principios antes señalados y los aplicables en materia penal?*"

Con base en ello, corresponde desfragmentar la definición señalada, en función de su caso concreto, para de su parte se pueda llegar a las conclusiones siguientes:

"…***Tipicidad*** (…)

…*En el presente caso, el principio de tipicidad* (…) *no está presente, toda vez que el tipo y la conducta supuestamente cometida por AON RE no está legalmente descrita de manera clara y precisa en el artículo 52 de la Ley de Seguros y menos reglamentariamente en los artículos 10 o 14 del Reglamento de Sanciones* (…)

…*la APS ha determinado a momento de emitir la Resolución Sancionatoria, aspecto ratificado en la Resolución de Revocatoria, que las supuestas infracciones cometidas por AON RE* <u>*tienen carácter insubsanable*</u> *y por tanto en aplicación el artículo 52 de la Ley de Seguros corresponde la revocatoria de la licencia de autorización de funcionamiento* (…)

…***Antijuridicidad*** (…)

…aún así hubiese existido una conducta típica sancionable, la acción de AON RE no hubiese sido antijurídica, puesto que el acto de la emisión de la nota de cobertura (único acto realizado por AON RE) no es ilegal o contrario a la norma, más aún cuando fue realizado bajo la legítima creencia de la existencia (documento firmado) de un reaseguro otorgado por QBE del Istmo. En estas circunstancias, se reitera que AON RE fue víctima de delitos, que han sido denunciados penalmente (…)

… la conducta no podría haber sido calificada de antijurídica, puesto que la operación realizada por AON RE a momento de emitir la Nota de Cobertura, consistió en una colocación en la modalidad típica plenamente prevista en el inciso ii) del subnumeral 2.1 del numeral 2 del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo (Texto Ordenado aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008), que era una normativa legal vigente en ese entonces (…)

…***Culpabilidad*** (…)

…en el caso presente, ha quedado esclarecido que no existe una conducta típica sancionable y consecuentemente antijuridicidad en la infracción supuestamente cometida por AON RE, circunstancia que por tanto implica la inexistencia de culpabilidad (…) *Sin embargo de ello, es importante destacar que aún así hubiese existido una conducta típica sancionable, y esta hubiese sido presuntivamente antijurídica, en el presente caso no hubiese existido culpa, pues el acto de la emisión de la nota de cobertura (único acto realizado por AON RE) fue realizado bajo la legítima creencia de la existencia (documento firmado) de un reaseguro otorgado por QBE del Istmo, y por tanto la culpabilidad que implica y contiene la participación subjetiva y concreta del infractor, en este caso no existe*…"

Nuevamente **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** incurre en el error de confundir los cargos que le han sido imputados y por los que ha sido sancionado (emergentes de haber emitido la Nota de Cobertura para contratos de reaseguros de cuota parte para fianzas y cauciones, por el período comprendido entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010), con la remisión en fecha 20 de noviembre de 2009, por parte de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., de una Nota de Cobertura de Reaseguro, que de su parte señaló haber sido emitida por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. y que en definitiva se presume falsa.

Si bien ambos acontecimientos -la emisión de la Nota de Cobertura por parte del recurrente, y la remisión de la otra Nota de Cobertura por parte de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A.- están relacionados, en la trascendencia sancionatoria importan cuestiones distintas, de manera tal que no se está sancionando a **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** por las infracciones que pudo haber cometido la Compañía de seguros, sino por sus propias infracciones, así sea que aluda haber actuado engañado por esta última.

Por lo demás, en cuanto a la atipicidad señalada, conviene separar los elementos que hacen a este principio, conforme son presentados por el artículo 73° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo:

> "…***Artículo 73.- (Principio de Tipicidad).*** *I. Son* ***infracciones administrativas*** *las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*
>
> *II. Sólo podrán imponerse aquellas* ***sanciones administrativas*** *expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, hacen al principio de tipicidad tanto las infracciones administrativas, como las sanciones administrativas.

Ahora bien, de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la inconstitucionalidad de -precisamente- los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003.

Hasta antes de ello (a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico entonces) se encontraban vigentes los señalados, con los tenores siguientes:

- **Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros):**

  "…***ARTÍCULO 52. - INFRACCIONES Y SANCIONES.-*** *Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia* -aquí léase Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *:* (…)

  INFRACCIONES INSUBSANABLES. Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros (…)

  REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o limites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento…"

- **Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003:**

  "…***Artículo 10.- (Infracciones Insubsanables)***

  Las infracciones insubsanables son calificadas como tales por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros -aquí léase Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *mediante Resolución Administrativa expresa, en el marco de lo*

establecido en el artículo 52 de la Ley de Seguros y se sujetan al tratamiento legalmente vigente (…)

Artículo 14.- (Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento)

La revocatoria de la autorización de funcionamiento se aplicará, cuando un hecho, acto u omisión, sea insubsanable de acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones sancionables, de conformidad a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Seguros…"

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la nota de cargos APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** habría infringido las siguientes normas: artículo 22° de la Ley N° 1883, de Seguros (cargo 1), numeral 2, subnumeral 2.1, inciso i), punto dos, de la Resolución Administrativa SPVS//IS/N° 764 de 30 de septiembre de 2008 (cargo 2), numeral 2, subnumeral 2.1, inciso i), punto cuatro, de la misma Resolución Administrativa (cargo 3), inciso a) del numeral 2) del artículo 23° de la Ley N° 1883 (cargo 4), inciso b) del numeral 2) del artículo 23° de la Ley N° 1883 (cargo 5), inciso f) del numeral 2) del artículo 23° de la Ley N° 1883 (cargo 6), artículo 10° de la Resolución Administrativa IS/N° 046/99 de 31 de marzo de 1999 (cargo 7), y artículo 11° de la misma Resolución Administrativa (cargo 8).

Después, la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012 estableció que:

"…*el artículo 52 de la Ley de Seguros N° 1883 establece los* (…) *tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros* (…)

…*la Ley de Seguros es diáfana cuando determina el catálogo de infracciones y sus respectivas sanciones.*

Que en el caso concreto puede apreciarse de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que ***LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR AON RE BOLIVIA S.A. AL EMITIR UNA NOTA DE COBERTURA SIN RESPALDO DE REASEGURO <u>SON INSUBSANABLES</u> TODA VEZ QUE NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD.***

Que el principal motivo para la emisión de la Resolución ASFI N° 241/2010 ratificada por la Resolución ASFI 386/2010 de 20 de mayo de 2010, que resuelve la intervención para liquidación forzosa de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, fue el no respaldo de reaseguro de las pólizas de cauciones, aspecto que a través de la emisión de la Nota de Cobertura emitida por AON RE BOLIVIA S.A. permitió a la Entidad Aseguradora suscribir pólizas sin constituir las correspondientes reservas técnicas, induciendo a error incluso al propio órgano de fiscalización.

Que el cumplimiento por parte de AON RE BOLIVIA S.A. a las obligaciones de Corredor de Reaseguros establecidas en la normativa legal y vigente, hubiera posibilitado en función a las acciones de la entidad aseguradora, brindar un

adecuado respaldo tanto a beneficiarios como asegurados, e incluso, quizá hubiera podido evitar su intervención para liquidación forzosa, toda vez que con una efectiva cobertura de reaseguro de 92.50%, tal cual lo asevera la Nota de Cobertura emitida por AON RE BOLIVIA S.A., no hubiere requerido un incremento de reservas técnicas y consecuente pérdida en los Estados Financieros al punto de exponer patrimonio negativo, que entre otros, constituyó una razón más para su intervención y liquidación forzosa.

Que el hecho también es insubsanable toda vez que aún a pesar de que AON RE BOLIVIA S.A. gestionará en la actualidad un reaseguro con las condiciones mínimas de cobertura para Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., el mismo no tendría valor ni eficacia toda vez que la compañía aseguradora al ser intervenida dejó de asumir riesgos.

Que de igual manera es insubsanable por cuanto las pólizas comercializadas sin reaseguro, aunque en la actualidad gozaran del mismo, en gran mayoría han vencido en su vigencia o fueron ejecutadas por los beneficiarios, provocando la insolvencia de la Compañía Aseguradora…"

Por consiguiente, a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012 de fecha 27 de abril de 2012, e inclusive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 518/2011 de fecha 20 de julio de 2012, cuando no pesaba ninguna declaración de inconstitucionalidad de los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, y cuando se interpusieron los sucesivos recursos contra las resoluciones de referencia, en particular, el Recurso Jerárquico de 29 de agosto de 2012, la subsunción y tipificación realizada por el Ente Regulador con referencia a las conductas imputadas y sancionadas de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, resultaban plenamente pertinentes y correctas en cuanto a los cargos 3, 4, 5, 7 y 8 (no así en lo referido a los cargos 1, 2 y 6, por su falta de fundamentación), de manera tal que, la afirmación en sentido que "*el principio de tipicidad* (…) *no está presente, toda vez que el tipo y la conducta supuestamente cometida por AON RE no está legalmente descrita de manera clara y precisa en el artículo 52 de la Ley de Seguros y menos reglamentariamente en los artículos 10 o 14 del Reglamento de Sanciones*", en función del tiempo en que fue señalada, es impertinente.

Asimismo, los señalamientos en sentido que "*la acción de AON RE no hubiese sido antijurídica, puesto que el acto de la emisión de la nota de cobertura (único acto realizado por AON RE) no es ilegal o contrario a la norma*", y que "*la conducta no podría haber sido calificada de antijurídica, puesto que la operación realizada por AON RE a momento de emitir la Nota de Cobertura, consistió en una colocación en la modalidad típica plenamente prevista en* (…) *una normativa legal vigente en ese entonces*", prescinden de considerar las verdaderas conductas imputadas y sancionadas, estas son las detalladas en la nota de cargos APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, y no así "*la emisión de la nota de cobertura*", conductas que son apenas coincidentes en cuanto las de la nota de cargos son mas bien emergentes de la otra, extremo igualmente valedero para el alegato referido a que "*el acto de la emisión de la nota de cobertura (único acto realizado*

por AON RE) fue realizado bajo la legítima creencia de la existencia (documento firmado) de un reaseguro otorgado por QBE del Istmo, y por tanto la culpabilidad (…) *en este caso no existe*…"

En todo caso y con la aclaración de que la emisión de la nota de cobertura es la acción que se ha manifestado externamente, empero que no es la única que se ha considerado a los fines de la imputación por cuanto existen otras internas, como que también se sancionan las omisiones ocurridas en cuanto las mismas están prohibidas por la norma, se debe dejar establecido que la nota de cargos, al señalar la normativa que las conductas imputadas habrían infringido, determinan suficientemente el carácter antijurídico de las mismas y, en líneas generales, la presunta culpabilidad de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** que pesa sobre las mismas.

No obstante y en un criterio más específico, el relevamiento de los cargos conforme son expuestos en la nota APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, en función de su ulterior procesamiento sin modificaciones que le sean relevantes, determina que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en uno de ellos, no ha realizado una correcta investigación conforme se lo exige el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo).

En efecto, el cargo 6, al establecer que "*Aon Re Bolivia S.A. incumplió* (…) *al sustentar su seriedad y especialmente solvencia moral y profesional,* ***prestando sus servicios con información falseada*** *induciendo a error a tomadores, asegurados y beneficiarios e incluso al propio órgano de regulación*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), si bien no atribuye la autoría de la falsedad al ahora recurrente, no tiene en cuenta la inexistencia de elementos que permitan inferir al menos, que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** conocía del carácter falso de la Nota de Cobertura de Reaseguro, que la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. remitió al Ente Regulador, informando haber sido emitida por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. para el ramo de fianzas y cauciones, y que en definitiva, al no haber sido procesada al interior de la ahora recurrente con las previsiones que le exige la norma, ha dado lugar al presente proceso administrativo sancionatorio.

A ello debe añadirse la evidente falta de motivación de los cargos 1 y 2, conforme ha sido supra establecido.

Lo cierto es que los antecedentes elevados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señalan que **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** actuó con exceso de confianza (negligentemente) en la actuación de la Compañía de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. y que por tanto, también desconocía del carácter falso de la precitada Nota de Cobertura de Reaseguro presentada por esta última, por lo que mal se la puede imputar y sancionar, por prestar sus servicios "*con información falseada*", extremo que debe ser tomado en cuenta por el Ente Regulador en función del artículo 78º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo): "*Solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas individuales o colectivas que resulten responsables*".

Entonces, en especial a los cargos 3, 4, 5, 7 y 8 , sí ha existido en las conductas de **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, atipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, determinando resulte infundado lo alegado por la misma, conclusión que no es extensiva a los cargos 1, 2 y 6, por las explicaciones que han sido ampliamente desarrolladas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.5. Proporcionalidad de la sanción y reserva de acciones con respecto a la misma.-

Señala también **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*la consecuente aplicación de una sanción (Revocación de Licencia de Funcionamiento) como la prevista por la APS, aplicación que no solo viola los principios de tipicidad, legalidad, taxatividad, favorabilidad sino incluso el de proporcionalidad, circunstancia y decisión que a la autoridad jerárquica le corresponde revocar en estricta aplicación de la ley y los principios constitucionalmente vigentes*…"

Con ello y al tenor de Principios de Derecho Administrativo (la publicación de este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ya supra citada), el recurrente viene a alegar:

> "…*la necesidad de que exista equilibrio o modulación del poder punitivo del Estado, exigiéndole a éste que la imposición de las sanciones no sean arbitrarias, sino justas y equitativas, guardando relación con las circunstancias objetivas y subjetivas que hacen a la infracción que sanciona.*
>
> *Por lo tanto, la sanción que aplique la Administración Pública en el marco de sus atribuciones, debe tener íntima relación con la infracción cometida, y debe estar sujeta a criterios objetivos, no así subjetivos o arbitrarios*…"

Es de hacer notar que, el recurrente reclama cual desproporcionada, la sanción de revocatoria de "*la Resolución Administrativa N° 246 de 22 de junio de 2001, mediante la cual la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros otorgó Licencia de Funcionamiento a AON RE BOLIVIA S.A.*" (entonces, la revocatoria de su licencia de funcionamiento; Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 260/2012, Art. primero), empero, no señala cuál a su entender la alternativa legal para lo mismo.

Por el contrario, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha dejado expresa constancia, de:

> "…*Que en el caso concreto puede apreciarse de manera incontrovertible y sin lugar a dudas que* ***LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR AON RE BOLIVIA S.A. AL EMITIR UNA NOTA DE COBERTURA SIN RESPALDO DE REASEGURO <u>SON INSUBSANABLES</u> TODA VEZ QUE NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD***…" (ídem, parte considerativa).

Y ello, obviamente tiene que ver con lo prescrito por los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, subsistentes hasta fecha 25 de febrero de 2014 (cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró su inconstitucionalidad mediante su Sentencia 0394/2014), entonces vigentes a tiempo de la imposición de la sanción -27 de abril de 2012-, inclusive de la interposición del Recurso Jerárquico -29 de agosto de 2012-.

Lo anterior determina que la imposición de la sanción de revocatoria de su licencia de funcionamiento, no obedece a ningún criterio de discrecionalidad que como tal, pueda ser modulado mediante el ejercicio del principio de proporcionalidad, sino a un criterio normativo expreso, que no ofrece mayor alternativa ante la concurrencia de las denominadas *infracciones insubsanables*, y que en lo determinando por el Ente Regulador, son las que han operado dentro del caso de autos (extremo en definitiva no controvertido).

No obstante y con particular referencia a lo sucedido con los cargos 1, 2 y 6, ratificando al falta de motivación de los mismos, se debe concluir que la determinación señalada, no es correcta, por lo que con respecto a los mismos, sí hay lugar al alegato expuesto por el recurrente.

No obstante, habiendo además señalado **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS**, que:

> "…*se reserva todos sus derechos y las acciones legales que le asistan en su defensa. El presente recurso no constituye una renuncia a ejercer, en cualquier momento* (…) *cualquier recurso o acción de inconstitucionalidad, u otra acción o recurso que esté al alcance de AON RE para la mejor protección de sus derechos e inversiones, incluyendo la protección que el Estado de Bolivia* (…) *de conformidad con el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, u otro que resultara aplicable*…"

Cabe reflexionar al recurrente, en sentido que el sugerido origen foráneo de la inversión que representa, no le puede servir de pretexto para incumplir la normativa patria o para evitar la acción de la Administración en cuanto a las actividades que realiza y que son de interés público, en tanto se encuentran reguladas por el Estado Plurinacional de Bolivia; téngase en cuenta que conforme al artículo 11º (*Acción Legítima del Administrado*), parágrafo I, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, el régimen legal aplicable al caso, involucra necesariamente a "*toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa*", y para el caso, **AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS** es un administrado más, independientemente del origen de su inversión, conforme lo prevén los artículos 4º (*Concepto de comerciante*) 5º, numeral 1 (*Comerciante*), 5º, numeral 2 (*sociedades comerciales con domicilio principal en el exterior*), del Código de Comercio, y 7º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), por lo que no hay lugar a una pretensión como la señalada.

No obstante, en virtud a la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 52º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), y 10º, primer párrafo, y 14º del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003, que sale de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, **la que determina una realidad jurídica distinta de la que le correspondió evaluar y considerar a la que en su oportunidad conociera la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no corresponden al presente mayores consideraciones, sino remitirse a la Sentencia Constitucional precitada (N° 0394/2014 de 25 de febrero de 2014), no sin antes dejar expresa constancia de resultar lo mismo en el fundamento y razón a la determinación que sale en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica**.

Es oportuno dejar constancia que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó en fecha 14 de abril de 2015, la aclaración, complementación y enmienda de la Sentencia Constitucional de referencia, por cuanto sus disposiciones "*parecerían resultar manifiestamente incongruentes con los fundamentos que les corresponden, por cuanto, si son inconstitucionales los precitados artículos 10° -primer párrafo- y 14° del Reglamento, entonces y en el tenor de lo decidido, los restantes artículos y disposiciones* (…) *resultarían firmes, vigentes y subsistentes, no obstante corresponder al mismo Reglamento*", extremo que ha ameritado el Auto Constitucional Plurinacional 0009/2014-ECA de 28 de abril de 2014, por el que, declarándose ha lugar la solicitud del suscrito, se complementa en la parte resolutiva con la siguiente redacción:

> "…*3° La declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 10 párrafo primero y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado pro Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, dispuesto en el punto segundo de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de los demás artículos del Reglamento referido*."

Extremo que se tiene presente a los fines del pronunciamiento del fallo que sigue a continuación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos APS/DJ/DS/2033/2012 de fecha 15 de marzo de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia

dictarse nueva nota de cargos ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LISSETH GUTIERREZ PATZI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 298/2013 DE 21 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 049/2014 DE 18 DE AGOSTO DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2014

La Paz, 18 de agosto de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 de 21 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2014, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 042/2014 de 08 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 078/2014 de 14 de julio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

CONSIDERANDO:

Que a través del artículo 1° de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2014, emitida en revisión de la Resolución 031/2013 de 19 de agosto, emitida por la Sala Civil y Comercial Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida en Tribunal de garantías pronunciada dentro de la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por Lisseth Gutiérrez Patzi contra Mario Guillén Suárez, Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; y, Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), el Tribunal Constitucional Plurinacional expresamente dispone lo siguiente:

"…***CONCEDER*** *la tutela solicita, en cuanto la actuación de Mario Guillén Suárez Vice Ministro de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas,* ***por cuanto le corresponde ingresar a análisis de fondo de la problemática planteada y determinar con precisión si corresponde o no la concesión de la dispensa solicitada****...*" (Las Negrillas son Agregadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota de 10 de junio de 2013, **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 de 21 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013.

Que, a través del auto de 19 de junio de 2013, esta instancia jerárquica, resolvió:

"…*Rechazar por su improcedencia, el Recurso Jerárquico interpuesto por la señora LISSETH GUTIÉRREZ PATZI, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 298-2013 de 21 de mayo de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por resultar el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, manifiestamente incompetente en razón de la materia, para asumir conocimiento del mismo*…"

Determinación fundamentada en los siguientes términos:

"...*Que, debe concluirse en que las gestiones realizadas por la señora* ***LISSETH GUTIÉRREZ PATZI,*** *no se amparan en la competencia propia del Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., por ser la misma privativa y exclusiva de ésta última, resultando que los intereses entre la ahora recurrente y los de la entidad financiera, son de naturaleza material distinta:*

- *El Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., ha circunscrito sus actuaciones a la normativa regulatoria de prudencia que le es inherente, y que se expresa fundamentalmente para el caso, en el Capítulo I, Título I, Libro 8, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras: Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa.*

  En todo caso, no consta que el mismo hubiera ejercido medio de impugnación alguno contra la decisión que sale de la nota ASFI/DAJ/R- 6848/2013 de 15 de enero de 2013, por lo que en definitiva, no es un agravio dentro del marco de la normativa de prudencia señalado, el que se esté expresando dentro del Recurso Jerárquico.

- *Mientras que, el derecho ahora reclamado por la señora LISSETH GUTIÉRREZ PATZI (el que hace al Recurso Jerárquico por ella interpuesto), tiene un contenido social, con la especialidad que importa el ejercicio del Servicio Público, extremo ratificado en la expresión que sale del propio Recurso: "vulnerando mi derecho al trabajo..."*
  Que, en este sentido, es pertinente recordar que, el artículo 37° del Decreto Supremo N° 71 de 9 de abril de 2009, amplía las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere -entre otras- a:

  "...a) Asumir las atribuciones conferidas a la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en ***materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras.***

  b) Conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos ***en materia de su competencia****, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos..."* ***(Las negrillas y el subrayado son insertos en el presente auto).***

Que, en cuanto a las "atribuciones conferidas a la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera", las mismas se hallan señaladas por el artículo 23° (Sistema de Regulación Financiera "SIREFI") de la Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002, "de/ Bonosol", y que establece que:

> *"…I. El Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) tiene el objeto de regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, Bancos y Entidades Financieras, Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Mercado de Valores y Empresas, en el ámbito de su competencia..." (Las negrillas son insertas en el presente auto).*

Que, de lo anterior, se evidencia que la actuación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, como Ente Jerárquico, está dada en la resolución de controversias que tengan que ver con la normativa de prudencia y regulatoria, que hace a los sujetos regulados, según son mencionados en el artículo 14° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 21175, y no así para cuestiones de índole social, por resultar en una materia que no hace a su competencia.

Que, la remisión del Recurso Jerárquico interpuesto por la señora ***LISSETH GUTIÉRREZ PATZI*** *contra la Resolución Administrativa ASFI No. 298-2013 de 21 de mayo de 2013, a conocimiento del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, determina no se cumpla uno de los presupuestos del artículo 55°, parágrafo II, parte final del mismo Reglamento, el que establece que:*

> ***"...El rechazo por improcedencia del recurso tendrá lugar cuando éste sea presentado fuera del plazo o por manifiesta falta de competencia en razón de materia****..."* (Las negrillas y el subrayado son Insertos en el presente auto).

Que, entonces, si bien el Recurso Jerárquico acredita la legitimación activa de la recurrente y ha sido presentado en tiempo hábil y oportuno, en cambio, es ajeno a la competencia en razón de la materia, de la que se encuentra investido el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como autoridad jerárquica; por consiguiente, no cumple con ese requisito formal de admisibilidad…"

Ante la emisión del referido auto de 19 de junio de 2013, la recurrente a través de memorial de 30 de julio de 2013**,** interpone Acción de Amparo Constitucional, sustanciado por ante la Sala Civil y Comercial Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales, el mismo que por Resolución 031/2013 de 19 de agosto, denegó la tutela solicitada, en base a los siguientes fundamentos:

"…*El art. 89 de la LBEF, la Circular SB-IEN 595/2008 de 1 de diciembre, y, con el argumento de que la accionante tuvo acceso al Sistema "Lotus notes" para realizar las notas con observaciones a las diferentes cuentas y revisar los reportes por parte de las entidades financieras y que durante la gestión o periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 hasta el 27 de noviembre de 2012 trabajo como Supervisor Analista de Procesos Técnicos a.i. evidenciando que tuvo acceso a información confidencial conforme los informes ASFI/DAJ 1655/2012 de 14 de noviembre; 155482/2012 de 27 de noviembre y de acuerdo con el informe 165514/2012, haber desarrollado su trabajo en un cargo en la cual tenía acceso a los archivos e información considerada privilegiada y restringida en la ASFI*…" (Datos extraídos del numeral I.2.3. de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2014).

Determinación que en revisión efectuada en el marco de sus competencias por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013, determinó:

"…***1° CONCEDER*** *la tutela solicita, en cuanto la actuación de Mario Guillén Suárez Vice Ministro de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas, por cuanto le corresponde ingresar a análisis de fondo de la problemática planteada y determinar con precisión si corresponde o no la concesión de la dispensa solicitada.*

2° DENEGAR *el amparo respecto a Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, constando la existencia de una instancia jerárquica de revisión de resoluciones, tal cual se refirió en los Fundamentos Jurídicos de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional*…"

Que, en atención a tal determinación, mediante decreto de 19 de mayo de 2014, en atención a lo previsto en la Resolución Ministerial N° 276 de 23 de julio de 2009, emitida por esta Cartera de Estado, **se radicó** el recurso jerárquico de 10 de junio de 2013 interpuesto por **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI,** contra la Resolución de Recurso de Revocatoria ASFI 298/2013 de 21 de mayo de 2013 que resuelve confirmar la Resolución Administrativa N°172/2013 de 01 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificado a la recurrente en fecha 22 de mayo de 2014, a los efectos de

que ejercite sus derechos y obligaciones conforme a lo dispuesto por los artículos 56° al 58° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que en fecha 22 de mayo de 2014, esta instancia jerárquica mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 023/2014, solicitó información complementaria a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, requerimiento atendido por nota ASFI/JRH/R-85655/2014 de 4 de junio de 2014.

Que a través de providencia de 26 de mayo de 2014, se intimó a la recurrente a señalar domicilio especial dentro del radio urbano del domicilio del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, en cumplimiento del al artículo 54° del Reglamento de a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, a lo cual la recurrente, requerimiento atendido a través de nota de fecha 3 de junio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 172/2013 DE 1° DE ABRIL DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 DE 1° de abril de 2013, determinó:

> "…***RECHAZAR*** *la solicitud de dispensa requerida por el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., en favor de la Lic. Lisseth Gutiérrez Patzi, ex funcionaria de esta Autoridad de Supervisión, por establecerse que el cargo que ejercía como Analista de Procesos Técnicos, contaba con acceso irrestricto a sistemas de control interno restringidos, que son privilegiados y de carácter confidencial…*"

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

> "… **CONSIDERANDO:**
>
> *Que, mediante nota FEF-GG-01518/2012 de 16 de noviembre de 2012, el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), conceder dispensa para la contratación de la Lic. Lisseth Gutiérrez Patzi, ex funcionaria de ésta Autoridad, a fin de que preste sus servicios como Supervisor Nacional de Análisis Financiero del Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., una vez sea aprobada la solicitud de dispensa.*
>
> *Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, en atención a la solicitud requerida, se responde al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., en los siguientes términos:*
>
> > *"Nos referimos a la nota FEF-GG-01518/2012 de 16 de noviembre de 2012, recibida el 20 de noviembre de 2012 y a la nota FEF-GG-080/2013 de 9 de*

enero de 2013 a través de las cuales solicita y reitera la dispensa de la Sra. ***Lisseth Gutiérrez Patzi****, ex funcionaria de esta Autoridad de Supervisión, a fin de que preste servicios en esa entidad financiera, como Supervisor Nacional de Análisis Financiero.*

Al respecto, hacemos conocer a usted que de la evaluación de antecedentes y las disposiciones establecidas en el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el marco de la Circular SB/IEN/595/2008 de 1 de diciembre de 2008, se ha establecido que en el cargo que desarrollaba la mencionada funcionaria como Analista de Procesos Técnicos dependiente de la Dirección General Técnica, tuvo acceso a sistemas de control interno restringidos, que son privilegiados y de carácter confidencial, motivo por el cual no se le puede conceder la dispensa solicitada. "

Que, en fecha 28 de febrero de 2013 la Sra. Lisseth Gutiérrez P. solicita copia legalizada de la respuesta al FFP Ecofuturo S.A., la misma que es atendida por esta Autoridad de Supervisión a través de la carta ASFI/DAJ/R-32290/2013 de 5 de marzo de 2013, remitiéndole una copia legalizada de la misma.

Que, mediante carta de fecha 15 de marzo de 2013, la ex funcionaría Lisseth Gutiérrez P., solicita que la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de marzo de 2013, sea elevada a la categoría de Resolución Administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el parágrafo I del artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, se establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a esta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita y a la obtención de respuesta formal. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

Que, el parágrafo I del artículo 11 de la Ley N" 2341 de Procedimiento Administrativo refiere que toda persona individual colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la Autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 16 de la citada Ley determina que en la relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones individuales o colectivas y a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones que formulen.

Que, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 señala: "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo. "

Que, el parágrafo I del artículo 56 de la referida Ley, establece que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resoluciones o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que, el parágrafo II del mismo artículo manifiesta: "...se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa."

Que, el parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que para interponer los recursos contra los actos de menor jerarquía, los interesados deben solicitar a la Máxima Autoridad Ejecutiva del Órgano Fiscalizador consigne dicho acto en una resolución administrativa.

Que, de acuerdo al parágrafo II del precitado artículo, la autoridad administrativa deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud…"

CONSIDERANDO:

Que, mediante carta de fecha 15 de marzo de 2013, la ex funcionaria de esta Autoridad de Supervisión, Sra. Lisseth Gutiérrez, solicita se eleve a categoría de Resolución Administrativa la nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, remitida como respuesta al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., la misma que es atendida en cumplimiento del artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, en cumplimiento al parágrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, esta Autoridad de Supervisión luego de revisados los antecedentes establece que la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, fue legalmente notificada al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. el 18 de enero de 2013, haciéndole conocer el rechazo de concesión de dispensa solicitada en favor de la ex funcionarla Lisseth Gutiérrez Patzi.

Que, la respuesta que brindó esta Autoridad de Supervisión al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., sobre la dispensa solicitada, tiene como antecedente el Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos y dos Comunicaciones Internas: 1) de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, que establece que el FFP Ecofuturo S.A. no se encontraba asignada a esa Dirección, situación que no ameritó ningún conflicto con la solicitud de dispensa. 2) La Comunicación ASFI/DGT/R- 164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 de la Dirección General Técnica informando que en el tiempo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, la ex funcionaria Gutiérrez Patzi prestó sus servicios como "Analista de Procesos Técnicos" dependiente de esa Dirección, cargo en el que tenía acceso irrestricto a información financiera confidencial, como ser el sistema de Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF), Cubos de Información, entre otros.

Que, los sistemas a que se hace referencia en el párrafo anterior, son desarrollados al interior de esta Autoridad de Supervisión para un estricto control de entidades financieras, situación que restringe este acceso a un limitado grupo de funcionarios de acuerdo a los roles que desempeñan, que en algunos casos pueden ser operativos y en otros de supervisión, algunos de los cuales fueron de acceso permitido a la ex funcionaria Lisseth Gutiérrez Patzi, como son:

Lotus Notes.- *Es un sistema de información de gestión documental, cuyo objeto es realizar la gestión documental de ASFI. En este sistema se produce y almacena toda la documentación oficial de la entidad de acuerdo a limitaciones establecidas de acuerdo a roles (niveles de accesos) y usuarios asignados.*

Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF).- *Es un sistema de información que permite analizar riesgos de entidades financieras. Tiene como*

objetivo proveer reportes de información y cálculo de productos específicos, a determinados funcionarios que trabajan en las Direcciones de Supervisión, como ser consulta de deuda, encaje legal, diferencias en operaciones interbancarias, cálculo de previsiones, cálculo de patrimonio neto, entre otros.

Cubos de Información.- *Es una herramienta de análisis financiero, generado por los usuarios (supervisores de riesgo) a través de tablas dinámicas que permiten armar el reportes de diferentes bases de datos referidas a la información financiera y otros que son enviados por de las entidades financieras. Como se trata de información privilegiada, la misma está restringida a supervisores de riesgo y a un grupo reducido de funcionarios que analizan la mencionada información.*

Que, en consecuencia, el cargo de "Analista de Procesos Técnicos", implica el acceso irrestricto a los sistemas descritos de manera restringida, privilegiada y de carácter confidencial, a fin de que el profesional que ocupe dicho cargo pueda realizar el seguimiento pormenorizado a la información financiera, situación que advirtió esta Autoridad de Supervisión para el rechazo de la dispensa solicitada por la entidad financiera.

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-42515/2013 de 25 de marzo de 2013 recomienda emitir pronunciamiento consignando en resolución administrativa el acto contenido en la Carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota de fecha 24 de abril de 2013 **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI** interpone recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, bajo los siguientes argumentos:

"…- La respuesta al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. fue después de 63 días de efectuada la solicitud, en inobservancia al artículo 3, Sección 2 del Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008.

- *La negativa de dispensa notificada al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. es un acto de discriminación contra mi persona, vulnera el principio de equidad y de igualdad establecido en la Ley contra el Racismo y toda forma de discriminación, la cual sólo se aplica al presente caso, vulnerando el principio de equidad.*

- *La competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores y tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas ejercer y supervisar el control interno y externo, sin embargo, no tiene relación con sus empleados, vulnerando los derechos de la recurrente.*

- *La Constitución Política del Estado de ninguna forma le otorga la facultad para dictar normas en materia laboral, siendo el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensas vulnerador de derechos constitucionales.*

- *Cuando estuvo en funciones en los últimos 360 días previos a la desvinculación no tuvo acceso a información reservada, estratégica o confidencial del FFP Ecofuturo S.A., por lo que no tuvo acceso a ningún tipo de información.*

- *No existe fundamentación al contenido de la Resolución ASFI N° vulnerando el debido proceso.*

- *Se revoque la Resolución ASFI N° 172, así como el contenido del informe ASFI/DAJ/R-6848/2013 por atentar y limitar el ejercicio de mis derechos constitucionales…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 298/2013 DE 21 DE MAYO DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 de 21 de mayo de 2013, resolvió lo siguiente:

> ***"…ÚNICO.-*** *CONFIRMAR la Resolución ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"*

Los argumentos de la referida Resolución Administrativa son los siguientes:

> ***"…CONSIDERANDO:***
>
> *Que, esta Autoridad de Supervisión en fecha 1 de diciembre de 2008, puso en conocimiento de las entidades de intermediación financiera y empresas de servicios auxiliares financieros, la* prohibición de contratar, *directa o indirectamente, a ex funcionarios de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), hasta un año después de su desvinculación, salvo dispensa concedida por la Autoridad de Supervisión.*
>
> *Que, mediante Resolución Administrativa ASFI No. 046/2009 de 2 de julio de 2009, esta Autoridad de Supervisión aprobó y puso en vigencia el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 de 1 de diciembre de 2008, que establece el procedimiento para viabilizar la dispensa a la prohibición realizada a las entidades de intermediación financiera y empresas de servicios auxiliares para la contratación de ex funcionarios de ASFI.*
>
> *Que, el citado Reglamento, en el inciso a) del artículo 4° de la Sección 1, dispone: "**Conflicto de Intereses,** se entiende como toda situación o evento en que los intereses personales, directos o indirectos, o el conocimiento de situaciones estratégicas o confidenciales por parte de algún ex funcionario de ASFI, en una situación concreta, se encuentren en oposición con los intereses de ASFI...". Asimismo el inciso f) dice: **"Información Privilegiada,** información a la que sólo tienen acceso determinadas personas dentro de una empresa u organización por la posición que ocupan en ella. Suele tratarse de información importante que puede aportar ventajas a sus conocedores".*
>
> *Que, el Reglamento Específico para la concesión de dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008, en la Sección 2, artículo 2° explica las causales de rechazo,*

entre las cuales se encuentran los incisos b) "Cuando el ex funcionario en el ejercicio de sus funciones, en los últimos 360 días previos a su desvinculación, hubiera tenido acceso a información reservada, estratégica o confidencial de la entidad a la que postula o cuando el profesional tenga conocimiento de información privilegiada de otras entidades financieras (...) ***e)*** *"cuando el ex funcionario, en los últimos 360 días previos a su desvinculación participó de manera directa o indirecta en tareas de supervisión en la entidad que desea contratar sus servicios, existiendo una clara relación de conflicto de intereses".*

Que, en cumplimiento a las disposiciones señaladas precedentemente, el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. a través de nota FEF-GG-01518/2012 de fecha 16 de noviembre de 2012, solicitó dispensa en favor de la ex funcionaria Lisseth Gutiérrez Patzi., la misma que fue atendida por esta Autoridad de Supervisión a través de la nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 el 15 de enero de 2013. Para este cometido, esta Autoridad de Supervisión tuvo que solicitar información a diferentes áreas, entre las cuales se encuentran las Direcciones de Supervisión de Riesgos, quienes dentro de sus funciones tienen ya programadas sus respectivas inspecciones in situ a las diferentes instituciones financieras, situación que retrasó la atención de este tema en particular.

Que, los informes presentados, la Dirección General Técnica, manifiesta que la ex funcionaria Gutiérrez Patzi desarrollo sus servicios en esa Dirección en el cargo de "**Analista de Procesos Técnicos"** *del 29/12/2011 al 28/05/2012, cargo por el cual se le habilitaron sistemas informáticos que son restrictivos para otros funcionarios y que sólo son habilitados al personal que cumple roles específicos.*

Que, del análisis del cargo de la ex funcionaria, de acuerdo al ***Programa Operativo Anual Individual (POAI),*** suscrito por la ex funcionaria, *para la gestión 2012, ésta funcionaria tenía el deber de realizar las siguientes tareas, expresadas en términos de resultados específicos:*

1) *Cartas externas dirigidas a entidades de intermediación financieras, elaboradas.*

2) *Comunicaciones Internas a las Direcciones de Áreas Técnicas, elaboradas.*

3) *Trámites relacionados con regulación y supervisión del sistema financiero, en lo que respecta a temas técnicos, emitidos por DSR I, II, III, IV Direcciones de Supervisión de Riesgos I, II, III y IV), DAJ (Dirección de Asuntos Jurídicos), DDC (Dirección de Derechos del Consumidor), DSL (Dirección de Soluciones y Liquidaciones), DEP (Dirección de Estudios y Publicaciones), DNP (Dirección de Normas y Principios), DSA (Dirección de Servicios Auxiliares) y DSV (Dirección' de Supervisión de Valores).*

Que, como se puede observar, la ex funcionaria tuvo como principales funciones, los trámites relacionados con tareas de supervisión de todo el sistema financiero regulado, hasta el 28 de mayo de 2012, situación por la cual esta Autoridad de Supervisión, a través de Área de Sistemas, habilitó sistemas informáticos como el Lotus Notes, donde se puede acceder a toda la documentación que cursa en ASFI; el

Sistema de Supervisión de Riesgos de entidades Financieras (SISREF), que permite analizar riesgos de entidades financieras; Cubos de Información, que es una herramienta de análisis financiero, información que ésta Autoridad aprecia como "privilegiada", la misma que motiva un conflicto dispuesta como causal de rechazo en el artículo 2° de la Sección 2 del Reglamento Específico para la concesión de dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008.

Que, si bien la competencia de esta Autoridad de Supervisión está establecida por el artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es la institución regulada Fondo Financiero Privado "Ecofuturo" S.A., la que nos solicita la dispensa a la cual justificamos nuestro rechazo, participando la señora Lisseth Gutiérrez como tercero interesado.

Que, con referencia al Reglamento Específico para la concesión de dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008, estas son disposiciones que no tienen relación con el tema de conflicto presentado en el presente Recurso de Revocatoria, teniendo la recurrente la vía administrativa correspondiente para impugnar el mencionado reglamento.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el parágrafo I del artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, se establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a esta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, la Ley 3076 de 20 de junio de 2005, señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y extremo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita y a la obtención de respuesta formal. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

Que, la Ley Ne 1178 de 20 de julio de 1990 de Administración y Control Gubernamentales regula los Sistemas Administrativos y su relación con los Sistemas Nacionales, mismos que son de aplicación obligatoria en todas las entidades públicas, como lo disponen los artículos 3 y 4 de la citada norma.

Que, el artículo 7 de la referida Ley, dispone que el Sistema de Organización Administrativa se definirá y ajustará en función de la Programación de Operaciones, evitará la duplicidad de objetivos y atribuciones mediante la adecuación, fusión o supresión de las entidades y que toda entidad pública organizará internamente, en función de sus objetivos y la naturaleza de sus actividades, los sistemas de administración y control interno.

Que, el artículo 17 de las Normas Básicas de Administración de Personal, aprobadas por Decreto Supremo N° 26115 de 16 de marzo de 2001, dispone que el proceso de programación operativa anual individual establecerá y definirá los objetivos de cada puesto, sus funciones y los resultados que se esperan de su desempeño, se constituye en la base para la evaluación del desempeño.

Que, el parágrafo I del artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo refiere que toda persona individual colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la Autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N" 2341 de 23 de abril de 2002, señala que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras aprobado mediante del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal DAJ/R-71493/2013 de 16 de mayo de 2013, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, luego de efectuar la evaluación de los argumentos presentados en Recurso de Revocatoria por la Sra. Lisseth Gutiérrez Patzi, concluye señalando que el acto administrativo impugnado no ha sido desvirtuado, por lo que se recomienda CONFIRMAR la Resolución ASFI N° 172/2013…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 10 de junio de 2014, **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI**, presentó recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 de 21 de mayo de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***I. ANTECEDENTES.-***

En fecha 31 de octubre de 2012, mediante nota dirigida a la Directora Ejecutiva a.i. yo Lisseth Gutiérrez Patzi con CI. 4843209 LP renuncie al cargo de Supervisor de Riesgos Financieros nivel Junior 1 cargo que desempeñé desde 4 de mayo de 2009 hasta 14 de noviembre de 2012, tal como consta memorándums R-42574 de 1 de octubre de 2009, R-140311 de 29 de diciembre de 2011, R-63743 de 25 de mayo de 2012, R-66740 de 1 de junio de 2012 (Anexo 1).

A través del Memorándum /ASFI/JRH/R-144664/2012 de 8 de noviembre de 2012(Anexo 2), se acepta mi renuncia indicando que la relación laboral con la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero termina el ***14 de noviembre de 2012****.*

Yo Lisseth Gutiérrez Patzi con CI 4843209 LP me presente a una convocatoria del FFP ECOFUTURO S.A., al cargo de Supervisor Nacional de Análisis Financiero y Normativo, misma que luego de rendir las pruebas técnicas y psicotécnicas fui seleccionada para ocupar el cargo antes mencionado.

Mediante nota FEF-GG-01518/2012 de ***16 de noviembre de 2012*** *recepcionada en ASFI el 20 de noviembre de 2012, el FFP ECOFUTURO S.A. (Anexo 3) solicita dispensa en el marco del Reglamento Específico para la concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI/No. 046/2009 de 2 de julio de 2009*[1]*, para poder contratar a Lisseth Gutiérrez Patzi con CI 4843209 LP en el cargo de Supervisora Nacional de Análisis Financieros y Normativos. Al respecto, el Artículo 3, Sección 2 del Reglamento Específico para la concesión de Dispensa, establece:* ***"El Director Ejecutivo, previa evaluación de las disposiciones establecidas en el presente reglamento y otras normas de carácter interno, emitirá por escrito una nota de aceptación o rechazo de la solicitud de autorización en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de recepcionada la solicitud",*** *debido a que no se recibió ninguna respuesta, considerando el tiempo transcurrido de aproximadamente un mes y medio, el*

[1] ***El Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa fue modificado mediante Resolución 786 de 27 de diciembre de 2012, incorporando a entidades del mercado de valores y en proceso de adecuación, dicha actualización no es aplicable a mi caso ya que la solicitud de dispensa de la realizo el 16 de noviembre de 2012.***
El 29 de abril de 2013 mediante Resolución ASFI No. 239/2013, se modificó nuevamente el Reglamento Específico de Dispensa.

cual excedía el plazo máximo para emitir respuesta, el FFP ECOFUTURO S.A. solicita nuevamente pronunciamiento mediante nota FEF-GG-080/2013 de ***9 de enero de 2013 (Anexo 4).***

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, notificada al FFP ECOFUTURO S.A. el 18 de enero de 2013 (Anexo 5), informa sobre el rechazo de concesión de dispensa solicitada en favor de la ex funcionaría Lisseth Gutiérrez P., 63 (sesenta y tres) días después de realizada la solicitud, excediendo el tiempo de respuesta establecido en el Artículo 3, Sección 2 del Reglamento Específico para la concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008.

Tal como lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175, yo Lisseth Gutiérrez Patzi con Cl 4843209 LP, solicite mediante nota de 15 de marzo de 2013, se consigne el contenido de la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013 (Anexo 6), en Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada. En la misma nota y en virtud al artículo 28 del D.S. 27175 solicite se me proporcione fotocopias legalizadas de los informes técnicos y legales, mediante los cuales se fundamenta el criterio negativo emitido al FFP ECOFUTURO S.A. relacionado a la solicitud de dispensa efectuada por la entidad financiera antes citada, misma que no fue atendida, por lo que, nuevamente en fecha 4 de abril de 2013 (Anexo7), reitero mi solicitud. La ASFI mediante nota ASFI/DAJ/R-53778/2013 en fecha 22 de abril de 2013 (Anexo 8), me proporciona recién después de ***38 días*** *de realiza mi primera solicitud las fotocopias legalizadas de los informes técnicos y legales solicitados.*

Por tanto, se le recuerda a su autoridad que las cartas presentadas el 15 de marzo y 4 de abril de 2013, amparadas en el derecho a Petición previsto en la CPE y el artículo 28 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera", disposición concordante con el Articulo 8 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, que señala el plazo de 24 horas para proporcionar documentación solicitada, plazo que no fue cumplido perjudicándome de gran manera a mi derecho a la debida defensa, tal como lo establece el artículo 15, punto II de la Constitución Política del Estado que dice: **"El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".**

La ASFI con nota ASFI/DAJ/R-53778/2013, adjunta los siguientes documentos:

- *Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-155482/2012 de 27 de noviembre de 2012***.**
- *Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012.*
- *Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012.*
- *Informe ASFI/DAJ/R-42515/2013 del 25 de marzo de 2013.*

El exagerado tiempo que se tomó la ASFI, para entregarme las fotocopias legalizadas de los informes técnicos y legales mediante los cuales se fundamenta el criterio

negativo emitido al FFP ECOFUTURO S.A. relacionado a la solicitud de dispensa para la contratación de Lisseth Gutiérrez Patzi con CI 4843209 LP, me impidió realizar una evaluación más profunda de los informes, actitud que me expone a INDEFENSIÓN y la falta de un DEBIDO PROCESO como bien sabe su Autoridad garantizada por nuestra Constitución Política del Estado, lo que en resguardo de mis derechos abre la posibilidad de interponer recursos constitucionales por la vulneración señalada.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución ASFI No. 172/2013 de 1 de abril de 2013, da respuesta a la solicitud cursada, en la cual se advierte que la parte Resolutoria es diferente a la carta ASFI/DAJ/R- 6848/2013 de 15 de enero de 2013 (Anexo 5).

En fecha 24 de abril de 2013, yo Lisseth Gutiérrez Patzi interpuse recurso de Revocatoria contra la Resolución No. 172/2013 de 1 de abril de 2013.

En fecha 24 de mayo de 2013 la ASFI me notifica con la Resolución ASFI No. 298/2013 de 21 de mayo de 2013, Resolución que en su parte resolutiva confirma la Resolución ASFI No. 172/2013 de 1 de abril de 2013, dicha resolución me perjudica impidiéndome desempeñarme laboralmente en cualquier entidad de intermediación financiera.

II. DESCARGOS A LA RESOLUCIÓN ASFI No. 298/2013 DE 21 DE MAYO DE 2013

De acuerdo al Tercer Considerando de la Resolución No. 298/2013, señala que:

1. *El Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., a través de nota FEF-GG- 01518/2012 de 16 de noviembre de 2012, solicita dispensa a favor de la ex funcionaría Lisseth Gutiérrez Patzi, ASFI dio respuesta a la misma mediante nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013 (Anexo 5), respondida 63 días después de efectuada la solicitud, la ASFI argumenta que tuvo que solicitar información a diferentes áreas, entre las cuales se encuentran las Direcciones de Supervisión de Riesgos, quienes dentro de sus funciones tienen ya programadas sus respectivas inspecciones in situ a las diferentes instituciones financieras, situación que retraso la atención de este tema en particular.*

Al respecto, se hace notar el siguiente detalle de los informes analizados para el rechazo de la dispensa:

- *Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012, de la Dirección de Asuntos Jurídicos.*
- *Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-155482/2012 de 27 de noviembre de 2012 corresponde a la Dirección de Supervisión de Riesgos I.*
- *Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012, de la Dirección General Técnica.*

Como se puede observar, los informes utilizados para el análisis de la solicitud de respuesta datan de fechas 14 de noviembre y 13 de diciembre de 2012, aspecto que no explica ni justifica la tardanza de la respuesta a FFP ECOFUTURO S.A., por 63 días,

ya que la Dirección de Supervisión de Riesgos I elaboro el Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-155482/2012 en fecha 27 de noviembre de 2012 (Anexo 9), remitido a la Dirección de Asuntos Jurídicos el 29 de noviembre de 2013 para su correspondiente análisis, y se dio respuesta sobre la solicitud de dispensa al FFP ECOFUTURO S.A. recién el 18 de enero de 2013.

2. *Por otro lado, ASFI argumenta que los informes presentados por la Dirección General Técnica, manifiesta que la ex funcionaria Lisseth Gutiérrez P. desarrollo sus servicios en esa Dirección en el cargo de "Analista de Procesos Técnicos" del 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, cargo para el cual se habilitaron sistemas informáticos que son restrictivos para otros funcionarios y que solo son habilitados al personal que cumple roles específicos.*

   Al respecto, aclaro lo siguiente y en concordancia a lo descrito en la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexo , de la Dirección General Técnica, que señala textualmente: "...el cargo de Analista de Proceso Técnicos en la Dirección General Técnica, **no tiene acceso o se tiene acceso limitado***, a los siguientes sistemas de ASFI: Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, Cubos y Sistema de Planificación.*

   Asimismo, aclaro que dichos sistemas también son habilitados con exclusividad en las Direcciones de Supervisión de Riesgos y que la Dirección de Supervisión de Riesgos I no considera que dichos sistemas manejarían información confidencial o estratégicas de entidades del sistema financiero ya que no se pronunció con respecto en su Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R- 155482/2012.

3. *Que del análisis del cargo de la ex funcionaria, de acuerdo al Programa Operativo Anual Individual, suscrito por la funcionaria, para la gestión 2012, esta funcionaria tenía el deber de realizar las siguientes tareas, expresadas en términos de resultados específicos:*
   1. *Cartas externas dirigidas a entidades de intermediación financieras, elaboradas.*
   2. *Comunicaciones Internas a las Direcciones de Áreas Técnicas, elaboradas.*
   3. *Trámites relacionados con regulación y supervisión del sistema financiero, en lo que respecta a temas técnicos, emitidos por DSR I, 11,111, IV, DAJ, DDC, DSL, DEP, DNP,DSA, DSV.*

   Se aclara, que la elaboración del POAI, tenía el objetivo y tal como lo dice la Dirección General Técnica en la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexo 10), revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la MAE de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica. Asimismo, aclaro que por disposición verbal de Dirección Ejecutiva que toda la correspondencia de la DDC, DSL, DAJ son revisadas en su totalidad por la Asesora Legal de la Dirección Ejecutiva.

   Adicionalmente, la Dirección General Técnica mediante Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 e Informe ASFI/DAJ/R- 165514/2012 de 14 de

noviembre de 2012 (Anexos 10 y 11), describen las funciones del cargo de Analista de Procesos Técnicos que están en función al POAI, como:

1. *Elaborar Comunicaciones Internas por instrucciones del Director para solicitar información e instruir trabajos.*

2. *Revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la MAE de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica.*

3. *Elaboración de notas externas a solicitud del Director.*

4. *Asimismo, la ASFI indica lo siguiente:*

   "... la ex funcionaría tuvo como principales funciones, los trámites relacionados con tareas de supervisión de todo el sistema financiero regulado, hasta el 28 de mayo de 2012, situación por la cual esta autoridad de supervisión, a través de Área de Sistemas, se habilito sistemas informáticos como el Lotus Notes, donde se puede acceder a toda la documentación que cursa en ASFI; el Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF) que permite analizar riesgos de entidades financieras; Cubos de Información, que es una herramienta de análisis financiero, información que ésta Autoridad aprecia como "privilegiada", la misma que motiva un conflicto dispuesta como causal de rechazo en el artículo 2 de la Sección 2 del Reglamento Específico para la concesión de dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008".

   Al respecto, se aclara que la habilitación al Lotes Notes, se la realiza con restricciones por áreas, es decir que solo se puede acceder a documentos asignados mediante el sistema antes mencionado y en algunos casos del área donde un funcionario desempeña sus funciones, por lo tanto, yo Lisseth Gutiérrez P. nunca tuve acceso a toda la documentación que cursa en la ASFI y tal como lo describe el INFORME/ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012, en su punto III. Análisis Legal indica Por otra parte, se establece que el cargo con el que contaba dicha funcionaria ***tenía acceso limitado a los siguientes sistemas:***

   - *Lotus Notes, para consultar notas anteriores o para ver informes.*

   - *Sistemas de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF).*

   - *Cubos, para analizar las notas con observaciones de las diferentes cuentas contables, en la validación y en el envió de los reportes por parte de las entidades financieras.*

5. *Que, si bien la competencia de esta Autoridad de Supervisión está establecida por el artículo 154 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es la institución regulada Fondo Financiero Privado "Ecofuturo" S.A., la que nos solicita la dispensa a la cual justificamos nuestro rechazo, participando la Señora Lisseth Gutiérrez P. como tercer interesado.*

Si bien se califica a Lisseth Gutiérrez P. como tercer interesado, también es la directa perjudicada debido a que nunca se justificó el rechazo a la solicitud de dispensa solicitada por FFP ECOFUTURO S.A., por lo cual perdí mi trabajo injustamente, vulnerando mi derecho al trabajo y como detallo en los párrafos siguientes existe incongruencias en el trámite de dispensa, lo cual supone una clara intención de perjudicarme.

III. RECURSO JERARQUICO

Tomando en cuenta que tanto la Resolución No. 298/2013 de 21 de mayo de 2013, la Resolución ASFI No. 298/2013 de 21 de mayo de 2013 y la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, son documentos que vulneran y limitan mis derechos establecidos en la Constitución Política del Estado y de acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 298/2013 de 21 de mayo de 2013.

Asimismo, hago notar que la ASFI no se ha pronunciado en los siguientes puntos:

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, respondió al FFP ECOFUTURO S.A. 63 días después de efectuada la solicitud de dispensa en inobservancia al artículo 3, Sección 2 del Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008, situación que debiera ser evaluada en el marco de la responsabilidad por la función pública prevista en la Ley 1178 y en Decreto Supremo 23318 -A de fecha 3 de noviembre de 1992 y consiguientes modificaciones, toda vez que no existe disposición alguna que faculte a ASFI a ampliar el plazo de respuesta.*

- *Asimismo, la Resolución No. 172/2013 de 1 de abril de 2013 y la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, se advierte que el contenido de ambos documentos no son iguales, ya que dicha Resolución incluye de manera maliciosa el término* ***"acceso irrestricto",*** *calificativo por el cual se me habría negado la dispensa.*

- *Consecuentemente, los documentos citados en el párrafo anterior, vulneran y limitan mis derechos fundamentales protegidos en la Constitución Política del Estado en su* ***artículo 46,*** *que establece como derecho fundamental el derecho al trabajo para todo ciudadano, ya que se me negó el acceso a una fuente laboral estable.*

- *Asimismo* ***el artículo 48, en su parágrafo V. establece que el Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo,*** *artículo también vulnerado, además aclaro que el mercado laboral actualmente demanda a mas varones siendo difícil para la mujer optar por una fuente laboral digna; tal es así la situación que hasta la fecha no he podido conseguir otra fuente laboral, diferente a la especialización o rubro en la cual me desempeño.*

- *De la misma manera con la negativa de dispensa se ha vulnerado el artículo 62 de la CPE que establece, que el* ***Estado reconoce y protege a las familias como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral,*** *debido al rechazo de la solicitud de dispensa, mi familia se vio altamente afectada económicamente, no percibo salario alguno, mis hijos pequeños de 1 y 4 años no cuenta con seguro médico y los gastos médicos particulares son muy costosos.*

- *La negativa de dispensa notificada al FFP ECOFUTURO S.A. con carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013 y ratificado mediante Resolución No. 172/2013 de 1 de abril de 2013, aparte de vulnerar las disposiciones citadas anteriormente de la Constitución Política del Estado, constituye un acto de discriminación contra mi persona toda vez que su autoridad ha otorgado Dispensa a otra entidades financieras que solicitaron dispensa para la contratación de ex funcionarios de ASFI que tenían cargos de nivel directivo y ejecutivo de libre nombramiento y no directivos como es mi caso, en este sentido se ha vulnerado el* ***principio de equidad y de igualdad establecidos en el artículo 2 de la Ley Contra el Racismo y toda forma de Discriminación.***

- *La situación expuesta en el párrafo anterior puede ser corroborada con los antecedentes de dispensa que cursan en ASFI, ya que existen aproximadamente 20 casos de dispensa otorgados a Entidades de Intermediación Financiera que solicitaron todos fueron favorables para los ex funcionarios, sin embargo, en mi caso se ha procedido de manera* ***arbitraria, injusta y totalmente discriminatoria, ya que siendo yo Lisseth Gutiérrez Patzi con CI. 4843209 LP soy ciudadana boliviana con los mismos derechos constitucionales.***

- *Cito también la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras en su Artículo 89°, que estipula: "El Superintendente y los empleados de la Superintendencia, aún después de cesar en sus funciones, están prohibidos de dar a conocer información relacionada con los documentos, informes u operaciones de las instituciones financieras o de personas relacionadas con el sistema financiero. El funcionario o empleado que infrinja esta prohibición, será destituido de su cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civil o penal que correspondan." Tal disposición no limita el acceso al mercado laboral en el sector financiero, ya que no existe ni en esta ley una prohibición expresa para desempeñarme laboralmente, además, que la misma ley se encuentra por encima de cualquier norma interna.*

- *Si bien la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades. Sin embargo, no se ha considerado en la emisión del Reglamento*

Específico para la concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI/No. 046/2009 de 2 de julio de 2009, no tiene relación con el de dictar normas prudenciales porque se refiere al accionar de las Entidades de Intermediación Financiera no de sus empleados. Por lo que incluso no correspondería la emisión de la misma o que se señale el fundamento jurídico de la misma para su emisión toda vez que la misma vulnera mis derechos constitucionales como se citó precedentemente.

- *Además, la Constitución Política del Estado de ninguna forma le otorga a la ASFI la facultada de dictar normas en materia laboral, ya que el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensas en el marco de la Circular SB/IEN/2008 de 1 de diciembre de 2008, vulnera flagrantemente derechos constitucionales fundamentales laborales.*

Asimismo, la ASFI mediante la Resolución ASFI Nro. 298/2013 de 21 de mayo de no se ha pronunciado, en las imprecisiones e incongruencias que se expuso en el proceso de revocatoria, del trámite de dispensa así como en la Resolución No. 172/2013 de 1 de abril de 2013 y la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013 (Anexo 5), por lo cual me permito nuevamente exponer a continuación:

- *La Resolución No. 172/2013 de 1 de abril de 2013 ratifica el contenido de la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, en cuanto a la negación de la dispensa pero no así en el tenor de la carta, ya en la Resolución adiciono* **"acceso irrestricto".** *Es por tanto que ambos documentos, me* ***afecta*** *al impedirme trabajar y mantener a mi familia, me* ***causa perjuicio*** *por no poder trabajar en una Entidad de Intermediación Financiera, en la que gane una convocatoria externa, trabajo que me iba a permitir mejorar mis condiciones de vida y las de mi familia, otorgar un seguro médico a mi persona y a mis dos hijos pequeños de 4 y 1 año de edad, además de poder acceder a todos los beneficios que determina la Ley General del Trabajo (Aguinaldo, indemnizaciones, Seguro médico, etc.).*

- *La respuesta que brindo ASFI al FFP ECOFUTURO S.A., sobre la dispensa solicitada, tiene como antecedente el informe ASFI/DAJ/R- 165514/2012 de 14 de noviembre de 2012 (Anexo 11), emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, fecha que corresponde al último día en que mi persona aún era funcionaria de ASFI y extrañamente, a esa fecha aún el ECOFUTURO S.A. no había solicitado Dispensa para mi persona, solicitud que recién fue realizada mediante carta por FEF-GG-01518/2012 de* ***16 de noviembre de 2012 y recepcionada en ASFI el 20 de noviembre de*** *2012, por lo tanto, se puede ver claramente un acto de mala fe y juicio anticipado hacia mi persona ya que dicho informe tenía la firme intención de negarme la dispensa anticipadamente, presentando una clara vulneración del Principio de Congruencia que debe regir todo acto administrativo.*

- *La Resolución ASFI No. 172/2013, se ha basado en la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexo 10), de la Dirección General Técnica, exponiendo en su Considerando Cuarto "2) La Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 de 13 de diciembre de 2012 de la*

Dirección General Técnica informando que en el tiempo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, la ex funcionaria Gutiérrez Patzi presto servicios como Analista de Procesos Técnicos dependiente de esa Dirección, cargo en el que tenía acceso irrestricto a información financiera confidencial, como ser el sistema de Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Entidades Financieras, Cubos de Información entre otros.", al respecto lo informado en dicha Resolución ***es general, amplia y no circunscribe de manera concreta a información referente al FFP ECOFUTURO S.A. y su fundamento no es coherente con la misma Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012, de la Dirección General Técnica, ya que dicho documento no menciona el supuesto acceso irrestricto a información financiera confidencial de ninguna entidad de intermediación financiera como contrariamente lo establece la Resolución ASFI No. 172/2013***.

- *Por otra parte, de acuerdo a las fotocopias legalizadas la* ***Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012,*** *señala textualmente: "También, es necesario señalar que el cargo de Analista de Procesos Técnicos en la Dirección General Técnica,* ***no tiene acceso o se tiene acceso limitado, a los siguientes sistemas de ASFI: Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, Cubos y Sistema de Planificación.***

- *Se hace notar que de manera precisa la Dirección de Supervisión de Riesgos I, en su Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-155482 de 27 de noviembre de 2012 (Anexo 9), en su punto IV señala y concluye:* ***"a) Durante el periodo que la funcionaría Lisseth Gutiérrez Patzi permaneció en esta Dirección luego de ocupar el cargo de Analista de Procesos Técnicos en la DGT, no tuvo acceso a información reservada, estratégica o confidencial de la entidad a la que postula",*** *asimismo, no menciona a sistemas desarrollado por ASFI utilizados para analizar las entidades financieras, como sistemas que tuvieran acceso a información reservada, estratégica o confidencial de la entidad FFP ECOFUTURO S.A. o de otras del sistema financiero nacional; pese que los sistemas descritos en la Resolución ASFI No. 172/2013, son manejados en el área de supervisión primordialmente, observándose una falta de uniformidad de criterio y una clara vulneración al Principio de Congruencia que debe regir todo acto administrativo. Adicionalmente, no se tiene conocimiento de la definición de información estratégica, basándose la misma en algún tipo de clasificación de información que señale que respecto de toda la información que tienen la ASFI, cuáles serían clasificados estratégica y no estratégica, en razón a que existe información publicada en boletines y la página WEB, de acceso irrestricto al público en general.*

- *Considerando que el Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012 (Anexo 11), en su punto III. Análisis Legal, corrobora lo expuesto por la Dirección General Técnica en relación a los sistemas de información, describe lo siguiente:* ***"Por otra parte, se establece que en el cargo con el que contaba dicha funcionaría tenía acceso limitado a los siguientes sistemas: Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, Cubos y Sistema de Planificación".***

- *El mismo informe señala: "Por los sistemas descritos, se puede inferir que la exfuncionaria conto con información privilegiada y confidencial, sobre todo el acceso al sistemas de los cubos, que es un sistema para validar el envió de reportes por parte de las entidades financieras". Por lo anterior, deducen que yo Lisseth Gutiérrez Patzi con CI 4843209 LP que habría tenido acceso a información privilegiada y confidencial, simplemente por tener acceso limitado a los Cubos, sin considerar que dentro de las funciones del Analista de Procesos Técnicos no se encuentran el validar reportes ya que dicha tarea es exclusiva de las áreas de supervisión, tal como lo dice la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexo 10), donde se define las funciones del Analista de Procesos Técnicos en los siguientes: 1. Elaborar Comunicaciones Internas por instrucciones del Director para solicitar información e instruir trabajos. 2. Revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la MAE de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica. 3. Elaboración de notas externas a solicitud del Director.*

- *Adicionalmente, el informe legal antes mencionado, en su parte IV. Conclusiones y Recomendaciones, concluye:* ***"La ex funcionaria Lisseth Gutiérrez Patzi, desarrollo su trabajo con un cargo que tenía acceso al Sistema de Cubos, dicha información que es de manejo restringido en esta Autoridad". Al respecto, es importante precisar que este informe no*** *menciona el supuesto "acceso irrestricto" que habría tenido a los Cubos de Información y tampoco se refiere a los otros sistemas* ***Lotus Notes y Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras,*** *sin embargo, son incorporados en la* ***Resolución ASFI No. 172/2013*** *maliciosamente para perjudicarme.*

- *Tanto los documentos de la Dirección General Técnica como el Informe de Dirección de Asuntos Jurídicos, presentan contradicción e incongruencia con lo expuesto en la* ***Resolución ASFI No. 172/2013*** *debido a que el informe de la Dirección de Asuntos Jurídicos y la Comunicación de la Dirección General Técnica señalan "... dicha funcionaria* **tenía acceso limitado** *a los siguientes sistemas: Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, Cubos y Sistema de Planificación"* y la **Resolución ASFI No. 172/2013** dice: **"...** *el tiempo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, la ex funcionaria Gutiérrez Patzi presto servicios como Analista de Procesos Técnicos dependiente de esa Dirección, cargo en el que* tenía acceso irrestricto *a información financiera confidencial, como ser el sistema de Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Entidades Financieras, Cubos de Información entre otros. "* Por lo tanto, la Resolución No. 172/2013 representa un acto administrativo que no ha seguido el principio de congruencia y no se encuentra debidamente fundada y motivada.

Respecto al Considerando Cuarto de la Resolución ASFI No. 172/2013 de 1 de abril de 2013, donde se menciona el acceso a los sistemas Lotus Notes, Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF) y Cubos de Información, me permito volver a explicar nuevamente los siguiente debido a que la ASFI no se ha pronunciado en su Resolución ASFI No. 298/2013:

- *Yo Lisseth Gutiérrez Patzi Cl. 4843209 LP tuve acceso al Lotus Notes, sistema de control documentario, con un acceso limitado, no pudiendo revisar ninguna carta o antecedentes de notas que no se me hayan designado mediante el sistema antes mencionado, aspecto que puede ser evidenciado por la Jefatura de Sistemas Informáticos como administradora del Sistema Lotus y área que hace los respectivos accesos o limita los mismos de acuerdo a las funciones de cada funcionario.*

- *La Resolución ASFI Nro. 172/2013, expresa que el sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF), es un sistema de información que permite analizar riesgos de entidades financieras. Tienen como objetivo proveer reportes de información y cálculo de productos específicos, a determinados funcionarios que trabajan en las Direcciones de Supervisión, como ser consulta de deuda, encaje legal, diferencias en operaciones interbancarias, cálculo de previsiones, cálculo de patrimonio neto, entre otros. Por lo tanto, no es una herramienta utilizada en el cargo de Analista de Procesos Técnicos.*

- *Adicionalmente, la Resolución ASFI No. 172/2013 citó a la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexo 10), en la que consta claramente respecto al Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras ...* ***"Por lo tanto, la información para análisis se obtiene del internet (pag. web de ASFI).",*** *bajo este entendido, si la información se obtiene de la página web la misma esta disposición del público en general y al ser usada y procesada en labores de supervisión no puede se considerada como restringida, privilegiada y mucho menos de carácter confidencial, de tal manera no califica como una causal para la negación de la dispensa, y el entenderlo así, representa un total desconocimiento del tipo de información que publica ASFI en su página, misma es brindada tanto a usuarios internos y externos.*

- *De la misma manera como es de su conocimiento que en lo referente a la información contenida en los "Cubos de Información", que generan reportes por usuarios supervisores de riesgo, el mismo es reducido a funcionarios específicos, para validación de reportes enviados por las entidades financieras. Siendo también importante precisar que en entre las funciones del Analista de Procesos Técnicos, no se encuentran la validación de reportes financieros ya que los mismos son efectuados en las Direcciones de Supervisión de Riesgos, y la generación de reportes es exclusiva de Supervisores de Riesgo.*

En consecuencia se evidencia que la ***Resolución ASFI Nro. 298/2013*** *que ratifica el contenido de la* ***Resolución ASFI Nro. 172/2013,*** *no ha evaluado correctamente los informes emitidos para el trámite de dispensa, llamando profundamente mi atención, como debía haberlo sido por las instancias de control al momento de la emisión de dicha Resolución.*

Adicionalmente, la Dirección General Técnica mediante Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 e Informe ASFI/DAJ/R- 165514/2012 de 14 de

noviembre de 2012 (Anexos 10 y 11), describen las funciones del cargo de Analista de Procesos Técnicos como:

6. *Elaborar Comunicaciones Internas por instrucciones del Director para solicitar información e instruir trabajos.*

7. *Revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la MAE de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica.*

8. *Elaboración de notas externas a solicitud del Director.*

Lo anterior expresa las funciones que realice de fecha 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, como funcionaria de la Dirección General Técnica en el cargo de Analista de Procesos Técnicos, con ***un nivel de junior,*** *no encontrándose dentro de las funciones realizar seguimiento pormenorizado y validación a la información financiera, misma que es función del área de riesgos, de otra forma se generaría una duplicidad de funciones.*

No obstante, la clara incongruencia señalada en los párrafos precedentemente expuestos, el Reglamento señala causales específicas y concretas para ser considerados en un trámite de dispensa, entre los que se encuentra en el artículo 2 Sección 2 del Reglamento Específico para la Concesión de Dispensas en el marco de la Circular SB/IEN/2008 de 1 de diciembre de 2008:

- *A) Que el ex funcionario de ASFI sea propuesto para un cargo jerárquico y se encuentre incluido en el alcance del artículo 130 del Decreto Supremo No. 29894, situación no aplicable a mi persona por que el cargo a desempeñar en el FFP ECOFUTURO S.A. no era jerárquico aspecto informado a ASFI y tampoco tuve cargo jerárquico en ASFI de acuerdo al DS 29894, razón por la cual era inaplicable este inciso.*

- *B) Cuando el ex funcionario en el ejercicio de sus funciones, en los últimos 360 días previos a su desvinculación, hubiera tenido acceso a información reservada, estratégica o confidencial de la entidad a la que postula o cuando el profesional tenga conocimiento de información privilegiada de otras entidades financieras; disposición inaplicable también a mi persona toda vez que NUNCA realice tareas de supervisión a FFP ECOFUTURO S.A., razón por la cual no tuve acceso a información estrategia o confidencial de la entidad, aspecto que se puede verificar con el Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-155482 de 27 de noviembre de 2012 y la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexos 9 y 10).*

- *C) Por realizar actos de malversación, robo, defraudación, sustracción y abuso de confianza en dinero, valores, documentos, o bienes pertenecientes a ASFI; nunca objeto de procesos sobre el tema.*

- *D) Por revelar estudios, documentos o información de carácter confidencial y estratégico; no incurrí en el inciso, mientras fui funcionaria de ASFI.*

- *e) Cuando el ex funcionario, en los últimos 360 días previos a su desvinculación participó de manera directa o indirecta en tareas de supervisión en la entidad que desea contratar sus servicios, existiendo una clara relación de conflicto de intereses. Nunca participe en supervisión ni de gabinete ni de campo, siendo importante resaltar que el FFP ECOFUTURO S.A. es una entidad es supervisada por la Dirección de Supervisión de Riesgos II área a la que nunca pertenecí, razón que representa la imposibilidad de que mi persona hubiera podido realizar tareas de supervisión a esa entidad.*

  Por lo expuesto, su autoridad debe considerar que nunca se pronunció en lo siguiente:

  La Resolución No. 172/2013 de 1 de abril de 2013, ha resuelto:

  "UNICO.- RECHAZAR la solicitud de dispensa requerida por el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. en favor del a Lic. Lisseth Gutiérrez Patzi, ex funcionaría de esta Autoridad de Supervisión, por establecerse en el cargo que ejercía como Analista de Procesos Técnicos, contaba con <u>acceso irrestricto</u> a sistemas de control interno restringidos, que son privilegiados y de carácter confidencial".

  Lo anterior difiere del contenido de la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013 (Anexo 5), notificada al FFP ECOFUTURO S.A. el 18 de enero de 2013 que expresamente señala:

  "... se ha establecido que en el cargo que desarrollaba como Analista de Procesos Técnicos, tuvo acceso a sistemas de control <u>interno restringidos</u>, que son privilegiados y de carácter confidencial, motivo por el cual no se le puede conceder la dispensa solicitada."

  Al haberse solicitado que se consigne en resolución la carta ASFI/DAJ/R- 6848/2013 de 15 de enero de 2013, correspondía que el contenido de dicha carta conste en el Resolución ASFI No. 172/2013, sin embargo, la Resolución no respeta el contenido de la carta e incluye de manera maliciosa el término **"<u>acceso irrestricto</u>"** *. sin considerar que en ninguno de los documentos que precedieron a la Resolución ASFI No. 172/2013 y hacen mención que yo Lisseth Gutiérrez Patzi con CI 4843209 LP tuve el supuesto "acceso irrestricto", toda vez que en el Dirección General Técnica describe lo siguiente:*

  - *Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Anexo 10), señala textualmente:* "También, es necesario señalar que el cargo de Analista de Procesos Técnicos en la Dirección General Técnica, **no tiene acceso o se tiene acceso limitado,** a los siguientes sistemas de ASFI: Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, Cubos y Sistema de Planificación.

  - *El Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012 (Anexo 11)*, en su punto III. Análisis Legal, dice lo siguiente: ***"Por otra parte, se establece que en***

el cargo con el que contaba dicha funcionaría tenía <u>acceso limitado</u> a los siguientes sistemas: Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, Cubos y Sistema de Planificación".

Por tanto, la ASFI no ha fundamentado debidamente, la Resolución ASFI No. 298/2013 que confirma el contenido de la Resolución ASFI No. 172/2013, y esa falta de fundamentación vulnera el debido proceso que debe existir en todo procedimiento administrativo y que debiera considerarse los precedentes administrativos emitidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de las siguientes Resoluciones

A) La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 |de agosto de 2005, respecto a la fundamentación de los actos administrativos, señala que "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de derecho y de hecho que correspondan al caso." "Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda".

B) La Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero de 2006, que expresamente dispuso; "el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados para intervenir y defenderse".

Finalmente, por todo lo expuesto interpongo Recurso de Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 298/2013 de 21 de mayo de 2013, de acuerdo a lo previsto en el artículo 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera", pidiendo a su autoridad se dé cumplimiento al Artículo 55 del Decreto antes mencionado toda vez que la Resolución ASFI No. 298/2013 de 21 de mayo, Resolución ASFI No. 172/2013 de 1 de abril de 2013, así como el contenido de la carta ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, por atentar y limitar el ejercicio de mis

derechos constitucionales y no haberse realizado una correcta, y cabal valoración de las funciones que realice en ASFI ya que las mismas no se encontraban en las limitaciones que señala el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensas en el marco de la Circular SB/IEN/2008 de 1 de diciembre de 2008, para poder desempeñar laboralmente en el sistema financiero.

Adicionalmente, corresponderá al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y a la misma ASFI investigue quienes son los funcionarios que lamentablemente exponen a la MAE de la ASFI a vulnerar garantías constitucionales y se aplique contra ellos el régimen disciplinario de la Responsabilidad por la Función Pública, al no estar observando de manera correcta sus debidas obligaciones y tareas, toda vez que también se estaría incurriendo en incumplimiento de deberes ..."

5. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 023/2014, requirió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, información complementaria, requerimiento atendido mediante la nota ASFI/JRH/R-85655/2014 de 4 de junio de 2014, la misma que expresa lo siguiente.

"…*En atención a su requerimiento efectuado mediante carta de referencia recepcionada en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) en fecha 22 de mayo de 2014, relacionada a la ex servidora pública Sra. Lisseth Gutiérrez Patzi, a continuación detallo la información solicitada así como fotocopias de la documentación que se menciona:*

1. <u>Movilidad Funcionaria a la que se sujetó la recurrente, en la que especifique la modalidad, fecha y cargo desde su ingreso hasta su salida de la entidad</u>.

La Sra. Lisseth Gutiérrez Patzi, ingresó a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras el 4 de mayo de 2009 (Memorándum /SB/URH/R-22137/2009) luego de haber participado de un proceso de selección para el puesto de Supervisor de Riesgos Financieros (Júnior 3).

La Sra. Gutiérrez posteriormente, ocupó los siguientes puestos:

- *A partir del 1 de octubre de 2009, mediante Memorándum /ASFI/URH/R-42574/2009, fue designada interinamente en el marco del artículo 21° de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal en el puesto de Supervisor de Riesgos Financieros (Júnior 2) dependiente de la Dirección de Supervisión de Riesgos I (DSR I)*

- *A partir del 29 de diciembre de 2011, /ASFI/JRH/R-140311/2011, fue designada interinamente en el puesto de Supervisor Analista de Procesos Técnicos dependiente de la Dirección General Técnica.*

- *A partir del 29 de mayo de 2012, mediante Memorándum /ASFI/JRH/R-63743/2012 se la restituye al puesto de Supervisor de Riesgos Financieros que ejercía interinamente en la DSR I.*

- *A partir del 5 de junio de 2012, mediante Memorándum /ASFI/JRH/R-66740/2012, fue designada interinamente en el puesto de Supervisor de Riesgos Financieros I (Júnior 1) dependiente de la DSR I.*

- *En fecha 31 de octubre de 2012, mediante nota presenta renuncia irrevocable al cargo de Supervisor de Riesgos Financieros.*

- *En fecha 8 de noviembre de 2012, mediante Memorándum /ASFI/JRH/R-144664/2012, se le acepta su renuncia al puesto de Supervisor de Riesgos Financieros (Júnior 1) que ejercía interinamente.*

2. Reglamento Interno de Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, vigente a la fecha de desvinculación laboral de la recurrente.

Se adjunta en fojas 29, fotocopias del Reglamento Interno de Personal vigente a la fecha de desvinculación laboral de la Sra. Gutiérrez. Anexo 1.

3. Plan Operativo Anual Individual, correspondiente a Lisseth Gutiérrez Patzi, vigente a la fecha de la desvinculación laboral.

Se adjunta en fojas 3, fotocopias del Formulario de Resultados Esperados del POAI 2012 correspondiente al puesto que ejercía -a Lic. Gutiérrez. Anexo 2.

4. Manual de Puestos y Funciones correspondientes a los cargos de Analista de Procesos Técnicos y al de Supervisor de Riesgos Financieros, vigentes a la fecha de la desvinculación laboral.

Se adjunta en fojas11, fotocopias de los cargos señalados que forman parte del Manual de Descripción de Puestos aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI/232/2012 de 14 de septiembre de 2012. Anexo 3.

5. Remitir el Reglamento Específico para concesión de dispensa.

Se adjunta en fojas 6, fotocopias del Reglamento Específico para la concesión de Dispensa. Anexo 4.

En atención a la solicitud de Informe con relación a los aspectos que se detallan a continuación, de acuerdo a las respuestas emitidas por las diferentes instancias de ASFI, comunico a usted lo siguiente:

a. *Explicar de manera suscinta y clara en que consiste el Sistema de Cubos, aclarando cuál es la información que es accesible y pública de este sistema, cual la información que es limitada y cual la información privilegiada y confidencial, con indicación de roles para cada cargo.*

De acuerdo a la información proporcionada por la Jefatura de Tecnologías de Información y Comunicación, "Los cubos de información son una herramienta tecnológica de inteligencia de negocios que permite al usuario final consumir información procesada de los datos que son remitidos por las Entidades de Intermediación Financiera. Esta herramienta es utilizada para acceder a los datos del negocio y proporcionar

reportes, análisis y alertas respecto al comportamiento de la información y así proveer capacidades analíticas a los usuarios que la consultan. Asimismo, es necesario aclarar que los cubos de información no son un sistema de información.

En relación a la información que los cubos exponen en función a la clasificación de información (pública, privilegiada, confidencial), por las características analíticas de esta herramienta, los mismos están disponibles con funcionalidad total y acceso irrestricto a su contenido para los analistas de supervisión de acuerdo al grupo definido para la Dirección de Supervisión a la que pertenecen. ".

Con referencia a la solicitud de "...indicación de roles para cada cargo.", de acuerdo a la información proporcionada por la Dirección de Supervisión de Riesgos I cabe señalar lo siguiente: "...el armado de un "Cubo" puede contener diversas combinaciones de información relativas a distintas entidades, pero no necesariamente está ligada a un cargo específico sino a las necesidades de trabajo de cada supervisor."

b. *Cuál es el sustento técnico legal para determinar el acceso limitado y el acceso irrestricto de los servidores públicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), al Sistema de Cubos, y relacionar con el cargo de la ex servidora pública Lisseth Gutiérrez Patzi*.

De acuerdo a la información proporcionada por el Oficial de Seguridad de la Información de ASFI, se señala lo siguiente: "...la Política de Seguridad de la Información (PSI) aprobada mediante Resolución Administrativa ASFI/216/2011, la cual estuvo en vigencia durante el periodo de trabajo de la Sra. Lisseth Gutiérrez *Patzi, establece medidas y lineamientos de seguridad para el acceso a los sistemas de información de la institución, donde en su Capítulo 5 (Acceso a la Información y Uso de Servicios), sección 5.2.1 (Control de Acceso)* define los siguientes controles:

- *Identificación y Autenticación Roles*
- *Transacciones*
- *Limitaciones a los servicios*
- *Modalidad de acceso*
- *Ubicación y horario*
- *Control de acceso Interno*
- *Control de acceso Externo*
- *Administración*

En este contexto, en base a las características y función de la herramienta, el acceso al Sistema de Cubos, se encuentra enmarcado en los requerimientos del grupo definido por la Dirección de Supervisión a la que pertenecen el supervisor de riesgos, donde se aplica los citados controles de la PSI en sus distintos niveles de seguridad establecidos. "

c. *Detallar y explicar el rol de usuario de Lisseth Gutiérrez Patzi dentro del sistema de Cubos con especificación de cada acceso y restricción, informado a detalle la información a la que tenía acceso*.

De acuerdo a la información proporcionada por la Jefatura de Tecnologías de Información y Comunicación, se indica lo siguiente: "El perfil de acceso asignado a la señora Lisseth Gutiérrez Patzi en la herramienta de inteligencia de negocios conocida como "Cubos", es el estándar asignado a los servidores públicos con el cargo de Supervisor de Riesgos Financieros de la Dirección de Supervisión de Riesgos I al que ella pertenecía, los cuales son:

- *Indicadores*
  - *Directores y Ejecutivos*
  - *Agencias, Sucursales*
  - *Estado de Resultados*
  - *Liquidez*
  - *Tipo de Cambio*
  - *Bonos Soberanos*
- *Previsiones*
  - *Calificación de Cartera*
  - *Previsiones*
- *Información Financiera*
  - *Analíticas*
  - *Balance*
  - *Encaje Legal*
  - *Tasas Activas*
  - *Depósitos*
  - *Estratificación*
  - *Flujo de Caja*
  - *Interbancarias*
  - *Inversiones*
  - *Límites*
  - *Obligaciones*
  - *Ponderación"*

d. <u>Remitir documentación que acredite la participación de la recurrente en la Supervisión de manera directa o indirecta al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. con especificación de cada caso</u>.

Al respecto, de acuerdo a la información proporcionada por la Dirección General Técnica, señala lo siguiente: "...esta Dirección General Técnica, no realiza labores de supervisión,..., sin embargo, se reitera el contenido de la Comunicación /ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 que indica:

...de la revisión el sistema Lotus Notes, se puede observar que de manera específica la Ex funcionaría elaboró dos notas referentes al Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A.:

- *Comunicación Interna ASFI/DGT/R-35604/2012, de 23 de marzo de 2012 sobre la autorización de pago de viáticos para llevar a cabo una Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito en el Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A., donde se solicita una consulta legal para el pago de viáticos por el fin de semana. Se adjunta en fojas 1 fotocopia. Anexo 5.*

- *Carta Externa ASFI/DGT/R-31269/2012, 15 de marzo de 2012, en respuesta a una*

solicitud de ampliación de plazo para la presentación del Plan de Educación Financiera del Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A.

También, es necesario señalar que el cargo de Analista de Procesos Técnicos en la Dirección General Técnica, no tiene acceso o se tiene acceso limitado, a los siguientes sistemas de ASFI:

- *Lotus Notes, para consultar notas anteriores o para ver informes (solo es para elaborar ñolas), por lo que, se solicita que la correspondencia externa tenga los antecedentes necesario para revisar.*

- *Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF), para hacer un análisis de evolutivos de los estados financieros y observar o corroborar la información que se envía o se observa las entidades financieras. Por lo tanto, la información para el análisis se obtiene del Internet (página web de ASFI).*
- *Cubos, para analizar las notas con observaciones de las diferentes cuentas contables, en la validación en el envió de los reportes por parte de las entidades financieras.*

- *Sistema de Planificación, para conocer los objetivos y plazo en la revisión de las notas de Credencial de Inspección. "*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, así como de la determinación contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas al constituirse en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, y ante la salvedad de verse compelido a emitir criterio sobre la controversia misma cual debe ser restringida técnicamente conforme lo expresado en numerales siguientes.

1. ANTECEDENTES.-

El Tribunal Constitucional (dentro de la acción de Amparo Constitucional interpuesta por la recurrente **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI**), mediante Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013 pronunciada en revisión de la Resolución 031/2013 de 19 de agosto, dada por la Sala Civil y Comercial Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, ha determinado en su artículo primero que esta instancia jerárquica ingrese al análisis de fondo, sobre la problemática planteada en el recurso jerárquico interpuesto por la recurrente en fecha 10 de junio de 2013.

A fin de dar cabal cumplimiento a dicha determinación, corresponde traer a colación, los fundamentos dados en la citada Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013, conforme se procede a continuación:

"…***III.3.Análisis del caso concreto***

De acuerdo al objeto y causa de tutela, identificado en el párrafo introductorio a los Fundamentos Jurídicos de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, en la especie, la accionante denuncia, que luego de haber renunciado al cargo de Supervisor de Riesgos Financieros, "nivel junior 1", de la ASFI, cargo que desempeñó desde el 4 de mayo de 2009, hasta el 14 de noviembre de 2012, se presentó a una convocatoria del FFP ECOFUTURO S.A. para ocupar el cargo de Supervisor Nacional de Análisis Financiero y Normativo, habiendo sido seleccionada; sin embargo, refiere que la ASFI emitió la RA ASFI 172/2013 de 1 de abril, resolviendo rechazar la solicitud de dispensa requerida, fallo contra el cual interpuso recurso de revocatoria, el que fue resuelto por RA ASFI 298/2013 de 21 de mayo, que confirmó el citado fallo.

En ese sentido, el 10 de junio de 2013, interpuso recurso jerárquico contra la Resolución de Alzada, antecedentes que fueron remitidos ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, quien mediante Auto de 19 de junio de 2013, rechazó el recurso jerárquico interpuesto por la accionante, por improcedencia, y señalando que dicha institución es incompetente en razón de la materia.

Ingresando al análisis concreto de la problemática planteada, se concluye que:

Respecto al Auto de 19 de junio de 2013, emitida por Mario Guillén Suárez, Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, corresponde señalar que dicha autoridad, al declararse incompetente para resolver la problemática planteada dentro del procedimiento administrativo desarrollado en torno a la negativa de dispensa de la accionante; efectuó una incorrecta interpretación de la normativa de regulación financiera y constitucional relacionada a la problemática planteada.

Es aplicable al presente caso la normativa legal contenida en la RM 131, que crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, por cuanto, es esta Unidad, la que se encuentra facultada a la tramitación de los recursos jerárquicos, incluido el conocimiento de las impugnaciones efectuadas al rechazo de la concesión de dispensa, en razón a que dicha permisión o rechazo se encuentra íntimamente relacionada a asuntos concernientes al manejo de información privilegiada, hecho inherente al giro principal de la ASFI; **es decir, a la regulación propiamente dicha de las entidades financieras, no pudiendo alegar incompetencia al respecto al considerar erróneamente el trámite de dispensa como un asunto de carácter laboral puro y simple.**

No puede entenderse a la luz del nuevo orden constitucional que la concesión de dispensa sea atribución en primera y última instancia de la ASFI, tal cual se desarrolló

en el Fundamento Jurídico III.3; pues es responsabilidad de toda autoridad judicial o administrativa el responder en segunda instancia todos los agravios denunciados, obligación ineludible de la instancia de alzada.

En ese contexto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de determinado acto administrativo.

En ese orden de cosas, al no haber resuelto el recurso jerárquico corresponde a la autoridad codemandada, Mario Guillén Suárez, Vice Ministro de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas, resolver en segunda instancia todo recurso referente a la solicitud de dispensa, y en el caso concreto ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada y determinar con precisión ***y de manera fundamentada si corresponde o no la concesión de la dispensa solicitada, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.***

Respecto al derecho a la igualdad, la accionante no demostró de qué manera se vulnero este derecho, por tanto no siendo previsible su consideración.

Consecuentemente, en virtud a los argumentos expuestos, se evidencia que el Tribunal de garantías, al denegar la acción de amparo constitucional, no ha evaluado en forma correcta los datos del proceso…"

(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Consideraciones previas.-

Corresponde con carácter previo, manifestar que la competencia de esta instancia jerárquica se restringe al conocimiento, sustanciación y decisión de recursos jerárquicos administrativos circunscritos en materia económica financiera, conforme a lo establecido en el artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, centrándose en la resolución de controversias que tengan que ver con la normativa de prudencia y regulatoria, dentro del marco de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que a la letra señala:

"…***Artículo 14.- (Sujetos Regulados).***

I. *Se consideran operadores financieros y se constituyen en los sujetos regulados del SIREFI, las personas jurídicas que actúan en los mercados financieros ofertando o intermediando servicios de carácter financiero, constituidas en el tipo societario que según su actividad, establecen las respectivas normas sectoriales y que, habiendo cumplido los requisitos para su habitación legal, cuenten con autorización de funcionamiento otorgada por la Superintendencia sectorial correspondiente.*

II. *Las personas naturales o jurídicas que a través de los servicios financieros prestados por los operadores financieros depositen, inviertan, aporten recursos financieros o se encuentren registrados en los Registros Públicos establecidos por las Superintendencias del SIREFI de acuerdo a norma, serán consideradas sujetos regulados...*"

Disposición que delimita el accionar de esta instancia jerárquica en cuanto a la facultad de sustanciar y resolver recursos jerárquicos administrativos en el marco del "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera", conforme se extracta de lo previsto en sus artículos 1, 2 y 3, que expresamente establecen:

"…***Artículo 1.- (Objeto).*** *El presente Reglamento tiene por objeto establecer las normas generales aplicables a los procedimientos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI, así como el Procedimiento Administrativo para la interposición de recursos administrativos, de acuerdo a la Ley N° 2341 de 23 de Abril de 2002 – Ley de Procedimiento Administrativo*…"

"…***Artículo 2.- (Procedimientos y Recursos Administrativos).*** *Las Superintendencias del SIREFI en relación a sus funciones y atribuciones de regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, Bancos y Entidades Financieras*…"

Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Mercado de Valores y Empresas, aplicarán los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable.

"…***Artículo 3.- (Ámbito de Aplicación).*** *Las normas del presente Reglamento, se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios, y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos*…"

Preceptos de orden procesal, de carácter obligatorio en su observación por las autoridades del Sistema de Regulación Financiera y de esta instancia que administra justicia en sede administrativa.

En ese marco, la competencia no puede ser absoluta, sino que aparece siempre limitada por el propio medio que la confiere; la Ley. Por ello, el acto administrativo es válido, cuando el órgano administrativo que lo emitió en ejercicio de la función administrativa que le corresponde, actúa dentro de los límites de la competencia asignada.

Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo. Asimismo la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues

determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituye los límites de su actuación.

Asimismo, la competencia dada por Ley tiene como características el ser expresa, irrenunciable, improrrogable e indelegable, salvo que la propia Ley lo autorice. En ese sentido la Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone en su artículo 122, la sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando: "…*Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*..."

No obstante a lo señalado, la suscrita autoridad en estricto apego a lo determinado por la instancia jurisdiccional supra en el artículo primero de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013, y a los efectos vinculantes inter partes de dicha disposición, se encuentra obligada a resolver el presente recurso jerárquico motivo de autos, restringiendo su pronunciamiento exclusivamente a la parte técnica, conforme fuera determinado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, y no así al ámbito laboral, materia de competencia exclusiva y privativa del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, sea con base a lo expuesto ut supra.

2.2. De los antecedentes que hacen a la controversia sometida a conocimiento, por mandato de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero.-

El Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., mediante nota FEF-GG-01518/2012 de 16 de noviembre de 2012, solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), conceder dispensa para la contratación de la recurrente en su calidad de ex funcionaria de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con el objeto de que preste sus servicios como Supervisor Nacional de Análisis Financiero del Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., una vez aprobada la solicitud de dispensa.

Solicitud negada mediante nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, en razón a que el cargo -de Analista de Procesos Técnicos dependiente de la Dirección General Técnica- que desempeñaba la recurrente durante su permanencia en la Autoridad de Supervisión del Sistema de Financiero, cargo en el que tenía –según anota la Autoridad- acceso irrestricto a información financiera confidencial, como ser el sistema de Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF), Cubos de Información, entre otros.

Nota que de manera posterior es elevada a solicitud de la recurrente a categoría de Resolución Administrativa, de lo cual sale la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013 que expresamente dispone: "…***RECHAZAR*** *la solicitud de dispensa requerida por el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., en favor de la Lic. Lisseth Gutiérrez Patzi, ex funcionaria de esta Autoridad de Supervisión, por establecerse que el cargo que ejercía como Analista de Procesos Técnicos, contaba con acceso irrestricto a sistemas de control interno restringidos, que son privilegiados y de carácter confidencial*…"

Corrido el trámite administrativo, la recurrente Lisseth Gutiérrez Patzi, ha ejercido su derecho a la defensa presentando los recursos administrativos que le asiste, hasta llegar -conforme se tiene relacionado supra- a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014.

Es así que revisados los antecedentes y en el marco de la determinación de la Sentencia Constitucional, corresponde ingresar al análisis de fondo respecto de la negativa de dispensa de la recurrente y su correlación con la normativa legal aplicable a las solicitudes de dispensa de ex funcionarios para la prestación de servicios en entidades sujetas a regulación por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, desde una perspectiva exclusivamente técnica.

Para dicho efecto resulta conveniente revisar el marco normativo por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha determinado el rechazo de dispensa, conforme se tiene anotado en la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013 – que resuelve el Recurso de Revocatoria de la recurrente- conforme lo previsto en los incisos b) y e) del artículo 2, Sección 2, Capítulo IV (Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el marco de la Circular SB/IEN/595/2008, aprobado por la Resolución Administrativa ASFI/N° 046/2009 de 2 de julio de 2009) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, norma que es extrañada en la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013 a momento de la exposición de fundamentos.

No obstante a ello, se evidenció que la recurrente en su recurso jerárquico, ejerció su derecho a la defensa respecto a los fundamentos por los cuales se determinó el rechazo de dispensa para el ejercicio de funciones en el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., y en atención a los criterios de economía procesal y a que la determinación contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2014, exige la determinación precisa sobre la correspondencia o no, de la concesión de dispensa de la recurrente, se pasa en tal sentido al análisis de la normativa extrañada ut supra.

> "...***Artículo 2º - Causales de rechazo.-*** *Se consideran causales de rechazo para la concesión de dispensa a título indicativo y no limitativo las siguientes:*
>
> (…)
>
> *b) Cuando el ex funcionario en el ejercicio de sus funciones, en los últimos 360 días previos a su desvinculación, hubiera tenido acceso a información reservada, estratégica o confidencial de la entidad a la que postula o cuando el profesional tenga conocimiento de información privilegiada de otras entidades financieras.*
>
> (…)
>
> *e) Cuando el ex funcionario, en los últimos 360 días previos a su desvinculación participó de manera directa o indirecta en tareas de supervisión en la entidad que desea contratar sus servicios, existiendo una clara relación de conflicto de intereses ...*"

Normativa, expuesta como fundamento en la Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 de 21 de mayo de 2013 -en atención a los criterios de "conflicto de intereses" y de "información privilegiada", contenidos en el artículo 4, Sección 1 del Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 de 1 de diciembre de 2008- tal y como se observa de la referida resolución, que a los efectos de un verificativo concreto, a continuación se trae a colación:

> "... *Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 046/2009 de 2 de julio de 2009,*

esta Autoridad de Supervisión aprobó y puso en vigencia el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 de 1 de diciembre de 2008, que establece el procedimiento para viabilizar la dispensa a la prohibición realizada a las entidades de intermediación financiera y empresas de servicios auxiliares para la contratación de ex funcionarios de ASFI.

*Que, el citado Reglamento, en el inciso a) del artículo 4º de la Sección 1, dispone: "**Conflicto de Intereses,** se entiende como toda situación o evento en que los intereses personales, directos o indirectos, o el conocimiento de situaciones estratégicas o confidenciales por parte de algún ex funcionario de ASFI, en una situación concreta, se encuentren en oposición con los intereses de ASFI...". Asimismo el inciso f) dice: **"Información Privilegiada,** información a la que sólo tienen acceso determinadas personas dentro de una empresa u organización por la posición que ocupan en ella. Suele tratarse de información importante que puede aportar ventajas a sus conocedores".*

*Que, el Reglamento Específico para la concesión de dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008, en la Sección 2, artículo 2º- explica las causales de rechazo, entre las cuales se encuentran los incisos **b)** "Cuando el ex funcionario en el ejercicio de sus funciones, en los últimos 360 días previos a su desvinculación, hubiera tenido acceso a información reservada, estratégica o confidencial de la entidad a la que postula o cuando el profesional tenga conocimiento de información privilegiada de otras entidades financieras (...) **e)** "cuando el ex funcionario, en los últimos 360 días previos a su desvinculación participó de manera directa o indirecta en tareas de supervisión en la entidad que desea contratar sus servicios, existiendo una clara relación de conflicto de intereses…"*

Fundamentos, que salen -a decir de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero- del Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012, de la Comunicación ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012, actos administrativos que conforman el sustento de la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, tal y como se advierte de la referida Resolución:

*"…Que, la respuesta que brindó esta Autoridad de Supervisión al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., sobre la dispensa solicitada, tiene como antecedente el **Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos y dos Comunicaciones Internas**: 1) de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, que establece que el FFP Ecofuturo S.A. no se encontraba asignada a esa Dirección, situación que no ameritó ningún conflicto con la solicitud de dispensa. 2) **La Comunicación ASFI/DGT/R- 164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 de la Dirección General Técnica** informando que en el tiempo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, la ex funcionaria Gutiérrez Patzi prestó sus servicios como "Analista de Procesos Técnicos" dependiente de esa Dirección, **cargo en el que tenía acceso irrestricto a información financiera confidencial**, como ser el sistema de Lotus Notes, Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF), Cubos de Información, entre otros…"*
(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo cual corresponde precisar, a los efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2014, que el análisis técnico sobre los criterios que sustentan el rechazo a la solicitud de dispensa requerida por el Fondo Financiero Privado S.A. en favor de la recurrente, recaerán sobre el ejercicio de funciones en el cargo de "Supervisor Analista de Procesos Técnicos" durante el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012 -sujeto a evaluación- sometido a adecuación de las causales de rechazo contenidas en específico en los incisos b) y e) del artículo 2, Sección 2, Capítulo IV, Título XIV del Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el marco de la Circular SB/IEN/595/2008, ello en mérito, a que la suscrita autoridad se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para el caso específico, lo cual implica la verificación de la conformidad o disconformidad de dichos actos con el marco normativo que los sustenta, no correspondiendo en consecuencia emitir pronunciamiento al margen de los extremos señalados precedentemente.

A dicho efecto y siguiendo la revisión de antecedentes tenemos:

- **Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 de 14 de noviembre de 2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos:**

  "**I.- ANTECEDENTES.**

  … A través del Informe Técnico Legal/ASFI/DSR I/R-155482/2012 de 27 de noviembre de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgo I, señala que la ex funcionaria Lisseth Gutiérrez Patzi, dentro de los 360 días previos a su desvinculación ***no realizó en la mencionada Dirección ninguna labor relacionada al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A.*** *ya que en dicho periodo ésta entidad se encontraba asignada a la Dirección de Supervisión de Riesgos II, salvando el criterio de la Dirección General Técnica, donde desempeñó el cargo de Supervisora Analista de procesos…*

  Mediante Comunicación / ASFI/DGT/ R-164228 de 13 de diciembre de 2012, el Lic. Manuel A. Pizarro A., director General Técnico a.i. comunica que el tiempo en el que la ex – funcionaria permaneció en esa Dirección, ***realizaba el trabajo de apoyo en aspectos técnicos, así como en el proceso de la revisión del flujo de correspondencia de respuesta externa para la firma de la Máxima Autoridad Ejecutiva****…*

  *…**III.- ANÁLISIS LEGAL.***

  De acuerdo al Informe/ASFI/DSR I/R-155482/2012 de 27 de noviembre de 2012 de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, ésta Dirección establece claramente que en el tiempo en que la ex funcionaría Gutiérrez Patzi trabajó en esa Dirección, el Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A., se encontraba asignada a la Dirección de Supervisión de Riesgos II, por esta situación, ***la ex funcionaría no realizó ningún trabajo de supervisión a esa entidad financiera****.*

Con referencia a la Comunicación /ASFI/DGT /R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 la Dirección General Técnica, establece que durante el periodo del 29/12/2011 hasta el 28/05/2012 la ex funcionaría Lisseth Gutiérrez Patzi, prestó servicios en esa Dirección como Supervisora Analista de Procesos Técnicos, de acuerdo a las siguientes funciones:

- *Elaborar Comunicaciones Internas por instrucciones del Director para solicitar información e instruir trabajos.*
- *Revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la Máxima Autoridad Ejecutiva de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica.*
- *Elaboración de notas externas a solicitud del Director.*

Por otra parte, se establece que el cargo con el que contaba dicha funcionaria ***tenía acceso limitado*** *a los siguientes sistemas:*

- *Lotus Notes, para consultar notas anteriores o para ver informes.*
- *Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF).*
- *Cubos, para analizar las notas con observaciones de las diferentes cuentas contables, en la validación y en el envío de los reportes por parte de las entidades financieras.*
- *Sistema de Planificación.*

Por los sistemas descritos, se puede inferir que la ex funcionaria contó con información privilegiada y confidencial, sobre todo con el acceso al sistema de los Cubos, que es un sistema para validar el envío de reportes por parte de las entidades financieras.

Por otra parte, de la revisión del sistema Lotus Notes, se puede observar que de manera específica la ex funcionaria elaboró correspondencia al Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A., las cuales son:

a) Comunicación Interna ASFI/DGT/R-35604/2012 de 23 de marzo de 2012, sobre autorización de pago de viáticos para llevar a cabo una Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito en dicha entidad financiera, referente al pago de viáticos por el fin de semana.
b) Carta Externa ASFI/DGT/R-31269/2012 de 15 de marzo de 2012, en respuesta a una solicitud de ampliación de plazo para la presentación del Plan de Educación Financiera del Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A.

Consecuentemente, la ex funcionarla Lisset Gutiérrez Patzi se encuentra dentro de las causales de rechazo estipuladas en el artículo 2, sección 2 el Reglamento Específico para la concesión de dispensa, establecida en el procedimiento del Reglamento específico para la Concesión de Dispensa de la Circular SB/IEN/595/2008 de 01 de diciembre de 2008.

IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del análisis de los antecedentes y la normativa en actual vigencia se concluye lo siguiente:

- *La ex funcionaría Lisset Gutiérrez Patzi, desarrolló su trabajo con un cargo que tenía*

acceso al Sistema de CUBOS, dicha información se la considera privilegiada y confidencial ya que contienen información que es de manejo restringido en esta Autoridad de Supervisión.

- *La dispensa solicitada por la entidad financiera, se encuentra dentro de las causales de rechazo estipuladas en el artículo 2, sección 2 del Reglamento Específico para la concesión de dispensa, enmarcándose el procedimiento, en el Reglamento específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 de 01 de diciembre de 2008.*

Por tanto, se recomienda a la Directora Ejecutiva de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, rechazar la autorización de dispensa de la ex funcionaria Lisset Gutiérrez Patzi…"
(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Comunicación ASFI/DGT/R- 164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 emitida por la Dirección General Técnica:**

"*…En atención a la Comunicación ASFI/DAJ/ R-160896/2012, de 7 de diciembre de 2012, donde solicita información, sobre el alcance del trabajo realizado por la ex-funcionaria Lisseth Gutiérrez Patzi, en la Dirección General Técnica del 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, para responder a la dispensa solicitada por Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A., se señala que el tiempo que la ex-funcionaria permaneció en esta Dirección,* ***realizaba el trabajo de apoyo en aspectos técnicos, en el proceso de la revisión del flujo de correspondencia de respuesta externa para la firma de a Máxima Autoridad Ejecutiva****.*

Asimismo, se señala que las funciones que se desarrollan en el Cargo de Analista de Procesos Técnicos en la Dirección General Técnico son:

1. *Elaborar Comunicaciones Internas, por instrucción el Director para solicitar información e instruir .trabajos.*

2. *Revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la Máxima Autoridad Ejecutiva de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica.*

3. *Elaboración de notas externas a solicitud del Director*

Por lo tanto, de la revisión el sistema Lotus Notes, se puede observar que de manera específica la Ex funcionaría elaboró dos notas referentes al Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A.:

1. *Comunicación Interna ASFI/DGT/R-35604/2012, de 23 de marzo de 2012 sobre la autorización de pago de viáticos para llevar a cabo una Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito en el Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A., donde se solicita una consulta legal para el pago de viáticos por el fin de semana.*

2. *Carta Externa ASFI/DGT/R-31269/2012, 15 de marzo de 2012, en respuesta a una*

solicitud de ampliación de plazo para la presentación del Plan de Educación Financiera del Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A.

*También, es necesario señalar que el cargo de Analista de Procesos Técnicos en la Dirección General Técnico**, no tiene acceso o se tiene acceso limitado**, a los siguientes sistemas de ASFI:*

- *Lotus Notes, para consultar notas anteriores o para ver informes (solo es para elaborar notas), por lo que, se solicita que la correspondencia externa tenga los antecedentes necesario para revisar.*
- *Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF), para hacer un análisis de evolutivos de los estados financieros y observar o corroborar la información que se envía o se observa las entidades financieras. Por lo tanto, la información para el análisis se obtiene del Internet (página web de ASFI).*
- ***Cubos, para analizar las notas con observaciones de las diferentes cuentas contables, en la validación en él envió de los reportes por parle de las entidades financieras.***
- *Sistema de Planificación, para conocer los objetivos y plazo en la revisión de las notas de Credencial de Inspección.*

En este entendido, adjunto el reporte de trámites derivados a la ex-funcionaria Lisseth Gutiérrez Patzi, en el periodo que trabajaba en esta Dirección, para su análisis y determinación si se que (sic) *tuvo o no acceso a información privilegiada de otras entidades financieras...*"

2.3. Análisis de los fundamentos que han determinado el rechazo de dispensa.-

Importa precisar que toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha especificado de manera clara y precisa, -cual hubiera correspondido- el cargo desempeñado por la recurrente, durante el periodo comprendido entre el **29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012**, esta instancia jerárquica en aplicación del principio de verdad material, requirió información adicional, verificando junto a los antecedentes que:

1. Mediante Memorándum de designación de interinato MEMORÁNDUM/ASFI/URH/R-42574/2009 de 1° de octubre de 2009 la funcionaria **LISSETH GUTIÉRREZ PATZI** desempeñó el cargo de "**Supervisor de Riesgos Financieros" en la Dirección de Supervisión de Riesgos I**, hasta el 28 de diciembre de 2011,

2. Por MEMORÁNDUM/ASFI/JRH/R-140311/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, es designada en interinato para ejercer el cargo de **"Supervisor Analista de Procesos Técnicos" en la Dirección General Técnica** hasta el 28 de mayo de 2012,

3. Con motivo de una reasignación de funciones efectuada por MEMORÁNDUM /ASFI/JRH/R-63743/2012 de 25 de mayo de 2012, por el que se determina que a partir del martes 29 de mayo de 2012, la señora reasume sus funciones como **"Supervisor de Riesgos Financieros a.i. en la Dirección de Supervisión de Riesgos I"**.

Sin embargo, resulta pertinente recalcar que en sujeción a la fundamentación dada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la no concesión de dispensa recae en las

funciones desarrolladas por la recurrente durante el ejercicio del cargo de "Analista de Procesos Técnicos" tal y como refiere la Resolución ASFI N° 172/2013, cargo ejercido desde el **29 de diciembre de 2011 hasta el 28 de mayo de 2012**, de lo cual se observa una imprecisión respecto del nomen del cargo, toda vez que el cargo ejercido en dicho periodo es el de **"Supervisor Analista de Procesos Técnicos"** conforme se evidencia del MEMORÁNDUM/ASFI/JRH/R-140311/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011 y no así el de Analista de Procesos Técnicos, aspecto relevante a momento de la contextualización de las circunstancias y fundamentos por los cuales, se habría procedido al rechazo de la solicitud de dispensa en favor de la recurrente.

Además se pudo evidenciar que el Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 emitido por la Dirección Jurídica, que sugiere el rechazo de dispensa, se basa en la Comunicación /ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012 emitida por la Dirección General Técnica, situación que muestra una aparente incongruencia, ya que materialmente sería imposible llegar a dicha conclusión si nos guiamos por la fecha consignada como emisión del referido Informe -14 de noviembre 2012- no obstante a los efectos del verificativo correspondiente, se trae a colación la parte pertinente –extraída del referido Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012- que corrobora el extremo señalado:

> "…***Mediante Comunicación / ASFI/DGT/ R-164228 de 13 de diciembre de 2012****, el Lic. Manuel A. Pizarro A., Director General Técnico a.i., comunica que el tiempo en el que la ex - funcionaria permaneció en esa Dirección, realizaba el trabajo de apoyo en aspectos técnicos, así como en el proceso de la revisión del flujo de correspondencia de respuesta externa para la firma de la Máxima Autoridad Ejecutiva…*" (Las negrillas son agregadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo cual, conforme al principio de verdad material, se tiene que la fecha consignada como emisión del Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012, corresponde a un error que no afecta a la validez de su contenido, más aún si el mismo se constituye en el fundamento esencial del rechazo, que se pasa a analizar.

Conforme se extrae del Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012 al que se sujeta la Resolución Administrativa ASFI No. 172/2013, éste refiere a las funciones que la recurrente ejerció en su condición de Supervisora Analista de Procesos Técnicos, conforme al siguiente detalle:

- Elaborar Comunicaciones Internas por instrucciones del Director para solicitar información e instruir trabajos.
- Revisar el flujo de correspondencia externa para la firma de la Máxima Autoridad Ejecutiva de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica.
- Elaboración de notas externas a solicitud del Director.

Funciones que no pudieron ser contrastadas con la documentación complementaria remitida a esta instancia, a través de la nota ASFI/JRH/R-85655/2014 de 4 de junio de 2014, correspondiente al anexo 2 del numeral 3 -Plan Operativo Anual Individual- P.O.A.I. correspondiente a la recurrente- toda vez que el P.O.A.I. remitido y contenido en el referido anexo 2, corresponde al cargo de **"Supervisor de Riesgo Financiero"** distinto al cargo de "Supervisor Analista de Procesos Técnicos" que desempeñaba la recurrente durante el

periodo sujeto a evaluación comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012, tal y como se precisó ut supra, además de no contener el nombre ni la firma de la recurrente.

No obstante a ello, y en lo fundamental, se tiene que tomando en cuenta la fundamentación dada por la Autoridad hoy recurrida, en base a la documentación remitida a esta instancia jerárquica, las funciones que realizaba la funcionaria Lisseth Rodríguez, no corresponden a un acceso a información financiera privilegiada y de carácter confidencial, a través de sistemas de control interno restringidos, toda vez que:

- La elaboración de -comunicaciones internas por instrucciones del Director, para solicitar información e instruir trabajos- refiere únicamente el uso de un canal de comunicación por el cual el Director de la Unidad en la que prestaba sus servicios la recurrente, hacia conocer instrucciones a sus dependientes, además de constituir un simple canal de comunicación con las demás dependencias de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo cual dicha función no puede ser asimilada a un acceso irrestricto a sistemas de control interno restringidos, privilegiados de carácter confidencial.

- La revisión del flujo de correspondencia externa -para la firma de la Máxima Autoridad Ejecutiva de las áreas sustantivas hacia la Dirección General Técnica- corresponde a una labor administrativa, que no implica el acceso irrestricto a sistemas de control interno restringidos, privilegiados de carácter confidencial, toda vez que no se aprecia de dicha función una labor de análisis de la información de las entidades reguladas, más aún cuando se refiere a una mera revisión del flujo de la correspondencia externa.

- La elaboración de notas externas a solicitud del Director de la Unidad -en la que desempeñaba sus funciones la recurrente- bajo criterio alguno puede asimilarse para su cometido, como un acceso a información financiera privilegiada y de carácter confidencial, a través de sistemas de control interno restringidos, pues dicha elaboración de notas lleva impresa una solicitud previa del Director de la Unidad, más no un análisis de información financiera privilegiada tanto de la entidad que solicitó la dispensa en favor de la recurrente, así como de otras entidades financieras y mucho menos una participación directa o indirecta en tareas de supervisión.

Congruente con lo desarrollado ut supra, se concluye que resulta incongruente, el inferir que la recurrente tuvo acceso a información privilegiada y confidencial por el ejercicio de las funciones detalladas líneas arriba, conforme se pudo comprobar.

No obstante a ello el Informe objeto de análisis, refiere también que:

> "… *el* <u>*cargo con el que contaba dicha funcionaria*</u> ***tenía acceso limitado*** *a los siguientes sistemas:*
>
> - *Lotus Notes, para consultar notas anteriores o para ver informes.*
> - *Sistema de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras (SISREF).*
> - *Cubos, para analizar las notas con observaciones de las diferentes cuentas*

contables, en la validación y en el envío de los reportes por parte de las entidades financieras.

- *Sistema de Planificación.*

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo cual se entendería, que durante el ejercicio del cargo de la recurrente, la misma contaría con información privilegiada y confidencial, **sobre todo con el acceso al sistema de los Cubos** -sistema para validar el envío de reportes por parte de las entidades financieras- del cual, conforme señala la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -ASFI en la nota de remisión de información complementaria ASFI/JRH/R-85655/2014 de 4 de junio de 2014, se tiene que:

> "…*Los cubos de información son una herramienta tecnológica de inteligencia de negocios que permite al usuario final consumir información procesada de los datos que son remitidos por las Entidades de Intermediación Financiera. Esta herramienta es utilizada para acceder a los datos del negocio y proporcionar reportes, análisis y alertas respecto al comportamiento de la información y así proveer capacidades analíticas a los usuarios que la consultan. Asimismo, es necesario aclarar que los cubos de información no son un sistema de información*…"

Descripción que explica que los cubos de información se constituyen en una herramienta que proporciona datos confidenciales del comportamiento financiero de las entidades sujetas a regulación y supervisión, no obstante a ello, conforme se desarrolló ut supra las funciones ejercidas por la recurrente, durante el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012 (Elaborar Comunicaciones Internas, revisión del flujo de correspondencia externa, elaboración de notas externas…), no resultan ser congruentes con la utilización del mencionado sistema de cubos al nivel que se pretende darle, menos aún que sean objeto de disposición por analistas de procesos técnicos, que no lleva a la afirmación de un acceso irrestricto.

Aspecto relevante para la determinación de la controversia sometida a conocimiento de esta instancia jerárquica, pues en el ejercicio del cargo de "Supervisor Analista de Procesos Técnicos", conforme sale del Informe motivo de análisis, la recurrente contaba con acceso limitado a los sistemas Lotus Notes, de Supervisión de Riesgos de Entidades Financieras, de Planificación, y el de Cubos, extremo corroborado por la Comunicación /ASFI/DGT/R-164228/2012 de 13 de diciembre de 2012, que refiere que el cargo de Analista de Procesos Técnicos en la Dirección General Técnica, **no tiene acceso o tiene acceso limitado** a dichos sistemas, más aún cuando de manera taxativa en la primera parte de su nota expresa que la funcionaria "*realizaba el trabajo de apoyo en aspectos técnicos, en el proceso de revisión del flujo de correspondencia de respuesta externa para la firma de Máxima Autoridad Ejecutiva*".

Sin perjuicio de ello, la nota de información complementaria ASFI/JRH/R-85655/2014 que presenta la ASFI a requerimiento nuestro, denota un criterio contradictorio respecto a un presunto acceso irrestricto, al referir la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con respecto al acceso a los analistas de supervisión al -sistema de cubos- que:

"…*En relación a la información que los cubos exponen en función a la clasificación de información (pública, privilegiada, confidencial), por las características analíticas de esta herramienta,* ***los mismos están disponibles con funcionalidad total y acceso irrestricto a su contenido para los <u>analistas de supervisión</u>*** *de acuerdo al grupo definido para la Dirección de Supervisión a la que pertenecen*…"
(Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Nótese que el acceso irrestricto, está determinado para los "Analistas de Supervisión" y no así para el Supervisor Analista de Procesos Técnicos (cargo sujeto a evaluación). Es más, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la nota de información complementaria ASFI/JRH/R-85655/2014 –en análisis-, a momento de explicar el rol de usuario de la recurrente, dentro del sistema de Cubos manifestó lo siguiente:

"…*De acuerdo a la información proporcionada por la Jefatura de Tecnologías de Información y Comunicación, se indica lo siguiente: "****El perfil de acceso asignado a la señora Lisseth Gutiérrez Patzi en la herramienta de inteligencia de negocios conocida como "Cubos", es el estándar asignado a los servidores públicos con el cargo de Supervisor de Riesgos Financieros de la Dirección de Supervisión de Riesgos I al que ella pertenecía****…"
(Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo cual se advierte que el perfil de acceso al sistema de cubos otorgado a la recurrente, fue el estándar asignado a los Supervisor de Riesgos Financieros de la Dirección de Supervisión de Riesgos I <u>al que ella pertenecía</u>, afirmación que no condice con los hechos, toda vez que el cargo observado -por el presunto acceso irrestricto a herramientas de supervisión- en la Resolución Administrativa ASFI ° 172/2013 **<u>(por la que se determinó la negativa de dispensa en favor de la recurrente)</u>**, corresponde al de "SUPERVISOR ANALISTA DE PROCESOS TÉCNICOS" dependiente de la DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA de la ASFI, y no así al cargo de Supervisor de Riesgos Financieros dependiente de la Dirección de Supervisión de Riesgos I**, en el periodo de prestación de servicios comprendido entre el 29 de diciembre de 2011 al 28 de mayo de 2012**.

Asimismo y en cuanto a las tareas de supervisión, se tiene que del Informe objeto de análisis –refiere- con respecto al sistema Lotus Notes y su uso por parte de la recurrente durante el ejercicio de funciones como "Supervisor Analista de Procesos Técnicos" dependiente de la Dirección General Técnica, lo siguiente:

"…*Por otra parte, de la revisión del sistema Lotus Notes, se puede observar que de manera específica la ex funcionaria elaboró correspondencia al Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A., las cuales son:*

a) Comunicación Interna ASFI/DGT/R-35604/2012 de 23 de marzo de 2012, sobre autorización de pago de viáticos para llevar a cabo una Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito en dicha entidad financiera, referente al pago de viáticos por el fin de semana.

b) Carta Externa ASFI/DGT/R-31269/2012 de 15 de marzo de 2012, en respuesta a una solicitud de ampliación de plazo para la presentación del Plan de

Educación Financiera del Fondo Financiero Privado ECOFUTURO S.A…"

Afirmación que en la cual, nuevamente se observa una incongruencia, pues como se puede advertir de la Comunicación Interna ASFI/DGT/R-35604/2012 de 23 de marzo de 2012, no se constituye en una correspondencia específica, dirigida al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., puesto que una Comunicación Interna como se desarrolló ut supra, es un canal de comunicación interna, es decir al interior de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más aún cuando se trata de la autorización de viáticos del personal de la ASFI.

A los efectos de una contextualización, sobre una participación directa o indirecta en tareas de supervisión, conviene precisar, que debe entenderse como una participación directa requiere de un contacto in situ a los fines de supervisión, por otro lado una participación indirecta implicaría, la participación de la recurrente de manera posterior a la supervisión in situ, en el análisis de los insumos obtenidos en la supervisión, a los efectos conclusivos de la misma, aspectos que no hallan correspondencia de lo manifestado respecto a una simple elaboración de notas de solicitud de pago de viáticos, y una ampliación de plazo para la presentación de documentación, tareas que no implican una participación directa o indirecta en tareas de supervisión al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A.

Por todo lo manifestado, y en sujeción al análisis realizado al Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto del presunto acceso irrestricto de la recurrente a la información que el sistema de cubos que expone, se evidenció una incongruencia con la conclusión del mismo respecto de sus argumentos y extremos evaluados, en similar sentido que la nota de información complementaria ASFI/JRH/R-85655/2014 de 4 de junio de 2014. Toda vez que el Informe motivo de evaluación y análisis, al constituirse en el sustento de la respuesta emitida por la ASFI al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., sobre el rechazo de dispensa solicitada en favor de la recurrente, tal y como expresamente se señala en la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013:

> "…*Que, la respuesta que brindó esta Autoridad de Supervisión al Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., sobre la dispensa solicitada,* ***tiene como antecedente el Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos y dos. Comunicaciones Internas***…"
> (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo que, luego del análisis efectuado, la suscrita autoridad considera que el Informe ASFI/DAJ/R-165514/2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se constituye en un documento que exponga extremos que justifiquen o fundamenten la negativa de dispensa en favor de la recurrente, por efecto de las inconsistencias de los argumentos expuestos en el mismo respecto a las conclusiones y recomendaciones a las que arriba, repercutiendo en la ausencia de una debida motivación en la Resolución Administrativa N° 172/2013 de 1° de abril de 2013 (acto impugnado), a la luz de la revisión de la motivación del acto impugnado a los efectos del examen de legalidad, en el marco de lo previsto en el artículo 52 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Congruente con lo señalado, el Informe ASFI 165514/2012 -que constituye el sustento técnico de la determinación contenida en la Resolución Administrativa ASFI N° 172/2013 de 1° de abril de 2013- no contiene fundamentos válidos para concluir expresamente lo siguiente:

> "…***IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES***
>
> *Del análisis de los antecedentes y la normativa en actual vigencia se concluye lo siguiente:*
>
> - *La ex funcionaría Lisset Gutiérrez Patzi, desarrolló su trabajo con un cargo que tenía acceso al Sistema de CUBOS, dicha información se la considera privilegiada y confidencial ya que contienen información que es de manejo restringido en esta Autoridad de Supervisión.*
> - *La dispensa solicitada por la entidad financiera, se encuentra dentro de las causales de rechazo estipuladas en el artículo 2, sección 2 del Reglamento Específico para la concesión de dispensa, enmarcándose el procedimiento, en el Reglamento específico para la Concesión de Dispensa en el Marco de la Circular SB/IEN/595/2008 de 01 de diciembre de 2008*…"

Y mucho menos para recomendar:

> "…*rechazar la autorización de dispensa de la ex funcionaría Lisset Gutiérrez Patzi*…"

Por lo cual, y en base a los antecedentes del caso y fundamentos presentados por la Autoridad recurrida en los actos administrativos sujetos al control de legalidad, esta instancia jerárquica no encuentra razones que justifiquen indubitablemente un rechazo a la solicitud de dispensa efectuada por el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. para la contratación de la recurrente, conforme se tiene dado la nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013 que a petición de parte interesada, fue elevada a rango de Resolución a través de la Resolución Administrativa N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, que impugnada la misma de revocatoria, es confirmada en su totalidad mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 der 21 de mayo de 2013.

De conformidad a lo determinado por el artículo primero de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013, a los efectos vinculantes inter partes de dicha disposición, conforme a lo manifestado ut supra, luego del análisis de fondo realizado, esta instancia jerárquica considera que la solicitud de dispensa efectuada por el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A. en favor de la recurrente en atención a su condición de ex funcionaria de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no debió ser rechazada por los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa N° 172/2013 de 1° de abril de 2013, así como en la Resolución Administrativa ASFI N° 298/2013 der 21 de mayo de 2013 que la confirma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento a lo determinado por el artículo primero de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0261/2014 de 12 de febrero de 2013, ha llegado a la conclusión

de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no cuenta con fundamentos que sustenten el rechazo de la solicitud de dispensa, efectuada por el Fondo Financiero Privado Ecofuturo S.A., en el marco de lo previsto en el Reglamento Específico para la Concesión de Dispensa en el marco de la Circular SB/IEN/595/2008, en favor de la recurrente.

A los efectos de la determinación correspondiente, y al ser el conocimiento de la controversia motivo de autos una situación excepcionalísima al marco de sus competencias, esta autoridad aplica a la forma de resolución prevista en el artículo 43°, numeral I, inciso b), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el cual determina que el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar en su totalidad la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI/N° 298/2014 de 21 de mayo de 2013 y consecuentemente la Resolución Administrativa ASFI/N° 172/2013 de 1° de abril de 2013 que eleva a rango de resolución la determinación contenida en la nota ASFI/DAJ/R-6848/2013 de 15 de enero de 2013, dejando sin efecto los citados actos administrativos.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BANCO UNIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 120/2014 DE 07 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 050/2014 DE 18 DE AGOSTO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 050/2014

La Paz, 18 de agosto de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 043/2014 de 8 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 079/2014 de 14 de julio de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota CA/GGBUSA/360-2014 presentada en fecha 27 de marzo de 2014, el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado legalmente por la Sra. Marcia del Carmen Villarroel Gonzales en su calidad de Gerente General, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 1157/2007 de 19 de noviembre de 2007, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 33 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Mónica Isabel Villarroel Rojas, recurrió contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de marzo de julio de 2014.

Que, a tiempo del Recurso de referencia, el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** se refiere al mismo como a uno de Revocatoria, cuando dentro del proceso recursivo presente, correspondió y se interpuso en su oportunidad, el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, mismo que fue sustanciado conforme corresponde, por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, extremos por los que, en estricta aplicación del principio de informalismo, previsto en el inciso l) del artículo 4° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, compele a esta Instancia Jerárquica a reconducir el trámite y a una interpretación en favor del interesado, determinando que la pretensión expuesta por el recurrente, resulta en la interposición del Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 575/2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-48160, con fecha de recepción 31 de marzo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de marzo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 7 de abril de 2014, notificado en fecha 9 de abril de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de marzo de 2014.

Que, mediante auto de fecha 7 de abril de 2014, se dispuso poner en conocimiento de la empresa **Sinchi Wayra Sociedad Anónima** la existencia del Recurso Jerárquico, a efectos de que se apersone y presente sus alegatos en el término de diez (10) días administrativos, extremo efectivizado a través de memorial de 22 de abril de 2014 bajo el rótulo de "*Responde a Recurso de Revocatoria*" (con respecto al uso errado de la expresión *de Revocatoria* en lugar de *Jerárquico*, se impone el mismo tratamiento y consideración, supra señalada, que la memorial de interposición del Recurso).

Que, en fecha 14 de mayo de 2014 se recibió la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en su nota Cite: CA/GGBUSA/509/2014, presentada en fecha 28 de abril de 2014, y señalada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2014 de 8 de mayo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 3 de junio de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013, misma que determinó, en su parte resolutiva, lo siguiente:

"…***ANULAR*** *la Resolución Administrativa ASFI Nº 778/2012 de 24 de diciembre de 2012,*

inclusive *debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

Que, en observancia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013 de 3 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI Nº 419/2013 de 9 de julio de 2013, disponiendo lo siguiente:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE****, el resuelve primero, referente a los cargos 1, 3 y 4 de la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, por no haber sido objeto de impugnación, manteniéndose los mismos firmes y subsistentes.*

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE *el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo N° 2 y la sanción respecto al incumplimiento del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE *la sanción impuesta en el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, de DEG2.000.- (DOS MIL DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), estableciéndose una nueva cuantificación sancionatoria de DEGs1.100.- (UN MIL CIEN DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por los incumplimiento a los cargos 1, 3 y 4 de la mencionada Resolución…*"

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en atención al Recurso Jerárquico interpuesto contra la referida Resolución Administrativa ASFI Nº 419/2013 de 9 de julio de 2013 (que resuelve el Recurso de Revocatoria), mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 084/2013 de 28 de noviembre de 2013 determinó:

"…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013,* ***inclusive,*** *debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho…*"

En sujeción a lo mismo, la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiero, debió tener en cuenta, los siguientes extremos:

- Al haberse evidenciado que los resultados de las dos inspecciones realizadas por la Autoridad Reguladora, a través de la Dirección de Supervisión de Riesgos I (Informe ASFI/DSR I/R- 58992/2012 de 15 de mayo de 2012 y el informe de la Comisión Especial) son contradictorios, ello determina una falta de coherencia sobre un mismo tema, entre una y otra manifestación, por lo cual, se instruye que a la hora de motivar su decisión, la Autoridad Reguladora <u>debe hacer un nuevo análisis de los referidos informes y pronunciarse al respecto</u>.

- Al no haber cumplido el Ente Regulador con el principio del debido proceso, valoración de la prueba, ni con el principio de motivación y fundamentación, verdad material, debe pronunciarse técnica y legalmente sobre el cargo 2, así como sobre la nota FIN- 197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011; en caso de determinarse el levantamiento del referido cargo, lo mismo deberá encontrarse debidamente motivado, cual en derecho corresponde.

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, la determinación contenida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 084/2013 de 28 de noviembre de 2013, anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 419/2013 de 9 de julio de 2013, inclusive, teniéndose como la última actuación supérstite, al Recurso de Revocatoria interpuesto por el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 28 de noviembre de 2012, contra la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI Nº 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, que a los efectos de contextualización de la controversia motivo de autos, se transcribe a continuación:

"(…)

- *La Resolución ASFI No. 575/2012 carece de sustento y fundamentación para determinar el incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *El Informe ASFI/DSR I/R-56922/2012 de 15 de mayo de 2012 establece en el punto 3.4 los clientes, entre los que se encuentra Sinchi Wayra S.A. fueron víctimas de fraude informático de tipo "Phishing". Asimismo, el informe indica que el BANCO UNIÓN S.A. ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.*

  Al respecto, el Banco manifiesta que en ninguno de los informes se ha afirmado la existencia de "vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UniNet", texto puede dar lugar a interpretaciones erróneas.

- *La ocurrencia de un "Phishing" no tiene relación con la seguridad de un sistema o su vulnerabilidad, sino más bien, con la posibilidad de que un usuario autorizado, por negligencia, falta de cuidado o de una u otra manera, involuntariamente o de otra forma, otorgue sus claves o códigos de acceso a un tercero que, posteriormente, los utiliza para efectuar transferencias de fondos y de esta manera sustraer los fondos de su víctima. En este sentido, es conceptualmente equivocado señalar que la ocurrencia del "Phishing" a la Empresa Sinchi Wayra S.A. sea producto de la vulneración del Sistema UniNet y, mucho menos, tomando en cuenta que el manejo de claves o códigos de seguridad es responsabilidad exclusiva de dicha empresa, quienes tenían acceso exclusivo a tal información.*

- *En fecha 17 de marzo de 2011, el Banco procedió a la entrega de las Claves de Acceso al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa*

*Sinchi Wayra, conforme se acredita en el formulario adjunto. Adicionalmente la página (**https://servicios.bancounion.com.bo/UniNet/validuser.aspx?redirect=true**), a través de la cual se ingresa al Sistema UniNet, utiliza el protocolo de autentificación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". Esto último se refleja en la Barra de Direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS.". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema UniNet.*

En este sentido, se concluye que la única manera para que un cliente pueda realizar transacciones a través del sistema UniNet es utilizando la Clave de Acceso única asociada a un Código de Usuario, proporcionada en forma segura, confidencial y exclusivamente al cliente. Por lo tanto, el cliente es el único responsable de su uso o en su defecto de su transmisión a terceros, circunstancia que de ninguna manera puede ser atribuida al Sistema UniNet.

- *Asimismo, para precautelar el PIN en caso de software malicioso de captura de teclado (key loggers) estuviese instalado en la computadora del cliente, la página web de ingreso a UNINET cuenta con un teclado virtual.*

*"**Petitorio**.- En consideración a lo expuesto y con el sustento de los informes de Auditoría del BANCO UNIÓN S.A., cuyas copias se adjuntan, se observa que a tiempo de emitir la Resolución ASFI No. 575/2012, no se habría considerado los antecedentes y descargos presentados relativos al Cargo No. 2 que alude al presunto incumplimiento al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuanto en ningún momento se ha podido comprobar la vulneración a la disposición señalada, en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, ni la carencia de un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones solo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por este medio", por cuanto es claro que los débitos no identificados por la empresa Sinchi Wayra de su Cuenta Corriente No. 10000005423524, en el periodo referido, constituye un fraude informático de tipo "Phishing", aspecto que no tiene relación con la conceptualización de que existió una vulneración al sistema UniNet.*

Consecuentemente, se solicita revocar parcialmente la Resolución ASFI No. 575/2012 levantándose o desestimándose el Cargo N° 2 de dicha Resolución, desvirtuado en virtud a los argumentos anteriormente expuestos y en consecuencia, en virtud al principio de proporcionalidad disminuir la multa de DEG 2.000.-, establecida en la parte Resolutiva de la señalada Resolución ASFI No. 575/2012…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 120/2014 DE 7 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de mayo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la determinación contenida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 084/2013 de 28 de noviembre de

2013, resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 28 de noviembre de 2012, determinando **CONFIRMAR** la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, por los argumentos transcritos a continuación:

"…***CONSIDERANDO*:**

Que, en estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Instancia Jerárquica (Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013 de 28 de noviembre de 2013), esta Autoridad de Supervisión procede a valorar técnica y legalmente el ***cargo N° 2,*** *y la* ***Nota FIN-197 09-2011****, de acuerdo a las siguientes consideraciones:*

Cargo N° 2.-

Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET" en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que instruye a las entidades financieras a informar a esta Autoridad de Supervisión todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros, dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del mismo; el BANCO UNIÓN S.A. vino reportando una serie de hechos delictivos por casos de transacciones no reconocidas efectuadas a través del sistema de Banca por Internet UNINET, acompañando informes de Auditoría, que mencionan:

a) AIN 023/2012 de 1 de marzo de 2012, en cuya sección V. Conclusiones manifiesta: "Es importante mencionar que todos los incidentes identificados correspondían a casos de "phishing" sobre los clientes, por lo que los controles de seguridad perimetral de ***los sistemas del Banco no fueron vulnerados****" (el subrayado y negrillas son nuestras).*

b) AIN 036/2012 de 29 de marzo de 2012, que en su Sección V. Conclusiones manifiesta: ***"…se ratifica que los controles de seguridad tecnológica que protegen los servicios de Banca por Internet (UNINET) no fueron vulnerados".***

De manera paralela, se recibió una denuncia de la Sra. María Tudela Rodríguez, así como de la Empresa Sinchi Wayra S.A., denunciando retiros no autorizados en sus cuentas del BANCO UNIÓN S.A., a través de la Banca por Internet UNINET.

En este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, como consecuencia de reclamos reportados y reclamados, instruye a la Dirección de Supervisión de Riesgos I, la realización una investigación sobre supuestos casos de "phishing" denunciados contra el BANCO UNIÓN S.A. que concluye con el Informe

***ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012**, que entre las partes más importantes señala:*

*"**3.4.** De acuerdo a los informes de Auditoría Interna del Banco, remitidos a esta Autoridad de Supervisión, los clientes citados en el punto 3.1. fueron víctimas de fraude informático de tipo "phishing". El Banco ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.*

- ✓ *3.5. Se han determinado contravenciones a los procedimientos y controles internos del Banco diseñados para evitar la ocurrencia de estos ilícitos.*
- ✓ *3.6. Se ha determinado que el sistema UNINET presenta debilidades*

***4.1.** Se recomienda instruir al Banco la necesidad de implementar sistemas robustos de autenticación a fin de minimizar los casos de "Phishing".*

***4.2.** Se debe realizar la revisión del Portal UNINET en la próxima visita de Inspección de Riesgo Operativo, para ampliar el relevamiento sobre las causas que originaron los hechos ilícitos en cada caso y evaluar si éstos se debieron a descuidos de los clientes o por negligencia operativa de los funcionarios del Banco…".*

PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO AL BANCO UNIÓN S.A.

*En atención a las conclusiones y recomendación del Informe **ASFI/DSR I/R-58992/2012** de 15 de mayo de 2012 esta Autoridad de Supervisión, **notifica cargos** al BANCO UNIÓN S.A., a fin de que la institución financiera, pueda presentar los descargos correspondientes, que refiere el presunto incumplimiento de un perfil de seguridad del sistema de Banca por Internet UNINET.*

El BANCO UNIÓN S.A. en atención a la Notificación ASFI/DDC/R-124139/2012 de 1° de octubre de 2012, remite los descargos correspondientes descartando la posibilidad de que el Sistema UNINET haya sido vulnerado, mencionando:

- El sistema UNINET está diseñado de forma que cada cliente recibe un código de usuario y una clave de acceso única.

La mencionada clave de acceso única se encuentra asociada al referido código de usuario y en cumplimiento a nuestros procedimientos es entregada exclusivamente al cliente o en su defecto, a su representante legal acreditado, de tratarse de una persona jurídica, mediante un sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que sólo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva clave podrá ingresar al sistema y afectar única y exclusivamente la cuenta.

- Adicionalmente, la página WEB (https://servicios.bancounion.com.bo/UniNet/validuser.aspx?redirect=true), a través de la cual se ingresa al Sistema UniNet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". Esto último se refleja en la Barra de Direcciones de todos los navegadores al incluir el

prefijo "HTTPS:". De esta forma se asegura la autenticación, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema UniNet.

- Cumple recalcar que la única manera para que un cliente pueda realizar transacciones a través del sistema UniNet, y afectando únicamente sus cuentas bancarias, es utilizando la Clave de Acceso Única asociada a un Código de Usuario, proporcionada de forma segura, confidencial y exclusivamente al cliente, como se describe en el párrafo procedente. Por lo expuesto, el cliente es el único responsable de su uso o en su defecto de su transmisión a terceros, circunstancia que de ninguna manera puede ser atribuida al Sistema UniNet.

- Asimismo, la institución financiera hace conocer sus políticas de seguridad, respecto al phishing, las cuales fueron comunicadas a través de las siguientes circulares:

- *27/10/2011 (CIRCULAR N° 228/2011 - REF: ALERTA – Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UniNet);*

- *01/12/2011 (CIRCULAR N° 268/2011 – REF: Controles Adicionales de Seguridad para el Ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET);*

- También se puede observar que dentro de los descargos que presenta la institución financiera, ésta hace referencia a "Acuerdos privados", en la cual menciona: "…con relación específica a las transacciones por UniNet, efectuadas por ***Sinchi Wayra S.A.*** *en el marco de lo establecido en los Informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012 de 9 de febrero y 29 de marzo respectivamente, ambos del presente año, y en virtud a los documentos que sustentan sus respectivas conclusiones, cumple resaltar lo siguiente:*

- *Se determinó que el cliente (Sinchi Wayra) solicitó la habilitación del servicio de Traspaso Directo a Otros Bancos en fecha 23/02/2011, tal como se puede ver en la imagen del documento a continuación exhibido, habilitándose como usuario al señor Arturo Zalles Balanza.*

- *Se ha determinado que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UNINET, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de códigos de usuario claves de acceso.*

- *Se ha determinado que las nueve transferencias de fondos observadas por* ***Sinchi Wayra S.A.****, fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, operaciones que solo pueden ser realizadas mediante la Clave de Acceso Única asignada.*

  Producto de lo señalado, en los Informes de Auditoría se ha manifestado que "se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados", consecuentemente no existe razón o fundamento alguno para afirmar que el Sistema UniNet no cuenta o no tiene implementado un perfil de seguridad que garantice la realización de las

operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por dicho Sistema o que de otra forma no cumple con los requisitos previstos al efecto en la RECOPILACIÓN DE NORMAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

*Del análisis del Informe **ASFI/DSR I/R-58992/2012** de 15 de mayo de 2012, así como los descargos presentados por el BANCO UNIÓN S.A., se puede observar que el BANCO UNIÓN S.A. desde su primer reporte a ASFI (cumplimiento al Artículo 107), implementó medidas se seguridad, a solicitud expresa de esta Autoridad de Supervisión, traducidas en Alertas de Prevención contra Fraudes (CIRCULARES 228/2011 y 268/2011) que disponen controles adicionales de seguridad contra fraude o sustracción de claves y controles adicionales para el ingreso al sistema de Banca por Internet UNINET. Asimismo, reforzó este riesgo informático realizando publicaciones en prensa, entre las cuales se encuentra el reporte del periódico de circulación nacional "El Deber" que alertan estas acciones, expresando: "Recordamos a nuestros clientes y público en general, que a través de correos electrónicos y otros medios de internet, ciertos delincuentes están intentado obtener información confidencial de algunos clientes, utilizando la identidad del BANCO UNIÓN S.A. con fines fraudulentos".*

*Las acciones asumidas por la entidad financiera, dispuestas en el Título X, Capítulo XII, Sección 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y previa a la denuncia de la empresa **Sinchi Wayra S.A.**, demuestran que el **BANCO UNIÓN S.A.** cumplió con las medias de seguridad establecidas para el efecto. Asimismo, se establece que reforzó las mismas, en cumplimiento a las recomendaciones de esta Autoridad de Supervisión a través del Informe **ASFI/DSR I/R-58992/2012** de 15 de mayo de 2012, brindando una mayor seguridad en las transacciones a través de su plataforma tecnológica UniNet proveyendo de un perfil de seguridad aceptable, situación que esta Autoridad de Supervisión analizó, consideró y valoró a momento de analizar el cargo N° 2.*

INSPECCIÓN ESPECIAL AL BANCO UNIÓN S.A.

*En Recurso Jerárquico (MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 027/2013), presentado por la empresa **Sinchi Wayra S.A.**, la Instancia Jerárquica determinó: "realizar una nueva valoración de toda la prueba, (…) así como establecer de manera fundamentada la definición a que arribe (…) en el marco del debido proceso y en estricta sujeción al procedimiento administrativo".*

*En cumplimiento a las instrucciones impartidas, esta Autoridad de Supervisión instruyó la realización de una inspección especial al **BANCO UNIÓN S.A.**, con la finalidad de evaluar si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 en cuentas de **Sinchi Wayra S.A.** son atribuibles a ésta o fueron logradas por vulneración al sistema informático de la entidad financiera.*

*La Dirección de Supervisión de Riesgos I, a cargo de la mencionada inspección, hizo conocer las determinaciones de dicha inspección a través del Informe **ASFI/DSR I/R-64764/2013 de 3 de mayo de 2013**, aclarando previamente los siguientes aspectos:*

- "Para establecer si un usuario ha sido víctima de Phishing o de algún otro tipo de fraude informático deben efectuarse oportunamente procesos de recolección de evidencia (a nivel de hardware y software), en los equipos (computadoras y/o dispositivos móviles) empleados para el acceso al servicio del que se presume le fue robada la información confidencial de autenticación (códigos y claves) al usuario. Por tanto, la presente evaluación no se pronuncia respecto a la presunción que la Empresa hubiese sido víctima del mencionado tipo de fraude.

- Asimismo, para determinar si un sistema informático pudiese haber sido vulnerado, es preciso efectuar a tiempo pruebas de informática forense, para la identificación de las vulnerabilidades potencialmente explotadas, examinar los registros del sistema y de las herramientas con las que interactúa. Dado que el Sistema de Banca por Internet del Banco (UniNet) ha sufrido modificaciones en fechas posteriores a los acontecimientos que nos ocupan y que no se dispone de recursos tecnológicos (la base de datos del Banco mide 1.5 Tb y su storange tiene capacidad de 2Tb) para replicar las condiciones en las que fueron ejecutadas las transacciones en cuestión, no nos pronunciaremos sobre este supuesto.

- Por otra parte, siendo que se evidenció que tanto la configuración de la infraestructura tecnológica, lógica y física del Centro de Procesamiento de Datos del Banco, así como la Aplicación y Servicios Web de UniNet, a la fecha difieren de la vigente a enero de 2012, la valoración del procesamiento de las transacciones reclamadas por la Empresa, datos y documentación referente a las herramientas que conforman la solución UniNet a momento de procesar las referidas transacciones…" (El subrayado es nuestro).

Concluyendo:

1. *El Banco cumplió con las solicitudes del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UniNet.*

2. *Las nueve (9) transacciones reclamadas por la Empresa, realizadas a través del servicio UniNet entre el 10 y 19 de enero de 1012, que afectaron a la cuenta 1-0000005423524, fueron ejecutadas utilizando un Número de Identificación de Usuario y Clave Personal de Acceso válidos, sobre un canal de comunicación seguro.*

3. *Al 10 de enero de 2012, el Banco no mantenía permanentemente abierto y disponible un canal de comunicación que permitiese al usuario solicitar el bloqueo en tiempo real de cualquier operación que intente efectuarse utilizando sus medios de acceso o claves de autenticación.*

4. *El registro de pistas de control de la solución UniNet, que permitía el registro y seguimiento íntegro de las operaciones realizadas, no contemplaba la generación de archivos que permitiesen respaldar los antecedentes de cada operación electrónica, necesarios para efectuar cualquier seguimiento, examen o certificación posterior.*

5. *Los requisitos para los sistemas de transferencia y transacción electrónica, establecidos en el artículo 1, Sección 4, Capítulo II, Título VII, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se encontraban parcialmente implementados en la solución UniNet a momento de procesar las nueve (9) transacciones por la Empresa.*

   No obstante, las conclusiones señaladas precedentemente, cabe mencionar que conforme lo expuesto en el punto 2.1 Consideraciones Iniciales, del presente informe, ***la evidencia disponible es insuficiente*** *para establecer si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012, en cuentas de Sinchi Wayra S.A. son atribuibles a esta empresa o fueron logradas por vulneración al sistema informático del* ***BANCO UNIÓN S.A.***

El Informe de la Comisión Especial, es producto de un proceso in-situ, método de supervisión que por su naturaleza involucra una visita de campo, la misma que corresponde a la visita de Inspección Especial efectuada al ***BANCO UNIÓN S.A.*** *del 30 de abril al 2 de mayo de 2013, cuya finalidad tuvo por objeto evaluar si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 que afectaron a la cuenta 1-0000005423524 de* ***Sinchi Wayra S.A.*** *son atribuibles a dicha empresa o fueron logradas por vulneración al sistema informático de la citada entidad financiera.*

Por el análisis de las conclusiones más relevantes del Informe de la Comisión Especial, se establece que los requisitos para los sistemas de transferencia y transacción electrónica, al momento de procesar las nueve (9) transacciones reclamadas por la Empresa, se encontraban parcialmente implementados debido a que al 10 de enero de 2012, el sistema UniNet no contaba con los archivos implementados, contraviniendo lo estipulado en los incisos b) y c) del artículo 1, Sección 4, Capítulo II, Título VII, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (anterior artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X), que dispone que: "Cada sistema que opere en línea y en tiempo real, debe permitir dicho bloqueo también en tiempo real" y que "…los sistemas utilizados, además de permitir el registro y seguimiento íntegro de las operaciones realizadas, deberán generar archivos que permitan respaldar los antecedentes de cada operación electrónica…".

En tal virtud, la Dirección de Supervisión de Riesgos I de esta Autoridad de Supervisión, ratifica su conclusión a través de la Comunicación ASFI/DSR I/R-188577 de 10 de diciembre de 2013 en sentido de que ***la evidencia disponible*** *para establecer si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 en cuentas de* ***Sinchi Wayra S.A. es insuficiente****.*

RECURSO JERARQUICO MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013

En Recurso Jerárquico, interpuesto por la empresa ***Sinchi Wayra S.A.****, la Instancia Jerárquica determinó que esta Autoridad de Supervisión deberá pronunciarse técnica y legalmente sobre el* ***cargo dos (2****), así como sobre la* ***Nota FIN-197 09-2011.***

Esta Autoridad de Supervisión en cumplimiento a determinaciones de la Instancia Jerárquica, mediante Auto de fecha 20 de diciembre de 2013, abre un término de prueba de 25 días hábiles administrativos, improrrogables, para establecer una correcta convicción técnica del cargo N° 2, que en última instancia determinará la responsabilidad del fraude informático de tipo "Phishing", sugiriendo a las partes aportar como prueba una Auditoría Forense a cargo de una firma certificada independiente que establezca la verdad material de los hechos.

Presentación de pruebas - BANCO UNIÓN S.A.

*El **BANCO UNIÓN S.A.**, mediante carta CITE: CA/GGBUSA/129/2014 de 4 de febrero de 2014, en cumplimiento al Auto de Apertura de Prueba, hace entrega de informes originales de Auditoría Forense realizada por la empresa YANAPTI, empresa legalmente establecida, que a la fecha cuenta con certificación ISO27000, informes que tuvieron como objetivo, realizar el levantamiento y análisis de la información relacionada con las transacciones observadas por la empresa **Sinchi Wayra S.A.**, respecto a 9 transferencias de su cuenta corriente correspondiente al **BANCO UNIÓN S.A.** a cuentas de terceros mediante el sistema UNINET, a través del usuario 73783 que le fue asignado a Arturo Antonio Zalles Balanza, funcionario de la empresa Sinchi Wayra S.A. las mismas que no son reconocidas por la empresa. Asimismo, tuvo el objetivo de emitir opinión respecto al grado de seguridad del sistema UNINET. Dichos informes son entregados en dos versiones denominadas Ejecutivo y Gerencial, en los cuales se establece:*

Sobre el Cargo N° 2.-

El trabajo de Auditoría Forense, está organizado en cinco (5) puntos, con sus respectivos informes, que refieren: Revisión documental; Evidencia Digital y Documental Técnica; Técnicas de Robo de Contraseñas; Estudio sobre Phishing e Informe Revisión de LOG, concluyéndose con lo siguiente:

*a) **Con referencia a la Revisión documental**: "… no se puede inferir a partir de los mismos que la modalidad de robo de contraseñas haya sido de Phishing o las vulnerabilidades del Sistema UNINET…".*

*b) **Evidencia Digital y Documental Técnica:** "…El sistema UNINET y la organización del Banco Unión respecto a los servicios de Banca por Internet presentan razonables controles de seguridad y un grado aceptable de protección a la información y transacciones basado en los esfuerzos diligentes aplicados".*

*c) **Técnicas de Robo de Contraseñas:** "En el caso investigado las contraseñas de los clientes de manera conceptual pueden haber sido obtenidas en tres lugares o momentos:*

- ✓ *Ambientes del cliente.- Esto puede ser desde los sistemas del Banco o en la red de datos de este. En este escenario se ha analizado las bases de datos, donde las claves están protegidas y cifradas. Los elementos de protección entorno al sistema*

UNINET y los procedimientos operativos. De ser este el escenario estarían comprometidas TODAS las claves y todos los clientes del BANCO (…) por cuanto se descarta este escenario".

- ✓ *<u>En la red de telecomunicaciones de los proveedores de internet.-</u> La conexión entre el sistema UNINET y el cliente está protegida mediante el uso de certificados digitales haciendo casi imposible su descubrimiento (el descubrimiento de las contraseñas por este medio).*

- ✓ *<u>En ambientes bajo el control o relacionados con la empresa Sinchi Wayra.-</u>* ***Son varias las posibilidades en el lado del cliente que no han podido ser analizadas al no contar con acceso, los equipos y datos respectivos.*** *Sin embargo por las características de los movimientos bancarios, los horarios, los montos y demás elementos se concluye que este es el escenario con mayor probabilidad.*

- ✓ *Se concluye el uso único o combinado de las siguientes técnicas descritas en este documento como ser: Phishing (y sus variantes) Volcado de memoria RAM. Revisión de Temporales, Keylogger, Pharming, ShoulderSurfing, IP Spoofing, E.Mail Spoofing, Contraseñas compartidas, Contraseñas triviales.*

CONCLUSIONES GENERALES.- Por ausencia de análisis de evidencia, NO se puede concluir de forma categórica que la modalidad de PHISHING ha sido la utilizada para obtener las credenciales de Sinchi Wayra. La ausencia de evidencia se da ante la imposibilidad de analizar los sistemas y equipos en la empresa afectada. El robo se pudo haber dado en el entorno laboral del cliente debido a las características del uso de las credenciales robadas.

d) ***Estudio sobre Phishing***.- *"… No se tiene suficiente evidencia para concluir que el robo de credenciales fue realizado por un ataque de phishing. No se tienen correos de phishing y direcciones de servidores donde se haya alojado la página falseada.--- El análisis de Logs no se adecua a la conducta típica de un atacante de phishing. Los patrones de transacciones, las cuentas usadas, los horarios no son típicos de un ataque phishing.--- *El Phishing no necesariamente significa un delito por cuanto puede no desembocar en acceso no autorizado, manipulación y obtención de un beneficio material. En el caso de Sinchi Wayra se observa la materialización y resultado de phishing".*

e) ***Revisión de LOG.- "…***

- ✓ *Se identificó que los traspasos realizados fueron efectuados con una periodicidad establecida, siendo una las primeras actividades por día (de 09:00 a.m. a 10:20 a.m.) Tomando en cuenta los horarios de Cámara de Compensación se pude inferir que el ataque necesitaba entrar en el primer horario. Puede ser este motivo también por el cual no se realizaron transferencias en días no laborales.*

- ✓ *Se registraron actividades en horarios inusuales (entre las 08:00 p.m. y 07:00 a.m.) que coinciden con el periodo de investigación (09 al 20 de enero). Las actividades*

realizadas corresponden a ingresos al sistema y extractos de movimientos. Se puede inferir que en estos momentos se estaba analizando el comportamiento de los usuarios autorizados para mimetizar las actividades.

- ✓ *No se realizó una adecuada gestión de claves, las cuentas de usuarios implicados para la investigación NO realizaron el cambio de ninguna clave (PIN y Clave transaccional)desde el momento de su creación por parte del Banco. El primer ingreso registrado data de abril de 2011 para la cuenta 716051 y mayo para la cuenta 73783 teniendo aproximadamente entre 10 y 9 meses con la misma clave.*
- ✓ *Se realizó el registro de acceso el día 22 de enero por la noche al sistema (20:31). Actividad después del bloqueo del sistema. Inclusive se observaron un par de accesos después que la cuenta fuera bloqueada. Esto permite inferir que los atacantes pretendían seguir con su ataque.*
- ✓ *En el periodo próximo al inicio de los movimientos observados, no se observa LOG rechazados por lo que se puede inferir que lograron obtener las contraseñas correctas y no hubo un intento de adivinarlas.*
- ✓ *El destino fue dirigido a cuentas de personas residentes en su mayoría en la ciudad de La Paz. No se tuvo más información para determinar si las cuentas habían sido creadas especialmente para estas transferencias y tampoco si los montos fueron retirados inmediatamente recibidos los depósitos.*
- ✓ *Por todos los antecedentes de Logs no queda claro y establecido:*
  - *Si las operaciones fueron realizadas desde Bolivia mediante un proxy de México o existió complicidad para iniciar desde Bolivia y luego continuar desde México.*
  - *La forma en la que las credenciales pasaron a terceras personas para un acceso fraudulento.*
  - *Normalmente un ataque de phishing se caracteriza por la inmediatez para no ser detenidos cuando el dinero se está materializando en el retiro de cuenta. El presente caso hace suponer la existencia de un grupo organizado para cometer el ilícito. Las personas involucradas presentan cierto patrón que las relaciona por ejemplo la edad y la ubicación.*

<u>Sobre la Nota FIN-197 09-2011</u>.

El BANCO UNIÓN S.A., con referencia a la segunda observación del RECURSO JERARQUICO MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013, sobre la Nota FIN-197 09-2011, <u>no menciona nada al respecto</u>.

<u>ANÁLISIS DEL DESCARGO DEL BANCO UNIÓN S.A.</u>

Como se puede apreciar del reporte de la Auditoría Forense presentada por la Entidad Financiera, ésta realiza un análisis en los <u>puntos técnicos</u> que interesa al presente caso, puntualizando que en el periodo del 10 al 19 de enero de 2012, éstos establecen razonables controles de seguridad y un grado aceptable de protección a las transacciones y a la información realizadas mediante su sistema UniNet.

Por otra parte, con referencia al análisis sobre "robo de contraseñas", la conclusión a la que arriba la comisión técnica, es mesurada y logra la atención de esta Autoridad de Supervisión, cuando menciona que los LOG (registros) no se encuentran rechazados, explicando que las personas involucradas en el ilícito, utilizaron las credenciales (claves de acceso).

En este sentido, del análisis y consideración del informe de la inspección especial in situ, así como el Informe de Auditoría Forense realizado por una empresa de auditoría certificada e independiente (YANAPTI), se tiene que éstos informes no contribuyen a esclarecer puntualmente si las transacciones cuestionadas y no reconocidas por la empresa Sinchi Wayra S.A., fueron de plena responsabilidad de la entidad financiera, coincidiendo ambas en la falta evidencia para determinar dicha responsabilidad, con respecto al Cargo N° 2, en lo que toca al perfil de seguridad del sistema de Banca por Internet.

Sobre la Nota FIN-197 09-2011. Reiteramos que el BANCO UNIÓN S.A., no menciona nada al respecto.

Presentación de pruebas – Empresa Sinchi Wayra S.A.

La Empresa Sinchi Wayra S.A., mediante memorial de fecha 3 de febrero de 2014, presenta documentación en atención al Auto de 20 de diciembre de 2013, mismo que fue aperturado para determinar si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 en cuentas de Sinchi Wayra S.A. son atribuibles a ésta o fueron logradas por vulneración al sistema informático de la entidad financiera.

La documentación que menciona el citado memorial refiere los siguientes puntos:

- ✓ *Las responsabilidades del depositario, conforme lo dispuesto en el artículo 1346 y siguientes del Código Civil.*
- ✓ *La irresponsabilidad del BANCO UNIÓN S.A. para la custodia de los fondos de la empresa en la entidad financiera, haciendo referencia a la instrucción establecida en la carta FIN-197 donde reitera que en el caso de los señores María de las Mercedes Carranza Aguayo, Luis Felipe Hartmann Luzio, César Fernando Ramos Moreno y Arturo Antonio Zalles Balanza, mediante la cual se instruyó que dichas transacciones deberían ser realizadas necesariamente mediante 2 aprobadores de manera conjunta.*
- ✓ *El BANCO UNIÓN S.A., mediante nota CITE: CA/P.CORP/4692013, solicitó a la empresa Sinchi Wayra la exhibición de la carta FIN-197, la cual es atendida, debidamente legalizada.*
- ✓ *Respecto al supuesto phishing, la empresa manifiesta que no existe elemento alguno que permita establecer la existencia de phishing.*

Asimismo, la empresa presenta los siguientes documentos:

- ✓ *Fotocopia simple del contrato de cuenta corriente bancaria en bolivianos de fecha 18 de febrero de 2011.*

- ✓ *Copia legalizada de la nota Cite FIN-197 09/2011 de 27 de septiembre de 2011.*

- ✓ *Copia legalizada de la nota Cite CA/P.CORP/4692013 de19 de septiembre de 2013.*

- ✓ *Copia legalizada de la nota Cite CA/P.CORP/487/2013 de 8 de octubre de 2013.*

- ✓ *Copia legalizada de la nota Cite SW – 1036/2013 de 14 de octubre de 2013*

ANÁLISIS DEL DESCARGO DE LA EMPRESA SINCHI WAYRA S.A.

Como se puede observar de la documentación remitida por la empresa Sinchi Wayra S.A., ésta no presenta ningún informe de auditoría forense que permita el análisis del Cargo N° 2 (perfil de seguridad), remitiéndose sólo a la documentación referida a la carta FIN-197 09/2011 de 27 de septiembre de 2011, a la cual se referirá esta instancia de revocatoria.

Revisados los antecedentes sobre la nota de referencia (carta FIN-197 09/2011), se establece los aspectos más transcendentales:

- ✓ *La Autoridad de Supervisión mediante nota ASFI/DSR I/R-126788/2013 de 23 de agosto de 2013, solicitó a la Entidad Financiera, haga conocer si el requerimiento de la empresa fue atendido con respecto a su solicitud de controles duales para el manejo de sus cuentas. La institución Financiera, dando respuesta a la solicitud de ASFI, remite un Informe de Auditoría CITE: IN/GGBUSA/030/2013 de 19/08/2013 en el cual concluye: "… Al punto 2. En base a la revisión efectuada a los datos del sistema Unibanca,* ***no se determinó la existencia de un registro o modificación a los controles duales para el manejo de cuentas del cliente Sinchi Wayra****…" (las negrillas son nuestras).*

- ✓ *Ante la solicitud del BANCO UNIÓN S.A. la empresa Sinchi Wayra S.A. remitió fotocopia legalizada de la nota FIN-197 09-2011, legalización efectuada tanto por la propia empresa Sinchi Wayra S.A. como por ante la Notaría de Fe Pública N° 048, aspecto que permite evidenciar su existencia y autenticidad en el marco de lo dispuesto por el artículo 1311 del Código Civil, así como la no atención a la solicitud de la empresa en su requerimiento de controles duales.*

- ✓ *En fecha 1° de agosto de 2013, esta Autoridad de Supervisión remite antecedentes a la Dirección de Supervisión de Riesgos I, a efectos de que evalúe si corresponde el inicio de un proceso administrativo por la no atención en la solicitud efectuada por la empresa Sinchi Wayra S.A. Dicha solicitud es reiterada a través de la nota ASFI/DAJ/R-29799/2014 de 24 de febrero de 2014, la cual es atendida por la Dirección de Supervisión de Riesgos I, en base al Informe de Auditoría AIN 118/2013 de 29 de agosto de 2013, que concluye: (…).*

    - *La nota FIN-197 09-2011 no cursa en los archivos del Banco.*

- *Dicha nota (FIN-197 09-2011) fue remitida por la empresa Sinchi Wayra con sello de la Notaría de Fe Pública, a cargo de la Dra. María René Paz Córdova, concluyéndose que es auténtica.*
- *En base a la revisión efectuada a los datos del sistema Unibanca, no se determinó la existencia de un registro o modificación a los controles duales para el manejo de cuentas del cliente Sinchi Wayra.*
- *En lo referente a si la solicitud de Sinchi Wayra S.A. fue procesada en el sistema UniNet, sobre el cargo en particular, el Informe de Auditoría menciona que no se asignó el control dual para las mismas.*
- *La falta de atención a la solicitud de control dual planteada en la nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, no repercute en el nivel de seguridad del sistema UniNet del BANCO UNIÓN S.A. sino en los controles cruzados de la empresa sobre el uso de los fondos de las cuentas afectadas.*
- *Finalmente, concluye que: "… el hecho de que la empresa Sinchi Wayra S.A. solicitase al BANCO UNIÓN S.A. que toda transacción que implique movimiento de fondos sea con la participación de dos usuarios para la liberación de cada transacción, implica que a partir de la fecha en la cual el Banco recibió dicha solicitud, las transacciones no debieron ser procesadas sin la participación de dos autorizadores".*

*Por los antecedentes establecidos, se puede apreciar que la empresa Sinchi Wayra S.A. solicitó mediante carta FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011 dos (2) aprobadores para el manejo de sus cuentas, documento que el BANCO UNIÓN S.A. reconoce que no encontró en sus oficinas, siendo ésta remitida por la propia empresa Sinchi Wayra en copia legalizada, comprobándose de esta manera la autenticidad de la solicitud y poniendo en manifiesto la desatención a dicha solicitud. Por otra parte, es importante señalar que la Comunicación del Área Técnica de esta Autoridad de Supervisión ASFI/DSR I/R-35226/2014, menciona que el requerimiento de control dual planteada por la empresa, no repercute en el nivel de seguridad del Sistema UniNet S.A., sino en los controles cruzados de la empresa, sobre el uso de los fondos de las cuentas afectadas, incurriéndose en la contravención del Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1, en la parte que señala: "…el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, **sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas** para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio" (las negrillas son nuestras).*

En este sentido, el BANCO UNIÓN S.A., al no atender la solicitud de la empresa Sinchi Wayra S.A. al requerimiento de dos (2) usuarios para la liberación de cada transacción, incumplió las medidas se seguridad establecidas en el Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, procediendo negligentemente a realizar transacciones con un sólo autorizador, vulnerando la norma en lo que respecta a las autorizaciones.

CONSIDERANDO:

Que, a efectos de establecer una interpretación íntegra de la norma legal aplicada en el

presente caso, es pertinente enunciar la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2006 de 15 de marzo de 2006, que establece: "… el ***principio de verdad material*** *consagrado en el literal d) del Artículo 4 de la Ley de Procedimiento administrativo No. 2341 señala: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". Es evidente que la Administración Pública debe ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, pero con el fin de que el acto administrativo resulte independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes, obliga al Juez a adoptar una decisión circunscrita a ese aspecto…" (El resaltado y subrayado es nuestro).*

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-124139/2012 de 1 de octubre de 2012, esta Autoridad de Supervisión notifica al BANCO UNIÓN S.A. con cuatro cargos, siendo el cargo N° 2 el controvertido para el presente análisis.

*Que, el mencionado cargo N° 2 de la Resolución ASFI N° 575/2012, refiere el incumplimiento al Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que menciona: "****Seguridad del sistema****, el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo resguardar…". Por la interpretación de la norma aplicada para el cargo mencionado, ésta norma contiene dos aspectos: a) el perfil de seguridad, con la que debe contar la entidad financiera y b) las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas. Si bien esta norma desde un principio se dirigió a desvirtuar el perfil de seguridad de la institución financiera, ésta contenía también una segunda parte referida a las operaciones realizadas por personas debidamente autorizadas.*

Que, sobre la primera parte de la norma citada, tanto la inspección In Situ, así como la Auditoría Forense, coinciden en establecer una falta evidencia para determinar dicha responsabilidad, en lo que toca al perfil de seguridad del sistema de Banca por Internet, es insuficiente, desvirtuándose la primera parte del Cargo N° 2.

Que, en la investigación de la verdad material, sobre el perfil de seguridad, se pudo identificar que el banco habría extraviado una nota de la empresa Sinchi Wayra, la cual solicitaba el manejo de cuentas con dos (2) aprobadores, documento que la misma empresa le remite al Banco en copia legalizada, comprobándose fehacientemente la existencia de la misma y la negligencia de la institución financiera en la atención a esta solicitud, activándose la segunda parte del Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1, que menciona: "… que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello …".

Que, por todo lo analizado, se concluye que esta Autoridad de Supervisión está ratificando el cargo dos (2) en función a la última parte del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, del Título X, puesto que el banco no operativisó la solicitud de la Empresa Sinchi Wayra S.A. procediendo a realizar transacciones con un solo autorizador por lo que cumplimiento, a los Principio de Eficacia y Economía, corresponde confirmar la sanción establecida para el cargo N° 2 (…)

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/295116/2014 de 24 de febrero de 2014, establece que analizados los documentos del expediente, así como descargos presentados en esta última etapa, se concluye que el cargo dos (2) es interpretado desde dos puntos de vista: a) Sobre la provisión de un perfil de seguridad que garantice las operaciones, y b) Sobre la autorización de aprobadores, debidamente autorizados.

Que, en este sentido, esta Autoridad de Supervisión luego de realizado el análisis del cargo N° 2, dispone que la sanción impuesta en la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, sobre el incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en lo que toca al perfil de seguridad que garantiza las operaciones, es una hipótesis que no ha podido ser comprobada, en razón de que la evidencia disponible es insuficiente para determinar la existencia de este extremo, tal cual lo establece el Informe de la Comisión Especial, así como de Informes de Auditoría Forense, quedando esta parte interpretativa desvirtuada.

Que, por otra parte, con referencia a la segunda observación de la instancia jerárquica, referente a la carta FIN-197 09/2011, esta Autoridad de Supervisión considera que existe elementos suficientes que acreditan que la empresa Sinchi Wayra solicitó un control dual a las transacciones que manejaba que no fueron atendidas por la entidad financiera, las cuales no debieron ser procesadas, sin la participación de dos autorizados, contraviniendo artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en lo que toca a: "…las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello…", recomendando confirmar la sanción establecida en la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota de 27 de marzo de 2014, el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014, al que se tiene como Recurso Jerárquico por corresponder a tal estado procesal (no así como Recurso de Revocatoria, mal mencionado en el propio memorial, extremo supra esclarecido), con los argumentos siguientes:

> "…*En fecha 13 de marzo de 2014, el BANCO UNIÓN S.A. fue notificado con la Resolución ASFI N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante la cual resuelve confirmar la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, respecto de lo cual manifestamos lo siguiente:*
>
> *La referida Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012 resuelve sancionar al BANCO UNIÓN S.A. con multa de DEG2.000, 00 (Dos mil 00/100 Derechos Especiales de Giro), por los siguientes incumplimientos:*
>
> - *Al inciso III, punto 3.3 de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET, en razón a que no se hizo firmar el contrato UNINET a su cliente Sinchi Wayra*

S.A. y por habilitar el servicio UNINET sin verificar que el contrato estuviera firmado (Cargo N° 1).

- *Al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio (Cargo N° 2).*

- *Al numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financiera, por no informar en la respuesta del reclamo de su cliente Sinchi Wayra S.A., que en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podía acudir a la Central de Reclamos de ASFI (Cargo N° 3).*

- *Al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el BANCO UNIÓN S.A. al reclamo de Sinchi Wayra S.A. fue posterior a los cinco (5) días hábiles (Cargo N° 4).*

Ante el Recurso de Revocatoria interpuesto por el BANCO UNIÓN S.A. contra la Resolución ASFI N° 575/2012 respecto de la sanción impuesta por el Segundo Cargo de dicha Resolución, toda vez que en ningún momento el BANCO UNIÓN S.A. ha incumplido el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas y Entidades Financieras; la ASFI mediante Resolución ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012 resolvió confirmar parcialmente, el resuelve primero, referente a los cargos 1, 3 y 4 de la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, manteniéndose los mismos firmes y subsistentes y revocar parcialmente la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo y sanción respecto al incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (cargo N° 2), emitida por la ASFI.

Posteriormente, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013 de 28 de noviembre de 2013, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013 inclusive, debiendo en consecuencia emitirse una Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica", cuya observación refiere el pronunciamiento técnico y legal sobre el cargo dos, así como sobre la nota FIN-197 09-2011 de 28 de septiembre de 2011, y en caso de determinarse el levantamiento del referido cargo, el mismo deberá encontrarse debidamente motivado, cual en derecho corresponde.

*En el marco de la Resolución Jerárquica citada, la ASFI en la Resolución ASFI/N° 0120/2014 de 7 de marzo de 2014, resuelve: **"CONFIRMAR**, la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero"; contra la cual se interpone el presente Recurso de Revocatoria, en virtud a los argumentos siguientes:*

1. ***Incumplimiento de los elementos esenciales del acto administrativo en la emisión de la Resolución ASFI N° 575/2012 respecto al Cargo N° 2***

La Resolución ASFI N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014, emitida por la ASFI resuelve confirmar la Resolución 575/2012 la cual sancionaba al BANCO UNIÓN S.A. por el incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio (Cargo N° 2), mismo que fue fundamentado señalando que los descargos presentados por el BANCO UNIÓN S.A. no respaldan que entre el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, el sistema UNINET haya sido seguro y robusto con un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

Al presente, la Resolución ASFI N° 120/2014 señala expresamente que:

*Que, el mencionado cargo N° 2 de la Resolución ASFI N° 575/2012, refiere el incumplimiento al Título X. Capitulo XII, Sección 4, artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que menciona: "**Seguridad del sistema**, el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello,...". Por la interpretación de la norma aplicada para el cargo mencionado, ésta norma contiene dos aspectos a) el perfil de seguridad, con la que debe contar Ja entidad financiara y b) las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas. Si bien esta norma desde un principio se dirigió a desvirtuar el perfil de seguridad de la institución financiera, ésta contenía también una segunda parte referida a las operaciones realizadas por personas debidamente autorizadas.*

Este análisis no fue efectuado en la Resolución N° 575/2012, por lo cual en derecho no corresponde confirmar un acto administrativo cuya fundamentación y motivación difiere de la expuesta en la Resolución N° 120/2014, en la cual además no se han valorado los argumentos esgrimidos por el BANCO UNIÓN S.A. dentro del Trámite N° 5405905 respecto a la nota FIN-197 09-2011, aspecto que será desarrollado más adelante y que demuestra la falta de motivación de la citada Resolución N° 120/2014, en inobservancia del artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo.

2. *Supuesto incumplimiento en cuanto a las medidas de seguridad del Sistema UNINET del BANCO UNIÓN S.A.*

Mediante la Resolución ASFI N° 120/2014 se estaría sancionando al Banco Unión ante el incumplimiento parcial del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dado que en entender de la ASFI, las operaciones realizadas entre el 10 al 19 de enero de 2012 y ahora observadas por Sinchi Wayra no fueron realizadas por personas debidamente autorizadas aspecto atribuible a que el Sistema UNINET no contaría con un perfil de seguridad enmarcado en la normativa de la ASFI.

Al respecto, debe precisarse que el referido Capítulo XII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras regula los requisitos mínimos de seguridad informática para la Administración de Sistema de Información y Tecnologías Relacionadas, contemplando en su Sección 4 disposiciones relativas a las transferencias y transacciones electrónicas, entre las cuales el artículo 1 dispone los requisitos de los sistemas de transferencia y transacción electrónica, señalando que para habilitar un sistema de transferencia electrónica de información o transacción electrónica de fondos del tipo Banca Electrónica, las entidades financieras o empresas de servicios auxiliares financieros, deben adquirir e implementar elementos de hardware y software necesarios para la protección y control de su plataforma tecnológica, adicionalmente y en forma complementaria, deberán considerar el cumplimiento de los requisitos mínimos tales como: "a) ***Seguridad del Sistema****, el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio. Los procedimientos deberán asegurarse que tanto el originador como el destinatario, en su caso, conozcan la autoría de las transacciones o mensajes y la conformidad de su recepción, debiendo utilizarse las políticas, normas y procedimientos indicados en la Sección 2 y en el Artículo 3 de la presente Sección, que permitan asegurar su autenticidad e integridad".*

En la Resolución ASFI N° 120/2014 la ASFI ha interpretado que el inciso a) del referido artículo 1 dispone que la seguridad del sistema ha de cumplir dos aspectos:

2.1. *Perfil de seguridad, con la que debe contar la entidad*

A momento de la realización de las operaciones, para la realización de transferencias y transacciones electrónicas a través del sistema UNINET cada cliente recibía un Código de Usuario y una Clave de Acceso Única entregada en sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que sólo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva clave podría ingresar al sistema y afectar única y exclusivamente la cuenta y recursos de los que es titular. Asimismo, en la página web a través de la cual se ingresa al Sistema UNINET, utiliza el Protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado SSI/LTS, este último se refleja de la barra de direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS". De esta manera se asegura la

autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones efectuadas mediante el Sistema UNINET.

Al respecto, la auditoria forense realizada por la empresa YANAPTI y presentada como prueba por el ***BANCO UNIÓN S.A.*** *en el marco de lo previsto en el Auto de fecha 20 de diciembre de 2013 emitido dentro del trámite administrativo N° T-540590, cuyo objetivo fue realizar el levantamiento y análisis de la información relacionada con las transacciones observadas por la empresa Sinchi Wayra S.A. y además de emitir opinión respecto al grado de seguridad del sistema UNINET, concluyó que:* (…)

…***Evidencia Digital y Documental Técnica:*** *"…El sistema UNINET y la organización del Banco Unión respecto a los servicios de Banca por internet presentan razonables controles de seguridad y un grado aceptable de protección a la información y transacciones basado en los esfuerzos diligentes aplicados"*

Aspecto con el que queda comprobado que el perfil de seguridad con el que contaba el sistema UNINET cumplía cabalmente con lo previsto en la normativa de la ASFI, no existiendo incumplimiento en la primera parte del inciso a) del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

2.2. Las operaciones sólo pueden ser realizadas por personas debidamente autorizadas

Las operaciones observadas fueron realizadas con el Usuario Arturo Antonio Zalles Balanza, usuario habilitado por la empresa Sinchi Wayra mediante Nota FIN 197 09-2011, cumpliéndose con el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuanto no fueron efectuadas por ningún otro usuario que no hubiere sido debidamente autorizado por la empresa Sinchi Wayra.

Conforme se desprende del Informe IN/GGBUSA/030/2013 de 19 de agosto de 2013 emitido por el área de Auditoría Interna del ***BANCO UNIÓN S.A.*** *se identificó la existencia de una modificación de límites de movimientos efectuada el 28 de septiembre de 2011 y no se verificó la existencia de un registro o modificación a los controles duales para el manejo de cuentas de su cliente Sinchi Wayra.*

La falta del control dual solicitado por Sinchi Wayra no es atribuible bajo ningún argumento a una falencia o deficiencia en las medidas de seguridad del sistema UNINET por cuanto, Sinchi Wayra efectúo diversas operaciones a través de otros usuarios habilitados sin que las mismas sean objeto de ningún reclamo, aspecto que demuestra que el sistema UNINET contaba con un perfil de seguridad que permitía únicamente realizar transacciones a las personas autorizadas.

Al respecto, debemos precisar que la empresa Sinchi Wayra procedió a realizar 182 operaciones vía UNINET (incluyendo las 9 transacciones no reconocidas), entre el periodo de la solicitud efectuada mediante nota FIN-197 09-2011, mismas que fueron

efectuadas sin el control dual requerido y que no son objeto de observación y/o reclamo alguno.

Asimismo, de acuerdo a bitácora histórica de los usuarios de UNINET, se advierte que el usuario 73783 perteneciente al Sr. Arturo Zalles realizó en el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2012 al 19 de enero de 2012, consultas de saldos y extractos de movimientos, destacándose entre ellos, que en fecha 11 de enero de 2012 se realiza la consulta de saldos y extractos en cuatro (4) oportunidades evidenciándose que después de realizar 2 pagos de impuestos y 2 traspasos a cuentas de terceros se solicita un extracto de movimiento a este día ya se habrían efectuado dos (2) transferencias observadas sin que exista reclamo alguno.

Por la realización de dichas operaciones, sin ningún tipo de reclamo u observación sobre el control dual conlleva a nuestro entender, la aceptación y conformidad del cliente respecto de éstas, dejando de lado la solicitud que se había efectuado en el segundo párrafo de la nota FIN-197 09-2011 y que hoy se pretende desconocer.

Estos aspectos fueron argumentados por el BANCO UNIÓN S.A. dentro de los requerimientos efectuados por la ASFI en el Trámite Administrativo N° T-540590 y que no han sido objeto de valoración ni consideración por la ASFI dentro de la Resolución ASFI N° 120/2014 vulnerando los elementos esenciales de los actos administrativos contenidos en el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo vale decir, la causa por la cual deben sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable, y el fundamento, por el que los actos deben ser fundamentados, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, y vulnerando el derecho del BANCO UNIÓN S.A. a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen consagrado en el inciso h) del artículo 16 de la Ley N° 2341.

3. Inexistencia de valoración de los hechos y argumentos expuestos por el Banco en cuanto a la nota FIN-197 09-2011

Conforme lo precisado en el punto anterior, la ASFI en la Resolución N° 120/2014 no ha evaluado (compulsado), los argumentos expuestos por el Banco dentro del Trámite N° 540590 relativo a la nota FIN-197 09-2011, de manera que no ha valorado en su totalidad los argumentos de las partes, dejando en desigualdad e indefensión al BANCO UNIÓN S.A., ignorando el principio de verdad material consagrado en el literal d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 por el cual la Administración Pública investigará la verdad material y en tal medida la Resolución ASFI N° 120/2014 carece de fundamento jurídico pleno.

4. Existencia de phishing

Como se ha argumentado abundantemente, la ocurrencia de un phishing está relacionado con la posibilidad de que un usuario autorizado, por negligencia, falta de cuidado o de una u otra manera, de forma involuntaria o de otra forma, otorgue sus

claves o código de acceso a un tercero, que posteriormente los utilice para efectuar transferencias de fondos, sustrayendo recursos de su víctima.

Por la realización de numerosas operaciones a través de usuarios autorizados por la empresa Sinchi Wayra entre el 10 y 19 de enero de 2012 y que no han sido observadas ni reclamadas habiéndose incluso obtenido el extracto de movimientos en varias oportunidades, queda comprobado que la falta del control dual solicitado por Sinchi Wayra no es atribuible bajo ningún argumento a una falencia o deficiencia en las medidas de seguridad del sistema UNINET, hechos que sustentan que se habría producido un phishing en el usuario asignado a Arturo Antonio Zalles, por cuanto son las únicas operaciones que al presente son negadas por la empresa Sinchi Wayra.

Es responsabilidad de la empresa y de los usuarios, la administración de los PINes asignados, más aún en las transferencias y transacciones electrónicas reguladas por el Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago contenido en el Capítulo III del Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el que define en su artículo 3 de la Sección 1, que "medio de seguridad de acceso al servicio o clave de autenticación es el número de identificación personal (PIN), huella digital u otro medio válido que autentifique al titular para el uso de su IEP. ***El Medio de Seguridad de Acceso al Servicio o Clave de autenticación tiene carácter confidencial e intransferible.****"*

Por lo tanto, en el marco de lo previsto en el artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175, se solicita revocar la Resolución ASFI N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014 que confirma la Resolución N° 575/2012 y en consecuencia dejar sin efecto el Segundo Cargo y la sanción impuesta por la Resolución ASFI N° 575/2012…"

5. ALEGATOS DEL TERCERO INTERESADO.-

Que, mediante memorial de 22 de abril de 2014, **Sinchi Wayra Sociedad Anónima** presentó sus alegatos como tercero interesado, conforme a la transcripción siguiente:

"*…Se ha notificado a* ***Sinchi Wayra S.A.****, con el Recurso de Revocatoria interpuesto por el* ***BANCO UNIÓN S.A.*** *(o, solamente el Banco Unión), contra la Resolución ASFI N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014, por la cual se ratifican las multas inicialmente establecidas contra la entidad financiera ahora recurrente, refiriendo que el acto administrativo impugnado no reflejaría la realidad de los hechos.*

En ese contexto, corresponde a Sinchi Wayra, poner en conocimiento de su Autoridad los argumentos que sirven de base para fundamentar su reclamo y en tal virtud la correspondencia plena de la multa impuesta contra el Banco Unión, por el manejo absolutamente discrecional, inseguro y negligente de los depósitos realizados por esta empresa en esa entidad bancaria. Por ello cumplimos en plantear lo siguiente:

1. *Las medidas de seguridad que tiene el sistema UNINET, son absolutamente deficientes, prueba de ello es el resultado antijurídico que es objeto del presente procedimiento. Bajo una interpretación de los resultados, tendríamos*

de manera clara que el resultado final de la seguridad del sistema UNINET del Banco Unión, es una pérdida patrimonial para ***Sinchi Wayra S.A.****, por ello pese a que la entidad bancaria, podría esgrimir una serie de sofismas, lo que queda claro es que el sistema es inseguro, debido a que permitió que un tercero ajeno a nuestra empresa, se apoderara de dineros que no le pertenecían, previa vulneración de los sistemas de seguridad del Banco.*

2. *Se tiene conocimiento, conforme fuera declarado por el propio Banco Unión, que fue necesario cambiar el sistema UNINET, luego de los débitos indebidos que perjudicaron no solo a Sinchi Wayra, sino a más de diez clientes perjudicados por el sistema UNINET del Banco. Por ello los resultados a los que llega la auditoría forense de YANAPTI, no dejan de ser simple y llanamente una pericia de parte, ya que, obviamente quién pagó la auditoría fue la propia entidad bancaria y el resultado "nunca", pudo haber sido contrario a los intereses del contratante, solicitamos tomar en cuenta este hecho, además que la conclusión transcrita, no hace referencia a mayores elementos de juicio previos a la misma. Obviamente que los resultados de la investigación de ASFI, son mucho más coherentes, que los resultados de la auditoría "cómplice" de YANAPTI, que no merece mayor atención.*

3. *Respecto al manejo conjunto de la cuenta, se debe tener en cuenta que pese a los argumentos que esgrime el Banco Unión, este es un hecho contundente, absolutamente claro y demostrado respecto del cual no se puede emitir criterio válido en contrario, debido a que el Banco ya reconoció antes que no tenía el documento por el que Sinchi Wayra solicitaba el manejo conjunto de la cuenta y ahora pretende hacer creer que fue un tema marginal al principal. Como su autoridad puede evidenciar, en el numeral 2.2 del recurso del Banco Unión, se realiza una serie de confesiones entre ellas:*

   - *"...Se identificó la existencia de una modificación de límites de movimiento efectuada el 28 de septiembre de 2011 y no se verificó la existencia de un registro o modificación de controles duales para el manejo de cuenta de su cliente Sinchi Wayra... ".*

   - *"La falta de control dual solicitado por Sinchi Wayra no es atribuible bajo ningún argumento a una falencia o deficiencia en las medidas de seguridad del sistema UNINET...", Asimismo continúa refiriendo: "... aspecto que demuestra que el sistema UNINET contaba con un perfil de seguridad que permitía únicamente realizar transacciones a personas autorizadas... "*

   - *"... Sinchi Wayra procedió a realizar 182 operaciones vía UNINET (incluyendo las 9 transacciones no reconocidas), entre el periodo de la solicitud efectuada mediante nota FIN-197 09/2011 y mismas que fueron efectuadas sin el control dual requerido y que no son objeto de observación reclamo alguno..."*

   - *"...Por la realización de dichas operaciones, sin ningún tipo de reclamo u*

observación sobre el control dual conlleva a nuestro entender, la aceptación y conformidad del cliente respecto de éstas, dejando de lado la solicitud que se había efectuado en el segundo párrafo de la nota FIN-197 09/2011 y que hoy se pretende desconocer... "

Como se puede apreciar, el Banco Unión reconoce de manera reiterativa que no acató las instrucciones de su cliente de aplicar un manejo dual o conjunto a sus cuentas, declara expresamente que este hecho no consistiría una falla de seguridad del sistema, asimismo trata de denotar que existiría una suerte de actos consentidos de parte de Sinchi Wayra y en definitiva liberarse de responsabilidad en el tema.

Pero debe quedar claro que hay desesperación en el Banco Unión, lo que se demuestra en que como no puede probar su debida diligencia en el manejo de los recursos confiados, trata de desvirtuar cuestiones expresas como es la nota FIN-197 09/2011, por la cual se solicitó por escrito la ampliación del margen de operaciones y el manejo conjunto; deben explicar porque se aplica a medias la instrucción, sino pueden exhibir la nota de referencia, en ningún caso debieron ampliar el monto de margen, constituyéndose este tema en una doble infracción realizada por el Banco Unión; por un lado incumple el monto de manejo y por otro lado el control de manejo conjunto, esta confesión es sumamente peligrosa y comprometedora para el Banco Unión, debido a que refleja un manejo absolutamente discrecional y ambiguo de los depósitos de sus clientes, peor aún si tomamos en consideración que se trata de un Banco cuyo principal accionista es el Estado.

Por otro lado ASFI debe considerar que el antecedente que se crea sería excesivamente peligroso en caso que un tema similar se presente en cualquier otro Banco que no sea el estatal, la forma de manejo deberá ser la misma y esto puede originar un caos y falta de confianza en el sistema financiero bancario.

4. *Banco Unión refiere que se estaría generando desigualdad e indefensión por los resultados del trabajo investigativo de ASFI, obviamente que asumir el papel de víctima, es fácil, cuando no se tomó debida diligencia en el manejo de un tema tan delicado como el resguardo de dinero mediante contratos de depósito. La verdad material se refiere a la investigación más allá de la verdad aparente, aspecto que en el presente caso ha sucedido, el Banco pide verdad material, pero no gusta del resultado de la investigación, por ello queda claro que el presente recurso es simplemente una cortina de humo para desviar la atención de los hechos y no asumir responsabilidad por actos propios.*

5. *En respaldo del supuesto phishing que pretende implantar Banco Unión, debemos referir, que ese extremo debería ser probado por el Banco, no simplemente referir su existencia, cuando sabemos que existe imposibilidad de probar ese hecho, por ello pretende generar esa incertidumbre e incluir elementos "aparecidos", que en definitiva no coadyuvan al resultado final del hecho, cual es la realización de débitos indebidos de cuentas de Sinchi Wayra, por la falta de diligencia y responsabilidad del depositario: el Banco Unión.*

Por todo lo referido, queda claro que en el presente caso la ASFI, ha actuado coherentemente, dentro del margen legal, para sancionar una conducta impropia del BANCO UNIÓN S.A., por ello es que necesariamente, esa instancia a su cargo debe hacer respetar sus decisiones y ser consecuente con las mismas, sin importar la cantidad de improperios o troperías que el sancionado esgrima para pretender revertir cuestiones justas.

PETITORIO.

Por los argumentos expuestos, en estricta observancia de lo dispuesto por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (D.S. N° 27175) dentro de término hábil, respondemos el Recurso de Revocatoria formulado por el Banco Unión contra la Resolución ASFI N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014, solicitando a Su Autoridad que tome en cuenta los extremos planteados en el cuerpo del presente memorial y en definitiva CONFIRME TOTALMENTE la citada resolución, estableciendo la responsabilidad del ***BANCO UNIÓN S.A.*** *por la inseguridad de su sistema y en definitiva se multe de manera coherente tomando en cuenta el monto del daño generado…*"

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

Que, por audiencia celebrada en fecha 14 de mayo de 2014, conforme fuera señalada por mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2014 de 8 de mayo de 2014 y a solicitud del **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, hecha presente en la nota CA/GGBUSA/509/2014 en fecha 28 de abril de 2014, se recibió la exposición oral de fundamentos del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 1° de marzo de 2012, **Sinchi Wayra Sociedad Anónima** presentó reclamo ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, contra el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, por los que a su criterio se constituyen en débitos no identificados e indebidos, de su cuenta corriente Nº 10000005423524, a través de nueve transacciones realizadas entre el 10 y el 19 de enero de 2012, mediante el servicio de banca por internet -UniNet-, habiéndose utilizado para ello el usuario y clave de acceso correspondientes a uno de los ejecutivos autorizados de la entidad denunciante (Sr. Arturo Zalles Balanza), ascendiendo los débitos controvertidos a la suma total de Bs. 626.400.- .

De ello devendría la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012; asimismo, ya en trámite recursivo y sopesando las anulabilidades dispuestas por las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 084/2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió, en instancia Revocatoria, la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de marzo de 2014, misma que resuelve confirmar la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012.

En definitiva, en fecha 27 de marzo de 2014, el **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014, mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Toda vez que la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, en instancia revocatoria, fue confirmada en su totalidad por la ahora impugnada Resolución Administrativa ASFI/N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014, resulta conveniente señalar -a los efectos de una adecuada delimitación de la controversia planteada- que, de los cargos originales, la impugnación motivo de autos recae únicamente sobre los extremos referidos al cargo N° 2, aclaración pertinente por cuanto, conforme lo señala el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), "*la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…", circunstancia que determina que el presente pronunciamiento, en cuanto corresponda a los extremos impugnados, se limite al cargo señalado;, no obstante y conforme se señala oportunamente, la modulación e imposición de la sanción son también motivo este pronunciamiento.

2.1. Congruencia y motivación.-

La Resolución Administrativa ASFI N° 575/2013 de 5 de noviembre de 2012, ha determinado:

> "…***PRIMERO.-*** *Sancionar al* ***BANCO UNIÓN S.A.*** *con* ***MULTA*** *de DEG2.000,00 (Dos Mil 00/100 Derechos Especiales de Giro), por los siguientes incumplimientos:* (…)
>
> *Al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET" en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio*…"

A tiempo de confirmar tal determinación, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI/N° 120/2014 de 7 de marzo de 2014 señala que: "***la evidencia disponible es insuficiente*** *para establecer si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012, en cuentas de Sinchi Wayra S.A. son atribuibles a esta empresa o fueron logradas por vulneración al sistema informático del Banco Unión S.A.*"

No obstante ello, determina después que:

"…la empresa Sinchi Wayra S.A. solicitó mediante carta FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011 dos (2) aprobadores para el manejo de sus cuentas, documento que el BANCO UNIÓN S.A. reconoce que no encontró en sus oficinas, siendo ésta remitida por la propia empresa Sinchi Wayra en copia legalizada, comprobándose de esta manera la autenticidad de la solicitud y poniendo en manifiesto la desatención a dicha solicitud. Por otra parte, es importante señalar que la Comunicación del Área Técnica de esta Autoridad de Supervisión ASFI/DSR I/R-35226/2014, menciona que el requerimiento de control dual planteada por la empresa, no repercute en el nivel de seguridad del Sistema UniNet S.A., sino en los controles cruzados de la empresa, sobre el uso de los fondos de las cuentas afectadas, incurriéndose en la contravención del Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1, en la parte que señala: "…el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, ***sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas*** *para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio" (las negrillas son nuestras).*

En este sentido, el BANCO UNIÓN S.A., al no atender la solicitud de la empresa Sinchi Wayra S.A. al requerimiento de dos (2) usuarios para la liberación de cada transacción, incumplió las medidas se seguridad establecidas en el Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, procediendo negligentemente a realizar transacciones con un sólo autorizador, vulnerando la norma en lo que respecta a las autorizaciones…"

Entonces y sin perjuicio del razonamiento anterior, no queda clara en la posición del Regulador, cuál la vinculación entre la sancionada falta de implementación de un perfil de seguridad, como el que exige el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y la desatención a la nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, referida a que sean dos personas quienes manejen -vía Uninet- las cuentas de **Sinchi Wayra Sociedad Anónima**.

Siendo notoria la incongruencia entre los fundamentos de la norma imputada como infringida y de la sanción impuesta, se debe tener presente que (conforme lo supra relacionado), el proceso sancionatorio tiene su origen en el reclamo presentado en fecha 1° de marzo de 2012 por **Sinchi Wayra Sociedad Anónima**, resultando que en el desarrollo -del proceso- la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha actuado en función de esa pretensión, originalmente referida a las nueve transacciones no reconocidas, habiendo sido sobre ello que se han desarrollado las etapas precedentes del proceso, desde la investigación hasta la sanción.

No obstante, dado resultar en un extremo referido también al manejo del sistema UniNet, es en el transcurso del proceso recursivo que **Sinchi Wayra Sociedad Anónima** ha dejado constancia de la desatención a la nota FIN-197 09-2011 como parte de la controversia, habiendo dado lugar lo mismo a que, ante la disposición del suscrito Ministro (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013 de 28 de noviembre de 2013) en sentido sea evaluada la nota de referencia dentro de los márgenes que hacen al debido proceso, y ante la insuficiencia de "*la evidencia disponible*", referida a haberse implementado (o no) "*en el sistema de Banca por Internet "UNINET" en el periodo*

comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad", la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha limitado su razonamiento y consiguiente fundamento, en la sencilla existencia de la nota, determinando que al presente se extrañe la justificación por la cual la desatención señalada, resulte en la falta de implementación sancionada.

Al respecto, el artículo 28º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, sobre los elementos esenciales del acto administrativo, en su inciso b), establece que su "*Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable*", y en su inciso e), sobre su fundamento, que "*Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b)*".

Estos extremos hablan de la necesaria congruencia que debe existir entre las diversas actuaciones de la Administración, a cuyo respecto, el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004, es esclarecedor al señalar que:

> "…*La motivación que contiene la resolución administrativa respecto de la congruencia debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión*…"

Asimismo, al no encontrarse la sanción por el cargo N° 2 correctamente fundamentada (conforme lo visto), importa una infracción al debido proceso administrativo, más no sólo en su faceta sobre la congruencia de las decisiones (supra establecida, entonces al principio de congruencia), sino también y con mayor precisión, al deber de fundamentación de las decisiones, establecido por los artículos 28º, inciso e), y 30º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremo que, determinando la indefensión del recurrente, no puede dar lugar sino, a la anulabilidad de obrados, por cuanto de ésa manera y en general, se ha infringido el debido proceso, a cuya observancia la Administración se encuentra compelida por disposición de los artículos 115°, parágrafo II, y 117°, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, y 4°, inciso c), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

En definitiva, con respecto al destino de la nota FIN-197 09-2011 remitida por **Sinchi Wayra Sociedad Anónima** al **BANCO UNIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** (y que injustificadamente no cursaría en los archivos del Banco), así como la falta de atención al contenido de la misma (referido a la modificación de la clave de acceso -UniNet- de manera tal resulte en un manejo dual -entre dos personas autorizadas-), pese a que ello constituye la base de la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no corresponde a la norma imputada y a su consiguiente cargo, toda vez que este último está mas bien referido, a no haberse implementado "*en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello*", y la

presumible desatención a la nota FIN-197 09-2011 no sirve para establecer si efectivamente se ha implementado o no, el sistema señalado.

Dada la determinación que por emergencia de lo anterior (y sin perjuicio de los siguientes fundamentos), consta en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, y amén de tenerse presentes los alegatos señalados por **Sinchi Wayra Sociedad Anónima** en su memorial presentado en fecha 22 de abril de 2014, determina que no corresponde una mayor consideración y pronunciamiento acerca de este último.

2.2. Deber de fundamentación.-

Corresponde señalar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a momento de realizar la calificación inicial a través de la nota de cargos ASFI/DDC/R-124139/2012 de 1° de octubre de 2012, no delimitó el alcance de la normativa presuntamente contravenida respecto del cargo N° 2, conforme después recién lo explica en la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 120/2014 de 7 de marzo de julio de 2014.

Es decir, en lo ahora expuesto por el Ente Regulador -erradamente, dado no coincidir con la norma imputada-, la infracción se limitaría a la realización de operaciones de personas no autorizadas, extremo sobre el que no se ha sustanciado ni el proceso sancionatorio, ni el Recurso de Revocatoria, lo cual generó un estado de indefensión en la entidad ahora recurrente, toda vez que la misma desconocía de una imputación referida a ese segundo supuesto, el que le es advertido y enunciado recién con la emisión de la Resolución Administrativa ASFI/N° 120/2014 (Resolución al Recurso de Revocatoria), en plena fase de impugnación, de manera extemporánea con respecto a la oportunidad procesal en la cual debió ser expuesto, para después sujetarse a su profuso análisis, toda vez que se trata del fundamento por el cual se estaría sancionando a una entidad regulada dentro de un proceso administrativo sancionatorio.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, ha establecido en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, que:

> "…*la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo* ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios*

conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria..."

De lo cual se advierte que, la facultad interpretativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, consagrada en el artículo 3° del Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, aprobado por el Decreto Supremo N° 22203 (e invocada a tiempo de la Resolución Administrativa ahora impugnada), no implica la inobservancia respecto de la oportunidad en la que dicha facultad debe ser instrumentalizada, resultando en una nueva infracción al deber de fundamentación de las decisiones, establecido por los artículos 28°, inciso e), y 30° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

2.3. Vínculo de causalidad entre los cargos y la sanción impuesta.-

Por otra parte y de la revisión de antecedentes, se evidencia que la Resolución Administrativa ASFI/N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, carece de una gradación y modulación de las sanciones por ella impuestas, respecto de cada una de las infracciones que conforman los cargos N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4, habiendo impuesto una sanción que engloba a todas ellas, sin establecer una relación de causalidad consistente y objetiva entre cada una de las supuestas conductas ilícitas, respecto de la sanción que a cada una de ellas debe corresponderles, conforme a lo establecido por el artículo 99° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 2003 (vigente a momento de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI/N° 575/2012), y en estricta observancia de los principios de justicia y equidad que rigen la actividad punitiva de los órganos administrativos del Estado, aspecto que imposibilita precisar la sanción correspondiente a cada cargo.

En este sentido, resulta insuficiente que la imputación de los cargos cuente con un adecuado fundamento legal (amén que conforme lo supra visto, se conoce que en el caso del cargo N° 2 no es así) y con la debida base normativa en lo concerniente a su penalización, sino que además, debe contar con la determinación singular y específica de la sanción que le corresponda.

Se tiene presente la peculiaridad del caso motivo de autos, en el que ante la pluralidad de cargos sancionados (cuatro en total), sólo uno fue objeto de impugnación (cargo N° 2), resultado de lo cual, no se tiene una incidencia en la proporción de la sanción respecto a cada uno de los cargos y en particular, respecto de los cargos que no hacen al Recurso.

Razón por la cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al imponer una sanción global ante la existencia de pluralidad de infracciones, sin una individualización de las mismas respecto de su consecuencia jurídica (sanción) incurre en una inadecuada imposición, correspondiendo traer a colación el precedente sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, el que expresa que**:**

"*…el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este*

principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde (…)

…En este contexto el inciso a) del Artículo 12 del Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001 establece una multa en el grado de Primer Rango de $us. 500, hasta $us 10.000, siendo una facultad discrecional del operador de justicia administrativa, establecer bajo ese parámetro económico la sanción a imponer, pero sin olvidar la obligación de motivar no solamente la conducta de la infracción sino también la sanción que se imponga.

El regulador señala que las acciones e infracciones cometidas por el recurrente constituyen un Concurso de infracciones, entonces la sanción de multa habría sido impuesta, tomando dicha consideración y estableciendo un monto único, sin embargo no fundamenta y permite evidenciar la aplicación correcta del Art. 7 del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.

Asimismo, la práctica jurídica y la doctrina establecen que las sanciones que aplican por un Concurso de Infracciones, además de estar respaldadas en normativa, deben ser identificadas y tipificadas de manera separada de acuerdo a cada caso, individualizando la conducta, el tipo y la sanción que corresponda para luego imponer un incremento en la sanción en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea con un acto o varios actos sucesivos.

Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción que establece el artículo 13, del Decreto Supremo Nº 26156 (desde $us. 500 hasta $us. 10.000), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos (…)*, de manera previa debió establecer una multa individualizada a cada infracción y posteriormente aplicar el procedimiento establecido en caso de Concurso de Infracciones, situación que no ocurrió y simplemente emitió la Resolución Administrativa sin mayor fundamentación que la determinación del monto final de sanción a imponerse.*

En efecto, si la Autoridad Fiscalizadora, hubiere realizado una correcta aplicación de la norma, desarrollando en la parte considerativa, el monto de sanción que se pretendía imponer a cada una de las infracciones cometidas sujetas a sanción pecuniaria, para luego aplicar el procedimiento establecido para el Concurso de Infracciones, hubiera dado certidumbre y certeza al administrado, permitiendo ejercer su derecho a la defensa, sobre determinaciones claras y precisas, sin lugar a la emisión de un acto administrativo poco claro…"

En definitiva, dadas las características de la impugnación motivo de autos, como de lo

desarrollado ut supra, corresponde que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realice un análisis fundamentado y disgregado de las sanciones (ahora englobadas en la multa de DEG 2.000,00 -Dos Mil Derechos Especiales de Giro- para todas ellas), respecto de cada una de las infracciones imputadas y sancionadas, conforme constan en los cargos N° 1, N° 3 y N° 4, así como la del cargo N° 2, si así eventualmente correspondiere (dado lo supra visto con referencia al mismo).

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha inobservado los principio del debido proceso, y de motivación y fundamentación, así como el derecho a la defensa de los administrados, en cuanto a la valoración de los hechos que motivaron el proceso sancionatorio presente.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, por la serie de motivos supra señalados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo de acuerdo a los alcances siguientes:

I. Con respecto al cargo N° 2, hasta la nota de cargos ASFI/DDC/R-124139 de 1° de octubre de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva nota de cargos, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

II. Con respecto a los cargos N° 1, N° 3 y N° 4, hasta la Resolución Administrativa ASFI N°

575/2012 de 5 de noviembre de 2012 **inclusive**, y únicamente a los efectos de la graduación, modulación e imposición de la sanción de manera disgregada para cada uno de los cargos, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva Resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA “EL BUEN SAMARITANO” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 072/2014 DE 13 DE ENERO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 051/2014 DE 19 DE AGOSTO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 051/2014

La Paz, 19 de agosto de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de enero de 2014, aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 044/2014 de 14 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 080/2014 de 18 de julio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de marzo de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA**., legalmente representada por su Gerente General, Lic. Dikson Jhon Encinas Herrera, en virtud al Testimonio Poder N° 1026/2013 de fecha 23 de mayo 2014, otorgado ante la Notaría de Fe Pública Nº 59 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero Céspedes, interpuso Recurso Jerárquico

contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de enero de 2014, aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-49326/2014, con fecha de recepción 2 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de febrero de 2014, aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de abril de 2014, notificado en fecha 15 de abril de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de enero de 2014, aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014.

Que, en fecha 21 de mayo de 2014, conforme fuera dispuesto por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 022/2014 de 8 de mayo de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.**, a solicitud de la misma que consta en el memorial presentado en fecha 28 de abril de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 759/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Que, en fecha 19 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció su Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, en la cual hace presentes los extremos que se transcriben a continuación:

> "…***CONSIDERANDO:*** (…)
>
> ***V. SITUACIÓN FINANCIERA AL 31 DE JULIO DE 2013***
>
> *Sobre la base de la información financiera reportada por la Cooperativa a este Órgano de Supervisión, se resume a continuación la condición financiera y patrimonial de la entidad al 31 de julio de 2013:*

N O M B R E	31/12/2012 6.86	31/07/2013 6.86	Diferencia Jul13-Dic12	Diferencia Rel. %	Participación Dic12	Participación Jul13
A C T I V O	**264,539,642**	**241,753,351**	**(22,786,291)**	**-8.61%**	**100.00%**	**100.00%**
DISPONIBILIDADES	4,505,414	3,184,874	(1,320,540)	-29.31%	1.70%	1.32%
INVERSIONES TEMPORARIAS	3,671,243	319,058	(3,352,186)	-91.31%	1.39%	0.13%
CARTERA	231,564,176	212,867,434	(18,696,742)	-8.07%	87.53%	88.05%
OTRAS CUENTAS POR COBRAR	4,737,918	5,117,606	379,688	8.01%	1.79%	2.12%
BIENES REALIZABLES	1,439,862	1,079,682	(360,180)	-25.01%	0.54%	0.45%
INVERSIONES PERMANENTES	3,006,894	4,441,573	1,434,679	47.71%	1.14%	1.84%
BIENES DE USO	15,110,604	14,444,735	(665,869)	-4.41%	5.71%	5.97%
OTROS ACTIVOS	503,529	298,388	(205,141)	-40.74%	0.19%	0.12%
P A S I V O	**214,017,671**	**185,003,751**	**(29,013,920)**	**-13.56%**	**80.90%**	**76.53%**
OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	161,698,986	1,854,936	(159,844,050)	-98.85%	61.12%	0.77%
OBLIGACIONES CON INSTITUCIONES FISCALES	17,798	79,989	62,191	349.43%	0.01%	0.03%
OBLIG.CON BANCOS Y ENTIDADES DE FINANCIAMIENTO	4,586,280	4,435,480	(150,800)	-3.29%	1.73%	1.83%
OTRAS CUENTAS POR PAGAR	44,646,989	175,693,546	131,046,556	293.52%	16.88%	72.67%
Por Intermediación Financiera	233,684	68,872	(164,812)	-70.53%	0.09%	0.03%
Diversas	42,687,109	168,491,481	125,804,372	294.71%	16.14%	69.70%
Provisiones	1,726,196	2,564,850	838,654	48.58%	0.65%	1.06%
Partidas Pendientes de Imputación	0	10,970	10,970	12188422.22%	0.00%	0.00%
Cargos Devengados de Otras Cuentas por Pagar	-	4,557,373	4,557,373		0.00%	1.89%
OBLIGACIONES SUBORDINADAS	3,067,617	2,939,800	(127,817)	-4.17%	1.16%	1.22%
OBLIGACIONES CON EMPRESAS CON PARTICIPACION ESTATAL	-	-	-		0.00%	0.00%
P A T R I M O N I O	**50,521,970**	**56,749,600**	**6,227,629**	**12.33%**	**19.10%**	**23.47%**
CAPITAL SOCIAL	126,881,064	134,169,189	7,288,125	5.74%	47.96%	55.50%
APORTES NO CAPITALIZADOS	3,189,300	1,925,788	(1,263,512)	-39.62%	1.21%	0.80%
AJUSTES AL PATRIMONIO	-	-	-		0.00%	0.00%
RESERVAS	-	-	-		0.00%	0.00%
RESULTADOS ACUMULADOS	(79,548,393)	(79,345,378)	203,016	-0.26%	-30.07%	-32.82%
Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	(52,412,392)	(79,548,393)	(27,136,001)	51.77%	-19.81%	-32.90%
Utilidades (Pérdidas) del Periodo o Gestión	(27,136,001)	203,016	27,339,017	-100.75%	-10.26%	0.08%
PASIVO Y PATRIMONIO	**264,539,642**	**241,753,351**	**(22,786,291)**	**-8.61%**	**100.00%**	**100.00%**

5.1 Solvencia Patrimonial

Para el 31 de julio de 2013, la estructura patrimonial alcanzó Bs56.749.600, sufriendo un incremento de Bs6.227.629 (12.33%), explicado por la transferencia efectuada de los ahorros registrados en el Pasivo al Patrimonio, en el mes de mayo de 2013.

Al respecto, se evidenció que la Cooperativa registra "Certificados de Aportación Remunerados" en el Patrimonio. En este sentido, se envió carta (sic) *ASFI/DSR IV/R-122566/2013 de 16 de agosto de 2013, reiterando se dé cumplimiento de las Circulares ASFI/126/2012 y ASFI/151/2012 de 12 de junio y 20 de noviembre de 2012 y las cartas ASFI/DSR IV/R-47804/2013, ASFI/DSR IV/R-61801/2013, ASFI/DSR IV/R-86183/2013, ASFI/DSR IV/R-108446/2013 de fechas 3 y 29 de abril, 12 de junio y 23 de julio de 2013 respectivamente. Consecuentemente, se instruyó la reclasificación contable a la cuenta 242.80 "Acreedores CAC Societarias", con corte al 31 de agosto de 2013, impostergablemente. A la fecha, la entidad no cumplió con la instrucción.*

(…) el capital social que alcanza a Bs134.169.189, estaría compuesto por Certificados Remunerados a Plazo por Bs100.395.732 y Certificados de Aportación Obligatorios por Bs33.773.456, el primero distorsiona la naturaleza de esta cuenta mostrando un Coeficiente de Adecuación Patrimonial irreal. El índice de cartera en mora menos previsión específica sobre patrimonio, muestra que éste se encuentra comprometido por el deterioro de la cartera en un 1.57%, superior al promedio de sus pares reguladas (-6.24%).

El capital primario es de Bs34.028.109 equivalentes a 3.274.731 Derechos Especiales de Giro, presenta un Coeficiente de Adecuación Patrimonial ajustado de -22.46%, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Código	Nombre	Saldo Total Activo	Coeficiente de Riesgo	S/Ajustes Activo Computable	C/Ajustes Activo Computable
Categoría I	Activos con riesgo de 0%	2,617,365	0%	0	0
Categoría II	Activos con riesgo de 10%	0	10%	0	0
Categoría III	Activos con riesgo de 20%	5,974,506	20%	1,194,901	1,194,901
Categoría IV	Activos con riesgo de 50%	22,573,924	50%	11,286,962	11,286,962
Categoría V	Activos con riesgo de 75%	0	75%	0	0
Categoría VI	Activos con riesgo de 100%	210,587,555	100%	210,587,555	210,587,555
Totales		241,753,351		223,069,419	223,069,419
Total Activo mas Contingentes			**A**	241,753,351	241,753,351
Total Activo de Riesgo Computable			**B**	223,069,419	223,069,419
10% sobre el Activo Computable			**10% DE B**	22,306,942	22,306,942
Patrimonio Neto			**P.N.**	(44,542,524)	(50,105,524)
Excedente / (Deficit) Patrimonial			**D - C**	-66,849,466	-72,412,466
Coeficiente de Suficiencia Patrimonial			**D / B**	**-19.97%**	**-22.46%**

Analizando la relación Pérdidas Acumuladas y de Gestión/Capital Primario, llama la atención el resultado negativo obtenido (233.81%) poniendo en riesgo evidente los ahorros de los socios.

CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO (Expresado en Bolivianos)		**jul-13**
(+)	Aportes de los socios cooperativistas - Certificados de Aportación	33,773,456
311.00	Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)	33,773,456
(+)	Fondos de reserva, no distribuibles.	
342.03	Reservas no distribuible x ajuste por inflación del patrimonio	
(+)	Donaciones recibidas de libre disposición	249,363
323.01	Donaciones no capitalizables	249,363
(=)	**CAPITAL PRIMARIO INICIAL**	**34,022,819**
	Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	(79,548,393)
	PERDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO	**-233.81%**

* Cálculo efectuado según Capital Pagado determinado en Inspección

5.2 Calidad de Activos y Cobertura

El activo presenta un decremento de 8.61% equivalente a Bs22.786.291 respecto a diciembre 2012, debido a la disminución en cartera por Bs18.696.742 e inversiones temporarias por Bs3.352.186. A la fecha de análisis el portafolio de créditos representa el 88.05% del total activo (…) 12.56% corresponden a cartera morosa.

ENTIDAD : Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda
COMPORTAMIENTO DE CARTERA
En unidades de Bolivianos

Detalle	31/12/2012 6.86	31/03/2013 6.86	30/06/2013 6.86	31/07/2013 6.86
Cartera neta	**231,564,176**	**227,133,980**	**216,464,144**	**212,867,434.39**
Cartera bruta	**249,537,683**	**246,421,422**	**235,104,303**	**230,499,713.79**
Vigente + Reprog Vig	223,428,206	207,704,520	209,251,873	203,773,289.89
Cartera en Mora	**26,109,478**	**38,716,902**	**25,852,429**	**26,726,423.90**
Cartera vencida + Reprog Vencida	17,510,356	29,395,916	15,024,412	15,820,637.95
Cartera en ejecución + Reprog en ejecución	8,599,121	9,320,986	10,828,018	10,905,785.95
Int. por Cobrar	5,811,193	6,813,939	7,534,677	8,204,961.13
(Previsiones)	(23,784,700)	(26,101,381)	(26,174,836)	(25,837,240.53)
Pesadez de cartera	10.46%	15.71%	11.00%	11.59%
Previsiones/Cartera en mora	-91.10%	-67.42%	-101.25%	-96.67%

La tendencia de la pesadez de cartera en mora pasó de 10.46% (Dic12) a 11.59% (Jul13) el incremento se origina por el crecimiento de la cartera en ejecución (…) es superior al promedio de las cooperativas reguladas (2.08%), aspecto que muestra el deterioro de su cartera y que la entidad no aplica mecanismos efectivos para la recuperación de cartera morosa, evidenciándose también deficiencias en la estructura de su tecnología crediticia. El índice previsiones/cartera en mora expone

96.67%, superior a diciembre 2012 (91.10%), producto de la constitución de previsiones; sin embargo, inferior al promedio de las cooperativas reguladas (154.31%) y al exigido por sanas prácticas que determinan una cobertura igual o mayor al 100%. Otros activos de importancia relativa son: bienes de uso 5.97%, otras cuentas por cobrar 2.12%, inversiones permanentes 1.84% y disponibilidades 1.32%. El activo de Bs241.753.351 es financiado por los ahorros de los socios registrados en el Pasivo y Patrimonio en 108.33%.

Detalle de los ahorros de los socios	***jul-13***
Registrados en la cuenta 242.80	*161,507.656*
Registrados en la cuenta 311.02	*100,395.733*
Total	***261,903,389***

El pasivo alcanza a Bs185.003.751, el cual disminuyó en Bs29.013.920 explicado por el traspaso de los ahorros registrados en el pasivo al patrimonio.

5.3 Eficiencia Operativa

Los activos improductivos representan el 16.27% del Activo, superior al reportado en dic/2012 (15.33%) y al promedio del sistema cooperativo regulado (14.32%). Dicho indicador se encuentra financiado por pasivos con costo, exponiendo ineficiencia por parte de la entidad (…) se observa que su eficiencia administrativa, medida a través del indicador de Gastos Administrativos/Activo Total Promedio es 10.52% superior al promedio de cooperativas supervisadas (7.02%). Los gastos administrativos representan un 70.25% de los ingresos financieros (…) aumentaron en relación a diciembre/2012 (65.23%) (…) el 56.20% corresponde a gastos de personal.

5.4 Desempeño Financiero

ENTIDAD : Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda
ANALISIS DE RESULTADOS / VARIACION ACUMULADA
En unidades de Bolivianos

DETALLE	31/07/2012 6.86	31/12/2012 6.86	31/07/2013 6.86	Participacion Jun12	Participación Jul13	Diferencia Jul13-Jul12	Diferencia Rel. %
Ingresos Financieros	26,341,312	42,839,984	22,110,374	100.00%	100.00%	(4,230,938)	-16.06%
Gastos Financieros	(10,714,286)	(18,790,650)	(10,836,505)	-40.67%	-49.01%	(122,219)	1.14%
RESULTADO FINANCIERO BRUTO	15,627,026	24,049,334	11,273,869	59.33%	50.99%	(4,353,157)	-27.86%
Comisiones por servicios neto	1,851,956	2,782,427	1,335,613	7.03%	6.04%	(516,343)	-27.88%
Ingresos Operativos Diversos neto	1,490,697	2,356,561	1,455,648	5.66%	6.58%	(35,049)	-2.35%
Ganacias por cambio y arbitraje	605,299	894,151	353,593	2.30%	1.60%	(251,707)	-41.58%
Impuestos	(1,096,182)	(1,904,818)	(1,332,385)	-4.16%	-6.03%	(236,203)	21.55%
MARGEN OPERATIVO BRUTO	18,478,796	28,177,654	13,086,337	70.15%	59.19%	(5,392,459)	-29.18%
Gastos de personal	(9,334,555)	(15,642,542)	(8,729,592)	-35.44%	-39.48%	604,964	-6.48%
Gastos Administrativos-(Personal+Imp+Deprec+Amort)	(4,727,063)	(8,472,897)	(4,606,041)	-17.95%	-20.83%	121,022	-2.56%
MARGEN OPERATIVO NETO	4,417,178	4,062,215	(249,295)	16.77%	-1.13%	(4,666,473)	-105.64%
Recup. Act. Financieros netos	(4,372,698)	(2,950,046)	(1,854,767)	-16.60%	-8.39%	2,517,932	-57.58%
Ingresos por inversiones no financieras neto	(42,589)	(42,589)	-	-0.16%	0.00%	42,589	-100.00%
Venta de bienes realizables neto	1,433,185	962,077	3,174,244	5.44%	14.36%	1,741,059	121.48%
Ajuste por diferencia de cambio, mantenimiento de valor	8,062	2,505	(1,998)	0.03%	-0.01%	(10,060)	-124.79%
Depreciación y Desvalorización de Bs.de Uso + Bs. alquilad	(951,850)	(1,600,738)	(771,364)	-3.61%	-3.49%	180,486	-18.96%
Amortización de Cargos Diferidos	(163,320)	(324,148)	(92,360)	-0.62%	-0.42%	70,960	-43.45%
RESULTADO ECONOMICO BRUTO	327,968	109,277	204,460	1.25%	0.92%	(123,508)	-37.66%
Ingresos de gestiones anteriores	(148,748)	(27,245,279)	(1,444)	-0.56%	-0.01%	147,304	-99.03%
RESULTADO NETO DEL EJERCICIO	179,220	(27,136,001)	203,016	0.68%	0.92%	23,796	13.28%

Al 31 de julio de 2013, los ingresos financieros alcanzaron a Bs22.110.374, registrando un decremento de Bs4.230.938 (16.06%) respecto a julio 2012, por lo que el margen financiero bruto disminuyó en 27.86% (Bs4.353.157).

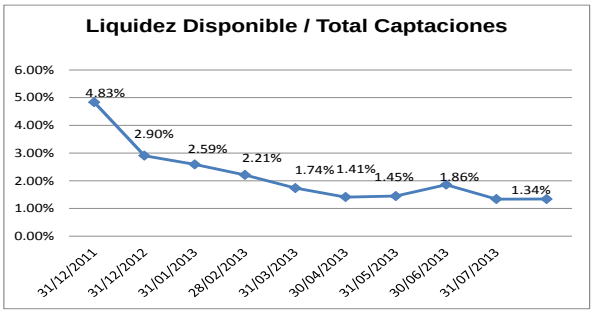
El margen operativo bruto expone Bs13.086.337, mismo que no logra cubrir los gastos de personal y administración de Bs13.335.633, arrojando un margen operativo neto negativo de Bs249.295, resultado que es influenciado positivamente por la venta de

bienes realizables por Bs3.174.244, exponiendo una utilidad mínima del periodo de Bs203.016.

Consiguientemente, expone un ROA de 0.14% y un ROE de 0.65%, inferiores al promedio del sistema regulado 1.12% y 8.19% respectivamente. Situación que refleja problemas de eficiencia en la utilización de los activos de la entidad (rendimiento de cartera, costo de recursos financieros y la eficiencia operativa) y en la rentabilidad de los recursos invertidos, los cuales no están retribuyendo los beneficios esperados.

5.5 Liquidez

Los activos líquidos con una participación del 1.45% (Bs3.503.932), disminuyen respecto al 2012 (57.15%), debido a la variación en Inversiones Temporarias.



La cobertura de Captaciones, muestra un coeficiente de 1.34% al 31 de julio de 2013, inferior al reportado en diciembre de 2012 de 3.22%, evidenciándose problemas de liquidez.

VI. ANALISIS TÉCNICO – INCUMPLIMIENTOS PARA DETERMINAR LA REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN

6.1 Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del capital primario

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., ingresó al proceso de adecuación con pérdidas acumuladas, las cuales no pudieron ser revertidas presentando una tendencia creciente, como se observa a continuación:

N O M B R E	31/12/2008 6.97	31/12/2009 6.97	31/12/2010 6.94	31/12/2011 6.86	31/12/2012 6.86	31/07/2013 6.86
RESULTADOS ACUMULADOS	(8,445,031)	(32,314,620)	(46,704,343)	(52,412,392)	(79,548,393)	(79,345,378)
Utilidades (Pérdidas) Acumuladas	(8,445,031.00)	(7,414,262.89)	(32,314,620.38)	(46,704,342.73)	(52,412,391.98)	(79,548,393.41)
Utilidades (Pérdidas) del Periodo o Gestión	0.00	(24,900,357.49)	(14,389,722.35)	(5,708,049.25)	(27,136,001.43)	203,015.89

En informe trimestral ASFI/DSR IV/R-9993/2013 de 21 de enero de 2013 con corte al 31 de diciembre de 2012, la relación Pérdidas Acumuladas y de Gestión/Capital Primario alcanza 225% poniendo en riesgo evidente los ahorros de los socios.

Al 31 de julio de 2013, presenta una crítica situación financiera la relación Pérdidas Acumuladas/Capital Primario alcanza al 233.81%.

CALCULO DEL CAPITAL PRIMARIO (Expresado en Bolivianos)	31.12.2011	31.12.2012	31.07.2013
(+) Aportes de los socios cooperativistas - Certificados de Aportación	30,920,981	35,038,115	33,773,456
311.00 Capital Pagado (Certificados de Aportación Obligatorios)	30,920,981	35,038,115	33,773,456
(+) Fondos de reserva, no distribuibles.	0	0	
342.03 Reservas no distribuible x ajuste por inflación del patrimonio			
(+) Donaciones recibidas de libre disposición	249,363	249,363	249,363
323.01 Donaciones no capitalizables	249,363	249,363	249,363
(=) CAPITAL PRIMARIO INICIAL	**31,170,344**	**35,287,478**	**34,022,819**
Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	(52,709,676)	(79,548,393)	(79,548,393)
PERDIDAS ACUMULADAS Y DE GESTIÓN / CAPITAL PRIMARIO	**-169.10%**	**-225.43%**	**-233.81%**

Por lo tanto, se concluye que no se cumple con la relación de pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del capital primario.

6.2 Prácticas contables que no cumplen principios contables generalmente aceptados y normas internacionales de contabilidad

En todas las inspecciones efectuadas a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., se han determinado incumplimientos a Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad, como se observa a continuación:

- *En el Informe de Inspección Especial ASFI/DSR4/R-11389/2009 de 19 de junio 2009, con corte al 30 de abril de 2009, se concluye lo siguiente: La Cooperativa vulneró Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y disposiciones vigentes, que han derivado en ajustes a sus estados financieros por Bs27.481.540 producto de la contabilización indebida de ingresos no percibidos, deficiencia en previsiones, sobrevaluación de activos y patrimonio, gastos activados y deficiencias de control interno.*

- *En el Informe de Inspección Especial ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010, con corte al 31 de julio 2010, se concluye lo siguiente: La Cooperativa incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Normas Internacionales de Contabilidad, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley de Bancos, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y disposiciones vigentes que han derivado en ajustes contables por Bs53.942.743 producto de la deficiencia en previsión de cartera, previsión de bienes realizables y otras cuentas por cobrar.*

- *En Informe de Inspección de Seguimiento ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, con corte al 31 de mayo de 2011 se concluye lo siguiente: La Cooperativa incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley de Bancos, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y disposiciones vigentes que han derivado en reclasificaciones y ajustes en sus estados financieros por Bs9.093.108, de los cuales Bs2.247.343 corresponden a reversiones realizadas al 31 de diciembre de 2010.*

- *En Informe de Inspección Integral ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, con corte al 31 de mayo de 2012, se concluye con lo siguiente: Incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, así como también la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, procedimientos internos y normativa vigente, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros por un total de Bs27.140.006, dichos ajustes se deben principalmente a la deficiencia detectada en previsión para incobrabilidad de cartera y exceso en el plazo de permanencia en otras partidas pendientes de cobro.*

Por lo mencionado precedentemente, se evidencian prácticas contables que no cumplen con Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad, según las Inspecciones realizadas.

6.3 Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Resultado de la Inspección ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, con corte al 31 de mayo de 2011 realizada a la Cooperativa, han surgido observaciones reiterativas por deficiencias de previsiones en Bienes Realizables, Cartera de Créditos y Otras Cuentas por Cobrar.

Resultado de la Inspección ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, con corte al 31 de mayo de 2012 realizada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., han surgido observaciones reiterativas (Riesgo operativo contable, crediticio, tecnológico) como son:

- ✓ *No cuenta con legajos de balance y estados de cuenta*
- ✓ *Uso indiscriminado de "fecha valor" en el registro contable de las operaciones y transacciones por cancelación de créditos.*
- ✓ *Constitución de depósitos a plazo fijo en cooperativas de ahorro y crédito societarias que no se encuentran reguladas.*
- ✓ *No existen saldos en las subcuentas relacionadas a "Previsiones Específicas para Incobrabilidad de Cartera Reprogramada o Reestructurada" (139.05, 139.06 y 139.07) siendo que la Cooperativa tiene registrada cartera con esas características, incumpliendo lo dispuesto en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y el Principio de Contabilidad Generalmente Aceptado de "Exposición".*
- ✓ *El sistema no está parametrizado para realizar el cálculo de mora por intereses, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 14, artículo 3, Sección 1, Anexo I, Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, e incurriendo en malas prácticas contables contraviniendo los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de "Exposición" y "Prudencia".*

Incumplimiento a disposiciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

- ✓ *Se observó la reelección del señor Hoggier Hurtado Añez, Presidente del Consejo de Administración, desde el 2001 de manera continua (12 años), en contravención del artículo 11 del Decreto Supremo 25703, comunicado a la Cooperativa con carta ASFI/DSR IV/R-62621/2012 de 23 de mayo 2012. Observación no resuelta.*
- ✓ *Mediante carta ASFI/DSR IV/R-53622/2013 de 3 de mayo de 2013 se observó la apertura de una oficina en la ciudad de Oruro; el 27 de abril se efectuó una visita in situ evidenciándose que no se encuentra dentro de una entidad pública o privada sino en una casa particular, asimismo, se señaló que están prohibidas las operaciones de captación y colocación de créditos, instruyéndose el cierre inmediato del Punto de Atención. En respuesta, la entidad remitió carta OFICIO-EBS-GG-180/12 de 19 de junio 2012, en la cual hace caso omiso a las disposiciones emanadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, señalando que "la Cooperativa realizará todas las operaciones financieras permitidas en la Reglamentación de ese Organismo de Supervisión para este tipo de puntos de atención financieros y única y exclusivamente con nuestros socios"*
- ✓ *Mediante carta ASFI/DSR IV/R-47804/2013 de 3 de abril de 2013 se instruyó la reclasificación contable de los ahorros de los socios instrumentados bajo modalidades diferentes a las citadas en el Decreto Supremo 25703, a la cuenta 242.80. La Cooperativa efectuó la reclasificación de los importes de la cuenta 212, 213 y 214 quedando pendiente el monto registrado en la cuenta patrimonial 31102101. Al respecto, se remitió carta ASFI/DSR IV/R-122566/2013 de 16 de agosto de 2013, reiterando el cumplimiento de las Circulares ASFI N° 126/2012 y ASFI N° 151/2012 de 12 de junio y 20 de noviembre de 2012 y las cartas ASFI/DSR IV/R-47804/2013, ASFI/DSR IV/R-61801/2013, ASFI/DSR IV/R-86183/2013, ASFI/DSR IV/R-108446/2013 y de fechas 3 y 29 de abril, 12 de junio y 23 de julio de 2013 respectivamente. Consecuentemente, se instruyó la reclasificación contable a la cuenta 242.80 "Acreedores CAC Societarias", con corte al 31 de agosto de 2013, impostergablemente. A la fecha, la entidad no cumplió con la instrucción.*

  Por lo mencionado se evidencia incumplimientos de manera reiterativa a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

6.4 Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario

Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales

En el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de la Inspección Integral con corte al 31 de mayo de 2012, se evidenció que la Cooperativa no implementó totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, determinándose que de los 50 puntos del Anexo I, Capítulo III, Título I, Libro 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la entidad ha cumplido 33 (66%), parcialmente subsanados 13 (26%) y no fueron subsanados 4 (8%), las mismas que se describen a continuación:

NO SUBSANADOS:

Requisitos Operativos

- *No cumple con el Coeficiente de Adecuación Patrimonial mínimo requerido por ley (10%), al 31 de julio de 2013 es negativo de 22.46%.*
- *No se evidencia el informe del gerente general dirigido al consejo de administración, refrendado por el auditor interno, certificando que las agencias cuentan con:*
  - ✓ *La infraestructura y medios tecnológicos necesarios para llevar adelante sus operaciones.*
  - ✓ *Seguridad física e informática necesaria para llevar adelante sus operaciones.*
- *No se remitió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el proyecto de estatuto con las modificaciones que subsanen las observaciones expuestas en nota ASFI/DSR IV/R-42564/2010 de 22 de abril de 2010.*

PARCIALMENTE SUBSANADOS:

Requisitos Operativos

- *No cuenta con procedimientos aprobados y formalizados relacionados con el tratamiento de perfiles de acceso, asimismo, la Cooperativa continúa en el proceso de estandarización según los niveles de confidencialidad de la información.*
- *No tiene procedimientos formales respecto a restricciones de acceso a utilitarios sensitivos que permitan modificar datos en el ambiente de producción.*
- *La documentación relacionada al área de sistemas en cuanto a políticas, normas y procedimientos, carecen de aprobación para su implementación con carácter de obligatoriedad.*
- *El documento de análisis técnico carece de respaldo formal, el cual debe estar conformado mínimamente por una matriz de riesgos, un FODA y un estudio de factibilidad.*
- *No existe control o validación referida a que todas las operaciones se realicen solo con los socios.*
- *El sistema presenta problemas de parametrización en el módulo de cartera.*
- *No cuenta con información depurada, hecho que condiciona la generación del total de reportes establecidos en el Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *La apropiación contable y el reporte de la información sobre las operaciones activas y pasivas, conformación del patrimonio e ingresos y egresos, no se encuentran alineadas a lo dispuesto en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *El Manual de Funciones no se encuentra aprobado por la instancia correspondiente.*

- *Existen deficiencias de control interno, las más importantes están relacionadas con la gestión de riesgos, procedimientos internos y manejo contable.*

Requisitos Documentales

- *La nómina y curriculum de los miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia, no cuentan con Anexo 1a, Anexo 1b y certificado de antecedentes personales emitido por autoridad competente.*
- *No contrató pólizas de caución para los consejeros y ejecutivos incumpliendo el Capítulo II, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras..*
- *No cuentan con los siguientes manuales de procedimientos: manejo de fondos de tesorería, contabilidad, ingresos y egresos, custodia de valores, servicios generales e inversiones. asimismo, no se evidencia el acta de aprobación de los manuales vigentes.*

Anexo II

- *Se ha evidenciado incumplimiento a Límites Legales, contraviniendo con lo establecido en el Anexo 2, Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Cantidad Incumplimientos	Límite Legal Incumplido (%)	Desembolso (Bs)
3	1	2,973,038
17	3	68,964,544
10	5	29,920,690
1	10	1,214,130
Total		**103,072,402**
Total Cartera Desembolsada		**347,455,750**
Porcentaje		**29.66%**

* Patrimonio Neto Bs 11,825,400

- *La Cooperativa ha procedido a redimir certificados de aportación, a pesar de tener pérdidas acumuladas y deficiencias en la constitución de previsiones, incumpliendo lo establecido en el punto 5, Anexo 2, Capítulo III, Anexo I, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

En respuesta, la Cooperativa remitió un Plan Complementario con los descargos a las observaciones expuestas en Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 según carta OFICIO-EBS-GG-247/12 de 12 de septiembre 2012. Asimismo, envío cartas OFICIO-EBS-GG-338/12 de 10 de diciembre 2012 y OFICIO-EBS-GG-14/13 de 15 de enero 2013 con las acciones para subsanar las observaciones pendientes y el cálculo del Coeficiente de Adecuación Patrimonial (21.73%). Señalar que el plazo más largo registrado en el Plan de Acción es el 30 de junio de la gestión 2013.

Plan de Acción Complementario

Del análisis del Plan Estratégico 2013 – 2020, presentado a través de carta OFICIO-EBS-GG-247/12 de 12 de septiembre de 2012, respecto a lo ejecutado hasta diciembre/2012, se presentan las siguientes diferencias:

Detalle	Proyectado a Dic/12	Ejecutado por la Entidad Dic/12	Diferencia en relación a lo Proyectado	%
Activo	285,873,070	264,539,642	-21,333,428	-7.46%
Cartera Bruta	274,919,183	249,537,683	-25,381,500	-9.23%
Cartera en Mora	20,893,858	26,109,478	5,215,620	24.96%
Indice de Mora/Cartera Bruta	7.60%	10.46%	0	37.67%
Previsiones	26,536,929	23,784,700	-2,752,229	-10.37%
Cobertura de Previsiones/Mora	127.01%	91.10%	-35.91%	-28.28%
Bienes Realizables	777,734	1,439,862	662,128	85.14%
Ahorro de los socios (En el Patrimonio+ Pasivo)	311,207,307	253,541,935	-57,665,372	-18.53%
Capital Social	34,778,323	35,038,115	259,792	0.75%
Ingresos Financieros	44,024,905	42,839,984	-1,184,921	-2.69%
Gastos Financieros	18,539,002	18,790,650	251,648	1.36%
Gastos Administrativos	27,707,206	24,115,439	-3,591,767	-12.96%
Resultado Neto del Ejercicio	-27,899,290	-27,136,001	763,289	-2.74%
CAP	20.07%	-17.75%		

Del análisis de Plan Estratégico 2013 – 2020, respecto a lo proyectado para la gestión 2013 con relación a lo ejecutado en julio 2013 (anualizado), se presentan las siguientes diferencias:

Detalle	Proyectado a Dic/13	Ejecutado por la Entidad Jul/13 (Anualizado)	Diferencia en relación a lo Proyectado	%
Activo	292,156,384	241,753,351	-50,403,033	-17.25%
Cartera Bruta	274,932,241	230,499,714	-44,432,527	-16.16%
Cartera en Mora	19,245,256	26,726,423	7,481,167	38.87%
Indice de Mora/Cartera Bruta	7.00%	11.59%		0.00%
Previsiones	18,260,123	25,837,241	7,577,118	41.50%
Cobertura de Previsiones/Mora	94.88%	96.67%	1.79%	1.89%
Bienes Realizables	661,074	1,079,682	418,608	63.32%
Ahorro de los socios (En el Patrimonio+ Pasivo)	312,837,807	261,903,389	-50,934,418	-16.28%
Capital Social	37,560,569	33,773,456	-3,787,113	-10.08%
Ingresos Financieros	45,227,706	37,903,498	-7,324,208	-16.19%
Gastos Financieros	19,412,918	18,576,866	-836,052	-4.31%
Gastos Administrativos	27,870,215	22,861,084	-5,009,131	-17.97%
Resultado Neto del Ejercicio	1,970,548	348,027	-1,622,521	-82.34%
CAP	21.43%	-22.46%		

Por lo mencionado se establece:

- *Incumplimientos a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o Plan de Acción Complementario.*
- *Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*
- *Prácticas contables que no cumplen Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.*
- *Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del capital primario.*

CONSIDERANDO

Que, el Informe ASFI/DSR IV/R-129596/2013 de 29 de agosto de 2013, recomienda emitir Resolución Administrativa, revocando el Certificado de Adecuación N° 11/2009 otorgado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda. al concurrir las causales 1, 2, 3 y 4 del artículo 5, Sección 2, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, entre las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito insertas mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 que regula el proceso de revocatoria del certificado de adecuación de cooperativas que presentan observaciones dentro del proceso de adecuación, estableciéndose en el artículo 5, Sección 2, Capitulo III, Título I, Libro 1° de

la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, las causales señaladas a continuación:

1) *Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario.*
2) *Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*
3) *Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.*
4) *Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del capital primario.*

Que, la misma normativa legal señala las acciones que la Cooperativa debe realizar luego de la Revocatoria del Certificado de Adecuación, señalando que la entidad debe publicar sus estados financieros en un medio de circulación nacional y local, por tres días consecutivos, notificando sobre la revocatoria del certificado de adecuación conforme lo informado en Asamblea Extraordinaria de Socios. Asimismo, la Cooperativa deberá presentar un Plan de Regularización en un plazo de treinta días hábiles administrativos, computables a partir de la revocatoria del certificado de Adecuación, que debe ser aprobado por esta Autoridad de Supervisión..."

Con base en tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013 resuelve:

"…***PRIMERO: REVOCAR EL CERTIFICADO DE ADECUACION N° 11/2009****, otorgado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., al concurrir las causales señaladas en los numerales 1(Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario), 2 (Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por ASFI), 3 (Prácticas contables que no cumplen con los Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad) y 4 (Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario) del artículo 5, Sección 2, Capitulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras referente al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, conforme a las consideraciones expuestas en la presente Resolución.*

SEGUNDO: *La Cooperativa debe convocar, dentro de los siguientes 10 días de la recepción del presente documento a Asamblea General Extraordinaria de Socios en el marco de lo señalado en el estatuto vigente, con el objeto único de dar lectura in extenso a la presente Resolución.*

TERCERO: *La Cooperativa deberá publicar sus estados financieros en un medio de circulación nacional y local por tres días consecutivos, notificando a los socios sobre la revocatoria del Certificado de Adecuación.*

CUARTO: *A partir de la notificación con la presente resolución la Cooperativa queda prohibida de:*

- *Publicitarse como cooperativa de ahorro y crédito societaria en proceso de adecuación que cuenta con Certificado de Adecuación otorgado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

- *Abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

- *Canalizar u operar con recursos del Estado.*

- *Implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios.*

- *Realizar actos de disposición de bienes, no contemplados en el Plan de Regularización.*

QUINTO: *En un plazo no mayor a treinta días hábiles, computables desde la notificación con la presente Resolución, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., deberá presentar a este Órgano de Supervisión un Plan de Regularización…*"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 11 de diciembre de 2012, **LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***II. SOBRE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE AMPARA LA REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN Y LA REFUTACIÓN QUE FÓRMULA LA COOPERATIVA***

En el apartado VI, cursante a fs 11 y ss de la resolución impugnada,' se expone el análisis técnico sobre supuestos incumplimientos para determinar la revocatoria del Certificado de Adecuación, mismos que a continuación se detallan y rebaten, conforme a lo siguiente:

II.1 Sobre las supuestas pérdidas iguales o mayores al 30% de capital primario

En el acápite ***VI, Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento*** *(30%)* ***del capital primario*** *saliente a fs 11 y 12 de la resolución impugnada, se concluye -erróneamente- que la Cooperativa EBS presenta una pérdida superior al 30% del capital primario.*

El error se origina en tres causas fundamentales:

1) ***Primer causa del error.-*** *La ASFI al realizar el cálculo del capital primario no incluyó a los Certificados de Aportación Voluntarios y los Certificados de aportación de libre disponibilidad.*

2) ***Segunda causa del error.-*** *Al parecer, la ASFI asumió que los Certificados de*

Aportación Voluntarios y los Certificados de Aportación de Libre disponibilidad, no cumplen con la exigencia de incluir un texto que exprese que se trata de una aportación voluntaria, disponible para absorber pérdidas en caso que la Cooperativa incurra en ellas, sin considerar que tal exigencia nace de una norma emitida en fecha posterior (Resolución ASFI 233/2012 de 12 de junio de 2012) a la fecha de corte que se analiza la supuesta pérdida superior al 30% del capital primario (la fecha de corte es a 31 de julio de 2012).

3) ***Tercera causa del error.-*** *Cabe señalar un tercer error que se origina de la misma Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, error que engendra sucesivos errores (como el de la resolución impugnada). El tercer error consiste en afirmar que la Cooperativa tiene un capital primario y un capital secundario y, en base a ello, realizar un análisis de nuestra pérdida, lo que supone desconocer que la Cooperativa no tiene un "patrimonio" compuesto por capital primario y capital segundario (sic), sino, un fondo social, que se nutre de:*

   a) *Las aportaciones obligatorias (es decir, aquellas que son requisito para adquirir o mantener la condición de socio, independientemente del nombre o designación que se les asigne)*

   b) *Las aportaciones voluntarias (es decir, aquellos que no son requisito para adquirir o mantener la condición de socio, independientemente del nombre o designación que se les asigne)*

   c) *Las aportaciones de libre disponibilidad*

   d) *Etcétera*

Para demostrar que con un cálculo adecuado, nuestra pérdida es inferior al 30% del capital primario, se adjunta cuadro denominado "CALCULO DE CAPITAL PRIMARIO" que nos muestra un cálculo correcto, mismo que se ofrece como prueba según detalle en el otrosí correspondiente.

PRIMERA CONCLUSION.- *En consecuencia, la Cooperativa registra una pérdida inferior al 30% de su fondo social (o capital primario, si es que persistimos en usar la expresión errónea). Por lo tanto, la resolución impugnada debe ser revocada en relación a la causal de incurrir en una pérdida superior al 30% del fondo social.*

II.2 Sobre la aplicación retroactiva de la causal de prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad a periodos anteriores a la vigencia de la norma sancionatoria

La resolución impugnada (apartado IV, numeral 6.2, páginas 12 y 13) afirma que del análisis del informe de i) Inspección Especial ASFI/DSR4/R-11389/2009 de 19 de junio de 2009, con corte al 30 de abril de 2009; ii) del informe de Inspección Especial ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010, con corte al 31 de julio de 2010; iii) del informe de Inspección de Seguimiento ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, con corte al 31 de mayo de 2011 y iv) del informe de Inspección Integral ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, con corte al 31 de mayo de 2012, se concluye que la Cooperativa ha subsumido su conducta en la causal prevista y

sancionada por el artículo 5, numeral 3, de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 junio de 2012, socializada al sistema financiero mediante Circular ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012.

Es decir, la Resolución impugnada aplica en forma retroactiva la Resolución ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012, vulnerando con ello el principio de irretroactividad proclamado por la Ley 2341 cuyo texto pertinente dice: Articulo 17 (Principio de Irretroactividad).- Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse 10? hechos que constituyan la infracción administrativa.

SEGUNDA CONCLUSIÓN.- *En consecuencia, la resolución impugnada debe ser revocada en cuanto a la supuesta causal prevista y sancionada por el artículo 5, numeral 3, de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 junio de 2012, por cuanto el principio de irretroactividad garantiza que el administrado no sufrirá sanciones emergentes de una aplicación retroactiva de la norma sancionatoria.*

II.3 Sobre la aplicación retroactiva de la causal de incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la autoridad de supervisión del sistema financiero a periodos anteriores a la vigencia de la norma sancionatoria

La Resolución impugnada (apartado IV, numeral 6.3, páginas 13 y 14) hace referencia al Resultado de la Inspección ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, con corte al 31 de mayo de 2011 y de la Inspección ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, con corte al 31 de mayo de 2012 y, al parecer, pretende concluir (no lo dice expresamente) que la Cooperativa ha subsumido su conducta en la causal prevista y sancionada por el artículo 5, numeral 2 de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 junio de 2012, socializada al sistema financiero mediante Circular ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012.

Es decir, la Resolución impugnada aplica en forma retroactiva la Resolución ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012, vulnerando con ello el principio de irretroactividad proclamado por la Ley 2341 cuyo texto pertinente dice: Articulo 77 (Principio de Irretroactividad).- Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa.

TERCERA CONCLUSIÓN.- *En consecuencia, la resolución impugnada debe ser revocada en cuanto a la supuesta causal prevista y sancionada por el artículo 5, numeral 2, de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 junio de 2012, por cuanto el principio de irretroactividad garantiza que el administrado no sufrirá sanciones emergentes de una aplicación retroactiva de la norma sancionatoria.*

II.4 Sobre la reelección cuestionada

A fs 14 de la Resolución Impugnada, la ASFI dice lo siguiente: "Se observó la reelección del señor Hoggier Hurtado Añez, Presidente del Consejo de Administración, desde el 2001 de manera continua (12 años), en contravención del artículo 11 del Decreto Supremo 25703, comunicado a la Cooperativa con carta ASFI/DSR IV/R-62621/2012 de 23 de mayo de 2012"

Al respecto, cabe señalar que la observación contenida en la carta ASFI/DSR IV/R-62621/2012 de 23 de mayo de 2012, fue oportunamente descargada con el OFICIO-EBS-GG-161/12, en el cual se informó fundamentalmente dos cosas:

1) *Que la observación contenida en el Informe dé Inspección ASFI/DSR4/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010 fue subsanada mediante la Resolución de Junta de Consejos de 15 de marzo de 2011, homologada por la Asamblea Extraordinaria de 16 de abril, que en su parte resolutiva dispone: "Enmendar y corregir el marco normativo de la elección de los Miembros del Consejo de Administración y Vigilancia de 30 de abril de 2009, materializado en el Acta de la misma fecha, aclarando que dicho proceso electoral se realizó en el marco de las normas contenidas en el art. 11 del DS 25703, concordante con la parte final de los arts 39 h 51 del Estatuto Orgánico aprobado el 12 de junio, vigentes en el periodo de transición normativa, en virtud de la norma regulatoria prevista en el Anexo V, punto 16 de la Resolución ASFI 157/2010, de 22 de febrero aprobado en el marco de la Ley 3892".*

2) *Que en la Asamblea Ordinaria de Socios realizada en fecha 23 de abril de 2012 se tuvo en cuenta la observación contenida en el ASFI/DSR4/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010, habiéndose cumplido a cabalidad con la normativa vigente.*

   En este punto, cabe resaltar que ante el vacío normativo respecto de la reelección de Consejeros, la Junta de Consejos de la Cooperativa emitió la Resolución de 22 de marzo de 2011 que interpreta y disciplina el aspecto de los Consejeros que se postulan a la reelección, norma que fue homologada por la Asamblea General Extraordinaria de 27 de abril de 2011. Finalmente, conviene resaltar que en la Asamblea de Socios de fecha 23 de abril de 2012 se dio estricto cumplimiento a esta normativa y ningún socio impugnó la reelección.

   Por su relevancia, a continuación se transcribe parte de la Resolución de Junta de Consejos de 22 de marzo de 2011, conforme a lo siguiente:

   CONSIDERANDO:

   Que, de acuerdo al art. 140 de la Ley General de Cooperativas, de 13 de septiembre de 1958 "Los casos no previstos en esta Ley o su reglamento o en los estatutos, se resolverán de acuerdo con leyes similares de la Nación y con principios generales del Derecho Cooperativo Universal".

   Que, dicha norma legal, ha sido desarrollada por la Cooperativa- "El Buen Samaritano" "Ltda.", en el art. 81 de su Estatuto Orgánico, aprobado el 12 de junio de 2004, que dispone: "Los casos no previstos en el presente Estatuto serán considerados provisionalmente en reunión de consejeros y posteriormente definidos por una Asamblea General Extraordinaria convocada con este fin en los términos del art. 140 de la Ley General de Cooperativas".

Que, a partir de dichas cláusulas abiertas, la Cooperativa "El Buen Samaritano" Ltda.., a través de sus instancias competentes, tiene facultad para interpretar e integrar leyes similares de la Nación y los principios Generales del cooperativismo, con el objetivo de resolver los casos no previstos en normas legales, reglamentarias, regulatorias o Estatutarias.

CONSIDERANDO:

QUE (sic) el artículo 11 del DS 25703 establece que "El Consejo de Administración deberá estar compuesto de un número impar de consejeros titulares, no mayor a siete ni menor de tres, más dos suplentes, elegidos por la Asamblea General. Su período será por un máximo de tres años y se renovarán de manera escalonada" QUE, el mismo artículo 11 del DS 25103 establece que "Únicamente podrá ser elegido para más de un período, el socio que cuente con el voto directo de al menos un tercio de los socios inscritos en la cooperativa, los que deberán emitir su voto de manera personal en la Asamblea General respectiva".

QUE (sic), *en el mismo articulado se complementa indicando que "El Consejo de Vigilancia estará compuesto por tres miembros titulares y dos suplentes, elegidos por Asamblea General" y QUE* (sic) *Podrán ser reelegidos por los socios presentes en la Asamblea General"*

Que, la norma precitada permite la reelección indefinida de un consejero, siempre y cuando concurra dos condiciones: 1) elección por una mayoría igual o superior a un 1/3 del total de los socios inscritos y 2) que el voto sea personal y directo.

Que toda exigencia normativa debe ser de posible cumplimiento, máxime cuando se trata de temas electorales en el ámbito cooperativo; QUE, en el sector cooperativo, no es inusual que una Asamblea se instale con menos del cincuenta por ciento más uno del total de los socios y QUE, en coherencia'' con esta ^ realidad, la norma analizada ha previsto que los socios podrán ser reelegidos para el Consejo de Vigilancia solamente con el voto de los socios presentes en la Asamblea General.

No obstante lo anotado, corresponde interpretar la norma precitada, a efectos que sea aplicada a la vida práctica de nuestra Cooperativa, por cuanto, por un lado, seguir al tenor literal la exigencia de una mayoría igual o superior a un tercio del total de los socios inscritos puede tornar inviable el derecho de todo socio a la reelección a cualquiera de los dos Consejos de la Cooperativa, por otro lado, proveer la posibilidad de que los socios sean reelegidos al Consejo de Vigilancia con una mayoría simple de entre los socios presentes, vacía de contenido la intención del emisor de exigir una mayoría cualificada.

Que no existe una razón para hacer una distinción entre la posibilidad de que un socio sea reelegido al Consejo de Vigilancia respecto de ese mismo derecho para ser reelegido al Consejo de Administración.

Que es necesario normar los supuestos en que una Asamblea General Ordinaria de Socios se instala con menos del 1/3 del total de socios inscritos, por cuanto, de un lado, en tales casos, la exigencia del 1/3 votos para validar la reelección sería de cumplimiento imposible y, de otro lado, la permisión de que la reelección opere con simple mayoría, sería, como se tiene dicho, vaciar de contenido la intención del emisor del DS 25703 de exigir una mayoría cualificada.

POR TANTO:

La Junta de Directorio de la Cooperativa El Buen Samaritano "Ltda.", conformado por los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia.

RESUELVE:

Artículo 1°.- La elección de los consejeros opera por simple mayoría.

Artículo 2°.- En el caso de los consejeros que se presenten como candidatos a la reelección, se aplicara dicha elección por mayoría que se igual o mayor a 1/3 de votos del total de los socios inscritos.

Artículo 3°.- En el caso del punto anterior, si la Asamblea General Ordinaria se hubiere instalado con menos del 50% más 1 del total de socios inscritos, la reelección de los consejeros opera por mayoría que igual o superior al 1/3 de votos del total de los socios presentes en dicha Asamblea.

Artículo 4°.- Esta norma tendrá vigencias mientras el Estatuto aprobado el 12 de junio de 2004 no sea reformado y dicha reforma sea aprobada por todas las instancias competentes.

Llegado a este punto de análisis sobre la reelección cuestionada, se debe considerar lo siguiente:

1) *Que la ratio legis respecto a las condiciones estipuladas en el art:11 del DS 25703, lleva implícito la salvaguarda del debido proceso electoral y, el respeto al principio de Gestión democrática de los socios, básico en el* ***Derecho Cooperativo,*** *principios que deben ser interpretados, no sólo partiendo de una interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), sino con base en su finalidad (interpretación teleológica) (SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre).*

2) *Así, el sentido teleológico y contenido esencial del principio de Gestión democrática, implica que el Gobierno Cooperativo queda* ***consolidado e incólume,*** *si es que el mismo no es invalidado* ***por los propios socios,*** *quienes al no decidir en el ejercicio de sus derechos subjetivos -en su condición de electores o elegidos-, acudir con queja suficiente invocando lesión al debido proceso electoral establecido en el orden legal, reglamentario o, regulatorio, conforme lo entendió el Tribunal Constitucional en la SC 1264/2003-R, es porque consideran el efectivo cumplimiento del art. 11 del DS 25703; y, ratifican con su asentimiento la estabilidad del Gobierno Cooperativo y su institucionalidad; estabilidad que con mayor razón debe ser precautelada con extrema prudencia, en este periodo de transición normativa por los diferentes actores: Internos (Consejos, Gerencia y Asamblea de Socios) y*

externos (ASFI), a efectos que el Gobierno Cooperativo deje una gestión saneada para empezar una nueva vida institucional.

En consecuencia, *la reelección cuestionada no violó el art. 11 del Decreto Supremo 25703, por el contrario se sujetó a lo dispuesto por dicho instrumento jurídico y por lo establecido en la Resolución de Junta de Consejos de la Cooperativa de fecha de 22 de marzo de 2011, homologada por la Asamblea General Extraordinaria de 27 de abril de 2011. Finalmente, conviene resaltar que en la Asamblea de Socios de fecha 23 de abril de 2012 se dio estricto cumplimiento a esta normativa y ningún socio impugnó la reelección -que de oficio y sin facultades para tal cometido- el ente regulador ahora observa e invoca como causal para justificar la indebida revocatoria del Certificado de Adecuación de la Cooperativa.*

Para demostrar lo afirmado con relación a la reelección observada, se adjunta 1) la Resolución de Junta de Consejos de la Cooperativa de fecha de 22 de marzo de 2011 homologada por la Asamblea General Extraordinaria de 27 de abril de 2011 y 2) la Resolución de 22 de marzo de 2011 homologada mediante Asamblea General Extraordinaria de fecha 27 de abril de 2011, según detalle contenido en el otrosí correspondiente sobre ofrecimiento de prueba.

CUARTA CONCLUSIÓN.- *En consecuencia, la resolución impugnada debe ser revocada en cuanto al argumento de la existencia de una reelección al margen de lo permitido por el DS 25703.*

II. 5 Sobre la apertura de una oficina en la ciudad de Oruro

A fs 14 de la resolución impugnada, la resolución impugnada hace referencia a la carta ASFI/DSR IV/R-53622/2013 de 3 de mayo de 2013, mediante la cual se observa la apertura de una oficina en Oruro, bajo los siguientes argumentos:

1) *Se observa que la oficina no está dentro de una entidad pública o privada*
2) *Se advierte las operaciones que están prohibidas para este tipo de oficinas*

Al respecto, la Cooperativa, mediante OFICIO, EBS GG 180/12, formuló los siguientes descargos:

1) *La imposibilidad de encontrar en Oruro entidades públicas o privadas para abrir una oficina externa, dado que Oruro es una ciudad pequeña; amén de que en tales entidades, la Cooperativa encontraría restricciones al propósito para el cual abría esa oficina.*
2) *La Cooperativa puso en conocimiento de la ASFI, que únicamente realizará las operaciones permitidas por la ASFI, de manera exclusiva con sus socios.*

En consecuencia, *queda demostrado que la Cooperativa no incurrió en un incumplimiento a la ASFI, pues, por un lado, la exigencia de abrir la oficina en una entidad pública o privada, constituiría una exigencia de carácter imposible para la Cooperativa, pues se trata de una ciudad pequeña* ***con bajos niveles de bancarización*** *y, por otro lado, la Cooperativa comunicó a la ASFI que solamente se realizarían las operaciones permitidas. Adicionalmente, cabe señalar en las localidades donde hay bajos niveles de bancarización, la normativa permite abrir oficinas externas sin exigir que la misma esté dentro de una institución pública o*

privada.

QUINTA CONCLUSIÓN.*-En consecuencia, la resolución impugnada debe ser revocada en cuanto a la observación relacionada con la apertura de una oficina externa en Oruro.*

II.6 Sobre la reclasificación contable instruida.-

Sobre la reclasificación contable instruida, la ASFI textualmente dice: "Mediante carta ASFI/DSR IV/R-47804/2013 de 3 de abril de 2013 se instruyó la reclasificación contable de los ahorros de los socios instrumentados bajo modalidades diferentes a las citadas en el Decreto Supremo 25703, a la cuenta 242.80. La Cooperativa efectuó la reclasificación de los importes de la cuenta 212, 213 y 214 quedando pendiente el monto registrado en la cuenta patrimonial 31102101. Al respecto, se remitió la carta ASFI /DSR IV/R-122566/2013 de 16 de agosto de 2013, reiterando el cumplimiento de las Circulares ASFI N° 126/2012 y ASFI N°151/2012 de 12 de junio y 20 de noviembre de 2012 y las cartas ASFI/DSR IV/R-86183/2013, ASFI/DSR IV/R-108446/2013 de fechas 3 y 29 de abril, 12 de junio y 23 de julio de 2013 respectivamente, Consecuentemente se instruyó la reclasificación contable a la 242.80 "Acreedores CAC Societarias", con corte al 31 de agosto de 2013, impostergablemente.

Al respecto, cabe señalar que mediante OFICIO EBS-GG-191/13 de fecha 28 de agosto de 2013 la Cooperativa contestó la carta ASFI/DSR IV/R-122566/2013 de 16 de agosto de 2013, conforme a lo siguiente:

- *"...pese a que consideramos que no hemos realizado captaciones" bajo modalidades diferentes a las permitidas por Ley, y con un principio de sujeción a la Autoridad hemos reclasificado todo el saldo de cajas de ahorro en la cuenta 242.80 Acreedores CAC Societarias y Certificados de Aportación Remunerados, excepto los constituidos a plazos mayores a 1080 días con vencimiento a partir de la gestión 2015 El importe de estos Certificados de Aportación que al 30 de junio de 2013 ascendía a Bs. 95.043.180 serán reclasificados y/o liquidados conforme a los establecido en nuestro Plan de Acción 2013-2020" (sic).*
- *"Finalmente, en el entendido que la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser motivada, a efectos de la vigencia del principio constitucional denominado SEGURIDAD JURÍDICA, Muy Respetuosamente, solicitamos lo siguiente:*

  1. *"...solicitamos que la Autoridad de Supervisión exprese los fundamentos que sustentan la interpretación según la cual el DS 25703 no permite que los socios realicen aportaciones voluntarias.*
  2. *"...solicitamos que la Autoridad de Supervisión exprese los fundamentos que sustentan la interpretación según la cual el DS 25703 no permite que los socios realicen aportaciones de libre disposición.*

A su vez, la Autoridad de Supervisión contestó mediante carta ASFI /DSR IV/R-149845/2013 de 3 de octubre de 2013, conforme a lo siguiente:

- *"...la apreciación realizada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "El Buen Samaritano" Ltda, en el sentido de que esta Autoridad de Supervisión interpreta que el Decreto Supremo N° 25703 no permitiría la realización de aportes voluntarios y/o aportes de libre disposición de sus socios, es errónea debido a que*

el artículo 8 del mencionado Decreto Supremo establece las operaciones que pueden realizar, entre las que se encuentran "emitir certificados de aportación voluntarios" los que deben ser instrumentados como tales y formar parte del capital de riego"

- *"Asimismo, en cumplimiento de lo señalado en el Libro 1, Titulo I, Capitulo III, Secciones 2 y 12, artículos 6 y 3 respectivamente, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras debe incluirse en cada uno de los certificados de aportación a ser emitidos o en aquellos instrumentados que acrediten el ahorro reclasificado, que el mismo está disponible para absorber pérdidas en caso que la Cooperativa incurra en ellas.*
- *"...En tal sentido, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societarias "É Buen Samaritano" Ltda debe registrar en el Pasivo, subcuenta 242.80 Acreedores CAC Societarias, todos los ahorros de los socios instrumentados bajo modalidades diferentes a las permitidas por el Decreto Supremo 25703,* ***dentro de los siguientes 5 días de recepcionada la presente nota...****"(la negrilla es nuestra)*

En este contexto, la Cooperativa ***dentro del plazo de 5 días fijado por ASFI*** *dio cumplimiento a lo ordenado y procedió a reclasificar a la cuenta 242.80, la totalidad de los Certificados de Aportación Remunerados constituidos a plazos mayores a 1080 días. Asimismo, en atención a la interpretación contenida en la aclaración realizada por el ente regulador -mediante carta ASFI /DSR IV/R-149845/2013 de 3 de octubre de 2013- la Cooperativa mantuvo en la cuenta contable del rubro patrimonio (fondo social) N° 3.1.1.02.1.08 únicamente aquellos Certificados de Aportación Remunerados que incluyen el siguiente texto:*

1. *Certificado de Aportación es el documento que acredita las aportaciones obligatorias o voluntarias de los socios, representa el capital social de la Cooperativa.*
2. *Certificado de Aportación Remunerado es el documento que acredita la aportación voluntaria del socio, pactada a una tasa de interés. El Certificado de Aportación está disponible para absorber pérdidas en caso que la Cooperativa incurra en ellas.*

En consecuencia, *no es evidente lo afirmado en la resolución impugnada, en Sentido de que la Cooperativa no cumplió con la instrucción.*

SEXTA CONCLUSIÓN.- *Por lo tanto, la resolución impugnada debe ser revocada en relación al supuesto incumplimiento a la instructiva de reclasificación contenida en la carta ASFI /DSR IV/R-122566/2013 de 16 de agosto de 2013 y su aclaración contenida en carta ASFI /DSR IV/R-149845/2013 de 3 de octubre de 2013, por cuanto la Cooperativa cumplió con la instrucción dentro del plazo de 5 días fijados por ASFI.*

II.7 Sobre el argumento de que la Cooperativa no implemento totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales

La resolución impugnada invoca como otro argumento para justificar la revocatoria del Certificado de Adecuación, el Informe de Inspección ASFI/DSR

IV/R-89601/2012 y, a partir de ese informe, afirma que la Cooperativa no cumplió ***totalmente*** *las acciones correctivas. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:*

i) ***Aplicación retroactiva de la norma sancionatoria.-*** *La resolución impugnada aplica en forma retroactiva la norma sancionatoria contenida Libro 1, Titulo I, Capitulo III, Sección 2, artículo 5, numeral 1, habida cuenta que esta norma sancionatoria fue emitida recién en fecha 12 de junio de 2012, es decir, en forma posterior a la Inspección Integral con corte al 31 de mayo de 2012, que da lugar al Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-89601/2012 invocado en la resolución impugnada.*

ii) ***El proceso de incorporación al ámbito de regulación es una cadena de acontecimientos.-*** *Además de que se aplica en forma retroactiva una norma sancionatoria (práctica proscrita por nuestro orden constitucional), la resolución impugnada pretende el cumplimiento del 100% del Plan de Acción, desconociendo que el proceso de incorporación al ámbito de regulación supone una compleja cadena de acontecimientos, que debe; desarreglarle* ***con extrema prudencia,*** *en este periodo de transición normativa por los diferentes actores: Cooperativas y ASFI. Así, por ejemplo, las permanentes modificaciones al Reglamento de Cooperativas son una muestra de |a complejidad de este proceso de transición y son una muestra de prudencia por parte del ente regulador, pues, supone un reconocimiento de que en un momento determinado la ASFI no logró normar* ***totalmente*** *el proceso de incorporación a la regulación, sino, por el contrario, con criterios de prudencia, se ha buscado ir complementando o rectificando el plexo normativo.*

iii) ***El análisis contenido en la resolución impugnada sobre el cumplimiento del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales incurre en errores***

Al respecto, la resolución impugnada con relación a este punto, incurre en varios errores, como ser:

- ***Supuesto incumplimiento con el Coeficiente de Adecuación Patrimonial*** *mínimo requerido por ley. Al respecto, cabe señalar que existe un error de cálculo en el CAP, por cuanto en el cálculo del CAP no se está considerando a los Certificados de Aportación Remunerados, mismos que antes de la Resolución ASFI 233/2012 no requerían la inclusión en su texto de una leyenda que consigne que los mismos están disponibles para absorber pérdidas.*

- ***<u>Supuesto incumplimiento con la no remisión de un proyecto de Estatuto.</u>*** *No se puede invocar un incumplimiento de esta naturaleza, por cuanto la nueva Ley de Cooperativas ha establecido la obligatoriedad de ajustar los estatutos a esa normativa.*

- ***<u>Otros.</u>*** *Finalmente existen otros errores de apreciación, que serán demostrados mediante la presentación de una Auditoría Externa, como prueba del*

presente recurso.

SÉPTIMA CONCLUSIÓN.- *En consecuencia, la resolución impugnada debe ser revocada en relación a la causal invocada sobre no cumplimiento de la totalidad del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

III. CONCLUSIÓN FINAL

La resolución impugnada vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos ele la Cooperativa EBS, en base a argumentos erróneos, tal y como se demostró a lo largo del presente memorial. Por lo tanto, corresponde que al amparo del art. 36.a y 46 y ss de la Ley 27175, así como del DS 2341 en lo conducente, se dicte una nueva resolución revocando la resolución impugnada y dejándola sin efecto.

De otro lado, es importante dejar establecido que el presente Recurso de Revocatoria ha sido presentado dentro del plazo legal establecido por la normativa vigente.

IV. PETITORIO

En mérito a los argumentos expuestos y normas legales invocadas, ***INTERPONGO RECURSO DE REVOCATORIA*** *en contra de la* ***RESOLUCIÓN ASFI 759/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013*** *y pido la emisión de una Resolución Administrativa que determine la Revocatoria la Resolución impugnada (en todas sus partes), de acuerdo a los fundamentos establecidos en el presente memorial…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 072/2014 DE 13 DE FEBRERO DE 2014.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de febrero de 2014, mediante la cual resolvió "***CONFIRMAR*** *totalmente la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013*" por los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, los argumentos esgrimidos por la entidad a tiempo de interponer el recurso de revocatoria, han sido debidamente analizados por este Órgano Fiscalizador conforme a lo expuesto en el Informe ASFI/DSR IV/R-12103/2014 de 24 de enero de 2014, con el siguiente resultado:

1. Respecto a las pérdidas iguales o mayores al 30% del Capital Primario.

a) <u>Sobre la observación de no inclusión de los certificados de aportación en el cálculo del capital primario</u>

El artículo 48 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, abrogada por la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, vigente al momento de efectuarse las inspecciones que motivaron la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013 y los artículos 1 y 2 de la Sección 9, Capitulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación

de Normas para Servicios Financieros, establecen la conformación del Capital y Patrimonio de una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria, cuya composición es:

Capital primario

- ✓ *Aportes de los socios cooperativistas, representados por certificados de aportación.*
- ✓ *Fondo de reserva, constituido por los excedentes de percepción que arroje el Balance.*
- ✓ *Donaciones recibidas de libre disposición.*

Capital secundario

- ✓ *Obligaciones Subordinadas con plazo de vencimiento superior a cinco años, hasta el cincuenta por ciento (50%) del capital primario.*
- ✓ *Previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas hasta el dos por ciento (2%) de sus activos.*

En este sentido, al 31 de julio de 2013 la Cooperativa presenta los siguientes importes en el capital primario y secundario:

Cálculo del Capital Primario			Bs.
(+)	Aportes de los socios cooperativistas, representados por certificados de aportación		33,773,456
	311.00	Capital Pagado	
		Certificados de Aportación Obligatorios	33,773,456
		Certificados de Aportación Voluntarios	0
(+)	Fondos de reserva, no distribuibles.		0
(+)	Donaciones recibidas de libre disposición		254,653
	322.02	Donaciones recibidas de libre disponibilidad pendientes de capitalización	5,290
	323.01	Donaciones no capitalizables	249,363
(=)	CAPITAL PRIMARIO INICIAL		34,028,109
Cálculo del Capital Secundario			
(+)	Obligaciones subordinadas (con plazos > 5 años y solo hasta el 50% del capital primario). Cta.27103203		977,761
(=)	CAPITAL SECUNDARIO		977,761

Asimismo, cabe aclarar que la entidad expone inadecuadamente en su patrimonio los ahorros de sus socios, mismos que han sido instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, denominados "Certificados de Aportación Remunerados - CAR", los cuales fueron contabilizados incumpliendo el Manual de Cuantas para Servicios Financieros en las siguientes subcuentas:

- ✓ *242.80 "Acreedores CAC Societarias" por Bs161.507.656*
- ✓ *311.02 "Certificados de Aportaciones (Cooperativas de Ahorro y Crédito)" por Bs100.395.733*

Cabe aclarar que la diferencia entre Certificados de Aportación Obligatorios y Certificados de Aportación Remunerados – CAR, radica en que los primeros perciben excedentes cuando la Cooperativa obtiene utilidades al cierre de cada gestión, la distribución es anual y se la realiza en función del monto, tiempo de permanencia de los certificados de aportación de cada socio, siempre y cuando no existan pérdidas

acumuladas, deficiencias en la constitución de previsiones y reservas o si con dicha distribución se incumple cualquier límite legal que establecía la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, hoy Artículo 244, numeral I de la Ley N° 393 de Servicios Financieros, aspecto normado por ASFI en el artículo 4°, Sección 9, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Los Certificados de Aportación Remunerados – CAR, perciben intereses a una tasa previamente pactada y se constituyen a plazo, independientemente si la entidad obtiene o no excedentes (utilidades), los cuales serán redimidos a su vencimiento, consecuentemente se constituyen en obligaciones (pasivos) de la entidad y no deben ser registrados en el patrimonio de la Cooperativa.

En este marco, los Certificados de Aportación Remunerados – CAR emitidos por la Cooperativa, no cumplen con las características de los certificados de aportación descritos en el inciso a), artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, cuerpo normativo que establece que el certificado de aportación es: "… el documento que acredita las aportaciones obligatorias o voluntarias de los socios, representa el capital social de una CAC (Abierta o Societaria)(…) el certificado de aportación está disponible para absolver pérdidas, en caso que la CAC (Abierto o Societaria) incurra en ellas".

A su vez, los Certificados de Aportación Remunerados - CAR, por sus características se encuentran dentro de las restricciones que señalaba el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000 cuando estuvo vigente, que estableció la prohibición a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias de captar depósitos bajo ninguna modalidad.

Consecuentemente, se observa que la Cooperativa ha instrumentalizado sus pasivos originados en las captaciones de ahorros de sus socios como Certificados de Aportación Remunerados – CAR, los cuales deben contabilizarse como pasivos (obligaciones) y no pueden ser considerados parte del Capital Primario de la Cooperativa y no corresponde considerar estos depósitos en el cálculo del capital.

Por lo señalado se concluye que la Cooperativa presenta al 31 de julio de 2013, un Capital Primario de Bs34.028.109 y pérdidas acumuladas por Bs79.548.393, de cuya relación se establece que las pérdidas de la Cooperativa son mayores al 30% de su Capital Primario.

b) Sobre el incumplimiento a la exigencia de incluir en los certificados de aportación, un texto que exprese que: "Los mismos se encuentran disponibles para asumir pérdidas de en caso que la Cooperativa incurra en ellas".

Revisada la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013 en el punto 6.1 (páginas 11 y 12), expresamente referido por la Cooperativa en el memorial de impugnación, se advierte que no existe observación alguna respecto al incumplimiento a la exigencia de incluir en los certificados de aportación un texto que indique que los mismos se encuentran disponibles para asumir pérdidas de en caso que la Cooperativa

incurra en ellas, toda vez que de acuerdo al artículo 5 de la Sección 2, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros no lo señala como una causal para revocar el certificado de adecuación.

c) <u>Sobre el supuesto error al afirmar que la Cooperativa tiene un capital primario y un capital secundario, desconociendo que en realidad la entidad tiene un fondo social</u>

Al respecto, se reitera lo señalado en el inciso a) anterior, puesto que al encontrarse la Cooperativa con certificado de adecuación, sus actividades, operaciones, etc. debieron regirse conforme a las directrices de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, abrogada por la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, que en el artículo 46, concordante con el artículo 48, establecía la composición del patrimonio neto de las entidades de intermediación financiera.

El cálculo que demuestra que la Cooperativa incurre en pérdidas superiores al 30% de su patrimonio neto, ha sido expuesto en la última parte del punto a) precedente.

2. Respecto a la supuesta aplicación retroactiva de la causal de prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad a periodos anteriores a la vigencia de la norma sancionatoria

El artículo 5° de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, que establece las causales para dejar sin efecto el certificado de adecuación, dispone en el numeral 3) la siguiente causal: "Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad".

Cabe aclarar que los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA) y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), son de cumplimiento obligatorio, ya que son disposiciones establecidas por el Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad.

Asimismo, corresponde señalar que la inspección especial con corte al 31 mayo de 2012, cuyos resultados se plasmaron en el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012, fue realizada del 2 al 13 de julio de 2012, tal como se señala en la página 3 de la resolución impugnada, habiéndose puesto en conocimiento de la entidad mediante carta ASFI/DSR IV/R-96227/2012 de 7 de agosto de 2012, es decir que ambos actos administrativos fueron realizados con posterioridad a la emisión de la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 junio de 2012, notificada al sistema regulado y entes interesados mediante Circular ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012.

En las diferentes inspecciones realizadas, se concluyó que la Cooperativa mantenía incumplimiento a: Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, la Ley General de Sociedades Cooperativas abrogada con la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, Código de Comercio, Ley de Bancos y Entidades Financieras

abrogada con la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), procedimientos internos y otra normativa vigente, que derivaron en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros tal como se describe en el siguiente cuadro:

Inspecciones	Ajustes en Bs.
Inspección Especial ASFI/DSR 4/R-11389/2009	27.481.540
Inspección Especial ASFI/DSR IV/R-100033/2010	53.942.743
Inspección Seguimiento ASFI/DSR IV/R-72843/2011	9.093.108
Inspección Integral ASFI/DSR IV/R-89601/2012	27.140.006

También es pertinente agregar que, si bien las causales de revocatoria del certificado de adecuación fueron aprobadas mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, en estas se dispuso que se dejará sin efecto el certificado cuando la entidad incurra en una o más de las siguientes: "(…) 2) Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por ASFI. 3) Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad (…)"

Encontrándose vigente esta disposición normativa reglamentaria, se realizó una nueva inspección especial a la Cooperativa El Buen Samaritano Ltda. del 2 al 13 de julio de 2012, cuyos resultados se expusieron en el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, concluyendo en el numeral 3. que la entidad incumple Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y otras disposiciones, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables por Bs27.140.006, pero además en el inciso 4. se concluyó que los procedimientos observados se alejan de sanas prácticas prudenciales y disposiciones del ente regulador por incumplimiento reiterativo a disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que implica que la Cooperativa subsume su conducta también en la causal segunda para la revocatoria del certificado de adecuación, al haber incumplido disposiciones del ente regulador en forma reiterativa.

En razón a lo señalado, se establece que no existe una aplicación retroactiva de la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 junio de 2012, al no surtir ningún efecto sobre los hechos descritos en el punto 6.2 de la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, que establece un resumen de los hallazgos contables en las diferentes inspecciones realizadas por esta Autoridad de Supervisión, que muestran malas prácticas contables que no cumplen con Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad ni con las disposiciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión.

3. ***Respecto a la supuesta aplicación retroactiva de la causal de incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la autoridad de supervisión del sistema financiero a períodos anteriores a la vigencia de la norma sancionatoria***

En efecto, el Informe ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010 determinó que la Cooperativa incumple principios de contabilidad generalmente aceptados, normas internacionales de contabilidad, que la relación Pérdidas Acumuladas versus Capital Primario alcanza al 363%, poniendo en riesgo evidente los depósitos de los socios y terceros acreedores y la necesidad de efectuar ajustes por Bs31.548.986 emergentes del incumplimiento a la normativa vigente y el Manual de Cuentas.

En el Informe ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, se señaló que la Cooperativa El Buen Samaritano Ltda. no efectúa las acciones correctivas necesarias para superar su delicada posición financiera y mejorar su gestión de riesgos, aspecto que determinan el deterioro de la situación patrimonial; incumple principios de contabilidad generalmente aceptados, a la normativa vigente, que ha derivado en reclasificaciones y ajustes contables, incumplimiento a disposiciones determinadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010. La relación Pérdidas Acumuladas versus Capital Primario alcanza al 76.42%, siendo reiterativas las observaciones al incumplimiento de principios de contabilidad generalmente aceptados, el incumplimiento a disposiciones determinadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010 y la perdida que representa la entidad en el capital primario.

En el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012, ya vigentes las modificaciones al Reglamento que dispusieron las causales de revocatoria del certificado de adecuación, se concluyó que existen observaciones y recomendaciones reiterativas, referidas a que la entidad no efectuó las acciones correctivas, necesarias para mejorar la gestión de riesgos y control interno, no efectuó acciones correctivas necesarias para superar su posición financiera y mejorar su gestión de riesgos; incumple principios de contabilidad generalmente aceptados y normativa vigente, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros, observándose entre otros el Incumplimiento reiterativo a disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión.

Toda vez que en el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012 se determinó que en la inspección realizada entre el 2 y 13 de julio de 2012 se detectó la incurrencia de la Cooperativa en la causal de revocatoria del certificado de adecuación, prevista en el artículo 5° de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, aprobado y puesto en vigencia mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, publicado mediante Circular ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012.

4. Respecto a la reelección de manera continuada del Sr. Hoggier Hurtado Añez como miembro del Consejo de Administración desde el año 2001 y la apertura de la Agencia Oruro sin autorización de ASFI

Las observaciones referidas a la permanencia de manera continua del señor Hoggier Hurtado Añez como miembro del Consejo de Administración desde el año 2001, en contravención del artículo 11 del Decreto Supremo 25703 y a la Sección 8 Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito y la observación a la apertura de una oficina externa en la ciudad de Oruro sin

la previa autorización de esta Autoridad de Supervisión, no representan observaciones a los hechos como supuesta causal de la revocatoria del Certificado de Adecuación, sino al incumplimiento reiterativo a instrucciones expresas emitidas por ASFI.

No obstante lo anterior, las observaciones señaladas constituyen una infracción a la normativa regulatoria para los consejos de administración prevista en el artículo 2 de la Sección 8 del Reglamento para la Constitución, Funcionamiento y Adecuación de Cooperativas de Ahorro y Crédito, así como también a la Sección 2 del Reglamento para la Apertura, Traslado y Cierre de Puntos de Atención Financiero y Puntos Promocionales, inmerso en el Capítulo VIII, Título III, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, conducta reprochable toda vez que contando con Certificado de Adecuación, la entidad debió mantener prudencia respecto a la sujeción a las disposiciones de la ley a la que se encontraba adecuada.

5. Respecto a las reclasificaciones contables referidas en el punto II.6 del recurso

La Cooperativa no cumplió con lo señalado en las cartas ASFI/DSR IV/R-47804/2013, ASFI/DSR IV/R-61801/2013, ASFI/DSR IV/R-86183/2013, ASFI/DSR IV/R-108446/2013, ASFI/DSR IV/R-122566/2013,ASFI/DSR IV/R-149845/2013 de 3 y 29 de abril, 12 de junio, 23 de julio, 16 de agosto y 3 de octubre de 2013, respectivamente, en las cuales se instruyó:

- ✓ *Registrar en la subcuenta 242.80 "Acreedores CAC Societarias", todos los ahorros de los socios instrumentados bajo modalidades diferentes a las permitidas en el Decreto Supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000.*
- ✓ *Remitir un informe refrendado por el Auditor Interno, que certifique que el importe de Bs95.043.180 registrado en la Cuenta Analítica 311.02.1.01 "Certificados de Aportación (soporte patrimonio DPF)" al 30 de junio de 2013, constituye y lleva la denominación de "Certificados de Aportación Voluntarios", bajo cuya denominación sí podrían ser considerados capital de riesgo de la Cooperativa, por otra parte, los mismos deben ser instrumentados incluyendo el texto que señale que están disponibles para absorber perdidas, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 3°, Sección 12, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.*

En este marco, es pertinente aclarar que ambas instrucciones no fueron cumplidas por la Cooperativa, manteniendo contabilizado los pasivos con sus socios como parte del Capital de la Cooperativa.

Posteriormente, la entidad remitió carta OFICIO-EBS-GG-234/13 de 18 de octubre de 2013, en respuesta a la carta ASFI/DSRIV /R-149845/2013 de 3 de octubre del mismo año, comunicando que se había realizado la reclasificación solicitada por esta Autoridad. Al respecto, se evidenció que al 31 de octubre de 2013, la Cooperativa reclasificó parcialmente el saldo de la cuenta analítica 311.02.1.01 "Certificados de Aportación (soporte patrimonio DPF)" que al 30 de septiembre de 2013 ascendía a Bs100.337.466, manteniendo un saldo de Bs11.696.859.

Se evidencia también que la Cooperativa creó la cuenta analítica 311.02.1.08 "Certificados de Aportación", contabilizando en la misma Bs64.119.196; en este sentido,

se puede apreciar que la Cooperativa no ha cumplido con las instrucciones impartidas, ya que el importe previamente mencionado continúa contabilizado como Patrimonio, siendo que por su naturaleza corresponde a una cuenta del Pasivo, distorsionando el cálculo del Capital Primario al incrementar incorrectamente el mismo.

Los importes contabilizados en la mencionada cuenta analítica 311.02.1.08 "Certificados de Aportación", generan intereses a diferentes tasas, por lo que su instrumentación se asemeja a un título valor de renta fija, ya que el mismo no está sujeto a la obtención de excedentes o no de la Cooperativa, más al contrario ofrece rendimientos a una tasa previamente pactada, situación que no ocurre con un instrumento que pueda ser calificado como capital de riesgo, ya que los posibles rendimientos que se obtengan, están supeditados al accionar de una entidad y a la obtención o no de excedentes.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la Cooperativa ha incumplido las instrucciones impartidas por esta Autoridad de Supervisión de manera reiterada. De igual manera se observa que la Entidad expone argumentos que carecen de fundamento en lo que a capital de riesgo se refiere, distorsionando de esta manera su situación financiera, misma que estaría siendo transmitida a sus socios de manera inexacta.

6. ***Respecto a que la Cooperativa habría implementado totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, impugnado en el punto II.7***

Se ha explicado anteriormente que el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, se refiere a la inspección realizada entre el 2 y 13 de julio de 2012, misma que trabajó en base a los datos de la entidad consolidados al 31 de mayo de 2012 (con corte al 31/05/2012). La Resolución ASFI N° 233/2012, que modificó y puso en vigencia el artículo 5 de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, referido a las causales de revocatoria del certificado de adecuación, fue emitida en fecha 12 de junio de 2012 y publicada mediante Circular ASFI/ 126/2012 de la misma fecha; aparentemente, la referencia a que la inspección se realizó en base a los estados financieros al 31 de mayo de 2012, confunde al supervisado al entender que los fundamentos para emitir la Resolución impugnada datan de antes del 31 de mayo de 2012.

Sobre el incumplimiento al Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, es pertinente aclarar que el cálculo del Coeficiente de Adecuación Patrimonial - CAP tiene dos componentes (el Patrimonio Neto y la Ponderación de Activos por Riesgos), en ese sentido, se debe tomar en cuenta que el Patrimonio Neto está compuesto por Capital Primario y Secundario y al haber demostrado que el Cálculo del Capital Primario de la entidad se encuentra sobreestimado, se establece que el CAP, también se encuentra sobreestimado, consecuentemente, se evidencian incumplimientos a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales en lo que este aspecto se refiere.

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial de fecha 14 de enero de 2014, la Cooperativa presentó como prueba fotocopias del OFICIO – EBS-GG- 001/14 de 8 de enero de 2014, en el cual

adjunta el Plan de Regularización y el Plan de Acción Complementario de Viabilidad Económico Financiero 2014 – 2020, presentando a ASFI para subsanar las observaciones expuestas en la Resolución ASFI N° 759/2013.

Que, de la evaluación a los planes presentados por la entidad, se evidencia lo siguiente:

1.1 "Sobre las pérdidas iguales o mayores al 30% del Capital Primario, presenta un cronograma de regularización hasta el 2020".

1.2 "Sobre la aplicación retroactiva de la causal de prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad a periodos anteriores a la vigencia de la norma sancionatoria, no presenta ningún descargo".

1.3 Sobre la aplicación retroactiva de la causal de incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por la autoridad de supervisión del sistema financiero a periodos anteriores a la vigencia de la normativa sancionatoria, presenta un cronograma de regularización hasta el 2020.

1.4 Sobre la Reelección cuestionada, señala resolución del consejo de administración de 28 de marzo de 2013, no presenta ningún descargo.

1.5 Sobre la apertura de una oficina en la ciudad de Oruro, presenta un plazo de regularización hasta el 30 de junio de 2014.

1.6 Sobre la Reclasificación contable instruida, menciona el plazo hasta el 30 de noviembre de 2013, no presenta ningún descargo.

1.7 Sobre el argumento de que la Cooperativa no implemento totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, presenta un cronograma de regularización hasta el 2020.

Que, el Plan de Regularización y el Plan de Acción Complementario presentados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., no constituyen descargos al plantear tareas y acciones orientadas a subsanar las observaciones de la Resolución Administrativa ASFI N° 759/2013.

CONSIDERANDO:

Que, al amparo del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria El Buen Samaritano Ltda., solicita en el Otrosí IV del memorial de impugnación, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, toda vez que considera que su efecto provoca daños graves a la Cooperativa, solicitando para ello previo y especial pronunciamiento.

Que, el precitado Reglamento a Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, dispone en el artículo 40, parágrafo II, que la suspensión del acto administrativo procederá siempre que exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de derechos de terceros.

Que, la entidad no expresa argumento alguno para que este Órgano Fiscalizador considere el sustento de la solicitud, limitándose a manifestar que la medida vulnera los derechos de los socios y ocasiona graves daños a la Cooperativa.

Que, lo dispuesto en la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013 tiene por objeto precautelar los intereses de los socios que tienen ahorros constituidos en esa Cooperativa, ante los resultados de la evaluación técnico legal que condujeron a la emisión del acto impugnado.

Que, si bien la solicitud de suspensión provisional de la ejecución del acto impugnado merece un especial pronunciamiento, éste no debe ser necesariamente previo, toda vez que el mismo no es una condicionante para el análisis del fondo respecto al acto impugnado.

Que, al no existir argumento preciso expuesto por la Cooperativa para que esta Autoridad de Supervisión analice y considere una posible suspensión provisional de la ejecución del acto impugnado y que el mismo precautela intereses colectivos, los que están por encima del interés particular de la Cooperativa, corresponde desestimar la solicitud de suspensión provisional de la ejecución de la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 5 de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, modificado y aprobado mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y publicada mediante Circular ASFI/ 126/2012 de la misma fecha, establece como causales para la revocatoria del certificado de adecuación a cualquiera de las siguientes:

"1) Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario.
2) Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por ASFI.
3) Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.
4) Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario."

Que, en el marco de la disposición normativa reglamentaria precedente, el Informe ASFI/DAJ/R-21752/2014 de 10 de febrero de 2014, concluye lo siguiente:

- *El artículo 5, Sección 2, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros prevé como causal de revocatoria del certificado de adecuación, incurrir en uno o más de los presupuestos de causal allí establecidos.*
- *De acuerdo a los informes considerados en la presente resolución, se ha determinado que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda. ha incurrido en las siguientes causales para la revocatoria de su licencia de funcionamiento: a) Incumplimiento a principios de contabilidad generalmente aceptados y normas internacionales de contabilidad; b)*

Incumplimiento de sanas prácticas prudenciales, a disposiciones y ajustes contables determinados por ASFI; c) Presenta pérdidas mayores al 30% del capital primario.

- *La inspección especial con corte al 31 de mayo de 2013, cuyos resultados se reflejan en el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2013 y que se constituyen en el sustento técnico para la emisión de la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, fue realizada entre el 2 y el 13 de julio de 2013 cuando el artículo 5 en la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro ya se encontraba vigente por efecto de la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y publicada mediante Circular 126/2012 de 12 de junio de 2012, por lo que no existe aplicación retroactiva de la normativa regulatoria, tal como lo afirma la entidad recurrente.*
- *Los argumentos de revocatoria esgrimidos por la Cooperativa y los consejeros en los memoriales de impugnación, no representan elementos concluyentes que induzcan a esta Autoridad de Supervisión a revocar la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, recomendando se emita resolución administrativa confirmándola.*

Que, el Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-12103/2014 de 24 de enero de 2014 concluye que:

- *Los planes presentados por la Cooperativa, no constituyen descargos a la Resolución ASFI 759/2013 al plantear acciones y tareas para subsanar las observaciones de ASFI, cuyo plazo final es el año 2020 confirmando las deficiencias e incumplimientos establecidos en la mencionada resolución.*

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., no ha logrado desvirtuar los fundamentos establecidos en la Resolución ASFI 759/2013 de 19 de noviembre, misma que determina la revocatoria del Certificado de Adecuación N° 11/2009 de 21 de agosto de 2009…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 114/2014 DE FECHA 28 DE FEBRERO DE 2014.-

Que, por memorial de fecha 21 de febrero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.,** solicitó la corrección y aclaración de la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014, con los siguientes argumentos:

"*…Toda vez que su autoridad RESOLVIÓ mediante Resolución ASFI No. 072/2014 de fecha 13 de febrero de 2.014 - notificada a la Cooperativa en fecha 20 de febrero de 2014 - confirmar todos los extremos expuestos en la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2.013, misma que Revoca el Certificado de Adecuación No 11/2.009, es que previo a la interposición de recurso jerárquico SOLICITAMOS la* ***"CORRECCION y ACLARACION"*** *de la Resolución ASFI No. 072/2014 referente a lo siguiente puntos:*

1. *En consideración a que durante la gestión 2.013, la autoridad de supervisión del sistema financiero (ASFI) no ha realizado ninguna visita de inspección, pedimos* ***ACLARE o CORRIJA****, a que inspección especial se refiere cuando menciona "la inspección especial con corte a 31 de mayo de 2.013" cuyo resultados se reflejan*

en el informe ASFI/DSR IV/R- 89601/2012 de 23 de julio de 2.013.

2. *En consideración, a que* ASFI, *considera reprochable la reelección como presidente del señor Hoggier Hurtado Añez y poco prudente la apertura de oficina en la ciudad de Oruro,* ***ACLARE****, si con la renuncia de nuestro presidente y el cierre de la agencia, su autoridad procedería a subsanar las observaciones hacia la Cooperativa procediendo a restituir nuestro certificado de adecuación…*"

Por su efecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de fecha 28 de febrero de 2014, por la que expresa los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, respecto al punto 1 de la corrección impetrada, se tiene que en la página 23 de la Resolución ASFI N° 072/2014 de 13 de febrero de 2014, existe un error inmaterial al expresar:

"Que, en el marco de la disposición normativa reglamentaria precedente, el Informe ASFI/DAJ/R-21752/2014 de 10 de febrero de 2014, concluye lo siguiente: (…)

- *La inspección especial con corte al 31 de mayo de 2013, cuyos resultados se reflejan en el Informe* ***ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2013*** *y que se constituyen en el sustento técnico para la emisión de la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, fue realizada entre el 2 y el 13 de julio de 2013…*"

Que, más allá del error inmaterial específico, en la Resolución impugnada se hace referencia a este informe en varios puntos, refiriéndose al mismo como "Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012", especialmente en la página 16, expresando:

"Asimismo, corresponde señalar que la inspección especial con corte al 31 mayo de 2012, cuyos resultados se plasmaron en el ***Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012****, fue realizada del 2 al 13 de julio de 2012, tal como se señala en la página 3 de la resolución impugnada,* ***habiéndose puesto en conocimiento de la entidad mediante carta ASFI/DSR IV/R-96227/2012 de 7 de agosto de 2012****, es decir que ambos actos administrativos fueron realizados con posterioridad a la emisión de la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 junio de 2012, notificada al sistema regulado y entes interesados mediante Circular ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012".*

Que, mediante carta ASFI/DSR IV/R-96227/2012 de 7 de agosto de 2012, entregada en fecha 17 de agosto de 2012, se remitió a la Cooperativa El Buen Samaritano Ltda. el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012, momento desde el cual la entidad toma conocimiento de su existencia y contenido.

Que, pese a la intrascendencia, el error observado por la Cooperativa debe ser corregido, teniendo en cuenta que esta corrección no altera sustancialmente la Resolución.

Que, respecto al punto 2 de la aclaración impetrada, cabe precisar que en la página 19 de la Resolución ASFI N° 072/2014 de 23 de febrero de 2014 se expuso:

> *"Las observaciones referidas a la permanencia de manera continua del señor Hoggier Hurtado Añez como miembro del Consejo de Administración desde el año 2001, en contravención del artículo 11 del Decreto Supremo 25703 y a la Sección 8 Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito y la observación a la apertura de una oficina externa en la ciudad de Oruro sin la previa autorización de esta Autoridad de Supervisión,* ***no representan observaciones a los hechos como supuesta causal de la revocatoria del Certificado de Adecuación, sino al incumplimiento reiterativo a instrucciones expresas emitidas por ASFI.***
>
> *No obstante lo anterior,* ***las observaciones señaladas constituyen una infracción a la normativa regulatoria para los consejos de administración*** *prevista en el artículo 2 de la Sección 8 del Reglamento para la Constitución, Funcionamiento y Adecuación de Cooperativas de Ahorro y Crédito,* ***así como también a la Sección 2 del Reglamento para la Apertura, Traslado y Cierre de Puntos de Atención Financiero y Puntos Promocionales****, inmerso en el Capítulo VIII, Título III, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, conducta reprochable toda vez que contando con Certificado de Adecuación, la entidad debió mantener prudencia respecto a la sujeción a las disposiciones de la ley a la que se encontraba adecuada".*

Que, al respecto, la Cooperativa solicita se aclare si con la renuncia de su Presidente (Sr. Hoggier Hurtado) y el cierre de la Agencia Oruro se tendrían por subsanadas las observaciones, procediendo a restituir el Certificado de Adecuación.

Que, el artículo 5 de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros expresa:

> ***"(Revocatoria del Certificado de Adecuación).*** *ASFI dejará sin efecto el Certificado de Adecuación, si previa evaluación técnica y legal, determina que la CAC Societaria en proceso de adecuación incurre en una o más de las siguientes causales:*
>
> *1) Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario.*
>
> *2) Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por ASFI.*
>
> *3) Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.*
>
> *4) Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario".*

Que, la Resolución ASFI N° 072/2014 de 13 de febrero de 2014 manifiesta en la parte conclusiva lo siguiente: "De acuerdo a los informes considerados en la presente resolución, se ha determinado que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda. ha incurrido en las siguientes causales para la revocatoria de su licencia de funcionamiento: a) Incumplimiento a principios de contabilidad generalmente aceptados y normas internacionales de contabilidad; b) Incumplimiento

de sanas prácticas prudenciales, a disposiciones y ajustes contables determinados por ASFI; c) Presenta pérdidas mayores al 30% del capital primario".

Que, el mismo artículo 5 de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito dispone: "En un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos, a partir de la revocatoria del Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación deberá presentar un Plan de Regularización, el mismo que debe ser aprobado por ASFI. La revocatoria del Certificado de Adecuación, no impide que la CAC Societaria en proceso de adecuación pueda obtener un nuevo Certificado de Adecuación, previo cumplimento del Plan de Regularización".

Que, la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013 dispuso en el Resuelve Quinto: "En un plazo no mayor a treinta días hábiles, computables desde la notificación con la presente Resolución, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda., deberá presentar a este Órgano de Supervisión un Plan de Regularización".

Que, por lo anterior, la entidad debe presentar en el plazo señalado un Plan de Regularización, mismo que previamente aprobado por ASFI y cumplido por la Cooperativa, permitirían a este Ente Regulador considerar el otorgamiento de un nuevo Certificado de Adecuación, por tanto la aclaración impetrada resulta improcedente…"

En base a tales fundamentos, el Ente Regulador resuelve:

"…***PRIMERO:*** *Declarar procedente la solicitud de aclaración impetrada en el punto 1 del memorial presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda. en fecha 21 de febrero de 2013, corrigiendo el párrafo inmerso en las páginas 23 y 24 de la Resolución ASFI N° 072/2014 de 13 de febrero de 2014 de la siguiente manera:*

"• La inspección especial con corte al 31 de mayo de 2012, cuyos resultados se reflejan en el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012 y que se constituyen en el sustento técnico para la emisión de la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, fue realizada entre el 2 y el 13 de julio de 2012, cuando el artículo 5 en la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro ya se encontraba vigente por efecto de la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y publicada mediante Circular 126/2012 de 12 de junio de 2012, por lo que no existe aplicación retroactiva de la normativa regulatoria, tal como lo afirma la entidad recurrente".

SEGUNDO: *Declarar improcedente la aclaración impetrada en el Punto 2 del memorial presentado en fecha 21 de febrero de 2014, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la presente resolución…*"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 15 de febrero de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.** interpuso Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de febrero de 2014, aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014, con los alegatos siguientes:

"…***III. MOMENTO EN QUE OCURREN LOS HECHOS SANCIONADOS Y VIGENCIA DE LA NORMA SANCIONATORIA APLICADA***

Todos los hechos que la Resolución ASFI 759/2013 afirma que se subsumen en las causales de revocatoria del Certificado de Adecuación, ocurrieron antes del 12 de junio de 2012, fecha en que la ASFI emite la Resolución ASFI 233/2012, que crea la figura de la revocatoria del Certificado de Adecuación para las entidades que subsuman su conducta a una o más de las causales descritas en el artículo 5, Sección 2, Capítulo III, Título I, libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. Para mayor claridad, conviene recordar que todos los hechos inspeccionados corresponde a periodos anteriores al 12 de junio de 2012, conforme se pasa a detallar:

1) *El informe de Inspección Especial ASFI/DSR4/R-11389/2009 de 19 de junio de 2009, con corte al 30 de abril de 2009; se circunscribe únicamente a hechos ocurridos hasta el 30 de abril de 2009, es decir, antes del 12 de junio de 2012.*

2) *El informe de inspección Especial ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010, con corte al 31 de julio de 2010; se circunscribe únicamente a hechos ocurridos hasta el 31 de julio de 2010, es decir antes del 12 de junio de 2012.*

3) *El informe de Inspección de Seguimiento ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, con corte al 31 de mayo de 2011 se circunscribe únicamente a hechos ocurridos hasta el 31 de mayo de 2011, es decir, antes del 12 de junio de 2012.*

4) *El informe de Inspección Integral ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012, con corte al 31 de mayo de 2012, se circunscribe únicamente a hechos ocurridos hasta el 31 de mayo de 2012, es decir, antes del 12 de junio de 2012.*

Primera Conclusión.- *Todos los hechos inspeccionados ocurrieron antes de la vigencia de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 de junio de 2012, por lo tanto, la Revocatoria del Certificado de Adecuación dispuesta mediante Resolución ASFI N° 759/2013, supone una aplicación retroactiva de la norma sancionatoria, en clara vulneración del principio de irretroactividad previsto por el artículo 77 de la Ley 2341, cuyo texto dice "Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa"*

IV. SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE EL INFORME SOBRE LOS HECHOS INSPECCIONADOS SE EMITIÓ DURANTE LA VIGENCIA DE LA NORMA SANCIONATORIA

La Resolución ASFI 072/2014 afirma que no existe aplicación retroactiva de la norma sancionatoria, bajo el argumento que la inspección -a los hechos por los cuales se aplica la sanción de Revocatoria del Certificado de Adecuación- se hizo durante la

vigencia de la norma que tipifica las causales para la Revocatoria del Certificado de Adecuación, es decir, la Resolución ASFI 233/2012.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 77 de la Ley 2341, garantiza que nadie será sancionado por hechos que ocurran antes de la vigencia de una norma sancionatoria, independientemente de que la inspección de esos hechos se realice durante la vigencia de dicha norma. Seguir el razonamiento de la ASFI, implicaría que en Bolivia cualquier persona puede ser sancionada por conductas ocurridas antes de la vigencia de la norma sancionatoria que tipifica dicha conducta, con la sola condición que tal conducta sea inspeccionada o descubierta durante la vigencia de dicha norma sancionatoria, sin importar que la conducta en cuestión haya estado tipificada, o no, en el momento que se ejecutó.

Segunda conclusión.- *El argumento de que el informe sobre los hechos inspeccionados se emitió durante la vigencia de la norma sancionatoria y que, desde esa óptica, no existiría una aplicación retroactiva de la norma sancionatoria es insostenible en un Estado de Derecho, por cuanto, la garantía consiste en que nadie será sancionado por hechos que al momento de su ejecución no estén expresamente tipificados y sancionados, independientemente del momento en que esos hechos sean descubiertos o inspeccionados.*

V. SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE LA REMUNERACIÓN A LOS APORTES VOLUNTARIOS DEBE ESTAR SUPEDITADA A LA GENERACIÓN DE EXCEDENTES.-

Con carácter previo, corresponde referirse a la remuneración de las aportaciones voluntarias al fondo social, lo cual es una figura peculiar del Derecho cooperativo. Al respecto, corresponde distinguir entre las aportaciones obligatorias y voluntarias, en las primeras, la remuneración de las aportaciones al fondo social está condicionada a la existencia en el ejercicio económico de resultados positivos previos a su reparto, lo que significa que su pago está sometido al resultado del ejercicio; por el contrario, en el caso de las aportaciones voluntarias remuneradas, la remuneración no está supeditada a la generación de excedentes, sino, que es una forma de compensar económicamente al socio por el no reparto de excedentes en función del dinero constituido como aporte voluntario y, sobre todo, para incentivar el desembolso de aportaciones voluntarias.

De otro lado, cabe señalar que una característica genuina de las sociedades cooperativas es el reparto de los excedentes en la medida que los socios han contribuido a generarlos y no en función de las aportaciones voluntarias al fondo social efectuadas, característica que las distingue de las sociedades de capitales.

No obstante lo anotado, la Resolución ASFI 72/2014 argumenta que los Certificados de Aportación Remunerados emitidos por la Cooperativa no constituyen Aportaciones Voluntarias al fondo social, debido a que la remuneración al socio opera independientemente de la generación de excedentes.

Al respecto, conviene refutar este argumento, conforme a lo siguiente:

1) *No existe ninguna norma que prohíba la remuneración por las aportaciones voluntarias o que por lo menos exija que dicho pago esté condicionado a la generación de excedentes.*

2) *Las aportaciones voluntarias, en el esquema de una sociedad cooperativa, no pueden participar en la distribución de excedentes, porque en las sociedades cooperativas el rol protagónico lo ejerce la persona y no el capital. Por este motivo, en la distribución de excedentes, únicamente se considera el monto y tiempo de las aportaciones obligatorias, que son iguales en valor para todos los socios.*

Tercera conclusión.- *En consecuencia, se tiene que: 1) Las aportaciones voluntarias no pueden participar en la distribución de excedentes, 2) La remuneración de los aportes voluntarios al fondo social no está prohibida por el orden jurídico vigente, ni existe norma alguna que condicione este pago a la generación de excedentes.*

VI. SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE LOS CERTIFICADOS DE APORTACIÓN REMUNERADOS CONSTITUYEN DEPÓSITOS Y, POR TANTO, CONSTITUYEN UNA CAPTACIÓN ILEGAL

Como punto de partida, cabe recordar que el artículo 8 del DS 25703 establecía que las Cooperativas Comunales sólo pueden realizar, entre otras, las siguientes operaciones:

a) Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos.

b) Emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias

A su vez, el artículo 9° establecía que las Cooperativas de Crédito Cerradas no pueden captar depósitos, bajo ninguna modalidad.

De la norma jurídica precitada se extrae que, por un lado, las entonces denominadas Cooperativas Comunales (hoy CAC Societarias), únicamente podían captar dinero a través de contratos de aportación (obligatoria o voluntaria), pero que estaban prohibidas de captar dinero a través de contratos de depósito, bajo ninguna modalidad (contratos de préstamo, mutuo, etc).

No obstante lo anotado, bien es verdad, que algunas Cooperativas Comunales (hoy denominadas CAC Societarias), incurrieron en la captación de dinero mediante contratos de Depósitos o mediante contratos de Préstamo. Obviamente, la captación de dinero bajo estas modalidades constituía una distorsión que debía corregirse y, para ello, el artículo 22 del DS 25703 estableció que la Cooperativa en proceso de adecuación "(...) estará prohibida de recibir dinero de personas naturales o jurídicas en calidad de depósitos, préstamos o mutuos o bajo cualquier otra modalidad que no sean certificados de aportación, así como de aumentar los niveles de los depósitos ya existentes, ***debiendo proceder a la conversión de depósitos en***

aportaciones voluntarias o a su correspondiente devolución*, para cuyo efecto toda recuperación de créditos o inversiones deberá destinarse a dicha devolución" (la negrilla y subrayado es nuestro).*

Es decir, la norma establecía que la Cooperativa infractora tenía dos opciones: 1) Convertir el contrato de Depósito o el contrato de Préstamo, en un contrato de aporte al patrimonio (Certificado de Aportación) ó, 2) devolver el dinero.

Hechas estas consideraciones normativas y de carácter histórico, conviene analizar la situación actual. Con la Ley 3892, las Cooperativas Comunales pasaron a denominarse CAC Societarias e ingresaron al proceso de incorporación al ámbito de regulación ASFI. Durante este proceso, algunas cooperativas societarias procedieron a captar dinero mediante contratos de préstamo y otras incluso bajo contratos de Depósito a Plazo Fijo, lo cual está prohibido y constituye una mala práctica.

En cuanto a la Cooperativa EBS, cabe señalar que todas las captaciones de dinero realizadas se han realizado en estricto apego al orden jurídico, es decir, todas las captaciones de la Cooperativa EBS se realizan mediante la figura de aportaciones a la Cooperativa, que se pueden clasificaren:

a) Aportaciones Obligatorias

b) Aportaciones Voluntarias Remuneradas, denominadas Certificados de Aportación

c) Aportaciones de Libre Disponibilidad

En el caso de los Certificados de Aportación Remunerados (mencionados en el inciso "b" precedente), la ASFI ha insistido en la letanía de que la Cooperativa ha procedido a captar dinero mediante la figura de contratos de depósito, sin proceder a una lectura de los contratos denominados Certificados de Aportación Remunerado, celebrados entre la Cooperativa y cada socio, mismos que establecen que el dinero captado por la Cooperativa es en condición de aporte al patrimonio.
Bien es verdad que la ASFI ha detectado que algunas cooperativas han captado dinero mediante contratos de préstamo o de depósito, pero en base al hecho que otras Cooperativas hubiesen incurrido en esas ilegalidades, la ASFI no puede concluir que la Cooperativa EBS haya incurrido también en esas ilegalidades, sino, que previamente, debe revisar el texto de los contratos de Certificado de Aportación Remunerado de la Cooperativa EBS.

Al parecer, la ASFI no ha verificado el texto de los Certificados de Aportación Remunerados emitidos por la Cooperativa EBS, seguramente por sus recargadas labores, sin embargo, ello no justifica el hecho de que insista en afirmar que la Cooperativa EBS ha procedido a captar dinero bajo la figura de contratos de depósito, sin expresar los fundamentos de esas reiterativas afirmaciones.

Esta letanía de que la Cooperativa EBS ha captado depósitos, se ha traslado incluso a los argumentos de la Resolución ASFI 072/2014, pues, en su página 15, señala

textualmente lo siguiente:

> *"A su vez, los Certificados de Aportación CAR, por sus características se encuentran dentro de las restricciones que señala el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, cuando estuvo vigente, que estableció la prohibición a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias de* ***captar depósitos*** *de ninguna naturaleza" (la negrilla es nuestra)*

Cuarta conclusión.- *Los Certificados de Aportación Remunerados son contratos celebrados entre la Cooperativa y cada socio, mediante el cual, el socio aporta dinero al fondo social de la Cooperativa, por un tiempo y con una tasa de interés proyectada. La Cooperativa no capta dinero mediante contratos de depósito y la afirmación de que la Cooperativa capta depósitos se origina, al parecer, en que la ASFI no ha leído - seguramente por sus recargadas labores- el tenor íntegro de los Certificados de Aportación Remunerados. Consecuentemente, Certificado de Aportación Remunerado es el documento en virtud del cual, el socio realiza una aportación voluntaria al fondo social de la Cooperativa EBS, en el que se registra el plazo y tasa proyectada como remuneración.*

VII. SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE LA COOPERATIVA NO ACATÓ LA INSTRUCCIÓN DE NO REELEGIR AL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE TAL REELECCIÓN SEA, O NO, CONFORME AL ORDEN JURÍDICO VIGENTE.

La Resolución ASFI 759/2013 se apoya, entre otros, en el argumento de que la Cooperativa EBS ha reelegido al Presidente del Consejo de Administración en contravención a lo dispuesto por el DS 25703. Este argumento fue refutado por Cooperativa EBS a través del recurso de revocatoria, sin embargo, la ASFI, mediante Resolución ASFI 72/2014 (página 19, punto 4) introduce un nuevo argumento y con relación a la reelección cuestionada señala: "no representan observaciones a los hechos como supuesta causal de la revocatoria del Certificado de Adecuación, sino al incumplimiento reiterativo a instrucciones expresas emitidas por la ASFI".

Ante este cambio de argumento por parte del ente regulador, la Cooperativa asumió que la causa del Certificado de Adecuación con relación a la reelección de su Presidente, no radicaba en la ilegalidad de la reelección, sino, en que la ASFI simplemente instruyó que no opere dicha reelección. Por este motivo, en aras de defender la institución, la Cooperativa solicitó se aclare si con la renuncia del Presidente, la ASFI restituiría el Certificado de Adecuación, pero mediante Resolución ASFI 114/2014 la ASFI declaró improcedente esta consulta.

Corresponde entonces refutar este nuevo argumento, indicando que la ASFI no puede prohibir a la Cooperativa EBS ni a ninguna entidad, aquello que la Ley no prohíbe, mucho menos, invocar como causal de revocatoria del Certificado de Adecuación el no cumplimiento a una prohibición que no cuenta con respaldo legal.

Quinta conclusión.- *Las instrucciones de la ASFI deben sujetarse al orden jurídico vigente. El "no cumplimiento" de una prohibición sin base legal alguna, no puede*

invocarse como causal de revocatoria del Certificado de Adecuación.

VIII. CONCLUSIÓN FINAL

*Conforme lo establecido en la **Primera Conclusión**, todos los hechos inspeccionados ocurrieron antes de la vigencia de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 de junio de 2012, por lo tanto, la Revocatoria del Certificado de Adecuación dispuesta mediante Resolución ASFI N° 759/2013, supone una aplicación retroactiva de la norma sancionatoria, en clara vulneración del principio de irretroactividad previsto por el artículo 77 de la Ley 2341, cuyo texto dice "Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa".*

Sin embargo, aunque esa norma hubiese estado vigente, conforme lo anotado en las conclusiones segunda, tercera, cuarta y quinta, los argumentos expresados tanto en la Resolución 759/2013 como en la Resolución ASFI 072/2014, resultan inconsistentes y, en algunos casos, suponen meras apreciaciones subjetivas sin respaldo legal (como la supuesta prohibición de pagar interés por las aportaciones voluntarias, por citar un ejemplo).

Finalmente, corresponde señalar que las resoluciones impugnadas violan los derechos intereses legítimos de la Cooperativa.

En consecuencia, corresponde que la Autoridad Jerárquica Superior, disponga la revocatoria de la Resolución ASFI N° 072/2014 y resolviendo en el fondo deje SIN EFECTO la Revocatoria del Certificado de Adecuación de la Cooperativa EBS.

IX. PETITORIO

*En mérito a lo expuesto, Muy Respetuosamente, **INTERPONGO RECURSO JERÁRQUICO** contra la Resolución ASFI N° 072/2014 de 13 de febrero de 2014 y su aclaración contenida en la Resolución ASFI 114/2014 de 28 de febrero de 2014 y **PIDO** lo siguiente:*

1) *Se disponga la **REVOCATORIA** de las resoluciones impugnadas.*
2) *Y que resolviendo en el fondo **SE DEJE SIN EFECTO** la Resolución ASFI 759/2013 de 19 de noviembre de 2013..."*

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 21 de mayo de 2014, conforme fuera dispuesto por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 022/2014 de 8 de mayo de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.**, a solicitud de la misma que consta en el memorial presentado en fecha 28 de abril de 2014.

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-114677/2014 de 25 de julio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hizo presente la documentación complementaria que le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 034/2014 de 23 de julio de 2014,

consistente en los informes ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012 (sobre *inspección integral al 31 de mayo de 2012*), y ASFI/DSR IV/R-129596/2013 de 29 de agosto de 2013 (sobre *Revocatoria Certificado de Adecuación*), ambos relacionados en el contexto de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme consta en su tenor.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta de la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero evaluó la información reportada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.** sobre su condición financiera y patrimonial al 31 de julio de 2013: el informe trimestral ASFI/DSR IV/R-9993/2013 de 21 de enero de 2013 (con corte al 31 de diciembre de 2012), el informe de inspección especial ASFI/DSR4/R-11389/2009 de 19 de junio 2009 (con corte al 30 de abril de 2009), el informe de inspección especial ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010 (con corte al 31 de julio 2010), el informe de inspección de seguimiento ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011 (con corte al 31 de mayo de 2011), el informe de inspección integral ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012 (con corte al 31 de mayo de 2012), el informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 sobre la inspección integral (con corte al 31 de mayo de 2012), el Plan Estratégico 2013 – 2020, presentado a través de la nota EBS-GG-247/12 de 12 de septiembre de 2012, entre otros.

El resultado de tal evaluación, consta después en el informe técnico legal ASFI/DSR IV/R-129596/2013 de 29 de agosto de 2013, el que recomienda "*emitir Resolución Administrativa, revocando el Certificado de Adecuación N° 11/2009 otorgado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda. al concurrir las causales 1, 2, 3 y 4 del artículo 5, Sección 2, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras*".

Por efecto de lo mismo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, mediante la cual, resolvió "***REVOCAR EL CERTIFICADO DE ADECUACION N° 11/2009****, otorgado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "El Buen Samaritano" Ltda.*" por la serie de incumplimientos resultantes de la evaluación y por contar con pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario, lo que en el criterio del Regulador, determina la concurrencia de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del artículo 5, Sección 2,

Capitulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras referente al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Asimismo, la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 dispuso una serie de otras medidas emergentes de la decisión anterior: la convocatoria a una Asamblea General Extraordinaria de Socios de la cooperativa, la publicación de los estados financieros en un medio de circulación nacional y local, prohibiciones diversas (referidas a la publicidad, apertura de puntos de atención, canalización u operación con recursos del Estado, implementación y promoción de nuevas operaciones o servicios y la disposición de bienes) y la presentación de un Plan de Regularización.

Emergente de lo anterior, mediante memorial presentado el 11 de diciembre de 2012, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, y ante la confirmación de la misma en la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de enero de 2014 (aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 114/2014 de fecha 28 de febrero de 2014), el Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, corresponde revisar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

- **Ley Nº 3892, de 18 de junio de 2008**

  "…***ARTÍCULO 1°.- (Modificación al Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).*** *Se incluyen en el Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, las siguientes definiciones:*

  Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria: Entidad de Intermediación Financiera, no bancaria constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a realizar operaciones de ahorro y crédito exclusivamente con sus socios, en el marco de esta Ley, en el territorio nacional.

  Cooperativa de Ahorro y Crédito de Vínculo Laboral: Sociedad sin fines de lucro de objeto único que realiza operaciones de ahorro únicamente con sus socios y otorga créditos para el mejoramiento económico y social de los mismos y se organiza en el seno de una institución o empresa, pública o privada, o un gremio profesional. La afiliación es libre y voluntaria. En ningún caso podrán establecerse mecanismos obligatorios de afiliación como condición de trabajo y no pueden mantener oficinas abiertas para la atención al público.

  Se modifica la definición 12 del Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (...)

ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).

Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

Artículo 70. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley..." *que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.*

Las operaciones activas y pasivas, ***las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro*** *y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resolución Administrativa ASFI N° 157/10 de 22 de febrero de 2010.-**

"…***CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO***

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES (…)

Artículo 4º.- Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.- *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de la regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. *Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.*

Etapa 2. *Obtención de la Licencia de Funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI.*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley Nº 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo Nº 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios (…)

SECCIÓN 2: OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS

Artículo 1º.- Proceso para la Obtención del certificado de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.- *La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación*

Artículo 2º.- Fase I: Diagnóstico de Requisitos*.- La CAC Societaria debe contratar en el plazo máximo de treinta (30) días a partir de la emisión del Presente Reglamento, a la firma inscrita en el Registro de Firmas de Auditoría Externa de ASFI, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria para cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo I del Presente Reglamento…*"

La Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010, fue puesta en vigencia mediante Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, la misma que en su numeral 3 establece la ampliación del plazo de adecuación "*…**hasta el 30 de junio de 2010,** a aquellas CAC Cerradas de carácter comunal, actualmente denominadas Cooperativas Societarias, **que al momento de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraban en funcionamiento** y no iniciaron el proceso de adecuación ante ASFI…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.-**

  "…***CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO***

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES (…)

Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. Certificado de adecuación: *Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

Etapa 2. Licencia de funcionamiento: *Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos*

de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). *A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:*

1) *Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente*

2) *Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario*

3) *Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios*

4) *Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran*

5) *Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI*

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). *A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.*

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). *La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos.*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.*

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). *Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.*

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). *La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:*

1) *Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.*

2) *Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.*

3) *Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.*

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de

adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal (…)

Artículo 5° - (Revocatoria del Certificado de Adecuación). *ASFI dejará sin efecto el Certificado de Adecuación, si previa evaluación técnica y legal, determina que la CAC Societaria en proceso de adecuación incurre en una o más de las siguientes causales:*

1) ***Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales*** *y/o al* ***Plan de Acción Complementario****.*
2) *Incumplimiento* ***de manera reiterada a instrucciones expresas*** *emitidas* ***y/o ajustes contables determinados por ASFI****.*
3) *Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.*
4) ***Pérdidas iguales o mayores al*** *treinta por ciento* ***(30%) del Capital Primario****.*

Revocado el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación debe publicar sus estados financieros en un medio de circulación nacional y local, por tres (3) días consecutivos, notificando sobre la revocatoria del certificado de adecuación conforme lo informado en Asamblea Extraordinaria de Socios.

Una vez que ASFI deje sin efecto el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria no podrá:

1) *Publicitarse como una CAC Societaria en proceso de adecuación que cuenta con Certificado de Adecuación otorgado por ASFI.*
2) *Abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*
3) *Canalizar u operar con recursos del Estado.*
4) *Implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios.*
5) *Realizar actos de disposición de bienes, no contemplados en el Plan de Regularización.*
6) *Otras restricciones establecidas por ASFI.*

En un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos, a partir de la revocatoria del Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación deberá presentar un Plan de Regularización, el mismo que debe ser aprobado por ASFI.

La revocatoria del Certificado de Adecuación, no impide que la CAC Societaria en proceso de adecuación pueda obtener un nuevo Certificado de Adecuación, previo cumplimento del Plan de Regularización..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese que la **Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012,** introduce al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, nuevos requisitos para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas.

2.2. Resultados de las inspecciones realizadas.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.** califica de incorrecto el argumento expuesto en la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014, aclarada mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014, respecto a que no existiría aplicación retroactiva de la norma sancionatoria debido a que la inspección se realizó con posterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012; a tal efecto, señala que en aplicación a lo dispuesto en el artículo 77° (*principio de irretroactividad*) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 -de Procedimiento Administrativo-, se garantiza el que nadie será sancionado por hechos que ocurran antes de la vigencia de una norma sancionatoria, independientemente de que la inspección de esos hechos se realice durante la vigencia de dicha norma.

De la revisión de los antecedentes, se puede apreciar que la Autoridad Reguladora realizó una serie de inspecciones tal como se resume en el siguiente cuadro:

Informe de la inspección	Fecha de corte de la inspección	Fecha del informe
Inspección especial ASFI/DSR 4/R-11389/2009	30/04/2009	19/06/2009
Inspección especial ASFI/DSR IV/R-100033/2010	31/07/2010	30/09/2010
Inspección de seguimiento ASFI/DSR IV/R-72843/2011	31/05/2011	19/07/2011
Inspección integral ASFI/DSR IV/R-89601/2012	31/05/2012	26/07/2012

Al respecto, es necesario resaltar que la inspección integral a la que se refiere la última línea del cuadro precedente, fue realizada del 2 al 13 de julio de 2012, es decir, después de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012; sin embargo, como también se aprecia en el cuadro, el corte de la información analizada fue al 31 de mayo de 2012, hecho que se debe tomar en cuenta por su relevancia, conforme se analiza infra.

De acuerdo a los informes de las referidas inspecciones, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.** habría efectuado prácticas contables que no se encuentran acorde con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y con los dispuestos en el Manual de Cuentas para entidades financieras, asimismo no habría dado cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Autoridad Reguladora, así como también presentaría pérdidas mayores al 30% de su Capital Primario, hechos que se habrían producido con anterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, todas estas causales para la revocatoria de su Certificado de Adecuación conforme lo señala el artículo 5º de la Sección 2, Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF) supra transcrito.

Al presente y en atención a la existencia de la impugnación, corresponde analizar si efectivamente la ahora recurrente ha incurrido en las referidas causales.

2.2.1. Incumplimiento al Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario.-

Conforme lo manifiesta la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013, el Plan de Acción de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.,** data de una fecha anterior a la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012; así:

> "…*En el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de la Inspección Integral* ***con corte al 31 de mayo de 2012****,* ***se evidenció que la Cooperativa no implementó totalmente las acciones correctivas del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales****, determinándose que de los 50 puntos del Anexo I, Capítulo III, Título I, Libro 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la entidad ha cumplido 33 (66%), parcialmente subsanados 13 (26%) y no fueron subsanados 4 (8%)*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo determina que no corresponde considerar este hecho como causal para la revocatoria del Certificado de Adecuación.

2.2.2. Incumplimiento reiterado a instrucciones expresas emitidas y/o a ajustes contables.-

De acuerdo a los antecedentes, el primer informe de inspección fue emitido en fecha 19 de junio de 2009, dándose a partir del mismo los presuntos incumplimientos a las instrucciones de la Autoridad Reguladora, como se evidencia de la lectura de la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014:

> "…*Que, producto de la inspección efectuada del 4 al 8 de julio de 2011,* ***cuyo objetivo principal fue efectuar el seguimiento a los ajustes y reversiones realizados al cierre de la gestión 2010*** *y evaluar la información reportada al 31 de mayo de 2011 sobre los ahorros de sus socios, registrados en el pasivo y patrimonio de la entidad, se tiene el Informe ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, en el que se presentaron las siguientes observaciones:* ***La entidad no efectúa las acciones correctivas necesarias para superar su delicada posición financiera y mejorar su gestión de riesgos****, aspecto que determina el deterioro de la situación patrimonial; <u>incumple principios de contabilidad generalmente aceptados, la Ley General de Cooperativas, Código de Comercio, así como la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras</u> y disposiciones vigentes que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros por un total de Bs9.093.408; distanciamiento de sanas prácticas prudenciales y disposiciones del ente regulador,* ***entre otras incumplimiento a disposiciones determinadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010****…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo anterior determina que la acusada reiteración se dio con anterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012.

2.2.3. Prácticas que incumplirían con los Principios Contables Generalmente Aceptados y las Normas Internacionales de Contabilidad.-

Es desde la inspección realizada en la gestión 2010 que la Autoridad Reguladora ha establecido, que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.,** estaría incumpliendo con las disposiciones que hacen a los Principios Contables Generalmente Aceptados, tal como lo manifiesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014:

> "…*Que,* ***en el señalado Informe ASFI/DSR4/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010,*** *se concluye lo siguiente:*
>
> 1. *La Cooperativa* ***incumple principios de contabilidad generalmente aceptados, normas internacionales de contabilidad, la Ley General de Sociedades Cooperativas, Código de Comercio, Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la Recopilación de Normas*** *para Bancos y Entidades Financieras, etc.*
>
> 2. *Los* ***incumplimientos observados se deben principalmente a la falta de apego a las disposiciones vigentes, adopción de malas prácticas, omisión de previsiones y provisiones, incorporación de bienes adjudicados activando intereses, registro de gastos activados y la no contabilización de gastos****; observaciones que son reiterativas; así como el aumento en el valor de los activos mediante el devengamiento* (sic) *en exceso de productos y la cartera relacionada*…" (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora bien; debe quedar claro que, un proceso contable (como al que se refiere la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013), es permanente, por lo que en el caso, subsistía hasta la emisión del informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012, de 26 de julio de 2012, es decir cuando ya la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, se encontraba en plena vigencia.

2.2.4. Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario.-

Tal como la propia Autoridad Reguladora lo refiere en la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014, las pérdidas acumuladas que sobrepasan el 30% del Capital Primario de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.**, se presentan desde gestiones anteriores:

> "…*Que, en el señalado Informe ASFI/DSR4/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010, se concluye lo siguiente:* (…)
>
> 3. *El margen operativo neto pone en evidencia la débil estructura de los activos productivos que incide en la falta de generación de flujos positivos y determina indicadores de rentabilidad negativos.* ***La relación Pérdidas Acumuladas versus Capital Primario alcanza al 363%,*** *poniendo en riesgo evidente los depósitos de los socios y terceros acreedores.*
>
> 4. *La entidad* ***muestra una situación financiera y patrimonial muy delicada y sus proyecciones presentan desfases importantes comprometiendo seriamente la***

continuidad del proceso de adecuación *de ASFI. En resguardo de los intereses del ahorro de los socios, debe recomendarse al Consejo de Administración convocar a la Asamblea General de Socios a efectos de informar la crítica situación de la entidad y aprobar la presentación de un plan de emergencia de viabilidad financiera y fortalecimiento patrimonial que incluya los ajustes por Bs31.548.986 emergentes del incumplimiento a la normativa vigente y el Manual de Cuentas…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir que, por la misma razón manifestada en el anterior numeral -la calidad de permanente-, el proceso contable determina que los hechos históricos se mantengan en el tiempo, si es que no existe un ajuste que los regularice, como sucedió en el presente caso (infra se efectúa un análisis específico en relación a los certificados de aportación remunerados, su tratamiento contable y su incidencia en el patrimonio de la cooperativa).

2.2.5. Conclusión referida a los incumplimientos determinados.-

Conforme se establece del análisis precedente, las causales de revocatoria referidas al supuesto incumplimiento al Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario (numeral 2.2.1 supra) y a las instrucciones expresas emitidas y/o a ajustes contables (numeral 2.2.2), no son aplicables al caso en función de su anterioridad a la fecha de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, la que constituyendo el "*Reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de cooperativas de ahorro y crédito*", es la que recién implementa y determina las causales de revocatoria.

A este respecto, la última inspección realizada por la Autoridad Reguladora se dio en fechas 2 al 13 de julio de 2012 pero con corte al 31 de mayo de 2012, lo que significa que la evaluación y/o análisis que se hizo en dicha inspección, se basó, necesariamente, en hechos ocurridos en un período anterior al de la vigencia de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012, tal como la propia Autoridad reguladora lo manifiesta en la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014:

> "*…En efecto, el Informe ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010 determinó que la Cooperativa incumple principios de contabilidad generalmente aceptados, normas internacionales de contabilidad, que la relación Pérdidas Acumuladas versus Capital Primario alcanza al 363%, poniendo en riesgo evidente los depósitos de los socios y terceros acreedores y la necesidad de efectuar ajustes por Bs31.548.986 emergentes del incumplimiento a la normativa vigente y el Manual de Cuentas.*
>
> *En el Informe ASFI/DSR IV/R-72843/2011 de 19 de julio de 2011, se señaló que la Cooperativa El Buen Samaritano Ltda. no efectúa las acciones correctivas necesarias para superar su delicada posición financiera y mejorar su gestión de riesgos, aspecto que determinan el deterioro de la situación patrimonial; incumple principios de contabilidad generalmente aceptados, a la normativa vigente, que ha derivado en reclasificaciones y ajustes contables, incumplimiento a disposiciones determinadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010. La relación Pérdidas Acumuladas versus Capital Primario alcanza al 76.42%, siendo reiterativas las observaciones al incumplimiento de principios de contabilidad*

generalmente aceptados, el incumplimiento a disposiciones determinadas en el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-100033/2010 de 30 de septiembre de 2010 y la perdida que representa la entidad en el capital primario.

En el Informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio 2012, ***ya vigentes las modificaciones al Reglamento que dispusieron las causales de revocatoria del certificado de adecuación****, se concluyó que* ***existen observaciones y recomendaciones reiterativas,*** *referidas a que la entidad no efectuó las acciones correctivas, necesarias para mejorar la gestión de riesgos y control interno, no efectuó acciones correctivas necesarias para superar su posición financiera y mejorar su gestión de riesgos; incumple principios de contabilidad generalmente aceptados y normativa vigente, que han derivado en reclasificaciones y ajustes contables en sus estados financieros, observándose entre otros el Incumplimiento reiterativo a disposiciones emitidas por la Autoridad de Supervisión…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

No sucede lo mismo con referencia a las causales de revocatoria referidas a las supuestas prácticas que incumplirían con los Principios Contables Generalmente Aceptados y con las Normas Internacionales de Contabilidad (numeral 2.2.3 supra) y a las pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario (numeral 2.2.4), debido principalmente a que, si bien el corte fue al 31 de mayo de 2012, la Autoridad Reguladora, con la información financiera que le es remitida mensualmente, ha determinado que las pérdidas de la cooperativa superan el 30% de su capital primario al 31 de julio de 2012, además que no realizaron los ajustes contables que les fueron instruidos, principalmente el referido a la reclasificación contable de los Certificados de Aportación Remunerados (CAR) que, de acuerdo a lo determinado por el Ente Regulador, deben ser reclasificados del Patrimonio al Pasivo.

Vale decir que utilizando el referente de la fecha en la que ya se encontraba vigente la referida Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha establecido que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.**, ha incurrido en la causal del numeral 4) de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, y que tal situación determina, a su vez, que también ha incurrido en lo establecido en su numeral 3), resultando ambos hechos, posteriores a la emisión de la referida normativa.

Si bien la Autoridad Reguladora realizó una nueva inspección en el mes de julio de 2012, cuyo informe sustenta la Resolución ASFI Nº 759/2013, en la misma estableció que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CERRADA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA**. incurría en todas las causales para la revocatoria del Certificado de Adecuación; sin embargo, no consta algún pronunciamiento en sentido de establecer si las observaciones que se tenían eran subsanables o no, por lo que corresponde evaluar la pertinencia de un plazo definitivo para la corrección de todas las observaciones a fin de poder evaluar efectivamente su cumplimiento, en consideración a que tales observaciones datan de gestiones anteriores y la norma fue emitida -recién- en junio de 2012, de tal manera poderse determinar la factibilidad de incluirlas o no, en la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o Plan de Acción Complementario.

Tal conclusión es también aplicable a la controversia referida a la reelección del señor Hoggier Hurtado Añez, Presidente del Consejo de Administración, desde el año 2001 y por 12 años (hasta el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 19 de noviembre de 2013), lo que infringiría el artículo 11° (*Conformación y funciones de los Consejos de Administración y Vigilancia y de la auditoría interna*) del Decreto Supremo N° 25703 -Reglamento a la Ley General de Sociedades Cooperativas-, sobre la que ha sido preciso aclarar en la Resolución Administrativa ASFI Nº 072/2014 de 13 de enero de 2014, que "*no representan observaciones a los hechos como supuesta causal de la revocatoria del Certificado de Adecuación, sino al incumplimiento reiterativo a instrucciones expresas emitidas por ASFI*".

Así expuesto, resulta en una disposición confusa, en tanto no se explican sus alcances y trascendencia al caso de autos, con respecto a lo cual, ha manifestado la recurrente, en su memorial presentado en fecha 21 de febrero de 2014, en sentido que "*si con la renuncia de nuestro presidente y el cierre de la agencia, su autoridad procedería a subsanar las observaciones hacia la Cooperativa procediendo a restituir nuestro certificado de adecuación*", extremo declarado improcedente en la Resolución Administrativa ASFI N° 114/2014 de 28 de febrero de 2014, y que subsiste en el Recurso Jerárquico actual, cuando la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CERRADA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA**., señala que:

> "…*la Cooperativa asumió que la causa del Certificado de Adecuación con relación a la reelección de su Presidente, no radicaba en la ilegalidad de la reelección, sino, en que la ASFI simplemente instruyó que no opere dicha reelección. Por este motivo, en aras de defender la institución, la Cooperativa solicitó se aclare si con la renuncia del Presidente, la ASFI restituiría el Certificado de Adecuación, pero mediante Resolución ASFI 114/2014 la ASFI declaró improcedente esta consulta.*
>
> *Corresponde entonces refutar este nuevo argumento, indicando que la ASFI no puede prohibir a la Cooperativa EBS ni a ninguna entidad, aquello que la Ley no prohíbe, mucho menos, invocar como causal de revocatoria del Certificado de Adecuación el no cumplimiento a una prohibición que no cuenta con respaldo legal*…"

Extremo que se acomoda al criterio anterior señalado, en sentido que se debe establecer si las observaciones son subsanables o no, y si en caso de serlo, si sería pertinente la imposición de un plazo definitivo para la corrección de las mismas, a fin de poder evaluar efectivamente su cumplimiento.

Por lo expuesto, se puede concluir que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha cumplido con la normativa aplicable al caso de autos, viciando el proceso de anulabilidad, correspondiendo que la misma reconduzca el procedimiento, en estricto apego al debido proceso administrativo, considerando la realización de una nueva inspección y la otorgación de un plazo prudencial para que -la ahora recurrente- pueda subsanar las observaciones emergentes.

Independientemente de lo manifestado ut supra, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debiera emitir una normativa de carácter general que establezca el período de adecuación de las Cooperativas que, a la fecha de emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, contaban con el Certificado de Adecuación.

2.3. Principios de irretroactividad de la norma y del debido proceso.-

Amén de lo señalado con relación a las causales de revocatoria referidas al supuesto incumplimiento al Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario (numeral 2.2.1 supra) y a las instrucciones expresas emitidas y/o a ajustes contables (numeral 2.2.2), es menester además complementar las conclusiones ya manifiestas, en sentido que la inspección especial **con corte al 31 de mayo de 2012**, cuyos resultados se reflejan en el informe ASFI/DSR IV/R-89601/2012 de 23 de julio de 2012 (el cual constituyó el sustento técnico para la emisión de la Resolución ASFI N° 759/2013 de 19 de noviembre de 2013), **fue realizada entre fechas 2 y 13 de julio de 2012**, cuando el artículo 5° en la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro ya se encontraba vigente por efecto de la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y publicada mediante Circular 126/2012 de 12 de junio de 2012, de lo que se deduce que los hechos motivo de la resolución sancionadora ocurrieron hasta el 31 de mayo.

A efectos del presente análisis legal, se rescata lo establecido por el artículo 116°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado ("*cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*"), además del artículo 123°, primera parte, de la misma, en sentido que "*La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo*"; asimismo el artículo 77° de la Ley N° 2341, Ley de Procedimiento Administrativo, señala que: "*Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa*".

Normas todas éstas, que garantizan el ejercicio efectivo del principio de irretroactividad de la norma en el ejercicio de los derechos de las personas, a cuyo respecto, se encuentra bien definido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 5° señala que: "*La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordena*"; en el mismo sentido, el artículo 11° de la Declaración de Derechos Humanos indica que: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional*".

Entonces, la irretroactividad de la norma es, en general, parte del principio de legalidad, por cuanto, no se puede exigir el cumplimiento de disposición normativa alguna, en tanto la misma no se encuentre legalmente en vigencia en esa oportunidad y momento, idea que va relacionado con la *teoría de los hechos cumplidos* y que establece que, cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, materializando así el principio de seguridad jurídica. Siendo el principio de irretroactividad un principio rector del Derecho universal, rige también para el derecho administrativo sancionatorio.

Por lo que de lo anteriormente descrito, se infiere que los actos se regulan por la normativa vigente y en el momento que estos actos o hechos se lleven a cabo; el principio de irretroactividad exige que, en aplicación de la regla *tempus regit actum* (*el tiempo rige el acto*), la ley vigente en un período dado determine la existencia de los supuestos de hecho verificados bajo su vigencia, así como las consecuencias jurídicas derivadas de tales supuestos, concluyendo entonces que los actos que acontecieron y fueron el motivo para establecer sanciones a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CERRADA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.**, acaecieron cuando aún no estaba en vigencia el artículo 5°, en la

Sección 2, del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro.

En todo caso, evidenciada la vulneración al principio de irretroactividad de la norma, la misma conlleva a la afectación de la garantía del debido proceso, derecho que le asiste al regulado y obligación que debe asumir la Autoridad Reguladora, siendo pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, que señala:

> **"**…*por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:*
>
> *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> *En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:*
>
> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-*

R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…"

En definitiva, al evidenciarse la transgresión al debido proceso, conforme se tiene expuesto supra, es deber del Ente Regulador pronunciarse técnica y legalmente sobre la solicitud de adecuación presentada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CERRADA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA**., y motivar de manera concisa, concreta, clara, cierta y evidente, su determinación, estableciendo con precisión la o las causales que le llevan a tomar su determinación, desarrollándola y evidenciándola cual en derecho corresponde y no ha sucedido dentro del caso de autos.

Por lo señalado, al haberse determinado el incumplimiento a los principios del debido proceso, de motivación y de irretroactividad de la norma, corresponde la reposición de obrados, a efectos de que los vicios señalados sean subsanados.

2.4. Reclasificación contable de los Certificados de Aportación Remunerados.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CERRADA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA**. alega que los Certificados de Aportación Remunerados no van en contra de la normativa, toda vez que no constituyen depósitos, como mal la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero los estaría considerando, sino "***contratos celebrados entre la Cooperativa y cada socio***, *mediante el cual, el socio* ***aporta dinero al fondo social de la Cooperativa, por un tiempo y con una tasa de interés proyectada***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, es importante analizar, cualquiera sea la figura jurídica -diferente a las aportaciones obligatorias- a través de la cual los socios entregaron dineros a la cooperativa, si

los mismos corresponden evidentemente a sus aportes, o a obligaciones contraídas por la entidad.

Para ello, se debe tener en cuenta que los aportes (obligatorios) de los socios cooperativistas, no tienen un plazo definido y su rentabilidad viene dada en función a los resultados positivos que pueda obtener la entidad; dicho de otra manera, los aportes no tienen plazo definido ni una rentabilidad fija o pre establecida.

En cambio, los controvertidos Certificados de Aportación Remunerados, conforme lo manifiesta la recurrente, son aportes realizados por los socios por un determinado tiempo y con una tasa de interés proyectada y pre establecida, de lo que se infiere que esos dineros tienen que ser devueltos en el plazo establecido en el contrato y se les debe pagar la tasa de interés proyectada, la cual no está sujeta a que la cooperativa, necesariamente, tenga excedentes, como es para el caso de los aportes obligatorios, tal como la propia recurrente lo manifiesta:

> "…*1) Las aportaciones voluntarias no pueden participar en la distribución de excedentes, 2) La remuneración de los aportes voluntarios al fondo social no está prohibida por el orden jurídico vigente, ni existe norma alguna que condicione este pago a la generación de excedentes*…"

En otras palabras existe una obligación por un tiempo definido y con una tasa de interés pre establecida, por lo que **al ser una obligación** con plazo determinado debe ser registrada **como Pasivo** y **no como Patrimonio** o Capital societario.

Si bien es cierto que el artículo 8° del Decreto Supremo Nº 25703, en su inciso b), señala que las cooperativas pueden emitir Certificados de Aportación Voluntarios, también es cierto que en ningún momento señala que sea posible su registro como parte del Patrimonio o Capital Societario, en tal sentido, no existe argumento legal para mantener dichos Certificados de Aportación Remunerada como parte de los mismos.

Sin embargo y toda vez que la recurrente, mediante memorial de 24 de abril de 2014, ha presentado a las suscrita Autoridad Jerárquica, un ejemplar del Certificado de Aportación Remunerada, haciendo notar que son aportes voluntarios y que están disponibles para absorber las pérdidas que pudiera tener la cooperativa, conforme a la leyenda impresa que en tal sentido sale del propio Certificado, corresponde que el documento sea evaluado por la Autoridad Reguladora a fin de establecer si con ello se supera la observación de los CAR o, por el contrario, se mantiene la misma, dejándola en una situación que no le permitiría continuar con sus actividades.

CONSIDERANDO:

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y en especial los derechos consagrados del recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 759/2013 de 26 de noviembre de 2012, **inclusive,** debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 150/2014 DE 19 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 052/2014 DE 25 DE AGOSTO DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2014

La Paz, 25 de agosto de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho Órgano de Fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 045/2014 de 17 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 081/2014 de 21 de julio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 7 de abril de 2014, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, representada al efecto por el Dr. Víctor Eddy Vargas Bravo, y mencionando para ello el Testimonio de Poder con N° 490/2012 (notaria Mónica Andrea Pérez Orruel), presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-54000/2014 de fecha 8 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014.

Que, previamente a la admisión del Recurso Jerárquico, mediante providencia de 15 de abril de 2014, se dispuso que la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** acredite la personería de su representante legal.

Que, por memorial presentado en fecha 23 de abril de 2014, el representante legal de la recurrente señaló que acreditaba su personería, en el Testimonio de Poder con N° 490/2012 (notaria Mónica Andrea Pérez Orruel), el que no cursando en obrados, mediante providencia de 8 de mayo de 2014, se le dejó constancia de la existencia del Testimonio de Poder N° 491/2012 (notaria Mónica Andrea Pérez Orruel), no así el N° 490/2012.

Que, consiguientemente, se tiene por interpuesto el Recurso Jerárquico por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, representada al efecto por el Dr. Víctor Eddy Vargas Bravo, en mérito al Testimonio de Poder Nº 491/2012, otorgado en fecha 27 de abril de 2012 por ante Notaría de Fe Pública N° 66 del Distrito Judicial de Cochabamba, a cargo de la Dra. Mónica Andrea Pérez Orruel, extremo sobre el que manifestó su conformidad la recurrente en su memorial presentado en fecha 16 de mayo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 19 de mayo de 2014, notificado en fecha 23 de mayo de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014.

Que, mediante auto de fecha 19 de mayo de 2014, se dispuso la notificación del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, a efectos que en su calidad de tercero legítimo interesado, se apersone y presente sus alegatos con referencia al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, extremo que se produjo mediante memorial presentado en fecha 9 de junio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 DE 10 DE MAYO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, se resolvió lo siguiente:

> "…***ANULAR*** *el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 525/2012 de 9 de octubre de 2012,* ***inclusive****, debiendo, en consecuencia, dictarse*

nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…"

2. ANTECEDENTES.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, se pronunció por negar su competencia con respecto a la denuncia de fecha 15 de mayo de 2012, presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, referida a una presumible irregular apertura de una cuenta corriente particular a nombre de una Juez en materia laboral, y consiguiente disposición de recursos provenientes del proceso judicial de cobro de beneficios sociales (con sentencia condenatoria) seguido por el señor Carlos Martínez y otros, contra la ahora recurrente.

Que, en atención a la solicitud de fecha 25 de septiembre de 2012 presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consignó el contenido de la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012 en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 525-2012 de 9 de octubre de 2012, dando lugar al Recurso de Revocatoria de 6 de noviembre de 2012.

Que, el Recurso de Revocatoria de referencia, fue resuelto mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la precedente Resolución Administrativa ASFI Nº 525/2012 de 9 de octubre de 2012, en el entendido ser inaplicable (retroactivamente) al caso, el Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011.

Que, mediante memorial presentado el 27 de diciembre de 2012, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, el que fue resuelto mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, anulando el procedimiento "*hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 525/2012 de 9 de octubre de 2012,* ***inclusive***", por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-***

En primer término importa precisar, que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de sus funciones, atribuciones y competencias, no tiene la facultad de investigar delitos, mismos que deben ser investigados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, esto en sujeción al principio de separación de órganos, conforme lo establece el artículo 12 de la Constitución Política del Estado.

Por lo que, ésta instancia Jerárquica sólo se pronunciará, en cuanto al ámbito Administrativo y al control de legalidad que hace el Superior Jerárquico, sobre los actos emitidos por la Autoridad inferior, para constatar la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de

la instancia inferior y no así sobre la supuesta comisión de delitos u otros hechos que, conciernen ser dilucidados en la vía jurisdiccional.

2.1. En cuanto a la notificación del Informe UIF/LEG/32528/2012 de 14 de junio de 2012.-

La recurrente señala que el Informe UIF/LEG/32528/2012, de 14 de junio de 2012, emitido por la Unidad de Investigaciones Financieras, no habría sido de su conocimiento, hecho que habría dado lugar a que se vulnere el debido proceso y habría dado lugar a su indefensión.

Respecto al informe UIF/LEG/32528/2012 de 14 de junio de 2012, se tiene que, ni la Ley del Procedimiento Administrativo, ni sus Decretos Supremos Reglamentarios, establecen que los informes jurídicos y técnicos, deban ser notificados, en razón a que éstos no son actos administrativos, ni pueden ser objeto de impugnación, toda vez que lo impugnable es la decisión de la Administración Pública, decisión que, para el caso de autos, se encuentra plasmada en la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, misma que sí fue de conocimiento del recurrente y fue objeto de impugnación, por lo que no existe ninguna vulneración al derecho del debido proceso, del recurrente.

2.2. En cuanto a la irretroactividad de la norma.-

La recurrente señala que, al tratarse de delitos de corrupción y conforme el artículo 123 de la Constitución Política del Estado y la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 (Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz), el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 podría ser aplicado retroactivamente.

Al respecto, si bien el artículo 123 de la Constitución Política del Estado señala que:

"La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, ***excepto*** *en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado,* ***en materia de corrupción, para investigar procesar y sancionar delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado****; y en el resto de los casos señalados en la Constitución" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Se tiene que, lo dispuesto en el artículo precedente faculta a la Autoridad a aplicar retroactivamente la norma, sólo en materia de delitos de corrupción, y no así en cuanto a infracciones administrativas.

Por lo que, lo señalado por la recurrente, no aplica al caso de autos, debido a que el presente proceso no se trata sobre la investigación de delitos, mismos que, en caso de existir, deben ser investigados por autoridades jurisdiccionales conforme se expuso en el punto 2 supra, y no así por la Autoridad Administrativa, toda vez que el presente proceso se limita a sustanciar la controversia referida a la competencia que tendría el

Ente Regulador, para pronunciarse e investigar supuestos incumplimientos a la normativa administrativa (Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997), por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.

En cuanto a lo referido por el tercer interesado, Banco Nacional de Bolivia S.A., respecto a la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0770/2012 de 13 de agosto de 2012, misma que habría establecido en la ratio decidendi, que la Ley N° 004 debe ser interpretada en el marco de los tratados internacionales, es decir, que las disposiciones de la Ley N° 004, no pueden ser aplicadas de forma retroactiva cuando la sanción sea más grave o cuando el hecho por el cual se está juzgando, no hubiera constituido delito en el momento en el que se ejecutó, y solamente puede ser admisible la retroactividad de la norma, cuando ésta es más favorable al imputado; no se debe olvidar también que la misma Sentencia Constitucional hace referencia a la posibilidad de que se pueda investigar y sancionar retroactivamente, cuando existan delitos de acción permanente o continua, o sea, cuando no han terminado de surtir los efectos por la comisión del delito.

Sin embargo de ello y como bien ya se dijo, no corresponde aplicar la misma Sentencia al caso de Autos, en razón a que trata sobre la aplicación retroactiva de la norma en delitos de corrupción y la aplicación de la norma más favorable en el ámbito penal, y no así en el ámbito administrativo, por lo que no corresponde hacer más precisiones al respecto.

2.3. En cuanto a la falta de pronunciamiento.-

La recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se habría pronunciado en cuanto a que las supuestas infracciones cometidas por el Banco Nacional de Bolivia S.A., corresponden a vulneraciones al Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 y no así al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, por lo cual no se ingresaría en el marco de la irretroactividad de la norma, hecho que a su vez, habría dado lugar a que se vulnere el principio de fundamentación y motivación.

Al respecto, si bien en el caso de autos, las supuestas infracciones se encontrarían tipificadas en el Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, se debe considerar que es preciso que exista una norma que establezca la sanción a imponerse, y que en el caso de autos, la norma para sancionar, corresponde al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 (Reglamento al régimen de infracciones y los procedimientos para la aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), del cual, la Autoridad de Supervisión Financiera, se pronunció en relación a que ésta no tendría competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, basada en lo que establece la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 77 cuando hace referencia a que "Sólo serán aplicables las ***disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa",*** *debido a que, principalmente, las presuntas infracciones administrativas en las que habría incurrido la entidad bancaria, se habrían producido*

con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011.

Asimismo, se debe precisar que, para que el Ente Regulador haya arribado a esta conclusión, previamente debió haberse determinado si existió incumplimiento a los artículos 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional S.A. (sic), *si las infracciones se encontrarían prescritas, y si las mismas corresponden a infracciones permanentes o instantáneas.*

El hecho de que la Autoridad Fiscalizadora no haya fundamentado su decisión, ha dado lugar a que se vulnere, así, uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se encuentra justamente en su motivación o fundamentación.

Por lo que, la Autoridad Reguladora, en cumplimiento de este principio así como en cumplimiento del principio de verdad material, a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, debe hacer el correspondiente análisis de cada una de las infracciones denunciadas al Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997 y deberá establecer si las mismas fueron cumplidas o incumplidas por el Banco Nacional de Bolivia S.A., si se encontrarían prescritas o, finalmente, si corresponderían a infracciones permanentes o instantáneas.

2.4 En cuanto a la prescripción.-

El Banco Nacional de Bolivia S.A. señala que, independientemente de que hayan existido las infracciones (hecho no consentido por el mismo), las mismas, a la fecha, se encontrarían prescritas, en razón a que el hecho hubiera ocurrido en las gestiones 2007 y 2008.

Si bien el artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...", es preciso señalar que el régimen de la prescripción tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido, se debe enmarcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas y las infracciones permanentes,*** *cuales son:*

"...En las ***infracciones instantáneas,*** *la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las ***infracciones permanentes,*** *la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

*En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes,** la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto..."*

*"...Asimismo, corresponde precisar que la doctrina ha establecido que el vocablo "Tracto - proveniente del latín "tractus" que significa un lapso de tiempo - corresponde a una noción dirigida a representar la distancia existente físicamente entre dos lugares, o entre dos puntos que se ubican en el tiempo; en nuestra economía jurídica, al igual que las demás, el citado **vocablo hace referencia a un vínculo que tiene cierta permanencia y proyección temporal, en consecuencia, los hechos posteriores que nacen en virtud de un hecho u acto principal se encuentran intrínsecamente ligados y sus resultados serían los mismos**".*

Entonces, al relacionar los acontecimientos, se tiene que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza, y que interrumpe el plazo de la prescripción, es precisamente el efecto continuado o "tracto sucesivo" de un determinado acontecimiento, que como consecuencia, el acto o hecho jurídico se viene renovando en el tiempo (teoría bipartita que encamina al Derecho Administrativo)....", criterio que ya ha sido expuesto por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 052/2012 de 2 de octubre de 2012.

En este sentido, si bien el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 (Reglamento al régimen de infracciones y los procedimientos para la aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), sería posterior al momento del hecho.

No se debe olvidar que, en caso de que el Ente Regulador, en su análisis, determine que ha existido infracción a los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de junio de 1997 y que las infracciones han sido de carácter permanente, las mismas no se encontrarían prescritas, correspondiendo sancionar al Banco Nacional S.A. (sic) *con la norma vigente, (Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011), determinando por ende, en este caso, ninguna inobservancia al principio de irretroactividad, ni la prescripción alegada por el tercer interesado.*

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación, fundamentación y verdad material, conforme se expuso, aspectos que necesariamente deben ser considerados a momento que la Administración adopte una nueva decisión.

Que, en el presente caso, al no haberse motivado y fundamentado la resolución impugnada, corresponde anular el proceso.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, los derechos consagrados del recurrente.

Que, en cuanto a las otras infracciones, supuestamente cometidas por el Banco Nacional de Bolivia S.A. y denunciadas, en Recurso Jerárquico y en Recurso de Revocatoria (como ser, el posible incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI), se tiene que las mismas no son objeto de este proceso, toda vez que, a través de la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronunció en sentido de que las mismas serían objeto de una inspección especial al Banco Nacional de Bolivia S.A., con objeto de determinar las supuestas irregularidades, actuación que corresponde a otro proceso, siendo que el presente proceso versa sólo sobre el incumplimiento al Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 y no así a otro tipo de infracciones…"

Que, el extremo anterior determina la anulación de obrados hasta el estado de la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, es decir, la primera Resolución Administrativa del proceso, la que al atender la solicitud de consignación del contenido de la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, diera inicio al mismo y por tanto, anterior a la interposición del Recurso de Revocatoria.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 757/2013 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Que, por efecto de la anulación dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, por la que resuelve "***ESTABLECER*** *que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997*", con base en los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que, al haber el señor Víctor Eddy Vargas Bravo interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ- SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, resolvió: "Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, inclusive, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución

Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica".

Que, en el marco de los lineamientos dispuestos por la citada Resolución Ministerial Jerárquica, la misma establece que uno de los aspectos principales que incidió en la anulación de la Resolución ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, se refiere a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero "previamente debió determinar si existió incumplimiento a los artículos 21, 28, 30 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A., si las infracciones se encontraría (sic) *prescritas y si las mismas corresponden a infracciones permanentes o instantáneas".*

Que, a través del memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 15 de noviembre de 2013, el Banco Nacional de Bolivia S.A., señala los aspectos siguientes:

- *En relación a la vulneración del artículo 26 del Decreto Supremo N° 24771, en la apertura de las cuentas corrientes se identificaron a los clientes como señala la normativa legal y como consta en la documentación de apertura de las cuentas que fueron presentadas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cuando efectúo la inspección especial de riesgo operativo y cuyas conclusiones constan en el Informe/ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, por lo que no hubo vulneración al citado artículo 26.*

- *En relación a la supuesta vulneración de los artículos 27 y 30 del Decreto Supremo N° 24771, al haberse identificado a las personas que abrieron la cuenta corriente así como sus actividades como consta en la documentación de apertura de las cuentas, conocerse el origen de los fondos, la existencia de sentencias ejecutoriadas pronunciadas por autoridad competente en juicio público, no podía razonablemente considerarse que los depósitos que ingresaron a las cuentas corrientes 5000-0050719 y 5000-0051057 mediante cheques cruzados girados por el Consejo de la Judicatura con el respaldo de sentencias pronunciadas dentro de un proceso laboral fueron operaciones de complejidad inusitada o injustificada o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito.*

  No obstante lo anteriormente señalado, cabe aclarar en cuanto al incumplimiento de generar un Reporte de Operación Sospechosa - ROS, que el Instructivo y Manual de Procedimientos Operativos para la Prevención, Detección y Reporte de Legitimación de Ganancias Ilícitas en el Sistema Financiero y Servicios Auxiliares (Instructivo y Manual) que se encontraba vigente al momento de abrirse la cuenta corriente 500-0050719 y cuenta corriente 500-0051057 así como en el momento de efectuarse el depósito de Bs6.673.744,75 y depósito de Bs6.513.550,12 en las respectivas cuentas, era el aprobado mediante Resolución Administrativa UIF/016/99 de 12 de Julio de 1999, norma legal que no establecía la obligatoriedad del llenando del Formulario 1 tratándose de cheques ajenos.

- *En relación a la supuesta vulneración de los artículos 31 y 32 del Decreta Supremo*

N° 24771, el Banco Nacional de Bolivia S.A. no ha negado proveer información relacionada al mismo, toda vez que es la UIF quien puede exigir el cumplimiento de dichos artículos. En cuanto a las infracciones si las hubiera las mismas se encuentran prescritas

CONSIDERANDO:

Que, al haber el señor Víctor Eddy Vargas Bravo interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ- SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, resolvió "Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, inclusive, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica".

Que, en ese sentido, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, en la parte considerativa señala que se debe determinar si ha existido infracción a los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997.

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, la presente Resolución debe circunscribirse previamente a emitir pronunciamiento sobre los aspectos anulados, relativos a los posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A., motivando en derecho y ajustándola conforme a los fundamentos.

Que, ingresando a efectuar una valoración sobre los aspectos anulados, relativos a los posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A., cabe señalar lo siguiente:

Análisis del Artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997

Que, mediante Comunicaciones ASFI/DAJ/R-108851/2013, ASFI/DAJ/R131236/2013 de 2013 y ASFI/DAJ /R-171525/2012 (sic) *de 23 de julio, 2 de septiembre y 11 de noviembre de 2013, respectivamente, la Dirección de Asuntos Jurídicos, remitió a conocimiento de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, solicitando que dicha Dirección emita informe técnico sobre el posible incumplimiento de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.*

Que, en ese sentido, la Dirección de Supervisión de Riesgos I, emitió los informes

ASFI/DSR I/R-120107/2013 y ASFI/DSR I/R-140217/2013 de 13 de agosto y 17 de septiembre de 2013, respectivamente, los cuales señalan que respecto al análisis del artículo 27 del Decreto Supremo N° 24771, conforme se expone en el informe de inspección ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, se advierte que cursa en la entidad la siguiente documentación:

- *"Fotocopia del cheque N°0002916-5* ***"Depósitos Judiciales Oruro",*** *Cuenta Corriente Fiscal 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. de 10 de enero de 2008,* ***emitido por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., Cuenta Corriente N° 5000050719 por la suma de Bs2,821.601.98 (cheque cruzado).*

- *Fotocopia del cheque N° 0002766-4 de* ***"Depósitos Judiciales Oruro"*** *Cuenta Corriente Fiscal 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito d* (sic) *Bolivia S.A., de 22 de noviembre de 2007, emitido por la* ***Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A. Cuenta Corriente N° 5000050719 por la suma Bs6,673,744.75 (cheque cruzado).*

- *Fotocopia del cheque N° 000092-7 de la* ***"Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales"*** *Cuenta Corriente Fiscal N° 401-5024376-3-06 del Banco de Crédito de Bolivia S.A., de 20 de febrero de 2008, emitido por la Dirección* ***Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia* ***S.A.*** *Cuenta Corriente N° 500-0051057 por la suma de Bs6,513,550.12, endosado por el Sr. Trifon Mendoza Villalobos.*

- *Para la apertura de la Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A., cursa* ***la sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007,*** *ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, que dispone el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones dentro del proceso laboral seguido en contra de la Compañía Minera Orlandini Ltda.*

Por lo antes expuesto, las operaciones descritas en dicho artículo no presentan condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, evidenciándose que durante el proceso de apertura se observó lo dispuesto en la norma 193/04 "Conozca a su cliente" del Banco".

Que, en este marco, el artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, determina que: "Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario".

Que, la norma transcrita determina de manera clara que cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, es necesario que la entidad de

intermediación financiera solicite al cliente sobre el origen y el destino de los fondos.

Que, en el presente caso no se presentó (sic) *condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, por cuanto el Banco Nacional de Bolivia S.A., al momento de la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, observó lo establecido en la norma 193/04 "Conozca a su cliente", toda vez que los cheques depositados pertenecían a la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura.*

Análisis de los Artículos 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997

Que, en cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, relativo a determinar si habría existido infracción a los artículos 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, cabe señalar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante cartas ASFI/DAJ/R-81046/2013, ASFI/DAJ/R-94492/2013, ASFI/DAJ/R-164700/1013 y ASFI/DAJ/R-166767/2013 de 4 de junio, 27 de junio, 29 de octubre y 1 de noviembre de 2013, respectivamente solicito (sic) *a la Unidad de Investigaciones Financieras que en el marco de su competencia analice si habría existido incumplimiento de los artículos 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771, por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.*

Que, en respuesta a las cartas de solicitud la Unidad de Investigaciones Financieras mediante cartas UIF/DIR/24361/2013, UIF/DIR/28837/2013, UIF/DIR/46228/2013 de 7 de junio, 12 de julio y 4 de noviembre de 2013, respectivamente señala que: "En consideración al principio de preclusión, se entiende que el INFORME UIF/LEG/10876/2012 emitido en fecha 14 de junio de 2012 que establece el criterio técnico - legal de la Unidad de Investigaciones Financieras, ha quedado firme y subsistente dentro del presente procedimiento, toda vez que la Resolución Jerárquica no anuló este actuado procesal, por lo que la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF) no tiene la facultad para emitir un nuevo criterio técnico.

Que, asimismo la Unidad de Investigaciones Financieras mediante informe UIF/LEG/45833/2013 de 31 de octubre de 2013, con relación a la solicitud de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de efectuar una valoración de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771, se ratifica en el contenido del informe UIF/LEG/10876/2012 emitido en fecha 14 de junio de 2012, <u>en sentido de que dicha Unidad carece de competencia para instaurar y aplicar sanciones contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.</u>, en aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas sobre las supuestas infracciones denunciadas, considerando fundamentalmente que los hechos sucedidos son anteriores a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011. Asimismo, el Informe UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012, en su parte conclusiva señala lo siguiente:

"En este Marco, sobre la base de toda la información y documentación, en virtud a

los principios de legalidad e irretroactividad de las normas jurídicas, se infiere que la Unidad de Investigaciones Financiera, en el presente caso, no tiene la competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que se constató que las presuntas infracciones enunciadas se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011".

Adicionalmente, el citado Informe UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012, recomienda:

"Tomando en cuenta las conclusiones vertidas, se recomienda que la Dirección de la Unidad de Investigaciones Financieras remita una nota a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, indicando de que en base al análisis de la documentación proporcionada tanto por la parte denunciante como denunciada se constató que las supuestas infracciones se habrían producido antes de la promulgación del Decreto Supremo 910, por lo que no corresponde realizar el respectivo Informe de Substanciación de Determinación de Responsabilidad".

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Comunicaciones Internas ASFI/DAJ/R-108851/2013, ASFI/DAJ/R-131236/2013 de 2013 y ASFI/DAJ/R-171525/2012 (sic) *de 23 de julio, 2 de septiembre y 11 de noviembre de 2013, respectivamente, remitió a conocimiento de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, solicitando que dicha Dirección emita informe técnico sobre el posible incumplimiento de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.*

Que, en respuesta a la solicitud efectuada por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la Dirección de Supervisión de Riesgos I, emitió las Comunicaciones internas ASFI/DSR I/R-120107/2013 y ASFI/DSR I/R-141098/2013 de 13 de agosto y 18 de septiembre de 2013, respectivamente, así como el Informe ASFI/DSR I/R-140217/2013 de 17 de septiembre de 2013, el cual señala lo siguiente:

- *"Respecto a la apertura las* (sic) *Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales, para el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones, como resultado de la Sentencia N° 25/2007 de 22 de octubre de 2007, ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, corresponde a otra instancia determinar si dicha operativa es válida, considerando que los cheques girados a la orden de las cuentas citadas, fueron emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura.*

- *Es competencia de otra instancia determinar si los fondos ingresados en las Cuentas Corrientes antes citadas fueron correctamente utilizados".*

Que, lo expuesto lleva a concluir que en el marco de los principios de legalidad, irretroactividad de las normas, la Unidad de Investigaciones Financieras ratifica su posición relativa a que dicha Unidad no tiene competencia para determinar y aplicar

sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que se constató que las presuntas infracciones enunciadas se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011. Asimismo, en caso de haberse configurado infracción de los citados artículos 28, 30, 31 y 32, los mismos constituyen infracciones instantáneas.

Que, los principios de legalidad e irretroactividad de las normas se encuentran consagrados por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el cual textualmente señala: "La Ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores", precepto concordante con el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 en lo referente al principio de irretroactividad el cual señala que: "Solo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen la infracción administrativa".

Que, adicionalmente a lo señalado cabe puntualizar que en relación a la apertura de cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales, para el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones, como resultado de la Sentencia N° 25/2007 de 22 de octubre de 2007, corresponde a otra instancia determinar si la operativa es válida, por cuanto los cheques girados a la orden de las cuentas citadas, fueron emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura.

Que, en ese sentido, es competencia de otra instancia determinar si los fondos ingresados en las Cuentas Corrientes cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, fueron correctamente utilizados.

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con relación al presunto incumplimiento del Reglamento que regula la apertura y manejo de cuentas corrientes, así como otras irregularidades que supuestamente el Banco Nacional de Bolivia S.A. habría incurrido, este Órgano de Supervisión en ejercicio de su competencia que emana de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto ordenado), en su calidad de órgano rector del sistema de intermediación financiera sobre las entidades y personas sometidas a su supervisión, en el marco del debido proceso administrativo y la verdad material prevista en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, realizó una Inspección Especial de Riesgo Operativo al Banco Nacional de Bolivia S.A., con el objeto de verificar el cumplimiento a lo dispuesto en el ***Reglamento de Cuentas Corrientes, contenido en el Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A.***

Que, para el cumplimiento del objetivo planteado se evaluaron y verificaron los siguientes puntos: a) Revisar la documentación contenida en las carpetas de

apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057; b) Validar el cumplimiento de los manuales de procedimientos del Banco en cuanto a los requisitos mínimos que debieron ser cumplidos para la apertura de las Cuentas Corrientes citadas, cuyos resultados se encuentran en el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, el cual señala lo siguiente:

a. *El 19 de octubre de 2007, se efectuó la apertura de la Cuenta Corriente N° 500-0050719 a nombre de los señores Mariela Duveisa Zuleta Mendoza con Cédula de Identidad N° 4036042-Or, Trifón Mendoza Villalobos con Cédula de Identidad N° 2734129-OR y Edda Sarah Fiorilo Barrios con Cédula de Identidad N° 4055140-OR, de manejo conjunto por parte de los tres titulares como personas naturales.*

b. *El 18 de febrero de 2008, se efectuó la apertura de la Cuenta Corriente N° 500-0051057 a nombre los señores Trifón Mendoza Villalobos con Cédula de Identidad N° 4036042-OR y Edda Sarah Fiorilo Barrios con Cédula de Identidad N° 4055140-OR, de manejo conjunto por parte de los dos titulares como personas naturales.*

c. *Cursa en la entidad la fotocopia del Cheque N° 0002916-5 de "Depósitos Judiciales Oruro", Cuenta Corriente N° 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia SA. de 10 de enero de 2008, emitido por la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., cuenta corriente N° 5000050719 por la suma de Bs2,821,601.98 (cheque cruzado).*

d. *Cursa en la entidad la fotocopia del Cheque N° 0002766-4 de "Depósitos Judiciales Oruro", cuenta corriente N° 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia S.A., de 22 de noviembre de 2007, emitido por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., cuenta corriente N° 5000050719 por la suma de Bs6,673,744.75 (cheque cruzado).*

e. *Cursa en la entidad la fotocopia del Cheque N° 000092-7 de la "Corte Superior de Oruro - Depósitos Judiciales", cuenta corriente fiscal N° 401-5024376-3-06 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. de 20 de febrero de 2008, emitido por la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., cuenta corriente N° 500-0051057 por la suma de Bs6,513,550.12, endosado por el Sr. Trifón Mendoza Villalobos.*

f. *En el marco de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Capítulo I, Título II, Libro 2° en la estructura normativa aprobada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013) y la normativa interna de la entidad, no se identificaron aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057. Consecuentemente, no corresponde el inicio de un proceso sancionatorio al Banco Nacional de Bolivia S.A.*

Que, como consecuencia de los aspectos establecidos en el trabajo de inspección, según el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012, ya referidas, se concluyó lo siguiente:

- *De la revisión efectuada a la documentación proporcionada por el Banco Nacional de Bolivia SA., se concluye que se procedió a la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051 057, a nombre de personas naturales y de manejo conjunto.*

- *Asimismo, que los Cheques N° 002766-4, N° 0002916-5 y N° 0000092-7 del Banco de Crédito de Bolivia S.A, emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden del Banco Nacional de Bolivia S.A. en las cuentas corrientes antes citadas, pertenecen a "Depósitos Judiciales Oruro" y "Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales", según se detalla en el punto 2.1 del Capítulo II del presente informe.*

- *Respecto a la apertura las* (sic) *cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales, para el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones, como resultado de la Sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007, ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, corresponde a otra instancia determinar si dicha operativa es válida, considerando que los cheques girados a la orden de las cuentas citadas, fueron emitidos por la Dirección Oruro del Consejo de la Judicatura.*

- *Sobre el manejo de los fondos ingresados en las cuentas corrientes de referencia, corresponde a otra instancia determinar si los mismos fueron correctamente utilizados.*

- *Finalmente, por lo expuesto en el citado informe, no corresponde iniciar un proceso sancionatorio al Banco atribuyéndole posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (Capítulo I, Título II, Libro 2° en la estructura normativa aprobada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013).*

Que, en ese sentido se emitió la Resolución ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013, el cual señala que al no haberse identificado aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., atribuible a posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Capítulo I, Título II, Libro 2° en la estructura normativa aprobada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013) (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone: "La Ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores", (sic)

Que, el artículo de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 234, en relación al principio de legalidad dispone que: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

Que, el artículo 77 de la citada Ley en lo referente al principio de irretroactividad señala que: "Solo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen la infracción administrativa".

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, señala que cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.

Que, el artículo 28 del citado Reglamento dispone que los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.

Que, el artículo 30 del referido Reglamento señala que los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

Que, el artículo 31 del referido Reglamento dispone que los sujetos obligados no podrán poner en conocimiento del cliente ni de persona alguna el reporte de la operación sospechosa.

Que, el artículo 32 del referido Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras señala que los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.

CONSIDERANDO:

Que, el informe legal ASFI/DAJ/R-173767/2013 de 14 de noviembre de 2013, concluye que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia

SA. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N" 24771 de 31 de julio de 1997…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 9 de diciembre de 2013, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** impugnó la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, empero lo hace bajo la suma de un *Recurso Jerárquico*, no obstante que, por hacer al estado de la causa y dentro del procedimiento recursivo, corresponde mas bien a la calidad de Recurso de Revocatoria.

Que, en todo caso, los alegatos que salen del memorial presentado en fecha 9 de diciembre de 2013, son los mismos que después se harán valer en oportunidad del Recurso Jerárquico de 7 de abril de 2014, conforme consta infra.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 150/2014 DE 19 DE MARZO DE 2014.-

Que, conforme lo supra señalado, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** impugnó la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 bajo la suma de un Recurso Jerárquico (de competencia de la Autoridad Jerárquica), no obstante que, por hacer al estado de la causa y dentro del procedimiento recursivo, correspondía la interposición y, en su caso, sustanciación del Recurso de Revocatoria (de conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero).

Que, habiendo dado el extremo lugar al equívoco de haberse remitido impertinentemente los de autos por ante el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas y ante la observación planteada por el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, dio lugar a la Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 009/2014 de 30 de enero de 2014, por la que a tiempo de reconducir el trámite, se dispuso la devolución de obrados por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a efectos se dé al Recurso (entonces de Revocatoria) interpuesto por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** en fecha 9 de diciembre de 2013, el trámite que por norma le corresponde.

Que, en cumplimiento a lo mismo, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, confirmó "*en todas su partes la Resolución ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013*", conforme a los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, previo al análisis y valoración de los argumentos que expone el recurrente en el presente Recurso de Revocatoria, corresponde a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del debido proceso consagrado en el parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el principio de sometimiento pleno a la Ley y principio de legalidad previstos en el artículo 4 incisos c) y g) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002,

contextualizar la relación de antecedentes que conforman este caso señalando los siguientes aspectos:

- *El señor Víctor Eddy Vargas Bravo, en su calidad de apoderado otorgado a través del Testimonio de Poder N° 490/2012, por la señora Gabriela Jimena Taboada Paz, como apoderada suplente de la Compañía Minera Orlandini Ltda., presenta en fecha 15 de mayo de 2012, a la Unidad de Investigaciones Financieras, el memorial de denuncia contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por la irregular apertura de una cuenta corriente particular a nombre de la Juez en materia laboral que impuso una sentencia condenatoria contra la Compañía Minera Orlandini Ltda., dentro del proceso laboral por cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros, habiendo supuestamente la mencionada entidad bancaria, adoptado una actitud pasiva frente a la irregular apertura y disposición de recursos provenientes del referido proceso judicial.*

- *Mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, la Unidad de Investigaciones Financieras, dentro de la denuncia interpuesta por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. remite a conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012, el mismo que en su parte conclusiva determina que la Unidad de Investigaciones Financieras no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva a sucesos que se habrían producido antes de la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, razón por la cual, no correspondió a la Unidad de Investigaciones Financieras realizar el informe de Substanciación de Determinación de Responsabilidad.*

- *En mérito a lo expuesto precedentemente esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta ASFIDAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, responde al señor Víctor Eddy Vargas Bravo, señalando que de acuerdo a lo establecido por la Unidad de Investigaciones Financieras, dicha Unidad no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió la citada entidad bancaria, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.*

- *Mediante nota presentada en fecha 25 de septiembre de 2012, por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, solicita que al amparo de lo previsto por el parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la conversión de la carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2042* (sic), *en Resolución Administrativa.*

- *En ese sentido se emitió la Resolución ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, la cual eleva a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, cursada al señor Víctor Eddy Vargas Bravo.*

- *En Recurso de Revocatoria la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, la cual confirma la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, en razón a la inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 910 de 25 de junio de 2011, de manera retroactiva.*

- *Al haber el señor Víctor Eddy Vargas Bravo interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, resolvió: "Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, inclusive, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa".*

- *En ese sentido, se emitió la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, la cual establece que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N°24771 de 31 de julio de 1997.*

CONSIDERANDO:

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2014 de 30 de enero de 2014, la presente Resolución debe circunscribirse previamente a calificar y reconducir el procedimiento administrativo, debiendo tramitarse el memorial de recurso jerárquico presentado por el señor Victor Eddy Vargas Bravo en fecha 9 de diciembre de 2013, como en recurso de revocatoria, por cuanto el procedimiento administrativo llevado a cabo por la Compañía Minera Orlandini, se encuentra en etapa inicial de pronunciamiento dado a través de la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013.

Que, en ese sentido, mediante Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, se estableció que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997.

Que, el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, constituye un procedimiento especial para la tramitación de los procesos, recursos e impugnaciones de la actividad regulatoria financiera, siendo de especial y previa aplicación a cualquier otra disposición legal; es así que dicha norma en el artículo 4, señala que "Las Superintendencias del SIREFI calificarán y determinarán el procedimiento que corresponda de acuerdo a la naturaleza de la cuestión o trámite planteado y solicitado, de conformidad al presente reglamento y disposiciones sectoriales".

Que, en ese marco los artículos 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175, establecen la impugnación con Recurso de Revocatoria y su procedencia de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 46 "Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió".

Artículo 47, parágrafo I "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente…".

Que, en ese marco la procedencia de los recursos de revocatoria procede (sic) *contra resoluciones administrativas emitidas ante la misma autoridad que las dictó, en ese entendido el procedimiento administrativo interpuesto por el recurrente (recurso jerárquico) es incorrecto ya que en una primera etapa se emitió la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, como consecuencia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, siendo pertinente presentar recurso de revocatoria, aspecto por el cual esta Autoridad de Supervisión tramita el Recurso presentado como Revocatoria.*

Que, en ese sentido, el memorial presentado por el señor Victor Eddy Vargas Bravo interpuesto contra la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, señala los aspectos siguientes:

- *La Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, habría incumplido los requisitos de motivación y fundamentación de la decisión final.*

- *La Resolución impugnada hace referencia al informe UIF/LEG/32528/2012, el cual nunca se nos habría notificado generando indefensión.*

- *Se pronuncia de forma incompleta y sesgada sobre el argumento de las sanciones cometidas por la entidad financiera las cuales no datan del Decreto Supremo N° 910, sino por el contrario la política conozca a su cliente, proviene del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, por lo que no ingresa en el marco de irretroactividad.*

- *Algunos procesos sancionatorios toman en cuenta el principio de la discrecionalidad, entendida como la "situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que más estime adecuada…".*

- *Los montos de dinero que son parte del circuito de corrupción, habrían sido propiciados por el Banco Nacional de Bolivia S.A., que no habría tomado recaudos para la verificación del origen de los fondos, el destino de los mismos, la identidad de los beneficiarios, la identificación de los beneficiarios. En definitiva no habría realizado ninguna actuación de prevención de legitimación de ganancias*

ilícitas.

- *En forma ilegal la Directora de la Unidad de Investigaciones Financieras mediante nota UIF/DIR/09727/2012 de 26 de mayo de 2012, habría solicitado se identifique las posibles contravenciones que se habrían generado siendo los siguientes elementos que son enunciativos y no limitativos: artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado); incumplimiento a las previsiones legales descritas en la Resolución UI001/2008 de 28 de febrero de 2008, relativa al seguimiento de personas PEP; al Reglamento de Cuentas Corrientes de la RNBEF, en su capítulo I, Sección 2, inciso e) del artículo 3, al Reglamento de Cuentas Corrientes Capítulo I, Sección 2, artículo 3, relativo a que las cuentas fiscales deben cumplir con los requisitos dispuestos por el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público; incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes en su Capítulo I, Sección 2, artículo 3 relativo a que toda información debe ser complementada; al artículo 4, Sección 2 del Capítulo I del citado Reglamento, al artículo 26, 27, 36 del Decreto Supremo N° 24771, al artículo 9 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 910.*

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto administrativo "Es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto, la administración pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público".*

  La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, respecto a la fundamentación de los actos administrativos, señala que "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de derecho y de hecho que correspondan al caso".

  "Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una

garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda".

Al respecto, el inciso d) del artículo 17 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que la Resolución Administrativa debe contener en su contexto los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y respaldan.

Los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa y el fundamento, por medio del cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes y el derecho aplicable, expresándose de forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

Concordante con lo anterior, el artículo 30 de la citada Ley, señala en cuanto a la motivación que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos de derecho.

De acuerdo al marco legal citado, corresponde hacer referencia a lo previsto por la doctrina con relación a la motivación y la fundamentación:

Por su parte el doctrinario Eduardo García de Enterría expone que "Motivar un acto administrativo es reconducir la situación que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone que la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto", de igual manera el citado autor señala (…) "Los actos administrativos deben estar justificados, deben decir las razones por las cuales se adopta. Los fundamentos de hecho y derecho que motivan la decisión".

En el presente caso, se advierte de manera incontrastable que la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, cumple con los elementos esenciales del acto administrativo de conformidad a lo establecido por el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, ya que cuenta con: a) Competencia, la Resolución ASFI N° 757/2013 es emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Financiera en cumplimiento del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el cual dispone que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; b) Causa, la citada Resolución ASFI N° 757/2013, se encuentra sustentada por fundamentos de hecho y de derecho al señalar en la página nueve que: "La Unida (sic) *de Investigaciones Financieras ratifica su posición relativa a que dicha Unidad no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que se constató que las presuntas infracciones enunciadas se habrían producido*

con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011…"; c) Objeto, como se ha señalado la Resolución ASFI N° 757/2013, tiene objeto cierto lícito y materialmente posible.

Expuesto lo anterior, y de la revisión de la Resolución ASFI N° 757/2013, respecto a la falta de fundamentación establecida por el recurrente, se advierte que dicha Resolución contiene la debida fundamentación o motivación, por cuanto se ha descrito con claridad los hechos que dieron lugar a la emisión de la citada Resolución y se ha expuesto las normas jurídicas que dieron lugar a establecer que no corresponde el iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, así se desprende del análisis efectuado en sus páginas 6 al 11.

El fundamento fáctico y de derecho de la Resolución ASFI N° 757/2013, en relación al artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, está referido a que no se presentaron condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, por cuanto el Banco Nacional de Bolivia S.A., al momento de la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, observo (sic) *lo establecido en la norma 193/04 "Conozca a su cliente", toda vez que los cheques depositados pertenecían a las Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura. Asimismo, respecto a los artículos 28, 30, 31 y 32 del citado Reglamento el informe UIF/LEG/10876/2012 y UIF/LEG/45833/2013, permite establecer que en aplicación del principio de irretroactividad los hechos sucedidos son anteriores a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.*

- *En relación a que no se habría notificado con el informe UIF/LEG/32528/2012, generando indefensión, cabe señalar que de la revisión de la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, se tiene que la misma hace mención a los informes UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, UIF/LEG/45833/2013 de 31 de octubre de 2013, emitidos por la Unidad de Investigaciones Financieras, los cuales fueron evaluados a efectos de que esta Autoridad de Supervisión adopte una determinación la cual se encuentra acreditada en la citada Resolución ASFI N° 757/2013.*

  En el presente caso, el informe al que hace referencia el recurrente UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012, fue emitido a tiempo de emitir el Recurso de Revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, la cual fue anulada mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013.

  No obstante lo anterior, el informe UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012 de la Unidad de Investigaciones Financieras pudo ser válidamente solicitado por el recurrente sin restricción alguna, en ejercicio a sus derechos a la información

y a la petición, consagrados en el inciso b) del artículo 1, incisos a), j) y K) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, para formular sus alegaciones u observaciones sobre los mismos o bien para tener mayores elementos de juicio, "toda vez que la administración pública no está obligada a notificar los informes que se dicten en su interior al no constituir los mismos actos administrativos propiamente", así se desprende de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005.

Aclarado lo anterior, queda demostrado que el recurrente no solicitó copia del informe UIF/LEG/32528/2012, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en ningún momento vulneró ningún derecho ni se generó un estado de indefensión.

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco del principio de discrecionalidad, podría llevar a cabo proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por incumplimiento al Decreto Supremo N° 24771, cabe señalar que de acuerdo a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011, la discrecionalidad "Otorga un margen de libertad de operación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos, ahora bien, al margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la Ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista Garcia de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.*

  La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico, a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia la discrecionalidad no puede ser total sino parcial pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

  Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque aunque el principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y el fin, caracterizado porque toda potestad pública esta conferida para la consecución de finalidades públicas…"

  Es así, que la discrecionalidad reglada que cuenta esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se encuentra limitada por el principio de irretroactividad el cual de acuerdo a la Constitución Política del Estado Plurinacional en su artículo 123, dentro del capítulo destinado a garantías jurisdiccionales, establece que: "La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y

de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; en materia de corrupción, para investigar y sancionar delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".

Esta disposición legal consagrada en el Texto Constitucional establece que la ley no tiene efecto retroactivo en el tiempo; sus efectos solo rigen y se aplican a partir de la fecha de su publicación, exceptuando los casos que la propia norma señala.

La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad radica en la preservación del orden público con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga con anterioridad a su vigencia salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

En ese sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone en el artículo 4, que la actividad administrativa rige por los principios generales de la actividad administrativa.

Concordante con lo señalado, el mismo cuerpo legal en el artículo 71 señala que: "Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento e irretroactividad".

En ese marco, con referencia al principio de legalidad, el mismo se encuentra desarrollado en el artículo 72 el cual dispone que: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente ley y disposiciones reglamentarias aplicables".

Asimismo, el artículo 73 del mismo cuerpo normativo referente al principio de tipicidad, dispone que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad.

Finalmente, el artículo 77 en relación al principio de irretroactividad dispone que: "Solo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa".

De lo transcrito, se advierte que los preceptos anotados no condicen en ningún punto de vista legal con lo afirmado por el recurrente, respecto a la facultad discrecional de esta Autoridad de Supervisión de sancionar, por el contrario el

principio de discrecionalidad determina la facultad por parte de la administración, que se encuentra limitada por la propia norma.

En mérito a los fundamentos legales precedentemente expuestos la Unidad de Investigaciones Financieras concluye en el informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, que respecto a las presuntas infracciones denunciadas contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., los actos denunciados se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, por lo que en virtud a los principios de legalidad y principalmente al principio de irretroactividad de la Ley, la Unidad de Investigaciones Financieras ratifica su posición para no considerar de forma retroactiva el inicio de proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., emergente de la denuncia planteada por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo.

- *En relación al presunto incumplimiento al Reglamento para Apertura y Manejo de Cuentas Corrientes, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 Texto Ordenado, vigente al momento del reclamo presentado por el recurrente, efectuó una "Inspección Especial" de Riesgo Operativo al Banco Nacional de Bolivia S.A., con el objeto de verificar el cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de Cuentas Corrientes, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras actualmente Recopilación de Normas para Servicios Financieros con relación a la apertura de cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A.,* (sic)

  En ese sentido, para el cumplimiento del objetivo se evaluaron y verificaron los siguientes puntos: a) revisar la documentación contendida en las carpetas de apertura de la cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057; b) validar el cumplimiento de los manuales de procedimientos del Banco en cuanto a los requisitos mínimos que debieron ser cumplidos para la apertura de las cuentas corrientes citadas.

  Como consecuencia del trabajo de inspección, según el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012, se concluyó lo siguiente:

  - *De la revisión efectuada a la documentación proporcionada por el Banco Nacional de Bolivia S.A., se concluye que se procedió a la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales y de manejo conjunto.*

  - *Asimismo, que los cheques N° 002766 N° 0002916-5 y N° 0000092-7 del Banco de Crédito de Bolivia S.A., emitidos por la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden del Banco Nacional de Bolivia S.A., en las cuentas corrientes antes citadas, pertenecen a "Depósitos Judiciales Oruro" y "Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales", según se detalla en el citado informe.*

  - *Respecto a la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-*

0051057, a nombre de personas naturales, para el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones, como requisito de la Sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007, ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, corresponde a otra instancia determinar si dicha operativa es válida, considerando que los cheques girados a la orden de las cuentas citadas, fueron emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura.

- *Sobre el manejo de los fondos ingresados en las cuentas corrientes de referencia, corresponde a otra instancia determinar si los mismos fueron correctamente utilizados.*

- *Finalmente, por lo expuesto en el citado informe, no corresponde iniciar un proceso sancionatorio al banco atribuyéndole posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras*

En tal sentido, mediante carta ASFI/DAJ/R-173353/2012 de 28 de diciembre de 2012, esta Autoridad de Supervisión emitió una decisión de carácter definitivo en relación a la denuncia presentada por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo contra los directores del Banco Nacional de Bolivia S.A., en sentido de que no corresponde iniciar proceso sancionatorio al Banco por incumplimiento a la Sección 2, Capítulo I, Título VII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En ese marco, se emitió la Resolución ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013, el cual resuelve establecer que al no haberse identificado aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., atribuible a posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- *En relación al incumplimiento del artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, cabe señalar que conforme a los informes ASFI/DSR I/R-120107/2013 y ASFI/DSR I/R-140217/2013 de 13 de agosto y 17 de septiembre de 2013, respectivamente, se advierte que cursa en la entidad la siguiente documentación:*

  - *Fotocopia del cheque N°0002916-5* ***"Depósitos Judiciales Oruro"****, Cuenta Corriente Fiscal 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. de 10 de enero de 2008,* ***emitido por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., Cuenta Corriente N° 5000050719 por la suma de Bs2,821.601.98 (cheque cruzado).*

  - *Fotocopia del cheque N° 0002766-4 de* ***"Depósitos Judiciales Oruro"*** *Cuenta Corriente Fiscal 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito d* (sic) *Bolivia S.A., de 22*

de noviembre de 2007, emitido por la ***Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A. Cuenta Corriente N° 5000050719 por la suma Bs6,673,744.75 (cheque cruzado).*

- *Fotocopia del cheque N° 000092-7 de la* ***"Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales"*** *Cuenta Corriente Fiscal N° 401-5024376-3-06 del Banco de Crédito de Bolivia S.A., de 20 de febrero de 2008, emitido por la Dirección* ***Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A. Cuenta Corriente N° 500-0051057 por la suma de Bs6,513,550.12, endosado por el Sr. Trifon Mendoza Villalobos.*

- *Para la apertura de la Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A., cursa* ***la sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007****, ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, que dispone el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones dentro del proceso laboral seguido en contra de la Compañía Minera Orlandini Ltda.*

- *Por lo antes expuesto, las operaciones descritas en dicho artículo no presentan condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, evidenciándose que durante el proceso de apertura se observó lo dispuesto en la norma 193/04 "Conozca a su cliente" del Banco".*

En ese sentido, el artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, determina que: "Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario".

En ese marco, se advierte que para configurar el incumplimiento del citado artículo 27, son necesarios los siguientes aspectos:

- *La operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada.*

- *Que parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito.*

En el caso de análisis, no se presentó condiciones (sic) *de complejidad inusitada o injustificada, toda vez que el Banco Nacional de Bolivia S.A., a momento de la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, observó lo establecido en la norma "Conozca a su cliente", lo señalado se acredita en el informe de inspección ASFI/DSR I/R-167477/2012.*

- *En relación al incumplimiento de los artículos 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, cabe señalar que, contrario sensu lo aseverado por el*

recurrente la Unidad de Investigaciones Financieras mediante el informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, ha valorado el reclamo presentado, como se desprende del análisis contenido en las páginas 4, 5 y 6, que arribó a las siguientes conclusiones:

- *En virtud a los principios de legalidad e irretroactividad de las normas jurídicas, se infiere que la Unidad de Investigaciones Financieras, en el presente caso, no tiene la competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que se constató que las presuntas infracciones denunciadas se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.*

De igual manera, la Unidad de Investigaciones Financieras mediante informe UIF/LEG/45833/2013 de 31 de octubre de 2013, se ratifica en el contenido del citado informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, en sentido de que dicha unidad carece de competencia para instaurar y aplicar sanciones contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., en aplicación del principio de irretroactividad.

Lo expuesto lleva a concluir que en el marco de los principios de legalidad, irretroactividad de las normas, la Unidad de Investigaciones Financieras ratifica su posición relativa a que dicha unidad no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, toda vez que las presuntas infracciones se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone: "La Ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores".

Que, el artículo de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, en relación al principio de legalidad dispone que: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

Que, el artículo 77 de la citada Ley en lo referente al principio de irretroactividad señala que: "Solo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen la infracción administrativa".

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, señala que

cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.

Que, el artículo 28 del citado Reglamento dispone que los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.

Que, el artículo 30 del referido Reglamento señala que los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

Que, el artículo 31 del referido Reglamento dispone que los sujetos obligados no podrán poner en conocimiento del cliente ni de persona alguna el reporte de la operación sospechosa.

Que, el artículo 32 del referido Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras señala que los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.

CONSIDERANDO:

Que, el informe legal ASFI/DAJ/R-39988/2014 de 17 de marzo de 2014, concluye que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, al establecer que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 7 de abril de 2014, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014, expresando los alegatos siguientes:

"…***Fundamentación***

A todos los efectos legales que en Derecho nos corresponden, se invoca pleno cumplimiento de lo previsto en el artículo 38 del Reglamento de la Ley. Nro. 2341 de

Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, de aplicación exclusiva para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI.

Falta de Fundamentación

Por otra parte en esta instancia recursiva, se debe tomar en cuenta que la resolución que es objeto de impugnación, incumplió con los requisitos de la ***MOTIVACIÓN y FUNDAMENTACIÓN*** *de la decisión final de Sede Administrativa.*

Al respecto se debe tomar en cuenta que la motivación de las decisiones es una obligación indispensable, lo que importa que las autoridades judiciales o administrativas, deben fundar en derecho sus decisiones a objeto de que los administrados o procesados puedan impugnar o propugnar la decisión, al no cumplir con esta exigencia de Ley, los colocan es una situación de indefensión, por lo cual la falta de motivación de un fallo importa no sólo el desconocimiento de las normas que rigen todo proceso, sino también a falta de cuidado, negligencia y dejadez, lo cual resulta intolerable en el marco de un Estado de Derecho.

Lo anteriormente expuesto, sus probidades podrán verificar que se halla explícitamente establecido en las ***Sentencias Constitucionales Nro.*** (sic) ***12/02-R, de enero de 2002, 1523-/*** (sic) ***04-R del 28 de Septiembre de 2004 y la 682/04-R del 6 de mayo de 2004****, las cuales refieren y sostienen que ninguna decisión administrativa puede subsistir en el tráfico legal positivo, en la medida en que no se halle debidamente fundamentada.*

Todo lo anteriormente expuesto halla sentido, en el contenido del presente recurso jerárquico, a cuyo efecto a continuación presento ante Uds. los incumplimientos motivacionales y de fundamentación en los que ha incurrido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI):

1. *La Resolución Impugnada, manifiesta que los argumentos presentados fueron debidamente valorados por la UIF, a través del Informe UIF/LEG/32528/2012, el cual no obstante la multiplicidad de solicitudes, nunca nos fue notificado, aspecto que desde todo punto de vista genera indefensión o omisión del debido proceso, los cuales e evidencian en los memoriales del 24 de agosto de 2012.*

2. *Se pronuncia en forma incompleta y segada* (sic) *sobre el argumento de que las sanciones cometidas por la entidad financiera, no datan del D.S. 910, sino que por el contrario la política CONOZCA A SU CLIENTE, proviene del* ***Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997****, por lo cual no ingresa en el marco de la IRRETROACTIVIDAD pretendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más aún tratándose de hechos que tienen relación con CORRUPCIÓN, lo cual también contraviene el Decreto Supremo Nro. 214.*

A mayor abundamiento se debe tomar en cuenta que en algunos procesos sancionatorios defiende la tesis de que el Derecho Administrativo boliviano, acoge cómodamente los principios procesales del Derecho Penal, lo cual se halla plenamente respaldado en la Sentencia Constitucional Nro. 0802/2007-R, que dispone:

> *En coherencia con la indicada normativa, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que las* ***reglas del debido proceso no son sólo aplicables en materia***

penal, sino también a toda la esfera sancionadora, dentro de ella la materia administrativa disciplinaria. *(SC 0787/2000-R). En ese entendido, en su profusa jurisprudencia ha desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)".*

Asimismo se debe recordar que la jurisprudencia del Estado Plurinacional de Bolivia establece:

La ***"Limitación de la Discrecionalidad"****, que debe ser entendida como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad, o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas, según los intereses públicos.*

En esta discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad.

La Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 4 inciso p) establece en forma expresa el Principio de Proporcionalidad, que señala que: la administración pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

Lo dicho anteriormente, se halla nítidamente establecido en las siguientes Sentencias Constitucionales:

SSCC. Nrs. 164/04-r del 13 de septiembre de 2004, 908/05-r del 8 de agosto de 2005 y 95/01 del 21 de diciembre de 2001.

Relación de hechos

Luego de dos procesos laborales tramitados contra Julio Miguel Orlandini, como persona natural y en desconocimiento de la persona jurídica Compañía Minera Orlandini Ltda., de manera totalmente irregular e ilegal se solicitó la retención financiera y trasferencia de más de dos millones de dólares del proceso Martínez c/ CMO Ltda., tramitado en la

ciudad de La Paz, para el pago de las obligaciones dispuestas en las sentencias de los procesos de Oruro.

Cabe anotar que estos procesos ilícitos e ilegales se obtuvieron sentencias en la que se reconocieron beneficios sociales hasta el año 2007 cuando la CMO Ltda., cesó en sus funciones el año 1995, es decir, más de 10 años antes. Asimismo, se falsificaron planillas para obtener el pago de sueldos devengados por gestiones no trabajadas. Asimismo, este proceso fue dirigido contra una persona natural y no contra la CMO Ltda., pese a ello, se obtuvo ilícitamente la transferencia del dinero desde el proceso "Martínez" sin que exista identidad del sujeto demandado en Oruro y el demandado en La Paz.

Una vez realizada la transferencia del Depósito Judicial al Distrito de Oruro conforme a lo previsto en el Reglamento de Depósitos Judiciales del Concejo de la Judicatura, se dieron inicio a las ilicitudes en la forma en que dichos fondos fueron dispuestos, conforme se detalla a continuación:

a. *Los dineros que fueron objeto de la comisión de delitos, provienen de la ilegal instrucción realizada por una Juez de materia laboral, los cuales quedaron bajo custodia de la entidad pública como el Concejo de la Judicatura que recauda y retiene estos fondos, situándose a las previsiones legales del 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.*

b. *De esta forma cuando debió iniciarse un proceso de pago individual a cada uno de los trabajadores mediante la presentación de las papeletas individuales de restitución judicial conforme a lo previsto en las Sentencias Laborales y el Reglamento de Depósitos Judiciales, en forma totalmente inexplicable la entidad financiera recomienda la apertura de una cuenta bancaria de naturaleza privada a nombre de la Juez, que ordenaba las retenciones.*

c. *De manera completamente irregular e inexplicable, el Banco Nacional de Bolivia asumió una postura activa en el caso presentado un memorial suscrito por el Gerente y el Asesor Legal de Oruro, en el que representó la Orden Judicial por existir prohibición para la apertura de cuentas fiscales, pero <u>SUGIRIÓ</u> que se apertura una cuenta privada a nombre de la juez insinuando que este procedimiento YA LO HABÍAN REALIZADO ANTES, EN ESTOS CASOS. En esta parte la entidad financiera sujeta a regulación prudencial, omitió considerar que los montos de dinero estaban bajo custodia del Consejo de la Judicatura, la cual como entidad pública, tenía la obligación de cumplir con todos los procedimientos para que estos montos de dinero sean administrador en forma segura, toda vez que están sujeto a rendición de cuentas conforme lo establecía el artículo 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.*

d. *Ante la acción premeditada del Banco Nacional de Bolivia, se procedió aperturar* (sic) *una cuenta corriente a nombre de la Juez Laboral quien fuera la persona que ordenó la retención ilegal de los montos de dinero de la CMO, de igual forma a nombre del Sr. Trifón Mendoza y de la Abogada de éste último, quienes tenían la titularidad de administrar recursos que estaban retenidos y que por efecto del Reglamento de Depósitos Judiciales del Concejo de la Judicatura, no pueden ser administrados en*

forma discrecional por parte de persona privadas, conjuntamente con una servidora pública del Poder Judicial, como una Juez Laboral.

e. *Ante la existencia de control administrativo y de fiscalización por parte del Concejo de la Judicatura, se dio inicio a una escandalosa disposición arbitraria de los fondos bajo custodia pública habiéndose detectando la suscripción de cheques por sumas exorbitantes que no correspondían a los montos señalados en las diferentes sentencias. Es más, ninguno de los montos pagados a los trabajadores y fantasmas, corresponden a las sumas de dinero liquidadas en las sentencias respectivas, de donde se infiere que existieron retenciones indebidas destinadas a fines ilícitos como el pago de coimas y otros actos de corrupción pública, lavado de dinero y legitimación de ganancias ilícitas.*

f. *En el ínterin, CMO Ltda., a través de sus socios, representantes y asesores se apersonó al Banco Nacional de Bolivia a fin de solicitar el rechazo de las solicitudes de apertura de cuentas y denunció la existencia de irregularidades en dichos depósitos. Estas peticiones merecieron respuestas evasivas del BNB, amparadas en el secreto bancario, aspecto que es totalmente irregular y que coadyuvó con las actividades de corrupción y legitimación de ganancias ilícitas, en total contravención de toda la normatividad orientada al fraude en el Sistema Financiero.*

g. *El Banco Nacional de Bolivia pese a conocer las denuncias y, lo que es peor, luego de sugerir se cometa la irregularidad de apertura de cuenta privada, sobre dineros bajo custodia pública omitió cumplir con el deber de remitir el caso o la denuncia ante Unidad de Investigaciones Financieras, a través de ROS o Fl´s encubriendo de esta forma las acciones criminales cometidas por la Juez Laboral y los miembros del sindicato demandante, tales como lavado de dinero, prevaricato y otros actos de corrupción que son precedentes, para la investigación de la legitimación de ganancias ilícitas.*

8. (sic) *El monto aproximado de disposiciones de fondos para el pago de sobornos y otros alcanza la suma de varios millones de bolivianos, los cuales fueron defraudados gracias a las instrucciones emitidas por los personeros del Banco Nacional de Bolivia.*

9. *A raíz de estos hechos y luego de pronunciada una sentencia por parte del Concejo de la Judicatura de suspensión de un año y sugerencia de investigación penal, la Juez de la causa, ésta* (sic) *renunció a sus funciones.*

10. *En la fecha se ha tramitado mediante órdenes judiciales una relación detallada de todos los movimientos vinculados al manejo de la cuenta, cheques girados, beneficiaros de los mismos y montos. Con esta relación quedó acreditado el indebido manejo de la millonaria suma de dinero depositada en esa cuenta.*

11. *La suma de ilegalidad y la prueba de los actos de corrupción ligados a este depósito bancario, quedan aún más acreditadas con la carta remitida por el Sr. Trifón Mendoza a la Ministra de Transparencia Sra. Nardy Suxo, en la que confesó que se dispusieron parte de esos dineros para sobornar a jueces de nuestro país y todo fue*

realizado debido a la facilitación de disposición de estos recursos por parte del Banco Nacional de Bolivia, donde no se descarta que hayan funcionarios de dicha entidad que estén comprometidos en este circuito de corrupción.

12. *Actualmente, el Sr. Trifón Mendoza, luego de haber realizado la confesión directa ante la Ministra de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, se encuentra prófugo y con un mandamiento de apremio emitido en su contra.*

Como Ud. podrá apreciar todos lo (sic) *hechos anteriormente descritos y la disposición de los montos de dinero que son parte del circuito de corrupción, han sido propiciados por el Banco Nacional de Bolivia, que no tomó ni un sólo recaudo orientado a la verificación del origen de los fondos, el destino de los mismos, la identidad de los beneficiarios, la identificación de posibles personas PEP, etc. En definitiva no realizó ninguna actuación de prevención de legitimación de ganancias ilícitas, con lo cual limitó el deber de cumplir con las previsiones legales que a continuación se detallan.*

Delimitación de tiempo solicitada por la Unidad de Investigaciones Financieras mediante la Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012

Como se solicitó en la inusual nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012 emitida por la Directora de la Unidad de Investigaciones Financieras, se pone en conocimiento los siguientes hechos que deducen el periodo cronológico básico que debe existir en la investigación:

1. *En fecha 22 de noviembre de 2007 el Sr. Trifón Mendoza Villalobos depositó en la cuenta corriente Nro. 500-0050719 mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 6.673.744.75. el cheque de otro banco fue el Nro. 0002766-4 de fecha 22 de noviembre de 2007 girado por la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura por la suma de Bs. 6.673.744.75 contra la cuenta Nro. 401-0370181-3-86 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. cheque cruzado emitido a la orden del Banco Nacional de Bolivia para abono en la cuenta 500-0050719.*

2. *En fecha 10 de enero de 2008, la Sra. Mariela Zueleta Mendoza depositó la cuenta corriente Nro. 500-0050719, mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 2.821.601.98. El cheque de otro Banco fue el Nro. 0002916-5 del 10 de enero de 2008 girado por la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura por la suma de Bs. 2.821.601.98.*

3. ***EL 19 DE FEBRERO DE 2008 EL BANCO NACIONAL DE BOLIVIA, REMITE AL JUZGADO 2DO. DE PARTIDO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, UN MEMORIAL, POR EL CUAL ORIENTA A LA NO APERTURA DE CUENTAS FISCALES Y PROCEDE A RECOMENDAR QUE SE APERTUREN CUENTAS A NOMBRE DE PERSONAS PARTICULARES,*** *como en casos anteriores, no obstante que los recursos que nutrirían estas cuentas, son recursos que se halla en custodia del Consejo de la Judicatura, y que en todo caso están a merced del artículo 27 inciso c) de la Ley nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales y debido a esa naturaleza esos recursos no podían ser tratados como recursos de privados.*

4. *El 22 de febrero de 2008 el Sr. Trifón Mendoza Villalobos depositó en la cuenta corriente Nro. 500.0051057 mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 6.513.550.12.*

5. *El 10 de febrero de 2010 el Sr. Trifón Mendoza remite una carta al Ministerio de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la cual manifiesta específicamente las personas que habrían participado en actos de cohecho activo y pasivo, cuya acusación recayó en la Dra. Milagros Nemer.*

<u>Identificación de Posibles Incumplimientos Normativo Regulatorios</u>

Siendo que la Unidad de Investigaciones Financieras mediante Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012, suscrita por la Dra. Mariela Sánchez Salas, en forma totalmente ilegal, nos solicita en calidad de usuarios el que realicemos su trabajo identificando las posibles contravenciones que se han generado, ponemos en su atención los siguientes elementos sujetos a investigación que son enunciativos y no limitativos:

1. *Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que dispone: La responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos, es obligación de los síndicos, inspectores de vigilancia y fiscalizadores internos, advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores, y administradores de la entidad de intermediación financieras y de servicios auxiliares, con comunicación a la Superintendencia. Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de normas y disposiciones legales. Asimismo, quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Superintendencia, en todos los niveles de decisiones y gobierno de la entidad.*

2. *Incumplimiento a las previsiones legales descritas en la Resolución UIF/001/2008 del 28 de febrero de 2008, relativa al seguimiento de personas PEP en la entidad a su cargo.*

3. *Incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I, Sección 2, Para Personas Jurídicas inciso e) del artículo 3, relativo a que las Cuentas Fiscales deben cumplir con los requisitos dispuestos por el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.*

4. *Incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I, Sección 2, artículo 3 última parte relativo a que toda la información detallada en la Sección 2 del Capítulo I, donde se establece la obligatoriedad de que toda la información debe ser complementada además con los documentos que correspondan a las políticas de la entidad referidos a "conozca*

a su cliente", mismas que deben estar aprobadas por los Directorios de cada entidad.

5. *Artículo 4 de la Sección 2 del Capítulo I del Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI, que establece que el Banco tiene la obligación de identificar debidamente al solicitante de apertura de cuenta corriente.*

6. *El artículo 26 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.*

7. *El artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.*

8. *El artículo 36 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.*

9. *Concurrencia de agravantes del artículo 4 parágrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 910.*

10. _ (sic) *Posible infracción del artículo 9 del reglamento aprobado por D.S. 910, en lo relativo a: Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF, Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF y elaboración de listas PEP.*

En todo caso corresponde poner en su atención que estas posibles contravenciones son enunciativas y no limitativas, correspondiendo al Regulador el tipificar aquellas que igualmente considere aplicables.

Violación al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras del 31 de julio de 1997.

ARTICULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE). *Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.*

Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

ARTICULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES).

Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá

pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto d&J^ operación y la identidad del beneficiario.

ARTICULO 28.- (REGISTRO). *Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.*

ARTICULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS). *Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.*

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

ARTICULO 32.- (OBLIGACIÓN DE INFORMAR). *Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.*

ARTICULO 42.- (RESPONSABILIDADES). *El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capítulo I del Título V generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales. En el caso del Banco Central de Bolivia se sujetará a lo dispuesto por la ley 1670.*

5. Datos de los Denunciados (sic)

La presente denuncia (sic) *esta* (sic) *dirigida al Directorio, Gerente General y demás funcionarios que resultes responsables del Banco Nacional de Bolivia, toda vez que conforme lo dispuesto por el Decreto Supremo Nro. 24771, es esta instancia, era la encargada de dar cumplimiento a lo previsto en la normatividad prudencial, sobre la prevención del fraude y legitimación de ganancias ilícitas dentro de entidades reguladas por la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, Decreto Supremo Nro. 24771. Resolución UIF/DIR/001/08 y Decreto Supremo Nro. 910 del 25 de junio de 2011.*

Señora Directora, en mérito a los datos y relación de hechos expuestos anteriormente, y con el objetivo de coadyuvar con las investigaciones, en lo relativo a la falta de cumplimiento del artículo 26 del Decreto Supremo Nro. 24771, solicito adicionalmente el análisis de las siguientes directrices:

Régimen de Infracciones:

4 Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF.

5 Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.

6 Establecer el perfil de la actividad económica del cliente, de las personas naturales y/o jurídicas establecidas por instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.

7 Verificar por medios fehacientes respecto del cliente registrado, su identidad o personería jurídica, domicilio, identidad del representante legal; ocupación, actividad u objeto social según se trate de una persona natural o jurídica, nivel de ingreso percibido, así como cualquier otra información o documentación que fuere requerida por la UIF mediante instrucciones o recomendaciones.

8 Actualizar periódicamente los datos del cliente, conforme instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.

9 Comunicar a la UIF acerca de todas las operaciones, sin límite de monto, de personas naturales o jurídicas que rehúsen proporcionar información o documentación requerida, así como las operaciones que hagan imposible la verificación de la procedencia de sus recursos financieros y de la información proporcionada.

10 Desarrollar y ejecutar políticas, normas y procedimientos de control interno para prevenir y detectar la legitimación de ganancias ilícitas, en las que deben incluir como mínimo las condiciones establecidas en las instrucciones y recomendaciones emitidas por la UIF.

16 Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF.

17 Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF.

18 Reportar a la UIF operaciones y transacciones consideradas como sospechosas.

22 Cumplir con las normas, instructivos, manuales o instrucciones emitidas por la UIF.

23 Elaborar y remitir listas actualizadas de Personas Expuestas Políticamente - PEP, nacionales, extranjeras y de personas que hayan alcanzado fama o notoriedad, de acuerdo a los parámetros establecidos por la UIF.

27 Obtener información del cliente sobre el origen y el destino de los fondos, así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario, cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene objeto lícito, conforme lo establecido por la UIF.

Petitorio.

Por lo expuesto, estando mi personería acredita (sic) *en poder adjunto al expediente administrativo y por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, siendo evidente que la ASFI ha incurrido en error al encubrir al Banco Nacional de Bolivia S.A. mediante la Resolución ASFI/N° 150/2014 del 19*

de marzo de 2014 y la Resolución ASFI N° 757/2013 del 18 de noviembre de 2013, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52 al 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar Totalmente la Resolución ASFI/N° 150/2014 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución ASFI N° 757/2013 del 18 de noviembre de 2013, en razón del análisis incompleto que efectúa la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en total encubrimiento del uso irregular de Recursos Públicos que se dieron en el Banco Nacional de Bolivia S.A., donde un funcionario de la entidad regulada en forma expresa orientó a personas particulares para que aperturen cuentas bancarias con* ***Recursos del Estado****, pero haciendo aparecer como cuentas PARTICULARES, aspecto que no obstante la multiplicidad solicitudes que se han realizado a la ASFI, esta entidad reguladora no ha deseado investigar.*

2. *Corresponderá a la Dirección de Supervisión de Riesgos I de la ASFI, más allá de la actividad encubridora que ha tenido en este caso, manifieste qué NORMA LEGAL, REGULATORIA O ADMNISTRATIVA* (sic)*, le permite a un funcionario de una entidad regulada como el Banco Nacional de Bolivia, S.A.* (sic) *pueda manifestar que se* ***PUEDEN ABRIR CUENTAS PARTICULARES CON RECURSOS DEL ESTADO****.*

3. *Se tenga presente que las normas denunciadas están circunscritas a los previsto en el Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1007, motivo por el cual no se puede aludir IRRETROACTIVIDAD como erráticamente menciona la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

4. *Se tenga presente que con este tipo de resoluciones se está en contrasentido a las previsiones contenidas en la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros del 27 de agosto de 2013, en lo relativo a la DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FINANCIERO.*

5. *Asimismo, reservamos nuestro amplio Derecho de fundamentar lo expuesto anteriormente durante el proceso de tramitación del presente Recurso Jerárquico…*"

7. ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO.-

Mediante memorial de fecha 9 de junio de 2014 y atendiendo la disposición del auto de fecha 19 de mayo de 2014, el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, en su calidad de tercer interesado, hizo presentes los alegatos siguientes:

"…***I. FUNDAMENTOS***

Hemos sido notificados como tercer interesado con el auto de 19 de mayo de 2014 que dispone la notificación del Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía Minera Orlandini Ltda. en contra de la Resolución ASFI N9 150/2014 de 19 de marzo de 2014 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI que confirma la Resolución ASFI N5 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 que dispone que no corresponde iniciar proceso sancionatorio en contra del Banco Nacional de

Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo Ne 24771 de 31 de julio de 1997 corresponde de nuestra parte manifestar lo siguiente:

El recurrente alega que la Resolución ASFI N° 150/2014 de 19 de Marzo de 2014 incumplió con los requisitos de la MOTIVACIÓN y FUNDAMENTACIÓN sin señalar qué puntos o considerandos del referido acto administrativo no tienen motivación ni fundamentación, limitándose a transcribir nuevamente los términos de su denuncia como lo hizo en los recursos de revocatorias que presentó así como en sus demás actuaciones en el presente procedimiento administrativo, se refiere nuevamente al Informe UIF/LEG/32528/2012 que nunca le fue notificado provocándole indefensión cuando no tiene relación con la falta de motivación o fundamentación más aún cuando la Resolución ASFI N° 150/2014 que se impugna señala textualmente lo siguiente:

"...el informe UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012 de la Unidad de Investigaciones Financieras pudo ser válidamente solicitado por el recurrente sin restricción alguna, en ejercicio a sus derechos a la información y a la petición, consagrados en el inciso b) del artículo 1, incisos a), j) y k) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2001, para formular sus alegaciones u observaciones sobre los mismos o bien para tener mayores elementos de juicio, "toda vez que la administración pública no está obligada a notificar informes que se dicten en su interior al no constituir los mismos actos administrativos propiamente" así se desprende de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005."

"Aclarado lo anterior, queda demostrado que el recurrente no solicitó copia del informe UIF/LEG/32528/2012, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en ningún momento vulneró ningún derecho ni se generó un estado de indefensión."

De lo transcrito anteriormente, se evidencia que la Resolución Administrativa recurrida valoró el alegato o fundamento del recurrente además debe considerarse que dicho informe cursa en el expediente y que es de conocimiento del recurrente al momento de presentar nuevamente el Recurso de Revocatoria y el presente Recurso Jerárquico por lo que no puede alegar indefensión.

El recurrente al igual que en su denuncia y recursos de revocatoria anteriores y demás actuaciones dentro del presente proceso administrativo señala lo siguiente:

"…que se pronuncia en forma incompleta y sesgada sobre el argumento de que las sanciones cometidas por la entidad financiera, no datan del D.S. 910, sino que por el contrario la política CONOZCA A SU CLIENTE, proviene del Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997, por lo cual no ingresa en el marco de la IRRETROACTIVIDAD pretendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero,

más aún tratándose de hechos que tienen relación con CORRUPCIÓN, lo cual también contraviene el Decreto Supremo Nro. 214."

Al respecto, la Resolución ASFI N° 150/2014 impugnada referente al argumento o fundamento del recurrente, anteriormente señalado, señala lo siguiente:

"En mérito a los fundamentos legales precedentemente expuestos la Unidad de Investigaciones Financieras concluye en el informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, que respecto a las presuntas infracciones denunciadas contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., los actos denunciados se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, por lo que en virtud al principio de legalidad y principalmente al principio de irretroactividad de la Ley, la Unidad de Investigaciones Financieras ratifica su posición para no considerar de forma retroactiva el inicio de proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., emergente de la denuncia planteada por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo."

La decisión de la Autoridad de Investigación del Sistema Financiero se basa en el hecho real, material, irrefutable y aceptado por el mismo recurrente, de que los supuestos actos denunciados por éste último, ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 y del Decreto N° 214 de 22 de julio de 2009, normas legales éstas que invoca el recurrente y pide su aplicación, sin exponer sus fundamentos sobre el principio de irretroactividad o retroactividad que sustenta la decisión de ASFI. Asimismo debe considerarse que la jurisprudencia constitucional de nuestro país no permite la aplicación de la Ley Sustantiva Penal en forma retroactiva:

"Se aplica la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo.

Por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa de forma retroactiva en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente a momento de cometer el ilícito deforma ultractiva."

Por lo anteriormente señalado, los fundamentos del recurrente sobre los cuales funda el Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014 emitida por ASFI no demuestran la falta de motivación y fundamentación del acto administrativo impugnado.

De la lectura de la Resolución ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014 objeto del Recurso Jerárquico se puede evidenciar que la misma contiene la fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, constituyéndose en una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación y a la decisión adoptada, nótese que incluye los argumentos presentados en la denuncia y reiteración de denuncia y, en el recurso de revocatoria por el recurrente, invoca y desarrolla los principios de legalidad, irretroactividad y falta disciplinaria que constituyen el desarrollo de las razones por las cuales la ASFI tomó la

decisión de no aplicar el Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011 y consiguientemente no abrir un proceso administrativo sancionatorio en contra del Banco Nacional de Bolivia S.A., es decir que la fundamentación guarda relación con la decisión asumida en le (sic) *Resolución impugnada haciendo que sea factible conocer las razones que indujeron a emitir el acto administrativo.*

En cuanto a la relación de hechos que señala el recurrente en su Recurso Jerárquico cabe manifestar lo siguiente:

1. *Sin que se entienda aceptación o admisión de haber cometido infracciones por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A., el recurrente no considera que desde la ocurrencia de los hechos por él denunciados (período comprendido entre el 19/10/2007 al 22/02/2008) hasta la presentación de su denuncia (15/05/2012) transcurrió más de dos años que conforma al Artículo 6o del mencionado Decreto Supremo dispone que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, existiendo por lo tanto imposibilidad de aplicar sanciones administrativas.*

2. *Asimismo, el recurrente no ha presentado ningún elemento que pruebe las temerarias denuncias que hace durante todo el proceso, por el contrario, en cuanto a incumplimientos del Banco Nacional de Bolivia S.A. se evidenció en la inspección realizada por ASFI como se evidencia en la nota de la ASFI R-17353/12 Trámite N° T-28732 Resultados Inspección Especial sobre Denuncia c/ Banco Nacional de Bolivia, que cursa en obrados y que refleja toda la documentación relacionada a los hechos denunciados por el recurrente que fue objeto de la inspección, y que en su parte concluyente señala textualmente lo siguiente:*

   > *"Por lo anotado y en el marco de la verdad Material prevista por el inciso d) del Artículo 4 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, conforme a las conclusiones arribadas en el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, establece que al no haberse identificado aspectos relevantes que demuestren la inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A atribuible a posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección2, Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".*

3. *Finalmente, es pertinente hacer notar que los dineros respecto a los cuales la Compañía Minera Orlandini Ltda. denuncia una serie de hechos, se originan en virtud a sentencias judiciales pronunciadas dentro de dos procesos laborales sustanciados ante la autoridad judicial competente y que provienen de retenciones de fondos del* ***PROPIO RECURRENTE,*** *como afirma y reconoce la Compañía Minera Orlandini Ltda. en obrados, es decir que el recurrente perdió los referidos dineros al haberse declarado probadas las demandas laborales de sus trabajadores en su contra por lo que* ***no pueden ser considerados como recursos del Estado, como maliciosamente afirma el recurrente.***

El recurrente busca responsabilizar a nuestra Institución por los incumplimientos incurridos por él mismo a la legislación laboral de nuestro país, denunciando una serie de hechos y actuaciones de parte de nuestra Institución y afirmando que nuestra Institución no tomó ni un solo recaudo orientado a la verificación ***del origen de los fondos, cuando el propio recurrente afirma en el presente procedimiento que los mismos provienen de procesos judiciales laborales como se evidencia en obrados.*** *El recurrente no ha demostrado ninguna sentencia que haya dejado sin efecto la decisión judicial del juez laboral que conoció los referido* (sic) *procesos por lo que los dineros a los que el recurrente se refiere ya no son suyos porque en virtud a las sentencias laborales, los mismos pertenecen a los trabajadores que han ganado dichos procesos y no ya al recurrente como contradictoriamente alega en la vía administrativa* ***cuando afirma que son recursos públicos.*** *En todo caso, los recursos, una vez pronunciada las sentencias, son de los trabajadores señalados en las mismas a los que se les declararon probadas sus demandas laborales en contra del recurrente.*

II. PETITORIO

Habiéndose pronunciado la Resolución ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI conforme a Ley cumpliéndose los requisitos del acto administrativo, y en virtud a los argumentos anteriormente expuestos, se CONFIRME la referida Resolución ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014 conforme a los artículos 43 y 44 del Decreto Supremo No. 2711 de 23 de julio de 2003 y sea todo conforme a ley…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 15 de mayo de 2012, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** presentó ante la Unidad de Investigaciones Financieras (en ese entonces, parte de la estructura orgánica de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), una denuncia **contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.**, por:

"*…la irregular apertura de una cuenta corriente a nombre de la Juez en materia laboral que impuso una sentencia condenatoria contra la Compañía Minera Orlandini Ltda., dentro del proceso laboral por cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros, habiendo supuestamente dicha entidad bancaria adoptado*

una actitud pasiva frente a la irregular apertura y disposición de recursos provenientes del referido proceso judicial…"

La denuncia se fundamenta en que existiría una arbitraria disposición de recursos provenientes del proceso judicial señalado, sin que el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** hubiera realizado medida alguna (de las que en casos como este corresponden) para evitarlo, por lo que pide se sancione a los miembros del Directorio de tal entidad, con su inhabilitación para ejercer funciones en el Sistema Financiero, al haberse con ello procurado un posible daño económico al Estado boliviano y a la denunciante, como usuaria del Sistema Financiero Nacional.

Considerada tal denuncia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, se pronuncia en sentido de que conforme al informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, emitido por la Unidad de Investigaciones Financieras, ésta última (ante quien se presentara la denuncia) no tendría competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido a que las presuntas infracciones por las que se denuncia al banco, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011.

En fecha 25 de septiembre de 2012, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** solicitó se eleve a rango de Resolución Administrativa, la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, en atención a lo cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consignó el contenido de la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 525-2012 de 9 de octubre de 2012.

Toda vez que la precitada Resolución Administrativa ASFI/Nº 525-2012 dio inicio al proceso recursivo, ameritó el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la primera nombrada, empero luego anulada mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, conforme lo supra relacionado.

Por su efecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, por la que establece "*que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras*", después confirmada totalmente -como emergencia del Recuso de Revocatoria- mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, la que a su vez, en fecha 7 de abril de 2014, ha sido impugnada en instancia jerárquica por parte de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. LA REGLA *CONOCE A TU CLIENTE*.-

Cabe dejar constancia que, cuando la suscrita Autoridad Jerárquica dispuso, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013,

la anulación del procedimiento "*hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 525/2012 de 9 de octubre de 2012*", lo hizo, entre otros motivos, por los siguientes fundamentos:

> "…*la Autoridad de Supervisión Financiera, se pronunció en relación a que ésta no tendría competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, basada en lo que establece la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 77 cuando hace referencia a que "Sólo serán aplicables las* ***disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa",*** *debido a que, principalmente, las presuntas infracciones administrativas en las que habría incurrido la entidad bancaria, se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011***.**
>
> …*para que el Ente Regulador haya arribado a esta conclusión, previamente debió haberse determinado si existió incumplimiento a los artículos* ***26****, 27, 28, 30 y 32 del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional S.A.* (sic)*, si las infracciones se encontrarían prescritas, y si las mismas corresponden a infracciones permanentes o instantáneas.*
>
> *El hecho de que la Autoridad Fiscalizadora no haya fundamentado su decisión, ha dado lugar a que se vulnere, así, uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se encuentra justamente en su motivación o fundamentación*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El precitado artículo 26° del Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997 (Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras), bajo el *nomen iuris* de "*CONOCIMIENTO DEL CLIENTE*", señala que:

> "…*Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.*
>
> *Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.*
>
> *Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales*…"

A este respecto y atendiendo lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha pronunciado la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 (supra relacionada), la que establece "*que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997*", y que,

conforme se tiene expuesto, fue confirmada totalmente por la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014 (ahora recurrida).

Salta a la vista que la parte resolutiva de la decisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, prescinde de pronunciarse explícitamente -y justamente- sobre el artículo 26° (*CONOCIMIENTO DEL CLIENTE*) del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997.

No obstante, de lo mismo no puede entenderse forzosamente, una inobservancia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, por cuanto, lo que en esa oportunidad observó el suscrito, fue que "*debió haberse determinado si existió incumplimiento a los artículos 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional S.A.* (sic)", y la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 (cuyos fundamentos después va a reproducir la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014), señala que:

> "*…la Dirección de Supervisión de Riesgos I, emitió los informes ASFI/DSR I/R-120107/2013 y ASFI/DSR I/R-140217/2013 de 13 de agosto y 17 de septiembre de 2013, respectivamente, los cuales señalan que respecto al análisis del artículo 27 del Decreto Supremo N° 24771, conforme se expone en el informe de inspección ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, se advierte que cursa en la entidad la siguiente documentación:*
>
> - *"Fotocopia del cheque N°0002916-5* ***"Depósitos Judiciales Oruro",*** *Cuenta Corriente Fiscal 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. de 10 de enero de 2008,* ***emitido por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., Cuenta Corriente N° 5000050719 por la suma de Bs2,821.601.98 (cheque cruzado).*
>
> - *Fotocopia del cheque N° 0002766-4 de* ***"Depósitos Judiciales Oruro"*** *Cuenta Corriente Fiscal 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito d* (sic) *Bolivia S.A., de 22 de noviembre de 2007, emitido por la* ***Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A. Cuenta Corriente N° 5000050719 por la suma Bs6,673,744.75 (cheque cruzado).*
>
> - *Fotocopia del cheque N° 000092-7 de la* ***"Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales"*** *Cuenta Corriente Fiscal N° 401-5024376-3-06 del Banco de Crédito de Bolivia S.A., de 20 de febrero de 2008, emitido por la Dirección* ***Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*** *a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A. Cuenta Corriente N° 500-0051057 por la suma de Bs6,513,550.12, endosado por el Sr. Trifón Mendoza Villalobos.*
>
> - *Para la apertura de la Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A., cursa* ***la sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007,*** *ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, que dispone el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones dentro del proceso laboral seguido en contra de la Compañía Minera Orlandini Ltda.*

Por lo antes expuesto, las operaciones descritas en dicho artículo no presentan condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, evidenciándose que durante el proceso de apertura se observó lo dispuesto en la norma 193/04 (interna del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**) "***Conozca a su cliente***" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) (…)

Que, en el presente caso no se presentó (sic) *condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, por cuanto el Banco Nacional de Bolivia S.A., al momento de la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, observó lo establecido en la norma 193/04* "***Conozca a su cliente***" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*, toda vez que los cheques depositados pertenecían a la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura*…"

Entonces, resulta evidente que se ha cumplido con la disposición del suscrito (contenida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013), empero en el sentido meramente adjetivo que importa su mención, tocando ahora, dada la trascendencia de lo recurrido, determinar si es que efectivamente en lo sustancial, el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** ha dado cumplimiento idóneo a la regla *conozca a su cliente*, siendo pertinente para ello establecer el contenido de la misma.

Así, la regla *conoce a tu cliente* corresponde a la desarrollada en el principio 15 de *Los principios de supervisión bancaria efectiva* -lineamientos para mejorar las prácticas de supervisión bancaria efectiva- emitidos por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Comité de Basilea), y referida a que "*Los supervisores bancarios deben determinar que los bancos tengan políticas, prácticas y procedimientos adecuados, que incluyan la estricta regla de conoce a tú cliente, lo cual promueve altos estándares de ética y profesionalismo en el sector financiero. Estas medidas previenen que los bancos sean utilizados por elementos criminales, en una forma voluntaria o involuntaria*".

Cabe la aclaración que los principios y las recomendaciones que emite el Comité de Basilea, no gozan *per se* del valor jurídico correspondiente a una norma jurídica (cual si fuera un tratado o u convenio internacional, por ejemplo) toda vez que, tal Comité está compuesto excluyentemente, por los gobernadores -presidentes- de los bancos centrales del grupo de los 10 países con mayor desarrollo financiero del mundo; entonces, las conclusiones que emite (tales como *Los principios de supervisión bancaria efectiva*) se divulgan sólo como documentos de carácter propositivo que, sin embargo, se han logrado imponer en la comunidad financiera internacional.

La positivización de los principios y recomendaciones (como la regla *conoce a tu cliente*), determina que adquieran validez jurídica en tanto se observe para ello el principio de legalidad, en el caso boliviano, previsto fundamentalmente por los artículos 109°, parágrafo II (*Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley*), 116°, parágrafo II (*Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*) y 122° (*Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las*

que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley) de la Constitución Política del Estado.

Así, la regla *conoce a tú cliente*, fundamental y general como es, se encuentra materializada en la economía jurídica patria a lo largo de los regímenes financieros regulatorio y de prudencia, muchas veces de forma implícita, toda vez que -por su carácter principista- no necesariamente se encuentra expresamente mencionada.

Contrario sensu, existen casos en los que la regla se encuentra explícitamente señalada, como en el Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Capítulo I, Sección 2, artículo 3, última parte, donde se establece la obligatoriedad de que toda información se encuentre debidamente documentada, conforme a la política *conozca a su cliente* de cada entidad, y que esté aprobada por su Directorio (para el caso, la norma 193/04 del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**).

Asimismo, el artículo 9° del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 (que reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), establece en lo pertinente, que: "*Constituirán infracciones de los Sujetos Obligados, el incumplimiento a las siguientes obligaciones:* (…) *Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF*".

Con respecto a esto último, corresponde lo establecido por el artículo 26° del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por el Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, conforme ha sido transcrito supra.

Ahora, como se recordará y con respecto al caso concreto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su posición expresada en la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, ha concluido que:

> "…*las operaciones descritas en dicho artículo no presentan condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, evidenciándose que durante el proceso de apertura se observó lo dispuesto en la norma 193/04 "Conozca a su cliente" del Banco*" (…)
>
> *Que, en el presente caso no se presentó* (sic) *condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, por cuanto el Banco Nacional de Bolivia S.A., al momento de la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, observó lo establecido en la norma 193/04 "Conozca a su cliente", toda vez que los cheques depositados pertenecían a la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura*…"

Ahora bien, acerca de qué entiende el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** por *conozca a su cliente* (y siendo por ello posible prescindir de un criterio más técnico), tal entidad financiera ha difundido su políptico 18 (*Protección y Prevención Financiera Legitimación de Ganancias Ilícitas*) en el link http://www.bnb.com.bo/AprendaBNB/pol18.pdf**,** consultado en la fecha,

por el que establece que "***Conocer al cliente implica recolectar, documentar y analizar información relevante sobre la identidad y actividad económica del cliente potencial, de tal forma que el banco pueda identificar si es posible o no iniciar una relación comercial con el mismo***", definición que a los fines actuales, es admisible sin lugar a mayor controversia.

Empero además, el mismo políptico continúa explicando que en la posición del Banco, "***Como cliente y/o usuario del banco tienes el deber*** *de coadyuvar a la prevención de estos delitos. Por ello, es de suma importancia que colabores con la entidad financiera* ***brindándole la información que se te requiera al momento de iniciar la relación comercial, como la apertura de una cuenta, o al momento de realizar algún tipo de transacción, como un depósito***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, resulta obvio el carácter insuficiente, oscuro y ambiguo de la expresión "*el Banco Nacional de Bolivia S.A.* (…) *observó lo establecido en la norma 193/04 "Conozca a su cliente", toda vez que los cheques depositados pertenecían a la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura*" que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013, toda vez que da a entender, que la regla era prescindible al tratarse el depositante del Consejo de la Judicatura, empero hace extensible injustificadamente tal criterio, al o a los titulares de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, en las que se realizaron tales depósitos, **que desde luego resultan <u>sus</u> clientes**, y que en los términos de la denuncia, sería una persona individual (cual si se tratara de fondos particulares), extremo en el que consistiría la irregularidad denunciada, al resultar esa persona una Juez en materia de trabajo y seguridad social que como tal, conoció del proceso judicial del que devendrían los dineros depositados.

Al respecto, existen elementos que permiten inferir que, el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** habría motivado su actuación en la presumible existencia de una orden judicial o de un documento de similar origen y validez, y que por lo tanto, podría influir en el criterio de aplicabilidad del principio; no obstante, al no constar en los fundamentos expuestos por la Autoridad recurrida un elemento de tal naturaleza, y al no haber observado en ello el deber que tiene de investigar la verdad de los hechos (Ley 2341, Art. 4º, Inc. 'd'), lo mismo queda en el campo de la presunción, que por ello no permite al suscrito, establecer la base fáctica sobre la que la *ad quem* ha tomado su decisión.

A efectos de lo supra señalado, téngase presente que el fundamento expuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 y ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, es insuficiente con respecto a los hechos que le dan origen y que sin embargo, motivan sus decisiones.

En definitiva, no queda claro en la consideración del Ente Regulador, si el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** dio observancia al artículo 26° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997 (entre otros), con respecto al o a los titulares de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 (quienes no son el Consejo de la Judicatura), resultando de ello una infracción a los artículos 28°, inciso 'e' (*Elementos Esenciales del Acto Administrativo.- Fundamento*), y 30° (*Actos Motivados*), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso 'd' (*Los*

fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Al respecto, se tiene la determinación del Tribunal Constitucional Plurinacional, expresada en su Sentencia 0143/2012 de 14 de mayo de 2012, la que expresa que:

> "…*El Tribunal Constitucional, en la SC 1289/2010-R de 13 de septiembre, señaló que: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, ha establecido que el derecho al debido proceso '…exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión'.*
>
> *En el mismo sentido, la SC 0577/2004-R de 15 de abril, respecto a las resoluciones de los tribunales de alzada, ha establecido que la '…exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando el Juez o Tribunal debe resolver en apelación la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia (…), es imprescindible que dichas Resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan y que permitan concluir, que la determinación sobre la existencia o inexistencia del agravio sufrido fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, del mismo modo que se exige al apelante cumplir con la obligación de fundamentar los agravios; por cuanto, en la medida en que las resoluciones contengan, los fundamentos de hecho y de derecho, el demandado tendrá la certeza de que la decisión adoptada es justa; por lo que no le esta permito a un Juez o Tribunal, reemplazar la fundamentación por la relación de antecedentes, la mención de los requerimientos de las partes o hacer alusión de que el Juez de instancia obró conforme a derecho, (…); con mayor razón, si se tiene en cuenta que el contar con una Resolución debidamente fundamentada y motivada es un derecho fundamental de la persona y forma parte del debido proceso …'"* (…)
>
> *Por su parte, la SC 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto: "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno*

convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas" (…)

Respecto a la falta de motivación de las resoluciones inherentes a procesos disciplinarios en el seno de la Policía Nacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional mediante la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, ha determinado que: "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado…"

Todo lo anterior hace razonable declarar la existencia de un agravio a la garantía del debido proceso que debe caracterizar al proceso, emergente de la falta de motivación y fundamentación en las actuaciones del Ente Regulador, por cuanto, afecta al derecho de los administrados a obtener una resolución debidamente fundamentada y justificada, que contenga una exposición clara, concisa y razonable, y que permita conocer, de forma indubitable, las razones que llevaron a tomar la decisión; empero ello, por las razones hechas constar supra y no así no por los alegatos expuestos por la recurrente en su Recurso Jerárquico de 7 de abril de 2014.

2.2. MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN.-

Por otra parte, el Recurso Jerárquico de 7 de abril de 2014, al referirse a "*La Resolución Impugnada*" (entonces, a la Resolución Administrativa ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014), alega que "*incumplió con los requisitos de la* ***MOTIVACIÓN y FUNDAMENTACIÓN***", porque a su decir:

"…*Se pronuncia en forma incompleta y segada* (sic) *sobre el argumento de que las sanciones cometidas por la entidad financiera, no datan del D.S. 910, sino que por el contrario la política CONOZCA A SU CLIENTE, proviene del* ***Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997****, por lo cual no ingresa en el marco de la IRRETROACTIVIDAD pretendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más aún tratándose de hechos que tienen relación con CORRUPCIÓN, lo cual también contraviene el Decreto Supremo Nro. 214…*"

Dado que la recurrida posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deviene (como todo el proceso en realidad) de su determinación original con relación a la denuncia de 15 de mayo de 2012, es menester iniciar el análisis partiendo de tal determinación, conforme consta en la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, dirigida a la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**:

"(…)

1. *Mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, remitida por la Unidad de Investigaciones Financieras, adjunta a la misma hace conocer a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el contenido del Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, relativo al análisis interno efectuado por los técnicos de la UIF con relación a la denuncia efectuada por su persona contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., cuya copia legalizada adjunto para su conocimiento y fines consiguientes.*

2. *El citado Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, establece que sobre la base de toda la información y documentación analizada por la Unidad de Investigaciones Financieras, dicha Unidad concluye que no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió la citada entidad bancaria, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.*

3. *En ese orden, mediante Comunicación Interna ASFI/DAJ/R-84052/2012 de 10 de julio de 2012, la Dirección de Asuntos Jurídicos de ASFI, en consideración a las conclusiones arribadas en el Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, remitió los antecedentes de la presente denuncia a la Dirección de Supervisión de Riesgos I, a fin de que dicha Dirección en el marco de su competencia analice los antecedentes de la denuncia planteada contra el Banco Nacional de Bolivia SA. y establezca en definitiva la pertinencia de instaurar el procedimiento sancionatorio contra la citada entidad.*

4. *Mediante Comunicación Interna ASFI/DSR I/R-110986/2012 de 5 de septiembre de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos I, se pronunció señalando que del análisis preliminar efectuado a la documentación presentada, la misma no es suficiente para determinar el inicio del procedimiento sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., siendo necesario efectuar una inspección especial que considere como alcance el cumplimiento del Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para*

Bancos y Entidades Financieras, relativo al manejo de Cuentas Corrientes, considerando que bajo los principios de legalidad e irretroactividad de las normas jurídicas, no es posible aplicar el Decreto Supremo Nro. 910 aprobado el 15 de junio de 2011. Consecuentemente, dicha Dirección programará una inspección, en el marco del cumplimiento del cronograma de inspecciones dispuesto para la presente gestión.

En ese entendido, la presente respuesta refleja las principales acciones realizadas por la Unidad de Investigaciones Financieras y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con relación a la denuncia efectuada por usted en representación de la Compañía Minera Orlandinl Ltda. contra el Banco Nacional de Bolivia .S.A., la misma que conforme el pronunciamiento emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos I de ASFI, originará una inspección especial en la referida entidad a fin de establecer la veracidad de las denuncias planteadas…"

Los datos del expediente refieren que, ante la solicitud de fecha 25 de septiembre de 2012 presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, sobre "*conversión de la* -supra citada- *carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 1012, en Resolución Administrativa*", y sopesando previamente la anulación de obrados (relativa) dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, estableció que:

"*…no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997…*"

El extremo después fue confirmado en su totalidad por la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, entonces ya en pleno trámite del proceso recursivo, dado que las dos resoluciones últimas señaladas -Nº 757/2013 y Nº 150/2014-, responden a la solicitud de fecha 25 de septiembre de 2012 y al Recurso de Revocatoria a que dio lugar, respectivamente.

La determinación del Ente Regulador, se fundamenta en que:

- "*…en el presente caso no se presentó* (sic) *condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o que parezca no tener justificación económica u objeto lícito, por cuanto el Banco Nacional de Bolivia S.A., al momento de la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, observó lo establecido en la norma 193/04 "Conozca a su cliente", toda vez que los cheques depositados pertenecían a la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura…*" (Res. Adm. ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013.)

- "*…en el marco de los principios de legalidad, irretroactividad de las normas, la Unidad de Investigaciones Financieras ratifica su posición relativa a que dicha Unidad no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma*

retroactiva, debido principalmente a que se constató que las presuntas infracciones enunciadas se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011. Asimismo, en caso de haberse configurado infracción de los citados artículos 28, 30, 31 y 32, los mismos constituyen infracciones instantáneas…" (ídem.)

- "…*este Órgano de Supervisión* (…) *realizó una Inspección Especial de Riesgo Operativo al Banco Nacional de Bolivia S.A., con el objeto de verificar el cumplimiento a lo dispuesto en el* ***Reglamento de Cuentas Corrientes, contenido en el Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A.*** (…)

  …*según el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012* (…) *se concluyó lo siguiente:*

  - (…) *se procedió a la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051 057, a nombre de personas naturales y de manejo conjunto.*

  - (…) *los Cheques N° 002766-4, N° 0002916-5 y N° 0000092-7 del Banco de Crédito de Bolivia S.A, emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden del Banco Nacional de Bolivia S.A.* (…) *pertenecen a "Depósitos Judiciales Oruro" y "Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales"* (…)

  - *Respecto a la apertura las* (sic) *cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales, para el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones, como resultado de la Sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007, ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, corresponde a otra instancia determinar si dicha operativa es válida* (…)

  - *Sobre el manejo de los fondos ingresados en las cuentas corrientes de referencia, corresponde a otra instancia determinar si los mismos fueron correctamente utilizados.*

  - (…) *no corresponde iniciar un proceso sancionatorio al Banco atribuyéndole posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (Capítulo I, Título II, Libro 2° en la estructura normativa aprobada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013)…*" (ibídem.)

- "…*dicha Resolución* -se refiere a la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013- *contiene la debida fundamentación o motivación, por cuanto se ha descrito con claridad los hechos que dieron lugar a la emisión de la citada Resolución y se ha expuesto las normas jurídicas que dieron lugar a establecer que no corresponde el iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, así se desprende del análisis*

efectuado en sus páginas 6 al 11…" (Res. Adm. ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014.)

- "*…En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco del principio de discrecionalidad, podría llevar a cabo proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por incumplimiento al Decreto Supremo N° 24771* (…)

  …se advierte que los preceptos anotados no condicen en ningún punto de vista legal con lo afirmado por el recurrente, respecto a la facultad discrecional de esta Autoridad de Supervisión de sancionar, por el contrario el principio de discrecionalidad determina la facultad por parte de la administración, que se encuentra limitada por la propia norma…" (ídem.)

Emergente de ello y en principio, conviene establecer el objeto y pretensiones exactas de la denuncia de fecha 15 de mayo de 2012, presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** y dirigida ante la Unidad de Investigaciones Financieras.

2.2.1. Contenido de la denuncia.-

Para ello, es pertinente remitirse al numeral 1 del acápite 8 (*petitorio*) de la denuncia presentada en fecha 15 de mayo de 2012, por ante la Unidad de Investigaciones Financieras, que en lo sustancial y a la letra señala:

> "*…solicito a su autoridad en el marco del ordenamiento jurídico administrativo que rige la actividad administrativa y del artículo 24 de la Constitución Política del Estado, las previsiones legales del Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997 y el artículo 22 parágrafo I del Decreto Supremo Nro. 910 de 25 de junio de 2011:*
>
> 1. *En atención a lo previsto en el artículo 42 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771, concordante con la tipología prevista en el Decreto Supremo Nro. 910 del 25 de junio de 2011, luego del respectivo proceso administrativo se proceda a la sanción de los miembros del Directorio del Banco Nacional de Bolivia S.A. con la inhabilitación de funciones en el Sistema Financiero, toda vez que se ha procurado un posible daño económico al Estado boliviano y a mi persona en calidad de usuario del sistema financiero nacional…*"

Visto axiológicamente tal presupuesto, resulta claro que lo que en lo sustancial pretende la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, es la imposición de una sanción al **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, por la presunta irregularidad (facilitar "*la comisión de los delitos de corrupción pública*" al haber sugerido se dé apertura a "*una cuenta privada a nombre de la juez*", propiciando la disposición -se entiende que ilegítima- de dineros, en definitiva, sin realizar "*ninguna actuación de prevención de legitimación de ganancias ilícitas*") que allí también se señala.

Para ello -dentro del carácter sustancial referido-, la denunciante invoca y se ampara en los artículos 24° (*Sistematización de los delitos de corrupción*), 25° (*Creación de nuevos tipos*

penales), numerales 2 (*Enriquecimiento ilícito*) y 3 (*Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado*) de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz" (además de su disposición final primera); 27°, inciso c), de la Ley N° 1178, de administración y control gubernamentales; 26° (*Conocimiento del cliente*), 27° (*Vigilancia particular de ciertas operaciones*), 28° (*Registro*), 30° (*Reporte de transacciones sospechosas*), 32° (*Obligación de informar*) y 42° (*Responsabilidades*) del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997, y el numeral 11.1.8 de la Política nacional de transparencia y lucha contra la corrupción (PNT), aprobada por el Decreto Supremo N° 214 de 22 de julio de 2009.

Empero, en cuanto a la cuestiones de rito (de consideración importante por cuanto y en definitiva, resulta que hacen a la controversia presente, según consta infra), la denuncia refiere concurrentemente los artículos 22°, parágrafo I, del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, y 42° del supra citado Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras (Decreto Supremo Nº 24771).

De ellos, el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, "*tiene por objeto, reglamentar el régimen de infracciones y los procedimientos* ***para la determinación y aplicación de sanciones*** -únicamente- ***administrativas*** *en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas*" (Art. 1°; las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), quedando claro ser "*distintas de la responsabilidad de naturaleza civil o penal*" (Art. 3°).

En ese contexto, el parágrafo I -citado por la denunciante- de su artículo 22° (*Determinación de la responsabilidad administrativa*), establece que: "*El procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa, será substanciado por el Director de la UIF de oficio, a petición fundamentada de la ASFI, de la APS o por denuncia sustentada documentalmente*".

En lo referido al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997, amén de que su mencionado artículo 42° (*Responsabilidades*) hace referencia a que "*El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capítulo I del Título V* (referidos a las obligaciones "*de los sujetos obligados*", y al que corresponden sus artículos del 24° al 36°, varios de los cuales hacen a la controversia presente) *generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales*".

Asimismo, señala antes en su considerando de inicio, que "*la Ley No. 1768 de Modificaciones al Código Penal de 10 de marzo de 1997 introduce el régimen penal y* ***administrativo*** *de la legitimación de ganancias ilícitas, como un elemento esencial en la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en atención a la denuncia de 15 de mayo de 2012 y del proceder -debido proceso se dice- que debió corresponder a la misma (dado resultar ser ello el objeto de la controversia del Recurso Jerárquico), se trata al presente de determinar la responsabilidad

administrativa -no la penal- emergente de los hechos denunciados, responsabilidad que es especial (únicamente) al delito de legitimación de ganancias ilícitas, en función de lo determinado por los Decretos Supremos N° 910 de 15 de junio de 2011 y Nº 24771 de 31 de julio de 1997, normas en las que la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** ha amparado su pretensión.

Aquí es pertinente tener en cuenta que, conforme al supra citado Decreto Supremo N° 910 (en el que entre otros y como se tiene dicho, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** ha fundado su denuncia), su parte considerativa establece:

> "…*Que la Ley N° 1768, de 10 de marzo de 1997, de Modificaciones al Código Penal, crea la Unidad de Investigaciones Financieras como parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinando entre otros aspectos que el Poder Ejecutivo actual Órgano Ejecutivo mediante Decreto Supremo establecerá el régimen de infracciones administrativas y los procedimientos para la sanción de las mismas*…"

Y ya en su parte dispositiva, señala:

> "…*Artículo 1°.- (Objeto y alcance) El presente Decreto Supremo tiene por objeto, reglamentar el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación* ***de sanciones administrativas <u>en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas</u>*** *por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras - UIF, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren bajo el ámbito de las Leyes que regulan el sistema financiero y sus correspondientes reglamentos*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme lo ya señalado antes, la denuncia hace también mención a los delitos de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, introducidos por los artículos 25° (numerales 2 y 3), 27° y 28°, de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 (de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz").

No obstante, el régimen administrativo expreso previsto por los Decretos Supremos N° 910 de 15 de junio de 2011 y Nº 24771 de 31 de julio de 1997, correspondiente al delito de legitimación de ganancias ilícitas, no es extensible a tales figuras penales, sino que las mismas tienen también un régimen especial, expresado en el artículo 18° (*Atribuciones de la Unidad de Investigaciones Financieras*) **de la -misma- Ley última nombrada**, de ahí que se confirme tratarse de su régimen particular, detalle que es obviado por la denunciante.

Por ello, debe tenerse presente que, conforme al artículo 24° (también invocado por la denunciante) **de la misma Ley Nº 004**, los delitos a los que se refiere -entre los que están los de enriquecimiento ilícito, enriquecimiento ilícito de particulares y legitimación de ganancias ilícitas-, se encuentran sistematizados (*organizados según un sistema* dice el diccionario) en *delitos de corrupción* y *delitos vinculados con corrupción*, en la evidente intencionalidad de

diferenciar ambas categorías a los efectos señalados por la misma norma, extremo importante por cuanto, el supra citado artículo 18° está referido a "*presuntos hechos o delitos de corrupción*", y conforme la sistematización legal señalada, el delito de legitimación de ganancias ilícitas (Cód. Penal, Art. 185° bis), no es uno de corrupción, sino uno vinculado con corrupción, extremo que confirma la coexistencia de los regímenes -administrativo y penal- propios para la investigación emergente del probable suceso de este delito, conforme se implementan en la modificación 43ª, artículo 2° de la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997 (de modificaciones al Código Penal), siendo así aludido por la propia denunciante.

Entonces, en la intención de limitar el carácter administrativo que hace al interés de la denuncia y en el que insiste persistentemente la norma, se tienen los elementos siguientes:

2.2.1.1. El régimen penal por la comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas.-

La precitada modificación 43ª del artículo 2º, de la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, luego de disponer la inclusión "*como Capítulo III, DEL TÍTULO III, del Libro Segundo del Código Penal, el siguiente: RÉGIMEN PENAL Y ADMINISTRATIVO DE LA LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILICITAS*", implementa con mayor precisión el régimen penal por la comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas (Cód. Penal, Art. 185° bis).

Inherente tal tema al ámbito penal, no hace a la competencia del suscrito ni de la Administración en general su conocimiento; sin embargo, se presenta aquí el caso atípico de que el legislador, a tiempo de normar la materia penal, ha dispuesto paralelamente un régimen administrativo (disciplinario) especial, no queriendo decir ello que la legitimación de ganancias ilícitas, así como delito, resulte también en una infracción administrativa, sino que lo mismo deriva del presupuesto de que la ocurrencia de ese delito en específico, puede o pudo evitarse, con los controles adecuados que impone el Regulador y cuya infracción determina la promoción del proceso administrativo sancionatorio.

Entonces, la calidad de delincuente no tiene que coincidir necesariamente con la de infractor, y sin embargo, de la lectura del fundamento legal que señala la denuncia de 15 de mayo de 2012, permite inferir que la misma los ha confundido, producto ello de la implementación simultánea de los regímenes penal y administrativo, emergentes del artículo 185° bis (*legitimación de ganancias ilícitas*) del Código Penal por parte de la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997.

A efectos quede claro el extremo y teniendo en cuenta al sujeto activo del delito -el delincuente- conforme se lo considera en el Código Penal, se tiene que:

- Sea que se considere la redacción del artículo 185° bis (*legitimación de ganancias ilícitas*) del Código Penal, conforme fuera implementado por la señalada modificación 43ª del artículo 2º, de la Ley N° 1768 "*de modificaciones al Código Penal*", referido -únicamente- a quien "*adquiera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, que procedan de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de delitos cometidos por organizaciones criminales* (en este último caso,

entonces, en relación al artículo 132° bis del Código Penal)".

- O sea que se tome en cuenta la redacción actual del mismo artículo 185° bis, dispuesta por la Ley N° 004 "*de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz*"", respecto a quien "*adquiera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, vinculados a delitos de: elaboración, tráfico ilícito de sustancias controladas, contrabando, corrupción* (y conforme al artículo 24°, segundo párrafo, de la misma Ley, la legitimación de ganancias ilícitas no es un delito de corrupción sino uno "*vinculado con corrupción*"), *organizaciones criminales, asociaciones delictuosas, tráfico y trata de personas, tráfico de órganos humanos, tráfico de armas y terrorismo*".

En definitiva, no es a ninguno de ellos a los que se refiere la denuncia de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, toda vez que la serie de presupuestos alternativos supra señalados para el artículo 185° bis del Código Penal, no se acomodan *per se* a la calidad acusada en el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** (confirmando no recaer la denuncia sobre algún aspecto penal, que por ello sea susceptible de un conocimiento, en ese preciso sentido, por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras).

Téngase en cuenta que el artículo 185° bis, en su redacción anterior dispuesta por la Ley N° 1768, o en la actual de la Ley N° 004, no hace referencia a una sola conducta, que además, pueda acomodarse con precisión a la categoría de *Delitos contra la fe pública* (dentro de la que ha sido implementada por disposición de la tantas veces mencionada modificación 43ª del artículo 2º, de la Ley N° 1768), menos aún a la de un delito de orden financiero como lo sugiere la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** en su denuncia, por cuanto, hace mas bien alusión a varias otras conductas, inmersas en figuras delictivas de diversa naturaleza: "*delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de delitos cometidos por organizaciones criminales*" (en la Ley N° 1768); "*delitos de: elaboración, tráfico ilícito de sustancias controladas, contrabando, corrupción, organizaciones criminales, asociaciones delictuosas, tráfico y trata de personas, tráfico de órganos humanos, tráfico de armas y terrorismo*" (en la Ley N° 004).

Al respecto y conforme lo señala el profesor Víctor Gómez Martín en *La doctrina del "delictum sui generis"*:

> "…*los tipos* -penales- *de la Parte Especial no siempre se encuentran desconectados entre sí. Es posible afirmar que algunos tipos de la Parte Especial guardan una estrecha conexión con otros tipos también pertenecientes a la Parte Especial. Esta conexión puede revestir una doble naturaleza. Un tipo puede encontrarse, en primer lugar, en una relación de dependencia de naturaleza normativa con respecto a otro tipo. En esta relación de dependencia entre tipos, la doctrina denomina al tipo que depende de otro "subtipo", "tipo dependiente", "tipo derivado", "derivaciones típicas" o "variante dependiente". El delito del que depende este último tipo suele recibir el nombre de "tipo básico". La segunda clase de vinculación que puede darse entre algunos tipos de la Parte Especial consiste en una relación de parentesco fenomenológico o criminológico y de autonomía o independencia normativa. Los*

tipos que se encuentran en tal relación con otro tipo son denominados "delitos autónomos", "delitos independientes", "variantes independizadas" o "delicta sui generis". En conclusión: en atención a su conexión con otros tipos, los tipos pueden ser clasificados en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos. El descubrimiento de esta clasificación de los tipos constituye el punto de partida de la doctrina del "delictum sui generis". El principal objetivo de esta doctrina fue la elaboración de criterios que permitieran identificar un tipo concreto como un delito "autónomo" o "sui generis" (indicadores de sustantividad)…"

Entonces, las varias conductas punitivas señaladas por las Leyes N° 1768 y 004, vienen a constituir tipos básicos con relación a la conducta general tipificada para el artículo 185° bis del Código Penal: "*El que adquiera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, vinculados a* ("*que procedan de*" según, la redacción original) *delitos*…", la que pese a la obvia vinculación señalada con los primeros, constituye un tipo autónomo.

2.2.1.2. El régimen administrativo por infracciones emergentes de la comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas.-

Siguiendo con el análisis, el artículo 2° de la Ley N° 1768 seguidamente señala, ahora en su modificación 44ª, que:

"*…44. Incluyese como artículo 185 ter, del Código Penal, el siguiente:*

*(**RÉGIMEN <u>ADMINISTRATIVO</u> DE LA LEGITIMACION DE GANANCIAS ILICITAS**).-*

Créase la Unidad de Investigaciones Financieras, la que formará parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, establecerá su organización, atribuciones, la creación de unidades desconcentradas en el sistema de regulación financiera, el procedimiento, la forma de transmisión y el contenido de las declaraciones que se le envíen, el régimen de infracciones administrativas y los procedimientos para la imposición de sanciones administrativas.

***Las entidades financieras y sus directores, gerentes, administradores o funcionarios que contravengan las obligaciones establecidas en el Decreto Supremo reglamentario**, se harán pasibles a la imposición de las sanciones administrativas establecidas en las normas legales que regulan el sistema financiero. Los directores, gerentes, administradores o funcionarios encargados de denunciar posibles casos de legitimación de ganancias ilícitas a la Unidad de Investigaciones Financieras estarán exentos de responsabilidad administrativa, civil y penal, siempre que la denuncia cumpla las normas establecidas en el decreto reglamentario.*

La máxima autoridad ejecutiva de la Unidad de Investigaciones Financieras, substanciará la determinación de la responsabilidad administrativa y el Superintendente aplicará las sanciones consiguientes, sujetándose al régimen legalmente establecido. Para determinar la sanción que corresponda, se tomará en cuenta la gravedad del incumplimiento y el grado de participación y de culpabilidad

de los sujetos responsables. En estos casos, el régimen de impugnaciones y recursos de sus resoluciones, se sujetará a lo establecido por ley.

Las entidades financieras y sus órganos, no podrán invocar el secreto bancario cuando los agentes de la Unidad de Investigaciones Financieras requieran información para el adecuado cumplimiento de sus funciones. La información obtenida por la Unidad de Investigaciones Financieras sólo podrá ser utilizada a objeto de investigar la legitimación de ganancias ilícitas…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, es a este *régimen administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas*, al que se refiere la denunciante **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, por cuanto, el mismo contempla -entre otros- a "*Las entidades financieras y sus directores, gerentes, administradores o funcionarios que contravengan las obligaciones establecidas en el Decreto Supremo reglamentario*", calidades que sí se observan en el denunciado **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, confirmándose ello además por la mención que sale en la denuncia, en sentido que:

"*…**2. Autoridades competentes para el conocimiento y sanción, respectivamente.***

***En atención a lo previsto por el ordenamiento jurídico nacional**, es Autoridad competente para el conocimiento, tramitación y sanción* (sic) *de la presente denuncia, su persona en calidad de Directora de la Unidad de Investigaciones Financieras.*

Asimismo, corresponderá a la Directora Ejecutiva de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) el aplicar la sanción que en Derecho corresponda en contra del Directorio del BNB…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Mención que -salvo por el *lapsus calami* de la denunciante, referido a atribuir también al Director de la Unidad de Investigaciones Financieras, la facultad sancionatoria, exclusiva de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero- es plenamente coincidente con la que sale del artículo 185° ter del Código Penal, conforme fuera implementado a tiempo de la supra transcrita modificación 44ª, artículo 2º, de la Ley N° 1768: "***La máxima autoridad ejecutiva de la Unidad de Investigaciones Financieras, substanciará la determinación de la responsabilidad administrativa** y **el Superintendente aplicará las sanciones consiguientes, sujetándose al régimen legalmente establecido***" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), lo que confirma que **es al proceder previsto para el *régimen administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas*, al que se refiere la denuncia**, criterio que inclusive, va a trascender a tiempo de la interposición de los Recursos de Revocatoria y Jerárquico (y que justifica su consideración al presente).

Así implementadas diferenciadamente las figuras del *régimen penal de la legitimación de ganancias ilícitas* y del *régimen administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas* (y teniendo en cuenta que la palabra *régimen* ya determina, conforme al diccionario, un **conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad**), no quiere decir que

se traten de tipificaciones inherentes a circunstancias diversas entre sí, sino que **hacen a dos procedimientos que comparten una común investigación -a cargo de la Unidad de Investigaciones Financieras- ante una también común presunción de ocurrencia de un delito determinado**:

- Por una parte el régimen administrativo, en principio de naturaleza investigativa a cargo de la Unidad de Investigaciones Financieras, y posteriormente, de ser el caso, de carácter sancionatorio a cargo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Por la otra el régimen penal, en principio de esencia investigativa a cargo de la Unidad de Investigaciones Financieras, y posteriormente, de ser el caso, de característica prejudicial o judicial -según vaya correspondiendo-, inherente al delito de legitimación de ganancias ilícitas (Cód. Penal, Art. 185° bis), entonces de competencia del Representante del Ministerio Público, y eventualmente, del Juez en materia penal.

A ello se refieren los siguientes artículos del supra mencionado Reglamento de tal Unidad, conforme fuera aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997, **dejando constancia que es en esta norma en la que fundamentalmente se ampara la pretensión de la denunciante, ahora recurrente**:

> "…***ARTÍCULO 18.- (ATRIBUCIONES).*** *La Unidad de Investigaciones Financieras tiene las siguientes atribuciones:* (…)
>
> *8.- Remitir a las autoridades competentes elementos necesarios debidamente fundamentados para la investigación y persecución penal correspondiente si, como resultado de la investigación, la Unidad de Investigaciones Financieras determina la existencia de una operación sospechosa* (…)
>
> ***ARTÍCULO 19.- (FUNCIONES).*** *El Director de la Unidad de Investigaciones Financieras tiene las siguientes funciones:* (…)
>
> *8.- Remitir a las autoridades competentes la información resultante que a su criterio amerita investigación penal acompañada de la correspondiente fundamentación* (…)
>
> ***ARTÍCULO 40. (DE LA REMISIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO).*** *El Director remitirá a la autoridad correspondiente un dictamen fundamentado* ***cuando existan elementos necesarios que le permitan inferir que la operación está vinculada a la legitimación de ganancias ilícitas****. Para ser válido el dictamen deberá estar refrendado con la firma de tres miembros del equipo especializado, los mismos que se constituyen en co-responsables*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Explicado de otra manera, ante la presunta comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas, se activan simultáneamente los regímenes penal y administrativo que le

son inherentes, correspondiéndole a la Unidad de Investigaciones Financieras, su averiguación y la acumulación de elementos que lo confirmen o que lo desestimen, dando lugar el primer presupuesto, a la remisión de antecedentes al Ministerio Público para el procesamiento penal que corresponda (régimen penal de la legitimación de ganancias ilícitas), empero en todo caso, determinando la existencia de responsabilidades administrativas que por ello, ameriten su sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Asimismo, siendo el objetivo de la Unidad de Investigaciones Financieras "*recibir, solicitar, analizar y, en su caso, transmitir a las autoridades competentes la información necesaria debidamente procesada vinculada a la legitimación de ganancias ilícitas*" (D.S. 24771, Art. 2º), determina que los regímenes administrativo y penal, no sean necesariamente secuenciales, toda vez que la existencia de las faltas administrativas (infracciones al mismo Decreto) que puedan evidenciarse en el curso de la investigación, son independientes de la existencia efectiva del delito de legitimación de ganancias ilícitas: puede un sujeto obligado no haber cometido tal delito, y sin embargo, puede estar incumpliendo el Reglamento, y a la inversa.

Así, la actuación de la Unidad de Investigaciones Financieras sobre un caso concreto, puede determinar los dos siguientes efectos (independientes el uno del otro, de ninguna manera necesariamente alternativos o simultáneos entre sí):

> **1º. Responsabilidad penal:** para el caso de inferirse la ocurrencia del delito de legitimación de ganancias ilícitas (según la definición del artículo 185º bis del Código Penal), su remisión al Ministerio Público.
>
> **2º Responsabilidad administrativa:** para el caso de concluirse en la evidente infracción al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997, por parte de algún sujeto obligado a ello, su remisión a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a los fines de aplicársele "*las sanciones consiguientes, sujetándose al régimen legalmente establecido*" (Cód. Penal, Art. 185º ter, tercer párrafo, primera parte).

Entonces, entre el proceso reservado al régimen administrativo y el correspondiente al régimen penal, existe una vinculación expresada en la común presunción sobre una determinada comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas que les da inicio, y que determina que ambos compartan la misma fase investigativa por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras, empero y conforme lo visto, no existe accesoriabilidad entre los mismos, por cuanto, las sanciones penal y administrativa (que además pueden no ser concurrentes) son independientes entre sí y no recaen sobre le mismo objeto.

Ahora, en el tenor de las pretensiones concretas de la denuncia de 15 de mayo de 2012, **los procedimientos inherentes al régimen administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas y al régimen penal de la legitimación de ganancias ilícitas, están referidos y tienen un común denominador**, este es, **la presunta comisión <u>del delito de legitimación de ganancias ilícitas</u>** (Cód. Penal, Art. 185º bis), limitándose a ello la competencia de la Unidad de Investigaciones Financieras, sin que para el caso tenga trascendencia la implícita

ampliación de sus atribuciones ("*analizará y realizará actividades de inteligencia financiera y patrimonial, para identificar presuntos hechos o delitos de corrupción*"), conforme lo ha dispuesto el artículo 18° de la Ley N° 004, por cuanto y conforme lo evidenciado y hecho constar supra, **la denuncia de la COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA. contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., está circunscrita al régimen administrativo y no así al penal**.

Aclarados estos extremos, es ahora pertinente remitirse al supra mencionado Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, conforme fuera aprobado por el Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, el que en lo que interesa al caso concreto, señala:

> "…***ARTÍCULO 2.- (UNIDAD DE INVESTIGACIONES FINANCIERAS).*** *La Unidad de Investigaciones Financieras forma parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras* -aquí léase Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero-, *es un órgano desconcentrado con autonomía funcional, administrativa y operativa, encargado de recibir, solicitar, analizar y, en su caso, transmitir a las autoridades competentes la información necesaria debidamente procesada vinculada a la legitimación de ganancias ilícitas*.
>
> ***ARTÍCULO 3.- (ALCANCE).*** *Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a:*
>
> *1. Las actividades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros* (…)
>
> ***ARTÍCULO 18.- (ATRIBUCIONES).*** *La Unidad de Investigaciones Financieras tiene las siguientes atribuciones:* (…)
>
> *2.- Emitir instrucciones o recomendaciones a los sujetos obligados en el ámbito de su competencia.*
>
> *3.- Recibir y pedir de los sujetos obligados los reportes de actividades sospechosas sin límite de monto* (…)
>
> *6.- Acceder a cualquier base de datos, expediente, informe y cualquier otra forma de documentación de entidades públicas a fin de obtener la información necesaria que le permita cumplir con sus objetivos, no pudiendo negársele tal acceso* (…)
>
> *9.- Solicitar, a través de las respectivas superintendencias, la realización de auditorías externas para verificar el cumplimiento de las obligaciones atribuidas a los sujetos obligados* (…)
>
> ***ARTÍCULO 19.- (FUNCIONES).*** *El Director de la Unidad de Investigaciones Financieras tiene las siguientes funciones:* (…)
>
> *2.- Impartir las órdenes e instrucciones convenientes a los funcionarios dependientes para el cumplimiento de los objetivos de la Unidad* (…)
>
> ***ARTÍCULO 23.- (SUJETOS OBLIGADOS).*** *Para fines del presente decreto se considera sujeto obligado a toda persona jurídica, pública o privada, que desempeñe alguna*

de las actividades señaladas en el artículo 3 (…)

ARTÍCULO 24.- (DISPOSICIÓN COMÚN). *Sin perjuicio de las obligaciones descritas en este capítulo, los sujetos obligados deberán cumplir con las instrucciones y recomendaciones emanadas de la Unidad de Investigaciones Financieras* (…)

ARTÍCULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE). *Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.*

Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

ARTÍCULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES). *Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.*

ARTÍCULO 28.- (REGISTRO). *Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones* (…)

ARTÍCULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS). *Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.*

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales (…)

ARTÍCULO 32.- (OBLIGACIÓN DE INFORMAR). *Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional* (…)

ARTÍCULO 38.- (RECEPCIÓN). *El funcionario responsable ante la existencia de una transacción sospechosa deberá comunicarla inmediatamente a la Unidad, confirmando el reporte con la remisión del formulario correspondiente.*

ARTÍCULO 39.- (PROCESAMIENTO INTERNO). *Una vez conocido el reporte la Unidad*

podrá ordenar la continuación de la operación o su suspensión administrativa por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, el mismo que se computará a partir de la confirmación del reporte.

La continuación de la operación no impide a la Unidad de Investigaciones Financieras solicitar información complementaria sobre la misma.

En caso de que se requiera suspender la operación, la Unidad deberá notificar por escrito al funcionario responsable.

En caso de necesitar un plazo mayor a cuarenta y ocho (48) horas se debe requerir orden judicial (…)

ARTÍCULO 42.- (RESPONSABILIDADES). *El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capítulo I del Título V generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales. En el caso del Banco Central de Bolivia se sujetará a lo dispuesto por la ley 1670*…"

Nótese que la relación anterior, guarda suficiente similitud con la contenida en la denuncia de fecha 15 de mayo de 2012, presentada contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, de lo que resulta que, en lo adjetivo, cuando la entonces denunciante y ahora recurrente, pretende se impongan al caso los trámites administrativos inherentes -por disposición legal- a la investigación del delito de legitimación de ganancias ilícitas -Cód. Penal, Art. 185° bis-, lo hace en la presunción de que el ilícito denunciado hubiera sido cometido por la juez en materia laboral (quien en los datos de la denuncia, habría aperturado una cuenta a su nombre, con dineros emergentes de un proceso laboral cual si fueran propios), pero no precisamente por el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** (según los datos proporcionados por la propia denunciante), por lo que le correspondería una responsabilidad distinta.

En un correcto orden de ideas como el que exige el artículo 41° (*Iniciación* -del procedimiento administrativo- *a Solicitud de los Interesados*), inciso 'd' ("*Los hechos, motivos y solicitud en la que se concrete con toda claridad lo que se pretende*"), de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo-, debió haber sido la materia principal de la denuncia de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, el supuesto ilícito en el que habría incurrido la Juez de materia del Trabajo y la Seguridad Social, antes que las presumidas infracciones administrativas de la entidad bancaria (al efecto, léase la suma del memorial de 15 de mayo de 2012: "*DENUNCIA A ENTIDAD REGULADA*"), por cuanto y conforme lo supra desarrollado, la determinación de la responsabilidad administrativa de los obligados, emerge de la investigación de la supuesta ocurrencia del delito.

Puede inferirse que ello ha sido el motivo por el que la Unidad de Investigaciones Financieras, mediante nota UIF/DIR/09727/2012 de 26 de mayo de 2012, dirigida a la ahora recurrente, ha señalado que el memorial de denuncia:

"…***no cumple con los requisitos formales <u>previstos en el Procedimiento Administrativo</u>***,

debiendo el peticionante acreditar la documentación extrañada, señalar el periodo en que los hechos se suscitaron y precisa cuales son las acciones u omisiones que constituyen transgresión a lo establecido por el D.S. 0910 de 15 de junio de 2011, por parte de la entidad financiera…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Criterio ampliado -ante la disconformidad y consiguiente queja de la denunciante- por la nota UIF/LEG/11345/2012 de 25 de junio de 2012, dirigida ahora a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el que señala:

"*…Conforme dispone el parágrafo I del artículo 22 del Decreto Supremo No. 910, el procedimiento de determinación de Responsabilidad Administrativa, será substanciado* ***"…por denuncia sustentada documentalmente" (…)****. Asimismo, el parágrafo II en su parte más importante señala que "Sobre la base de toda la información y* ***documentación concerniente a la comisión de cualquiera de las infracciones*** *establecidas en el presente Decreto Supremo"… el director de la UIF determinará la responsabilidad administrativa. Previsión que es concordante con el inciso e) del articulo* (sic) *de la Ley de procedimiento Administrativo Ley No. 2341 que señala "Ofrecer toda la prueba de la que el interesado pueda favorecerse…*"

Comentario aparte empero pertinente, limitándose la exigencia formal de la denuncia a lo que establecen, sin mayor precisión, los artículos 38° ("*El funcionario responsable ante la existencia de una transacción sospechosa deberá comunicarla inmediatamente a la Unidad, confirmando el reporte con la remisión del formulario correspondiente*") del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras (D.S. N° 24771) y 22° (*Determinación de la responsabilidad administrativa*) del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 -que reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas-, y no existiendo ninguna otra que disponga una secuencia lógica y estructurada como la extrañada en la denuncia de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, se concluye que al haberse dirigido la misma contra la entidad financiera, por una supuesta infracción administrativa, cuando el presunto ilícito se originaba en un delito cometido por una autoridad judicial, debe concluirse que en el caso ha operado el informalismo propio del Derecho Administrativo (Ley N° 2341, Art. 4°, Inc. 'l'), en consideración al carácter amplio que importa el derecho de petición (Const. Pol. del Estado, Art. 24°).

En definitiva, como base del análisis que corresponde a la controversia presente, la denuncia de 15 de mayo de 2012, presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, da por establecido que lo mismo debe determinar -necesariamente- una sanción para la referida entidad de intermediación financiera (de hecho, el carácter írrito de la actuación de la Autoridad Reguladora y que da lugar a la actividad recursiva presente, consiste precisamente, en la inexistencia de la sanción pretendida).

Tal extremo tiene que ver con el precitado derecho de petición al que se refiere el artículo 24°, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado: "*toda persona tiene derecho a la*

petición (…) *y a la obtención de respuesta formal y pronta*", **lo que de ninguna manera quiere decir que esa respuesta debe tener, forzosamente, el contenido exacto que pretende la peticionante**; en todo caso, sea que admita la pretensión o la rechace, la respuesta debe encontrarse debida y suficientemente motivada y fundamentada.

Lo mismo ha sido explicado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005, mencionada por la Autoridad recurrida bajo el siguiente tenor:

> "…*El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución* (…)
>
> …*se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la constitución así como asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de intereses general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición,* ***no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración****, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición* ***es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración****, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.*"
>
> *"Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central de derecho."*
>
> *"Es así que la Ley N° 2341 de 23 de abril, Ley de Procedimiento Administrativo; en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública" reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: "formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente" y "obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen…*"

En todo caso, la petición -a manera de denuncia- de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** para impulsar un proceso sancionatorio contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** e inclusive, su pretensión concreta de que de lo mismo resulte en una sanción contra los miembros del Directorio del mismo, hace a su derecho legítimo.

No obstante, se rebasa tal legitimidad cuando, como en el caso de autos, se quiere dirigir el procedimiento de las diligencias investigativas (a las que se refiere el artículo 65° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), al resultado preferido por el denunciante con prescindencia del análisis previo sobre qué es lo jurídicamente correspondiente, superando la decisión competente de la Autoridad, por cuanto, así se pierde la objetividad en cuanto a la comprobación primigenia de la existencia o inexistencia de una infracción (su investigación), para luego de ello -recién y si corresponde- pretender una sanción.

Tal conclusión es emergente de la propia denuncia, la que -conforme lo visto- está direccionada a la aplicación precisa y única, del *Régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas, en lo concerniente a la legitimación de ganancias ilícitas*, implementado por el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, infiriéndose que ello obedece a la tentativa de la denunciante, de agravar lo más posible la situación del denunciado **Banco Nacional de Bolivia S.A.** para el caso que este resulte responsable de la infracción, prescindiendo de cualquier otro criterio técnico jurídico que, previamente y con la necesaria objetividad, debe permitir establecer la correcta e idónea sustanciación del trámite que corresponda aplicarse.

En todo caso, queda claro que la denuncia, amén de hacer cita necesaria empero descontextualizada, de elementos propios de la responsabilidad penal en la que habría incurrido una Juez como titular en la apertura de una cuenta, está mas bien referida a la probable responsabilidad administrativa del **Banco Nacional de Bolivia S.A.** que le sería emergente, debiendo circunscribirse a esta última el análisis presente del Recurso Jerárquico, conforme sigue a continuación.

2.2.2. El principio de irretroactividad y la excepción de retroactividad.-

Establecidos los alcances de la denuncia de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, corresponde aclarar que la causa de la misma (la supuesta conducta administrativamente ilícita del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**), es diversa de la de sus Recursos de Revocatoria y Jerárquico (la negativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a sancionar al mismo banco por la imposibilidad de aplicar irretroactivamente el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011).

El alegato del Recurso Jerárquico, sobre la acusada falta de fundamentación y motivación, es básicamente uno:

> "…*las sanciones cometidas por la entidad financiera, no datan del D.S. 910, sino que por el contrario la política CONOZCA A SU CLIENTE, proviene del* ***Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997****, por lo cual no ingresa en el marco de la IRRETROACTIVIDAD pretendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más aún tratándose de hechos que tienen relación con CORRUPCIÓN, lo cual también contraviene el Decreto Supremo Nro. 214* (se refiere al de 22 de julio de 2009)…"

La base jurídica fundamental de la retroactividad alegada, lo constituye el artículo 123º de la Constitución Política del Estado, el que por ello y previamente a entrar en materia, corresponde descomponer en sus elementos, de forma tal permita un análisis como el que interesa al caso; así:

- En un primer elemento, contiene la expresión "*la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo*", la que ontológicamente constituye la materialización positiva del **principio de irretroactividad de la norma**, uno de los más elementales que rigen su aplicación y que significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo, porque operan después de la fecha de su promulgación o puesta en vigencia; implica que una nueva norma no puede regular las situaciones jurídicas pasadas, ya definidas o consolidadas, las que no pueden ser modificadas en cuanto a sus efectos, toda vez que a estos los ampara la norma bajo la cual se implementaron.

  Axiológicamente, tiene un contenido proteccionista a favor de quien se encuentra amparado por una norma preexistente, ante un eventual actuar arbitrario del legislador o del regulador, en el sentido pudiera pretender desconocer los derechos que representa tal norma, resultando por ello en una garantía fundamental para la seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

  El principio de irretroactividad de la norma exige para el caso (dado su carácter controvertido), un análisis más amplio en función de su naturaleza jurídica, el que se desarrolla oportunamente infra.

- El segundo elemento del artículo, lo constituye la frase "*excepto* (…) *en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado*"; el uso de la preposición *excepto* ("*A excepción de, fuera de, menos*" en el significado del diccionario) ya refiere a las claras, la posibilidad jurídica de excluir del principio precitado, los presupuestos que a continuación señala y que ontológicamente, como tales, hacen a la **excepción de retroactividad**, oponible por tanto al principio de irretroactividad.

Tal exposición teórica, sirve ahora al desarrollo del análisis siguiente:

2.2.2.1. Carácter principista del Decreto Supremo Nº 214 de 22 de julio de 2009.-

Es pertinente rescatar la base jurídica que hace a la pretensión, para lo que en principio, se advierte que la norma señalada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, este es, el Decreto Supremo N° 214 de 22 de julio de 2009, que aprueba la Política nacional de transparencia y lucha **contra la corrupción** – PNT, ha debido ser mencionado en función de lo señalado por el artículo 123º de la Constitución Política del Estado: "*La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo* ***excepto*** (…) ***en materia de corrupción****, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No podría haberse fundado tal pretensión, en la simple lógica del principio de irretroactividad, por cuanto, determinando el mismo que para su aplicabilidad a los hechos, estos debieran ser posteriores a la vigencia de la norma, la compulsa de la fecha de la Política nacional de transparencia y lucha contra la corrupción (**22 de julio de 2009**) con las correspondientes a los hechos denunciados (según son relacionados por la -recurrida- Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014: "*cheque N°0002916-5* (…) *de* ***10 de enero de 2008****,* (…) *cheque N° 0002766-4* (…) *de* ***22 de noviembre de 2007****, cheque N° 000092-7* (…) *de* ***20 de febrero de 2008****,* (…) *sentencia N° 025/2007 de* ***22 de octubre de 2007****, ejecutoriada por Auto de* ***21 de noviembre de 2007*** *-Para la apertura de la Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057-*), resulta que los hechos denunciados son anteriores a la fecha de aprobación de la Política señalada.

Entonces, per se no es considerable al caso el Decreto Supremo N° 214 de 22 de julio de 2009, empero tampoco -en función del mismo- la excepción establecida por el artículo 123º de la Constitución Política del Estado, por cuanto y habiendo supra contextualizado los alcances de la denuncia de 15 de mayo de 2012, deben quedar claros los siguientes extremos:

- La excepción del artículo 123º de la Constitución hace a -entre otros- la materia de corrupción (*régimen penal*), **no así a la materia administrativa** (*régimen administrativo*), según son expresamente diferenciados por el artículo 2º, modificaciones 43ª y 44ª, de la Ley Nº 1768 de 10 de marzo de 1997, con relación a los artículos 185º bis y 185º ter del Código Penal.

  En tal entendido, está demás mencionar la autonomía científica y normativa del Derecho Administrativo, con referencia a las restantes ramas del Derecho (Derecho Penal incluido).

  Por ende, la excepción del artículo 123º de la Constitución está referida a la investigación, procesamiento y sanción de "*los* ***delitos*** *cometidos*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) de competencia de la administración de justicia en materia penal, no así de infracciones administrativas, como las que refiere la denuncia contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.** y de competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Conforme se estableció supra, la sistematización dispuesta por el artículo 24° la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 -de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz"-, referida a los artículos modificados o implementados por la misma, reserva para la legitimación de ganancias ilícitas, la calidad de delito vinculado con corrupción, no la de delito de corrupción, categorías a las que diferencia entre sí expresamente, no siéndole por ello aplicable la excepción del artículo 123º de la Constitución.

  Por pertinente, se deja constancia que en lo señalado por la denunciante, la legitimación de ganancias ilícitas resulta el hecho que, sin ser el objeto de la

denuncia administrativa, hace a su antecedente necesario, y que habría sido cometido por una juez del trabajo, quien no resulta ser la denunciada.

Empero además, el Decreto Supremo N° 214 de 22 de julio de 2009, en concreto su numeral 11.1.8 sobre *Coordinación de los organismos que manejan información sobre el uso de los recursos públicos*, hace referencia a que "*se modificarán y ampliarán* (así en futuro) *los alcances del manejo de la información generada por la Unidad de Investigaciones Financieras con la finalidad de utilizar la información procesada*", como tal no es en sí misma una norma dispositiva, sino la base principista para, como también dice, "*prevenir y sancionar actos de corrupción*" (numeral 3), resultando una disposición abstracta y que, como tal, no tiene acomodo preciso al alegato del Recurso Jerárquico que pueda servir para un análisis como el presente.

No obstante, sirve para establecer que es la controversia que rodea a la irretroactividad señalada por el Ente Regulador, la que fundamentalmente determina la existencia del Recurso Jerárquico presente.

2.2.2.2. Inaplicabilidad de la excepción de retroactividad.-

Conforme se tiene relacionado, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, mediante memorial de 15 de mayo de 2012, presentó denuncia contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, **por ante la Unidad de Investigaciones Financieras**, mencionando para ello que: "*es Autoridad competente para el conocimiento, tramitación y sanción* (sic) *de la presente denuncia, su persona en calidad de Directora de la Unidad de Investigaciones Financieras*", extremo que -sólo en cuanto al conocimiento y a la tramitación-, es plenamente coincidente con el artículo 185° ter del Código Penal, conforme fuera implementado a tiempo de la modificación 44ª, artículo 2º, de la Ley N° 1768: "***La máxima autoridad ejecutiva de la Unidad de Investigaciones Financieras, substanciará la determinación de la responsabilidad administrativa*** *y el Superintendente aplicará las sanciones consiguientes, sujetándose al régimen legalmente establecido*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La consideración que le ha correspondido a la Unidad de Investigaciones Financieras, está detallada en la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, de la siguiente manera:

"(…)

- *El señor Víctor Eddy Vargas Bravo* (…) *presenta en fecha 15 de mayo de 2012, a la Unidad de Investigaciones Financieras, el memorial de denuncia contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por la irregular apertura de una cuenta corriente particular a nombre de la Juez en materia laboral que impuso una sentencia condenatoria contra la Compañía Minera Orlandini Ltda., dentro del proceso laboral por cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros, habiendo supuestamente la mencionada entidad bancaria, adoptado una actitud pasiva frente a la irregular apertura y disposición de recursos provenientes del referido proceso judicial.*

- *Mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, la Unidad de Investigaciones Financieras* (…) *remite a conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012, el mismo que en su parte conclusiva determina que* (…) *no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva a sucesos que se habrían producido antes de la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, razón por la cual, no correspondió* (…) *realizar el informe de Substanciación de Determinación de Responsabilidad.*

- *En mérito a lo expuesto precedentemente esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta ASFIDAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, responde al señor Víctor Eddy Vargas Bravo, señalando que de acuerdo a lo establecido por la Unidad de Investigaciones Financieras, dicha Unidad no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió la citada entidad bancaria, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011* (…)

- *En ese sentido, se emitió la Resolución ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, la cual establece que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N°24771 de 31 de julio de 1997…*"

Recordando además que la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, fue confirmada totalmente por la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, debe con ello quedar clara la posición del Ente Regulador, en sentido que la Unidad de Investigaciones Financieras (que en ese entonces formaba parte de su estructura orgánica), dada la data de las actuaciones cuestionadas, "*no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió la citada entidad bancaria, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011*".

Sobre lo mismo recae -con carácter principal- la impugnación actual de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** de fecha 7 de abril de 2014, toda vez que, refiriéndose a la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014, alega que:

> "…*Se pronuncia en forma incompleta y segada* (sic) *sobre el argumento de que las sanciones cometidas por la entidad financiera, no datan del D.S. 910, sino que por el contrario la política CONOZCA A SU CLIENTE, proviene del* ***Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997****, por lo cual no ingresa en el marco de la IRRETROACTIVIDAD pretendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más aún* (sic) *tratándose de hechos que tienen relación con CORRUPCIÓN, lo cual también contraviene el Decreto Supremo Nro. 214…*"

Dado el interés del recurrente y su pretensión expresada a lo largo de todo el proceso, es indudable que la mención acerca de la supuesta "*relación con CORRUPCIÓN*", tiene que ver con lo señalado por el artículo 123° -parte pertinente- de la Constitución Política del Estado: "*La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto* (…) *en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado*".

Por ello y en principio, ratificando tratarse el proceso de uno administrativo -de acuerdo además a la competencia del suscrito- e iniciado a denuncia también circunscrita al ámbito administrativo (no así al penal), mas todo ello no por razón circunstancial, sino porque su causa (la infracción a la norma administrativa que habría sido cometida por el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**) hace evidentemente a tal ámbito, es pertinente reproducir lo señalado supra, en sentido que:

1. La excepción del artículo 123º de la Constitución hace a -entre otros- la materia de corrupción (*régimen penal*), **no así a la materia administrativa** (*régimen administrativo*), según son expresamente diferenciados por el artículo 2º, modificaciones 43ª y 44ª, de la Ley Nº 1768 de 10 de marzo de 1997, con relación a los artículos 185º bis y 185º ter del Código Penal; por ende, tal excepción está referida a la investigación, procesamiento y sanción de "*los **delitos** cometidos*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), no así de infracciones administrativas, como las que refiere la denuncia contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, quien además no es servidor público.

2. La sistematización dispuesta por el artículo 24° la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 -de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz"-, referida a los artículos modificados o implementados por la misma Ley, reserva para la legitimación de ganancias ilícitas (hecho que, sin ser el objeto de la denuncia administrativa, hace a su antecedente necesario, y que habría sido cometido por una juez del trabajo, quien no resulta ser la denunciada), la calidad de delito vinculado con corrupción, no así la de delito de corrupción, categorías a las que diferencia entre sí expresamente.

Estos extremos hacen que no sea aplicable al caso, la excepción del artículo 123º de la Constitución, como lo pretende la recurrente.

2.2.2.3. Oponibilidad del principio de irretroactividad.-

Esclarecido ello, cabe ahora resolver la pregunta de si efectivamente, la Unidad de Investigaciones Financieras "*no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió la citada entidad bancaria, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011*", como lo señala la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

En este sentido, el análisis de la Unidad de Investigaciones Financieras (según consta de su informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012) parte del artículo 116°, parágrafo II, de

la Constitución Política del Estado, el que señala que: "*cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*", norma concordante con la del artículo 72° (*Principio de Legalidad*) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que refiere que: "*Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa*".

Lo anterior determina la exigencia legal, de que el carácter ilícito de una conducta esté determinado como tal por su tipificación previa a su ocurrencia.

Teniendo en cuenta el principio de irretroactividad de la norma (ya supra desarrollado) implementado por el artículo 123° de la Constitución Política del Estado, lo mismo es concordante con lo previsión del artículo 77° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, por cuanto "*sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa*".

Hace a la naturaleza jurídica del principio de irretroactividad, la prohibición de que una norma tenga efectos con anterioridad a su vigencia (salvo circunstancias especiales concurrentes que le favorezcan, tanto al destinatario de la norma como al interés colectivo), con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad jurídica: las personas desarrollan sus actividades en sociedad, conforme a la ley vigente, celebrando sus contratos y cumpliendo sus deberes en ese contexto normativo, de manera tal que despojar a la norma de su carácter irretroactivo, importaría generar desconfianza e inseguridad al derecho.

Responde entonces a la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico, porque sin el mencionado principio, se regularían arbitrariamente situaciones pasadas, en infracción al elemental criterio de justicia, por falta de adecuación entre un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

En definitiva, ninguna conducta puede ser considerada como infracción, si una norma jurídica no la ha descrito como tal con anterioridad a su ejecución, determinando la imposibilidad de retrotraer la norma jurídica, máxime si la misma es desfavorable al supuesto infractor.

Ahora, conjugada tal teoría a los acontecimientos que hacen al caso presente, es menester considerar los hechos denunciados en función a la fecha de su ocurrencia, según son relacionados por la -recurrida- Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014: "*cheque N°0002916-5* (…) *de* ***10 de enero de 2008****,* (…) *cheque N° 0002766-4* (…) *de* ***22 de noviembre de 2007****, cheque N° 000092-7* (…) *de* ***20 de febrero de 2008****,* (…) *sentencia N° 025/2007 de* ***22 de octubre de 2007****, ejecutoriada por Auto de* ***21 de noviembre de 2007*** *- Para la apertura de la Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057-*.

Al respecto, compulsadas las fechas precitadas con la de la norma que reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas - Decreto Supremo N° 910 de **15 de junio de 2011**- y que se pretende, **en los términos de la**

denuncia de 15 de mayo de 2012 ("*lo previsto en el* (…) *Decreto Supremo Nro. 24771,* ***concordante con la tipología prevista en el Decreto Supremo Nro. 910*** (…) *se proceda a la sanción de los miembros del Directorio del Banco Nacional de Bolivia S.A*") se aplique en la sustanciación normativa del caso, resulta que los hechos denunciados son anteriores a la fecha de promulgación del precitado Decreto Supremo (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, no cabe duda que dentro del caso de autos, al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 -norma de naturaleza administrativa al tenor de su artículo 1°- le es oponible el principio de irretroactividad de la norma, toda vez que los hechos que pretenden procesar en mérito al mismo, son anteriores a su puesta en vigencia.

(Comentario aparte, el mismo razonamiento y para su rechazo, se impone al criterio expresado en el Recurso Jerárquico, en sentido que "*que con este tipo de resoluciones se está en contrasentido a las previsiones contenidas en la Ley Nro. 393 de Servicios Financieros del* ***27 de agosto de 2013****, en lo relativo a la DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FINANCIERO*"; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

No obstante, no queda clara la posición de la Unidad de Investigaciones Financieras y después la de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre el porqué la primera nombrada no podría llevar adelante la investigación emergente de la denuncia, por cuanto, si el principio de irretroactividad de la norma es **inoponible al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011**, en razón a que los hechos denunciados datan del periodo -anterior- comprendido entre el 21 de noviembre de **2007** y el 20 de febrero de **2008**, **entonces (<u>por la misma razón</u>) es oponible a la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997**, de Modificaciones al Código Penal (cuyo artículo 2°, modificación 44ª, crea la Unidad de Investigaciones Financieras, implementándolo en el artículo 185 ter del Código Penal) **y al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997** (**también invocado en el tenor de la denuncia de la COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**), normas que resultan obviamente anteriores a la presunta comisión del ilícito denunciado.

La falta de explicación al respecto, importa no se hubiera atendido el derecho de petición de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, toda vez que el mismo, conforme a la redacción dispuesta por el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, importa el derecho "*a la obtención de respuesta formal y pronta*", y con respecto al de autos, al habérselo señalado expresamente a tiempo de la denuncia y no haber sido considerado en la correspondiente resolución, determina la infracción a la garantía señalada, ahora tenida en cuenta dado que, conforme lo visto, el Recurso Jerárquico acusa directamente una "*Violación al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras* ***del 31 de julio de 1997***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), haciendo al fondo de lo recurrido en fecha 7 de abril de 2014.

2.2.2.4. Alcances del informe de la Unidad de Investigaciones Financieras.-

En la posición de la Unidad de Investigaciones Financieras, expresada en el informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, la misma se auto declara incompetente para

determinar la ocurrencia de las infracciones denunciadas, debido a que las mismas se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.

No obstante, tal conclusión resulta en exceso simplista, por cuanto, se limita a considerar la fecha de puesta en vigencia del referido Decreto Supremo, con prescindencia de cualquier otro criterio.

La Unidad de Investigaciones Financieras no ha tenido presente que, el artículo 2° de la Ley N° 1768, en su modificación 44ª, a tiempo de incluir al Código Penal su artículo 185 ter, creando asimismo tal Unidad, le ha señalado la atribución de determinar "*la responsabilidad administrativa*", mientras que corresponde a la Autoridad Supervisora, aplicar "*las sanciones consiguientes*", agregando que "*la información obtenida por la Unidad de Investigaciones Financieras sólo podrá ser utilizada a objeto de investigar la legitimación de ganancias ilícitas*".

Dentro de lo mismo, el artículo 18ª de la Ley Nº 004 de 31 de marzo de 2010 (de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz"), le señala a la Unidad de Investigaciones Financieras, las atribuciones siguientes:

> "…*1* (…) *analizará y realizará actividades de inteligencia financiera y patrimonial, para identificar presuntos hechos o delitos de corrupción.*
>
> *2 Remitir los resultados del análisis y antecedentes al Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público y a la autoridad jurisdiccional competente, cuando así corresponda*…"

Es también concordante, aunque más esclarecedor, lo que señalan los artículos 22º y 23ª del Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011 (que reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), cuando establecen que:

> "…***Artículo 22°.- (Determinación de la responsabilidad administrativa)*** (…)
>
> *II. Sobre la base de toda la información y documentación concerniente a la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en el presente Decreto Supremo, y previo informe interno de evaluación de los hechos, actos u omisiones que constituyan las infracciones, el Director de la UIF determinará mediante el Informe de Substanciación de Determinación de Responsabilidad dirigido al Director Ejecutivo de la ASFI o al Director Ejecutivo de la APS, según corresponda, la responsabilidad administrativa haciendo una relación de los hechos, actos y actores que configuraron la infracción, así como todas las circunstancias haciendo una valoración de la gravedad de los hechos y sugiriendo la imposición de las sanciones previstas en el presente Decreto Supremo, en aplicación de sus principios y criterios consignados.*
>
> *III. El Informe del Director de la UIF dirigido al Director Ejecutivo de ASFI o al Director Ejecutivo de la APS según corresponda, deberá ser remitido adjuntando toda la*

documentación de respaldo más el informe interno de carácter técnico del análisis del caso (…)

Artículo 23°.- (Resolución administrativa sancionatoria)

I. En caso de que los supuestos infractores no hubieran presentado descargos o si presentados estos no fueran suficientes para desestimar total o parcialmente los cargos notificados, el Director Ejecutivo de la ASFI o el Director Ejecutivo de la APS, según corresponda, sobre la base de los informes de evaluación de las pruebas de descargo, en caso que se hubieran presentado, los mismos que serán emitidos por la UIF, dictará Resolución Administrativa en el término de diez (10) días, imponiendo la sanción correspondiente en aplicación de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo…"

Entonces, la atribución de la Unidad de Investigaciones Financieras es fundamentalmente la de determinar la existencia de un ilícito, a efectos de que, de corresponder al ámbito administrativo, sea sancionada por el Ente Regulador; si bien dentro de la dinámica que importa ello, no se contempla el tratamiento de incidentes -como lo es la falta de competencia-, es admisible que, de ser detectados, sean puestos en conocimiento por parte de la misma Unidad, máxime cuando el Ente Regulador se pronuncia sin mayor informe que el que le proporciona la Unidad señalada.

No obstante, lo mismo no inhibe a la Unidad de Investigaciones Financieras, de cumplir con su deber de presentar el informe técnico correspondiente, de manera tal que no es admisible, que el informe de la Unidad de Investigaciones Financieras esté basado únicamente, en un sencillo cotejo de fechas sin mayor razonamiento; se debe entender que en desarrollo de una investigación, concurren todos los elementos necesarios para averiguar la verdad histórica de los hechos, así sean estos de data anterior a la normativa, por cuanto, el método histórico que le es propio, es una construcción de todos esos elementos que le sirven de antecedentes, pueden sobrepasar los límites temporales que hacen a la norma, por cuanto, este extremo no hace a su interés (a menos que ello resulte el objeto mismo de la investigación, lo que no es del caso).

En este sentido, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, referida a la misma controversia, señaló que:

"*…si bien el Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011* (…) *sería posterior al momento del hecho* (…) *No se debe olvidar que, en caso de que el Ente Regulador, en su análisis, determine que ha existido infracción a los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de junio de 1997 y que las infracciones han sido de carácter permanente, las mismas no se encontrarían prescritas, correspondiendo sancionar al Banco Nacional S.A.* (sic) *con la norma vigente, (Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011), determinando por ende, en este caso, ninguna inobservancia al principio de irretroactividad…*"

Extremo que corresponde sea tenido en cuenta para su correcta valoración, antes de dar lugar a una apresurada auto declaratoria de incompetencia que, visto lo presente, resulta

controvertida.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el hecho de que dentro del trámite dispuesto por el artículo 185° ter del Código Penal, conforme fuera implementado a tiempo de la modificación 44ª, artículo 2º, de la Ley N° 1768 ("*La máxima autoridad ejecutiva de la Unidad de Investigaciones Financieras, substanciará la determinación de la responsabilidad administrativa* ***y el Superintendente aplicará las sanciones consiguientes***"; las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), la Unidad de Investigaciones Financieras lo hubiera remitido por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, compele a considerar que el Ente Regulador, en su calidad superior dentro de la estructura prevista por el precitado artículo 185º ter, ha asumido la responsabilidad institucional para con la denuncia de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**

Dentro de ello, al haber el Ente Regulador establecido en la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, que "*no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997*", viene a ratificar la inexistencia de pronunciamiento acerca de los efectos y alcances sobre el caso, de la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, de Modificaciones al Código Penal (cuyo artículo 2º, modificación 44ª, crea la Unidad de Investigaciones Financieras, implementándolo en el artículo 185 ter del Código Penal), y del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997.

Amén de ello, la subordinación jerárquica prevista por el precitado artículo 185º ter, no importa una subordinación funcional, por cuanto el artículo 2° del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por el Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de julio de 1997, establece que tal Unidad "*es un órgano desconcentrado con autonomía funcional, administrativa y operativa*", entonces, tienen sus atribuciones un carácter especial y expreso, que por ello, no puede ser suplido ni siquiera por la superiora jerárquica, dado que "*son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*" (Const. Pol. del Estado, Art. 122°).

2.2.2.5. Sustanciación de la denuncia.-

No obstante todo lo hasta aquí señalado, es injustificado pretender que, al haber la Unidad de Investigaciones Financieras señalado que: "*no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva a sucesos que se habrían producido antes de la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011*" (informe UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012, según es mencionado por la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014), sea lo mismo lo que exclusivamente ha determinado la decisión del Ente Regulador, en sentido que "*no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.*" (Res. Adm. ASFI N° 757/2013).

En efecto, de la compulsa de las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 y ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014 (que hacen al proceso recursivo presente) se evidencia que, si bien el Ente Regulador ha considerado el extremo anterior, porque la atención de su parte al informe UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 y a la nota la nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, son los que originan su pronunciamiento, no es este extremo el que fundamentalmente va a dar lugar a la decisión de la primera Resolución Administrativa señalada (que después va a ser confirmada totalmente por la restante, ahora recurrida).

Efectivamente, de la revisión cuidadosa del tenor de la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, antecedente necesario al proceso recursivo presente, se establecen extremos como los siguientes:

> "…*la Unidad de Investigaciones Financieras mediante informe UIF/LEG/45833/2013 de 31 de octubre de 2013* (…) *se ratifica en el contenido del informe UIF/LEG/10876/2012 emitido en fecha 14 de junio de 2012, en sentido de que dicha Unidad carece de competencia para instaurar y aplicar sanciones contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.,* (…)
>
> …*la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Comunicaciones Internas ASFI/DAJ/R-108851/2013, ASFI/DAJ/R-131236/2013 de 2013 y ASFI/DAJ/R-171525/2012* (sic) *de 23 de julio, 2 de septiembre y 11 de noviembre de 2013, respectivamente,* ***remitió a conocimiento de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 de 10 de mayo de 2013, solicitando que dicha Dirección emita informe técnico sobre el posible incumplimiento de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.*** …" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anterior se evidencia que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no se limitó a considerar, única y exclusivamente, la posición expresada por la Unidad de Investigaciones Financieras (referida al carácter irretroactivo que rodea a la denuncia presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**), sino que, ante lo mismo y criteriosamente, remitió los antecedentes por ante su Dirección de Supervisión de Riesgos I.

En este sentido, la Unidad de Investigaciones Financieras auto limitó su actuar en el caso presente, alegando para ello la irretroactividad de la norma; no obstante, tal presupuesto irrita únicamente la facultad de esa Unidad y no desvirtúa la supuesta ocurrencia de la irregularidad denunciada, y que como tal, amerita que de una u otra manera (ahora por intermedio de la Dirección de Supervisión de Riesgos I), sea investigada y sustanciada, por cuanto, eso hace al derecho de la denunciante.

Recuérdese lo supra expresado, en sentido que axiológicamente, lo que en lo sustancial pretende la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, es la imposición de una sanción al **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, por la presunta irregularidad (facilitar "*la comisión de los delitos de corrupción pública*" al haber sugerido se dé apertura a "*una cuenta privada a nombre de la juez*", propiciando la disposición -se entiende que ilegítima- de dineros, en definitiva, sin

realizar "*ninguna actuación de prevención de legitimación de ganancias ilícitas*") supuesto ilícito que, en la denuncia señalada, existe independientemente de la unidad o dirección del Ente Regulador que vaya a substanciarla (sin embargo de la evidente intencionalidad de la denunciante, ahora recurrente, de que sea direccionarla hacia el campo de los delitos de corrupción).

La Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013 continúa:

> "…*la Dirección de Supervisión de Riesgos I, emitió* (…) *el Informe ASFI/DSR I/R-140217/2013 de 17 de septiembre de 2013, el cual señala lo siguiente:*
>
> - *"Respecto a la apertura las* (sic) *Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales, para el pago individual a beneficiarios de indemnizaciones, como resultado de la Sentencia N° 25/2007 de 22 de octubre de 2007, ejecutoriada por Auto de 21 de noviembre de 2007, corresponde a otra instancia determinar si dicha operativa es válida, considerando que los cheques girados a la orden de las cuentas citadas, fueron emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura.*
>
> - *Es competencia de otra instancia determinar si los fondos ingresados en las Cuentas Corrientes antes citadas fueron correctamente utilizados"* (…)
>
> ***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con relación al presunto incumplimiento del Reglamento que regula la apertura y manejo de cuentas corrientes, así como otras irregularidades que supuestamente el Banco Nacional de Bolivia S.A. habría incurrido, este Órgano de Supervisión* (…) *realizó una Inspección Especial de Riesgo Operativo al Banco Nacional de Bolivia S.A., con el objeto de verificar el cumplimiento a lo dispuesto en el* ***Reglamento de Cuentas Corrientes, contenido en el Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A.*** …"

Estos extremos demuestran que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no limitó su consideración acerca de la denuncia presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, al criterio expuesto por la Unidad de Investigaciones Financieras, sino que, ante la negativa de esta última a asumir conocimiento del tema, lo derivó a su Dirección de Supervisión de Riesgos I, la que a su vez, mediante su informe ASFI/DSR I/R-140217/2013 de 17 de septiembre de 2013, señaló que "*corresponde a otra instancia*" la determinación sobre la validez de la operativa utilizada para "*la apertura las* (sic) *Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, a nombre de personas naturales*" y acerca de "*si los fondos ingresados en las Cuentas Corrientes antes citadas fueron correctamente utilizados*", esto en consideración a que "*los cheques girados a la orden de las cuentas citadas, fueron emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura*".

Aquí es pertinente hacer un apartado, en sentido que, conforme lo ha determinado el entonces Tribunal Constitucional (ahora Tribunal Constitucional Plurinacional), "*debe existir una respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, último caso en el que se deben expresar los motivos de la negativa a la solicitud, explicando al peticionante -si es el caso- ante quien debe acudir con su solicitud*" (Sentencia Constitucional 1995/2010-R de 26 de octubre de 2010), esto porque:

> "…*la finalidad del derecho de petición es permitir a la persona obtener la información o documentación que le coadyuve a solucionar los problemas que se le presentan, en ese sentido, los servidores públicos deben honrar la denominación que tienen, en sentido que su función -de acuerdo a los principios contenidos en el art. 232 de la CPE antes anotados- es precisamente colaborar a las personas, dándoles las respuestas adecuadas, pertinentes y oportunas para que éstas puedan ejercer sus derechos*…" (ídem).

En tal sentido, limitarse a señalar -como lo ha hecho la Dirección de Supervisión de Riesgos I en su informe ASFI/DSR I/R-140217/2013-, que "*Es competencia de otra instancia*" la determinación "*Respecto a la apertura las* (sic) *Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057*" y sobre "*si los fondos ingresados en las Cuentas Corrientes antes citadas fueron correctamente utilizados*", importa un criterio violatorio del derecho de petición, conforme lo fuera establecido por el ex Tribunal Constitucional en el fallo supra transcrito, máxime si se tiene en cuenta que su Unidad de Investigaciones Financieras, ha negado su competencia para sustanciar la denuncia, criterio que al no haber sido enmendado oportunamente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resulta compartido y admitido por la misma.

En todo caso, consta también que ante la posición inicial de la Dirección de Supervisión de Riesgos I (que también resulta inhibitoria en función del criterio "*corresponde a otra instancia*"), aún se llevó a cabo una Inspección Especial de Riesgo Operativo al **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, conforme lo señala el análisis de la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013 y cuya transcripción se retoma a continuación:

> "…*para el cumplimiento del objetivo planteado se evaluaron y verificaron los siguientes puntos: a) Revisar la documentación contenida en las carpetas de apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057; b) Validar el cumplimiento de los manuales de procedimientos del Banco en cuanto a los requisitos mínimos que debieron ser cumplidos para la apertura de las Cuentas Corrientes citadas, cuyos resultados se encuentran en el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, el cual señala lo siguiente:*
>
> a. *El 19 de octubre de 2007, se efectuó la apertura de la Cuenta Corriente N° 500-0050719 a nombre de los señores Mariela Duveisa Zuleta Mendoza con Cédula de Identidad N° 4036042-Or, Trifón Mendoza Villalobos con Cédula de Identidad N° 2734129-OR y Edda Sarah Fiorilo Barrios con Cédula de Identidad N° 4055140-OR, de manejo conjunto por parte de los tres titulares como personas naturales.*
>
> b. *El 18 de febrero de 2008, se efectuó la apertura de la Cuenta Corriente N° 500-0051057 a nombre los señores Trifón Mendoza Villalobos con Cédula de Identidad*

N° 4036042-OR y Edda Sarah Fiorilo Barrios con Cédula de Identidad N° 4055140-OR, de manejo conjunto por parte de los dos titulares como personas naturales.

c. *Cursa en la entidad la fotocopia del Cheque N° 0002916-5 de "Depósitos Judiciales Oruro", Cuenta Corriente N° 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia SA. de 10 de enero de 2008, emitido por la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., cuenta corriente N° 5000050719 por la suma de Bs2,821,601.98 (cheque cruzado).*

d. *Cursa en la entidad la fotocopia del Cheque N° 0002766-4 de "Depósitos Judiciales Oruro", cuenta corriente N° 401-0370181-3-36 del Banco de Crédito de Bolivia S.A., de 22 de noviembre de 2007, emitido por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., cuenta corriente N° 5000050719 por la suma de Bs6,673,744.75 (cheque cruzado).*

e. *Cursa en la entidad la fotocopia del Cheque N° 000092-7 de la "Corte Superior de Oruro - Depósitos Judiciales", cuenta corriente fiscal N° 401-5024376-3-06 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. de 20 de febrero de 2008, emitido por la Dirección Distrital de Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden de Banco Nacional de Bolivia S.A., cuenta corriente N° 500-0051057 por la suma de Bs6,513,550.12, endosado por el Sr. Trifón Mendoza Villalobos.*

f. *En el marco de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Capítulo I, Título II, Libro 2° en la estructura normativa aprobada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013) y la normativa interna de la entidad, no se identificaron aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057. Consecuentemente, no corresponde el inicio de un proceso sancionatorio al Banco Nacional de Bolivia S.A.*

Que, como consecuencia de los aspectos establecidos en el trabajo de inspección, según el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012, ya referidas, se concluyó lo siguiente:

- *De la revisión efectuada a la documentación proporcionada por el Banco Nacional de Bolivia SA., se concluye que se procedió a la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051 057, a nombre de personas naturales y de manejo conjunto.*

- *Asimismo, que los Cheques N° 002766-4, N° 0002916-5 y N° 0000092-7 del Banco de Crédito de Bolivia S.A, emitidos por la Dirección Distrital Oruro del Consejo de la Judicatura a la orden del Banco Nacional de Bolivia S.A. en las cuentas corrientes antes citadas, pertenecen a "Depósitos Judiciales Oruro" y "Corte Superior de Oruro Depósitos Judiciales", según se detalla en el punto 2.1 del Capítulo II del presente informe…*"

Consiguientemente, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que sale en la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, no es producto de la posición de su -en ese entonces- Unidad de Investigaciones Financieras,

referida al carácter irretroactivo de la norma invocada a tiempo de la denuncia, sino mas bien, de la inspección especial de riesgo operativo, conforme consta en el informe/ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, y que en lo trascendental señala que:

> "…*no se identificaron aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057. Consecuentemente, no corresponde el inicio de un proceso sancionatorio al Banco Nacional de Bolivia S.A.* …"

Ahora, recordando que la causa de la denuncia misma (la supuesta conducta administrativamente ilícita del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**), es diversa de la de los Recursos de Revocatoria y Jerárquico (la negativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a sancionar al mismo banco), corresponde enfrentarse la determinante posición del informe/ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, con las pretensiones centrales de la denuncia y del Recurso Jerárquico presente:

2.2.2.5.1. Fundamento fáctico de la denuncia.-

En fecha 15 de mayo de 2012, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** ha denunciado al **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, por -a su entender- haber facilitado este, "*la comisión de los delitos de corrupción pública*" **al haber sugerido se dé apertura a "*una cuenta privada a nombre de la juez*"**, propiciando la disposición -se entiende que ilegítima- de dineros, en definitiva, sin realizar "*ninguna actuación de prevención de legitimación de ganancias ilícitas*".

En cambio, la resolución a lo mismo por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, está referida a que, como lo señala la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013, "*no se identificaron aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057*".

Tal aspecto no se puede entender inclusivo con respecto a la supuesta sugerencia de apertura de "*una cuenta privada a nombre de la juez*", por cuanto y conforme a los elementos contemplados para la posición del Ente Regulador, que se encuentran relacionados y detallados en la Resolución Administrativa de referencia ("*a) Revisar la documentación contenida en las carpetas de apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057; b) Validar el cumplimiento de los manuales de procedimientos del Banco en cuanto a los requisitos mínimos que debieron ser cumplidos para la apertura de las Cuentas Corrientes citadas*"), el extremo acerca de la acusada sugerencia de apertura (sea que se hubiera efectivizado o no), no ha sido contemplado como objeto de la investigación, ni tampoco ha recaído sobre ello la investigación misma, importando una nueva infracción a los derechos de petición del administrado, y de motivación y fundamentación que deben hacer a la resolución.

2.2.2.5.2. Fundamento fáctico del Recurso Jerárquico.-

El Recurso Jerárquico de 7 de abril de 2014, a tiempo de solicitar la revocatoria total de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013 y ASFI N° 150/2014 de 19 de marzo de 2014, alega un:

"…*análisis incompleto* (…) *en total encubrimiento del uso irregular de Recursos Públicos que se dieron en el Banco Nacional de Bolivia S.A., donde un funcionario de la entidad regulada en forma expresa orientó a personas particulares para que aperturen cuentas bancarias con* ***Recursos del Estado*** (…)

Corresponderá a la Dirección de Supervisión de Riesgos I de la ASFI, más allá de la actividad encubridora que ha tenido en este caso, manifieste qué NORMA LEGAL, REGULATORIA O ADMNISTRATIVA (sic)*, le permite a un funcionario de una entidad regulada como el Banco Nacional de Bolivia, S.A.* (sic) *pueda manifestar que se* ***PUEDEN ABRIR CUENTAS PARTICULARES CON RECURSOS DEL ESTADO***…"

Tal posición amerita las consideraciones siguientes:

1) Con respecto al "*análisis incompleto* (…) *un funcionario de la entidad regulada en forma expresa orientó a personas particulares para que aperturen cuentas bancarias con Recursos del Estado*", resulta en esencia ser el mismo fundamento fáctico que el de la denuncia (con la variación que se hará mención seguidamente), por lo que corresponde reproducir lo señalado supra en el sub numeral anterior, en sentido que la resolución a lo mismo por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha contemplado como objeto de la investigación, la acusada sugerencia de apertura de las cuentas controvertidas, ni tampoco la investigación misma ha recaído sobre ello, en infracción a los derechos de petición del administrado, y de motivación y fundamentación que deben hacer a la resolución.

2) Se debe tener presente la variación existente entre el presupuesto fáctico original que consta en la denuncia, y el expuesto en el Recurso Jerárquico, toda vez que, la primera acusa directamente al **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, de haber sido quien sugirió la apertura de "*una cuenta privada a nombre de la juez*", mientras que la recurrente ahora señala que se trata de "*un funcionario de la entidad regulada* -quien- *en forma expresa orientó a personas particulares para que aperturen cuentas bancarias con Recursos del Estado*".

La diferencia entre ambos alegatos es notoria, no limitándose a la precisión acerca del "*funcionario de la entidad regulada*", sino porque la segunda evita pronunciarse acerca de si la titularidad de las cuentas corrientes controvertidas, corresponde a una juez que habría para ello actuado como persona particular, como señala concluyentemente la denuncia, extremo este último que se infiere no sería correcto, por cuanto, de los datos que salen del expediente, se conoce que la juez a quien se refiere la denuncia, sería la Dra. Milagros Nemer Chaloup, a la sazón, Jueza Tercera del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de La Paz, mientras que las personas que en los hechos figuran como titulares, según el informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012 (señalado en la Res. Adm. ASFI Nº 757/2013), son otras, a saber:

- Para la cuenta corriente N° 500-0050719, los señores Mariela Duveisa Zuleta Mendoza con cédula de identidad N° 4036042 Or., Trifón Mendoza Villalobos con

cédula de identidad N° 2734129 Or. y Edda Sarah Fiorilo Barrios con cédula de identidad N° 4055140 Or.

- Para la cuenta corriente N° 500-0051057, los señores Trifón Mendoza Villalobos con cédula de identidad N° 4036042 Or. y Edda Sarah Fiorilo Barrios con cédula de identidad N° 4055140 Or.

Sobre el que alguna o varias de las personas últimas nombradas (Mariela Duveisa Zuleta Mendoza, Trifón Mendoza Villalobos y Edda Sarah Fiorilo Barrios) no sea o no hubiera sido el juez al que se refiere la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, queda en una mera presunción al no existir evidencia referida a ello, así como tampoco existe la evaluación a la literal ("*EL 19 DE FEBRERO DE 2008 EL BANCO NACIONAL DE BOLIVIA, REMITE AL JUZGADO 2DO. DE PARTIDO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, UN MEMORIAL, POR EL CUAL ORIENTA A LA NO APERTURA DE CUENTAS FISCALES Y PROCEDE A RECOMENDAR QUE SE APERTUREN CUENTAS A NOMBRE DE PERSONAS PARTICULARES*", según se menciona en el Recurso Jerárquico) que señala existir con referencia a la supuesta actuación ilícita del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**

Con respecto a estos últimos extremos, correspondía que a tiempo de la fase investigativa o de la sustanciación del Recurso de Revocatoria, se proceda a la averiguación de tan trascendentales extremos mediante los mecanismos que al efecto franquea la norma, y en cumplimiento del deber de investigar la verdad material, conforme lo dispone el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), principio también inobservado por el Ente Regulador.

3) En la clara intención de que el supuesto ilícito en el que habría incurrido el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, importe una disposición arbitraria de fondos públicos, el Recurso Jerárquico alude a "*un funcionario de la entidad regulada en forma expresa orientó a personas particulares para que aperturen cuentas bancarias con* ***Recursos del Estado***".

Al respecto, el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, en su calidad de tercero interesado dentro del trámite del Recurso Jerárquico, ha hecho presente su memorial de 9 de junio de 2014, el que en lo que interesa, señala:

> "…*es pertinente hacer notar que los dineros respecto a los cuales la Compañía Minera Orlandini Ltda. denuncia una serie de hechos, se originan en virtud a sentencias judiciales pronunciadas dentro de dos procesos laborales sustanciados ante la autoridad judicial competente y que provienen de retenciones de fondos del* ***PROPIO RECURRENTE,*** *como afirma y reconoce la Compañía Minera Orlandini Ltda. en obrados, es decir que el recurrente perdió los referidos dineros al haberse declarado probadas las demandas laborales de sus trabajadores en su contra por lo que* ***no pueden ser considerados como recursos del Estado, como maliciosamente afirma el recurrente.***

El recurrente busca responsabilizar a nuestra Institución por los incumplimientos incurridos por él mismo a la legislación laboral de nuestro país, denunciando una serie de hechos y actuaciones de parte de nuestra Institución y afirmando que nuestra Institución no tomó ni un solo recaudo orientado a la verificación ***del origen de los fondos, cuando el propio recurrente afirma en el presente procedimiento que los mismos provienen de procesos judiciales laborales como se evidencia en obrados.*** *El recurrente no ha demostrado ninguna sentencia que haya dejado sin efecto la decisión judicial del juez laboral que conoció los referido* (sic) *procesos por lo que los dineros a los que el recurrente se refiere ya no son suyos porque en virtud a las sentencias laborales, los mismos pertenecen a los trabajadores que han ganado dichos procesos y no ya al recurrente como contradictoriamente alega en la vía administrativa* ***cuando afirma que son recursos públicos.*** *En todo caso, los recursos, una vez pronunciada las sentencias, son de los trabajadores señalados en las mismas a los que se les declararon probadas sus demandas laborales en contra del recurrente…*"

Por su parte, el Recurso Jerárquico de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, ha señalado que:

"*…no obstante que los recursos que nutrirían estas cuentas, son recursos que se halla en custodia del Consejo de la Judicatura, y que en todo caso están a merced del artículo 27 inciso c) de la Ley nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales y debido a esa naturaleza esos recursos no podían ser tratados como recursos de privados…*"

La compulsa de los alegatos de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** y del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, compelen a la revisión de la naturaleza de los dineros que fueran depositados en las controvertidas cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057.

Dentro de ello, resultan en hechos notorios y no controvertidos, que los dineros tienen origen en las obligaciones sociales correspondientes a la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, y que la satisfacción de éstas últimas, ha sido forzoso, esto es, mediante la promoción de la administración de justicia en materia laboral.

La observancia de los procedimientos exigibles para ello y la conducta de las partes dentro del o de los respectivos procesos judiciales laborales, incluido el efectivo ejercicio de los medios de impugnación que les sean inherentes, no hace al conocimiento que se deba asumir dentro de la controversia que hace al presente proceso administrativo.

Se tiene en cuenta que, como resultado de la inspección especial de riesgo operativo (supra mencionada) cuyas conclusiones constan en el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, se conoce de la existencia de la sentencia N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007 y de su ejecutoria por auto de 21 de noviembre

de 2007, misma que dispone el pago a los beneficiarios de las indemnizaciones sociales.

Al respecto, la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** ha sugerido en las diversas actuaciones que le han correspondido, la existencia de irregularidades en el desenvolvimiento de los procesos judiciales laborales y en la ejecución de sus determinaciones, lo cual sin embargo (y conforme lo señalado), no puede ser considerado dentro de la causa administrativa presente, tocándole a la recurrente hacer valer sus derechos, sí corresponde, ante la autoridad judicial dentro de los procesos laborales señalados.

Lo que sí corresponde ahora, es tener presente que, de ordinario (voluntariamente), una relación laboral se perfecciona cuando el trabajador que vende su fuerza de trabajo, recibe a cambio el salario -u otro beneficio social- pagado por su empleador, de manera tal que, de no perfeccionarse dicha relación por el incumplimiento de alguna de las partes, puede determinar la promoción de la jurisdicción en materia laboral, a efectos de su cumplimiento forzoso.

Entonces, si el perfeccionamiento ordinario de la relación laboral no exige de la existencia de recursos económicos propios del Estado, como que tampoco, en momento alguno, el dinero con el que se paga la fuerza de trabajo adquiere tal calidad, tal circunstancia no tiene porqué cambiar en el caso de requerirse de su cumplimiento forzoso es decir, de la promoción de la actividad jurisdiccional para su satisfacción.

La sencilla concurrencia de juez público (dado que la administración de justicia es pública por esencia, definición e interés) y que en la clasificación moderna del Derecho, la materia laboral corresponda al ámbito del Derecho Público, no cambian tal realidad.

En este sentido, la recurrente **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** no ha hecho presente ningún otro elemento fáctico susceptible de análisis, que al menos sugiera controvertir el extremo señalado, por lo que en definitiva, se debe concluir que los dineros depositados en las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, en tanto resulten dineros embargados o retenidos a la misma por emergencia de su obligaciones sociales y hagan a la satisfacción de las mismas, **no constituyen recursos públicos o del Estado**.

4) Reclama también el Recurso Jerárquico, se aclare "*qué NORMA LEGAL, REGULATORIA O ADMNISTRATIVA* (sic)*, le permite a un funcionario de una entidad regulada como el Banco Nacional de Bolivia, S.A.* (sic) *pueda manifestar que se* ***PUEDEN ABRIR CUENTAS PARTICULARES CON RECURSOS DEL ESTADO***…"

El extremo referido al carácter no público ni estatal de los recursos con los que se aperturaron las cuentas controvertidas dentro del caso de autos, ha sido previamente esclarecido supra, correspondiendo ahora aclarar que, dada la existencia de la sentencia judicial N° 025/2007 de 22 de octubre de 2007 y de su ejecutoria por auto

de 21 de noviembre de 2007, que son referidas por el informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, **aun para el caso de haber resultado esos fondos públicos**, hubiere correspondido igualmente su cumplimiento por parte del **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, toda vez que:

> "…*La Función Jurisdiccional, alude a la potestad o poder deber, que tienen los jueces de administrar justicia, resolviendo conflictos, declarando derechos, ordenando que cumplan sus decisiones. Eduardo Couture, es mas explícito cuando dice que "Función jurisdiccional, es la actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden público establecido para dirimir conflictos y controversias, mediante decisiones susceptibles de adquirir la autoridad de cosa Juzgada, eventualmente factibles de ejecución*…" (Gumucio Hinojosa en su comentario al artículo 180ª de la Constitución Política del Estado).

Asimismo, como efecto de la sentencia ejecutoriada, "*el demandante aspira a que el demandado entregue algo de su patrimonio, ejecute un acto o aclare una situación incierta. Todo ello se consigue solo mediante una sentencia judicial, la que puede ser de condena, declarativa o constitutiva*" (Decker Morales en su comentario al capítulo sobre la sentencia, del Código de Procedimiento Civil de 1975).

Entonces:

> "…*como consecuencia de la acción interpuesta, la sentencia es de condena que tiene la peculiaridad de imponer al demandado el cumplimiento de una determinada obligación, la que puede ser de dar, hacer o no hacer.*
>
> *De ahí que, la sentencia puede tener dos situaciones, procesales diferentes: la primera, cuando el vencido cumple voluntariamente con los términos del fallo judicial y, la segunda cuando no ha dado cumplimiento, hipótesis en la que se presenta la ejecución forzada o ejecución coactiva de la sentencia.*
>
> *Por lo expuesto, la ejecución forzada, no es más que el resultado de la substanciación del proceso de conocimiento, en el que la legitimidad y la legalidad de la relación jurídica sustancial, ya ha sido discutida y resuelta en sentencia. En presencia de este presupuesto, el deudor vencido está imposibilitado de promover ninguna discusión sobre el particular, porque la sentencia que así lo define, tiene autoridad de cosa juzgada*…" (ídem, en su comentario al capítulo sobre la procedencia de los títulos ejecutivos, del Código de Procedimiento Civil de 1975)

En este sentido, el Código Procesal del Trabajo de 25 de julio de 1979, señala que:

> "…*ARTICULO 5°.-*
>
> *La administración de justicia en materia del trabajo, seguridad social y vivienda de proyección e interés social, es un servicio público que se presta*

gratuitamente en todo el territorio de la República y se instituye para decidir las controversias en la rama social del Derecho.

Sus titulares intervendrán en todos los conflictos que se originen entre los diversos elementos de la producción, juzgando y resolviendo los actos de aquellos en cuanto se refieren al Derecho Social establecido. Al efecto, interpretarán y aplicarán las normas legales pertinentes ***y ejecutarán sus propias decisiones*** (…)

ARTICULO 213°.-

Las sentencias ejecutoriadas se harán cumplir por el Juez de primera instancia*, que concederá a la parte perdidosa un plazo de tres días para el efecto*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, radica en estos artículos y en sus fundamentos, la legalidad que compele -antes que la facultad- a cualquier persona que administra derechos de terceros, como lo es el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, a dar cumplimiento a una orden judicial contenida en una sentencia ejecutoriada que hace a los derechos de esos terceros, a efectos de su disposición, no correspondiéndole objetar su inmediato cumplimiento -ello les toca a las partes del proceso judicial-, sino mas bien, presumir la preexistencia de un debido proceso.

2.2.3. Ratificación a la carencia de suficiente motivación y fundamentación.-

Consiguientemente, la serie de extremos que se han considerado supra a lo largo del presente numeral 2.2., orientado al análisis del agravio referido a la carencia de fundamentación y motivación en las determinaciones del Ente Regulador (conforme ha sido alegado por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**), da lugar a que ahora, se ratifique lo concluido a tiempo del numeral 2.1 (*LA REGLA CONOCE A TU CLIENTE*) precedente, en sentido de haberse efectivamente infringido los artículos 28°, inciso e), y 30° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso 'd', del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, conforme a la posición del Tribunal Constitucional Plurinacional expresada en la Sentencia 0143/2012 de 14 de mayo de 2012, haciendo razonable declarar la existencia de un agravio a la garantía del debido proceso que debe caracterizar al proceso, emergente de la falta de motivación y fundamentación en las actuaciones del Ente Regulador, por cuanto, afecta al derecho de los administrados a obtener una resolución debidamente fundamentada y justificada, que contenga una exposición clara, concisa y razonable, y que permita conocer, de forma indubitable, las razones que llevaron a tomar la decisión.

2.3. PRESCRIPCIÓN.-

El tercer interesado **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, mediante memorial presentado en fecha 9 de junio de 2014, ha señalado que:

"…*Sin que se entienda aceptación o admisión de haber cometido infracciones por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A., el recurrente no considera que desde la ocurrencia de los hechos por él denunciados (período comprendido entre el 19/10/2007 al 22/02/2008) hasta la presentación de su denuncia (15/05/2012) transcurrió más de dos años que conforma al Artículo 6o del mencionado Decreto Supremo dispone que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, existiendo por lo tanto imposibilidad de aplicar sanciones administrativas*…"

No obstante, la posición del tercero interesado, prescinde de considerar que el alegato referido a la prescripción de las supuestas infracciones que hacen al caso de autos, ha sido considerado a tiempo del proceso administrativo anterior, que al suscrito le correspondió conocer a tiempo del Recurso Jerárquico también interpuesto por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, y que determinara el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013, la que en lo que atañe al tema concreto de la prescripción, ha señalado:

"…*El Banco Nacional de Bolivia S.A. señala que, independientemente de que hayan existido las infracciones (hecho no consentido por el mismo), las mismas, a la fecha, se encontrarían prescritas, en razón a que el hecho hubiera ocurrido en las gestiones 2007 y 2008.*

Si bien el artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...", es preciso señalar que el régimen de la prescripción tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido, se debe enmarcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas y las infracciones permanentes,*** *cuales son****:***

"...*En las* ***infracciones instantáneas,*** *la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las ***infracciones permanentes,*** *la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes,*** *la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto...*"

"...*Asimismo, corresponde precisar que la doctrina ha establecido que el vocablo "Tracto -proveniente del latín "tractus" que significa un lapso de tiempo- corresponde a una noción dirigida a representar la distancia existente físicamente entre dos lugares, o entre dos puntos que se ubican en el tiempo;*

en nuestra economía jurídica, al igual que las demás, el citado ***vocablo hace referencia a un vínculo que tiene cierta permanencia y proyección temporal, en consecuencia, los hechos posteriores que nacen en virtud de un hecho u acto principal se encuentran intrínsecamente ligados y sus resultados serían los mismos*****".**

Entonces, al relacionar los acontecimientos, se tiene que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza, y que interrumpe el plazo de la prescripción, es precisamente el efecto continuado o "tracto sucesivo" de un determinado acontecimiento, que como consecuencia, el acto o hecho jurídico se viene renovando en el tiempo (teoría bipartita que encamina al Derecho Administrativo)....", criterio que ya ha sido expuesto por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 052/2012 de 2 de octubre de 2012.

En este sentido, si bien el Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011 (Reglamento al régimen de infracciones y los procedimientos para la aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), sería posterior al momento del hecho.

No se debe olvidar que, ***en caso de que el Ente Regulador, en su análisis, determine que ha existido infracción a los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de junio de 1997 y que las infracciones han sido de carácter permanente, las mismas no se encontrarían prescritas, correspondiendo sancionar al Banco Nacional S.A. con la norma vigente, (Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011), determinando por ende, en este caso****, ninguna inobservancia al principio de irretroactividad,* ***ni la prescripción alegada por el tercer interesado***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora, conforme consta de la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, confirmada totalmente por la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, la situación jurídica existente a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013, no presenta cambió, fundamentalmente, en lo que concerniente a la indeterminación de haber existido "*infracción a los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo Nº 24771 de 31 de junio de 1997 y que las infracciones han sido de carácter permanente*", toda vez que contrario sensu, la posición conocida del Ente Regulador, refiere "*que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras*" (Res. Adm. ASFI Nº 757/2013).

Por consiguiente y además vista la determinación final que sale en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, corresponde al suscrito ratificar la posición expuesta en la supra mencionada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013, de la que no se conoce hubiera sido objeto de demanda contencioso-administrativa, por lo que ha ganado en plena firmeza administrativa.

2.4. OTROS ALEGATOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.-

2.4.1. Notificación de actuaciones administrativas.-

El Recurso Jerárquico de la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, señala también que:

> "…*La Resolución Impugnada, manifiesta que los argumentos presentados fueron debidamente valorados por la UIF, a través del Informe UIF/LEG/32528/2012, el cual no obstante la multiplicidad de solicitudes, nunca nos fue notificado, aspecto que desde todo punto de vista genera indefensión o omisión del debido proceso, los cuales e evidencian en los memoriales del 24 de agosto de 2012*…"

No obstante, así como la recurrente extraña la "*motivación y fundamentación de la decisión final de Sede Administrativa*", tampoco funda la suya en respaldo jurídico alguno, y lo mismo tiene su origen en que la normativa administrativa no expresa cuál el tratamiento de publicidad que deba dársele a los diversos informes internos de la Administración, los que contrariamente a lo sugerido por la recurrente, no constituyen actos administrativos, sino -precisamente- actuaciones administrativas internas.

A este respecto, el artículo 33º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) señala que:

> "…*Artículo 33.- (Notificación). I. La Administración Pública notificará a los interesados todas* ***las resoluciones y actos administrativos*** *que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 25º, parágrafo I, establece que:

> "…*ARTÍCULO 25.- (Notificación).*
>
> *I. Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI* ***deberán notificar*** *a los operadores de sus respectivos mercados financieros,* ***las resoluciones*** *que emitan*…"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tal extremo, resulta pertinente remitirse al Principio de Legalidad establecido en los incisos c) y g) del artículo 4º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, para concluir en la inexistencia de obligación de publicitar las actuaciones administrativas (no los actos administrativos), como lo son los informes internos.

2.4.2. Demás argumentos presentados dentro del proceso administrativo presente.-

Conforme se ha evidenciado y hecho constar oportunamente, existen varias menciones en el planteamiento del Recurso Jerárquico de fecha 7 de abril de 2014, de la **COMPAÑÍA**

MINERA ORLANDINI LTDA., sobre los que no le corresponde al suscrito asumir conocimiento, entre ellas:

- "…*en desconocimiento de la persona jurídica Compañía Minera Orlandini Ltda., de manera totalmente irregular e ilegal se solicitó la retención financiera y trasferencia de más de dos millones de dólares del proceso Martínez c/ CMO Ltda.* …"

- "…*estos procesos ilícitos e ilegales se obtuvieron sentencias en la que se reconocieron beneficios sociales hasta el año 2007 cuando la CMO Ltda., cesó en sus funciones el año 1995, es decir, más de 10 años antes*…"

- "…*se falsificaron planillas para obtener el pago de sueldos devengados por gestiones no trabajadas*…"

- "…*este proceso fue dirigido contra una persona natural y no contra la CMO Ltda., pese a ello, se obtuvo ilícitamente la transferencia del dinero desde el proceso "Martínez" sin que exista identidad del sujeto demandado en Oruro y el demandado en La Paz*…"

- "…*Los dineros que fueron objeto de la comisión de delitos, provienen de la ilegal instrucción realizada por una Juez de materia laboral, los cuales quedaron bajo custodia de la entidad pública como el Concejo de la Judicatura que recauda y retiene estos fondos*…"

- "…*se dio inicio a una escandalosa disposición arbitraria de los fondos bajo custodia pública habiéndose detectando la suscripción de cheques por sumas exorbitantes que no correspondían a los montos señalados en las diferentes sentencias. Es más, ninguno de los montos pagados a los trabajadores y fantasmas, corresponden a las sumas de dinero liquidadas en las sentencias respectivas*…"

- "…*luego de pronunciada una sentencia por parte del Concejo de la Judicatura de suspensión de un año y sugerencia de investigación penal, la Juez de la causa, ésta* (sic) *renunció a sus funciones*…"

- "…*carta remitida por el Sr. Trifón Mendoza a la Ministra de Transparencia Sra. Nardy Suxo, en la que confesó que se dispusieron parte de esos dineros para sobornar a jueces de nuestro país*…"

- "…*el Sr. Trifón Mendoza, luego de haber realizado la confesión directa ante la Ministra de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, se encuentra prófugo y con un mandamiento de apremio emitido en su contra*…"

Extremos sobre los que se reitera expresamente, que el suscrito no puede asumir conocimiento, en razón a la competencia penal o laboral que estos importan, como que los mismos alegatos de la recurrente, hacen referencia precisa a que la competencia judicial referidas a esas materias, han sido ya abiertas a los fines de las resoluciones que les correspondan.

2.5. OTRAS OBSERVACIONES DE CARÁCTER ADJETIVO.-

2.5.1. Infracción al debido proceso y a la *non bis in idem*.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, hace referencia a que:

> "…***con relación al presunto incumplimiento del Reglamento que regula la apertura y manejo de cuentas corrientes****, así como otras irregularidades que supuestamente el Banco Nacional de Bolivia S.A. habría incurrido, este Órgano de Supervisión* (…) *realizó una Inspección Especial de Riesgo Operativo al Banco Nacional de Bolivia S.A., con el objeto de verificar el cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de Cuentas Corrientes, contenido en el Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la apertura de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057 en el Banco Nacional de Bolivia S.A.* (…)
>
> *Que, como consecuencia de los aspectos establecidos en el trabajo de inspección, según el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012, ya referidas, se concluyó* (…)
>
> *Que,* ***en ese sentido*** ***se emitió la Resolución ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013, el cual señala que al no haberse identificado aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.*** …" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del considerando anterior, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ante la negativa de, en ese entonces, su Unidad de Investigaciones Financieras, para asumir conocimiento acerca de los extremos señalados en la denuncia de fecha 15 de mayo de 2012, presentada por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** contra el **Banco Nacional de Bolivia S.A.**, ha dispuesto la realización de una Inspección Especial de Riesgo Operativo, cuyos resultados constan en el Informe/ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012.

Entonces, tal actuación -la Inspección Especial de Riesgo Operativo-, es emergente de la denuncia señalada, entonces hace a su sustanciación (conforme se ha relacionado oportunamente supra); ahora, se conoce que a la sustanciación señalada, y siguiendo la tramitación que dentro de la lógica del debido proceso administrativo, ha correspondido a la misma, se han sucedido la mencionada Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 y, ante la impugnación contra la misma, la Resolución Administrativa ASFI Nº 150/2014 de 19 de marzo de 2014, ambas ampliamente analizadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin embargo, resulta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha considerado tal Inspección Especial de Riesgo Operativo, cual si fuera un trámite distinto, a cuyo informe (ASFI/DSR I/R-167477/2012), ha decidido -por cuerda separada al que correspondió ala denuncia- resolver:

"…***ESTABLECER*** *que al no haberse identificado aspectos relevantes que demuestren inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., atribuible a posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo 1, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Capítulo I, Título II, Libro 2° en la estructura normativa aprobada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013)*…" (Res. Adm. ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013).

Se impone su compulsa con la determinación de la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, esta es:

"…***ESTABLECER*** *que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997*…"

Debe quedar claro que, la denuncia de 15 de mayo de 2012, entendida objetivamente, está referida a la apertura, supuestamente ilícita, de las cuentas corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, por no haberse observado para ello, los artículos 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997, por lo que en lo fundamental, ambas Resoluciones Administrativas, la ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013 y la ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, vienen a recaer sobre el mismo objeto, además que su causa es también la misma: la denuncia de 15 de mayo de 2012, no siendo evidente que a la primera nombrada le corresponda un aparente origen oficioso.

De ello se concluye inequívocamente que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al pronunciar la Resolución Administrativa ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013, cual si se correspondiera a un trámite diferente, ha actuado irregularmente al bifurcar, sin ningún justificativo de derecho, el proceso administrativo, en infracción al principio de la unidad procesal, creando confusión en los partícipes del trámite, e infringiendo de esa manera, el debido proceso administrativo, al que se halla compelido por disposición de los artículos 115°, parágrafo II, y 117°, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado.

Aun más, habiendo quedando claro que ambas Resoluciones Administrativas, la ASFI N° 142/2013 de 18 de marzo de 2013 y la ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, corresponden a una idéntica relación jurídica procesal (denunciante la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, frente al denunciado **Banco Nacional de Bolivia S.A.**) dado que les corresponde la misma causa y recaen sobre el mismo objeto, resulta también que se ha infringido el principio de la *non bis in idem*, aquel que está referido a "*la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas*" (Santamaría Pastor en *Principios de Derecho Administrativo Sancionador*), y que en la Constitución Política del Estado está implementado en su artículo 117°, parágrafo II, de manera tal que "*nadie será* ***procesado*** (…) *más de una vez por el mismo hecho*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.5.2. Consignación de la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012.-

Por otra parte, consta que ante la emisión de la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012 (por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, niega su competencia con respecto a la denuncia de fecha 15 de mayo de 2012), la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.** solicitó la consignación de su contenido, en una Resolución Administrativa, a los obvios fines de su impugnación, conforme se lo permite el artículo 20º, parágrafo I, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Lo que en el desarrollo del proceso siguió -y sopesando la anulación dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013 de 10 de mayo de 2013-, es el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, por la que resuelve "***ESTABLECER*** *que no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por posibles incumplimientos de los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras aprobado mediante Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997*".

En estricta propiedad procesal, tal pronunciamiento no hace a la consignación solicitada, por cuanto, la decisión de "***ESTABLECER*** *que no corresponde iniciar proceso sancionatorio*", se aleja de la dinámica impuesta por el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, haciendo mas bien a la lógica del Decreto Supremo Nº 910 de 15 de junio de 2011, el que en su artículo 23º (*Resolución administrativa sancionatoria*) señala que "*el Director Ejecutivo de la ASFI o el Director Ejecutivo de la APS, según corresponda* (…) *dictará Resolución Administrativa en el término de diez (10) días, imponiendo la sanción correspondiente*" o, razonando en sentido inverso -dada la posición del Ente Regulador dentro del caso- no imponer sanción alguna, dado no corresponder "*iniciar proceso sancionatorio*", resultando paradójico que, habiéndose desde un principio negado la aplicabilidad del Decreto Supremo Nº 910 al caso -en razón de irretroactividad-, resulte en definitiva estarse aplicando un criterio dispuesto por el mismo.

En todo caso, sobre el extremo no consta agravio ni controversia alguna, por lo que no amerita mayor consideración.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado una correcta aplicación a los principios del debido proceso, de la *non bis in idem*, y del proceso único, así como ha inobservado sus deberes de motivación, fundamentación y verdad material, conforme se ha expuesto.

Que, siendo evidente que en el presente caso, al no haberse motivado y fundamentado la resolución impugnada, corresponde anular el proceso.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se

circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, los derechos consagrados del recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 757/2013 de 18 de noviembre de 2013, **inclusive**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 215-2014 DE 21 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 053/2014 DE 28 DE AGOSTO DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 053/2014

La Paz, 28 de agosto de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 046/2014 de 22 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 087/2014 de 25 de julio de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de abril de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General Sr. Julio Antonio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de

marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1150/2014, con fecha de recepción del 16 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de abril de 2014, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 23 de abril de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014.

Que, en fecha 30 de abril de 2014, conforme fuera solicitada a tiempo del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y señalada a tiempo del Auto de Admisión de 21 de abril de 2014, se recibió en audiencia la Exposición Oral de Fundamentos de la misma**.**

CONSIDERANDO:

Que, en principio y por sus características, corresponde traer a colación los antecedentes adjetivos del proceso administrativo, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

A solicitud de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó copia de los expedientes judiciales iniciados contra el Empleador AEROSUR S.A., correspondientes a cuatro Procesos Ejecutivos Sociales, dos Procesos Coactivos Sociales, y un Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes.

Valorada tal documentación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con los dos cargos siguientes:

- **Cargo N° 1.-** Por indicios de incumplimiento a los artículos 23° y 31°, inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, y al artículo 142° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales, ocasionando una interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social contra el Empleador AEROSUR S.A., por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012.

- **Cargo N° 2.-** Por indicios de incumplimiento a los artículos 106°, 110° y 149°, incisos i) y v), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; ocasionando interrupción del

trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Coactivo Social contra el Empleador AEROSUR S.A., por el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2011 al 7 de diciembre de 2011.

Presentados los descargos respectivos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** por el cargo N° 1, con una multa en bolivianos equivalente a $us.3.000,00.- (tres mil 00/100 dólares americanos), e igual multa por el cargo N° 2.

Por su efecto, mediante memorial presentado en fecha 21 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, procediendo la recurrente a la interposición del Recurso Jerárquico en fecha 13 de junio de 2013.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunció la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2013 de 10 de octubre de 2013, por la que **ANULÓ** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012 inclusive, con los siguientes fundamentos:

"…***2.1. SUBSISTENCIA DEL RÉGIMEN PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES.-***

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*, en Recurso Jerárquico, señala que:*

*"…es menester manifestar que nuestra Administradora en lo que se refiere a la aplicación de la Ley Nº 065, se encuentra "…**asumiendo las <u>obligaciones, atribuciones y facultades</u> conferidas a la gestora** (sic) **Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…",** de cuya lectura, queda claro también que el régimen sancionatorio aplicable, debe ser el que se establezca como marco reglamentario sancionador al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia…"*

Al respecto, es pertinente reproducir el precedente de regulación financiera, de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2013 de 4 de julio de 2013, conforme a su transcripción siguiente:

"…se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:

*"…**Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).** El Organismo de Fiscalización -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones: (…)*

*b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar a** la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras **entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…**abroga la Ley Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley Nº 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198º, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

*En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los

sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

> *"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios,* ***en el marco*** *de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."

Consiguientemente, amén de no haber existido en el caso, una aplicación forzosa de tal normativa, cual lo sugiere la recurrente al utilizar el adverbio a ultranza, se concluye más bien en su aplicación razonada y fundamentada, como efecto de la consideración del propio Reglamento señalado…"

Por consiguiente, ratificando al presente el criterio supra transcrito y siendo innecesario pasar a mayores consideraciones al respecto, corresponde rechazar el alegato.

2.2. ALEGATOS ESPECÍFICOS CONTRA EL CARGO Nº 1.-

2.2.1. Régimen de la prescripción de las sanciones.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*, alega también que:*

> *"…el tiempo que debe transcurrir para producir la prescripción de las infracciones, así como de las sanciones impuestas y es ésta la disposición legal que el Regulador debe aplicar, considerando que con meridiana claridad el Art. 82 de la Ley del Pdto. Administrativo establece que la etapa de iniciación se formaliza con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados y es absolutamente pertinente y legal que su Autoridad compute desde esta notificación los cargos imputados y con criterio objetivo, legal y ecuánime concluya admitiendo que evidentemente se ha producido la prescripción de las infracciones…"*

Esto tiene que ver con lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, cuando, fundándose en otros precedentes de regulación financiera, el Ente Regulador argumenta:

"…En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídica (sic) administrativo cesa, inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

*En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta activa u omisiva del infractor.*

*En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cese la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto** (…)*

*…**la Administradora de fondos** (sic) **de Pensiones olvida que nos encontramos ante una infracción permanente**, y por lo tanto no aplica el instituto de la prescripción,…"*

Es pertinente remitirse a la nota de cargos (APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012), por la que se establece el Cargo N° 1 al tenor siguiente:

*"…**Cargo 1.-** (…) paralización injustificada de las actuaciones procesales; (…)*

…Por el período comprendido entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012…"

*En la posición del Ente Regulador, la alegada prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ha sido interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares, al haber sido éstas de conocimiento de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, como supuesta infractora, por cuanto, al tratarse de infracciones permanentes, debe computarse a partir del día siguiente en que cese la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto.*

Ello, porque las infracciones permanentes se entienden como aquellas en las que la vulneración administrativa cometida, se prolonga a través del tiempo, como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta activa u omisiva del infractor.

Entonces, en la lógica del Supervisor, en los tres periodos de tiempo -entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012- "la AFP no realizó actividad alguna para promover el proceso social" (Res. Adm. APS/DJ/DPC/N° 474-2013).

*No obstante, ello habla de tres infracciones y no de una sola, por cuanto y conforme **está expuesto por el propio Regulador** en la nota de cargos, como también en sus argumentos referentes a la prescripción, la demora se ha presentado en tres periodos de tiempo particulares, distintos, diferentes, cada uno independiente de los otros, de manera tal que aún no existieran estos, igual resultaría subsistente.*

Entonces, se equivoca la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en pretender generalizar el criterio de prescriptibilidad alegado, a todas las infracciones que importan el cargo N° 1, cual si se trataran de un conjunto.

Asimismo, así como -dentro del de autos- ha correspondido a ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *el ejercicio de la interposición de la prescripción (cual se encuentra previsto en el artículo 79° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo), frente al mismo, entonces, existe la obligación del Ente Recurrido de interrumpir el plazo de la prescripción y así evitar el suceso de tal instituto jurídico.*

En este sentido, si bien la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013, reproduciendo el precedente de regulación financiera de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2012, señala que:

> *"…**la prescripción** de la acción administrativa sancionatoria **quedará interrumpida** con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos…"*

No profundiza ni aplica tal criterio al caso de autos, centrándose mas bien en adjetivar las infracciones como permanentes, para desvirtuar el carácter instantáneo que, a su entender, ha sugerido el Recurso de Revocatoria.

De manera tal que, al no encontrarse determinada y, por tanto, considerada en las resoluciones recurridas, la existencia concreta de las diligencias previas a las que se refiere el artículo 81° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, si las mismas fueron de conocimiento de la ahora recurrente, y de ser así, la fecha de tal acontecimiento (teniendo en cuenta que el primer periodo sancionado comenzó a correr el 30 de octubre de 2007 y que la notificación con los cargos de la nota APS/DJ/DPC/5185/2012, se produjo recién en fecha 8 de agosto de 2012), no se ha establecido que a las tres infracciones las una un procedimiento común, independientemente de su carácter sustancial, y que dé razón a la posición del Ente recurrido, al menos adjetiva, es decir, sin perder de vista que, cualquier infracción y su consiguiente investigación deben corresponder a un momento concreto, de manera tal que las diligencias preliminares debieran ser posteriores a la comisión de las supuestas infracciones, y no anteriores a alguna o varias de ellas.

De lo contario, de no resultar un procedimiento único el que una a las tres infracciones, entonces habría que considerar cada periodo sancionado, cual infracción independiente, de donde resultaría (salvo fundamento contrario del Ente Regulador), que:

- *La infracción sucedida entre el 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009, aún considerada permanente, por ello mismo teniendo en cuenta que su alegada prescripción "deberá computarse a partir del día siguiente en que cese la*

continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto" (entonces, a partir del 26 de marzo de 2009), se encontraría evidentemente prescrita, al haber transcurrido más de los
dos años exigidos por ley para ello, habiéndose desarrollado las diligencias preliminares a partir de la nota APS/DPC/3505/2012, no existiendo constancia de notificación alguna a la ahora sancionada, y que hubiere permitido su interrupción.

- *La infracción sucedida entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009, aún considerada permanente, por ello mismo teniendo en cuenta que su alegada prescripción, deberá computarse -por lo supra señalado- a partir del 14 de octubre de 2009, se encontraría también evidentemente prescrita, al haber transcurrido más de los dos años exigidos por ley para ello, habiéndose desarrollado las diligencias preliminares a partir de la nota APS/DPC/3505/2012, no existiendo constancia de notificación alguna a la ahora sancionada, y que hubiere permitido su interrupción.*
- *Sólo la infracción sucedida entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, no se encontraría prescrita, por no haber transcurrido los dos años que señala la norma, desde el día siguiente del cese de su ocurrencia (20 de marzo de 2012) hasta el inicio del proceso (sea que se consideren para ello a las diligencias preliminares, o a la notificación con cargos).*

Lo anterior además conllevaría, que si al suceso de las tres infracciones, les ha correspondido la sanción que señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012:

> *"…En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"*

Entonces, por la comisión de una sola, le debiera corresponder una sanción inferior, salvo opinión contrario del Ente Regulador, en uno u otro caso, expresamente fundamentada.

En todo caso, todo ello queda en el campo de la mera abstracción, por cuanto y como se tiene dicho, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha presentado los fundamentos, que le han permitido conjuncionar las tres infracciones en una sola, ni tampoco ha considerado dentro del caso, la incidencia de las diligencias preliminares, pese a haber establecido su trascendencia, todo ello en infracción a los artículos 28°, inciso e), de la ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremos que justifican la determinación del presente fallo.

2.2.2. Paralización de las actuaciones del Proceso Ejecutivo Social -PES- interpuesto contra AEROSUR S.A.-

Bajo el principio de economía procesal, corresponde emitir valoración de los agravios específicos, hechos manifiestos por la recurrente, con referencia al cargo N° 1, dejando

constancia que determinados alegatos (que "la ampliación por nuevos periodos, debe interponerse oportunamente", y que "se procedió a la continuación… ejecutando toda medida precautoria amparada a nuestro favor"), que en la redacción del Recurso Jerárquico son desarrollados con respecto al primer periodo de paralización -del 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009-, pueden ser extensibles a los otros dos periodos controvertidos, no obstante, se los valora dentro del primer periodo, inmediatamente a continuación, en razón precisa, ***de así haber sido*** *presentados por la recurrente.*

2.2.2.1. Periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009.-

La nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012, estableció que:

"…La Administradora solicita mediante memorial de ***30 de octubre de 2007****, establezca la ampliación de la deuda considerando asimismo el monto del Recargo.*

- *La AFP mediante memorial de* ***25 de marzo de 2009****, presenta un Convenio de Pagos suscrito entre la Administradora y la empresa ejecutada de fecha 18 de marzo de 2009.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***30 de octubre de 2007*** *al* ***25 de marzo de 2009*** *existen* ***quinientos doce (512) días sin movimiento procesal*** *en el PES, por parte de la AFP…"*

Con tal referente fáctico, se establece ahora que, el Recurso Jerárquico interpuesto por ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, expresa los alegatos siguientes:*

a. Oportunidad para la ampliación por nuevos periodos:

"…estas ampliaciones (recargos) si bien no poseen los periodos extrañados por su institución, poseen deudas importantísimas a favor de los derechohabientes del trabajador afiliado (sic) Ignacio Suarez Escalante, contexto tampoco valorado por el regulador.

…todas estas gestiones y obligaciones se hallan sujetas y van de la mano con las gestiones y acciones que ejecuten las demás partes intervinientes dentro de una causa, (…)

…observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

(…) ***<u>este auto en el que se dispone la ampliación de la deuda es y debe considerarse como un actuado procesal, independientemente de quien lo ejecute, puesto que este es una consecuencia de la solicitud efectuada por nuestra parte, sin el cual no existiría el mismo</u>****…"*

En el criterio de la recurrida, expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, cuyos fundamentos son ratificados en la ahora recurrida APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013), los alegatos de la recurrente (que devienen, inclusive, desde la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, sobre presentación de descargos), la posición de ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *no es admisible, por los extremos siguientes:*

- *La ampliación alegada "con la Nota de Débito N° 1-07-2006-00232", corresponde al concepto de recargos (se infiere, al tenor del Recurso Jerárquico, "a favor de los derechohabientes del trabajador afiliado (sic) Ignacio Suarez Escalante") y no por nuevos periodos identificados.*

- *Amparándose en el artículo 45° del Código de Procedimiento Civil, es legalmente posible la ampliación del monto de la ejecución después de la sentencia.*

- *El Auto Ampliatorio de 5 de noviembre de 2007 "no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juzgador, no por la Administradora".*

Con respecto a los argumentos, tanto de la recurrente como de la Recurrida, corresponde señalar que, sólo es posible entender la posición del Ente Regulador, de pretender desechar -como descargo válido- la ampliación judicial con la Nota de Débito N° 1-07-2006-00232, en originarse tal extremo en lo erróneamente manifestado por ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, en sentido de recaer tal ampliación a nuevos periodos de mora identificados, cuando correspondía, más bien, al concepto de recargos.*

En este entendido, es de lamentar que tanto la Recurrida como también la recurrente, hubieran prescindido de la necesaria objetividad con la que deben conducirse en un proceso como el presente, al expresar fundamentos que no hacen al objeto del mismo (conforme sale de la nota de cargos), de manera tal que, en función de ello, resultan sus posiciones en disquisiciones intrascendentes, producto de una especie de competencia por descubrir, cuál de las dos ha cometido más errores formales al exponer sus fundamentos, alejándose en definitiva de la finalidad del proceso, en cuanto a la Recurrida, por lo supra señalado (sobre resultar la ampliación por recargos y no por el vencimiento de nuevos periodos identificados).

Y en cuanto a la recurrente, porque dada la trascendencia dispuesta por el artículo 31° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativa, con respecto al evidente error en la mención del artículo 495° del Código de Procedimiento Civil, que se hace en la Resolución sancionatoria, desmedidamente sugiere de ello, un "afán caprichoso por parte del regulador, alejado de la sana crítica y valoración razonada, ya que no se consideran las circunstancias particulares de cada proceso".

En todo caso, y porque el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, establece que "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…", debe quedar claramente establecido que, sea que se trate de una ampliación limitada a beneficiar a los derechohabientes del Afiliado Ignacio Suarez Escalante (recargo), o del carácter más general que importa el vencimiento de nuevos periodos identificados, igual la ampliación importa un movimiento procesal judicial, trascendente al presente proceso administrativo sancionatorio, por cuanto, no debe perderse de vista que el Cargo Nº 1, ha sido impuesto "al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales", sin que allí se especifique que deban consistir -necesariamente- en el vencimiento de nuevos periodos identificados, o que deben limitarse a los actos que le corresponden al ejecutante; entonces, sea el motivo que sea el de la ampliación, lo mismo determina la existencia de movimiento -por oposición a paralización- procesal.

Ahora bien; la Recurrida señala que el Auto Ampliatorio de 5 de noviembre de 2007 "no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juzgador, no por la Administradora", y la recurrente, en respuesta a ello, saca a relucir su propia aplicación al caso, de la teoría general del proceso, para sugerir el carácter absoluto de la relación jurídica procesal, donde por tanto, partes y juez tienen derechos y obligaciones; en la interpretación particular de la recurrente, el retraso procesal es atribuible a la relación jurídica procesal en su carácter absoluto, entonces no es necesariamente atribuible a su propia responsabilidad, sino que puede ser también imputable al operador de justicia (el juez y sus funcionarios coadyuvantes, como el oficial de diligencias) o a la parte ejecutada, mientras que de resultar existir movimiento procesal diligente, entonces eso sí debe atribuírsele a la parte ejecutante.

A este respecto, es pertinente remitirse a lo que señala el precedente de Regulación Financiera contenido en la MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 075/2012 de 11 de diciembre de 2012, aquí transcrita en lo que interesa:

> *"…aquello que se entiende como relación jurídica, es decir "Todo vínculo de Derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporal" (Cabanellas), y con lo que más precisamente se entiende como relación procesal:*
>
> > *"…conjunto de derechos y deberes, de situaciones dadas o cambiantes, de actitudes personales y de consecuencias de hecho y jurídicas que para las partes y el órgano jurisdiccional provocan, mantienen, desenvuelven y desenlazan el planteamiento y substanciación de un proceso" (ídem).*
>
> *Bajo tales criterios jurídicos, resulta evidente que la relación jurídico procesal importa la relación de las partes entre sí, empero en la esfera del proceso, entonces en conocimiento del operador de justicia y bajo las reglas que importa un proceso, por lo que las relaciones jurídicas procesales lo son también con respeto al juez o tribunal.*

Ahora, tal concepción teórica, más que ser aplicada a un proceso judicial cualquiera, responde a una descripción amplia del mismo en la intención de definirlo (como lo ha hecho Cabanellas en las citas trascritas, extraídas de su Diccionario), resultando que el proceso judicial se materializa en la interactuación de quienes en concreto, componen tal relación jurídica procesal.

Ahora bien; se puede pretender calificar de alguna manera una relación jurídica procesal concreta, sea a los fines estrictamente técnicos de Derecho, de control social (dada la publicidad que importa la administración de justicia) o de evaluación estadística; ello no obsta se puedan realizar calificaciones separadas al actuar de las partes o al juez, por cuanto no se habla ya aquí de la relación procesal y de la interactividad de las partes, sino del comportamiento singular de las partes litigantes en el ejercicio de sus deberes y obligaciones; se encuentran en definitiva en planos distintos.

El deber de interacción de cada una de las partes con la otra o con el juez, importa cargas procesales cuyo incumplimiento trasciende a la decisión que se busca pronuncie la jurisdicción, entonces resulta en una responsabilidad particular de la parte y no en una general a quienes integran la relación jurídica procesal.

De manera tal que, si bien la responsabilidad de un proceso inmóvil recae sobre el juez de la causa (Art. 2°, Impulso procesal, Código de Procedimiento Civil), no están liberadas las partes, fundamentalmente quien resulte interesada, del reclamo sobre el incumplimiento de los plazos o la no realización de las actuaciones judiciales…"

Esto quiere decir que, el avance o la demora procesal, si bien afectan al proceso en su carácter absoluto, son plenamente verificables, demostrables y susceptibles de determinación en quien corresponda: el operador de justicia (con su personal y todo), el actor o el demandado.

Un elemento más: el Proceso Ejecutivo Social es un proceso especial, mas no por la doble materia, entre sustantiva (social) y adjetiva (procesal) a la que corresponde, sino porque prescinde de un trámite ordinario, común y de conocimiento, partiendo del presupuesto de existir un título incontrovertido, con respecto al cual, es procedente el pago sin tener que recurrir, regularmente, a ninguna fase de constatación; entonces, la relación jurídica que el Proceso Ejecutivo social conlleva, determina que, además del juez, exista un ejecutante (sujeto ***activo*** *de la relación) y un ejecutado (el sujeto pasivo); y el ejecutante es el sujeto activo, porque resultando quien legítimamente ostenta el derecho a cobrar (acción entendida como el exigir el cumplimiento de una obligación en su favor), debe promover la administración de la justicia, para que sea ésta la que, sustituyendo la que debiera ser la actividad del ejecutado deudor, proceda a vender el patrimonio de este último, para así realizar tal derecho.*

Salta a la vista, entonces, que más allá de a quién corresponde el impulso procesal, al ejecutante (como sujeto activo) le son más exigibles sus actuaciones para efectivizar el desarrollo normal del proceso, sea que correspondan a sus propias cargas procesales, o sea para instar al operador de justicia que cumpla con las suyas; en cuanto a lo que

puede o debe hacer el sujeto pasivo (el deudor), no es pertinente aquí referirse a ello, por cuanto, de lo señalado por la recurrente, no se evidencia que hubieren existido actuaciones dilatorias o remisivas del mismo, y que hubieren tenido trascendencia en el avance procesal del caso judicial controvertido.

En base a tales fundamentos, queda ahora aplicarlos al caso de autos, para concluir que ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, en su calidad de* ***actora*** *dentro del Proceso Ejecutivo Social, es responsable por el retraso producido en un primer periodo, dentro de la sustanciación del Proceso Ejecutivo Social seguido al Empleador AEROSUR S.A., empero no puede serlo por el periodo que señala el Ente Regulador (el comprendido entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009), por cuanto, a los efectos de desvirtuar parcialmente el cargo, es atendible considerar el hecho de que, según lo afirmado por la recurrente, mediante auto de fecha 5 de noviembre de 2007 el juez de la causa dispuso la ampliación del monto de la ejecución que había sido solicitada menos de una semana antes, el 30 de octubre de 2007, por tanto, debe ser desde el día siguiente al 5 de noviembre de 2007, que debe establecerse el periodo de inamovilidad procesal, entonces no son ya quinientos doce (512) los días sin movimiento procesal, sino quinientos cinco (505) días, reducción que por lo exigua, no alcanza para desvirtuar cuantitativamente el cargo.*

b. *En referencia a que "****según auto de 06 de enero de 2007, se procede a declarar la ejecutoria del auto de vista****", señala también el Recurso Jerárquico, que "…se llego (sic) a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendida como una dilación procesal…"*

No obstante, la fecha de ejecutoria (dice "del auto de vista", se entiende que es del fallo principal de la justica, al no admitir este tipo de proceso Recurso de Casación), no se encuentra comprendida dentro del periodo acusado falta de movimiento procesal, este es, entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009.

Lo que la recurrente sugiere es, que la ocurrencia de las distintas fases procesales, no obedecen a su simple secuencia lógica y normativa, sino que unos actos procesales dan origen a los siguientes, de tal manera que un acto determinado es el resultado de una actividad anterior, por lo que se debe presumir que, aún no constara actividad procesal expresa, el hecho de existir un determinado acto, importa haber existido, necesariamente el movimiento procesal previo para su logro.

No obstante, tal razonamiento pierde trascendencia en el caso concreto, por cuanto y conforme lo señalado, la fecha de ejecutoria es anterior en casi diez meses, al inicio del periodo controvertido, de manera tal que, de existir actuaciones tácitas que, de acuerdo con lo sugerido por la recurrente, deban presumirse como de obvia ocurrencia, al anteceder las mismas a la ejecutoria, se encuentran fuera del periodo controvertido.

c. *Señala también la recurrente, que "…una vez transcurrido este periodo extrañado - entonces, entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009- se procedió a la celebración del compromiso de pago el 18 de marzo de 2009…"*

Lo anterior sugiere que, lejos del carácter de inamovilidad procesal que quiere atribuir el Ente Regulador a ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, el periodo controvertido (entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009, conforme al inciso 'a.' supra) ha servido para que esta última, concilie con el Empleador deudor AEROSUR S.A., las condiciones a las que se habría de referir, después, el compromiso de pago de 18 de marzo de 2009.*

Es decir que, de acuerdo a lo señalado por la recurrente, desde el 30 de octubre de 2007 hasta poco antes del 18 de marzo de 2009, se conciliaron los extremos sobre los que versa el compromiso de pago de la última fecha nombrada.

Sin embargo, la recurrente pretende que la prueba a tal fundamento, resulte el propio compromiso de pago de 18 de marzo de 2009, puesto que después, el 25 de marzo de 2009, fue hecho presente ante el Juzgado, el Convenio de Pagos respectivo; entonces, siendo obviamente necesaria una tramitación previa a cualquier compromiso de pago, al señalar que "una vez transcurrido este periodo extrañado se procedió a la celebración del compromiso de pago", viene a sugerir se presuma que, desde el 30 de octubre de 2007 hasta poco antes del 18 de marzo de 2009 (más de dieciséis meses), se llevaron adelante las negociaciones tendentes a lograr el acuerdo.

Téngase en cuenta que, la recurrente no especifica alguna fecha o algún periodo de tiempo concreto, en el que se hubiera realizado la alegada negociación, y que permita hacer un corte dentro el periodo controvertido, a los fines del recálculo de los días de mora procesal; entonces su alegato está dirigido a desvirtuar por completo la ocurrencia de mora procesal, por lo que no es exagerada la interpretación que del mismo se ha hecho en el párrafo que antecede supra.

Por ello, debe concluirse en dos extremos:

- *Si bien es un hecho evidente, que cualquier negocio jurídico (como lo es un Convenio de Pagos), requiere de un periodo previo de negociación y hasta de aprobación, es también evidente que un periodo de tiempo de más de dieciséis meses para ello -como es el del caso, en el planteamiento de la recurrente-, es poco razonable y más bien excesivo.*

- *Precisamente, dado lo evidentemente poco razonable y excesivo, que un periodo de tiempo de negociación y hasta de aprobación, se prolongue por más de dieciséis meses, de haber sucedido sin embargo, dado lo infrecuente, anómalo y especial, las pruebas sobre ello debieran ser abundantes, lo que para el caso no es así, por cuanto, la recurrente produce como única prueba de su alegato, el Convenio de Pagos suscrito por el Empleador AEROSUR S.A., sin que del mismo se pueda establecer las circunstancias previas al mismo, y fundamentalmente, el periodo de tiempo que se requirió para ello.*

Debe tenerse presente que, mediante Auto de 5 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de un término de prueba de veinte (20) días hábiles administrativos, y en fecha 23 de octubre de 2012,

la apertura de un nuevo término de prueba, ahora de diez (10) días hábiles administrativos, por lo que, de existir pruebas a su alegato, la recurrente tuvo ampliamente la oportunidad procesal de producirla, lo que en definitiva no sucedió.

En definitiva, el alegato resulta inadmisible.

d. *Acusa también la recurrente en el Jerárquico, "la confusión a la que incurre la institución que nos regula, al pretender establecer que ante esta gestión nuestra parte haya considerado como un juicio concluido, sin tomar en cuenta ni siquiera la conceptualización de este instituto jurídico como es el convenio de pago".*

Hay que aclarar en principio que, aquello que ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *señala de confuso, se origina en lo por la misma señalado en oportunidad de sus descargos de la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, cuando establece que "…Bien sabemos que la celebración de un convenio de pago, es considerado como un modo anormal de conclusión del proceso…"*

Consiguientemente, deviene de ello el pronunciamiento del Ente Regulador, en sentido que:

> *"…Dicho argumento planteado por la Administradora no puede considerarse válido ya que el propósito de un Convenio de Pago es la regularización de lo adeudado otorgándole al deudor un plazo prudencial para este cometido, y bajo ninguna circunstancia podrá considerarse como un "modo anormal de conclusión del proceso", ya que una vez iniciada la acción judicial correspondiente y en caso de llegar a un acuerdo, se podrá solicitar la suspensión provisional del procedimiento de acuerdo al artículo 148° del Código de Procedimiento Civil boliviano, misma que deberá ser presentada por escrito y aprobada por el Juez, hecho que no puede evidenciarse en el expediente judicial revisado por esta Autoridad…" (APS/DJ/DPC/N° 992-2012)*

Consiguientemente y a este respecto, queda establecido que en el Ente Regulador, conforme a su Resolución sancionatoria, no ha existido una confusión, sino la expresión pertinente, sobre su posición correspondiente a lo afirmado por la sancionada.

Al presente, es perceptible más bien una contradicción, entre lo afirmado antes por la recurrente y lo señalado ahora, por cuanto, si se ha dicho que "la celebración de un convenio de pago, es considerado como un modo anormal de conclusión del proceso", se niega lo mismo al afirmar que "ante esta gestión -se refiere al trámite para el Convenio de Pago- nuestra parte haya considerado como un juicio concluido".

La recurrente alega también que, en la determinación del Ente Regulador, no se ha tomado en cuenta "ni siquiera la conceptualización de este instituto jurídico como es el convenio de pago"; no obstante, ello permite inferir que, los motivos para lo afirmado en la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, tenían base técnico-jurídica, la que en definitiva no fue expuesta ni sostenida en las actuaciones posteriores de la

recurrente, a punto tal que, por ello y al presente, se prefiere atribuir el carácter de confuso al extremo, no ameritando mayor consideración.

e. *Asimismo, el Recurso Jerárquico alega: "la confusión en la que ingresa el regulador al pretender desconocer la prueba aportada por nuestra parte, estableciendo erróneamente que se habría adjuntado actuaciones pertenecientes a un proceso coactivo social…"*

Lo mismo tiene que ver con lo señalado por el Ente Regulador en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013, cuando establece que:

> *"… con respecto* ***al primer período de paralización del Cargo N°1****, la AFP* ***mediante nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013****, informa y adjunta lo siguiente (…)*
>
> *…la misma es de índole operativa (sic) (Formulario de Pago de Contribuciones) y respecto a actuados judiciales los mismos no corresponden al PES y a los periodos sin movimiento procesal observados por esta Autoridad (a excepción del Convenio). Asimismo, en el recurso no se explica el motivo de la presentación de la citada documentación y su relación con el caso…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Tal mención compele a revisar la precitada nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013 como los antecedentes que hacen a la misma. Así:

- *Mediante Auto de 18 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de considerar el argumento de* ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, en sentido que:*

  > *"…con respecto al Cargos (sic) Nº1 señala que, a solicitud del Empleador se procedió a la celebración del Convenio de Pago con el Empleador AEROSUR S.A., mismo que es celebrado luego de cumplirse con una serie de* ***formalidades internas****; sin embargo la documentación remitida no respalda documentalmente los argumentos planteados en el Recurso de Revocatoria. Por esta razón, se ha visto la necesidad de que al AFP presente nueva documentación…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

  Por cuyo motivo, se da apertura al término de prueba que allí consta.

  Luego, a solicitud de ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****, que sale de la nota PREV-COB-96/03/2013 de 11 de marzo de 2013, se amplió tal término probatorio, conforme consta del Auto de 4 de abril de 2013.*

- *Mediante nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013,* ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *señala que:*

"En atención al auto de referencia emitido por su Autoridad -el del 18 de marzo de 2013- dentro del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra nuestra AFP, el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2013 de 26 de diciembre de 2012; y considerando la ampliación de termino (sic) de prueba otorgado mediante Auto de fecha 04 de abril de 2013 tenemos a bien informar y adjuntar lo siguiente:

1. *Para la suscripción de un convenio de pago del SSO, nuestra AFP solicita toda la documentación que acredite la personería de quien suscribe el convenio, luego solicita la documentación que permita efectivizar la deuda, y previa la suscripción del Convenio Mismo (sic), solicita un pago preliminar de un porcentaje del total de la deuda.*

2. *Se adjunta copia del Convenio de Pago.*

3. *Se adjuntan copias de los Formulario (sic) de Pago de Contribuciones solicitados.*

4. *La empresa AEROSUR S.A. incumplió el convenio de pago desde la segunda cuota que debió ser efectuada el 20 de abril de 2009, al haber realizado el pago de los periodos vencidos acordados, pero no así el periodo vigente…"*

Y efectivamente, como señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013, a la nota supra citada de la recurrente, se adjuntan varias literales "de índole operativa" y "respecto a actuados judiciales los mismos no corresponden al PES y a los periodos sin movimiento procesal observados por esta Autoridad (a excepción del Convenio). Asimismo, en el recurso no se explica el motivo de la presentación de la citada documentación y su relación con el caso…"

Recuérdese que el término de prueba había sido impuesto, a efectos de dilucidarse la "serie de formalidades internas" que ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *alega fueron necesarias para la "celebración del Convenio de Pago con el Empleador AEROSUR S.A.", se entiende que a los fines de sopesar si las mismas importan actividad alguna que permita desvirtuar el cargo impuesto; entonces, así como la ahora recurrente en su oportunidad no ha justificado la razón a la presentación de actuados judiciales para acreditar el cumplimiento de formalidades internas, menos aún ha aclarado el porqué, si se trata de esclarecer los extremos que han hecho al cargo Nº 1, como se sabe, referido al Proceso Ejecutivo Social contra la Empresa AEROSUR S.A., ha adjuntado seis memoriales, entro otros, correspondientes más bien a un Proceso Coactivo Social.*

No obstante, el hecho que la Administradora de Fondos de Pensiones, en cumplimiento de la carga a ella impuesta por el artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, hubiera manifestado el carácter impertinente de la literal presentada, no importa per se que esté fundando su decisión en esa prueba, extremo que se evidencia cuando, a tiempo de adjuntarse la documentación que se señala de respaldo al recurso, resulta que aquella que se

atribuye para desvirtuar el cargo N° 1 "respecto al periodo comprendió entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009", ha sido considerada oportunamente por el Ente Regulador, sea a tiempo de imponer la sanción o para confirmarle, y no aporta mayores elementos que permitan modificar la determinación en ese sentido.

De la misma manera, los elementos contenidos en la prueba señalada, han sido también considerados a efectos del pronunciamiento de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por lo que en definitiva, no desvirtúan el cargo.

2.2.2.2. Periodo comprendido entre el 15 de abril al 13 de octubre de 2009.-

Señala el Recurso presentado el 13 de junio de 2013, que: ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****:*

> *"…mediante memorial presentado el 15 de abril de 2009, se solicita la activación de la causa, actuación que a todas luces debe (sic) considerado (sic) como diligente y oportuno (sic), (…) permitió la prosecución asegurando los resultados del juicio, mediante la retención de fondos, petición observada por el Juzgador, mediante decreto de 16 de abril de 2009 en el que se establece que previamente se proceda con la notificación a la parte deudora.*
>
> *En ese sentido se dio cumplimiento a lo establecido por el Juez, (…) según diligencia de 16 de septiembre de 2009.*
>
> *(…) este lapso de tiempo observado por su institución, fue invertido en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora, actuaciones que no precisamente deben plasmarse en el proceso, pues como bien se entenderá, se tratan de gestiones extrajudiciales (…) se torna imposible y hasta ilógico, presentar recibos de pasajes de movilidades dirigidos a las instituciones como ser Transito (sic), DD.RR., SEGIP, SERECI, COTAS, etc., o la presentación de fichas que se entregan al ejecutar la respectiva fila en DD.RR., o la firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe en COTAS, Transito (sic) y otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores para la obtención de una certificación de inexistencia de vehículos en el Organismo Operativo de Transito (sic), etc., gestiones que su institución pretende sean adheridas al expediente, (…)*
>
> *…el 13 de octubre de 2009 se solicita la retención de fondos, logrando de esta manera, gracias a esta gestión diligente, la orden emitida por el Juzgador mediante decreto (sic) de 14 de octubre de 2009…"*

Tiene esto relación, con lo señalado por el Ente Regulador en la -ahora recurrida- Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de 22 de mayo de 2013, cuando establece que:

> *"…el actuado de citación y notificación correspondiente al 16 de septiembre de 2013 (sic), no es propio de la AFP sino de la administración de justicia.*

(…) aun (sic) tomando en cuenta la notificación señalada precedentemente, existe un abundante lapso de tiempo en el que el Proceso Judicial se encontraba paralizado, lapso que corre a partir del 15 de abril de 2009 al 16 de septiembre de 2009, haciendo un total de ciento cincuenta y cuatro (154) días en los que el proceso se encontraba paralizado (…)

…la Administradora pretende justificar la falta de movimiento procesal durante cinco (5) meses amparándose en "gestiones extrajudiciales", "en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora"; sin embargo, no envió prueba que respalde lo señalado anteriormente para su evaluación, que sin perjuicio de que la misma pueda ser extrajudicial pero lógica para evaluar la diligencia (constancia de gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras), (…) limitándose únicamente a solicitar la retención de fondos de AEROSUR S.A. sin adjuntar al memorial documentación que hubiese obtenido producto de la averiguación en torno a los bienes o cuentas del demandado (…)

Por otro lado, la AFP reconoce la infracción imputada al señalar que el 15 de abril de 2009, luego de gestiones internas (no refrendadas en el presente proceso) ha solicitado la activación de la causa para su prosecución; lo que lleva al ente regulador a concluir que el PES estuvo paralizado por más de una vez.

Lo que no argumenta y refrenda con prueba idónea la AFP, es lo que habría realizado en el PES durante el segundo periodo de paralización imputado, pues no se tiene actuaciones objetivas del regulado en el proceso que hubiera realizado en este periodo de tiempo, limitando su defensa a periodos anteriores y a gestiones extrajudiciales que a la hora de refrendarlas no encuentran respaldo en el presente proceso.

Asimismo, llama la atención que el regulado señale que solicitó la retención de fondos con memorial de 13 de octubre de 2009, (…) no habiendo óbice procesal alguno para hacerlo antes…"

Ahora, de la compulsa entre ambos criterios, resultan imprecisiones en las que incurren, tanto la recurrente como la Recurrida, a saber:

- *El memorial de 15 de abril de 2009, sobre "Reinicia acciones legales", no hace a un trámite procesal exigido por ley, como tampoco es fundamental en el desarrollo de determinada fase procesal; entonces no es una actuación que, por sí misma, hubiere permitido "la prosecución" del Proceso, como mal señala la recurrente, y esto, porque el reinicio de las "acciones legales", no puede efectivizarse mediante su sencillo anuncio, sino mediante una evidente y efectiva actuación procesal, que le corresponda y que la complemente.*

  En este sentido, conforme a lo señalado por la recurrente, tal actuación era "la retención de fondos", sobre la que al señalar que existe una "petición observada por el Juzgador, mediante decreto de 16 de abril de 2009", sugiere que el

memorial de 15 de abril de 2009 correspondía a una solicitud de esas características, y sobre la que el juez habría dispuesto que "previamente se proceda con la notificación a la parte deudora" (16 de abril de 2009).

No obstante, debe aclararse que, conforme a la relación que sale de la nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012, es recién en fecha 13 de octubre de 2009 (aproximadamente medio año después), que la ahora recurrente "presenta memorial a través del cual reitera la retención de fondos que la parte ejecutada pudiese tener a su nombre", haciendo el carácter de reiteración, no al memorial de 15 de abril de 2009, sino al memorial de demanda de 17 de junio de 2000, por cuya emergencia, la retención ya se encontraba dispuesta desde fecha 19 de julio de 2000 (mediante el auto intimatorio de pago), y sobre lo que inclusive, en fecha 27 de junio de 2001, la propia ejecutante (ahora recurrente) había dejado constancia de la inexistencia de fondos "que puedan ser… retenidos".

Entonces, así como no es evidente que la actuación de fecha de 15 de abril de 2009, hubiere permitido la prosecución del Proceso, es discutible su efectividad procesal, por cuanto, no tiene sentido reiterar una retención de fondos ya ordenada, cuando además se ha dejado constancia de la inexistencia de tales fondos.

En todo caso, se infiere que el anuncio de 15 de abril de 2009, sobre "Reinicia acciones legales", resulta en un acto de consideración para con la autoridad judicial, emergente de existir un plan de pagos suscrito por la ejecutada, que en su momento dio lugar a la suspensión del proceso, y que después incumplido, determina la necesidad de reactivarlo, siendo posible -sujeto al criterio judicial- que tal anuncio por parte de la ejecutante, haya tenido por finalidad evitar dilaciones sobre aclaraciones previas al motivo del reinicio.

- *La recurrente señala que:*

> *"…se torna imposible y hasta ilógico, presentar recibos de pasajes de movilidades dirigidos a las instituciones como ser Transito (sic), DD.RR., SEGIP, SERECI, COTAS, etc., o la presentación de fichas que se entregan al ejecutar la respectiva fila en DD.RR., o la firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe en COTAS, Transito (sic) y otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores para la obtención de una certificación de inexistencia de vehículos en el Organismo Operativo de Transito (sic), etc., gestiones que su institución pretende sean adheridas al expediente…"*

Sin embargo, no es precisamente ello lo que ha extrañado el Ente Regulador, sino la "constancia de gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras", gestiones que al resultar en servicios especiales que brinda el Estado a las personas que así lo requieren, se manifiestan en las constancias de la contribución especial (tasa) que ello importa; entonces, no es aquí exigible "recibos de pasajes… fichas… firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe… otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores",

sino -en los mismos términos que utiliza la recurrente-, los comprobantes de haberse comprado los valores, porque son estos los que demuestran las "gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras" efectivamente realizadas.

Asimismo, tales trámites tiene por obvio resultado, la obtención de anotaciones o gravámenes documentados, o de ser el caso, certificaciones acerca de la imposibilidad de lo mismo; comprobantes de valores y certificaciones inexistentes en el expediente.

- *Una notificación como la que refiere la diligencia de fecha 16 de septiembre de 2009, constituye un acto de comunicación propio y privativo de la administración de justicia, por tanto, es esencialmente oficioso; no obstante, en la práctica forense, como hecho notorio encuadrado en la verdad material que le caracteriza, es frecuente que tal actuación requiera del impulso extraordinario de la parte interesada, determinando que, para el efectivo suceso de una notificación ordenada por el juez, aún debe la parte insistir al funcionario correspondiente para su cumplimiento.*

  Aún no fuere así, el cargo está referido a "la paralización injustificada de las actuaciones procesales", y no precisamente a la inactividad aparente de ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *dentro del proceso, debiéndose entender por paralización, la falta de transcurso preclusivo del mismo, que puede ser atribuible a la administración de justicia o a las partes, por lo que debe entenderse que de ser imputable la paralización a la otra parte o al juez, es susceptible de sanción la inexistencia de gestión de reclamo que tienda a superarlo, por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones.*

  No es el caso: la actuación de fecha 16 de septiembre de 2009 importa la existencia de una actuación procesal válida a los fines que ha establecido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro de su papel de fiscalizador, de cuya emergencia devino el proceso sancionatorio; por tanto, amerita su consideración cual actuación válida a los fines de desvirtuar o de atenuar la infracción, según lo considere el Ente Regulador, extremo que no ha sucedido, determinando que la prueba cursante en obrados no haya sido correctamente valorada por el mismo, en infracción al artículo 29°, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y que dice que "Las pruebas serán valoradas ***en su integridad****,…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

Ahora, es pertinente establecer que, con la precisión que importa su desarrollo en Principios de Derecho Administrativo (autores varios, publicación de este Ministerio), es pertinente citar que el mismo es:

> *"… (La) Garantía constitucional que le asiste al administrado, de ser procesado ejerciendo sus derechos a la defensa, a ser oído, a producir prueba, a conseguir resoluciones fundamentadas y en sí a un proceso conforme a las leyes…"*

Al respecto se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, la que a su vez, se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

> *"…Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".*

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que* ***los elementos que componen al debido proceso son*** *el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia…; la garantía del non bis in idem;* ***derecho a la valoración razonable de la prueba****; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras)…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Consiguientemente, habiéndose determinado dentro del caso de autos, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha valorado la prueba

en su integridad, resulta inequívoco concluir ahora, en haberse con ello vulnerado la garantía del debido proceso administrativo, en su faceta de valoración razonable de la prueba, lo que ha dado lugar a la indefensión de ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****.*

Consecuentemente, en el presente proceso se ha infringido el derecho al debido proceso e importando ello la indefensión de la recurrente, corresponde la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.

2.2.2.3. Periodo comprendido entre el 25 de abril de 2011 y el 19 de marzo de 2012.-

Debe establecerse, de inicio y conforme se evidencia de su supra transcripción, que en lo que hace a este respecto en concreto, el alegato de la recurrente resulta abstracto, inclusive en la mención -única- de la fecha de una apelación interpuesta ("25 de abril de 2011"), puesto que lo hace en función a otros conceptos, también generales, conforme se evidencia a continuación:

> *"…una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumpliendo con los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, y posteriormente aguardar el sorteo a una de las Salas a fin de que se radique la causa…"*

Por tal circunstancia, conviene hacer aquí una relación de las actuaciones previas y que hacen al periodo controvertido; así:

- *En fecha 10 de julio de 2012 y mediante nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece que "****desde (sic) 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, existen trescientos treinta y nueve (339) días sin movimiento procesal alguno en el PES, por parte de la AFP".***

- *En su descargo (nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012) y en lo que interesa,* ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *presenta copias de:*

  - *Dos constancias de notificación, realizadas en fechas 6 (a la ejecutada) y 7 (a la ejecutante), respectivamente, de junio de 2011, ambas contenidas en el formulario N° 9084207.*

  - *Copia del memorial presentado por la empleadora Aerosur S.A. ("Compañía Boliviana de Transporte Aéreo Privado S.A.") en fecha 13 de junio de 2011, sobre "Contesta y pide rechazo de petición de retención".*

- *Auto de 16 de junio de 2011, sobre concesión de apelación.*

- *Dos constancias de notificación, realizadas en fechas 3 (a la ejecutada) y 5 (a la ejecutante), respectivamente, de agosto de 2011, ambas contenidas en el formulario Nº 9798824; en su reverso y en la última fecha señalada,* ***se deja constancia de haber la apelante*** *(****FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES****) "****proporcionado*** *los recaudos necesarios de ley para dar curso a su apelación" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

- *La sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, establece que:*

  "…la AFP presenta un memorial de 13 de junio de 2011, presentado por la parte ejecutada a través del cual contesta y solicita se rechace la Retención de Fondos; asimismo, adjunta Decreto del Juez de 16 de junio de 2011, actuaciones que no corresponden a actuados o diligencias realizadas por la AFP, por lo cual los mismos no pueden ser considerados como propias de la AFP ni mucho menos como descargos a lo imputado…"

- *No obstante su Recurso de Revocatoria de 21 de febrero de 2013,* ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *no aporta mayor consideración concreta, sino conceptos generales, actitud, conforme se ha hecho notar supra, reiterativa de lo que sucede a tiempo del Recurso Jerárquico; entonces, tampoco la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013 aporta mayor elemento en concreto.*

- *Ya en plena sustanciación del Recurso Jerárquico y mediante memorial de fecha 11 de julio de 2013, la recurrente adjunta copias de los memoriales presentados por ella, en fechas 25 de abril de 2011 (sobre interposición de "Recurso de Apelación…") y 19 de marzo de 2012 (sobre "Representa y solicita dicte auto de vista"), los que no ameritan mayor consideración, por cuanto hacen a los parámetros que, precisamente, han sido utilizados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para determinar el -sancionado- periodo sin movimiento procesal.*

Al presente, con referencia concreta a los descargos documentales que salen de la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, y por el mismo motivo, corresponde ratificar el criterio hecho presente en el numeral 2.2.2.2 supra, en sentido que, una notificación (como las que refieren las diligencias de fechas 6 y 7 de junio de 2011, y, 3 y 5 de agosto de 2011), constituye un acto de comunicación propio y privativo de la administración de justicia, por tanto, es esencialmente oficioso; no obstante, en la práctica forense, como hecho notorio encuadrado en la verdad material que le caracteriza, es frecuente que tal actuación requiera del impulso extraordinario de la parte interesada, determinando que, para el efectivo suceso de una notificación

ordenada por el juez, aún debe la parte insistir al funcionario correspondiente para su cumplimiento.

Aún no fuere así, el cargo está referido a "la paralización injustificada de las actuaciones procesales", y no precisamente a la inactividad aparente de ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *dentro del proceso, debiéndose entender por paralización, la falta de transcurso preclusivo del mismo, que puede ser atribuible a la administración de justicia o a las partes, por lo que debe entenderse que de ser imputable la paralización a la otra parte o al juez, es susceptible de sanción la inexistencia de gestión de reclamo que tienda a superarlo.*

Las actuaciones de fechas 6 y 7 de junio de 2011, y, 3 y 5 de agosto de 2011, importan la existencia de actuaciones procesales válidas a los fines que ha establecido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro de su papel de fiscalizador, de cuya emergencia devino el proceso sancionatorio.

Por tanto, ameritan su consideración cual actuaciones válidas a los fines de desvirtuar o de atenuar la infracción, según lo considere el Ente Regulador, extremo que no ha sucedido, determinando que la prueba cursante en obrados no haya sido correctamente valorada por el mismo, en infracción al artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, y que dice que "Las pruebas serán valoradas ***en su integridad****…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En este caso además, existe una ***constancia expresa****, de que en fecha 5 de de agosto de 2011,* ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *(no el juez ni la otra parte, es decir y en términos que usa el Ente Regulador, "corresponden a actuados o diligencias realizadas por la AFP")* ***proporcionó*** *"los recaudos necesarios de ley para dar curso a su apelación" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Extremos todos estos que, determinando el haberse infringido dentro el proceso la garantía del debido proceso, en su faceta del derecho a la prueba, corresponde anularlo, debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada, motivada y congruente, sobre la generalidad de la prueba producida y sobre su trascendencia dentro del caso de autos.

2.3. PARALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO COACTIVO SOCIAL -PCS- INTERPUESTO CONTRA AEROSUR S.A. (CARGO Nº 2).-

Nuevamente existe aquí, por parte del Recurso Jerárquico, una exposición de alegatos general y abstracta, e incluso teórica (en cuanto trasciende a la Teoría General del Proceso), lo que compele nuevamente, a la relación de las actuaciones previas que hacen, a la conducta sancionada y controvertida.

Así:

- *En fecha 10 de julio de 2012 y mediante nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece que "desde el **11 de abril de 2011** al **07 de diciembre de 2011**, existen **doscientos cuarenta (240) días sin movimiento procesal**, por parte de la AFP**".***

- *En su descargo (nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012) y en lo que interesa, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala, que:*

  *"…En fecha **11 de abril de 2011** el juzgador emite la correspondiente sentencia. Es necesario aclarar que en el juzgado 4to, la sentencia fue emitida en octubre debido a la carga procesal de la Juez, situación que como es de su conocimiento es usual y propio del sistema judicial, asimismo, esta realidad es propia en cada uno de los procesos que se tramitan en juzgado.*

  *Según consta en obrados, a Fs. 21 se logra la obtención del Oficio 833/2011 dirigido a la ASFI de fecha **19 de Octubre de 2011**, mismo que ordena la retención de fondos de las cuentas propias del coactivado.*

  *A Fs. 22 se logra la recepción del Oficio N° 836/2011 de fecha **19 de octubre de 2011**, dirigido a COTAS LTDA., misma que ordena la emisión de certificación sobre las aportaciones a nombre de AEROSUR S.A.*

  *Según consta en obrados, a Fs. 23 se procede a retirar de secretaria de juzgado el Oficio N° 835/2011 de fecha **19 de Octubre de 2011**, dirigido a la Unidad Operativa de Transito (sic) a fin de que se certifique sobre los vehículos propios de la entidad coactivada.*

  *A Fs. 24 se entrega por medio de secretaria (sic), luego de cumplir con la tramitación propia del juzgado, así como dar cumplimiento a las formalidades de ley y recaudos establecidos para la ejecución de tal actuación, el Oficio N° 834/2011 de fecha **19 de octubre de 2011**, dirigido al Juez Registrador de Derechos Reales, sea con la finalidad de certificar sobre los bienes inmuebles registrados a nombre de la empresa deudora.*

  *A Fs. 25, cursa representación de **20 de Octubre de 2011**, emitida por el Oficial de de (sic) diligencia (sic) del Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, estableciendo que se procedió a dejar el aviso judicial, por lo que efectúa la representación de conformidad a lo establecido por el Art. 121 del C.P.C.*

  *Asimismo el Juzgador emite Decreto ordenando la citación por cédula en virtud a la representación emitida por el Oficial de Diligencias, de fecha **21 de octubre de 2011**.*

  *A consecuencia de las gestiones ejecutadas por nuestra parte, a Fs. 26 mediante carta emitida por el Banco de Crédito se informa sobre la Retención de fondos, actuación de fecha **09 de noviembre de 2011**, en ese sentido a fs. 26 vlta, el*

*juzgador emite la Providencia de fecha **06 de diciembre de 2011**, disponiendo la acumulación a sus antecedentes para fines consiguientes de ley.*

*Mediante memorial de fecha **07 de diciembre de 2011**, se procede a adjuntar el informe emitido por COTAS LTDA. de fecha **16 de noviembre de 2011** y Oficio de recepción a Cotas de fecha **31 de octubre de 2011**, mismos que establecen e informan sobre las líneas telefónicas propias registradas a nombre de la empresa coactivada…"*

La serie de extremos señalados, se encuentra documentada por la misma nota.

- *No obstante, la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, concluye de tales pruebas, que:*

  "…fueron realizados (sic) por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, el Oficial de Diligencias, Banco de Crédito BCP y Cotas LTDA., y ninguna de las citadas son actuaciones propias de la AFP, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora…"

  *Seguidamente, además, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros entra en contradicción, cuando no obstante concluir que "La paralización se mantuvo entre el 11 de abril de 2011 al 29 de octubre de 2011", es decir, admitiendo el hecho que importa la existencia del "Oficio 833/2011 dirigido a la ASFI de fecha **19 de Octubre de 2011**, mismo que ordena la retención de fondos de las cuentas propias del coactivado", según se menciona en la nota FUT.APS.AL.1747/2012, al que el Ente Regulador, conforme se ha visto, le atribuye la fecha errada de 29 de octubre de 2011, dato trascendental si se tiene en cuenta el motivo de sanción impuesta.*

Por consiguiente, los alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, no alcanzar a justificar el motivo de la sanción, puesto que ni precisan la infracción a lo que lo mismo ha dado lugar.

Amén de ello, así como las diligencias judiciales, sin embargo de deber ser oficiosas, en la realidad requieren del impulso de la parte interesada, no es menos aún cierto, que la correspondencia judicial (como lo son los oficios y las notas), quedan librados en su tramitación (obtención, remisión y recojo de resultados) a la actuación de la parte interesada, actuaciones que no realiza de oficio el juzgador, siendo legítimamente discutible si debiera mantenerse tal proceder, que necesariamente hace al avance procesal, empero que no va a dilucidarse dentro el presente proceso, por cuanto para el mismo importa, quiérase o no, una verdad material.

Por lo demás, ya se ha mencionado en los supra numerales, la trascendencia que al caso hace, la observancia del debido proceso administrativo, en su faceta del derecho a la prueba, el que ha sido infringido dentro del caso, lo que hace licencioso realizar mayores reiteraciones a ese respecto, para concluir en la necesidad de reponer los obrados mediante el pronunciamiento de la nulidad que al caso se impone.

CONSIDERANDO:

*Que, en función a lo analizado, se concluye que en la sustanciación de los dos cargos por parte del Ente Regulador, el mismo no ha observado debidamente el debido proceso administrativo, en su faceta del derecho a la prueba, además que, en lo que en concreto hace al cargo N° 1, ha generalizado infundadamente el criterio de prescriptibilidad a todas las infracciones que importan el mismo, siendo posible, por ello, una impertinente sanción, en cuanto para la misma pueden haber concurrido atenuantes no consideradas***.**

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo…"

Que, así expuestos los antecedentes, corresponde ahora la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

2. ACTUACIONES PREVIAS A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA.-

Mediante Auto de fecha 31 de octubre de 2013, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** el 6 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispone lo siguiente:

"…***ÚNICO.-*** *Se determina la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, conforme prevén los parágrafos I y II del artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a efectos de que Futuro de Bolivia S.A. AFP remita lo siguiente:*

- *Respecto al* ***Cargo N° 1,*** *la AFP remita documentación de todos los actuados procesales y extraprocesales correspondientes al Proceso Ejecutivo Social, durante el tercer periodo de paralización comprendido entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012.*

- *Respecto al* ***Cargo N° 2,*** *La AFP remita documentación de todos los actuados procesales y extraprocesales correspondientes al Proceso Coactivo Social, durante el periodo de paralización comprendido entre el 11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011…*"

En cumplimiento a ello, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 recepcionada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 20 de noviembre de 2013, remitió documentación complementaria e informó lo siguiente:

"…*Mediante la presente y en atención al auto de 31 de octubre de 2013, en el que determina la apertura de término de prueba de 10 días hábiles administrativos, tenemos a bien establecer y adjuntar lo siguiente:*

1.- *Adjuntamos a la presente, las fotocopias simples de memoriales y actuaciones procesales, mismos que establecen el movimiento procesal pertinente dentro el proceso seguido contra la empresa AEROSUR, desvirtuando el cargo 1 y el cargo 2, en ese sentido ameritara* (sic) *su consideración por ser validas* (sic) *a los fines de desvirtuar la aparente infracción, debiendo valorarse las mismas, sea de conformidad a lo resuelto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013.*

2.- *Asimismo adjuntamos una serie de certificaciones correspondientes a las acefalías de juzgado, mismos* (sic) *que reflejan la realidad de nuestro sistema judicial a la que debemos ajustarnos.*

En ese sentido solicitamos se tenga presente esta documentación y sea valorada como tal a momento de emitirse la Resolución correspondiente, dejando en consecuencia sin efecto la imputación interpuesta…"

Mediante Auto de 2 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros puso a la vista el expediente, con el fin de que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** haga revisión del mismo y, si correspondiere, formule sus alegatos.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, hace presentes los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba se procedió al análisis de naturaleza técnica y jurídica.

Que con respecto a cada uno de los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N°1 (…)

Por lo tanto, en cumplimiento a lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2013 de 10 de octubre de 2013, el Cargo N° 1 (períodos sin movimiento procesal comprendidos entre ***el 30 de octubre de 2007*** *al* ***25 de marzo de 2009*** *y el* ***15 de abril de 2009*** *al* ***13 de octubre 2009****), corresponde levantar los períodos mencionados, en virtud a que los mismos se*

encuentran prescritos al haber transcurrido más de los dos (2) años exigidos por el artículo 79 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

*Respecto al último período de paralización, comprendido entre **el 25 de abril de 2011** al **19 de marzo de 2012**, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2013, no se encuentra prescrito, por no haber transcurrido los dos (2) años que señala la norma, desde el día siguiente del cese de su ocurrencia (20 de marzo de 2012), hasta el inicio del proceso mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, notificada en fecha 08 de agosto de 2012* (…)

*En este sentido, mediante Auto de 31 de octubre de 2013, se instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto al **Cargo N°1**, remita documentación de todos los actuados procesales y extraprocesales correspondientes al Proceso Ejecutivo Social, durante el tercer período de paralización comprendido entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012.*

Mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite a esta Autoridad, entre otra documentación, el Auto de 26 de abril de 2011, en el que el Juez señala "…con el Recurso de Apelación al ejecutado AEROSUR S.A."

Por lo tanto, corresponde tomar en cuenta todos los actuados señalados por el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013 de 10 de octubre de 2013 y remitidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013 a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a fin de evaluar la tramitación diligente de la AFP en relación del Proceso Judicial, los mismos que se detallan a continuación:

- *Recurso de Apelación presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha **25 de abril de 2011.***
- *Auto de **26 de abril de 2011**, en el que el Juez señala "…con el Recurso de Apelación al ejecutado AEROSUR S.A"*
- *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha **06 de junio de 2011**, al Empleador (Formulario N° 9084207).*
- *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha **07 de junio de 2011**, a Futuro de Bolivia S.A. AFP (Formulario N° 9084207).*
- *Memorial presentado por el Empleador en fecha **13 de junio de 2011**, mismo que señala: "Contesta y pide rechazo de petición de retención".*
- *Auto de **16 de junio de 2011**, sobre concesión de apelación.*
- *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha **03 de agosto de 2011**, al Empleador AEROSUR S.A. (Formulario N° 9798824).*
- *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha **05 de agosto de 2011**, a la Administradora (Formulario N° 9798824).*

Por tanto, conforme a la RMJ 068/2013, los actuados citados precedentemente merecen ser considerados, en relación al presente Cargo.

Sin perjuicio a lo citado, corresponde señalar que conforme a las actuaciones remitidas por la AFP mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013, persiste la paralización procesal entre los siguientes actuados:

- *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha **05 de agosto de 2011**, al Empleador (Formulario N° 9798824).*
- *Memorial de **19 de marzo de 2012** presentado por la AFP ante la Sala Social Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz, a través del cual solicita se dicte Auto de Vista.*

  - *Se puede evidenciar que desde* (sic) ***05 de agosto de 2011*** *al* ***19 de marzo de 2012****, existen* ***doscientos veintisiete (227) días sin movimiento procesal*** *alguno en el Proceso Ejecutivo Social, por parte de la AFP."*

*Es importante señalar que mediante Auto de **16 de junio de 2011**, el Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, se pronuncia ante el memorial de Apelación presentado por la AFP el 25 de abril de 2011, disponiendo lo siguiente:*

"… se concede el efecto devolutivo ante el Superior en Grado de la Sala Social y Administrativa, ordenando al efecto se remita testimonio y/o fotocopias legalizadas de las piezas siguientes del expediente:

Fs. 1 a 20,… 387 a 397, las piezas del expediente que las partes consideren pertinentes y presente Auto, ***debiendo proveer el apelante los recaudos para dicha alzada dentro del plazo de ley a partir de su notificación.****" (Las negrillas son nuestras).*

Sin embargo, no existe documentación que demuestre que la AFP hubiese cumplido con la instrucción emanada por la autoridad judicial, evidenciándose la falta de cuidado, debido a que la ausencia de dicha actuación podría ocasionar perjuicio respecto al pronunciamiento de la Sala Social y Administrativa ante la apelación presentada por la Administradora.

*Asimismo, corresponde señalar que mediante memorial de **19 de marzo de 2012** presentado ante la Sala Social y Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz, la misma AFP reconoce los siguientes extremos:*

1. *"…puesto que **el ejecutado adeuda sumas cuantiosas a las AFPs**. (sic) pero en el presente caso, vuestras autoridades se encuentran en poder del expediente signado en esa sala con el No. 269/2011, **ingresado en fecha 24 de abril de 2011, el mismo que a la fecha no ha sido resuelto,** es mas **ni siquiera se encuentra registrado en la tablilla de sorteo de la sala…***

2. *Por lo que a mérito de fundamentos expuestos, y **encontrándose superabundantemente vencido el plazo para dictar resolución en el presente caso**, solicito una vez mas* (sic) *tomar en cuenta los puntos antes descritos y darle*

prioridad, ***"CELERIDAD E INMEDIATEZ"*** *a este tipo de procesos, y se dicte el correspondiente AUTO DE VISTA." (Las negrillas y el subrayado son nuestros).*

En este sentido, la AFP pudo haber presentado el citado memorial de forma oportuna sin esperar que se encuentre el plazo "superabundantemente vencido".

De lo señalado precedentemente se concluye que, la AFP ha incurrido en una falta de cuidado y diligencia en cuanto a la tramitación del proceso, evidenciándose inclusive en la documentación que se tiene recientemente presentada, la paralización del Proceso Ejecutivo Social, ahora entre el ***05 de agosto de 2011*** *al* ***19 de marzo de 2012****, por parte de la Administradora.*

La falta de diligencia y cuidado de la AFP se refleja en no haber ejercido ninguna presión para lograr el pronunciamiento oportuno del Tribunal de Alzada, sobre la apelación, con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de los trabajadores.

Asimismo, se hace notar que la Administradora actuó en contrario a lo determinado por el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, en virtud a que no realizó las actuaciones procesales correspondientes ocasionando la paralización del Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de largo plazo.

Por otro lado, la Administradora manifiesta que: "…mal puede su autoridad atribuimos (sic) una demora en el movimiento procesal y peor aun (sic) *pretender establecer una multa por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones pero aun atribuirnos responsabilidades por la mala práctica de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionario (sic) públicos y a la mala organización del Poder Judicial.."*

Al respecto, es importante recordar a la AFP que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS al ser una institución pública dependiente del Estado Plurinacional de Bolivia tiene pleno conocimiento de la organización y funcionamiento del sistema judicial boliviano, por lo cual la Administradora no puede argumentar supuesto desconocimiento por parte de esta Autoridad sobre cómo opera el Órgano Jurisdiccional boliviano; y recordarle asimismo, que la AFP como parte activa del proceso tiene el derecho y la obligación, en favor de sus Asegurados a los cuales representa, de utilizar todos los mecanismos que la ley le franquea para obtener lo que por derecho le corresponde y no delegar su obligación a terceros.

En este sentido, al evidenciarse supuesto retraso por parte de cualquiera de las autoridades jurisdiccionales en cuanto a la emisión de sus resoluciones, la AFP reiterando su calidad de parte activa en el PES, debió recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, mismo que podría

plasmarse dentro del proceso y podrá ser considerado como justificativo ante un retardo en la tramitación del PES.

Por otro lado, en cuánto al monto de la sanción impuesto al Cargo N°1 mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°992-2012 de 26 de diciembre de 2012 (ahora anulada), la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, señala:

> *"Lo anterior además conllevaría, que si al suceso de las tres infracciones, les ha correspondido la sanción que señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°992-2012 de 26 de diciembre de 2012:*
>
> > *"…En relación al Cargo N°1 con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997…"*
>
> *Entonces, por la comisión de una sola, le debiera corresponder una sanción inferior,* ***salvo opinión contrario del Ente Regulador****, en uno u otro caso, expresamente fundamentada.". (Las negrillas son nuestras).*

En virtud a lo señalado líneas arriba, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

En el Cargo N°1, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°992-2012 de 26 de diciembre de 2012 (ahora anulada), ha sancionado la paralización de tres (3) períodos comprendidos entre el 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 15 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, por un monto en bolivianos equivalente a $us3.000 (Tres Mil Dólares Americanos).

Posteriormente, de los argumentos presentados por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante la RMJ 068/2013, para el presente Cargo, se prevé levantar la sanción por los dos (2) primeros períodos de paralización, por considerar que los mismos se encuentran prescritos.

En cuanto al tercer período comprendido entre ***el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012****, la Administradora remitió a esta Autoridad nuevas actuaciones procesales presentadas en el PES, por lo que el Ente Regulador habiendo analizado dicha documentación, ha reducido el período de paralización procesal desde* ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****, sin embargo dichas actuaciones no fueron suficientes para desvirtuar la conducta antijurídica de la falta de movimiento procesal, misma que más allá de los períodos de paralización procesal, es la esencia del Cargo imputado, en ese sentido la paralización en el PES se mantiene.*

Por lo que respecto al monto de la sanción a imponer en la presente Resolución Administrativa para el Cargo N°1, esta Autoridad realiza el siguiente análisis en aplicación del punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de

septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, ha considerado lo siguiente:

> *"Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Esta Autoridad ha verificado el cumplimiento de los parámetros señalados, los cuales se detallan a continuación:

a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como falta o infracción en la norma aplicable.

En el presente Cargo, se sanciona a la Administradora debido a que su conducta negligente en la tramitación del PES, incumplió los artículos 23 y 31 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, debido a que la AFP no ha actuado como un buen padre de familia en la tramitación continua y diligente del Proceso Ejecutivo Social.

b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado, respecto de las actuaciones señalas por la RMJ 068/2013 y la documentación remitida por la Administradora.

Del Proceso Ejecutivo Social, esta Autoridad consideró tanto las actuaciones procesales señaladas por la RMJ 068/2013, así como las nuevas actuaciones remitidas por la AFP, por lo que se ha identificado el período de paralización procesal comprendido entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****. Siendo evidente la paralización del PES por más de* ***doscientos veintisiete (227) días.***

c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida.

La Administradora como representante de los Asegurados, tiene la obligación de dar inicio y efectuar una tramitación diligente y continua respecto al presente Proceso Ejecutivo Social, con el fin de perseguir la recuperación de los aportes en mora por parte del Empleador.

Por lo que la AFP, tenía la obligación de actuar como un buen padre de familia en la tramitación del proceso, en cuanto a la presentación de sus actuaciones procesales, en el seguimiento a la emisión de las actuaciones judiciales o las actuaciones procesales presentadas por la parte demandada. Sin embargo la Administradora en el presente Cargo (tercer período), no ha observado las reglas de un buen padre de familia.

Cabe señalar, que la AFP teniendo conocimiento de su obligación y su responsabilidad en actuar como un buen padre de familia en la tramitación del PES, debe cumplir con lo establecido previamente en la Normativa de Pensiones (Ley N°1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 29 de noviembre de 1996).

Por lo expuesto, esta Autoridad sanciona la conducta negligente de la Administradora al haber infringido la Normativa de Pensiones señalada, sin que para ello sea necesario tomar en cuenta en cuantos períodos de tiempo no dio un impulso procesal a la tramitación del PES.

a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración.

La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, mantuvo una paralización procesal comprendido ahora entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012.***

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

El daño y el perjuicio causado se mantienen, considerando que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el proceso; debido a que la Administradora incurrió en la inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, produciendo ***una consecuencia mayor****, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de un proceso social, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP,* ***ya que al no estar en movimiento el proceso señalado en el Cargo N°1, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.***

c) La reincidencia en la comisión.

Cabe señalar que existe reincidencia en la conducta de la AFP, pues como antecedente, es necesario mencionar que Futuro de Bolivia S.A. AFP anteriormente fue sancionada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°136/2012 de 01 de marzo de 2012 con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (Tres Mil Dólares

Americanos), para el Cargo N°2, por la falta de movimiento procesal del período comprendido entre el 04 de noviembre de 2010 al 19 de abril de 2011, por lo que se evidencia que existieron ciento sesenta y seis (166) días sin movimiento procesal diligente, por parte de la AFP; determinación confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°343-2012 de 24 de mayo de 2012 y ratificada con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2012 de 23 de octubre de 2012 emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Por lo que, esta Autoridad respecto a la conducta negligente de la Administradora en cuanto a la falta de diligencia en la tramitación del PES para el presente Cargo, toma nota de lo que se tiene resuelto por la RMJ N°068/2013, para el presente Cargo como precedente obligatorio.

En conclusión, esta Autoridad mediante la presente Resolución Administrativa sanciona el Cargo N°1, debido a que la Administradora como representante de los Asegurados, no actuó como un buen padre de familia, por la falta de movimiento procesal, ocasionando que en el proceso existiera un período de tiempo de paralización.

Por tanto, de los argumentos establecidos mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, la nueva documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y el análisis integral efectuado por esta Autoridad, se evidencia que continúa latente la paralización procesal comprendida ahora entre el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012, por lo que el monto de la sanción se ratifica.

AL CARGO N° 2 (…)

*…mediante Auto de 31 de octubre de 2013, se instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto al **Cargo N° 2**, la remisión de documentación de todos los actuados procesales y extraprocesales correspondientes al Proceso Coactivo Social, durante el tercer período de paralización comprendido entre **11 de abril de 2011** al **07 de diciembre de 2011.***

Mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite a esta Autoridad, entre otra documentación, la siguiente:

- *Memorial de 05 de diciembre de 2011, mediante el cual Futuro de Bolivia S.A. AFP adjunta informe de COTAS.*
- *Decreto de 08 de diciembre de 2011, señalando que se tiene por adjuntado el citado memorial.*

Por lo tanto, corresponde tomar en cuenta todos los actuados señalados por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013 y la última documentación remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, a fin de evaluar la tramitación diligente de la AFP dentro del Proceso Coactivo Social, los mismos que se detallan a continuación:

- *Sentencia de **11 de abril de 2011** emitida por el Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social**.***
- *Oficio N° 833/2011 de **19 de octubre de 2011**, mismo que ordena a la ASFI la retención de fondos de las cuentas propias del coactivado.*
- *Oficio N° 836/2011 de **19 de octubre de 2011**, dirigido a COTAS LTDA., mismo que ordena la emisión de certificación sobre las aportaciones a nombre de AEROSUR S.A.*
- *Oficio N° 835/2011 de **19 de octubre de 2011**, dirigido a la Unidad Operativa de Tránsito a fin de que se certifique sobre los vehículos propios de la entidad coactivada.*
- *Oficio N° 834/2011 de **19 de octubre de 2011**, dirigido al Juez Registrador de Derechos Reales, con la finalidad de certificar sobre los bienes inmuebles registrados a nombre del Empleador.*
- *Representación de **20 de octubre de 2011**, emitida por el Oficial de Diligencias del Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, estableciendo que se procedió a dejar el aviso judicial.*
- *Decreto de **21 de octubre de 2011**, ordenando la citación por cédula en virtud a la representación emitida por el Oficial de Diligencias.*
- *Oficio de recepción a Cotas de fecha **31 de octubre de 2011**.*
- *Carta emitida por el Banco de Crédito de **09 de noviembre de 2011**, misma que se informa sobre la Retención de fondos.*
- *Informe emitido por COTAS LTDA. de fecha **16 de noviembre de 2011**.*
- *Memorial de **05 de diciembre de 2011**, mediante el cual Futuro de Bolivia S.A. AFP adjunta informe de COTAS.*
- *Decreto de **06 de diciembre de 2011**, disponiendo la acumulación a sus antecedentes.*
- *Memorial de **07 de diciembre de 2011**, se procede o adjuntar el informe emitido por COTAS LTDA. de fecha 16 de noviembre de 2011 y Oficio de recepción a Cotas de fecha 31 de octubre de 2011.*
- *Decreto de **08 de diciembre de 2011**, señalando que se tiene por adjuntado el citado memorial*

Por tanto, conforme a lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica, ameritan su consideración cual actuaciones válidas en relación al cargo imputado.

Sin perjuicio a lo citado, corresponde señalar que conforme a las últimas actuaciones remitidas por la AFP, persiste la paralización procesal entre los siguientes actuados:

- *Sentencia de **11 de abril de 2011,** emitida por el Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social**.***
- *Oficio N°833/2011 de **19 de octubre de 2011**, mismo que ordena a la ASFI la retención de fondos de las cuentas propias del Empleador.*
  - *Se puede evidenciar que desde **11 de abril de 2011** al **19 de octubre de 2011**, existen aún **ciento noventa y uno (191) días sin movimiento procesal** alguno en el PCS, por parte de la AFP."*

Por lo expuesto, se demuestra que no existió diligencia, ni continuidad de la tramitación del Proceso Coactivo Social, por parte de la AFP, durante el período comprendido entre

11 de abril de 2011 *al* ***19 de octubre de 2011****. Lo que determina que la Administradora ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro. Por lo que no existió continuidad en el proceso, demorándolo y ocasionando perjuicio al Asegurado.*

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador, con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de los trabajadores, lo que llevó a que el PES (sic, debió decir *PCS*) *se prolongue superabundantemente en el tiempo.*

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes, paralizando el Proceso Coactivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso.

Por otro lado, de los descargos presentados por la AFP, para el Cargo N°2, y de los lineamientos establecidos por la RMJ 068/2013, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°935-2012 de 4 de diciembre de 2012, se ha sancionado el presente Cargo por la paralización del período comprendido entre ***el 11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011****. Sin embargo, siguiendo los lineamientos de la RMJ 068/2013, han sido valoradas todas las actuaciones procesales presentadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP y el resto de las partes y terceros involucrados en dicho proceso judicial, valga decir el Juez, la parte contraria, el Oficial de Diligencias, terceros, etc; durante este período, por lo que si bien de las mismas se evidencia la reducción del período de falta de movimiento procesal, paralización comprendida entre* ***el 11 de abril de 2011 al 19 de octubre de 2011****, pero se deja en claro que la conducta no ha variado en nada.*

Cabe señalar que es fundamental para la AFP otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, en vista que la parte demandante cuenta con un Título Coactivo de una obligación líquida y exigible, siendo que el Proceso Coactivo Social (PCS) es un proceso sumario por lo que debería tramitarse con la mayor celeridad posible, precautelando los derechos de los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones.

De la misma forma, la Administradora argumenta lo siguiente: "…En ese sentido el Art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: ***el demandante, el demandado y EL JUEZ…****"*

Si bien como se menciona precedentemente, la existencia de sujetos procesales independientes a la parte demandante es afirmativa, sin embargo aún (sic) *siendo valoradas las actuaciones de todas las partes intervinientes del proceso, sus actuaciones no fueron suficientes para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la AFP, al no haber otorgado el impulso procesal necesario para llevar una tramitación diligente del Proceso Coactivo Social. En este sentido la Administradora como representante de los Asegurados, no ha cumplido las reglas de buen padre de familia, debido a que no*

ha podido justificar su negligencia y falta de diligencia incurrida en la paralización procesal del período comprendido entre el 11 de abril de 2011 al 19 de octubre de 2011.

Por tanto, los argumentos establecidos mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, y la nueva documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, (sic) *esta Autoridad ha realizado un nuevo análisis integral del caso para el presente Cargo por lo que no se ha desvirtuado el período de paralización del PES* (sic, debió decir *PCS*).

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable***, b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1.

En lo que respecta a la proporcionalidad, corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa señalada, en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque no existió un movimiento procesal diligente en el PES por parte de la AFP, entre el 05 de agosto de 2011 hasta el 19 de marzo de 2012, debido a que la AFP habiendo presentado actuaciones procesales respecto al período de paralización procesal, no fueron suficiente* (sic) *para desvirtuarlo, debido a que la falta de movimiento procesal se mantiene y por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado;* ***c)*** *Los descargos presentados por la AFP respecto al PCS correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, sin embargo los mismos no fueron suficientes para levantar la infracción cometida.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte de la Administradora, debido a que a partir de la notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha 05 de agosto de 2011, la AFP no mantuvo un movimiento procesal diligente, debido a que recién el 19 de marzo de 2012 presentó ante la Sala Social y Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz, solicitando dicte Auto de Vista, por lo que se evidencia una falta de movimiento procesal diligente en el PES,* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES por lo que retraso la recuperación de las Contribuciones.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, porque provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2.

En lo que respecta a la proporcionalidad, corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque no existió un movimiento procesal diligente en el PCS por parte de la AFP, entre el 11 de abril de 2011 hasta el 19 de octubre de 2011, debido a que la AFP habiendo presentado actuaciones procesales respecto al período de paralización procesal, no fueron*

suficiente para desvirtuarlo, debido a que la falta de movimiento procesal se mantiene y por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado; ***c)*** *Los descargos presentados por la AFP respecto al PCS correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, sin embargo los mismos no fueron suficientes para levantar la infracción cometida.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte de la Administradora, siendo que la sentencia fue emitida por el Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social en fecha 11 de abril de 2011, recién el Oficial de Diligencias presentó el Oficio N°833/2011 de 19 de octubre de 2011 a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), por lo que se evidencia que la AFP no actuó dándole el impulso necesario a la tramitación del proceso, por lo que se evidencia una falta de movimiento procesal de un acto a otro,* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PCS por lo que retraso la recuperación de las Contribuciones.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES (sic, debió decir *PCS*)*; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, porque provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

En mérito al fundamento anterior, el Ente Regulador resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

a) En relación al ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por el tercer período de paralización procesal.*

Asimismo, se levanta el Cargo para el primer y segundo períodos de paralización procesal.

b) En relación al ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, por el período de paralización procesal.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargos en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 19 de febrero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, con los siguientes argumentos:

"…***II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:***

El artículo 45, parágrafo VI de nuestra Constitución Política del Estado prescribe textualmente que: "Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados", precepto normativo por el cual la gestión y administración del régimen de Seguridad Social para a ser tutelada exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia. Ahora bien, como consecuencia jurídica del mandato constitucional anotado previamente, se promulgó la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la cual a efectos de no contradecir el mandato constitucional; y, en tanto se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social, ha instituido a través de su artículo 177, un periodo de administración transitoria bajo el único instrumento legal permisible, cual es el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la ex SPVS con las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Marco de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria; por el cual, las AFP asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social; toda vez que la Constitución Política del Estado no permitiría la suscripción de una adenda o de un nuevo contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Lo anterior no significa que el artículo 177 de la Ley N°065, determine la vigencia de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria, por el simple hecho de determinar la continuidad de servicios en cuanto a las obligaciones asumidas mediante el Contrato de prestación de Servicios suscrito en el marco de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996.

Para tener una idea clara, nos permitimos referir que la doctrina es uniforme al señalar que ***la ley es de naturaleza histórica, por lo que tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica****; en consecuencia el inicio de la vigencia de la ley está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar qué ésta inicia su vigencia en la fecha de su publicación; y en cuanto a la Irretroactividad de la ley: el principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado señala que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".*

*Con las anotaciones constitucionales es importante traer a colación a su Autoridad lo expresado por imperio de la propia Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…****abroga la Ley N°1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y*

todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", debiendo entenderse cabalmente que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N°1732 ha sido formulada de forma expresa y además con carácter especial y general, pues no solo cita la Ley N°1732, sino que además hace referencia a "todas las disposiciones contrarias a la presente ley". Por ello y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material su Autoridad fácilmente podrá colegir que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N°24469 de 27 de enero de 1997 no se encuentra vigente; por lo que su Autoridad no ha fundamentado de qué manera se aplicaría para al cargo N°2 del presente caso "…el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulador para la imposición de sanciones"; dado que lo que se pretende en el presente caso es sancionar una infracción que corresponde a la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010.

Es importante señalar que no se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la misma que ha sido reconocida en nuestro diario accionar y más aún en nuestra nota de descargo FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012 al señalar que "De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones (sic)*, entre las funciones a atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de "**Fiscalizar, supervisar, regular controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otros entidades bajo su jurisdicción, **de acuerdo a la presente Ley**, Ley de Seguros **y los reglamentos correspondientes**"; sino por el contrario, lo que insistimos es que no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo –asumidas transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.*

Todo lo anterior importa una franca vulneración al principio de legalidad establecido en el artículo 72 de la Ley N°2341 de procedimiento (sic) *Administrativo por el cual se establece que "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables; más aun* (sic) *si consideramos el entendimiento que se tiene sobre el particular en el libro "Principios de Derecho Administrativo" (Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera - Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros), cuya cita textual señala "En tal sentido y con tales fundamentos, queda establecido que no es licito tipificar o imponer sancione* (sic)*, si éstas no están lo suficientemente delimitadas por una norma previa; de ésta forma las sanciones administrativas requieren en ese derecho, de una norma anterior las prevea expresamente". Y es esa norma previa -**reglamento sancionador de la Ley N°065**-, la que se extraña en el presente procedimiento administrativo.*

III. CON RELACIÓN AL CARGO N°1:

Toda vez que en apego a los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de fecha 10 de octubre de 2013, su Autoridad ha levantado los cargos por los periodos comprendidos entre ***el 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009 y el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009****, por haber operado evidentemente la prescripción, nos remitimos en el caso de Autos,* ***al periodo comprendido entre el 25 de abril de 2011 y el 19 de marzo de 2012****, expresando lo siguiente:*

1. ***Vulneración del principio de congruencia.-*** *El regulador no ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004, mediante la cual se expresa que: "El acto administrativo debe encontrase* (sic) *acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración,* ***deben ser claras precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición****, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras).*

   Tal lo (sic) *como se estableció en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No 068/2013 de 10 de octubre, los actuados procesales de fechas 6 y 7 de junio de 2011; y del 3 y 5 de agosto de 2011 "…importan la existencia de actuaciones procesales válidas a los fines que ha establecido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro de su papel de fiscalizador…*

   Por tanto, ameritan su consideración cual actuaciones válidas a los fines de desvirtuar o de atenuar la infracción…".

   Sin embargo de ello su Autoridad ha señalado en los considerandos de la ahora recurrida resolución (sic) *Administrativa APS/DJ/DPC/N°1196-2013 que nuestra Administradora no habría dado cumplimiento al Auto de 16 de junio de 2011, por el cual, él Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, concede la apelación en efecto devolutivo debiendo para ello proveerse los recaudos, al expresar que: "Sin embargo, no existe documentación que demuestre que la AFP hubiese cumplido con la instrucción emanada por la autoridad judicial evidenciándose la falta de cuidado, debido a que la ausencia de dicha actuación podría ocasionar perjuicio respecto al pronunciamiento de la Sala Social Administrativa ante la Apelación presentada por la Administradora". Esta afirmación que se torna incoherente a los efectos de justificar una paralización el* (sic) *proceso y por ende falta de cuidado exigible; ya que de las documentales que cursan en el expediente y como bien lo expresó la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/SIREFI/URJ-SIREFI No 068/2013 de 10 de octubre, "En este caso además, existe una constancia expresa, de que en fecha 05 de agosto de 2011,* ***FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANONIMA*** (sic) ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *(no el juez ni la otra parte, es decir y en términos que usa el Ente Regulador, "corresponde a actuados o diligencias realizadas por la AFP") proporcionó "los recaudos necesarios de ley para dar curso a su apelación". Por lo que su Autoridad a* (sic) *hecho caso omiso a la obligación que se le ha impuesto*

mediante la aludida resolución (sic) *Ministerial Jerárquica de "pronunciarse de manera fundamentada, motivada y congruente, sobre la generalidad de la prueba producida y sobre su trascendencia dentro del caso de autos" (las negrillas son nuestras)*

2. ***Vulneración al principio de verdad material.-*** *Éste principio establecido por el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo según el libro "Principio de Derecho Administrativo" (Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera – Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros) "…sugiere que para la aplicación de la verdad material se llega por exclusión de lo que se entiende por verdad formal que rija en el procedimiento civil…*

   Entonces, en el sentido opuesto y propuesto por la norma, el administrador es un investigador de la verdad y, por tanto, no limita su conocimiento sólo a la prueba que hubieran ofrecido y producido los Administrados, sino que lo extiende además a su propia averiguación e investigación oficiosa".

   Bajo ese contexto, es importante señalar que una vez concedida la apelación y provisto los recaudos de ley, el expediente es remitido a la Sala Social Administrativa que corresponda, donde una vez ingresado el expediente, entra a sorteo para la designación de un vocal relator; para luego emitirse el Auto de Vista correspondiente. Sin embargo, a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, no se puede desconocer que las acefalias y excesiva carga procesal en los juzgados, se ve reflejada en retrasos no atribuibles a nuestra administradora, bastara para ello acudir a cualquier Sala Social Administrativa y hacer seguimiento en los libros diarios a cualquier causa, desde su ingreso, sorteo, hasta la emisión del Auto de Vista; por lo que no es evidente la aseveración de su Autoridad cuando expresa que "Del proceso (sic) *Ejecutivo social* (sic)*, esta autoridad considero* (sic) *tanto las actuaciones remitidas por la AFP,* ***por lo que se ha identificado el periodo de paralización procesal comprendido entre el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****, siendo evidente la paralización del PES por más de doscientos veintisiete (227) días" (las negrillas y subrayado son nuestras)*

   En ese sentido, mal puede su Autoridad atribuirnos una demora en el movimiento procesal y peor aun (sic) *pretender establecer una multa por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones peor aun* (sic) *atribuirnos responsabilidades por la excesiva carga procesal de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que las partes (demandantes y demandados) nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionario* (sic) *públicos y a la mala organización del Poder Judicial, mismas que pueden ser corroborada* (sic) *por su institución en los estrados judiciales; ya que como es de su conocimiento, y ya cito* (sic) *supra; una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumplimiento de los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, aguardar el sorteo a una de las Salas a fin de que se radique la causa, estas gestiones internas y extrajudiciales tuvieron que ser cumplidas y*

aguardadas, a fin de que nuestra apelación sea viable. Ahora bien, tal cual cursa del memorial presentado a la Sala Social Administrativa, nuestra parte solicita la dictación del Auto de Vista correspondiente, ejecutando los respectivos reclamos, en sentido de que ni en tablilla de sorteo se encontraría el expediente, solicitando finalmente y encontrándose superabundantemente vencido el plazo para dictar resolución, emita el auto de vista respectivo.

3. ***Vulneración del principio de proporcionalidad.-*** *Éste principio establecido por el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo según el libro "Principios de Derecho Administrativo" (Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera – Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros) "…pregona la necesidad de que exista equilibrio o modulación del poder punitivo del estado* (sic)*, exigiéndole a éste que la imposición de las sanciones no sean arbitrarias, sino justas y equivalentes, guardando relación con las circunstancias objetivos y subjetivos que hacen a la infracción que se sanciona".*

   En el caso de Autos y pese a la desestimación de cargos por la prescripción administrativa en los que a dos periodos de paralización procesal refiere, y además en atención a la propia dinámica y plazos en los que se sustancian las apelaciones en los Tribunales Departamentales de Justicia, -por el tercer período de supuesta paralización procesal- en franca vulneración al debió proceso ha mantenido una sanción de $us.3,000.00.

Por los argumentos supra citados, es evidente que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, no ha (sic) *cumple con la debida fundamentación, motivación y congruencia dispuesta por la autoridad jerárquica limitándose a aseverar que: "En cuanto al tercer periodo comprendido entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, la Administradora remitió a esta autoridad* (sic) *nuevas actuaciones procesales presentadas en el PES, por lo que el Ente Regulador habiendo analizado dicha documentación, ha reducido el periodo de paralización procesal desde el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012, sin embargo dichas actuaciones no fueron suficientes para desvirtuar la conducta antijurídica de la falta de movimiento procesal…";*

VI. CON RELACIÓN AL CARGO N°2.-

Nuevamente debemos lamentar la falta de apreciación y valoración a cada gestión obtenida por nuestra parte, por lo que ante esta falla de objetividad en la apreciación, es preciso nuevamente reiterar algunos conceptos y teorías procesales.

El procesalista Leo Rosemberg[1] en su Tratado de Derecho Procesal Civil", establece que las partes en el proceso son aquellas personas que solicitan o contra las que se solicita en nombre propio, la tutela jurídica estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzada".

([1] *Leo Rosemberg "Tratado de Derecho Procesal Civil"*)

Por lo dicho, son partes, los sujetos que en esa calidad participan en el proceso con abstracción de la ausencia o no de legitimación para obrar o para contradecir en el litigio. Por eso en el proceso no hay partes materiales y formales, sino únicamente, el requisito de ser o no parte procesal.

Asimismo es necesario ilustrar, sobre la situación procesal de las partes, en ese entendido, primeramente, la Posición Doble de las Partes, denominada también como "principio de dualidad de las partes", estableciendo que en todo proceso aparecen las partes en dos posiciones, exactamente en dos, de manera que no puede haber proceso sin parte, o con una parte.

En ese mismo sentido, y ante el posible desconocimiento que seguramente intentara su institución sobre instituciones propias del procedimiento, nos permitimos reiterar y refrescar conceptos que seguramente se pretenderá ignorar.

En ese sentido el Art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: ***el demandante, el demandado y EL JUEZ****. En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los propios principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad,* ***dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el Art. 202 y SS. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes,*** *conceptos que seguramente no serán tomados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera,* ***que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgados y los funcionarios del juzgado.***

Reiteramos el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico[2].

([2] Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio)

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calmendrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a

estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en ***órgano judicial (JUEZ)*** *con potestad jurisdiccional,* ***y en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO)****. Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).*

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses – distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei[3] establece: "Estas personas que colaboraron en el proceso (los sujetos del proceso) , son al menos tres: EL ORGANO (sic) *JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide providencia (actor en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquellas frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de ejecución) y aquello frente a la cual la providencia se pide (demandando en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)…"*

(*[3] Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil"*)

En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado en la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene (sic) *facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS,* (sic) *En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.*

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general. En ese entendido, nuestras gestiones propias de una tramitación

dentro de un proceso judicial, son correctas eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art. 29, inc. 12 de la Ley N°025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, ***más aun si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.***

Asimismo debe considerarse a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, cuál el objetivo para presentar memoriales y efectuar denuncias por retrasos procesales, planteándonos una pregunta lógica ¿qué ocurriría si por presentar memoriales sin fundamento, cada día, sin una estrategia procesal que procuren un fallo favorable, la sentencia sea declarada improbada?, en el sentido de que cada proceso merece un tratamiento procesal diferente a fin de lograr la obtención de lo adeudado, sin pretender llenar el expediente de actuaciones, ni memoriales inertes que perjudiquen el desarrollo procesal, yendo inclusive contra el principio de economía procesal y buena fe.

Como se apreciara (sic) *estas actuaciones, que no son valoradas por su institución, son consecuencia de las gestiones solicitadas por nuestra parte, de lo contrario, sin estas, estaríamos con una causa paralizada desde la demanda, lo que no ocurre en el presente caso.*

Finalmente por lo manifestado, solicitamos se desestime los cargos imputados, por no poseer argumentos eficaces que otorguen un aparente incumplimiento a la tramitación procesal…"

5. RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 215-2014 DE 21 DE MARZO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 215-2014 de 21 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, con los argumentos siguientes:

"*…De acuerdo a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:*

El artículo 232 de la Constitución Política del Estado, establece como uno de los principios que rigen el ejercicio de la Administración Pública en Bolivia, el Principio de Legalidad, en ese sentido el artículo 4° de la Ley N°2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo, señala entre uno de los Principios de la Actividad

Administrativa, que "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,…".

Cabe señalar que el Principio de Legalidad significa que, los actos y comportamientos de la Administración, deben estar justificados en una ley previa, que ha de ser de carácter general, cuando se trate del sometimiento en primer lugar a la Constitución, y en particular respecto al resto del ordenamiento jurídico y a las normas reglamentarias emanadas de la propia Administración, lo que se conoce como el bloque de la legalidad. Aspecto cumplido por esta Autoridad al enmarcar su actuar en la norma vigente.

Asimismo el artículo 48 de la Constitución Política del Estado, señala: "Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio". Por lo que la AFP manifiesta y acepta en sus argumentos, que la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, otorgó a las Administradoras las facultades y las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social, mientras dure el período de transición. Por lo tanto, la obligación que tiene la AFP de cumplir este precepto, con el fin de salvaguardar los derechos de los Asegurados, no se discute.

Al respecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2012 de 24 de agosto de 2012 establece:

> *"Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica son:*
>
> *"…**1.1 De la Competencia de la Autoridad Fiscalizadora.-***
>
> *"…Por lo que, importa traer a colación el precedente ya sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, sobre el tema en contrato, señalando lo siguiente:*
>
>> *"**Alcance de la Competencia de la SPVS para supervisar los Procesos Ejecutivos Sociales.***
>>
>> *La Ley ha conferido a la SPVS las más amplias facultades y potestades administrativas en lo que respecta al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, otorgándole atribuciones para velar por la seguridad, solvencia, liquidez rentabilidad en las actividades relacionadas con los fondos de pensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones. Dentro de ese contexto, el Artículo 23 de la Ley de Pensiones regula los aspectos relativos al proceso ejecutivo social como mecanismo jurisdiccional para la recuperación o cobro de cotizaciones, primas, comisiones intereses y recargos adeudados a las AFP, señalando que la sustanciación del proceso ejecutivo social se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.*
>>
>> *"En tal sentido, siendo el proceso ejecutivo social la vía jurisdiccional idónea para la recuperación de aportes al SSO de largo plazo, las AFP, en su condición de*

representantes de los afiliados, se encuentran obligadas a llevar dicho proceso con diligencia y responsabilidad para tratar de asegurar la recuperación de los dineros que, en definitiva, servirán para el financiamiento de las distintas prestaciones establecidas en la Ley de Pensiones que, se reitera, serán para el entero beneficio de los Afiliados o sus derechohabientes, aspecto que permitirá la preservación y defensa del capital humano y del derecho a la seguridad social.

En ese ámbito, la SPVS tiene la facultad y competencia para supervisar y controlar la oportunidad y diligencia que ejercitan las AFP´s en la tramitación de los procesos ejecutivos llevados a cabo por las AFP´s, precisamente para cumplir el objetivo contenido en los Artículos 1° y 47 de la Ley de Pensiones…"

Tal como señala la AFP, en sujeción a la Constitución Política del Estado, se promulgó la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la cual en su artículo 177 señala: ***"Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos*** (sic) ***con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria****, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo,* ***mientras dure el periodo de transición****…" (Las negrillas son nuestras).*

La citada Ley, determina que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de cumplir con las normas señaladas en el artículo 177 de la misma, durante el período de transición, debido a que posterior a este período, la Gestora Pública se hará responsable de su cumplimiento.

Por lo que la Administradora a la fecha y dentro del período de transición tiene la obligación de dar cumplimiento al Contrato, la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996, sus Decretos Supremos y demás disposiciones y normativa específica reglamentaria.

Respecto a la irretroactividad al (sic) *cual hace alusión la Administradora, el artículo 123 de la Constitución Política del Estado señala: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores".*

*En ese sentido, si bien el principio de irretroactividad garantiza derechos; sin embargo, la AFP debe entender que conforme al artículo 177 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones (****vigente****) se establece la continuidad que deben dar las Administradoras de Fondos de Pensiones en cuanto a la aplicación y el cumplimiento del Contrato, la Ley N°1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y el Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, mientras dure el período de transición, en particular en lo que hace al régimen de sanciones.*

Finalmente, Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso de Revocatoria señala que la sanción impuesta respecto al Cargo N°2 sancionado mediante la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/N°1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, no cumple con el Principio de Legalidad y mucho menos con lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en virtud a que su sanción a (sic) *sido impuesta en base al régimen sancionador establecido en el Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, mismo que al entender del regulado, no se encuentra vigente, al momento de que esta Autoridad sanciona conductas que se encuentren reguladas por la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.*

Al respecto, nos sobrecartamos realizado en el análisis anterior.

Asimismo, la AFP no puede refutar su falta de diligencia, con solo manifestar que la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996, el Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 y demás disposiciones están abrogadas, ya que afirmar este hecho pone en peligro el restablecimiento de los aportes como derechos irrenunciables de los Asegurados.

AL CARGO N° 1: (…)

Que en función a los argumentos presentados por la AFP para el Cargo N°1, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente:

1. ***Vulneración al principio de congruencia:***

   Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta en su Recurso de Revocatoria, que el Cargo N°1 carece de congruencia, debido a que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, señala que la AFP no dio cumplimiento al Auto de 16 de junio de 2011, emitido por el Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, por el cual concede la apelación en efecto devolutivo y solicita los recaudos necesarios de ley al regulado, en virtud a que no existe documentación que responda a dicha solicitud emitida por la autoridad judicial.

   Al respecto el regulado señala que, de la documentación cursante en el expediente del PES y la citada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No 068/2013 de 10 de octubre de 2013, existiría un actuado presentado por la AFP, el cual sería un memorial presentado el 05 de agosto de 2011, por el que se proporcionaron los recaudos de ley solicitados por el Juez, y que esta Autoridad no ha tomado en cuenta al momento de sancionar a la Administradora.

   De lo señalado por la Administradora, es primordial hacer mención al Principio de Congruencia, expresado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 que dice:

   > "…***principio de congruencia*** *que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,* ***debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final****". (Negrillas y subrayado insertados* (sic) *en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa".

Esta Autoridad señala que se han tomado en cuenta las actuaciones remitidas mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013 y las actuaciones señaladas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No 068/2013 de 10 de octubre de 2013, las cuales citamos a continuación:

1) *Memorial presentado por el Empleador en fecha 13 de junio de 2011, mismo que señala: "Contesta y pide rechazo de petición de retención".*
2) *Auto de **16 de junio de 2011**, sobre concesión de apelación.*
3) *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha 03 de agosto de 2011, al Empleador AEROSUR S.A. (Formulario N° 9798824)*
4) *Notificación realizada por el Oficial de Diligencias en fecha **05 de agosto de 2011**, a la Administradora (Formulario N° 9798824).*
5) *Memorial de **19 de marzo de 2012** presentado por la AFP ante la Sala Social Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz, a través del cual solicita se dicte Auto de Vista.*
   - *Se puede evidenciar que desde **05 de agosto de 2011** al **19 de marzo de 2012**, existen **doscientos veintisiete (227) días sin movimiento procesal** alguno en el Proceso Ejecutivo Social, por parte de la AFP.*

*De las citadas actuaciones, se evidencia que la AFP ha presentado un argumento contradictorio a la documentación cursante en el expediente del PES; debido a que el regulado manifiesta haber dado respuesta al Auto de 16 de junio de 2011, **mediante memorial de 05 de agosto de 2011**, asegurando que dicha actuación es propia de la Entidad, y no corresponde a una actuación emitida por el juez o el Empleador.*

Sin embargo, de la documentación se tiene que la actuación de fecha 05 de agosto de 2011 corresponde a una notificación realizada por el Oficial de Diligencias a la Administradora, asimismo también se pudo verificar que la AFP recién el 19 de marzo de 2012, presenta memorial por el cual solicita se dicte Auto de Vista.

En conclusión, la AFP no presentó respuesta al Auto de 16 de junio de 2011, por lo que no ha demostrado que hubiese cumplido con la instrucción emanada por la autoridad judicial. Es importante señalar que, la falta de respuesta por parte del regulado ante el juez de la causa, no es parte del incumplimiento a la falta de

movimiento procesal incurrido por la Administradora, sin embargo siendo una actuación importante dentro del proceso, la ausencia de respuesta hace evidente su falta de cuidado.

Por lo expuesto, se concluye que, la AFP ha incurrido en una falta de cuidado y diligencia en cuanto a la tramitación del proceso, evidenciándose inclusive de la documentación presentada, que la paralización del Proceso Ejecutivo Social, persiste entre el actuado emitido por el Oficial de Diligencia el ***05 de agosto de 2011*** *al memorial presentado el* ***19 de marzo de 2012****, por parte de la Administradora.*

Por lo tanto, se confirma en esta instancia, la falta de diligencia y cuidado de la AFP al no haber ejercido ninguna presión para lograr el pronunciamiento oportuno del Tribunal de Alzada, sobre la apelación, con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de los trabajadores.

Por tanto, y en sujeción al Principio de Congruencia, se tiene que coexiste la falta de movimiento procesal como conducta típica, por tanto punible de manera proporcional y que en atención a los principios de valoración razonada de la prueba y la sana crítica, así como los criterios de congruencia y de calificación de gravedad establecidos en la normativa de pensiones, es que esta Autoridad confirma la imposición de sanción para el Cargo N°1.

2. Vulneración al Principio de Verdad Material:

Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta en su Recurso de Revocatoria que en base al principio de verdad material, esta Autoridad no puede desconocer que las acefalias y excesiva carga procesal en los juzgados, son la causa de retraso en la tramitación de los procesos judiciales, por tanto no se podría atribuir una responsabilidad a situaciones extrañas y ajenas a las acciones del regulado.

Bajo ese fundamento, la AFP nuevamente señala que habiendo sido concedida la apelación, el regulado presentó los recaudos de ley solicitados por el Juez, por lo que el expediente fue remitido a la Sala Social Administrativa.

Al respecto, es necesario aludir al Principio de Verdad Material, el cual deviene de la necesidad de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo tal que su esclarecimiento no se vea afectado por un excesivo rigor formal.

A su vez, el inciso d) del artículo 4 de la Ley N°2341 de 23 de abril de 2002, señala que: "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil"

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ***(SIREFI),*** *con relación al Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva en el ámbito administrativo, señala lo siguiente:*

"La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.

Entonces, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados."

En ese sentido, esta Autoridad reitera lo expresado en el punto anterior, en virtud a que realizado un análisis exhaustivo sobre las actuaciones procesales remitidas por la AFP mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013 y las señaladas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No 068/2013 de 10 de octubre de 2013, en las cuales se observa que el Juez mediante Auto de ***16 de junio de 2011****, concede la apelación y posteriormente el Oficial de Diligencias realiza la notificación a la AFP en fecha* ***05 de agosto de 2011*** *y recién mediante memorial de* ***19 de marzo de 2012*** *la AFP solicita se dicte Auto de Vista a la Sala Social Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz.*

Respecto a la mala organización y a la excesiva carga procesal del Poder Judicial, es importante recordar a la AFP que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS tiene pleno conocimiento de la organización y funcionamiento del sistema judicial boliviano, por lo cual la Administradora no puede argumentar el desconocimiento por parte de esta Autoridad sobre cómo opera el Órgano Jurisdiccional boliviano; y mucho menos atribuir su falta de diligencia y cuidado a los funcionarios del Poder Judicial, en virtud a que la Administradora como representante de los Asegurados tiene pleno conocimiento de sus funciones y atribuciones en la tramitación del PES así como el poder de utilizar todos los mecanismos que la ley le franquea para obtener lo que por derecho le corresponde y no delegar su obligación a terceros.

De lo señalado precedentemente, esta Autoridad ha concluido en virtud a la Verdad Material que, si bien el período de la paralización ha disminuido, la misma persiste entre el ***05 de agosto de 2011*** *al* ***19 de marzo de 2012****, por parte de la Administradora.*

3. Vulneración del principio de proporcionalidad.

En el punto 3 del Recurso de Revocatoria, la AFP señala que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, carece de proporcionalidad, debido a que siendo levantados el primer (entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009) y el segundo período (entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009) de paralización procesal incurrida en el Cargo N°1, por haber prescrito, la multa impuesta como sanción se ha mantenido en $us3,000.00 (Tres Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Acerca el (sic) "***principio de proporcionalidad***" *la profesora María Lourdes Ramírez – Torrado refiere: "La potestad sancionadora, en la cabeza de la Administración, ha sido reconocida como una de las competencias de la gestión de la que es titular la autoridad administrativa. Pues, de nada serviría que la Administración ostentara una facultad para imponer una obligación o regular una conducta, en aras de alcanzar bienestar general, y no lo fuera para imponer sanciones por su incumplimiento. Sin embargo, esta situación no significa que las diversas autoridades administrativas tengan carta blanca para ejercer su ius puniendi a su antojo y de este modo ejerzan de forma discrecional o arbitraria esta potestad. Por el contrario, la Administración debe estar a los criterios de adecuación y graduación previstos en la norma o, en caso de no existir estos, a su sentido de justicia, que debe propender por una medida proporcional a los hechos ocurridos".*

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, menciona el siguiente lineamiento:

> *"**El principio de proporcionalidad** impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responde a la idea de la justicia o verdad material".*
>
> *"Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. **Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido".***
>
> *"En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la* (sic) *sanciones en las normas aplicables de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado. **El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual.***
>
> *"Así **se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros** que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado*

y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *la naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *la reincidencia en la comisión".*

Ahora bien, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196 - 2013 de 31 de diciembre de 2013, cumple con el Principio de Proporcionalidad, respecto al Cargo N° 1 expresado en la misma, ya que menciona: "al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción en el trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso". Si bien, el primer y el segundo período de paralización (30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009 y entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009) se encuentran prescritos, la conducta típica de la AFP se mantiene por su falta de movimiento procesal, llevado en el tercer período ahora comprendido entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****.*

En ese sentido, la imposición del monto de la sanción no emerge de una tabla valorativa de infracción, sino de la aplicación de parámetros y de la correcta aplicación de criterios concurrentes para poder determinar el grado y la cuantía del monto.

Por lo que respecto al monto de la sanción a imponer en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°1196-20113 de 31 de diciembre de 2013 para el Cargo N°1, esta Autoridad realiza el siguiente análisis en aplicación del punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, ha considerado lo siguiente:

"Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Esta Autoridad ha verificado el cumplimiento de los parámetros señalados, los cuales se detallan a continuación:

a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como falta o infracción en la norma aplicable.

En el presente Cargo, se sanciona a la Administradora debido a que su conducta negligente en la tramitación del PES, incumplió los artículos 23 y 31 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, debido a que la AFP no ha actuado como un buen padre de familia en la tramitación continua y diligente del Proceso Ejecutivo Social.

b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado, respecto de las actuaciones señalas por la RMJ 068/2013 y la documentación remitida por la Administradora.

Del Proceso Ejecutivo Social, esta Autoridad consideró tanto las actuaciones procesales señaladas por la RMJ 068/2013, así como las nuevas actuaciones remitidas por la AFP, por lo que se ha identificado el período de paralización procesal comprendido ahora entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****. Siendo evidente la paralización del PES.*

c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida.

La Administradora como representante de los Asegurados, tiene la obligación de dar inicio y efectuar una tramitación diligente y continua respecto al presente Proceso Ejecutivo Social, con el fin de perseguir la recuperación de los aportes en mora por parte del Empleador.

Por lo que la AFP, tenía la obligación de actuar como un buen padre de familia en la tramitación del proceso, en cuanto a la presentación de sus actuaciones procesales, en el seguimiento a la emisión de las actuaciones judiciales o las actuaciones procesales presentadas por la parte demandada. Sin embargo la Administradora en el presente Cargo (tercer período), no ha observado las reglas de un buen padre de familia.

Cabe señalar, que la AFP teniendo conocimiento de su obligación y su responsabilidad en actuar como un buen padre de familia en la tramitación del PES, debe cumplir con lo establecido previamente en la Normativa de Pensiones (Ley N°1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 29 de noviembre de 1996 y el Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997).

Por lo expuesto, esta Autoridad confirma la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, para el Cargo N°1, en virtud a que se ha comprobado que la Administradora no ha mantenido un movimiento procesal diligente en la tramitación del PES, persistiendo la paralización procesal incurrida entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****.*

a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración.

La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, manteniendo una paralización procesal comprendida entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012.***

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

El daño y el perjuicio causado se mantienen, considerando que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el proceso; debido a que la Administradora incurrió en la inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, produciendo ***una consecuencia mayor****, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de un proceso social, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP,* ***ya que al no estar en movimiento el proceso señalado en el Cargo N°1, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.***

c) La reincidencia en la comisión.

Cabe señalar que existe reincidencia en la conducta de la AFP, pues como antecedente, es necesario mencionar que Futuro de Bolivia S.A. AFP anteriormente fue sancionada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°136/2012 de 01 de marzo de 2012 con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (Tres Mil Dólares Americanos), para el Cargo N°2, por la falta de movimiento procesal del período comprendido entre el 04 de noviembre de 2010 al 19 de abril de 2011, por lo que se evidencia que existieron ciento sesenta y seis (166) días sin movimiento procesal diligente, por parte de la AFP; determinación confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°343-2012 de 24 de mayo de 2012 y ratificada con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2012 de 23 de octubre de 2012 emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Por lo que, esta Autoridad respecto a la conducta negligente de la Administradora en cuanto a la falta de diligencia en la tramitación del PES para el presente Cargo,

toma nota de lo que se tiene resuelto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, para el presente Cargo como precedente obligatorio.

En conclusión, esta Autoridad mediante la presente Resolución Administrativa sanciona el Cargo N°1, debido a que la Administradora como representante de los Asegurados, no actuó como un buen padre de familia, por la falta de movimiento procesal, ocasionando que en el proceso existiera un período de tiempo de paralización. Por tanto, de los argumentos establecidos mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, la nueva documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y el análisis integral efectuado por esta Autoridad, se evidencia que continúa latente la paralización procesal comprendida ahora entre ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****, por lo que el monto de la sanción se ratifica.*

AL CARGO N° 2: (…)

De acuerdo a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

Futuro de Bolivia S.A. AFP en sus argumentos hace alusión al artículo 50 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que las partes intervinientes en el proceso con carácter esencial son: el demandante, el demandado y el juez.

Por tanto, entre las atribuciones y facultades del Juez en la administración de justicia está el dar el impulso procesal necesario, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, así como el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el Art. 202 del Código de Procedimiento Civil asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso.

Es importante denotar, que si bien existen sujetos procesales independientes a la parte demandante, es fundamental para la AFP otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, en vista que la parte demandante cuenta con un Título Coactivo de una obligación líquida y exigible, siendo que el Proceso Coactivo Social (PCS) es un proceso sumario por lo que debería tramitarse con la mayor celeridad posible.

Por lo que, esta Autoridad recuerda al regulado que el carácter de ser demandante y parte en el Proceso Coactivo Social exige que el desenvolvimiento de la AFP sea en el marco de la diligencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia, para lo cual es fundamental para el demandante otorgar el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado.

Asimismo, esta Autoridad ha tomado en cuenta las acciones realizadas por la Administradora, el Empleador y las actuaciones emitidas por el Juez o los funcionarios

del juzgado, durante la tramitación del PCS, de las cuales se hace evidente que la paralización procesal, existe entre las siguientes actuaciones:

- *Sentencia de **11 de abril de 2011**, emitida por el **Juez Cuarto de trabajo y Seguridad Social.***

- *Oficio N°833/2011 de **19 de octubre de 2011**, mismo que ordena a la ASFI la retención de fondos de las cuentas propias del Empleador.*

Por tanto, aún (sic) *tomando en cuenta los actuados detallados precedentemente, existen ciento noventa y un (191) días sin movimiento procesal.*

En ese sentido, el comportamiento respecto a las obligaciones de jueces y otro personal de los juzgados en el proceso, han sido considerados, por lo que la AFP no puede atribuir su falta de diligencia al Poder Judicial.

Asimismo, se ha comprobado que la Administradora como representante de los Asegurados no ha cumplido con sus obligaciones referidas a desenvolverse en los PCS con el cuidado y prudencia exigible a un buen padre de familia, en defensa a los intereses de los Asegurados en este tipo de procesos, en los cuales está en juego la recuperación de las Contribuciones en Mora del Empleador.

Por otro lado y como ya se dijo en un análisis anterior, la eficiencia del demandante no sólo se manifiesta en la forma en que éste se desenvuelve en el proceso (diligentemente) sino también en la recuperación objetiva y oportuna de las Contribuciones en Mora.

Finalmente, la AFP señala que esta Autoridad no ha tomado en cuenta las gestiones internas y extrajudiciales realizadas, gestiones que considera que forman parte de una tramitación propia de un litigio.

Es necesario aclarar a la AFP, que la diligencia en el PCS debe probarse objetivamente, considerando a la misma además, como toda actuación que refleje el interés continuo y prudente del actor en el proceso, ya sea a través de actuaciones en el proceso o aquella que tenga intima (sic) *relación con éste.*

La AFP también señala que la presentación de memoriales sin fundamento continuo o el plantear denuncias por los retrasos procesales, perjudican el desarrollo procesal.

Al respecto la AFP debe entender que la presentación de memoriales no responde a un aspecto cuantitativo sino con preponderancia a lo cualitativo, es decir a la manera en que la AFP se conduce en el PCS, es decir con el cuidado exigible, no encontrando lógica alguna que ésta pueda presentar memoriales sin el debido fundamento, tal como lo plantea la AFP.

En virtud a lo expuesto y evaluando los argumentos presentados para este Cargo, queda demostrado que la Administradora no actuó como un buen padre de familia en

la tramitación del PCS, existiendo una total falta de diligencia y celeridad por parte de la Administradora aún (sic) *tomando en cuenta los actuados remitidos por la AFP.*

En este sentido, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N°2 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el ente regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 11 de abril de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014, argumentado lo siguiente:

"…***I. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES:***

Su Autoridad luego se (sic) *omitir su pronunciamiento en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, con relación a la ausencia de un régimen sancionatorio vigente aplicable a las infracciones que correspondan al Sistema Integral de Pensiones instaurado mediante Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, señala ahora en el acto que se impugna que: "...la AFP no puede refutar su falta de diligencia, con solo manifestar que la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.* (sic) *El decreto* (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y demás disposiciones están abrogadas, ya que afirmar este hecho pone en peligro el restablecimiento de los aportes como derechos irrenunciable de los Asegurados". Ante dicha aseveración, es pertinente aclarar al regulador los siguientes extremos:*

1. ***De la Facultad sancionadora de la APS.-*** *Debe quedar claro que nuestra administradora no desconoce ni pone en tela de juicio las facultades, competencias y atribuciones que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) para fiscalizar y sancionar, cuando corresponda y en el marco de su competencia y ámbito de aplicación, a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -transitoriamente las AFP-; ya que conforme a lo establecido por el*

artículo 168, inciso b), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS se encuentran precisamente las de ***"Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo,*** *Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción,* ***de acuerdo a la presente Ley,*** *Ley de Seguros* ***y los reglamentos correspondientes"****(las negrillas y subrayado son nuestros) sino por el contrario, lo que se observa por constituir una vulneración a los derechos y garantías constitucionales de las AFP, es que no existe un marco reglamentario sancionador vigente, aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -asumidas como ya se refirió, transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia y de acuerdo a las reglas de orden y materia en lo que se refiere a aspectos que no son específicamente del ámbito judicial.*

2. ***De la abrogación del régimen sancionatorio establecido en el D.S. 24469.-*** *La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en su artículo 198, parágrafo I, señala que:* ***"Se abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley." (las negrillas son nuestras) debiendo entenderse cabalmente que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y, por consiguiente, supone también la abrogación automática del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 reglamento de la Ley de Pensiones, dado que este Decreto Supremo nace a la vida jurídica con el siguiente objeto:* ***"ARTÍCULO 1. (OBJETO).*** *El presente Decreto Supremo tiene por objeto reglamentar la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 (Ley de Pensiones)"; entonces por simple lógica jurídica se tiene que abrogada la Ley 1732, su Decreto reglamentario, al carecer de objeto independiente o autónomo, también ha quedado abrogado, mas* (sic) *aun* (sic) *si se considera que* ***la ley tiene por naturaleza un carácter histórico, es decir tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica.***

   En ese contexto se puede observar que el inicio de la vigencia de la nueva Ley de Pensiones, es decir la ley (sic) *N° 065 de 10 de diciembre de 2010, está regido por dos características: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar que ésta inicia su vigencia desde la fecha de su publicación en cuanto a la administración del Sistema Integral de Pensiones que se crea en dicha Ley; y en cuanto a la Irretroactividad* (sic) *de la ley, esta se sujeta al principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado por el cual se establece que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".*

Con las anotaciones arriba expresadas, su Autoridad fácilmente podrá colegir, que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 se encuentra abrogado y no es aplicable al incumplimiento de obligaciones o comisión de infracciones en que pudiese incurrir la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, - transitoriamente las AFP- en el marco de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, porque carece de una norma reglamentaria que precisamente regule la imposición de sanciones por dichas infracciones o por el incumplimiento de obligaciones, constituyéndose entonces su aplicación en una franca vulneración al derecho del debido proceso, y a los principios de legalidad y seguridad jurídica, lesionando los derechos subjetivos e intereses legítimos de nuestra AFP.

3. ***De la continuidad de servicios.-*** *De acuerdo a lo establecido por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria,* ***así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición..."*** *(las negrillas son nuestras). Del marco normativo vigente se desprenden dos hechos importantes: el primero que las AFP deben continuar prestando sus servicios al encontrase vigente su contrato de prestación de servicios suscrito en el marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996; y segundo, que los servicios prestados en el marco de la nueva ley de pensiones, se efectúan asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo el marco normativo aplicable, el vigente, y no el abrogado; y no como su Autoridad pretende entender cuando afirma que:*

   "La citada Ley (N° 065), determina que las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene (sic) *la obligación de cumplir con las normas señaladas en el artículo 177 de la misma* ***durante el periodo de transición, debido a que posterior a este periodo, la gestora*** (sic) ***Pública se hará responsable de su cumplimiento.***

   Por lo que la Administradora ***a la fecha y dentro del periodo de transición*** *tiene la obligación de dar cumplimiento al Contrato, la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, sus Decretos Supremo* (sic) *y demás disposiciones y normativa específica reglamentaria" (el subrayado y las negrillas son nuestros* (sic))

De las afirmaciones vertidas por su Autoridad se evidencia contradicción y falta de congruencia por dos simples razones que a continuación se exponen:

a) La Ley de (sic) *N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, con relación al periodo de transición, señala a la letra:* ***"Artículo 174 (PERIODO DE TRANSICIÓN).*** *Mediante Decreto Supremo se establecerá el periodo de transición para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo".*

Lo anterior importa indefectiblemente que, mientras no se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; y se emita el Decreto Supremo supra citado, ***no se ha dado inicio al mentado PERIODO DE TRANSICIÓN****, debiendo entenderse cabalmente que no es lo mismo administración transitoria, que periodo de transición.*

b) *Incurre igualmente en contradicción su Autoridad cuando refiere que las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene la obligación de cumplir con las normas señaladas en el artículo 177 de la misma, haciendo alusión no solo a la Ley N° 065, sino también a la abrogada Ley N° 1732; durante el periodo de transición, porque a su entender sería la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo la que luego se hará responsable de su cumplimiento. De lo anterior se desprende que su Autoridad sin tener competencias para la interpretación de la norma, y usurpando funciones propias del poder* (sic) *legislativo pretende dar ultractividad a una norma abrogada, contrariando el principio de la seguridad jurídica.*

II. CON RELACIÓN A LOS CARGOS POR LOS QUE SE NOS SANCIONA:

Nuevamente sacamos a colación lo expresado por su Autoridad, cuando en los considerandos de la Resolución que se impugna, afirma que: "…la AFP no puede refutar su falta de diligencia, con solo manifestar que la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996. (sic) *El decreto* (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y demás disposiciones están abrogadas, ya que afirmar este hecho pone en peligro el restablecimiento de los aportes como derechos irrenunciables de los Asegurados". Afirmación que no tiene asidero legal ni factico* (sic), *toda vez que nuestra Administradora en el marco del principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, no sólo advirtió de la ausencia del régimen sancionador vigente, sino que también presentó sus descargos objetivamente, los mismos que debieron ser evaluados en el marco del principio constitucional de la búsqueda de la verdad material, reconociendo por una parte que el sistema judicial boliviano atraviesa por un colapso que ocasiona mora judicial, fruto de la acumulación de años de retardación de justicia; y por otra, que la presentación de memoriales reiterativos para soslayar la aparente falta de movimiento procesal, no contribuyen al correcto desenvolvimiento del proceso judicial, pidiendo* (sic) *más bien tener un efecto negativo.*

Con los argumentos arriba esgrimidos, nuestra Administradora de Fondos de Pensiones se ratifica in extenso en los fundamentos vertidos en el memoria (sic) *de fecha 19 de febrero de 2004* (sic) *-Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASP/DJ/DPC/N° 1196-2013* (sic)*-.*

III. PETITORIO:

Sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y en conformidad con el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a

su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, autoridad a la cual respetuosamente solicitamos disponga la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, ajustando así el procedimiento a derecho…"

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 30 de abril de 2014, conforme fuera solicitada a tiempo del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y señalada a tiempo del Auto de Admisión de 21 de abril de 2014, se recibió a la misma, en audiencia de Exposición Oral de Fundamentos**.**

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

A solicitud de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó copia de los expedientes judiciales iniciados contra el Empleador AEROSUR S.A., correspondientes a cuatro Procesos Ejecutivos Sociales, dos Procesos Coactivos Sociales, y un Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes.

Valorada tal documentación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con los siguientes cargos:

- **Cargo N° 1.-** Por indicios de incumplimiento a los artículos 23° y 31°, inciso d), de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales, ocasionando una interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social contra el Empleador AEROSUR S.A., por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012.

- **Cargo N° 2.-** Por indicios de incumplimiento a los artículos 106º, 110º y 149º, incisos i) y v), de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; ocasionando interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Coactivo Social contra el Empleador AEROSUR S.A., por el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2011 al 7 de diciembre de 2011.

Presentados y evaluados los descargos respectivos y sopesada la nulidad relativa dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2013 de 10 de octubre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, resolvió:

- En relación al cargo N° 1:

  - Levantar el cargo por los periodos primero y segundo de paralización procesal.

  - Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** con una multa en bolivianos equivalente a $us.3.000,00.- (tres mil 00/100 dólares americanos), por el tercer periodo de paralización procesal, correspondiente del 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012.

- En relación al cargo N° 2, sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones con una multa en bolivianos equivalente a $us.3.000,00.- (tres mil 00/100 dólares americanos).

Tal decisión fue confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 215-2014 de 21 de marzo de 2014, emergente de que en fecha 19 de febrero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso de Revocatoria contra la decisión inicial del Ente Regulador.

Ante tal determinación **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** recurrió, en fecha 11 de abril de 2014, para ante la presente instancia jerárquica, en recurso referido a que "*el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 se encuentra abrogado y no es aplicable al incumplimiento de obligaciones o comisión de infracciones*" y a que "*nuestra Administradora* (…) *presentó sus descargos objetivamente, los mismos que debieron ser evaluados en el marco del principio constitucional de la búsqueda de la verdad material*", mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del régimen sancionador.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala en su Recurso Jerárquico, que no desconoce las facultades, competencias y atribuciones que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para fiscalizar y sancionar "*cuando corresponda y en el marco de su competencia y ámbito de aplicación, a la*

Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -transitoriamente las AFP-", y agrega:

> "…*por el contrario, lo que se observa* (…) *es que no existe un marco reglamentario sancionador vigente, aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones* (…) *reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia y de acuerdo a las reglas de orden y materia en lo que se refiere a aspectos que no son específicamente del ámbito judicial*…"

En la lógica de tal planteamiento:

- Abrogada la Ley N° 1732, de Pensiones, "*y todas las disposiciones contrarias*" (Ley 065, Art. 198º, Par. I), abrogado también su Decreto Supremo -reglamentario- N° 24469 de 17 de enero de 1997, en particular, su régimen sancionatorio.

- Por consiguiente, no existiría una norma reglamentaria para la imposición de sanciones por infracciones o por el incumplimiento de obligaciones, resultando que la aplicación del Decreto Supremo N° 24469, vulneraría el derecho del debido proceso, y a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

- Al no existir el Decreto Supremo al que se refiere el artículo 174º de la Ley Nº 065, de Pensiones, el periodo de transición mencionado en el mismo no se habría iniciado.

Al respecto, corresponde traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2013 de 4 de julio de 2013, que señala:

> "…*A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
>
> *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes*…" *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su*

*artículo 198, parágrafo I "…**abroga la Ley Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley Nº 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198º, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

*En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2013, que a la letra se pronuncia:

*"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación…"

Por lo tanto, el alegato presentado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en este sentido, no es atendible, toda vez que en los términos del artículo 198º, parágrafo I, de la Ley Nº 065, de Pensiones, el régimen sancionatorio previsto por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley mencionada.

Asimismo, llama la atención que a más de tres años de la emisión de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la Administradora de Fondos de Pensiones recurrente, pretenda eludir su responsabilidad argumentando que no se ha dado inicio al periodo de transición, periodo que se ha iniciado tácitamente desde la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, cuyo objeto -establecido en su artículo 1°- consiste en "*establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado*", para cuya materialización se dispone, a través de la parte *in fine* del artículo 6º del citado cuerpo legal, que los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y representados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

En ese entendido, si bien el artículo 174º de la Ley N° 065, de Pensiones, determina que sea mediante Decreto Supremo que se establezca el periodo de transición <u>para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo</u>, dicho periodo sólo determina el inicio de las actividades de dicha Gestora, en tanto se cumpla la transferencia prevista en los artículos 175º, 176º y 179º de la Ley N° 065, así como otros elementos reglamentarios necesarios a la misma y demás temas inherentes al mismo, que posibilitarán el inicio de las actividades señaladas.

Situación distinta prevé el artículo 177º (*Continuidad de servicios*), siempre de la Ley N° 065, el que a los efectos pertinentes conviene traer a colación:

> **"***Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…*"

Conforme se evidencia de la lectura anterior, la norma prevé que las obligaciones, prestaciones y todo lo referente al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, no queden en una situación de incertidumbre, en tanto se procede a su transferencia a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, sino que, como denotan los artículos 175º y 176º de la misma Ley, está sujeta a un periodo de transición durante el cual, la Gestora al no operar aún como representante y administradora de los fondos que componen el Sistema Integral de Pensiones, en el transcurso del periodo de transición proceda a la revisión de la información transferida por las Administradoras de Fondos de Pensiones, aspecto por el cual, a través del artículo 177º siguiente, se determinó la continuidad de la prestación de los servicios propios al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, con carácter transitorio, por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el marco de la Ley N° 1732,

Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Consiguientemente, si bien es cierto que no se ha materializado el artículo 174° de la Ley N° 065 (es decir, no se ha emitido un Decreto Supremo que establezca lo que la recurrente califica de "*mentado*" periodo de transición y que dé inicio a las actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo), no menos cierto es, que el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por las Administradoras de Fondos de Pensiones con el Estado Boliviano, aún se encuentra plenamente vigente en cuanto a sus derechos emergentes del mismo y, en lo que interesa, las obligaciones.

Tal el caso del cobro de comisión por los servicios prestados para la administración y otorgamiento temporal de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, al que de acuerdo a lo determinado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013 de 19 de noviembre de 2013, tienen derecho las Administradoras de Fondos de Pensiones.

En tal sentido, bajo la errada lógica de no aplicación de la norma del Decreto Supremo N° 24469 planteada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** (por los motivos que señala), la misma no tendría derecho al cobro de dicha comisión.

Asimismo, se tenga presente que, los Procesos Ejecutivos Sociales a los que se refiere el cargo N° 1, corresponden exclusivamente a la órbita de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y, por tanto, a la de su Decreto Supremo reglamentario, precisamente el N° 24469 de 17 de enero de 1997, aquel que la recurrente pretende injustificadamente se declare inaplicable.

2.2. Evaluación de los descargos en el marco de la verdad material.-

El Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** alega también que:

> "*…nuestra Administradora en el marco del principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (…) también presentó sus descargos objetivamente, los mismos que debieron ser evaluados en el marco del principio constitucional de la búsqueda de la verdad material, reconociendo por una parte que el sistema judicial boliviano atraviesa por un colapso que ocasiona mora judicial, fruto de la acumulación de años de retardación de justicia; y por otra, que la presentación de memoriales reiterativos para soslayar la aparente falta de movimiento procesal, no contribuyen al correcto desenvolvimiento del proceso judicial, pidiendo* (sic) *más bien tener un efecto negativo.*
>
> *…nuestra Administradora de Fondos de Pensiones se ratifica in extenso en los fundamentos vertidos en el memoria* (sic) *de fecha 19 de febrero de 2004* (sic) *- Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASP/DJ/DPC/N° 1196-2013…*"

Sin perjuicio de hacer notar que, el principio de verdad material no hace sólo a uno de

esencia constitucional, como mal señala la recurrente, sino uno propio del Derecho Administrativo (conforme se ha implementado en la economía jurídica patria, en el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), el sustento teórico al principio señalado ha sido suficientemente desarrollado en el Recurso Jerárquico.

Con base el ello, el alegato referido a los fundamentos vertidos en el Recurso de Revocatoria de 19 de febrero de 2014, compele a la verificación de este último, el que fuera interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013, y del que se extractan las partes pertinentes:

> "…***CON RELACIÓN AL CARGO N°1:*** (…)
>
> ***Vulneración al principio de verdad material.-*** (…)
>
> *…a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, no se puede desconocer que las acefalias y excesiva carga procesal en los juzgados, se ve reflejada en retrasos no atribuibles a nuestra administradora, bastará para ello acudir a cualquier Sala Social Administrativa y hacer seguimiento en los libros diarios a cualquier causa, desde su ingreso, sorteo, hasta la emisión del Auto de Vista; por lo que no es evidente la aseveración de su Autoridad cuando expresa que "Del proceso* (sic) *Ejecutivo social* (sic)*, esta autoridad considero* (sic) *tanto las actuaciones remitidas por la AFP,* ***por lo que se ha identificado el periodo de paralización procesal comprendido entre el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012****, siendo evidente la paralización del PES por más de doscientos veintisiete (227) días" (las negrillas y subrayado son nuestras)* (…)
>
> *…mal puede su Autoridad atribuirnos una demora en el movimiento procesal y peor aun* (sic) *pretender establecer una multa por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones peor aun* (sic) *atribuirnos responsabilidades por la excesiva carga procesal de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que las partes (demandantes y demandados) nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionario* (sic) *públicos y a la mala organización del Poder Judicial, mismas que pueden ser corroborada* (sic) *por su institución en los estrados judiciales; ya que como es de su conocimiento, y ya cito* (sic) *supra; una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumplimiento de los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, aguardar el sorteo a una de las Salas a fin de que se radique la causa, estas gestiones internas y extrajudiciales tuvieron que ser cumplidas y aguardadas, a fin de que nuestra apelación sea viable. Ahora bien, tal cual cursa del memorial presentado a la Sala Social Administrativa, nuestra parte solicita la dictación del Auto de Vista correspondiente, ejecutando los respectivos reclamos, en sentido de que ni en tablilla de sorteo se encontraría el expediente, solicitando finalmente y encontrándose superabundantemente vencido el plazo para dictar resolución, emita el auto de vista respectivo* (…)

<u>CON RELACIÓN AL CARGO N°2.-</u> (…)

… a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, cuál el objetivo para presentar memoriales y efectuar denuncias por retrasos procesales, planteándonos una pregunta lógica ¿qué ocurriría si por presentar memoriales sin fundamento, cada día, sin una estrategia procesal que procuren un fallo favorable, la sentencia sea declarada improbada?, en el sentido de que cada proceso merece un tratamiento procesal diferente a fin de lograr la obtención de lo adeudado, sin pretender llenar el expediente de actuaciones, ni memoriales inertes que perjudiquen el desarrollo procesal, yendo inclusive contra el principio de economía procesal y buena fe…"

Constando ello en el Recurso de Revocatoria (como hace notar, cual alegato, el Recurso Jerárquico), el extremo debió ser considerado a tiempo de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 215-2014 de 21 de marzo de 2014, a cuyo efecto cabe a continuación revisar la última nombrada, la que establece que:

"…***AL CARGO N° 1:*** (…)

Vulneración al Principio de Verdad Material:

Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta en su Recurso de Revocatoria que en base al principio de verdad material, esta Autoridad no puede desconocer que las acefalias y excesiva carga procesal en los juzgados, son la causa de retraso en la tramitación de los procesos judiciales, por tanto no se podría atribuir una responsabilidad a situaciones extrañas y ajenas a las acciones del regulado.

Bajo ese fundamento, la AFP nuevamente señala que habiendo sido concedida la apelación, el regulado presentó los recaudos de ley solicitados por el Juez, por lo que el expediente fue remitido a la Sala Social Administrativa.

Al respecto, es necesario aludir al Principio de Verdad Material, el cual deviene de la necesidad de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo tal que su esclarecimiento no se vea afectado por un excesivo rigor formal.

A su vez, el inciso d) del artículo 4 de la Ley N°2341 de 23 de abril de 2002, señala que: "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil"

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ***(SIREFI),*** *con relación al Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva en el ámbito administrativo, señala lo siguiente:*

> *"La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y*

probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.

Entonces, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados."

En ese sentido, esta Autoridad reitera lo expresado en el punto anterior, en virtud a que realizado un análisis exhaustivo sobre las actuaciones procesales remitidas por la AFP mediante nota FUT.APS.AL.2634/2013 de 20 de noviembre de 2013 y las señaladas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No 068/2013 de 10 de octubre de 2013, en las cuales se observa que el Juez mediante Auto de ***16 de junio de 2011****, concede la apelación y posteriormente el Oficial de Diligencias realiza la notificación a la AFP en fecha* ***05 de agosto de 2011*** *y recién mediante memorial de* ***19 de marzo de 2012*** *la AFP solicita se dicte Auto de Vista a la Sala Social Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz.*

Respecto a la mala organización y a la excesiva carga procesal del Poder Judicial, es importante recordar a la AFP que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS tiene pleno conocimiento de la organización y funcionamiento del sistema judicial boliviano, por lo cual la Administradora no puede argumentar el desconocimiento por parte de esta Autoridad sobre cómo opera el Órgano Jurisdiccional boliviano; y mucho menos atribuir su falta de diligencia y cuidado a los funcionarios del Poder Judicial, en virtud a que la Administradora como representante de los Asegurados tiene pleno conocimiento de sus funciones y atribuciones en la tramitación del PES así como el poder de utilizar todos los mecanismos que la ley le franquea para obtener lo que por derecho le corresponde y no delegar su obligación a terceros.

De lo señalado precedentemente, esta Autoridad ha concluido en virtud a la Verdad Material que, si bien el período de la paralización ha disminuido, la misma persiste entre el ***05 de agosto de 2011*** *al* ***19 de marzo de 2012****, por parte de la Administradora* (…)

AL CARGO N° 2: (…)

…La AFP también señala que la presentación de memoriales sin fundamento continuo o el plantear denuncias por los retrasos procesales, perjudican el desarrollo procesal.

Al respecto la AFP debe entender que la presentación de memoriales no responde a un aspecto cuantitativo sino con preponderancia a lo cualitativo, es decir a la manera en que la AFP se conduce en el PCS, es decir con el cuidado exigible, no encontrando lógica alguna que ésta pueda presentar memoriales sin el debido fundamento, tal como lo plantea la AFP…"

Entonces, en principio y en su sentido adjetivo, los descargos presentados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** -para el caso concreto de lo ahora impugnado, intangibles dado no referirse a prueba instrumental alguna-, sí han sido evaluados por el Ente Regulador, restando conocer ahora, si en el ejercicio que importa tal evaluación, la misma ha sido sustancialmente congruente con lo alegado en el Recurso de Revocatoria, como para, por su efecto, haberlo rechazado como ha sucedido.

En tal sentido, también es necesario compulsar ambas posiciones, con las de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, en relación de la nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, extremos que permiten concluir que:

- **Con respecto al cargo Nº 1.** Toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013, ha levantado el cargo "*para el primer y segundo períodos de paralización procesal*", originalmente imputados en la nota APS/DJ/DPC/5185/2012, subsiste únicamente para el -tercer- periodo limitado por la precitada Resolución Administrativa, al comprendido "*entre el **05 de agosto de 2011** al **19 de marzo de 2012***".

  A este respecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 215-2014 (que ahora se impugna porque no habría valorado los descargos y alegatos de la recurrente), ha establecido que:

  > "*…se observa que el Juez mediante Auto de **16 de junio de 2011**, concede la apelación y posteriormente el Oficial de Diligencias realiza la notificación a la AFP en fecha **05 de agosto de 2011** y recién mediante memorial de **19 de marzo de 2012** la AFP solicita se dicte Auto de Vista a la Sala Social Administrativa del Tribunal de Justicia de Santa Cruz…*"

  Es decir que, no correspondiendo la presentación del memorial de 19 de marzo de 2012, a una actuación del Órgano Judicial (sea mediante el propio juez o de sus brazos operativos) sino a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, y resultando tal actuación necesaria a efectos de evitar la inactividad procesal ahora sancionada (independientemente si podía impulsarla de oficio el juzgador), no es admisible se pretenda responsabilizar a este último por tal demora -*Respecto a la mala organización y a la excesiva carga procesal* -, cuando fundamentalmente y dada su calidad de actora, le correspondía la diligencia de ello a la ahora recurrente.

Entonces, el invocar el principio de verdad material en función de ello, es impertinente.

- **Con respecto al cargo Nº 2.** E planteamiento del Recurso de Revocatoria está expresado en una pregunta concreta (ahora sobrecartada en el Recurso Jerárquico): "*¿qué ocurriría si por presentar memoriales sin fundamento, cada día, sin una estrategia procesal que procuren un fallo favorable, la sentencia sea declarada improbada?*"

  Tal cuestionante persigue dejar establecido que dentro del plano de la verdad material, ante la mora judicial producida, el reclamo permanente contra la misma mediante la presentación insistente de escritos, podría resultar en una medida contraproducente, concretamente, a que "*la sentencia sea declarada improbada*".

  Corresponde aclarar que mediante este alegato, no sólo se pretende justificar la tardanza sancionada, sino además, explicar la inexistencia de pruebas materiales al extrañado reclamo diligente contra la mora judicial que, en los términos de lo imputado, hace parte de la inactividad procesal después sancionada.

  En todo caso, la suscrita Autoridad Jerárquica no puede desconocer la naturaleza jurídica de la jurisdicción -judicial-, por la cual, es un juez (al que de ninguna manera se lo puede considerar cual si fuera un simple cobrador), quien mediante acto de juicio sujeto al debido proceso, decide un conflicto de relevancia jurídica entre dos partes contendientes, de tal manera que, en su mérito, en tanto no exista una sentencia ejecutoriada a tal conflicto, no puede considerarse la existencia de un ganador.

  No obstante, tampoco puede perderse de vista que, el Proceso Coactivo Social (al que se refiere el cargo Nº 2) **es uno especial**, procedente contra la presentación de una Nota de Débito que, conforme al artículo 110º, segundo párrafo, de la Ley Nº 065, tiene la calidad de título coactivo; **constituye entonces una verdad jurídica** (en tanto no sea desvirtuada oportunamente por parte del coactivado, dentro del mismo proceso), determinando que resulte en un proceso de ejecución y no en uno de declaración de derechos (ordinario).

  Por consiguiente, así como la susceptibilidad de la recurrente (referida a la probabilidad sea declarada improbada la demanda coactiva social) no ha sido justificada de alguna manera, limitándose a su mención, no es entendible sugiera la misma que, por reclamar celeridad al Órgano Judicial, éste, en algo así como un acto de revancha, vaya a declarar en sentencia, improbada la demanda coactiva social, contrariando la existencia del título coactivo, es decir, de la verdad jurídica contenida en el mismo; eso resulta en algo inadmisible, amén de que, conforme lo dicho, no se ha demostrado la posibilidad de tan curioso presupuesto.

  La razonabilidad aplicable al caso -antes que una forzada verdad material- dicta que, de declararse improbada una demanda coactiva social dentro de la posibilidad procesal que ello implica, debe serlo porque concurren circunstancias especiales

(sobre las que en el caso del Empleador AEROSUR S.A., la ahora recurrente no ha dejado constancia puedan suceder o hubieran sucedido), y que escaparían al simple análisis acerca de una mora judicial, para resultar que el título coactivo se encontraba perjudicado, lo que hubiera determinado una mayor responsabilidad en **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en su papel de coactivante, por cuanto, sólo con falta de un imprescindible cuidado podría haberse interpuesto una demanda en la circunstancia señalada.

No obstante, todo esto queda en el campo de la simple abstracción: ni se ha dejado constancia de circunstancias especiales que perjudiquen al título coactivo para el caso del Empleador AEROSUR S.A., ni ha existido dentro del caso, una sentencia que declare improbada la demanda coactiva social de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con las consiguientes responsabilidades para ésta que, desde luego, escaparían al campo de la responsabilidad administrativa.

En conclusión, no sólo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha valorado los descargos (específicos que ahora se han hecho constar en el Recurso Jerárquico) de la sancionada Administradora de Fondos de Pensiones **FUTURO DE BOLIVIA S.A.** y en su debida oportunidad (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014, dado habérselos hecho valer cual alegatos del Recurso de Revocatoria), sino que además, la valoración de los mismos condice con una aplicación coherente al caso, de la norma, del principio de verdad material y de criterios de razonabilidad, lo que en definitiva, determina que el alegato en este sentido, sea infundado.

2.3. Fundamento a la cuantía de la sanción por el cargo Nº 1.-

Se tiene presente el antecedente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, correspondiente al proceso administrativo recursivo (antecedente del de autos) que fuera anulado por la supra mencionada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2013 de 10 de octubre de 2013, y por el que en su momento, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros decidiera:

"...*Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

a) En relación al ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*** *por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

b) En relación al ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us3,000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*** *por infracción a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones…*"

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

En el estado actual del proceso, no puede dejar de llamar la atención que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, hubiera decidido sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**:

> "…*a) En relación al* ***Cargo N° 1*** *con una* ***multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*** *por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por el tercer período de paralización procesal.*
>
> ***Asimismo, se levanta el Cargo para el primer y segundo períodos de paralización procesal.***
>
> *b) En relación al* ***Cargo N° 2*** *con una* ***multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*** *por infracción a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, por el período de paralización procesal*…"
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.) Al

Corresponde sacar a relucir el deber de la suscrita Autoridad Jerárquica, de velar que el procedimiento se hubiera desarrollado sin vicios que importen una infracción a los derechos y a las garantías constitucionales de los administrados, mención pertinente por cuanto, de la supra relación, se advierte que las sanciones actuales, tanto para el cargo N° 1 como para el cargo N° 2, son invariables de las que han sido impuestas por la anulada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, no obstante los fundamentos fácticos reducidos -con respecto a los originales- que salen de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, y que pudieron determinar una atenuación de las sanciones con referencia de los establecidas en la Resolución Administrativa -sancionatoria- anulada.

En efecto, recuérdese que, **en el caso del cargo Nº 1**, en la anulatoria Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013 de 10 de octubre de 2013, se ha observado la generalización infundada del criterio de prescriptibilidad a los tres periodos sancionados por presunta paralización procesal, en los siguientes términos:

> "…*Que, en función a lo analizado, se concluye que en la sustanciación de los dos cargos por parte del Ente Regulador, el mismo no ha observado debidamente el debido proceso administrativo, en su faceta del derecho a la prueba, además que,* ***en lo que en concreto hace al cargo Nº 1, ha generalizado infundadamente el criterio de prescriptibilidad a todas las infracciones que importan el mismo, siendo posible, por ello, una impertinente sanción, en cuanto para la misma pueden haber concurrido atenuantes no consideradas***…" (Las negrillas son agregadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Criterio recogido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013, cuando estableció que:

"…*en cumplimiento a lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2013 de 10 de octubre de 2013, el Cargo N° 1 (períodos sin movimiento procesal comprendidos entre* ***el 30 de octubre de 2007*** *al* ***25 de marzo de 2009*** *y el* ***15 de abril de 2009*** *al* ***13 de octubre 2009****), corresponde levantar los períodos mencionados, en virtud a que los mismos se encuentran prescritos al haber transcurrido más de los dos (2) años exigidos por el artículo 79 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002...*"

De lo cual se colige que, dos de los periodos inicialmente imputados (del 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009, y del 15 de abril de 2009 al 13 de octubre 2009), fueron levantados por el Ente Regulador, quedando únicamente sometido a valoración el periodo comprendido entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, el que además ha sido reducido a: "*desde* ***el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012***".

Por su parte, **respecto al cargo N° 2**, en la anulatoria Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013 de 10 de octubre de 2013 se ha observado, una posible reducción en el tiempo del periodo acusado de paralización procesal que se atribuye a la entidad recurrente.

En su mérito, la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 establece lo siguiente:

"…*de los descargos presentados por la AFP, para el Cargo N°2, y de los lineamientos establecidos por la RMJ 068/2013, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:*

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°935-2012 de 4 de diciembre de 2012, se ha sancionado el presente Cargo por la paralización del período comprendido entre ***el 11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011****. Sin embargo, siguiendo los lineamientos de la RMJ 068/2013, han sido valoradas todas las actuaciones procesales presentadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP y el resto de las partes y terceros involucrados en dicho proceso judicial, valga decir el Juez, la parte contraria, el Oficial de Diligencias, terceros, etc;* (sic) *durante este período,* ***por lo que si bien de las mismas se evidencia la reducción del período de falta de movimiento procesal, paralización comprendida entre el 11 de abril de 2011 al 19 de octubre de 2011, pero se deja en claro que la conducta no ha variado en nada…"*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Estas circunstancias, desde un punto de vista lógico, ameritarían una valoración en favor de la entidad sobre la que recae la sanción impuesta, toda vez que en definitiva, con respecto al fundamento -original- de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expuesto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 resulta de rectificar la errada aplicación del criterio de prescriptibilidad respecto de los tres periodos imputados (para el cargo N° 1), así como la incorrecta valoración de determinados actos procesales que han reducido los periodos de la infracción (para uno de los periodos del cargo N° 1, y para el cargo N° 2).

Por ello, es pertinente ahora remitirse al justificativo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que recae sobre la cuantía de las sanciones, que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013:

"…***AL CARGO N°1*** (…)

…en cuánto al monto de la sanción impuesta (…) *la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, señala:*

> *"Lo anterior además conllevaría, que si al suceso de las tres infracciones, les ha correspondido la sanción que señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°992-2012* (…)
>
> *Entonces, por la comisión de una sola, le debiera corresponder una sanción inferior,* ***salvo opinión contrario del Ente Regulador****, en uno u otro caso, expresamente fundamentada.". (Las negrillas son nuestras).*

En virtud a lo señalado líneas arriba, esta Autoridad realiza el siguiente análisis: (…)

…respecto al monto de la sanción a imponer en la presente Resolución Administrativa para el Cargo N°1, esta Autoridad realiza el siguiente análisis en aplicación del punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 (…)

Esta Autoridad ha verificado el cumplimiento de los parámetros señalados, los cuales se detallan a continuación:

…***El hecho imputado se encuentra previamente calificado como falta o infracción en la norma aplicable*** (…)

…***El hecho sancionado se encuentra plenamente probado, respecto de las actuaciones señalas por la RMJ 068/2013 y la documentación remitida por la Administradora*** (…)

…***Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida*** (…)

…***La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración*** (…)

…***La naturaleza de los perjuicios causados*** (…)

…***La reincidencia en la comisión*** (…)

Por tanto, de los argumentos establecidos mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°068/2013 de 10 de octubre de 2013, la nueva documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y el análisis integral efectuado por esta Autoridad, se evidencia que ***continúa latente la paralización***

procesal *comprendida ahora entre el 05 de agosto de 2011 al 19 de marzo de 2012,* ***por lo que el monto de la sanción se ratifica****.*

AL CARGO N° 2 (…)

…si bien de las mismas se evidencia la reducción del período de falta de movimiento procesal, paralización comprendida entre ***el 11 de abril de 2011 al 19 de octubre de 2011****, pero se deja en claro que* ***la conducta no ha variado en nada****.*

…esta Autoridad ha realizado un nuevo análisis integral del caso para el presente Cargo por lo que ***no se ha desvirtuado el período de paralización del PES*** (sic, debió decir *PCS*).

CONSIDERANDO: (…)

…de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1. (…)

*…****a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción* (…)*;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado* (…)*;* ***c)*** *Los descargos presentados por la AFP respecto al PCS correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, sin embargo los mismos no fueron suficientes para levantar la infracción cometida.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada (…) ***a)*** *La existencia de negligencia por parte de la Administradora* (…), ***b)*** *El perjuicio ocasionado* (…)

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, porque provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2.

*…****a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción* (…)*;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado* (…)*;* ***c)*** *Los descargos presentados por la AFP respecto al PCS correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, sin embargo los mismos no fueron suficientes para levantar la infracción cometida.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte de la Administradora* (…), ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PCS por lo que retraso la recuperación de las Contribuciones.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, porque provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO: (…)

…se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción (…)

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"
(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, se imponen aquí las conclusiones siguientes:

- La decisión sancionatoria le es privativa a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro del plano del principio de discrecionalidad reglada -entre otros-, y por imperio de los artículos 84º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 68º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

- Es criterio del suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, expresado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2013 de 10 de octubre de 2013 -para el cargo Nº 1, aunque en esencia igualmente aplicable para el caso del cargo Nº 2-, que: "*si al suceso de las tres infracciones, les ha correspondido la sanción que señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012* (…) *Entonces, por la comisión de una sola, le debiera corresponder una sanción inferior, salvo opinión contrario del Ente Regulador* (…) *expresamente fundamentada*…"

- No obstante, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro del plano de su competencia, ha preferido **fundadamente** y de acuerdo a sus facultades privativas, ratificar las sanciones de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, por cuanto "***la conducta no ha variado en nada***", es decir, que la conducta imputada es inmutable con respecto de aquella que fuera materia del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013.

  Resulta de tal declaración, que al presente, el Ente Regulador ha sancionado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en función única y cualitativa de la existencia misma de la infracción, por su sola incidencia, independientemente del grado cuantitativo de su ocurrencia, extremo que, en tanto se acomode a la norma, observe lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2013 (en cuanto a la opinión *expresamente fundamentada*) y tenga en cuenta los límites que le impone la discrecionalidad reglada, resulta plenamente válida y legítima, habida cuenta que la supra citada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012, se encuentra al presente anulada.

En todo caso, llega hasta aquí el deber del suscrito de verificar la legalidad con la que han sido pronunciados los actos administrativos que conforman al proceso sancionatorio y recursivo, legalidad que, conforme lo señalado, no se evidencia hubiera sido infringida, por lo que no constando tampoco, que el extremo concreto referido a la ratificación de las sanciones hubiera sido materia del Recurso Jerárquico, y siendo la carga procesal impuesta al suscrito, el que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se refiera "*a las pretensiones formuladas por el recurrente*" (Ley 2341, Art. 63º, Par. II), no amerita mayor consideración o pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes cursantes en el expediente, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha realizado una correcta

valoración de los mismos, así como también ha aplicado correctamente la normativa que le es inherente al de autos.

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1196-2013 de 31 de diciembre de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 216/2014 DE 21 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 054/2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2014

La Paz, 02 de septiembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 047/2014 de 22 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 083/2014 de 21 de julio de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de abril de 2014, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por el señor Fernando Antonio Arce Grandchant**,** tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 488/2010, otorgado en fecha 6 de mayo de 2010, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, que en Recurso de

Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014.

Que, mediante nota APS – EXT.DE/1167/2014, con fecha de recepción 22 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de fecha 21 de marzo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de abril de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que fue notificado el 24 de abril de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013, notificó a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la misma, conforme al texto siguiente:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, comunicamos a usted que como resultado de la evaluación Especial a las inversiones que respaldan los Recursos de Inversión de Seguros Illimani S.A.* ***al 25 de septiembre de 2013,*** *se ha determinado que la entidad que usted preside habría, presuntamente, incumplido la siguiente normativa que da lugar a la emisión de los cargos que se citan infra:*
>
> > ***La Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001, que aprueba la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversiones y, la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001****, por mantener gravámenes en las inversiones admisibles que respaldan los recursos de inversión requeridos y por no haber puesto, dicho hecho, en conocimiento de la APS.*
>
> *Los cargos que se imputan por la presunta contravención de la normativa anterior, son como siguen:*
>
> ***CARGO N° 1****.- DPF serie CLAN 14465812, gravamen anotado por la Entidad de Depósito de Valores en fecha 27 de marzo de 2013, en cumplimiento al requerimiento judicial ASFI 1268/2013.*

No fue comunicado a la APS siendo que el mismo había sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81

"Detalle de cartera" desde el 27 de marzo de 2013 hasta el 7 de mayo de 2013.

Del reporte de bloqueos vigentes al 31 de agosto de 2013, emitido por la Entidad de Depósito de Valores (EDV), esta APS evidenció la permanencia de la inscripción del gravamen de inversión anterior

CARGO N° 2.- *DPF serie FIEN 14484010, gravamen anotado por la Entidad de Depósito de Valores el 25 de mayo de 2012, en cumplimiento a requerimiento judicial ASFI 2806/2013.*

No fue comunicado a la APS siendo que el mismo había sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" desde el 25 de mayo de 2012 hasta el 31 de mayo de 2013.

Del reporte de bloqueos ingentes al 31 de agosto de 2013, emitido por la Entidad de Depósito de Valores (EDV), esta APS evidenció la permanencia de la inscripción del gravamen de inversión anterior

CARGO N° 3.- *DPF serie FIEN17015810, gravamen anotado por la Entidad de Depósito de Valores el 25 de mayo de 2012, en cumplimiento a requerimiento judicial CC-ASFICBB2705.*

No fue comunicado a la APS siendo que el mismo había sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" desde el 25 de mayo de 2012 hasta el 31 de mayo de 2013.

Del reporte de bloqueos vigentes al 31 de agosto de 2013, emitido por la Entidad de Depósito de Valores (EDV), esta APS evidenció la permanencia de la inscripción del gravamen de inversión anterior

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted con los cargos anteriores, en su condición de representante legal de* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *al no haber observado debidamente las normas señaladas, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones, justificativos y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa…*"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 18-2014 DE 17 DE ENERO DE 2014.

Que, sin embargo del plazo otorgado por la Autoridad Reguladora a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, para que la misma presente sus descargos contra la nota APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013, la misma **no presentó hasta el vencimiento del mismo, elemento o alegación alguna que desvirtúe los cargos imputados**.

Que, por consiguiente, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, en su artículo primero, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió: "*Declarar* ***PROBADOS*** *los Cargos Nos. 1, 2 y 3 formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013 contra* ***SEGURON*** (sic) ***ILLIMANI S.A.***" por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO***

Que dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos otorgados a SEGUROS ILLIMANI S.A., para que responda los cargos formulados en su contra, ésta no presentó ningún memorial o nota, respondiendo a los cargos, ni produjo prueba alguna que evaluar tendiente a enervar los cargos formulados en su contra.

CONSIDERANDO

Que en uso de sus competencias y atribuciones, el ente regulador emitió la Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001 por la cual aprobó la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión cuyo párrafo 2 del artículo 4 establece lo siguiente:

"Todos los valores que no cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente, deberán ser excluidos de la cartera de valores que respalden los Recursos para Inversión de las compañías aseguradoras y reaseguradoras".

Mediante Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001, se instruyó a las Compañías Aseguradoras y Reaseguradoras lo siguiente:

"Con motivo de realizar un control más detallado de las inversiones realizadas con los Recursos de Inversión Requeridos, se deberá informar en el Formulario SEG/4.81 "Detalle de Cartera" únicamente los valores que respalden el total de Recursos de Inversión Requeridos.

Para las inversiones admisibles mantenidas en exceso se deberá informar un formulario similar y con las mismas características técnicas al Formulario SEG/4.81, bajo el nombre de Formulario SEG/4.82 "Detalle de cartera de inversiones en exceso".

CONSIDERANDO

Que en el presente procedimiento administrativo sancionador, no existe descargo alguno, ni prueba producida presentada por SEGUROS ILLIMANI S.A. que evaluar. Sin embargo es menester efectuar algunas consideraciones de orden legal.

Que de la normativa citada precedentemente se establece que las compañías aseguradoras y reaseguradoras, no deben mantener gravámenes en las inversiones admisibles que respaldan los recursos de inversión requeridos, así como deben poner en conocimiento de la APS tal situación. Por lo que se evidencia que SEGUROS ILLIMANI S.A., incumplió lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001, ya que es evidente que se efectuaron gravámenes sobre los siguientes valores:

- *DPF serie CLAN14465821.*
- *DPF serie FIEN14484010.*
- *DPF serie FIEN17015810.*

Aspecto que no fue informado a la APS, infringiendo la normativa precedentemente establecida. Este hecho se encuentra tipificado en las normas como infracción sujeta

a sanción conforme lo determinado en la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.

CONSIDERANDO:

Que corresponde establecer que en un sentido amplio, la sanción se conceptúa como un medio del que se vale el legislador para asegurar la eficacia de la norma y en un sentido estricto, se entiende que es la consecuencia dañosa que se imputa a la violación de una norma. Al respecto la doctrina es clara al establecer que: "…La sanción administrativa es el evento dañoso, impuesto por un órgano estatal, actuando en función administrativa, como consecuencia de la violación de un deber impuesto por la norma". Lorenzo de Viega Jaimey Susana. Sanciones Administrativas. Editorial Montevideo. 1996, pág. 8 (sic)

CONSIDERANDO

Que la actividad administrativa es ejercida a través de potestades que otorga la Ley a un órgano de la administración pública, entre éstas se encuentra la potestad sancionadora, la cual es reconocida expresamente en nuestra economía jurídica a través del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo No. 17175 (sic)*, de 15 de septiembre de 2003, que establece lo siguiente:*

> *II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, y normas aplicables.*

Que así también el artículo 73 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo establece: "I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar que dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares"

CONSIDERANDO

Que por todo lo expuesto, se concluye que SEGUROS ILLIMANI S.A. no ha desvirtuado los cargos acusados.

CONSIDERANDO

Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso n) del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones graves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de*

amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: n) Constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre los recursos determinados en los Títulos III y IV de la Ley de Seguros…"

En mérito a lo anterior, Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014 de referencia, también dispuso:

"…***SEGUNDO.-*** *Sancionar a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *de acuerdo al siguiente detalle:*

Por el cargo No. 1.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001.*

Por el cargo No. 2.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001.*

Por el cargo No. 3.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001.*

TERCERO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. No. 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria*

CUARTO.- *Se instruye a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *que en el plazo perentorio e improrrogable de quince (15) días hábiles administrativos, efectúe el traspaso de los valores gravados de la cartera admisible a la cartera en exceso y remita a esta APS la documentación respectiva que demuestre el cumplimiento de la presente instrucción…*"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 19 de febrero de 2014, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014 de 17 de enero de 2014, bajo los siguientes alegatos:

"…***3. Fundamentación del Recurso de Revocatoria.***

Por los antecedentes de hecho expuestos anteriormente en virtud a los Arts. 46, 47, 48 y 49 del Decreto Supremo 27175, impugno la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014****, de acuerdo a la siguiente argumentación jurídica:*

3.1. Falta de Tipicidad en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014.

La Ley 2341 de fecha 23 de abril de 2002, "Ley del Procedimiento Administrativo", Capítulo VI, Procedimiento Sancionador, Sección Primera, Principios Generales-, Art. 71, establece que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, ***tipicidad****, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento, punitivo e irretroactividad. Concordante con esta Norma, el Art. 73 de la merituada Ley establece: (Principio de Tipicidad) 1. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias"

La Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, tiene un libro sobre Principios de Derecho Administrativo, el mismo que menciona que: Principio de Tipicidad forma parte de la garantía del debido proceso: si bien en materia administrativa no exige el mismo grado de certeza y rigurosidad que en materia penal, es de igual manera aplicado al ámbito administrativo sancionador al estar reconocido expresamente en la Ley del Procedimiento Administrativo, cual se precisó en el Principio de Legalidad...

Comadira, señala:

"...La Tipicidad

Entendida como la Exigencia de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas, tampoco posee acogida absoluta en el derecho disciplinario, pues las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica, propia de las figuras penales.

De todos modos, es exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del solo juicio del superior, o fundables, exclusivamente, en la norma que otorga la atribución sancionatoria..."

Por lo tanto, la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración, para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que no puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionatoria.

Del análisis anterior tenemos que, el principio de tipicidad evita que la Administración Pública, a la hora de ejercer su poder punitivo sancionatorio recaiga en apreciaciones subjetivas de la norma y en la arbitrariedad pretendiendo forzar una acción o una omisión a una infracción -tipo administrativo- y ello con el objeto de garantizar al administrado el cumplimiento de la seguridad jurídica y del debido proceso.

Sobre el principio de tipicidad el Tribunal Constitucional ha señalado, en su SC 0035 3005 de 15 de junio de 2005, que:

"...este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. La aplicación de la Ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. ***Por tanto el intérprete y en su caso, el juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la prohibición de analogía, que expresa que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos en la norma****...*

Como se observa, el principio de tipicidad se encuentra íntimamente ligado al de legalidad; así, el principio de la legalidad de las sanciones, emana de la cláusula constitucional que constituye la garantía de defensa, principio que prescribe que toda pena debe estar fundada en una Ley previa y en esto último consiste la tipicidad.

Cabanellas en su Diccionario, expresa la aspiración que a ningún hecho calificado como delictivo, "quepa imponerle otra pena que la prevista, para evitar arbitrariedades y persecuciones inicuas.

En base a lo anteriormente desarrollado, importa precisar que la Autoridad Administrativa, en oportunidad de sancionar al presunto infractor, deberá tener en cuenta que la conducta omitida o incumplida, reprochable de sanción, debe encontrarse previamente tipificada en la norma de manera clara y precisa*, para que así los sujetos de sanción sepan de manera clara y precisa, para que así los sujetos de sanción sepan de manera* (sic) *cierta, cuáles son las conductas objeto de reproche".*

En la Resolución Administrativa ***APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014****, se impone una sanción, a la Empresa que represento en base, a la supuesta vulneración del Art. 4 de la Resolución Administrativa N° 438 de fecha 21 de Septiembre de 2001 párrafo segundo, que menciona:*

Inversiones Admisibles como Recursos de Inversión*. …*

Todos los valores que no cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente, deberán ser excluidos de la Cartera de Valores que respalden los Recursos para Inversión de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, ***hasta el 30 de octubre de. 2001, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS-Nº 281 de 13 de julio de 2001.*** ***(Las negrillas, cursivas y subrayado son nuestros)***

Es decir, que la conducta por la que se nos impone una sanción, deriva de una

norma preexistente, pero cuyo cumplimiento por parte de las compañías aseguradoras y reaseguradoras debía haber sido realizado hasta el ***30 de octubre del año 2001****. El objeto de la Resolución Administrativa Nº 438, de fecha 21 de septiembre de 2001 era:* ***"establecer procedimientos adicionales, para que las entidades aseguradoras adecúen las inversiones que respaldan los recursos para la inversión, de forma que se encuentren cumpliendo todas las disposiciones legales vigentes para las inversiones efectuadas en los Recursos de Inversión"****. Esta norma era para adecuar a 30 de octubre del año 2001 los procedimientos de inversión que se estaban implementando en el país y que debían ser cumplidos por las empresas aseguradoras y de reaseguro, por lo que aplicar esta norma, a procedimientos, que la empresa que represento realizó en las gestiones 2011 y 2012, resulta ilógico y de acuerdo a lo señalado por el Órgano Rector que tiene tuición sobre la APS (Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros), atenta contra el principio de tipicidad, pues la norma que ustedes señalan y en la que supuestamente hubiésemos adecuado nuestra actividad no está vigente, siendo que la misma era una norma transitoria para que se adecúen las empresas, entre estas Seguros Illimani S.A., a la nueva realidad boliviana en cuanto a normas de inversión, cuyo plazo de cumplimiento debía realizarse hasta el 30 de octubre de 2001.*

Hacemos notar, en este acápite que el párrafo segundo de la Resolución Administrativa 438 de fecha 21 de septiembre de 2001, no fue transcrito en su integridad en el Considerando Cuarto de la Resolución impugnada pues se omitió la transcripción de la parte importante que establece el plazo de adecuación a esa norma y por lo tanto la vigencia de la misma: ***"hasta el 30 de octubre de 2001, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS-Nº 281 de 13 de julio de 2001"****.* ***(Las negrillas, cursivas y subrayado son nuestros)***

Al no estar vigente la norma que se señala con anterioridad y que no es de aplicación al presente caso, tampoco se puede aplicar la Resolución Administrativa IS 602 de 14 de octubre de 2003, Art. 17 literal n), pues una norma depende la otra y al no existir los presupuestos que supuestamente se hubiesen vulnerado no se nos puede imponer la sanción correspondiente.

4. ***Petitorio.***

Por los antecedentes expuestos interpongo el correspondiente Recurso de Revocatoria contra la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014 y correspondiente Nulidad de actuados procesales administrativos por vulneración al debido proceso,*** *pues se juzga, a la empresa que represento, en base a una norma que esta fuera del ordenamiento jurídico, debiendo tomarse en cuenta que la vigencia de su aplicación se encuentra inserta en la misma norma. (Resolución Administrativa N° 438. de fecha 21 de septiembre de 2001, Art. 4 párrafo 2). Recurso que es interpuesto, de acuerdo a los Arts. 46-51 del Decreto Supremo 27175 y demás normas concordantes de la Ley del Procedimiento Administrativo y su correspondiente Decreto Reglamentario se proceda a Revocar de manera Total la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de techa 17 de enero de 2014 y se dicte la correspondiente Nulidad de actuados procesales administrativos por vulneración al debido proceso****, por los antecedentes de hecho y de derecho expuestos supra…*"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 216/2014 DE 21 DE MARZO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó "***CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014*** *de 17 de enero de 2014*", en base a los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que entrando al análisis del argumento esgrimido vale destacar lo siguiente:

1. *Los artículos 34 y 35 del Capítulo II, denominado "Del Régimen de Inversiones" de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, faculta a la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros expedir normativa específica sobre la materia.*

   De igual manera los incisos e) y s) del artículo 43 de la citada Ley de Seguros determinan que es atribución de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros supervisar la conformación de márgenes de solvencia y reservas técnicas, así como la aplicación de las normas de inversión que establece la Ley de Seguros y, emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de dicha ley y sus reglamentos.

   Las normas transcritas delimitan la competencia de la actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para emitir la normativa necesaria para el cumplimiento de sus funciones, así como el deber-obligación de acatarlas y hacerlas cumplir.

2. *En uso de dichas atribuciones, el Superintendente de Pensiones, Valores y Seguros emitió la Resolución Administrativa IS N° 018 de 13 de enero de 2000, cuyo objeto es regular las inversiones de las compañías aseguradoras que operan en las modalidades de personas, generales y fianzas. Dicha norma cuenta con once capítulos y regula: (i) los limites de inversión para compañías aseguradoras que operan bajo la modalidad de personas; (ii) los límites de inversión para compañías aseguradoras que operan bajo la modalidad de Generales; (iii) la valuación de los recursos de inversión; (iv) los excesos de inversión: (v) las modalidades de inversión y custodia o depósito de títulos valores (vi) los reportes de inversión; (vii) las inversiones en el extranjero; (viii) los derivados financieros; (ix) los plazos de adecuación; (x) así como las generalidades y las normas transitorias y disposiciones finales.*

3. *El 23 de diciembre de 1999, mediante Resolución Administrativa SPVS/398/1999 se aprueba y se emite la Norma Única de Valoración para las Entidades Supervisadas por la Superintendencia de Pensiones y Seguros, la misma que determina que dicha norma debía ser aplicada por las AFP y la ERA a partir del* ***1° de marzo de 2000****, así como por las Agencias de Bolsa y demás participantes del mercado de Valores.*

Que siendo necesario ratificar la aprobación de la norma citada en el párrafo precedente, para que el sector de Seguros la aplique obligatoriamente, se emitió la Resolución Administrativa IS N° 171 de 11 de abril de 2001 la que en su parte resolutiva, de mayor relevancia, determina:

> "***PRIMERO.- RATIFICAR*** *la aprobación de la Norma de Valoración Única y General de Valores para las Entidades Supervisadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (…).*
>
> ***SEGUNDO.- DISPONER*** *que la norma citada en el parágrafo que antecede sea aplicada por todos los operadores del sector de seguros, a* ***partir del 16 de julio de 2001 (…)***

4. *Debido a que la Resolución anterior, dispuso que la Norma Única de Valoración para Entidades Supervisadas sea aplicada por todos los operadores del sector de seguros, a partir del 16 de julio de 2011; y que la Asociación Boliviana de Aseguradoras solicitó se postergue la fecha de aplicación por 15 días, se emitió la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 281 de 13 de julio de 2001, la cual determinó en lo principal:*

> "***SEGUNDO.- DETERMINAR*** *que la Norma de Valoración Única y General de Valores para las Entidades Supervisadas (…) sea aplicada por todos los operadores del sector de seguros, a partir del* ***1° de agosto de 2001(…).***
>
> ***CUARTO.- DISPONER*** *que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Normativa Complementaria al Reglamento de Recursos para Inversión Administrados por las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, a partir del* ***1° de agosto de 2001****.*
>
> ***QUINTO.- ESTABLECER*** *que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Prestación de Servicios de las Agencias de Bolsa para los Recursos de Inversión de las compañías de Seguros y Reaseguros, a partir del* ***1° de agosto de 2001.***
>
> ***SEXTO.- DETERMINAR*** *que el período de prueba para la aplicación de la Norma Única de Valoración y sus correspondientes reportes de inversión, por parte de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, será de noventa (90) días calendario a partir el* ***1° de agosto de 2001****.*
>
> *En este período, las entidades aseguradoras y reaseguradoras serán observadas en cuanto a errores de información en el envío del Informe Diario,* ***pasada esa fecha, los errores serán sancionados de acuerdo a la normativa legal vigente.***

SEPTIMO.- ESTABLECER *que las entidades aseguradoras y reaseguradoras, tendrán un plazo de noventa (90) días calendario a partir del* ***1° de agosto de 2001 para adecuar sus Recursos de Inversión a los límites de inversión e inversiones admisibles de acuerdo a la normativa vigente****"*

5. *Que siendo necesario adoptar nuevas normativas complementarias para que las compañías de seguros y reaseguros puedan adecuar sus Recursos de Inversión a las normas legales en actual vigencia se emitió la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 438 de 21 de septiembre de 2001.*

   El objeto de dicho acto administrativo fue ***establecer procedimientos adicionales,*** *para que las entidades aseguradoras* ***adecúen las inversiones que respaldan los Recursos de Inversión****, de forma que se encuentren cumpliendo todas las disposiciones legales vigentes para las inversiones efectuadas con los Recursos de Inversión.*

   En este sentido el artículo 2 menciona que: "El plazo de adecuación establecido en el punto séptimo de la R.A. 281 de 13 de julio de 2001 (90 días a partir del 1° de agosto de 2001) …debe ser utilizado ***únicamente para adecuar los Recursos de Inversión****, de acuerdo a las disposiciones legales vigentes en materia de inversiones efectuadas con los Recursos para inversión. Las nuevas transacciones efectuadas por las compañías de seguros y reaseguros, durante el período de adecuación deberán cumplir con todas las disposiciones legales en vigencia, ya que en caso de incumplimiento serán sujetas a las sanciones correspondientes"*

   A su vez el artículo 4 determina que: "Las compañías de seguros y reaseguros, que tengan un mayor nivel de inversiones al mínimo de los Recursos de Inversión requeridos, podrán intercambiar sus valores a objeto de dar cumplimiento a la admisibilidad de las inversiones y los límites establecidos por la Resolución Administrativa IS-N° 018 de 13 de enero de 2000.

   Todos los valores que no cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente, deberán ser excluidos de la Cartera de Valores que respaldan los Recursos para inversión de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, ***hasta el 30 de octubre de 2001,*** *de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS N° 281 de 13 de julio de 2001".*

Que lo hasta aquí desarrollado demuestra que la Resolución Administrativa N° 438 de 21 de septiembre de 2001 es el resultado de una serie de normas sobre inversiones que la anteceden, entre las que también se encuentran la Ley del Mercado de Valores y el "Texto Ordenado del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores".

Que no obstante lo anterior y de la atenta lectura del contenido de la R.A. N° 438 de 21 de septiembre de 2001 se aprecia que la misma tiene un objeto único, consistente en establecer procedimientos adicionales para que las entidades aseguradoras adecúen los Recursos de Inversión en conformidad con las disposiciones vigentes en un plazo de noventa (90) días hábiles administrativos a partir del 1° de agosto de 2001, significando ello que el plazo máximo de validez venció el 30 de octubre de 2001.

Que en este sentido, la R.A. N° 438 habiendo cumplido su objeto único debió entrar en desuetudo, es decir debió perder validez y dejar de formar parte del orden jurídico regulatorio, por lo que el argumento de la Entidad Aseguradora de que "dicha norma al haber sido transitoria perdió su vigencia" es completamente cierto y no refutable.

Que sin embargo, la entidad Aseguradora debe considerar que el cargo impuesto mediante la Nota de Cargos APS /DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013 fue por haber presuntamente incumplido dos normas, a saber:

- *La Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001, y*

- *La Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001*

Que si bien es cierto que ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *ha desvirtuado el incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001, también es cierto que con relación a la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001 nada alega, hecho que hace presumir al Ente Fiscalizador que existe conformidad con el cargo, no obstante valen las siguientes consideraciones:*

- *La Cartera de valores que respaldan los Recursos de Inversión Requeridos se reportan mediante Formulario SEG/4.81 "Detalle de Cartera" y son denominadas "Admisibles", las demás inversiones que no respaldan el total de Recursos de Inversión Requeridos se reportan mediante otro formulario SEG/4.82 "Detalle de la cartera en exceso" conforme lo determina* ***la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30de*** (sic) ***julio de 2001.***

- *La Ley del Mercado de Valores N°1834 de 31 de marzo de 1998, en su artículo 47 establece:* ***CUENTAS DE RETENCIÓN****: Los valores que sean* ***gravados o queden sujetos a embargo o medida precautoria****,* ***serán registrados en una cuenta de retención perfectamente individualizada y no se les considerará homogéneos respecto de los demás de su mismo tipo, especie, clase serie y emisor.*** *(las negrillas han sido resaltadas para la presente Resolución Administrativa).*

- *El mismo cuerpo normativo en su artículo 59, inciso d), concordante con el parágrafo séptimo del artículo 34 de la Ley de Seguros N°1883, prevé que los derechos emergentes de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, se ejercerán de la siguiente forma:*

"La constitución de derechos, gravámenes y embargos sobre Valores representados mediante anotaciones en cuenta, debe efectuarse mediante inscripción ante la entidad de depósito, la que procederá a la apertura de una cuenta específica en la que retendrá los Valores objeto de gravamen, hasta la cancelación judicial o convencional del mismo.

La constitución de tales derechos, gravámenes o embargos es oponible a terceros desde el momento en que tiene lugar la inscripción especificada y concede derecho preferente a quienes hayan realizado tal inscripción (…)" *(las negrillas han sido resaltadas para la presente Resolución Administrativa).*

- *El Texto Ordenado del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores", aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI N°736/2010 de 23 de agosto de 2010, establece en el Título V Capítulo II, artículo 46, lo siguiente:*

  "La constitución de cualquier tipo de gravamen o medida precautoria sobre valores depositados en la Entidad de Depósitos de Valores e inscritos en el sistema de Registro de Anotaciones en Cuenta ***es oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción en la Entidad de Depósito de Valores.***

  Conforme lo previsto en el artículo 47 de la Ley del Mercado de Valores, los Valores que sean gravados o queden sujetos a embargo o medida precautoria, se registraran en una cuenta de retención perfectamente individualizada, quedando restringido bajo responsabilidad de la depositaria, cualquier acto de disposición sobre dichos valores en tanto los mismos mantengan tal situación."

Que lo transcrito demuestra que existen normas vigentes que determinan que las inversiones sujetas a gravámenes no se consideran homogéneas y se registran en una cuenta específica de retención en la Entidad de Depósito de Valores, más aun los derechos emergentes de los valores representados mediante anotaciones en cuenta conceden derechos a quienes hayan realizado la inscripción por la anotación o embargo y son oponibles a terceros, por lo que los DPFs con serie CLAN14465812, FIEN14484010 y FIEN17015810 no son de libre disponibilidad para Seguros Illimani S.A. motivo principal por el cual no pueden ser considerados como inversiones admisibles que respalden los Recursos de Inversión Requeridos.

CONSIDERANDO:

Que los descargos presentados por ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *han desvirtuado en parte la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014 de 17 de enero de 2014, esto es en lo que se refiere al incumplimiento al artículo 4, párrafo 2 de la Resolución Administrativa SPVS N°438 de 21 de septiembre de 2001 que aprueba la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión"; sin embargo, no han enervado el incumplimiento a la Circular SPVS-IS-DI-*

077 de 30 de julio de 2001, por mantener inversiones gravadas (DPFs series CLAN14465812, FIEN14484010 y FIEN17015810) de acuerdo a requerimientos judiciales, las cuales respaldaron los Recursos de Inversión Requeridos y fueron reportadas como "admisibles" en Formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" no siendo excluidas de la cartera en Formulario SEG/4.82 "Detalle de cartera en exceso", correspondiendo por tanto la confirmatoria parcial de la Resolución Administrativa impugnada…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 11 de abril de 2014, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***4. Fundamentación del Recurso Jerárquico***.

Por los antecedentes de hecho expuestos anteriormente en virtud a los Arts. 52, 53, 54 y 55 del Decreto Supremo 27175, interpongo Recurso Jerárquico contra la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014,*** *de acuerdo a la siguiente argumentación jurídica:*

4.1. Falta de Tipicidad en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014.

La Ley 2341 de fecha 23 de abril de 2002, "Ley del Procedimiento Administrativo", Capítulo VI, Procedimiento Sancionador, Sección Primera -Principios Generales- Art. 71, establece que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, ***tipicidad****, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento, punitivo e irretroactividad. Concordante, con esta Norma, el Art. 73 de la merituada Ley establece: (Principio de Tipicidad).*

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias"

La Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, tienen (sic) *un libro sobre Principios de Derecho Administrativo, el mismo que menciona que:*

"El Principio de Tipicidad forma parte de la garantía del debido proceso; si bien en materia administrativa no exige el mismo grado de certeza y rigurosidad que en materia penal, es de igual manera aplicado al ámbito administrativo sancionador al estar reconocido expresamente en la Ley del Procedimiento Administrativo, cual se precisó en el Principio de Legalidad...

Comadira, señala:

"...La Tipicidad

Entendida como la Exigencia de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas, tampoco posee acogida absoluta en el derecho

disciplinario, pues las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica, propia de las figuras penales.

De todos modos, es exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del solo juicio del superior, o fundables, exclusivamente, en la norma que otorga la atribución sancionatoria..."

Por lo tanto, la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración, para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que no puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionatoria.

Del análisis anterior tenemos que, el principio de tipicidad evita que la Administración Pública, a la hora de ejercer su poder punitivo -sancionatorio-, recaiga en apreciaciones subjetivas de la norma y en la arbitrariedad, pretendiendo forzar una acción o una omisión a una infracción -tipo administrativo- y ello con el objeto de garantizar al administrado el cumplimiento de la seguridad jurídica y del debido proceso.

Sobre el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado, en su SC 0035/2005 de 15 de junio de 2005, que:

"este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. La aplicación de la Ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. ***Por tanto el intérprete y en su caso, el juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la prohibición de analogía, que expresa que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos en la norma****…*"

Como se observa, el principio de tipicidad se encuentra íntimamente ligado al de legalidad; así, el principio de la legalidad de las sanciones, emana de la cláusula constitucional que constituye la garantía de defensa, principio que prescribe que toda pena debe estar fundada en una Ley previa y en esto último consiste la tipicidad.

Cabanellas en su Diccionario, expresa la aspiración que a ningún hecho calificado como delictivo, "quepa imponerle otra pena que la prevista, para evitar arbitrariedades y persecuciones inicuas.

En base a lo anteriormente desarrollado, importa precisar que la Autoridad Administrativa, en oportunidad de sancionar al presunto infractor, deberá tener en cuenta que la conducta omitida o incumplida, reprochable de sanción, debe encontrase (sic) ***previamente tipificada en la norma de manera clara y precisa****, para*

que así los sujetos de sanción sepan de manera clara y precisa, para que así los sujetos de sanción sepan de manera cierta, cuáles son las conductas objeto de reproche"

En la Resolución Administrativa ***APS/DJ/DS/N° 216/ 2014 de fecha 21 de marzo de 2014,*** *se confirma parcialmente la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014, en base a los argumentos expuestos en la parte considerativa.***

Debo manifestar que la APS ratifica en parte la Resolución Administrativa ***APS/DJ/DS/N° 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014, manifestando en la parte considerativa de manera textual lo siguiente:***

> ***"Que sin embargo, al*** (sic) ***entidad Aseguradora debe considerar que el cargo impuesto mediante la Nota de Cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013 fue por haber presuntamente incumplido dos normas, a saber:***
>
> ***La Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de Septiembre de 2001, y la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001"***
>
> ***"Que si bien es cierto que Seguros Illimani S.A. ha desvirtuado el incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 201*** (sic)***, también es cierto que con relación a la Circular SPVS-IS-DI-077 de julio de 2001 nada alega, hecho que hace presumir al ente fiscalizador que existe conformidad con el cargo…"***

De lo expresado, por ustedes mismos, debemos hacer mencionar (sic) *lo siguiente:*

1. *La Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, no es la fundamentación legal que utiliza la APS para emitir la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014,*** *pues la parte Resolutiva de esta Resolución solo fundamenta su Ratio en la Resolución N° 438/2001 de fecha 28 de septiembre de 2001,*

2. *Como bien menciona, la APS, la Nota de Cargos mencionaba la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, pero la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014,*** *en su parte Resolutiva, que es la fundamentación legal para la sanción que se nos impone no menciona para nada esta Circular, es más, de la lectura de la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014*** *se mencionan una serie de normas que son anteriores a la Resolución N° 438/2001, en ese ínterin y justamente para completar la aplicación de la norma Resolución Administrativa 281/2001 de fecha 13 de Julio de 2001 que es la Resolución que da origen a la 438/2001 se dicta la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, pues los reportes debían hacerse en estos formularios y no otros, los mismos que debían ser aplicados durante 90 días y no más pues esta circular es accesoria a las Resoluciones anteriores, por lo tanto al entrar en desuso las mismas por accesoriedad entró en desuso la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001.***

   Reiteramos una vez más, la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa no tiene su fundamentación en la Circular ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001,*** *como se demuestra de la siguiente captura de pantalla:…"*

Seguidamente, el Recurso Jerárquico inserta copia en imagen, de las páginas 5ª y 6ª de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, cuya parte resolutiva (a la que hace referencia la recurrente) señala:

"…***RESUELVE:***

PRIMERO.- *Declarar* ***PROBADOS*** *los Cargos Nos. 1, 2 y 3 formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013 contra* ***SEGURON*** (sic) ***ILLIMANI S.A.****, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001, manteniendo gravámenes sobre los DPF's con serie CLAN14465812; FIEN14484010 y FIEN17015810, y no haber puesto en conocimiento de la APS tal hecho.*

SEGUNDO.- *Sancionar a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *de acuerdo al siguiente detalle:*

Por el cargo No. 1.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001.*

Por el cargo No. 2.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001.*

Por el cargo No. 3.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001.*

TERCERO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. No. 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria*

CUARTO.- *Se instruye a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *que en el plazo perentorio e improrrogable de quince (15) días hábiles administrativos, efectúe el traspaso de los valores gravados de la cartera admisible a la cartera en exceso y remita a esta APS la documentación respectiva que demuestre el cumplimiento de la presente instrucción…*"

El Recurso Jerárquico continúa:

"…*Es decir, que la conducta por la que se nos impuso una sanción a través de la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014****, derivaba de una norma preexistente, pero cuyo cumplimiento por parte de las compañías aseguradoras y reaseguradoras debía haber sido realizado hasta el* ***30 de octubre del año 2001****. El objeto de la Resolución Administrativa Nº 438, de fecha 21 de septiembre de 2001 era:* ***"establecer procedimientos adicionales, para que las entidades aseguradoras adecúen las inversiones que respaldan los recursos para la inversión, de forma que se encuentren cumpliendo todas las disposiciones legales vigentes para las inversiones efectuadas en los Recursos de Inversión".*** *Para esto se emitieron normas anteriores que se encuentran señalas* (sic) *en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014, entre estas la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, que es una norma accesoria a las anteriores, pues los mencionados reportes debían realizarse en estos formularios y no otros, por lo que la APS nuevamente pretende mantener su decisión vigente en base a una norma que esta fuera del sistema legal. Esta norma era para adecuar a 30 de octubre del año 2001 los procedimientos de inversión que se estaban implementando en el país y que debían ser cumplidos por las empresas aseguradoras y de reaseguro, por lo que aplicar esta norma, a procedimientos, que la empresa que represento realizó en las Gestiones 2011 2012, resulta ilógico y de acuerdo a lo señalado por el Órgano Rector que tiene tuición sobre la APS (Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros), atenta contra el principio de tipicidad, pues la norma que ustedes señalan y en la que supuestamente hubiésemos adecuado nuestra actividad no está vigente, siendo que la misma era una norma transitoria para que se adecúen las empresas, entre estas Seguros Illimani S.A., a la nueva realidad boliviana en cuanto a normas de inversión, cuyo plazo de cumplimiento debía realizarse hasta el 30 de octubre de 2001.*

Al no estar vigente la norma que se señala con anterioridad y que no es de aplicación al presente caso, tampoco se puede aplicar la Resolución Administrativa IS 602 de 14 de octubre de 2003, Art. 17 literal n), pues una norma depende la (sic) *otra y al no existir los presupuestos que supuestamente se hubiesen vulnerado no se nos puede imponer la sanción correspondiente, más aún cuando la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, para su existencia dependía y depende de la existencia de otra norma.*

4.2. Vulneración al principio de congruencia*.*

Asimismo, hago notar, que la Resolución Administrativa ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014,*** *vulnera el principio de congruencia que rige la materia:*

4.2.1. *La mencionada Resolución en la parte resolutiva no fundamenta su Ratio en base a ninguna norma.*

4.2.2. *La Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014,*** *deja sin efecto en parte la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014*** *pues nos da la razón toda vez que el* (sic) *manifiesta que es evidente que la Resolución Administrativa Nº 438/2001 de fecha 28 de septiembre de 2001, tenía un tiempo de aplicabilidad, en este mismo orden de razonamiento, si*

esta Resolución solo tenía un tiempo de cumplimiento por qué la Circular ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, que es accesoria a la misma, tiene que seguir vigente y más aún ser utilizada como fundamento legal para sancionarnos a través de la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014****.*

4.2.3. *También quiero manifestar que no existe congruencia entre lo expuesto en la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014*** *y su parte Resolutiva, pues, al pronunciar una resolución sancionatoria, la autoridad jurisdiccional debe velar por el principio de congruencia y referirse específicamente a los puntos que en calidad de cargos se imputan al administrado; deberá hacer un análisis jurídico sobre si los cargos imputados han sido comprobados o por el contrario desvirtuados. Si se comprueba que los cargos inicialmente establecidos se confirman la autoridad impondrá una sanción mediante un acto administrativo debidamente motivado en el que claramente se establezcan todos los detalles de la comprobación hecha, la norma en la que se halla contenida la infracción, los antecedentes del caso y naturalmente la fundamentación legal que ampara dicha sanción.*

4.2.4. *Con relación al principio de congruencia en las sentencias constitucionales el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que* ***"Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y pronunciamiento****", entre lo que se solicita y aquello que se revuelve, no fallando ni ultra petitum; es decir más allá de lo pedido, ni extra petitum, cosa distinta a lo pedido ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir el de aquellos fundamentos en los que el demandante, incidentista o recurrente basó su solicitud.*

4.2.5. *Interpolando el tema al derecho administrativo es claro establecer que es imprescindible exista correlación absoluta y precisa entre la nota de cargos y la resolución sancionatoria a objeto de que el Principio de Congruencia no sea vulnerado.*

4.2.6. *Al respecto también tenemos la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2785/2010-R Sucre, 10 diciembre de 2010 es clara al respecto y señala:* ***"Del mismo modo, el Juez, de garantías, incurriendo nuevamente en una flagrante transgresión al debido proceso, pronuncia la Resolución que se revisa en la presente Sentencia por este Tribuna!, cuya parte dispositiva carece de fundamentos jurídico-fácticos y la debida motivación que sustente la determinación asumida, al remitirse simplemente a "transcribir" la demanda formulada por la accionante y redactar el contenido de la prueba aportada por ésta, de cuyo simple cotejo no se advierte un análisis lógico y probo de deducción, sana crítica y aplicación del derecho, al agregar como "también" vulnerados, los derechos al trabajo, a la igualdad y a la "seguridad jurídica" de la accionante, que no fueron invocados por su abogado ni por la defendida de éste, tornando esta resolución ultra petita, al no guardar congruencia entre lo pedido por la accionante y lo resuelto por el juzgador, quien, finalmente y sin ningún sustento, concede la tutela e incluso impone a las autoridades demandadas, el pago de costas daños, y perjuicios "averiguables con posterioridad" (sic)."*** *A mayor abundamiento opongo a su Autoridad las VINCUNATES* (sic) *Sentencias*

Constitucionales 220/2002 – R, 498/2002 - R, 752/2002 - R y otras a las que nos remitimos. La Resolución recurrida no respeta este principio; falla de forma distinta a los cargos incialmente (sic) *imputados, es decir falla por otros conceptos ajenos a los cargos iniciales.*

4.2.7. *Por otra parte, cabe hacer notar a su autoridad que la conducta de la APS, observada de nuestra parte mediante el presente Recurso, resulta también contraria al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, que establece cuáles son los Elementos Esenciales del Acto Administrativo, en particular, los elementos CAUSA (sustentarse en hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable) y FUNDAMENTO (expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto). Si estos Elementos Esenciales del Acto Administrativo se encuentran ausentes, como ocurre en el presente caso, exponen el acto administrativo a Anulabilidad del Acto, de conformidad con el artículo 36 Parágrafo I de la misma Ley.*

5. Petitorio*.*

Por los antecedentes expuestos interpongo el correspondiente Recurso de Revocatoria (sic) *contra la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014 y correspondiente Nulidad de actuados procesales administrativos por vulneración al debido proceso,*** *pues se juzga, a la empresa que represento, en base a una norma que esta fuera del ordenamiento jurídico, debiendo tomarse en cuenta que la vigencia de la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, dependía de la vigencia de la Resolución N° 438/2001 de fecha 28 de septiembre de 2001 por ser accesoria a la misma. Recurso que es interpuesto, de acuerdo a los Arts. 52 - 55 del Decreto Supremo 27175 y demás norma concordantes de la Ley del Procedimiento Administrativo y su correspondiente Decreto Reglamentario se proceda a reponer obrados anulando los mismos hasta el vicio más antiguo por vulneración al debido proceso, recurso que es interpuesto contra la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014,*** *por los antecedentes de hecho y de derecho expuestos supra…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye, en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe APS/DS/JCF/351/2013 de 25 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Dirección de Seguros de su institución, constató de los reportes que componen el Informe Diario de Control de Inversiones (se infiere que de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**) la

existencia de gravámenes de valores que afectan a los Recursos de Inversión, motivo por el que llevó adelante una evaluación especial a las inversiones de la ahora recurrente.

El precitado informe concluye de la siguiente manera:

> "…*La entidad efectuó los reprocesos de inversiones desde el 01/06/13 traspasando los valores gravados de las cartera de inversiones admisibles - Formulario (SEG/4.81 "Detalle de Cartera") a la cartera de inversiones en exceso Formulario (SEG/4.82 "Detalle de Cartera en exceso"), sin embargo habría incumplido el artículo 4 párrafo II de la Resolución Administrativa SPVS N°438 de 21/09/01 que aprueba la "Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión" y la circular SPVS-IS-DI-077 de 30/07/01 por mantener inversiones gravadas de acuerdo a requerimientos judiciales, las cuales respaldaron los Recursos de Inversión Requeridos y fueron reportadas como admisibles en formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" no siendo excluidas de la cartera:*
>
> *a) El gravamen del DPF serie CLAN14465812 de propiedad de Seguros Illimani S.A. efectuado por la Entidad de Depósito de Valores en fecha 27/03/13 conforme requerimiento judicial ASFI 1268/2013 no fue comunicado a esta Autoridad de Fiscalización por parte de Seguros Illimani S.A.* ***y el mismo habría sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" desde el 27/03/13 hasta el 07/05/13****.*
>
> *b) El gravamen del DPF serie FIEN14484010 de propiedad de Seguros Illimani S.A. efectuado por la Entidad de Depósito de Valores en fecha 25/05/12 conforme requerimiento judicial ASFI 2806/2013 no fue comunicado a esta Autoridad de Fiscalización por parte de Seguros Illimani S.A.* ***y el mismo habría sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" desde el 25/05/12 hasta el 31/05/13****.*
>
> *c) El gravamen del DPF serie FIEN17015810de propiedad de Seguros Illimani S.A. efectuado por la Entidad de Depósito de Valores en fecha 25/05/12 conforme requerimiento judicial CC-ASFICBB2705 no fue comunicado a esta Autoridad de Fiscalización por parte de Seguros Illimani S.A.* ***y el mismo habría sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81 "Detalle de cartera" desde el 25/05/12 hasta el 31/05/13****.*
>
> *d) Finalmente, a través del reporte de bloqueos vigentes emitido por la Entidad de Depósito de Valores (EDV) al 31/08/13 se evidenció la permanencia de la inscripción de los gravámenes de inversiones a Requerimientos Judiciales de propiedad de Seguros Illimani S.A. …*"

Corridos los trámites correspondientes, el extremo determinó que mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notifique a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la supuesta contravención a la Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001 (que aprueba la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversiones), y a la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001, por mantener gravámenes (con respecto a los tres Valores DPF señalados: serie CLAN 14465812, serie FIEN 14484010 y serie FIEN 17015810) en las inversiones admisibles que respaldan los recursos de inversión requeridos, y por no haber puesto en conocimiento del

Ente Regulador tal situación.

Notificados los cargos, en principio no ameritaron descargo alguno por parte de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, de manera tal que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, mediante la cual resolvió sancionarlo con una multa total en Bolivianos equivalente a 81.000.- UFV's (Ochenta y Un mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), a razón de 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por cada uno de los tres cargos.

Es recién mediante memorial de fecha 19 de febrero de 2014, que **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** asume participación activa dentro el proceso, interponiendo al efecto Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°18-2014 de 17 de enero de 2014 y solicitando la **"***Nulidad de actuados procesales administrativos por vulneración al debido proceso*", Recurso que es resuelto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, la que confirma parcialmente a la anterior, por cuya consecuencia, en fecha 11 de abril de 2014 la recurrente presentó el Recurso Jerárquico, que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis del caso, corresponde transcribir la norma aplicable al caso:

- **Resolución Administrativa SPVS-IS-Nº 281 de 13 de julio de 2001:**

> "…***PRIMERO.-*** *Dejar sin efecto el punto 2 (parte resolutiva) de la Resolución Administrativa N° 171 de 11 de abril de 2001, el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 247 de 26 de junio de 2001, el artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 251 de 27 de junio de 2001 y el artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 256 de 28 de junio de 2001.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Determinar que la Norma de Valoración Unica y General de Valores para las entidades supervisadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros sea aplicada por todos los operadores de sector de seguros, a partir del 1 de agosto de 2001.*
>
> ***TERCERO.-*** *Determinar que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Custodia de Valores aprobado mediante la Resolución Administrativa N° 247 de 26 de junio de 2001, a partir del 1 de agosto de 2001.*
>
> ***CUARTO.-*** *Disponer que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Normativa Complementaria al Reglamento de los Recursos para Inversión Administrados por las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, a partir del 1 de agosto de 2001.*
>
> ***QUINTO.-*** *Establecer que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Prestación de*

Servicios de las Agencias de Bolsa para los Recursos de Inversión de las compañías de Seguros y Reaseguros, a partir del 1 de agosto de 2001.

SEXTO.- *Determinar que el período de prueba para la aplicación de la Norma Única de Valoración y sus correspondientes reportes de inversión, por parte de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, será de noventa (90) días calendario a partir del 1 de agosto de 2001. En este periodo, las entidades aseguradoras y reaseguradoras serán observadas en cuanto a errores de información en el envío del Informe Diario, pasada esa fecha, los errores serán sancionados de acuerdo a la normativa legal vigente.*

SEPTIMO.- *Establecer que las entidades aseguradoras y reaseguradoras, tendrán un plazo de noventa (90) días calendario a partir del 1ero. de agosto de 2001 para adecuar sus Recursos de Inversión a los límites de inversión e inversiones admisibles de acuerdo a la normativa vigente…*"

- Circular SPVS-IS-DI-Nº 077 de 30 de julio de 2001:

"*…Con motivo de realizar un control más detallado de las inversiones realizadas con los Recursos de Inversión Requeridos, se deberá informar en el Formulario SEG/4.81 "Detalle de Cartera" únicamente los valores que respalden el Total de Recursos de Inversión Requeridos.*

Para las inversiones admisibles mantenidas en exceso se deberá informar un formulario similar y con las mismas características técnicas al Formulario SEG/4.81, bajo el nombre de ***Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso"*** *(nnnaaaammdd.482).*

Por otro lado, para considerar los límites para valores de corto y largo plazo representativos de deuda, se aplicarán las definiciones contenidas en el artículo 2. Del Decreto Supremo No. 24469:

- ***Títulos Valores de Corto Plazo:*** *Son los títulos valores representativos de deuda cuyo plazo de vencimiento es menor o igual a 360 días.*

- ***Títulos Valores de Largo Plazo:*** *Son los valores representativos de deuda cuyo plazo de vencimiento es mayor a 360 días…*"

- Resolución Administrativa N° 438 de 21 de septiembre de 2001 (*Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión*):

"…***Artículo 1.- (Objeto)***

La presente Resolución Administrativa establece procedimientos adicionales, para que las entidades aseguradoras adecuen las inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, de forma que se encuentren cumpliendo todas las disposiciones legales vigentes para las inversiones efectuadas con los Recursos de Inversión.

Artículo 2.- (Plazo de Adecuación)

El Plazo de Adecuación establecido en el punto séptimo de la Resolución Administrativa IS-No.281 de 13 de julio de 2001, que determina un plazo de 90 días calendario a partir del 1 de agosto, para adecuar los Recursos de Inversión, debe ser utilizado únicamente para adecuar los Recursos de Inversión, de acuerdo a las disposiciones legales en actual vigencia en materia de inversiones efectuadas con los Recursos para Inversión. Las nuevas transacciones efectuadas por las compañías de seguros y reaseguros, durante el período de adecuación deberán cumplir con todas las disposiciones legales en vigencia, ya que en caso de incumplimiento serán sujetas a las sanciones correspondientes.

En dicho período las compañías de seguros deberán intercambiar los valores que no cumplen la normativa vigente, por otros valores.

Artículo 3.- (Inscripción de Valores en Bolsa)

Las compañías de seguros y reaseguros deberán registrar en la Bolsa Boliviana de Valores, todos los Valores nacionales que componen sus Recursos de Inversión.

Artículo 4.- (Inversiones admisibles como Recursos de Inversión)

Las compañías de seguros y reaseguros, que tengan un mayor nivel de inversiones al mínimo de los Recursos de Inversión requeridos, podrán intercambiar sus Valores a objeto de dar cumplimiento a la admisibilidad de las inversiones y los límites establecidos por la Resolución Administrativa IS-NO (sic). *018 de 13 de enero de 2000."*

Todos los Valores que no cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente, deberán ser excluidos de la Cartera de Valores que respaldan los Recursos para Inversión de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, hasta el 30 de octubre de 2001, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS-No. 281…"

2.2. Infracciones a los principios del Derecho Administrativo.-

Conforme alega el Recurso Jerárquico de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**: "es *imprescindible exista correlación absoluta y precisa entre la nota de cargos y la resolución sancionatoria a objeto de que el Principio de Congruencia no sea vulnerado*", lo que importa su creencia de que dentro del caso de autos, habría sido infringido el principio de referencia.

Amén de la evaluación que a tal alegato ha de corresponder infra, es pertinente dejar constancia del deber que hace a la suscrita Autoridad Jerárquica y en la presente instancia, de velar porque el proceso se hubiera desarrollado con apego a la normativa legal que hace a la materia, y con observancia a los derechos y garantías constitucionales de la propia administrada.

En tal sentido, corresponde la evaluación sobre supuestas infracciones a los principios que rigen la actividad administrativa, por parte del propio Ente Regulador, conforme sigue a continuación:

2.2.1. Actuaciones del Ente Regulador.-

Consta de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha imputado a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, el incumplimiento a:

> "…*la siguiente normativa* (…)*:*
>
> > ***La Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001, que aprueba la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversiones y, la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001****, por mantener gravámenes en las inversiones admisibles que respaldan los recursos de inversión requeridos y por no haber puesto, dicho hecho, en conocimiento de la APS*…"

Con la necesaria aclaración de que la infracción a la precitada Resolución Administrativa SPVS Nº 438 de 21 de septiembre de 2001, ha sido tenida por desvirtuada en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, hay que señalar que la misma contiene cuatro artículos, los que están referidos a:

- Artículo 1º, que contiene el enunciado de su objeto.
- Artículo 2º, acerca de:
  - El plazo para adecuar los Recursos de Inversión de las transacciones efectuadas durante el período de adecuación.
  - El deber de cumplir con las disposiciones legales vigentes en las transacciones efectuadas en el mismo periodo, quedando sujetas en su caso, a las sanciones correspondientes.
  - El deber de intercambio, dentro del mismo periodo, de los valores que no cumplan con la normativa vigente, por otros valores.
- Artículo 3º, referente al deber de registro de todos los Valores nacionales que compongan Recursos de Inversión.
- Artículo 4º, sobre:
  - La posibilidad de intercambio de Valores en cumplimiento a la Resolución Administrativa IS-NO. 018.

- El deber de exclusión de los Valores que no cumplan con la normativa vigente, de acuerdo a la Resolución Administrativa IS-No. 281.

Conforme se evidencia de la revisión anterior, son varios los temas singulares a los que se refiere la Normativa aprobada por la Resolución Administrativa SPVS Nº 438, difícilmente convergentes entre sí, determinando que la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013, bajo el principio de especificidad que debió caracterizarle y que ahora se extraña, no especifique a cuál de todos ellos se refiere cuando acusa su incumplimiento, siendo improbable que a tiempo de su emisión (21 de noviembre de 2013), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se estuviere refiriendo a todos ellos a la vez, extremo confirmado -posteriormente- en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, cuando al declarar probados los tres cargos, sanciona a cada uno de ellos "*al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001*".

Aún así, es decir, resultando que la norma señalada de infringida había sido el artículo 4º de la Normativa aprobada por la Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001, el tema referido a cuál es la disposición concreta de esta última y que la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 ha señalado de incumplida, se mantiene en la incertidumbre, por cuanto, debe recordarse que tal artículo 4º (*Inversiones admisibles como Recursos de Inversión*) contiene a su vez, dos previsiones distintas entre sí:

- En su primer párrafo, que "*las compañías de seguros y reaseguros, que tengan un mayor nivel de inversiones al mínimo de los Recursos de Inversión requeridos, podrán intercambiar sus Valores a objeto de dar cumplimiento a la admisibilidad de las inversiones y los límites establecidos por la Resolución Administrativa IS-NO. 018 de 13 de enero de 2000*".

- Y en su segundo y último párrafo, que "*todos los Valores que no cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente, deberán ser excluidos de la Cartera de Valores que respaldan los Recursos para Inversión de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, hasta el 30 de octubre de 2001, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS-No. 281 de 13 de julio de 2001*"

Ahora bien; ampliando el análisis acerca de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013, ahora en función de las sanciones impuestas a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, el fundamento jurídico de la imputación refiere las dos normas siguientes:

> "…(1) ***La Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001, que aprueba la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversiones y*** (2)***, la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001***…"

Compulsado tal fundamento jurídico con el de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, concretamente con su artículo segundo, resulta que este último menciona también dos normas como incumplidas:

"…*por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en* (1) ***el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003***, *al incumplir lo dispuesto en* (2) ***el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Teniendo presente que -conforme lo supra visto- no se encuentra determinada cuál la previsión exacta de la Normativa aprobada por la Resolución Administrativa N° 438 que habría sido incumplida, resulta además que, el restante fundamento legal de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 (*la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001*), es distinto del de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014 de 17 de enero de 2014 (*el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003*), no obstante que ambas actuaciones importan fases secuenciales de un mismo proceso administrativo sancionatorio, y por tanto, debieran ser plenamente concordantes.

Aún más, quedando claro de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013, que la conducta tres veces sancionada, consiste en que cada uno de **los tres gravámenes anotados** "***No fue comunicado a la APS*** *siendo que el mismo había sido reportado como inversión admisible en formulario SEG/4.81*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), lo mismo no corresponde a ninguna de las normas involucradas, a saber:

- "…*el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001*…" (así mencionado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014 de 17 de enero de 2014), está referido a:

  - La posibilidad de intercambio de Valores en cumplimiento a la Resolución Administrativa IS-No. 018.

  - El deber de exclusión de los Valores que no cumplan con la normativa vigente, de acuerdo a la Resolución Administrativa IS-No. 281.

- La circular SPVS-IS-DI-N° 077 de 30 de julio de 2001 (mencionada por la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013), instruye que "*se deberá informar* ***en el Formulario SEG/4.81 "Detalle de Cartera" únicamente los valores que respalden el Total de Recursos de Inversión Requeridos***" y en el Formulario SEG/4.82 "*Detalle de Cartera Inversiones en Exceso*" las inversiones admisibles mantenidas en exceso.

  Instruye "*por otro lado*" se apliquen las definiciones sobre Títulos Valores de Corto Plazo y Títulos Valores de Largo Plazo, contenidas en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 24469.

- El artículo 17º, inciso n), del Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, hace referencia a que:

  "…*Se consideran como infracciones graves sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:* (…)

  n) Constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre los recursos determinados en los Títulos III y IV de la Ley de Seguros…"

  El extremo último compele entonces, a remitirse a los señalados Títulos de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros (norma adjetiva de la materia por cuanto, el carácter sustantivo del seguro comercial está previsto en el Título III, del Libro Tercero del Código de Comercio), que están referidos a "*los requerimientos de solvencia económica financiera*" (Título III) y a "*los seguros obligatorios*" (Título IV).

Por tanto, resulta que **ninguna de las normas que se señalan de infringidas (sea en la nota de cargos o sea en la Resolución sancionatoria), determinan como conducta sancionable de manera clara e inequívoca -tal cual lo exige el principio de tipicidad-, el que los gravámenes anotados no fueran comunicados al Ente Regulador, lo que conforme lo visto y en los términos de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013, es la conducta sancionada**.

Asimismo, al disponer la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 "***CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014*** *de 17 de enero de 2014*", sin señalar en qué radica el carácter parcial de la confirmación decidida, resulta contraria a la disposición del artículo 43°, parágrafo I, inciso a), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto, este señala que: "*Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:* ***a) Confirmatorias.*** *Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos* ***o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida***" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), y en la Resolución de referencia, no se observa que se hubiera modificado -parcialmente- lo decidido en la decisión anterior, limitándose la Resolución ahora recurrida, simple y lacónicamente, a señalar que su determinación actual está dada "*en base* ***a los argumentos*** *expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa*" (ídem), lo que desde luego no puede confundirse con la modificación extrañada, amén que los argumentos como tal, no pueden ser entendidos como la decisión a la que dan origen.

Congruente con lo hasta aquí desarrollado, corresponde advertir que, "*cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*" (Const. Pol. del Estado, Art. 116º, Par. II), que "*son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias* (…) -que- *sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*" (Ley

2341, Art. 73º, Par. I y II), y que "*constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI*" (Rglmnto. Aprob. por DS 27175, Art. 63º, Par I).

Tales presupuestos extraídos de la economía jurídica patria, hacen a la materialización positiva del *nullum crimen, nullum poena, sine praevia lege*, es decir, del principio de tipicidad, aquel que de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, consiste en que:

> "…*no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la prohibición de analogía, que expresa que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos a los comprendidos en la norma*…" (SC 0035/2005 de 15 de junio de 2005)

Para ampliar el criterio, señala Comadira que: "*es exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del solo juicio del superior, o fundables, exclusivamente, en la norma que otorga la atribución sancionatoria*…"

Asimismo, se rescata lo determinado por la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, que señala:

> "…*Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones, ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda*".

Al respecto, el artículo 28º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, sobre los elementos esenciales del acto administrativo, en su inciso b) establece que la causa "*deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable*", y en su inciso e), sobre el fundamento, que "*deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b)*".

Para completar el contexto teórico en el que se desenvuelve la congruencia, el precedente de regulación financiera establecido por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004, establece que:

"…*El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*

> *La motivación que contiene la resolución administrativa respecto de la congruencia debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión*…"

Todas estas menciones son ahora pertinentes, por cuanto, no cabe duda que el carácter indeterminado de la imputación de los cargos (nota APS/DESP/DJ/DS/9231/2013), expresado en no haberse especificado cuál de las varias previsiones contenidas en la invocada Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 resulta ser la norma presuntamente infringida, determinando haberse inobservado, por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el principio de tipicidad.

A su vez, la diferencia de fundamento legal, entre la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 y la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014, determina haberse infringido los principios de congruencia, y de motivación y fundamentación, conforme al análisis supra desarrollado, circunstancia idéntica con respeto a haber la Autoridad Recurrida, impulsado un proceso sancionatorio en base a la imputación de una serie de normas que, no coinciden ni corresponden de manera inequívoca, con la conducta que se señala de infringida.

2.2.2. Alegato de la recurrente.-

Por su parte, señala **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*La Circular **SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001**, no es la fundamentación legal que utiliza la APS para emitir la Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014,** pues la parte Resolutiva de esta Resolución solo fundamenta su Ratio en la Resolución N° 438/2001 de fecha 28 de septiembre de 2001* (…)
>
> …*la Nota de Cargos mencionaba la Circular **SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001**, pero la Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014,** en su parte Resolutiva, que es la fundamentación legal para la sanción que se nos impone no menciona para nada esta Circular* (…)
>
> …*no existe congruencia entre lo expuesto en la Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014** y su parte Resolutiva* (…)

...es imprescindible exista correlación absoluta y precisa entre la nota de cargos y la resolución sancionatoria a objeto de que el Principio de Congruencia no sea vulnerado (…)

...La Resolución recurrida no respeta este principio; falla de forma distinta a los cargos incialmente (sic) *imputados, es decir falla por otros conceptos ajenos a los cargos iniciales* (…)

...los Elementos Esenciales del Acto Administrativo, en particular, los elementos CAUSA (sustentarse en hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable) y FUNDAMENTO (expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto). Si estos Elementos Esenciales del Acto Administrativo se encuentran ausentes, como ocurre en el presente caso, exponen el acto administrativo a Anulabilidad del Acto, de conformidad con el artículo 36 Parágrafo I de la misma Ley…"

Para el caso, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** observa una falta de congruencia en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, más no en función de sus alegatos o descargos (que además, fueron inexistentes en la oportunidad para ello señalado por el artículo 67, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), sino del fundamento normativo de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013.

Comentario aparte, la recurrente extiende su alegato sobre falta de congruencia, a "*lo expuesto en la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014*** *y su parte Resolutiva*", no obstante, al justificarlo señala que:

"*…al pronunciar una resolución sancionatoria, la autoridad jurisdiccional debe velar por el principio de congruencia y* ***referirse específicamente a los puntos que en calidad de cargos se imputan al administrado****;* ***deberá hacer un análisis jurídico sobre si los cargos imputados han sido comprobados o por el contrario desvirtuados. Si se comprueba que los cargos inicialmente establecidos se confirman la autoridad impondrá una sanción*** *mediante un acto administrativo debidamente motivado en el que claramente se establezcan todos los detalles de la comprobación hecha, la norma en la que se halla contenida la infracción, los antecedentes del caso y naturalmente la fundamentación legal que ampara dicha sanción…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremo por el que se infiere, que la falta de congruencia (más de una, a decir del recurrente) que menciona el Recurso Jerárquico (primero referente a la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 y luego a la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014) se tratan en realidad de la misma, es decir, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** alega incongruencia en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 y en función de ello, dado haber impugnado esa decisión y no habérsele dado razón plena, hace extensible su recurso también contra la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2014.

Entonces, el alegato en concreto está referido a que uno de los fundamentos normativos de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 (la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001), no estaría mencionado en la parte resolutiva de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18/2014, y que ello importaría una incongruencia entre ambos actuados, por cuanto, no se encuentran correlacionados, de manera tal que la sanción es distinta de los cargos imputados bajo los términos expuestos.

En principio, el extremo alegado obliga a la comparación de los actuados mencionados. Así:

- La nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013, hace referencia a que:

  "…*la entidad que usted preside habría, presuntamente,* ***incumplido*** *la siguiente normativa que da lugar a la emisión de los cargos que se citan infra:* (…)

  …***la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001*** (…)"

- Mientras que la parte resolutiva de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, dispone:

  "…***PRIMERO.-*** *Declarar* ***PROBADOS*** *los Cargos Nos. 1, 2 y 3 formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013 contra* ***SEGURON*** (sic) ***ILLIMANI S.A.***, ***al haber incumplido*** ***lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001****, manteniendo gravámenes sobre los DPF's con serie CLAN14465812; FIEN14484010 y FIEN17015810, y no haber puesto en conocimiento de la APS tal hecho.*

  SEGUNDO.- *Sancionar a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *de acuerdo al siguiente detalle:*

  Por el cargo No. 1.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003,* ***al incumplir*** ***lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001****.*

  Por el cargo No. 2.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003,* ***al incumplir*** ***lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001****.*

> ***Por el cargo No. 3.-*** *Con multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s (Veintisiete Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 17.n) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003,* ***al incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Normativa Complementaria de Adecuación de las Inversiones que respaldan los Recursos para Inversión, aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001 de 21 de septiembre de 2001****…*"

(En ambos casos, las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme se evidencia de la relación y compulsa anteriores, la nota de cargos se originaría en el supuesto incumplimiento a la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001 (amén de, también, a la Resolución Administrativa SPVS N° 438 de 21 de septiembre de 2001, presunto incumplimiento este último declarado desvirtuado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014).

No obstante, el supuesto incumplimiento a la Circular SPVS-IS-DI-077 no sólo no es mencionado en los artículos dispositivos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, sino que ésta limita el incumplimiento -después desvirtuado conforme lo dicho- únicamente, al artículo 4º de la Normativa aprobada por la Resolución Administrativa SPVS No. 438/2001.

Consiguientemente, dado que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014, ha señalado que:

> "*…los descargos presentados por* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *han desvirtuado en parte la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014 de 17 de enero de 2014, esto es en lo que se refiere al incumplimiento al artículo 4, párrafo 2 de la Resolución Administrativa SPVS N°438 de 21 de septiembre de 2001* (…)*; sin embargo, no han enervado el incumplimiento a la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001, por mantener inversiones gravadas (DPFs series CLAN14465812, FIEN14484010 y FIEN17015810)…*"

Tal modificación determina que, no se ha señalado expresa, clara y formalmente, cuál la norma subsistente de la nota de cargos que se habría infringido, por cuanto, la confirmación parcial a la que se refiere la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 216-2014, consiste en haberse "*desvirtuado en parte la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014* (…) *en lo que se refiere al incumplimiento al artículo 4, párrafo 2 de la Resolución Administrativa SPVS N°438 de 21 de septiembre de 2001* (…) *sin embargo, no han enervado el incumplimiento a la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001, por mantener inversiones gravadas*", Circular esta última que no es mencionada cual norma infringida, en el artículo segundo de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 18-2014, cuando se imponen las sanciones.

Ello determina que la sanción ulterior que ahora consta, no se encuentra correctamente fundamentada, e importando una infracción al debido proceso administrativo, más no sólo en su faceta sobre la congruencia de las decisiones (principio de congruencia), sino

también y con mayor precisión al deber de fundamentación de las decisiones, establecido por los artículos 28º, inciso e), y 30º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremo que, dando lugar a la indefensión de la recurrente, no puede determinar, sino, a la anulabilidad de obrados.

A tal efecto, téngase presente para este acápite, el fundamento jurídico señalado en el numeral anterior.

2.3. Aplicación de la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001.-

Sin perjuicio de lo anterior (toda vez que ello es determinante a los efectos de la decisión que consta infra), cabe rescatar que **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** centra su Recurso Jerárquico, en los siguientes fundamentos:

> "…*la Nota de Cargos mencionaba la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, pero la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 18/2014 de fecha 17 de enero de 2014,*** *en su parte Resolutiva, que es la fundamentación legal para la sanción que se nos impone no menciona para nada esta Circular* (…)
>
> …*atenta contra el principio de tipicidad, pues la norma que ustedes señalan y en la que supuestamente hubiésemos adecuado nuestra actividad no está vigente, siendo que la misma era una norma transitoria para que se adecúen las empresas* (…) *a la nueva realidad boliviana en cuanto a normas de inversión, cuyo plazo de cumplimiento debía realizarse hasta el 30 de octubre de 2001*.
>
> *Al no estar vigente la norma que se señala con anterioridad y que no es de aplicación al presente caso, tampoco se puede aplicar la Resolución Administrativa IS 602 de 14 de octubre de 2003, Art. 17 literal n), pues una norma depende la* (sic) *otra y al no existir los presupuestos que supuestamente se hubiesen vulnerado no se nos puede imponer la sanción correspondiente, más aún cuando la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001****, para su existencia dependía y depende de la existencia de otra norma* (…)
>
> …*La Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014*** (…) *nos da la razón toda vez que el* (sic) *manifiesta que es evidente que la Resolución Administrativa N° 438/2001* (…) *tenía un tiempo de aplicabilidad, en este mismo orden de razonamiento, si ésta Resolución solo tenía un tiempo de cumplimiento por qué la Circular* ***SPVS-IS-DI-077 de 30 de Julio de 2001,*** *que es accesoria a la misma, tiene que seguir vigente y más aún ser utilizada como fundamento legal para sancionarnos a través de la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DS/Nº 216/2014 de fecha 21 de marzo de 2014***…"

Dados los extremos alegados por la recurrente, es necesario analizar la normativa mencionada por la misma, a fin de establecer si ésta se encontraba o no vigente, en oportunidad de los hechos que generaron los cargos, por cuanto, tal es el presupuesto que exige el artículo 116°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado: "*cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*".

En tal sentido, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a fin de reglamentar la Ley de Seguros Nº 1883, específicamente en lo relacionado al régimen de inversiones de las compañías de seguros y reaseguros, emitió la Resolución Administrativa IS-Nº 018 de 13 de enero de 2000; de forma posterior -entre otras- emitió la Resolución Administrativa IS-Nº 281 de 13 de julio de 2001, la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001 y la Resolución Administrativa IS-Nº 438 de 21 de septiembre de 2001.

En lo específico, la Resolución Administrativa IS-Nº 018 de 13 de enero de 2000, fue pronunciada para reglamentar los artículos 34° y 35° de la Ley Nº 1883 (de Seguros), y la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001 fue emitida para establecer el formato para el reporte del *Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso*, no teniendo ésta última, en cuanto su vigencia, un plazo definido como tampoco está sujeta a ninguna otra norma en particular, tal como se puede apreciar del texto de la misma que se transcribe a continuación:

> "…*Con motivo de realizar un control más detallado de las inversiones realizadas con los Recursos de Inversión Requeridos, se deberá informar en el Formulario SEG/4.81 "Detalle de Cartera" únicamente los valores que respalden el Total de Recursos de Inversión Requeridos.*
>
> *Para las inversiones admisibles mantenidas en exceso se deberá informar un formulario similar y con las mismas características técnicas al Formulario SEG/4.81, bajo el nombre de* ***Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso"*** *(nnnaaaammdd.482).*
>
> *Por otro lado, para considerar los límites para valores de corto y largo plazo representativos de deuda, se aplicarán las definiciones contenidas en el artículo 2. del Decreto Supremo No. 24469:*
>
> - ***Títulos Valores de Corto Plazo:*** *Son los títulos valores representativos de deuda cuyo plazo de vencimiento es menor o igual a 360 días.*
> - ***Títulos Valores de Largo Plazo:*** *Son los valores representativos de deuda cuyo plazo de vencimiento es mayor a 360 días…*"

Sin embargo, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** argumenta que la vigencia de la norma transcrita *ut supra*, sería accesoria a la Resolución Administrativa IS-Nº 438 de 21 de septiembre de 2001, por lo que por ende habría perdido vigencia al 31 de octubre de 2001, fecha hasta la cual las compañías de seguros y reaseguros debían "*adecuar sus Recursos de Inversión a los límites de inversión e inversiones admisibles de acuerdo a la normativa vigente*" conforme al plazo establecido en el artículo séptimo de la Resolución Administrativa IS-Nº 281 de 13 de julio de 2001.

Ahora bien, la controvertida Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001, estableció el uso del formulario SEG/4.82 "*Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso*", a efectos de operativizar y formalizar la información sobre los Valores que no se encontraban contemplados por el formulario SEG/4.81 "*Detalle de Cartera*", independientemente de si tales Valores han sido adquiridos antes o después del período de adecuación, tal como la propia Resolución Administrativa IS-Nº 438 de 21 de septiembre de 2001 lo dispone, en su artículo 2º:

"…***Las nuevas transacciones efectuadas por las compañías de seguros y reaseguros, durante el período de adecuación deberán cumplir con todas las disposiciones legales en vigencia***…"

Lo anterior determina que el formulario SEG/4.82 es de uso obligatorio al presente, y que la Circular SPVS-IS-DI-077 de 30 de julio de 2001 -que lo implementa- no tiene relación de accesoriedad con la Resolución Administrativa IS-Nº 438, toda vez que esta última, al haber sido emitida en fecha 21 de septiembre de 2001, es posterior a la Circular señalada, siendo de apreciar además que, los formularios *SEG/4.81 Detalle de cartera* y *SEG/4.82 Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso*, continúan vigentes a la fecha, precisamente porque dicha Circular tiene un plazo de vigencia indefinida y no existe con respecto a la misma, alguna disposición de abrogatoria expresa que le afecte.

Por lo tanto, lo manifestado por la recurrente **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido de que la norma descrita se encontraba vigente solamente hasta el 31 de octubre de 2001, no es evidente, toda vez, que conforme lo establecido, tal norma no tiene un plazo específico de vigencia, es entonces indefinida y por ello, se encontraba firme y subsistente a la fecha en que se gravaron los tres Valores (Depósitos a Plazo Fijo: serie CLAN 14465812, serie FIEN 14484010 y serie FIEN 17015810) que hacen a la controversia presente.

No obstante, tal extremo no influye sobre la decisión de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por la serie de fundamentos hechos presentes en los numerales supra.

2.4.- Proporcionalidad de la sanción.-

Es de hacer notar que, como se tiene dicho, la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2014 de 21 de marzo de 2014 ha determinado:

"…*Que los descargos presentados por* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *han desvirtuado en parte la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, esto es en lo que se refiere al incumplimiento al artículo 4, párrafo 2 de la Resolución Administrativa SPVS Nº438 de 21 de septiembre de 2001*…"

Ello sin embargo, no ha trascendido en la determinación de la última nombrada, la que resulta subsistente es las sanciones dispuestas por su artículo segundo ("*multa en Bolivianos equivalente a 27.000 UFV´s*" para cada uno de los tres cargos, haciendo un total de 81.000 UFV´s), sin que se hubiera hecho constar fundamento alguno que se refiera al porqué, sin embargo de resultar el supuesto incumplimiento de una magnitud normativa menor a la inicialmente sancionada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 18-2014 de 17 de enero de 2014, no cabe lugar a la disminución de la cuantía de la multa, extremo que en tanto no sea aclarado por el Ente Regulador, presupone haber ocurrido una infracción al principio de proporcionalidad, y determina también la inobservancia del deber de motivación y fundamentación que debe hacer a una Resolución, conforme lo establecido supra.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha fundamentado ni motivado correctamente sus decisiones, dentro del proceso sancionatorio

y dentro del consiguiente recursivo.

Que, siendo evidente que en el presente caso no se ha motivado ni fundamentado la resolución impugnada, corresponde anular el proceso.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, los derechos consagrados de la recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la nota APS/DESP/DJ/DS/9231/2013 de 21 de noviembre de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia, pronunciarse nueva nota de cargos, ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención al Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al haber infringido el derecho al debido proceso de la administrada, exhortándosele a sustanciar el proceso con estricto apego al procedimiento legal.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “SAN ANTONIO” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 163/2014 DE 25 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 055/2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 055/2014

La Paz, 02 de septiembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 048/2014 de 30 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 090/2014 de 1° de agosto de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los recursos jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 11 de abril de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, representada legalmente por su Gerente General, Lic. Robinson Salas Molina, en mérito al Testimonio de Poder Nº 368/2013 otorgado en fecha 8 de octubre de 2013, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 58 del Distrito Judicial de Cochabamba, a cargo de la Dra. Karen Álvarez Royo, presentó Recurso Jerárquico contra

la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-57670/2014, con fecha de recepción 17 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de fecha 25 de marzo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de abril de 2014, notificado en fecha 2 de mayo de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de fecha 25 de marzo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. CARTA CIRCULAR ASFI/DEP/6629/2013 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, determinó lo siguiente:

> "…*Adjunto a la presente encontrarán el detalle de multas hasta el mes de agosto de 2013, correspondiente a incumplimientos en los plazos para el envío de información periódica a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), conforme establece el Libro 5°, Titulo* (sic) *II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF)*.
>
> *El importe de la multa debe depositarse en la Cuenta Corriente N° 1-4678352 del Banco Unión S.A. ("Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas"), según anexo adjunto, y remitir a este Organismo Supervisor hasta el día 25 de noviembre de 2013, copia del comprobante respectivo o, en su caso, presentar sus descargos y justificativos, de acuerdo con el formato contenido en el Anexo 2 del Libro 5°, Título II, Capítulo IV de la RNBEF*…"

Corresponden al detalle de multas -en lo que se refiere a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**- los extractos de las planillas siguientes:

> "…***Período de proceso: DICIEMBRE DE 2012***
> ***ENTIDAD:*** *COOPERATIVA SAN ANTONIO*

Reporte	Periodo	Fecha de Ingreso	Plazo Recepción	Retraso	Importe de Multa en Bs.
AUDITORIA EXTERNA	31/12/2012	09/07/2013 18:46:00	25/06/2013 23:59:00	14	3,700.00
AUDITORIA EXTERNA	31/12/2012	11/06/2013 15:24:00	21/05/2013 23:59:00	21	5,800.00
				Total Multa (Bs)	**9;500.00**

(…)"

"…***Período de proceso: JUNIO DE 2013***
ENTIDAD: *COOPERATIVA SAN ANTONIO*

Reporte	Periodo	Fecha de Ingreso	Plazo Recepción	Retraso	Importe de Multa en Bs.
FORMAS C-D-E	30/06/2013	02/10/2013 15:08:00	30/09/2013 23:59:00	2	400.00
				Total Multa (Bs)	**400.00**

(…)"

"…***Período de proceso: JULIO DE 2013***
ENTIDAD: *COOPERATIVA SAN ANTONIO*

Reporte	Periodo	Fecha de Ingreso	Plazo Recepción	Retraso	Importe de Multa en Bs.
ENCAJE ELECTRONICO	01/07/2013	04/07/2013 13:54:00	03/07/2013 14:00:00	1	300.00
ENCAJE ELECTRONICO	02/07/2013	04/07/2013 13:54:00	03/07/2013 14:00:00	1	300.00
				Total Multa (Bs)	**600.00**

(…)"

2. NOTA CACSA 150/013 DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, en atención a la carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, hace presente ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, su nota CACSA 150/013 de 22 de noviembre de 2013, por la que deja constancia de los extremos siguientes:

"…*1.- Auditoría Externa*

Como es de su conocimiento la Cooperativa ha sido multada según tramite (sic) *de referencia, a causa del Informe de Auditoria* (sic) *Externa efectuado por la Empresa MGI ABACO SRL., al 31 de diciembre de 2012 el cual fue observado por vuestra Institución en lo concerniente a que en dicho informe no incluyo* (sic) *de forma especifica* (sic) *el flujo de información en niveles internos de nuestra Institución observación* (sic) *que la Empresa ABACO S.R.L., aclaro* (sic) *en respuesta de descargo que dichos informes que dictaminaban nuestros estados financieros al 31 de diciembre de 2012 contenían lo observado, estos descargos son desestimados nuevamente llegando hasta una tercera instancia de envió* (sic) *para ser aceptadas lo que ocasiono* (sic) *el computo* (sic) *de retrasos en los plazos de recepción de los mismos.*

Por otra parte mencionar que nuestra Institución inmediatamente que recibía estas observaciones enviaba (sic) *a la empresa ABACO SRL., para su correspondiente análisis e informe de descargos para enviárseles.*

Es en este sentido que nuestra Institución no podría hacerse cargo de estas multas que corresponden a observaciones efectuadas a la Empresa ABACO S.R.L., por ASFI, siendo que nosotros habríamos contratado una empresa que se encuentra en las

listas de la ASFI y que avalan su calidad de servicios por la experiencia de ABACO S.R.L., para enmarcarse dentro los lineamientos que exige ASFI.

Por otra parte damos a conocer que habiéndose enviado el correspondiente reporte de multas a la Empresa ABACO para que en mérito a su responsabilidad y su inscripción en ASFI como empresa catalogada para efectuar auditorias (sic) *externas dentro el ámbito de lo exigido por ASFI asuman o descarguen la multa de Bs. 9.500.- que en el tramite* (sic) *de referencia ASFI nos hace llegar a nuestra Institución; negando en todo concepto la asunción* (sic) *de dicha multa por parte de ABACO SRL., según respuesta a nuestra Institución recepcionada en la fecha 20 de noviembre de 2013.*

De lo anotado enviamos a vuestra Institución los documentos del Tramite N° T-571899 que contiene las fechas de recepción por nuestra Institución, como así enviamos las cartas de correspondencia de reenvió a estos tramites (sic) *a la Empresa ABACO y las cartas de ABACO descargando dichas observaciones mismas que fueron enviados con carta de nuestra Institución a la ASFI inmediatamente conjuntamente de recibidos estos descargos.*

De lo anotado solicitamos que se corrija y se evalué las fechas de ingreso respecto del conocimiento que se habría tenido para el tramite (sic) *de recepción y por ende el envió a ASFI de los descargos y/o aclaraciones que efectúa la Empresa ABACO S.R.L., como así se evalué la carta de respuesta en descargo de estas observaciones que nos hace ASFI.*

Creemos concientemente (sic) *que nuestra Institución no ha sido observada en lo que corresponde ya que al efectuar la Auditoria* (sic) *Externa es en acatamiento de las normas para Entidades Financieras que tiene emitido* (sic) *vuestra Institución ASFI.*

2.- Reportes Formas C,D,E y Encaje Electrónico

A este punto es importante mencionar que habiendo recibido su carta según numero (sic) *T-585866 REPORTES FORMAS C,D,E AL 30 DE JUNIO DE 2013 recepcionada en fecha 01 de octubre de 2013 a horas 16:58, la Institución envió el reporte el mismo dia* (sic) *01 de octubre de 2013 por lo que consideramos que la multa no corresponde a dos días.*

3.- Reportes de Encaje Electrónico

En fecha 04 de octubre de 2013 se envió el encaje electrónico de los días 01 de julio de 2013 y 02 de julio del presente año, ambos encajes se envían el mismo día por lo tanto la información que se envía al día siguiente debería ser consideraba como un solo reporte de ambos encajes.

Por lo expuesto precedentemente solicitamos a usted considerar en justicia los descargos presentados por la Institución y disponer sean corregidos por las instancias pertinentes, considerando sobre todo el flujo de documentos entre ASFI, nuestra

Institución y ABACO S.R.L., y su envió a ASFI según formulario anexo 2 mencionado en la circular 6629/2013, formulario que se adjunta a la presente…"

3. NOTA ASFI/DEP/R-191755/2013 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante nota ASFI/DEP/R-191755/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero da respuesta a la nota CACSA 150/2013 (referida precedentemente), con los argumentos siguientes:

"*…Con relación a su carta CITE/CACSA 150/013 recibida en fecha 25 de noviembre de 2013, referida a las multas por retraso en el envío de información, según Carta Circular ASFI/DEP/6629/201 3 de 11 de noviembre de 2013, se comunica a usted lo siguiente:*

- *No se aceptan los justificativos presentados referidos al retraso en el envío de información del reporte de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, por cuanto, de la revisión y evaluación efectuada por la Dirección de Supervisión de Riesgos II de esta Autoridad de Supervisión, las observaciones realizadas con cartas ASFI/DSR II/R-70512/2013 y ASFI/DSR II/R-8979012013 fueron subsanadas por su entidad. En este sentido, se señala que, en consideración a lo expuesto en el Artículo 7°, Sección 2, Capitulo IV, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF), el periodo para el cómputo de multas por retraso en el envío de información, surge a partir de la comunicación de las observaciones a su entidad por medio de la Ventanilla Virtual de ASFI.*

- *Respecto al descargo señalado acerca del retraso en el envió del reporte de Formas C-D-E al 30 de junio de 2013, no se acepta el justificativo presentado debido a que las observaciones realizadas con carta ASFI/DSR II/R-144257/2013 fueron comunicadas por Ventanilla Virtual en fecha 30 de septiembre de 2013, las mismas que han sido subsanadas por su entidad con carta CITE/CACSA 129/013 recibida en fecha 2 de octubre de 2013. Por lo tanto, se reitera el cómputo de la multa establecida según el Reglamento de Aplicación de Multas por Retraso en el Envío de Información.*

- *No se acepta el justificativo referido a los reportes de Encaje Electrónico al 1 y 2 de julio de 2013, por cuanto, a cada fecha le corresponde un archivo diferente y por ello no pueden ser considerados como un solo reporte, según lo expresado en la Sección 2, Capitulo III, Título II, Libro 5° de la RNSF, en lo referente a la Información Diaria que su entidad debe reportar a esta Autoridad de Supervisión.*

Por otra parte, se recuerda a usted que la fecha de ingreso de información a ASFI se considera cuando esta Autoridad determine que la información enviada está completa, consistente y/o no contiene errores, según lo establecido en el Artículo 9°, Sección 2, Capítulo IV, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros. En este sentido, es responsabilidad de la entidad, prever cualquier hecho o circunstancia, voluntaria o involuntaria, externa o interna a la entidad supervisada, que pueda ocasionar retraso en el envió de la información.

Por tanto, su entidad debe efectuar la cancelación de la multa respectiva, debiendo realizar el depósito correspondiente en la Cuenta Corriente N° 1-4678352 del Banco Unión S.A. ("Autoridad de Supervisión - Multas"), y remitir a esta Autoridad de Supervisión copia del comprobante respectivo hasta el día 31 de diciembre de 2013…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 063/2014 DE 5 DE FEBRERO DE 2014.-

Toda vez que por memorial presentado en fecha 21 de enero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, amparada en el artículo 20° (parágrafo I) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, solicitara el pronunciamiento de una Resolución Administrativa, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dio atención a lo mismo, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, por la que hace presentes los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17, parágrafo I, señala: "(…) Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados.(…)".

Que, el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 19 establece: "Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.".

Que, el Reglamento antes citado, en su artículo 20 dispone:

"I.- Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.

III. En el caso del parágrafo anterior, el plazo para interponer el recurso de revocatoria comenzará a correr desde el momento de la negativa del Superintendente o, si no se pronuncia, desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la emisión de la resolución.".

Que, el Artículo 2, Sección 2, Capítulo IV, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros señala:

"La entidad supervisada realizará el envío de la información con la periodicidad requerida por ASFI, vía electrónica o de manera impresa según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el Libro 5°, Título II, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

El retraso de envío de la información, contenida en el Anexo 1, de la entidad supervisada a ASFI está sujeto a la aplicación de multas, de acuerdo al cálculo establecido en el Artículo 6° de la presente Sección."

Que, el Artículo 7, Sección 2, Capítulo IV, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece: "El reporte correspondiente al detalle de multas es generado por ASFI y será comunicado a la entidad supervisada que haya incurrido en retrasos en el envío de información a través de la Ventanilla Virtual con la referencia "Multas Ventanilla (dd/mm/aa)" donde "dd" corresponde al día, "mm" al mes y "aa" al año de proceso, otorgándole un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, a partir de recibida la comunicación, para que efectúe el pago del importe correspondiente según el procedimiento establecido en el Artículo 8° de la presente Sección. (…)".

Que, el Artículo 10 de la normativa antes citada determina sobre el reenvío de información:

"Procede el reenvío de la información cuando la entidad supervisada o ASFI determine que la información enviada de manera impresa está incompleta, inconsistente y/o contiene errores.

El reenvío de información fuera de los plazos establecidos en el Libro 5°, Título II, Capítulo III de la RNSF está sujeto a la aplicación de multas.".

El Artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF) determina: "Los estados financieros básicos y la información complementaria sobre las cuales la Firma de Auditoría emite su opinión, son de responsabilidad de la administración de la entidad supervisada.".

CONSIDERANDO:

Que, las entidades de intermediación financiera cumplen una función de interés público, por lo que sus actuaciones deben centrarse en el cumplimiento de la normativa a la que se encuentran sometidos.

Que, en ese sentido, la normativa que respalda las observaciones y requerimientos efectuados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013 y carta ASFI/DEP/R-191755/2013 de 17 de diciembre de 2013, respectivamente, se encuentran contenidas en los Artículos 2, 7 y 10 de la Sección 2, Capítulo IV, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF), concordante con el Artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la RNSF.

Que, conforme lo anterior, el contenido de la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013 y carta ASFI/DEP/R-191755/2013 de 17 de diciembre de 2013, respectivamente, emerge de la evaluación realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ante el envío de información presentada por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, con carta CACSA 028/2013 recibida el 28 de febrero de 2013, relativa a los Estados Financieros con Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión 2012, generando las observaciones conforme cartas ASFI/DSR II/R-70512/2013 y ASFI/DSR II/R-89790/2013 de 15 de mayo y 19 de junio de 2013, respectivamente, observaciones relacionadas al Informe de Evaluación de los Sistemas de Información, cuyo contenido no contenía el Flujo de la Información en los niveles internos de la entidad, implicando información inexacta e incompleta y generando la necesidad del reenvío de la información por parte de la entidad financiera y, asimismo, la aplicación de multas a la misma, en conformidad a los artículos citados en el párrafo que precede.*

Que, el registro de una firma auditora ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no implica que los informes que vaya a emitir una empresa auditora registrada, no contengan errores u omisiones, siendo responsabilidad de la entidad financiera asegurar que el trabajo realizado cumpla con los requerimientos mínimos, tal como lo señala el Artículo 2, Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la RNSF que establece: "El Comité de Auditoría u Órgano equivalente de cada una de las entidades supervisadas definirá políticas para la selección y contratación de la Firma de Auditoría, ***así como mecanismos de control para la ejecución del trabajo realizado en relación con la propuesta técnica****". Adicionalmente, el Artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la RNSF establece que: "Los estados financieros básicos y la información complementaria sobre las cuales la Firma de Auditoría emite su opinión,* ***son de responsabilidad de la administración de la entidad supervisada****".*

Que, consta en archivos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero las cartas ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 19 de abril de 2013, ASFI/DSR II/R-70512/2013 de 15 de mayo de 2013 y ASFI/DSR II/R-89790/2013 de 19 de junio de 2013, con las que se observó a la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, que el Informe Complementario de Evaluación de Sistemas de Información no contenía el Flujo de la Información en niveles internos de la entidad supervisada y en respuesta a dichas cartas la Cooperativa remitió, a través de las notas CACSA 077/013 recibida el 11 de junio de 2013 y CACSA 093/013 recibida el 9 de julio de 2013, cartas de la Firma Auditora en las que sostenía que el Informe observado cumplía con toda la normativa aplicable, aseveraciones que luego del correspondiente análisis*

por parte de este Órgano de Supervisión, se estableció que carecían de fundamento y coherencia, llegando finalmente la entidad financiera a remitir el 9 de julio de 2013, a través de la nota CACSA 093/013, la información subsanada pero fuera del plazo establecido en el Artículo 2, Sección 7, Capítulo III, Título II, Libro 5° de la RNSF, que dispone la remisión de los Estados financieros con dictamen de auditoría externa hasta el 1 de marzo de cada año.

Que, no obstante lo anterior, en cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que en su artículo 20 instituye a favor del administrado la facultad para poder ejercer su derecho a la defensa permitiéndole abrir la vía impugnatoria contra actos administrativos que no estén consignados en una Resolución Administrativa, corresponde emitir en Resolución las observaciones contenidas en la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013 y la carta ASFI/DEP/R-191755/2013 de 17 de diciembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe ASFI/DSR II/R-17831/2014 de 4 de febrero de 2014, concluye que el contenido de la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013 y carta ASFI/DEP/R-191755/2013 de 17 de diciembre de 2013, respectivamente, contienen determinaciones que se adecúan técnica y jurídicamente al marco legal aplicable, recomendando la emisión de Resolución Administrativa ratificando las instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Instruir a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, depositar el importe correspondiente a la multa detallada en la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, de acuerdo a especificaciones establecidas en la señalada Carta Circular.*

SEGUNDO.- *Rechazar los justificativos presentados por la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.****, en la carta CITE/CACSA 150/013 recibida en fecha 25 de noviembre de 2013, referidos al retraso en el envío de información del reporte de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, estableciendo que la información remitida mediante carta CACSA 028/2013 recibida el 28 de febrero de 2013, relativa a los Estados Financieros con Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión 2012, específicamente el Informe de Evaluación de los Sistemas de Información, no contenía el Flujo de la Información en los niveles internos de la entidad, siendo responsabilidad de la entidad financiera, prever cualquier hecho o circunstancia, voluntaria o involuntaria, externa o interna a la entidad*

supervisada, que pueda ocasionar retraso en el envío de la información…"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 20 de febrero de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, con base en los alegatos siguientes:

"…***V.- FUNDAMENTACIÓN EN DERECHO Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:***

La Entidad que represento, con la resolución sancionatoria indicada anteriormente, ha sufrido agravios por la omisión de contemplar y aplicar la normativa vigente en toda su dimensión.

En cuanto a la determinación emitida por su ente de supervisión se ha manifestado y se atribuyó a la Cooperativa que, ha incurrido en una infracción en cuanto al cumplimiento de plazos por el envío de información, entendiéndose que el dictamen de auditoría externa debería estar completo y sin observaciones.

Al respecto, se han desglosado todas las notas y observaciones enviadas por su Autoridad y las respuestas de esta firma de Auditoría MGI ABACO S.K.L., regulada e inscrita formalmente en el registro de Firmas de Auditoría para Entidades de Intermediación Financiera y Empresas de Servicios Auxiliares Financieros de ASFI y claramente se evidencia que desde la primera observación realizada en fecha 19 de abril de 2013, hasta subsanar lo requerido en fecha 6 de julio de 2013 han transcurrido más de dos meses y medio. Cuando se ha respaldado documentalmente que la Cooperativa ha remitido y transmitido de forma oportuna sus observaciones, dando a conocer las sanciones por incumplimiento. Cuestión que es claramente atribuible a la firma de Auditoría Externa, por ello la sanción inobserva de forma ineludible, lo que indica el Libro 6to., Titulo (sic) *I, Capitulo II, Sección 3 y concretamente el Art. 1 de la Recopilación para Bancos y Entidades Financieras; sobre la RESPONSABILIDAD, que establece: "La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoria* (sic) *se atribuyen a la Firma de Auditoria* (sic) *y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros. Consiguientemente, también se le atribuyen los plazos y la forma de entrega del Dictamen a los Auditores Externos.*

Por ello y toda vez, que MGI ABACO S.R.L. se halla legalmente inscrita en su registro, consiguientemente también regulada; no entendemos cómo se puede imponer la multa en contra de la Cooperativa y no contra la Empresa de Auditoría Externa, que de acuerdo a los antecedentes presentados es la única responsable por la multa impuesta.

Por otra parte, en su nota ASFI/DEP/R-19175/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013 recibida en fecha 26 de diciembre de 2013, se rechazan los justificativos por el retraso

al envío de información del reporte de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, por otra parte; (sic) *de forma textual atribuyen a la Entidad la responsabilidad de prever cualquier hecho o circunstancia, voluntaria o involuntaria, externa o interna, que pueda ocasionar un retraso y nos obligan a cancelar la multa, siendo que la complementación del informe de Auditoría Externa corresponde su presentación a la Empresa ABACO SRL., más aún cuando su dictamen tiene que ser completamente imparcial y libre de cualquier injerencia de parte de la COOPERATIVA que está siendo auditada, motivo por el cual se encontraba fuera de nuestro alcance presentar lo solicitado por su Autoridad.*

Dentro de este mismo alcance se ha fundamentado su sanción mediante RESOLUCIÓN ASFI 063/2014 de fecha 5 de febrero de 2014.

En los hechos fácticos suscitados y de la documentación glosada en calidad de descargo se evidencia que, la Entidad con antelación pidió a la Empresa MGI ABACO S.R.L. que subsane sus observaciones; aspecto que no ha sido efectuado de forma oportuna, indicado que su dictamen cumple con las normas requeridas por la ASFI., cuando dicho extremo no aconteció. Es más, se ha intentado prever cualquier contingencia con la indicación de las multas y la transcripción de la norma para el informe. Lo cual es evidente por las cartas presentadas por la Entidad que represento a la firma de Auditoría Externa.

De conformidad al tenor del Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y consiguientemente en el presente caso, rigen los siguientes principios:

- *Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*
- *Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.*
- *Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.*
- *Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.*

En cuanto al principio de verdad material, lo que nos debe interesar es lo que realmente ocurrió con relación a la atribución de responsabilidad a la Cooperativa por cuestiones ajenas a lo que pueda hacer ésta.

V.- PETITORIO:

Por lo expuesto al amparo de la ley de procedimiento administrativo y sus respectivas reglamentaciones, así como los fundamentos expuestos precedentemente, solicito:

1.- *Se tenga por presentado el presente recurso dentro de los plazos establecidos de acuerdo a ley.*

2.*- Solicito a su Autoridad se sirva aceptar el presente recurso y en consecuencia* ***REVOCAR LA DETERMINACIÓN ADMINISTRATIVA No. ASFI 063/2014 de fecha 5 de febrero de 2014****, emitida por su Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, así como las cartas ASFI/DEP/R-191755/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013 y ASFI/DEP/6629/2013 de fecha 11 de noviembre de 2013 - Trámite No. 451549; dejando sin efecto sus alcances y multas respectivas y se disponga el archivo de obrados…*"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 163/2014 DE 25 DE MARZO DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014, resolvió "***CONFIRMAR*** *totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014*", por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, mediante carta CACSA 028/2013 recibida el 28 de febrero de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda., remitió los Estados Financieros con Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión 2012, con el dictamen de auditoría externa efectuado por la firma MGI Abaco S.R.L.

Que, de la evaluación realizada a la documentación remitida, se emitió el Informe ASFI/DSR II/R-55755/2013 de 17 de abril de 2013, observando que: "El Informe de Evaluación de Sistemas de Información no contiene la descripción ni análisis del flujo en niveles internos de la Cooperativa para su adecuada gestión, lo que incumple con lo establecido en el Libro 6°, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e) de la RNBEF."

Que, mediante carta ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 19 de abril de 2013, presentada el 24 de abril de 2013, se comunica a la Cooperativa San Antonio Ltda. la observación efectuada, conminándole proceda a subsanarla, recordando que se considerará como fecha oficial de ingreso, para fines de aplicación del Reglamento de Multas por Retraso en el Envío de Información, cuando los reportes sean remitidos debidamente corregidos y/o complementados.

Que, mediante sendas notas, la Cooperativa transmitió a la firma auditora MCI Abaco S.R.L. la observación de esta Autoridad de Supervisión, manifestando reiterativamente la firma auditora que el Informe Complementario sobre Evaluación de los Sistemas de Información cumplía con lo establecido en la normativa vigente.

Que, mediante carta ASFI/DSR II/R-70512/2013 de 15 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero comunicó a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda., que pese a lo señalado en la carta de la firma auditora, el informe complementario observado no contenía el Flujo de la Información en niveles

internos de la entidad y que debía remitir la información correspondiente para subsanar la observación.

Que, mediante carta CACSA 093/013 recibida el 9 de julio de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda., remitió la carta CD N° 6702/2K13 de 4 de julio de 2013, mediante la cual la firma auditora complementó la información faltante que fue observada.

Que, con Carta Circular ASFI/DEP/6629/201 3 de 11 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero comunicó a la Cooperativa la multa establecida hasta el mes de agosto de 2013, correspondiente al incumplimiento en el plazo para el envío de información periódica, misma que fue ratificada en la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, ahora recurrida.

CONSIDERANDO:

Que, la entidad recurrente no cuestiona la comisión o no del hecho sancionado como generador la multa impuesta, tal es así que en la expresión de agravios (V.- FUNDAMENTACIÓN EN DERECHO Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS), manifiesta:

> *"(…) En cuanto a la determinación emitida por su ente de supervisión se ha manifestado y se atribuyó a la Cooperativa que, ha incurrido en una infracción en cuanto al cumplimiento de plazos por el envío de información, entendiéndose que el dictamen de auditoría externa debería estar completo y sin observaciones.*
>
> *(…) Cuando se ha respaldado documentalmente que la Cooperativa ha remitido y transmitido de forma oportuna sus observaciones, dando a conocer las sanciones por incumplimiento.* ***Cuestión que es claramente atribuible a la firma de Auditoría Externa, por ello la sanción*** *inobserva de forma ineludible, lo que indica el Libro 6to., Título I, Capítulo II, Sección 3 y concretamente el Art. 1 de la Recopilación para Bancos y Entidades Financieras; sobre la RESPONSABILIDAD, que establece: "La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros. Consiguientemente, también se le atribuyen los plazos y la forma de entrega del Dictamen a los Auditores Externos." (Las negrillas han sido agregadas en esta Resolución).*

Que, la impugnación a la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014 presentada por la Cooperativa San Antonio Ltda., versa sobre la responsabilidad emergente como consecuencia de la omisión en el envío del Flujo de la Información en los niveles internos de la entidad, dentro del Informe de Evaluación de los Sistemas de Información al 31 de diciembre de 2012, conforme lo establecido en el Libro 6°, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros).

Que, tampoco constituye materia de la presente impugnación el monto de las multas impuestas por la demora, que globalmente alcanzan a Bs9.500.- (Nueve mil quinientos 00/100 bolivianos), monto que ha sido depositado por la Cooperativa manifestando en su recurso:

> *"Cuando se ha respaldado documentalmente que la Cooperativa ha remitido y transmitido de forma oportuna sus observaciones, dando a conocer las sanciones por incumplimiento.* ***Cuestión que es claramente atribuible a la firma de Auditoría Externa****, por ello la sanción inobserva de forma ineludible, lo que indica el Libro 6to., Título I, Capítulo II, Sección 3 y concretamente el Art. 1 de la Recopilación para Bancos y Entidades Financieras; sobre la RESPONSABILIDAD, que establece: "****La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros. Consiguientemente, también se le atribuyen los plazos y la forma de entrega del Dictamen a los Auditores Externos.***
>
> ***Por ello y toda vez, que MGI ABACO S.R.L. se halla legalmente inscrita en su registro, consiguientemente también regulada; no entendemos cómo se puede imponer la multa en contra de la Cooperativa y no contra la Empresa de Auditoría Externa, que de acuerdo a los antecedentes presentados es la única responsable por la multa impuesta****.*
>
> *Por otra parte, en su nota ASFI/DEP/R-19175/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013 recibida en fecha 26 de diciembre de 2013, se rechazan los justificativos por el retraso al envío de información del reporte de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, por otra parte; de forma textual atribuyen a la Entidad la responsabilidad de prever cualquier hecho o circunstancia, voluntaria o involuntaria, externa o interna, que pueda ocasionar un retraso y nos obligan a cancelar la multa, siendo que la complementación del informe de Auditoría Externa corresponde su presentación a la Empresa ABACO SRL. …" (Las negrillas han sido agregadas en esta Resolución).*

Que, por lo anterior, corresponde entonces en esta instancia determinar si la demora en el envío del Flujo de Información en los Niveles Internos de la Entidad para su adecuada gestión, que debió remitirse como informe complementario al Informe de Evaluación de Sistemas de Información al 31 de diciembre de 2013, conforme al inciso e) del artículo 5, Sección 5 del Reglamento para la Realización del Trabajo de Auditoría Externa, inserto en el Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros) y que generó la multa impuesta, es responsabilidad de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda. o en su defecto de la firma de auditoría MGI Abaco S.R.L., tal como sostiene la entidad financiera.

Que, de la revisión a la normativa reguladora respecto a las obligaciones y responsabilidades de la firma de auditoría, se tienen las siguientes:

De acuerdo a la Sección 3, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), relacionada a la responsabilidad de la firma de auditoría, se tiene lo siguiente:

- *"**Artículo 1°- (Responsabilidad)** La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros."*

- ***Artículo 8°- (Control de calidad)** ASFI tiene la facultad de revisar los informes de auditoría externa el momento que crea pertinente, verificando la calidad técnica del examen y la observancia de las normas aplicables,…"*

De acuerdo a la Sección 5, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), relacionada a los informes de auditoría externa, se tiene lo siguiente:

- ***"Artículo 1°- (Emisión de informes)** La Firma de Auditoría debe emitir los siguientes informes:*
  (…)
  c) Informes complementarios referidos a:
  (…)
  c.5. Evaluación de los sistemas de información;

- ***Artículo 5°- (Contenido de los informes complementarios)** El contenido mínimo de los informes complementarios señalados en el Artículo 1° de esta Sección son:*
  (…)
  ***e)** Informe sobre la evaluación de los sistemas de información. Este informe debe contener una descripción del alcance del trabajo realizado, que incluya las explicaciones sobre las áreas o aplicaciones evaluadas, los procedimientos o técnicas de auditoría aplicadas, los componentes de la información financiera o reportes validados y los resultados de la evaluación de los sistemas de información de la entidad que incluye, entre otros:*

  ***e.1.** <u>El flujo de información en los niveles internos de la entidad para su adecuada gestión y la continuidad operacional</u>; (…) (El subrayado ha sido incorporado).*

Que, de la revisión a la normativa reguladora respecto a la responsabilidad de la entidad supervisada auditada, se tiene lo siguiente:

El artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, establece: "Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia,

una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa".

De acuerdo a la Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), se tiene:

- *"**Artículo 1°- (Responsabilidad sobre los estados financieros)** Los estados financieros básicos y la información complementaria sobre las cuales la Firma de Auditoría emite su opinión, son de responsabilidad de la administración de la entidad supervisada". (El subrayado ha sido incorporado).*

- ***"Artículo 2°- (Selección de Auditores Externos)** El Comité de Auditoría u Órgano equivalente de cada una de las entidades supervisadas definirá políticas para la selección y contratación de la Firma de Auditoría, así como mecanismos de control para la ejecución del trabajo realizado en relación con la propuesta técnica". (El subrayado ha sido incorporado).*

El artículo 1, sección 10, Capítulo III, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), expresa:

"(Responsabilidad) Es responsabilidad de la entidad supervisada:

a) Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma;

b) Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad;

c) Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento".

Que, revisado el Reglamento para el Registro de Firmas de Auditoría Externa y el Reglamento para la Realización del Trabajo de Auditoría Externa, contenidos en el Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, se advierte que no existe disposición alguna referida a que los informes emitidos por las firmas de auditoría estén exentas de errores, aspectos que tal como se dijo anteriormente, son responsabilidad de la entidad supervisada a través de sus órganos internos correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que, de la normativa específica precedentemente expuesta, queda claro que la información complementaria sobre las cuales la firma de auditoría emite opinión, es de responsabilidad de la entidad supervisada, lo que implica que la responsabilidad por la omisión en el envío del flujo de la información en los niveles internos de la entidad, dentro del Informe de Evaluación de los Sistemas de Información al 31 de diciembre de 2012, fue atribuible a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda.

Que, también correspondía a la Cooperativa, a través de su Comité de Auditoría u órgano equivalente, definir el mecanismo de control del producto del trabajo de auditoría externa realizado por la firma MGI Abaco S.R.L.

Que, a tiempo de enviar la información anual prevista en la normativa reglamentaria, la Cooperativa tenía el deber de adoptar las medidas necesarias que garanticen su integridad, exactitud y veracidad.

Que, habiendo quedado establecida la responsabilidad de la Cooperativa en el incumplimiento atribuido en la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, la Carta ASFI/DEP/R-191755/2013 de 17 de diciembre de 2013 y la Resolución ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, también se advierte que la firma de auditoria (sic) *MGI Abaco S.R.L. habría incurrido en posibles contravenciones a la normativa vigente, atribuibles a su responsabilidad, en la demora del envío del flujo de información en los niveles internos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda. para su adecuada gestión, que debió remitirse a esta Autoridad de Supervisión como informe complementario al Informe de Evaluación de Sistemas de Información al 31 de diciembre de 2013 conforme al inciso e) del artículo 5, Sección 5 del Reglamento para la Realización del Trabajo de Auditoría Externa, contenido en el Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros) y que generó la multa impuesta.*

Que, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 5 de la Sección 5, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), la firma auditora MGI Abaco S.R.L., debió emitir dentro de la auditoría externa a la Cooperativa San Antonio Ltda. al 31 de diciembre de 2012, la información complementaria referida a la evaluación de los sistemas de información, incluyendo el flujo de información en los niveles internos de la entidad para su adecuada gestión y la continuidad operacional.

Que, la información complementaria referida a la evaluación de los sistemas de información incluyendo el flujo de información en los niveles internos de la Cooperativa, constituye parte del trabajo de la auditoría externa que realizan las firmas auditoras, misma que al haberse observado su omisión y posterior presentación en forma extemporánea ocasionó la imposición de la multa a la Cooperativa.

Que, del análisis a la normativa vigente, se presumen indicios de responsabilidad de la firma auditora MGI Abaco S.R.L. en cuanto a supuestas infracciones al Reglamento para la Realización del Trabajo de Auditoría Externa a tiempo de emitir los informes resultantes de la auditoría externa de la gestión 2012, efectuada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., correspondiendo se inicien las respectivas diligencias preliminares para determinar posibles infracciones e inicio de un proceso administrativo…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 11 de abril de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014, expresando al efecto los alegatos siguientes:

"…***V.- FUNDAMENTACIÓN EN DERECHO Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-***

DOS SON LOS FUNDAMENTOS QUE MOTIVAN AL PRESENTE RECURSO:

5.1.- Inobservancia al Principio de legalidad y tipicidad.- *Las normas administrativas contenidas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actual Recopilación de Normas de Servicios Financieros) en la parte aludida como incumplimiento por su Autoridad establece taxativamente:*

Libro 6to, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e); Informe sobre la evaluación de los sistemas de información. *Este informe debe contener una descripción del alcance del trabajo realizado, que incluya las explicaciones sobre las áreas o aplicaciones evaluadas, los procedimientos o técnicas de auditoría aplicadas, los componentes de la información financiera o reportes validados y los resultados de la evaluación de los sistemas de información de la entidad que incluye, entre otros:*

e.1. *El flujo de información en los niveles internos de la entidad para su adecuada gestión y la continuidad operacional;*

e.2. *Si los sistemas informáticos proveen información confiable, integra y oportuna, incluyendo los resultados de la revisión selectiva de la validez de los datos contenidos en la información complementaria a los estados financieros (anexos y reportes) que presenta la entidad supervisada a ASFI, según la normativa vigente;*

e.3. *Los resultados de la evaluación de los mecanismos de seguridad y existencia de planes de contingencia por parte de la entidad para enfrentar situaciones de riesgo que impliquen pérdida de información o daño de los equipos computarizados utilizados.*

Revisado el Dictamen de Auditoría Externa de la Empresa MGI ABACO SRL, con corte al 31 de diciembre de 2012, contiene en la parte VIII, el Informe sobre la Evaluación

de los Sistemas de información, así como los lineamientos exigidos en la norma que como son:

a) Descripción del trabajo realizado y explicaciones sobre las áreas y aplicaciones evaluadas.
b) Las técnicas de auditoría aplicadas, indicándose políticas estándares y procedimientos.
c) Se ha realizado una revisión de las políticas que tiene la institución y planes de contingencia por la COOPERATIVA, para enfrentar situaciones de riesgo que impliquen pérdida de información o daño de equipos computarizados.
d) Se verificó el flujo de la información en los niveles internos para su gestión y continuidad operacional, asimismo; si los sistemas informáticos proveen información confiable, íntegra y oportuna que incluye los resultados de la revisión selectiva de la validez de los datos contenidos en la información a se presenta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Esta información como se dijo, se encuentra incluida en el Informe de Auditoría Externa con 35 páginas que describen todo el trabajo realizado por esta Empresa con relación a la Evaluación de los Sistemas de Información de la gestión 2012.

Por ello y cuando su Autoridad indica que el Dictamen no contiene la ***descripción ni análisis del flujo de información de los niveles internos para su adecuada gestión, ES CONTRADICTORIO*** *a lo expresado por MGI ABACO SRL, que indica que, su informe "cumple todos los lineamientos de la normativa de la ASFI vigentes para la gestión 2012"SIC. Caso contrario y de requerirse aclaraciones, complementaciones, anexos, detalle o* ***descripción de los flujos de información*** *u otros datos que requiera su Autoridad; estas deberían estar insertas de forma clara y concreta en la Recopilación de Normas que nos rigen como Institución. Caso contrario, correspondería a apreciaciones subjetivas, que pueden variar de acuerdo al criterio o parecer de las personas delegadas o comisionadas para este trabajo por el ente de Supervisión y no así de forma objetiva y contenida en disposiciones positivas que nos regulan y que deben ser aplicadas para sancionar.*

Por otra parte y con relación a su aseveración "(…) Que, también correspondía a la Cooperativa, a través de su Comité de Auditoría u órgano equivalente, definir el mecanismo de control de producto del trabajo de auditoría externa realizado por la firma MGI Abaco S.R.L." SIC, de acuerdo a lo transcrito de la norma supuestamente inobservada; esta parte, no considera que la Empresa de Auditoría Externa haya incumplido la norma en cuanto al dictamen. Porque, los lineamientos normativos no expresan todo el contenido que requiere de acuerdo a las exigencias realizadas por su Autoridad para que la información se halle completa y consiguientemente no se tengan multas.

5.2.- Principio de verdad material, no corresponde a la Cooperativa asumir una multa por un informe es (sic) ***emitido por una Auditoría Externa.***

La Entidad que represento, con la resolución sancionatoria indicada anteriormente,

ha sufrido agravios por la omisión de contemplar y aplicar la normativa vigente en toda su dimensión. En cuanto a la determinación emitida por su ente de supervisión se ha manifestado y se atribuyó a la Cooperativa que, ha incurrido en una infracción en cuanto al cumplimiento de plazos por el envío de información, entendiéndose que el dictamen de auditoría externa debería estar completo y sin observaciones.

Al respecto, se han desglosado todas las notas y observaciones enviadas por su Autoridad y las respuestas de esta firma de Auditoría MGI ABACO S.R.L., regulada e inscrita formalmente en el registro de Firmas de Auditoría para Entidades de Intermediación Financiera y Empresas de Servicios Auxiliares Financieros de ASFI y claramente se evidencia que desde la primera observación realizada hasta subsanar lo requerido ha (sic) *mucho tiempo. Cuando se ha respaldado documentalmente que la Cooperativa ha remitido y transmitido de forma oportuna sus observaciones, dando a conocer las sanciones por incumplimiento. Cuestión que es claramente atribuible a la firma de Auditoría Externa, por ello la sanción inobserva de forma ineludible, lo que indica el Libro 6to., Título I, Capítulo II, Sección 3 y concretamente el Art. 1 de la Recopilación para Bancos y Entidades Financieras (actual Recopilación de Normas para Servicios Financieros); sobre la RESPONSABILIDAD, que establece: "La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros. Consiguientemente, también se le atribuyen los plazos y la forma de entrega del Dictamen a los Auditores Externos.*

Por ello y toda vez, que MGI ABACO S.R.L. se halla legalmente inscrita en su registro, consiguientemente también regulada; no entendemos cómo se puede imponer la multa en contra de la Cooperativa y no contra la Empresa de Auditoría Externa, que de acuerdo a los antecedentes presentados es la única responsable por la multa impuesta.

Por otra parte, en su nota ASFI/DEP/R-19175/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013 recibida en fecha 26 de diciembre de 2013, se rechazan los justificativos por el retraso al envío de información del reporte de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, por otra parte; de forma textual atribuyen a la Entidad la responsabilidad de prever cualquier hecho o circunstancia, voluntaria o involuntaria, externa o interna, que pueda ocasionar un retraso y nos obligan a cancelar la multa, siendo que la complementación del informe de Auditoría Externa corresponde su presentación a la Empresa ABACO SRL., más aún cuando su dictamen tiene que ser completamente imparcial y libre de cualquier injerencia de parte de la COOPERATIVA que está siendo auditada, motivo por el cual se encontraba fuera de nuestro alcance presentar lo solicitado por su Autoridad.

Dentro de este mismo alcance se ha fundamentado su sanción mediante RESOLUCIÓN ASFI 063/2014 de fecha 5 de febrero de 2014.

En los hechos fácticos suscitados y de la documentación glosada en calidad de descargo se evidencia que, la Entidad con antelación pidió a la Empresa MGI ABACO S.R.L. que subsane sus observaciones; aspecto que no ha sido efectuado de

forma oportuna, indicado que su dictamen cumple con las normas requeridas por la ASFI., (sic) *cuando dicho extremo no aconteció. Es más, se ha intentado prever cualquier contingencia con la indicación de las multas y la transcripción de la norma para el informe. Lo cual es evidente por las cartas presentadas por la Entidad que represento a la firma de Auditoría Externa.*

De conformidad al tenor del Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y consiguientemente en el presente caso, rigen los siguientes principios:

- Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

- Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.

- Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.

- Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

En cuanto al principio de verdad material, lo que nos debe interesar es lo que realmente ocurrió con relación a la atribución de responsabilidad a la Cooperativa por cuestiones ajenas a lo que pueda hacer ésta.

Con igual criterio el tribunal constitucional sobre, el principio de favorabilidad, ha emitido la sentencia constitucional 136/03 de 6 de febrero de 2005, que infiere; "(…) el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional; de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho a la defensa del administrado o de quien se encuentre procesado, el ordenamiento administrativo permite a la Autoridad Administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado"

Por otra parte, la resolución sancionatoria emitida por su Autoridad, inobserva los principios que forman parte del bloque de constitucionalidad, como son el de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad; que denotan una nueva concepción en materia de procedimientos sancionadores administrativos que versan sobre la interpretación con relación a la visión de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional boliviano, en consecuencia, su determinación sancionatoria no es objetiva, sino subjetiva; no es razonable considerar que la Cooperativa deba pagar una multa por errores u omisiones de un órgano de Auditoría Externa independiente,

no siendo pertinente su aseveración al mencionar que nos correspondía tomar los recaudos o mecanismos de control a un dictamen independiente, más aún cuando consideramos al igual que MGI ABACO S.R.L. que su informe cumplía los requisitos exigidos en la norma y de proporcionalidad cuando la sanción versa sobre el contenido de forma y no de fondo en el informe de Auditoría Externa y no se halla plasmado en la norma de forma taxativa los requerimientos exigidos por su Autoridad para que se encuentre completo dicho dictamen.

VI. PETITORIO:

Por lo expuesto al amparo de la ley de procedimiento administrativo y sus respectivas reglamentaciones, así como los fundamentos expuestos precedentemente, solicito:

1.- Se tenga por presentado el presente recurso dentro de los plazos establecidos de acuerdo a ley.

2.- Solicito que la Autoridad Superior Jerárquica - SR. MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS sirva aceptar el presente recurso y en consecuencia REVOCAR TOTALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA No. ASFI 063/2014 DE FECHA 5 DE FEBRERO DE 2014 y la RESOLUCIÓN que confirma esta determinación signada con el No. 163/2014 DE FECHA 25 DE MARZO DE 2014*, emitida por su Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, así como las cartas ASFI/DEP/R-191755/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013 y ASFI/DEP/6629/2013 de fecha 11 de noviembre de 2013 - Trámite No. 451549,* ***dejando sin efecto sus alcances y multas respectivas****…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Dentro del procedimiento previsto por los Capítulos III y IV, Título II, del Libro 5° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (ahora *para Servicios Financieros*), las diversas entidades reguladas remiten a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -según periódicamente les corresponde-, información acerca de las operaciones que realizan, lo que está sujeto al cumplimiento de plazos.

Toda vez que la norma precitada refiere la existencia de multas para el caso de incumplimiento a ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta

circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, detalló las multas producidas "*hasta el mes de agosto de 2013*", y otorgó el término de tiempo hasta el 25 de noviembre de 2013, para acreditar el pago **o** "***en su caso, presentar sus descargos y justificativos***".

En lo que respecta a la ahora recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, el detalle de las multas que, emergente de lo anterior, le han sido impuestas -según los extractos de planillas anexas- corresponde a lo siguiente:

"(…)

Reporte	Periodo	Fecha de Ingreso	Plazo Recepción	Retraso	Importe de Multa en Bs.
AUDITORIA EXTERNA	31/12/2012	09/07/2013 18:46:00	25/06/2013 23:59:00	14	3,700.00
AUDITORIA EXTERNA	31/12/2012	11/06/2013 15:24:00	21/05/2013 23:59:00	21	5,800.00
				Total Multa (Bs)	**9;500.00**

(…)

Reporte	Periodo	Fecha de Ingreso	Plazo Recepción	Retraso	Importe de Multa en Bs.
FORMAS C-D-E	30/06/2013	02/10/2013 15:08:00	30/09/2013 23:59:00	2	400.00
				Total Multa (Bs)	**400.00**

(…)

Reporte	Periodo	Fecha de Ingreso	Plazo Recepción	Retraso	Importe de Multa en Bs.
ENCAJE ELECTRONICO	01/07/2013	04/07/2013 13:54:00	03/07/2013 14:00:00	1	300.00
ENCAJE ELECTRONICO	02/07/2013	04/07/2013 13:54:00	03/07/2013 14:00:00	1	300.00
				Total Multa (Bs)	**600.00**

(…)"

Por su emergencia, en fecha 25 de noviembre de 2013, mediante nota CACSA 150/013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** remitió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sus descargos, los que no fueron aceptados por esta última, conforme ha hecho constar, primero en la nota ASFI/DEP/R-191755/2013 de fecha 17 de diciembre de 2013, y después (dado haberse solicitado su consignación mediante el memorial presentado en fecha 21 de enero de 2014), en la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, por la que instruyó a la Cooperativa, "*depositar el importe correspondiente a la multa detallada en la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, de acuerdo a especificaciones establecidas en la señalada Carta Circular*" y ratificó su rechazo a los justificativos presentados.

Posteriormente, la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 determinó el inicio del proceso recursivo, hecho manifiesto en el Recurso de Revocatoria de 20 de febrero de 2014, el que fuera resuelto mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014 (que confirma totalmente a la anterior) y en el subsiguiente Recurso Jerárquico de 11 de abril de 2014, mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, en el contexto del proceso sancionatorio que ha antecedido al recursivo presente, se debe tener presente el carácter especial del mismo, por cuanto, la aplicación de multas por retraso en el envío de información, tiene previsto el procedimiento para ello

establecido por la Sección 2, Capítulo IV (*Reglamento de Aplicación de Multas por Retraso en el Envío de Información*), Título II, Libro 5°, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, extremo de necesaria aclaración para entender al retraso sancionado como una infracción administrativa, máxime si va dar lugar a la imposición de una sanción -en este caso de multa-, figura que en la básica acepción del diccionario, corresponde a la "*pena que una ley o un reglamento establece* ***para sus infractores***", es decir, que no existe sanción si antes no existe infracción, no obstante que para el caso, tal infracción tiene la particularidad que ante su incumplimiento, "*dará lugar a la aplicación del Reglamento de Sanciones Administrativas*" (ídem, Art. 8°, última parte), por tanto, es una infracción de tratamiento especial en cuanto a que el incumplimiento de la multa que importa, deviene en un ulterior tratamiento sancionatorio cual infracción común.

Cabe señalar que tales extremos no importan una infracción al debido proceso administrativo, al encontrarse previsto el procedimiento especial señalado en la norma de referencia, amén de garantizarse el derecho a la defensa de la ahora recurrente, al habérsele dado la posibilidad de "*presentar su descargos y justificativos*" (carta circular ASFI/DEP/6629/2013 con la que se inicia el proceso sancionatorio) y al haberse valorado los mismos, valoración que precisamente hace a la controversia presente; asimismo, al haberse materializado en su favor la garantía a la doble instancia, conforme lo demuestra la existencia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Corresponde también dejar constancia que, la carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, que detalla las multas "*hasta el mes de agosto de 2013*", en lo que respecta a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, está referida al supuesto retraso en el reporte de los conceptos "*AUDITORÍA EXTERNA*" (por dos veces al 31 de diciembre de 2012), "*FORMAS C-D-E*" (al 30 de junio de 2013) y "*ENCAJE ELECTRÓNICO*" (por dos veces, al 1° y al 2 de julio de 2013).

En este sentido, si bien la nota de justificativos CACSA 150/013, presentada en fecha 25 de noviembre de 2013, se refiere sobre los tres conceptos, los ulteriores Recursos de Revocatoria y -el actual- Jerárquico, limitan sus alegatos y pretensiones, únicamente al retraso en el envío del Informe de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, conforme habría sucedido dos veces, la primera en fecha 21 de mayo de 2013, con un retraso de 21 días, y la segunda en fecha 25 de junio de 2013, con un retraso de 14 días.

Entonces, de la lectura del memorial del Recurso Jerárquico presente (e incluso de la del memorial del Recurso de Revocatoria anterior), se establece que no existe ningún agravio que la recurrente presente respecto a las Resoluciones Administrativas ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014 y ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014, que se encuentren referidos a los conceptos "*FORMAS C-D-E*" (al 30 de junio de 2013) y "*ENCAJE ELECTRÓNICO*" (por dos veces, al 1° y al 2 de julio de 2013) que salen de los extractos de planillas que conforman la carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, por lo que la suscrita Autoridad infiere que los mismos, no le ocasionan a la recurrente, perjuicio o menoscabo a sus intereses.

En tal sentido y toda vez que al tenor del artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), "*La resolución se referirá siempre a las*

pretensiones formuladas por el recurrente…", no corresponde a la presente Resolución Ministerial Jerárquica pronunciarse sobre tales extremos en concreto.

Por otra parte, de la revisión del memorial de Recurso Jerárquico, se establece que el mismo recae sobre la decisión misma de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de sancionar a la ahora recurrente por el retraso en el envío de su informe de auditoría externa, determinación que ahora es impugnada desde dos puntos de vista:

- En lo sustancial, bajo el alegato de "*Inobservancia al Principio de legalidad y tipicidad*", en cuanto a que "*Revisado el Dictamen de Auditoría Externa de la Empresa MGI ABACO SRL, con corte al 31 de diciembre de 2012, contiene en la parte VIII, el Informe sobre la Evaluación de los Sistemas de información, así como los lineamientos exigidos en la norma*".

- Y en lo adjetivo, con la pretensión de que amparada en el "*principio de verdad material, no corresponde a la Cooperativa asumir una multa por un informe es* (sic) *emitido por una Auditoría Externa*", por lo que el supuesto retraso sancionado, no sería atribuible a la responsabilidad de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**

Lo anterior determina sea sobre tales extremos que corresponda pronunciarse al suscrito, conforme sigue a continuación.

2.1. Contenido del dictamen elaborado por MGI ABACO S.R.L. .-

El Recurso Jerárquico presenta como argumento, que:

> "...*cuando su Autoridad indica que el Dictamen no contiene la* ***descripción ni análisis del flujo de información de los niveles internos para su adecuada gestión, ES CONTRADICTORIO*** *a lo expresado por MGI ABACO SRL, que indica que, su informe "cumple todos los lineamientos de la normativa de la ASFI vigentes para la gestión 2012*…"

La recurrente encuentra en ello, una inobservancia a los principios de legalidad y tipicidad, en el sentido de que se la sanciona no obstante haberse dado cumplimiento a la norma contenida en el Libro 6º, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (conforme es mencionada en la nota ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 19 de abril de 2013), la que señala que:

> "…***Artículo 5° - (Contenido de los informes complementarios)*** *El contenido mínimo de los informes complementarios señalados en el Artículo 1° de esta Sección son: (…)*
>
> ***e)*** *Informe sobre la evaluación de los sistemas de información. Este informe debe contener una descripción del alcance del trabajo realizado, que incluya las explicaciones sobre las áreas o aplicaciones evaluadas, los procedimientos o técnicas de auditoría aplicadas, los componentes de la información financiera o reportes*

validados y los resultados de la evaluación de los sistemas de información de la entidad que incluye, entre otros:

e.1. *El flujo de información en los niveles internos de la entidad para su adecuada gestión y la continuidad operacional;*

e.2. *Si los sistemas informáticos proveen información confiable, íntegra y oportuna, incluyendo los resultados de la revisión selectiva de la validez de los datos contenidos en la información complementaria a los estados financieros (anexos y reportes) que presenta la entidad supervisada a ASFI, según la normativa vigente;*

e.3. *Los resultados de la evaluación de los mecanismos de seguridad y existencia de planes de contingencia por parte de la entidad para enfrentar situaciones de riesgo que impliquen pérdida de información o daño de los equipos computarizados utilizados…*"

A su vez, "*el Artículo 1° de esta Sección*" al que el artículo 5 supra transcrito, establece que:

"…***Artículo 1° - (Emisión de informes)*** *La Firma de Auditoría debe emitir los siguientes informes:*

a) *Dictamen de los estados financieros;*

b) *Informe con conclusiones y recomendaciones sobre el sistema de control interno;*

c) *Informes complementarios referidos a:*

c.1. *Evaluación de la gestión de riesgo crediticio (comprende la evaluación de la cartera de créditos, los resultados de la evaluación de los procesos y procedimientos aplicados por la entidad para administrar el riesgo de crédito así como la razonabilidad de las calificaciones asignadas y previsiones constituidas);*

c.2. *Evaluación de la cartera de inversiones;*

c.3. *Evaluación del cumplimiento de límites legales;*

c.4. *Evaluación de los procesos de control y prevención contra el lavado de dinero (legitimación de ganancias ilícitas);*

c.5. ***<u>Evaluación de los sistemas de información</u>****;*

c.6. *Seguimiento de la regularización e implementación de las instrucciones, observaciones y recomendaciones, contenidas en los últimos informes de ASFI y de los auditores externos, según corresponda.*

d) *Informe especial de cumplimiento de haber realizado el examen de auditoría de acuerdo con la propuesta técnica que incluya referencias cruzadas con el resto de los informes así como con los programas de trabajo.*

Este informe debe señalar expresamente el grado de cumplimiento y apego a lo establecido en la propuesta técnica, las referencias correspondientes a informes específicos y papeles de trabajo;

e) *Adicionalmente a los informes citados, se requiere la remisión a ASFI del Informe tributario complementario para fines informativos*…"
(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El planteamiento de la recurrente compele a revisar el trámite de presentación del controvertido dictamen de auditoría externa de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, con corte al 31 de diciembre de 2012, elaborado por la firma de auditoría MGI ABACO S.R.L., en función de lo sancionado por el Ente Regulador y que en términos de la Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, consiste en que "*no contenía el Flujo de la Información en los niveles internos de la entidad, implicando información inexacta e incompleta y generando la necesidad del reenvío de la información por parte de la entidad financiera*".

Al respecto, corresponde la relación cronológica siguiente:

- En fecha 28 de febrero de 2013, mediante nota CACSA 028/013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** hace presente ante el Órgano Regulador, el dictamen de auditoría externa al 31 de diciembre de 2012.

- En fecha 24 de abril de 2013 y mediante la nota ASFI/DSR II/R-56834/2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero observa el dictamen de referencia, por que a su criterio:

  "…*no contiene la descripción ni análisis del flujo de la información en niveles internos de la Cooperativa para su adecuada gestión, lo que contraviene a lo estipulado* (sic) *en el Libro 6°, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras*…"

- En fecha 3 de mayo de 2013, mediante nota CACSA 052/013, la Cooperativa, en respuesta la nota anterior, adjunta la nota CB N° 6643/2K13 de 2 de mayo de 2013, emitida por MGI ABACO S.R.L., por la que ésta última concluye en que:

  "…*nuestro* ***"INFORME SOBRE LA EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE LA GESTIÓN 2012"****, cumple a cabalidad todos los lineamientos de la normativa de la ASFI; por lo que indicamos que el mencionado informe contiene* "***la descripción y el análisis del flujo de información en niveles internos de la Cooperativa para una adecuada gestión***"…"

- Mediante nota ASFI/DSR II/R-70512/2013 de 15 de mayo de 2013, el Ente Regulador responde a la anterior, en sentido que:

  "…*del análisis de la nota de descargo proporcionada por la Firma de Auditoría, se concluye que ésta carece de coherencia y fundamento. Asimismo, no incluye de forma específica el flujo de la información en niveles internos de la Cooperativa, razón por la cual la entidad a su cargo debe remitir la información correspondiente para subsanar la observación comunicada mediante nota ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 19 de abril de 2013*…"

- En fecha 11 de junio de 2013, mediante nota CACSA 077/013, la Cooperativa, en respuesta la nota anterior, adjunta la nota CB Nº 6697/2K13, emitida por MGI ABACO S.R.L., por la que ésta última reitera que:

  "…*nuestro* ***"INFORME SOBRE LA EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE LA GESTIÓN 2012"****, cumple todos los lineamientos de la normativa de la ASFI vigentes para la Gestión 2012 y contiene* "***la descripción y el análisis del flujo de información en niveles internos de la Cooperativa para una adecuada gestión***"…"

- En fecha 24 de junio de 2013 y mediante la nota ASFI/DSR II/R-89790/2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero establece que:

  "…*la nota de descargo de la Firma Auditora reitera que el informe citado en el párrafo precedente cumple estrictamente la normativa referente al "Informe Sobre la Evaluación de los Sistemas de Información". Sin embargo, esta Autoridad de Supervisión ha establecido y comunicado anteriormente, a través de la nota ASFI/DSR II/R-70512/2013 de 15 de mayo de 2013, que dicho documento no incluye de forma específica ni implícita el Flujo de la Información en niveles internos de la Cooperativa, contraviniendo lo establecido en el Libro 6º, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), razón por la cual la entidad a su cargo debe remitir la información correspondiente para subsanar la observación comunicada mediante carta ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 19 de abril de 2013*…"

- En fecha 9 de julio de 2013, mediante nota CACSA 093/013, la Cooperativa adjunta la nota CB Nº 6702/2K13 de 8 de julio de 2013, emitida por MGI ABACO S.R.L.; dada su trascendencia para el caso -conforme se evidencia infra- se la transcribe en su integridad:

  "…***A.-*** *En carta CACSA 314/2013 Ud. nos adjuntaron la carta ASFI/DSRY* (sic) */R-89790/20I3 en la que la entidad supervisora indica que no se incluye el flujo de informe en niveles internos de la Cooperativa.*

  A la fecha hemos tratado comunicamos telefónicamente con el Lic. Renán Villegas Albarracín; en ASFI nos informaron que estaba de vacación derivándonos con la Lic. Verónica Linares, quien nos contactó con el Lic. Patricio Navia y éste con el Ing. Cristian Montecinos. ***El Ing. Montecinos nos***

solicitó que describamos las evaluaciones de flujo de información interna de la Cooperativa <u>que habíamos cumplido</u>*; a continuación ésa descripción.*

B.- *Evidenciamos que la Cooperativa no tiene formalmente establecido el flujo de información interna mediante instructivos debidamente aprobados por el Consejo de Administración. Nosotros efectuamos ésa evaluación considerando que el flujo de información interna comprende todos los niveles de la entidad desde la Asamblea General de Socios, Consejos de Administración – Vigilancia, Gerencia, Auditoría Interna, Asesoría Legal y las áreas de Colocaciones, Captaciones, etc. y en consecuencia ésa información la registramos en las distintas partes de nuestro informe de Auditoría Financiera Gestión 2012 que emitimos cumpliendo la normativa de ASFI. En el detalle de las evaluaciones cumplidas indicamos: La Parte, Acápite, Numeral, inciso y páginas que los contienen en el Informe* ***ABACO****/2012.*

La Cooperativa tiene vigente el programa SFI desde gestiones anteriores; en la Gestión 2012 ese programa no tiene cambios importantes. En el Anexo B damos información adicional.

C.- *Detalle desglosado de la evaluación del "Flujo de Información en Niveles Internos" de la Cooperativa:*

1.- En Captaciones revisamos el cumplimiento de la normativa de la Cooperativa, en cuanto a la apertura de cajas de ahorros y depósitos a plazo fijo; el control de las transacciones realizadas su registro contable y en las cuentas individuales de cajas de ahorro, así como la emisión de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo, el cumplimiento de los controles implementados. Ver Informe ***ABACO****/2012. Parte III, acápite IIA, numerales 1 a 4, páginas 4 a 8*

2.- En Colocaciones, nuestra evaluación consideró los Manuales, Reglamentos y Políticas de Créditos vigentes en la Cooperativa, en cuanto a los procedimientos de solicitud, análisis, trámite, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos concedidos en la Gestión 2012.

Adicionalmente revisamos la mora, la evaluación y calificación de la cartera de crédito, las provisiones para cartera incobrable. Ver Informe ***ABACO****/2012. Parte III, acápite IIB, numerales 1 a 8, páginas 9 a 27; Parte IV, acápite I A, II A al D; III A al K páginas 1 a 14.*

3.- Revisamos la emisión de papeletas de caja, por considerar ésos documentos como los únicos que respaldan las transacciones en efectivo realizadas por los socios/clientes y que complementan las captaciones y colocaciones descritas en el acápite "C" numerales 1 y 2 precedentes, como ser:

a.- La apertura – incremento o retiro de cajas de ahorro.

b.- La apertura o cancelación de depósitos a plazo fijo.

c.- Los desembolsos y pagos de amortizaciones de préstamos.

d.- Efectuamos por muestreo el proceso de comprobación de las papeletas de caja, con la documentación física, su registro contable y en los extractos de cuenta por socio. Ver Informe ***ABACO****/2012. Parte III, acápite IIA numerales 1 a 4, páginas 4 a 8*

4.- Toda la información relacionada con aspectos financieros y económicos generada en las diferentes operaciones es introducida por los funcionarios/usuarios autorizados y es integrada a los sistemas de información de la Cooperativa que son operados y controlados por el Departamento de Sistemas -DS.

5.-Otras áreas evaluadas las detallamos en el Informe ***ABACO****/2012 Parte IV Cartera de Inversiones; Parte VI Cumplimiento de Regulaciones y Límites Legales; Parte VII Sistema de Prevención de Lavado de Dinero.*

6.- ***Por lo anterior en líneas generales hemos analizado las diferentes operaciones en relación al flujo de la información interna desde su inicio, registro, control, reportes de información y su expresión en los estados financieros****.*

Se analizó el cumplimiento de la normativa externa (aplicación de Leyes Nacionales, Normativa de la ASFI, SIN, UIF, etc), así como de la normativa interna (Políticas, Procedimientos, Reglamentos, Manuales, etc.); las deficiencias y desviaciones establecidas se encuentran en incluidas en el Informe ***ABACO****/2012*

En el Anexo A graficamos el flujo de información relacionado con nuestra evaluación.

D.- *Nos sorprendió en cambio el énfasis de ASFI respecto al concepto "flujo de Información Interna" que aunque está en la norma desde hace algunos años; no se precisaba tan específicamente su mención, hecho comprobable al revisar los informes de las inspecciones de ASFI y los de Auditores Externos.*

Si ése cambio de énfasis se nos hubiese comunicado oportunamente en la Gestión 2012; sin duda que lo habríamos cumplido. Nosotros emitiremos informes futuros cumpliendo ése concepto.

Con la emisión de la presente carta ***cumplimos con lo solicitado por el Ing. Cristian Montecinos profesional del staff de ASFI; complementa esa información nuestras cartas CB N/ (sic) 6643/2K13 de 29 de Abril de 2013 y 6697/2K13 de 8 de Junio de 2013****…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Posteriormente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013 (supra mencionada), con la que dio inicio al procedimiento sancionatorio, al comunicar "*el detalle de multas hasta el mes de agosto de 2013, correspondiente a incumplimientos en los plazos para el envío de información periódica*".

Ahora bien, la relación anterior permite establecer que para la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a fecha 24 de junio de 2013 -nota ASFI/DSR II/R-89790/2013-, la observación referida a la no inclusión (en el dictamen de auditoría externa con corte al 31 de diciembre de 2012) "*de forma específica ni implícita el Flujo de la Información en niveles internos de la Cooperativa, contraviniendo lo establecido en el Libro 6º, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras*", no se encontraba subsanada.

En tal sentido, no cursa en el expediente, declaración expresa sobre que tal observación hubiera sido relevada, sino mas bien y directamente -conforme lo expuesto- la imposición de la multa en la carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, en atención a la nota CB Nº 6702/2K13 de 8 de julio de 2013 y a la nota CACSA 093/013 de 9 de julio de 2013 que la adjunta.

Se hace constar que la precitada carta circular ASFI/DEP/6629/2013, hace referencia (en su anexa *planilla de control de plazos y multas*) que las dos sanciones por el concepto *AUDITORÍA EXTERNA*, corresponden a un total de 35 días de retraso, divididos en dos periodos:

- 21 días calendario, del 21 de mayo de 2013 ("*Plazo Recepción*") al 11 de junio de 2013 ("*Fecha de Ingreso*" de la nota CACSA 077/013).

- 14 días calendario, del 25 de junio de 2013 ("*Plazo Recepción*") al 9 de julio de 2013 ("*Fecha de Ingreso*" de la nota CACSA 093/013).

En tal sentido, es pertinente establecer que en repetidas ocasiones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha dejado constancia que:

> "…*cuando esta Autoridad* (…) *determine que la información enviada de manera impresa esté incompleta, inconsistente y/o contiene errores,* ***se considerará como fecha oficial de ingreso, para fines de aplicación del Reglamento de Multas por retraso en el envío de información, cuando dichos reportes sean remitidos debidamente corregidos y/o completados***…" (Nota ASFI/DSR II/R-56834/2013, en el mismo sentido las notas ASFI/DSR II/R-70512/2013 y ASFI/DSR II/R-89790/2013; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, al haberse impuesto las sanciones mediante la carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, sin mayor alusión -ni siquiera a posteriori- a que se encontrare pendiente de subsanación una falta de descripción o análisis, del flujo de la información en niveles internos de la Cooperativa, en contravención a lo estipulado en el Libro 6º, Título I, Capítulo II, Sección 5, artículo 5, inciso e), de la Recopilación de Normas para Bancos y

Entidades Financieras (que hace a lo sancionado), debe concluirse inequívocamente, que es con la nota CACSA 093/013 de 9 de julio de 2013, la que adjunta la nota CB Nº 6702/2K13 de 8 de julio de 2013, que se subsana la observación que -cual infracción- da origen al procedimiento sancionatorio, conforme ha sido establecido en la nota ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 24 de abril de 2013.

No obstante, reiteradamente ha expresado la firma de auditores MGI ABACO S.R.L., que:

> "…(el) ***INFORME SOBRE LA EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE LA GESTIÓN 2012"****, cumple a cabalidad todos los lineamientos de la normativa de la ASFI; por lo que indicamos que el mencionado informe contiene "****la descripción y el análisis del flujo de información en niveles internos de la Cooperativa para una adecuada gestión****…*" (Nota CB Nº 6643/2K13; en el mismo sentido la CB Nº 6697/2K13)

Ahora bien y conforme lo supra establecido, la nota CB Nº 6702/2K13 (que se adjunta con la precitada CACSA 093/013 de 9 de julio de 2013), concluye que:

> "*…hemos analizado las diferentes operaciones en relación al flujo de la información interna desde su inicio, registro, control, reportes de información y su expresión en los estados financieros.*
>
> *Se analizó el cumplimiento de la normativa externa (aplicación de Leyes Nacionales, Normativa de la ASFI, SIN, UIF, etc), así como de la normativa interna (Políticas, Procedimientos, Reglamentos, Manuales, etc.)…*"

En un orden más específico, refiere que:

- "*…la Cooperativa no tiene formalmente establecido el flujo de información interna (…) comprende todos los niveles de la entidad (…) ésa información la registramos en las distintas partes de nuestro informe (…) tiene vigente el programa SFI desde gestiones anteriores…*"

- "*…En Captaciones revisamos el cumplimiento de la normativa (…) en cuanto a la apertura de cajas de ahorros y depósitos a plazo fijo; el control de las transacciones (…) su registro contable y en las cuentas individuales de cajas de ahorro (…) la emisión de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo, el cumplimiento de los controles implementados…*"

- "*…En Colocaciones, nuestra evaluación consideró los Manuales, Reglamentos y Políticas de Créditos (…) en cuanto a los procedimientos de solicitud, análisis, trámite, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos concedidos en la Gestión 2012…*"

- "*…revisamos la mora, la evaluación y calificación de la cartera de crédito, las provisiones para cartera incobrable…*"

- "…*Revisamos la emisión de papeletas de caja,* (…) *únicos que respaldan las transacciones en efectivo realizadas* (…) *y que complementan las captaciones y colocaciones*…"

- "…*Toda la información relacionada con aspectos financieros y económicos* (…) *es introducida por los funcionarios/usuarios autorizados y es integrada a los sistemas de información* (…) *que son operados y controlados por el Departamento de Sistemas*…"

- "…*Otras áreas evaluadas las detallamos en el Informe* ***ABACO****/2012 Parte IV Cartera de Inversiones; Parte VI Cumplimiento de Regulaciones y Límites Legales; Parte VII Sistema de Prevención de Lavado de Dinero*…"

Es decir, la firma de auditores MGI ABACO S.R.L. informa lo que en los términos del inciso e) del artículo 5, Libro 6º, Título I, Capítulo II, Sección 5, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, resulta en "*una descripción del alcance del trabajo realizado, que incluya las explicaciones sobre las áreas o aplicaciones evaluadas, los procedimientos o técnicas de auditoría aplicadas, los componentes de la información financiera o reportes validados y los resultados de la evaluación de los sistemas de información de la entidad*".

Cabe señalar que en la supra señalada nota CB Nº 6697/2K13 de 8 de junio de 2013, en sus páginas 1ª y 2ª, la firma de auditores MGI ABACO S.R.L. señala:

"…*Las observaciones resultantes de nuestro examen de ésos flujos de información de las áreas representativa y operativa se encuentran expuestas en nuestro Informe de Auditoría Externa de la Gestión 2012 de vuestra Cooperativa, en:*

PARTE III ***INFORME DE CONTROL INTERNO***

PARTE IV ***INFORME DE LA EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN DE RIESGO CREDITICIO***

PARTE V ***INFORME SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA CARTERA DE INVERSIONES***

PARTE VI ***INFORME SOBRE LA EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE REGULACIÓN Y LÍMITES LEGALES***

PARTE VII ***INFORME SOBRE LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO*** *y siguientes*

2. *A continuación detallamos y reiteramos los aspectos cumplidos en nuestro Informe sobre la Evaluación de los Sistemas de Información:*

   La información global generada por la Cooperativa es introducida por los funcionarios/usuarios autorizados y es integrada a los sistemas de información de la Cooperativa que son operados y controlados por el Departamento de Sistemas.

   Hemos evaluado la infraestructura, aplicaciones, los mecanismos de seguridad, continuidad, etc.; del Departamento de Sistemas en cuanto a su capacidad para procesar el flujo de información indicada en nuestro Informe sobre Evaluación de los Sistemas de Información describimos los resultados del trabajo realizado..."

Nótese que en el detalle de informes precedente, no figura el "***Informe sobre la evaluación de los sistemas de información***" al que se refiere el inciso e) del artículo 5º, Sección 5, Capítulo II, Título 1, Libro 6º, de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, determinando entonces que dicho informe no fue presentado oportunamente por parte de la firma auditora, a su cliente: la Cooperativa; y a su vez, por ésta a la Autoridad Reguladora, justificando tal extremo MGI ABACO S.R.L. -en el numeral 1 de la referida nota CB Nº 6697/2K13-, en que "***Todo informe de Auditoría Financiera*** *cumpliendo la normativa de la ASFI,* ***debe considerarse como un todo****, integrado por partes en las que se especifican conceptos de las áreas examinadas. El informe que emitimos para la Gestión 2012 de vuestra Cooperativa cumple con ése requisito*" (El subrayado y las negrillas son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en lo señalado por la firma de auditoría externa, resultaría que la información acerca de la evaluación de los sistemas de información -cuya inexistencia da lugar a la sanción- sí se encontraría contenida en en Informe de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2012, empero de manera dispersa, en la serie de informes que lo componen, resultando de ello que MGI ABACO S.R.L. entiende al informe extrañado en un sentido abstracto (la información como tal), lo cual no condice con la norma del inciso e) del artículo 5º, Sección 5, Capítulo II, Título 1, Libro 6º, de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, la que es clara cuando detalla los Informes de Auditoría Externa que deben ser **materialmente** presentados, conforme se han detallado supra.

Es más, el artículo 1° de la misma Sección 5, en su inciso c.5), detalla los informes de auditoría externa a ser presentados, ordenando textualmente que: "*La Firma de Auditoría debe emitir los siguientes informes:* (…) ***c.5.*** *Evaluación de los sistemas de información*", quedando de ello claro que, el extrañado "*Informe sobre la evaluación de los sistemas de información*" se encuentra expresamente ordenado, criterio además ampliado en el artículo 5º (*Contenido de los informes complementarios*) del mismo cuerpo normativo, cuando con mayor detalle, describe expresamente el contenido literal que deben tener los informes complementarios, entre estos, el informe extrañado (Inc. 'c' del mismo Art. 1º) de la siguiente manera:

> "…***Artículo 5° - (Contenido de los informes complementarios)*** *El contenido mínimo de los informes complementarios señalados en el Artículo 1° de esta Sección son:* (…)
>
> ***e)*** ***Informe sobre la evaluación de los sistemas de información.*** *Este informe debe contener una descripción del alcance del trabajo realizado, que incluya las explicaciones sobre las áreas o aplicaciones evaluadas, los procedimientos o técnicas de auditoría aplicadas, los componentes de la información financiera o reportes validados y los resultados de la evaluación de los sistemas de información de la entidad que incluye, entre otros:*
>
> ***e.1.*** *El flujo de información en los niveles internos de la entidad para su adecuada gestión y la continuidad operacional;*
>
> ***e.2.*** *Si los sistemas informáticos proveen información confiable, íntegra y oportuna, incluyendo los resultados de la revisión selectiva de la validez de los datos contenidos en la información complementaria a los estados*

financieros (anexos y reportes) que presenta la entidad supervisada a ASFI, según la normativa vigente;

e.3. *Los resultados de la evaluación de los mecanismos de seguridad y existencia de planes de contingencia por parte de la entidad para enfrentar situaciones de riesgo que impliquen pérdida de información o daño de los equipos computarizados utilizados…*"

(El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En definitiva, el "*Informe sobre la evaluación de los sistemas de información*" constituye un documento particular y especial, que debe ser presentado expresamente como tal y no disperso en los demás informes, como mal ha argumentado MGI ABACO S.R.L. en su nota CB Nº 6697/2K13.

Entonces e inequívocamente, es recién mediante nota CB Nº 6702/2K13, presentada a través de la nota CACSA 093/013 de **9 de julio de 2013**, que se ha procedido a subsanar la observación de la nota ASFI/DSR II/R-56834/2013 de **24 de abril de 2013**, no siendo evidente lo sugerido por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** en su Recurso Jerárquico, en sentido que existiría una contradicción entre lo determinado por el Ente Regulador en la última mencionada, y lo alegado por la firma de auditores MGI ABACO S.R.L. (en sentido de ser inexistente la observación).

En verdad material, el contenido de la nota CB Nº 6702/2K13 refleja ello: mediante la misma se ha procedido a subsanar la observación que ha dado origen a la sanción -entonces, reconociendo su existencia-, observación que hasta ese momento se mantenía firme, vigente y subsistente, no evidenciándose en ello la contradicción alegada, determinando que el fundamento del Recurso Jerárquico es este sentido, sea inatendible.

A efectos de tal conclusión, se tiene presente que no se ha constatado en la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, infracción a los principios de legalidad y tipicidad, conforme ha sido acusado por la recurrente, empero en una mención abstracta en sentido que no aporta mayores elementos de análisis que sirvan para una determinación de esa naturaleza, y que en todo caso, confirma lo señalado en sentido de no haberse evidenciado la inobservancia acusada.

2.2. Responsabilidad por el incumplimiento.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** alega también en su Recurso Jerárquico, que:

"*…se ha respaldado documentalmente que la Cooperativa ha remitido y transmitido de forma oportuna sus observaciones, dando a conocer las sanciones por incumplimiento. Cuestión que es claramente atribuible a la firma de Auditoría Externa, por ello la sanción inobserva de forma ineludible, lo que indica el Libro 6to., Título I, Capítulo II, Sección 3 y concretamente el Art. 1 de la Recopilación para Bancos y Entidades Financieras (actual Recopilación de Normas para Servicios Financieros); sobre la RESPONSABILIDAD, que establece: "La responsabilidad profesional del trabajo*

e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros (…)

…toda vez, que MGI ABACO S.R.L. se halla legalmente inscrita en su registro, consiguientemente también regulada; no entendemos cómo se puede imponer la multa en contra de la Cooperativa y no contra la Empresa de Auditoría Externa, que de acuerdo a los antecedentes presentados es la única responsable por la multa impuesta…"

De ello, la recurrente entiende haber existido, en el pronunciamiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, infracciones a los principios de verdad material, de jerarquía normativa, de informalismo, de proporcionalidad, de favorabilidad y otros "*que forman parte del bloque de constitucionalidad*" como son el de razonabilidad y el de objetividad.

Toda vez que el alegato es reiterativo de lo señalado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** a tiempo de su Recurso de Revocatoria, se conoce la posición al respecto, de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014, la que sobre el extremo concreto ha señalado:

"…*De acuerdo a la Sección 3, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras* (…)*:*

- "***Artículo 1°- (Responsabilidad)*** *La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros.*" (…)

De acuerdo a la Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (…)*:*

- "***Artículo 1°- (Responsabilidad sobre los estados financieros)*** *Los estados financieros básicos y la información complementaria sobre las cuales la Firma de Auditoría emite su opinión, <u>son de responsabilidad de la administración de la entidad supervisada</u>". (El subrayado ha sido incorporado).*

- ***"Artículo 2°- (Selección de Auditores Externos)*** *El Comité de Auditoría u Órgano equivalente de cada una de las entidades supervisadas definirá políticas para la selección y contratación de la Firma de Auditoría, <u>así como mecanismos de control para la ejecución del trabajo realizado</u> en relación con la propuesta técnica". (El subrayado ha sido incorporado).*

El artículo 1, sección 10, Capítulo III, Título II, Libro 5° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (…)*:*

"(Responsabilidad) Es responsabilidad de la entidad supervisada:

a) Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma;

b) Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad;

c) Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento" (…)

…no existe disposición alguna referida a que los informes emitidos por las firmas de auditoría estén exentas de errores, aspectos que tal como se dijo anteriormente, son responsabilidad de la entidad supervisada a través de sus órganos internos correspondientes (…)

…queda claro que la información complementaria sobre las cuales la firma de auditoría emite opinión, es de responsabilidad de la entidad supervisada, lo que implica que la responsabilidad por la omisión en el envío del flujo de la información en los niveles internos de la entidad, dentro del Informe de Evaluación de los Sistemas de Información al 31 de diciembre de 2012, fue atribuible a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda. …"

Dejando renovada constancia que, los alegatos del Recurso Jerárquico actual, en cuanto al acápite referido a la responsabilidad por la infracción, son reiterativos de los expresados a tiempo del Recurso de Revocatoria de 20 de febrero de 2014, resulta que contra los fundamentos expresados -y supra transcritos- de la reciente Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** no tiene mayor argumento, es decir, que limita su actuación dentro del proceso recursivo, a lo que en su momento hizo constar en su impugnación contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, por lo que no cabiendo lugar a mayor compulsa, corresponde establecer si el razonamiento utilizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para confirmar su decisión inicial, es o no correcto.

En tal sentido y resultando tal razonamiento de orden netamente normativo, no admite alegato en contra, por cuanto es evidente, que por disposición de los artículos 1° y 2° de la Sección 2, Capítulo II, Título I, Libro 6°, y 1° de la Sección 10, Capítulo III, Título II, Libro 5°, en todos los casos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es para la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** -no así para la firma de auditoría contratada por ella para emitir el dictamen- que quedan establecidas las siguientes responsabilidades:

- Su instancia de administración, es responsable de los estados financieros básicos y la información complementaria sobre las cuales la firma de auditoría habrá de emitir su opinión.

- Su Comité de Auditoría (u órgano equivalente), es responsable de definir los mecanismos de control para la ejecución del trabajo realizado en relación con la propuesta técnica.

- Y fundamentalmente, es responsable como tal la propia entidad, de adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de la información, de asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada, y de cumplir con los plazos de envío de información.

La recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** prefiere ignorar todos estos preceptos, para invocar la disposición del artículo 1 de la Sección 3, del Libro 6to., Título I, Capítulo II, también de la Recopilación, referido a que "*La responsabilidad profesional del trabajo e informes de auditoría se atribuyen a la Firma de Auditoría y subsecuentemente, a los socios y responsables de la auditoría que firman el dictamen sobre los estados financieros*".

Ello por cuanto, el artículo 94º de la Ley Nº 1488 -de Bancos y Entidades Financieras- establece que es el Ente Regulador quien exige el dictamen de auditoría externa, quien para ello mantiene el registro de las firmas de auditoría externa habilitadas, y quien ha aprobado el Manual de Cuentas cuyas normas contables son las que deben ser observadas en la elaboración de los estados financieros; entonces, en la lógica de la recurrente, las firmas de auditoría externa obedecen a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, antes que a las entidades de intermediación financiera que las contratan.

No obstante, tal interpretación es infundada por cuanto, si bien es cierto que las firmas de auditoría externa, para ser contratadas a los fines que señala la norma, deben encontrarse registradas por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ello no quiere decir que exista una relación contractual entre las primeras y el Órgano Regulador, sino que tal relación -onerosa, toda vez que está sujeta a la lógica normal que importa el pago por los servicios prestados-, es exclusivamente entre las firmas señaladas y las entidades de intermediación financiera que las contratan, relación que en los términos del señalado artículo 1 de la Sección 3, del Libro 6to., Título I, Capítulo II, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (invocado por la propia recurrente), determina **una responsabilidad profesional**, es decir, que las firmas de auditoría responden por el trabajo desempeñado por los profesionales auditores que las componen en el ejercicio técnico y privativo de su campo de formación, y por los resultados de lo mismo, en tanto obedecen a esa naturaleza.

En el mismo sentido, los artículos 6º y 8º de la Sección 2 del mismo cuerpo normativo, hacen referencia a la propuesta técnica que la entidad contratante debe exigir a la firma de auditoría, en la cual deben contemplarse todos los requerimientos de la normativa, incluidos los informes, cuyo control es responsabilidad de la propia entidad contratante -la regulada-.

Entonces, **la responsabilidad profesional de las firmas de auditoría externa** (aquí léase, de los auditores que dictaminan los diversos estados financieros) **para con las entidades de intermediación financiera que las contratan, es distinta de la responsabilidad administrativa**

de cada una de las entidades de intermediación financiera, de presentar oportunamente sus estados debidamente auditados ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que también les es exclusiva y privativa.

En ese plano, las deficiencias, omisiones o incumplimientos de las firmas de auditoría externa para con las entidades de intermediación financiera que -obligatoriamente- las contratan, seguramente puede generar una responsabilidad entre ellas, la que siendo de naturaleza privada, es totalmente distinta de aquella por la que se la ha sancionado a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**

Lo anterior no importa ignorar la responsabilidad especial, también de naturaleza administrativa, que hace a los servicios que prestan las firmas de auditoría externa, toda vez que lo mismo se encuentra previsto en la norma regulatoria, de ahí su carácter obligatorio; en tal sentido, de la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014, se conoce que:

> "…*la información complementaria referida a la evaluación de los sistemas de información incluyendo el flujo de información en los niveles internos de la Cooperativa, constituye parte del trabajo de la auditoría externa que realizan las firmas auditoras, misma que al haberse observado su omisión y posterior presentación en forma extemporánea ocasionó la imposición de la multa a la Cooperativa.*
>
> *Que, del análisis a la normativa vigente, se presumen indicios de responsabilidad de la firma auditora MGI Abaco S.R.L. en cuanto a supuestas infracciones al Reglamento para la Realización del Trabajo de Auditoría Externa a tiempo de emitir los informes resultantes de la auditoría externa de la gestión 2012, efectuada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., correspondiendo se inicien las respectivas diligencias preliminares para determinar posibles infracciones e inicio de un proceso administrativo*…"

Quedando de ello claro, la presumible responsabilidad administrativa de la firma de auditores MGI ABACO S.R.L., emergente del incumplimiento al que se refiere la nota ASFI/DSR II/R-56834/2013 de 24 de abril de 2013, la que, conforme es señalado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, corresponde ser sustanciada, empero con el carácter diverso a la responsabilidad de la recurrente, materia de la sanción a ella impuesta.

Corresponde además señalar que, al igual que en el numeral anterior, no se ha constatado en la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, infracción a determinados principios, conforme los alude la recurrente (en este caso, de verdad material, de jerarquía normativa, de informalismo, de proporcionalidad, de favorabilidad y otros "*que forman parte del bloque de constitucionalidad*", como son el de razonabilidad y el de objetividad), empero en una mención abstracta en sentido que no aporta mayores elementos de análisis que sirvan para una determinación de esa naturaleza.

En definitiva, así como no existe infracción a tales principios, tampoco la concurrencia de la firma de auditores MGI ABACO S.R.L. en los hechos que dieron origen a la infracción y a la

sanción, libera a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** de su propia y exclusiva responsabilidad por la presentación oportuna de sus estados financieros debidamente auditados, con la generalidad de exigencias normativas que importa ello, aún sean las deficiencias de ello atribuibles a la firma de auditores señalada.

2.3. Incongruencia en la determinación del Ente Regulador.-

Sin perjuicio de lo anterior y toda vez que, conforme lo señalado por la propia recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.** en el otrosí segundo de su memorial de 20 de febrero de 2014, la multa impuesta ha sido pagada -sin mayor inconveniente- "*para fines de viabilización del presente recurso de revocatoria, dándose cumplimiento a la resolución sancionatoria*", corresponde dejarse constancia de cierto carácter incongruente en el que incurre la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI N° 063/2014 **de 5 de febrero de 2014** con respecto a su carta circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, por cuanto, al instruir en la primera nombrada "*a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, depositar el importe correspondiente a la multa detallada en la Carta Circular ASFI/DEP/6629/2013 de 11 de noviembre de 2013, **de acuerdo a especificaciones establecidas en la señalada Carta Circular***", no tiene en cuenta que en tal carta circular ha especificado, que "*el importe de la multa debe depositarse* (…) ***hasta el día 25 de noviembre de 2013***" (en ambos casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), resultando en un presupuesto irracional en razón a la imposibilidad cronológica que importa.

No obstante y conforme lo dicho, al haberse procedido al pago de la multa sin mayor observación ni controversia, el extremo gana en intrascendencia, sin embargo de lo cual, corresponde sea tenido en cuenta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a los fines que correspondan.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes remitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en función del Recurso Jerárquico interpuesto, se concluye que el Ente Regulador ha realizado un correcto análisis de los mismos, como de los argumentos elevados por el propio recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 163/2014 de 25 de marzo de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 063/2014 de 5 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

VICTOR OTTO LEON ROMERO

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 171/2014 DE 28 DE MARZO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 056/2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2014

La Paz, 02 de septiembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2014 de 31 de julio de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 092/2014 de 05 de agosto de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 16 de abril de 2014, el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-60286/2014 de 21 de abril de 2014, con fecha de recepción del 22 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al

Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 25 de abril de 2014, notificado al recurrente **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** en fecha 2 de mayo de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014.

Que, en fecha 2 de mayo de 2014, conforme lo ordena el Auto de 25 de abril de 2014, se notificó al **Banco Mercantil Santa Cruz S. A.** con el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, a los efectos que la entidad financiera presente sus alegatos si lo creyere pertinente.

Que, a través de memorial de 16 de mayo de 2014, el **Banco Mercantil Santa Cruz**, responde al Recurso Jerárquico, el mismo que es puesto a conocimiento del recurrente, conforme a lo dispuesto en la providencia de 20 de mayo de 2014.

Que, en fecha 23 de junio de 2014, a horas 10:35 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos, solicitada por **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, mediante memoriales de 14 de mayo y 5 de junio de 2014 respectivamente.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. DENUNCIA.-

"…***ANTECEDENTES.***

Desde el año 1993, fui cliente del Banco Santa Cruz S.A.-Sucursal Santa Cruz, hemos realizado una serie de operaciones de créditos por diferentes montos, sin embargo dichas operaciones de crédito, fueron pagadas de forma oportuna, unas veces mediante depósito en efectivo y otras con la suscripción de nuevos contratos, el Banco nunca nos informó detalladamente la forma de aplicación que correspondía, se negaba terminantemente a hacernos entrega de los respetivos comprobantes de pago con el saldo adeudado, solo se limitaba a exigir que se haga entrega de dinero en efectivo, el argumento del Banco decía que el dinero depositado no alcanzaba para cubrir el pago de nuestras obligaciones, y procedía a presionar con el pretexto de ejecutar y rematar nuestros bienes, hasta lograr que se realicen otras operaciones crediticias, como si se tratara de nuevos créditos para el repago de anteriores obligaciones, es así que va transcurriendo el tiempo y mi persona con el Banco Santa Cruz, va suscribiendo una serie de escrituras públicas como ser:

1.- Escritura pública N° 7/95 de fecha 17 de enero de 1995, protocolizada ante el Notario de Fe Pública N° a cargo de la Sra. Mónica Isabel Villarroel Rojas, el Banco Santa Cruz S.A., solicita a mi nombre ai BANCO CENTRAL DE BOLIVIA, la asignación de RECURSOS DE DESARROLLO DE LA LINEA MULTISECTORIAL PCGM-SP-CAF-BCB, bajo el

N° 7/94 dinero en Bolivianos. El mismo es desembolsado al Banco Santa Cruz, Oficina La Paz, la suma de Bs. 2.557.500.oo, en fecha 21 de junio de 1994, conforme lo tengo acreditado mediante certificación de fecha 22 de abril del 2002, emitido por el Banco Central de Bolivia. Aclaro que, el Banco Santa Cruz, previo a la solicitud de adjudicación de Recursos al Banco Central de Bolivia, exigió que se realizara con el importe de los recursos, en la propiedad "Cerro Colorado", ubicado en la Prov. Cordillera, para justificar el destino u objeto de la adjudicación de recursos solicitados, cumplidas estas exigencias por el Banco Santa Cruz S.A., para la adjudicación de los recursos solicitados al Banco Central de Bolivia, el dinero es desembolsado por el Banco Central al Banco Santa Cruz, en Bolivianos, sin embargo el contrato de préstamo lo realizan en Dólares Americanos, contraviniendo el tipo de moneda pactada y desembolsada por el Banco Central de Bolivia, y que además el Banco Santa Cruz, exigía que todos los pagos se efectúen en Dólares americanos.

2.- Mediante escritura pública N° 135/94 de fecha 26 de mayo de 1994, protocolizado en la Notaría de Fe Pública N° 37, a cargo del Dr. Orlando Caballero Rojas, referente al préstamo de dinero otorgado por el Banco Santa Cruz S.A. sucursal Santa Cruz, a favor de Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León, con recursos refinanciados por el Banco Central de Bolivia por la suma de $us. 550.000.oo, el Banco Santa Cruz, no realizó ningún desembolso, ni entrega de los recursos conforme la certificación que otorga el mismo Banco, hago constar que por la falta de entrega de estos recursos, el proyecto no pudo arrancar, el importe total de este préstamo sin autorización expresa de parte nuestra, el Banco Santa Cruz, lo destinó para el pago de otras obligaciones, pese a los reclamos insistentes que hicimos, nunca se nos ha entregado recibo alguno.

El año 1995, nos llaman por teléfono del Banco Santa Cruz, para otorgamos un nuevo préstamo, para pagar el vencido, caso contrario seriamos ejecutados e inhabilitados en el sistema financiero para ser sujetos de crédito, y el Banco nos recomienda y ven por conveniente que debíamos pasar por la Notaría del Banco a suscribir el nuevo instrumento de préstamo de dinero.

3.- Escritura pública N° 105/96 de fecha 24 de junio de 1996, protocolizada ante la Notaría de Fe Pública N° 12, a cargo del Dr. Jorge Urenda Peinado, por un préstamo de dinero otorgado por el Banco Santa Cruz S.A., a favor de los Sres. Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León, por la suma de $us. 81.000.00.- reitero señora Directora que este dinero tampoco nos ha sido entregado y desconozco el destino del mismo.

De otra parte a mediados del mes de noviembre del año 1996, recibimos una llamada telefónica de un funcionario del Banco Santa Cruz, en el sentido de que debíamos pagar una suma de dinero superior a los $us. 200.000.oo, caso contrario seríamos ejecutados y nuestros bienes rematados, y que además íbamos a ser inhabilitados en el sistema financiero para poder se sujeto (sic) *de crédito, recomendándonos que debíamos pasar por la Notaría del Banco a suscribir el nuevo instrumento de préstamo de dinero, es asi* (sic) *que a los pocos días, una persona llega a mi domicilio y se identifica como funcionaría de la Notaría que había sido enviada por el Banco Santa Cruz S.A., para suscribir la siguiente escritura:*

4.- Escritura Pública N° 188/96 de fecha 4 de diciembre de 1996, protocolizada ante el Notario de Fe Pública Dr. Jorge Urenda Peinado, por un préstamo de dinero en la suma de $us. 200.000.oo.-otorgado por el Banco Santa Cruz S.A., sucursal Santa Cruz, a favor de Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León.

Hago constar que las llamadas de amedrentamiento eran constantes, a los pocos días de haberse suscrito la escritura arriba mencionada, nos indicaban que debíamos suscribir otra escritura de préstamo, nuevamente se hace presente a mi domicilio un funcionario de la Notaría, quien manifestó que había sido enviado por el Banco Santa Cruz para suscribir la siguiente escritura.

5.- Escritura Pública N° 04/97 de fecha 04 de enero de 1997, protocolizada ante el Notario de Fe Pública Dr. Jorge Urenda Peinado, referente a un préstamo otorgado por el Banco Santa Cruz S.A., sucursal Santa Cruz, a favor de Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León, por la suma de $us. 122.000.oo.- Una vez perfeccionada la escritura referida, solicitamos al Banco nos hagan entrega de los documentos de cancelación y pago de mis obligaciones, importe de este préstamo, no obtuvimos detalle pormenorizado de la forma de aplicación o destino del dinero, vanos fueron los reclamos nunca fui escuchado.

Señora directora, es de conocimiento general, que el Banco mediante sus funcionarios, emplean una serie de amenazas para lograr su objetivo, es así que nuevamente por el mes de mayo de 1997, me llaman por teléfono del Banco, bajo la misma modalidad de amenazas, indicando que debía firmar otra escritura pública, y se apersona un funcionario de la Notaría a mi domicilio, el mismo había sido enviado por el Banco Santa Cruz, para suscribir la siguiente escritura:

6.- Escritura Pública N° 126/ (sic) *de fecha 26 de junio de 1997, protocolizada ante el Notario de Fe Pública N° 12 a cargo del Dr. Jorge Urenda Peinado, por un préstamo de dinero de $us. 400.000.oo.- suscrito por el Banco Santa Cruz S.A. a favor de Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León.*

Señora Directora, usted podrá constatar que los funcionarios del Banco Santa Cruz S.A., se han dado a la tarea de amedrentarme, toda vez que hizo costumbre de emplear una serie de amenazas y coacciones, sin el mayor reparo y un cinismo, que estremece hasta las fibras más íntimas del ser humano, si se precia de ser honesto, nuevamente por el mes de octubre de 1997, recibo otra llamada de un funcionario del Banco, con los mismos argumentos de amenazas, que iba a perder mis bienes, y es mejor que firmáramos otra escritura, que con la cual todas mis obligaciones con el Banco estarían totalmente pagadas, es asi que se apersona a mi domicilio una persona, que se identifica como funcionario de una Notaría, que había sido enviado por el Banco, para que yo suscriba la siguiente escritura:

7.- Escritura Pública N° 438/97 de fecha 22 de octubre de 1997, protocolizada ante el Notario de Fe Pública N°... a cargo de la Dra. Claudia Heredia de Suárez, referente al préstamo de dinero por la suma de $us. 510.00.oo.-otorgado por el Banco Santa Cruz S.A., a favor de Victor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León.

Me apersono al Banco después de perfeccionada la escritura antes mencionada, para solicitar se me haga entrega de los documentos de cancelación y pago de mis obligaciones, los personeros del Banco se negaron como siempre.

Posteriormente, a comienzos del mes de marzo del año 1999, nuevamente recibo una llamada del Banco, bajo los mismos argumentos de amenazas y amedrentamientos como los anteriores, afirmándome que debíamos suscribir otra escritura, igualmente se apersona a mi domicilio una persona que dice ser funcionario de la Notaría que había sido enviado por el Banco para que yo suscriba la siguiente escritura:

8.- Escritura Pública N°369/99, de fecha 10 de marzo de 1999, protocolizada ante el Notario de Fe Pública a cargo de la Dra. Maria Luisa Lozada B., referente al contrato de descuento de letra de cambio que hizo el Banco Santa Cruz S.A. sucursal Santa Cruz, a favor de Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León, por la suma de Sus. 150.000.oo.-

Siendo que con dicho importe quedarían totalmente pagadas todas las obligaciones anteriores al 10 de marzo de 1999.

Pero no todo queda ahí, el Banco de forma fraudulenta, en base a fraude procesal, me inicia dos juicios un juicio ejecutivo de fecha 17 de diciembre de 1998, por la suma de $us. 183.333.34, en base a la escritura pública N° 135/94 de fecha 26 de mayo de 1994, protocolizada ante la Notaría de Fe Pública N° 37 a cargo del Dr. Orlando Caballero Rojas, causa radicada en el Juzgado de Partido 9º en lo Civil a cargo del Juez Dr. Jesús Chuquimia, dictándose sentencia en 8 de marzo de 1999, y se procede al remate de los bienes dados en garantía, y al no haber postores el Banco obtiene la adjudicación y venta judicial a su favor, mediante Auto de fecha 17 de septiembre del 2001, estableciéndose que la escritura de préstamo base de la acción, se encontraba totalmente pagada con la suscripción de un nuevo documento obligacional.

De otra parte el Banco de forma temeraria y simultánea, me inicia el mismo día otra acción coactiva civil, en base a la escritura pública N° 438/97 de fecha 22 de octubre de 1997, protocolizada ante la Notaría de Fe Pública Dra. Claudia Heredia de Suárez, por la suma de $us. 510.000.oo.- radicando la causa en el Juzgado 1° de Partido en lo Civil, a cargo del Juez Dr. OSCAR MENACHO ANGELERI, dicta sentencia en fecha 8 de marzo de 1999, ordenando se anote preventivamente mis bienes y posterior remate.

Asimismo debo indicar que mi persona, inicia una demanda ordinaria en contra del Banco Santa Cruz S.A., hoy BANCO MERCANTIL-SANTA CRUZ S.A., en fecha 12 de noviembre del año 2002, sobre extinción de obligaciones, por cancelación de escrituras públicas de préstamos por pago documentado, cancelación de gravámenes e hipotecas en registro de Derechos Reales y liberación de inmuebles etc. Etc. (sic)*, la causa radica en el Juzgado 7° de Partido en lo Civil, a cargo del Juez Dr. Gualberto Jurado, quien en primera instancia falla declarando PROBADA en parte la demanda, únicamente en cuanto al pago total confesado por el Banco de las*

obligaciones contenidas en las escrituras públicas N° 188//95 por $us. 200.000.oo.-y N° 125/97 por $us. 400.000.oo.- e Improbada en cuanto a la extinción de obligaciones por novación objetiva, cancelación de escrituras públicas de préstamos por pago documentado, cancelación de gravámenes e hipotecas de registros en Derechos Reales y Liberación de inmueble, nulidad de proceso coactivo civil, y nulidad de proceso ejecutivo, nulidad de remate, nulidad de adjudicación y venta judicial, pago de daños y perjuicios y lucro cesante, disponiéndose en consecuencia la cancelación de los gravámenes que pesan en Derechos Reales sobre inmuebles que se mencionan en las cláusula séptima de las escrituras públicas 188/95, por $us.200.000.oo.- y 125/97 por $us. 400.000.oo.- e IMPROBADA la demanda reconvencional presentada por el Banco Santa Cruz S.A., sentencia de fecha 22 de diciembre del 2008.

De este fallo, la parte perdidosa el Banco Mercantil-Santa Cruz, apela ante el Tribunal ad quem, dicha apelación radica en la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia, cuyo vocal relator es el Dr. Hernán Cortes Castillo, pronunciando un Auto de Vista en fecha 30 de octubre del 2009, que en el tercer considerando, manifiesta que independientemente de lo anterior, no se ha realizado una adecuada y correcta valoración de las pruebas instrumentales e informe pericial, y ordena al juez de la causa pronuncie una nueva sentencia, en la cual resuelva las pretensiones de ambas partes en la forma en que fueron planteadas, habida cuenta de la falta de valoración de las pruebas esenciales y decisivas aportadas al proceso, y en la parte resolutiva el vocal relator ANULA la sentencia de fecha 22 de diciembre del 2008, y repone obrados , debiendo el juzgador pronunciar nueva sentencia. Señora directora, aquí viene la actuación temeraria y chicanera de los abogados del Banco, en vez de que el expediente vuelva al juzgado de origen, vale decir al juzgado de partido 7° en lo civil, para que el juez dicte nueva sentencia, el Banco con una serie de mecanismos, presenta un recurso de casación ante la Sala Civil Primera de la Corte Superior, solicitando al Tribunal Supremo CASAR el Auto de Vista recurrido y deliberando en el fondo, mantener firme y subsistente la sentencia, y el expediente es remitido a la Corte Suprema de Justicia, sin ninguna observación prestándose a estos actos ilegales vocales y funcionarios de la sala, remiten a Sucre dicho expediente, claro mejor si el tiempo va pasando porque obviamente al Banco le es favorable, y en perjuicio de mis intereses.

Radicado el expediente en la Sala Civil de la Excma. Corte Suprema, es sorteado para que sea resuelto el recurso, y la sala pronuncia el fallo en fecha 5 de octubre del 2011, cuyo relator es el Ministro Dr. Teófilo Tarquino Mujica, quien declara IMPROCEDENTE el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. representado por Herían Vadillo Pinto y sea con costas.

El expediente vuelve de Sucre a radicar al juzgado de origen, en vez de que este fallo se cumpla, el juez 7° de Partido en lo Civil, dicta nueva sentencia, en fecha 10 de febrero del 2012, sin que nadie le ordene, el juez se va más allá actuando extra petita, que en la parte resolutiva de la sentencia declara IMPROBADA LA DEMANDA principal, e IMPROBADA la demanda RECONVENCIONAL sin costas por el carácter doble del proceso. En consecuencia no ha lugar a la nulidad de los documentos el N°

135/94 de fecha 26 de mayo, protocolizado ante la Notaria de Fe Pública N° 37 a cargo del Notario Orlando Caballero Rojas por préstamo de dinero de $us. 550.000 y $us. 117.857.14.

La N° 105/96 de fecha 24 de junio protocolizado ante el Notario de Fe Pública Abogado Jorge Urenda Peinado por préstamo de dinero de $us. 61.000.-

La N° 188/96 de 04 de diciembre, protocolizado por ante el Notario de Fe Pública Abog. Jorge Urenda Peinado, por préstamo de dinero de $us. 200.000.-

La N° 04/97 de fecha 14 de enero, protocolizado ante el Notario de Fe Pública Abog. Jorge Urenda Peinado, por préstamo de $us. 122.000 en dinero.

La N° 125/97 de fecha 26 de junio, protocolizado ante el Notario de Fe Pública Abog. Jorge Urenda Peinado, por préstamo de dinero de $us. 400.000.

La N° 438/97 de fecha 22 de octubre, protocolizado ante el Notario de Fe Pública Abog. Claudia Hredia de Suárez por préstamo de $us. – 510.000.-

La N°369/99 de fecha 10 de marzo, protocolizado ante la Notario de Fe Pública Abog. María Luisa Lozada B. de descuento de letra de cambio N° 049876 que hace el Banco Santa Cruz, a favor de Víctor Otto León Romero por $us. 150.000, ni a la consiguiente liberación de los inmuebles afectados por las hipotecas constituidas en dichas escrituras, ni a la nulidad de los procesos ejecutivo y coactivo realizados los remates y adjudicaciones alli (sic) existentes que se encuentran en el Juzgado 9º de Partido en lo Civil, y Iº de Partido en lo Civil.

Señora directora, este fallo pronunciado por el juez de la causa, al pronunciar nueva sentencia sin que los Supremos le hayan pedido, ha cometido el delito de prevaricato, simplemente este juez debió dar cumplimiento a este fallo emitido por los Ministros de la Corte Suprema, pero el juez apartándose de este fallo, dicta otra sentencia, y favorece al Banco, al declarar improbada la demanda principal, e improbada la reconvencional.

Señora Directora, mi persona cansado de que ver tanta injusticia, decide buscar un abogado que defienda mis intereses y mi patrimonio, es así que decido tomar los servicios del Abogado UDALRICO ZAMBRANA ANZALDO, para que presente una demanda ordinaria en contra del Banco Santa Cruz, elabora la demanda en fecha 12 de noviembre del 2002, pero nunca me imaginé que este señor había sido funcionario del Banco Santa Cruz, por más de 15 años, entonces la demanda la hizo como él quiso, nunca él iba a ir en contra de su institución, supuestamente se ha peleado por más de 10 años, al final yo soy la parte perdidosa, nunca imaginé que este abogado iba a jugar a dos cartas, este abogado ha cometido el delito de patrocinio infiel, penado y sancionado en el art. 176 del cód. Pen. para quien ya tengo preparada una querella, y no voy a levantar mi denuncia seguiré hasta las últimas consecuencias.

Asimismo debo manifestar señora Directora, que ante los hechos de semejante fraude procesal, al haber engañado a la administración de justicia, los personeros del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en contra de mis intereses patrimoniales, también tengo preparada una querella para presentar en la FELCC., por varios delitos principalmente por Legitimación de Ganancias Ilícitas (art. 185 Ter), Estafa (art. 335) y otros delitos penados por nuestro ordenamiento penal.

Señora directora, recurro ante su autoridad, para denunciar a los personeros del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por haber incurrido en una serie de ilegalidades, que a parte (sic) *de ser un ente financiero, se está convirtiendo en un monstruo de acumulación de fortunas, haciendo perder la credibilidad de las personas, enriqueciéndose de forma ilegítima, en detrimento de mi magra economía.*

Señora Directora, hago conocer a su autoridad, que en el desarrollo del juicio ordinario, sobre extinción de deuda por novación y pago documentado, que yo instauré en contra del Banco Santa Cruz- hoy Mercantil Santa Cruz S.A., en el término probatorio solicité se designe un perito, para fijar los puntos de pericia, el juez aceptó el perito juró, hizo la pericia contable, pero su trabajo fue limitado, porque el juez amplía el plazo, luego se desdice y deja sin efecto esa ampliación, por lo que el perito no pudo realizar un trabajo completo, puesto que los extractos de las cuentas corrientes existentes en el expediente, son parciales solo se tiene de ciertos periodos que dificultan realizar seguimiento del proceso de las operaciones, ante esta situación queriendo superar estas limitaciones, el perito Lic. Hugo Ramiro Rosales Uriona, solicita documentación al Banco, que no fue presentada como se hace referencia a los extractos de cuentas corrientes Nos. 101-005528-5, 101-001665-A, 1000-1012-00173226 pertenecientes al Sr. VICTOR OTTO LEÓN ROMERO, desde el 1 de enero de 1993, al 31 de diciembre del 2002, y aclara el perito, que solamente se tiene información que es incompleta al periodo solicitado, y el extracto de cuenta 101-005528-5, solo se tiene de 1 mes (junio) de 1994. De esto se extrae que el Banco de forma temeraria, no presenta extractos hace caso omiso a la orden del juez, de esta forma trunca toda la expectativa que se tiene para poder probar que el Banco Santa Cruz, hoy Mercantil Santa Cruz, ha incumplido el objeto y destino en cada una de las escrituras públicas de préstamos, toda vez que en dichas escrituras, se menciona que los créditos tenían como destino ser Capital de Operaciones, situación que el Banco Santa Cruz S.A., no cumplió, vulnerando prácticas sanas de administración financiera- crediticia, inclusive normas crediticias establecidas por la Superintendencia de Bancos, hoy (ASFI). Asimismo el perito menciona que del análisis de la documentación existente en el proceso, se determina que el BANCO SANTA CRUZ S.A., ***ha debitado (retirado) de la Cuenta Corriente del Sr. VICTOR OTTO LEÓN ROMERO, el importe Total de $us. 2.403.421.62(Dos millones cuatrocientos tres mil cuatrocientos veintiuno 62/100 dólares americanos)*** *(sic).*

Señora Directora, como usted podrá observar que el Banco Santa Cruz S.A., hoy Banco Mercantil-Santa Cruz S.A., ha empleado una serie de mecanismos como ser artimañas, coacciones intimidaciones, también ha ejercido tráfico de influencias en el Poder Judicial, toda vez que el juez de la causa, no valoró prueba alguna de mi parte, a pesar de existir abundantemente, el Banco logró su objetivo para quedarse

con mi dinero y mis bienes, asi (sic) *también se ha contado con la participación de mi abogado patrocinante UDALRICO ZAMBRANA ANZALDO (funcionario del Banco) que ha cometido delito de patrocinio infiel, y con personeros del Banco Mercantil Santa Cruz, se han organizado criminalmente, para despojarme de mi capital y mi patrimonio. Con esta actuación se han vulnerado mis derechos, desde un principio ha existido fraude procesal, viciado de nulidad, lo que implica que dichos actos procesales nunca debieron nacer a la vida jurídica, pero lamentablemente fueron convalidados por los jueces que administran justicia, en los casos de los procesos coactivos y ejecutivos instaurados por el Banco en contra de mi persona, así también existiendo una parcialidad marcada a favor del Banco, en el proceso ordinario que instauré en contra del Banco. No se respetaron nunca los principios procesales, como ser la libre apreciación de la prueba, la inmediatez, los derechos fundamentales como el derecho a la defensa a la igualdad jurídica, derechos que por su carácter fundamental, no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa, pero así anda nuestra justicia, pensé que con el cambió efectuado en nuestro país (sic), iba a marchar bien las cosas, sin embargo siguen los resabios de una justicia corrupta.*

De todo esto se extrae que el Banco Santa Cruz, en estos 15 años, me entregó 2 créditos puente por $us. 300.000.oo.- hasta que llegue el dinero del BID, cuando llegó este dinero, fue depositado en el Banco Santa Cruz, para que me sean entregados para el proyecto en el Cerro Colorado ubicado en la provincia Cordillera, el Banco Santa Cruz, se apoderó indebidamente de la totalidad del dinero, y organizó una sistemática operación de ocupar mi cuenta corriente, para sustraer el dinero automáticamente, toda vez que me hicieron firmar para capital de operaciones por un monto de $us. 2.340.000.-y para salvar los remates de mis inmuebles pagué en un solo año en 1997, la suma de $us. 769.000, por supuestos saldos antes de los nuevos remates, el Banco nunca me entregó un estado de cuentas, ni me entregó dinero en efectivo, a parte de los dos créditos puente de $us. 150.000.- cada uno, hasta que llegue el financiamiento del B.I.D., que se apropió el Banco de este dinero de forma indefinida.

Señora directora, denuncio formalmente a los grandes empresarios que otrora eran empleados del Banco, que me extorsionaron y me arrebataron mis bienes, y me privaron de por vida de mi fuente de trabajo (mis proyectos); mismos son: LUIS DEL RIO CHAVEZ, ALFONSO ALVAREZ, PACHI LOPEZ CHAIN y otros.

Como verá señora Directora, existe una suma de hechos dolosos como ser: Delitos de Legitimación de ganancias ilícitas (art. 185 Ter) y otros del Cód. Pen., que el Banco Mercantil Santa Cruz, ha cometido y que usted debe y tiene que conocer, toda vez que el Banco oculta maliciosamente, todos los datos concernientes a los depósitos de dinero de mis cuentas corrientes personales, que fueron desviados y desconozco a que manos fue a parar, por consiguiente procedieron a suscribir contratos al margen de la ley, lo que inclusive para esa entidad podría constituir un riesgo legal, riesgo que se agrava más cuando debitan mi dinero a otra cuenta, por tanto están actuando al margen de la ley.

PETITORIO.-

Por lo expuesto, al amparo de los arts. 24 de la C.P.E., , (sic) *vengo a sentar* (sic) *denuncia en contra de los personeros del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., como ente fiscalizador de la banca financiera pido a su autoridad, tenga a bien instruir al Sr. Gerente del Banco Mercantil-Santa Cruz S. A. , pongan de inmediato a disposición de su despacho las carpetas de los 8 desembolsos descritos en líneas precedentes, y que fueron transferidos de forma lícita a otra cuenta en beneficio de otra persona, en flagrante violación de normas constitucionales, tratados y convenios internacionales, para que se pueda determinar la sanción correspondiente, por la gravedad de los hechos.*

OTROSI.- *Con la finalidad de obtener pruebas oficiales de organismos encargados, como la ASF1, mediante el presente tengo a bien solicitar que al amparo de lo dispuesto por el Art. 24 de la C.P.E., se me franquee informe de todos los movimientos de índole económico realizado por mi persona en el Banco Santa Cruz S.A., hoy Mercantil Santa Cruz, desde fecha desde el año 1.993 a la fecha, en el que conste los siguientes extremos.*

1.- *Montos desembolsados por la entidad Bancada en mi favor.*
2.- *Montos de dinero que fueron desembolsados por el B1D, a través del Banco Central de Bolivia, para que se me sea entregado como capital de operaciones.*
3.- *Quien procedió a realizar los retiros del dinero, y quien realizaba los retiros en mérito a que derecho es que se procedía a realizar los retiros…"* (…)

Denuncia reiterada a través de memorial de fecha 4 de enero de 2013, bajo los siguientes argumentos:

"(…)
En cuanto a la prescripción de las infracciones administrativas solito (sic) *a su autoridad tomar en cuanta* (sic) *lo ya establecido por El* (sic) *Ministerio de Economía y Finanzas Publicas en la Resolución Ministerial Jerarquía* (sic) *MEFP/VPSF URJ.SIREFI 052/2012 de 2 octubre de 2012 misma que determino*
"...En las ***infracciones permanentes****, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes****, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto... "*

"...Este extremo ha dado lugar a que ni los créditos otorgados a los señores ***Víctor Hugo Duran García*** *y* ***Yolanda Andrade de Durán-,*** *ni tampoco el incumplimiento al artículo 94°, primer párrafo, de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, hubieran prescrito en razón a resultar en* ***infracciones permanentes de carácter sucesivo y continuado,*** *al existir una correlación directa entre la infracción al artículo*

50°, inciso b), numeral 4, y la del primer párrafo del artículo 94°, ambos de la Ley N° 1488, puesto que el primer incumplimiento ha generado el segundo (incumplimiento en cuanto a la errónea exposición de los Estados Financieros en el caso del saldo insoluto de los créditos), por lo que constituye una infracción continua.

Es así que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo, en la medida de que la Entidad Financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información, respecto de los destinatarios en general, y de la Central de Información de Riesgo Crediticio en especial.

Asimismo, corresponde precisar que la doctrina ha establecido que el vocablo "Tracto - proveniente del latín "tractus" que significa un lapso de tiempo - corresponde a una noción dirigida a representar la distancia existente físicamente entre dos lugares, o entre dos puntos que se ubican en el tiempo; en nuestra economía jurídica, al igual que las demás, el citado ***vocablo hace referencia a un vínculo que tiene cierta permanencia y proyección temporal, en consecuencia, los hechos posteriores que nacen en virtud de un hecho u acto principal se encuentran intrínsecamente ligados y sus resultados serian*** (sic) ***los mismos*** (sic)

Entonces, al relacionar los acontecimientos, se tiene que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza, y que interrumpe el plazo de la prescripción, es precisamente el efecto continuado o "tracto sucesivo" de un determinado acontecimiento, que como consecuencia, el acto o hecho jurídico se viene renovando en el tiempo (teoría bipartita que encamina al Derecho Administrativo).

En consecuencia, bajo lo expuesto bajo los parámetros expuestos en el presente acápite, la infracción no se encontraría prescrita por su naturaleza misma que, se reitera, ha sido permanente y de carácter sucesivo..."

Petitorio *Por todo lo anteriormente expuesto, Señora Directora como vera recurro a Usted para denunciar al Banco Mercantil Santa cruz así como a los funcionarios responsables del Banco Mercantil Santa Cruz por haber incurrido en una serie de ilegalidades, irregularidades en la otorgación de los prestamos dineros asi* (sic) *como en el uso incorrecto de mis cuentas corrientes personales, existiendo montos que fueron desviados y transferidos de forma ilícita por el propio banco* **"** *y al amparo de los Arts, 99,102 y 154 de la Ley No 1488 de 14 de abril de 1993, solicito a la ASFI, como ente regulador de las entidades financieras sancione al Banco Mercantil Santa Cruz , de la siguiente manera:*

1.- <u>SANCIONAR</u>.- A al Banco Mercantil Santa Cruz S.a. Entidad financiera conforme el art. 99 núm. 2 de la Ley No 1488 de 14 de abril de 1993, Art. 61 del capítulo II reglamento de sanciones administrativas. Título XII Multas y sanciones de la Recopilación de Normas para bancos y entidades financieras, hasta el 3% de su capital mínimo (sic)

2.- <u>SANCIONAR</u>.- A su Gerente General y a los funcionarios que participaron en la operaciones conforme el art. 99 núm. 6, 7 de la Ley de Bancos Y entidades Financieras y art. 1 sección 6 capitulo 1 Titulo XI de la Recopilación de Normas de

Bancos y Entidades Financieras y al amparo del Art. 332 de la Constitución Política del Estado, Art. 153 y 154 de la Ley de Bancos, y art. 8 sección 2 del capítulo II del Reglamento de sanciones administrativas del Título XII multas y sanciones de Recopilación de Normas para bancos y entidades financiera.

1. Pronunciarse sobre cada uno de los errores operativos en los que incurrió el Banco Mercantil así como pronunciarse sobre los siguientes puntos si es cierto y evidente que el Banco Santa Cruz S.A., a (sic) *desembolsado y entregado a favor de Dn.* (sic) *Víctor Otto León Romero los montos que se estipulan en los contratos de préstamos.*

2. Evidenciar y verificar el DESTINO de las sumas de dinero que se estipulan en los contratos de préstamo, verificar la fecha, el día, el año y el monto de cada uno de los DEPÓSITOS y por quien fueron retirados estos montos de dinero (sic)

3. Pronunciase a cuanto haciende los montos pagados al Banco Mercantil por cumplimiento de obligaciones (sic)

4. Saldo actual que debería el Banco Mercantil Santa Cruz S.a. a Víctor Otto León Romero (sic)

5. Si en el presente caso el Banco Mercantil Santa cruz incurrió en la figura de anatocismo (sic)

6. Ordene la restitución de los montos objeto de los préstamos (sic)

<u>OTROSÍ</u>.- Adjunto en calidad de Prueba en la otorgación de los préstamos el peritaje realizado por el Lic. Hugo Ramiro Rosales Uriona dentro del juicio ordinario por extinción de obligaciones por novación taxista y pago documentado que determina que claramente determina que el Banco Santa Cruz s.a. ha debitado (retirado) de mi Cuenta Corriente (Víctor Otto León Romero) el importe Total de $us. 2.403.421.62.- (dos millones cuatrocientos tres mil cuatrocientos veintiuno 62/100 dólares americanos) (sic).

A cuyo efecto adjunto la documentación respaldatoria de los contratos suscritos con el Banco Santa Cruz, Estados de Cuenta de 1996 a 1998 certificación de la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, depósitos en efectivo y en cheques y otros, que demuestran de forma inobjetable mi denuncia…" (…)

2. NOTA ASFI/DCF/R-9070/2014 DE 17 DE ENERO DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014, señaló lo siguiente:

"*…Nos referimos a sus memoriales de fechas 06 de noviembre y 09 de diciembre de 2013 a través de los cuales solicitó que se den a conocer los resultados de las diligencia preliminares llevadas a cabo dentro la denuncia que presentó contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*

Al respecto, mediante carta ASFI/DDC/R-163638/2013, recibida por usted en fecha 04 de noviembre de 2013, esta Autoridad de Supervisión le informó que continuaba recabando la información requerida al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., dada la antigua data de los documentos (desde hace 20 años atrás) referidos a las Minutas de los Contratos y las Escrituras Públicas debidamente legalizadas por las Notarías de Fe Pública en las cuales fueron registrados; asimismo, se le comunicó que una vez obtenidos los documentos precedentemente señalados, éstos serían evaluados conjuntamente con los resultados de la inspección efectuada.

En ese marco, una vez que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 15 de noviembre de 2013, concluyó con la entrega de los Contratos Privados y las Escrituras Públicas debidamente legalizadas e información con referencia a los mismos, se procedió a la elaboración del informe de inspección correspondiente, cuyos resultados se exponen a continuación:

1. *Sobre la base de la documentación proporcionada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., a la comisión de inspección, se procedió con el relevamiento análisis y reconstrucción de las trece (13) operaciones de crédito directas y una reprogramación otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), para capital de operaciones e inversiones; en favor de su persona, durante las gestiones 1993 hasta el 1999, por un monto total desembolsado que ascendía a $us.3.183.857,14 (Tres Millones Ciento Ochenta y Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Siete 14/100 Dólares Americanos), (ver: Anexo A - Flujograma de Préstamos).*

2. *De las trece (13) operaciones desembolsadas, once (11) se encuentran canceladas y dos (2) de los créditos otorgados con los Nros. 1000-4213-47380* ***(A-4)*** *y N° 1000- 4022- 63507* ***(A-11),*** *mantienen saldos deudores a la fecha de inspección, los que se encuentran contablemente castigados, calificados en la categoría de riesgo "F" y en proceso de ejecución judicial, (ver: Anexo B - Reconstrucción de Préstamos).*

   (A-4) *A la fecha, la operación N° 3-94-3 (1000-4213-47380) presenta un saldo deudor a capital por $us.30.406, 44 (Treinta Mil Cuatrocientos Seis 44/100 Dólares Americanos).*

   (A-11) *A la fecha, la operación N° 1000-4022-63507 presenta un saldo deudor a capital por Sus.360.541, 12 (Trescientos Sesenta Mil Quinientos Cuarenta Uno 12/100 Dólares Americanos).*

3. *Se obtuvieron los Contratos Privados y las Escrituras Públicas suscritas, aceptadas y firmadas por el señor Víctor Otto León Romero y el ex Banco Santa Cruz S.A., documentos debidamente legalizados por las Notarías de Fe Pública correspondientes, referidos a doce (12) de las operaciones desembolsadas, con excepción del crédito N° 1000-4012-81734* ***(A-12)*** *del cual no se evidenció el "Contrato Privado v la Escritura Pública" referido al documento descontado de la Letra de Cambio N° 174584, por $us. 109.000.- (Ciento Nueve Mil 00/100 Dólares Americanos), financiados con recursos propios, destinado para el Financiamiento*

de Cuentas por Cobrar - Capital de Operaciones, (ver: Anexo B - Reconstrucción de Préstamos).

4. *Se identificó que usted amortizó parcialmente con sus recursos el capital de las trece (13) operaciones de créditos, por un monto aproximado de Sus.673.389, 84 (Seiscientos Setenta y Tres Mil Trescientos Ochenta y Nueve 84/100 Dólares Americanos) durante las gestiones de 1993 hasta 1999.*

Por otra parte, producto de los desembolsos de trece (13) operaciones nuevas y una (1) reprogramación otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A. a su persona durante las gestiones 1993 hasta 1999, las que se efectuaron a través de abonos en las diferentes cuentas corrientes que mantuvo en la Entidad Financiera, de las cuales se debitaron montos de dineros que fueron a cubrir el saldo deudor de once (11) operaciones, por un monto total que asciende a Sus.2.141.993,45 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Un Mil Novecientos Noventa y Tres 45/100 Dólares Americanos), que incluyen tanto capital como intereses, (ver: Anexo C y D - Pagos Realizados por el señor Víctor Otto León Romero, debitados por el ex Banco Santa Cruz S.A. y Saldo Deudor).

5. *El Banco Mercantil Santa Cruz S.A, no proporcionó a la Comisión de Inspección, gran parte de los respaldos correspondientes a los cargos y abonos de las trece (13) operaciones otorgadas, debido a la data de las transacciones desde 1993 (es decir 20 años atrás) y porque en el artículo 94° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), norma que se encontraba vigente al momento de realizar las diligencias preliminares de investigación, señala que: "Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable".*

6. *Los fondos desembolsados de las trece (13) operaciones de crédito otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A., a su persona, fueron acreditadas en las cuentas corrientes del mismo, excepto la operación N° 2-96-746 (A-8) que fue desembolsada con "Orden de Caja o Efectivo" por $us. 120.000.- (Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) y la operación N° 1000-4012-239633 (A-13) que se desembolsó a través de ''Cheque de Gerencia" N° 629346 girado a nombre del reclamante por la suma de $us.143.810.- (Ciento Cuarenta y Tres Mil Ochocientos Diez 00/100 Dólares Americanos), (ver: Anexo E - Destino y Forma de Pago)*

7. *Con relación a los extractos de cuentas, se verificó que usted, fue titular de las siguientes Cuentas Corrientes:*

a) N° 1000-1011-00011028 (M/N).
b) N° 101-005528-5 (M/E).
c) N° 101-001665-4 (M/E).
d) N° 1000-1012-00173226 (M/E) sistema Pro Banks.
e) N° 4010522519 (M/E) sistema FISA.

Respecto, a las cuentas señaladas precedentemente, se evidencia que se desembolsaron los créditos otorgados a su persona y dichos fondos fueron utilizados para la cancelación de las operaciones que usted observó, (ver: Anexo F - Extracto de Cuentas Corrientes).

8. *Con relación a la ampliación de su denuncia, sobre supuestas irregularidades que se hubieran producido en la suscripción de la firma del señor Humberto León Romero (su hermano y garante) en el contrato* ***de fecha 16 de diciembre de 1995.*** *por la suma de $us120.000.-(Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) contenido en la Escritura Pública N° 227/1995, siendo que habría fallecido el 30 de noviembre de 1995, ante la controversia manifestada sobre la autenticidad de la firma del señor Humberto León Romero, corresponde señalar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), no está facultada para emitir un pronunciamiento sobre este aspecto, por exceder a sus atribuciones administrativas, las mismas no alcanzan a dilucidar controversias o supuestos ilícitos que afecten los derechos de las personas. En ese sentido, corresponde que este aspecto sea investigado en la vía legal correspondiente.*

Asimismo, la competencia de esta Autoridad de Supervisión, no alcanza para pronunciarse, sobre la validez de los documentos, siendo competencia de la vía jurisdiccional civil esos aspectos, teniendo como precedente administrativo la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera RJ 84/2006 de fecha 19 de diciembre de 2006, emitida por el ex SIREFI, que en su parte pertinente establece que: "(...) se tiene la existencia de datos antecedentes, documentación y pruebas contradictorias, propuestos y presentados tanto por el recurrente como por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., lo cual no puede permitir a la Autoridad Administrativa tener una correcta convicción y pronunciarse; en consecuencia, en mérito a que, si bien los temas administrativos son totalmente independientes de otros como ser. civiles, penales y comerciales; no es menos cierto que sí en la tramitación de una investigación de naturaleza administrativa se evidencia que si existe documentación tachada de falsedad y/o datos entendidos como delictivos, pues el órgano regulador no podría per sé emitir un fallo de manera a priori, ya que la documentación y hechos que le sirvan de motivo para su decisión no serían, lo suficientemente idóneos para tal cometido y ello generaría una decisión contraproducente en infracción de los artículos 28, literales b) y c) y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo que señalan que los actos administrativos deben sustentarse en hechos, antecedentes y en el derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induce a la autoridad administrativa a tomarla decisión(...)".

9. *De la revisión a los diferentes Contratos Privados y las Escrituras Públicas de los Préstamos, se evidencia que éstos se encuentran firmados por usted, los garantes y personeros del Banco Santa Cruz S.A.*

10. *En todos los Contratos contenidos en las Escrituras Públicas de los Préstamos que se obtuvieron del Banco Santa Cruz S.A., se advierte que usted autorizó a la señalada Entidad Financiera, para que en cualquier momento y sin necesidad de ninguna formalidad judicial o extrajudicial, ni de aviso o notificación alguna,*

pueda debitar cualquier suma de dinero de sus respectivas cuentas corrientes, individuales o conjuntas para aplicar al pago total o parcial de las deudas de los contratos suscritos.

11. *Con relación a los contratos el artículo 519 del Código Civil dispone que: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley", en ese marco se observa que todos los contratos revisados se encuentran firmados por las partes y elevados a instrumento público ante Notario de Fe Pública, en señal de conformidad con todas las cláusulas incorporadas en los mismos.*

12. *Esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre los bienes inmuebles que hubieran sido adjudicados judicialmente, ni sobre las sumas de dinero en las que los adjudicados pretendan vender esos bienes.*

13. *Habiendo transcurrido más de dos (2) años de la supuesta comisión de las infracciones normativas, la acción de esta Autoridad de Supervisión para imponer sanciones prescribió como establece el artículo 46 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros. Asimismo, es prudente recordar, que la prescripción puede ser determinada por el Ente Regulador como lo determina la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI N° 45/2013 de 10 de julio de 2013, la cual señala: "...El hecho de que el instituto jurídico prescripción, halle legislación administrativa en apenas un artículo (el mencionado Art. 79, Ley N° 2341), debe compeler, en lo que sea necesario, a remitir sus alcances a los del Derecho General, como lo ha hecho el recurrente; sin embargo, no es precisamente la legitimidad de su, interposición la que encuentre insuficiente legislación, por cuanto y como se ha dicho, si lo que se ha controvertido es el carácter de interesado o de parte interesada que debe hacer a quien oponga tal prescripción, la Administración Pública, es decir, a aquella que debe oponerse con primacía a los otros principios administrativos.*

Entonces, es posible que el Ente Regulador, como integrante de la relación procesal administrativa (en la que actúa como juzgador pero también como parte interesada, en tanto representa los intereses de la colectividad), considere la concurrencia de la prescripción a una controversia en concreto, por cuanto, como interesado, le incumbe la legitimidad para ello".

Finalmente, se advierte que se han sustanciado diferentes procesos ordinarios, coactivos y ejecutivos en la vía jurisdiccional, con referencia a los contratos de préstamo suscritos entre usted y el Banco Santa Cruz S.A. (actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), los cuales a la fecha se encontrarían ejecutoriados, y se constituyen en cosa juzgada. En este sentido, esta Autoridad de Supervisión en el marco del artículo 23 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros, no tiene atribuciones para pronunciarse sobre aspectos que ya fueron procesados por la justicia ordinaria…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 067/2014 DE 7 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante memorial de 14 de enero de 2014, **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, señaló lo siguiente:

"…*Mediante oficio ASFI/DCF/R-9070/2014, de fecha 17 de enero de 2.014, recepcionado por mi persona a horas 17.oo. pm., en fecha 21/01/14, su autoridad da respuesta a mis memoriales de fecha 06/11/13 y 09/12/13, mediante los cuales solicité se me dé conocimiento del informe de la Comisión Técnica Jurídica sobre la denuncia interpuesta por mi persona contra el Banco Mercantil Santa Cruz.*

A los fines legales consiguientes y con las facultades que le otorga la normativa legal que rige en el presente caso solicito a su autoridad tenga a bien elevar a rango de Resolución la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de fecha 17 de enero de 2.014, con todos su alcances y disposiciones que la Ley le confiere, toda vez que es indispensable para mi persona obtener dicha Resolución. Sea en el término previsto por la Ley…"

Conforme a lo solicitado por el recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014, resolvió lo siguiente:

"…***PRIMERO****: Rechazar las solicitudes del señor Víctor Otto León Romero debido a que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre los siguientes aspectos:*

1. *Presuntos hechos ilícitos que se habrían producido respecto a la firma del señor Humberto León Romero en el contrato de fecha 16 de diciembre de 1995.*
2. *Procesos sustanciados en la justicia ordinaria respecto a los contratos de crédito.*
3. *Bienes inmuebles adjudicados judicialmente, ni sumas de dinero en las que se pretendan vender dichos bienes.*

SEGUNDO: *En mérito al tiempo transcurrido no corresponde el inicio de proceso sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente Resolución*…"

Determinación que tuvo como fundamento, los siguientes extremos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el señor Víctor Otto León Romero presentó en fecha 26 de marzo de 2012 a esta Autoridad de Supervisión, denuncia contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (ex Banco Santa Cruz S.A.), originado por supuestas irregularidades en la otorgación y destino de los créditos desembolsados a su persona, solicitando un informe que señale todos los movimientos económicos realizados por su persona en el ex Banco Santa Cruz S.A., desde el año 1993 hasta el 1999, que considere los siguientes aspectos:

1. *Montos desembolsados por el Banco a favor del Sr. León desde el año 1993 hasta el 1999.*
2. *Montos desembolsados al reclamante, por la Corporación Andina de Fomento (CAF) a través del Banco Central de Bolivia para capital de operaciones, desde el año 1993 hasta la fecha.*

3. *Explicar quién realizó y autorizó los retiros de dinero de las cuentas corrientes del Sr. León desde el año 1993 hasta la fecha.*
4. *Extractos de las cuentas corrientes del Sr. León, en medio magnético desde el año 1993 hasta la fecha.*

Que, mediante Resolución ASFI N° 237/2013 de 26 de abril de 2013, emitida dentro del reclamo presentado por el señor Víctor Otto León Romero contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A (ex Banco Santa Cruz S.A.), esta Autoridad de Supervisión resolvió anular el procedimiento administrativo hasta el vicio más antiguo, vale decir hasta el informe ASFI/DDC/R-109171/2012 de fecha 3 de septiembre de 2012, inclusive, disponiendo que se efectué una visita de inspección complementaria al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., debiendo asignarse un equipo técnico - legal, a objeto de contar con una valoración integral del reclamo de referencia.

Que, el señor Víctor Otto León Romero, en fecha 13 de mayo de 2013 solicitó a esta Autoridad de Supervisión, que se designe una comisión técnico - legal para la realización de una inspección al Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Que, complementariamente, mediante memorial presentado en fecha 20 de mayo de 2013, el señor Víctor Otto León Romero, solicitó que la comisión técnico - legal designada, se pronuncie sobre las supuestas irregularidades existentes en los Contratos de Préstamos según Escrituras Públicas N° 135/94 de fecha 26 de mayo de 1994, N° 105/94 de 24 de junio de 1996, N° 188/96 de 4 de diciembre de 1996, N° 04/97 de 14 de enero de 1997 y N° 438/97 de 22 de octubre de 1997. Asimismo, requirió que se tomen en cuenta en la investigación los siguientes aspectos:

1. *Cuánto tiempo permaneció el dinero en la cuenta corriente.*
2. *Verificar la fecha y el monto de cada uno de los depósitos.*
3. *Por orden de quien se procedió al retiro y débito de los depósitos.*
4. *Verificar el objeto y destino de los contratos.*
5. *Verificar los montos depositados por el señor Otto León Romero en su cuenta y los débitos realizados por el Banco.*

Que, en fecha 28 de junio de 2013, el señor Víctor Otto León Romero, presentó un memorial solicitando se designe a una comisión técnica para que efectúe realización de una inspección al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en cumplimiento de lo instruido en la Resolución ASFI 237/2013, con el objetivo de que se realice una valoración integral de los hechos que se denunciaron y solicita una sanción.

Que, en fecha 20 de agosto de 2013, el señor Víctor Otto León Romero, presentó a esta Autoridad de Supervisión un memorial mediante el que adjunta prueba de las irregularidades que supuestamente fueron cometidas por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), haciendo mención de manera específica al cobro de $us.100.000.- (Cien Mil 00/100 Dólares Americanos), correspondiente al Cheque N° 279303 de la cuenta corriente de la Empresa Agropecuaria ***"El Paraíso"****, que habría sido girado como pago por los servicios prestados por su empresa, dinero que arbitrariamente (indica) fue para amortizar el préstamo de $us.510.000.-*

(Quinientos Diez Mil 00/100 Dólares Americanos), que nunca le fue entregado y que fue "cuadrado" en su totalidad para el pago de capital, formularios, gastos judiciales e intereses penales, sin que corresponda ya que no existía liquidación al respecto, ni fue dado en conocimiento del juez, señalando que fue una "tramoya" para quedarse con su dinero y seguir "sonsacándole" sus bienes bajo esa modalidad. Finalmente menciona que esa situación jamás fue de su conocimiento, cuando lo supo habría pedido al Banco que le informe pero no atendieron su solicitud y solicita que se implante una sanción.

Que, en fecha 28 de agosto de 2013, el señor Víctor Otto León Romero, presentó un memorial ampliando su denuncia contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (ahora ex Banco Santa Cruz S.A.), señalando que de manera maliciosa y ocultando información el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., no le habría informado sobre la existencia del contrato de préstamo por la suma de $us.120.000.-(Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) de fecha 18 de septiembre de 1995, según Escritura Pública N° 227/95, protocolizada ante Notaría de Fe Pública N° 12 a cargo del Dr. Jorge Urenda Peinado, actualmente a cargo del Dr. Edgar Rosales Lijerón. Asimismo, manifestó que este Contrato de Préstamo no le fue entregado, siendo un aspecto llamativo porque en ese documento aparece firmando como garante personal su hermano el señor Humberto León Romero, cuando ya éste había fallecido, es decir dicho contrato se suscribió en fecha 18 de septiembre de 1995 y su hermano habría fallecido el 30 de noviembre de 1995, lo cual ocasionó que la señora Janeth Harb Vda. de León, inicie un proceso penal contra su persona y el ex Banco Santa Cruz S.A. por los delitos de falsedad material y otros, sin embargo, manifiesta que el Banco astutamente y a fin de ocultar el hecho, llega a un arreglo extrajudicial con la denunciante y que le devolvió la casa que le fue rematada y le permite vender a un tercero para recuperar su dinero y pueda pagar la parte que le corresponde, no habiendo comunicado al juez de la causa, ni al señor Víctor Otto León Romero, para saber el estado de la acreencia.

Que, en fecha 06 de noviembre de 2013, el señor Víctor Otto León Romero presentó memorial solicitando se dicte una Resolución Sancionatoria contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Que, en fecha 09 de diciembre de 2013 el señor Víctor Otto León Romero, a través de memorial solicitó celeridad y una Resolución Final sobre la denuncia presentada contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Que, en fecha 24 de enero de 2014, el señor Víctor Otto León Romero presentó memorial solicitando que se eleve a rango de Resolución la carta ASFI/DCF/R-9070/2014 de fecha 17 de enero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 19 de noviembre de 2013, esta Autoridad de Supervisión emitió el Informe/ASFI/DDC/R-176718/2013 como resultado de la Inspección Especial realizada,

motivada por el reclamo presentado por el señor Víctor Otto León Romero contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Que, en fecha 21 de enero de 2014, esta Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DDC/R-9070/2014 entregó al señor Víctor Otto León Romero, respuesta con relación a las denuncias presentadas, haciéndole conocer los resultados de la inspección realizada estableciendo los siguientes aspectos:

1. *Sobre la base de la documentación proporcionada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., a la comisión de inspección, se procedió con el relevamiento, análisis y reconstrucción de las trece (13) operaciones de crédito directas y una reprogramación, otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), para capital de operaciones e inversiones; en favor del señor Víctor Otto León Romero, durante las gestiones 1993 hasta el 1999, por un monto total desembolsado que ascendía a $us.3.183.857,14 (Tres Millones Ciento Ochenta y Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Siete 14/100 Dólares Americanos).*

2. *De las trece (13) operaciones desembolsadas, once (11) se encuentran canceladas y dos (2) de los créditos otorgados con los Nros. 1000-4213-47380 y N° 1000-4022- 63507, mantienen saldos deudores a la fecha de inspección, los que se encuentran contablemente castigados, calificados en la categoría de riesgo "F" y en proceso de ejecución judicial.*

   A la fecha, la operación N° 3-94-3 (1000-4213-47380) presenta un saldo deudor a capital por $us.30.406,44 (Treinta Mil Cuatrocientos Seis 44/100 Dólares Americanos).

   A la fecha, la operación N° 1000-4022-63507 presenta un saldo deudor a capital por $us.360.541,12 (Trescientos Sesenta Mil Quinientos Cuarenta y Uno 12/100 Dólares Americanos).

3. *Se obtuvieron los Contratos Privados y las Escrituras Públicas suscritas, aceptadas y firmadas por el señor Víctor Otto León Romero y el ex Banco Santa Cruz S.A., documentos debidamente legalizados por las Notarías de Fe Pública correspondientes, referidos a doce (12) de las operaciones desembolsadas, con excepción del crédito N° 1000-4012-81734 del cual no se evidenció el "Contrato Privado y la Escritura Pública" referido al documento descontado de la Letra de Cambio N° 174584, por $us.109.000.- (Ciento Nueve Mil 00/100 Dólares Americanos), financiados con recursos propios, destinado para el Financiamiento de Cuentas por Cobrar - Capital de Operaciones*

4. *Se identificó que el señor Víctor Otto León Romero amortizó parcialmente con sus recursos el capital de las trece (13) operaciones de créditos, por un monto aproximado de $us.673.389,84 (Seiscientos Setenta y Tres Mil Trescientos Ochenta y Nueve 84/100 Dólares Americanos) durante las gestiones de 1993 hasta 1999.*

   Por otra parte, producto de los desembolsos de trece (13) operaciones nuevas y una (1) reprogramación otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A. al señor Víctor Otto

León Romero durante las gestiones 1993 hasta 1999, las que se efectuaron a través de abonos en las diferentes cuentas corrientes que mantuvo en la Entidad Financiera, de las cuales se debitaron montos de dineros que fueron a cubrir el saldo deudor de once (11) operaciones, por un monto total que asciende a $us.2.141.993,45 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Un Mil Novecientos Noventa y Tres 45/100 Dólares Americanos), que incluyen tanto capital como intereses.

5. *El Banco Mercantil Santa Cruz S.A, no proporcionó a la Comisión de Inspección, gran parte de los respaldos correspondientes a los cargos y abonos de las trece (13) operaciones otorgadas, debido a la data de las transacciones desde 1993 (es decir 20 años atrás) y porque en el artículo 94° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), norma que se encontraba vigente al momento de realizar las diligencias preliminares de investigación, señala que: "Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable".*

6. *Los fondos desembolsados de las trece (13) operaciones de crédito otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A., al señor Víctor Otto León Romero, fueron acreditadas en las cuentas corrientes del mismo, excepto la operación N° 2-96-746 que fue desembolsada con Orden de Caja o Efectivo por $us.120.000.- (Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) y la operación N°1000-4012-239633 que se desembolsó a través de "Cheque de Gerencia" N° 629346 girado a nombre del reclamante por la suma de $us.143.810.- (Ciento Cuarenta y Tres Mil Ochocientos Diez 00/100 Dólares Americanos).*

7. *Con relación a los extractos de cuentas, se verificó que el señor Víctor Otto León Romero, fue titular de las siguientes Cuentas Corrientes:*

a) N° 1000-1011-00011028 (M/N).
b) N° 101-005528-5 (M/E).
c) N° 101-001665-4 (M/E).
d) N° 1000-1012-00173226 (M/E) sistema Pro Banks.
e) N° 4010522519 (M/E) sistema FISA.

Respecto, a las cuentas señaladas precedentemente, se evidencia que se desembolsaron los créditos otorgados a su persona y dichos fondos fueron utilizados para la cancelación de las operaciones que usted observó.

8. *Con relación a la ampliación de la denuncia del señor Víctor Otto León Romero, sobre supuestas irregularidades que se hubieran producido en la suscripción de la firma del señor Humberto León Romero en el contrato* ***de fecha 16 de diciembre de 1995****, por la suma de $us120.000.-(Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) contenido en la Escritura Pública N° 227/1995, siendo que habría fallecido el 30 de noviembre de 1995, ante la controversia manifestada sobre la autenticidad de la firma del señor Humberto León Romero, corresponde señalar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), no está facultada para emitir un*

pronunciamiento sobre este aspecto, por exceder a sus atribuciones administrativas, las mismas no alcanzan a dilucidar controversias o supuestos ilícitos que afecten los derechos de las personas. En ese sentido, corresponde que este aspecto sea investigado en la vía legal correspondiente.

Asimismo, la competencia de esta Autoridad de Supervisión, no alcanza para pronunciarse, sobre la validez de los documentos, siendo competencia de la vía jurisdiccional civil esos aspectos, teniendo como precedente administrativo la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera RJ 84/2006 de fecha 19 de diciembre de 2006, emitida por el ex SIREFI, que en su parte pertinente establece que: "(…) se tiene la existencia de datos antecedentes, documentación y pruebas contradictorias, propuestos y presentados tanto por el recurrente como por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., lo cual no puede permitir a la Autoridad Administrativa tener una correcta convicción y pronunciarse; en consecuencia, en mérito a que, si bien los temas administrativos son totalmente independientes de otros como ser civiles, penales y comerciales; no es menos cierto que sí en la tramitación de una investigación de naturaleza administrativa se evidencia que si existe documentación tachada de falsedad y/o datos entendidos como delictivos, pues el órgano regulador no podría per sé emitir un fallo de manera a priori, ya que la documentación y hechos que le sirvan de motivo para su decisión no serían lo suficientemente idóneos para tal cometido y ello generaría una decisión contraproducente en infracción de los artículos 28, literales b) y c) y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo que señalan que los actos administrativos deben sustentarse en hechos, antecedentes y en el derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induce a la autoridad administrativa a tomar la decisión (…)".

9. *De la revisión a los diferentes Contratos Privados y las Escrituras Públicas de los Préstamos, se evidencia que éstos se encuentran firmados por el señor Víctor Otto León Romero, los garantes y personeros del Banco Santa Cruz S.A.*

10. *En todos los Contratos contenidos en las Escrituras Públicas de los Préstamos que se obtuvieron del Banco Santa Cruz S.A., se advierte que el señor Víctor Otto León Romero autorizó a la señalada Entidad Financiera, para que en cualquier momento y sin necesidad de ninguna formalidad judicial o extrajudicial, ni de aviso o notificación alguna, pueda debitar cualquier suma de dinero de sus respectivas cuentas corrientes, individuales o conjuntas para aplicar al pago total o parcial de las deudas de los contratos suscritos.*

11. *Con relación a los contratos el artículo 519 del Código Civil dispone que: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley", en ese marco se observa que todos los contratos revisados se encuentran firmados por las partes y elevados a instrumento público ante Notario de Fe Pública, en señal de conformidad con todas las cláusulas incorporadas en los mismos.*

12. *Esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre los bienes inmuebles que hubieran sido adjudicados judicialmente, ni sobre las sumas de dinero en las que los adjudicados pretendan vender esos bienes.*

13. *Habiendo transcurrido más de dos (2) años de la supuesta comisión de las infracciones normativas, la acción de esta Autoridad de Supervisión para imponer sanciones prescribió, es prudente recordar, que la prescripción puede ser determinada por el Ente Regulador como lo determina la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI N° 45/2013 de 10 de julio de 2013, la cual señala: "…El hecho de que el instituto jurídico prescripción, halle legislación administrativa en apenas un artículo (el mencionado Art. 79, Ley N° 2341), debe compeler, en lo que sea necesario, a remitir sus alcances a los del Derecho General, como lo ha hecho el recurrente; sin embargo, no es precisamente la legitimidad de su interposición la que encuentre insuficiente legislación, por cuanto y como se ha dicho, si lo que se ha controvertido es el carácter de interesado o de parte interesada que debe hacer a quien oponga tal prescripción, la Administración Pública, es decir, a aquella que debe oponerse con primacía a los otros principios administrativos.*

Entonces, es posible que el Ente Regulador, como integrante de la relación procesal administrativa (en la que actúa como juzgador pero también como parte interesada, en tanto representa los intereses de la colectividad), considere la concurrencia de la prescripción a una controversia en concreto, por cuanto, como interesado, le incumbe la legitimidad para ello".

Que finalmente se advierte que se han sustanciado diferentes procesos ordinarios, coactivos y ejecutivos en la vía jurisdiccional, con referencia a los contratos de préstamo suscritos entre usted y el Banco Santa Cruz S.A. (actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), los cuales a la fecha se encontrarían ejecutoriados, y se constituyen en cosa juzgada.

CONSIDERANDO:

Que, la doctrina generalmente aceptada considera al acto administrativo como un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto. La administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva con la finalidad de satisfacer el interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas dentro de cualquier órgano del poder público.

Que, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre

el administrativo; consiguientemente es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, la interpretación teleológica efectuada por el ex Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) respecto al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que también podrán considerarse como actos administrativos aquellos actos que tengan naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo.

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 dispone que: "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso."

Que, el parágrafo II, artículo 20 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 27175, señala que el Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral y escrita y a la obtención de respuesta formal. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación de peticionario.

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo refiere en su parágrafo I que toda persona individual, colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la Autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 16 de la citada Ley determina que la relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

Que, es necesario tomar en cuenta que el derecho de petición, reside no sólo en la posibilidad de obtener lo solicitado, sino en la posibilidad de obtener una respuesta según los términos señalados por Ley, hecho que no implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esté comprometida a dar una respuesta positiva y pronunciarse según los intereses del peticionarte, pero si tiene la obligación de emitir criterio sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas por cualquier recurrente de manera motivada y fundamentada.

CONSIDERANDO:

Que, en ese orden respecto al derecho a la petición es importante mencionar las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005 que señala: "El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución."

"El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la constitución así como asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de intereses general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, ***no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración****, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición* ***es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración****, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa."*

"Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central de derecho."

"Es así que la Ley N° 2341 de 23 de abril, Ley de Procedimiento Administrativo; en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen".

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, determina que la administración pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Que, el parágrafo I, artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009 determina que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una Institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras, de derecho público con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, determina que: "…La actual Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará ***Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero****, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores".*

Que, en virtud a las citadas disposiciones legales mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene plena competencia sobre los sujetos y personas sometidas a su supervisión, para investigar y pronunciarse sobre los aspectos de índole administrativa sometidos a su conocimiento en ejercicio de sus labores de control y en caso de detectar infracciones a la normativa administrativa corresponde, iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio e imponer las sanciones y responsabilidades respectivas, también es cierto que de acuerdo a los artículos 28, literales b) y e), y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo para generar una decisión idónea, respetando las reglas del debido procedimiento, el Organismo Supervisor debe basar y sustentar la determinación de sus actos administrativos en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en marco del derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induzca a la autoridad administrativa a tomar la decisión correcta.

Que, el señor Víctor Otto León Romero, en sus memoriales presentados a esta Autoridad de Supervisión, en fechas: 26 de marzo de 2012, 13 y 20 de mayo de 2013, 18 de junio de 2013, 20 y 28 de agosto de 2013, respectivamente, solicitó que se evalúen los siguientes aspectos:

a. *Si el Banco ha desembolsado los montos de dinero establecidos en cada uno de los contratos a su favor, debiendo identificar el objeto, destino, quien los retiró y en mérito a que derecho se realizaban los retiros*

b. *Montos de dinero que fueron desembolsados por el BID, a través del Banco Central de Bolivia, al señor Víctor Otto León Romero, para capital de operaciones.*

c. *Cuánto tiempo permaneció el dinero en la cuenta corriente.*

d. *Verificar fecha y monto de cada uno de los depósitos.*

e. *Presentar boletas de desembolsos de cada uno de los créditos.*

f. *Revisar los cheques emitidos por las cuentas corrientes, a las cuales se desembolsaron los fondos.*

g. *Se explique, por qué los desembolsos en cuenta corriente, tuvieron débito automático inmediato y uso diferente al establecido en el contrato.*

h. *Se explique, qué curso le dio el Banco a los dineros debitados de la cuenta corriente del señor Víctor Otto León Romero.*

i. *Se explique, si los contratos establecen el destino de los créditos para capital de operaciones, porqué el Banco disponía de los mismos sin autorización expresa de parte del propietario para otros fines, puesto que en términos reales y efectivos no fueron entregados.*

j. *Se exhiban y presenten, todos los extractos de las cuentas corrientes de Víctor Otto León Romero, en las que se registran todos los abonos o débitos por pagos que hubiera realizado, demostrándose de ésta manera el uso real y efectivo que habría dado a los $us.2.934.857.14 (Dos millones novecientos treinta y cuatro mil ochocientos cincuenta y siete 14/100 Dólares Americanos).*

k. *El cobro del Cheque N° 279303 por $us.100.000.- (Dólares 00/100 Americanos) de la cuenta corriente de la Empresa Agropecuaria "El Paraíso", que habría sido girado en pago por los servicios prestados por la empresa del señor Víctor Otto León Romero, dinero que fue dispuesto por el Banco de manera arbitraria para amortizar el préstamo de $us.510.000.- (Quinientos Diez Mil 00/100 Dólares Americanos), que nunca le fue desembolsado, y que fue "cuadrado" en su totalidad para el pago de capital, formularios, gastos judiciales e intereses penales, sin que corresponda, ya que no existía liquidación al respecto ni fue dado en conocimiento del Juez.*

l. *El señor Víctor Otto León Romero, señaló que el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz), no le habría informado sobre la existencia del contrato de préstamo y que no le fue entregada la suma de $us.120.000.- (Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) de fecha 18 de diciembre de 1995, siendo un aspecto llamativo que en ese documento aparece la firma de su hermano Humberto León Romero, como garante personal, siendo que ya había fallecido; es decir, el contrato se suscribe en fecha 18 de diciembre de 1995 y su hermano habría fallecido el 30 de noviembre de 1995, lo cual ocasionó que la señora Janeth Harb Vda. de León, inicie un proceso penal contra su persona y al ex Banco Santa Cruz S.A., por los delitos de falsedad material y otros.*

Sin embargo, manifiesta que el Banco astutamente y a fin de ocultar el hecho, llega a un arreglo extrajudicial con la denunciante y le devuelve la casa que le fue rematada y le permite vender a un tercero para recuperar su dinero y pueda pagar la parte que le corresponde, no habiendo comunicado al Juez de la causa, ni al señor Víctor Otto León Romero, sobre el estado de la acreencia.

m. *El señor Víctor Otto León Romero, señaló que el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), prosiguiendo en su afán de acumular riqueza sin causa, a costa del patrimonio de personas incautas y de buena Fe, como es su caso, sin el menor escrúpulo, aun sabiendo de que existen procesos judiciales y administrativos pendientes de resolución, al estar observados y recurridos los fallos por el cual se ha adjudicado el inmueble, desde el año 2.012 viene ofreciendo públicamente en venta el inmueble de la Av. Alemania esq. Guayabos, la primera oferta en fecha 4 de noviembre de 2.012 por la suma do $us.700.000.oo, y la segunda con fecha 12 de septiembre de 2.013, por $us.1.000.000.00., es decir el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz), de concretarse la venta, se va a enriquecer ilícitamente y sin causa alguna con la millonaria y respetable suma do $us.950.000.oo.".*

CONSIDERANDO:

Que, el resultado del relevamiento, análisis y reconstrucción de las trece (13) operaciones de créditos directas y una reprogramación, que contemplan: el objeto, destino, y porque se realizaban los retiros de sus cuentas por parte del ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), durante las gestiones 1993 hasta el 1999 por un monto total desembolsado que ascendía a $us.3.183.857,14 (Tres Millones Ciento Ochenta y Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Siete 14/100 Dólares Americanos), estos aspectos se encuentran contemplados en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-176718 de 19 de noviembre de 2013, en la carta ASFI/DCF/R-9070/2014 de fecha 17 de enero de 2014, en los anexos de las operaciones crediticias reconstruidas y en las copias legalizadas de los Contratos y Testimonios de las operaciones de crédito reclamadas, que le fueron entregadas adjunta a la mencionada carta.

Que, de las trece (13) operaciones desembolsadas, once (11) se encuentran canceladas y dos (2) de los créditos otorgados con el N° 1000-4213-47380 y N° 1000-4022- 63507, mantienen saldos deudores a la fecha de inspección, los que se encuentran contablemente castigados, calificados en la categoría de riesgo "F" y en proceso de ejecución judicial.

Que, a la fecha de inspección la operación N° 3-94-3 (1000-4213-47380) presentaba un saldo deudor a capital por $us.30.406,44 (Treinta Mil Cuatrocientos Seis 44/100 Dólares Americanos); y la operación N° 1000-4022-63507 tenía un saldo deudor a capital por $us.360.541,12 (Trescientos Sesenta Mil Quinientos Cuarenta y Uno 12/100 Dólares Americanos).

Que, se identificó que el señor Víctor Otto León Romero, amortizó a capital de las trece (13) operaciones de créditos con sus recursos, aproximadamente $us.673.389,84 (Seiscientos Setenta y Tres Mil Trescientos Ochenta y Nueve 84/100 Dólares Americanos) durante las gestiones 1993 hasta el 1999.

Que, producto de los desembolsos de trece (13) operaciones nuevas y una (1) reprogramación otorgadas por el ex Banco Santa Cruz S.A., al señor Otto León Romero durante las gestiones 1993 hasta 1999, las que se efectuaron a través de abonos en las diferentes cuentas corrientes que mantuvo en la Entidad Financiera, de las cuales se debitaron montos de dineros que fueron a cubrir el saldo deudor de once (11) operaciones, por un monto total que asciende a $us.2.141.993,45 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Un Mil Novecientos Noventa y Tres 45/100 Dólares Americanos), que incluyen tanto capital como intereses.

Que, con referencia a las papeletas contables de desembolsos de cada uno de los créditos, que por la data de las operaciones crediticias que se iniciaron desde 1993 hasta 1999 (es decir desde hace 20 años atrás), no fue posible obtener esa información del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en razón a que la Entidad Financiera ya no cuenta con la documentación, debido a que conforme el artículo 94 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) norma que se encontraba vigente al momento de realizar las diligencias preliminares de investigación, dispone que: "Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable".

Que, los desembolsos realizados por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.) se encuentran expuestos en los extractos de las cuentas corrientes que se adjuntaron como parte de los anexos adjuntos a la carta ASFI/DCF/R-9070/2014 de fecha 17 de enero de 2014, que le fueron entregados al señor Víctor Otto León Romero.

Que, la facultad de realizar débitos al ex Banco Santa Cruz S.A. en las cuentas corrientes del señor Víctor Otto León Romero, fue autorizada en los contratos suscritos entre ambas partes.

Que, fueron entregadas al señor Víctor Otto León Romero copias legalizadas de los Contratos Privados y segundos Testimonios de las Escrituras Públicas expedidas por las Notarías de Fe Pública correspondientes, referidos a doce (12) de las operaciones crediticias desembolsadas, a excepción del crédito N° 1000-4012-81734 del cual no se evidenció el Contrato Privado y la Escritura Pública del documento descontado de la Letra de Cambio N° 174584, por $us.109.000.- (Ciento Nueve Mil 00/100 Dólares Americanos), financiados con recursos propios, con destino Financiamiento de Cuentas por Cobrar - Capital de Operaciones.

Que, con relación al cobro del Cheque N° 279303 por $us.100.000.- (Cien Mil 00/100 Dólares Americanos) que la Empresa de Servicios Agropecuarios "El Paraíso" giró a

favor del ex Banco Santa Cruz S.A., este monto fue aplicado como parte de pago del Préstamo N° 1000-4022-63507 de 28 de noviembre de 1997, acción que podía realizar el Banco en el marco de la Cláusula Novena de contrato de crédito contenido en el Testimonio N° 438/1997.

Que, con referencia al contrato de préstamo de $us.120.000.-(Ciento Veinte Mil 00/100 Dólares Americanos) suscrito en fecha 16 de diciembre de 1995, ante la controversia manifestada sobre la autenticidad de la firma del señor Humberto León Romero, esta Autoridad de Supervisión no está facultada para emitir un pronunciamiento sobre este aspecto, por exceder a sus atribuciones administrativas, las mismas no alcanzan a dilucidar controversias o supuestos ilícitos que afecten los derechos de las personas.

Que, esta Autoridad de Supervisión carece de competencia para pronunciarse sobre los bienes inmuebles que hubieran sido adjudicados judicialmente, ni sobre las sumas de dinero en las que los adjudicados pretendan vender esos bienes.

Que, con relación a la solicitud de imposición de una sanción administrativa contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (ex Banco Santa Cruz S.A.), esta no corresponde debido debido a que la acción de esta Autoridad de Supervisión para imponer sanciones prescribió al haber transcurrido más de dos (2) años de la supuesta comisión de las infracciones normativas identificadas en la inspección…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 26 de febrero de 2014, el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014, con los siguientes argumentos:

"…*II. MOTIVOS EN QUE SE FUNDA EL RECURSO*

II.1. PRESCRIPCIÓN. - A Fs. 7 de su Resolución la ASFI señala que habiendo transcurrido más de dos años de las supuestas infracciones hubiera operado la prescripción sin embargo de ello parecería ser Sra. Directora que usted no ha leído y no ha considerado ninguna de nuestras denuncias, en sentido de que en el presente caso y si bien estamos conscientes de que habrían transcurrido más de dos años de haberse cometido las infracciones las mismas no se encontrarían prescritas en razón a que las mismas se han prolongado en el tiempo por lo tanto las misma tendrían carácter permanente criterio recogido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI 052/2012 de 2 de octubre de 2012, donde señala "que las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir que no se agota en un sólo momento a causa de la continuidad del comportamiento del infractor que prosigue en el tiempo".

Ahora bien y en el caso no consentido por mi persona de que hubiera operado la

prescripción no se debe olvidar que lo que prescribe es la acción de la administración pública a sancionar por presuntos incumplimientos a la normativa financiera sin embargo de ello eso no implica que usted no esté en la obligación de pronunciarse sobre los incumplimientos a la normativa financiera y todos los hechos o denunciados, en razón a que este pronunciamiento no solo dará lugar a una posible infracción administrativa sino a que en la vía judicial se inicien las acciones legales contra el Banco por los actos delictivos cometidos ya que demostraremos que el banco se ha adjudicado un bien producto de las operaciones bancarias fraudulentas intentando a su vez adjudicarse un bien en la suma $us. 50.000 con un valor real de $us. ***1.000.000.***

Que el Art. 331 de la Constitución Política del Estado dispone: "las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público,…"el Art. 332, parágrafo I. establece: "las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras. De estos preceptos constitucionales se desprende la función de regulación y control a la que está obligada la ASFI en atención al interés público. En tal sentido, la ASFI está en la obligación de pronunciarse sobre los incumplimiento (sic) *de las leyes, reglamentos por las instituciones financieras, y defender a los usuarios contra las entidades financieras deber y mandato constitucional Señora Directora que al parecer a olvidado negándose a cumplir con preceptos constitucionales dando lugar a que su conducta se adecúe al tipo penal de incumplimiento de deberes por lo mismo, solicito a su Autoridad inicie al procedimiento sancionador y, en definitiva, pronunciarse respecto de todos y cada uno de los reclamos efectuados por mi persona, por cuanto su decisión solo habla de manera general sobre las trece operaciones En tal sentido, solicito se pronuncie y se haga cargo de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en su oportunidad por mi persona.*

<u>II.2..- FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA</u>..- Ahora bien Uno (sic) *de los aspectos fundamentales para que la autoridad forme convicción y sana crítica en materia administrativa es la valoración de la prueba. Conforme lo manda el parágrafo I. del Art. 47 de la Ley N °2341* (sic), *prueba que a su vez debe ser valorada que en el presente caso 1* (sic) *SU* (sic) *autoridad reconoce que la valoración de la prueba consistió en la revisión de la documentación proporcionada por el Banco Mercantil sin embargo de ello y en ninguna parte de su Resolución ASFI N° 67/2014 de 7 de febrero de 2014 se ha pronunciado o ha considerado el informe pericial elaborado por el perito designado por el juez Dr. Hugo Ramiro Rosales Uriona dentro del juicio ordinario por extinción de obligación por novación y pago documentado que es fundamental y decisivo en el presente caso ya que el mismo constata diversas irregularidades en las operaciones bancarias y de muestra* (sic) *que de mis cuentas el banco hubiera Económicos* (sic) *de $ 2,403.421, 62 (dos millones cuatrocientos tres mil cuatrocientos veintiuno 62/100 dólares americanos demostrando que independientemente de las trece operaciones las mismas ya habrían sido canceladas superabundantemente.*

Así tampoco ha valorado el informe de fecha 21/09/2001, solicitado a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de todos los movimientos económicos de la cuenta corriente de Otto león (sic)*Romero y expedida por el Banco*

Santa Cruz, donde no se evidencia ningún desembolso ni entrega de dinero a mi favor, no figura en los registros contables del Banco Santa Cruz S.A. no figura la modalidad ni el destino de ningún desembolso, no se evidencia ni cosnta (sic) *por escrito en las papeletas de ningún desembolso ni en los extractos de cuenta en los montos estipulados en los documentos obligacionales.*

Tampoco se ha pronunciado sobre la letra de cambio aceptada por Julio Novillo de Credicasas La Fuente, por la suma de $us. 150.000.- y que fue retirada abusiva, arbitrariamente y sin autorización expresa por el Banco Santa Cruz, apropiándose indebidamente de dicho monto de dinero.

La ASFI tan poco ha señalado cómo se ha apreciado la prueba -en particular el informe ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, y sus anexos que claramente se evidencia que el banco no hubiera desembolsado todos los montos de dinero y que existirían incumplimientos a la normativa financiera. Agustín Gordillo, al referirse a los caracteres y requisitos que deben reunir las decisiones administrativas, ha expresado: "(…) no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos (…)*El acto debe resolver todas las peticiones formuladas (…) o sea, todas las cuestiones planteadas.*

Las pruebas aportadas a la denuncia han quedado debidamente justificadas y ampliamente probados en sus fundamentos al demostrar que en definitiva el Banco Mercantil Santa Cruz, jamás nos entregó el importe de dinero estipulado en cada uno de los documentos obligacionales, quedando éstos en poder del Banco para su propio beneficio, ya que supuestamente ha debitado el importe de los créditos que dice haber depositado a mi cuenta, dicho importe es sustraído inmediatamente por el mismo Banco, que en definitiva se queda en su poder en su beneficio y no me entregan absolutamente un peso.

Uno de los argumentos que Usted utiliza en su Resolución para rechazar mi denuncia y que motiva la presente acción, es que manifiesta que el Banco a (sic) *procedido a debitar de mi cuenta los montos es porque en los contratos así lo hemos autorizado y firmado, dando de ésta manera nuestro consentimiento, sin embargo se debe tener claramente establecido y no dar interpretaciones erróneas que dan razón al que no la tiene, es así que el Banco sin tener autorización específica ya que la autorización que el Sr. Víctor Otto León Romero y la Sra. Mary Salvatierra de León, han otorgado en cada una de las escrituras de préstamo es para DEBITAR (retirar) montos de sus cuentas para cubrir CUOTAS Y/O AMORTIZACIONES EN MORA y no debitar (retirar) el CAPITAL OTORGADO EN PRESTAMO, solicitado para un determinado fin u objeto como se indica en los contratos, por lo que la determinación apresurada sin análisis y sustento legal ha dado como resultado el rechazo de mi denuncia que desde todo punto de vista la considero ilegal, dejando en total indefensión a las personas que han sido engañadas como es mi caso, no siendo el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, sin embargo y conforme ya vimos estos hechos no fueron valorados ni objeto de ningún pronunciamiento por parte de su autoridad.*

<u>II.3. FALTA DE MOTIVACIÓN. -</u> El artículo 28 de la ley de Procedimiento Administrativo:

señala "Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente Artículo". Asimismo, el Art. 30 del mismo compilado legal dispone: "los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) resuelvan recursos administrativos.

Según Roberto Dromi -señala "la *motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan considerando. La constituyen, por tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración* sostiene *la legitimidad y oportunidad de* su *decisión (...) aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo. Debe ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. Así, la motivación se configura en uno de los elementos más importantes del acto administrativo, toda vez que otorga al mismo los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que las decisiones de la Administración Pública gocen de legitimidad y validez..."*

En el caso concreto, su Autoridad -mediante Resolución ASFI N° 067/2014 rechazo Los reclamos efectuado por mi persona en contra del banco.

Sin embargo, dicha resolución carece de una motivación conforme a lo expuesto a los párrafos precedentes, ya que no establece de manera clara, concreta y precisa las razones de hecho y fundamentos de derecho que sustentan su decisión. En efecto, en su parte considerativa, la Resolución recurrida no señala el razonamiento lógico que su Autoridad ha realizado para llegar a la conclusión contenida en la parte resolutiva; no analiza los hechos que fueron objeto de prueba, y tampoco lo de (sic) *un valor probatorio – En tal sentido, su Autoridad a* (sic) *omitido su obligación de analizar todos y cada uno de los hechos que fueron objeto de reclamo.*

II.4. INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL.-

Que el Art. 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala, "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". En virtud de este principio, la Administración debe verificar plenamente los hechos que le sirven de motivo a sus decisiones, agotando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley. En este sentido la ASFI como órgano regulador debe privilegiar a la verdad material de los hechos independientemente de cómo hayan sido alegadas y -en su caso- probadas por los administrados. Dicho de otro modo, la Administración tiene el deber de conducirse a la búsqueda de la verdad material más allá de la simple verdad formal, y de superar de manera oficiosa las restricciones que pudieran plantearse.

Al respecto, la sentencia 0882/2012-R ha manifestado que: "(...) el principio de verdad material implica que el juzgador debe basar su resolución en una reconstrucción de los hechos y a las circunstancias que lo rodean y, para ello, debe dar prevalencia a la verdad antes que a los ritualismos, (...)"

Por último nos encontramos sorprendidos con el actuar de su autoridad a que a más de dos años de haberse interpuesto la primera denuncia contra el Banco su autoridad haya tardado los dos mismos (sic) *para rechazar la misma hecho que no solo ha dado lugar a que se me vulnere mi derecho a al debido proceso sino a que se vulneren principios de celeridad procesal economía procesal que señalan que la administración de justicia debe ser rápido y oportuna sin dilaciones innecesarias tanto en la tramitación como en la resolución de la causas, de manera que las personas puedan lograr un oportuno reconocimiento de sus derechos.*

III. PETITORIO.- De todos los antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho solicito a su autoridad conforme a 1 Art. 35 inc. C y d de la Ley del Procedimiento Administrativo ANLE el presente procedimiento administrativo e inicie el proceso sancionador contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. definiendo el fondo del asunto en trámite conforme al Art. 68 de la Ley N° 2341 sobre Procedimiento Administrativo, y dando por probadas las reclamaciones efectuadas por mi persona en diversas oportunidades y reiteradas en el presente recurso, imponiendo las sanciones administrativas que correspondieren en estricta equidad y justicia..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 171/2014 DE 28 DE MARZO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por el recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó:

"…***ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014, modificando la parte Resolutiva,*** *en el marco de los fundamentos expuestos en la presente Resolución, de la siguiente manera:*

PRIMERO*: Rechazar las solicitudes del señor Víctor Otto León Romero debido a que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre los siguientes aspectos:*

1. *Presuntos hechos ilícitos que se habrían producido respecto a la firma del señor Humberto León Romero en el contrato de fecha 16 de diciembre de 1995.*
2. *Procesos sustanciados **y medios de prueba**, sometidos a conocimiento de la justicia ordinaria respecto a los contratos de crédito.*

3. *Bienes inmuebles adjudicados judicialmente, ni sumas de dinero en las que se pretendan vender dichos bienes.*

SEGUNDO: *Determinar la imposibilidad de iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., al haberse evidenciado que ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 79 de*

la Ley No. 2341 de Procedimiento administrativo, desde que se cometió los presuntos hechos denunciados ***y no existir en vía administrativa elementos que permitan establecer la existencia de infracciones o contravenciones de carácter permanente****…"*

Determinación que se funda en los siguientes argumentos:

CONSIDERANDO:

Que, con carácter previo, corresponde señalar las actuaciones que se desarrollaron en forma posterior a la interposición del Recurso de Revocatoria promovido por el Sr. Víctor Otto León Romero, mediante memorial presentado en fecha 26 de febrero de 2014, conforme el siguiente detalle:

- *Mediante cartas /ASFI/DCF/R-29543/2014 de 24 de febrero de 2014 y /ASFI/DAJ/R-33464/2014 de 05 de marzo de 2014, se hizo entrega en forma personal al Sr. Víctor Otto León Romero, una copia legalizada y otra simple del Informe de Inspección ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, dando cumplimiento de esta manera a los requerimientos de documentación, hechos por el recurrente.*

- *A través de la carta /ASFI/DAJ/R-35917/2014 de 10 de marzo de 2014, se remitió a conocimiento del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el memorial presentado por el Sr. Victor Otto León Romero, a efectos de que se pronuncie respecto al Recurso de Revocatoria.*

1. ***Alegatos del Tercero Interesado.-*** *El Banco Mercantil Santa Cruz S.A., a través del Sr. Sergio Rocha Méndez, que acredito (sic) su representación legal mediante Testimonio Poder No. 294/2011 de 17 de noviembre de 2011, otorgado ante la Notaria de Fe Pública a cargo de la Dra. Verónica Molina, mediante memorial presentado en fecha 24 de marzo de 2014, respecto al recurso impugnatorio promovido por el Sr. Víctor Otto León Romero, señaló lo siguiente:*

   - *Víctor Otto León Romero, pretende trastocar todo el sistema legal de nuestro país, al exigir que una Autoridad en materia Administrativa asuma conocimiento y emita pronunciamientos que es de competencia exclusiva de la Autoridades Jurisdiccionales, desconociendo principios fundamentales que hacen a un Estado de Derecho, como el referido a la división de poderes, en este ilegal cometido demanda a que la Autoridad Regulatoria vulnere normas constitucionales como la contenida en el artículo 179 de la Constitución Política del Estado.*

- *La entidad de intermediación financiera respecto al informe pericial que ha presentado como prueba de cargo en el fenecido proceso ordinario que inició en su contra el Sr. Víctor Otto León Romero, expresó que el recurrente, olvida que dicha prueba ya ha sido de conocimiento de una autoridad jurisdiccional, por lo que ha sido objeto de valoración respectiva en sede judicial, donde ha sido declarada improbada su pretensión, la cual está basada principalmente en el referido peritaje y que a través de Auto Supremo 90/2013 de 07 de marzo de 2013, se ha declarado*

infundado el recurso de casación en el fondo interpuesto por Víctor Otto León Romero, situación que determina que la sentencia pronunciada por el Juez 7mo. (sic), de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Santa Cruz S.A., que ha desestimado su demanda, adquiera calidad de cosa juzgada irrevisable e inmutable conforme lo previsto en el artículo 1451 del Código Civil y por el artículo 515 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, resulta una imposibilidad jurídica la revisión de las operaciones del recurrente a raíz de un peritaje desechado en vía judicial, indicando además que es una pretensión nueva.

- *Continuando con su exposición la entidad financiera regulada, asumió que resulta novedoso encontrar en el Recurso de Revocatoria, la mención de un informe emitido por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 21 de septiembre de 2001, en el que supuestamente dicho órgano regulatorio habría determinado la inexistencia en los registros contables del ex banco Santa Cruz S.A., de desembolso alguno a favor del recurrente, señalando al respecto, que las inspecciones que la ASFI ha realizado en la sustanciación de los reclamos de Otto León Romero, se ha procedido a la revisión de los aspectos operativos contables referidos a las operaciones crediticias de este señor, sin que se hubiera podido determinar la ausencia de desembolsos de los créditos, por el contrario, existe un criterio recurrente, obviamente basado en las evidencias encontradas en los registros del Banco, de que los créditos han sido desembolsados en las cuentas del prestatario, salvo el caso de dos operaciones que fueron desembolsadas a través de caja mediante cheques de gerencia emitidos a su nombre, confirmando la recepción de todos y cada uno de los préstamos por parte de León Romero; en consecuencia, no pudo haber existido tal conclusión por parte del órgano regulatorio, más aún cuando se hace énfasis que jamás la autoridad regulatoria inició proceso sancionatorio alguno en contra del ex Banco Santa Cruz S.A., como emergencia de la operaciones crediticias de Víctor Otto León Romero.*

- *Con relación a la falta de pronunciamiento por parte de ASFI, sobre una letra de cambio aceptada por Julio Novillo de Credicasas La Fuente por la suma de Bs150000 (Fundamento asumido por el recurrente), la entidad financiera, manifiesta que por criterios de congruencia y preclusión, tal afirmación debe ser desechada por ASFI, al no haber sido expuesta de manera oportuna en los reclamos que se han sustanciado dando lugar a la Resolución objeto del recurso.*

- *Por otra parte, sobre lo mencionado por el Sr. León, respecto a que la resolución impugnada carecería de fundamento, el Banco señaló que los términos y fundamentos que sirven de motivación y que sustentan lo resuelto por su Autoridad, han sido clara y concisamente expuestos, fundándose en precedentes administrativos plenamente aplicables al caso concreto, permitiendo una real y cabal compresión de la justificación jurídica que determina de manera incuestionable el rechazo de los reclamos del recurrente.*

- *La entidad de intermediación financiera, señala que el recurrente (Víctor Otto León Romero), pretende desvirtuar los fundamentos de la prescripción con el falaz argumento de que se tratarían de infracciones permanentes, sin dar mayor*

justificación legal o jurídica que sustente tal afirmación y que para no dejar dudas al respecto, se debe circunscribir el alcance de los reclamos de la citada persona, a los desembolsos de las operaciones crediticias concedidas a su favor por el ex Banco Santa Cruz, elemento que permitirá de manera incontrovertible determinar que los desembolsos se constituyen en hechos instantáneos, es decir que dicha actuación se agota con su realización, extremo que descarta la posibilidad de una infracción que se prolongue en el tiempo.

Por lo anteriormente expuesto, la entidad financiera, solicitó se rechace el recurso de revocatoria interpuesto por Víctor Otto León Romero por carecer de fundamentos legales además de expresar elementos no mencionados en los reclamos que dieron lugar al procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde efectuar un breve resumen de las actuaciones desarrolladas en vía administrativa que conllevaron a la emisión del acto administrativo impugnado y sobre la problemática planteada en el presente Recurso:

- *El señor Víctor Otto León Romero, presentó en fecha 26 de marzo de 2012, denuncia contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por supuestas irregularidades en la otorgación y destino de los créditos otorgados a su persona, ampliando su reclamo a través de posteriores requerimientos presentados a la entidad regulatoria, conforme se detalla de manera puntual en la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014.*

- *Producto de las actuaciones desarrolladas durante el procedimiento administrativo, en razón a los mecanismos de impugnación promovidos por el Sr. Víctor Otto León Romero, este Órgano de Supervisión, emitió la Resolución 237/2013 de 26 de abril de 2013, por la cual, se dispuso "ANULAR" las actuaciones desarrolladas hasta el vicio más antiguo, determinando se efectúe una visita de inspección complementaria al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., debiendo asignarse un equipo técnico legal a objeto de contar con una valoración integral del reclamo, pronunciamiento que no fue impugnado por la citada persona.*

- *Efectuada la Inspección Especial planificada por ASFI, en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (Ex Banco Santa Cruz S.A.), la comisión emitió el Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-176718/2013 en fecha 19 de noviembre de 2013, en virtud del cual, este Órgano de Supervisión emitió la carta ASFI/DCF/R-9070/2014 de fecha 17 de enero de 2014, recibida por el Sr. Víctor Otto León Romero en fecha 21 de enero de 2014, por la cual, se dio respuesta expresa a la denuncia presentada.*

- *En forma posterior el ahora recurrente solicitó mediante memorial presentado en fecha 24 de enero de 2014, elevar a rango de Resolución la carta de respuesta a su denuncia, emitiendo esta Autoridad de Regulación, la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014, notificada al interesado en fecha 14 de febrero de 2014 y al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en fecha 17 de febrero de 2014.*

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los hechos, argumentos expuestos por el recurrente, así como las disposiciones legales mencionadas precedentemente, se establece los aspectos siguientes:

1. ***PRESCRIPCIÓN.-*** *El recurrente, manifestó en los fundamentos de la impugnación promovida en contra de la Resolución ASFI No. 067/2014 de 07 de febrero de 2014, que la Autoridad Regulatoria, no ha considerado que en la denuncia se ha señalado que las infracciones no estarían prescritas en razón a que las mismas se han prolongado en el tiempo, teniendo un carácter de ser permanentes, criterio asumido sobre la base del precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI 052/2012 de 02 de octubre de 2012.*

   Al respecto, sobre la figura jurídica de "prescripción", el acto administrativo ahora impugnado ha señalado que habiendo transcurrido más de dos (2) años de la supuesta comisión de la infracciones normativas, la acción de la Autoridad de Supervisión para imponer sanciones prescribió, justificando la posibilidad de determinar tal situación, sobre la base del precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI No. 45/2013 de 10 de julio de 2013, que legitima al Ente Regulador la facultad de considerar la concurrencia de este instituto jurídico, por cuanto actúa como "interesado" en el procedimiento.

   Asimismo, la Resolución impugnada, determina puntualmente que con relación a la solicitud de imposición de una sanción administrativa contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., esta no corresponde debido a que la acción de esta Autoridad de Supervisión para imponer sanciones prescribió al haber transcurrido más de dos años de la supuesta comisión de infracciones normativas identificadas en la inspección, extremos que conllevaron a que en la parte Resolutiva en el punto "Segundo" del acto administrativo, este Órgano de Supervisión se pronuncie de la siguiente manera: "En mérito al tiempo transcurrido no corresponde el inicio de proceso sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente Resolución".

   Consecuentemente, teniendo en consideración lo mencionado por el recurrente, al carecer el acto administrativo impugnado, de pronunciamiento sobre la existencia o no de infracciones permanentes, corresponde realizar el análisis, para determinar si tal extremo es evidente o no.

   En este sentido, es prudente hacer corolario que el recurrente, mediante memorial presentado en fecha 02 de enero de 2013 (Por el cual reitera los fundamentos de la denuncia), ha solicitado que se tome en cuenta lo establecido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución

Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI 052/2012 de 02 de octubre de 2012, empero no determina de forma objetiva de que forma el precedente administrativo contenido en el pronunciamiento emitido por la citada cartera Ministerial es aplicable a su denuncia, se limita a copiar la parte pertinente de la interpretación hecha respecto a las infracciones permanentes, sin mencionar las razones por las cuales se aplicaría a su caso en concreto.

Por otra parte, también es importante señalar que el Sr. Víctor Otto León Romero, mediante memorial presentado en fecha 28 de marzo de 2013 (Recurso de Revocatoria contra la Resolución No. 125/2013 de 06 de marzo de 2013), sobre la inexistencia de prescripción de supuestas infracciones en las que hubiera incurrido la entidad bancaria, justifica tal hecho mencionando que se encuentran en un Recurso de Casación por un juicio ordinario por extinción de obligación por novación y pago documentado; asimismo, señala expresamente lo siguiente: "se tiene que ninguna de las vulneraciones cometidas por el Ex Banco Santa Cruz en la tramitación de todos los créditos otorgados ni tampoco el incumplimiento de la normativa del sector y posterior sanción se encuentren prescritos por lo que nos encontramos ante una infracción continuada y de carácter sucesivo, en la medida de que la Entidad Financiera se ha negado a proporcionarnos información y en cuanto a los errores operativos cometidos por el Banco siguen causando efectos…"

En el marco de lo mencionado, el recurrente no justifica, ni demuestra el carácter continuado y permanente de las infracciones que supuestamente hubiera incurrido el Banco, omitiendo realizar la exposición de las actuaciones de la entidad financiera que tuvieran tales características, considera por el contrario, que la existencia de un proceso judicial ordinario incoado por su persona, es la base para justificar su postura, sin tener presente que por el principio constitucional de separación de poderes (artículo 12, parágrafo I de la Constitución Política del Estado Plurinacional), la autoridad jurisdiccional no puede emitir pronunciamiento sobre incumplimientos a normativa regulatoria del sistema financiero, atribución que sólo puede ser ejercida por el órgano administrativo de regulación, en el marco de lo previsto en el artículos 152, 153 y 154 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, concordante con los artículos 8, 23 de la Ley No. 393 de Servicios Financieros.

De lo mencionado precedentemente, corresponde señalar que los argumentos expuestos por el señor Víctor Otto León Romero, sobre la no prescripción de la comisión de infracciones normativas por parte del ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.) es incongruente, debido a que las operaciones de créditos otorgadas por la Entidad Financiera en favor del señor Víctor Otto León Romero y Mary Salvatierra de León, fueron desembolsadas durante las gestiones 1993 hasta el 1999, lo que conlleva que a partir de la última gestión podría haber hecho conocer a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, su reclamo, no obstante acudió a la vía judicial, habiendo presentado su reclamo a este Ente Regulatorio en el año 2012, lo que demuestra de forma objetiva que el plazo

previsto en el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo, ha vencido abundantemente.

En este marco de ideas, sobre el carácter permanente de las presuntas infracciones, ese aspecto de subsistencia y continuidad en el tiempo de las presuntas infracciones no ha sido demostrado por el señor León y por el contrario las mismas no subsistieron en el tiempo, debido a que es criterio técnico asumido por este Órgano de Regulación que los presuntos incumplimientos a la normativa regulatoria y/o sanas prácticas de gestión y administración de riesgos identificados por esta Autoridad de Supervisión en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013 se remontan específicamente al momento de la aprobación (en el sobreendeudamiento del señor León) y desembolso (la falta de capacidad de pago para la cancelación de intereses de los créditos observados por el reclamante) mismos que datan desde el año 1993 al 1999.

En este punto el recurrente, también mencionó que el pronunciamiento de ASFI, no sólo dará lugar a una posible infracción administrativa sino a que en la vía judicial se inicien las acciones legales contra el Banco por los actos delictivos cometidos ya que demostraran que la entidad financiera se adjudicó un bien producto de operaciones bancarias fraudulentas intentando adjudicarse en la suma de $us. 50.000 con un valor real de $us. 1.000.000; al respecto, la Resolución Administrativa ahora impugnada, fue clara y precisa al establecer que la Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre los bienes inmuebles que hubieran sido adjudicados judicialmente, ni sobre las sumas de dinero en las que los adjudicados pretendan vender esos bienes, lo que tiene su fundamento legal en la previsión legal contenida en el artículo 50, del Código de Procedimiento Civil y lo previsto en el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de la inspección realizada a la entidad financiera, concordante con lo previsto en el inciso b), artículo 2, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la actual Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Asimismo, son el Ministerio Público y las autoridades judiciales en materia penal, las competentes para ejercer la persecución penal y establecer la existencia o no de hechos delictivos, debiendo tenerse presente para tal efecto que el Art. 120, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado Plurinacional, establece que toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa, extremos que determinan que este Órgano de Supervisión no puede emitir pronunciamiento alguno, sobre hechos y acontecimientos sometidos a conocimiento y competencia de las instancias del Órgano Judicial, en el entendido que los hechos denunciados por el Sr. Víctor Otto León Romero,

han sido objeto de procesos judiciales iniciados por su persona en contra de la entidad financiera.

Por lo expuesto, si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por mandato del artículo 331 constitucional, tiene las funciones de regulación y supervisión de la entidades financieras, esto no conduce a que deba iniciar un proceso sancionador, que no procede conforme la circunstancias enunciadas y la evaluación técnica - legal hecha a la entidad financiera denunciada, por la Comisión de este Ente Regulatorio, en el entendido que las presuntas contravenciones a disposiciones regulatorias se han producido a partir de la gestión 1993 hasta el año 1999, conforme lo hechos denunciados por el recurrente y que la posibilidad de iniciar un proceso sancionatorio ha precluido, en razón del tiempo trascurrido y la inacción de quien presuntamente sufrió perjuicio, considerando que doctrinalmente el instituto jurídico de la "prescripción", es definida por Manuel Osorio en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales como: "caducidad de los derechos en su eficacia procesal, por haber transcurrido los plazos legales para su posible ejercicio"; sin embargo, en resguardo del debido proceso, correspondía hacer el análisis de las pretensiones y argumentos emitidos por el Sr. Víctor Otto León Romero, debiendo a tal efecto consignar la conclusiones mencionadas precedentemente de forma clara y precisa en la decisión asumida por éste Órgano de Supervisión en la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014.

2. ***FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.-*** *El recurrente ha mencionado como agravio que este Órgano de Supervisión, no ha tomado en cuenta el Informe Pericial elaborado por el perito designado por el Juez Dr. Hugo Ramiro Rosales Uriona, al respecto corresponde señalar que la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014, es clara y precisa al determinar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene "competencia", para pronunciarse sobre procesos sustanciados en la justicia ordinaria respecto a los contratos de crédito, lo que tiene significativa incidencia en lo observado por el Sr. León, debido a que ASFI, carece de facultad, aptitud e idoneidad para contrastar, considerar y/o revisar una prueba que ha sido judicializada dentro de un proceso ordinario.*

   Sobre lo mencionado anteriormente, conforme lo establece los artículos 374, 430 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el Peritaje en un medio legal de prueba, cuya fuerza probatoria será estimada por el Juez, siendo este la única autoridad llamada por Ley, para considerar el mismo, conforme lo determina el artículo 441 del mencionado cuerpo adjetivo de disposiciones legales, aspectos que delimitan y demuestran que este "Ente Regulatorio", no puede emitir criterio al respecto.

   Considerando además que el instrumento pericial cuya revisión en sede administrativa fue cuestionada por el recurrente, fue presentado en la demanda seguida por este mismo, respecto a la "Extinción de Obligaciones

por Novación Objetiva y cancelación de escrituras públicas de préstamos por pago documentado y por consiguiente cancelación de gravámenes e hipotecas de registros en Derechos Reales y liberación de inmuebles, nulidad de proceso coactivo civil, nulidad de proceso ejecutivo, nulidad de remate, nulidad de adjudicación y venta judicial, pago de daños y perjuicios, lucro cesante", que conforme la información remitida por la entidad financiera demandada, concluyó con el pronunciamiento judicial contenido en el Auto Supremo No. 90/2013 de 07 de marzo de 2013, favorable al Banco, aspecto por el cual la Autoridad Reguladora, perdió competencia sobre los hechos reclamados ya que no es la instancia competente y no tiene facultad para revisar o cuestionar la decisiones de las autoridades jurisdiccionales.

En este punto, el recurrente también mencionó que este Órgano de Supervisión, no ha valorado el informe de fecha 21 de septiembre de 2001, solicitado a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de todos los movimientos económicos de la cuenta corriente de Otto León Romero y expedida por el Banco Santa Cruz, sobre el tema, es pertinente señalar que en los antecedentes presentados a esta Autoridad de Supervisión, no cursa un ***informe con esa fecha, extremo que impide emitir pronunciamiento y no merece mayores consideraciones al respecto.***

Otro supuesto agravio referido por el recurrente en el memorial de impugnación, está relacionado a la inexistencia de pronunciamiento respecto a la letra de cambio aceptada por Julio Novillo de Credicasas La fuente por $us. 150.000.- y que fue retirada abusiva, arbitrariamente y sin autorización expresa por el Banco Santa Cruz, apropiándose indebidamente de dicho monto de dinero; de la revisión de los documentos presentados por el Sr. León, se ha evidenciado que en su demanda iniciada en contra de la entidad de intermediación financiera, ha sometido al pronunciamiento de la autoridad judicial, los mismos extremos denunciados en vía administrativa, solicitando inclusive al juez que ordene expresamente la extinción y cancelación de la Escritura Pública No. 369/99 de 10 de marzo de 1999, referente al contrato de descuento de letra de cambio, circunstancia que impide a este Órgano de Supervisión, emitir pronunciamiento alguno, por ser incompetente, lo que encuentra fundamento legal en lo previsto en el artículo 4, Sección 5, del Reglamento para la Atención al Cliente y Usuario, contenido en el Capítulo I, Título I, Libro 4° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente al momento de la inspección realizada a la entidad financiera, concordante con lo dispuesto en el inciso b), artículo 2, Sección 5, Capítulo I, Título I, Libro 4° de la actual Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

De las consideraciones hechas anteriormente, se llega a la conclusión que no existió falta de valoración de la prueba por parte de ASFI, más al contrario, efectuada la inspección, ***el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. proporcionó fotocopias simples de expedientes que demuestran que se*** *han*

sustanciado diferentes procesos en la vía jurisdiccional, con referencia a los préstamos contenidos en los contratos suscritos entre el señor Víctor Otto León Romero y el Banco Santa Cruz S.A. actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A., los cuales en su mayor parte, se encuentran concluidos, advirtiéndose que varios de los aspectos reclamados a esta Autoridad de Supervisión ya fueron objeto de conocimiento, valoración y pronunciamiento por parte de autoridades judiciales. En consecuencia este Órgano Regulador no tiene dentro su jurisdicción administrativa atribuciones para pronunciarse sobre aspectos que ya fueron valorados por la instancia judicial; empero por prudencia y bajo el principio de eficacia contenido en el inc. j), del artículo 4, de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, en resguardo del debido proceso, corresponde modificar el pronunciamiento emitido en la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014, consignando en forma clara y precisa la imposibilidad que tiene este Ente Regulador de pronunciarse respecto a Informe periciales, presentados en procesos ordinarios, cuyos efectos son específicamente atribuibles a la estimación y análisis que realice de este medio de prueba la autoridad judicial.

3. ***FALTA DE MOTIVACIÓN.-*** *El recurrente bajo una justificación legal y doctrinal ha asumido que el acto administrativo que impugnó no tiene la debida fundamentación, es decir, no se encuentra debidamente motivado, al no haberse analizado todos y cada uno de los hechos que fueron objeto del reclamo; al respecto, los criterios supuestamente no evaluados por ASFI, como se puede apreciar de la lectura de los puntos anteriores, corresponden a actuaciones que el Sr. León sometió a la jurisdicción ordinaria, bajo competencia de autoridades judiciales dependientes del Órgano Judicial, lo que fue mencionado en la parte resolutiva, punto primero, de la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014 y guarda congruencia con los fundamentos fácticos y legales, asumidos en el acto administrativo, extremos que no han sido desvirtuados y no merecieron mayor observación por el Sr. León.*

   En este marco, debe quedar claro que en esta controversia, no existe falta de motivación (fundamentación que si consta, conforme lo permite concluir la sencilla lectura de la Resolución ASFI No. 67/2014), que contiene la argumentación suficiente, cumpliendo con los requisitos de una motivación precisa, con la cita de los hechos, las consideraciones administrativas al caso concreto y la aplicación de las normas legales en las que se basa la Resolución emitida, cumpliendo de esa forma con la garantía del debido proceso en su elemento de motivación de las resoluciones; y, que no se evidencia acto ilegal u omisión indebida, que hubiesen lesionado la garantías del recurrente, teniendo presente que los hechos supuestamente no analizados por este Ente Regulador, son aspectos en los que ASFI no puede emitir pronunciamiento al no contar con competencia para ello.

4. ***INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL.-*** *Respecto a los criterios emitidos por el recurrente, denunciando que ASFI, no ha realizado actuaciones conducentes a obtener la verdad histórica de los hechos, es necesario señalar que esta Autoridad de Supervisión al recibir el reclamo del señor Víctor Otto León Romero analizó el mismo e inició las diligencias preliminares de investigación que contemplaron la solicitud de información al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en varias oportunidades y la realización de la inspección in situ efectuándose la mencionada reconstrucción de la cada una de las operaciones reclamadas, en base a la documentación existente, considerándose las políticas y procedimientos, aplicados por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), que contemplaban las etapas de análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos,* ***basadas en sanas y prudentes prácticas bancarias y crediticias (vigentes en esa época es decir de 1993 a 1999)****, habiendo identificado lo siguiente: El monto desembolsado, el destino de los fondos, el origen del financiamiento, planes de pagos, históricos de pagos; asimismo se obtuvieron los Contratos Privados y las Escrituras Públicas suscritas, aceptadas y firmadas por el señor Víctor Otto León Romero y el ex Banco Santa Cruz S.A., documentos debidamente legalizados por las Notarías de Fe Pública correspondientes, referidos a doce (12) de las operaciones desembolsadas, a excepción del crédito No. 1000-4012-81734 del cual no se evidenció el Contrato Privado y la Escritura Pública del documento descontado de la Letra de Cambio No. 174584, por $us.109.000.- (Ciento Nueve Mil 00/100 Dólares Americanos).*

En ese marco, se desvirtúan los criterios vertidos por el reclamante, en el entendido de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó la reconstrucción de las referidas operaciones crediticias, habiendo emitido el Informe de Inspección ASFI/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, y los anexos respectivos que reflejan los resultados obtenidos, haciendo hincapié al hecho que se hizo conocer los resultados de la inspección al señor Víctor Otto León Romero mediante carta ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014 recepcionada por el reclamante en fecha 21 de enero de 2014 entregándole adicionalmente fotocopias legalizadas de los Testimonios y de las minutas de los contratos, las cuales cuentan con las firma del señor León, así como impresiones de los anexos elaborados durante la reconstrucción de las operaciones crediticias, debiendo considerarse que los resultados de la inspección fueron informados al recurrente y fundamentados en la Resolución ASFI No. 67/2014, no merecieron objeción y/o observación por parte del reclamante, quedando por tal razón firmes en vía administrativa.

En este punto, el recurrente observó una supuesta demora de aproximadamente dos años, en los que el Ente Regulatorio, habría tardado para rechazar la denuncia; sin embargo, se debe tener en cuenta, que en el tiempo transcurrido después del reclamo presentado, se han producido nulidades como consecuencia de los medios de impugnación promovidos

por el Sr. León; asimismo, es prudente mencionar que existen memoriales presentados en los meses de agosto, octubre, noviembre del año 2013, en los cuales el reclamante ha presentado nuevos elementos de prueba y ampliado su denuncia principal, aspectos que son determinantes para establecer que no existió actuaciones poco diligentes por parte de ASFI, que realizó un procedimiento enmarcado en la normativa aplicable.

Consecuentemente, se puede advertir que el procedimiento administrativo se desarrolló respetando el debido proceso, garantizando los derechos de los partícipes, a un proceso justo y equitativo, realizando las respectivas diligencias preliminares, recepcionando y valorando las pruebas presentadas, teniendo acceso a la información solicitada, emitiendo respuesta al señor Víctor Otto León Romero, el cual en dos ocasiones solicitó que se eleven a Resoluciones Administrativas las cartas de respuesta, habiéndose dado cumplimiento a los requerimientos realizados por el recurrente.

Esta Autoridad de Supervisión se enmarcó en la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y el Reglamento para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175, por lo tanto, el debido proceso fue aplicado cabalmente por el Órgano de Regulación, no pudiendo el impetrante aducir que no se cumplió el mismo, lo cual queda desvirtuado con la simple lectura de los antecedentes señalados, actuaciones que lógicamente se encuentran debidamente documentadas y que demuestran que el accionar de ASFI, se encuentra enmarcado en la normativa

5. ***IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD.-*** *En esta incidencia el recurrente en su petitorio, solicita expresamente se "Anule", el presente procedimiento y se inicie un proceso sancionador contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., sin embargo, no fundamenta los extremos por los cuales se tendría que aplicar esa figura legal, es decir, no ha demostrado vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a derechos subjetivos de la misma, que tengan relevancia o provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo, más al contrario los extremos que fundamentan su impugnación son sustanciales que han dado origen a su reclamo y no coinciden con las causales de procedencia de la nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 35 y 36 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

   En este sentido es prudente remitirse al precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFO (sic)/VPSF/URJ-SIREFI 006/2014 de 07 de febrero de 2014, que en su parte pertinente realizó la siguiente interpretación: "(…) la facultad anulatoria dentro de un proceso recursivo, está limitada a cuestiones adjetivas, es decir, cuando ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma, que tengan relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos ***en resguardo a la garantía <u>del debido proceso</u>***

administrativo, *y no así a los extremos sustanciales que hagan al proceso, por lo que en definitiva, resulta notorio que la decisión del Ente Regulador, de amparar su decisión de ANULAR la Resolución (…) en el artículo 36° de la Ley No. 2341, es improcedente por su impertinencia."*

En el marco de la puntualizaciones hechas, en estricto apego a los principios de eficacia, economía, simplicidad y celeridad, con el fin de evitar dilaciones indebidas al no existir evidencia que el recurrente, hubiera sufrido alguna vulneración a sus derechos y garantía (sic) *constitucionales, en el marco de los fundamentos esgrimidos en la presente Resolución, no corresponde anular el procedimiento, debiendo por tal razón este Órgano de Supervisión, tener que dar lugar a la figura pertinente del artículo 43 (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria), parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

CONSIDERANDO:

Que, la presente Resolución ha enmarcado su análisis a las pretensiones y supuestos agravios sufridos por el recurrente, conforme los presupuestos legales contenidos en el artículo 63, parágrafos I y II de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, de acuerdo al Informe Técnico ASFI/DFC/R-39291/2014 de 14 de marzo de 2014, e Informe Legal ASFI/DAJ/R- 46395/2014 de 27 de marzo de 2014, se efectuó la evaluación de los agravios expuestos, concluyendo que los argumentos planteados por el Sr. Víctor Otto León Romero en la impugnación promovida en fecha 26 de febrero de 2014, no desvirtúan las disposiciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión, a través de la Resolución Administrativa ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014, concluyendo sobre la base de los antecedentes en el presente caso, la norma aplicable y precedentes administrativos citados, que no existe causa justificada para anular el procedimiento y que en resguardo de un debido proceso se debe "Confirmar Parcialmente", el acto administrativo impugnado, complementándolo en el marco de los fundamentos esgrimidos, precautelando de esta manera el derecho a la petición del recurrente…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 16 de abril de 2014, el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, argumentado lo siguiente:

"…**II.** ***FUNDAMENTOS LEGALES-.***

II.1. Falta de Fundamentación y Motivación.

La garantía del debido proceso, comprende como uno de sus elementos principales, la exigencia de motivación de las resoluciones que implica que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que

exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable en el momento de conocer la decisión del juez comprenda la misma.

Pues, la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen a todos los jueces y tribunales de justicia de nuestro país, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió. Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado la autoridad que dirime el conflicto, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, son razonables las dudas del justiciable en el entendido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos; es decir, que no se le convence de que se ha actuado con apego a la justicia y por ello se le abren los causes (sic) *que la Ley Fundamental le otorga para que en la búsqueda de la justicia, acuda al órgano jurisdiccional, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías; entre los cuales, como dijimos se encuentra la garantía del debido proceso, que faculta a todo justiciable a exigir de la autoridad a cuyo conocimiento se ha puesto su situación jurídica una resolución debidamente fundamentada. Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional, en su abundante jurisprudencia, entre otras: SS.CC.1009/2003-R de 18 de julio, 1797/2003- R de 5 de diciembre y 1365/2005-R, de 31 de octubre.*

Basados en la referida jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, en la SC 0871/2010- R, estableció que: "toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso <u>debe contener los siguientes aspectos</u> *a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos tácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales,* e) <u>*Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada*</u>**,** f) <u>*Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado*</u>. De lo expresado precedentemente, se colige <u>*que las reglas del debido proceso se tienen cumplidas en cuanto a su elemento motivación, solamente en la medida en la cual se observen estrictamente los requisitos antes señalados;*</u>

entonces, la omisión o incumplimiento de cualquiera de estos requisitos, constituye una vulneración a este derecho y por tanto, una vez agotados los mecanismos internos para el cuestionamiento a decisiones jurisdiccionales o administrativas, deben tutelarse a través del amparo constitucional".

En el presente caso, la Resolución recurrida, como usted podrá evidenciar no solamente no está motivada y fundamentada en Derecho, sino que es manifiestamente contradictoria, pues la misma nada dice del recurso de Revocatoria que interpuse, y que también fue invocado a tiempo de realizar la Denuncia contra el Banco Santa Cruz ya que no resuelve ninguno de los puntos que solicité se valoren y se fundamenten, con lo que nuevamente se evidencia la falta de respuesta a los agravios que fueron claramente expuestos por mí a lo largo del presente proceso lo que ciertamente lesiona el debido proceso en sus elementos a la falta de motivación y el principio de congruencia. Efectivamente, conforme lo ha entendido el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0275/2012: "Toda autoridad que emita una resolución, debe mínimamente exponer en la resolución: 1) Los hechos, citando las normas que sustentan la parte dispositiva de la resolución, efectuando la relación de causalidad entre los hechos y la norma aplicable; 2) Pronunciamiento sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso de alzada, actuando en mínima petita, considerando cada aspecto de manera puntual y expresa, desarrollando una valoración lógica de los puntos impugnados, efectuar lo contrario, elimina la parte fundamental de la resolución, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo y cuál es la posición del tribunal de alzada en relación con los puntos impugnados. En conclusión, corresponde afirmar rotundamente, que la ausencia de una suficiente y [1] adecuada motivación en las resoluciones de segunda instancia, efectivamente vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa, impidiendo que la tutela jurisdiccional administrativa sea cierta, dando lugar al extremo inaceptable de la arbitrariedad, aclarándose que la obligación de motivar las resoluciones no significa que las decisiones adoptadas necesariamente deban satisfacer al administrado, lo que sí es trascendental, es que la decisión sea justificada y versé sobre la totalidad de los aspectos contenidos en el memorial de impugnación, permitiendo que el imperio de la justicia constitucional garantice el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales para el "Vivir Bien".

Conforme se puede apreciar, de la jurisprudencia constitucional citada, la falta de motivación de las resoluciones está vinculada también al derecho a la defensa y al principio de congruencia, el cual de acuerdo a la sentencias que fueron glosadas supra (SC 486/2010-R, SSCCPP 37/2012, 1111/2012), implica la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado, lo considerado y lo resuelto, y cuya lesión puede derivar en una incongruencia extra petita, cuando el juzgador decide cuestiones que han quedado consentidas y que no fueron objeto de expresión de agravios o en una incongruencia citra-petita, cuando omite decidir cuestiones son materia de expresión de agravios por el apelante (SC. 486/2010-R).

Todo lo anteriormente expuesto toma sentido, en el contenido del presente recurso jerárquico, a cuyo efecto a continuación presento ante Uds. los incumplimientos motivacionales y de fundamentación en los que ha incurrido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)

- *A fs. 15 la ASFI se pronuncia en sentido de que en base a la documentación existente considerándose las políticas y procedimientos aplicados por el Banco Mercantil S.A., que contemplan las etapas de análisis, tramitación, aprobación desembolso y seguimiento, recuperación de créditos, basadas en sanas y prudentes prácticas bancarias y crediticias vigentes en esa época es decir en de 1993 a 1999) habiendo identificado lo siguiente el monto desembolsado, el destino de los fondos, el origen de financiamiento, planes de pago, histórico de pagos, asimismo se obtuvieron los contratos privados y las Escrituras Públicas suscritas aceptadas y firmadas por el señor Víctor Otto León Romero y el ex Banco Santa Cruz S.A., documentos legalizados correspondientes a las 12 de las operaciones desembolsadas a excepción del crédito del contrato privado y la escritura pública del documento descontando la letra de cambio N° 174584 por 4US* (sic) *109.000).*

- ***Sin embargo de ello y si bien la ASFI SEÑALARIA NO SE CONTEMPLA EL ANALISIS TECNICO DE CADA UNA DE LAS OPERACIONES TANPOCO*** (sic) ***SE contemplan QUE ETAPAS SE HABRIAN CONSIDERADO YA QUE SI BIEN LA MISMA SEÑALARIIA*** (sic) ***QUE las etapas de análisis, tramitación, aprobación desembolso y seguimiento, recuperación de créditos, basadas en sanas y prudentes prácticas bancarias y crediticias vigentes en esa época es decir en de 1993 a 1999) HABRIAN SIDO INVESTIGAS*** (sic) ***NO EXISTE UNA FUNDAMENTACIÓN EN LA PRESENTE RESOLUCION DE NINGUNA DE ELLAS, tampoco se puede evidenciar de donde la ASFI llega a esas conclusiones y si bien las mismas harían referencia a que habrían identificado el monto desembolsado, el destino de los fondos, el origen de los mismos la ASFI tampoco señala cual hubiera sido el destino de los fondos y menos aún el monto desembolsado ni el origen de los mismos y que este hecho ha dado lugar a que se haya vulnerado el principio de motivación y fundamentación ya que en ninguna parte de la*** *resolución se ha pronunciado sobre estos aspectos*

- *Tampoco se pronuncia sobre la infracciones cometidas por la entidad financiera siendo que esta es la encargada de investigar los presuntos hechos denunciados y tipificar aquellas conductas que sean aplicables*

- *No se pronuncia sobre que en el presente caso las infracciones serian de carácter permanente y sucesivo por lo que si sería posible sancionar al banco por una norma aprobada de manera posterior sobre el otorgamiento y desembolso de los créditos ya que el hecho de que el banco haya incurrido en las presentes infracciones ha dado lugar a que se me cobren montos que ya habría cancelado.*

- *Si bien la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 DE 7 DE FEBRERO DE 2014 se*

ha (sic) *habría pronunciado sombré* (sic) *las operaciones de crédito, realizadas a través de las Escrituras Públicas N° 135/94 de fecha 26 de mayo de 1994, N° 105/96 de fecha 24 de junio de 1996, N° 188/96 de fecha 4 de diciembre de 1996 N° 04/97 de fecha 14 de enero de 1997, N° 438/97 de fecha 22 de octubre de 1997, este pronunciamiento seria de manera general no existiendo de manera clara, concreta y precisa las razones de hecho y fundamentos de derecho que sustentan su decisión.*

- *Asimismo a Fs. 15 la ASFI señala* (sic)

- *que las* (sic) *reconstrucción de las referidas operaciones se habrían emitido a través del inspección ASFI/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, Señor Viceministro este informe ha sido emitido sin considerar la aprueba* (sic) *aportada por mi persona como ser: informe pericial, letra informe* (sic) *de la Superintendencia de Bancos y Entidades*

- *Financieras y sólo ha sido elaborado con la información proporcionada por el banco por lo que el mismo se encontraría incompleto y no demostraría una investigación transparente por parte de la ASFI ya que de manera conveniente el banco a* (sic) *señalado no tener la documentaciones* (sic) *de estas operaciones.*

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha incumplido con lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo:

> *"...deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (...)...Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y.* (sic) *Artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo que "Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando resuelvan recursos administrativos.*

Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 señala:

> *"...Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así*

impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda..."

Al respecto se debe tomar en cuenta que la motivación de la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014 no ha respondido a nuestras pretensiones, por lo que ha incumplido la obligación indispensable, de fundar en derecho sus decisiones a objeto de que los administrados o procesados puedan impugnar o propugnar la decisión, al no cumplir con esta exigencia de Ley, nos colocan en una situación de indefensión, por lo cual la falta de motivación de un fallo no sólo implica el desconocimiento de las normas que rigen todo proceso, sino también implica la falta de cuidado, negligencia y dejadez, de la autoridad lo cual resulta intolerable en el marco de un Estado de Derecho.

En ese sentido, se observa que la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, ha negado una lógica jurídica de conocimiento general, lo cual corresponde que sea reparado por dicha instancia en el marco del control jerárquico.

II.2.Prescripción.-

Para, una mejor ilustración de sus probidades corresponde realizar un desarrollo y explicación de esta línea jurisprudencial sobre la prescripción en materia administrativa:

Si bien es cierto que la prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos para extinguir obligaciones; esta institución jurídica no opera por el simple transcurso del tiempo sino que tiene que considerarse determinados elementos ligados estrechamente con este institutito jurídico siendo uno de estos - y el más importante - la inactividad administrativa.

La inactividad administrativa da surgimiento a la aplicación de la prescripción tal cual lo señala la ASFI en la Resolución sin tomar que como se ha dicho en la abundante jurisprudencia Administrativa dice: "En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por el cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley <u>frente a la inactividad de la administración</u>..." es decir que para que se dé la prescripción, debe darse la inactividad del administrado en este caso esto jamás se dio, pues hace mas de lOaños (sic) que incansablemente vengo reclamando la vulneración a mis derechos, no obstante ello, la ASFI, en cuanto a la prescripción señala que yo denunciante no habría justificado ni demostrado el carácter permanente de las infracciones incurridas por el Banco Mercantil S.A., y que por el principio de separación de poderes la autoridad jurisdiccional no puede emitir pronunciamiento sobre incumplimientos a la normativa regulatoria atribución que sólo puede ser ejercida por el órgano administrativo.

Señor Viceministro no se a que viene el pronunciamiento de la ASFI y el mismo es incongruente con respecto a la prescripción, ya que en ningún momento le he solicitado a la ASFI, ni tampoco al órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre

hechos o aspectos que no atañen a su competencia en la vía judicial y como ya aclare más de una vez inicie un proceso ordinario sobre extinción de deuda por novación y pago documentado contra el Banco Mercantil S.A., en razón a que el Banco haciendo un mal manejo de mis cuentas hubiera retirado de (sic) *$ 2,403.421,62 (dos millones cuatrocientos tres mil cuatrocientos veintiuno 62/100 dólares americanos), proceso que a su vez se relaciona con cada una de las operaciones hoy observadas en materia administrativa*

Que este sentido y al tener relación con las operaciones antes denunciadas hacen primero que la prescripción haya sido interrumpida y que en la vía administrativa los hechos denunciados no se encuentren prescritos y se consideren de carácter permanente y sucesivos en razón a que el mal manejo de mis cuentas y errores operativos cometidos por el Banco Mercantil S.A han causado efectos a la fecha que en este sentido y conforme a lo expuesto por su Autoridad en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI 052/2012 de de (sic) octubre de 2012, donde señala "que las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir y que no se agota en un sólo momento a causa de la continuidad del comportamiento del infractor que prosigue en el tiempo..." hecho que demostraría que las mismas no han prescrito y pueden ser objeto de sanción.

Ahora bien a Fs. 11 la ASFI señalaría también en cuanto a la prescripción que fue clara y precisa al establecer que no tiene competencia para pronunciarse sobre bienes inmuebles que hubieran sido adjudicados judicialmente yo me pregunto Señor Viceministro YO ME PREGUNTO quién le ha pedido a la ASFI que se pronuncie sobre bienes inmuebles adjudicados judicialmente?
Lo que yo le (sic) *solicitado a la ASFI, es un pronunciamiento de fondo sobre todos las irregularidades y contravenciones denunciadas a la normativa financiera en las que habría incurrido el banco, pronunciamiento que no sólo dará lugar a una infracción administrativa sino a que en la vía judicial se inicien las acciones legales contra el Banco por los actos delictivos cometidos que demostraremos con el pronunciamiento de la ASFI.*

Sin embargo y conforme ya denuncie (sic) *antes la ASFI se niega a cumplir con sus obligaciones establecidas en la CPE, refiriendo que las mismas se encontrarían prescritas sin embargo de ello la misma no hace referencia a por que la mismas se encontrarían prescritas si conforme ya expuse las mismas son de carácter permanente y continuado con efectos sucesivos es más los argumentos usados por la ASFI para determinar la prescripción hacen a un sin número de incongruencias sobre principios y situaciones que no hacen al presente caso*

II.3. Falta de Valoración de la Prueba.-

La ASFI al igual que un Juez cuando decide la controversia sometida a su conocimiento debe ser imparcial y debe estar exenta de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir resolución. Nada de esto se ha cumplido por parte de la ASFI, en el presente caso al

momento de pronunciar la Resolución Impugnada. Esta falta de imparcialidad se hace patente también cuando soslayan por completo el referirse a la prueba aportada. Asimismo, las omisiones advertidas en el epígrafe anterior, son inadmisibles en una Autoridad de fiscalización que de acuerdo a lo establecido en la Constitución y las leyes tiene la obligación legal de evitar los excesos a los usuarios a través de sus Resoluciones y de sentar y uniformar nuestra jurisprudencia de forma imparcial y justa dentro del marco del principio de legalidad.

La ASFI a Fs. 12 de su Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, señala que no correspondería pronunciarme sobre la prueba presentada por mi persona específicamente sobre el informe pericial elaborado dentro del juicio ordinario por extinción de obligación por novación y pago documentado. En razón a que a decir de la ASFI según lo establecen los artículos 374 430 y del Código de Procedimiento Civil es un medio de prueba cuya fuerza probatoria será estimada por el juez siendo la única autoridad llamada por ley para considerarla.

Señor Viceministro de dónde saca semejante pronunciamiento la ASFI siendo que es la propia norma administrativa articulo 29 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que señala "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica"

Que, su autoridad debe considerar que independientemente de que el informe pericial se haya dado dentro de un proceso judicial el memo no quiere decir que no pueda ser objeto de pronunciamiento por parte de una autoridad administrativa en razón a que el mismo a (sic) *sido desarrollado por un experto y es independiente al proceso y tiene fuerza legal probatoria y el mismo no solo está dirigido al juez sino a cualquier autoridad, más aun tomando en cuenta que el informe pericial elaborado por el perito designado por el juez Dr. Hugo Ramiro Rosales Uriona* ***es la base y fundamento de nuestras denuncias ya que claramente demuestran y constatan diversas irregularidades en las operaciones bancarias y demuestran que de mis cuentas el Banco Mercantil S.A.*** *hubiera retirado más $us 2,403.421, 62 (dos millones cuatrocientos tres mil cuatrocientos veintiuno 62/100 dólares americanos) demostrando que independientemente de las trece operaciones de crédito, las mismas ya habrían sido canceladas superabundantemente por lo que al ser un documento idóneo el mismo debió ser valorado conforme a la sana crítica y a las leyes.*

Tampoco se ha pronunciado sobre el informe de fecha 21 de septiembre de 2001 solicitado a la ex superintendencia de bancos y entidades financieras es más señalaría que nosotros no lo habríamos presentado cuando el mismo si fue adjuntado a la denuncia principal en calidad de prueba el mismo que claramente señalaba l (sic) ***inexistencia de los desembolso a favor del prestatario.***

En tal sentido, su Autoridad a (sic) *omitido su obligación de analizar y valorar todos los elementos de prueba y a su vez nos ha negado un pronunciado* (sic) *sobre todos y cada uno de los hechos que fueron objeto de denuncia incumpliendo nuevamente*

su obligación de sancionar al Banco Mercantil S.A, por las irregularidades que he sufrido en el manejo de mi (sic) *cuentas.*

En efecto, en su parte considerativa, la Resolución recurrida no señala el razonamiento lógico que su Autoridad ha realizado para llegar a la conclusión contenida en la parte resolutiva; no analiza los hechos que fueron objeto de prueba, y *tampoco lo de* (sic) *un valor probatorio -no expone con claridad las razones* y *fundamentos legales que las sustentan, permitiendo concluir, que la determinación asumida sobre* (sic) *por su autoridad deriva de su arbitrariedad vulnerando así el principio de legalidad En* (sic) *síntesis, se puede concluir que la actuación de la ASFI es arbitraria e ilegal por ser una actuación con exceso de poder que supone una denegación de justicia, la misma que tiene que ser reparada por su autoridad, pues la sola concurrencia de las violaciones descritas en los puntos precedentes, son motivo suficiente para que vuestra probidad dicte la Resolución del Recurso Jerárquico conminando a la ASFI, que proceda de acuerdo a derecho a realizar una adecuada valoración de la prueba aportada.*

II.4. Inobservancia al Principio de Verdad Material.-

Que el Art. 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala, (sic) *"La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". En virtud de este principio, la Administración debe verificar plenamente los hechos que le sirven de motivo a sus decisiones, agotando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley. En este sentido la ASFI como órgano regulador debe privilegiar a la verdad material de los hechos independientemente de cómo hayan sido alegadas* (sic) *y -en su caso- probadas* (sic) *por los administrados. Dicho de otro modo, la Administración tiene el deber de conducirse a la búsqueda de la verdad material más allá de la simple verdad formal, y de superar de manera oficiosa las restricciones que pudieran plantearse*
Al respecto, la sentencia 0882/2012-R ha manifestado que: "(...) el principio de verdad material implica que el juzgador debe basar su resolución en una reconstrucción de los hechos y a las circunstancias que lo rodean y, para ello, debe dar prevalencia a la verdad antes que a los ritualismos, (...)" sin embargo la ASFI haciendo caso omiso a este principio omite considerar todos los aspectos denunciados por mí a lo largo de años de reclamos hecho que se constituye en una violación al principio de verdad material y principio de legalidad

III. PETITORIO.- *Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, siendo evidente que la ASFI ha incurrido en error al confirmar parcialmente la Resolución Administrativa* ***ASFI N° 67/2014 de 07 de febrero de 2014****, en fiel amparo de lo previsto por el articulo 35 inc. c y d de la Ley del Procedimiento Administrativo* ***ANULE*** *el procedimiento administrativo hasta la inspección ASFI/R- 176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, siendo que el mismo no ha considerado la prueba aportada por mi persona como ser el informe pericial e informe de la Ex Superintendencia de Bancos y entidades Financieras a su vez y en virtud al principio de celeridad inmediatez se instruya a la ASFI emitir la*

Resolución que inicie el proceso sancionador contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. definiendo el fondo del asunto en trámite conforme al Art. 68 de la Ley N° 2341 sobre Procedimiento Administrativo, y dando por probadas las reclamaciones efectuadas por mi persona en diversas oportunidades y reiteradas en el presente recurso, imponiendo las sanciones administrativas que correspondieren en estricta equidad y justicia..."

7. ALEGATOS TERCERO INTERESADO.-

Convocado a través del auto de 25 de abril de 2014, a través de memorial de 16 de mayo de 2014, el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, se apersonó ante esta instancia jerárquica, manifestando lo siguiente:

"…*Habiendo sido notificados en fecha 2 de mayo de 2014, con el memorial de 15 de abril de 2014, a través del cual Víctor Otto León Romero interpone Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014; dentro del plazo previsto por el Art. 41 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, tenemos a bien responder al mismo, solicitando a su Autoridad rechace los argumentos expuestos por el recurrente, debiendo confirmarse la Resolución emitida por la Autoridad Supervisora en atención a la incongruencia de los argumentos expuestos en el recurso, los cuales no alcanzan a rebatir los fundamentos contenidos en la motivación de la Resolución recurrida al haber sido emitidos en base a un adecuado análisis de los antecedentes del reclamo, los cuales han sido debidamente compatibilizados con la normativa vigente.*

El recurrente, se limita, en su recurso a repetir similares argumentos a los de su recurso de revocatoria, los que ya han sido adecuadamente compulsados y desvirtuados por la Autoridad regulatoria, en la fundamentación expuesta en la Resolución que hoy vuelve a recurrir, veamos:

Víctor Otto León Romero, realiza una extensa transcripción de varios precedentes constitucionales y administrativos referidos a la vulneración de derechos fundamentales ante la ausencia de motivación de resoluciones emitidas por Autoridades competentes, pretendiendo con ello afirmar que su derecho fundamental al debido proceso hubiera sido vulnerado en el presente procedimiento administrativo.

Recordemos que también en ocasión de interponer el recurso de revocatoria, Otto León Romero, habría acusado una supuesta ausencia de fundamentación, extremo que ha sido desvirtuado por la Resolución ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, bajo el irrebatible argumento de la división de poderes, cuando el órgano regulatorio afirma de manera categórica que los criterios supuestamente no evaluados por ASFI, corresponden a actuaciones que el señor León sometió a conocimiento de la jurisdicción ordinaria bajo competencia de autoridades judiciales dependientes del Órgano Judicial, destacando además que la Resolución recurrida contiene una motivación precisa, con la cita de los hechos, las consideraciones administrativas al caso concreto y la aplicación de las normas legales en las cuales se ha basado el criterio final.

A este respecto, el recurrente sustenta la falta de fundamentación en la ausencia de detalle respecto al análisis de operación por operación que supuestamente debería encontrase plasmado en la resolución recurrida, olvidando que en las denuncias y reclamos presentados por el mismo, no existe un detalle como el que se pretende, limitándose las mismas a mencionar aspectos genéricos de dichas operaciones, los cuales han sido minuciosamente analizados y expuestos por ASFI; por lo que hoy no se puede acusar de falta de motivación a la ausencia de un detalle ocioso que ni siquiera el recurrente como reclamante ha podido precisar.

El recurrente insiste también en la falta de valoración de la prueba en la que supuestamente habría incurrido el órgano regulatorio y que ya ha sido también analizada y rebatida en la resolución recurrida, limitándose a reiterar la falta de pronunciamiento en sede administrativa respecto a una prueba pericial que ya ha sido judicializada y también rechazada en dicha instancia y de un informe emitido en la gestión 2001 por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. Sobre dichas pruebas, nuevamente cabe repetir que la existencia de un pronunciamiento judicial pasado en Autoridad de cosa Juzgada que rechaza un peritaje, inhibe a que el órgano administrativo, pueda tomar conocimiento sobre el mismo; asimismo y en lo que respecta al supuesto informe del 2001, nos remitimos a lo afirmado por la propia ASFI, en sentido de que: "...en los antecedentes presentados a esta Autoridad de Supervisión, no corsa un informe con esa fecha, extremo que impide emitir pronunciamiento y no merece mayores consideraciones al respecto. "

Por último y en relación a la estéril insistencia del recurrente, respecto a la ausencia de prescripción al tratarse de infracciones permanentes, nuevamente corresponde hacer notar la incongruencia con la que el recurrente pretende rebatir la existencia de la prescripción administrativa ya operada, por cuanto continua afirmando que se tratan de infracciones permanentes sin que proporcione ningún elemento legal que afirme dicho extremo limitándose simplemente a la mera afirmación. Por otra parte y de manera por demás incoherente indica que si bien las operaciones datan del periodo de tiempo desarrollado entre 1993 y 1999, la prescripción ha sido interrumpida a partir de las acciones judiciales iniciadas, elemento aberrante que jamás podría ser considerado como un factor interruptivo o suspensivo de la prescripción en materia administrativa y con el que pretende disimular su inactividad.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a su Autoridad rechace el recurso jerárquico interpuesto por Víctor Otto León Romero, por carecer de fundamentos legales que puedan ser considerados, debiendo en consecuencia confirmarse totalmente la Resolución ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014…"

Que, en fecha 23 de junio de 2014, a horas 10:35 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos, solicitada por el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, a través de memorial de 5 de junio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo cual implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Con carácter previo, conviene traer a colación y realizar algunas aclaraciones, respecto de las actuaciones que precedieron a la Resolución Administrativa N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014, conforme cursa en obrados:

1.1. Actuaciones realizadas con anterioridad a la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014, que eleva a rango de resolución a la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014.

Que a través de memorial de 26 de marzo de 2012, **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, presenta denuncia ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, contra el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, (no así como manifiesta el Ente Regulador que dicha denuncia habría sido presentada en fecha 21 de marzo de 2012), conforme se evidencia del sello de recepción impreso en el referido memorial, precisión que se realiza debido a que la fecha en la que fuera interpuesta la denuncia por el recurrente resulta un dato trascendental para la controversia motivo de autos, puesto que es el acto que da inicio a las actuaciones de la presente impugnación.

En atención a la referida denuncia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, previo las actuaciones pertinentes, emite la Resolución Administrativa ASFI N° 701/2012 de 6 de diciembre de 2012, a través de la cual dispone expresamente:

> "…***ÚNICO:*** *Anular el presente proceso administrativo hasta el informe legal ASFI/DDC/R-109171/2012 de fecha 3 de septiembre de 2012 inclusive, debiendo emitirse un nuevo informe técnico - legal que contenga una completa valoración de los elementos puestos a conocimiento de este Órgano Fiscalizador por el denunciante como por la Entidad Financiera*…"

Determinación fundamentada bajo los siguientes extremos:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, para la notificación de cargos ASFI/DDC/R-141375/2012 de fecha 1 de noviembre de 2012, notificada a la Entidad Financiera en fecha 12 de noviembre de 2012, se emitió el informe legal ASFI/DDC/R-109171/2012 de fecha 3 de septiembre de 2012, el mismo que analiza y valora los elementos legales tanto del reclamo como de la documentación proporcionada por la Entidad Financiera y al no contar con la valoración técnica del reclamo, el mismo no evalúa de manera objetiva los*

elementos técnicos para el análisis correspondiente, colocando de esta manera en una situación de indefensión al administrado.

(…)

Que, la formulación de cargos debe emerger de un cabal y completo análisis de los elementos configurativos de la infracción imputada, el mismo que debe contemplar los elementos de orden técnico y legal para su formulación, elementos que en el presente caso no han sido contemplados a cabalidad, puesto que no existe una valoración de orden técnico que emita criterios conclusivos como ser; si el denunciante realmente solicitó los documentos que dice le fueron negados por el ex Banco de Santa Cruz de la Sierra S.A., si dicha institución efectivamente negó la entrega de dichos documentos.

Que, omitir el criterio técnico en el proceso sancionatorio, importa una incompleta valoración de los elementos necesarios que garanticen al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. el debido proceso y el irrestricto derecho a la defensa…"

Ante el tiempo transcurrido desde la interposición de su denuncia de fecha 26 de marzo de 2012, a través de memorial de 4 de enero de 2013, **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, reitera la misma, invocando además el precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 052/2012 de 02 de octubre de 2012.

En similar tenor, **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, a través del memorial de 30 de enero de 2013, reitera por segunda vez la denuncia de fecha 26 de marzo de 2012 por él interpuesta.

En atención al referido memorial de 4 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite la nota ASFI/DDC/R-19804/2013 de 7 de febrero de 2013, la misma que expresamente señal lo siguiente:

"…*Nos referimos a su carta de fecha 4 de enero de 2013, mediante la cual formula denuncia contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por presuntas irregularidades en la otorgación y destino de los crédito asignados a su persona, así como la negativa y/u omisión en la atención a sus solicitudes de información referida a desembolsos de sus operaciones crediticias.*
Al respecto, informamos a usted que en fechas 22 y 24 de agosto de 2012, una comisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se constituyó en oficinas del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., ubicado en la calle Junín N° 154 de la ciudad de Santa Cruz, a objeto de realizar una Inspección Especial en relación a su reclamo.

En virtud a ello revisada y analizada toda la información y documentación proporcionada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., se ha establecido lo siguiente:

- *Efectuada la revisión de la Carpeta de Crédito relacionada con el reclamo presentado por su persona, la misma contiene la documentación proporcionada para la obtención de sus créditos.*

- *Asimismo, la documentación contenida en la Carpeta de Crédito cumple con los requerimientos operativos para la otorgación de créditos; y se constituye en el antecedente para la obtención de los mismos.*

- *De la verificación de la documentación contenida en la Carpeta de Crédito, se ha evidenciado que desde el año 1993 su persona y su esposa obtuvieron trece (13) préstamos.*

- *En los documentos contenidos en los archivos del ex Banco Santa Cruz S.A., desde el año 1993 hasta el año 2012, su persona fue titular de tres cuentas corrientes: cuenta en moneda nacional N° 1000-1011-11028 y las cuentas en moneda extranjera números 101-0055285 y 101-0016654, siendo la numeración de esta última en el sistema Probank's N° 1000-1012-173226, las cuentas en moneda extranjera son las que fueron utilizadas para el desembolso y amortizaciones de sus préstamos.*

- *No se observan irregularidades relacionadas con la otorgación de créditos a favor de terceras personas, toda vez que los recursos desembolsados fueron abonados en sus cuentas, excepto uno que se desembolsó a través de cheque gerencia emitido a su nombre (Ver Anexo I).*

- *En lo referente a débitos posteriores a esos abonos, éstos fueron utilizados para el pago de cheques girados por su persona en su calidad de titular de las cuentas y en otros casos mediante notas de débito para el pago de otros préstamos a su nombre (Ver Anexo II).*

- *De la revisión de las Actas de Sesión de Directorio, en el punto referido a créditos, se verifica que a través de éstas se ha autorizado el otorgamiento de préstamos a favor de su persona.*

- *En relación a sus afirmaciones en cuanto a una presunta negativa y/u omisión por parte del ex Banco Santa Cruz S.A. de proporcionarle documentación solicitada en su oportunidad, no se ha llegado a evidenciar documentalmente tal extremo, toda vez que no existe registro de tales solicitudes en los archivos del ex Banco Santa Cruz S.A.*

Por lo anteriormente expuesto y de acuerdo al análisis de las evidencias materiales existentes, los posibles daños y perjuicios ocasionados a su persona deben ser dilucidados por la vía jurisdiccional competente, la misma que ya está en conocimiento de la causa.

Por otra parte, es pertinente manifestarle que las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se encuentran enmarcadas en la vía administrativa, supeditadas a verificar el apego de las Entidades Financieras supervisadas a la normativa regulatoria vigente, facultades que no alcanzan a dilucidar controversias que se encuentran ante instancias judiciales, conforme lo

establece el artículo 4, Sección 5 Capítulo I, Título I, Libro 4o de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras…"

Asimismo, a solicitud de **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 125/2013 de 6 de marzo de 2013, eleva a rango de resolución la nota ASFI/DDC/R-19804/2013 de 7 de febrero de 2013.

Ante dicha actuación **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, mediante memorial de 28 de marzo de 2013, interpone Recurso de Revocatoria, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 125/2013 de 6 de marzo de 2013.

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 237/2013 de 26 de abril de 2013, resuelve el Recurso de Revocatoria de 28 de marzo de 2013, disponiendo expresamente lo siguiente:

"…***ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta el vicio más antiguo, vale decir hasta el Informe ASFI/DDC/R-109171/2012 de 3 de septiembre de 2012, inclusive, debiendo efectuarse una visita de inspección complementaria al Banco Mercantil Santa Cruz S.A, debiendo asignarse un equipo técnico legal a objeto de contar con una valoración integral del reclamo…*"

Determinación fundamentada en los siguientes extremos:

(…)
En el presente caso, la Resolución ASFI N° 701/2012 de 6 de diciembre de 2012, resolvió 'anular el proceso administrativo hasta el informe legal ASFI/DDC/R-109171/2012 de 3 de septiembre de 2012, inclusive debiendo emitirse un nuevo informe técnico - legal que contenga una completa valoración de los elementos puestos a conocimiento de este órgano Fiscalizador por el denunciante como por la Entidad Financiera", de los antecedentes descritos se advierte que la citada Resolución ASFI N° 701/2012, no ha sido notificada al señor Victor Otto León Romero a los fines de ejercer su derecho a la defensa.

En tal sentido, la participación en el presente proceso administrativo por parte del señor Víctor Otto León Romero es de suma importancia a los fines de resguardar su derecho a la defensa y al debido proceso, en función a que el recurrente está solicitando entre otras cosas la notificación de todos los actos administrativos, toda vez que el recurrente presento en fecha 26 de marzo de 2012, denuncia contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por supuestas irregularidades en la otorgación y destino de los créditos otorgados a su persona.

(…)
Dentro de este contexto, la Resolución ASFI N° 701/2012, ha sido notificada al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 13 de diciembre de 2012, así se desprende del sello de recepción de la entidad, sin embargo no fue notificado el denunciante señor Víctor Otto León Romero, vulnerando el derecho a la defensa considerando que el

mismo tiene un interés directo al haber denunciado al citado Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por supuestas irregularidades en la otorgación y destino de los créditos otorgados a su persona.

(…)
Que en tal sentido, con el objeto de garantizar el derecho a la defensa y debido proceso, es facultad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 53 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 53 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, a fin de corregir el vicio detectado, corresponde anular el procedimiento administrativo hasta el vicio más antiguo, es decir hasta el informe ASFI/DDC/R-109171/2012 de 3 de septiembre de 2012, inclusive…"

Que notificado el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** con la Resolución Administrativa ASFI N° 237/2013 de 26 de abril de 2013, en fecha 27 de mayo de 2013 interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 237/2013 de 26 de abril de 2013, el mismo que es rechazado por esta instancia jerárquica a través del auto de 11 de junio de 2013, en los siguientes términos:

"…***ÚNICO.-*** *Rechazar por improcedencia el Recurso Jerárquico interpuesto por Mercantil Santa Cruz S.A., legalmente representada por su Vicepresidente de Operaciones y Administración Sr. Javier Fernández Cazuriaga, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 237/2013 de 26 de abril de 2013 que determinó Anular el procedimiento administrativo hasta el informe ASFI/DDC/R-109171/2012 de 3 de septiembre de 2012, por haber sido interpuesto fuera del plazo establecido por el artículo 53 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI emitido a través del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003*…"

De la determinación contenida en el auto de 11 de junio de 2013, a través de Comunicación /ASFI/DAJ/R-89841/2013 de 19 de junio de 2013, el Dr. Javier Hinojosa L., Director de Asuntos Jurídicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, comunica a la Directora de Derechos del Consumidor Financiero, Dra. Pabón, que corresponde a la Dirección a su cargo, efectuar una nueva inspección complementaria al **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, debiendo al efecto asignar un equipo técnico legal a objeto de contar con una valoración del reclamo efectuado por el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**.

Que, **a través de memorial de 6 de noviembre de 2013**, el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, celeridad en la atención de la denuncia por él interpuesto en fecha 26 de marzo de 2012.

Asimismo en fecha 13 de septiembre de 2013, el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, amplía su denuncia.

Por último, a través de nota de fecha **19 de diciembre de 2013** -y no de 9 de diciembre como erróneamente se consigna en la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014 que eleva a rango de resolución la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014-, el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, comunica a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que se encuentra a la espera de ser notificado con la Resolución que corresponda emergente del informe de la comisión técnica jurídica designada para investigar su denuncia.

1.2. Actuaciones correspondientes a la impugnación motivo de autos.

Revisados los antecedentes previos del caso, resulta pertinente manifestar, que en atención al memorial de 6 de noviembre y la nota de 19 de diciembre de 2013 respectivamente, por los que el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO,** solicita se den a conocer los resultados de las Diligencias Preliminares llevadas a cabo, dentro de la denuncia por él interpuesta en fecha 26 de marzo de 2012 -contra el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**-. En atención a lo cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014, comunicó al Sr. León, los resultados de la inspección realizada comunicándole la imposibilidad del inicio de un Proceso Sancionatorio contra la referida entidad bancaria.

A solicitud expresa del recurrente, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, eleva a rango de Resolución la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014 en fecha 7 de febrero de 2014.

Mediante memorial de fecha 26 de febrero de 2014, el Sr. **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa 067/2014 de 7 de febrero de 2014, confirmada parcialmente mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, contra la cual, el recurrente interpuso el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

La Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014, en instancia revocatoria, fue confirmada parcialmente por la ahora impugnada Resolución Administrativa ASFI/N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, misma que importa traer a colación:

> "…***ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI No. 67/2014 de 07 de febrero de 2014, modificando la parte Resolutiva,*** *en el marco de los fundamentos expuestos en la presente Resolución, de la siguiente manera:*
>
> ***PRIMERO****: Rechazar las solicitudes del señor Víctor Otto León Romero debido a que esta Autoridad de Supervisión no tiene competencia para pronunciarse sobre los siguientes aspectos:*

1. *Presuntos hechos ilícitos que se habrían producido respecto a la firma del señor Humberto León Romero en el contrato de fecha 16 de diciembre de 1995.*
2. *Procesos sustanciados **y medios de prueba**, sometidos a conocimiento de la justicia ordinaria respecto a los contratos de crédito.*
3. *Bienes inmuebles adjudicados judicialmente, ni sumas de dinero en las que se pretendan vender dichos bienes.*

SEGUNDO: *Determinar la imposibilidad de iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., al haberse evidenciado que ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 79 de la Ley No. 2341 de Procedimiento administrativo, desde que se cometió los presuntos hechos denunciados **y no existir en vía administrativa elementos que permitan establecer la existencia de infracciones o contravenciones de carácter permanente***…"

De lo cual se colige, que esencialmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, confirma en su integridad la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014, toda vez que en el artículo segundo de la parte dispositiva de ambas resoluciones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determina la imposibilidad de iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., ya que de la valoración del tiempo transcurrido desde que se cometió los hechos denunciados aplica –según la Autoridad- la prescripción, amparándose en el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Por lo cual, en esencia tanto de la determinación contenida en la Resolución Administrativa ASFI/N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, así como de la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014, se evidencia un rechazo a la pretensión del recurrente, que versa en que se instaure un proceso sancionatorio por presuntas irregularidades en la otorgación de créditos -operaciones que datan de 1993 a 1999-, en contra del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, rechazo fundamentado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, -como se señaló- en el artículo 79 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, en razón al tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos denunciados en fecha 26 de marzo de 2012 (denuncia ampliada por el recurrente a través del memorial de 13 de septiembre de 2013).

Por lo cual, queda sentado que la controversia motivo de autos, versa en la determinación de prescripción dada por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber transcurso el tiempo entre la "infracción" correspondiente a los hechos denunciados por el recurrente, y la fecha de denuncia de los mismos, implicando –según refiere la Autoridad- imposibilidad de inicio de proceso sancionatorio. Por lo que, el presente caso no se centra en aspectos de fondo que hacen a la denuncia propiamente dicha, toda vez que no se habría iniciado un proceso sancionatorio y menos obtenido un pronunciamiento por parte del Ente Regulador.

2.1. De los criterios de prescripción en el caso específico.-

Esta instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 45/2013 de 10 de julio de 2013, generó el precedente administrativo, consistente en:

> "…*El hecho de que el instituto jurídico prescripción, halle legislación administrativa en apenas un artículo (el mencionado Art. 79, Ley Nº 2341), debe compeler, en lo que sea necesario, a remitir sus alcances a los del Derecho general, como lo ha hecho el recurrente; sin embargo, no es precisamente la legitimidad de su interposición la que encuentre insuficiente legislación, por cuanto y como se ha dicho, si lo que se ha controvertido es el carácter de interesado o de parte interesada que debe hacer a quien oponga tal prescripción, la Administración Pública conlleva tal carácter por cuanto hace ello al principio fundamental de la Administración Pública, es decir, a aquella que debe oponerse con primacía a los otros principios administrativos.*
>
> *Entonces, es posible que el Ente Regulador, como integrante de la relación procesal administrativa (en la que actúa como juzgador pero también como parte interesada, en tanto representa los intereses de la colectividad), considere la concurrencia de la prescripción a una controversia en concreto, por cuanto, como interesado, le incumbe la legitimidad para ello*…"

Precedente observado e invocado en la Resolución Administrativa N° 067/2014 de 7 de febrero de 2014, por el cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ampara su determinación de no iniciar un proceso sancionatorio en contra del **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, en razón a que su acción para imponer sanciones prescribió, por haber transcurrido más de dos años de la presunta comisión de las infracciones normativas.

Al respecto, de la revisión de antecedentes, esta instancia jerárquica evidenció que **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** a través del memorial de 4 de enero de 2013, por el cual reitera la denuncia interpuesta en fecha 26 de marzo de 2012, contra el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, habría solicitado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en la valoración de los hechos denunciados, tome en cuenta el precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 052/2012 de 02 de octubre de 2012, conforme sale del referido memorial de 4 de enero de 2013:

> "…*En cuanto a la prescripción de las infracciones administrativas solito* (sic) *a su autoridad tomar en cuanta* (sic) *lo ya establecido por El Ministerio de Economía y Finanzas Publicas en la Resolución Ministerial Jerarquía MEFP/VPSF URJ.SIREFI 052/2012 de 2 octubre de 2012 misma que determino*…"

De lo cual se colige la invocación expresa, de manera expresa, del precedente administrativo, respecto de la figura procesal de la prescripción, contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 052/2012 de 02 de octubre de 2012, el mismo que a continuación se transcribe:

> "…*En las **infracciones permanentes,** la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota*

en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.

*En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes,** la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto..."*

Entonces, las precisiones expresadas supra, permiten el análisis siguiente:

*En cuanto a los créditos vinculados otorgados en la gestión 1994 -a favor de los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**-, se tiene que si bien los mismos fueron desembolsados en las gestiones 1994 y 1995, éstos no fueron pagados, determinándose la mora de los deudores, conforme se tiene de los antecedentes del proceso, mora que a su vez produjo que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** demande por la vía judicial el pago para la recuperación de lo prestado, no obstante de lo cual y de la adjudicación del derecho propietario de la garantía, parte de la deuda se encuentra impaga en $us. 50.135.-, saldo que no fue contemplado en los Estados Financieros de la entidad por las gestiones de 2001 a 2008.*

*Este extremo ha dado lugar a que ni los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**-, ni tampoco el incumplimiento al artículo 94°, primer párrafo, de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, hubieran prescrito en razón a resultar en **infracciones permanentes de carácter sucesivo y continuado**, al existir una correlación directa entre la infracción al artículo 50°, inciso b), numeral 4, y la del primer párrafo del artículo 94°, ambos de la Ley N° 1488, puesto que el primer incumplimiento ha generado el segundo (incumplimiento en cuanto a la errónea exposición de los Estados Financieros en el caso del saldo insoluto de los créditos), por lo que constituye una infracción continua.*

Es así que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo, en la medida de que la Entidad Financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información, respecto de los destinatarios en general, y de la Central de Información de Riesgo Crediticio en especial.

*Asimismo, corresponde precisar que la doctrina ha establecido que el vocablo "Tracto - proveniente del latín "tractus" que significa un lapso de tiempo - corresponde a una noción dirigida a representar la distancia existente físicamente entre dos lugares, o entre dos puntos que se ubican en el tiempo; en nuestra economía jurídica, al igual que las demás, el citado **vocablo hace referencia a un vínculo que tiene cierta permanencia y proyección temporal, en consecuencia, los hechos posteriores que nacen en virtud de un hecho u acto principal se encuentran intrínsecamente ligados y sus resultados serían los mismos**".*

Entonces, al relacionar los acontecimientos, se tiene que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza, y que interrumpe el plazo de la prescripción, es precisamente el efecto continuado o "tracto sucesivo" de un determinado acontecimiento, que como consecuencia, el acto o hecho jurídico se viene

renovando en el tiempo (teoría bipartita que encamina al Derecho Administrativo).

En consecuencia, bajo los parámetros expuestos en el presente acápite, la infracción no se encontraría prescrita por su naturaleza misma que, se reitera, ha sido permanente y de carácter sucesivo…"

Congruente con lo desarrollado en la MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 052/2012 de 02 de octubre de 2012 –supra-, se tiene que para la determinación de la prescripción, no sólo basta con verificar el transcurso del tiempo (2 años), sino más el contrario, la Autoridad debe constatar la presencia o existencia de infracciones, individualizarlas y determinar si cada una de ellas tiene carácter instantáneo o permanente, y recién con ello se podrá determinar la existencia de prescripción.

Situación que no ha sucedido en el caso de autos, donde la determinación dada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 067/2014 y ASFI/N° 171/2014, no contempla una valoración crítica **y debidamente fundamentada,** recayendo en una insuficiente exposición de motivos a tiempo de declarar la existencia de prescripción. Ello a su vez connota que pese a la invocación del recurrente del precedente administrativo MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 052/2012, éste no fue objeto de una valoración -cual hubiera correspondido-, inobservancia que generó un desequilibrio en los criterios que conforman al instituto jurídico de la prescripción, y la afectación al debido proceso.

Razón por la cual, el recurrente, en su memorial de Recurso de Revocatoria, hace constar al Ente Regulador, la omisión de pronunciamiento expreso respecto del referido precedente administrativo, tal y como se transcribe a continuación:

"…*II.1. PRESCRIPCIÓN. - A Fs. 7 de su Resolución la ASFI señala que habiendo transcurrido más de dos años de las supuestas infracciones hubiera operado la prescripción sin embargo de ello parecería ser Sra. Directora que usted no ha leído y no ha considerado ninguna de nuestras denuncias, en sentido de que en el presente caso y si bien estamos conscientes de que habrían transcurrido más de dos años de haberse cometido las infracciones las mismas no se encontrarían prescritas en razón a que las mismas se han prolongado en el tiempo por lo tanto las misma* (sic) *tendrían carácter permanente criterio recogido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI 052/2012 de 2 de octubre de 2012,…*"

A lo cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014, manifestó lo siguiente:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los hechos, argumentos expuestos por el recurrente, así como las disposiciones legales mencionadas precedentemente, se establece los aspectos siguientes:

(…)
Consecuentemente, teniendo en consideración lo mencionado por el recurrente, al carecer el acto administrativo impugnado, de pronunciamiento sobre la existencia o no de infracciones permanentes, corresponde realizar el análisis, para determinar si tal extremo es evidente o no.

En este sentido, es prudente hacer corolario que el recurrente, mediante memorial presentado en fecha 02 de enero de 2013 (Por el cual reitera los fundamentos de la denuncia), ha solicitado que se tome en cuenta lo establecido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI 052/2012 de 02 de octubre de 2012, ***empero no determina de forma objetiva de que forma el precedente administrativo contenido en el pronunciamiento emitido por la citada cartera Ministerial es aplicable a su denuncia, se limita a copiar la parte pertinente de la interpretación hecha respecto a las infracciones permanentes, sin mencionar las razones por las cuales se aplicaría a su caso en concreto***.

Por otra parte, también es importante señalar que el Sr. Víctor Otto León Romero, mediante memorial presentado en fecha 28 de marzo de 2013 (Recurso de Revocatoria contra la Resolución No. 125/2013 de 06 de marzo de 2013), sobre la inexistencia de prescripción de supuestas infracciones en las que hubiera incurrido la entidad bancaria, justifica tal hecho mencionando que se encuentran en un Recurso de Casación por un juicio ordinario por extinción de obligación por novación y pago documentado; asimismo, señala expresamente lo siguiente: "se tiene que ninguna de las vulneraciones cometidas por el Ex Banco Santa Cruz en la tramitación de todos los créditos otorgados ni tampoco el incumplimiento de la normativa del sector y posterior sanción se encuentren prescritos por lo que nos encontramos ante una infracción continuada y de carácter sucesivo, en la medida de que la Entidad Financiera se ha negado a proporcionarnos información y en cuanto a los errores operativos cometidos por el Banco siguen causando efectos…"

En el marco de lo mencionado, ***el recurrente no justifica, ni demuestra el carácter continuado y permanente de las infracciones que supuestamente hubiera incurrido el Banco, omitiendo realizar la exposición de las actuaciones de la entidad financiera que tuvieran tales características****, considera por el contrario, que la existencia de un proceso judicial ordinario incoado por su persona, es la base para justificar su postura, sin tener presente que por el principio constitucional de separación de poderes (artículo 12, parágrafo I de la Constitución Política del Estado Plurinacional), la autoridad jurisdiccional no puede emitir pronunciamiento sobre incumplimientos a normativa regulatoria del sistema financiero, atribución que sólo puede ser ejercida por el órgano administrativo de regulación, en el marco de lo previsto en el artículos 152, 153 y 154 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, concordante con los artículos 8, 23 de la Ley No. 393 de Servicios Financieros.*

> ***En este marco de ideas, sobre el carácter permanente de las presuntas infracciones, ese aspecto de subsistencia y continuidad en el tiempo de las presuntas infracciones no ha sido demostrado por el señor León y por el contrario las mismas no subsistieron en el tiempo****, debido a que es criterio técnico asumido por este Órgano de Regulación que los presuntos incumplimientos a la normativa regulatoria y/o sanas prácticas de gestión y administración de riesgos identificados por esta Autoridad de Supervisión en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013 se remontan específicamente al momento de la aprobación (en el sobreendeudamiento del señor León) y desembolso (la falta de capacidad de pago para la cancelación de intereses de los créditos observados por el reclamante) mismos que datan desde el año 1993 al 1999.* (Las negrillas y el subrayado son agregadas en la presente Resolución Administrativa Jerárquica).

Conforme se observa de la transcripción –*ut supra*-, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, como fundamento de la negativa a la posibilidad de que los hechos denunciados por el señor **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** se constituirían en infracciones permanentes, se basa en un único argumento, conducente a que el recurrente no habría realizado una adecuada justificación, del carácter continuado y permanente de las infracciones que supuestamente hubiera incurrido el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. -en los hechos denunciados en fecha 26 de marzo de 2012-, además de omitir –el recurrente- una exposición de las actuaciones de la entidad bancaria que tuvieran las características de infracciones permanentes, olvidándose la Autoridad Reguladora su obligatoriedad de pronunciamiento y más aún cuando la misma es quien determinó la prescripción, sin fundamentar el carácter instantáneo de las infracciones previa individualización de las mismas.

Sin perjuicio de lo señalado, se evidencia de la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014, así como de la Resolución Administrativa ASFI N° 067/2014, que el Ente Regulador no identifica, ni menos descarta a ciencia cierta la existencia de todas las posibles infracciones de los hechos denunciados por el recurrente, investigados a través de una Inspección Especial, de cuyos resultados se encuentran plasmados en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, que en su parte pertinente expresa:

> "…*El objetivo de nuestra visita no es expresar opinión sobre los sistemas de control interno general, sino de establecer la verdad material de los hechos, en el presente caso verificar la documentación relativa a la operativa de los créditos observados realizada por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), aplicada al reclamo de referencia, que permita establecer una posición sobre la denuncia presentada ante la Central de Atención a Reclamos de Clientes de esta Autoridad de Supervisión*…"

Inspección Especial, conforme se denota de lo transcrito ut supra, que fue motivada por la denuncia de **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, a los efectos de la averiguación de la verdad material de los extremos denunciados por el recurrente, lo cual no guarda congruencia con la recomendación inserta en el numeral 2 del acápite VI del referido INFORME/ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013 "INFORME DE INSPECCIÓN ESPECIAL SOBRE LA

DENUNCIA DEL SEÑOR VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO CONTRA EL EX BANCO SANTA CRUZ S.A.(AHORA BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.)" el mismo que recomienda la aplicación del precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI N° 45/2013 de 10 de julio de 2013 -que hace posible que el Ente Regulador considere de oficio la prescripción a una controversia en concreto- por haber transcurrido más de dos años de la supuesta comisión de las infracciones normativas, **toda vez que mal se podría afectar de prescripción sin una previa individualización de las infracciones a la normativa de prudencia respecto de los extremos denunciados, sin perjuicio de una correcta valoración preliminar de la condición permanente o instantánea de las mismas respecto a sus efectos en el tiempo, recomendación que se trae a colación a los efectos del verificativo de lo manifestado**:

> "…***2. Recomendaciones***
>
> *En base a los aspectos analizados en el cuerpo del presente Informe Técnico- Legal, se recomienda emitir una carta de respuesta al señor Víctor Otto León Romero y explicar de manera concreta lo evidenciado en la reconstrucción de las trece (13) operaciones de créditos y una (1) reprogramación otorgados por el ex Banco Santa Cruz S.A.*
>
> ***Con relación a los presuntos incumplimientos identificados, se debe valorar si es posible iniciar un proceso sancionatorio contra la Entidad Financiera, en tanto y cuanto el transcurso del tiempo no haya afectado a la facultad de acción de esta Autoridad de Supervisión****, para aplicar sanciones, considerando que ya pasaron más de dos (2) años de la supuesta comisión de las infracciones normativas.*
>
> *Debiendo considerarse, que la prescripción también puede ser determinada por el Ente Regulador como lo determina la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PT/SIREFI* (sic) *N° 45/2013 de 10 de julio de 2013, la cual señala…*" (Las negrillas son agregadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sin embargo, los resultados de la referida inspección realizada en los periodos 29 de julio a 2 de agosto y 16 a 18 de septiembre de 2013, se encuentran plasmados en el INFORME /ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, y han establecido hechos calificados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como **"Incumplimiento a la normativa regulatoria y/o sanas prácticas de gestión y administración de riesgos**" los mismos que no han podido ser verificados -en algunos casos- por falta de documentación, y que la propia Autoridad Reguladora ha dispuesto que sean evaluadas por la Unidad de Auditoría Interna del ahora, Banco Mercantil Santa Cruz S.A., tal como lo señalan en el referido Informe, en las páginas 36, 37, 38, 39, 42, 43, 45, 47, 49, 51, 52, 54, 56, 57 y 60, sin embargo de ello, una de las tres recomendaciones de dicho informe, establece:

> *"Con relación a los presuntos incumplimientos identificados, se debe valorar si es posible iniciar un proceso sancionatorio contra la Entidad Financiera, en tanto y cuanto el transcurso del tiempo no haya afectado a la facultad de acción de esta Autoridad de Supervisión, para aplicar sanciones, considerando que ya pasaron más de dos (2) años de la supuesta comisión de las infracciones normativas."*

De lo cual se evidencia, una alusión a la antigüedad de las supuestas infracciones y a la posibilidad de su prescripción, sin haber valorado el carácter instantáneo o permanente que ha tenido cada infracción, o en su caso si dentro de tales observaciones, existen o no casos de infracciones permanentes, vale decir que no se pudo llegar a una conclusión determinante al no haberse valorado lo anterior. Tal simple posición sin una valoración caso por caso también es manifestada en el último Considerando de la Resolución Administrativa ASFI Nº 067/2014 de 7 de febrero de 2014, cuando señala:

> "*Que, con relación a la solicitud de imposición de una sanción administrativa contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (ex Banco Santa Cruz S.A.), esta no corresponde debido debido* (sic) *a que la acción de esta Autoridad de Supervisión para imponer sanciones prescribió al haber transcurrido más de dos (2) años de la supuesta comisión de las infracciones normativas identificadas en la inspección.*"

Adicionalmente importa precisar que considerando la existencia -para ciertos casos- de falta de información, por lo cual, el Ente Regulador no habría podido realizar una completa reconstrucción de los movimientos crediticios en las cuentas del recurrente, (en estricta observación de lo previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341), sin embargo era obligación del Ente Regulador individualizar plenamente las infracciones detectadas, desestimar aquellos casos no encontrados con la debida justificación, a los efectos de una constancia de su existencia, para luego determinar que las infracciones detectadas se encontraban afectadas de una emergente prescripción por el tiempo transcurrido.

Toda vez que la ausencia de información a la que se hace referencia en el Informe /ASFI/DDC/R-176718/2013 de 19 de noviembre de 2013, indefectiblemente, denota una falta de diligencia y afectación al debido proceso, por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la investigación de los hechos denunciados por el recurrente, más aún cuando se advierte de dicho Informe, que la investigación no desvirtúa la afectación a las cuentas del mismo, para lo cual conviene traer a colación lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Administrativa ASFI N° 171/2014 de 28 de marzo de 2014:

> "…*Respecto a los criterios emitidos por el recurrente, denunciando que ASFI, no ha realizado actuaciones conducentes a obtener la verdad histórica de los hechos, es necesario señalar que esta Autoridad de Supervisión al recibir el reclamo del señor Víctor Otto León Romero analizó el mismo e inició las diligencias preliminares de investigación que contemplaron la solicitud de información al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en varias oportunidades y la realización de la inspección in situ efectuándose la mencionada reconstrucción de la cada una de las operaciones reclamadas, en base a la documentación existente, considerándose las políticas y procedimientos, aplicados por el ex Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), que contemplaban las etapas de análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos,* ***basadas en sanas y prudentes prácticas bancarias y crediticias (vigentes en esa época es decir de 1993 a 1999)****, habiendo identificado lo siguiente: El monto desembolsado, el destino de los fondos, el origen del financiamiento, planes de pagos, históricos de pagos; asimismo se obtuvieron los Contratos Privados y las Escrituras Públicas suscritas, aceptadas y firmadas por el señor Víctor Otto León Romero y el ex Banco Santa Cruz S.A.,*

documentos debidamente legalizados por las Notarías de Fe Pública correspondientes, referidos a doce (12) de las operaciones desembolsadas, ***a excepción del crédito No. 1000-4012-81734 del cual no se evidenció el Contrato Privado y la Escritura Pública del documento descontado de la Letra de Cambio No. 174584, por $us.109.000.- (Ciento Nueve Mil 00/100 Dólares Americanos)***…" (Las negrillas son agregadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido, se advierte una incompleta reconstrucción de las operaciones crediticias denunciadas por el recurrente, sin tener en claro el agotamiento de la búsqueda de la verdad material, dentro del ámbito administrativo, aspecto que infringe la debida fundamentación y aplicación de la verdad material respecto a todo lo denunciado, a los efectos de la averiguación de la verdad histórica o material de los hechos.

Más aún cuando se tiene que el recurrente habría advertido al Ente Regulador de la categorización de las presuntas infracciones, que a criterio suyo importaba un carácter permanente, dada la afectación a sus legítimos intereses, aspecto que antes de dar a lugar una prescripción directa por el transcurso del tiempo sin mayor análisis individual de las infracciones identificadas, debió ser rebatido (fundamentado) por el Ente Regulador con los datos obtenidos en la Inspección Especial, y no simplemente dejar dicha labor intelectiva emergente de la sana crítica o criterio prudente, al denunciante ahora recurrente.

Por lo señalado, esta instancia jerárquica, llega a la conclusión que la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la sustanciación de la denuncia interpuesta por **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO** contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no observó el principio de sometimiento pleno a la Ley, previsto en el inciso c) del artículo 4 de la Ley N° 2341, toda vez que no observó en su labor investigativa la normativa de prudencia contenida en el parágrafo I del artículo 65 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175, aspecto que generó una vulneración al Debido Proceso como garantía constitucional, que debe ser aplicado a todas las partes o administrados, sin excepción alguna.

Es así que, siendo el Debido Proceso el límite al ius puniendi y el marco de las actuaciones del Estado, instituido con el fin de proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, bajo el respeto a las garantías que asisten al administrado en cada trámite, por lo que, se configura su infracción cuando el Ente Regulador, sea expresa o tácitamente, por acción u omisión, no da lugar al cumplimiento del procedimiento o restringe los derechos que le asisten al administrado previstos en la norma constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria. El fundamento para ello radica en el hecho que, el debido proceso procura la observancia de las formas propias de cada trámite, resultando en el deber de la Administración Pública tal observancia y dotando de seguridad jurídica procesal al trámite en concreto.

A tal efecto conviene traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0678/2014 de 8 de abril de 2014:

"…La SCP 1439 de 19 de agosto, asumiendo el entendimiento de la SC 0999/2003-R de 16 de julio, respecto del debido proceso vinculado con la realización del valor justicia en el procedimiento, refirió que: "…el debido proceso está ligado a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, respetando los principio s (sic) *procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc.,* ***derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna****; pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".*

El debido proceso en su triple dimensión, reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.II de la Norma Suprema, forman parte del bloque de constitucionalidad; asimismo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental (art. 115 de la CPE) y como garantía jurisdiccional en el art. 117.I de la CPE; y, como principio procesal en el art. 180 de la CPE.

Los elementos que componen al debido proceso, entre otros, son el derecho a un proceso público; al juez natural; a la igualdad procesal de las partes; a no declarar contra sí mismo; a la garantía de presunción de inocencia; al derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones.

(…)

El derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad; toda vez que el debido proceso, conforme se ha señalado, está inserto en la Norma Suprema en su triple dimensión en los arts. 115.II y 117.I y 180 de la CPE, como derecho, garantía y principio(SSCC 0042/2004, 1234/2000-R y SC 0086/2010-R).

Entonces, el debido proceso, conlleva el cumplimiento de determinadas formalidades indispensables para materializar el valor justicia, de ahí que, en el marco del Estado Constitucional, las autoridades judiciales o administrativos, deben enmarcar sus actos a las normas procesales vigentes*…"*(Las negrillas son agregadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo cual se colige que al ser el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una norma de carácter adjetivo, su observación desde la perspectiva

del Debido Proceso, resulta ser de cumplimiento obligatorio, por las instancias a las que compete su aplicación, tal es el caso de la correspondiente individualización de las infracciones como parte conclusiva del Procedimiento Sancionador, preservando la legalidad, la seguridad jurídica, principios que rigen el accionar de la administración pública, enmarcados en el Debido Proceso.

Todo lo anterior permite señalar que el Debido Proceso resulta de la observancia de los procedimientos administrativos previstos por la norma que deben ser respetados por la Administración Pública, que se traduce y fundamenta en el deber de la Administración Pública, de regir su actuación, con observancia a las formas propias de cada trámite, a los fines de hacer efectivo el derecho de los administrados, a ser escuchados, a asumir defensa y a merecer respuestas a sus peticiones.

Criterios que adecuados a la controversia motivo de autos, se tiene que no basta la simple enunciación de la prescripción de los hechos denunciados pues contrario sensu, la invocación de la figura de la prescripción, implica la certeza previas las formalidades consiguientes de una o varias infracciones sobre los hechos investigados –para el caso- emergentes de una denuncia, pues ello implica la individualización de las personas individuales o colectivas responsables de las infracciones detectadas, así como de la normativa presuntamente infringida por las mismas, sin perjuicio de la ocurrencia de la figura de la prescripción previa detección del carácter instantáneo o permanente, que debe ser valorada por el Ente Regulador, caso contrario conlleva al incumplimiento de sus obligaciones en la labor investigativa.

No obstante a ello, dada la existencia en la controversia motivo de autos la concurrencia de posibles infracciones de carácter permanente en sus efectos –tal como lo señala el recurrente- el Ente Regulador a momento de hacer uso de la prerrogativa reconocida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI N° 45/2013 de 10 de julio de 2013, debió haber descartado de manera motivada e indubitable, el carácter permanente a la infracción o infracciones detectadas, más aún cuando el carácter permanente de los hechos denunciados en fecha 26 de marzo de 2012, fuera manifestado por el recurrente en el memorial de 4 de enero de 2014 conforme se detalló ut supra.

Por último, de la revisión de obrados, se evidenció que la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014 a criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, fue emitida en atención al memorial de 6 de noviembre de 2013 y a la nota de 19 de diciembre de 2013 esta última aclarada en su fecha de presentación *ut supra*, <u>cuando debió ser emitida en atención al memorial de denuncia de 26 de marzo de 2012</u>, a los memoriales de reiteración de 4 y 30 de enero de 2013 respectivamente, así como del memorial de 13 de septiembre de 2013 por el cual se amplía la denuncia de 26 de marzo de 2012.

Aspecto que desvió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de una correcta valoración y compulsa de los criterios contenidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 052/2012 de 2 de octubre de 2012, sin perjuicio de una correcta individualización de las infracciones detectadas en las diligencias preliminares.

2.2. Falta de Fundamentación y Motivación.-

El recurrente acusa que en la Resolución ahora impugnada, no se resuelve ninguno de los puntos que solicitó se valoren y fundamenten, lo cual lesiona el debido proceso. Sobre el

extremo acusado, conviene advertir que en el punto 2.1., precedente esta instancia ya emitió criterio respecto de la vulneración al Debido Proceso durante la labor de supervisión a cargo del Ente Regulador emergente de la denuncia del recurrente.

Situación que obliga a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a emitir sus actos administrativos, debidamente fundamentados, en observancia al Debido proceso y cumplimiento del procedimiento administrativo.

2.3. Falta de Valoración de la Prueba y vulneración al Principio de Verdad Material.-

En el marco del necesario y debido pronunciamiento respecto de los fundamentos que configuran el recurso motivo de autos, se tiene que el recurrente, acusa también que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no valoró los elementos probatorios durante la sustanciación de su denuncia contra el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ante el verificativo de vulneraciones al Debido Proceso, considera que durante el saneamiento procesal al que está obligada la Autoridad recurrida, ésta deberá valorar toda prueba que en derecho corresponda (materia administrativa), con base en la sana crítica o criterio prudente.

Por último, el recurrente acusa también, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como Órgano Regulador debe privilegiar a la verdad material de los hechos independientemente de cómo hayan sido alegados y en su caso probados por los administrados, aspecto omitido por el Ente Regulador al no haber considerado todos los aspectos denunciados, lo cual considera una violación al principio de verdad material y de legalidad.

Entonces, sin perjuicio de la obligación de la valoración de la prueba y búsqueda de la verdad material conforme dicta el procedimiento administrativo, debe dejarse sentado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no puede exceder el ámbito de su competencia.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha sujetado su actuar durante la tramitación del proceso de autos, a lo establecido en la normativa administrativa (Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario para el SIREFI), afectando el debido proceso, al no contar con la debida fundamentación respecto a la denuncia presentada por el Sr. **VÍCTOR OTTO LEÓN ROMERO**, conforme se tiene anotado en el Considerando anterior**.**

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre

de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la nota ASFI/DCF/R-9070/2014 de 17 de enero de 2014 **inclusive**, debiendo en consecuencia pronunciarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FERNANDO MONJE CAMPOS

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 DE 16 DE ABRIL DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 057/2014 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2014

La Paz, 16 de septiembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 146-2014 de 26 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2014 de 05 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 098/2014 de 08 de septiembre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 08 de mayo de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 146-2014 de 26 de febrero de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/DJ/1422/2014, con fecha de recepción del 13 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014.

Que, en atención a los Autos de 15 de mayo de 2014 y 29 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/DJ/1702/2014, con fecha de recepción del 5 de junio de 2014, remitió la constancia de notificación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 289-2014 de 16 de abril de 2014, al Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 10 de junio de 2014, notificado al Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** en fecha 16 de junio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014.

Que, mediante memorial de 18 de junio de 2014, presentado en la misma fecha, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** solicitó se requiera a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los documentos del cálculo, aplicación de procedimientos y normativa específica del Referente Salarial de Bs. 9.466,01.-, inherentes a su Recurso, solicitud a la que se accedió conforme consta del auto de 1° de julio de 2014.

Que, en fecha 9 de julio de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** mediante memorial de 18 de junio de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1977/2014, con fecha de recepción de 8 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió la documentación complementaria solicitada mediante el auto de 1° de julio de 2014.

Que, mediante nota presentada en fecha 9 de julio de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** presentó documentación complementaria.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. SOLICITUDES DE 2 DE OCTUBRE DE 2013 Y 28 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante nota de 2 de octubre de 2013 y memorial de 28 de noviembre de 2013, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el recálculo de su Referente Salarial a marzo de 2012, incluyendo las cinco contribuciones pagadas tardíamente, por el mal asesoramiento -según el solicitante- de BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., y se considere el mes de abril de 2012 como el de inicio de su Pensión de Vejez. Asimismo, señaló que la Administradora de Fondos de Pensiones señalada, en el cálculo de su Referente Salarial de Vejez, aplicó

ilegalmente el artículo 18 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, ocasionando la postergación injusta de la percepción de su derecho.

2. NOTA APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 DE 18 DE DICIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 de 18 de diciembre de 2013, señaló lo siguiente:

> "…*Nos dirigimos a usted en respuesta a su memorial recibido en esta Autoridad en fecha 28 de noviembre de 2013 y a su nota de 02 de octubre de 2013, referidos al cálculo de su Referente Salarial de Vejez.*
>
> *Al respecto, corresponde citar la siguiente normativa:*

- ***Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010***

  Artículo 8°.- Condiciones de acceso

  "El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

  b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

  i. <u>Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez</u>.
  ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
  iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

  c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes." (el subrayado es nuestro)

- ***Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011***

  Artículo 1°.- Definiciones y terminología

  Período de Comparación: *Son los treinta y seis (36) meses anteriores a los veinticuatro períodos considerados para el cálculo del Referente Salarial de Vejez.*

  Referente Salarial Solidario de Vejez: *"<u>Corresponde al Referente Salarial de Vejez</u> definido en la Ley de Pensiones." (el subrayado es nuestro)*

Artículo 17°.- Períodos a considerar

"I. Para el cálculo del Referente Salarial de Vejez o Referente Salarial Solidario se considerará el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables o los que el Asegurado tuviere, efectivamente pagados a la Gestora con anterioridad al mes de solicitud de pensión, si fueran menos a veinticuatro (24), salvo lo determinado en el Artículo 18 siguiente." (el subrayado es nuestro)

Artículo 18°.- Verificación de totales ganados o ingresos cotizables

"I. La Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) períodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial Solidario, así como respecto a aquellos comprendidos en el Período de Comparación. La comparación deberá efectuarse antes de la aplicación del mantenimiento de valor.

II. Si la Gestora identifica una o más diferencias, deberá considerar la diferencia mayor tomando en cuenta periodos anteriores para el cálculo del Referente Salarial Solidario incrementando los mismos, conforme lo siguiente:

a) En veinticinco por ciento (25%), cuando la diferencia se encuentre entre el veinte por ciento (20%) y el treinta por ciento (30%).

b) En cincuenta por ciento (50%), cuando la diferencia sea mayor al treinta por ciento (30%) y menor o igual al cuarenta y cinco por ciento (45%).

c) En setenta y cinco por ciento (75%), cuando la diferencia sea mayor al cuarenta y cinco por ciento (45%) y menor o igual al sesenta por ciento (60%).

d) En cien por ciento (100%), cuando la diferencia sea mayor al sesenta por ciento (60%) y menor o igual al setenta por ciento (70%).

e) En ciento cincuenta por ciento (150%), cuando la diferencia sea mayor al setenta por ciento (70%) y menor o igual al ochenta y cinco por ciento (85%).

f) En doscientos por ciento (200%), cuando la diferencia sea mayor al ochenta y cinco por ciento (85%). "(el subrayado es nuestro)

- ***Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011***

Artículo 58 (Proyecciones). *"Las AFP no podrán otorgar proyecciones de Pensión de Vejez, ni de Pensión Solidaria de Vejez, ni brindar información sobre estimaciones, en tanto la APS no apruebe sus herramientas de proyección".*

De acuerdo a la normativa señalada, el Referente Salarial Solidario de Vejez corresponde al Referente Salarial de Vejez (RSV) definido en la Ley de Pensiones, por tanto para el cálculo de su RSV, la AFP aplicó el artículo 18 del Decreto Supremo N° 0822

de 16 de marzo de 2011.

Asimismo, como se mencionó en nuestra nota APS/DPC/9175/2012 de fecha 20 de noviembre de 2012, para el cálculo del RSV en su caso, la AFP consideró los últimos sesenta (60) aportes efectuados, por la variación mayor al setenta por ciento (70%) entre los Totales Ganados en los últimos sesenta (60) meses, de acuerdo a la normativa vigente, dicha variación (82.71%) se encuentra entre los periodos de febrero (Bs6.178,50) y marzo (Bs1.068,43) de 2008.

Con relación al cálculo de RSV, se debe aclarar que la diferencia entre el Total Ganado que usted percibía en cada periodo y el RSV obtenido se debe a la actualización realizada en base al tipo de cambio del dólar estadounidense y la Unidad de Fomento a la Vivienda, en el marco de lo establecido en el Artículo 13 del citado Decreto Supremo.

Por otro lado, como se mencionó en las notas APS/DPC/3184/2011 de fecha 13 de septiembre de 2011 y APS/DPC/9175/2012 de fecha 20 de noviembre de 2012, en el marco de lo establecido en el artículo 58 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, las AFP no pueden otorgar proyecciones de Pensión de Vejez ni brindar información sobre estimaciones de Pensión, razón por la cual BBVA Previsión AFP S.A. no se encuentra en la posibilidad de brindar información acerca del número de aportes que usted debería realizar para disminuir su RSV.

En el marco de las atribuciones que la Ley nos confiere, esta Autoridad debe cumplir y hacer cumplir la normativa vigente, por tanto no corresponde instruir a BBVA Previsión AFP SA. (sic) *otorgue el pago de su Pensión de Vejez desde el mes de abril de 2012, ya que a dicha fecha usted no cumplía con los requisitos establecidos en la norma vigente para acceder a la misma.*

Finalmente, respecto a los Recursos de Revocatoria y Jerárquico presentados a BBVA Previsión AFP S.A. y puestos en conocimiento de la APS, es importante aclarar que éstos se interponen contra resoluciones de carácter definitivo o actos administrativos emitidos por la Administración Pública, conforme lo establecido por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo…"

3. MEMORIAL DE FECHA 23 DE ENERO DE 2014.-

Mediante memorial de 23 de enero de 2014, presentado el 28 de enero de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** señaló lo siguiente:

"…***LA CONFESIÓN DEL ERROR.***

Su nota 9875/2013 dice: ***"dicha variación (82.71%) se encuentra entre los periodos de febrero (Bs. 6.178.50) y marzo (Bs. 1.068.43) de 2008".*** *Queriéndome hacer entender que mis salario* (sic) *en mis dos últimos meses de trabajo ha variado en 82.71% (decremento) y por eso se ha aplicado el Artículo 18° referido. Nada más falso y falto de criterio técnico.*

ARGUMENTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS

PRIMERO*.- No se puede hacer una comparación de variación porcentual o relativa entre unidades de medida diferentes, sin antes hacer una conversión. No se pueden*

comparar relativamente kilos con libras, ni papas con zanahorias. ***No se puede obtener la variación mensual de salarios comparando un salario mensual completo de 30 dias*** (sic), ***con una fracción de salario pagado por 5 días.*** *Primero es necesaria una CONVERSION, en este caso, mensualizar la fracción del salario o ampliar el periodo de análisis a dos meses completos.* ***En mi caso entre Febrero y Marzo de 2008 la variación relativa de mi salario mensual es 0%, el valor nominal de mi salario en esos dos meses es de 6.178.50, solo que en Marzo no he trabajado el 82.71% de los 30 días del mes, solo trabaje 5 días. Por tanto la aplicación del art. 18 a mi RSV es arbitraria.***

SEGUNDO.- *Mis salarios en los últimos 7 años hasta Marzo/2008* ***no tuvieron incrementos superiores al 20%****, como los que textualmente señala el Art.54 de la Ley 065, o su correspondiente Art. 18 del Reglamento aprobado por DS 822,* ***ni en los 24 últimos meses, ni en el periodo de comparación****, sencillamente porque en mi condición de FUNCIONARIO o SERVIDOR PUBLICO* (sic)*; estos los regulaba el Estado y éste no ha otorgado en ese periodo incrementos mayores al 20%, por lo que cualquier aplicación de este artículo 18° a mi caso es sencillamente también* (sic) *arbitrario e ilegal.*

Resumen: *En el siguiente cuadro, y considerando que el valor de Marzo/2008 corresponde a 5 dias* (sic)*, se aprecia a simple inspección, que mis salarios en los últimos 7 años de trabajo no han variado con incrementos mayores al 20%.* ***Ese 82.71% de variación que determina su nota es a todas luces un error de apreciación técnica y normativa que debe corregirse.***

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
ENERO		5.000,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	6.178,50
FEBRERO		5.000,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	6.178,50
MARZO		3.926,66	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	1.068,43
ABRIL		6.200,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	
MAYO	2.433,75	6.200,00	6.646,20	7.532,36	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.210,00	
JUNIO	1.973,31	6.200,00	6.646,20	6.666,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.273,00	
JULIO	1.447,10	6.340,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50	
AGOSTO	1.973,31	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50	
SEPTIEMBRE	1.973,31	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50	
OCTUBRE	1.973,31	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50	
NOVIEMBRE	1.973,31	6.879,16	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.460,00	6.178,50	
DICIEMBRE	5.000,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	6.178,50	

De 05/2000 a 11/2000 Universidad Mayor de San Andrés

De 12/2000 al 5/03/2008 Instituto Nacional de Seguros de Salud

Marzo 2001 Salario de 19 días (Salario mensual de Bs. 6.200.00)

Marzo 2008 Salario de 5 días (Salario mensual de Bs. 6.178.50)

PREVIO AL PETITORIO

ESTA VULNERACIÓN DE MIS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, AL DEBIDO PROCESO, AL COMETER UN CRASO ERROR DE CONFUNDIR COMO VALORES RELATIVOS EQUIVALENTES Y COMPARABLES EL PAGO DE 5 DIAS (sic) ***DE TRABAJO, CON UN SALARIO COMPLETO DE 30 DIAS*** (sic) ***Y OBTENER UNA VARIACIÓN NEGATIVA (DECREMENTO) DE MIS SALARIO*** (sic) ***MENSUAL EN UN 82.71% Y LUEGO ANTOJADIZAMENTE,***

ILEGAL Y ARBITRARIAMENTE, SIN CRITERIO TECNICO (sic) ***ALGUNO, CALIFICAR MI RSV CON UNA NORMATIVA PREVISTA SOLO PARA VERIFICACIÓN DE SALARIOS QUE SE INCREMENTAN FRAUDULENTAMENTE O SE FALSEAN IDEOLOGICAMENTE (POSIBLE SOLO EN EL SECTOR PRIVADO) CON EL PROPOSITO*** (sic) ***DE TENER BENEFICIOS INCREMENTADOS ILEGITIMAMENTE, NO SOLO ME CAUSO*** (sic) ***DAÑO ECONOMICO*** (sic)***, SINO QUE CUESTIONA INDEBIDAMENTE COMO REVISABLES LOS INCREMENTOS QUE EL ESTADO HA OTORGADO A SUS FUNCIONARIOS PUBLICOS*** (sic), ***PUES MI PERSONA HA SIDO SIEMPRE SERVIDOR PUBLICO*** (sic) ***SOMETIDO EN EL CARÁCTER LABORAL A LAS DESICIONES GUBERNAMENTALES DE AUMENTOS O DISMINUCIONES SALARIALES NORMADOS DEBIDAMENTE, LOS CUALES NO HAN SUBIDO O BAJADO DE MANERA GENERAL EN EL 82.71% CALCULADO POR LA AFP PREVISIÓN. RESULTADO ERRONEO*** (sic) ***POR LA FALTA DE CRITERIO TECNICO*** (sic)**.**

PETITORIO

Como bien cita su nota, en el marco de las atribuciones que la Ley le confiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de CUMPLIR Y HACER CUMPLIR la normativa vigente DEMANDO QUE SU ENTIDAD PREVIAS LAS FORMALIDADES DE REVISIÓN Y AUDITORÍA TÉCNICA Y JURIDICA (sic) *ORDENE SE CORRIJAN LAS CAUSAS Y EFECTOS RELACIONADOS CON LAS NOTAS PREV-PR-JUB 1344/2012 y PREV-PR- JUB 1312/2013,* ***ENMARCANDO LA CALIFICACIÓN DE MI REFERENTE SALARIAL DE VEJEZ en las previsiones de los artículos 17 y 13 exclusivamente,*** *del reglamento aprobado con Decreto Supremo 822, SITUACIÓN QUE CONLLEVA AL RECALCULO DE MI RSV AL MES DE MARZO/2012 Y AL RECONOCIMIENTO DE MI RETROACTIVO CORRESPONDIENTE.*

CASO CONTRARIO PIDO UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DEFINITIVA, QUE NIEGUE MI PRETENSIÓN SOBRE LAS BASES QUE SU AUTORIDAD CONSIDERE PERTINENTES, MISMA QUE DESPUES (sic) ***DE HABER CUMPLIDO CON LOS RECURSOS REVOCATORIO Y JERARQUICO*** (sic) ***ANTE LAS AFP PREVISIÓN, POR SUS FACULTADES PUBLICAS*** (sic) ***TRANSITORIAS Y SER SU ENTIDAD COMO AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS LA ULTIMA*** (sic) ***INSTANCIA ADMINISTRATIVA POSIBLE ANTE QUIEN HACER VALER MIS PRETENSIONES, SOMETERÉ SU DESICIÓN ADMINISTRATIVA A LAS PRERROGATIVAS JUDICIALES A TRAVÉS DE,*** (sic) ***UN AMPARO CONSTITUCIONAL.***

Esta petición la realizo al en virtud del Artí. (sic) *168 de la Ley 065, y los art. 24 y 45 del* (sic) *Constitución Política del Estado…"*

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 146-2014 DE 26 DE FEBRERO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 146-2014 de 26 de febrero de 2014, expone los argumentos siguientes:

"*…Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS pronunciarse sobre los argumentos vertidos por el Asegurado en la solicitud de 23 de enero de 2014, como se procede a continuación:*

Que a fin de poder dar una respuesta es imprescindible hacer alusión a la normativa pertinente que a continuación se transcribe:

- ***Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.***

  Artículo 8°.- Condiciones de acceso

  "El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:
  … …

  b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

  i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
  ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
  iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

  c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes." (el subrayado es nuestro)

- ***Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.***

  Artículo 1°.- Definiciones y terminología

  Período de Comparación: *Son los treinta y seis (36) meses anteriores a los veinticuatro períodos considerados para el cálculo del Referente Salarial de Vejez.*

  Referente Salarial Solidario de Vejez*: "Corresponde al Referente Salarial de Vejez definido en la Ley de Pensiones." (el subrayado es nuestro)*

  Artículo 17°.- Períodos a considerar

  "I. Para el cálculo del Referente Salarial de Vejez o Referente Salarial Solidario se considerará el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables o los que el Asegurado tuviere, efectivamente pagados a la Gestora con anterioridad al mes de solicitud de pensión, si fueran menos a veinticuatro (24), salvo lo determinado en el Artículo 18 siguiente." (el subrayado es nuestro)

  Artículo 18°.- Verificación de totales ganados o ingresos cotizables

  "I. La Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro

(24) períodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial Solidario, así como respecto a aquellos comprendidos en el Período de Comparación. La comparación deberá efectuarse antes de la aplicación del mantenimiento de valor.

II. Si la Gestora identifica una o más diferencias, deberá considerar la diferencia mayor tomando en cuenta periodos anteriores para el cálculo del Referente Salarial Solidario incrementando los mismos, conforme lo siguiente:

a) En veinticinco por ciento (25%), cuando la diferencia se encuentre entre el veinte por ciento (20%) y el treinta por ciento (30%).

b) En cincuenta por ciento (50%), cuando la diferencia sea mayor al treinta por ciento (30%) y menor o igual al cuarenta y cinco por ciento (45%).

c) En setenta y cinco por ciento (75%), cuando la diferencia sea mayor al cuarenta y cinco por ciento (45%) y menor o igual al sesenta por ciento (60%).

d) En cien por ciento (100%), cuando la diferencia sea mayor al sesenta por ciento (60%) y menor o igual al setenta por ciento (70%).

e) En ciento cincuenta por ciento (150%), cuando la diferencia sea mayor al setenta por ciento (70%) y menor o igual al ochenta y cinco por ciento (85%).

f) En doscientos por ciento (200%), cuando la diferencia sea mayor al ochenta y cinco por ciento (85%)." (el subrayado es nuestro)

Artículo 91°.- Densidad de Aportes

"II. Para la determinación de la Densidad de Aportes en la Prestación Solidaria de Vejez, se deberá considerar lo siguiente:

a. …
b. El periodo con cotización menor a veinte (20) días no será considerado dentro de la Densidad de Aportes."

- ***Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011***

Artículo 58 (Proyecciones).

"Las AFP no podrán otorgar proyecciones de Pensión de Vejez, ni de Pensión Solidaria de Vejez, ni brindar información sobre estimaciones, en tanto la APS no apruebe sus herramientas de proyección".

Que del análisis de los fundamentos expuestos por el Asegurado Fernando Monje Campo con CUA 31847432, corresponde expresar lo siguiente:

Que el Asegurado menciona que para el cálculo del Referente Salarial de Vejez, no se puede obtener la variación mensual de salarios comparando un salario mensual completo de treinta (30) días con una fracción de salario pagado por cinco (5) días.

Que asimismo, señala que él trabajó en el sector público por lo que como funcionario público nunca recibió un incremento salarial mayor al veinte por ciento (20%).

Que al respecto, el artículo 18 del Decreto Supremo No.0822 de 16 de marzo de 2011 señala: "La Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) periodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial Solidario, así como respecto a aquellos comprendidos en el Periodo de Comparación…"

Que como se puede observar en la normativa señalada precedentemente, la misma hace referencia a las diferencias de los Totales Ganados o Ingresos Cotizables sin mencionar que estos deban ser mensualizados, por lo que estos Totales Ganados pueden corresponder a treinta (30) o menos días; en ese sentido, esto aplica para el caso del Asegurado, considerando la fecha en que éste presentó su solicitud.

Que considerando dicho criterio, BBVA Previsión AFP S.A. procedió a realizar el cálculo del Referente Salarial de Vejez del Asegurado.

Que de acuerdo al inciso b) del parágrafo II del artículo 91 del Decreto Supremo No.0822 de 16 de marzo de 2011, los periodos de cotización menor a veinte (20) días no serán considerados únicamente para la Densidad de Aportes.

Que por otro lado, el Asegurado Fernando Monje Campos en su memorial de 23 de enero de 2014 ha solicitado que esta Autoridad instruya a la AFP el recalculo de su Referente Salarial de Vejez considerando únicamente veinticuatro (24) Totales Ganados y el pago retroactivo de su Pensión de Vejez desde marzo/2012.

Que al respecto, corresponde sobrecartarnos a lo que se tiene ya comunicado al Asegurado con nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 de 18 de diciembre de 2013, en la que se señaló en resumen que, de acuerdo a normativa el Referente Salarial Solidario de Vejez corresponde al Referente Salarial de Vejez (RSV) definido en la Ley de Pensiones, por tanto para el cálculo del RSV, la AFP aplicó el artículo 18 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

Que asimismo, se comunicó que, para el cálculo del RSV la AFP consideró los últimos sesenta (60) aportes efectuados, por la variación mayor al setenta por ciento (70%) entre los Totales Ganados en los últimos sesenta (60) meses, dicha variación (82.71%) se encuentra entre los periodos de febrero (Bs6.178,50) y marzo (Bs1.068,43) de 2008.

Que también se aclaró que la diferencia entre el Total Ganado que percibía en cada periodo y el RSV obtenido se debe a la actualización realizada en base al tipo de cambio del dólar estadounidense y la Unidad de Fomento a la Vivienda, conforme al artículo 13 del Decreto Supremo No.0822 de 16 de marzo de 2011.

Que asimismo, la nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 aclaró al Asegurado que no corresponde instruir a BBVA Previsión AFP S.A. otorgar el pago de su Pensión de Vejez desde el mes de abril de 2012, ni un mes antes como lo pide en el memorial de 23 de

enero de 2014, ya que a dichas fechas no cumplía con los requisitos establecidos en la norma vigente para acceder a la misma.

Que por otro lado, el Asegurado Fernando Monje Campos con CUA 31847432 ha referido en su memorial que se habrían vulnerado los derechos a la Seguridad Social, a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso.

Que al respecto, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada en el Referéndum de 25 de enero de 2009 y promulgada el 07 de febrero de 2009, en el artículo 45 establece el derecho al acceso a la Seguridad Social bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, económica oportunidad, interculturalidad y eficacia. Para el presente caso, es una realidad que el Asegurado en atención de los principios constitucionales relativos a la seguridad social y la norma aplicable, viene percibiendo la prestación otorgada por BBVA Previsión AFP S.A.

Que el trámite y la normativa aplicada al caso ha sido revisada por esta Autoridad, estableciéndose que la entidad regulada ha aplicado la norma. Por lo que la Seguridad Jurídica está dada para el presente caso.

Que en lo que refiere al Debido Proceso, este se encuentra cumplido entendiendo que todas las solicitudes del Asegurado presentadas fueron respondidas conforme al debido proceso y con el fundamento técnico como legal respectivo.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, respecto al Ámbito de Aplicación señala que las normas reglamentarias se aplicarán por las Entidades Reguladas en su relación con los sujetos regulados e ***interesados****, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios, y en los tramites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquico.*

Que bajo el Principio de Buena Fe, es deber de este Ente Regulador establecer el proceso administrativo a fin de que el mismo esté conforme a norma, respetando el debido proceso y el derecho legitimo (sic) *a la defensa del interesado, el cual se tiene garantizado con el presente acto administrativo, mismo que ofrece la fundamentación y motivación de las determinaciones del regulador, pero además otorga al interesado la posibilidad legal al interesado de poder recurrir la presente Resolución ante esta misma Autoridad en caso de sentirse agraviado en sus derechos e intereses y, en caso de que la segunda resolución continúe siendo considerada por el Asegurado lesiva éste cuenta con el Recurso Jerárquico, para que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, como última instancia administrativa resuelva el recurso.*

Que finalmente, de la revisión cuidadosa de la solicitud del Asegurado Fernando Monje Campos, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el interesado no ha presentado fundamentos que permitan pronunciarse en contrario a lo ya expresado en la nota

APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 de 18 de diciembre de 2013. En consecuencia, debe rechazarse la pretensión mediante el pronunciamiento correspondiente…"

Con base en tales fundamentos, se resolvió lo siguiente:

"…***ÚNICO.- I.*** *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS se pronuncia por el rechazo de la solicitud de corrección del Referente Salarial de Vejez, presentada por el Asegurado Fernando Monje Campos con CUA 31847432 mediante memorial de fecha 23 de enero de 2014…*"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 19 de marzo de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 146-2014 de 26 de febrero de 2014, con los siguientes argumentos:

"…***UNA RAZON*** (sic) ***NORMATIVA FUNDAMENTAL Y SUFIENTE*** (sic) ***DE LA RECURRENCIA:***

La antojadiza, arbitraria, injusta e ilegal aplicación del Art. 18° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 822, en el cálculo de mi referente salarial de vejez desde la gestión 2011, es la causa de mi inconformidad, "Es la madre del cordero". Pero no lo es porque la normativa no sea clara, sino sencillamente porque no se la interpretó en su real imputación:

TODA NORMA DEVIENE DE OTRA SUPERIOR (REENVIO), ASI SE ESTRUCTURA LA JERARQUIA (sic) ***NORMATIVA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA EN EL ARTICULO*** (sic) ***410° DE NUESTRA LEY FUNDAMENTAL. EL REGLAMENTO APROBADO POR D.S. 822, DEVIENE DE LA LEY 065 Y ÉSTA A SU VEZ DE LA CONSTITUCION*** (sic)***, NO ES POSIBLE AFECTAR ESTA PRIMACIA*** (sic) ***"TODA LEY RECIBE SU VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN".***

EL ART. 18° DEVIENE DEL ARTÍCULO 54° DE LA LEY 065 QUE SEÑALA:

"Artículo 54 (VERIFICACIÓN DEL REFERENTE SALARIAL). Para el cálculo del Referente Salarial de Riesgos y Referente Salarial Solidario, se tomará en cuenta lo siguiente: a) Cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable SE INCREMENTE EN MÁS DE VEINTE POR CIENTO (20%) CON RESPECTO A PERIODOS ANTERIORES, el Referente Salarial Solidario y Referente Salarial de Riesgos contemplará un número mayor de periodos que serán determinados en reglamento...."

Su mandato es claro y terminante no da lugar a equivocaciones, salvo volitivas, menciona INCREMENTOS DEL MAS DEL 20% (Entiéndase, no es mi caso). El Art. 18° subalterno jurídicamente del 54° de la ley (sic) *065, no puede ser beligerante ni incompatible al mandato superior del Art 54 de la Ley 065, y ciertamente no lo es, porque en su contenido dice "DIFERENCIAS MAYORES AL VEINTE POR CIENTO (20%)".*

El Dr. Jaime Moscoso en su "Introducción al Derecho" refería "Estas normas beligerantes que no guardan fidelidad a las superiores, según los casos, son anulables (sentencias y resoluciones administrativas), y suspendidas en su aplicación (leyes y reglamentos

inconstitucionales) mediante disposición expresa en favor de quienes las impugnaron fundadamente. Asimismo, puede establecerse la responsabilidad de los órganos que las dictaron."

El Art. 18 no es beligerante al Art. 54 de la Ley 065. LA ARBITRARIA INTERPRETACIÓN APLICADA ES LA BELIGERANTE Y ANTICONSTITUCIONAL además de violentar mis derechos.

No correspondería mayor análisis, sin embargo efectuaré algunas referencias en relación al contenido de su R.A. APS/DPC/DJ/N° 146/2014 que en su contenido mezcla desacertadamente las Reglas Técnicas como Normas, cuando la realidad jurídica nos muestra que LAS REGLAS TÉCNICAS NO SON NORMAS.

El Profesor Rodolfo Laun "Distingue dos especies diferentes de reglas con estructura hipotética. Unas que postulan un deber condicionado: normas jurídicas. Otras que señalan simplemente una necesidad condicionada, sin establecer ningún deber: reglas técnicas." "necesidad condicionada" significa que el fin propuesto condiciona la aplicación necesaria de la técnica pertinente.

Para obtener frecuencias relativas, comportamientos de series de información numérica etc. existen técnicas estadísticas, que por principios o axiomas, no pueden comparar sino valores homogéneos. De manera similar en Materia Comercial hay técnicas que consideran supuestos necesarios, como que el año tiene 360 días y el mes solo 30, y estos supuestos de trabajo o viejas técnicas se extienden a todos los campos de actividad. En Materia Laboral y de Seguridad Social hay una tradición del uso de estas técnicas, el Salario Cotizable es Mensual y fraccionable por días, para fines de beneficios, prestaciones, sueldos promedio, etc... Y TODAS SUS APLICACIONES DEBEN AMPLIARSE EN LO FAVORABLE AL TRABAJADOR Y RESTRINGIRSE EN LO ODIOSO, por un principio filosófico y jurídico sobre el cual está estructurado el Derecho Laboral.

- ***SOBRE EL CITADO ARTÍCULO 1º DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA (822)***

  Periodo de Comparación: Son los treinta y seis (36) MESES anteriores a los veinticuatro periodos considerados para el cálculo del Referente Salarial de Vejez. (Su R.A. no hace comentario, no amerita análisis?).

  Su mandato ordena ***MESES, se sobreentiende por técnica que se trata de meses completos. En materia Laboral y de Seguridad Social hay técnicas y jurisprudencia.***

- ***SOBRE LA NO CITADA DEFINICIÓN DE SALARIO COTIZABLE ART 1° (822)***

  Salario Cotizable: Corresponde al salario sobre el cual el Asegurado electivamente cotizó al Sistema de Reparto, aplicable para el cálculo de la CC, en un periodo de treinta (30) días. Cuando existieran salarios por un periodo menor, se deberá proceder a la mensualización de los mismos.

Está claro que lo sustantivo de ***Salarlo Cotizable Mensual y la Mensualización no son ajenos al Reglamento aprobado con D.S. 822.***

- ***SOBRE EL CITADO ARTÍCULO 17°.- PERIODOS A CONSIDERAR***

ARTÍCULO 17.- (PERÍODOS A CONSIDERAR). I. Para el cálculo del Referente Salarial de Vejez o Referente Salarial Solidario se considerará el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables o los que el Asegurado tuviere, efectivamente pagados a la Gestora con anterioridad al mes de solicitud de pensión, si fueran menos a veinticuatro (24), salvo lo determinado en el Artículo 18 siguiente. II. Para Asegurados que hubieran efectuado Contribuciones por períodos adelantados, la Gestora deberá considerarlas para el cálculo del Referente Salarial, hasta un máximo de doce (12) períodos pagados en fecha anterior a la de solicitud de pensión.

El Art. 17 ES LA REGLA (24 TOTALES GANADOS). EL 18 LA EXCEPCIÓN, para casos dudosos, su título lo demuestra *"VERIFICACIÓN DE TOTALES GANADOS O INGRESOS COTIZABLES", (El diccionario de la lengua española señala que* ***VERIFICAR ES PROBAR LA VERDAD DE LO DUDOSO****).* ***Pueden mis Salarios de Funcionario Público ser dudosos*** (sic) ***(NO), pueden las decisiones del propio Estado ser verificables por el propio Estado? (NO), INDUDABLEMENTE LA ERRÓNEA APLICACIÓN DE ESTE ART 18 VICIA TODO EL PROCESO.***

- ***SOBRE EL CITADO ARTICULO 91° (DENSIDAD DE APORTES)***

ARTÍCULO 91.- (DENSIDAD DE APORTES) ...II. Para la determinación de la Densidad de Aportes en la Prestación Solidaria de Vejez, se deberá considerar lo siguiente: a) ...b) El periodo con cotización menor a veinte (20) días no será considerado dentro la Densidad de Aportes.

Esta (sic) *inciso b) citado, muy por el contrario de afectar mis pretensiones, las favorece, por el Principio de Equidad del Art. 45° de la Constitución Política del Estado y por el inciso c) del Art. 3º de la Ley 065 que textualmente señala:*

Artículo 3 (PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LARGO PLAZO). Los principios que rigen la presente Ley son los siguientes: ....d) Equidad: Es el otorgamiento ecuánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley.

Pues si aplicamos la ecuanimidad y si una cotización que corresponde a 5 días no puede contabilizarse como mes de aporte completo, menos podrá considerarse para promediar como mes completo de salario. El principio de buena fé (sic) *que cita su Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°146/2014, es de aplicación general, más en temas laborales por el INDUVIO* (sic) *PRO OPERARIUM, que RESTRINGE LO ODIOSO Y AMPLIA LO FAVORABLE. Es cuestión de Técnica no de Norma.*

- ***SOBRE LA R.A. APS/DPC/DJ/N° 032-2011 DE 23-05-2011 QUE CITA SU R.A.***

ART 58° (Proyecciones). "Las AFP no podrán otorgar proyecciones de Pensión de

Vejez, ni de Pensión Solidaria de Vejez, ni brindar información sobre estimaciones, en tanto la APS no apruebe sus herramientas de proyección".

No es posible hacer gala de restringir derechos ni garantías aunque sean temporales.

El Art. 139. II de nuestra Constitución Política del Estado, textualmente señala "II. Quienes violen los derechos establecidos en esta constitución, serán objeto de proceso penal por atentado (sic) ***contra los derechos.***

No sería conveniente que no se hayan aprobado estas herramientas.

PETITORIO (Petición de Revocatoria)

Por las razones y argumentos expuestos y por las declaraciones públicas vertidas al promulgarse el reciente D.S. 1888, que en criterio de las autoridades del Poder Ejecutivo corrige ciertos "errores" de Artículos del Reglamento aprobado con D.S 822, entre los cuales se encuentra la "mensualización de fracciones de salarios" y otros de alguna manera relacionados con mis (sic) *caso,* ***a los que no los considero fruto de la casuística como el nuevo D.S. lo hace, ni tampoco los considero errores normativos, sino tan solo carentes de interpretación técnica adecuada y aplicación de criterios favorables por los principios vigentes en un sector "calido"*** (sic) ***por excelencia,*** *los cuales los he representado desde hace mucho tiempo, permanentemente como arbitrarios en su aplicación e interpretación, desde la primera notificación del rechazo de pago de mi pensión de jubilación en el mes de Agosto de 2011, por cuanto la he considerado desde entonces contraria al procedimiento legal señalado, pre-juiciosa y atentatoria de mis derechos,* ***POR LO QUE DEMANDO DE SU ENTIDAD, SE REVOQUE la R.A. APS/DPC/DJ/Nro. 146/2014 de fecha 26 de febrero de 2014 y CORRIJAN LOS EFECTOS DE SU RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 146/2014,*** *ENMARCANDO LA CALIFICACIÓN DE MI REFERENTE SALARIAL* ***en las previsiones de los artículos 17 y 13 exclusivamente,*** *del Decreto Reglamentario 822, ampliando lo favorable como corresponde a las previsiones sociales, que posibiliten el* ***PAGO DE MI PENSIÓN DE VEJEZ CON CARÁCTER RETROACTIVO AL MES DE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE LEY ÍMARZO/2012),*** *arbitrariamente soslayadas con interpretaciones odiosas de la normativa pertinente.*

Esta petición la realizo al amparo de los siguientes preceptos:

Artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo: "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda."

Artículo 64 de la Ley de Procedimiento Administrativo: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto por el interesado ante la autoridad administrativa que pronunció la resolución impugnada, dentro del plazo de diez (10) días siguientes a su notificación."

Y los art. 24, 45 del Constitución Política del Estado

OTROSI.- *Como he anunciado oportunamente, en caso de negativa extremaré todos los recursos legales administrativos posibles, así como los recursos extraordinarios que la Constitución Política del Estado me faculta, a objeto de reponer plenamente mis derechos que considero están siendo agraviados…*"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 DE 16 DE ABRIL DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 146-2014 de 26 de febrero de 2014, con los argumentos siguientes:

"*…Que de la evaluación de los fundamentos del recurso presentado, corresponde señalar que el Asegurado Fernando Monje Campos con CUA 31847432 hace una interpretación sesgada de la norma, por lo que corresponde establecer lo siguiente:*

Que el Asegurado hace referencia al artículo 54 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 ***(Ley 065)*** *y al artículo 18 del Decreto Supremo N° 822 de 16 de marzo de 2011* ***(D.S. 822)*** *indicando que, para el cálculo del Referente Salarial se contemplará un número mayor de periodos cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable se incremente en más de veinte por ciento (20%) y no así cuando existan diferencias mayores al veinte por ciento (20%).*

Que al respecto, si bien el citado artículo 54 indica incrementos en más de veinte por ciento (20%), el D.S. N°822 y la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/032/2011 de 23 de mayo de 2011 ***(R.A. 032-2011)****, establecen que la Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) periodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial, así como respecto a aquellos comprendidos en el periodo de comparación. Es decir que se deberán considerar las diferencias de los últimos sesenta (60) periodos, considerando que el Periodo de Comparación corresponde a treinta y seis (36) meses.*

Que en este sentido, es importante aclarar que las diferencias establecidas en el citado Decreto para el cálculo del Referente Salarial, pueden ser positivas o negativas, con el objeto de que el mismo refleje el promedio salarial que corresponde al Asegurado.

Que el cálculo del Referente Salarial se realiza en virtud a la normativa vigente a fecha de la Solicitud de Pensión del Asegurado, misma que establece que el Referente Salarial de Vejez corresponde al Referente Salarial Solidario de Vejez definido en la Ley de Pensiones; por lo que corresponde la determinación de las variaciones existentes entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables.

Que con relación al Periodo de Comparación, el Asegurado indica que dicha definición establece meses, por lo cual éstos deberían ser meses completos y que el Salario

Cotizable Mensual y la Mensualización no son ajenos al D.S. 822. Asimismo, señala que el artículo 91 del citado decreto indicaría que los periodos con cotización menor a veinte (20) días no serán considerados dentro de la Densidad de Aportes, por lo que la cotización correspondiente a cinco (5) días no debería tomarse en cuenta para promediar como mes completo de salario.

Que sobre lo expresado por el Asegurado, corresponde aclarar que el citado artículo 18 del D.S. 822 hace referencia a las diferencias de los Totales Ganados o Ingresos Cotizables sin mencionar que éstos deban ser mensualizados, por lo que pueden corresponder a treinta (30) o menos días. Asimismo, se aclara que la definición del Salario Cotizable se aplica exclusivamente al Sistema de Reparto. Por otra parte, se debe mencionar que los periodos de cotización menores a veinte (20) días no son considerados en la Densidad de Aportes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 91 del D.S. 822, pero se incluyen en el cálculo del Referente Salarial.

Que el Asegurado por otro lado, indica que el artículo 18 del D.S. 822 establece la verificación de Totales Ganados o Ingresos Cotizables para casos dudosos. Al respecto, corresponde aclarar que la verificación de Totales Ganados o Ingresos Cotizables, se refiere a la identificación de las diferencias mayores al veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables, y los periodos que serán considerados para el cálculo del Referente Salarial.

Que asimismo, cuando el Asegurado refiere que en materia social el salario cotizable es mensual y fraccionable en días, por lo que debiera considerarse esta aplicación según el adagio jurídico "ampliar lo favorable y restringir lo odioso". Al respecto, es importante aclarar que bajo el principio de legalidad administrativa, la Administración rige sus actos conforme a las competencias establecidas en norma vigente, por lo que no es posible considerar una actividad discrecional abierta de esta Autoridad, como la pretende el Asegurado.

Que con relación a las proyecciones de Pensión de Vejez, se debe señalar que en el marco de lo establecido en el artículo 58 de la R.A.032-2011, las AFP no pueden otorgar proyecciones de Pensión de Vejez ni brindar información sobre estimaciones de Pensión, en tanto esta Autoridad no apruebe sus herramientas de proyección, mismas que a la fecha no han sido aprobadas considerando que la Ley N° 065 establece el inicio de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; sin embargo de acuerdo a lo establecido en la Circular APS/DPC/N° 63-2011 de 14 de septiembre de 2011, las AFP se encuentran en la obligación de brindar la información sobre el monto de pensión que financian los Asegurados, y por tanto si cumplen o no con los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, cuando el Asegurado lo solicite, sin requerir para ello el inicio del trámite.

Que finalmente el señor Monje solicita que esta Autoridad revoque la R.A.146-2014 y se realice el cálculo de su Referente Salarial de Vejez de acuerdo a lo señalado en los artículos 13 y 17 del D.S. 822. Al respecto, no corresponde dar curso al requerimiento del Asegurado toda vez que la R.A. 146-2014, ha sido emitida en el marco de la norma vigente.

Que asimismo, corresponde aclarar que las disposiciones del Decreto Supremo N° 1888 de 03 de febrero de 2014 se aplican a partir de su promulgación, es decir a partir del 03 de febrero de 2014 en adelante. A mayor abundamiento, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada en el Referéndum de 25 de enero de 2009 y promulgada el 07 de febrero de 2009, en su artículo 123 señala que las normas legales sólo disponen para lo venidero y no tienen efecto retroactivo.

Que por otro lado, es necesario establecer que la Constitución Política del Estado, en el artículo 45 establece como principios de la Seguridad Social de Largo Plazo, la Equidad y Eficacia; el primero referido al otorgamiento ecuánime de prestaciones por las Contribuciones efectuadas y, el segundo entendido como el correcto uso de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, para garantizar el pago de las prestaciones y beneficios otorgados conforme a Ley.

Que a su vez, el artículo 48 en concordancia con el 410 de la Constitución determinan que, todas las personas naturales o jurídicas se encuentran sometidas a la Constitución y a las disposiciones legales, entre ellas las sociales, las cuales son de cumplimiento obligatorio. Asimismo, se establece que la aplicación de las normas jurídicas se rige por la jerarquía que estas tienen, es decir desde la Constitución, los decretos, reglamentos y resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Que en ese entendido, la normativa legal aplicable al presente caso, como la Ley N° 065, el D.S. 822 y la R.A.032-2011 que reglamentan el procedimiento para la otorgación de la Pensión de Vejez, gozan de toda la legitimidad y constitucionalidad en razón a que no contradicen ni se sobreponen al ordenamiento Constitucional; por lo que de ninguna manera se entiende que se haya vulnerado derechos del Asegurado.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por el Asegurado Fernando Monje Campos con CUA 31847432, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.146-2014. En consecuencia, debe confirmarse la misma…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 8 de mayo de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014, alegando lo siguiente:

"*…En las condiciones que la Ley prevé y por cuanto su R.A. APS/DPC/DJ/N°146/2014 y su consecuente R.A. APS/DPC/DJ/N°289/2014, de respuesta a mi Recurso de Revocatoria, DE NINGUNA MANERA SATISFACEN MIS PRETENSIONES Y DERECHOS, POR EL CONTRARIO UNA VEZ MAS ESGRIMEN ARGUMENTOS FORZADOS, CONTRADICTORIOS E IRRELEVANTES CARENTES DE APEGO AL DERECHO Y DOCTRINA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL, AGRAVIANDO Y CONCULCANDO MIS DERECHOS E INTERESES CON EXPLICACIONES FUERA DE TODA RACIONALIDAD INTERPRETATIVA, NORMATIVA Y PRINCIPALMENTE*

TÉCNICA, razón por la que me apersono legalmente ante su autoridad a objeto de interponer dentro el plazo establecido el presente Recurso Jerárquico:

ANTECEDENTES GENERALES Y FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.

Reiterando integramente (sic) *el contenido de mi Recurso Revocatorio (adjunto), tengo a bien ampliar otros hechos y razones para demostrar que la arbitraria, injusta e ilegal aplicación del Art. 18° del Reglamento aprobado con D.S. 822, y su superior el Art. 54 de la Ley 065, en el cálculo de mi Referente Salarial de Vejez (RSV) desde el 2011, es la causa de la vulneración de mis derechos, no porque la normativa no sea clara, sino porque técnicamente no se la aplicó en su real imputación. Veamos porque.*

PRIMERO.- (A SIMPLE INSPECCIÓN OCULAR NO ES POSIBLE DETECTAR EN MIS ULTIMOS (sic) *60 MESES DE SALARIO INCREMENTOS DE MAS DEL 20%):*

ESTRACTADO (sic) *DE MI ESTADO DE LA AFP PREVISIÓN-BASE DE CALCULO* (sic) *DE TODAS LAS COTIZACIONES A LA AFP PREVISIÓN*

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
ENERO		5.000,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	6.178,50	
FEBRERO		5.000,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	6.178,50	
MARZO		3.926,66	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	1.068,43	
ABRIL		6.200,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00		
MAYO	2.433,75	6.200,00	6.646,20	7.532,36	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.210,00		
JUNIO	1.973,31	6.200,00	6.646,20	6.666,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.273,00		
JULIO	1.447,10	6.340,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50		
AGOSTO	1.973,31	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50		
SEPTIEMBRE	1.973,31	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50		
OCTUBRE	1.973,31	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.710,00	6.178,50		
NOVIEMBRE	1.973,31	6.879,16	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.460,00	6.178,50		
DICIEMBRE	5.000,00	6.500,00	6.646,20	6.649,60	6.649,60	6.649,60	6.210,00	6.178,50		

MARZO/2008
TRABAJE
SOLO 5 DÍAS

Siempre fui funcionario público: UMSA (5 a 11/2000) e INASES de Dic/2000 hasta el 5/Marzo/2008, ***OJO, la valoración técnica de esos 5 días de Marzo/2008 (fracción de salario) es el origen de los ERRORES cometidos por la AFP Previsión.***

SEGUNDO.- (LA AFP PREVISIÓN HA CALCULADO MAL EL PROMEDIO DE MIS ULTIMOS (sic) *24 TOTALES GANADOS O INGRESOS COTIZABLES QUE MANDA EL ART. 17° DEL REGLAMENTO APROBADO CON D.S. 822), que señala:*

"ARTÍCULO 17.- (PERÍODOS A CONSIDERAR). I. "Para el cálculo del Referente Salarial de Vejez o Referente Salarial Solidario se considerará el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables o los que el Asegurado tuviere,

efectivamente pagados a la Gestora con anterioridad al mes de solicitud de pensión, si fueran menos a veinticuatro (24), salvo lo determinado en el Artículo 18 siguiente.".

La Pag. (sic) *608 del* (sic) "***Aritmética" de A. Baldor.*** *En el Cap. de* ***"PROMEDIOS"*** *define* ***"La Regla del Término Medio tiene por objeto hallar un número medio entre <u>varios de la misma especie"</u>****.*

El Art. 17 señalado sin decirlo textualmente está refiriéndose por técnica a la ***Media Aritmética,*** *no a la Mediana, ni a la Moda, etc.,* ***que también son promedios,*** *está refiriéndose también en el nombre del Artículo (PERIODOS A CONSIDERAR) a LAPSOS DE TIEMPO DE LA MISMA ESPECIE = MESES = Totales Ganados o ingresos cotizables PROPORCIONALES, EQUIVALENTES de 30 días como "misma especie". Un técnico financiero, un técnico jurídico saben de este oficio, y* ***<u>no pueden prescindir de este único medio idóneo</u>*** *que da la Técnica.*

- *El INASES para pagar mis BENEFICIOS SOCIALES por Retiro Forzoso al 5/03/2008 obtuvo un PROMEDIO DE LOS TRES ULTIMOS* (sic) *TOTALES GANADOS DE Bs. 6.178.50. (Es válida está analogía jurídica?). Es decir retrocedieron 3 meses comerciales, porque sabían que mi Promedio se calculaba idóneamente solo a través de la técnica pertinente.*

- *La AFP PREVISIÓN SIN EL MÍNIMO CRITERIO TECNICO* (sic) *además de no aplicar la metodología, la técnica citada para calcular el promedio que manda el Art. 17 (D.S. 822), alegremente y sin el mayor reparo compara como EQUIVALENTES los 6.178.50 de 30 días de trabajo de Febrero/2008 con los 1.068.43 de 5 días de trabajo de Marzo/2008 (6.178.50 vs 1.068.43) = NO SE PUEDEN COMPARAR KILOS CON LIBRAS = PRIMERO CONVERTIR = PRIMERO MENSUALIZAR LOS 5 DIAS = PRIMERO RETROCEDER 60 DIAS COMERCIALES = etc..* (sic) *Sin hacer caso de la Técnica, obtiene como es lógico UN GARRAFAL RESULTADO mediante el cual concluye (sin decirlo abiertamente)* ***<u>que mi Total Ganado o Ingreso Cotizable en Marzo/2008 BAJÓ EN UN 82.71%</u>*** *y CON ESTE RESULTADO QUE NO ES UN INCREMENTO SINO UNA BAJA, UN DECREMENTO, sin el menor reparo ARBITRARIAMENTE aplica el Art. 18 (D.S. 822) que es reenvío reglamentario del 54 de la Ley 065 que textualmente dice: <u>a) Cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable SE INCREMENTE EN MÁS DE VEINTE POR CIENTO (20%) CON RESPECTO A PERÍODOS ANTERIORES</u>, el Referente Salarial Solidario y Referente Salarial de Riesgos contemplará un número mayor de periodos…"*

- *De la manera descrita en la gestión 2011, SE VULNERA MIS DERECHOS. Luego de mucho reclamo la nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 adjunta, confiesa el error al decir: "dicha variación (82.71%) se encuentra entre los periodos de febrero (Bs. 6.178.50) y marzo (Bs. 1.068.43) de 2008. No dice dicha baja, dicho decremento.*

  <u>TERCERO.- (LA DEFINICIÓN TÉCNICA DE "PROMEDIO" DEL BALDOR. FUNDAMENTA INCUESTIONABLEMENTE, QUE NO CORRESPONDE LA ARBITRARIA APLICACIÓN DEL ART.18 (D.S.822) Y ART. 54 (LEY 065) REALIZADA.</u>

  Si la AFP Previsión hubiera aplicado correctamente la Técnica pertinente para calcular el promedio que manda el Art.17 (D.S. 822), entonces habría valorado

idóneamente que mis Totales Ganados y/o Salarios Cotizables no se incrementaron en más del 20% con respecto a periodos anteriores, ni en los últimos 24 meses, ni en los últimos 60 meses. Ese error indujo a la ilegal aplicación del Art. 18 (D.S.822) que dice:

"Artículo 18° (VERIFICACIÓN DE TOTALES GANADOS O INGRESOS COTIZABLES). I. La Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) períodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial Solidario, así como respecto a aquellos comprendidos en el Período de Comparación. La comparación deberá efectuarse antes de la aplicación del mantenimiento de valor. II. Si la Gestora identifica una o más diferencias, deberá considerar la diferencia mayor tomando en cuenta periodos anteriores para el cálculo del Referente Salarial Solidario incrementando los mismos, conforme lo siguiente: a. En veinticinco por ciento (25%), cuando la diferencia se encuentre entre el veinte por ciento (20%) y el treinta por ciento (30%). b. En cincuenta por ciento (50%), cuando la diferencia sea mayor al treinta por ciento (30%) y menor o igual al cuarenta y cinco por ciento (45%). c. En setenta y cinco por ciento (75%), cuando la diferencia sea mayor al cuarenta y cinco por ciento (45%) y menor o igual al sesenta por ciento (60%). d. En cien por ciento (100%), cuando la diferencia sea mayor al sesenta por ciento (60%) y menor o igual al setenta por ciento (70%). e. En ciento cincuenta por ciento (150%), cuando la diferencia sea mayor al setenta por ciento (70%) y menor o igual al ochenta y cinco por ciento (85%). f. En doscientos por ciento (200%), cuando la diferencia sea mayor al ochenta y cinco por ciento (85%).

Este Articulo (sic) *18 es.* (sic) *PENALIZADOR castigador de SITUACIONES IRREGULARES que necesitan VERIFICACIÓN como su propio nombre lo señala (El diccionario de la lengua española dice que VERIFICAR es probar la verdad de lo dudoso). Y SANCIONADOR con 6 incisos de penalidades, cada uno más drástico, mientras más altos sean los incrementos.*

Pero algo que no consideró la AFP Previsión es el Art. 54 de la Ley 065, NORMA DE MAYOR JERARQUÍA de donde deviene constitucionalmente el Art. 18, condiciona el "CUANDO" se aplicará el Art. 18, dice textualmente:

"Artículo 54 (VERIFICACIÓN DEL REFERENTE SALARIAL). *Para el cálculo del Referente Salarial de Riesgos y Referente Salarial Solidario, se tomará en cuenta lo siguiente:* ***a) Cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable SE INCREMENTE EN MÁS DE VEINTE POR CIENTO (20%) CON RESPECTO A PERIODOS ANTERIORES****, el Referente Salarial Solidario y Referente Salarial de Riesgos contemplará un número mayor de periodos que serán determinados en reglamento.... "*

- *El Art. 18° del Reglamento aprobado con D.S. 822 es subalterno jurídicamente al 54° de la Ley 065, y no puede constitucionalmente ser beligerante ni incompatible al mandato superior del Art 54 de la Ley 065, y no lo es, la beligerante e incompatible es la interpretación y aplicación que hace la AFP Previsión.*

- *En la dirección del pensamiento del Dr. Jaime Moscoso que en su "Introducción al Derecho" dice "Estas normas beligerantes que no guardan fidelidad a las superiores, según los casos, son anulables (sentencias y resoluciones administrativas), y suspendidas en su aplicación (leyes y reglamentos inconstitucionales) mediante disposición expresa en favor de quienes las impugnaron fundadamente. Asimismo, puede establecerse la responsabilidad de los órganos que las dictaron.". Fundamentado en esta tautología jurídica, la desafortunada y errónea interpretación y aplicación realizada por la AFP Previsión del Art. 18 (DS 822) y del Art. 54 del la* (sic) *Ley 065 debe anularse.*

- *La AFP Previsión hizo una EQUIVOCADA lectura de este Art. 18 y de su mandato superior el Art. 54 de la Ley 065, si acaso la leyó, pues mi Total Ganado o Ingreso Cotizable como dije jamás se ha incrementado en más del 20% con respecto a periodos anteriores, ni en los últimos 24 meses, ni en el periodo de comparación que se extiende hasta los 60 meses. Basta ver el cuadro de salarios.*

- *Los Art. 54 de la Ley 065 y su reglamentario el Art. 18 (D.S. 822) son aplicables a salarios DUDOSOS QUE NECESITAN VERIFICACIÓN, NO A SALARIOS DE FUNCIONARIOS DEL ESTADO, porque el Estado no autoriza de manera general aumentos de esas proporciones. Sería una aberración jurídica que el propio Estado a través de sus propias normas, dude de sus propias decisiones. Está normativa es aplicable al sector privado, que puede subir arbitrariamente salarios, en la búsqueda de beneficios ilegales.*

*CUARTO.- (EL ORIGEN DE LOS ERRORES CITADOS A CONFESIÓN DE PARTE ESTAN MANIFIESTOS EN LA NOTA APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013)***.**

Como se dijo, la nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 cita: ***"dicha variación (82.71%) se encuentra entre los períodos de febrero (Bs. 6.178.50) y marzo (Bs.1.068.43) de 2008."*** *No afirma "dicho incremento del 82.71%", porque no es un incremento, es un decremento, es una baja, pero no del Total Ganado y/o del Salario Cotizables, sino de los días trabajados, calculados sobre el mismo Total Ganado. Denota incluso mala fé* (sic) *al mencionar "variación" porque sencillamente no hay incremento, es un decremento calculado sobre bases técnicas erradas.*

QUINTO.- (CON REFERENCIA A LAS CONSIDERACIONES LEGALES Y OTRAS QUE HACE LA R.A. 289/2014 EN SUS PAGINAS (sic) *6 ADELANTE INDICANDO QUE MI PERSONA HACE UNA INTERPRETACIÓN SESGADA DE LA NORMA***.**

1) R.A. 289/2014 Paq. (sic) ***6 "Que el Asegurado hace referencia al artículo 54 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (Ley 065) y al articulo*** (sic) ***18 del Decreto Supremo N° 822 de 16 de Marzo de 2011 (D.S. 822) indicando que, para el cálculo del Referente Salarial se contemplará un número mayor de periodos cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable se incremente en más de veinte por ciento (20%) y no así cuando existan diferencias mayores al veinte por ciento (20%)"***

COMENTARIO.- *No insinué tal cosa. A continuación transcribo lo que dije a propósito del Art 54 de la Ley 065 y del Art. 18 del Reglamento aprobado con D.S. 822.*

"TODA NORMA DEVIENE DE OTRA SUPERIOR (REENVIO), ASI SE ESTRUCTURA LA JERARQUIA (sic) *NORMATIVA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA EN EL ARTICULO* (sic) *410° DE NUESTRA LEY FUNDAMENTAL, EL REGLAMENTO APROBADO POR D.S. 822, DEVIENE DE LA LEY 065 Y ÉSTA A SU VEZ DE LA CONSTITUCION* (sic)*, NO ES POSIBLE AFECTAR ESTA PRIMACIA* (sic) *"TODA LEY RECIBE SU VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN".*

EL ART. 18° DEVIENE DEL ARTÍCULO 54° DE LA LEY 065 QUE SEÑALA: "Artículo 54 (VERIFICACION (sic) *DEL REFERENTE SALARIAL). Para el cálculo del Referente Salarial de Riesgos y Referente Salarial Solidario, se tomará en cuenta lo siguiente: a) Cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable SE INCREMENTE EN MÁS DE VEINTE POR CIENTO (20%) CON RESPECTO A PERÍODOS ANTERIORES, el Referente Salarial Solidario y Referente Salarial de Riesgos contemplará un número mayor de periodos que serán determinados en reglamento...." Su mandato es claro y terminante no da lugar a equivocaciones, salvo volitivas, menciona INCREMENTOS DE MAS* (sic) *DEL 20% (ENTIÉNDASE, NO ES MI CASO). El Art. 18° subalterno jurídicamente del 54° de la ley* (sic) *065, no puede ser beligerante ni incompatible al mandato superior del Art 54 de la Ley 065, y ciertamente no lo es, porque en su contenido dice "DIFERENCIAS MAYORES AL VEINTE POR CIENTO (20%)". El Dr. Jaime Moscoso en su "Introducción al Derecho" refería "Estas normas beligerantes que no guardan fidelidad a las superiores, según los casos, son anulables (sentencias y resoluciones administrativas), y suspendidas en su aplicación (leyes y reglamentos inconstitucionales) mediante disposición expresa en favor de quienes las impugnaron fundadamente. Asimismo, puede establecerse la responsabilidad de los órganos que las dictaron." El Art. 18 no es beligerante al Art. 54 de la Ley 065. LA ARBITRARIA INTERPRETACIÓN APLICADA ES LA BELIGERANTE Y ANTICONSTITUCIONAL además de violentar mis derechos."*

CONCLUSIÓN

- *LA ARBITRARIA INTERPRETACIÓN APLICADA ES LA BELIGERANTE Y ANTICONSTITUCIONAL además de violentar mis derechos." Por lo que se debe anular.*

2) R.A. 289/2014 Paq. (sic) ***6 "Que al respecto, si bien el citado artículo 54 indica incrementos en más de veinte por ciento (20%), el D.S. N° 822 y la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/032/2011 de 23 de mayo de 2011 (R.A.032/2011), establecen que la gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) periodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial, así como respecto a aquellos comprendidos en el periodo de comparación. Es decir que se deberán considerar las diferencias de los últimos (60) periodos, considerando que el periodo de Comparación corresponde a treinta y seis meses"***

COMENTARIO.- *La APS reconoce el texto del Art.54 de la Ley 065, pero no lo acata, aparentemente de manera Flagrante contradice la Jerarquía Normativa Constitucional establecida en el Artículo 410 de la CPE, haciendo más caso a Reglamentos y Resoluciones de menor rango.*

Las Leyes no indican, mandan, disponen, ordenan y están por encima de Reglamentos y Resoluciones. El Art. 54 de la Ley 065 ordena "Cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable SE INCREMENTE EN MÁS DE VEINTE POR CIENTO (20%) CON RESPECTO A PERÍODOS ANTERIORES, el Referente Salarial... contemplará un número mayor de periodos"

CONCLUSIONES

- *Existe una contradicción llamativa de este texto citado de la R.A. 289/2014 de la APS con su penúltimo considerando de la pag.8.*

- *Por un principio de subordinación constitucional, el Art. 18 del Reglamento aprobado con D.S. 822 y la R.A. 032-2011 (que no la conozco) para tener validez jurídica no deben contradecir el mandato del Art. 54 de la Ley 065.*

- *Mis Totales Ganados y/o Salarios Cotizables ni en los 24 últimos meses, ni en los 60 últimos meses se incrementaron en más de 20% con respecto a periodos anteriores*

3) R.A. 289/2014 Pag. (sic) ***6*** "***Que en este sentido, es importante aclarar que las diferencias establecidas en el citado Decreto para el cálculo del Referente Salarial, pueden ser positivas o negativas, con el objeto de que el mismo refleje el promedio salarial que corresponde al asegurado.***

COMENTARIO.- *Por este tipo de criterios, al inicio del presente recurso señalo que no acepto argumentos forzados, contradictorios, irrelevantes, carentes de apego al Derecho. La APS primero reconoce el texto del Art. 54 de la Ley 065, pero no lo acata y segundo ahora valida incrementos negativos (contradicción), ajustando a su antojo la interpretación del Art. 18 cuando su superior en grado el Art. 54 de la Ley 065 es claro y terminante.*

CONCLUSIONES

- *Coincido plenamente con la parte final del comentario de la APS del texto citado. El OBJETO U OBJETIVO FINAL DEBE SER REFLEJAR EL PROMEDIO SALARIAL QUE CORRESPONDE AL ASEGURADO. Los Beneficios Sociales que me pagó el INASES reflejan esta intencionalidad, la ilegal calificación de la AFP no responde a este criterio.*

- *Después de leer el contenido del Art. 54 de la Ley 065, su reglamentario el Art. 18 del Reglamento aprobado con D.S. 822, considerar la prelación jurídica de la Jerarquía Normativa del 410 de la CPE, sin mirar siquiera lo que dice la R.A. 032-2011 es "descabellado", sostener que los Incrementos de los Totales Ganados o Salarios Cotizables por encima del 20% con respecto a periodos anteriores pueden ser negativos (con el debido respeto del uso del término expresivo).*

- *Pero como dije: La arbitraria, injusta e ilegal aplicación del Art. 18 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 822, en el cálculo de mi referente salarial de vejez desde la gestión 2011, es la causa de mi inconformidad. Pero no lo es porque la*

normativa no sea clara (como lo demostré) sino sencillamente porque no se la interpreto (sic) *en su real imputación. EL ERROR TÉCNICO NACE EN EL CALCULO* (sic) *DEL PROMEDIO QUE MANDA EL ART. 17 DEL REGLAMENTO DEL D.S. 822. El error normativo en la ilegal aplicación del Art. 18 (DS 822) y Art. 54 (Ley 065).*

Respecto a los otros considerandos de la R.A 289/2014 (APS) que van por la misma línea de análisis de los anteriores expuestos, debo manifestar nuevamente que ratifico plenamente el contenido de mi Recurso Revocatorio y que los ARGUMENTOS, MOTIVOS Y RAZONES DE MI PETICIÓN, POR TODO LO SEÑALADO, ESTÁN ORIGINADOS EN EL ERROR TECNICO (sic) ***COMETIDO POR LA AFP PREVISIÓN EN EL CÁLCULO DEL PROMEDIO QUE ESTABLECE EL ART. 17 (DS 822) Y EN LA ARBITRARIA E ILEGAL APLICACIÓN DEL ART. 18 (DS 822) Y SU CORRESPONDIENTE ART. 54 DE LA LEY 065.***

Por cuanto una Normativa tiene un carácter Integral y está estructurada bajo una filosofía, ideología y principios comunes, sigo sosteniendo que las siguientes Definiciones y normativas complementan mis argumentos:

Definiciones del Art. 1º del Reglamento aprobado con D.S. 822.

Periodo de Comparación: Son los treinta y seis (36) ***meses*** *anteriores a los veinticuatro periodos considerados para el cálculo del Referente Salarial de Vejez.*

Salario Cotizable: Corresponde al salario sobre el cual el Asegurado efectivamente cotizó al Sistema de Reparto, aplicable para el cálculo de la CC, en un periodo de treinta (30) días. Cuando existieran salarios por un periodo menor, se deberá proceder a la ***mensualización*** *de los mismos.*

- *Está claro que lo sustantivo de Salario Cotizable Mensual y la Mensualización no son ajenos al Reglamento aprobado con D.S. 822. Existe una filosofía al respecto, una Doctrina.*

ARTÍCULO 91 (DS 822).- (DENSIDAD DE APORTES). ... II. Para la determinación de la Densidad de Aportes en la Prestación Solidaria de Vejez, se deberá considerar lo siguiente: a) ... b) El periodo con cotización menor a veinte (20) días no será considerado dentro la Densidad de Aportes.

R.A. APS/DPC/DJ/N° 032-2011 DE 23-05-2011

ART.58° (Proyecciones). "Las AFP no podrán otorgar proyecciones de Pensión de Vejez, ni de Pensión Solidaria de Vejez, ni brindar información sobre estimaciones, en tanto la APS no apruebe sus herramientas de proyección".

No es posible hacer gala de ***restringir derechos ni garantías*** *aunque sean temporales.* ***Invalidan el Debido Proceso****. La AFP Previsión por su deficiente cumplimiento de obligaciones postergo* (sic) *indebidamente mi derecho a tener la OPORTUNIDAD de gozar de mi prestación desde Agosto del 2011, no desde Marzo del 2012 como pido*

ahora. Es observable que hasta hoy no se hayan aprobado esas "herramientas de proyección".

PETITORIO (Petición de Revocatoria)

Por las razones y argumentos expuestos tanto en el presente Recurso Jerárquico así como en el Recurso Revocatorio previo y en todos sus antecedentes, los cuales los he representado desde la gestión 2011, mucho antes de la promulgación y publicación del DS 1888, permanentemente, como arbitrarios en su aplicación técnica e interpretación normativa, desde la primera notificación del rechazo de pago de mi pensión de jubilación en el mes de Agosto de 2011, por cuanto he considerado desde entonces que la calificación de mi Referente Salarial de Vejez ha sido contraria al procedimiento legal señalado, pre-juiciosa y atentatoria de mis derechos, porque además los cálculos técnicos de promedios y la mensualización de fracciones de salarios en la calificación de prestaciones tienen en el Derecho Laboral y de Seguridad Social una tradición con jurisprudencia, por lo que su inclusión en el DS. 1888 fue innecesario y altamente volitivo, por todo lo señalado que guarda correlación con mi caso, ***DEMANDO DE SU AUTORIDAD E INSTANCIA, DISPONGA SE CORRIJAN LOS EFECTOS DE SU RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N⁰ 146/2014, Y SU CONSECUENTE 289/2014*** *enmarcando la calificación de mi Referente Salarial* ***en las previsiones de los artículos 17 y 13*** *del decreto* (sic) *reglamentario 822, que posibilite el* ***pago de mi pensión de vejez con carácter retroactivo al mes de cumplimiento de las condiciones de ley (marzo/2012)****, arbitrariamente soslayadas con interpretaciones odiosas de la normativa pertinente.*

Esta petición la realizo al amparo de La (sic) *Ley de Procedimiento Administrativo 2341 de 23/04/2014, su D.S. Reglamentario 2341 (Art. 52 adelante) de 15/09/2003, y los art. 24 y 45 del Constitución Política del Estado*

OTROSI.- *Como anuncié oportunamente, ante la negativa extremaré los recursos extraordinarios que la Constitución Política del Estado me faculta, a objeto de reponer mis derechos que considero están siendo agraviados…*"

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

8.1. Documentación complementaria presentada por la Autoridad Recurrida.-

Toda vez que a solicitud del Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** y mediante auto de 1° de julio de 2014, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, documentación complementaria, lo mismo fue atendida mediante nota APS-EXT.DE/1977/2014, con fecha de recepción 8 de julio de 2014, cuando la Autoridad Recurrida señala los extremos siguientes:

"*…Esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS en fecha 04 de julio de 2014 ha recepcionado el Auto de 01 de julio de 2014, por el cual se requiere la documentación mencionada en el punto Primero del memorial de fecha 18 de junio de 2014, presentado por el Asegurado Fernando Monje Campos con CUA 31847432.*

Al respecto, sin perjuicio de la remisión de la documentación pertinente, se considera necesario realizar algunas precisiones relativas al caso de referencia, las cuales se expresan a continuación:

- *De acuerdo a las Definiciones y Terminología establecida en el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (D.S.0822), el Referente Salarial de Vejez corresponde al Referente Salarial Solidario de Vejez definido en la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (Ley N° 065), por lo que la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/032/2011 de 23 de mayo de 2011 (RA.032-2011) aplica el mismo cálculo para determinar ambos Referentes Salariales.*

- *El artículo 54 de la Ley N° 065 indica que, para el cálculo del Referente Salarial Solidario, se deben considerar los incrementos en más de veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables, el D.S. 0822 y la R.A. 032-2011 establecen que, la Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) periodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial, así como respecto a aquellos comprendidos en el periodo de comparación. Es decir que, se deberán considerar las diferencias de los últimos sesenta (60) periodos, tomando en cuenta que el Periodo de Comparación corresponde a treinta y seis (36) meses.*

  Es importante aclarar que, el D.S. 0822 se refiere a "diferencias mayores al..." por lo que se entendería que éstas, pueden ser positivas o negativas, con el objeto de que el mismo refleje el promedio salarial que corresponde al Asegurado.

- *El artículo 18 del D.S.0822 hace referencia a las diferencias de los Totales Ganados o Ingresos Cotizables sin mencionar que éstos deban ser mensualizados, por lo que pueden corresponder a treinta (30) ó menos días. Por otra parte, se debe aclarar que los periodos de cotización menores a veinte (20) días son considerados para el cálculo del Referente Salarial; sin embargo no son incluidos en la Densidad de Aportes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 91 del D.S.0822.*

Considerando lo citado precedentemente, se emitió la nota APS/DPC/2737/2011 de 22 de agosto de 2011 (copia adjunta), en la cual se explica al Sr. Monje que no accede a la Pensión de Vejez debido a que no financia el 60% de su Referente Salarial; asimismo se adjunta copia de la pantalla de BBVA Previsión AFP S.A. del cálculo de Pensión de Vejez de fecha 27/07/2011, copia del Formulario de Recepción de Trámite de Vejez, Cálculo del Referente Salarial del Sr. Monje y copia de la notificación de rechazo.

Respecto al artículo 90 del D.S.0822 citado por el Sr. Monje en su memorial de fecha 18 de junio de 2014, corresponde señalar que éste determina el proceso que debe realizar la Gestora para la verificación de requisitos de acceso a la Prestación de Vejez y no así "para la arbitraria aplicación del artículo 18 del D.S. N° 822", como señala el Sr. Monje.

Es importante señalar que, en fecha 03 de febrero de 2014 se promulga el Decreto Supremo N° 1888, el cual establece la diferenciación del cálculo del Referente Salarial

Solidario y el Referente Salarial de Vejez, el cual considera solamente los últimos 24 Totales Ganados o Ingresos Cotizables, asimismo los Totales Ganados que correspondan a menos de treinta (30) días calendario, que cuenten con la declaración de novedad en el Formulario de Pago de Contribuciones, deberán ser mensualizados. Cabe indicar que dichas modificaciones se aplican a partir de la promulgación del citado Decreto, es decir a partir del 03 de febrero de 2014, no pudiendo estas determinaciones ser de carácter retroactivo…"

En concreto, la documentación complementaria adjunta es la siguiente:

- **Nota APS/DPC/2737/2011 de 22 de agosto de 2011:** emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dirigida al señor **FERNANDO MONJE CAMPOS**, que señala:

  "*…Nos dirigimos a usted en respuesta a su nota recibida en fecha 11 de agosto de 2011, en la que solicita información acerca del rechazo de su trámite de Prestación de Vejez.*

  Previamente, corresponde citar la norma referida a la Prestación de Vejez que corresponde a su caso:

  Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010, Artículo 8 (Condiciones de Acceso). *"El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*

  ... b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

  i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,

  ii. El monto necesario para financiar los gastos funerarios y,

  iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

  c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes.

  De acuerdo a la información de BBVA Previsión AFP S.A., usted no puede acceder a la Prestación de Vejez debido a que a la fecha de solicitud de pensión, posee 55 años y financia una Pensión de 40,56% de su Referente Salarial, de acuerdo a los siguientes datos:

- *Referente Salarial: Bs. 9.466,01*
- *Pensión de Vejez: Bs. 3.839,59*

Como señala el inciso b) del artículo 8 de la Ley N° 065, usted requiere financiar por lo menos una pensión del 60% de su Referente Salarial.

En este sentido para acceder a la Prestación de Vejez, usted puede realizar aportes sobre un Salario Mínimo Nacional con el objeto de disminuir su Referente Salarial o esperar a los 58 años de edad en el marco de lo establecido en el inciso c) del articulo (sic) *8 de la citada Ley…*"

- **Impresión de Pantalla del cálculo de Pensión por Jubilación,** que establece un monto de Pensión de Bs. 3,839.59.

- **Formulario de Recepción de Trámite de Vejez o Muerte,** número 31967, emitido en la ciudad de Cochabamba, en fecha 27 de julio de 2011.

- **Hoja de Cálculo de Referente Salarial de Vejez,** emitido el 27 de julio de 2011, cuyo Referente Salarial corresponde a Bs. 9,466.01.

- **Nota PREV-PR JUB 1897/11 de 4 de agosto de 2011**, dirigida por BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. al Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**, que señala:

  "*…En cumplimiento a la Nueva Ley de Pensiones N° 065 y su Decreto Supremo Reglamentario N° 822, le informamos que su trámite ha sido rechazado por no cumplir los requisitos establecidos.*

  Solicitamos apersonarse por nuestras Oficinas a recoger su documentación e iniciar un nuevo trámite cuando corresponda…"

8.2. Documentación complementaria presentada por el Asegurado recurrente.-

Mediante nota 9 de julio de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** adjuntó fotocopia de su Finiquito, señalando lo siguiente:

"*…En la mañana de hoy y tal cual estaba programado, estuve presente en la Audiencia de exposición oral de mis fundamentos relativos al Recurso Jerárquico que presente y cursa en sus dependencias.*

Adjunto en fs. 3 el contenido general de la exposición así como una fotocopia del Finiquito de mis Beneficios Sociales por el Retiro Forzoso del Instituto Nacional de Seguros de Salud al 5 de Marzo del 2008, mismo que desvirtúa técnicamente la Calificación realizada por la AFP Previsión en el tratamiento de mis salarios y promedios, pues no pueden existir concomitantemente dos enfoques para el tratamiento del mismo tema laboral y de Seguridad Social.

Para conocimiento de actuaciones administrativas señalo forma de comunicación, mi Celular 71706186, mi Teléfono Fijo 4314363 Cochabamba. Solicito considerar estos medios por cuanto estoy domiciliado en el Municipio de Tiquipaya Cochabamba…"

9. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 9 de julio de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** mediante memorial de 18 de junio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme a la nota de 2 de octubre de 2013 y al memorial de 28 de noviembre del mismos año, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** solicitó el recálculo de su Referente Salarial a marzo de 2012, toda vez que a decir del mismo, la falta de asesoramiento de BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. le habría ocasionado la postergación injusta de la percepción de su Pensión de Vejez desde el mes de abril de 2012; asimismo señaló -entre otros argumentos- que la Administradora de Fondos de Pensiones habría aplicado ilegalmente la normativa de la materia, en contraposición a lo determinado por la Ley No. 065 (de Pensiones).

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 de 18 de diciembre de 2013, comunicó al Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** que: "*no corresponde instruir a BBVA Previsión AFP S.A. otorgue el pago de su Pensión de Vejez desde el mes de abril de 2012, ya que a dicha fecha* (…) *no cumplía con los requisitos establecidos en la norma vigente para acceder a la misma*".

El extremo determinó que, mediante memorial presentado en fecha 28 de enero de 2014, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** solicitó el recálculo de su Referente Salarial de Vejez, considerando el retroactivo correspondiente -de acuerdo a su criterio-, y "*caso contrario*", requirió se emita una Resolución Administrativa definitiva.

Emergente de ello, en fecha 26 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 146-2014, rechazó la solicitud de corrección del Referente Salarial de Vejez presentada por el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**, por lo que por nota presentada el 27 de noviembre

de 2013, el mismo Asegurado interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa precitada, la que por su efecto fuera confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014, y contra la cual, el recurrente interpuso el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, importa revisar la normativa aplicable al caso de autos como sigue:

- **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.-**

"…***Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO).*** *El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*

a) Independientemente de su edad, siempre y cuando no haya realizado aportes al Sistema de Reparto y financie con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez.
ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes.

Artículo 9 (COMPOSICIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ). *La Pensión de Vejez, está compuesta por la Fracción de Saldo Acumulado y la Compensación de Cotizaciones cuando corresponda* (…)

Artículo 54 (VERIFICACIÓN DEL REFERENTE SALARIAL). *Para el cálculo del Referente Salarial de Riesgos y Referente Salarial Solidario, se tomará en cuenta lo siguiente:*

a. Cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable se incremente en más de

veinte por ciento (20%) con respecto a períodos anteriores, el Referente Salarial Solidario y Referente Salarial de Riesgos contemplará un número mayor de periodos que serán determinados en reglamento.

b. *Cuando existan menos de cinco (5) Totales Ganados reportados a la Gestora Pública de la Seguridad Social, se deberá efectuar una verificación documental* (…)

Artículo 84 (FINANCIAMIENTO DE LA PESIÓN DE VEJEZ). *La Pensión de Vejez se financia con la Fracción de Saldo Acumulado y la Compensación de Cotizaciones cuando corresponda…*"

Anexo de la Ley N° 065 de Pensiones - Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones.-

"…***Fracción de Saldo Acumulado:*** *Es la fracción de la Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas, financiad por la Cotización Mensual del 10% sobre el Total Ganado o Ingreso Cotizable del Asegurado Dependiente y Asegurado Independiente respectivamente, las Cotizaciones Adicionales más los rendimientos generados por éstas y otros* (…)

Referente Salarial de Vejez: *Es el monto que se utiliza para la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos para otorgar la Prestación de Vejez y la Pensión por Muerte derivada de ésta, correspondiente al promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados y/o Ingresos Cotizables, de acuerdo a reglamento* (…)

Referente Salarial Solidario: *Es el monto que se utiliza como referencia para el cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez y la Pensión por Muerte derivada de ésta en el Régimen Semicontributivo del Sistema Integral de Pensiones, correspondiente al promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables, de acuerdo a reglamento* (…)

Saldo Acumulado: *Es el conjunto de recursos acreditados en la Cuenta Personal Previsional de cada Asegurado, los rendimientos generados y otros* (…)

Total Ganado: *Es la suma de todos los sueldos, salarios, jornales, sobre-sueldos, horas extras, categorizaciones, participaciones, emolumentos, bonos de cualquier clase o denominación, comisiones, compensaciones en dinero y en general toda Comisión que se obtiene como ingresos mensuales, por un Asegurado con dependencia laboral, antes de deducción de impuestos…*"

- **Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.-**

Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios (Reglamento aprobado

por el Decreto Supremo N° 0822).-

"…***ARTÍCULO 1.- (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA).*** *Las definiciones establecidas en la Ley N° 065, de 10 de febrero de 2010, de Pensiones, son aplicables en el presente reglamento.*

Para los efectos del presente Reglamento, se establece las siguientes definiciones: (…)

- ***Referente(s) Salarial(es):*** *Es el Referente Salarial de Riesgos, Referente Salarial de Vejez y Referente Salarial Solidario, o cualquiera de ellos.*

- ***Referente Salarial Solidario de Vejez:*** *Corresponde al Referente Salarial de Vejez definido en la Ley de Pensiones…*" (**Derogado por el Decreto Supremo No. 1888 de 04 de febrero de 2014**) (…)

ARTÍCULO 13.- (CÁLCULO DE REFERENTES SALARIALES).

A efectos del cálculo de los Referentes Salariales en cualquier prestación o pensión, la Gestora considerará el siguiente procedimiento: (…)

d) Dividir el Total Ganado o Ingreso Cotizable de cada mes a partir de diciembre de 2001 entre el valor de la UFV publicado por el BCB, del último día del mes al que corresponde el Total Ganado o Ingreso Cotizable, a excepción de los últimos doce (12) meses considerados en los cálculos anteriores al a solicitud de la Pensión.

e) Los Totales Ganados o Ingresos Cotizables de los últimos doce (12) meses anteriores a la solicitud de la Pensión, se deberán mantener en bolivianos, sin mantenimiento de valor.

f) Los Totales Ganados o Ingresos Cotizables expresados en UFV correspondientes a los incisos c) y d) anteriores, deben multiplicarse por el valor de la UFV del último día del mes anterior a la fecha de solicitud, a efecto de obtener los Totales Ganados o Ingresos Cotizables expresados en bolivianos.

g) *Los Totales Ganados o Ingresos Cotizables expresados en bolivianos correspondientes a los incisos e) y f) anteriores, deberán sumarse para luego dividirse entre el número de periodos considerados* (**Modificado por el Decreto Supremo No. 1888 de 04 de febrero de 2014**) (…)

ARTÍCULO 17.- (PERÍODOS A CONSIDERAR).

I. *Para el cálculo del Referente Salarial de Vejez o Referente Salarial Solidario se considerará el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables o los que el Asegurado tuviere, efectivamente pagados a la Gestora con anterioridad al mes de solicitud de pensión, si fueran menos a veinticuatro (24), salvo lo determinado en el Artículo 18 siguiente* (**Modificado por el Decreto Supremo No. 1888 de 04 de febrero de 2014**).

ARTÍCULO 18.- (VERIFICACIÓN DE TOTALES GANADOS O INGRESOS COTIZABLES).

I. *La Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) períodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial Solidario, así como respecto a aquellos comprendidos en el Período de Comparación. La comparación deberá efectuarse antes de la aplicación del mantenimiento de valor.*

II. *Si la Gestora identifica una o más diferencias, deberá considerar la diferencia mayor tomando en cuenta periodos anteriores para el cálculo del Referente Salarial Solidario incrementando los mismos, conforme lo siguiente:*

a) En veinticinco por ciento (25%), cuando la diferencia se encuentre entre el veinte por ciento (20%) y el treinta por ciento (30%).

b) En cincuenta por ciento (50%), cuando la diferencia sea mayor al treinta por ciento (30%) y menor o igual al cuarenta y cinco por ciento (45%).

c) En setenta y cinco por ciento (75%), cuando la diferencia sea mayor al cuarenta y cinco por ciento (45%) y menor o igual al sesenta por ciento (60%).

d) En cien por ciento (100%), cuando la diferencia sea mayor al sesenta por ciento (60%) y menor o igual al setenta por ciento (70%).

e) En ciento cincuenta por ciento (150%), cuando la diferencia sea mayor al setenta por ciento (70%) y menor o igual al ochenta y cinco por ciento (85%).

f) En doscientos por ciento (200%), cuando la diferencia sea mayor al ochenta y cinco por ciento (85%) **(Modificado por el Decreto Supremo No. 1888 de 04 de febrero de 2014)**…"

2.2. Consideraciones previas.-

A efectos de ingresar al análisis del caso de autos, importa traer a colación los antecedentes del trámite presentado por el Asegurado (hoy recurrente) **FERNANDO MONJE CAMPOS**, conforme se procede a continuación:

En fecha 27 de julio de 2011, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** suscribió en BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., el Formulario de Recepción de Trámite de Vejez.

El cálculo del Referente Salarial de Vejez, a la fecha de solicitud (27 de julio de 2011), consideró los sesenta (60) últimos aportes efectuados por el Asegurado, de abril de 2003 a marzo de 2008, debido a que la Administradora de Fondos de Pensiones detectó una variación mayor al veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados en los meses de febrero y marzo de 2008 (últimos dos meses), que a decir del Asegurado, ese último mes corresponde sólo a cinco (5) días de trabajo.

La impresión de la pantalla de cálculo de Pensión de Jubilación, emitida por BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones y remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS-EXT.DE/1977/2014 de 7 de julio de 2014, reporta entre otros, los siguientes datos:

- Fecha de nacimiento : 18/01/1956
- Edad : 55 años
- Monto de C.C. Mensual : 3,214.66
- Pensión AFP : 624.93
- Pensión SSO : 3,839.59
- Capital Acumulado : 112,382.68
- N° Períodos SSO : 94
- N° Períodos Reparto : 173
- Salario Base : 9,466.01
- Pensión Base : 5,679.61
- Capital Necesario : 440,775.68

BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., mediante nota PREV-PR JUB 1897/11 de 4 de agosto de 2011, notificó el rechazo del trámite al Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**, por no cumplir con los requisitos establecidos en normativa vigente.

Mediante nota APS/DPC/2737/2011 de 22 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros comunicó al Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** que no puede acceder a la Prestación de Vejez, debido a que a la fecha de solicitud de pensión, contaba con 55 años y financiaba una Pensión de 40.56% de su Referente Salarial y para poder acceder a la Prestación de Vejez, podía realizar aportes sobre un Salario Mínimo Nacional, con el objeto de disminuir su Referente Salarial o esperar a los 58 años de edad.

El Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** solicitó el recálculo de su Referente Salarial y el pago de la Pensión de Vejez desde el mes de abril de 2012, sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DPC/9875/2013 de 18 de diciembre de 2013, comunicó al Asegurado que no es posible atender su solicitud, toda vez que a abril de 2012, no financiaba una Pensión de Vejez igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez, incumpliendo uno de los requisitos establecidos en norma para acceder a la Prestación de Vejez.

2.3. De la impugnación planteada.-

A efectos de entrar en la compulsa correspondiente, es pertinente dividir el análisis en los temas centrales que hacen al Recurso Jerárquico, presentado por el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**, conforme sigue a continuación:

2.3.1. Del cálculo del Referente Salarial de Vejez.-

2.3.2.1. De la mensualización.-

El Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** señala que BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., realizó un mal el cálculo del promedio de sus Totales Ganados, toda vez que -"*sin el mínimo criterio técnico*", a su decir- consideró como equivalentes para

el cálculo, los montos correspondientes a los meses de febrero/2008 y marzo/2008, cuando el primero corresponde a un mes completo de trabajo (Bs 6.178,50) y el segundo mes equivale a cinco (5) días de trabajo (Bs 1.068,43), debiendo haberse considerado Totales Ganados equivalentes y para ello, proceder a la mensualización del último período.

Al respecto, compulsado el expediente, de su contrastación con los argumentos presentados por el recurrente, así como los fundamentos expuestos por la entidad recurrida, se tiene que:

- De la revisión a la Hoja de Cálculo del Referente Salarial de Vejez (remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS.EXT-DE/1977/2014 de 7 de julio de 2014), BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. realizó el cálculo del Referente Salarial de Vejez, considerando los últimos sesenta (60) **Totales Ganados**, anteriores a la fecha de solicitud del Asegurado, cálculo que incluye el Total Ganado de Bs1.068,43, correspondiente a cinco (5) días de trabajo en el mes de marzo de 2008 (conforme al Finiquito emitido el 17 de marzo de 2008).

- Por lo tanto, para el cálculo del Referente Salarial de Vejez, BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. consideró para el mes de marzo de 2008 un Total Ganado de Bs1.068,43, el cual fue expresado en UFV al tipo de cambio del 31 de marzo de 2008 (1.32548 UFV) y expresado en Bolivianos al tipo de cambio de UFV de 1.65167, obteniendo un monto de Bs1331.36.- para el mes de marzo de 2008, que fue sumado a todos los Totales Ganados anteriores y dividido entre los sesenta (60) periodos considerados, calculando un Referente Salarial de Vejez de Bs9.466,01.- .

Ahora bien; subsumiendo dichos antecedentes a la normativa aplicable, se tiene que el entonces vigente artículo 13 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 -transcrito supra -, establecía el procedimiento para la obtención del Referente Salarial de Vejez, como sigue:

- Dividir el **Total Ganado** o Ingreso Cotizable **de cada mes,** entre el valor de la UFV publicado por el Banco Central de Bolivia, del último día del mes al que corresponde el Total Ganado o Ingreso Cotizable, a excepción de los últimos doce (12) meses considerados en los cálculos anteriores a la solicitud de la Pensión.

- Los Totales Ganados o Ingresos Cotizables expresados en UFV, deben multiplicarse por el valor de la UFV del último día del mes anterior a la fecha de solicitud, a efecto de obtener los Totales Ganados o Ingresos Cotizables expresados en bolivianos.

- Los Totales Ganados o Ingresos Cotizables expresados en bolivianos, deberán sumarse para luego dividirse entre el número de periodos considerados.

Nótese que la condicionante para el cálculo, establecida por el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 822 (artículo 13), es el Total Ganado, el cual, de acuerdo al Anexo a la Ley N° 065 de Pensiones (*Glosario de Términos Previsionales del SIP*), corresponde a la suma de todos los sueldos, salarios, comisiones, etc., que obtiene como **ingreso mensual** el

Asegurado con dependencia laboral, definición que no discrimina y menos considera la cantidad de días trabajados.

Por lo tanto, independientemente que el Total Ganado corresponda a un mes de trabajo o a días trabajados, el -entonces vigente- artículo 13 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, establecía que dicho monto debió ser considerado para el cálculo del Referente Salarial de Vejez, sin tomar en cuenta ninguna mensualización.

Por otro lado (y en base a los argumentos presentados por el recurrente), importa precisar que el artículo 1 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (definiciones y terminología), establece que para el cálculo de la Compensación de Cotizaciones cuando existieran **salarios** por un periodo menor a treinta (30) días, se debe proceder a la mensualización de los mismos. Al respecto, el Asegurado debe tener en cuenta que el **Salario Cotizable** corresponde a aportes realizados al Sistema de Reparto, no a aportes efectuados en la Seguridad Social de largo plazo o al Sistema Integral de Pensiones, por lo que dicho concepto no es aplicable para el cálculo del Referente Salarial.

Entonces, congruentemente con lo desarrollado, se establece que si bien el Total Ganado en marzo de 2008 corresponde a cinco (5) días de trabajo, la norma vigente aplicable a la fecha de solicitud (27 de julio de 2011), no admitía para el cálculo del Referente Salarial de Vejez mensualización alguna de periodos menores a treinta (30) días, sino por el contrario, se consideraba al **Total Ganado percibido.**

En tal sentido, debido a que el Total Ganado (ingreso mensual) que percibió el Asegurado en el mes de marzo de 2008, es de Bs1.068,43.-, independientemente de si dicho monto corresponde a un mes o a días trabajados, correspondía que el mismo sea actualizado al tipo de cambio de UFV, sin mensualizar.

Por lo tanto, se concluye enfáticamente que, conforme a la normativa vigente a la fecha de cálculo, no existía la posibilidad de mensualizar un Total Ganado que correspondía a menos de treinta días -cuál es el caso de autos-, habiéndose introducido dicha modificación recién a partir de la emisión y publicación del Decreto Supremo No. 1888 de 4 de febrero de 2014 (artículo 13, texto ordenado), determinación que no tiene carácter retroactivo al no estar expresamente prevista en dicha norma.

El extremo último ha sido explicitado por la propia Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Circular APS/DPC/DJ/N° 36-2014 de 25 de febrero de 2014, por la cual se estableció que el cálculo del Referente Salarial de Vejez, conforme a lo previsto en el Decreto Supremo N° 1888, se aplicará a toda solicitud de Pensión de Vejez cuya fecha sea igual o posterior al **4 de febrero de 2014**, por lo que, al no tener efecto retroactivo, no es aplicable a casos como el presente, toda vez que la suscripción del Formulario de Recepción del Trámite y al cálculo del Referente Salarial de Vejez se realizó el 27 de julio de 2011.

A mayor abundamiento: se debe considerar lo establecido en el artículo 123° de la Constitución Política del Estado, referente a la positivización del principio de retroactividad de la norma, conforme a continuación se lo transcribe:

> "…***Artículo 123°***

La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución..."

Precepto normativo del que se concluye, que la retroactividad de la norma que se da en materia social cuando así lo determine expresamente la norma; se entiende que la retroactividad, como excepción a la regla, debe estar prevista de manera expresa, puesto que toda norma que nace a la vida jurídica, contiene un ámbito temporal de aplicación y que rige para lo venidero; la irretroactividad de la norma tiene el componente de regla general, y una excepción a ello (para su aplicación en un caso como el presente) no ha sido prevista en el Decreto Supremo N° 1888.

Finalmente, no se debe olvidar que todas las personas, al amparo de la Constitución Política del Estado Plurinacional, se encuentran obligadas a dar cumplimiento a la Constitución y a las disposiciones legales, sin excepción.

2.3.2.2. De los periodos a considerar en el Referente Salarial de Vejez.-

El Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** asevera que, la Entidad Reguladora aplicó erróneamente el artículo 18 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, al no considerar el artículo 54 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), debido a que en el cálculo de su Referente Salarial de Vejez, no debió considerar el incremento de periodos, al no existir un incremento en más del veinte por ciento (20%) del Total Ganado entre el mes de febrero de 2008 y marzo de 2008, ni en los últimos veinticuatro (24) meses, ni en los últimos sesenta (60) meses, forzando sus argumentos la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -según el recurrente-, al señalar que la determinación de la norma prevé una diferencia positiva o negativa, cuando la Ley No. 065 sólo restringe dicha diferencia a un incremento.

Al respecto, el artículo 54 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones -transcrito ut supra-, dispone que cuando el Total Ganado o Ingreso Cotizable **se incremente en más del veinte por ciento (20%)** con respecto a períodos anteriores, el Referente Salarial Solidario contemplará un número mayor de periodos que serán determinados en reglamento.

Para tal efecto, los artículos 17 y 18 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (hoy modificados), determinaban que, para el cálculo del Referente Salarial de Vejez, se considerará el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados o Ingresos Cotizables o los que el Asegurado tuviere, **salvo que se identifiquen diferencias mayores al veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables, correspondientes a los veinticuatro (24) períodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial Solidario, así como respecto a aquellos comprendidos en el Período de Comparación**.

Asimismo establece que, si se identifica una o más diferencias, se debe considerar la diferencia mayor, tomando en cuenta periodos anteriores para el cálculo del Referente

Salarial Solidario, incrementando los mismos en función a los porcentajes determinados en dicho artículo.

Siguiendo la base normativa que hace a la materia, si bien la norma menciona el Referente Salarial Solidario, **importa precisar** que, de acuerdo a la definición entonces vigente y establecida en el artículo 1 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, el Referente Salarial Solidario de Vejez correspondía al Referente Salarial de Vejez definido en la Ley N° 065 de Pensiones, determinando por lo tanto, que los artículos 17 y 18 del señalado Reglamento, se aplicaban tanto para el Referente Salarial de Vejez, como para el Referente Salarial Solidario de Vejez.

Ahora bien, entrando a la compulsa misma del caso de autos, para el cálculo del Referente Salarial de Vejez del Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**, se debió considerar el promedio de los últimos veinticuatro (24) Totales Ganados anteriores a la fecha del Formulario de Recepción del Trámite; sin embargo, al existir una diferencia de ochenta y dos punto setenta y uno por ciento (82.71%), entre los Totales Ganados en los meses de febrero de 2008 (Bs6.178,50) y marzo de 2008 (Bs1.068,43), la Administradora de Fondos de Pensiones aplicó lo establecido en el inciso e) del parágrafo II, del artículo 18 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822.

Es decir, BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. realizó el cálculo del Referente Salarial de Vejez, incrementando los periodos en ciento cincuenta por ciento (150%) o a treinta y seis (36) periodos adicionales a los veinticuatro (24) iniciales, haciendo un total de sesenta (60) periodos a considerarse, recorriendo de esta manera hasta el mes de abril de 2003, e incluyendo el mes de marzo de 2008, tal como se evidencia en la Hoja de Cálculo de Referente Salarial de Vejez, remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS-EXT.DE/1977/2014 de 7 de julio de 2014.

Conforme se vio precedentemente, el inciso a) del artículo 54, de la Ley N° 065 de Pensiones, determina un **incremento en más del veinte por ciento (20%)** entre Totales Ganados anteriores, asimismo, es importante aclarar que el mismo fue reglamentado por los artículos 17 y 18 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, que determinan su aplicación cuando existan **diferencias mayores al veinte por ciento (20%),** entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables, diferencias que pueden darse en doble sentido y que en el caso de autos si bien es mayor al veinte por ciento (20%) entre el Total Ganado en el mes de febrero de 2008 y el mes de marzo de 2008, **la misma se debió a un incremento** si tomáramos como base el mes anterior, es decir, si para efectos del cálculo, recorremos desde el último Total Ganado (marzo de 2008) hacia atrás, y ello es producto de los cinco (5) días trabajados en el mes de marzo de 2008, análisis que no ha merecido una respuesta debidamente fundamentada por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pese a que hace a su obligación el pronunciarse sobre todas las pretensiones del recurrente.

Es más la Autoridad Reguladora en su propia fundamentación, presenta extremos contradictorios, evidenciado ello en los siguientes actos:

- **Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014**

"…*Que al respecto, si bien el citado artículo 54 indica incrementos en más de veinte por ciento (20%), el D.S. N°822* ***y la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/032/2011 de 23 de mayo de 2011 (R.A. 032-2011)****,* ***establecen que la Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%),*** *entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) periodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial, así como respecto a aquellos comprendidos en el periodo de comparación. Es decir que se deberán considerar las diferencias de los últimos sesenta (60) periodos, considerando que el Periodo de Comparación corresponde a treinta y seis (36) meses.*

Que en este sentido, es importante aclarar ***que las diferencias establecidas en el citado Decreto para el cálculo del Referente Salarial, pueden ser positivas o negativas,*** *con el objeto de que el mismo refleje el promedio salarial que corresponde al Asegurado* (…)

…*Al respecto,* ***corresponde aclarar*** *que la verificación de Totales Ganados o Ingresos Cotizables,* ***se refiere a la identificación de las diferencias mayores al veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables, y los periodos que serán considerados para el cálculo del Referente Salarial***(…)

…*Que finalmente el señor Monje solicita que esta Autoridad revoque la R.A.146-2014 y se realice el cálculo de su Referente Salarial de Vejez de acuerdo a lo señalado en los artículos 13 y 17 del D.S. 822. Al respecto,* ***no corresponde dar curso al requerimiento del Asegurado toda vez que la R.A. 146-2014, ha sido emitida en el marco de la norma vigente***…"
(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Nota APS-EXT.DE/1977/2014, con fecha de recepción 8 de julio de 2014**

"…*El artículo 54 de la Ley N° 065 indica que, para el cálculo del Referente Salarial Solidario,* ***se deben considerar los incrementos en más de veinte por ciento (20%) entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables, el D.S. 0822 y la R.A. 032-2011 establecen que, la Gestora deberá identificar las diferencias mayores al veinte por ciento (20%), entre los Totales Ganados o Ingresos Cotizables correspondientes a los veinticuatro (24) periodos utilizados para el cálculo del Referente Salarial, así como respecto a aquellos comprendidos en el periodo de comparación****. Es decir que, se deberán considerar las diferencias de los últimos sesenta (60) periodos, tomando en cuenta que el Periodo de Comparación corresponde a treinta y seis (36) meses.*

Es importante aclarar que, el D.S. 0822 se refiere a "diferencias mayores al..." por lo que se entendería que éstas, pueden ser positivas o negativas, *con el objeto de que el mismo refleje el promedio salarial que corresponde al Asegurado*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme se puede observar de la transcripción total de la fundamentación y de los párrafos traídos a colación en el presente considerando, la Autoridad Reguladora expresa sus fundamentos de manera contradictoria, al aseverar por una parte que, para considerar mayor cantidad de periodos en el cálculo del Referente Salarial de Vejez, la comparación comprenderá la identificación de diferencias mayores al veinte por ciento (20%), y por otro lado refiere que dichas diferencias pueden ser positivas o negativas; peor aún, realiza esta segunda afirmación sin establecer el marco legal que la sustente, haciendo entrever que son dos procedimientos distintos, llegando inclusive a dudar de su propia determinación al señalar: "*que se entendería*" que las diferencias "*pueden*" ser positivas o negativas.

Esta situación nos conlleva a determinar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no podía haber concluido aceptando o negando un derecho, si no había presentado cual el debido proceso le mandaba, a expresar de manera clara y coherente la debida fundamentación legal, y no como ocurrió, limitarse a mencionar con el carácter incierto que importa el condicional pospretérito "*se entendería*" o el "*puede ser*", que la diferencia es positiva o negativa, olvidándose del análisis integral de la norma, el procedimiento que se aplica y todo ello que engloba la debida fundamentación, en torno al planteamiento formulado por el recurrente sobre la inaplicabilidad de considerar una diferencia menor al veinte por ciento (20%), por imperio de la Ley No. 065 y cuando dicha diferencia surge del pago de cinco (5) días de trabajo.

Por lo que, la Autoridad Reguladora no debió abstraerse de los argumentos presentados por el recurrente, los que debieron ser considerados y resueltos con el debido argumento legal, bajo la premisa de otorgar la garantía del debido proceso, reconocida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia, por la cual se exige a la Administración Pública, la debida motivación, obligando ineludiblemente -dice el Derecho- a quien conozca de un reclamo o solicitud, a exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, debe analizar y establecer la norma que sustenta la misma, a efectos de que quien solicita, reclame o impugne la decisión, la conozca y comprenda a ciencia cierta.

Asimismo, y en la misma línea de razonamiento jurisprudencial, se debe enfatizar que la debida y suficiente fundamentación de los pronunciamientos, supone exponer no sólo el razonamiento al que se ha arribado, sino respaldar el mismo con las normas jurídicas tanto sustantivas como adjetivas que sean aplicables al caso por resolverse, cual -conforme lo visto- no sucedió en el caso de autos, implicando una transgresión al debido proceso, lo que justifica la decisión que sale en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.3.2. Del acceso a la Pensión de Vejez.-

El artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones transcrito ut supra, establece que el Asegurado podrá acceder a la Prestación de Vejez, siempre y cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

a) **Independientemente de la edad**, siempre y cuando el Asegurado **no cuente con aportes al Sistema de Reparto** y con el Saldo Acumulado en Cuenta Personal Previsional, financie una **pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su**

Referente Salarial de Vejez, Gastos Funerarios y Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

b) A los **cincuenta y cinco (55) años hombres** y cincuenta (50) mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto, que le generen derecho a una **Compensación de Cotizaciones** y financie con ésta **más el Saldo Acumulado** en su Cuenta Personal Previsional, una **Pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez**, Gastos Funerarios y Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

c) A partir de los **cincuenta y ocho (58) años de edad**, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una **Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos** y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondiera.

El artículo 84 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones) y el artículo 82 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, establecen que, la Pensión de Vejez está compuesta por la Fracción de Saldo Acumulado, más la Compensación de Cotizaciones Mensual cuando corresponda.

Así establecido por la normativa aplicable, en el caso de autos, el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS,** a la fecha de su solicitud, contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad; de acuerdo al cálculo realizado por BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (conforme al detalle remitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS.EXT.DE/1977/2014 de 7 de julio de 2014), la Fracción de Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado era de **Bs624,93.-**, y la Compensación de Cotizaciones Mensual ascendía a **Bs3.214,66.-**, financiando una Pensión de Vejez de **Bs3.839,59.-** .

Toda vez que el Referente Salarial de Vejez calculado por la Administradora de Fondos de Pensiones ascendía a Bs9.466,01.- y el Asegurado debió financiar una Pensión de Vejez igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del Referente Salarial de Vejez de **Bs5.679,61**, al obtener una Pensión de Vejez menor a dicho monto (Bs3.839,59) corresponde la determinación de que el Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS**, no cumplía a dicha fecha, con el requisito establecido en el inciso b) del artículo 8, de la Ley N° 065 de Pensiones, y que por lo tanto, no puede acceder a la Pensión de Vejez, situación que fue comunicada al Asegurado, por la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante la nota PREV-PR JUB 1897/11 de 4 de agosto de 2011.

Ahora bien y como se puede observar, el acceso a la pensión de vejez, conforme dicta la normativa, es producto del monto que se tiene acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la Compensación de Cotizaciones, es decir, si obtenidos los cálculos del monto que financia y éste es menor al sesenta por ciento (60%) del Referente Salarial de Vejez, entonces el Asegurado, no podrá acceder a la pensión de vejez.

Si bien el cálculo del Referente Salarial de Vejez es un elemento más a considerar, el resultado que arroje su variación (sea por la consideración de más periodos o menos o inclusive una mensualización) servirá para determinar el monto que corresponde al sesenta

por ciento (60%) referencial, y obtenido este, se comparará con el monto que el Asegurado llegue a financiar con su Capital Acumulado más su Compensación de Cotizaciones.

Así, si el monto que financia el Asegurado es menor, no puede acceder a la pensión de vejez, extremo que ahora se expone en el entendido que, con carácter hipotético, si se realizaran las operaciones pretendidas por el Asegurado recurrente, se obtendrían resultados como los siguientes:

- Al mensualizar el Total Ganado de Bs1.068,43.-, se obtiene un Total Ganado mayor para el mes de marzo de 2008 de Bs6.410,58.-, **y por ende, un monto mayor del Referente Salarial de Vejez de Bs9.576,96.-**, cuyo sesenta por ciento (60%) aumentaría a **Bs5.746,17.-**, monto mayor a la Pensión de Vejez que financia el Asegurado de **Bs3.839,59.-** a dicha fecha, implicando en dicho supuesto el no acceso a la Pensión de Vejez.

- De igual manera, si se tomaran únicamente los últimos veinticuatro (24) periodos previos a la fecha de solicitud de pensión (es decir, de abril de 2006 a marzo de 2008, mensualizando el mes de marzo de 2008 inclusive), se obtendría un Referente Salarial de **Bs8.610,07.-**, menor al determinado por la Administradora de Fondos de Pensiones, donde el sesenta por ciento (60%) de dicho monto sería **Bs5.166,04.-**, situación que determina que el Asegurado, tampoco podría acceder a la Pensión de Vejez, toda vez que el monto de Pensión de Vejez que financia el Asegurado de **Bs3.839,59.-** .

Importa precisar que estos supuestos se constituyen en hipótesis, que permiten ilustrar el procedimiento para la verificación del requisito que considera el Referente Salarial de Vejez, para los que se ha tomado como datos la Hoja de Cálculo del Referente Salarial de Vejez y la pantalla de cálculo emitidos por BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., remitida por la Autoridad de Fiscalización.

Sin embargo de ello y en lo conducente al caso de autos, se evidencia una vez más que la Autoridad Reguladora, pese a su rol en el Sistema Integral de Pensiones, no ha procedido a dar una explicación clara y precisa del caso, extremo que se evidencia de la documentación complementaria recibida, así como de los actos administrativos correspondientes al presente proceso, generando la falsa expectativa en el Asegurado recurrente, de que el cambio de su Referente Salarial le podría generar automáticamente el acceso a la pensión de vejez.

Conforme se tiene establecido, ello denota la vulneración al debido proceso, emergente de la falta de fundamentación y de la infracción a la obligación de dar respuesta a todos y cada uno de los requerimientos del Asegurado, conforme dicta el procedimiento administrativo.

Por lo tanto, al haberse vulnerado el debido proceso y trayendo a colación los fundamentos ya presentados en el numeral anterior, corresponderá a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros proceder a explicar y esencialmente fundamentar su decisión, a efectos de que el Asegurado conozca sus derechos, en estricto apego a la normativa de la materia que debe regir sus actos.

2.3.3. Del reclamo efectuado respecto a las proyecciones de Pensión de Vejez.-

El Asegurado **FERNANDO MONJE CAMPOS** argumenta en su Recurso Jerárquico, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hasta la fecha, no aprobó las herramientas de proyección referidas a la Pensión de Vejez, y que no es posible que la Entidad Reguladora "*haga* -con ello- *gala*" de restringir derechos y garantías que invalidan al debido proceso.

Al respecto, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, establece lo siguiente:

> "…***Artículo 58 (Proyecciones).*** *"Las AFP no podrán otorgar proyecciones de Pensión de Vejez, ni de Pensión Solidaria de Vejez, ni brindar información sobre estimaciones, en tanto la APS no apruebe sus herramientas de proyección*…"

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 289-2014 de 16 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló:

> "…*Que con relación a las proyecciones de Pensión de Vejez, se debe señalar que en el marco de lo establecido en el artículo 58 de la R.A.032-2011, las AFP no pueden otorgar proyecciones de Pensión de Vejez ni brindar información sobre estimaciones de Pensión, en tanto esta Autoridad no apruebe sus herramientas de proyección, mismas que a la fecha no han sido aprobadas considerando que la Ley N° 065 establece el inicio de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; sin embargo de acuerdo a lo establecido en la Circular APS/DPC/N° 63-2011 de 14 de septiembre de 2011, las AFP se encuentran en la obligación de brindar la información sobre el monto de pensión que financian los Asegurados, y por tanto si cumplen o no con los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, cuando el Asegurado lo solicite, sin requerir para ello el inicio del trámite*…"

Entonces, si bien es evidente que no se aprobaron las herramientas para otorgar proyecciones de Pensión de Vejez, es importante señalar que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de asesorar al Asegurado respecto al monto de pensión que financian con su Saldo Acumulado y la Compensación de Cotizaciones si corresponde, de tal manera que, ya en instancia administrativa, era pertinente que la Autoridad Reguladora, presente la fundamentación técnica y esencialmente legal, aclarando las razones por las que emitió su pronunciamiento y las alternativas que tenía el Asegurado, y explicando las razones por las que importa disminuir el Referente Salarial o esperar a cumplir la edad, extremos que ameritan ser tenidos en cuenta por el Órgano Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad Reguladora, no ha sujetado su actuar a lo establecido en la norma, toda vez que no ha sometido su actuar al debido proceso, vulnerando así el principio de motivación, fundamentación y congruencia, conforme se ha desarrollado en el Considerando anterior.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 289-2014 de 16 de abril de 2014 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 191/2014 DE 04 DE ABRIL DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 058/2014 DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FALLO

REVOCAR PARCIALMENTE - ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 058/2014

La Paz, 22 de septiembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 051/2014 de 8 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 099/2014 de 10 de septiembre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los recursos jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de abril de 2014, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014.

Que, sin embargo, en razón de encontrarse interpuesto el Recurso Jerárquico sin haberse acreditado la personería del representante legal de la recurrente, por providencia de fecha 7 de mayo de 2014, se intima a la misma a subsanar lo observado, extremo que es atendido mediante memorial de fecha 15 de mayo de 2014.

Que de lo anterior resulta, que a efectos de la interposición del Recurso Jerárquico de referencia, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** se encuentra representada legalmente por su Gerente General, Sr. Carlos Alberto Pozzo Velasco, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 1473/2014, otorgado en fecha 24 de marzo de 2014 por ante Notaría de Fe Pública Nº 097 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Jenny Erika Reyes Leaño.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 19 de mayo de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, actuación que fue notificada el 26 de mayo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, notificó a **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** con los cargos por las presuntas contravenciones en las que la misma habría incurrido, conforme al siguiente texto:

> "…*En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que producto de la Inspección Técnica Financiera efectuada en la gestión 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), estableció los siguientes cargos a* ***BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.***
>
> 1. ***Partidas pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días.*** *La Sociedad Administradora habría regularizado partidas pendientes de conciliación en un plazo mayor a treinta días. Los casos observados se detallan en el siguiente cuadro:*

Detalle	Cuenta	Fecha de la Transacción	Mes Revisado	Data	Moneda	Importe Registrado
PREMIER	Banco Económico S.A. N° 2051-316292 M/N	31-dic-2011	31-ene-2012	31	Bs	109.00
AMEDIDA	FFP Fassil S.A. N° 77871-1 M/N	31-dic-2011	31-ene-2012	31	Bs	0.05
	Banco Bisa S.A. N° 053362-401-4	31-dic-2011	31-ene-2012	31	Bs	3.41
	Banco Económico S.A. N° 3051-118836	30-dic-2011	31-ene-2012	32	Bs	43.64
	Banco Económico S.A. N° 3051-118836	31-dic-2011	31-ene-2012	31	Bs	43.64
	Banco Bisa S.A. N° 053362-203-8 M/E	16-nov-2011	31-ene-2012	76	$us	10.2
	Banco Bisa S.A. N° 053362-203-8 M/E	8-nov-2011	31-ene-2012	84	$us	0.03
	Banco Mercantil Santa Cruz S.A. N° 4024043023 M/N	31-dic-2011	31-ene-2012	31	Bs	1279.04
ULTRA	Banco Económico S.A. N° 2051-316319 M/N	13-dic-2011	31-ene-2012	49	Bs	30.00
	Banco Económico S.A. N° 2051-316319 M/N	30-nov-2011	31-ene-2012	62	Bs	478.62
BISA SAFI S.A	Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N	28-ene-2011	31-mar-2011	62	Bs	2,323.00
		28-feb-2011	31-mar-2011	31	Bs	19,080.00

Dicha conducta constituiría infracción al segundo párrafo de la "Descripción" de la cuenta "Bancos", código 101.02, capítulo "Activo", grupo "Disponible" del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, por lo que incumpliría el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

2. ***Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin previsión por irrecuperabilidad.*** *La entidad habría registrado documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin constituir una previsión por incobrabilidad conforme a los porcentajes establecidos en el Manual Único de cuentas, como se detalla a continuación:*

Al 31 de marzo de 2012
Expresado en bolivianos

Concepto	Importe Bs	Data	Corte	Antigüedad	Previsión requerida	Previsión
Apertura de cuenta Fondo Planifica MN	*3,500*	*10-03-10*	*31-03-12*	*752*	*100%*	*3,500*
Apertura de cuenta Fondo Planifica ME	*3,430*	*10-03-10*	*31-03-12*	*752*	*100%*	*3,430*
Previsión requerida	***6,930***					***6,930***
Total registros contables						***0***
Previsión no constituida						*6,930*

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido la "Descripción" de la cuenta "Previsión por incobrabilidad de documentos y Cuentas pendientes de cobro", código 108.70, capítulo "Activo", grupo "Documentos y Cuentas Pendientes de Cobro", del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, por lo que incumpliría el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

3. ***Cuentas por cobrar al personal por viajes personales cuyos saldos no fueron regularizados.*** *La entidad no habría regularizado al 31 de marzo de 2012, los saldos pendientes de cobro al personal respecto a viajes personales, conforme se detalla en el siguiente cuadro:*

Detalle	***Registro contable origen del 31/01/12***	***Autorización 29/03/12***	***Saldo Contable al 31/03/12***
Marco Antonio Venegas	*Bs 260*	*Bs 86,67*	*Bs 173,33*

Dicha conducta constituiría infracción a la "Descripción" de la cuenta "Cuentas pendientes de cobro al personal" "Cuentas pendientes de cobro al personal", código 108.05, capítulo "Activo", grupo "Documentos y Cuentas Pendientes de cobro", del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, por lo que incumpliría el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

4. ***Activos fijos clasificados erróneamente como fuera de uso.*** *La Sociedad habría clasificado erróneamente los siguientes ítems como fuera de uso, cuando los mismos eran utilizados por la Sociedad, al 31 de marzo de 2012:*

N°	Cod Activo	Item	Nombre	Fecha de Adquisición	Precio	Verificado Fisicamente
1	SBILCBBC0007	7	MONITOR PL 565 MULTIMEDIA PWPROVIEW TCO99	23-Ago-01	1	NO
2	SBILPZC0090	90	DISCO DURO SERVIDOR	09-Feb-01	1	NO
3	SBILPZC0096	96	SOFTWARE WIN2000 SERVER	24-May-01	1	SI
4	SBILPZC0100	100	IMPRESORA CANON MODELO LB	08-Jun-01	1	SI
5	SBILPZC0115	115	HUB DE 8 PUERTOS	28-Ene-02	1	NO
6	SBILPZC0119	119	SERVIDOR MOHAWK 78NN547	27-Mar-02	1	NO
7	SBILPZC0121	121	6 DRIVE ASM18G CONTROLADOR	27-Mar-02	1	NO
8	SBILPZC0122	122	TAPE DRIVE 20/40GB S/HN00709	27-Mar-02	1	NO
9	SBILPZC0124	124	SERVER RAID ID 4LX U160 CONT	27-Mar-02	1	SI
10	SBILPZC0127	127	WINDOWS SVR SPANISH UPG AD	26-Abr-02	1	SI
11	SBILPZC0128	128	WINDOWS SVR ENGLISH SA OLP	26-Abr-02	1	SI
12	SBILPZC0258	261	PROYECTOR MULTIMEDIA INFOCUS MODELO IN-26	05-Abr-07	1	SI

Dicha conducta constituiría incumplimiento a la "Descripción" de la cuenta "Bienes Fuera de Uso", Código 126.07, Capítulo "Activo", grupo "Activo Fijo" del Manual Único de Cuentas, por lo que incumpliría el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

5. ***Partidas pendientes de imputación sin previsión por irrecuperabilidad del 100%.*** *La Sociedad habría regularizado partidas pendientes de imputación en un plazo mayor a los treinta (30) días sin constituir una previsión por irrecuperabilidad del 100% con cargo a resultados, conforme se detalla a continuación:*

Expresado en bolivianos				
Fecha de constitución de	***Monto***	***Fecha de regularización***	***Monto regularizado***	***Dias transcurridos***

caja chica				
2011-01-04	***2,000.00***	***2011-06-30***	***2,000***	***177***
2011-07-04	***2,000.00***	***2011-12-31***	***2,000***	***180***
2012-01-05	***2,000.00***	***No regularizado***		

Con dicha conducta habría incumplido la "Descripción" de la cuenta "Partidas Pendientes de Imputación", código 130.03, capítulo "Activo", grupo "Otros Activos del Manual Único de Cuentas por lo que incumpliría el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

6. ***Estados de Cuentas no entregados a los Participantes.*** *La Sociedad no habría entregado a algunos Participantes, sus respectivos estados de cuenta correspondientes a los meses de septiembre y diciembre de 2011 y marzo de 2012* (…)

   Con esta conducta, la Sociedad habría incumplido el último párrafo del inciso i) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada con Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

7. ***Estados de Cuentas entregados a los Participantes fuera de plazo.*** *La Sociedad habría entregado a los Participantes, estados de cuenta fuera del plazo establecido normativamente, correspondientes a los meses de septiembre y diciembre de 2011 y marzo de 2012* (…)

   Dicha conducta constituiría incumplimiento al último párrafo del inciso i) del artículo 43 de la citada Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

8. ***Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas.*** *La Sociedad mantendría carpetas de Participantes al 31 de marzo de 2012, con cédulas de identidad vencidas* (…)

   Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el numeral 3, inciso c) del artículo 43 de la señalada Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

9. ***Carpeta de Participante desactualizada en cuanto al registro de firmas autorizadas.*** *La Sociedad no habría procedido al registro de firmas autorizadas del Fondo "A Medida" en una cuenta de Participante, conforme se detalla a continuación:*

Código de Cuenta	***Fondo***	***Regional***	***Cédula de identidad***	***Observación***
10207710241	*A MEDIDA*	*LPZ*	*2704466, 4338078*	*Sin registro del alta de firma*

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el numeral 5, inciso c) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

10. ***Comprobantes de compra y rescate de cuotas sin la firma del funcionario responsable de la operación.*** *Al 31 de marzo de 2012, la Sociedad Administradora habría emitido comprobantes de compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones realizadas con el Banco Bisa S.A. que no consignarían la firma del funcionario responsable de la operación* (…)

    Esta conducta constituiría incumplimiento a los incisos j) y s) del artículo 66 de la citada Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

11. ***Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas.*** *Al 31 de marzo de 2012, la Sociedad habría emitido comprobantes de rescate de cuotas que no consignan el nombre y firma del participante que realizó la operación* (…)

    Esta conducta constituiría incumplimiento al inciso p) del artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

12. ***Valores adquiridos en Mercado Secundario no endosados a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados administrados.*** *Del arqueo realizado el 27 de junio de 2012, la Sociedad habría incurrido en las siguientes inconsistencias respecto al endoso de los Valores adquiridos para los Fondos de Inversión que administra:*

    a) Depósitos a Plazo Fijo aperturados a nombre de otro Fondo de Inversión que no fueron endosados a favor del Fondo de Inversión al que pertenecen.
    b) Depósitos a Plazo Fijo endosados a favor de un Fondo de Inversión distinto al que pertenecen.
    c) Depósitos a Plazo Fijo que no están endosados a favor de la SAFI seguido del nombre del Fondo.
    d) Acciones que no están endosadas a favor de la SAFI seguido del nombre del Fondo.
    e) Depósitos a Plazo Fijo que no consignan la firma del endosante (…)

    Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el inciso f) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

13. ***Valores en custodia física con endoso en blanco****. Del arqueo realizado el 27 de junio de 2012, la Sociedad habría mantenido valores en custodia física sin el nombre del endosatario (beneficiario), es decir con endoso en blanco* (…)

    Dicha conducta constituiría incumplimiento al inciso a) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

14. ***Acta del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros.*** *El Acta del Comité de Inversiones del Fondo MICROFIC de 25 de octubre de 2011, se encontraría sin firma del miembro José Antonio Arze, que figura como asistente del mismo.*

    Esta conducta constituiría incumplimiento al primer párrafo del artículo 52 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

15. ***Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo.*** *El tomo dos del libro de Actas del Comité de Inversiones de BISA SAFI S.A. para los fondos de inversión que administra y el libro de Actas del Comité de Inversiones del Fondo MICROFIC, no contarían con el sello de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Asimismo el acta del Comité de Inversiones realizado el 27 de mayo de 2011, no adjunta como respaldo la presentación realizada a los miembros del comité que formaba parte de la misma.*

    Esta conducta constituiría incumplimiento al segundo párrafo del artículo 52 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

16. ***Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité de Inversiones.*** *El Comité de Inversiones no habría analizado los excesos en límites de inversión establecidos en los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administra. Los casos observados son:*

Fecha del Acta	***Observaciones***
24/10/2011	*No contempla exceso a límite por moneda de Ultra FIA MP, establecido en el artículo 21 de su Reglamento Interno.*
28/11/2011	*No contempla exceso a límite por moneda de Ultra FIA MP, establecido en el artículo 21 de su Reglamento Interno.*
20/12/2011	*No contempla exceso a límite por emisor en Valores de Oferta Privada de MICROFIC, establecido en el artículo 12, inciso d) de su Reglamento Interno, respecto a las inversiones en CRECER.* *No contempla exceso a límite por moneda de Ultra FIA MP, establecido en el artículo 21 de su Reglamento Interno.*

    Dicha conducta constituiría incumplimiento al inciso d) del artículo 49 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

17. ***Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión.*** *El 9 de agosto de 2011, la Sociedad habría comprado Depósitos a Plazo Fijo con clave CLAN09185009 y CLAN09185109 para el Fondo "A MEDIDA" a una tasa de 0.20% y en la misma fecha ambos DPF's habrían sido vendidos al Fondo de Inversión Cerrado "MICROFIC" a una tasa de 2.1% y 2 %, respectivamente, sin la existencia de una puja. Asimismo BISA SAFI habría comprado el DPF CLAN09184909 para el Fondo*

"CAPITAL" a una tasa de 0.20%, habiendo sido vendido el mismo día a su vinculada "La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A." a una tasa de 2.1%, por lo que con la compra y venta en un mismo día de los DPF's citados, se habría generado una pérdida para el Fondo de Inversión Abierto "A MEDIDA" de aproximadamente Bs71.353,10 (Setenta y un mil trescientos cincuenta y tres 10/100 Bolivianos) y una pérdida para el Fondo "CAPITAL" de aproximadamente Bs36.798,10 (Treinta y seis mil setecientos noventa y ocho 10/100 Bolivianos).

Por tanto, con la compra y venta en un mismo día de los DPFs CLAN09185009, CLAN09185109 y CLAN09184909, se habría perjudicado a los Fondos de Inversión Abiertos "A MEDIDA" y "CAPITAL" y al haberse producido un Hecho de Mercado para los códigos de valoración 06CLAN400 y 06CLAN500, se habría perjudicado al Fondo de Inversión "PREMIER" y se habría beneficiado al Fondo de Inversión Cerrado "MICROFIC" y a La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A.

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido lo previsto en el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, asimismo habría incurrido en la prohibición prevista en el inciso c) del artículo 44 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

18. ***Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario.*** *Al 27 de junio de 2012, el Asistente de Control Interno de la Sociedad Administradora, no habría cerrado los endosos de los Valores a favor de los Fondos de Inversión administrados por la Sociedad.*

    Con esta conducta, la Sociedad habría incumplido el procedimiento DOP/ETV/005-3, Cierre de endoso para compra de Títulos Valores, punto 4 (Detalle de Actividades) del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, lo que constituiría incumplimiento al inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

19. ***Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador.*** *Durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de marzo de 2012 (alcance de la inspección), se habrían emitido Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador, encontrándose las firmas del Oficial de Cumplimiento del Analista de Cartera. Asimismo dos Memorándums se encontrarían sin ninguna firma: 1) Memorándum SAFI/1083/2012, de 26 de enero de 2012 y 2) Memorándum SAFI/1115/2012, de 16 de febrero de 2012* (…)

    *Con esta conducta habría incumplido al punto 4 del procedimiento CTD/CDV/005-1, "Egreso de Títulos de Custodia de Valores", y punto 5, del procedimiento CTD/CDV/005-2, "Ingreso de Títulos de Custodia de Valores", en lo que respecta a la Unidad/Cargo/Responsable "**Administrador y/o Contador**, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, lo que constituiría incumplimiento al inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

20. ***Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin verificación de datos.*** *La Sociedad habría emitido Memorándums consignando como referencia "egreso", correspondiendo a un ingreso (1). Asimismo, en uno de ellos no figuraría la firma del Administrador o Contador (2), tal como se detalla en el siguiente cuadro:*

Fondo	*Tipo de operación*	*Tipo*	*Clave*	*Memorandum Custodia*	*Fecha Memorándum*	*Observación*
A MEDIDA	*COMPRA*	*DPF*	*BSON23542511*	*SAFI/0739/2011*	*2011-03-15*	*1 y 2*
PREMIER	*COMPRA*	*DPF*	*FIEE14821810*	*SAFI/0798/2011*	*2011-06-01*	*1*
		DPF	*FIEE14822010*			

En los siguientes casos, la referencia del Memorándum consignaría la denominación de un Fondo de Inversión que no corresponde al Fondo que habría efectuado la transacción:

Fondo	Tipo de operación	Tipo	Clave	Memorándum Custodia	Fecha Memorándum	Observación
AMEDIDA	COMPRA	DPF	BSON24368012	SAFI/1088/2012	2012-01-31	Con referencia al Fondo Ultra FIAMP
CAPITAL	VENTA	DPF	FIEE14821610 FIEE14821810 FIEE14821910	SAFI/0798/2011	2011-06-01	Con referencia al Fondo Premier FIACP
CAPITAL	VENTA	DPF	BTBE04409510 BTBE04409910	AB/BISMI/2011	2011-06-07	Con referencia al Fondo A Medida FIAMP
CAPITAL	VENTA EN REPORTO	DPF	BISE12273610 BISE12680110 BISE12680610 BISE12680910	SAFI/0732/2011	2011-03-01	Conreferencia al Fondo A Medida FIAMP

Con esta conducta habría incumplido el punto 4 del procedimiento CTD/CDV/005-1, "Egreso de Títulos de Custodia de Valores", y punto 5 del procedimiento CTD/CDV/005-2, "Ingreso de Títulos de Custodia de Valores", en cuanto a la obligatoriedad del "Administrador y/o Contador: de verificar los datos del memorándum y proceder a firmar la solicitud", del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, lo que constituiría incumplimiento al inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

21. ***Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo.*** *El Comité de Inversiones de los Fondos de Inversión administrados por BISA SAFI S.A. no habría sesionado una vez al mes como mínimo, como se evidenció en los libros de actas correspondientes y se establece en el siguiente cuadro:*

FONDOS	***MES***
A Medida - Ultra - Gafic	*Febrero de 2011*
A Medida – Premier – Capital – Ultra – Gafic	*Abril de 2011*

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido con lo establecido en el artículo 30 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos A Medida, Premier, Capital, Ultra y el Artículo 48 del Reglamento Interno del Fondo

de Inversión Cerrado Gafic y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

22. ***Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos.*** *La Sociedad no habría dado cumplimiento al plazo máximo de adecuación de cinco (5) días establecido en los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos, para excesos al límite mínimo en cuentas corrientes y/o cajas de ahorro del 10% para los Fondos Premier, A Medida y Ultra y el límite mínimo del 5% para el Fondo Capital, de acuerdo a lo siguiente:*

Fondo	Del	Al	Días transcurridos (consecutivos)
	2011-01-07	2011-03-21	74
BSP	2011-09-15	2011-11-06	53
	2011-02-03	2011-02-14	12
	2011-03-09	2011-03-17	9
BSK	2012-03-06	2012-03-14	9
	2011-04-19	2011-04-28	10
	2011-06-02	2011-07-07	36
AME	2012-01-05	2012-01-19	15
	2012-01-25	2012-02-06	13
	2011-05-12	2011-05-19	8
UFM	2011-11-09	2011-11-24	16

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el artículo 21 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos Premier, A Medida, Ultra y Capital y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

23. ***Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta.*** *En carpetas de los participantes personas naturales y jurídicas, al 31 de marzo de 2012, se observa que el participante no habría llenado todos los formularios establecidos en la normativa interna de la Sociedad Administradora* (…)

Esta conducta constituiría incumplimiento a los puntos 10 y 11 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI y al inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

24. ***Carpetas de Participantes sin informe legal sobre la documentación adjunta.*** *En carpetas de participantes personas jurídicas, al 31 de marzo de 2012, no existiría el informe emitido por el Asesor Legal sobre la documentación presentada:*

Código de Cuenta	Fecha de Apertura	Regional	Nombre del Fondo
1023063028	26/05/10	CBB	A MEDIDA

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el punto 15 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

25. ***Formularios de apertura de cuenta con datos incompletos.*** *Al 31 de marzo de 2012, en carpetas de los participantes personas naturales y jurídicas, algunos Formularios de Apertura de Cuenta no habrían sido llenados completamente* (…)

    Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

26. ***Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos.*** *En carpetas de los participantes personas naturales y jurídicas, al 31 de marzo de 2012, algunas Tarjetas de Registro de Firmas carecerían de datos* (…)

    Con esta conducta la Sociedad habría incumplido los puntos 6 y 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

27. ***Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos.*** *En carpetas de los participantes personas naturales y jurídicas, al 31 de marzo de 2012, se observa que algunos Formularios UIF PCC-003 no habrían sido llenados completamente, conforme se detalla a continuación:*

Código de Cuenta	***Fecha de Apertura***	***Regional***	***Nombre del Fondo***	***Apartado***	***Datos no registrados***
3490715	*2011-03-24*	*LPZ*	*A MEDIDA*	*Datos Generales*	*N° de teléfono comercial, dirección comercial, cargo.*
2684333	*2010-10-08*	*LPZ*	*A MEDIDA*	*Datos Generales*	*Dirección comercial.*
24442206	*2010-07-15*	*LPZ*	*CAPITAL*	*Firma*	*Firma del Responsable de la SAFI.*
2627316	*2010-05-27*	*LPZ*	*CAPITAL*	*Datos Generales*	*Dirección comercial.*

    Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

28. ***Formularios de Conformidad P005/03 sin consignar firma de uno de los participantes.*** *En carpetas de los participantes personas naturales y jurídicas, al 31 de marzo de 2012, se observa que el Formulario P005/03 no consignaría la firma de*

uno de los participantes al momento de la apertura de cuentas con firmas conjuntas, como constancia de conformidad de recepción de información, de acuerdo al siguiente detalle:

Código de Cuenta	***Fecha de Apertura***	***Regional***	***Nombre del Fondo***	***Participante***
2717711	*2011-11-14*	*LPZ*	*AMEDIDA*	*CI 4295319*

Con esta conducta la Sociedad habría incumplido el punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

29. ***Preavisos para rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos.*** *En una muestra de las operaciones de rescate de cuotas al 31 de marzo de 2012, se observa que los preavisos respectivos carecerían de algunos datos* (…)

    Dicha conducta constituiría incumplimiento al artículo 36 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos Ultra, Premier, Capital y A Medida y al inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

30. ***Rescates de cuotas efectuados fuera de plazo y sin autorización del Administrador del Fondo.*** *La Sociedad efectuó algunas operaciones de rescate de cuotas al 31 de marzo de 2012, que se habrían realizado fuera del plazo y límites establecidos en el Reglamento Interno del Fondo de Inversión Premier.*

Código de Cuenta	***N° de Operación***	***Regional***	***Fondo***	***Importe del Rescate $us***	***Fecha de la boleta de rescate***	***Fecha del pago***
4619286	*644272*	*SCZ*	*PREMIER*	*150,000.00*	*24/05/11*	*24/05/11*
1984749	*644268*	*SCZ*	*PREMIER*	*110,955.00*	*24/05/11*	*24/05/11*

La citada conducta constituiría incumplimiento al artículo 37 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Premier y al inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

En caso de verificarse los cargos mencionados, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante D.S. N° 27175, se concede a ***BISA SOCIEDAD ADMINISTRATDORA DE FOMNDOS DE INVERSIÓN S.A.****, el plazo de máximo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente carta, para la presentación de los descargos que correspondan…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 23 de enero de 2014 y mediante nota SAFI/809/2014, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta sus descargos contra la nota ASFI/DSV/R-188800/2013, señalando lo siguiente:

"…Dentro de término legal establecido, procedemos a presentar los descargos, pruebas, alegaciones y justificativos, bajo los siguientes términos:

AL CARGO No. 1: Partidas pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días.

Al respecto debemos efectuar la siguiente aclaración:

La nota hace referencia a que "La Sociedad Administradora habría regularizado partidas pendientes de conciliación en un plazo mayor a treinta días… Dicha conducta constituiría infracción al segundo párrafo de la "Descripción" de la cuenta "Bancos", código 101.02, capítulo "Activo" grupo "Disponible" del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa No. 1296/06 de 24 de noviembre de 2006 por lo que incumpliría el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa No. 421 de 13 de agosto de 2004".

En relación a este cargo de esta "supuesta infracción", corresponde señalar que BISA SAFI en reiteradas oportunidades, desde el año 2005 y mediante notas expresas (SAFI/22/2005 DE 4 de enero de 2005; SAFI/221/2007 de 14 de febrero de 2007; SAFI/772/2007 de. 22 de junio de 2007; SAFI/6394/2010 de fecha 5 de octubre de 2010, SAFI/1820/2011 de fecha 4 de marzo de 2011; y SAFI/2974/2011 del 14 de abril de 2011 todas en los archivos de la entidad reguladora), a tiempo de exponer las dificultades en la conciliación bancaria con que tropieza debido a que algunos participantes una vez efectuada la respectiva solicitud de rescate de cuotas, no hace efectivo el cobro del cheque en los 30 días de validez del mismo y, haciendo uso de la facultad que el Código de Comercio establece en su Artículo 610, solicitaron a BISA SAFI la revalidación de los mismos por otro plazo similar, situación que dificulta a BISA SAFI a efectuar la conciliación bancaria en el plazo de 30 días, establecida en el código 101.02, capítulo "Activo" grupo "Disponible" del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa No. 1296/06. Ante esa situación que de manera reiterada se nos presentó, oportunamente solicitamos a la entidad reguladora, inicialmente a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) y, posteriormente, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), nos aclare e indique el procedimiento correspondiente a seguir respecto de aquellas partidas pendientes de conciliación bancaria mayores a 30 días, pues la aplicación de la conciliación según el Manual Único de Cuentas, afectaría directamente en el cálculo del valor de la cuota.

Pese a nuestra insistencia, nunca la entidad reguladora, primero la SPVS y luego la ASFI, de manera formal y expresa nos respondió a nuestras solicitudes reiteradas de que se nos indique el tratamiento contable a seguir, y es hasta ahora que recién se pronuncia indicando que BISA SAFI habría incurrido en una infracción, sin siquiera mencionar en la nota de cargos que BISA SAFI de manera diligente y oportunamente solicitó aclaraciones e instrucciones precisas a este tema en el que se veía

imposibilitada de efectuar las conciliaciones dentro de los 30 días, según las reiteradas explicaciones ya mencionadas.

Es en ese sentido que rechazamos lo aseverado en la Notificación de Cargos en que de manera completamente desconcertante nos indican que nuestra conducta constituiría infracción, puesto que es la ASFI quien hasta el presente no se ha pronunciado y emitido una aclaración e instrucción a BISA SAFI, para efectuar la adecuada conciliación bancaria en un plazo mayor a 30 días, en los casos expresamente mencionados anteriormente.

Por los fundamentos y pruebas expuestas (cuyas copias adjuntamos a la presente y cuyos originales cursan en archivos de la ASFI), concluimos que el cargo formulado por la ASFI no tiene sustento ni base legal que pueda atribuirse a BISA SAFI, quien de manera diligente aguarda hasta hoy el pronunciamiento expreso y clarificado del ente regulador, que permita aplicar correctamente el procedimiento establecido, resguardando que el mismo no afecte el Valor de la Cuota, correspondiendo por tanto a la ASFI dejar sin efecto el Cargo No. 1 contenido en la nota ASFI/DSV / R-1888800 / 2013 (…)

AL CARGO No. 2: Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data, sin previsión por incobrabilidad requerida.

Estas partidas ya fueron regularizadas, tal como mencionamos en nuestro en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en un caso producido el 10 de marzo del 2010, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones ¡impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..." Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 10 de marzo de 2010, ha fenecido el 10 de marzo de 2012.

AL CARGO No. 3: Cuentas por cobrar al personal de la entidad cuyos saldos no fueron regularizados al 31 de marzo de 2012

Estas partidas ya fueron regularizadas, tal como mencionamos en nuestro en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

AL CARGO No. 4: Activos fijos clasificados como fuera de uso cuando los mismos aún son utilizados por la entidad

Estas partidas ya fueron regularizadas, tal como mencionamos en nuestro en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012, fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013 y fecha 22 de Octubre del 2013 CITE SAFI/9606/2013

PRESCRIPCIÓN.

(…) *en los casos son producidos antes del 31 de diciembre del 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril fie 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."* (…)

…por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 31 de diciembre 2011, ha fenecido 31 de diciembre de 2013.

AL CARGO No. 5: Partidas pendientes de imputación sin una previsión por irrecuperabilidad del 100%

Estas partidas ya fueron regularizadas, tal como mencionamos en nuestro en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

AL CARGO No. 6: Estados de cuenta que no fueron entregados a algunos de los participantes

Ratificamos lo mencionado en nuestro Plan de Acción enviados a ustedes en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

Asimismo aclaramos que el inciso i del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras en su párrafo de referencia indica claramente, que en el caso de retraso, deberá ser debidamente sustentado, documentado y justificado. Nuestra Sociedad entrego (sic) *a los inspectores de la ASFI Actas documentadas que justifican la no entrega.*

Por otra parte es de conocimiento de todos los participantes que los estados de cuentas y facturas que no hayan sido entregados o recogidos por distintos motivos, se encuentran permanentemente a disposición en oficinas de BISA SAFI, como establece el reglamento interno de los Fondos, en su Artículo 16 penúltimo párrafo que fue aprobado por Ente regulador en fecha 18 de junio del 2008 mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-DI-No.481/2008.

AL CARGO No. 7: Estados de cuenta entregados a los participantes fuera del plazo.

Ratificamos lo mencionado en nuestro Plan de Acción enviados a ustedes en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

Asimismo el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras en su párrafo de referencia indica claramente, que en el caso de retraso, deberá ser debidamente sustentado, documentado y justificado. Nuestra Sociedad entrego a los inspectores de la ASFI Actas documentadas que justifican el retraso en la entrega.

AL CARGO No. 8: Información desactualizada de participantes en cuanto a cédulas de identidad vencidas

El Articulo 43 numeral 5 inciso c) menciona "Número de Cédula de Identidad" y no así fecha de vigencia.

Por lo que la observación no aplicaría. La normativa debería aclarar este inciso, señalando que se trata de la fecha de expiración de la cédula de identidad y no así del "Numero" (sic).

AL CARGO No. 9: Carpetas de participantes desactualizadas en cuanto al registro de firmas autorizadas

Esta partida ya fueron regularizada, tal como mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

AL CARGO No. 10: Comprobantes de compra y rescate de cuotas sin la firma del funcionario responsable de la operación.

La notificación de cargos de la nota ASFI/DSV / R-1888800 / 2013, en el cargo No. 10 indica que:

"Al 31 de marzo de 2012, la Sociedad Administradora habría emitido comprobantes de compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones con el Banco Bisa S.A. (sic) *que no consignarían la firma del funcionario responsable de la operación* (…)

Esta conducta constituiría incumplimiento a los incisos j) y s) del artículo 66 de la citada Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras".

Al respecto, nos corresponde aclarar y descargar de manera clara y expresa con relación a la compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones con el Banco Bisa S.A. (sic), *que no consignan la firma del funcionario responsable de la operación, se encuentran plenamente respaldadas por autorizaciones de la entidad reguladora, debido a que de manera previa a efectuar las operaciones de compra y rescate directamente a través del Banco Bisa S.A.* (sic) *a nivel nacional, BISA SAFI, gestionó ante la entidad reguladora, las respectivas autorizaciones para la modificación del Reglamento Interno de cada uno de los fondos de inversión abiertos que administra, para que las operaciones de compra y rescate de cuotas de los fondos abiertos que administra, se puedan efectuar directamente en cajas del Banco Bisa S.A.* (sic), *sin que necesariamente los participantes tengan que acudir de manera previa a dependencias de BISA SAFI que, como la ASFI tiene conocimiento, solo tiene*

oficinas en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, en tanto que el Banco Bisa S.A. (sic) *cuenta con agencias a nivel nacional.*

Tal es así que la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ante las solicitudes que BISA SAFI presentó, de manera expresa autorizó la modificación del Reglamento Interno de dichos fondos de inversión abierto, modificación consistente en dar validez a los comprobantes de compra o rescate de cuotas obtenidos luego de una operación a través de cajeros del Banco Bisa S.A. (sic)*, cuyos bouchers (comprobantes electrónicos) no llevan la firma del funcionario responsable de la operación, todo ello en apoyo a lo expresamente autorizado por la entonces SPVS y que se mantiene vigente hasta la fecha.*

En apoyo a lo antes descrito, nos cabe presentar en calidad de descargo, copia de las siguientes notas:

- *SPVS-IV-DI/No.481/2008, de fecha 18 de junio de 2008, cuyo original fue emitido y firmado por el Lic. Arnóld Saldías Pozo, Intendente de Valores de la Superintendencia de Pensiones, valores* (sic) *y Seguros.*
- *SPVS-IV-DI/No.482/2008, de fecha 18 de junio de 2008, cuyo original fufe emitido y firmado por el Lic. Arnold Saldías Pozo, Intendente de Valores de la Superintendencia de Pensiones, valores* (sic) *y Seguros.*
- *SPVS-IV-DI/No.483/2008, de fecha 18 de junio de 2008, cuyo original fue emitido y firmado por el Lic. Arnold Saldías Pozo, Intendente de Valores de la Superintendencia de Pensiones, valores* (sic) *y Seguros.*

En dichas notas el Intendente de Valores, de manera expresa dispone: ...“ (sic) *b) En el caso de que el Participante sea atendido por cajeros del Banco Bisa S.A.* (sic)*, el sello electrónico refrendado donde incluya nombre del cajero y número de caja, compensará a lo señalado en el artículo 66 inciso i) de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004 referente a firma y sello del responsable de la operación”.*

Adicionalmente, para demostrar que las operaciones de compra y rescate de cuotas que se efectúan a través del Banco Bisa S.A. (sic)*, cumpliendo la normativa expresamente autorizadas por la entidad reguladora, adjunto presentamos en calidad de descargo: (i) copias por muestreo de diversas operaciones efectuadas por los Participantes ante el Banco Bisa S.A.* (sic)*, sobre rescate y compra de cuotas de los fondos administrados por BISA SAFI, cuyos comprobantes electrónicos emitidos por cajeros del Banco Bisa S.A.* (sic) *no llevan la firma del responsable de la operación, pero sí tienen el sello electrónico que refrenda la operación, en el que de manera clara se puede evidenciar que se ve el nombre del cajero y el número de la caja, requisitos debidamente aprobados por la ex SPVS; (ii) también adjuntamos copia del Contrato de Prestación de Servicios, suscrito entre el Banco Bisa y BISA SAFI S.A.* (sic)*, en el que se describe el procedimiento que los cajeros del Banco Bisa S.A.* (sic) *cumplirán cuando den curso a operaciones de compra o rescate de cuotas de los fondos de inversión abiertos administrados por BISA SAFI. Dicho procedimiento de manera clara y expresa señala la forma en los cajeros deben operar cuando un*

participante de algún fondo abierto administrado por BISA SAFI le solicita efectuar una operación de compra o rescate de cuotas. Ese procedimiento es el que se encuentra expresamente normado por el Artículo 66 de la Resolución Administrativa No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004, así como las modificaciones aprobadas por la SPVS, respecto de la NO necesidad de firma del responsable de la operación de compra o rescate en los comprobantes electrónicos que el Banco Bisa S.A. (sic) *emite.*

Por lo expuesto y con la suficiente prueba de descargo, se evidencia que BISA SAFI no ha incumplido los incisos j) y s) del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, porque en las operaciones de compra y rescate de cuotas que los Participantes realizan a través de cajeros del Banco Bisa S.A. (sic)*, respecto de los fondos de inversión abiertos administrados por BISA SAFI, se tiene la autorización expresa de la entonces SPVS hoy ASFI, para que los comprobantes electrónicos de cada operación en el que figura el nombre del cajero y el número de caja, compensen la ausencia de la firma del operador responsable de la operación.*

En ese sentido, solicitamos a usted se sirva dejar sin efecto el cargo No. 10 contenido en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-1888800 / 2013 (…)

AL CARGO No. 11: Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas

Ratificamos lo que mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

Las transacciones observadas se tratan de operaciones por cajeros automáticos o por rescate de cuotas con carta de instrucción de participantes con cuentas jurídicas.

En el caso de transacciones de cajeros automáticos se cuenta con la aprobación del ente regulador según lo establecido por el Artículo 77 de la Normativa para Fondo de Inversión y autorizado por ASFI para los fondos Premier FIA CP y A Medida FIA CP mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-DI N (sic) *482/2008 y la Resolución Administrativa SPVS-IV-DIN481/2008 respectivamente, ambas de fecha 18 de junio de 2008.*

En las operaciones de rescate de cuotas a través de carta de instrucción del Participante (Cuentas Jurídicas). Se solicitó a la ASFI a través de la ABAV revisión al inciso p) del Artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en el entendido que las Cuentas Jurídicas por lo general efectúan sus transacciones con órdenes de instrucción escrita (…)

AL CARGO No. 12: Valores adquiridos en mercado secundario no endosados a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados administrados

Se procedió a la modificación de manuales como plan de acción para que no se vuelva a presentar los casos observados. Estas modificaciones fueron comunicadas a la ASFI a través de nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

AL CARGO No. 13: Valores en custodia física de BISA SAFI S.A. con "endoso en blanco"

Ratificamos lo que mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

Es necesario mencionar que los títulos se encontraban y se encuentran debidamente custodiados en bóveda de seguridad del Banco BISA, y con todos los procedimientos de seguridad de esta entidad, por lo que consideramos que en ningún momento se puso en riesgo la seguridad de estos títulos valores y menos se vulneró el inciso a) del artículo 43, de la normativa para fondos de inversión y sus sociedades administradoras que su autoridad hace referencia.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidos antes del 31 de diciembre del 2010 como lo señalado en el Anexo 7 enviada (sic) *por la ASFI, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."*

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas antes del 31 de diciembre de 2010, ha fenecido el 31 de diciembre del 2012

AL CARGO No. 14: Acta del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros

Se procedió a regularizar la firma del miembro faltante, tal como mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en el caso producido el 24 de octubre del 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..." Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 24 de octubre de 2011, ha fenecido el 24 de octubre del 2013

AL CARGO No. 15: Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo.

Se procedió a regularizar los libros de actas, tal como mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2012 CITE SAFI/3140/2013.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en el caso producido el 27 de mayo del 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..." Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 27 de mayo de 2011, ha fenecido el 27 de mayo del 2013.

AL CARGO No. 16: Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité de Inversiones

En forma inmediata se tomó acciones al respecto, tal como mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidos antes de 20 de diciembre del 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas antes del 20 de diciembre de 2011, ha fenecido el 20 de diciembre del 2013.

AL CARGO No. 17: Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión.

En los cargos formulados, ASFI hace mención a operaciones efectuadas con conflicto de interés, en base a dos criterios que llaman nuestra atención:

1. *Operaciones efectuadas en el mismo día sin puja en la Bolsa de Valores.*

2. *La existencia e vinculación entre los compradores y los vendedores en dichas operaciones.*

3. *Perjuicio a los Fondos A MEDIDA y CAPITAL y, por marcación, al fondo PREMIER y beneficio para el fondo MICROFIC y La Vitalicia.*

Al respecto es importante destacar lo siguiente:

a) *LAS OPERACIONES HAN SIDO REALIZADAS EN BOLSA. En la Bolsa, las operaciones se realizan mediante mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la presencia de varios oferentes e inversionistas y la transparencia en la formación de precios. Estos dos criterios son suficientes para establecer a la Bolsa como el medio idóneo para evitar la existencia de un conflicto de interés. En consecuencia, el hecho de que las operaciones hayan sido hechas en Bolsa elimina la existencia de un conflicto de interés y es suficiente argumento para que el cargo que ASFI propone, sea eliminado sin otra consideración adicional.*

b) *LA PUJA EN LAS OPERACIONES. Por la lectura de la observación, la ASFI enfatiza que no hubiera existido puja en las operaciones. La puja en una operación, constituye un mecanismo que no es controlable por los participantes del mercado, y menos por BISA SAFI, pues no depende de ella que se inicie o no un proceso de puja. Lo importante de todo esto, es que exista o no exista puja, la formación de precios en la Bolsa es transparente y el mecanismo más eficiente para ello, pues cualquier agencia de bolsa puede interferir en cualquier operación ofreciendo sus valores u ofertando precios. Por ello, resulta que la inexistencia de puja en una operación, no puede ser utilizada como argumento para determinar la existencia de conflictos de interés.*

c) *OPERACIONES ENTRE VINCULADAS. Las operaciones en Bolsa efectuadas entre vinculadas, no están prohibidas por la normativa del mercado de valores. La razón para ello es justamente lo señalado en los puntos anteriores: se entiende que las operaciones efectuadas en la Bolsa eliminan todo conflicto de interés y cualquier efecto de operaciones efectuadas entre vinculadas.*

Adicionalmente, es importante destacar que según el artículo 44 inciso i) de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, emitida mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N°421 de fecha 13 de agosto de 2004 (en adelante Normativa de Fondos de Inversión), referido a las prohibiciones de los fondos de inversión, textualmente establece: "i) Realizar operaciones entre fondos de inversión administrados por la misma sociedad, a excepción de que los mismos tengan Administradores diferentes o cada transacción se realice en Bolsa de Valores mediante Agencias de Bolsa diferentes. Adicionalmente estos Fondos de Inversión deberán enmarcarse dentro de clasificaciones diferentes a las estipuladas en los incisos a), b) y c) del artículo 85 de la presente norma".

Como se puede observar se cumplieron con todas las condiciones para realizar operaciones entre fondos administrados por la misma sociedad, puesto que; a) todas las operaciones se realizaron en la Bolsa Boliviana de Valores, con lo cual se mantuvo la transparencia en los precios de dichos valores, ya que es la Bolsa de Valores a través de sus operadores la encargada de ajustar los precios a mercado, es decir si un precio es muy alto los operadores pueden aprovechar y vender sus valores y si un precio es muy bajo los operadores se sentirán motivados a comprar dicho valor y en ambos casos ajustar estos precios a mercado (mediante puja), b) se operó en todos los casos con agencias diferentes, para permitir precisamente que sea el mercado al final, el encargado de ajustar los precios incentivando a las agencias a buscar el mejor precio para su cliente, y c) los objetivos de los fondos son distintos en todos los casos de acuerdo a lo que establece los incisos a), b) y c) del artículo 85 de la normativa de fondos de inversión.

Además las operaciones se realizaron en la BBV, con diferentes agencias y las órdenes fueron entregadas de acuerdo a las diferentes necesidades de los respectivos fondos.

Por último, mencionar que la orden de compra del fondo MICROFIC fue entregada a la agencia de bolsa que operaba por este fondo, en un horario anterior a la orden de venta que entrego el fondo AMEDIDA que fue entregada a la agencia de bolsa que operaba por este fondo, lo que demuestra claramente objetivos de inversión distintos.

d) OPERACIONES CON LA VITALICIA. Si bien no negamos que La Vitalicia sea una entidad vinculada, no ha existido ningún contacto ni ningún acercamiento que permita evidenciar que, en las operaciones observadas, la vinculación con LA VITALICIA hubiera sido un factor de conflicto de interés. BISA SAFI entrega las órdenes de compra y venta a la agencia con la que trabaja, y sí esta agencia u otra agencia tienen como cliente a una entidad vinculada a BISA SAFI este es un tema que BISA SAFI no controla y no tiene por qué saber, es por esto que cuando se dan las órdenes de compra y venta a las agencia se desconoce el cliente que compra o el que vende.

La Bolsa de Valores es un mercado ciego que elimina el riesgo de contraparte, lo que lleva a que los vendedores no tengan conocimiento de los compradores de los valores. Esta fue justamente la situación presentada en este caso: BISA SAFI no conoció que los DPFs que vendió el 9 de agosto de 2011 fueron vendidos a La Vitalicia, sino hasta ahora que fue mencionado en la nota de cargos. En descargo, únicamente podemos mencionar que ¡os administradores entre la VITALICIA y BISA SAFI son diferentes, las políticas de inversión son también diferentes y las órdenes de compra o venta obedecen a criterios propios de su cartera, que nos son comparables. Al respecto, solicitamos que por su intermedio, por tratarse de información confidencial, se pueda evidenciar con la Agencia de Bolsa con la que La Vitalicia realizó sus operaciones, que las órdenes de compra o

venta tienen criterios distintos y nos son comparables ni permiten evidenciar conflictos de interés.

e) *BISA SAFI VELA POR EL RENDIMIENTO DIARIO DE SUS FONDOS. La ASFI pretende hacer ver que algunos de los fondos administrados por BISA SAFI hubieran perdido en detrimento de otros fondos. Es importante mencionar que los móviles que llevaron a BISA SAFI a efectuar todas estas operaciones, obedecen a criterios que van más allá de una sola operación.*

Por el contrario, obedecen a criterios que relacionan todas las operaciones que se realiza en un día. Debemos mencionar que la gestión que realiza la administración de los fondos administrados por BISA SAFI, contempla en todo momento compras y ventas de valores de manera activa, y siempre con el objetivo de lograr mejorar los rendimientos para los participantes.

Respecto al Fondo A MEDIDA, en el día de la operación se realizaron varias transacciones que tenían el propósito de mejorar la rentabilidad para los participantes del fondo, prueba de esto es que la operación concluyó con un rendimiento neto de costos y pérdidas para los participantes del fondo de 121.45% en la tasa a un día y un rendimiento de 6,38% en la tasa a 30 días (equivalente a una ganancia total por el monto de bs513,236.63). Como indicador comparativo, podemos señalar que la tasa promedio ponderada a 30 días publica en el boletín de la BBV, al 8 de agosto de 2011, para los fondos abiertos en moneda nacional incluidos fondos de corto y mediano plazo estaba en 0,88%.

Respecto al Fondo CAPITAL, En el mismo día de la operación se realizaron varias transacciones que tenían el propósito de mejorar la rentabilidad para los participantes del fondo, prueba de esto es que la operación concluyo con un rendimiento neto de costos y pérdidas para los participantes del fondo de 42,30% en la tasa a un día y un rendimiento de 2,83% en la tasa a 30 días (equivalente a una ganancia total por el monto de usd21,268.46 equivalente en bs145,901.67). Como indicador comparativo, podemos señalar que la tasa promedio ponderada a 30 días publica en el boletín de la BBV, al 8 de agosto de 2011, para los fondos abiertos en moneda extranjera incluidos fondos de corto y mediano plazo estaba en 0,61%.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en un caso producido el 9 de agosto de 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 9 de agosto de 2011, ha fenecido el 9 de agosto de 2013.

AL CARGO No. 18: Cierre de endosos de Valores adquiridos en mercado secundario

Se procedió a la regularización y modificación de manual de procedimientos y control interno como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

AL CARGO No. 19: Memorándums de ingreso o egreso de custodia que no tienen la firma del Administrador o Contador

Se procedió a la modificación de manual de procedimientos y control interno como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

AL CARGO No. 20: Memorándums de ingreso o egreso de custodia en los que no se verificaron los datos

Se procedió a la modificación de manual de procedimientos y control interno como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

AL CARGO No. 21: Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo

Se tomó en cuenta lo observado por el ente regulador y se implementó en el Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en casos producidos antes de abril 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril

del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas antes de abril 2011, ha fenecido en el mes de abril 2013.

AL CARGO No. 22: Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos

Se procedió con la modificación al Reglamento Interno de cada uno de los Fondos, como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012, de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013 y fecha 22 de Octubre del 2013 CITE SAFI/9606/2013.

AL CARGO No. 23: Carpetas de participantes que no contienen toda la documentación requerida para la apertura de cuenta

Ratificamos lo mencionado en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

Asimismo para aclarar la documentación necesaria para la apertura de cuentas, se procedió a la modificación del Manual de Procedimientos y Control Interno como mencionamos en nuestra nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidas antes del 31 de marzo del 2011 como lo señalado en el Anexo 9 enviada por la ASFI, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas antes del 31 de marzo del 2011, ha fenecido el 31 de marzo del 2013.

AL CARGO No. 24: Carpetas de participantes que no contienen informe legal sobre la documentación adjunta.

Se procedió a regularizar la operación tal como mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en un caso producido el 26 de mayo de

2010, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 26 de mayo de 2010, ha fenecido el 26 de mayo de 2012.

AL CARGO No. 25: Formularios de apertura de cuenta con datos incompletos

Ratificamos lo mencionado en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 201 2 CITE SAFI/9143/20012.

El punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, establece el llenado correcto de datos indispensables para la apertura. Las observaciones emitidas por los inspectores como, referencias bancarias, Numero de cuenta de la referencia, son datos opcionales que no permiten la verificación por los funcionarios designados.

Sin embargo y cumpliendo con la política conozca a su cliente emanada por la Unidad de Investigación Financiera, los formularios de apertura fueron modificados desde agosto 2011.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidos antes del 30 de junio del 2011 como lo señalado en el Anexo 10 enviada por la ASFI, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 30 de junio del 2011, ha fenecido el 30 de junio del 2013.

AL CARGO No. 26: Tarjetas de firma cuyos datos se encuentran incompletos

Se procedió a la modificación de manual de procedimientos y control interno como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidos antes del 7 de julio del 2011 como lo señalado en el Anexo 11 enviada por la ASFI, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 7 de julio del 2011, ha fenecido el 7 de julio del 2013.

AL CARGO No. 27: Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos

Se procedió a la regularización de los casos observados tal como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidos antes del 24 de marzo de 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas antes del 24 de marzo de 2011, ha fenecido el 24 de marzo del 2013.

AL CARGO No. 28: Formularios de Conformidad P005/03 que carece de firmas de uno de los participantes.

Ratificamos lo mencionado en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 201 2 CITE SAFI/9143/20012.

El punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI. No señala que deban firmar el formulario de conformidad P005/013 los participantes. El proceso simplemente establece que los datos deben ser llenados correctamente y no falte ningún dato, no especifica tema de firmas.

Sin embargo y para aclarar este punto, se modificó el proceso, especificando quienes deben firmar el formulario señalado tal como señalamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012 y nota de fecha 11 de abril del 2013 CITE SAFI/3140/2013.

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en el caso producido el 14 de noviembre de 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, que señala que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año..."

Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 14 de noviembre de 2011, ha fenecido el 14 de noviembre de 2013.

AL CARGO No. 29: Preavisos para rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos

Se procedió a regularizar la operación tal como mencionamos en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

AL CARGO No. 30: Rescates de cuotas efectuados fuera del plazo y sin autorización del Administrador del Fondo

Ratificamos lo mencionado en nuestro Plan de Acción enviado al ente regulador en fecha 3 de diciembre del 2012 CITE SAFI/9143/20012.

Así mismo aclaramos que las operaciones observadas cuentan con el pre-aviso respectivo, para constancia adjuntamos lo siguiente:

a) Cta. Premier No.4619286
- *Copia de Pre- aviso* (sic) *del participante de fecha 23/05/2011 por USD150.000.-*
- *Copia de Comprobante de Rescate de cuotas No.644272*
- *Boleta de rescate de fecha 24/05/11 por USD150.000.-*
- *Fotocopia de cheque y carnet de identidad de quien recogió el cheque*
- *Formulario PCC-003 de la UIF*

b) Cta. Premier No.1984749
- *Copia de Pre- aviso* (sic) *del participante de fecha 23/05/2011 por USD150.000.-*
- *Copia de Comprobante de Rescate de cuotas No.644268*

- *Boleta de rescate de fecha 24/05/11 por USD110.955.- (importe que solo necesito delire-aviso de USD150.000.-)*
- *Fotocopia de cheque y carnet de identidad de quien recogió el cheque*
- *Formulario PCC-003 de la UIF* (…)

PRESCRIPCIÓN.

Sin perjuicio de todo lo señalado en los descargos que presentamos, reclamamos ante ASFI que la facultad sancionadora, en los casos producidos a el 24 de mayo de 2011, ha prescrito conforme lo señala el artículo 79 de la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo promulgada en fecha 23 de abril de 2002, (…) *Esta Ley ha modificado y reducido a dos años el tiempo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril del año 2001, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 24 de mayo de 2011, ha fenecido el 24 de mayo de 2013.*

Habiendo aclarado los puntos señalados por su autoridad y no existiendo hechos causales de incumplimientos a disposiciones legales, solicitamos a usted desestimar los cargos y por consiguiente disponer el cierre y archivo del caso que nos ocupa…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 065/2014 DE 6 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el primer, segundo y cuarto párrafo del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone que se entenderá como conflicto de intereses cualquier acto, omisión o situación de una persona natural o jurídica, a consecuencia del cual dicha persona puede obtener ventajas o beneficios ilegítimos, para sí o para terceros mediante el uso de información, la prestación de servicios o la realización de transacciones en el Mercado de Valores. Las Agencias de Bolsa, las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión y las Sociedades de Titularización están obligadas a buscar la adecuada rentabilidad y seguridad de sus operaciones, con arreglo al principio de distribución de riesgos y preservando siempre el interés e integridad de los bienes que le sean confiados. Las Agencias de Bolsa y las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión deben evitar los precios perjudiciales, quedando entendido por tales a aquellos precios de transacción en el mercado de valores, que no son aquellos que el comprador o vendedor, velando por su propio interés, pagaría o recibiría en un mercado abierto.

Que, el quinto y sexto párrafo del artículo 103 de la citada Ley del Mercado de Valores, establece que ante un potencial conflicto de intereses, es responsabilidad de la persona involucrada consultar con la Superintendencia de Valores para la aprobación o rechazo de la acción generadora del conflicto, antes de tomar la decisión de proceder con la misma. La existencia de un conflicto de intereses en

casos específicos, puede presumirse por la Superintendencia de Valores, siendo deber de los posibles implicados demostrar la inexistencia, corriendo a este efecto con la carga de la prueba.

Que, el artículo 39 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004 de 13 de agosto de 2004, señala que el tratamiento contable de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión deberá ajustarse a lo establecido por el Manual de Cuentas aprobado por ASFI.

Que, el inciso a) del artículo 43 de la citada Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, dispone que en el marco de la administración de Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deben administrar la cartera del Fondo de Inversión con la diligencia y responsabilidad que corresponde a su carácter profesional, buscando una adecuada rentabilidad y seguridad, con arreglo al principio de distribución de riesgos, preservando siempre el interés e integridad del patrimonio de los Fondos.

Que, el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, dispone que en el marco de la administración de Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deben respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administran, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables.

Que, el numeral 3 inciso c) del artículo 43 de la señalada Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, dispone que en el marco de la administración de Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deben llevar un registro electrónico y actualizado de los Participantes del Fondo de Inversión debiendo contener como mínimo el número de Cédula de Identidad.

Que, el numeral 5, inciso c) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, dispone que en el marco de la administración de Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras contener como mínimo las firmas autorizadas para efectuar rescates o redenciones de Cuotas, en el caso de los fondos de Inversión Abiertos.

Que, el inciso f) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señala que en el marco de la administración de Fondos de Inversión, las Sociedades Administradoras deben asegurarse que los Valores adquiridos en mercado secundario, cuando corresponda, sean endosados y registrados a nombre de la Sociedad Administradora seguido de la denominación del Fondo de Inversión al que pertenezcan.

Que, el último párrafo del inciso i) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada con Resolución Administrativa N° 421, señala que la Sociedad Administradora deberá contar con los registros

correspondientes del envío de los e-mails con los reportes mensuales. Al utilizar correo electrónico para el envío de reporte mensual a los participantes, cumpliendo las condiciones indicadas, no será obligatorio el envío de reportes mensuales impresos.

Que, el inciso c) del artículo 44 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, dispone que las Sociedades Administradoras no podrán en ningún caso, en el marco de la administración de Fondos de Inversión, llevar a cabo prácticas inequitativas o discriminatorias con los Participantes o con los Fondos de Inversión administrados.

Que, el inciso d) del artículo 49 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señala que son responsabilidades del Comité de Inversión de la Sociedad Administradora, entre otras, monitorear y evaluar las condiciones del mercado.

Que, el artículo 52 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, dispone que las deliberaciones, conclusiones, acuerdos y decisiones del Comité de Inversión se harán constar en un libro de actas, especificando a qué Fondo son aplicables. Las actas correspondientes deben ser firmadas por todos los asistentes de la sesión y se entenderán aprobadas desde el momento de su firma. El libro de actas deberá estar foliado y cada hoja será sellada previamente por ASFI. Dicho libro podrá ser requerido por ASFI en cualquier momento y debe incluir o adjuntar la documentación de respaldo que corresponda.

Que, los incisos j) y s) del artículo 66 de la citada Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señalan que los comprobantes de compra de Cuotas y los comprobantes de rescate de Cuotas de los Fondos de Inversión Abiertos deben contener al menos la firma y sello del responsable de la operación.

Que, el inciso p) del artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señala que los comprobantes de rescate de Cuotas de los Fondos de Inversión Abiertos deben contener nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas.

Que, el segundo párrafo de la "Descripción" de la cuenta "Bancos", código 101.02, capítulo "Activo", grupo "Disponible" del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, señala que; "Las partidas pendientes de conciliación de las cuentas corrientes en bancos del país, deberán ser regularizadas en un plazo no mayor a (30) treinta días,y en bancos del exterior en un plazo no mayor de 60 días, computables a partir de la fecha de origen de la partida".

Que, la "Descripción" de la cuenta "Previsión por incobrabilidad de documentos y Cuentas pendientes de cobro", código 108.70, capítulo "Activo", grupo "Documentos y Cuentas Pendientes de Cobro", del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, señala que en esta

cuenta se registra la previsión para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas en la incobrabilidad de las cuentas a corto plazo incluidas en este grupo, vinculadas o no, de acuerdo con el régimen de previsiones establecidas en la siguiente escala:

TIEMPO TRANSCURRIDO	*PREVISIÓN REQUERIDA (%)*
90 Días	*25*
180 Días	*50*
270 Días	*75*
330 Días	*100*

Una vez constituida la previsión no podrá ser revertida, sino, en el momento de su recuperación total o castigo del documento por cobrar.

Que, la "Descripción" de la cuenta "Cuentas pendientes de cobro al personal", código 108.05, capítulo "Activo", grupo "Documentos y Cuentas Pendientes de cobro", del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, señala que en esta cuenta se registran las cuentas pendientes de cobro con el personal, por concepto de anticipo de sueldos, salarios, bonos, comisiones y otros préstamos. También registra los anticipos de honorarios a directores y síndicos. Estas cuentas serán deducibles del salario u honorario mensual, por lo que al fin de mes no debe quedar pendiente de cobro ningún saldo.

Que la "Descripción" de la cuenta "Bienes Fuera de Uso", Código 126.07, Capítulo "Activo", grupo "Activo Fijo" del Manual Único de Cuentas, señala que en esta cuenta se registran los bienes de cualquier naturaleza que posea la entidad, con carácter permanente, pero que por razones de administración interna no son utilizados temporalmente o son cedidos a terceros por contrato para su uso o goce, recibiendo de éstos un precio determinado por concepto de alquiler, o constituyen bienes realizables.

Que, la "Descripción" de la cuenta "Partidas Pendientes de Imputación", código 130.03, capítulo "Activo", grupo "Otros Activos" del Manual Único de Cuentas, manifiesta que en esta cuenta se registran las partidas deudoras que en el día no pueden ser imputadas directamente a las cuentas correspondientes y deben ser regularizadas a la brevedad. El plazo máximo para mantener el registro de estos saldos en las cuentas correspondientes, no podrá ser mayor a (30) treinta días. Transcurrido el plazo sin haberse regularizado estas partidas, deberá contabilizarse una previsión por irrecuperabilidad del 100% con cargo a resultados.

Que, el artículo 21 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos Premier, A Medida y Ultra, establecen un plazo máximo de adecuación de (5) cinco días para aquellos incumplimientos del límite mínimo en cuentas corrientes y/o cajas de ahorro del % y el límite mínimo del 5% para el Fondo Capital.

Que, el artículo 30 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión A Medida, Premier, Capital, Ultra y el artículo 48 de FAGIC, señalan: "…Este comité sesiona una vez al mes como mínimo, tratándose los temas por tiempo y materia…".

Que, el artículo 36 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos Ultra, Premier, Capital y A Medida, establecen: "El preaviso deberá especificar como mínimo lo siguiente: a) Fecha en la que se llevará a cabo la operación de Rescate de Cuotas b) Identificación completa del Participante c) Identificación de la cuenta a ser debitada d) Monto solicitado e) Nombre del Beneficiario. Para que el Preaviso sea considerado válido, éste necesariamente deberá estar dirigido a BISA SAFI y llevar el sello de recepción de la misma".

Que, el artículo 37 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Abierto Premier señala que: "Los Participantes que deseen rescatar el valor de sus Cuotas, total o parcialmente, deberán llenar las Boletas de Rescate de Cuotas proporcionadas por BISA SAFI ó presentar una Nota de Instrucción que contenga los requisitos previstos en el Artículo 38 del presente Reglamento, en adelante "Nota de Instrucción"" (sic).

Que, el procedimiento DOP/ETV/005-3, Cierre de endoso para compra de Títulos Valores, punto 4 (Detalle de Actividades) del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, establece: "4. Asistente de Control Interno: De ser mercado secundario, cierre el endoso a favor del fondo administrado por la Sociedad o a nombre de BISA SAFI S.A. en caso de ser cartera propia…".

Que, los puntos 4 y 5 del procedimiento CTD/CDV/005-1, "Egreso de Títulos de Custodia de Valores", y punto 5, del procedimiento CTD/CDV/005-2, "Ingreso de Títulos de Custodia de Valores", en lo que respecta a la Unidad/Cargo/Responsable "Administrador y/o Contador: verifican los datos del memorándum y proceder a firmar la solicitud" del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI.

Que, el punto 6 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, establece: "06 El Asistente de Inversión y/o Oficial de Operaciones y/o Jefe de Operaciones informa al titular de la cuenta que el formulario de Apertura debe ser llenado con los datos tal y como figuran en su Cédula de Identidad (Salvo el domicilio, por cambio del mismo). Y que en el reverso del formulario tarjeta de firma en Observaciones debe ingresar los datos completos de los demás participantes, el manejo de la cuenta y las facultades de los firmantes. Así mismo se debe inhabilitar con tinta indeleble los espacios no utilizados para el registro de firmas de los participantes…"

Que, los puntos 10 y 11 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS del Manual (…), establece como insumos: "Formulario de Apertura de Cuenta y de Firma, Formulario de conformidad de recepción de documentación, Formulario vigente de la Unidad de Investigación Financiera…"

Que, el punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual (…) señala que: "…El Asistente de Inversión y/o Oficial de Operaciones y/o Jefe de

Operaciones verifica si los formularios están llenados correctamente y que no falte ningún dato…"

Que, el punto 15 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual (…) *establece: "El Asesor Legal emite un informe sobre la documentación legal presentada* (…) *y envía el informe al Jefe de Operaciones o Jefe de Control Interno…":* (sic)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

> *Numeral 1) cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*
>
> *Numeral 2) regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.*
>
> *Numeral 17) supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.*

Que, el inciso a) del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, modificado por Sentencia Constitucional N° 0042/2004 de 22 de abril de 2004, dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Superintendencia de Valores, actual ASFI, aplicará a los infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus Resoluciones Administrativas, según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa, las mismas que serán aplicadas mediante Resolución Administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, el artículo 109 de la misma Ley establece que, la sanción de amonestación se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones leves (hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse), que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regularización.

Que, el artículo 110 de la citada Ley establece que, la sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece en el inciso c) Principio de sometimiento pleno a la Ley que la Administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando

a los administrados el debido proceso; d) Principio de verdad material estableciendo que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Que, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el numeral II del artículo 67, establece que presentados los descargos la Autoridad de Supervisión procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa.

Que, el citado Reglamento en su artículo 68 establece que vencido el término de prueba, la Autoridad de Supervisión en el plazo de los diez (10) días hábiles administrativos siguientes, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción administrativa, con los fundamentos de hecho y de derecho.

Que, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad regirán la atribución sancionadora de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, actual ASFI.

Que, el artículo 4 del citado Decreto Supremo dispone que, la Autoridad de Supervisión aplicará sanciones en el marco de los principios establecidos en el artículo 3 y sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción, establecidas en su artículo 11, que determinan la sanción correspondiente: a) La acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción. b) El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción. c) Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción. d) Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores. e) Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero.

Que, el artículo 7 del mencionado Reglamento, en su inciso a) establece que habrá reincidencia siempre que el infractor sancionado mediante Resolución Administrativa que haya causado estado, incurra en la misma infracción que provocó la Resolución Administrativa señalada. Ésta será sancionada con el incremento de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la sanción aplicada a la infracción por la cual incurrió en reincidencia. Para este efecto se tomará en cuenta aquellas infracciones anteriores que fueron sancionadas mediante Resolución Administrativa dentro del plazo de los últimos (3) años anteriores a la fecha de la infracción con la cual incurrió en reincidencia y c) dispone que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones,

que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave, si esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.

Que, el inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones, establece que la sanción de multa será aplicada a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo precedente, a efectos de aplicar la sanción de multa, el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres supuestos descritos, sin ser necesario que concurran las tres condiciones en una misma infracción para la imposición de la sanción de multa.

Que, el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas dispone la aplicación de la sanción de multa por este ente regulador, según los rangos siguientes:

a)	*Primer Rango:*	*desde $us 500*	*hasta $us 10.000.*
b)	*Segundo Rango:*	*desde $us 10.001*	*hasta $us 20.000.*
c)	*Tercer Rango:*	*desde $us 20.001*	*hasta $us 35.000.*
d)	*Cuarto Rango:*	*desde $us 35.001*	*hasta $us 70.000.*

La aplicación de los rangos señalados se sujetará a lo dispuesto por el Capítulo 1 del Título III del señalado Decreto Supremo.

Que, el artículo 20 del mencionado Reglamento, dispone que en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12 del citado Reglamento y en el marco de lo dispuesto en los artículos 3 y 11 de la misma normativa, la Superintendencia, actual ASFI, podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes: inciso a) Amonestación por las siguientes causales, numeral 1. No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente; numeral 2. No llevar o no mantener actualizados los libros o archivos, conforme lo exigido por las disposiciones normativas aplicables; inciso b) Multas por las siguientes causales conforme a los rangos de multa correspondientes: Primer Rango, numeral 4. Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas; numeral 7. Incumplir en forma y plazos con las medidas establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas; numeral 9. Incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por ASFI. Tercer Rango, Numeral 3. Obtener, para sí o para terceros directa o indirectamente, como efecto de situaciones de conflicto de interés, ventajas o beneficios ilegítimos o causar perjuicio a sus clientes.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-13124/2014 de 27 de enero de 2014 e Informe Legal ASFI/DSV/R-15936/2014 de 31 de enero de 2014, se procedió al análisis

de los argumentos presentados como descargo por BISA SAFI S.A. a través de carta SAFI/809/2014 de 23 de enero de 2014, de acuerdo lo expuesto a continuación:

- ***Primer Cargo.-*** *Con relación a* ***Partidas pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días*** (…)

  Cabe señalar que si bien la entidad envió cartas en las que expuso las dificultades que tenía en las conciliaciones bancarias en cuanto a cheques en los Fondos de Inversión, esto no la libera de la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido en la normativa vigente y demás normas aplicables; por otro lado, se observa que a la fecha, la entidad no habría desarrollado una normativa interna para implementar mecanismos de control que permitan contar con procedimientos para la emisión y revalidación de cheques de los participantes, ni estableció políticas claras en los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos para el cobro de cheques.

  En ese entendido, la Sociedad Administradora debió aplicar mecanismos de control y contar con procedimientos para la emisión, recojo y cobro de cheques por parte de los participantes, considerando a su vez que algunas de las partidas observadas, sobrepasan los cuarenta días de data y debieron ser regularizadas en un plazo no mayor a treinta días. Asimismo, la norma no establece una excepción o excluye la no ejecución de dicha obligación de cumplimiento obligatorio para todas las entidades sujetas a su ámbito de aplicación

  Al respecto, cabe aclarar a la Sociedad que el Manual Único de Cuentas, establece de forma clara que las partidas pendientes de conciliación, deberán ser regularizadas en un plazo no mayor a treinta días, computables a partir de la fecha de origen de la partida, sin establecer excepciones, por lo tanto es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades sujetas a su ámbito de aplicación, en ese entendido se ratifica el cargo imputado.

  Por último, el artículo 15 numeral 1) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, establece como función de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos, bajo esa función y atribución de este Órgano de Supervisión, no existe nivel de materialidad para el análisis de cuentas o para hacer cumplir los criterios del Manual Único de Cuentas.

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el Manual Único de Cuentas, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) Dicha observación generó una distorsión en los estados financieros de la Sociedad, así como en los Fondos de Inversión en los que se identificaron partidas observadas, 3)La entidad no presentó una acción correctiva para subsanar la observación y 4) La entidad cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

Por lo que, correspondería imponer la sanción de ***Multa*** *de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.800.- (OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la misma infracción mediante Resolución ASFI N° 295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 1, por lo cual incurre en reincidencia prevista en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; en este sentido, en permanente vigilancia de la correcta prestación de servicios por parte de los regulados y que los mismos desarrollen sus actividades con mayor diligencia, corresponde incrementar la sanción en un 50% de multa establecida, haciendo un total en Bolivianos equivalente a* ***$us.1.200.- (UN MIL DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 y el inciso a) del artículo 7 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones.*

- ***Segundo Cargo.- Respecto a Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin previsión por irrecuperabilidad*** (…)

La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la infracción data de 10 de marzo de 2010, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas en la citada fecha, habría fenecido el 10 de marzo de 2012, de igual manera señalan que dichas partidas fueron regularizadas conforme mencionan en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012.

Se debe considerar que la prescripción no se aplica de oficio, sino solo si ha sido opuesta o invocada por quien o quienes pueden valerse de ella, por lo que al ser

la excepción de prescripción de previo y especial pronunciamiento, es necesario considerar los siguientes aspectos:

- *A partir de14 de mayo de 2012, este Órgano de Supervisión realizó una Inspección Técnica Financiera a BISA SAFI S.A., informando al Representante Legal de la entidad la finalización de la inspección, mediante Acta de Finalización de Inspección, el 19 de julio de 2012.*

- *Con carta ASFI/DSV/R-143781 de 7 de noviembre de 2012, se remitió a la entidad el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de de 31 de octubre de 2012, dando a conocer con detalle las observaciones detectadas como resultado de la Inspección Técnica Financiera y solicitando la remisión de un Plan de Acción.*

- *Con carta SAFI/9143/2012 de 4 de diciembre de 2012, la Sociedad remitió a este Órgano de Supervisión su Plan de Acción, comunicando que para subsanar la observación analizada en el presente cargo, los importes fueron readecuados.*

- *El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, citado por la Sociedad establece que <u>las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años</u>, asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N°26156 de 12 de abril de 2001, señala que la acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de tres (3) años <u>computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción</u>.*

- *Asimismo, se considera necesario acudir a precedentes administrativos de análisis sobre la determinación del momento a partir del cual comienza a correr el plazo para que pueda prescribir una infracción o falta administrativa y cuál es el momento en que se interrumpe dicha prescripción.*

- *Al respecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, señala textualmente: "…respecto a las* ***infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente****…". "…El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la Ley, que de acuerdo al artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo". "****Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija***

contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento" *(Las negrillas son nuestras).*

- *La citada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007, en el punto III. 2. Prescripción en el caso particular, efectúa a su vez el siguiente análisis: "El artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo específica que los procedimientos administrativos – incluyéndose en ellos los sancionatorios – podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.---Por otra, parte el artículo 65, parágrafo I, del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: "Los Superintendentes sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo,* ***de oficio*** *o a denuncia,* ***investigarán la comisión de infracciones*** *e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.---En tal sentido, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor. También puede darse el caso en sentido que la prescripción puede quedar interrumpida con la Notificación de Cargos cuando a juicio de la autoridad administrativa no se requiere actuaciones previas a la Notificación de Cargos y procede directamente a notificar cargos al regulado para conocer los justificativos del incumplimiento."*

Se debe considerar que el cargo notificado no se refiere a que la entidad habría incumplido la normativa por mantener documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data, sino a que la entidad debió constituir una previsión requerida para cuentas con data de más de 30 días del 100%, previsión que al momento de la Inspección Técnica Financiera realizada por ASFI a la entidad, no se había realizado. Del cargo notificado se observa que ambas partidas datan de 752 días.

De acuerdo a los antecedentes descritos, es posible evidenciar que el incumplimiento imputado a BISA SAFI S.A., por mantener documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data, sin constituir una previsión por irrecuperabilidad conforme determina el Manual Único de Cuentas y que generó una distorsión en los estados financieros de la Sociedad, se mantuvo desde el 10 de marzo de 2010 hasta que fue corregido y comunicado a este Órgano de Supervisión en el Plan de Acción remitido el 4 de diciembre de 2012 con carta SAFI/9143/2012.

En este sentido para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A.

regularizó las partidas correspondientes conforme prescribe el Manual de Cuentas, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.

Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se iniciaron en la Inspección Técnica Financiera, con la identificación de la existencia de Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin previsión por irrecuperabilidad, comunicado a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dicha observación, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

Por otro lado, considerando que además del tema de prescripción, la Sociedad no presentó descargos que desvirtúen la infracción imputada, se ratifica el cargo.

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el Manual Único de Cuentas, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) Dicha observación generó una distorsión en los estados financieros de la Sociedad de Bs 6.930.- al 31 de marzo de 2012, 3) La entidad como medida correctiva, menciona que estas partidas ya fueron regularizadas y 4) La entidad cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

En este sentido, correspondería imponer la sanción de ***Multa*** *de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la*

misma infracción mediante Resolución ASFI N° 295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 2, por lo cual incurre en reincidencia prevista en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; en este sentido, en permanente vigilancia de la correcta prestación de servicios por parte de los regulados y que los mismos desarrollen sus actividades con mayor diligencia, corresponde incrementar la sanción en un 50% de multa establecida, haciendo un total en Bolivianos equivalente a ***$us.1.050.- (UN MIL CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 y el inciso a) del artículo 7 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones.*

- ***Tercer Cargo.-*** *Con relación a* ***Cuentas por cobrar al personal por viajes personales cuyos saldos no fueron regularizados*** (…)

  Al respecto, la "Descripción" de la cuenta "Cuentas Pendientes de Cobro al Personal", código 108.05, capítulo "Activo", grupo "Documentos y Cuentas pendientes de cobro" del Manual Único de Cuentas, establece claramente que estas cuentas <u>serán deducibles del salario u honorario mensual</u>, por lo que al fin de mes no debe quedar pendiente de cobro ningún saldo. En ese sentido, la partida observada mantiene un saldo que no fue deducido del salario del personal citado durante dos meses, por lo que, se ratifica el cargo notificado.

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a BISA SAFI S.A., por infracción a lo dispuesto por el Manual Único de Cuentas, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.

  A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

  Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) Como medida correctiva, la entidad menciona que esta

partida ya fue regularizada y 3) La entidad cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

En este sentido, correspondería imponer la sanción de ***Multa*** *de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la misma infracción mediante Resolución ASFI N°295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 3, por lo cual incurre en reincidencia prevista en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; en este sentido, en permanente vigilancia de la correcta prestación de servicios por parte de los regulados y que los mismos desarrollen sus actividades con mayor diligencia, corresponde incrementar la sanción en un 50% de multa establecida, haciendo un total en Bolivianos equivalente a* ***$us.1.050.- (UN MIL CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 y el inciso a) del artículo 7 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones.*

- ***Cuarto Cargo.-*** *En cuanto a* ***Activos fijos clasificados erróneamente como fuera de uso*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos son producidos antes del 31 de diciembre de 2011, por lo que el plazo de ASFI para imponer sanciones habría prescrito, de igual manera señalan que dichas partidas fueron regularizadas conforme mencionan en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012, de 11 de abril de 2013 con carta SAFI/3140/2013 y de 22 de octubre de 2013 con carta SAFI/9606/2013.

  Respecto a la prescripción cabe el análisis efectuado para el cargo 2 precedente, señalando a su vez que el incumplimiento imputado a BISA SAFI S.A., por clasificar activos fijos como fuera de uso cuando los mismos son utilizados por la Sociedad, conforme al Manual Único de Cuentas, fue corregido y comunicado a este Órgano de Supervisión en el Plan de Acción remitido el 4 de diciembre de 2012 con carta SAFI/9143/2012, complementado con cartas SAFI/3140/2013 de 11 de abril de 2013 y SAFI/9606/2013 de 22 de octubre de 2013.

  En este sentido <u>para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. reclasificó los activos dentro de las cuentas correspondientes conforme prescribe el Manual de Cuentas, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.</u>

  Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se iniciaron en la Inspección Técnica Financiera, con la identificación de activos fijos clasificados como bienes fuera de uso, observación comunicada a la SAFI con carta

ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

Respecto a los argumentos de descargo expuestos por la Sociedad, se debe considerar que los activos fijos observados en el presente cargo, estaban erróneamente clasificados como bienes fuera de uso cuando se encontraban aún en pleno uso de la entidad, conforme se estableció en la Inspección Técnica Financiera realizada por este Órgano de Supervisión a partir del 14 de mayo de 2012, por lo que ***se ratifica*** *el cargo.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el Manual Único de Cuentas, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad, 2) Como medida correctiva, la entidad menciona que estas partidas ya fueron regularizadas, 3) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción y 4) El número de ítems observados.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.600.- (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Quinto Cargo.-*** *Respecto a las* ***Partidas pendientes de imputación sin previsión por irrecuperabilidad del 100%*** *con cargo a resultados* (…)

  Al respecto, la entidad señala que dichas partidas ya fueron regularizadas como mencionan en su Plan de Acción, sin embargo cabe aclarar que la "Descripción" de la cuenta "Partidas pendientes de imputación", código 130.03, capítulo "Activo", grupo "Otros Activos" del Manual Único de Cuentas, expresa de forma clara que el plazo máximo para la regularización de las partidas registradas en esta cuenta, no puede ser mayor a treinta días, ya que transcurrido este plazo, debe contabilizarse una previsión por irrecuperabilidad del 100%, con cargo a resultados, procedimiento que incumplió la Sociedad, en consecuencia ***se ratifica*** *el cargo notificado.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el Manual Único de Cuentas, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

  A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

  Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) Dicha observación generó una distorsión aproximada en los estados financieros de la Sociedad de marzo a mayo de 2011 de Bs2.000.-, de agosto a noviembre de 2011 de Bs2.000.- y de febrero a marzo de 2012 de Bs2.000.- 2) Como medida correctiva, la entidad menciona que estas partidas ya fueron regularizadas y 3) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

  En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Sexto Cargo.-*** *Respecto a* ***Estados de Cuentas no entregados a los Participantes*** *correspondientes a los meses de septiembre y diciembre de 2011 y marzo de 2012* (…)

  Al respecto, el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversiones y sus Sociedades Administradoras, señala la obligación que tienen las SAFI's, en el marco de la administración de Fondos de Inversión Abiertos, de remitir en forma mensual un reporte que debe ser entregado a todos los Participantes sin excepción hasta el décimo día calendario del mes siguiente, debiendo contar con los respaldos que certifiquen la entrega del reporte en las direcciones de los titulares de la cuentas de participación que consten en sus registros. Asimismo establece que cualquier retraso deberá ser debidamente sustentado, documentado y justificado.

  La Sociedad en su Plan de Acción, admite que no se entregaron algunos estados de cuenta, atribuyendo esta omisión a la empresa de courrier contratada, la misma que justificaría los motivos de la no entrega, sin embargo conforme señala la normativa precitada, la contratación de servicios de terceros para la entrega del reporte mensual, no significa la liberación y cesión de las obligaciones y responsabilidades de la Sociedad Administradora, por lo que es obligación de BISA SAFI S.A., entregar los estados de cuentas a sus participantes, siendo responsable de tomar todos los recaudos necesarios y medidas preventivas, que permitan el cumplimento de dicha entrega. Asimismo, el artículo 16 del Reglamento Interno de los Fondos, que señala: "Las facturas y los estados de cuenta que no hayan sido entregados, debido a que no se encontró al participante en la dirección registrada para tal efecto, estarán a disposición de los Participantes de manera permanente en oficinas de BISA SAFI", no implica una excepción para el cumplimiento a lo dispuesto en el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

  Asimismo, la citada Normativa prevé mecanismos alternativos para la entrega de estados de cuenta por medios electrónicos, a solicitud escrita del Participante; en este sentido, la Sociedad cuenta con las alternativas necesarias para cumplir con la obligación establecida en el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversiones y sus Sociedades Administradoras, por lo que se ***ratifica*** *el cargo.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto en la forma y plazos con las medidas establecidas*

por ASFI a través de Resoluciones Administrativas; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) El perjuicio para los participantes mencionados, quienes no tuvieron acceso oportuno a la información sobre el estado de su cuenta, que les correspondía en derecho y/o para prever que el hecho no vuelva a producirse en el futuro,2) La entidad no presentó una acción correctiva, para subsanar esta observación, 3) El cargo corresponde a 335 casos observados de los diferentes Fondos de Inversión que administra la SAFI y 4) La entidad cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

En este sentido, correspondería imponer la sanción de ***Multa*** *de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.2.000.- (DOS MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la misma infracción mediante Resolución ASFI N°295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 7, por lo cual incurre en reincidencia prevista en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; en este sentido, en permanente vigilancia de la correcta prestación de servicios por parte de los regulados y que los mismos desarrollen sus actividades con mayor diligencia, corresponde incrementar la sanción en un 50% de multa establecida, haciendo un total en Bolivianos equivalente a* ***$us.3.000.- (TRES MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 y el inciso a) del artículo 7 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones.*

- ***Séptimo Cargo.-*** *En cuanto a* ***Estados de Cuentas entregados a los Participantes fuera de plazo****, correspondientes a los meses de septiembre y diciembre de 2011 y marzo de 2012* (…)

  Cabe aclarar a la entidad que si bien entregó los estados de cuentas a sus participantes, es su obligación cumplir con el plazo de entrega establecido en el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversiones y sus Sociedades Administradoras, que señala la obligación de remitir en forma mensual un reporte que debe ser entregado a todos los Participantes sin excepción hasta el décimo día calendario del mes siguiente, debiendo contar con los respaldos que certifiquen la entrega del reporte en las direcciones de los

titulares de la cuentas de participación que consten en sus registros, por lo que, se ratifica el cargo notificado.

*Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a **BISA SAFI S.A.**, por infracción a lo dispuesto por el inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) Dicha observación no generó efectos, sin embargo no se dotó de manera oportuna a los participantes de los Fondos de Inversión Abiertos que administra la Sociedad de toda la información relativa a los estados de cuenta,2) La entidad no presentó una acción correctiva, para subsanar esta observación y/o para evitar que esta infracción vuelva a producirse en lo futuro, 3) El cargo corresponde a 1062 casos observados de los diferentes Fondos de Inversión que administra la SAFI y 4)La entidad cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

*En este sentido, correspondería imponer la sanción de **Multa** de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.1.800.- (UN MIL OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la misma infracción mediante Resolución ASFI N°295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 8, por lo cual incurre en reincidencia prevista en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; en este sentido, en permanente vigilancia de la correcta prestación de servicios por parte de los regulados y que los mismos desarrollen sus actividades con mayor diligencia, corresponde incrementar la sanción en un 50% de multa establecida, haciendo un total en Bolivianos equivalente a **$us.2.700.- (DOS MIL SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7,*

inciso b) del artículo 20 y el inciso a) del artículo 7 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones.

- ***Octavo Cargo.-*** *En cuanto a* ***Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  Cabe aclarar a la Sociedad que si bien el número consignado en la cédula de identidad no es actualizado porque individualiza a cada ciudadano boliviano en forma particular, de acuerdo a normativa legal de conocimiento general, se prevé la obligatoriedad de la renovación del documento, manteniendo el mismo número asignado, prevaleciendo el principio de que mientras las cédulas de identidad se encuentren vigentes, los datos que se consignan en el documento de identidad, tendrán vigencia legal.

  Asimismo, el inciso c) del numeral 3, artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras en su último párrafo establece que los datos consignados en dicho registro, numerales 1 al 6, deberán estar permanentemente actualizados y respaldados por la correspondiente documentación…", siendo el Número de cédula de identidad de los participantes, el numeral 3 de dicho inciso.

  En este sentido, es responsabilidad de la entidad mantener las carpetas de los participantes con la documentación e información vigente, debiendo actuar con la debida diligencia para evitar que dichos datos se caduquen y se mantengan archivados en las carpetas de los participantes, por lo que, se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

  En este sentido, a objeto de modular la sanción a aplicar, se debe considerar que el cargo ratificado está previsto como infracción específica en el numeral 2, inciso a) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que establece que el no llevar los registros conforme lo exigido por la normativa aplicable, es causal de amonestación, ya que dicho incumplimiento no causó perjuicio o daño económico a terceros, ni tuvo efectos en el Mercado de Valores, y es susceptible de enmienda y regularización, considerando que la entidad debe presentar una acción correctiva al respecto; sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la misma infracción mediante Resolución ASFI N° 295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 10, por lo que incurrió en reincidencia, en consecuencia, corresponde aplicar la sanción de multamínimade Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, incisos a) y b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Noveno Cargo.-*** *Respecto a la* ***Carpeta de Participante desactualizada en cuanto al registro de firmas autorizadas****, del Fondo "A Medida"* (…)

Al respecto, el numeral 5, inciso c) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, establece la obligación de llevar un registro electrónico y actualizado de los Participantes del Fondo de Inversión Abierto, en ese entendido la entidad no tomó los recaudos necesarios y no actuó con la debida diligencia para dar cumplimiento a la normativa vigente en el registro de firmas autorizadas para participantes del Fondo de Inversión A Medida.

Las Sociedades Administradoras tienen la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido en la normativa vigente y demás normas aplicables, el término "obligación" constituye un vínculo que impone en el presente caso la ejecución de una acción, en la norma no se establece una excepción o excluye la no ejecución de dicha obligación, para cierto tipo de información, por tanto, dicha acción es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades sujetas a su ámbito de aplicación, por lo que, se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

En este sentido, a objeto de modular la sanción a aplicar, se debe considerar que el cargo ratificado está previsto como infracción específica en el numeral 1, inciso a) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que establece que el no realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente, es causal de amonestación, ya que dicho incumplimiento no causó perjuicio o daño económico a terceros, ni tuvo efectos en el Mercado de Valores, fue susceptible de enmienda y regularización y que la entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción; corresponde aplicar la sanción de ***amonestación****, en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11 y parágrafo I, inciso a) del artículo 12, del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Cargo.-*** *En cuanto a los* ***Comprobantes de compra y rescate de cuotas sin la firma del funcionario responsable de la operación*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  Evaluados los descargos presentados por la Sociedad, corresponde desestimar el cargo notificado, sin embargo, cabe aclarar que las modificaciones a los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos en cuanto a la validez de los comprobantes de compra o rescate de cuotas, autorizadas mediante notas SPVS-IVDI (sic) */No.481/2008, SPVS-IV-DI/No.482/2008 y SPVS-IV-DI/No.483/2008, no sustituyen los requisitos establecidos en los incisos j) y s) del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

  En consecuencia, se debe instruir a BISA SAFI S.A. la adecuación de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, a lo establecido en la vigente Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004.

- ***Décimo Primer Cargo.-*** *Respecto a* ***Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas*** *al 31 de marzo de 2012(…)*

  Al respecto el inciso p) del artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señala claramente que los comprantes de compra de Cuotas de los Fondos de Inversión Abiertos deben contener el nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas, en ese entendido la Sociedad tiene la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido por sus normas internas y demás normas aplicables, sin excepciones para cierto tipo de información, por tanto, dicha acción es de cumplimiento obligatorio de todas las entidades sujetas a su ámbito de aplicación.

  Cabe aclarar que los comprobantes observados, en su totalidad, se tratan de operaciones de rescate de cuotas mediante cheque realizados en oficinas de la Sociedad, por lo que se emitieron dichos comprobantes sin el nombre y la firma del participante.

  Finalmente, se evidencia que la ABAV envió una propuesta operativa con nota ABAV G.G. 155/2013 de 4 de abril de 2013 para la revisión del artículo 66 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, sin embargo el remitir una propuesta no significa el cambio automático de la norma, observando que es facultativo de este Órgano de Supervisión evaluar las propuestas de modificación enviadas por las entidades reguladas y que las mismas pueden o no ser consideradas.

  En este entendido, la entidad debió tomar todos los recaudos necesarios, para el cumplimiento de la normativa vigente, por lo que, se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el inciso p) del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto en la forma y plazos con las medidas establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

  A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la

proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) Dicha observación no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores,2) El cargo corresponde a 215 casos observados de los diferentes Fondos de Inversión que administra la SAFI, 3) La entidad no presentó una acción correctiva, para subsanar esta observación y/o para evitar que esta infracción vuelva a producirse en lo futuro, y 4) La entidad cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

En este sentido, correspondería imponer la sanción de ***Multa*** *de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.1.000.- (UN MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), sin embargo se verifica que la Sociedad fue sancionada por la misma infracción mediante Resolución ASFI N°295/2011 de 21 de marzo de 2011, cargo N° 13, por lo cual incurre en reincidencia prevista en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; en este sentido, en permanente vigilancia de la correcta prestación de servicios por parte de los regulados y que los mismos desarrollen sus actividades con mayor diligencia, corresponde incrementar la sanción en un 50% de multa establecida, haciendo un total en Bolivianos equivalente a* ***$us.1.500.- (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 y el inciso a) del artículo 7 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones.*

- ***Décimo Segundo Cargo.-*** *Sobre los* ***Valores adquiridos en Mercado Secundario no endosados a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados administrados*** *detectados en el arqueo realizado el 27 de junio de 2012* (…)

  La Sociedad admite en sus descargos, el hecho de no haber realizado el endoso a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados, de los valores adquiridos en mercado secundario, conforme establece el inciso f) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, manifestando que procedió a la modificación de manuales como plan de acción.

  Asimismo, mediante carta SAFI/3140/2013 de 11 de abril del 2013, señala que se modificó el Manual de Procedimientos respecto al Endoso de Valores para especificar la obligatoriedad del mismo.

  En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan la infracción imputada, se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por el inciso f) del artículo*

43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con lo dispuesto en la forma con las medidas establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada se observa que: 1) La Sociedad manifiesta haber regularizado la observación, 2)La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, 3) El cargo corresponde a 162 casos observados, 4) Los montos significativos de los Valores mal endosados, 4) El riesgo legal que conllevaría el mal endoso en caso de suceder instrucciones de bloqueo, retención o de un procedimiento de cobro.

*En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.3.500.- (TRES MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Tercer Cargo.-** En cuanto a los **Valores en custodia física con endoso en blanco** detectado en el arqueo realizado el 27 de junio de 2012* (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos producidos antes del 31 de diciembre de 2010, habría prescrito, ratificando lo mencionado en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012.

  Respecto a la prescripción cabe el análisis efectuado para el cargo N°2 precedente, señalando a su vez que <u>para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. regularizó los valores observados con endoso en blanco conforme prescribe la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades</u>

Administradoras, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.

Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se iniciaron en la Inspección Técnica Financiera, con la identificación en el arqueo realizado el 27 de junio de 2012 de Valores en custodia física con endoso en blanco, observación comunicada a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

Respecto a los argumentos de descargo expuestos por la Sociedad, se debe considerar que a pesar que los valores observados se encontraban en bóveda de seguridad del Banco BISA y con todos los procedimientos de seguridad de esta entidad, al ser dichos Valores físicos (Certificados de Depósitos a Plazo Fijo), los mismos tenían consignadas las firmas de los endosantes (representantes de BISA SAFI S.A.), pero sin el nombre del endosatario (beneficiario), por tanto, estaban endosados en blanco. En este sentido, se vulneró la seguridad de los mismos incumpliendo el inciso a) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, por lo que ***se ratifica*** *el cargo.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto por la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir con la forma y/o plazos con las medidas o sanciones establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, cabe establecer que: 1) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, 2) La Sociedad manifiesta contar con procedimientos de control para revisar que los títulos se

encuentren debidamente endosados, 3) El cargo corresponde a 38 casos observados, 4) Los montos de los Valores mal endosados, 4) El riesgo legal que conllevaría el endoso en blanco caso de un procedimiento de cobro.

*En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.1.000.- (MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Cuarto Cargo.-** Respecto al **Acta del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros** de 25 de octubre de 2011* (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en el caso producido el 24 de octubre de 2011, habría prescrito conforme señala el artículo 79 de las Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, ratificando lo mencionado en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012.

  Al respecto, como la propia Sociedad señala, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que el plazo de prescripción es computable a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

  *En este sentido, la infracción que data del 25 de octubre de 2011, aclarando que el Acta observada tiene como fecha 25 de octubre de 2011 y no 24 de octubre de 2011 como señala la entidad en sus descargos, fue comunicada a la Sociedad con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar la observación, por lo que corresponde declarar **improbada** la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A., toda vez que el plazo de dos años que señala la Ley, al momento de la ejecución de los actos administrativos citados se encontraba plenamente vigente.*

  *Por otro lado, analizados los descargos presentados por BISA SAFI S.A., se establece que la entidad admite el hecho de que el Acta del Comité de Inversiones del Fondo MICROFIC de 25 de octubre de 2011, se encontraba sin firma del miembro José Antonio Arze, que figuraba como asistente del mismo, en este sentido, procedió a regularizar la firma. Por lo que se **ratifica** el cargo notificado.*

  En este sentido, a objeto de modular la sanción a aplicar, se debe considerar que el cargo ratificado está previsto como infracción específica en el numeral 2, inciso

a) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que establece que el no mantener actualizados los libros, registros o archivos, conforme lo exigido por las disposiciones normativas aplicables, es causal de amonestación, ya que dicho incumplimiento no causó perjuicio o daño económico a terceros, ni tuvo efectos en el Mercado de Valores, fue susceptible de enmienda y regularización y la entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción,corresponde aplicar de sanción de ***amonestación****, en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11 y parágrafo I, inciso a) del artículo 12, del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Quinto Cargo.-*** *Con relación a las* ***Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo*** (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en el caso producido el 27 de mayo de 2011, habría prescrito conforme señala el artículo 79 de las Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, ratificando lo mencionado en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012.

  Al respecto, como la propia Sociedad señala, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que el plazo de prescripción es computable a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

  Por lo expuesto, la infracción producida el 27 de mayo de 2011 fue comunicada a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, por lo que corresponde declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A., toda vez que el plazo de dos años que señala la Ley, al momento de la ejecución de los actos administrativos citados se encontraba plenamente vigente.*

  De los descargos presentados, se establece que la entidad admite que el tomo dos del libro de Actas del Comité de Inversiones de BISA SAFI S.A. para los fondos de inversión que administra y el libro de Actas del Comité de Inversiones del Fondo MICROFIC, no contaban con el sello de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asimismo, el Acta del Comité de Inversiones realizado el 27 de mayo de 2011, no adjuntaba como respaldo la presentación realizada a los miembros del comité que formaba parte de la misma. En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan el cargo imputado, se ***ratifica*** *el cargo.*

En este sentido, a objeto de modular la sanción a aplicar, se debe considerar que el cargo ratificado está previsto como infracción específica en el numeral 2, inciso a) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que establece que el no mantener actualizados los libros, registros o archivos, conforme lo exigido por las disposiciones normativas aplicables, es causal de amonestación, ya que dicho incumplimiento no causó perjuicio o daño económico a terceros, ni tuvo efectos en el Mercado de Valores, fue susceptible de enmienda y regularización y la entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción; corresponde aplicar de sanción de ***amonestación****, en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11 y parágrafo I, inciso a) del artículo 12, del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Sexto Cargo.-*** *En cuanto a los* ***Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité de Inversiones*** (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos producidos antes del 20 de diciembre de 2011, habrían prescrito conforme señala el artículo 79 de las Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, informando que se tomo acciones al respecto tal como menciona en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012.

  Al respecto, como la propia Sociedad señala, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que el plazo de prescripción es computable a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

  Por lo expuesto, los excesos observados que datan del 24 de octubre, 28 de noviembre y 20 de diciembre de 2011 que no fueron analizados por el Comité de Inversiones fueron comunicados a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, por lo que corresponde declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A., toda vez que el plazo de dos años que señala la Ley, al momento de la ejecución de los actos administrativos citados se encontraba plenamente vigente.*

  Revisados los descargos presentados, se establece que la entidad mediante carta SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012, admite que los límites no fueron evaluados por el Comité de Inversiones porque el Oficial de Cumplimiento no reportó los excesos observados al Comité, pero que de forma inmediata tomaron acciones al respecto.

Al respecto, el inciso d) del artículo 49 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras establece que en las SAFIS debe existir y funcionar permanentemente por lo menos un Comité de Inversión integrado siquiera por (3) miembros que monitoree y evalúe las condiciones del mercado, en ese entendido los argumentos expuestos por la Sociedad no constituyen justificación para los excesos detectados, pues es obligación de la SAFI, tomar las medidas necesarias para evitar y/o corregir oportunamente las falencias observadas, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado.*

Por lo expuesto, con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 8, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que establece como infracción de primer Rango el llevar por parte de las entidades fiscalizadas por ASFI, controles internos deficientes.*

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) Como medida correctiva, la entidad señala que el Oficial de Cumplimiento incluyó estos excesos en su informe mensual al Directorio y que se tendrá mayor cuidado en los informes presentados al Comité de Inversión, 2) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, en consecuencia corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.1.000.- (UN MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 8, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Séptimo Cargo.-*** *Con relación a las Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión* (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora, habría prescrito, argumentando que el plazo para imponer sanciones respecto a las operaciones producidas el 9 de agosto de 2011, hubiese fenecido el 9 de agosto de 2013.

  Al respecto, como la propia Sociedad señala, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que el plazo de prescripción es computable a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

  Por lo expuesto, la infracción producida el 9 de agosto de 2011 fue puesta en conocimiento de la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012,

*requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, por lo que corresponde declarar **improbada** la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A., toda vez que el plazo de dos años que señala la Ley, al momento de la ejecución de los actos administrativos citados se encontraba plenamente vigente.*

Con relación a los descargos presentados por BISA SAFI S.A., corresponde señalar lo siguiente:

- *Si bien la Sociedad tiene mecanismos para asegurar la transparencia en la formación de precios, no elimina la existencia de conflictos de interés debido al uso indebido de información privilegiada de los operadores, por lo que este hecho se constituye en una prohibición establecida en la Ley del Mercado de Valores N° 1834.*

- *Respecto a la puja en las operaciones, si bien no depende de BISA SAFI que se inicie o no un proceso de puja, cabe mencionar que en las operaciones realizadas por BISA SAFI el 9 de agosto de 2011, la entidad realizó lo siguiente:*

  Adquirió cinco (5) DPFs del Banco los Andes ProCredit, a una tasa de 0.20%, para la cartera de los Fondos de Inversión Abiertos administrados por BISA SAFI S.A.: Los DPFs CLAN09185009, CLAN09185109 y CLAN09185209 para el fondo A MEDIDA, el DPF CLAN09185309 para el fondo PREMIER y el DPF CLAN09184909 para el fondo CAPITAL.

  El mismo día vendió el DPF CLAN09185009 a una tasa de 2.1%, el DPF CLAN09185109 a una tasa de 2% y el DPF CLAN09184909 a una tasa de 2.1%. Cabe señalar que la operación se cerró a las condiciones ofertadas por la Agencia de Bolsa, es decir, que desde un inicio, se estaba generando una pérdida para el fondo A MEDIDA de Bs64,442.33 (Sesenta y cuatro mil cuatrocientos cuarenta y dos 33/100 Bolivianos) y una pérdida para el fondo CAPITAL de Bs36,798.10 (Treinta y seis mil setecientos noventa y ocho 10/100 Bolivianos).

- *Si bien las operaciones entre entidades vinculadas no están prohibidas y que respecto a las operaciones entre Fondos se habría cumplido lo establecido en el inciso i) del artículo 44 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004, la notificación de cargos señala que BISA SAFI habría incumplido lo previsto en el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, asimismo habría incurrido en la prohibición prevista en el inciso c) del artículo 44 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

  El artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 señala: "Se entenderá como conflicto de intereses cualquier acto, omisión o situación de una persona natural o jurídica, a consecuencia del cual dicha

persona puede obtener ventajas o beneficios ilegítimos, para sí o para terceros mediante el uso de información, la prestación de servicios o la realización de transacciones en el mercado de valores.

Las agencias de bolsa, las sociedades administradoras de fondos y las sociedades titularizadoras están obligadas ***a buscar la adecuada rentabilidad y seguridad de sus operaciones, con arreglo al principio de distribución de riesgos y preservando siempre el interés e integridad de los bienes que le sean confiados****. (Las negrillas son nuestras)*

Las sociedades administradoras de fondos están obligadas en todo momento a respetar y hacer prevalecer los intereses de los fondos que administran sobre los suyos. Cuando intervengan en la compra o venta de Valores deberán velar primero por los intereses de los fondos, procurando que en las transacciones se obtenga siempre el mayor beneficio o ventaja posible para éstos, antes que para sus propias inversiones e intereses.

Las agencias de bolsa y ***las sociedades administradoras de fondos deben evitar los precios perjudiciales, quedando entendido por tales a aquellos precios de transacción en el mercado de valores, que no son aquellos que el comprador o vendedor, velando por su propio interés, pagaría o recibiría en un mercado abierto****. (Las negrillas son nuestras)*

Ante un potencial conflicto de intereses, es responsabilidad de la persona involucrada consultar con la Superintendencia de Valores para la aprobación o rechazo de la acción generadora del conflicto, antes de tomar la decisión de proceder con la misma.

La existencia de un conflicto de intereses en casos específicos, puede presumirse por la Superintendencia de Valores, siendo deber de los posibles implicados demostrar la inexistencia, corriendo a este efecto con la carga de la prueba".

Asimismo el inciso c) del artículo 44 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras señala, que ***las SAFI's en ningún caso en el marco de la administración de los Fondos de Inversión, podrá llevar a cabo prácticas inequitativas o discriminatorias con los Participantes o con los Fondos de Inversión administrados****.*

Al respecto, BISA SAFI procedió a la venta de los DPFs CLAN09185009, CLAN09185109 y CLAN09184909 generando una pérdida desde las condiciones iniciales ofertadas para los fondos A MEDIDA y CAPITAL, como se explicó en el punto anterior.

A través de la Agencia de Bolsa Valores Unión S.A. se adquirieron los DPFs CLAN09185009 y CLAN09185109 para la cartera del fondo MICROFIC.

A través de BISA AGENCIA DE BOLSA S.A. que es también una entidad vinculada a BISA SAFI S.A. se adquirió el DPF CLAN09184909 para "La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A.".

Como las operaciones con estos DPFs fueron realizadas el mismo día, el monto negociado superó el monto mínimo, dando como resultado la marcación de los códigos de valoración de los DPFs en cuestión, como se muestra en los siguientes cuadros:

Archivo de Marcación de Valores de Renta Fija de la Bolsa de Valores:

Codigo (sic) de Valoración	Instrumento	Clave	Tasa Promedio	Monto Negociado	Monto Mínimo	Activo
06CLAN400	DPF	CLAN09185109	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN400	DPF	CLAN0918509	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN400	DPF	CLAN09185309	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN500	DPF	CLAN09184909	1.1463	18933067.76	343500	AC
06CLAN500	DPF	CLAN09185009	1.1463	18933067.76	343500	AC

Obtención de la Tasa Promedio Ponderada para el código 06CLAN400:

INSTRUMENTO	CLAVE	MONTO	TASA DE ADQUISICIÓN	PONDERACIÓN	COMPRADOR	VENDEDOR	CÓDIGO DE VALORACIÓN
DPF	CLAN09185109	4.716.179,11	0,20%	0,0501%	A MEDIDA		06CLAN400
DPF	CLAN09185209	4.716.179,11	0,20%	0,0501%	A MEDIDA		06CLAN400
DPF	CLAN09185309	4.716.179,11	0,20%	0,0501%	PREMIER		06CLAN400
DPF	CLAN09185109	4.688.534,88	2,00%	0,4978%	MICROFIC	A MEDIDA	06CLAN400
Total		18.837.072,21	**TASA PONDERADA**	0,6480%			

Obtención de la Tasa Promedio Ponderada para el código 06CLAN500:

INSTRUMENTO	CLAVE	MONTO	TASA DE ADQUISICIÓN	PONDERACIÓN	COMPRADOR	VENDEDOR	CÓDIGO DE VALORACIÓN
DPF	CLAN09185009	4.751.665,99	0,20%	0,0502%	A MEDIDA		06CLAN500
DPF	CLAN09185009	4.714.867,89	2,10%	0,5230%	MICROFIC	A MEDIDA	06CLAN500
DPF	CLAN09184909	4.751.665,99	0,20%	0,0502%	CAPITAL		06CLAN500
DPF	CLAN09184909	4.714.867,89	2,10%	0,5230%	BIA (VITALICIA)	CAPITAL	06CLAN500
Total		18.933.067,76	**TASA PONDERADA**	1,1463%			

Dado que hubo marcación para los códigos 06CLAN400 y 06CLAN500, por efectos de valoración, los Fondos de Inversión A MEDIDA y PREMIER tuvieron pérdidas, dado que los DPFs CLAN09185209, CLAN09185309 permanecieron en sus carteras, respectivamente, mientras que MICROFIC y La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A. tuvieron ganancias, como se muestra en el siguiente cuadro:

ENTIDAD	INSTRUMENTO	CLAVE	TASA DE ADQUISICIÓN	TASA RELEVANTE	PRECIO DE ADQUISICIÓN	PRECIO DE MERCADO	DIFERENCIA
A MEDIDA	DPF	CLAN09185209	0,20%	0,648%	4.716.179,11	4.709.268,34	-6.910,77
PREMIER	DPF	CLAN09185309	0,20%	0,648%	4.716.179,11	4.709.268,34	-6.910,77
MICROFIC	DPF	CLAN09185009	2,10%	1,1463%	4.714.867,89	4.733.267,08	18.399,19
MICROFIC	DPF	CLAN09185109	2,00%	0,6480%	4.688.534,88	4.709.268,34	20.733,46
LA VITALICIA	DPF	CLAN09184909	2,10%	1,1463%	4.714.867,89	4.733.267,08	18.399,19

En este sentido, con las operaciones realizadas ese día, se tuvieron las siguientes ganancias y pérdidas:

ENTIDAD	RESULTADO	POR VALORACIÓN	POR NEGOCIACIÓN	TOTAL BS
A MEDIDA	PÉRDIDA	-6.910,77	-64.442,33	-71.353,10
PREMIER	PÉRDIDA	-6.910,77		-6.910,77
CAPITAL	PÉRDIDA		-36.798,10	-36.798,10
MICROFIC	GANANCIA	39.132,65		39.132,65
LA VITALICIA	GANANCIA	18.399,19		18.399,19

Respecto al horario de entrega de las órdenes de compra de MICROFIC y venta de A MEDIDA, cabe mencionar que los DPFs CLAN09185109, CLAN09185209 y CLAN09185309 fueron adquiridos a tasa de 0.20% a horas 10:52:41 con la papeleta de bolsa N°298005, y los DPFs CLAN09184909 y CLAN09185009 fueron adquiridos a tasa de 0.20% a horas 10:52:12 con la papeleta de bolsa N°298004. La venta a MICROFIC fue realizada posteriormente a horas 11:03:39 para el DPF CLAN09185109 con papeleta de bolsa N°298034 y a horas 11:03:52 para el DPF CLAN09185009 con papeleta de bolsa N°298035.

Cabe mencionar que a requerimiento de BISA S.A. Agencia de Bolsa las papeletas N° 298004 y 298005 fueron fraccionadas como sigue: la papeleta N° 298004 fue fraccionada en las papeletas N° 298054 y 298055 mientras que la papeleta N° 298005 fue fraccionada en las papeletas N°298051, 298052 y 298053.

- *Respecto a los rendimientos de los Fondos A MEDIDA y CAPITAL, cabe señalar que el rendimiento hubiese sido superior en caso de no haber realizado la venta de los DPFs en cuestión. Adicionalmente, cabe mencionar que el rendimiento extraordinario del Fondo A MEDIDA se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y en menor proporción a las operaciones realizadas para el Fondo dado que el 9 de agosto de 2011 hubieron compras de cuotas por un monto de Bs3,925,272.64 mientras que hubieron rescates por Bs377,450.44. En este sentido hubo una práctica discriminatoria contra ambos fondos dado que se afectó negativamente al rendimiento de los mismos.*

…considerando que los descargos presentados no desvirtúan el cargo imputado, ***se ratifica*** *el cargo por contravención por parte de* ***BISA SAFI S.A.****, a lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834, así como al inciso c) del artículo 44 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

Por lo expuesto, con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por incumplimiento a la normativa precitada, está previsto como infracción específica, dentro del Tercer Rango de multas, contemplada en el numeral 3, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala como infracción el obtener para sí o para terceros directa o indirectamente, como efecto de situaciones de conflictos de interés, ventajas o beneficios ilegítimos o causar perjuicio a sus clientes. Respecto a la obtención*

directa o indirecta de cualquier tipo de ventaja para sí o terceros, se entenderá que dicha acción u omisión debe haber generado un beneficio propio o para terceros en detrimento de intereses de carácter general o particular.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

…es necesario tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Tercer Rango: 1) El rendimiento extraordinario del Fondo A MEDIDA se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y en menor proporción a las operaciones realizadas para el Fondo. 2) Se perjudicó al Fondo de Inversión PREMIER y se benefició al Fondo de Inversión Cerrado MICROFIC y a la Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A.3) El rendimiento de los Fondos A MEDIDA y CAPITAL, hubiera sido superior en caso de no haber realizado la venta de los DPFs en cuestión. 4) Hubo una práctica discriminatoria contra ambos Fondos dado que se afectó negativamente al rendimiento de los mismos por las operaciones realizadas el 9 de agosto de 2011. 5) La Sociedad Administradora no es reincidente en este tipo de infracciones.

*En consecuencia corresponde imponer a **BISA SAFI S.A.** la sanción de **multa** de Tercer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us20.001.00 (VEINTE MIL UN 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso d) del artículo 13, y numeral 3, Tercer Rango, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Octavo Cargo.-** En cuanto a **Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario** al 27 de junio de 2012* (…)

  La Sociedad admite el cargo imputado por no cerrar los endosos de los valores a favor de los Fondos de Inversión administrados, incumpliendo el Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI que establece, que de ser mercado secundario, cierra el endoso a favor del Fondo administrado por la Sociedad o a nombre de BISA SAFI S.A. en caso de ser cartera propia y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, manifestando que procedió a la regularización y modificación de Manual citado precedentemente.

En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan la infracción imputada, se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto a la normativa precitada, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada se observa que: 1) La entidad procedió a la regularización y modificación del Manual de Procedimientos y Control interno y 2) La Sociedad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, en ese sentido,

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.600.- (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Décimo Noveno Cargo.-*** *Respecto a* ***Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador*** *durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de marzo de 2012* (…)

  La Sociedad admite el cargo imputado, habiendo incumplido el Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, en lo que respecta a la Unidad/Cargo/Responsable "Administrador y/o Contador" quienes verifican los datos del memorándum y proceden a firmar la solicitud y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, manifestando que procedió a la modificación de Manual citado precedentemente.

*En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan la infracción imputada, se **ratifica** el cargo notificado.*

*Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a **BISA SAFI S.A.**, por infracción a lo dispuesto a la normativa precitada, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada (…): 1) La entidad procedió a la modificación del Manual de Procedimientos y Control interno, 2) La Sociedad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción y 3) El cargo se refiere a 162 casos observados.

*En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Cargo.-** Con relación a **Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin verificación de datos*** (…)

  Al respecto, la Sociedad admite el cargo imputado, al haber incumplido el Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, en lo que respecta al "Ingreso de Títulos de Custodia de Valores" en cuanto a la obligatoriedad del Administrador y/o Contador: de verificar los datos del memorándum y proceder a firmar la solicitud" y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, manifestando que procedió a la modificación del Manual citado precedentemente.

*En este sentido, considerando que los descargos presentados no desvirtúan la infracción imputada, se **ratifica** el cargo notificado.*

*Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a **BISA SAFI S.A.**, por infracción a lo dispuesto a la normativa precitada, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada se observa que: 1) La entidad procedió a la modificación del Manual de Procedimientos y Control interno y 2) La Sociedad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción.

*En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.600.- (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Primer Cargo.-** En cuanto al **Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo*** (…)

La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos producidos antes de abril de 2011, habrían prescrito conforme señala el artículo 79 de las Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, informando asimismo que se implementó el Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012.

Al respecto, como la propia Sociedad señala, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de

Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que el plazo de prescripción es computable a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

Por lo expuesto, la infracción ocurrida en febrero y abril de 2011 fue comunicada con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, correspondiendo declarar improbada la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A., toda vez que el plazo de dos años que señala la Ley, al momento de la ejecución de los actos administrativos citados se encontraba plenamente vigente.

Revisados los descargos presentados por la Sociedad, corresponde establecer que mediante carta SAFI/9143/2012 BISA SAFI S.A., se señaló que el comité sesionó una vez tratando temas específicos para algunos Fondos, y que en las actas no se mencionó a los otros Fondos porque no se trataron temas relevantes de los mismos. Al respecto cabe mencionar que la obligatoriedad del comité de sesionar mínimamente una vez al mes está establecida en cada uno de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión, por lo que incumplió con lo establecido en el artículo 30 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos A Medida, Premier, Capital, Ultra y el Artículo 48 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Cerrado Gafic y por tanto el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Al respecto, el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras establece la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido por los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión que administran, las normas internas de la Sociedad Administradora y demás normas aplicables, en ese entendido los argumentos expuestos por la Sociedad no constituyen justificación para la infracción observada, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por incumplimiento a los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión precitados y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para SAFI's, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala como infracción el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en

relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La entidad señala que tomó en cuenta las observaciones y se implementaron éstas en su Plan de Acción, 2) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, en consecuencia corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Segundo Cargo.-*** *Respecto al* ***Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos*** (…)

  …la Sociedad admite el cargo imputado, habiendo incumplido el artículo 21 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos A Medida, Premier, Capital y Ultra, y por ende el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, manifestando que procedió con la modificación al Reglamento Interno de cada uno de los Fondos, conforme establecen en su Plan de Acción, por lo que se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a lo dispuesto a la normativa precitada, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

  A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

  …se observa que: 1) La entidad procedió a la modificación de los Reglamentos de cada uno de los Fondos señalados en su Plan de Acción, 2) La Sociedad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, 3) Los excesos se presentaron

en cuatro Fondos que administra la SAFI y 4) El tiempo transcurrido en los excesos; en ese sentido, corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.1000.- (MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Tercer Cargo.-*** *Sobre las* ***Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta*** (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos producidos antes del 31 de marzo de 2011, habría prescrito, de igual manera señalan que modificaron su Manual de Procedimientos y control Interno a fin de aclarar la documentación necesaria para la apertura de cuentas.

  Respecto la prescripción cabe el análisis efectuado para el cargo N°2 precedente, señalando a su vez que para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. completó la documentación requerida por su normativa interna para la apertura de cuentas, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.

  Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se comunicaron a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

  Respecto a los argumentos de descargo (…) se debe considerar que en las carpetas de los participantes personas naturales y jurídicas, al 31 de marzo de 2012, se observa que participantes no llenaron todos los formularios establecidos en la normativa interna de la Sociedad, conforme se estableció en la Inspección Técnica Financiera realizada por este Órgano de Supervisión a partir del 14 de mayo de 2012, por lo quese ***ratifica*** *el cargo.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por la infracción descrita precedentemente, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y*

fiscalizadas por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2)La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, por lo que corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.-(QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Cuarto Cargo.-*** *En cuanto las* ***Carpetas de Participantes sin informe legal sobre la documentación adjunta*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en un caso producido el 26 de mayo de 2010, habría prescrito, conforme señala el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

  Respecto la prescripción cabe el análisis efectuado para el cargo N°2 precedente, señalando a su vez que <u>para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. emitió un nuevo informe legal para subsanar la observación, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.</u>

  …las investigaciones o diligencias preliminares se comunicaron a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar la observación, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

Revisados los descargos presentados por la Sociedad, corresponde establecer que en su Plan de Acción presentado mediante carta SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012, la entidad menciona que se solicitó al abogado emitir un nuevo informe legal y que siendo un caso aislado, como medida correctiva se instruirá tener mayor cuidado en adjuntar el informe legal respectivo.

Al respecto, el punto 15 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, establece: "El Asesor Legal emite un informe sobre la documentación legal presentada por el Nuevo Participante Persona Jurídica y envía el informe al Jefe de Operaciones o Jefe de Control Interno…", en ese entendido los argumentos expuestos por la Sociedad no constituyen justificación que desvirtúe la observación, pues es obligación de la SAFI, tomar las medidas necesarias para evitar y/o corregir dicha falencia, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado.*

… se debe considerar que el cargo ratificado (…) por incumplimiento a la normativa precitada, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala como infracción el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, caben las siguientes consideraciones: 1) La conducta no generó perjuicio ni ganancia a terceros ni al Mercado de Valores, aspectos que sin embargo no constituyen una eximente de responsabilidad. 2) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción y 3) La observación corresponde a un caso aisaldo (sic), *por lo que corresponde aplicar la sanción de* ***multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.-(QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Quinto Cargo.-*** *Con relación a los* ***Formularios de apertura de cuenta con datos incompletos*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en

los casos producidos antes del 30 de junio de 2011, habrían prescrito, de igual manera señalan que ratifican lo mencionado en su Plan de Acción enviado el 3 de diciembre de 2012, con carta SAFI/9143/2012, de 11 de abril de 2013 con carta SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012.

El argumento de prescripción merece el análisis efectuado para el cargo N°2 precedente, señalando a su vez que para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. completó los formularios establecidos en sus normativa interna, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.

Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se comunicaron con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

El punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, establece: "…El Asistente de Inversión y/o Oficial de Operaciones y/o Jefe de Operaciones verifica si los formularios están llenados correctamente y que no falte ningún dato. El formulario de apertura de cuenta no contempla "datos opcionales", y puesto que los argumentos presentados por la entidad no son válidos y no le exime de la obligatoriedad que tiene de cumplir con su normativa interna, ***se ratifica*** *el cargo.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por la infracción descrita precedentemente, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI; y b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada, cabe señalar que 1) como medida correctiva, la entidad menciona que los formularios de apertura fueron modificados desde agosto de 2011 y 2) La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción y 3) La Sociedad remitió a este Órgano de Supervisión el Plan de Acción solicitado, comunicando que cumpliendo con la política conozca a su cliente emanada por la Unidad de Investigación Financiera, los formularios de apertura de cuenta fueron modificados desde agosto de 2011.

*…corresponde aplicar la sanción de multa mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Sexto Cargo.-*** *Respecto a las* ***Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos producidos antes del 7 de julio de 2011, habrían prescrito conforme señala el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

  El argumento (…) *merece el análisis efectuado para el cargo N°2 precedente, señalando* (…) *que para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. completó las Tarjetas de Firma de Participantes conforme su normativa interna, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.*

  Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se comunicaron con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

  Revisados los descargos presentados por la Sociedad, corresponde establecer que en su Plan de Acción presentado mediante carta SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012, la entidad menciona que los casos observados sobre el correo electrónico no son obligatorios y respecto al número de cédula de identidad, éstos ya se encuentran regularizados, estableciendo que como medida correctiva que se aclarará en el Manual de Procedimiento y Control Interno, los datos indispensables en el llenado de Apertura de Cuenta.

Al respecto, los puntos 6 y 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, que establecen: "…06 El Asistente de Inversión y/o Oficial de Operaciones y/o Jefe de Operaciones informa al titular de la cuenta que el formulario de Apertura debe ser llenado con los datos tal y como figuran en su Cédula de Identidad (Salvo el domicilio, por cambio del mismo). Y que en el reverso del formulario tarjeta de firma en Observaciones debe ingresar los datos completos de los demás participantes, el manejo de la cuenta y las facultades de los firmantes. Así mismo se debe inhabilitar con tinta indeleble los espacios no utilizados para el registro de firmas de los participantes…"; 12…El Asistente de Inversión y/o Oficial de Operaciones y/o Jefe de Operaciones verifica si los formularios están llenados correctamente y que no falte ningún dato", en ese entendido los descargos no desvirtúan el incumplimiento, pues constituye obligación de la SAFI, tomar las medidas necesarias para cumplir con la normativa citada, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por incumplimiento a la normativa citada precedentemente, está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala como infracción el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

…caben las siguientes consideraciones: 1) Dicha observación no generó perjuicio ni ganancia a los participantes ni al mercado de valores, 2) La entidad señala que modificaron su Manual de Procedimiento y Control Interno y 3)La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, en consecuencia corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *mínima de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.500.- (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Séptimo Cargo.-*** *En cuanto a los* ***Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

La Sociedad opone excepción de prescripción de acuerdo al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando que la facultad sancionadora en los casos producidos antes del 24 de marzo de 2011, habrían prescrito conforme señala el artículo 79 de las Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

El argumento de prescripción merece el análisis efectuado para el cargo N°2 precedente, señalando (…) que para computar la prescripción, se debe tomar en cuenta el momento en el que el incumplimiento cesó, es decir una vez que BISA SAFI S.A. completó los Formularios UIF PCC-003 conforme su normativa interna, hasta el momento en el que ASFI inició el procedimiento para determinar la existencia de la infracción.

Para este caso, las investigaciones o diligencias preliminares se comunicaron con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar dichas observaciones, ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo, por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar, correspondiendo declarar ***improbada*** *la excepción de prescripción opuesta por BISA SAFI S.A.*

Revisados los descargos presentados por la Sociedad, corresponde establecer que en su Plan de Acción presentado mediante carta SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012, la entidad menciona que los casos observados ya se encuentran con los datos correctamente llenados y como medida correctiva, se instruirá tener mayor cuidado en el llenado del formulario PCC-003, en cumplimiento al punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI.

Al respecto, el punto 12 del Proceso DOP/ADC/005 - APERTURA DE CUENTAS, del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI, establece que el Asistente de Inversión y/o Oficial de Operaciones y/o Jefe de Operaciones verifica si los formularios están llenados correctamente y que no falte ningún dato. En caso afirmativo, continua con el procedimiento. Si el nuevo participante no quiere llenar el formulario de la Unidad de Investigación Financiera, se rechaza la apertura, esto significaría el fin del procedimiento, en ese entendido los descargos no desvirtúan el incumplimiento, pues constituye obligación de la SAFI, tomar las medidas necesarias para cumplir con su normativa interna, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado.*

Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por incumplimiento a su Manual de Procedimientos y Control Interno y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para SAFI's., está previsto como infracción específica, dentro del Primer Rango de multas, contemplada en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala como infracción el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI.*

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias (…), caben las siguientes consideraciones: 1) Dicha observación no generó perjuicio ni ganancia a los participantes ni al mercado de valores, 2) La entidad señala en su Plan de Acción presentado mediante carta SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012, que regularizó los casos observados y se instruirá tener mayor cuidado en el llenado del formulario PCC-003 y3)La entidad no cuenta con antecedentes sobre dicha infracción, en consecuencia corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.700.- (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Vigésimo Octavo Cargo.-*** *Con relación a los* ***Formularios de Conformidad P005/03 sin consignar firma de uno de los participantes*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  Se acepta el argumento (…) en sentido que el procedimiento observado no exige expresamente la firma del participante en el formulario, por lo que se desestima el cargo notificado.

- ***Vigésimo Noveno Cargo.-*** *Respecto a* ***Preavisos para rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos*** *al 31 de marzo de 2012* (…)

  Al respecto, la Sociedad admite el cargo imputado por infracción a lo dispuesto en el artículo 36 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos Ultra, Premier, Capital y A Medida y el inciso b) del artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, señalando como descargo que procedió a regularizar la operación conforme cita en su Plan de Acción.

  Al respecto, cabe aclarar que la Sociedad sólo efectuó las regularizaciones para (3) tres de todos los casos observados, por lo que siendo que los descargos presentados no desvirtúan la infracción imputada, se ***ratifica*** *el cargo notificado.*

  Con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar que el cargo ratificado a ***BISA SAFI S.A.****, por infracción a la normativa precitada, se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad:*

a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 4, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por ASFI; y

b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado.

A efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Respecto a las circunstancias de la infracción imputada (…):

1) Dicha observación no generó perjuicio ni ganancia a los participantes ni al Mercado de Valores, aspectos que no constituyen eximentes de responsabilidad,
2) La entidad regularizó tres de los casos observados y
3) La entidad no cuenta con antecedentes en este tipo de infracción
4) El cargo se refiere a 42 casos observados.

En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de ***multa*** *de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a* ***$us.800.- (OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 4, inciso b) del artículo 20 del señalado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

- ***Trigésimo Cargo.-*** *En cuanto a* ***Rescates de cuotas efectuados fuera de plazo y sin autorización del Administrador del Fondo*** (…)

  Revisados los descargos (…) se considera que éstos desvirtúan el cargo imputado, por lo que se desestima el cargo.

CONSIDERANDO:

Que, (…) corresponde desestimar los cargos N° 10, 28 y 30, en sujeción a lo previsto en el numeral II del artículo 67 y artículo 68 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, (…) corresponde ratificar los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18,19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 29, por incumplimientos al artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, inciso a), b), al numeral 3 y al numeral 5, inciso c), incisos f) e i) del artículo 43, inciso c) del artículo 44, artículo 39, inciso d) del artículo 49, artículo 52, inciso p) del artículo 66, a la descripción de la "Cuenta Bancos", código 101.02, a la descripción de "Cuentas pendientes de cobro al personal", código 108.05, a la descripción de la cuenta "Previsión por incobrabilidad de documentos y cuentas pendientes de cobro", código 108.70, la descripción de la cuenta "Bienes fuera de uso", código 126.07, la descripción de la cuenta "Partidas pendientes de imputación", código 130.03 del Manual Único de Cuentas (…) habría incumplido con el procedimiento DOP/ETV/005-3 Cierre de endoso para compra de Títulos Valores, punto 4 "Detalle de Actividades", punto 4 del procedimiento CTD/CDV/005-1 Egreso de Títulos de Custodia de Valores" y punto 5 del procedimiento CTD/CDV/005-2 "Ingreso de Títulos de Custodia de Valores", los puntos 6, 10, 11, 12 y 15 del Proceso DOP/ADC/005 "Apertura de Cuentas" del Manual de Procedimientos y Control Interno de la SAFI (…) habría incumplido el artículo 21 de los Reglamentos Internos Abiertos Premier, A Medida, Ultra y Capital, el artículo 30 de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos A Medida, Premier, Capital, Ultra y el artículo 48 del Reglamento Interno del Fondo de Inversión Cerrado Gafic.

Que, al haberse ratificado las infracciones imputadas (…) de conformidad al inciso c) del artículo 7 del citado Reglamento (…), referente al concurso de infracciones, mismo que prevé que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, como sucede en el presente proceso sancionatorio, en los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 29, sancionados con multa y con amonestación, (…) se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave y si esta fuera sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.

(…) la infracción más grave es la descrita en el cargo N° 17 (…) debe ser sancionada con multa de Tercer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us.20.001.- (VEINTE MIL UN (sic) *00/100 DÓLARES AMERICANOS), por lo que corresponde imponer dicha sanción incrementada en un 30%, en razón al número de infracciones ratificadas, sumando una multa total de $us26.001.- (VEINTISEIS MIL UN* (sic) *00/100 DÓLARES AMERICANOS), en sujeción a los artículos 3, 7 inciso c), 11, 12 parágrafo I, 13 incisos a) y c) y 20 incisos a) y b) del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores (…)*

Que, la multa (…) responde al cálculo expuesto en los cuadros siguientes:

Cargo mayor: 17. ***Observaciones entre Fondos de Inversión****, sancionado con $us:*	*20.001*
Multa adicional del 30% del cargo mayos:	*6,000*
Porcentaje del incremento adicional con relación al cargo mayor:	*30%*
MULTA TOTAL	*26,001*

OTROS CARGOS	MULTA CALCULADA (Expresado en $us)	PROPORCIÓN MULTA / TOTAL OTRAS MULTAS	MULTA ADICIONAL APLICADA (Expresado en
1. Partidas pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días	1,200	5.41%	324
2. Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin oprevisión por irrecuperabilidad	1,050	4.73%	284
3. Cuentas por cobrar al personal por viajes personales cuyos saldos no fueron regularizados	1,050	4.73%	284
4. Activos fijos clasificados erróneamente como fuera de uso	600	2.70%	162
5. Partidas pendientes de imputación sin previsión por irrecuperabilidad del 100%	700	3.15%	189
6. Estados de Cuentas no entregados a los participantes	300	1.35%	81
7. Estados de Cuentas entregados a los Participantes fuera de plazo	2,700	12.16%	730
8. Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas	500	2.25%	135
9. Carpeta de Participante desactualizada en cuanto al registro de firmas autorizadas	amonestación	x	x
11. Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas	1,500	6.76%	405
12. Valores adquiridos en Mercado Secundario no endosados a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados administrados	3,500	15.77%	946
13. Valores en custoria física con endoso en blanco	1,000	4.50%	270
14. Acta del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros	amonestación	x	x
15. Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo	amonestación	x	x
16. Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité de Inversiones	1,000	4.50%	270
18. Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario	600	2.70%	162
19. Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador	700	3.15%	189
20. Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin verificación de datos	600	2.70%	162
21. Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo	700	3.15%	189
22. Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos	1,000	4.50%	270
23. Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta	500	2.25%	135
24. Carpetas de Participantes sin informe legal sobre la documentación adjunta	500	2.25%	135
25. Formularios de Apertura de Cuenta con datos incompletos	500	2.25%	135
26. Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos	500	2.25%	135
27. Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos	700	3.15%	189
29. Preavisos para Rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos	800	3.60%	216
TOTAL	**22,200**	**100.00%**	**6,000**

(…)"

Con base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014 dispone:

"…***PRIMERO.-*** *Desestimar los cargos N° 10, 28 y 30, notificados mediante carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, por presuntos incumplimientos a los incisos j) y s) del artículo 66, de la Normativa para Fondos de inversión y sus*

Sociedades Administradoras y su Normativa interna, en sujeción a lo previsto en el numeral II del artículo 67 y artículo 68 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

SEGUNDO.- *Declarar improbada la excepción de prescripción opuesta por* ***BISA SAFI S.A.*** *respecto a los cargos N° 2, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 30,notificados mediante carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013.*

TERCERO.- *Sancionar a* ***BISA SAFI S.A.*** *por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 29, con multa en Bolivianos equivalente a* ***$us26.001.- (VEINTISEIS MIL UN 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, por incumplimientos al artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, inciso a), b), al numeral 3 y al numeral 5, inciso c), incisos f) e i) del artículo 43, inciso c) del artículo 44, artículo 39, inciso d) del artículo 49, artículo 52, inciso p) del artículo 66, a la descripción de la "Cuenta Bancos", código 101.02, a la descripción de "Cuentas pendientes de cobro al personal", código 108.05, a la descripción de la cuenta "Previsión por incobrabilidad de documentos y cuentas pendientes de cobro", código 108.70, la descripción de la cuenta "Bienes fuera de uso", código 126.07, la descripción de la cuenta "Partidas pendientes de imputación", código 130.03 del Manual Único de Cuentas y al Procedimiento Interno descrito en cada uno de los cargos.*

CUARTO.- *El importe de las sanciones deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial de venta y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa.*

QUINTO.- *Se instruye a* ***BISA SAFI S.A.*** *la adecuación de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, conforme lo establecido en la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de acuerdo a lo señalado para el cargo N° 10 de la presente Resolución.*

SEXTO.- *De acuerdo a los extremos contenidos en la presente Resolución,* ***BISA SAFI S.A.*** *tiene la obligación de cumplir con el Plan de Acción presentado mediante cartas SAFI/9143/2012 de 3 de diciembre de 2012, SAFI/3140/2013 de 11 de abril de 2013 y SAFI/9606/2013 de 22 de octubre de 2013, en cumplimiento a las recomendaciones resultantes de la Inspección Programada efectuada. Asimismo, el Oficial de Cumplimiento de la entidad, deberá incluir el seguimiento de las acciones correctivas presentadas en el Plan de Acción, en sus informes semestrales…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 7 de marzo de 2014, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA.***

Exponemos los fundamentos de parte de BISA SAFI contra las sanciones impuestas por la ASFI cuando emite la R065 (sic) *y los agravios que ésta resolución ocasiona a los legítimos intereses de BISA SAFI, de conformidad a la siguiente descripción:*

4.1 De la prescripción.

PRIMERO.- *Conforme observamos en nuestra nota SAFI/809/2014 de 23 de enero de 2014, se considera que las facultades que la norma otorga a su Autoridad para imponer muchas de las sanciones establecidas en la Nota ASFI/DSV/R-188800/2013,* ***se encuentra prescrita****; esto, en razón a que -tal como se explicó durante la etapa de descargos- el plazo previsto por normativa específica para el cómputo de la prescripción (tres (3) años conforme preveía el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001) se habría reducido a dos (2) años por efecto de la entrada en vigencia de una norma que establece un plazo de prescripción en materia sancionatoria-administrativa más favorable, a saber, el Artículo 79 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo (IPA).*

Como se observa de la lectura de la Resolución ASFI N° 065/2014, su Autoridad consideró válido nuestro razonamiento en referencia al término de la prescripción, es decir, que la misma habría sido reducida a 2 años por efecto de la entrada en vigencia de la LPA, toda vez que el mismo no fue desvirtuado en el Acto impugnado. No obstante, su Autoridad desestimó nuestra solicitud argumentando -en general- dos aspectos:

a) Conforme al criterio adoptado por la entonces Superintendencia General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007, para efectos de la prescripción de las "infracciones o faltas con efectos suspensivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y ***desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilicita*** (sic)*, respectivamente".*

b) Asimismo, utilizando también como fundamento la citada Resolución Jerárquica, considera que el "plazo para que opere la prescripción (…) corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la Ley, que de acuerdo al artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo", siendo así que para "que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción ***es necesario que se inicie un procedimiento administrativo*** *y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento" (el resaltado es propio); es decir, que la interrupción en tales términos operará -como señala la mencionada Resolución Jerárquica- "con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la*

iniciación de oficio del procedimiento sancionador, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor". En este sentido, su Autoridad entiende que la prescripción habría sido interrumpida con la notificación de la carta ASFI/DSV/R-143781, que adjunta el informe ASFI/DSV/R-140842/2012, en la cual se pone a conocimiento nuestro un informe que contiene una serie de observaciones y se solicita la presentación de un Plan de Acción.

Por lo expuesto, consideramos que inicialmente deben dilucidarse dos cuestiones fundamentales, a efectos de determinar si la prescripción que invocamos ha o no operado:

1. *Desde cuando* (sic) *se computa el término de la prescripción en la materia que nos atinge, y;*

2. *Cuales* (sic) *son las previsiones normativas respecto a la interrupción del cómputo de la misma es decir, aquellas previstas en las disposiciones normativas vigentes como interruptoras de su curso.*

SEGUNDO.- *Inicialmente nos referiremos al punto 2, vale decir, a la previsión normativa respecto a la interrupción de la prescripción. Sin embargo, de manera introductoria, corresponde hacer referencia a la figura de la prescripción "per se", a objeto de entender su naturaleza y alcance.*

El Tribunal Constitucional Plurinacional -en lo que refiere a materia penal- ha expresado lo siguiente: "la prescripción se traduce en tos efectos que produce el transcurso del tiempo sobre el ejercicio de una determinada facultad. Esta definición (…) significa ***la expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar debido al tiempo transcurrido****. Conforme a ello, es el propio Estado el que, a través de la norma penal (procesal o sustantiva, según las legislaciones),* ***establece los límites de tiempo en que puede ejercer la persecución*** *penal. La actividad represiva del Estado no puede ser ejercida de manera indefinida, ya que al hacerlo se quebrantarla el equilibrio que debe existir entre la función de defensa de la sociedad y la protección de derechos y garantías individuales" (Sentencia Constitucional 0023/2007-R, de 16 de enero 2007) (el resaltado es propio).*

Ahora bien, esta garantía reconocida al imputado en materia penal, es decir, aquella referida a los límites de la facultad punitiva del Estado en razón al transcurso del tiempo, fue también adoptada por el Derecho Administrativo, toda vez que la actividad sancionatoria administrativa también significa una acción represiva por parte del Estado; como es de conocimiento de su Autoridad, tratándose de un concepto universalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, la "unidad del derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las contravenciones de los principios propios del derecho penal sustantivo" (CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo - Tomo II. Séptima Edición Actualizada. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002 Págs 46 - 47). En este marco, resulta evidente que el ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado no puede prolongarse de forma indefinida en el tiempo, siendo así que las

disposiciones normativas -en resguardo de los derechos y garantías constitucionales- prevén su extinción al no haberse hecho uso oportuno de la misma por causales únicamente atribuibles a éste.

Ahora bien, al ser la norma la que limita el plazo para la imposición de sanciones, como castigo al no ejercicio oportuno de la citada facultad sancionatoria, se tiene que es también ésta la que determina el momento en el cual se entenderá que dicha facultad está siendo ejercida y, por tanto, que el castigo del tiempo deja de surtir efectos.

A fin de determinar la situación prevista como causal de interrupción del curso de la prescripción, es necesario observar que, tal como se mencionó anteriormente, la norma específica que determina el régimen de la misma en relación a los aspectos regulados por la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998, Ley del Mercado de Valores (LMV), es el señalado Decreto Supremo N° 26156. Al respecto, resulta importante hacer cita del razonamiento adoptado por el Tribunal Supremo de Justicia mediante Sentencia 023/2013 de 11 de marzo de 2013, emergente de una demanda Contencioso Administrativa; en ésta, se determinó la aplicación de las reglas previstas para la prescripción en el Articulo 39 del Decreto Supremo N° 25950 de 20 de octubre de 2000, Reglamento de Sanciones y Procedimientos Especiales por Infracciones al Marco Jurídico Regulatorio, al no ser contrarias a las disposiciones de la LPA, a excepción del nuevo plazo de 2 años establecido para la misma (en relación a los 5 años previstos en el mencionado Decreto Supremo), el cual consideró aplicable por previsión expresa del Articulo 116 de la Constitución Política del Estado.

Consecuentemente, el máximo tribunal del Estado ha determinado que las reglas establecidas para la prescripción en reglamentación específica para el ámbito regulatorio, anteriores a la vigencia de la LPA -la cual se aplica plenamente a sus procedimientos-, continúan en plena vigencia, a excepción del plazo previamente establecido, toda vez que éste si resulta contrario a los 2 años planteados por esta Ley, en otras palabras, que las reglas para el cómputo de la prescripción (inicio, interrupción y suspensión) siguen vigentes conforme a los reglamentos específicos del sistema de regulación -en nuestro caso, el SIREFI- toda vez que no son contrarias a lo previsto en el Artículo 79 de la LPA.

En este sentido, considerando que el citado Decreto Supremo N° 26156 señala claramente que la Interrupción de la prescripción "tendrá lugar desde el momento en que la ***Superintendencia realice un acto administrativo*** *que recaiga sobre la infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor" (el resaltado es propio), se tiene que esta debe ser la regla para determinar cuál es el "acto administrativo" que emitió la entidad a su cargo que pudo tener efecto interruptivo sobre el computo* (sic) *de la prescripción.*

TERCERO.- *Siguiendo la premisa mencionada anteriormente en relación a la aplicación de los principios y garantías constitucionales reconocidos históricamente como limitadores del uso del poder punitivo del Estado, corresponde hacer breve mención al denominado principio de legalidad; tal como ha señalado el Tribunal*

Constitucional, el "fundamento del principio de legalidad se encuentra en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de las penas; en consecuencia, el principio se asienta en la seguridad jurídica (art. 7 inc. a) de la CPE), no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales" (S.C. 0034/2006 de 10 de mayo de 2006).

A partir de este razonamiento y en sentido amplio, puede señalarse que, principalmente en relación a la facultad punitiva del Estado -dentro de la cual se encuentra inmersa la referida a la sanción de contravenciones de índole administrativa-, éste se encuentra limitado a la aplicación de las disposiciones normativas vigentes, como garantía de que el uso de su poder no será discrecional, teniendo los Administrados certeza del resultado de sus acciones u omisiones conforme a las previsiones contenidas en la Ley y demás normas de menor jerarquía; dicho de otra manera, el Estado no se encuentra en la posibilidad de sancionar -o actuar en general- aplicando criterios que difieran de lo prescrito en la norma, debiendo ajustarse a la misma a riesgo de que sus actuaciones contravengan derechos y garantías de orden constitucional.

Consecuentemente, resulta claro e incuestionable afirmar que la interrupción de la prescripción no puede obedecer a "interpretaciones propias" de la Administración sino únicamente a las causales que las disposiciones vigentes prevén, vale decir, que la Autoridad facultada para declarar la prescripción a solicitud de parte no puede decidir apartarse de la norma o pretender darle un sentido diferente que se ajuste a sus intenciones.

De esta manera, comprendemos que si el citado Decreto Supremo N° 26156 señala que la prescripción tendrá lugar con el ***"acto administrativo*** *que recaiga sobre las infracciones cometidas" y no un acto preparativo o asilado al procedimiento, siendo así que deberá ser -valga la redundancia- un* ***acto administrativo y no una actuación que no revista este carácter la que marque la interrupción del cómputo de la prescripción.***

Ahora bien, corresponde determinar si la carta ASFI/DSV/R-143781, a la cual se adjunta el informe ASFI/DSV/R-140842/2012, constituye o no un acto administrativo que recae sobre las infracciones cometidas:

1. *De la lectura de la citada carta, se aprecia que la misma tiene por finalidad (tal como indica su suma) poner a conocimiento de nuestra entidad el "informe de inspección programada a BISA SAFI S.A al 31 de marzo de 2012", que "contiene los resultados de la visita de inspección técnica financiera efectuada a la entidad (…) con corte al 31 de marzo de 2012 En este sentido, la citada nota solicita la presentación en 15 días hábiles de un Plan de Acción en el que se establezcan las medidas correctivas a adoptarse en base a las observaciones planteadas en el*

informe adjunto, además de requerir copia legalizada del Acta de Sesión del Directorio en el cual se evidencie que tomó conocimiento de la carta y el informe adjunto; resulta necesario y resaltar el hecho de que es la misma carta la que señala que la "presentación del Plan de Acción, no libera a su entidad de las acciones administrativas que ***pudiera iniciar este Órgano de Supervisión en el marco del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo*** *para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175" (RLPA-SIREFI) (el resaltado es propio).*

2. *En este sentido, sin necesidad de recurrir a la concepción doctrinaria respecto a si el acto en cuestión surte "efectos directos o indirectos" para determinar si el mismo constituye un "Acto Administrativo" o un acto preparatorio o de mero trámite, basta remitirse a lo previsto en los Artículos 27 de la LPA, que de forma categórica señalan que se considerara Acto Administrativo a "toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional,* ***cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley,*** *que produce efectos jurídicos sobre el administrado" (el resaltado es propio) Asimismo, el Artículo 28 de la mencionada Ley introduce un listado de elementos que constituyen partes esenciales del Acto Administrativo, entre los cuales se encuentra la "causa" y el "fundamento", los cuales implican que la voluntad emanada de la administración se encuentra sustentada en hechos y antecedentes y derecho aplicable, conteniendo además un explicación las razones que conducen a dictarlo.*

3. *Conforme a lo señalado, resulta claro que una nota mediante la cual se pone a conocimiento un informe no puede ser considerado bajo ningún motivo un "Acto Administrativo" y, consecuentemente, tampoco el acto administrativo que recae sobre las infracciones cometidas, al que hace mención el Decreto Supremo N° 26156, más aún cuando la misma carta se identifica como una actuación paralela al proceso que podría "iniciar" la institución a su cargo, en el marco del RLPA-SIREFI. Por otra parte, sería aún menos apropiado pretender que una actuación meramente preparatoria, como es un informe (en el presente caso, el informe ASFI/DSV/R-140842/2012), que surte efectos jurídicos "indirectos" y no inmediatos y que, conforme prevé el Articulo 48 de la LPA, constituye el respaldo para la emisión de la Resolución final del procedimiento, del cual la autoridad competente (es decir, su persona) puede apartarse, sea considerado como "Acto Administrativo" que recae sobre las infracciones.*

4. *Consecuentemente, el pretender que una actuación de la Administración relacionada al proceso objeto de controversia que no constituye un Acto Administrativo, interrumpe el cómputo de la prescripción,* ***es ajeno a la normativa y, por tanto, representa una arbitrariedad de la Administración*** *De esta forma, no consideramos correcto que las disposiciones establecidas de forma expresa e inequívoca en un Decreto Supremo (Artículo 8 del DS.26156) puedan ser sustituidas por un criterio adoptado para un determinado caso por la instancia Jerárquica.*

5. *Además de lo señalado, conviene advertir que de forma adicional a lo previsto en el Artículo 8 del citado DS. 26156, la Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013, de Servicios Financieros (LSF), en su Artículo 46, determina que además del Acto Administrativo, la prescripción se verá interrumpida con cualquier* ***diligencia expresa que realice la (...) ASFI a efectos de averiguación del hecho o infracción presuntamente cometidos"*** *(el resaltado es propio). En este sentido, se ve claramente que el legislador, recién a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, considera que las diligencias administrativas tienen efectos interruptivos de la prescripción en materia de regulación financiera, tal como interpretó en su momento la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 (lo cual confirmaría nuestro razonamiento). No obstante, la aplicación del criterio vertido en la citada Resolución Jerárquica al caso que nos atinge, estando en vigencia la LSF, constituiría prácticamente una aplicación retroactiva de una disposición no antes prevista en la norma, situación únicamente válida cuando la misma plantea una previsión más beneficiosa para el Administrado -en materia sancionatoria, conforme manda el Artículo 123 de la Constitución Política del Estado-, debiéndose al contrario considerar la norma vigente conforme a los principios del Tempus Regit Actum y el Tempus Comissi Delicti.*

Por todo lo afirmado y retomando nuestra interrogante respecto al Acto Administrativo que interrumpe la prescripción, consideramos que tendría que tomarse como tal ***a la Resolución ASFI N° 065/2014****, mediante la cual, como conclusión de un proceso contravencional enmarcado en las reglas del debido proceso, se imponen sanciones explicándose de forma motivada -con fundamentos de hecho y derecho- las razones que conducen a la Administración a tomar una decisión -sustentada en informes técnicos y jurídicos-, como expresión de su voluntad y en uso de sus facultades; asimismo, resulta claro que este acto emanado de la Administración* ***surte efectos jurídicos directos e inmediatos sobre el Administrado, limitando sus derechos y generándole obligaciones, resultando en tal sentido susceptible de impugnación en vía administrativa*** *Consecuentemente, tal Resolución constituye en todo sentido* ***un verdadero "Acto Administrativo" que recae sobre las infracciones*** *identificadas por la Administración en su investigación y luego del análisis de los descargos presentados por el Administrado, al contrario de una simple carta de remisión de un informe de carácter previo.*

Finalmente, en relación a este punto y sin desconocer lo señalado anteriormente, consideramos que a lo sumo su autoridad podría considerar a la Notificación de Cargos practicada en fecha 31 de diciembre de 2013, como interruptivo de la prescripción, considerando que el mismo se encuentra previsto en el Artículo 66 del RLPA-SIREFI y que es puesto a conocimiento del operador regulado cuando la Administración establece la existencia de infracciones, abriendo un término de quince (15) días para que el Administrado asuma defensa ante la pretensión de la misma

CUARTO.- *Ahora bien, habiéndose identificado el Acto Administrativo que interrumpe la prescripción, corresponde responder la primera interrogante, referida al momento desde el cuál debe computarse el inicio del término de la prescripción.*

En este sentido, debemos nuevamente enfocarnos en las disposiciones contenidas en la norma específica, respecto a las reglas del cómputo de la prescripción, es decir, el texto del Artículo 8 del DS. 26156: el mismo señala que la prescripción se computará "a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones ***constitutivos de la infracción",*** *a continuación, aclara que, en relación a "lo establecido por el artículo 7° inciso c), el plazo de tres (3) años se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión".*

Consecuentemente, resulta claro que la norma determina que el cómputo de la prescripción se iniciará en el momento que se realiza la conducta tipificada como ilícita, siendo ésta la que "constituye" la misma (presupuesto que emplea el citado Artículo). Al contrario, de manera explícita, la norma establece una salvedad para lo previsto en el Artículo 7, inciso c), del mismo cuerpo legal, vale decir, para aquellas situaciones en las que concurren "varios actos, hechos u omisiones, que constituyen ***dos o más infracciones relacionadas entre sí****" (el resaltado es propio); en tal caso, dicha disposición indica de forma específica que "se deberé aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave", es decir, aplicando un "concurso" entre las mismas.*

Como podrá apreciar su autoridad, la norma no señala en ningún momento que el computo (sic) *de la prescripción correrá a partir de que el ilícito ha cesado sus efectos, tal como pretende aplicarse a partir de una interpretación adoptada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007. Más al contrario, esta concepción resulta una traslación acrítica de una figura propia del derecho penal como es la del denominado delito permanente, que se caracteriza por constituir una "la lesión del bien jurídico protegido [que] se prolonga en el tiempo dando lugar a un "estado de cosa" contrario a Derecho y, por tanto, antijurídico" (REBOLLO PUIG, Manuel y otros. Derecho Administrativo Sancionador 1ra. Edición Valladolid: LEX NOVA S.A.U., 2010. Pág. 871); de esta forma, no obstante haberse consumado en un momento determinado, el delito sigue cometiéndose hasta que no se ponga término al estado delictivo, siendo quien lo perpetra el único que tiene la posibilidad de darle fin -es decir, que se mantiene de forma voluntaria.*

Así, tomando en cuenta que la doctrina del derecho penal introduce una división considerando los efectos producidos por las conductas tipificadas determinando además del señalado tipo de delito, la existencia de otros como el "delito inmediato" (aquel en el que la vulneración al bien jurídico protegido cesa inmediatamente después de consumada la conducta) y el "delito continuado" (varias conductas homogéneas que, con el mismo propósito, infringen una misma norma penal), para los cuales se prevén distintos cómputos del término de la prescripción, diferentes del dispuesto para el delito que se consuma en un sólo momento; así por ejemplo, nuestra legislación -propiamente, el Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 30- determina que la prescripción ***en materia penal*** *"empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito* ***o en que cesó su consumación"*** *(el resaltado es propio).*

Ahora bien, pese a que esta figura en el ámbito administrativo (infracción permanente) ha sido adoptada por ordenamientos jurídicos como el español, contando con un cómputo de la prescripción diferente, situación por la cual este razonamiento -en relación al Inicio de la misma- se encuentra previsto en la doctrina del derecho administrativo sancionador, la adopción de esta figura y su consecuente traslación del Código de Procedimiento Penal y la teoría, ***dejando de lado las reglas ya previstas en una norma específica para el cómputo de la prescripción*** *(Articulo 8 del DS. 26156), constituye una directa vulneración del Principio de Legalidad y la Seguridad Jurídica, siendo como tal una actuación arbitraria de la Administración.*

En este sentido, resulta importante considerar que el Tribunal Constitucional -mediante S.C. 0190/2007 de 26 de marzo de 2007- ha hecho referencia a la imposibilidad de generar figuras en materia sancionatorla por simple interpretación de la norma; así, ha señalado categóricamente lo siguiente: "En Bolivia, el delito continuado no está previsto en nuestras leyes penales, pues el Código de Procedimiento Penal, como se señaló precedentemente, solo hace referencia, de manera indirecta, a los delitos instantáneos y los permanentes; consecuentemente, ***en virtud al principio de legalidad,*** *cuyo fundamento, de acuerdo a la SC 0034/2006 de 10 de mayo, "...se encuentra en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de las penas; en consecuencia, el principio se asienta en la seguridad jurídica (art. 7 inc. a) de la CPE), no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales":* ***no puede aceptarse la construcción jurisprudencial de este delito, y menos que ese entendimiento sea aplicado contra el imputado*** *(…) En tal sentido, una pluralidad de infracciones, sólo puede unificarse cuando así lo dispone la ley (por ejemplo, el concurso real previsto en el art. 45 del CP) y, ante su silencio, la autoridad judicial, como intérprete, debe penarlas de manera individual" (el resaltado es propio).*

Por lo mencionado, no resulta aceptable que la figura de la "infracción permanente" sea implementada en materia administrativa sancionatoria sin existir disposición normativa al respecto, Consecuentemente, resulta menos aceptable aún pretender desconocer que las disposiciones vigentes determinan que la prescripción se computará desde que se realizan las acciones constitutivas de la infracción y no así desde que cesan los efectos del ilícito.

Al efecto, puede observarse que dicha concepción fue implementada en el ordenamiento jurídico boliviano recién a partir de la promulgación de la LSF, que en su Artículo 46 señala expresamente que ***"no aplicará la prescripción en caso de infracciones permanentes"*** *(el resaltado es propio); así, nuevamente podría afirmarse que la aplicación del criterio planteado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 -determinando de manera arbitraria obviar la aplicación del DS 26156-, que habría entrado en vigencia de forma expresa recién a partir de la LSF, resultaría también una aplicación retroactiva de una disposición antes no prevista que no*

beneficia de ninguna forma al administrado en materia sancionatoria, lo cual constituye ***situación expresamente prohibida por el Artículo 123 de la Constitución Política del Estado****.*

QUINTO.- En razón a todo lo expuesto, se tiene claramente que: 1. la prescripción se computa, por disposición normativa, ***desde que se comete la conducta tipificada como ilícito,*** *y; 2. el Acto Administrativo que interrumpe el curso de la prescripción es* ***la Resolución Administrativa que sanciona al Administrado*** *(o en todo caso, la Notificación de Cargos).*

De esta forma, corresponderá analizar en relación a cuáles de los cargos planteados ha prescrito la facultad sancionatoria de la Administración al no haberla ejercido oportunamente, determinando cuando iniciarla el cómputo de la prescripción y cuando se habría interrumpido:

- ***Con relación al Carao N° 1. "Partidas Pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días",*** *para los cuales la ASFI señala que se habría incumplido el Artículo 39 de la Anexo Resolución Administrativa SPVS-IV-No, 421 de fecha 13 de agosto de 2004, Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en relación a las previsiones del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/2006 de 24 de noviembre de 2006, al no haberse regularizado las partidas pendientes de conciliación en un plazo de 30 días, se tiene que las transacciones fueron realizadas en las siguientes fechas, a partir de las cuales debió procederse al computo* (sic) *del plazo señalado (30 días):*

Fondo	Cuenta	Fecha de Transacción	30 días para conciliación
PREMIER	Banco Económico S.A N° 2051-316292M/N	31/12/2011	30/01/2012
A MEDIDA	FFF (sic) Fassil S.A. N° 77871-1 M/N	31/12/2011	30/01/2012
	Banco Bisa S.A. N° 053362-401-4	31/12/2011	30/01/2012
	Banco Económico S.A. N°3051-118836	30/12/2011	29/01/2012
	Banco Económico S.A. N°3051-118836	31/12/2011	30/01/2012
	Banco Bisa S.A. N°053362-203-8 M/E	16/11/2011	16/12/2011
	Banco Bisa S.A. N°053362-203-8 M/E	08/11/2011	08/11/2011
	Banco Mercantil Santa Cruz S.A. N° 4024023023 M/N	31/12/2011	30/01/2012
ULTRA	Banco Económico S.A N° 2051-316319 M/N	31/12/2011	12/01/2012
	Banco Económico S.A N° 2051-316319 M/N	30/11/2011	30/12/2012
BISA SAFI	Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N	28/01/2011	27/02/2011
	Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N	28/02/2011	30/03/2011

Consecuentemente, dado que el día treinta y uno se produciría el incumplimiento, deben computarse dos años (…) a partir del día siguiente a la fecha límite para la conciliación, operando la prescripción (…):

Fondo	Cuenta	Fecha de prescripción
PREMIER	Banco Económico S.A N° 2051-316292M/N	31/01/2014
A MEDIDA	FFF (sic) Fassil S.A. N° 77871-1 M/N	31/01/2014
	Banco Bisa S.A. N° 053362-401-4	31/01/2014
	Banco Económico S.A. N°3051-118836	30/01/2014
	Banco Económico S.A. N°3051-118836	31/01/2014

	Banco Bisa S.A. N°053362-203-8 M/E *Banco Bisa S.A. N°053362-203-8 M/E* *Banco Mercantil Santa Cruz S.A. N° 4024023023 M/N*	*17/12/2013* *09/11/2013* *31/01/2014*
ULTRA	*Banco Económico S.A N° 2051-316319 M/N* *Banco Económico S.A N° 2051-316319 M/N*	*13/01/2014* *31/12/2013*
BISA SAFI	*Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N* *Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N*	*28/02/2013* *31/03/2013*

En este sentido, si tomamos en cuenta que la interrupción se produjo con la notificación de la Resolución ASFI 065/2014 en fecha 12 de febrero de los corrientes, se tiene ***que la totalidad de las observaciones se encontrarían prescritas y, consecuentemente, no podría establecerse sanción alguna por el presente cargo****.* ★(sic)

- ***<u>Con relación al Cargo N° 2</u>, "Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin previsión por irrecuperabilidad',*** *se tiene que al tratarse de operaciones registradas en fecha 10 de marzo de 2010 y siendo que en dicha fecha no se habría constituido la previsión exigida por norma,* ***seria en dicha fecha en la que se cometería la contravención y, por tanto, a partir de la cual debería computarse la prescripción,*** *conforme manda el Artículo 8 del DS. 26156, Consecuentemente, siendo que hasta la notificación de la Resolución ASFI N° 065/2014 (o en su defecto, hasta la Notificación de Cargos) han transcurrido más de 2 años desde la comisión de la contravención, consecuentemente corresponderá que su Autoridad,* ***en cumplimiento de la norma, declare prescrita la sanción impuesta y se revoque el presente cargo****.*

- ***<u>Con relación al Cargo N° 4</u>, "Activos Fijos clasificados erróneamente como fuera de uso",*** *tal como se señaló en la nota de descargos y considerando que la clasificación en relación los bienes observados dentro la cuenta de "Activos fuera de Uso", data de noviembre de 2008, se evidencia que el incumplimiento se habría producido con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, por lo cual, incluso considerando la Notificación de Cargos de 31 de diciembre de 2013 como interruptiva de la prescripción, en estricto cumplimiento del Decreto Supremo N° 26156, corresponde que su Autoridad* ***declare prescrita la sanción impuesta y se revoque el presente cargo****.*

- ***<u>Con relación al Cargo N° 5</u>. "Partidas pendientes de imputación sin previsión por <u>irrecuperabilidad</u> del 100%",*** *se observa que la ASFI observa que, al no haberse regularizado en un plazo de 30 días las indicadas partidas, debió haberse constituido una previsión del 100% para las mismas. En este sentido, se observa que la fecha de constitución en caja chica data en dos de las operaciones observadas en los meses de enero y julio de 2011, siendo así que la prescripción se computaría desde el mes siguiente a los mismos, toda vez que en ese entonces debió constituirse la previsión establecida;* ***por tanto las observaciones sobre tales operaciones se encuentran prescritas,*** *al haberse notificado los cargos en diciembre de 2013 y la Resolución sancionatoria en febrero de 2014,* ***por lo que corresponde que se deje sin efecto el cargo.***

- ***<u>Con relación al Cargo N° 6.</u> "Estados de Cuentas no entregados a los Participantes",*** *se observa que, conforme se consigna en el Anexo 1 a la*

Notificación de Cargos, las observaciones 1 a la 94 y 279 a 285 tienen como fecha límite para la entrega del Estado de Cuenta el 10 de octubre de 2011, por lo que al producirse incumplimiento al día siguiente del mismo, se entendería que la prescripción comenzó a correr desde dicho momento; por tanto, habría concluido en el mes de octubre de 2013. De igual manera, las observaciones 96 a la 192, 286 a la 302 y 309 a la 331, la fecha límite de entrega fue el 10 de enero de 2012, por lo cual la prescripción habría operado en enero de 2014; consecuentemente, en ambos caso, existe prescripción para las señaladas observaciones, sobre la base de los argumentos antes explicados, situación que debió contemplarse a efectos de fijar la sanción aplicable.

- ***Con relación al Cargo N° 7*, "Estados de Cuentas entregados a los Participantes fuera de plazo"***, *se emplea la misma lógica expuesta en el punto anterior; en los casos del 1 al 501 y 626 al 1195, el vencimiento del plazo de entrega es de 10 de octubre 2011 y 10 de enero 2012, por lo que estos se encontrarían prescritos, existiendo 125 casos observados y no 1195 como señala su Autoridad, aspecto que su Autoridad debió contemplar a momento de ponderar la sanción*

- ***Con relación al Cargo N° 9*, "Carpeta de Participante desactualizada en cuanto al registro de firmas autorizadas"***, *se tiene que la solicitud de cambio de firmas para la cuenta N° 10207710241 data de 22 de junio de 2011, por lo que se tiene que el incumplimiento observado por su Autoridad supera de sobre manera los dos años establecidos para la prescripción de la sanción, considerando que -incluso tomando sólo en cuenta- la Notificación de Cargos, las facultades de la ASFI para imponer sanciones, se encontrarían prescritas, por lo que corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Con relación al Cargo N° 11*, "Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate",*** *se tiene que todas las operaciones (a excepción de la operación la detallada en el N° 36 del Anexo 5 a la Notificación de Cargos) son anteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que las observaciones se encontrarían prescritas, situación que debe considerarse para la ponderación de la sanción.*

- ***Con relación al Cargo N° 12*, "Valores adquiridos en Mercado Secundario no endosados a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados administrados",*** *se tiene que únicamente las operaciones numeradas del 139 al 142 del Anexo 6 de la Notificación de Cargos son posteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que su Autoridad no debió realizar observaciones en relación a los demás, debiendo a su vez considerarse el número de observaciones a efectos de la sanción.*

- ***Con relación al Cargo N° 13*, "Valores en custodia física con endoso en blanco",*** *habiéndose explicado que la norma establece claramente que el cómputo de la prescripción se Inicia en la fecha de comisión del ilícito y no así con el cese de sus efectos, y tomando en cuenta que todas las operaciones descritas en el Anexo 7 de su Notificación de Cargos son anteriores al 31 de diciembre de 2011, dado que*

la interrupción del computo (sic) *de la prescripción no se produce en los términos que señala su Autoridad sino conforme prevé el Articulo 8 del DS. 26156, se tiene que se procedió a establecer sanciones cuando las facultades de la Administración se encontraban prescritas; consecuentemente, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***

- ***Respecto al Cargo N° 14*****, "Actas del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros"** *siendo que la comisión de la contravención se habría producido el 25 de octubre de 2011, incluso considerando sólo la Notificación de Cargos, se tiene que las facultades de la Administración se encontraban prescritas a momento de producirse la interrupción del cómputo, por lo corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción.***

- ***Respecto al Cargo N° 15*****, "Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo",** *considerando que la observación recaería sobre acta celebrada en fecha 27 de mayo de 2011, considerando que en tal fecha se habría producido el incumplimiento, es decir, no se habría adjuntado la presentación del comité de inversión, incluso considerando sólo la Notificación de Cargos, se tiene que las facultades de la Administración se encontraban prescritas a momento de producirse la interrupción del cómputo, por lo corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Respecto al Cargo N° 16*****, "Excesos en límites de Inversión que no habrían sido analizados por el Comité",** *tal como señala su Autoridad, las infracciones habrían sido cometidas en fecha 24 de octubre, 28 de noviembre y 20 de diciembre de 2011, por lo que -tal como usted también señala-* ***considerando que la prescripción, conforme manda el Articulo 8 del DS. 26156, computa desde la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la conducta,*** *e incluso tomando en cuenta que la prescripción se habría Interrumpido con la Notificación de Cargos (y no sólo con la Resolución sancionatoria, como expusimos), se tiene que las facultades de la Administración se encontraban prescritas a momento de producirse la Interrupción del cómputo, por lo corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Respecto al Cargo N° 17*****, "Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión",** *considerando que las operaciones observadas datan del 9 de agosto de 2011 y que, consecuentemente, ésta sería* ***la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la conducta,*** *se tiene que el cómputo de la prescripción correría a partir de la misma, concluyendo en 9 agosto de 2013, es decir, con anterioridad a la Resolución ASFI N°065/2014, la Notificación de Cargos e* ***incluso la misma nota ASFI/DSV/R-143781/2012 que su Autoridad consideró como interruptiva de la prescripción para los demás cargos,*** *habiendo rechazado nuestro descargos sin fundamentación alguna y en total vulneración de la Garantía del Debido Proceso y el Derecho a la Defensa, los cuales -como señala abundantemente la doctrina jurisprudencial boliviana en materia constitucional-* ***exige que el Acto se encuentre fundamentado en hecho y derecho, señalando de forma clara e Inequívoca los argumentos que respaldan su***

decisión, generando convicción sobre la misma. *En este sentido, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

Adicionalmente a lo mencionado, que por su sola correcta aplicación, el cargo no tiene la fuerza legal necesaria. Consideramos muy importante señalar que antes de llegar a ciertas conclusiones, la R065al parecer contiene una confusión sobre ciertos conceptos fundamentales, concernientes a la manera de operar y calcular los rendimientos de los fondos de Inversión abiertos.

Esta confusión tiene como consecuencia una incorrecta apreciación de los hechos y por ende una conclusión igualmente incorrecta.

Como prueba de esto citamos textualmente el párrafo redactado en el punto 17 de la R065 (sic) ***"...Asimismo, cabe mencionar que el rendimiento extraordinario del Fondo A Medida se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y en menor proporción a las operaciones realizadas para el Fondo dado que el 9 de agosto de 2011 hubieron compras de cuotas por un monto de bs3,925,272.64 mientras que hubieron rescates por Bs377,450.44...."***. *Esta afirmación es totalmente incorrecta debido a que de acuerdo al artículo 67, capitulo* (sic) *VII (Del Valor de Cuota), de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobado mediante resolución Administrativa SPVS-IV-N° 421 de fecha 13 de agosto de 2004, establece la manera de cálculo del Valor de Cuota de un fondo de inversión abierto de acuerdo a la siguiente formula:*

> "***(Valor cuota)*** *El valor de la Cuota de un Fondo de Inversión se determinará aplicando la siguiente formula:*
>
> $$\frac{\text{Valor de la Cartera del día + liquidez del día + Otros Activos – menos comisiones y gastos del día – PDPPOVR – IDPPPB – Otras Obligaciones (sic)}}{\text{Número de Cuotas vigentes del día}}$$
>
> *Donde:*
>
> *Valor de Cartera del día = Comprende el valor de la cartera valorada según la Norma de Valoración vigente, o lo establecido en la presente normativa para el caso de Valores que no sean de oferta pública y otras inversiones.*
> *Liquidez = Comprende el efectivo en caja o cuentas bancarias más el devengamiento diario de los intereses obtenidos por este concepto.*
> *Otros Activos = Pagos Anticipados y Otros Activos*
> *PDPPOVR = Premios Devengados por Pagar por Operaciones de Venta en Reporto.*
> *IDPPPB = Intereses Devengados por Pagar por Préstamos Bancarios en el caso de Fondos de Inversión Abiertos.*
> *Otras Obligaciones = Préstamos bancarios, otros préstamos y obligaciones*
> *Comisiones del Día = Remuneraciones percibidas en el día por la Sociedad Administradora con cargo al Fondo de Inversión y/o a los participantes*

conforme a lo previsto en la presente normativa y el reglamento Interno del Fondo.

Gastos del Día = Gastos realizados en el día por la Sociedad Administradora con cargo al Fondo de Inversión, conforme a lo previsto por la presente normativa y el Reglamento Interno del Fondo.

La incorporación de otras variables diferentes a las previstas por la fórmula precedente debe ser previamente aprobada por ASFI.

El valor de la Cuota debe ser determinado por la Sociedad Administradora al final de cada día.

Para el caso de Fondos de Inversión Abiertos, este valor de Cuota debe ser el que se utilice en las operaciones de compra y venta de Cuotas del día siguiente.

Para la colocación de Cuotas de un Fondo de Inversión Abierto se debe determinar el valor de la Cuota inicial."

Esta fórmula establece en la parte del numerador las siguientes variables; Valor de la cartera del día, liquidez del día, otros activos, comisiones y gastos del día, Premios devengados por pagar por operaciones de venta de reporto (PDPPOVR), Intereses Devengados por pagar por préstamo bancario en el caso de fondo de inversión Abierto. Y se establece en la parte del denominador el Número de Cuotas Vigentes del Día.

El resultado de esta división da el valor cuota diario del fondo. El momento que ingresa un participante a un fondo de inversión abierto, el movimiento en esta fórmula se da de la siguiente manera: En el numerador se incrementa la Liquidez, y en el denominador se dan de alta nuevas cuotas producto de la compra de cuotas realizadas por un participante. En ningún momento el valor de cuota se incrementa por efecto de una compra de cuotas, ya que el efecto de la liquidez que se incrementa viene acompañado de un incremento en la misma proporción de la cantidad de cuotas vigentes.

El mismo cálculo se produce de manera inversa; cuando se realiza un rescate de cuotas, la cuenta liquidez disminuye y en la misma proporción se disminuye la cantidad de cuotas en el denominador.

En ambos casos no existe efecto alguno sobre el valor de la cuota y por ende sobre el rendimiento del fondo.

Lo anterior lo podemos demostrar con un ejemplo sencillo, con datos del Fondo CAPITAL al 8 de agosto de 2011.

Datos:

- *Valor cartera bruta antes de comisiones del fondo: usd18.077.259,77*
- *Valor cuota: usd162,76112*
- *Número cuotas 111.066,20119*

Ahora supongamos que ese día en el fondo, se tiene sólo una operación de compra de cuotas con un aporte de USD1.000.000,00

Entonces tendríamos en la formula simplificada lo siguiente.

Valor Cuota = (cartera + liquidez) / (n° de cuotas)

Si remplazamos en la fórmula tendremos (18.077.259,77+1.000.000,00) / (111.066,20119+6.143,97345)

El número de cuotas se Incrementa en 6,143,97345 que es igual a 1,000,000.00 / 162,76112

El resultado será igual a 162,76112 que es el mismo valor de cuota que tenemos en los datos de origen.

Con esto queda demostrado que es incorrecta la apreciación que establece la R065 (sic) *al afirmar que el rendimiento se incrementa porque hubo mayores depósitos o compras de cuotas que rescates.*

Por lo cual se concluye que el párrafo citado precedentemente de la R065 (sic) *es totalmente Incorrecto.*

Sobre la base de lo ya explicado procedemos a detallar como Bisa SAFI, velando por los intereses de los fondos de Inversión abiertos A Medida, Premier y Capital y procurando el mayor beneficio posible para estos y sus participantes, realizó las siguientes operaciones que dieron como resultado rendimientos extraordinarios:

1. *Apertura de depósitos a plazo fijo (DPF's) del emisor Banco Ganadero S.A. en mercado primario en moneda nacional, bajo el siguiente esquema:*

FONDO	***MONTO BS***	***TASA***	***Plazo promedio días***
PREMIER	*5.000.000,00*	*3,70%*	*3601*
CAPITAL	*6.000.000,00*	*3,70%*	*3601*
AMEDIDA (sic)	*18.000.000,00*	*3,70%*	*3585*

2. *Se negoció con una agencia de bolsa la venta de los DPF's detallados en el anterior punto a una tasa de 3,00%, generando un diferencial de 70 puntos básicos a 3587 días en promedio. Sin embargo, en la negociación se nos comunicó que el interesado en comprar estos DPF's tenía el requerimiento de venta de DPF's del emisor Banco Los Andes Pro-credit S.A. que fueron comprados de acuerdo al siguiente detalle:*

FONDO	***MONTO BS***	***TASA***	***Plazo promedio días***

PREMIER	*4.700.000*	*0,20%*	*118*
CAPITAL	*4.750.000*	*0,20%*	*148*
AMEDIDA (sic)	*14.150.000*	*0,20%*	*128*

3. *Se procedió a realizar las dos operaciones (la venta y la compra) en el conocimiento de que la operación generarla rendimientos extraordinarios netos.*

4. *Debido a que la tasa de rendimiento de la compra de los DPF's del emisor Banco Los Andes Pro-credit S.A. era baja y para evitar una alta exposición a un riesgo de tasa de interés de estos DPF's, se definió proceder a la venta de los mismos en el mismo día, aprovechando la ganancia extraordinaria que resultaría de la venta de los DPF's del Banco Ganadero S.A..* (sic)

   Las pérdidas por la venta de los DPF's del Banco Los Andes Pro-credit S.A., fueron la siguiente:

FONDO	***Perdida por venta DPFs CLA***	***Tasa Venta***
CAPITAL	*36.798,10*	*2,10%*
AMEDIDA (sic)	*64.442,33*	*2,10%*

5. *La ganancia neta (incluye la perdida por venta detallada en el anterior punto) que obtuvo cada fondo por la venta de los valores (DPF's Banco Ganadero S.A.) en el día de agosto de 2011, se detalla a continuación:*

FONDO	***Ganancia en Bs***	***Tasa Venta***
PREMIER	*129.751,89*	*3,00%*
CAPITAL	*141.654,68*	*3,00%*
AMEDIDA (sic)	*510.452,67*	*3,00%*

En conclusión se puede afirmar lo siguiente:

a) *El rendimiento extraordinario de los Fondos PREMIER, CAPITAL y A MEDIDA se debió a la realización de la operación de compra y venta explicada en los anteriores párrafos. En este sentido, tampoco se puede afirmar que se perjudicó al fondo PREMIER, al contrario, se generaron rendimientos extraordinarios.*

b) *De igual manera, tampoco se puede afirmar que se benefició al fondo MICROFIC ni a La Vitalicia, dado que, como ya desarrollamos en nuestra nota SAFI/809/2014 las operaciones han sido realizadas en bolsa donde las operaciones se realizan mediante mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la presencia de varios oferentes e inversionistas y la transparencia en la formación de precios. Adicionalmente, la puja en una operación constituye un mecanismo que no es controlable por los participantes del mercado, y menos por BISA SAFI. Asimismo, las operaciones en Bolsa efectuadas entre vinculadas, no están prohibidas por la normativa del mercado de valores: se entiende que las operaciones efectuadas en la Bolsa eliminan todo conflicto de interés y cualquier efecto de operaciones efectuadas entre vinculadas. Además, se cumplieron con todas las condiciones*

para realizar operaciones entre fondos administrados por la misma sociedad. La Bolsa de Valores es un mercado ciego que elimina el riesgo de contraparte, lo que lleva a que los vendedores no tengan conocimiento de los compradores de los valores.

De igual manera cabe recalcar que no ha existido ningún contacto ni acercamiento alguno que permita evidenciar que, en las operaciones observadas, la vinculación con LA VITALICIA hubiera sido un factor de conflicto de interés.

c) Los fondos A MEDIDA y CAPITAL nunca hubieran tenido un rendimiento extraordinario de no haberse realizado la operación de compra y venta detallada en el presente documento.

d) No hubo una práctica discriminatoria contra estos fondos, más por el contrario, gracias a las operaciones descritas se generaron rendimientos extraordinarios.

- ***Respecto al Cargo N° 18*, "Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión",** *considerando* **Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario"**, *corresponde reiterar las observaciones formuladas en relación al cargo N° 12.*

- ***Respecto al Cargo N° 19*, "Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador",** *se tiene que los memorándums consignados del 1 al 128 y los señalados en los N° 149 y 151 del Anexo 8 de la Notificación de Cargos, son anteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que, conforme a lo mencionado anteriormente, las infracciones emergentes de éstos se encuentran prescritas.*

- ***Respecto al Cargo N° 20*, "Memorándums de Ingreso o egreso de custodia sin verificación de datos"**, *se tiene que todos, a excepción del SAFI/1088/2012, son anteriores al 31 de diciembre de 2011, habiendo quedado prescritos incluso considerando la* ***Notificación*** *de los Cargos. Asimismo, en relación al citado memorándum SAFI/1088/2012 se tiene que el mismo data del 1 de enero de 2012, por lo que la prescripción habría operado antes de la notificación de la Resolución ASFI N° 056/2014,* **debiéndose revocar los cargos por efecto de la prescripción**.★(sic)

- ***Respecto al Cargo N° 21*, "Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo",** *es preciso reiterar lo señalado en relación al Cargo N°17: si bien su Autoridad observa que las conductas y el inicio de la prescripción se habrían suscitado en febrero y abril de 2011,* **no señala los motivos por los cuales desestima nuestra solicitud de prescripción, debiendo revocarse el cargo por completo por efecto** *de* **la prescripción**.

- ***Respecto al Cargo N° 22*, "incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos"**, *se tiene que existen únicamente dos observaciones en relaciones en relación a adecuaciones correspondientes a los fondos "A Medida" y "Capital"*

que serían posteriores a ***diciembre de 2011*** *(25-01-2012 y 06-03-2012, respectivamente), siendo que la facultad para observar y sancionar las restantes 9 se encuentra prescrito si se considera la Notificación de Cargos como interruptora del cómputo de la prescripción, de Igual manera la correspondiente al fondo "A Medida" se encontraría prescrita si se considera acertadamente que la Resolución ASFI 056/2014 interrumpió la prescripción. En ambos casos, no corresponde que su Autoridad estime como circunstancias de la Infracción que el Incumplimiento se dio en 4 fondos (cuando fue en dos a lo sumo) y en función al tiempo transcurrido (considerando que el mayor sería de 9 días, bajo estos parámetros); consecuentemente, corresponde que se module la sanción* ***siendo la suma de $us1000 excesiva, al no concurrir las causales que tomó en cuenta, debiéndose aplicar la mínima para el Primer Rango****.★*(sic)

- ***<u>Respecto al Cargo N° 23</u>, "Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta",*** *se tiene que la apertura de la totalidad de las cuentas para las cuales se formula la observación, es anterior a abril de 2011, por lo que al considerarse que como usted bien señaló en la evaluación de anteriores cargos y en el marco de lo que* ***estrictamente prevé la norma en relación al Inicio del cómputo de la prescripción****, corresponde que se revoque este cargo por efecto de la prescripción.*

- ***<u>Respecto al Cargo N° 24</u>, "Carpetas de Participantes sin informe legal sobre la documentación adjunta"****, en el marco de lo expresado en relación al Cargo N° 24, se tiene que al haberse suscitado la infracción el 26 de mayo de 2010, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción****.*

- ***<u>Respecto al Cargo N° 25</u>, "Formularios de apertura de cuenta con datos incompletos",*** *se tiene que la apertura más reciente de las observadas data del 6 de julio de 2011, por lo que siguiendo el criterio expuesto para el Cargo 24, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción****.*

- ***<u>Respecto al Cargo N° 26</u>, "Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos",*** *se tiene que la apertura más reciente data dei 7 de julio de 2011, por lo que sobre la base de los argumentos expuestos para el anterior Cargo, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción****.*

- ***<u>Respecto al Cargo N° 27</u>, "Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos",*** *se observa que la fecha de apertura más reciente data de 24 de marzo de 2011, por lo que en el marco de io señalado para el Cargo N°25, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción****.*

- ***<u>Respecto al Cargo N° 29</u>, "Preavisos para rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos",*** *como podrá evidenciar, de conforme al Anexo 12 de la Notificación de cargos, el preaviso observado de más reciente date (siendo todos anteriores al 31 de diciembre de 2012) corresponde al realizado por Patricia Galia para la cuenta sub cuenta N° 955523 (conforme consta en numero 3 de la lista consignada en el señalado anexo), el cual fue presentado en fecha 6 de febrero*

de 2012; en este sentido, conforme a los argumentos expuestos anteriormente, ***corresponderá que su Autoridad considere prescrito el cargo*** *o de lo contrario (en el su puesto* (sic) *de que considerara que la interrupción se dio con la Notificación de Cargos) tome en cuenta este factor en la ponderación de la sanción.*

- *De la imposición del Cargo por "Analogía".*

  Continuando con las observaciones previas a la argumentación de aspectos de fondo, es preciso hacer referencia a la sanción impuesta en relación al Cargo N° 8, es decir, respecto a la existencia de "Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas".

  Como podrá usted observar, la multa se establece por supuesta vulneración del numeral 3, inciso c) del Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, que a la letra señala que las "Sociedades Administradoras deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones, en el marco de la administración de Fondos de Inversión: c) Llevar un registro electrónico y actualizado de los Participantes del Fondo de Inversión que deberá contener como mínimo: 3. ***Número de Cédula de identidad****" (el resaltado es propio).*

  En este sentido, se tiene que el citado cargo se formuló en razón a que ***la cédula de identidad se encontraría vencida, es decir, que la fecha de validez del documento como tal habría expirado, debiendo renovarse el mismo****.*

  Como habíamos explicado anteriormente, es aceptado de manera universal que las garantías y principios reconocidos en materia penal son aplicables de forma directa al derecho administrativo sancionatorio, toda vez que este también implica un uso del poder punitivo del Estado, que debe mantenerse en los límites de lo prescrito en la Constitución Política y las Leyes. Consecuentemente, para el presente caso, corresponde referirnos al denominado "Principio de Tipicidad", como derivación del ya mencionado "Principio de Legalidad", que exige que las conductas se encuentren plenamente tipificadas a efectos de que pueda imponerse una sanción específica a las mismas; así, se requiere de la existencia previa de un "tipo sancionatorio" que defina de forma clara los elementos constitutivos de la contravención, detallando las condiciones que, al cumplirse, darán lugar al quebrantamiento de la normativa; así, a momento de imponerse la sanción, deberá subsumirse la acción u omisión observada en los elementos del tipo sancionatorio y así determinar si se satisfacen o no sus presupuestos.

  Esta situación, es decir, la exigencia de una tipificación de la conducta de manera específica en Ley previa (idea plasmada en el clásico aforismo: Nullum crimen, nulla poena sine previa lege), demanda que sea sólo la norma y no así la Administración la que cree el tipo contravencional, no pudiéndose así sancionar otra conducta que no sea la prevista de forma expresa en la norma, por muy similar que esta sea Este criterio ha sido expresado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Constitucional N° 0034/2006, señala categóricamente que "los

delitos y las penas deben estar determinadas exclusivamente por la Ley; lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para extraer de su aplicación consecuencias desfavorables, aún (sic) *cuando el comportamiento que se trata de incriminar sea similar al previsto en la ley penal".*

Bajo este marco constitucional, la LPA ha previsto de igual manera -en su Título Tercero, Capítulo IV, Procedimiento Sancionados una serie de principios que rigen la actividad administrativa sancionatoria, entre los cuales figura el citado "Principio de Tipicidad". Al respecto, el Artículo 73 de la mencionada Ley señala que son "infracciones administrativas las acciones u omisiones ***expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****" (el resaltado es propio).*

De esta forma, siendo que por efecto de lo dispuesto en el Artículo 20, inciso b), Primer Rango, numeral 7, el ***no cumplimiento en la forma*** *de lo previsto en el citado Artículo 43 del Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, constituye una infracción, a efectos de ser sancionada, la conducta deberá ser el no llevar un registro electrónico y actualizado de los participantes* ***y/o que éste no contenga número de cédula de identidad****.*

Ahora bien, la Administración no señala en ningún momento que se haya omitido el llenado del número de cédula de identidad en el registro; consecuentemente, el hecho de que la copla del carnet no se encuentre vigente a momento de que la entidad a su cargo realiza su inspección, no puede asimilarse que no se cuente con el número de cédula de identidad o, peor aún, ***que el número se encuentre "desactualizado", siendo que el mismo*** *-independientemente de la vigencia del documento de identidad-* ***seguirá para todos los efectos siendo siempre el mismo****.*

Al respecto, si la ASFI considera que las Sociedades Administradoras deben mantener en las carpetas de los Participantes de los Fondos de Inversión, las cédulas de identidad actualizadas de los mismos, deberla en uso de sus atribuciones modificar el alcance del inciso c) del referido artículo 43, e incorporar de manera expresa y clara el requisito de mantener en la carpeta la cédula de identidad vigente y no solo el "Número" de la misma como actualmente dispone dicha norma.

Por lo señalado, pretender sancionar el hecho de que el documento de identidad se encuentre vencido en base a la obligación prevista en el Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, ***constituye una interpretación extensiva y analógica de los presupuestos del tipo, contraria a los principios constitucionales de Legalidad y Tipicidad***

Consecuentemente, corresponderá que su Autoridad ***revoque la sanción impuesta para el Cargo N°8, al ser esta contraria a Principios Constitucionales y a lo dispuesto en el Artículo 73 de la LPA****.*

- ***De la imposibilidad de cumplir con la entrega de Estados de Cuenta.***

Como se explicó en nuestro memorial de descargos, los Cargos Nos. 6 y 7, referidos a la no entrega y entrega tardía de estados de cuenta a los participantes, el incumplimiento a la obligación prevista en el Articulo 43, inciso i), de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se dio en función a la no entrega o entrega extemporánea de tal Información a los participantes ***por una causal ajena a la voluntad de la SAFI,*** *situación que fue debidamente documentada mediante constancia entregada por la empresa de courier que fue debidamente presentada a su Autoridad.*

Ahora bien, su Autoridad considera que el retraso emergente del servicio prestado por la empresa de courier no puede ser causal de excusa para el citado incumplimiento, situación que es compartida por nosotros al ser una previsión expresamente establecida en el Artículo 43, inciso i) de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras. No obstante, nótese que el argumento expuesto como descargo versa sobre el hecho de que ***los participantes no pudieron ser encontrados en los domicilios que estos señalaron, es decir, que los mismos no se encontraban en el mismo o los datos proporcionados eran erróneos,*** *situación que no puede ser controlada o prevista por la SAFI al no depender de su voluntad.*

Como es de su conocimiento, la culpa es el límite de toda sanción, no pudiendo así ser castigadas conductas que no son reprochables al escapar de la voluntad del Administrado. Consecuentemente, no puede sancionarse a quien no tuvo la posibilidad de actuar de manera diferente en relación a la conducta considerada como ¡lícita, ya sea por acción u omisión.

En este sentido, resulta claro que no podrán ser sancionables las situaciones en las cuales el incumplimiento se da por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; en el presente caso, se constituyen los presupuestos de la denominada "fuerza mayor" tratándose de una situación Imprevisible y que no pudo evitarse por parte del Administrado, toda que el hecho de que la persona pueda ser habida en su domicilio o que la dirección que haya señalado por ésta se veraz y exacta, ***no es una situación que atribuible de ninguna manera a otra que no sea aquella que habita en el mismo o provee el dato***

Consecuentemente, pretender sancionar a la SAFI por una situación ajena a su voluntad no se ajusta a derecho, más aún cuando ***se cumplió con lo dispuesto en el citado Artículo 43, habiéndose documentado los motivos del incumplimiento;*** *la existencia de una previsión de esta índole demuestra que la norma determina que existe la posibilidad de que el deber establecido sea incumplido por causales ajenas, situación que no fue considerada por su Autoridad al momento de establecer la sanción.*

Por lo señalado, ***corresponde revocar el señalado cargo conforme a los argumentos expuestos****.*

SEXTO.- *Continuando con las observaciones previas a la argumentación de aspectos de fondo, es preciso hacer referencia a la sanción impuesta en relación al Cargo N° 8, es decir, respecto a la existencia de "Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas".*

Como podrá usted observar, la multa se establece por supuesta vulneración del numeral 3, inciso c) del Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, que a la letra señala que las "Sociedades Administradoras deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones, en el marco de la administración de Fondos de Inversión: c) Llevar un registro electrónico y actualizado de los Participantes del Fondo de Inversión que deberá contener como mínimo: 3. ***Número de Cédula de Identidad****" (el resaltado es propio).*

En este sentido, se tiene que el citado cargo se formuló en razón a que ***la cédula de identidad se encontraría vencida, es decir, que la fecha de validez del documento como tal habría expirado, debiendo renovarse el mismo****.*

Como habíamos explicado anteriormente, es aceptado de manera universal que las garantías y principios reconocidos en materia penal son aplicables de forma directa al derecho administrativo sancionatorio, toda vez que este también implica un uso del poder punitivo del Estado, que debe mantenerse en los límites de lo prescrito en la Constitución Política y las Leyes. Consecuentemente, para el presente caso, corresponde referirnos al denominado "Principio de Tipicidad", como derivación del ya mencionado "Principio de Legalidad", que exige que las conductas se encuentren plenamente tipificadas a efectos de que pueda imponerse una sanción específica a las mismas, así, se requiere de la existencia previa de un "tipo sancionatorio" que defina de forma clara los elementos constitutivos de la contravención, detallando las condiciones que, al cumplirse, darán lugar al quebrantamiento de la normativa, así, a momento de imponerse la sanción, deberá subsumirse la acción u omisión observada en los elementos del tipo sancionatorio y así determinar si se satisfacen o no sus presupuestos.

Esta situación, es decir, la exigencia de una tipificación de la conducta de manera específica en Ley previa (idea plasmada en el clásico aforismo: Nullum crimen, nulla poena sine previa lege), demanda que sea sólo la norma y no así la Administración la que cree el tipo contravencional, no pudiéndose así sancionar otra conducta que no sea la prevista de forma expresa en la norma, por muy similar que esta sea. Este criterio ha sido expresado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Constitucional N° 0034/2006, señala categóricamente que [1]los delitos y las penas deben estar determinadas exclusivamente por la Ley: lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para extraer de su aplicación consecuencias desfavorables, aún (sic) *cuando el comportamiento que se trata de incriminar sea similar al previsto en la ley penar.*

Bajo este marco constitucional, la LPA ha previsto de igual manera -en su Título Tercero, Capítulo IV, Procedimiento Sancionador- una serie de principios que rigen la actividad administrativa sancionatoria, entre los cuales figura el citado "Principio de

Tipicidad". Al respecto, el Articulo 73 de la mencionada Ley señala que son "infracciones administrativas las acciones u omisiones ***expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"*** *(el resaltado es propio)***.**

De esta forma, siendo que por efecto de lo dispuesto en el Articulo 20, inciso b), Primer Rango, numeral 7, el ***no cumplimiento en la forma*** *de lo previsto en el citado Artículo 43 del Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, constituye una infracción, a efectos de ser sancionada, la conducta deberá ser el no llevar un registro electrónico y actualizado de los participantes* ***y/o que éste no contenga número de cédula de identidad****.*

Ahora bien, la Administración no señala en ningún momento que se haya omitido el llenado del número de cédula de identidad en el registro; consecuentemente, el hecho de que la copia del carnet no se encuentre vigente a momento de que la entidad a su cargo realiza su inspección, no puede asimilarse que no se cuente con el número de cédula de identidad o, peor aún, ***que el número se encuentre "desactualizado", siendo que el mismo*** *-independientemente de la vigencia del documento de identidad-* ***seguirá para todos los efectos siendo siempre el mismo****.*

Al respecto, si la ASFI considera que las Sociedades Administradoras deben mantener en las carpetas de los Participantes de los Fondos de Inversión, las cédulas de identidad actualizadas de los mismos, deberla en uso de sus atribuciones modificar el alcance del inciso c) del referido artículo 43, e incorporar de manera expresa y clara el requisito de mantener en la carpeta la cédula de identidad vigente y no solo el "Número" de la misma como actualmente dispone dicha norma.

Por lo señalado, pretender sancionar el hecho de que el documento de identidad se encuentre vencido en base a la obligación prevista en el Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, ***constituye una interpretación extensiva y analógica de los presupuestos del tipo, contraria a los principios constitucionales de Legalidad y Tipicidad****.*

Consecuentemente, corresponderá que su Autoridad ***revoque la sanción impuesta para el Cargo N°8, al ser esta contraria a Principios Constitucionales y a lo dispuesto en el Artículo 73 de la LPA****.*

SÉPTIMO.- *Como se explicó en nuestro memorial de descargos, los Cargos Nos. 6 y 7, referidos a la no entrega y entrega tardía de estados de cuenta a los participantes, el incumplimiento a la obligación prevista en el Artículo 43, inciso i), de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se dio en función a la no entrega o entrega extemporánea de tal información a los participantes* ***por una causal ajena a la voluntad de la SAFI,*** *situación que fue debidamente documentada mediante constancia entregada por la empresa de courier que fue debidamente presentada a su Autoridad.*

Ahora bien, su Autoridad considera que el retraso emergente del servicio prestado por la empresa de courier no puede ser causal de excusa para el citado

incumplimiento, situación que es compartida por nosotros al ser una previsión expresamente establecida en el Artículo 43, inciso i) de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras. No obstante, nótese que el argumento expuesto como descargo versa sobre el hecho de que ***los participantes no pudieron ser encontrados en los domicilios que estos señalaron, es decir, que los mismos no se encontraban en el mismo o los datos proporcionados eran erróneos,*** *situación que no puede ser controlada o prevista por la SAFI al no depender de su voluntad.*

Como es de su conocimiento, la culpa es el límite de toda sanción, no pudiendo así ser castigadas conductas que no son reprochables al escapar de la voluntad del Administrado, Consecuentemente, no puede sancionarse a quien no tuvo la posibilidad de actuar de manera diferente en relación a la conducta considerada como ilícita, ya sea por acción u omisión.

En este sentido, resulta claro que no podrán ser sancionables las situaciones en las cuales el incumplimiento se da por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; en el presente caso, se constituyen los presupuestos de la denominada "fuerza mayor" tratándose de una situación imprevisible y que no pudo evitarse por parte del Administrado, toda que el hecho de que la persona pueda ser habida en su domicilio o que la dirección que haya señalado por ésta se veraz y exacta, ***no es una situación que atribuible de ninguna manera a otra que no sea aquella que habita en el mismo o provee el dato****.*

Consecuentemente, pretender sancionar a la SAFI por una situación ajena a su voluntad no se ajusta a derecho, más aún cuando ***se cumplió con lo dispuesto en el citado Artículo 43, habiéndose documentado los motivos del incumplimiento;*** *la existencia de una previsión de esta índole demuestra que la norma determina que existe la posibilidad de que el deber establecido sea incumplido por causales ajenas, situación que no fue considerada por su Autoridad al momento de establecer la sanción.*

Por lo señalado, ***corresponde revocar el señalado cargo conforme a los argumentos expuestos****.*

OCTAVO.- *Nos causa extrañeza y gran preocupación que su Autoridad actúe de manera contraría respecto al sistema financiero relacionado con las entidades de intermediación financiera frente a los fondos de inversión. Afirmamos este extremo en relación al artículo Cuarto de la R065/2014 que recurrimos de revocatoria en esta oportunidad, por el que usted dispone "QUINTO.- Se instruye a BISA SAFI S.A. la adecuación de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, conforme lo establecido en la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de acuerdo a lo señalado para el cargo No. 10 de la presente Resolución".*

Al disponer la adecuación de los reglamentos internos, la ASFI en vez de facilitar el acceso de los Participantes al manejo simple e inmediato de sus cuentas que mantienen en cualquiera de los fondos de inversión abiertos administrados por BISA

SAFI y de esta manera poder efectuar la compra y/o rescate de cuotas de manera inmediata con solo aproximarse a una agencia del Banco Bisa S.A a nivel nacional, la resolución impugnada limita los derechos constitucionales tanto de los participantes que no tienen residencia en las ciudades de La Paz, Cochabamba o Santa Cruz, para acceder a efectuar transacciones en cualquiera de los fondos de inversión en los que participan, tendrían que necesariamente trasladarse viajando a cualquiera de esas capitales de Departamento, que son en las únicas en las que BISA SAFI tiene oficinas y por tanto funcionarios habilitados, impidiendo por tanto a BISA SAFI ejerza ampliamente los servicios para los cuales se encuentra legalmente y constitucionalmente habilitada, limitando por tanto el ejercicio legal de su actividad conforme lo garantiza el artículo 47 de la Constitución Política del Estado, Consideramos que al disponer la adecuación mencionada, la ASFI ha retrocedido en vez de avanzar como lo está haciendo en el sector de intermediación financiera, en el cual permanentemente emite normas que tienden a facilitar el acceso de la población a los servicios financieros. Por el contrario con la disposición de adecuación que impugnamos lo que está ocasionando es lesionar los legítimos intereses de BISA SAFI de ejercer ampliamente la prestación de sus servicios y está impidiendo el legítimo derecho a que los Participantes accedan de manera ágil e inmediata a la operativa de sus cuentas en cualquiera de los fondos de inversión abiertos administrados por BISA SAFI.

Por lo manifestado, solicitamos a su Autoridad se sirva revocar esta determinación y en consecuencia mantener plenamente vigentes los reglamentos internos de los fondos de inversión abiertos que BISA SAFI administra, en los cuales se permite que la compra y rescate de cuotas puedan ser efectuados por los Participantes a través de la sección Caja del Banco Bisa S.A., con quien BISA SAFI tiene suscrito un contrato de servicios, para el cumplimiento de estos extremos, el cual es de pleno conocimiento de la ASFI.

Consecuentemente, velando por un crecimiento del sector, corresponde a la ASFI ser quien modifique la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de tal manera que permita la validez plena de la compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones con banco, en este caso con el Banco Bisa S.A , que no consignen la firma del funcionario responsable de la operación, porque se encuentran plenamente respaldadas por los bouchers (comprobantes electrónicos) que el banco emite inmediatamente de efectuada la operación, ya que los mismos contienen el sello electrónico refrendado donde incluye el nombre del cajero y número de caja, compensando de esta manera lo señalado en el artículo 66 inciso i) de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004 referente a firma y sello del responsable de la operación.

V. PETITORIO

Por las razones expuestas precedentemente, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por el inciso b) del Artículo 43 del Reglamento SIREFI, su autoridad ***dicte resolución revocatoria*** *respecto de la Resolución ASFI No.065/2014 de*

6 de febrero de 2014, pronunciándose acerca del fondo de la misma y dejándola en consecuencia sin efecto…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 191/2014 DE 4 DE ABRIL DE 2014.-

Que, a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme a los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que, entre los principios que rigen el accionar de la administración pública, se encuentran el principio de verdad material y el de legalidad. En virtud al primero, la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados se traduce en la prevalencia de la verdad objetiva de los hechos, toda vez que es obligación del Estado, velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, correspondiéndole a este Órgano de Supervisión, agotar de oficio los medios de prueba a su alcance y no solo limitar su conocimiento a la prueba ofrecida, a efectos de dar el correcto esclarecimiento de la situación que se le plantee. El segundo constituye una garantía constitucional que le asiste al administrado de contar con un marco legal expreso para ser procesado o sancionado, provocando, en el ámbito del Derecho Público, que las decisiones de las autoridades administrativas deban estar justificados en una Ley previa, por tanto se trata del sometimiento en primer lugar a la Constitución, pero también al resto del ordenamiento jurídico y normas reglamentarias emanadas de la propia Administración, lo que se conoce como bloque de legalidad.

Que, con referencia a la prescripción, es necesario aclarar que es una forma de extinción de las infracciones, como reconoce el recurrente en su memorial y como uniformemente señala la doctrina en derecho administrativo que "<u>opera frente al abandono de la Administración Pública, que no ejerce oportunamente su potestad sancionadora,</u> ni aplica medida alguna contra el supuesto infractor ante un caso concreto y en el plazo normativamente determinado, otorgándole al administrado la posibilidad de no quedar indefinidamente sometido a investigación por la presunta comisión de una infracción". Criterio concordante con el expresado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre, al señalar:

> *"En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley <u>frente a la inactividad de la administración</u> y el fin especial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen*

indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción"

Que, la prescripción de las infracciones administrativas, se halla prevista en el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, que señala:

> *"Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años y las sanciones en el término de un (1) año* (sic, no corresponde a la redacción precisa). *La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley."*

Que, asimismo, el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, en el artículo 8 establece:

> *"La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de tres años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
>
> *En el caso de lo establecido por el artículo 7 inciso c), el plazo de tres (3) años se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión.*
>
> *La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor."*

Que, al respecto, con relación a la incidencia del "dies a quo", es decir el momento en que empieza a correr el plazo para que opere la prescripción, la doctrina hace una diferencia, según se trate de infracciones instantáneas o permanentes, por su modo de ejecución, señalando que en el caso de la infracción administrativa instantánea, dicho plazo comienza a partir del día en que se consumó la infracción, es decir en el momento determinado y único en que al ser ejecutada la acción, se configura la infracción. En cambio, en las infracciones continuadas, el plazo corre desde el día en que terminó la actividad infractora porque tienen la particularidad de que el sujeto activo prolonga la consumación del hecho en el tiempo, es decir que adquiere efectos permanentes "de modo que todos los momentos de su duración pueden imputarse como de su consumación". Criterio coherente, con el expresado en el segundo párrafo del artículo 8 del D.S. N° 26156, que establece el computo (sic) *de la prescripción a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión.*

Que, en este mismo sentido, la jurisprudencia española citada por Alejandro Nieto García, en su obra Derecho Administrativo Sancionador refiere que "…hay que

atender como "dies a quo" del plazo de la prescripción de las infracciones continuadas o de tracto sucesivo, no la de los actos, hechos y operaciones iniciales sino a los finales o de terminación de un procedimiento complicado y que inexcusablemente se prolonga en el tiempo a través del cumplimiento de diversas operaciones (materiales y jurídicas) o fases." Señalando más adelante: "…la cabal comprensión de la norma que fija el "dies a quo" del plazo prescriptivo en la fecha de la total consumación de la infracción o en la finalización de la actividad infractora continuada exige tener presente que el fundamento inspirador del instituto de la prescripción no es otro que el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, y esto es lo fundamental, dicho principio no puede hacer de mejor condición a quien ejecuta una infracción continuada en el tiempo respecto de aquél cuya infracción consiste en un acto singular. Y tal circunstancia ocurriría si en ambos casos se fijara el comienzo del plazo de prescripción en la fecha de la comisión, propiciando el comienzo de la prescripción simultáneamente con el inicio de la ejecución continuada y su transcurso con la persistencia en el tiempo de la conducta infractora. Es por ello por lo que, tratándose de una infracción continuada, el legislador sitúa el inicio del plazo de prescripción en la fecha de finalización de la actividad antijurídica, no en la de su inicio."

Que, siguiendo esta línea, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2008 de 31 de enero de 2008, se ha pronunciado de la siguiente manera:

> *"…en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En este entendido, se debe de marcar las diferencias existentes entre las* ***infracciones instantáneas*** *y las* ***infracciones permanentes****.*
>
> *En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*
>
> *En las* ***infracciones permanentes****, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que* ***se lleva a cabo de manera constante****, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*
>
> *En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho."*

Que, con relación a la interrupción de la prescripción, conforme manifiesta el recurrente en el memorial del Recurso de Revocatoria, el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, establece que la interrupción de la prescripción, tiene lugar desde el momento en que este Órgano de

Supervisión, realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor.

Que, el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, (…) señala como "otros Actos Administrativos" de menor jerárquica o de orden operativo, a las circulares, órdenes, instructivos y directivas, que obligan a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.

Que, en este mismo sentido, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 68/2006, se ha pronunciado respecto a la interrupción de la prescripción (…):

> *"…atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares, cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, (…) o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora."*

CONSIDERANDO:

Que, (…) revisados los antecedentes (…), se verifica que mediante ***carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, notificada a BISA SAFI S.A. el 13 de noviembre de 2012, se puso en conocimiento de la entidad regulada*** *el Informe Técnico ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, que detalla los resultados y observaciones emergentes de la inspección técnica financiera realizada del 14 al 19 de mayo de 2012 en la entidad regulada, instruyéndole remita un Plan de Acción sobre dichas observaciones y una copia legalizada del Acta de la Sesión de Directorio, en la que se evidencie que el mismo tomó conocimiento de la carta y del informe; así como el compromiso de cumplir con el cronograma de implantación de medidas correctivas, que no le libera de las acciones administrativas correspondientes, otorgándole al efecto el plazo de 15 días hábiles, computables a partir de su notificación (…) no ha existido inactividad o abandono por parte de este Órgano de Supervisión en relación a las infracciones detectadas en la referida inspección técnica.*

Que, por lo expuesto, en aplicación del principio de verdad material, al encontrarse expresamente previsto en la normativa específica del Sistema de Regulación Financiera, que las circulares, ordenes, instructivos y directivas son Actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo, que obligan a los regulados a su cumplimiento cuando son notificados, y en mérito a lo expuesto en el párrafo que antecede, la prescripción de las infracciones detectadas en la inspección técnica realizada del 14 al 19 de mayo de 2012, ha sido interrumpida con la

notificación de la ***carta ASFI/DSV/R-143781/2012 a BISA SAFI S.A.****, es decir* ***el 13 de noviembre de 2012****.*

Que, (…) es necesario considerar que el artículo 8 señala que la prescripción de la infracción corre a partir de la realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, que en el caso de la infracción instantánea es el momento en que se consuma la conducta del infractor, pero en el caso de las infracciones permanentes la conducta transgresora del infractor se prolonga en el tiempo, por lo que su realización u omisión es continua. Al efecto, el plazo de la prescripción, corre a partir de la fecha de realización del último hecho acto u omisión, criterio que en base a la doctrina y jurisprudencia, ha sido considerada en precedentes administrativos jerárquicos.

Que, con relación a lo expresado por el recurrente en sentido de que no es correcto que las disposiciones establecidas de forma expresa sean substituidas por un criterio adoptado para un determinado caso por la instancia jerárquica, cabe aclarar que este Órgano de Supervisión, en aplicación del principio de legalidad se apega a las disposiciones de la normativa legal vigente como se ha desarrollado anteriormente, sin embargo también está facultada a sustentar sus actuaciones en precedentes administrativos, que consolidan o modifican su accionar en mérito a razonamientos jurisprudenciales, como señala la Resolución Jerárquica SIREFI RJ 53/2008, cuando establece:

> *"Con carácter previo, habrá que referirse a que la Superintendencia General del SIREFI, en la Resolución Jerárquica 110/2007 de 10 de diciembre de 2007, ha emitido criterio en un caso con supuestos similares por lo que es deber prima facie de este órgano, respetar su precedente el mismo que debe entenderse como toda solución asumida con carácter previo a un caso dado y que se constituye en un parámetro de comparación, y que puede ser usado como un recurso argumentativo en la redacción de una nueva Resolución.*
>
> *Esta interpretación coincide plenamente con lo expresado por Tribunal Constitucional que en su SC 1781/2004-R ha establecido "El respeto a los precedentes por parte del propio juez o tribunal, como por los demás jueces y tribunales inferiores, preserva la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico; protege los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación; precautela el valor supremo de igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos facticos, sean resueltos de manera distinta; ejerce control de la propia actividad judicial, imponiendo a los jueces y tribunales mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente, pero que presente caracteres análogos…"*

Que, como sucede en el presente caso, con la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2008 de 31 de enero de 2008, que señala que cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día

siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho, la Resolución Jerárquica referida en el párrafo anterior señala:

> *"(…) la decisión y fundamento contenido en la Resolución SG SIREFI RJ 110/2007 de 10 de diciembre de 2007, analiza hechos semejantes o análogos y para ambos existe la razón de un mismo tratamiento jurídico; (…) esta nueva resolución toma los mismos razonamientos de la anterior y el mismo sentido de la decisión ya que no existe razones para el cambio de línea, dando así mayor seguridad jurídica y el acceso a una justicia predecible y accesible."*

Que, bajo este contexto, es necesario revisar las infracciones sancionadas en base a las consideraciones expuestas por el recurrente (…):

> ***<u>Cargo N° 1.</u> "Partidas Pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días"*** (…)

Que, al respecto es necesario aclarar que los casos observados no fueron regularizados dentro de los 30 días calendario, por tanto, a partir del día 31, se configuró el incumplimiento a la normativa vigente. En este sentido, para el cómputo de la prescripción se considera a partir del primer día del incumplimiento a la normativa hasta el momento de la remisión del informe, habiéndose verificado que ninguno de los casos habría superado los dos años, tal como se detalla en el cuadro siguiente:

Fondo	Cuenta	Fecha de la transacción	Plazo de regularización (en días)	Fecha límite de regularización (A)	Mes revisado	Data	Fecha de recepción por parte de la entidad de la nota de remisión del Informe (B)	Plazo de sanción (B-A+1 día)
PREMIER	Banco Económico S.A. N° 2051-316292 M/N	31/dic/2011	30	30/ene/2012	31/ene/2012	31	13/11/2012	289
AMEDIDA	FFP Fassil S.A. N° 77871-1 M/N	31/dic/2011	30	30/ene/2012	31/ene/2012	31	13/11/2012	289
	Banco Bisa S.A. N° 053362-401-4	31/dic/2011	30	30/ene/2012	31/ene/2012	31	13/11/2012	289
	Banco Económico S.A. N° 3051-118836	30/dic/2011	30	29/ene/2012	31/ene/2012	32	13/11/2012	290
	Banco Económico S.A. N° 3051-118836	31/dic/2011	30	30/ene/2012	31/ene/2012	31	13/11/2012	289
	Banco Bisa S.A. N° 053362-203-8 M/E	16/nov/2011	30	16/dic/2011	31/ene/2012	76	13/11/2012	334
	Banco Bisa S.A. N° 053362-203-8 M/E	8/nov/2011	30	8/dic/2011	31/ene/2012	84	13/11/2012	342
	Banco Mercantil Santa Cruz S.A. N° 4024043023 M/N	31/dic/2011	30	30/ene/2012	31/ene/2012	31	13/11/2012	289
ULTRA	Banco Económico S.A. N° 2051-316319 M/N	13/dic/2011	30	12/ene/2012	31/ene/2012	49	13/11/2012	307
	Banco Económico S.A. N° 2051-316319 M/N	30/nov/2011	30	30/dic/2011	31/ene/2012	62	13/11/2012	320
BISA SAFI S.A	Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N	28/ene/2011	30	27/feb/2011	31/mar/2011	62	13/11/2012	626
	Banco Bisa S.A. N°053362-001-9 M/N	28/feb/2011	30	30/mar/2011	31/mar/2011	31	13/11/2012	595

Que, en mérito al análisis efectuado anteriormente sobre el plazo de prescripción, se establece que el mismo fue interrumpido a partir del 13 de noviembre de 2012, fecha de notificación de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, por lo que el Cargo N°1 <u>no ha prescrito</u> (…)

> ***<u>Cargo N°2.</u> "Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin previsión por irrecuperabilidad."*** (…)

Que, (…) dichos importes fueron regularizados recién el 19 de noviembre de 2012, por lo que la prescripción se computa a partir de esa fecha, cumpliéndose el plazo el 19 de noviembre de 2014, por lo que el Cargo N° 2 no ha prescrito (…):

Concepto	Data	Regularización		Plazo para prescripción (en días)	Fecha de prescripción
		N° Cbte	Fecha		
Apertura de cuenta Fondo Planifica M/N	10/03/10	TR-11-00006	19/11/2012	730	19/11/2014
Apertura de cuenta Fondo Planifica M/E	10/03/10	TR-11-00006	19/11/2012	730	19/11/2014

Cargo N°4. "Activos Fijos clasificados erróneamente como fuera de uso" (…)

Que, de conformidad a lo expuesto en el informe ASFI/DSV/R-42092/2014, la entidad regulada en su carta SAFI/3140/2013 (…), manifestó que efectuará la reclasificación de cuentas hasta fines del mes de abril de 2013. (…) habiéndose regularizado las observaciones el 30 de abril de 2013 (…), el plazo de prescripción debe computarse a partir de esa fecha, es decir que las infracciones observadas no han prescrito.

Cargo N° 5. "Partidas pendientes de imputación sin previsión (…)

Que, (…) respecto al plazo de prescripción, (…) fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012, con la notificación (…) de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, por tanto ninguna de las observaciones ha prescrito.

Cargo N° 6. "Estados de Cuentas no entregados (…)

Que, habiéndose interrumpido el plazo de prescripción el 13 de noviembre de 2012, (…) se evidencia que las observaciones no han prescrito conforme se puede observar en el siguiente cuadro:

Nº de Casos	Fondos	Mes	Límite de entrega	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
102	A Medida, Premier, Capital	sep-11	10/10/2011	13/11/2012	400
137	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	13/11/2012	308
96	A Medida, Premier, Capital	mar-12	10/04/2012	13/11/2012	217

Cargo N° 7. "Estados de Cuentas entregados (…) ***fuera de plazo"*** (…)

Que, considerando que la prescripción fue interrumpida el 13 de noviembre de 2012, (…) se evidencia que las partidas observadas no han prescrito (…):

N° de Casos	Fondos	Mes	Límite de entrega	Fecha de entrega	Días de retraso	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
110	A Medida, Premier, Capital	sep-11	10/10/2011	11/10/2011	1	13/11/2012	399
96	A Medida, Premier, Capital	sep-11	10/10/2011	12/10/2011	2	13/11/2012	398
46	A Medida, Premier, Capital	sep-11	10/10/2011	13/10/2011	3	13/11/2012	397
1	A Medida	sep-11	10/10/2011	14/10/2011	4	13/11/2012	396
181	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	11/01/2012	1	13/11/2012	307
160	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	12/01/2012	2	13/11/2012	306
146	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	13/01/2012	3	13/11/2012	305
26	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	14/01/2012	4	13/11/2012	304
68	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	16/01/2012	6	13/11/2012	302
51	A Medida, Premier, Capital	dic-11	10/01/2012	17/01/2012	7	13/11/2012	301
2	Premier	dic-11	10/01/2012	18/01/2012	8	13/11/2012	300
6	Premier	dic-11	10/01/2012	19/01/2012	9	13/11/2012	299
151	A Medida, Premier, Capital	mar-12	10/04/2012	11/04/2012	1	13/11/2012	216
16	A Medida, Premier, Capital	mar-12	10/04/2012	12/04/2012	2	13/11/2012	215
2	Premier, Capital	mar-12	10/04/2012	16/04/2012	6	13/11/2012	211

<u>Cargo N° 9</u>. "Carpeta de Participante desactualizada (…)

Que, habiendo sido interrumpida la prescripción el 13 de noviembre de 2012, (…) *se evidencia que la infracción <u>no ha prescrito</u>* (…)*:*

Código de Cuenta	*Fondo*	*Regional*	*Fecha de solicitud de cambio de firmas*	*Fecha de remisión del informe*	*Plazo transcurrido (días)*
10207710241	*A Medida*	*LPZ*	*22/06/2011*	*13/11/2012*	*510*

<u>Cargo N° 11</u>. "Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate (…)

Que, en mérito a la interrupción de la prescripción el 13 de noviembre de 2012, (…) *las partidas observadas <u>no han prescrito</u>:*

N°	Código de Cuenta	Fondo	Regional	N° de Operación	Límite de entrega	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
1	1009451027	A Medida	LPZ	110912	24/08/2011	13/11/2012	447
2	1009451027	A Medida	LPZ	111354	30/08/2011	13/11/2012	441
3	1009451027	A Medida	LPZ	121089	20/12/2011	13/11/2012	329
4	1009451027	A Medida	LPZ	121090	20/12/2011	13/11/2012	329
5	1009451027	A Medida	LPZ	121331	22/12/2011	13/11/2012	327
6	344456	Capital	LPZ	34128	09/03/2011	13/11/2012	615
7	2444206	Capital	LPZ	34132	09/03/2011	13/11/2012	615
8	3330753	Capital	LPZ	647657	15/06/2011	13/11/2012	517
9	3330753	Capital	LPZ	645299	31/05/2011	13/11/2012	532
10	3330753	Capital	LPZ	645047	30/05/2011	13/11/2012	533
11	3330753	Capital	LPZ	644792	27/05/2011	13/11/2012	536
12	3330753	Capital	LPZ	644091	23/05/2011	13/11/2012	540
13	3330753	Capital	LPZ	642454	12/05/2011	13/11/2012	551
14	1001107025	Capital	LPZ	651382	13/07/2011	13/11/2012	489
15	1001107025	Capital	LPZ	644401	25/05/2011	13/11/2012	538

<u>Cargo N° 12.</u> *".* (sic) ***Valores adquiridos en Mercado Secundario no endosados a nombre de los Fondos*** (…) ***administrados"*** (…)

… la entidad no señaló la prescripción del cargo N° 12, sin embargo (…) *se verifica que el mismo fue interrumpido el* ***13 de noviembre de 2012****, con la notificación a* ***BISA SAFI S.A*** *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012 y no así al momento de la notificación de*

la nota de cargos o de la Resolución ASFI/ 065/2014 de 12 de febrero de 2014, como señala la entidad (…)

…los valores detallados en el anexo 6 de la notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 (…) *el momento del arqueo realizado el 27 de junio de 2012, se encontraban dentro de las carteras de los fondos de inversión administrados* (…) *los mismos no estaban endosados a nombre del Fondo de Inversión al que pertenecían.*

Que, (…) *se verifica que los siguientes casos:*

57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 133, 134, 143, 144, 145, 152, 154, 155, 156, 158, 159, 160 y 162, han prescrito.

Sin embargo, de la revisión de los casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 61, 65, 80, 90, 95, 96, 108, 109, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 157 y 161 se verifica que no han prescrito, conforme se exponen (respetando el número de caso observado conforme el detalle del anexo 6 de la notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013), en los cuadros siguientes:

A Medida FIA CP

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
61	AME	DPF	BSON22662910	1	02/06/2011	13/11/2012	530
65	AME	DPF	BSON23207010	1	02/06/2011	13/11/2012	530

Premier FIA CP

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
3	BSP	DPF	FIEE12259309	1	01/12/2011	13/11/2012	348
4	BSP	DPF	FIEE12259409	1	01/12/2011	13/11/2012	348
5	BSP	DPF	FIEE12259509	1	01/12/2011	13/11/2012	348
6	BSP	DPF	FIEE12259609	1	01/12/2011	13/11/2012	348
7	BSP	DPF	FIEE12259709	1	01/12/2011	13/11/2012	348
8	BSP	DPF	FIEE12259809	1	01/12/2011	13/11/2012	348
9	BSP	DPF	FIEE12259909	1	01/12/2011	13/11/2012	348
10	BSP	DPF	FIEE12260009	1	01/12/2011	13/11/2012	348
11	BSP	DPF	FIEE14821410	1	01/06/2011	13/11/2012	531
12	BSP	DPF	FIEE14821510	1	01/06/2011	13/11/2012	531
13	BSP	DPF	FIEE14821610	1	01/06/2011	13/11/2012	531
14	BSP	DPF	FIEE14821710	1	01/06/2011	13/11/2012	531
15	BSP	DPF	FIEE14821810	1	01/06/2011	13/11/2012	531
16	BSP	DPF	FIEE14821910	1	01/06/2011	13/11/2012	531
17	BSP	DPF	FIEE14822010	1	01/06/2011	13/11/2012	531
18	BSP	DPF	FIEE14822110	1	01/06/2011	13/11/2012	531
40	BSP	DPF	BECE13393210	1	08/04/2011	13/11/2012	585
41	BSP	DPF	BSOE18286907	1	02/09/2011	13/11/2012	438
42	BSP	DPF	BSOE18287007	1	02/09/2011	13/11/2012	438
43	BSP	DPF	BSOE18287207	1	02/09/2011	13/11/2012	438
44	BSP	DPF	BSOE18287307	1	02/09/2011	13/11/2012	438
45	BSP	DPF	BSOE18287407	1	02/09/2011	13/11/2012	438
46	BSP	DPF	FIEE12252409	1	09/01/2012	13/11/2012	309
47	BSP	DPF	FIEE12254409	1	09/01/2012	13/11/2012	309
48	BSP	DPF	FIEE12254509	1	09/01/2012	13/11/2012	309
49	BSP	DPF	FIEE12254609	1	09/01/2012	13/11/2012	309
50	BSP	DPF	FIEE12254709	1	09/01/2012	13/11/2012	309
51	BSP	DPF	FIEE12254809	1	09/01/2012	13/11/2012	309
52	BSP	DPF	FIEE12254909	1	09/01/2012	13/11/2012	309
53	BSP	DPF	FIEE12255009	1	09/01/2012	13/11/2012	309
54	BSP	DPF	FIEE12255109	1	09/01/2012	13/11/2012	309
55	BSP	DPF	FIEE12255209	1	09/01/2012	13/11/2012	309
56	BSP	DPF	FIEE12255309	1	09/01/2012	13/11/2012	309
95	BSP	DPF	BECE13258510	1	23/03/2011	13/11/2012	601
96	BSP	DPF	BECE13258610	1	23/03/2011	13/11/2012	601
108	BSP	DPF	BECE13605510	1	05/04/2012	13/11/2012	222
109	BSP	DPF	FIEE12947710	1	05/04/2012	13/11/2012	222

Capital FIA MP

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
3	BSP	DPF	FIEE12259309	1	01/12/2011	13/11/2012	348
4	BSP	DPF	FIEE12259409	1	01/12/2011	13/11/2012	348
5	BSP	DPF	FIEE12259509	1	01/12/2011	13/11/2012	348
6	BSP	DPF	FIEE12259609	1	01/12/2011	13/11/2012	348
7	BSP	DPF	FIEE12259709	1	01/12/2011	13/11/2012	348
8	BSP	DPF	FIEE12259809	1	01/12/2011	13/11/2012	348
9	BSP	DPF	FIEE12259909	1	01/12/2011	13/11/2012	348
10	BSP	DPF	FIEE12260009	1	01/12/2011	13/11/2012	348
11	BSP	DPF	FIEE14821410	1	01/06/2011	13/11/2012	531
12	BSP	DPF	FIEE14821510	1	01/06/2011	13/11/2012	531
13	BSP	DPF	FIEE14821610	1	01/06/2011	13/11/2012	531
14	BSP	DPF	FIEE14821710	1	01/06/2011	13/11/2012	531
15	BSP	DPF	FIEE14821810	1	01/06/2011	13/11/2012	531
16	BSP	DPF	FIEE14821910	1	01/06/2011	13/11/2012	531
17	BSP	DPF	FIEE14822010	1	01/06/2011	13/11/2012	531
18	BSP	DPF	FIEE14822110	1	01/06/2011	13/11/2012	531
40	BSP	DPF	BECE13393210	1	08/04/2011	13/11/2012	585
41	BSP	DPF	BSOE18286907	1	02/09/2011	13/11/2012	438
42	BSP	DPF	BSOE18287007	1	02/09/2011	13/11/2012	438
43	BSP	DPF	BSOE18287207	1	02/09/2011	13/11/2012	438
44	BSP	DPF	BSOE18287307	1	02/09/2011	13/11/2012	438
45	BSP	DPF	BSOE18287407	1	02/09/2011	13/11/2012	438
46	BSP	DPF	FIEE12252409	1	09/01/2012	13/11/2012	309
47	BSP	DPF	FIEE12254409	1	09/01/2012	13/11/2012	309
48	BSP	DPF	FIEE12254509	1	09/01/2012	13/11/2012	309
49	BSP	DPF	FIEE12254609	1	09/01/2012	13/11/2012	309
50	BSP	DPF	FIEE12254709	1	09/01/2012	13/11/2012	309
51	BSP	DPF	FIEE12254809	1	09/01/2012	13/11/2012	309
52	BSP	DPF	FIEE12254909	1	09/01/2012	13/11/2012	309
53	BSP	DPF	FIEE12255009	1	09/01/2012	13/11/2012	309
54	BSP	DPF	FIEE12255109	1	09/01/2012	13/11/2012	309
55	BSP	DPF	FIEE12255209	1	09/01/2012	13/11/2012	309
56	BSP	DPF	FIEE12255309	1	09/01/2012	13/11/2012	309
95	BSP	DPF	BECE13258510	1	23/03/2011	13/11/2012	601
96	BSP	DPF	BECE13258610	1	23/03/2011	13/11/2012	601
108	BSP	DPF	BECE13605510	1	05/04/2012	13/11/2012	222
109	BSP	DPF	FIEE12947710	1	05/04/2012	13/11/2012	222

Ultra FIA MP

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
137	UFM	DPF	BSON23022210	1	08/12/2010	13/11/2012	706
138	UFM	DPF	BSON23047410	1	08/12/2010	13/11/2012	706
139	UFM	DPF	BSON23937012	1	29/02/2012	13/11/2012	258
140	UFM	DPF	BSON24023712	1	29/02/2012	13/11/2012	258
141	UFM	DPF	BSON24071112	1	22/05/2012	13/11/2012	175
142	UFM	DPF	BSON24159112	1	29/02/2012	13/11/2012	258
146	UFM	DPF	FIEN15089610	1	14/12/2010	13/11/2012	700
147	UFM	DPF	FIEN15207510	1	14/12/2010	13/11/2012	700
148	UFM	DPF	FIEN15393310	1	14/12/2010	13/11/2012	700
149	UFM	DPF	FIEN15611610	1	14/12/2010	13/11/2012	700
150	UFM	DPF	FIEN15611710	1	14/12/2010	13/11/2012	700
151	UFM	DPF	FPRN18917010	1	23/11/2010	13/11/2012	721
153	UFM	DPF	FPRN20153510	1	23/11/2010	13/11/2012	721
157	UFM	DPF	BSON22779510	1	23/11/2010	13/11/2012	721

GAFIC

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
128	GAC	DPF	FPRE19224910	1	17/11/2010	13/11/2012	727
129	GAC	DPF	FPRE20831910	1	08/12/2010	13/11/2012	706
130	GAC	DPF	FPRE20832010	1	08/12/2010	13/11/2012	706
131	GAC	DPF	FPRE20891710	1	19/11/2010	13/11/2012	725
132	GAC	DPF	FPRE20895410	1	17/11/2010	13/11/2012	727

MICROFIC

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
135	MFC	DPF	BMEN58092711	1	16/02/2011	13/11/2012	636
136	MFC	DPF	BMEN58092811	1	16/02/2011	13/11/2012	636

***<u>Cargo N°13</u>* "Valores en custodia física con endoso en blanco** (…)

Que, conforme al análisis legal efectuado en párrafos anteriores, el plazo de la prescripción fue interrumpido el ***13 de noviembre de 2012****, con la notificación a* ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012.*

Que, conforme se establece en el informe ASFI/DSV/R-42092/2014, cabe señalar que los valores detallados en el anexo 7 de la notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013 (notificada el 31 de diciembre de 2013), el momento del arqueo realizado el 27 de junio de 2012, se encontraban dentro de las carteras de los fondos de inversión administrados por BISA SAFI S.A. y que los mismos tenían el endoso en blanco.

Al respecto, no se puede identificar el momento en el cual la entidad realizó el endoso de los valores en cuestión, sin embargo, se considera el momento del ingreso de los Valores observados a la cartera del Fondo de Inversión como fecha límite en la

que pudo generarse el incumplimiento, en consecuencia, los siguientes casos: 5, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 38.han prescrito.

Evidenciándose que los casos 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12, 13, 34, 35, 36 y 37 no han prescrito conforme el siguiente cuadro:

N°	Fondo	Tipo	Clave	Cantidad	Fecha de ingreso a cartera	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
1	BSK	DPF	CLAE12051010	1	07/02/2011	13/11/2012	645
2	BSK	DPF	CLAE12051110	1	07/02/2011	13/11/2012	645
3	BSK	DPF	CLAE12051210	1	07/02/2011	13/11/2012	645
4	BSK	DPF	CLAE12051310	1	07/02/2011	13/11/2012	645
10	BSP	DPF	BECE13258710	1	23/03/2011	13/11/2012	601
11	BSP	DPF	BECE13258810	1	23/03/2011	13/11/2012	601
12	BSP	DPF	BECE13258910	1	23/03/2011	13/11/2012	601
13	BSP	DPF	BECE13259010	1	23/03/2011	13/11/2012	601
34	BSP	DPF	BNBE14755810	1	25/01/2011	13/11/2012	658
35	BSP	DPF	BNBE14755910	1	25/01/2011	13/11/2012	658
36	BSP	DPF	BNBE14756010	1	25/01/2011	13/11/2012	658
37	BSP	DPF	BNBE14756110	1	25/01/2011	13/11/2012	658

Cargo N° 14. "Actas del Comité de Inversiones sin la firma (…)

Que, (…) *habiéndose interrumpido el plazo de la prescripción el 13 de noviembre de 2012* (…) *y considerando que habrían transcurrido 385 días entre la fecha del Acta observada (25/10/2011) yla notificación a* ***BISA SAFI S.A*** (sic) *con la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, el incumplimiento no ha prescrito* (…)

Cargo N° 15. "Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo" (…)

Que, el cargo N° 15 recae sobre el tomo dos del libro de Actas del Comité de Inversiones de BISA SAFI S.A. para los fondos de inversión que administra y el libro de Actas del Comité de Inversiones del Fondo MICROFIC, dado que ambos no contaban con el sello de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Al respecto, ambos libros de Actas fueron remitidos a ASFI el 30 de enero de 2013 para su regularización, es decir que la observación no ha prescrito.

Que, respecto al Acta del Comité de Inversiones realizado el 27 de mayo de 2011, que no adjuntaba como respaldo la presentación realizada a los miembros del comité que formaba parte de la misma, conforme al análisis legal efectuado en párrafos anteriores considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012, con la notificación a BISA SAFI S.A de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, no ha prescrito.

Cargo N°16. "Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité" (…)

Que, conforme al análisis legal efectuado anteriormente, la prescripción de las Actas del Comité de Inversiones observadas, ha sido interrumpido el 13 de noviembre de 2012, con la notificación a BISA SAFI S.A (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, por tanto no ha prescrito, conforme se verifica en el siguiente cuadro:*

Fecha del Acta	***Fecha de remisión del Informe***	***Plazo transcurrido (días)***
24/10/2011	*13/11/2012*	*386*
28/11/2011	*13/11/2012*	*351*
20/12/2011	*13/11/2012*	*329*

Cargo N°17. "Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión" (…)

Que, conforme al análisis legal efectuado en párrafos anteriores sobre el plazo de prescripción interrumpido el 13 de noviembre de 2012, con la notificación a ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, corresponde señalar que a partir del 9 de agosto de 2011, fecha en la que se realizaron las operaciones observadas y el 13 de noviembre de 2012, transcurrieron 462 días, por tanto al encontrarse dentro de los dos (2) años sancionables, no ha prescrito.*

Que, por otra parte, en relación a la afirmación efectuada en la Resolución impugnada referida a que: "...Asimismo, cabe mencionar que el rendimiento extraordinario del Fondo A Medida se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y en menor proporción a las operaciones realizadas para el Fondo dado que el 9 de agosto de 2011 hubieron compras de cuotas por un monto de Bs3.925.272.64 mientras que hubieron rescates por Bs377.450.44...", corresponde rectificar la misma, señalando que el rendimiento extraordinario del fondo de inversión A Medida no está sujeto a las compras y rescates del fondo en cuestión, dado que las compras y rescates afectan de manera proporcional al numerador y denominador de la fórmula del cálculo del valor cuota. En este sentido, para el análisis del cargo analizado corresponderá omitir esta afirmación, precisando que al ser un argumento adicional en la resolución recurrida, no hace al fondo de la observación referida a las operaciones entre Fondos de Inversión, efectuadas el 9 de agosto de 2011.

Que, con relación a que: "Bisa SAFI, velando por los intereses de los fondos de inversión abiertos A Medida, Premier y Capital y procurando el mayor beneficio posible para estos y sus participantes, realizó las siguientes operaciones que dieron como resultado rendimientos extraordinarios", cabe señalar lo siguiente:

- *El 9 de agosto de 2011, la Sociedad Administradora compró cinco (5) DPFs del Banco los* (sic) *Andes ProCredit, a una tasa de 0.20%, para la cartera de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, los DPFs CLAN09185009, CLAN09185109 y CLAN09185209 para el fondo A MEDIDA, el DPF CLAN09185309 para el fondo PREMIER y el DPF CLAN09184909 para el fondo CAPITAL, esta* ***tasa del 0.20% representaba un precio perjudicial para dichos Fondos****, incurriendo*

en contravención a lo establecido en el artículo 103, cuarto párrafo, de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, que expresamente establece que: "...Las agencias de bolsa y las sociedades administradoras de fondos deben evitar los precios perjudiciales, quedando entendido por tales a aquellos precios de transacción en el mercado de valores, que no son aquellos que el comprador o vendedor, velando por su propio interés, pagaría o recibiría en un mercado abierto..."

- *Este hecho es confirmado por la Sociedad Administradora cuando señala literalmente:* ***"Debido a que la tasa de rendimiento de la compra de los DPFs del emisor Banco Los Andes Pro-credit SA. era baja y para evitar una alta exposición a un riesgo de tasa de interés de estos DPFs, se definió proceder a la venta de los mismos en el mismo día, aprovechando la ganancia extraordinaria que resultaría de la venta de los DPF's del Banco Ganadero S.A."*** *En este sentido, sin importar la alta exposición al riesgo por tasa de interés, la entidad adquirió los DPF's del Banco los* (sic) *Andes Procredit.*

- *Posteriormente, se vendieron tres DPF's a una tasa significativamente mayor: el DPF CLAN09185009 fue vendido a una tasa de 2.1% con una diferencia de 190 puntos básicos respecto a su tasa de compra, el DPF CLAN09185109 a una tasa de 2% con una diferencia de 180 puntos básicos respecto a su tasa de compra y el DPF CLAN09184909 a una tasa de 2.1% con una diferencia de 190 puntos básicos respecto a su tasa de compra.*

- *Las tasas de venta fueron las determinadas por BISA SAFI S.A., dado que no existió puja en la oferta inicial de los DPF's señalados en el párrafo anterior. Cabe señalar que la operación de venta se cerró a las condiciones ofertadas por la Agencia de Bolsa, es decir, que desde un inicio, se estaba generando una pérdida por negociación para el fondo A MEDIDA de Bs64,442.33 (Sesenta y cuatro mil cuatrocientos cuarenta y dos 33/100 bolivianos) y una pérdida por negociación para el fondo CAPITAL de Bs36,798.10 (Treinta y seis mil setecientos noventa y ocho 10/100 bolivianos).*

- *En cuanto a los efectos por valoración producto de las operaciones observadas, cabe señalar que dado que los DPF's fueron adquiridos a una tasa baja y su oferta se realizaría a una tasa significativamente mayor, y conforme lo establecido en la actual Metodología de Valoración, la tasa relevante es resultante del promedio ponderado de las operaciones realizadas en un día, la entidad que adquiriera estos DPF's, estaría beneficiada por la tasa que resultase producto de estas operaciones. Al respecto, las entidades que compraron los DPF's fueron MICROFIC, Fondo de Inversión Cerrado administrado por BISA SAFI S.A. y La Vitalicia, entidad vinculada a BISA SAFI S.A., esta última a través de Bisa Agencia de Bolsa S.A., otra entidad vinculada también a BISA SAFI S.A.*

Que, para demostrar lo señalado en el párrafo precedente, corresponde analizar la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de

10 de marzo de 2005, vigente al momento de efectuarse las operaciones observadas, que en el inciso b) del punto II.2 del apartado II Valoración de Valores de Renta Fija, señala: "...En el evento que uno o más Valores de un mismo Código de Valoración sean transados en los mercados bursátiles autorizados en un día determinado, y que la suma total de dichas transacciones supere el monto mínimo determinado para cada Código de Valoración; todos los Valores de ese mismo Código de Valoración deberán ser valorados utilizando la Tasa Promedio Ponderada (TPP) de las transacciones efectuadas. En este caso, la ***Tasa de Rendimiento relevante será el promedio ponderado de las Tasas de Rendimiento de las transacciones del día*** *en mercados bursátiles autorizados, de los Valores pertenecientes a un mismo Código de Valoración. Esta ponderación de tasas de rendimiento se hará en función a los montos de cada operación con relación al total transado de los Valores pertenecientes a un mismo Código de Valoración..." (El resaltado es de ASFI).En este sentido, del archivo de Marcación de Valores de Renta Fija de la Bolsa de Valores se obtuvo la siguiente información:*

Codigo de Valoración	Instrumento	Clave	Tasa Promedio	Monto Negociado	Monto Mínimo	Activo
06CLAN400	DPF	CLAN09185109	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN400	DPF	CLAN09185209	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN400	DPF	CLAN09185309	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN500	DPF	CLAN09184909	1.1463	18933067.76	343500	AC
06CLAN500	DPF	CLAN09185009	1.1463	18933067.76	343500	AC

Por lo que se puede calcular la obtención de la Tasa Promedio Ponderada para los códigos de valoración 06CLAN400 y 06CLAN500:

INSTRUMENTO	CLAVE	MONTO	TASA DE ADQUISICIÓN	PONDERACIÓN	COMPRADOR	VENDEDOR	CÓDIGO DE VALORACIÓN
DPF	CLAN09185109	4,716,179.11	0.20%	0.0501%	A MEDIDA		06CLAN400
DPF	CLAN09185209	4,716,179.11	0.20%	0.0501%	A MEDIDA		06CLAN400
DPF	CLAN09185309	4,716,179.11	0.20%	0.0501%	PREMIER		06CLAN400
DPF	CLAN09185109	4,688,534.88	2.00%	0.4978%	MICROFIC	A MEDIDA	06CLAN400
Total		18,837,072.21	TASA PONDERADA	0.6480%			

INSTRUMENTO	CLAVE	MONTO	TASA DE ADQUISICIÓN	PONDERACIÓN	COMPRADOR	VENDEDOR	CÓDIGO DE VALORACIÓN
DPF	CLAN09185009	4,751,665.99	0.20%	0.0502%	A MEDIDA		06CLAN500
DPF	CLAN09185009	4,714,867.89	2.10%	0.5230%	MICROFIC	A MEDIDA	06CLAN500
DPF	CLAN09184909	4,751,665.99	0.20%	0.0502%	CAPITAL		06CLAN500
DPF	CLAN09184909	4,714,867.89	2.10%	0.5230%	BIA (VITALICIA)	CAPITAL	06CLAN500
Total		18,933,067.76	TASA PONDERADA	1.1463%			

En este sentido, dado que hubo marcación para los códigos 06CLAN400 y 06CLAN500, por efectos de valoración, los Fondos de Inversión A MEDIDA y PREMIER tuvieron pérdidas, dado que los DPFs CLAN09185209, CLAN09185309 permanecieron en sus carteras, respectivamente, mientras que MICROFIC y La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A. tuvieron ganancias como se muestra en el siguiente cuadro:

ENTIDAD	CLAVE	TASA DE ADQUISICIÓN	TASA RELEVANTE	PRECIO DE ADQUISICIÓN	PRECIO DE MERCADO	DIFERENCIA
A MEDIDA	CLAN09185209	0.20%	0.6480%	4,716,179.11	4,709,268.34	-6,910.77
PREMIER	CLAN09185309	0.20%	0.6480%	4,716,179.11	4,709,268.34	-6,910.77
MICROFIC	CLAN09185009	2.10%	1.1463%	4,714,867.89	4,733,267.08	18,399.19
MICROFIC	CLAN09185109	2.00%	0.6480%	4,688,534.88	4,709,268.34	20,733.46
LA VITALICIA	CLAN09184909	2.10%	1.1463%	4,714,867.89	4,733,267.08	18,399.19

Que, respecto a lo manifestado por la Sociedad Administradora que: "a) El rendimiento extraordinario de los Fondos PREMIER, CAPITAL y A MEDIDA se debió a la realización de la operación de compra y venta explicada en los anteriores párrafos. En este sentido, tampoco se puede afirmar que se perjudicó al fondo PREMIER, al contrario, se generaron rendimientos extraordinarios.", corresponde señalar lo siguiente:

- *De los argumentos de descargo presentados en esta instancia de revocatoria, corresponde resaltar las siguientes afirmaciones: "Apertura de depósitos a plazo fijo (DPF's) del emisor Banco Ganadero S.A. en mercado primario en moneda nacional… Se negoció con una agencia de bolsa la venta de los DPF's detallados en el anterior punto a una tasa de 3,00%, generando un diferencial de 70 puntos básicos a 3587 días en promedio.* ***Sin embargo, en la negociación se nos comunicó que el interesado en comprar estos DPF's tenía el requerimiento de venta de DPF's del emisor Banco Los Andes Pro-credit SA."***

  BISA SAFI S.A. aporta un nuevo elemento, que en descargos en primera instancia señalaba como "una estrategia" de la entidad, y es el hecho de que la generación de los rendimientos extraordinarios de los Fondos de Inversión Premier, Capital y A Medida generados por la venta de los DPFs del Banco Ganadero estuvo sujeta a la compra, por parte de BISA SAFI S.A. de los DPFs del Banco los Andes CLAN09185009, CLAN09185109 y CLAN09185209 para el fondo A MEDIDA, el DPF CLAN09185309 para el fondo PREMIER y el DPF CLAN09184909 para el fondo CAPITAL, a una ***tasa del 0.20%, representando un precio perjudicial para dichos Fondos****. Al respecto, por los principios que rigen el Mercado de valores, debe existir transparencia en las operaciones que se concretan en el mismo, por lo que el considerar que estas operaciones estaban relacionadas, condicionadas, o pre pactadas como denota la SAFI, vulneraría la independencia que debe existir entre ambas operaciones. Conducta cuestionable que en caso de establecerse como cierta, ameritaría mayor seguimiento respecto a las operaciones que realiza la Sociedad Administradora.*

- *BISA SAFI S.A. obtuvo ganancias significativas por la venta de los DPFs del Banco Ganadero, como se muestra a continuación:*

FONDO	TIPO	CLAVE	TASA RELEVANTE (08/08/2011)	PRECIO DE MERCADO (08/08/2011)	TASA DE VENTA	PRECIO DE VENTA (09/08/2011)	GANANCIA APROXIMADA	TOTAL
PREMIER	DPF	BGAN05958211	3.7	5,001,126.06	3	5,270,760.87	269,634.81	269,634.81
CAPITAL	DPF	BGAN05958311	3.7	6,001,351.28	3	6,324,913.04	323,561.76	323,561.76
AMEDIDA	DPF	BGAN05958411	3.7	8,001,803.06	3	8,432,297.33	430,494.27	
AMEDIDA	DPF	BGAN05958511	3.7	3,000,676.15	3	3,162,111.50	161,435.35	1,128,894.21
AMEDIDA	DPF	BGAN05958611	3.7	10,002,255.52	3	10,539,220.11	536,964.59	

Estas ganancias hubiesen sido superiores si no se consideran las operaciones de compra y venta de los DPF's del Banco los Andes a precios perjudiciales para sus Fondos, como se demuestra a continuación:

	Escenario real		Escenario sin la venta y compra de DPF's del emisor CLA		Diferencia	
Fondo	Valor Cuota	Tasa Rendimiento a 1 día	Valor Cuota (aproximado)	Tasa Rendimiento a 1 día (aproximada)	Valor cuota	Tasa Rendimiento 1 día
AME	1,341.6662	121.4516%	1,342.2955	138.3941%	(0.6293)	-16.9425%
BSK	162.9513	42.3126%	163.2825	115.5689%	(0.3312)	-73.2563%
BSP	234.9759	12.9853%	235.0049	17.3799%	(0.0290)	-4.4446%
MFC	401,388.3203	7.5193%	401,300.3838	-0.3692%	87.9365	7.8886%

Como se puede observar en el cuadro anterior, el rendimiento de los Fondos A MEDIDA, PREMIER y CAPITAL hubiese sido superior y el rendimiento del Fondo MICROFIC hubiese sido menor de no haberse realizado las operaciones de compra y venta de los DPF's del Banco Los Andes Procredit (CLA). Es necesario reiterar que la venta de los DPF's del Banco Ganadero por la que se obtuvieron ganancias extraordinarias no debería estar relacionada con la adquisición de los otros DPF's dado que estas transacciones son independientes, caso contrario estarían afectando la transparencia del mercado.

Que, en relación al punto b) de los argumentos de descargo presentados referido a que: "b) De igual manera, tampoco se puede afirmar que se benefició al fondo MICROFIC ni a La Vitalicia, dado que, como ya desarrollamos en nuestra nota SAFI/809/2014, las operaciones han sido realizadas en bolsa donde las operaciones se realizan mediante mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la presencia de varios oferentes e inversionistas y la transparencia en la formación de precios…", cabe puntualizar que:

- *Respecto a que las operaciones han sido realizadas en bolsa, donde las operaciones se realizan mediante mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la presencia de varios oferentes e inversionistas y la transparencia en la formación de precios, corresponde señalar que el volumen de operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. es significativamente menor si se lo compara con el de otros países.*

- *En Bolivia las operaciones se desarrollan en sesiones físicas, con procedimientos de negociación de contingencia, con operadores de ruedo de cada Agencia de Bolsa, presentes en las sesiones de ruedo, y que al momento son nueve (9) las Agencias de Bolsa que operan en el mercado, mientras que en otros países*

las operaciones se realizan mediante un Mercado bursátil electrónico, que permite la transacción de Valores de manera concurrente, a distancia y de forma remota, que a la fecha no se encuentra implementado y en funcionamiento en la Bolsa de Valores.

- *Por otro lado, respecto a que la puja es un mecanismo que no es controlable por los participantes del mercado y menos por BISA SAFI S.A., se reitera que tanto la compra como la venta de los DPF's del Banco Los Andes Procredit fueron adquiridos a condiciones iniciales de oferta. En este sentido, para la compra, BISA SAFI S.A. adquirió los DPF's a una tasa tan baja (0.20%) que no hubiese sido atractiva para ningún participante y por tanto no se hubiese generado ninguna puja, y para el caso de venta, ofreció los valores a tasas de 2% y 2.1%, muy distantes de la tasas en la que adquirió los DPF's.*

- *Respecto a que las operaciones efectuadas en la Bolsa eliminan todo conflicto de interés y cualquier efecto de operaciones efectuadas entre vinculadas, corresponde señalar que el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, señala que: "Se entenderá como conflicto de intereses cualquier acto, omisión o situación de una persona natural o jurídica, a consecuencia del cual dicha persona puede obtener ventajas o beneficios ilegítimos, para si o para terceros mediante el uso de información, la prestación de servicios o la realización de transacciones en el mercado de valores… Ante un potencial conflicto de intereses, es responsabilidad de la persona involucrada consultar con la Superintendencia de Valores para la aprobación o rechazo de la acción generadora del conflicto, antes de tomar la decisión de proceder con la misma." Por tanto, la norma prevé la existencia de un Conflicto de Intereses y su tratamiento ante una posible ocurrencia, y el hecho de que las operaciones se realicen en bolsa no elimina, en todos los casos, el Conflicto de Intereses , que para el caso analizado, queda claro que la compra de los DPF's a una tasa significativamente baja, beneficiaría al vendedor de estos y la venta de estos DPF's a una tasa superior beneficiaría al que compre estos DPF's por efecto de valoración, tal como se demostró en párrafos anteriores.*

Que, respecto a que: "c) Los fondos A MEDIDA y CAPITAL nunca hubieran tenido un rendimiento extraordinario de no haberse realizado la operación de compra y venta detallada en el presente documento", como se expuso en párrafos anteriores, se reitera que la venta de los DPF's del Banco Ganadero no debió estar condicionada a la compra de DPF's del Banco Los Andes a precios perjudiciales. BISA SAFI S.A. adquirió los DPF's del Banco Los Andes Procredit a una tasa que ninguna entidad hubiese adquirido velando por una adecuada rentabilidad y seguridad de su Fondos de Inversión, con arreglo al principio de distribución de riesgos.

Que, respecto a que: "d) No hubo una práctica discriminatoria contra estos fondos, más por el contrario, gracias a las operaciones descritas se generaron rendimientos extraordinarios", corresponde señalar que dado que la compra y venta de los DPF's del Banco los Andes, perjudicaba a los Fondos de Inversión abiertos A MEDIDA, PREMIER y CAPITAL y por otro lado beneficiaba al Fondos de Inversión Cerrado MICROFIC, se observó una práctica discriminatoria contra los fondos de inversión

abiertos a favor del cerrado, considerando que los fondos de inversión abiertos podían obtener mejores rendimientos si no se hubieran efectuado las operaciones observadas. Dicha conducta, como se señaló en la Resolución recurrida, incurrió en la prohibición establecida en el inciso c) del artículo 44 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, referida a ***que las SAFI's en ningún caso en el marco de la administración de los Fondos de Inversión, podrá llevar a cabo prácticas inequitativas o discriminatorias*** *con los Participantes o* ***con los Fondos de Inversión administrados****.*

> ***<u>Cargo N°18.</u> "Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario"*** (…)

Que, conforme al informe ASFI/DSV/R-42092/2014, en la nota de descargos SAFI/809/2014 de 23 de enero de 2014, la entidad no señaló la prescripción del cargo N°18, sin embargo, conforme al análisis legal efectuado en párrafos anteriores el plazo de la prescripción fue interrumpido el ***13 de noviembre de 2012****, con la notificación a* ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012. Por lo que cabe señalar que los valores detallados en el anexo 6 de la notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013 (notificada el 31 de diciembre de 2013), el momento del arqueo realizado el 27 de junio de 2012, se encontraban dentro de las carteras de los fondos de inversión administrados por BISA SAFI S.A. y que los mismos no estaban endosados a nombre del Fondo de Inversión al que pertenecían. Adicionalmente, considerando que el hecho generador del incumplimiento se originó el momento del ingreso de los Valores observados a la cartera del Fondo de Inversión, los casos: 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 133, 134, 143, 144, 145, 152, 154, 155, 156, 158, 159, 160 y 162 <u>han prescrito</u>. Sin embargo, los demás casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 61, 65, 80, 90, 95, 96, 108, 109, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 157 y 161,* ***<u>no han prescrito</u>****, conforme se exponen las fechas por fondo, (respetando el número de caso observado conforme el detalle del anexo 6 de la notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013) en los siguientes cuadros:* (seguidamente, reproduce los seis gráficos -***A Medida FIA CP***, ***Premier FIA CP***, ***Capital FIA MP***, ***Ultra FIA MP GAFIC*** y ***MICROFIC***- que corresponden también a lo expuesto con respecto al cargo Nº 12).

> ***<u>Cargo N°19.</u> "Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador"*** (…)

Que, conforme al análisis legal efectuado en párrafos anteriores, considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el ***13 de noviembre de 2012****, con la notificación a* ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, a continuación se exponen las fechas para el cómputo de la prescripción, evidenciándose que los Memorándums de ingreso y egreso de custodia observados se encuentran dentro del plazo sancionable, por tanto <u>no han prescrito</u>:*

N° de Memorándums observados	Fondo	Rango de Fechas de Memorándums	Fecha de remisión del Informe	Plazo máximo transcurrido (días)
17	A Medida	13/01/2011 - 29/02/2012	13/11/2012	670
33	Capital	20/01/2011 - 29/02/2012	13/11/2012	663
2	Gafic	24/11/2011 - 02/04/2012	13/11/2012	355
6	Microfic	16/02/2011 - 14/03/2012	13/11/2012	636
47	Premier	18/01/2011 - 02/04/2012	13/11/2012	665
8	Microfic	10/10/2011 - 02/04/2012	13/11/2012	400

Cargo N°20*. "Memorándums** (…) ***sin verificación de datos" (…)

*Que, conforme al análisis legal efectuado en párrafos anteriores y considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el **13 de noviembre de 2012**, con la notificación **a BISA SAFI S.A** (sic) de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, en el cuadro que se presenta a continuación se puede verificar que los Memorándums observados se encuentran dentro de los dos (2) años sancionables, por tanto no han prescrito, correspondiendo aclarar que BISA SAFI S.A. señala la Resolución 056/2014, la cual no tiene relación con el memorial presentado, asimismo, el Memorándum SAFI/1088/2012 es del 31 de enero de 2012 y no del 1 de enero de 2012 como señala la entidad. A continuación se exponen las fechas para el cómputo de la prescripción:*

Fondo	Memorándum de Custodia	Fecha del Memorándum	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
AME	SAFI/0739/2011	15/03/2011	13/11/2012	609
BSP	SAFI/0798/2011	01/06/2011	13/11/2012	531
AME	SAFI/1088/2012	31/01/2012	13/11/2012	287
BSP	SAFI/0798/2011	01/06/2011	13/11/2012	531
BSP	AB/BIS/MI/2011	07/06/2011	13/11/2012	525
BSP	SAFI/0732/2011	01/03/2011	13/11/2012	623

***Cargo N° 21* "Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo"** (…)

*Que, considerando, que las observaciones respecto a que el Comité de Inversiones no sesionó una vez al mes como mínimo, datan de los meses de febrero y abril de 2011 y tomando como límite el primer día de cada mes, habrían transcurrido 651 y 592 días, respectivamente, a partir de la interrupción con la notificación de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, efectuada el **13 de noviembre de 2012**. Por lo que se establece que dichas observaciones no han prescrito.*

***Cargo N° 22*. "Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos"** (…)

*Que, aclarando que **BISA SAFI S.A.** se refiere a la Resolución 056/2014, la cual no tiene ninguna relación con el presente caso, se ha verificado que los incumplimientos observados a los límites de inversión no han prescrito, al haber sido interrumpido el plazo de la prescripción el **13 de noviembre de 2012**, con la notificación de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, conforme se puede verificar en el cuadro siguiente:*

Fondo	Fecha en la que se originó el incumplimiento al límite	Fecha de remisión del Informe	Plazo transcurrido (días)
BSP	07/01/2011	13/11/2012	676
	15/09/2011	13/11/2012	425
BSK	03/02/2011	13/11/2012	649
	09/03/2011	13/11/2012	615
	06/03/2012	13/11/2012	252
AME	19/04/2011	13/11/2012	574
	02/06/2011	13/11/2012	530
	05/01/2012	13/11/2012	313
	25/01/2012	13/11/2012	293
UFM	12/05/2011	13/11/2012	551
	09/11/2011	13/11/2012	370

En relación a la modulación de la sanción, se ratifican los criterios expuestos en la resolución recurrida.

Cargo N° 23. ***"Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta"*** (…)

Que, considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el ***13 de noviembre de 2012****, con la notificación a* ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/2012 y que la fecha de apertura de los participantes personas naturales y jurídicas observadas en este cargo, son anteriores a junio de 2011, corresponde señalar que los siguientes casos: 3, 4, 5, 7, 9, 14, 17, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 37, 38 y 39 han prescrito. Sin embargo, verificados los casos: 1, 2, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 36 y 40,* (…) *se establece que no han prescrito*(…)*:*

N°	Código de Cuenta	Fecha de apertura	Fecha de recepción de la nota de remisión del informe	Plazo trasncurrido (días)
1	137352	29/12/2010	13/11/2012	685
2	2368725	31/03/2011	13/11/2012	593
6	998110	26/11/2010	13/11/2012	718
8	3608642	07/12/2010	13/11/2012	707
10	5911780	07/12/2010	13/11/2012	707
11	5269827	01/12/2010	13/11/2012	713
12	4450611	09/12/2010	13/11/2012	705
13	2338996	21/12/2010	13/11/2012	693
15	5377423	29/11/2010	13/11/2012	715
16	1144478	06/01/2011	13/11/2012	677
18	3258551	30/05/2011	13/11/2012	533
19	6398038	29/11/2010	13/11/2012	715
20	2785341	16/12/2010	13/11/2012	698
21	2921086	30/05/2011	13/11/2012	533
22	1492078	06/06/2011	13/11/2012	526
24	2013635	11/05/2011	13/11/2012	552
36	2368725	31/03/2011	13/11/2012	593
40	137352	29/12/2010	13/11/2012	685

Cargo N° 24*.* ***"Carpetas de Participantes sin informe legal*** (…)*, en el marco de lo expresado en relación al Cargo N° 24, se tiene que al haberse suscitado la infracción el 26 de mayo de 2010, corresponde que* ***se revoque este cargo por efecto de la prescripción****…)".*

Que, considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012, (…) *la infracción ha prescrito*(…)*:*

Código de Cuenta	Fecha de Apertura	Regional	Nombre del Fondo	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV/R-140843/2012	Plazo transcurrido (Días)
1023063028	26/05/10	CBB	A MEDIDA	13/11/2012	902

Cargo N° 25 ***"Formularios*** (…) ***con datos incompletos,*** *se tiene que la apertura más reciente de las observadas data del 6 de julio de 2011, por lo que siguiendo el criterio expuesto para el Cargo 24, corresponde que* ***se revoque este cargo por efecto de la prescripción****…".*

Que, conforme al análisis Legal efectuado en párrafos anteriores, considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012,con la notificación a ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/12, corresponde señalar que los siguientes casos: 3, 4, 8, 9, 12, 14, 17, 19, 20, 21, 27, 37, 39, 45, 54, 58, 59, 62, 63, 66, 68, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 82 y 83 han prescrito.*

Sin embargo, los casos: 1, 2, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 15, 16, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 60, 61, 64, 65, 67, 69, 70, 71, 72, 78, 80 y 84, no han prescrito, conforme se verifica en los siguientes cuadros:

- *Oficina de Cochabamba:*

N° del Caso	Fecha de apertura	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV/R-140843/2012	Plazo transcurrido (Días)	Nombre del Fondo	Datos no registrados
1	21/02/2011	13/11/2012	631	AMEDIDA	Número de cuenta
2 y10	22/12/2010	13/11/2012	692	AMEDIDA	Número de cuenta
5	27/05/2011	13/11/2012	536	AMEDIDA	Número de cuenta
6	14/12/2010	13/11/2012	700	AMEDIDA	Número de cuenta
7	12/01/2011	13/11/2012	671	AMEDIDA	Número de cuenta
11	24/12/2010	13/11/2012	690	AMEDIDA	Número de cuenta
13	06/07/2011	13/11/2012	496	ULTRA	Número de cuenta y dirección
15	05/01/2011	13/11/2012	678	ULTRA	Número de cuenta
16, 28, 42, 50 y51	07/12/2010	13/11/2012	707	ULTRA	Número de cuenta
18	07/06/2011	13/11/2012	525	ULTRA	Número de cuenta
22	16/12/2010	13/11/2012	698	ULTRA	Número de cuenta
23	01/07/2011	13/11/2012	501	ULTRA	Número de cuenta
24	18/11/2010	13/11/2012	726	ULTRA	Número de cuenta
25 y28	02/03/2011	13/11/2012	622	ULTRA	Número de cuenta
29	01/12/2010	13/11/2012	713	ULTRA	Número de cuenta
30	02/02/2011	13/11/2012	650	ULTRA	Número de cuenta
31	02/12/2010	13/11/2012	712	ULTRA	Número de cuenta
32	20/05/2011	13/11/2012	543	ULTRA	Número de cuenta
33	13/12/2010	13/11/2012	701	ULTRA	Número de cuenta
34	29/12/2010	13/11/2012	685	ULTRA	Número de cuenta
35	03/12/2010	13/11/2012	711	ULTRA	Número de cuenta
36	20/06/2011	13/11/2012	512	ULTRA	Número de cuenta
38, 41 y43	17/12/2010	13/11/2012	697	ULTRA	Número de cuenta
40	04/04/2011	13/11/2012	589	CAPITAL	Número de cuenta
44	09/12/2010	13/11/2012	705	ULTRA	Número de cuenta
46	28/06/2011	13/11/2012	504	ULTRA	Número de cuenta
47 y48	19/11/2010	13/11/2012	725	ULTRA	Número de cuenta
49	15/04/2011	13/11/2012	578	ULTRA	Número de cuenta

- *Oficina de Santa Cruz:*

N° del Caso	Fecha de apertura	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV / R-140843 / 2012	Plazo transcurrido (Días)	Nombre del Fondo	Datos no registrados
52	29/12/2010	13/11/2012	685	AMEDIDA	Banco y Número de cuenta
53	06/01/2011	13/11/2012	677	AMEDIDA	Número de cuenta
55	20/12/2010	13/11/2012	694	PREMIER	Número de cuenta
56	01/02/2011	13/11/2012	651	AMEDIDA	Banco y Número de cuenta de la CI 3292575; Número de cuenta de la CI 1981414
57	30/05/2011	13/11/2012	533	PREMIER	Número de cuenta

- *Oficina de La Paz:*

N° del Caso	Fecha de apertura	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV/R-140843 / 2012	Plazo transcurrido (Días)	Nombre del Fondo	Datos no registrados
60	11/05/2011	13/11/2012	552	AMEDIDA	Número de cuenta
61 y 65	13/01/2011	13/11/2012	670	AMEDIDA	Número de cuenta
64	16/11/2010	13/11/2012	728	AMEDIDA	Número de cuenta
67	31/03/2011	13/11/2012	593	AMEDIDA	Número de cuenta
69	24/03/2011	13/11/2012	600	AMEDIDA	Número de cuenta
70	30/03/2011	13/11/2012	594	AMEDIDA	Número de cuenta
71	18/05/2011	13/11/2012	545	AMEDIDA	Banco y Número de cuenta
72	18/02/2011	13/11/2012	634	AMEDIDA	Número de cuenta
78	09/03/2011	13/11/2012	615	AMEDIDA	cuenta
80	10/03/2011	13/11/2012	614	CAPITAL	Número de cuenta
84	28/02/2011	13/11/2012	624	CAPITAL	y dirección

<u>Cargo N° 26</u> "Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos (…)

Que, considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012, con la notificación a ***BISA SAFI S.A*** (sic) *de la carta ASFI/DSV/R-143781/12, corresponde señalar que los casos: 3, 4, 11 y 15, <u>han prescrito</u>. Sin embargo, el cargo se mantiene para los casos: 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16 y 17, que <u>no han prescrito</u>, conforme se verifica en el siguiente cuadro:*

N°	Código de Cuenta	Fecha de apertura	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV / R-140843 / 2012	Plazo transcurrido (Días)	Regional	Nombre del Fondo	Datos no registrados
1	3614554	01/07/2011	13/11/2012	501	CBB	Ultra	3614554
2	2338996	21/12/2010	13/11/2012	693	SCZ	AMEDIDA	Correo electrónico
5	3292575	01/02/2011	13/11/2012	651	SCZ	AMEDIDA	Correo electrónico
6	5357260	10/05/2011	13/11/2012	553	SCZ	AMEDIDA	Correo electrónico
7	2785341	16/12/2010	13/11/2012	698	SCZ	AMEDIDA	Correo electrónico
8	2921086	30/05/2011	13/11/2012	533	SCZ	PREMIER	Correo electrónico
9	1977544	07/07/2011	13/11/2012	495	SCZ	PREMIER	Correo electrónico
10	1492078	06/06/2011	13/11/2012	526	SCZ	PREMIER	Correo electrónico
12	3397404	30/03/2011	13/11/2012	594	LPZ	AMEDIDA	Correo electrónico
13	3391631	18/05/2011	13/11/2012	545	LPZ	AMEDIDA	Correo electrónico
14	2351103	18/02/2011	13/11/2012	634	LPZ	AMEDIDA	Correo electrónico
16	4392118	02/12/2010	13/11/2012	712	CBB	ULTRA	N° de CI de la CI 4392118
17	2368725	31/03/2011	13/11/2012	593	LPZ	AMEDIDA	N° de CI

***Cargo N° 27*. "Formularios UIF PCC-003** (…) **incompletos** (…)*

Que, (…) el primer caso se encuentra dentro de los dos años sancionables, es decir que no ha prescrito. (…) los casos: 2, 3 y 4 han prescrito (…)

N°	Código de Cuenta	Fecha de Apertura	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV/R-140843/2012	Plazo transcurrido (Días)	Regional	Nombre del Fondo	Datos no registrados
1	3490715	24/03/2011	13/11/2012	600	LPZ	AMEDIDA (sic)	No. de teléfono comercial,
2	2674333	08/10/2010	13/11/2012	767	LPZ	AMEDIDA (sic)	Dirección comercial
3	2444206	15/07/2010	13/11/2012	852	LPZ	CAPITAL	Firma del responsable de la SAFI
4	2627316	27/05/2010	13/11/2012	901	LPZ	CAPITAL	Dirección comercial

***Cargo N° 29.* "…Preavisos** (…) **incompletos** (…)*

Que, (…) el plazo de la prescripción fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012 (…), es decir no han prescrito (…):

- *Oficina Cochabamba:*

N°	Fecha de operación	Fecha de recepción del informe ASFI DSV/R 140843/2012	Plazo transcurrido (días)	N° de Operación	Nombre del Fondo	Datos no registrados	Rescates $us.	Rescate Bs
1	18/08/2011	13/11/2012	453	110350	AMEDIDA	Fecha del rescate		200,000.00
2	29/07/2011	13/11/2012	473	653651	PREMIER	Fecha del rescate	119,680.25	
3	07/02/2012	13/11/2012	280	2340	ULTRA	Fecha del rescate		99,000.00

- *Oficina Santa Cruz:*

Nº	Fecha de Operación	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV / R-140843 / 2012	Plazo transcurrido (Días)	Nº de Operación	Nombre del Fondo	Datos no registrados	Rescate $us	Rescate Bs
4	03/08/2011	13/11/2012	468	109172	AMEDIDA	Fecha del rescate		15/05/21
5	01/07/2011	13/11/2012	501	649751	PREMIER	Fecha del rescate	134,425.21	
6	06/07/2011	13/11/2012	496	650439	PREMIER	Fecha del rescate	213,565.47	
7	14/07/2011	13/11/2012	488	651591	PREMIER	Fecha del rescate	133,269.17	
8	03/06/2011	13/11/2012	529	645826	PREMIER	Fecha del rescate	174,920.00	
9	14/06/2011	13/11/2012	518	647369	PREMIER	Fecha del rescate	125,587.80	
10	14/06/2011	13/11/2012	518	647377	PREMIER	Fecha del rescate	110,490.65	
11	10/05/2011	13/11/2012	553	642035	PREMIER	Fecha del rescate	120,639.78	
12	14/06/2011	13/11/2012	518	647337	PREMIER	Fecha del rescate	500,000.00	
13	22/07/2011	13/11/2012	480	652777	PREMIER	Fecha del rescate	165,339.22	
14	27/06/2011	13/11/2012	505	649091	PREMIER	Fecha del rescate	206,872.63	
15	14/06/2011	13/11/2012	518	647454	PREMIER	Fecha del rescate	190,690.61	
16	14/06/2011	13/11/2012	518	647452	PREMIER	Fecha del rescate	120,445.40	
17	14/06/2011	13/11/2012	518	647450	PREMIER	Fecha del rescate	134,494.44	
18	22/07/2011	13/11/2012	480	652745	PREMIER	Fecha del rescate	150,360.39	
19	18/05/2011	13/11/2012	545	643424	PREMIER	Fecha del rescate	182,712.56	
20	11/05/2011	13/11/2012	552	642278	PREMIER	Fecha del rescate	307,054.14	
21	15/06/2011	13/11/2012	517	647653	PREMIER	Fecha del rescate	220,121.19	
22	20/07/2011	13/11/2012	482	652445	PREMIER	Fecha del rescate	156,225.49	
23	17/06/2011	13/11/2012	515	648058	PREMIER	Fecha del rescate	201,754.72	
24	09/05/2011	13/11/2012	554	641850	PREMIER	Fecha del rescate	285,485.58	
25	10/05/2011	13/11/2012	553	642021	PREMIER	Fecha del rescate	200,000.00	
26	16/05/2011	13/11/2012	547	643013	PREMIER	Fecha del rescate	412,382.98	
27	19/05/2011	13/11/2012	544	643610	PREMIER	Fecha del rescate	408,690.00	
28	25/05/2011	13/11/2012	538	644386	PREMIER	Fecha del rescate	422,676.00	
29	27/05/2011	13/11/2012	536	644886	PREMIER	Fecha del rescate	367,593.84	
30	25/05/2011	13/11/2012	538	644398	PREMIER	Fecha del rescate	170,543.69	
31	07/06/2011	13/11/2012	525	646398	PREMIER	Fecha del rescate	128,563.65	
32	08/07/2011	13/11/2012	494	650763	PREMIER	Fecha del rescate	500,000.00	
33	24/05/2011	13/11/2012	539	644268	PREMIER	Fecha del rescate	110,955.00	
34	31/05/2011	13/11/2012	532	645360	PREMIER	Fecha del rescate	220,000.00	
35	25/05/2011	13/11/2012	538	644388	PREMIER	Fecha del rescate	300,000.00	
36	18/05/2011	13/11/2012	545	643421	PREMIER	Fecha del rescate	175,000.00	
37	21/07/2011	13/11/2012	481	652538	PREMIER	Fecha del rescate	250,000.00	

- *Oficina La Paz:*

Nº	Fecha de Operación	Fecha de recepción del Informe ASFI/DSV / R-140843 / 2012	Plazo transcurrido (Días)	Nº de Operación	Nombre del Fondo	Datos no registrados	Rescates $us	Rescate Bs
38	21/07/2011	13/11/2012	481	652545	PREMIER	Fecha del rescate	250,000.00	
39	30/06/2011	13/11/2012	502	649555	PREMIER	Fecha del rescate	250,000.00	
40	06/09/2011	13/11/2012	434	35896	CAPITAL	Monto solicitado	20,000.00	
41	06/09/2011	13/11/2012	434	35912	CAPITAL	Monto solicitado	70,000.00	
42	22/12/2011	13/11/2012	327	121293	AMEDIDA	Sello de recepción de La SAFI		453,500.00

Que, con relación a lo argumentado por la entidad recurrente en el punto SEXTO de su memorial de recurso de revocatoria, corresponde aclarar que si bien el número consignado en la cédula de identidad no es actualizado porque individualiza a cada ciudadano boliviano en forma particular, la Ley N° 145 de 27 de junio de 2011, prevé la obligatoriedad de la renovación del documento, manteniendo el mismo número asignado. Al efecto, prevalece el principio de que mientras las cédulas de identidad se encuentren vigentes los datos consignados tienen la validez que la ley les otorga.

Que, asimismo, el inciso c) del numeral 3 del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras en su último párrafo establece: "Los datos consignados en dicho registro, numerales 1 al 6, deberán estar permanentemente actualizados y respaldados por la correspondiente documentación…", siendo el Número de cédula de identidad de los participantes, el numeral 3 de dicho inciso.

Que, en cuanto a que, el número seguirá para todos los efectos siendo siempre el mismo, es importante aclarar que el único documento que respalda al número de cédula de identidad de un ciudadano es la cédula de identidad, por tanto, se considera que dicho documento debe estar permanentemente actualizado y/o renovado, considerando que un documento "caduco o vencido" no surte los efectos legales que corresponden ante las instancias competentes.

Que, en este sentido, es responsabilidad de la entidad mantener las carpetas de los participantes con la documentación e información vigente, debiendo actuar con la debida diligencia para evitar mantener documentos caducados en las carpetas de los participantes.

Que por otra parte, en relación a lo argumentado por la entidad regulada en el punto SÉPTIMO del memorial de recurso de revocatoria, corresponde ratificar lo fundamentado para los Cargos N° 6 y 7, recordando al regulado que la normativa vigente establece claramente que la contratación de servicios de terceros (Courier) para la entrega de estados de cuenta a los participantes, no significa la liberación y cesión de las obligaciones y responsabilidades de la Sociedad Administradora.

*Que, si bien los participantes no pudieron ser encontrados en los domicilios señalados, es obligación de **BISA SAFI S.A.**, la entrega de los estados de cuentas a sus participantes, siendo responsable de tomar todos los recaudos necesarios y medidas preventivas, que permitan el cumplimento de dicha entrega, en este sentido, la entidad debió realizar un análisis exhaustivo de aquellos participantes a los que de manera recurrente, sus estados de cuenta no fueron entregados o la entrega de los mismos fue extemporánea, ya que la norma prevé mecanismos alternativos de entrega de estados de cuenta.*

*Que, asimismo, el término "obligación" referente al artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversiones y sus Sociedades Administradoras, constituye un vínculo que impone la ejecución de una prestación (servicio) y cumplimiento forzoso por parte de **BISA SAFI S.A**,* (sic) *cabe mencionar que la normativa no contempla excepciones.*

Que, cabe resaltar que en ambos Cargos, no se dotó de manera oportuna a los participantes de los Fondos de Inversión Abierto que administra la Sociedad, de toda la información relativa a los estados de cuenta conforme al inciso i) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversiones y sus Sociedades Administradoras, aprobada con Resolución Administrativa N° 421 del 13 de agosto de 2004.

*Que, finalmente con relación al punto OCTAVO del memorial del recurso de revocatoria, es necesario aclarar que los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos administrados por BISA SAFI S.A., en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en los incisos j) y s) del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, sobre la **"Firma y sello del responsable de la operación"** en los comprobantes de compra y rescates cuotas, no implica una dificultad o imposibilidad en el acceso de los Participantes al manejo simple e inmediato de sus cuentas que mantienen en cualquiera de los fondos de inversión, siendo que el requisito es de cumplimiento de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión en razón a que la norma busca dar legitimidad a la operación con **Firma y sello del responsable de la operación**.*

*Que, en este sentido si bien, la entidad contrató los servicios de distribución de cuotas de sus Fondos de Inversión Abiertos, con una entidad de Intermediación Financiera, la normativa de Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión aclara que la contratación de servicios de terceros, no significa la liberación y cesión de las obligaciones y responsabilidades de la Sociedad Administradora, por tanto, es obligación de **BISA SAFI S.A.**, incluir en el contrato de distribución suscrito con la entidad de Intermediación Financiera, que la operaciones realizadas cumplan todos los requisitos establecidos en los incisos del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

Que las Sociedades Administradoras tienen la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido en la normativa vigente y demás normas aplicables, el término "obligación" constituye un vínculo que impone en el

*presente caso **la ejecución de una acción**, en la norma no se establece una excepción o excluyente de la ejecución de dicha obligación, la inclusión de "sellos electrónicos y números de caja", en los comprobantes de compra y rescates de cuotas no sustituyen la Firma y sello del responsable de la operación, en vista a que la normativa vigente no establece la sustitución de requisitos, por tanto, dicha acción es de cumplimiento obligatorio de todas las entidades sujetas a su ámbito de aplicación.*

*Que, por disposición de la Ley N° 1834 del Mercado de Valores, son atribuciones de ASFI el cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos, en ese entendido, la adecuación de los reglamentos de los Fondos que administra **BISA SAFI S.A.**, instruida en la Resolución ASFI N° 065/2014, no es una instrucción arbitraria del Órgano regulador, que no se pueda cumplir por parte de los regulados, puesto que el acceso de los participantes al manejo simple e inmediato de las cuentas que mantienen en cualquiera de los Fondos de Inversión, está garantizado y el requisito, es de cumplimiento de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, que tiene la obligación de acreditar con firmas y sello de la persona que es responsable de la operación.*

Procedimiento que garantiza la legalidad de la operación, por lo que corresponde a la Sociedad recurrente cumplir con la adecuación de sus Reglamentos Internos instruida (…)

…que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes (…) *teniendo la Superintendencia Sectorial* (…) *un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes* (…) *para sustanciar* (…) *y dictar resolución.*

CONSIDERANDO:

Que, en mérito a la prescripción invocada por el recurrente de los cargos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11,12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 29, esta instancia administrativa ha realizado un análisis detallado de los antecedentes del expediente administrativo, estableciendo que la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, a tiempo de establecer la sanción de multa por las infracciones imputadas mediante notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, no ha considerado la existencia de infracciones que se encontraban prescritas, por lo que en aplicación de los principios de verdad material y sometimiento pleno a la Ley, consagrados en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, le corresponde a este Órgano de Supervisión, modificar parcialmente la resolución recurrida, ratificando los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 29, al haberse verificado que no ha operado la prescripción en los mismos.

Ratificar parcialmente los cargos 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27 de la carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, al haberse verificado la prescripción de algunos de los casos observados en cada cargo, conforme se detalla en el análisis de cada cargo en la presente resolución. Asimismo, corresponde declarar la prescripción del cargo N° 24 de la carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013.

Que, por lo expuesto, corresponde modificar la sanción impuesta en el resuelve Tercero de la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, sin embargo considerando lo dispuesto en el inciso c) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, referente al concurso de infracciones, que establece que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, como sucede en el presente caso con los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 29 imputados a BISA SAFI S.A. mediante notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013, sancionadas con multa y amonestación, detectadas en el curso de la inspección técnica financiera programada, se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave y si esta fuera sancionada con multa se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción.

Que, en este marco se verifica que, conforme se ha establecido en la resolución recurrida, la infracción más grave es la descrita en el cargo N° 17, que el recurrente no ha demostrado que la misma haya prescrito, por tanto no ha merecido modificación alguna en cuanto al monto de la sanción, por lo que se mantiene el monto de la sanción establecida para el cargo N° 17 en dicha resolución.

Que, por otra parte, habiendo verificado este Órgano de Supervisión que la prescripción de los cargos 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27 de la carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, es solamente parcial, por lo que persisten casos en dichos cargos que constituyen infracción a la normativa vigente del Mercado de Valores, habiéndose verificado que solo el cargo 24 ha prescrito en su totalidad, por tanto debe ser eliminado del cálculo de la sanción, al efecto, en mérito al detalle de los casos expuestos en la parte considerativa de cada cargo, corresponde modificar la sanción de multa en base al cálculo expuesto en los siguientes cuadros:

Cargo mayor: 17. ***Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión****, sancionado con $us:*	*20,001*
Multa adicional del 30% del cargo mayor	*5,550*
Porcentaje del incremento adicional con relación al cargo mayor:	*28%*
MULTA TOTAL	*25,551*

OTROS CARGOS	MULTA CALCULADA (Expresado en $us)	PROPORCIÓN MULTA / TOTAL OTRAS MULTAS	MULTA ADICIONAL APLICADA (Expresado
1. Partidas pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días	1,200	5.53%	307
2. Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin oprevisión por irrecuperabilidad	1,050	4.84%	269
3. Cuentas por cobrar al personal por viajes personales cuyos saldos no fueron regularizados	1,050	4.84%	269
4. Activos fijos clasificados erróneamente como fuera de uso	600	2.76%	153
5. Partidas pendientes de imputación sin previsión por irrecuperabilidad del 100%	700	3.23%	179
6. Estados de Cuentas no entregados a los participantes	300	1.38%	77
7. Estados de Cuentas entregados a los Participantes fuera de plazo	2,700	12.44%	691
8. Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas	500	2.30%	128
9. Carpeta de Participante desactualizada en cuanto al registro de firmas autorizadas	amonestación	x	x
11. Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate de cuotas	1,500	6.91%	384
12. Valores adquiridos en Mercado Secundario no endosados a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados	3,500	16.13%	895
13. Valores en custoria física con endoso en blanco	1,000	4.61%	256
14. Acta del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros	amonestación	x	x
15. Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo	amonestación	x	x
16. Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité de Inversiones	1,000	4.61%	256
18. Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario	600	2.76%	153
19. Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador	700	3.23%	179
20. Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin verificación de datos	600	2.76%	153
21. Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo	700	3.23%	179
22. Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos	1,000	4.61%	256
23. Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta	500	2.30%	128
25. Formularios de Apertura de Cuenta con datos incompletos	500	2.30%	128
26. Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos	500	2.30%	128
27. Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos	700	3.23%	179
29. Preavisos para Rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos	800	3.69%	205
TOTAL	**21,700**	**100.00%**	**5,550**

Que,de acuerdo al informe técnico ASFI/DSV/R-42092/2014 de 19 de marzo de 2014 y el informe legal ASFI/DAJ/R-52039/2014 de 4 de abril de 2014, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el recurso de revocatoria de7de marzo de 2014,

*estableciendo que la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014,emitida en el proceso sancionatorio seguido contra **BISA SAFI S.A.** no ha considerado la prescripción del cargo 24 y la prescripción de algunos de los casos contemplados en los cargos 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27 de la notificación de cargos ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, por lo que en aplicación de los principios de verdad material y legalidad que rigen el accionar de la administración pública, corresponde modificar parcialmente la resolución recurrida…*"

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI Nº 191/2014 de 4 de abril de 2014, resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Declarar probada la excepción de prescripción opuesta por **BISA SAFI S.A.** respecto al cargo N° 24 de la carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013.*

SEGUNDO.- *Declarar probada parcialmente la excepción de la prescripción interpuesta por **BISA SAFI S.A.** respecto a los cargos N° 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27 de la carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013, en mérito al detalle expuesto en la parte considerativa.*

TERCERO.- ***CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, respecto a la sanción impuesta por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 29 y por los cargos 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27, en razón a que parte de los mismos no han prescrito, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, modificando el monto de la sanción impuesta en el resuelve Tercero de la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, al equivalente en Bolivianos a $us25.551.- (VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UNO 00/100 DOLARES AMERICANOS) por incumplimiento al artículo 103 de la ley del Mercado de Valores, inciso a), b), al numeral 3 y al numeral 5, inciso c), inciso f) e i) del artículo 43, inciso c) del artículo 44, artículo 39, inciso d) del artículo 49, artículo 52, inciso p) del artículo 66, a la descripción de la "Cuenta Bancos", Código 101.02 a la descripción de "Cuentas Pendientes de cobro al personal", código 108.05, a la descripción de la cuenta "Previsión por incobrabilidad de documentos y cuentas pendientes de cobro", código 108.70, la descripción de la cuenta "Bienes fuera de uso", código 126.07, la descripción de la cuenta "Partidas pendientes de imputación", código 130.03 del Manual Único de Cuentas y al Procedimiento Interno descrito en cada uno de los cargos."*

QUINTO.- (sic, debió decir ***CUARTO***) *Confirmar los resuelves Primero, Cuarto, Quinto y Sexto de la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 28 de abril de 2014, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, expresando al efecto los alegatos siguientes:

"…***IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA*** (sic)**.**

Exponemos los fundamentos de parte de BISA SAFI contra las sanciones impuestas por la ASFI cuando emite la R065 (sic) *y los agravios que ésta resolución ocasiona a los legítimos intereses de BISA SAFI, de conformidad a la siguiente descripción:*

4.1. De los argumentos de la Resolución impugnada en relación a la prescripción.

PRIMERO.- *En nuestro Recurso de Revocatoria (el cual ratificamos en el presente Recurso Jerárquico, en todos los puntos negados por la ASFI) expusimos como lineamientos básicos que:*

1. *La norma establece un cómputo para la prescripción, el cual no puede ser suplido por la Autoridad Administrativa por interpretaciones de otros órganos Administrativos, fundamentándose en lo que señala la doctrina y no así en lo que la Ley, los Decretos Supremos y otras disposiciones, mandan.*

2. *De igual manera, la norma define de forma clara cuál es el acto que interrumpe el curso de la prescripción, es decir, aquella manifestación de la Administración que implica el ejercicio de sus facultades. Consecuentemente, no se puede pretender otorgar dicha calidad a cualquier actuación administrativa, que no reviste las características definidas por Ley para el efecto.*

No obstante, la ASFI mantuvo su posición inicial en relación a su interpretación de la forma de cómputo e interrupción de la prescripción, añadiendo algunos argumentos los cuales pasamos a desvirtuar a continuación.

SEGUNDO.- *Tal como observamos en nuestro memorial de Recurso de Revocatoria, de la lectura de la Resolución ASFI N° 065/2014, la ASFI desestimó nuestra solicitud argumentando -en general- dos aspectos:*

a) *Conforme al criterio adoptado por la entonces Superintendencia General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI 05/2007, para efectos de la prescripción de las "infracciones o faltas con efectos suspensivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y* ***desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita****, respectivamente" (el resaltado es propio).*

b) *Utilizando como fundamento la citada Resolución Jerárquica, considera que el "plazo para que opere la prescripción (…) corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la Ley, que de acuerdo al artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al artículo 20 de la Ley de Procedimiento*

Administrativo", siendo así que para "que el computo (sic) *de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción,* ***es necesario que se inicie un procedimiento administrativo*** *y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento" (el resaltado es propio); es decir, que la interrupción en tales términos operará -como señala la mencionada Resolución Jerárquica- "con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionador, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor". En este sentido, la ASFI habría entendido que la prescripción se interrumpió con la notificación de la carta ASFI/DSV/R-143781, que adjunta el informe ASFI/DSV/R-140842/2012, en la cual se pone a conocimiento nuestro un informe que contiene una serie de observaciones y se solicita la presentación de un Plan de Acción.*

Ya habiendo expuesto en nuestro Recurso de Revocatoria la definición del concepto de "prescripción" y sus alcances, y de la revisión de los argumentos vertidos por la ASFI en su Resolución ASFI No.191/2014 (que resuelve el citado Recurso), corresponde centrarnos en el Principio de Legalidad y a la Seguridad Jurídica, a los cuales debe someterse inexorablemente la Administración.

Conforme señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1464/20004-R de 13 de septiembre de 2004 (reiterada en la SC. 0249/2012 de 29 de mayo de 2012, de la cual extraemos la cita), "el principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el ***sometimiento de la Administración al derecho****, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia,* ***las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho****, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos". Este criterio se adecúa al mandato del Artículo 232 de la Constitución Política del Estado, que establece que la Administración Pública se rige por el principio de legalidad -entre otros-, y el Artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, que de forma expresa dispone que la Administración emitirá "sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso".*

Continuando la descripción de los principios que rigen la administración administrativa, la citada Sentencia Constitucional hace referencia al "Principio de Jerarquía de los Actos Administrativos" que se "deriva del principio de legalidad, y prescribe que ***ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior****, principio que está recogido en el art. 4 inc* (sic) *h) de la LPA, cuando establece que: "La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes".*

De igual manera, la Sentencia hace referencia a la "discrecionalidad administrativa" indicando que ésta "se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por al que estime más adecuada (…)

Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente". La cita a esta disposición se realiza a efectos de resaltar que la aplicación de las normas no es una facultad potestativa de la Administración, sino de cumplimiento obligatorio.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha hecho mención en numerosas sentencias al concepto de "Seguridad Jurídica", definiéndola como "la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos sabe en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicio" (Sentencias Constitucionales 0739/2003-R y 0385/2007-R, entre otras). Asimismo, la Sentencia Constitucional 0053/2012 de 9 de abril de 2012 (referida a que la Seguridad Jurídica no es un derecho tutelable mediante la Acción de Amparo) ha señalado que la misma constituye un "principio rector de los actos de la jurisdicción judicial o administrativa, tal es así, que el art. 178 de la CPE promulgada el 7 de febrero de 2009, "(a) (sic) *establece como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo, principio general del ordenamiento jurídico y mandato dirigido a los poderes públicos (…)".*

TERCERO.- *En el marco de lo expuesto, cabe observar que, tal como sostuvimos en nuestro memorial de Recurso de Revocatoria, el texto del Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156 señala que la prescripción se computará "a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones* ***constitutivos de la infracción****", indicando adicionalmente que en relación a "lo establecido por el* ***artículo 7º, inciso c)****, el plazo de tres (3) años se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión" (el* (sic) *resaltado es propio. Este texto resulta* ***inequívoco y no da lugar a mayores interpretaciones****, siendo que el enunciado* ***"constitutivo de la infracción" no puede ser asimilado o sustituido por el enunciado "cese de los efectos"****,* ***tratándose de dos situaciones totalmente opuestas****, pues el primer criterio hace referencia al* ***momento en el que acaece la conducta*** *tipificada como ilícita en la norma, mientras que el segundo caso alude al momento en el que* ***cesa la conducta ilícita****.*

Consecuentemente, la ASFI se aparta por completo de la norma, vulnerando de forma directa el principio de legalidad, toda vez que su actuar:

a) no se somete a las Leyes y a derecho, sino a su propio criterio y voluntad.

b) Su Acto Administrativo se contrapone a una norma de superior rango como es un Decreto Supremo, por lo cual no existe observancia al citado principio de jerarquía.

Asimismo, podemos observar que el actuar de la ASFI es contrario al principio de Seguridad Jurídica, dado que su actuar constituye una interpretación forzada de la norma, acomodándola a sus intereses. Esta situación se hace latente al confundir -en la página 9 de su Resolución- el concepto de infracción "permanente" con el de "continuada", a efectos de hacer coincidir la misma con lo señalado en el segundo párrafo del Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156 y poder apoyarse en tal

disposición; al contrario, debe observarse que el citado Artículo no hace mención al tipo de infracciones en los que ***una conducta*** *acarrea "la lesión del bien jurídico protegido (que) se prolonga en el tiempo dando lugar a un "estado de cosa" contrario a Derecho y, por tanto, antijurídico" (REBOLLO PUIG, Manuel y otros. Derecho Administrativo Sancionador. 1ra. Edición* (sic). *Valladolid: LEX NOVA S.A.U., 2010. Pág. 871),* ***sino que remite directamente a la definición dada por el Artículo 7, inciso c), del mismo cuerpo legal****, que nos habla de aquellas situaciones en las que concurren "****varios*** *actos, hechos u omisiones, que constituyen* ***dos o más infracciones relacionadas entre sí****" (el resaltado es propio), a los cuales "se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave".*

Ahora bien, respecto al señalado concepto de "infracción permanente" -que se contrapone al previsto en la normativa vigente, es decir, al de "acto constitutivo de la infracción"- corresponde señalar que:

1. *El mismo es sustraído y utilizado como fundamento a partir de la doctrina española del derecho administrativo sancionatorio, la cual no pretendemos desmerecer, pero consideramos que no puede ser trasladada acríticamente y de forma inmediata, al existir normas explícitas en nuestro ordenamiento jurídico; el inciso del cómputo de la prescripción de las infracciones administrativas en el área que nos compete, contempla dos situaciones* ***clara y expresamente definidas en la norma****: a) la realización de los hechos que dan origen al ilícito, y;* (sic) *b) la existencia de varias conductas que producen ilícitos relacionados entre sí, para la cual la prescripción se inicia en el momento* ***cometida*** (sic) ***la última conducta (es decir, ni siquiera cuando la última conducta cesa sus efectos)****.*

2. *En cuanto* ***a la aplicación de la construcción de tipos de delitos no previstos en la norma****, que, como es de conocimiento de su Autoridad, por disposición de la doctrina y el mismo Tribunal Constitucional,* ***son asimilables en principios y garantías a las infracciones administrativas, este órgano ya ha emitido pronunciamiento*** *mediante S.C. 0190/2007 de 26 de marzo de 2007, indicando categóricamente lo siguiente: "En Bolivia,* ***el delito continuado no está previsto en nuestras leyes penales****, pues el Código de Procedimiento Penal, como se señaló precedentemente, solo hace referencia, de manera indirecta, a los delitos instantáneos y los permanentes; consecuentemente,* ***en virtud al principio de legalidad****, cuyo fundamento, de acuerdo a la SC 0034/2006 de 10 de mayo, "…se encuentra en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de las penas; en consecuencia, el principios e asienta en la seguridad jurídica (art. 7 inc. a) de la CPE), no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales";* ***no puede aceptarse la construcción jurisprudencial de este delito, y menos que ese entendimiento sea aplicado contra el imputado***

(…) En tal sentido, una pluralidad de infracciones, sólo puede unificarse cuando así lo dispone la ley (por ejemplo, el concurso real previsto en el art. 45 del CP) y, ante su silencio, la autoridad judicial, como intérprete, debe penarlas de manera individual" (el resaltado es propio) ESTA SITUACIÓN NO HA MERECIDO CONSIDERACIÓN ALGUNA DE PARTE DE LA ASFI, que contradictoriamente ***hace mención a la importancia de observar y enmarcarse en el "precedente" y la "jurisprudencia"****.*

3. *La figura de la "infracción permanente" fue incorporada de forma expresa para el derecho administrativo y, de forma más precisa, para el sector financiero, recién a partir de la promulgación de la Ley N° 393 de* ***21 de agosto de 2013****, Ley de Servicios Financieros, que en su Artículo 46 señala que* ***"no aplicará la prescripción en caso de infracciones permanentes"*** *(el resaltado es propio). Consecuentemente, aplicar la figura de la "infracción permanente",* ***no prevista hasta el año pasado por el ordenamiento jurídico administrativo financiero, a ilícitos cometidos antes de la entrada en vigencia de la citada Ley****, constituye una* ***aplicación retroactiva de una disposición que no beneficia de ninguna forma al administrado en materia sancionatoria****, situación expresamente prohibida por el Artículo 123 de la Constitución Política del Estado.*

Finalmente, cabe señalar que este criterio, es decir, el referente a que el cómputo de la prescripción se inicia al momento de cometido el ilícito y no cuando cesan sus efectos, ***fue aceptado por la ASFI para el cargo 24 y otros****, tal como expondremos a momento de revisar el mismo*

CUARTO.- *Situación similar se produce en cuanto a la aplicación de la previsión específica sobre interrupción del cómputo de la prescripción; el citado Decreto Supremo N° 26156 señala claramente que la interrupción de la prescripción "tendrá lugar desde el momento en que la* ***Superintendencia realice un acto administrativo*** *que recaiga sobre la infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor" (el resaltado es propio). En este marco, a criterio de la ASFI, la carta ASFI/DSV/R-143781, a la cual se adjunta el informe ASFI/DSV/R-140842/2012, constituye el acto administrativo que recae sobre las infracciones cometidas, afirmando que ésta encajaría en la categoría de "Acto Administrativo de Menor Jerarquía" o de "Orden Operativo", conforme prevé el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, el cual indica que las "circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación".*

Inicialmente, ante el argumento planteado por la ASFI en su Resolución, corresponde señalar que la doctrina define a las "Ordenes Administrativas" como las "declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa que crean obligaciones para determinadas personas (...) previa conminación de una sanción en caso de desobediencia" (PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo - Tomo I. 7ma. Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001. Pág. 249.).

Por otro lado, corresponde hacer mención nuevamente a la Sentencia Constitucional 0249/2012 de 29 de mayo 2012, que indica, en relación al Acto Administrativo, que la "manifestación o declaración de voluntad, emitida por una autoridad administrativa en

forma ejecutoria, es de naturaleza reglada o discrecional y tiene la finalidad de producir un efecto de derecho, ya sea crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva frente a los administrados. Goza de obligatoriedad, exigibilidad, presunción de legitimidad y ejecutabilidad; es impugnable en sede administrativa y sujeta a control jurisdiccional posterior cuando se trata de actos administrativos definitivos, ***lo que no implica que aquellos actos administrativos no definitivos no puedan ser cuestionados;*** *sin embargo,* ***en este último caso, se lo hará en ejercicio del derecho de petición consagrado en el art. 24 de la CPE, y solamente de manera preventiva****" (el resaltado es propio).*

Bajo el concepto de "impugnabilidad", la mencionada Sentencia Constitucional señala que "los actos susceptibles de impugnación, ya sea mediante los recursos administrativos o por vía jurisdiccional ulterior, son los definitivos y los equivalentes o asimilables, estos últimos porque pese a que no resuelven el fondo de la cuestión, sin embargo, impiden totalmente la tramitación del problema de fondo, y por tanto, reciben el mismo tratamiento que un acto denominado definitivo, porque con mayor razón son impugnables".

Consecuentemente, podría señalarse que el Acto Administrativo impugnable es, por regla, el definitivo, siendo este el que concluye una etapa administrativa, dando lugar a que la voluntad de la Administración sea sometida a control por la vía de los recursos.

Por lo observado, incluso admitiendo que la carta ASFI/DSV/R-143781 constituye una "Orden Administrativa" en los términos del citado Artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, no corresponde que se haga sustracción al contexto del mismo, debiéndose observar que:

1. *Conforme prevé el Artículo 20 de la misma norma, las Ordenes son impugnables por vía administrativa (es decir, admiten los recursos previstos en la Ley N° 2341) y, por tanto, dan fin a un procedimiento administrativo, toda vez que la norma señala que se podrá solicitar al Superintendente que los mismos se consignen en una Resolución definitiva motivada, en el plazo de 5 días desde la notificación, acomodándose así en lo previsto en el Artículo 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo; esto, bajo el precepto de que culminan un procedimiento de oficio imponiendo una obligación al Administrado, es decir, una carga que -legal o ilegalmente- limitará sus derechos.*

2. *De esta forma, la Orden pondría fin a un proceso paralelo al sumario contravencional iniciado con la notificación de cargos, situación que nosotros argumentamos en nuestro memorial del Recurso de Revocatoria, cuando afirmamos que "la citada nota* ***solicita la presentación en 15 días hábiles de un Plan de Acción en el que se establezcan las medidas correctivas a adoptarse en base a las observaciones planteadas*** *en el informe adjunto, además de requerir copia legalizada del Acta de Sesión del Directorio en el cual se evidencie que tomó conocimiento de la carta y el informe adjunto", y que resultaba necesario "resaltar el hecho de que es la misma carta la que señala que la "presentación del Plan de Acción, no libera a su entidad de las acciones administrativas que* ***pudiera iniciar este Órgano de Supervisión en el marco del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175"*** *(RLPA-SIREFI)*

(el resaltado es propio)".

3. *Nótese que el Artículo 81 de la Ley N° 2341 señala que las diligencias preliminares son previas "al inicio de los procedimientos sancionadores" -a efectos de que se reúnan elementos para identificar a las personas presuntamente responsables del hecho-, siendo que el sumario contravencional se iniciará con la notificación de los cargos imputados.*

4. *Consecuentemente, según el fundamento de la Resolución ASFI No.191/2014, es decir, el respaldo jurídico por el cual confirma el cargo impuesto (el cual no podrá ser suplido, modificado y complementado por su Autoridad, a riesgo de viciar de nulidad su acto-) es que la carta ASFI/DSV/R-143781 constituiría una Orden, por lo que se entiende que la misma finalizaría un procedimiento de "inspección técnica financiera" con la instrucción de remitir en 15 días -bajo alternativa de sanción- un "Plan de Acción", sin perjuicio de las adicionales acciones administrativas que* ***pudiera iniciar este Órgano de Supervisión en el marco del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175****.*

5. *Por tanto, resulta totalmente contradictorio entender que éste constituye el Acto Administrativo que recae sobre las infracciones cometidas, siendo un acto que recae sobre una situación distinta, vale decir, expresando la voluntad de la Administración de instruir al Administrado la realización de determinada actuación.*

6. *Por otro lado, de no ser una Orden en los términos definidos, sólo podría considerarse una "diligencia previa", que por definición del Artículo 81 de la Ley N° 2341, constituye únicamente una* ***actuación preliminar*** *necesaria, que en su conjunto deben ser reunidas y que consigna a los "presuntos responsables", vale decir, contra quienes se podría o no iniciar un proceso sancionatorio; consecuentemente, no representa* ***un Acto Administrativo conforme a la definición y requisitos de los Artículos 27 y 28 de la Ley N° 2341 y menos el que recae sobre la infracción****.*

*Además de lo señalado, conviene reiterar que es la Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013, de Servicios Financieros (LSF), la que dispone -en su Artículo 46- que la prescripción se vea interrumpida con cualquier "****diligencia expresa que realice la (...) ASFI a efectos de averiguación del hecho o Infracción presuntamente cometidos****" (el resaltado es propio).*

Consecuentemente, se aprecia claramente que el legislador, recién a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, considera que las diligencias administrativas tienen efectos interruptivos de la prescripción en materia de regulación financiera, tal como interpretó en su momento la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 (lo cual confirmaría nuestro razonamiento). No obstante, la aplicación del criterio vertido en la citada Resolución Jerárquica al caso que nos atinge, estando en vigencia la LSF, constituiría prácticamente una aplicación retroactiva de una disposición no antes prevista en la norma, situación únicamente válida cuando la misma plantea una previsión más beneficiosa para el Administrado -en materia sancionatoria, conforme manda el Artículo 123 de la Constitución Política del Estado-, debiéndose al contrario considerar la norma vigente conforme a los principios del Tempus Regit Actumy el

Tempus Comissi Delicti.

Por último, cabe recalcar que la norma ha establecido de forma inequívoca la forma de interrupción de la prescripción, señalando que la misma "tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor", no pudiendo prescindirse de este enunciado y determinar que "actuaciones preliminares" sean entendidas como tal, a efectos de evitar que el curso de prescripción continúe.

Por todo lo señalado, repetimos lo afirmado en nuestro Recurso de Revocatoria, en relación "que a lo sumo su autoridad podría considerar a la Notificación de Cargos practicada en fecha 31 de diciembre de 2013, como interruptivo de la prescripción, considerando que el mismo se encuentra previsto en el Artículo 66 del RLPA-SIREFI y que es puesto a conocimiento del operador regulado cuando la Administración establece la existencia de infracciones, abriendo un término de quince (15) días para que el Administrado asuma defensa ante la pretensión de la misma".

***QUINTO.-** Como podrá apreciar su Autoridad, respetando los preceptos constitucionales y disposiciones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo, no corresponde dejar de lado lo establecido por la propia norma y crear figuras como la "infracción permanente", a efectos de salvar la falta de actuación oportuna por parte de la Administración, permitiendo así que la misma obre en función del interés de quienes se encuentran a cargo de ésta, dejando en estado de incertidumbre al Administrado, quien no puede prever su conducta ante una modificación del contenido de las normas no por efecto de otra de igual o mayor jerarquía, sino por la simple voluntad de la entidad que emite el Acto.*

Téngase presente que "la decisión será (...) ilegítima si el funcionario actúa con "desviación de poder, " sea: (...) b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (p. ej., el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (p. ej., para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales)" (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I. 8va. Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Pág. X-23).

Consecuentemente, aclarando que los argumentos esgrimidos no pretenden dudar de la probidad de los funcionarios de la ASFI, consideramos que los criterios en los que amparan su Resolución son errados y confiamos en que su Autoridad podrá corregir la lesión de derechos que dicho Acto nos causa. Asimismo, consideramos que las autoridades administrativas y jurisdiccionales tienen la facultad de modular sus pronunciamientos en función a los fundamentos que sean expuestos por el Administrado a momento de cuestionar la actuación del Estado y de las circunstancias del caso en particular, no siendo un criterio irrevisable o indiscutible, pues de otra manera no habría lugar alguno para la impugnación.

***SEXTO.-** En razón a todo lo expuesto, se tiene claramente que: 1. la prescripción se*

computa, por disposición normativa, ***desde que se comete la conducta tipificada como ilícito,*** *y;* (sic) *2. la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, notificada el 13 de diciembre de 2012 no es el acto que interrumpe el curso de la prescripción.*

*De esta forma, corresponderá analizar en relación a cuáles de los cargos planteados ha prescrito la facultad sancionatoria de la Administración al no haberla ejercido oportunamente, determinando cuando iniciaría el cómputo de la prescripción y cuando se habría interrumpido**:***

- ***Con relación al Cargo Nº 1*****, "Partidas Pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a 30 días"***, para los cuales la ASFI señala que se habría incumplido el Artículo 39 de la Anexo Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004, Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en relación a las previsiones del Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/2006 de 24 de noviembre de 2006, al no haberse regularizado las partidas pendientes de conciliación en un plazo de 30 días, se tiene que las transacciones fueron realizadas en las siguientes fechas, a partir de las cuales debió procederse al computo* (sic) *del plazo señalado (30 días):*

Fondo	Cuenta	Fecha de Transacción	30 días para conciliación
PREMIER	Banco Económico S.A (sic) N° 2051-316292M/N	31/12/2011	30/01/2012
A MEDIDA	FFF (sic) Fassil S.A. N° 77871-1 M/N	31/12/2011	30/01/2012
	Banco Bisa S.A. (sic) N° 053362-401-4	31/12/2011	30/01/2012
	Banco Económico S.A. N°3051-118836	30/12/2011	29/01/2012
	Banco Económico S.A. N°3051-11836	31/12/2011	30/01/2012
	Banco Bisa S.A. (sic) N° 053362-203-8 M/E	16/11/2011	16/12/2011
	Banco Bisa S.A. (sic) N° 053362-203-8 M/E	08/11/2011	08/11/2011
	Banco Mercantil Santa Cruz S.A. N°4024023023 M/N	31/12/2011	30/01/2012
ULTRA	Banco Económico S.A. N°2051-316319 M/N	13/12/2011	12/01/2012
	Banco Económico S.A. N°2051-316319 M/N	30/11/2011	30/12/2012
BISA SAFI	Banco Bisa S.A. (sic) N°053362-001-9 M/N	28/01/2011	27/02/2012
	Banco Bisa S.A. (sic) N°053362-001-9 M/N	28/02/2011	30/03/2011

Consecuentemente, dado que el día treinta y uno (31) se produciría el incumplimiento, deben computarse dos (2) años calendario a partir del día siguiente a la fecha límite para la conciliación, operando la prescripción de (sic) *en las siguientes fechas:*

Fondo	Cuenta	Fecha de Prescripción
PREMIER	Banco Económico S.A (sic) N° 2051-316292M/N	31/01/2014
A MEDIDA	FFF (sic) Fassil S.A. N° 77871-1 M/N	31/01/2014
	Banco Bisa S.A. (sic) N° 053362-401-4	31/01/2014
	Banco Económico S.A. N°3051-118836	30/01/2014
	Banco Económico S.A. N°3051-11836	31/01/2014
	Banco Bisa S.A. (sic) N° 053362-203-8 M/E	17/12/2013
	Banco Bisa S.A. (sic) N° 053362-203-8 M/E	09/11/2013
	Banco Mercantil Santa Cruz S.A. N°4024023023 M/N	31/01/2014

ULTRA	*Banco Económico S.A. N°2051-316319 M/N* *Banco Económico S.A. N°2051-316319 M/N*	*13/01/2014* *31/12/2013*
BISA SAFI	*Banco Bisa S.A. (sic) N°053362-001-9 M/N* *Banco Bisa S.A. (sic) N°053362-001-9 M/N*	*28/02/2013* *31/03/2013*

En este sentido, toda actuación ilícita cuya prescripción se haya concretado con anterioridad a la notificación de cargos, debe ser revocada.

- ***<u>Con relación al Cargo N° 2</u>, "Documentos y cuentas pendientes de cobro de antigua data sin previsión por irrecuperabilidad"****, se tiene que al tratarse de operaciones registradas en fecha 10 de marzo de 2010 y siendo que en dicha fecha no se habría constituido la previsión exigida por norma,* ***sería en dicha fecha en la que se cometería la contravención y, por tanto, a partir de la cual debería computarse la prescripción,*** *conforme manda el Artículo 8 del DS. 26156. Consecuentemente, siendo que hasta la Notificación de Cargos, en última instancia, han transcurrido más de 2 años desde la comisión de la contravención, consecuentemente corresponderá que se* ***declare prescrita la sanción impuesta y se revoque el presente cargo****.*

- ***<u>Con relación al Cargo N° 4</u>, "Activos Fijos clasificados erróneamente como fuera de uso",*** *tal como se señaló en la nota de descargos y considerando que la clasificación en relación los bienes observados dentro la cuenta de "Activos fuera de Uso", data de noviembre de 2008, se evidencia que el incumplimiento se habría producido con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, por lo cual, incluso considerando la Notificación de Cargos de 31 de diciembre de 2013 como interruptiva de la prescripción, en estricto cumplimiento del Decreto Supremo N° 26156, corresponde que se* ***declare prescrita la sanción impuesta y se revoque el presente cargo.***

- ***<u>Con relación al Cargo N° 5</u>, "Partidas pendientes de imputación sin previsión por irrecuperabilidad del 100%",*** *la ASFI observa que, al no haberse regularizado en un plazo de 30 días las indicadas partidas, debió haberse constituido una previsión del 100% para las mismas. En este sentido, se tiene que la fecha de constitución en caja chica data, en dos de las operaciones observadas, en los meses de enero y julio de 2011, siendo así que la prescripción se computaría desde el mes siguiente a los mismos, toda vez que en ese entonces debió constituirse la previsión establecida;* ***por tanto, las observaciones sobre tales operaciones se encuentran prescritas,*** *al haberse notificado los cargos en diciembre de 2013 y la Resolución sancionatoria en febrero de 2014,* ***por lo que corresponde que se deje sin efecto el cargo.***

- ***<u>Con relación al Cargo N° 6</u>, "Estados de Cuentas no entregados a los Participantes",*** *conforme se consigna en el Anexo 1 a la Notificación de Cargos, las observaciones 1 a la 94 y 279 a 285 tienen como fecha límite para la entrega del Estado de Cuenta el 10 de octubre de 2011, por lo que al producirse incumplimiento al día siguiente del mismo, se entendería que la prescripción comenzó a correr desde dicho momento; por tanto, habría concluido en el mes*

de octubre de 2013. De igual manera, las observaciones 96 a la 192, 286 a la 302 y 309 a la 331, la fecha límite de entrega fue el 10 de enero de 2012, por lo cual la prescripción habría operado en enero de 2014; consecuentemente, en el supuesto de considerarse sólo la Notificación de Cargos como interruptora de la prescripción, su deberá declararse la prescripción de los cargos cuya prescripción se configuraría antes del 31 de diciembre de 2013.

- ***Con relación al Cargo N° 7*, "Estados de Cuentas entregados a los Participantes fuera de plazo",** *de igual forma, en base a lo expuesto en el punto anterior: en los casos del 1 al 501 y 626 al 1195, el vencimiento del plazo de entrega es de 10 de octubre 2011 y 10 de enero 2012, por lo que estos se encontrarían prescritos, existiendo 125 casos observados y no 1195 como señala la ASFI, aspecto que su Autoridad debió contemplar a momento de ponderar la sanción.*

- ***Con relación al Cargo N° 9*, "Carpeta de Participante desactualizada en cuanto al registro de firmas autorizadas",** *se tiene que la solicitud de cambio de firmas para la cuenta N° 10207710241 data de 22 de junio de 2011, por lo que se tiene que el incumplimiento observado por la ASFI supera de sobre manera los dos años establecidos para la prescripción de la sanción, considerando que sólo con la Notificación de Cargos, las facultades de la ASFI para imponer sanciones, se encontrarían prescritas, por lo que corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción****.*

- ***Con relación al Cargo N° 11*, "Comprobantes de rescate de cuotas sin nombre y firma del participante que realiza el rescate",** *se tiene que todas las operaciones (a excepción de la operación la detallada en el N° 36 del Anexo 5 a la Notificación de Cargos) son anteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que las observaciones se encontrarían prescritas.*

- ***Con relación al Cargo N° 12*, "Valores adquiridos en Mercado Secundario no** *endosados* ***a nombre de los Fondos de Inversión Abiertos y Cerrados administrados****", inicialmente corresponde señalar que la etapa de impugnación tiene la finalidad de que el Administrado pueda presentar defensa -en uso del derecho que le reconoce el Artículo 115 de la Constitución Política del Estado- sobre los cargos establecidos por la Administración, ante los cuales inicialmente se lo tenía como presunto responsable. Consecuentemente, siendo que la norma administrativa prevé el denominado "recurso de revocatoria", por el cual, en dicha vía, la Administración revisa en primera instancia su pronunciamiento, a efectos de adecuarse a derecho o confirmar el mismo, resulta plenamente válido que se permita plena defensa sobre todos los aspectos contemplados en la Resolución Sancionatoria.*

  Segundo, nótese que el cargo esta formulado en función al "endoso" (incorrecto, sin firma, etc.) en el marco del Artículo 48, inciso f), de la Normativa de para los Fondos de Inversión y su Sociedades Administradoras; de esta forma, es preciso señalar que el "endoso" constituye "un acto jurídico unilateral de naturaleza cambiaria, que contiene una orden pago emitida por el primer tomador o titular o

por el precedente endosatario y transfiere la titularidad del derecho abstracto, literal, original y autónomo que consigna" (MORALES GUILLÉN, Carlos. Código de Comercio Concordado y Anotado. 1ra. Edición. La Paz: Editorial Gisbert y Cía. SA., 1999. Pág. 564). En este sentido, siendo que el endoso transfiere la propiedad del título, el mismo debe ser efectuado en la fecha en la que ocurre la transacción, pues de otra forma el mismo no puede ser considerado de propiedad del nuevo titular, por lo que una infracción en relación al "endoso" se produce en la fecha en la que se llevó a cabo la "operación".

Por otra parte, se observa que la ASFI mantiene el criterio de "cesación de los efectos", considerando en parte nuestro petitorio respecto a este punto.

Consecuentemente, habiendo desvirtuado la aplicabilidad del mismo, debiendo tomarse en cuenta la fecha en que se produjo el hecho constitutivo del ilícito, mantenemos nuestra posición de que sólo las operaciones numeradas del 139 al 142 del Anexo 6 de la Notificación de Cargos son posteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que deberá revocarse parcialmente este punto, declarándose la prescripción de aquellos cargos no reconocidos por la ASFI.

- ***Con relación al Cargo N° 13, "Valores en custodia física con endoso en blanco",*** *reiteramos que habiéndose explicado que la norma establece claramente que el cómputo de la prescripción se inicia en la fecha de comisión del ilícito y no así con el cese de sus efectos (incluso aceptando el criterio de la ASFI en relación a la comisión del ¡lícito con el ingreso de los valores a la cartera del fondo) y tomando en cuenta que todas las operaciones descritas en el Anexo 7 de su Notificación de Cargos son anteriores al 31 de diciembre de 2011, dado que la interrupción del computo* (sic) *de la prescripción no se produce en los términos que señala su Autoridad sino conforme prevé el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156, se tiene que se procedió a establecer sanciones cuando las facultades de la Administración se encontraban prescritas; consecuentemente, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción.***

- ***Respecto al Cargo N° 14, "Actas del Comité de Inversiones sin la firma de uno de los miembros",*** *señalamos nuevamente que la comisión de la contravención se habría producido el 25 de octubre de 2011, por lo que incluso considerando sólo la Notificación de Cargos, se tiene que las facultades de la Administración se encontraban prescritas a momento de producirse la interrupción del cómputo, por lo corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Respecto al Cargo N° 15, "Actas del Comité de Inversiones sin el sello del ente regulador o sin la documentación de respaldo"****, conforme a los criterios antes, señalados, considerando la fecha en la que se produjo la contravención y dejando de lado el infundado argumento de que la prescripción se computa desde el momento que cesan los efectos de la contravención, incluso considerando sólo la Notificación de Cargos, se tiene que las facultades de la Administración se encontraban prescritas a momento de producirse la interrupción*

del cómputo, por lo corresponde ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Respecto al Cargo N° 16, "Excesos en límites de inversión que no habrían sido analizados por el Comité",*** *habiendo sido cometidas las infracciones en fecha 24 de octubre, 28 de noviembre y 20 de diciembre de 2011, incluso tomando en cuenta que la prescripción se habría interrumpido con la Notificación de Cargos, las facultades ASFI se encontraban prescritas a momento de producirse la interrupción del cómputo, por lo corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Respecto al Cargo N° 17, "Observaciones a operaciones entre Fondos de Inversión",*** *reiteramos nuevamente que, considerando que las operaciones observadas datan del 9 de agosto de 2011 y que, consecuentemente, ésta sería* ***la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la conducta,*** *se tiene que el cómputo de la prescripción correría a partir de la misma, concluyendo en 9 agosto de 2013, es decir, con anterioridad a la Resolución ASFI N° 065/2104 y la Notificación de Cargos de 31 de diciembre de 2013, no siendo posible -tal como expusimos- crear figuras no contempladas en el Decreto Supremo N° 26156 o en la Ley N° 2341 -en su Artículo 79- como la "infracción permanente"; confundir las figuras de "infracción permanente" con la de "infracción continuada" a efectos de sustentar legalmente el criterio en el Artículo 8 del citado DS., y; pretender darle carácter de acto administrativo que recae sobre la infracciones cometidas a la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, indicando que se trataría de una "Orden", por lo corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción***.

- ***Respecto al Cargo N° 18, "Cierre de endosos de Valores adquiridos en Mercado Secundario",*** *al igual que señalamos en nuestro Recurso de Revocatoria, corresponde reiterar las observaciones formuladas en relación al cargo N° 12.*

- ***Respecto al Cargo N° 19, "Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin firma del Administrador o Contador",*** *se tiene que los memorándums consignados del 1 al 128 y los señalados en los N° 149 y 151 del Anexo 8 de la Notificación de Cargos, son anteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que, conforme a lo mencionado anteriormente, las infracciones emergentes de éstos se encuentran prescritas.*

- ***Respecto al Cargo N° 20, "Memorándums de ingreso o egreso de custodia sin verificación de datos",*** *se tiene que todos, a excepción del SAFI/1088/2012, son anteriores al 31 de diciembre de 2011, habiendo quedado prescritos incluso considerando la Notificación de los Cargos, por lo que* ***dichos cargos debieron haber sido revocados por la ASFI al haber prescrito, correspondiendo proceder de tal forma***.

- ***Respecto al Cargo N° 21, "Comité de Inversiones que no sesionó una vez al mes como mínimo",*** *es necesario considerar que la situación observada por la ASFI a*

efectos de prolongar el inicio del cómputo de la prescripción, no guarda lógica alguna, siendo de esta forma que no se explicaron los motivos por los cuales tendría que tomarse en cuenta la idea de "cese de defectos", tratándose de sesiones de un comité. Asimismo, resulta evidente que la contravención se produzca en la fecha límite en la que debió sesionarse.

Consecuentemente, el inicio de la prescripción se habría suscitado en febrero y abril de 2011, hasta la Notificación de los Cargos habrían transcurrido más de 2 años, no existiendo motivo alguno por el cual pueda alegarse la fecha en la que los efectos habrían cesado y menos considerarla carta ASFI/DSV/R-143781/2012. ***Por tanto deberá declararse la prescripción del cargo.***

- ***<u>Respecto al Cargo N° 22</u>, "Incumplimiento a límites establecidos en Reglamentos Internos",*** *en primera instancia, cabe señalar que de acuerdo a los dispuesto por el Artículo 4 de la Ley N° 2341, la actividad administrativa se rige por los principios de "Verdad Material" e "Informalismo", por lo cual pretender prescindir de lo alegado en relación al presente cargo por el hecho de haberse citado la "Resolución ASFI 056/2014" y no la "Resolución ASFI 065/2014", vulnera de forma directa nuestro derecho a la defensa,* ***más aún cuando se ha expuesto de forma exhaustiva en los primeros puntos del memorial de Recursos de Revocatoria, los argumentos que respaldan la misma****.*

  En este sentido, ***reiteramos*** *que existen únicamente dos observaciones en relación a adecuaciones correspondientes a los fondos "A Medida" y "Capital" que serían posteriores a* ***diciembre de 2011*** *(25-01-2012 y 06-03-2012, respectivamente), siendo que la facultad para observar y sancionar las restantes 9, se encuentra prescrita si se considera la Notificación de Cargos como interruptora del cómputo de la prescripción. De esta forma, cabe señalar que no corresponde estimar como circunstancias de la infracción el incumplimiento en 4 fondos, cuando fue en dos a lo sumo, y en función al tiempo transcurrido (considerando que el mayor sería de 9 días, bajo estos parámetros); consecuentemente, corresponde que se module la sanción,* ***siendo la suma de $us1.000 excesiva, al no concurrir las causales que tomó en cuenta, debiéndose aplicar la mínima para el Primer Rango,*** *situación que no mereció el pronunciamiento de la ASFI.*

- ***<u>Respecto al Cargo N° 23</u>, "Carpetas de Participantes con documentación incompleta para la apertura de cuenta",*** *reiteramos que la apertura de la totalidad de las cuentas para las cuales se formula la observación* ***es anterior a abril de 2011,*** *por lo que al considerarse, en el marco de lo que* ***estrictamente prevé la norma en relación al inicio del cómputo e interrupción de la prescripción,*** *corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción****.*

- ***Respecto <u>al Cargo N° 24</u>, "Carpetas de Participantes sin informe legal sobre la documentación adjunta",*** *si bien estamos de acuerdo con la declaratoria de la prescripción de este cargo, debiendo confirmarse el mismo, no pudiendo ser modificado por efecto de la prohibición de "reformatio in pejus* (sic)*" -tal como señala el expresamente el Artículo 63 de la Ley N° 2341-,* ***no comprendemos***

porqué nuestro criterio sobre el cómputo de la prescripción, *en relación a interrupción e inicio de la misma,* ***fue considerado para este cargo y no para otros.***

Como puede observarse de la Resolución 065/2014, habla del "cese del incumplimiento", siendo que el cargo se formuló a partir de la inexistencia del informe del Asesor Legal; así, señala a la letra que "las investigaciones o diligencias preliminares se comunicaron a la SAFI con carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, que adjuntó el informe ASFI/DVS/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, requiriendo un Plan de Acción para subsanar la observación, ***ya que el incumplimiento aún se estaba produciendo,*** *por lo que se concluye que la prescripción no llegó a operar" (el resaltado es propio). No obstante, la ASFI procedió a revocar el cargo por prescripción, criterio que consideramos debería ser adoptado para todos los demás.*

La actuación de la ASFI es contraria al principio de Seguridad Jurídica pues demuestra arbitrariedad en la aplicación de las disposiciones normativas, eligiendo indiscriminadamente emplear un criterio para algunos casos y otros no, lo cual nos coloca en situación de total incertidumbre, vulnerándose la garantía del debido proceso. Nótese que solicitamos que la incongruencia de criterios sea considerada como una falta de fundamentación de la negación de la prescripción de aquellos cargos en los cuales se pretende aplicar situaciones ajenas a la norma, tales como el "cese de los efectos de la contravención" o la interrupción de la prescripción con la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, situaciones que no se ajustan a derecho y que, al contrario, denotan un abuso de las facultades de la Administración.

- ***Respecto al Cargo N° 25, "Formularios de apertura de cuenta con datos incompletos",*** *se tiene que la apertura más reciente de las observadas data del 6 de julio de 2011, por lo que corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción, bajo los argumentos sobre inicio y finalización de la prescripción, ampliamente expuestos.*** *De igual forma, para este cargo se observa similar situación a la expuesta para el cargo anterior*

- ***Respecto al Cargo N° 26, "Tarjetas de firma de participantes con datos incompletos",*** *se tiene que la apertura más reciente data del 7 de julio de 2011, por lo que siguiendo lo señalado para el Cargo N° 24, corresponde* ***que se revoque este cargo por efecto de la prescripción.***

- ***Respecto al Cargo N° 27, "Formularios UIF PCC-003 cuyos datos se encuentran incompletos"****, se observa que la fecha de apertura más reciente data de 24 de marzo de 2011, por lo que de igual forma, conforme expusimos para el Cargo N° 24, corresponde****se*** (sic) ***revoque este cargo por efecto de la prescripción.***

- ***Respecto al Cargo N° 29, "Preavisos para rescate de cuotas cuyos datos se encuentran incompletos",*** *al igual que señalamos en nuestro Recurso de Revocatoria, conforme al Anexo 12 de la Notificación de cargos, el preaviso observado de más reciente data (siendo todos anteriores al 31 de diciembre de*

2012) corresponde al realizado por Patricia Galia para la cuenta sub cuenta N° 955523 (conforme consta en numero 3 de la lista consignada en el señalado anexo), el cual fue presentado en fecha 6 de febrero de 2012; en este sentido, conforme a los argumentos expuestos anteriormente, ***corresponderá aplicar para todos los demás el criterio expuesto respecto al computo*** (sic) ***e interrupción de la prescripción, declarando prescritos los cargos***.

SÉPTIMA (sic)**.-** *Habiendo expuesto los aspectos relacionados a la prescripción, corresponde ingresar al análisis del fundamento de fondo expuesto en relación al Cargo N° 17 y los expuestos por la ASFI en su Resolución de Recurso de Revocatoria.*

Inicialmente, corresponde señalar que uno de los componentes principales del Debido Proceso radica en la "Motivación del Acto", siendo así que la Administración debe fundamentar y explicar los motivos por los cuales adopta determinada decisión, de forma exhaustiva y de modo tal de generar en el Administrado la convicción de que no existía otra manera de resolver el asunto en cuestión. Asimismo, el derecho a la Defensa requiere de que el Administrado conozca la sustentación de hecho y derecho del Acto Administrativo, a efectos que pueda rebatirse los argumentos esgrimidos, en caso de considerarse que los mismos no se ajustan a derecho.

De la lectura de la Resolución ASFI 065/2014, se observa que la ASFI señaló en la página 55 que "el rendimiento extraordinario del Fondo A medida se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y en menor proporción a las operaciones realizadas para el Fondo dado que el 9 de agosto de 2011 hubieron compras de cuotas por un monto de Bs3,925,272.64 mientras que hubieron rescates por Bs377,450.44". Ante el argumento infundado expusimos claramente que el Artículo 67, Capitulo VII (Del Valor de Cuota), de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado mediante resolución Administrativa SPVS-IV-N° 421 de fecha 13 de agosto de 2004, establece la manera de cálculo del Valor de Cuota de un fondo de inversión abierto de acuerdo a la siguiente formula:

> *Valor de la Cartera del día + liquidez del día + Otros Activos - menos comisiones y gastos del día - DPPOVR - IDPPPB - Otras Obligaciones/Número de Cuotas vigentes del día*

Asimismo, explicamos que el resultado de esta división nos da el valor cuota diario del fondo, siendo que el momento que ingresa un participante a un fondo de inversión abierto, el movimiento en esta fórmula se da de la siguiente manera:

- *En el numerador se incrementa* ***la Liquidez,*** *y en el denominador se dan de alta nuevas cuotas producto de la compra de cuotas realizadas por un participante.*

- *En ningún momento el valor de cuota se incrementa por efecto de una compra de cuotas, ya que el efecto de* ***la Liquidez*** *que se incrementa viene* ***acompañado de un incremento en la misma proporción de la cantidad de cuotas vigentes***.

- *El mismo cálculo se produce de manera inversa, valed decir, cuando se realiza un rescate de cuotas; la cuenta liquidez disminuye y en la misma proporción se disminuye la cantidad de cuotas en el denominador.*

Por tales motivos, concluimos en que, en ambos casos, ***no existe efecto alguno sobre el valor de la cuota y por ende sobre el rendimiento del fondo****.*

Ahora bien, ante la veracidad de los argumentos expuestos, la ASFI ***reconoció de forma expresa*** *en su Resolución del Recurso de Revocatoria (página 26) que* ***"corresponde rectificar*** *(...) señalando que el rendimiento extraordinario del Fondo A Medidano* (sic) ***está sujeto a las compras*** *y* ***rescates del fondo en cuestión****, dado que las compras y rescates afectan de manera proporcional al numerador y denominador de la fórmula del valor de la cuota" (el resaltado es propio). No obstante, reconociendo este criterio, indicó de manera insólita que "para el análisis del cargo analizado* ***corresponderá omitir esta afirmación,*** *precisando que al ser* ***un argumento adicional en la resolución recurrida, no hace al fondo de la observación*** *referida a las operaciones de los Fondos de Inversión (...)" (el resaltado es propio).*

En función a esta afirmación, corresponde hacer notar que la Resolución ASFI N° 065/2014, en su página 56, ***considera el argumento errado de la ASFI en la ponderación de la sanción,*** *señalando que se tomaran en cuenta "las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Tercer Rango: 1) El rendimiento extraordinario del Fondo A MEDIDA se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y* ***<u>en menor proporción a las operaciones realizadas por el Fondo</u>****" (el resaltado es propio).*

Consecuentemente, resulta importante señalar que la exposición de dicho argumento se encontraba dirigida ha establecer que BISA SAFI no operó en perjuicio de los Fondos, habiéndose obtenido al contrario rendimientos extraordinarios.

No obstante, la ASFI mutila los fundamentos del cargo ***manteniéndolo intacto*** *y prescindiendo de las partes para las cuales se reveló sus inconsistencias, minimizando las mismas y llamándolas "adicionales" cuando se observa que fueron consideradas para la determinación de la sanción. Esta situación devela la falta de asidero del cargo establecido, ante el cual la ASFI* ***en ningún momento desvirtúa el hecho de que se generaron rendimientos extraordinarios a los Fondos A MEDIDA y CAPITAL****, siendo que para este último, en relación a nuestro argumento relacionado a los DPFs del Banco Ganadero S.A., dicha instancia insiste en el argumento de la tasa del 0.20%, sin lograr desvirtuar nuestra afirmación.*

Asimismo, se observa que la ASFI no desvirtúa nuestro argumento relacionado a la inexistencia de una intención de beneficiar al Fondo MICROFIC ni a La Vitalicia, al haberse empleado mecanismos de bolsa, los cuales aseguran transparencia en la formación de precio, toda vez que dicha instancia únicamente hace mención al reducido tamaño del mercado de valores en comparación a otros países.

En este sentido, volvemos a señalar que velando por los intereses de los fondos de

inversión abiertos A Medida, Premier y Capital y procurando el mayor beneficio posible para estos y sus participantes, realizó las siguientes operaciones que dieron como resultado rendimientos extraordinarios:

1. *Apertura de Depósitos a Plazo Fijo (DPFs) del Banco Ganadero en mercado primario en moneda nacional, bajo el siguiente esquema:*

FONDO	***MONTO BS***	***TASA***	***Plazo promedio días***
PREMIER	*5.000.000,00*	*3,70%*	*3601*
CAPITAL	*6.000.000,00*	*3,70%*	*3601*
AMEDIDA (sic)	*18.000.000,00*	*3,70%*	*3585*

2. *Se negoció con una agencia de bolsa la venta de los DPFs detallados en el anterior punto a una tasa de 3%, generando un diferencial de 70 puntos básicos a 3597 días. Sin embargo, en la negociación se nos comunicó que el interesado en comprar estos DPFs tenía el requerimiento de venta de los siguiente DPFs:*

FONDO	***MONTO Aproximado BS***	***TASA***	***Plazo promedio días***
PREMIER	*4.700.000*	*0,20%*	*118*
CAPITAL	*4.750.000*	*0,20%*	*148*
AMEDIDA (sic)	*14.150.000*	*0,20%*	*128*

3. *Se procedió a realizar las dos operaciones en el conocimiento de que la operación generaría rendimientos extraordinarios netos.*

4. *Debido a que la tasa de rendimiento de la compra de los DPFs del emisor Banco Los Andes era baja y para evitar una exposición a un riesgo de tasa de interés de estos DPFs, se definió proceder a la venta de los mismos en el mismo día, aprovechando la ganancia extraordinaria que resultaría de la venta de los DPFs del Banco Ganadero.*

5. *Las ganancias netas que obtuvo cada fondo por la venta de los valores (DPFs Banco Ganadero) en el día 9 de agosto de 2011, se detallan a continuación:*

FONDO	***Ganancia en Bs***	***Tasa Venta***
PREMIER	*129.751,89*	*3,00%*
CAPITAL	*141.654,68*	*3,00%*
AMEDIDA (sic)	*510.452,67*	*3,00%*

6. *Las pérdidas por la venta de los DPF's del Banco Los Andes Procredit, fue la siguiente:*

FONDO	***"Costo de la Operación"***	***Tasa Venta***
CAPITAL	*36.798,10*	*2,10%*

AMEDIDA (sic)	*64.442,33*	*2,10%*

Por lo señalado, no habiéndose demostrado el perjuicio al que hace mención la ASFI, ***corresponderá que se revoque en su totalidad el presente cargo, en el supuesto y no admitido caso de que no decidiera declarar la prescripción del mismo****.*

OCTAVA (sic)**.-** *Nuevamente es preciso hacer referencia a la sanción impuesta en relación al Cargo N° 8, es decir, respecto a la existencia de "Información desactualizada de Participantes por cédulas de identidad vencidas".*

La ASFI, en un criterio que se aleja por completo de derecho, señala que es deber de BISA SAFI ***que el documento de identidad se encuentre permanentemente actualizado y/o renovado, siendo este una obligación que impone al margen de lo que prescribe la norma,*** *señalando además que al estar caducado el documento de identidad, no surte efectos ante las instancias competentes.*

*Como ya habíamos señalado, la multa fue impuesta por vulneración del numeral 3, inciso c) del Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras****, que a la letra señala que las "Sociedades Administradoras deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones,*** *en el marco de la administración de Fondos de Inversión: c) Llevar un registro electrónico y actualizado de los Participantes del Fondo de Inversión que deberá contener como mínimo: 3.* ***Número de Cédula de Identidad****" (el resaltado es propio).*

En este sentido, se tiene que el citado cargo se formuló en razón a que ***la cédula de identidad se encontraría vencida, es decir, que la fecha de validez del documento como tal habría expirado, debiendo renovarse el mismo****.*

Consecuentemente, se tiene que:

1. *La ASFI establece un cargo que se encuentra al margen de lo que la norma señala, vulnerando el "Principio de Tipicidad" (previsto en el Artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo)* ***que exige que las conductas se encuentren plenamente tipificadas a efectos de que pueda imponerse una sanción específica a las mismas, siendo que se requiere de la existencia previa de un "tipo sancionatorio" que defina de forma clara los elementos constitutivos de la contravención, detallando las condiciones que, al cumplirse, darán lugar al quebrantamiento de la normativa****, si la conducta no se subsume en los presupuestos del tipo,* ***no podrá establecerse la comisión del ilícito****.*

   Así, se tiene que dicha instancia vulnera la exigencia de una tipificación de la conducta de manera especifica (sic) *en Ley previa (idea plasmada en el clásico aforismo: Nullum crimen, nulla poena sine previa lege), pues sólo la norma -y no la autoridad administrativa-* ***puede crear un tipo contravencional****; por tanto, no puede sancionar una conducta no prevista de forma expresa por muy similar que esta sea.*

2. *La ASFI establece una **nueva obligación no prevista en la norma con la que pretende sancionarnos, pues indica que es nuestro deber mantener la Cédula de Identidad vigente**, en el marco del numeral 3, inciso c) del Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, en base al cual plantea el cargo.*

*De esta forma, siendo que por efecto de lo dispuesto en el Artículo 20, inciso b), Primer Rango, numeral 7, el **no cumplimiento en la forma** de lo previsto en el citado Artículo 43 del Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, constituye una infracción, a efectos de ser sancionada, la conducta deberá ser el no llevar un registro electrónico y actualizado de los participantes **y/o que éste no contenga número de cédula de identidad**.*

*Ahora bien, la Administración no señala en ningún momento que se haya omitido el llenado del número de cédula de identidad en el registro; consecuentemente, el hecho de que la copia del carnet no se encuentre vigente a momento de que la entidad a su cargo realiza su inspección, no puede asimilarse que no se cuente con el número de cédula de identidad o, peor aún, **que el número se encuentre "desactualizado", siendo que el mismo** -independientemente de la vigencia del documento de identidad- **seguirá para todos los efectos siendo siempre el mismo**.*

*Al respecto, si la ASFI considera que las Sociedades Administradoras deben mantener en las carpetas de los Participantes de los Fondos de Inversión, las cédulas de identidad actualizadas de los mismos, debería en uso de sus atribuciones modificar el alcance del inciso c) del referido artículo 43, e incorporar de manera expresa y clara el requisito de mantener en la carpeta la cédula de identidad vigente y no solo el "Número" de la misma como actualmente dispone dicha norma; **al contrario, establece de forma caprichosa una nueva obligación, abstrayéndose de la norma e imponiendo sanciones sin respaldo legal alguno** (sólo su propio "criterio").*

*Por lo señalado, pretender sancionar el hecho de que el documento de identidad se encuentre vencido en base a la obligación prevista en el Artículo 43 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, **constituye una interpretación extensiva y analógica de los presupuestos del tipo, contraria a los principios constitucionales de Legalidad y Tipicidad**.*

Consecuentemente, solicitamos nuevamente que se revoque la sanción impuesta para el Cargo N° 8, al ser esta contraria a Principios Constitucionales y a lo dispuesto en el Artículo 73 de la LPA.

***NOVENO.-** En relación a la defensa presentada por el contrario los Cargos Nos. 6 y 7, referidos a la no entrega y entrega tardía de estados de cuenta a los participantes, la ASFI señala que "la normativa no contempla excepciones", pretendiendo esta vez, para su argumento en contra, ampararse en una previsión expresa de la norma.*

Cabe reiterar que el incumplimiento a la obligación prevista en el Artículo 43, inciso i), de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se dio

en función a la no entrega o entrega extemporánea de tal información a los participantes ***por una causal ajena a la voluntad de la SAFI,*** *situación que fue debidamente documentada mediante constancia entregada por la empresa de courier que fue debidamente presentada a su Autoridad.*

Como podrá observar, comprendemos que existe una previsión expresa establecida en el Artículo 43, inciso i) de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras. No obstante, recalcamos que el argumento expuesto como descargo versa sobre el hecho de que ***los participantes no pudieron ser encontrados en los domicilios que estos señalaron, es decir, que los citados no se encontraban en el mismo o los datos proporcionados eran erróneos****, situación que no puede ser controlada o prevista por BISA SAFI, al no depender de su voluntad; vale decir, que BISA SAFI no excusa el incumplimiento de su deber sino, al contrario, plantea que existieron causales ajenas a su voluntad que le impidieron concretarla, aún a pesar de la diligencia que puso para obtener de los participantes la fotocopia de la cédula de identidad vigente. Como es de conocimiento de su Autoridad, la culpa es el límite de toda sanción (siendo este un principio constitucional, planteado en acuerdos suscritos por Bolivia y no una simple interpretación doctrinal de la norma), no pudiendo así ser castigadas conductas que no son reprochables al escapar de la voluntad del Administrado. Consecuentemente, no puede sancionarse a quien no tuvo la posibilidad de actuar de manera diferente en relación a la conducta considerada como ilícita, ya sea por acción u omisión.*

En este sentido, resulta claro que no podrán ser sancionables las situaciones en las cuales el incumplimiento se da por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; en el presente caso, se constituyen los presupuestos de la denominada "fuerza mayor" tratándose de una situación imprevisible y que no pudo evitarse por parte del Administrado, toda vez que el hecho de que la persona pueda ser habida en su domicilio o que la dirección que haya señalado por ésta sea veraz y exacta, ***no es una situación que sea atribuible de ninguna manera a otra que no sea aquella que habita en el mismo o provee el dato****.*

De esta forma, pretender sancionar a la SAFI por una situación ajena a su voluntad no se ajusta a derecho, más aún cuando ***se cumplió con lo dispuesto en el citado Artículo 43, habiéndose documentado los motivos del incumplimiento****; la existencia de una previsión de esta índole demuestra que la norma determina que existe la posibilidad de que el deber establecido sea incumplido por causales ajenas, situación que no fue considerada por su Autoridad al momento de establecer la sanción.*

Por lo señalado, ***corresponde revocar el señalado cargo conforme a los argumentos expuestos****.*

DÉCIMO.- *Así como lo manifestamos en oportunidad de fundamentar nuestro Recurso de Revocatoria y que su Autoridad no se pronunció respecto de sus alcances, en esta instancia de manera enfática reiteramos que nos causa extrañeza y gran preocupación que su Autoridad actúe de manera contraria respecto al sistema financiero relacionado con las entidades de intermediación financiera frente a los*

fondos de inversión. Afirmamos este extremo en relación al artículo Cuarto de la R065/2014 que recurrimos de revocatoria en esta oportunidad, por el que usted dispone "QUINTO.- Se instruye a BISA SAFI S.A. la adecuación de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, conforme lo establecido en la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de acuerdo a lo señalado para el cargo No. 10 de la presente Resolución".

Al disponer la adecuación de los reglamentos internos, la ASFI en vez de facilitar el acceso de los Participantes al manejo simple e inmediato de sus cuentas que mantienen en cualquiera de los fondos de inversión abiertos administrados por BISA SAFI y de esta manera poder efectuar la compra y/o rescate de cuotas de manera inmediata con solo aproximarse a una agencia del Banco Bisa S.A. a nivel nacional, la resolución impugnada limita los derechos constitucionales tanto de los participantes que no tienen residencia en las ciudades de La Paz, Cochabamba o Santa Cruz, para acceder a efectuar transacciones en cualquiera de los fondos de inversión en los que participan, tendrían que necesariamente trasladarse viajando a cualquiera de esas capitales de Departamento, que son en las únicas en las que BISA SAFI tiene oficinas, extremo por demás conocidos por la ASFI y por tanto funcionarios habilitados, impidiendo por tanto a BISA SAFI ejerza ampliamente los servicios para los cuales se encuentra legalmente y constitucionalmente habilitada, limitando por tanto el ejercicio legal de su actividad conforme lo garantiza el artículo 47 de la Constitución Política del Estado.

Consideramos que al disponer la adecuación mencionada, la ASFI ha retrocedido en vez de avanzar como lo está haciendo en el sector de intermediación financiera, en el cual permanentemente emite normas que tienden a facilitar el acceso de la población a los servicios financieros. Por el contrario con la disposición de adecuación que impugnamos lo que está ocasionando es lesionar los legítimos intereses de BISA SAFI de ejercer ampliamente la prestación de sus servicios y está impidiendo el legítimo derecho a que los Participantes accedan de manera ágil e inmediata a la operativa de sus cuentas en cualquiera de los de inversión abiertos administrados por BISA SAFI.

Por lo manifestado, al no haber de nuestra parte obtenido que su Autoridad revoque lo determinado, solicitamos a la Autoridad jerárquica revocar expresamente esta determinación y en consecuencia mantener plenamente vigentes los reglamentos internos de los fondos de inversión abiertos que BISA SAFI administra, en los cuales se permite que la compra y rescate de cuotas puedan ser efectuados por los Participantes a través de la sección Caja del Banco Bisa S.A., con quien BISA SAFI tiene suscrito un contrato de servicios, en cualquier parte del país en el que exista una sucursal de dicho banco, para el cumplimiento de estos extremos, el cual es de pleno conocimiento de la ASFI.

Consecuentemente, velando por un crecimiento del sector, corresponde a la ASFI ser quien modifique la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de tal manera que permita la validez plena de la compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones con banco, en este caso con el Banco

Bisa S.A., que no consignen la firma del funcionario responsable de la operación, porque se encuentran plenamente respaldadas por los bouchers (comprobantes electrónicos) que el banco emite inmediatamente de efectuada la operación, ya que los mismos contienen el sello electrónico refrendado donde incluyeel (sic) *nombre del cajero y número de caja, compensando de esta manera lo señalado en el artículo 66 inciso i) de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004 referente a firma y sello del responsable de la operación.*

V. PETITORIO

Por las razones y argumentos expuestos precedentemente, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por los Artículos 43, inciso b), y 44 del Reglamento SIREFI, El señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en su condición de Autoridad competente para resolver este recurso, ***dicte Resolución Jerárquica REVOCANDO PARCIALMENTE*** *la Resolución ASFI No.191/2014 de 4 de abril 2014, pronunciándose acerca del fondo de la misma y dejándola en consecuencia sin efecto…*"

7. OTROS ALEGATOS DEL RECURRENTE.-

Mediante memorial presentado en fecha 22 de julio de 2014, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** amplía sus alegatos, conforme al tenor que se transcribe a continuación:

"…***III. FUNDAMENTOS DEL MEMORIAL.***

3.1. De los argumentos planteados sobre el cómputo de la prescripción y su interrupción.

PRIMERO.- *En primera instancia, resulta importante resaltar nuevamente que* ***la Administración Pública se encuentra obligada a adecuar sus actuaciones a lo señalado en la Constitución Política del Estado, las Leyes y la normativa emitida al amparo de estas disposiciones.*** *Tal como señalan los Artículos 232 de la norma fundamental del ordenamiento jurídico boliviano y 4 de la LPA, la Administración Pública se rige por los principios de legalidad, imparcialidad -entre otros-, emitiendo "sus actos* ***con sometimiento pleno a la ley"*** *y en observancia de la jerarquía normativa establecida en la CPE (el resaltado es propio).*

Consecuentemente, la Administración tiene el deber de aplicar estrictamente las normas sin poder apartarse de ellas o modificar su alcance mediante interpretaciones propias, siendo ésta la consigna sobre la cual se construye el principio constitucional de Seguridad Jurídica, entendido por el Tribunal Constitucional como "la garantía de ***la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones,*** *sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicio'' (Sentencias Constitucionales 0739/2003-R y 0385/2007-R, entre otras); es decir, la Administración no puede decidir apartarse de lo que las normas mandan y elegir en su lugar aplicar*

criterios administrativos plasmados en actos de alcance particular, sin contemplar lo previsto en disposiciones de mayor jerarquía.

Esta acotación surge del hecho de que la ASFI, en su Resolución No.065/2014 de 6 de febrero de 2014, decidió no aplicar las previsiones contenidas en la CPE, la LPA y, principalmente, en el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, habiendo al contrario elegido sustentar sus Actos en una ***Resolución Jerárquica emitida para un caso concreto,*** *la cual, más aún, cambia por completo lo previsto en la norma, sustituyendo su alcance en función a la interpretación particular de una autoridad. De esta forma:*

- *En vez de regirse por la regla establecida en el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156, que dispone que la prescripción se computará "a partir de la* ***fecha de realización*** *de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción" (el resaltado es propio), decide considerar* ***la fecha en la que cesan los efectos de la contravención,*** *situación que no estuvo prevista en ninguna norma sino hasta la promulgación de la Ley N° 393 (Ley de Servicios Financieros - LSF) en agosto del 2013, norma en la que recién se introdujo la figura de la infracción permanente.*

- *Tal como se observa en la Resolución objeto de impugnación (Resolución ASFI No.191/2014) y en los informes legal (ASFI/DAJ/R-52039/2014) y técnico (ASFI/DSV/R-42092/2014), la ASFI entiende que existirían dos tipos de infracciones: las "permanentes" y las "instantáneas"; así, aparentemente, consideraría que lo señalado categóricamente en el Artículo 8 aplicaría sólo para las infracciones "instantáneas" (la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción), pues a partir del criterio adoptado por la entonces Superintendencia General del SIREFI, mediante Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 05/2007 y 12/2008 (citadas en los informes), en el caso de infracciones "permanentes", el computo debería computarse a partir del "día siguientes* (sic) *en que cesó la continuación o permanencia del hecho", es decir, bajo un criterio diametralmente opuesto al establecido por el citado Artículo 8.*

Ante esta forma de concebir la aplicación de la prescripción, es decir, ***creando una nueva categoría de infracción no prevista en la norma,*** *se hizo cita textual de la Sentencia Constitucional 0190/2007 de 26 de marzo de 2007, la cual, apoyándose en el principio de Legalidad y en la Seguridad Jurídica (es decir, no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto a que el Órgano Legislativo es el único que tiene el monopolio en la creación de las normas en materia de ilícitos) ha* ***rechazado la construcción jurisprudencial de un tipo de infracción*** *(en el caso objeto del fallo constitucional, la "infracción continuada") y su utilización en contra del imputado.*

No obstante, este aspecto ***no ha merecido pronunciamiento por parte de la ASFI,*** *siendo que dicha instancia decidió* ***no considerar en su Resolución el análisis plasmado en su informe ASFI/DSV/R-42092/2014*** *(página 15) y así, al no encontrar un argumento sólido, directamente prefirió omitir brindar un criterio respecto a la legalidad de prescindir de las disposiciones del Decreto Supremo para aplicar en su*

lugar las de una Resolución Jerárquica. Asimismo, nótese que éste criterio, que el propio regulador decidió no aplicar - es decir, el que se encuentra desarrollado en el citado informe-, únicamente atina a desvirtuar lo señalado por el Tribunal Constitucional alegando que el derecho penal es una rama distinta e independiente (para lo cual además hace cita del Artículo 5 del Decreto Supremo N° 26156, referente a la posibilidad de determinar responsabilidades de índole penal o civil, adicionalmente a la imposición de sanciones administrativas), ***sin percatarse de que la Sentencia Constitucional se basa en el hecho de que un tribunal no puede crear disposiciones no previstas en una norma positiva, vulnerando los principios constitucionales de Legalidad y Seguridad Jurídica y, más aún, pretendiendo sancionar en base a construcciones jurídicas propias.***

SEGUNDO.- *Continuando con nuestras alegaciones, con la intención de resaltar los puntos en los cuales consideramos que su Autoridad debe enfatizar su análisis, corresponde hacer mención a las concepciones erróneas que se plasman en la Resolución impugnada, tanto en relación al respaldo legal del cómputo de la prescripción como a la concepción de "Acto Administrativo" que interrumpe el mismo; a nuestro entender, esta situación denotaría la ausencia de fundamentos claros y válidos para tomar una decisión que afecta a nuestros derechos.*

Respecto al inicio del cómputo de la prescripción en función a la inexistente (en las disposiciones nacionales sobre regulación financiera) figura de la "infracción permanente", a la cual hacen mención las Resoluciones Jerárquicas invocadas, se observa que la ASFI, en el acto impugnado, pretende dar sustento a la misma invocando la previsión establecida en el segundo párrafo del Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156 (página 9 de la Resolución ASFI No. 191/2014), que a la letra señala que, en ***"el caso de lo establecido por el artículo 7° inciso c),*** *el plazo de tres* ***(3)*** *años se computará a partir* ***de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión"*** *(el resaltado es propio).*

Como podrá observar su Autoridad, la ASFI mal entiende el concepto de "infracción permanente", es decir, aquella consistente en ***una sola acción que se concreta en un solo instante, pero cuyos efectos se prolongan en el tiempo,*** *pretendiendo acomodarla a lo señalado en el inciso c) del Artículo 7 del Decreto Supremo N° 26156, el cual habla de* ***"varios actos,*** *hechos u omisiones,* ***que constituyan dos o más infracciones*** *relacionadas entre sí" (el resaltado es propio).*

Más aún, la ASFI confunde la figura de "infracción permanente" con la de "infracción continuada", dado que esta última podría de cierta forma encajar en la previsión del Artículo 8 del citado Decreto Supremo; en este sentido, la ASFI presenta una explicación de la "infracción continuada" en las páginas 9 de la Resolución ASFI No.191/2014 y 5 de su Informe Jurídico, para concluir que "en las infracciones continuadas, el plazo corre desde el día en que terminó la actividad infractora porque tienen la particularidad de que el sujeto activo prolonga la consumación del hecho en el tiempo, ***es decir que adquiere efectos permanentes*** *[...] criterio* ***coherente, con el expresado en el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156,*** *que establece el computo de la prescripción a partir de la fecha*

de realización del último hecho, acto u omisión" (el resaltado es propio).

Esta situación, es decir, el intentar asimilar dos figuras distintas con la finalidad de que se pueda incorrectamente aseverar que una de ellas es concordante con la norma, eligiendo este argumento, plasmado en el informe jurídico, por encima de aquel referente a que "el establecimiento de las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes ***se ha realizado a través de un acto jurisdiccional administrativo por medio de un instrumento legal que es la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIFERI 05/2007****" (el resaltado es propio), que forma parte de la argumentación del informe técnico de la Resolución (página 15), denota claramente la necesidad que se tiene de otorgar soporte legal a una figura no prevista en la norma (infracción permanente), percatándose de la imposibilidad de alegar que* ***la figura fue creada mediante un Acto que resuelve un caso particular*** *-no emerge de una disposición de alcance general-* ***y que en su momento fue el argumento de respaldo, que se intentó hacer prevalecer incluso frente a una disposición de mayor jerarquía.***

TERCERO.- *En el marco del punto anterior, vale decir, resaltando la confusión de conceptos que plantea la ASFI a fin de encajar sus preceptos a las previsiones de las disposiciones legales vigentes, resulta pertinente ahora referirnos al criterio sostenido por dicha instancia respecto a la interrupción del cómputo de la prescripción.*

La ASFI señaló en su Resolución ASFI No.191/2014 que, cumpliendo con lo previsto en el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156, la prescripción se interrumpió con la notificación al regulado con el "acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas", que, según entienden, sería la carta ASFI/DSV/R-143781, que pone en conocimiento el informe ASFI/DSV/R-140842/2012.

A efectos de darle la connotación de "Acto Administrativo", la ASFI recurre a lo dispuesto en el Artículo 19 del RLPA-SIREFI, que otorga a las "circulares, órdenes, instructivos y directivas" el carácter de 'Actos Administrativos de Menor Jerarquía" o de "Orden Operativo", los cuales "obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación"-, a entender de dicha instancia, la citada carta, al "instruir" la presentación de un Plan de Acción respecto a las observaciones formuladas, constituye un Acto Administrativo de Menor Jerarquía y, por tanto, cumple con los presupuestos del Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156.

En principio, es preciso señalar que los Artículos 66 al 68 del citado RLPA-SIREFI, detalla las etapas del procedimiento sancionatorio en materia de regulación financiera, estableciendo básicamente tres: las actuaciones (diligencias) preliminares, la notificación de los cargos y la consecuente presentación de pruebas y descargos, y, finalmente, la emisión y notificación de la Resolución Sancionatoria.

Respecto a las "diligencias preliminares", se observa que el Artículo 81 de la LPA las califica como actuaciones necesarias de carácter previo y que, en su conjunto, deben ser reunidas para determinar quienes son los "presuntos responsables", vale decir, contra quienes se podría o no iniciar un proceso sancionatorio. De igual

manera, el Artículo 65 del RLPA-SIREFI señala que los órganos reguladores "investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, ***presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento"*** *(el resaltado es propio).*

Posteriormente, el Artículo siguiente establece que, una vez determinada la existencia de infracciones, se "notificará a los presuntos infractores ***con los cargos impugnados,*** *advirtiéndoles que de no presentar pruebas de descargo o justificaciones en el término establecido, se emitirá la resolución correspondiente" (el resaltado es propio).*

Como podrá apreciar su Autoridad, la notificación de una carta de las características de la emitida por la ASFI bajo el cite ASFI/DSV/R-143781, constituye un "inicio de investigación" que se enmarca dentro de la etapa de "diligencias preliminares" y, por tanto, reviste la cualidad de ser precisamente una ***diligencia preliminar.***

Por otro lado, tómese en cuenta que los Actos Administrativos de Menor Jerarquía, al ser como tal Actos Administrativos -conforme prevé el Artículo 27 y 28 de la LPA- ***son actos impugnables, toda vez que constituyen la finalización de un procedimiento administrativo, en el cual se otorgan, niegan o limitan los derechos de un administrado.***

En este sentido, el darle el carácter de Acto Administrativo a la carta ASFI/DSV/R-143781, debido a que "instruye" la presentación de un Plan de Acción, implica reconocer que constituye un Acto que pone fin a un proceso administrativo que, en tal sentido, sería ***diferente del proceso sancionatorio, que no ha concluido sino hasta la emisión de una Resolución Sancionatoria; al contrario, si se lo considera parte de éste, no podría constituir un Acto Administrativo, sino una mera Diligencia Preliminar.*** *Por tanto, pretender darle un carácter particular a partir de lo previsto en el Artículo 19 del RLPA-SIREFI, implica forzar las disposiciones de forma tal que la citada carta encaje en lo señalado en el Artículo 8 del Decreto Supremo N° 26156. Este modo de actuar devela nuevamente la necesidad de cumplir lo previsto en el citado Decreto Supremo, en la medida de que sólo* ***el Acto Administrativo que recae sobre las infracciones cometidas interrumpe la prescripción y no así una simple diligencia preliminar, como se plantea en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 68/2006, que contradice por completo el mandato de una norma jerárquica.***

CUARTO.- *En base a la exposición planteada en los puntos SEGUNDO y TERCERO, resulta evidente que la ASFI no realiza una comprensión adecuada de la norma y confunde figuras y conceptos a efectos de que sus argumentos se adecúen a la norma. En este sentido, corresponde cuestionarnos si resulta correcto, en un Estado de Derecho, la negatoria de una solicitud del administrado cuando es la propia Administración la que no encuentra argumentos legales suficientes para rechazarlos y no comprende los alcances de la norma.*

Nótese que el confirmar una Resolución Sancionatoria que no tiene fundamentación clara y respaldada en disposiciones legales sería justificar la lesión de los derechos del administrado sin bases y respaldos legales suficientes y en una actitud de imponer a

toda costa la multa.

Por otra parte, ante la ausencia de fundamentación que permita respaldar que los criterios de cómputo e interrupción del computo (sic) *de la prescripción se adecúan a lo previsto en el Decreto Supremo N° 26156, el confirmar el Acto de la ASFI sería básicamente sustentar que el criterio establecido en una Resolución Jerárquica citada como precedente -que crea figuras y plantea razonamientos no previstos en las normas- tiene valor legal superior a lo previsto en una disposición de mayor rango; ambos conceptos no pueden ser aceptados en un Estado de Derecho que propugna el respeto a la Legalidad y Seguridad Jurídica, por más de que las multas impuestas constituyan ingresos para el erario nacional.*

III. PETITORIO

Por las razones y argumentos expuestos precedentemente, pedimos que su Autoridad, conocedora y respetuosa de las normas vigentes, considere los argumentos expuestos en nuestro propio memorial de Recurso Jerárquico, así como el presente memorial y aplique las disposiciones del Decreto Supremo N° 26156 en relación al cómputo de la prescripción, con preferencia a el criterio vertido en una simple Resolución Jerárquica citada como precedente; en consecuencia, proceda ***dictar Resolución Jerárquica REVOCANDO PARCIALMENTE*** *la Resolución ASFI No.191/2014…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme señala el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, "*En cumplimiento al POA de la gestión 2012 de la Jefatura de Control de Intermediarios, se programó la inspección técnica financiera a BISA SAFI S.A., al 31 de marzo de 2012*", de cuyo resultado se instauró el proceso sancionatorio expresado en los treinta cargos que se imputaron mediante nota ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013.

Opuestos los descargos contra los mismos, por parte de **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, se sucedieron la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, el Recurso de Revocatoria de 7 de marzo de 2014, la consiguiente Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de

2014 que, y ahora el Recurso Jerárquico de 28 de abril de 2014, el que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, cabe dejar constancia que el estado actual de los múltiples cargos es diverso, emergente del desarrollo normal del proceso y del ejercicio del contradictorio dentro del mismo (en *audiatur et altera pars* con respecto a los intereses que representa la Administración, Ley 2341, Art. 4°, Inc. 'a') en función de ello, siendo preciso establecer los alcances del Recurso Jerárquico, materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

En tal sentido, si bien la nota ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013 ha imputado a **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** con treinta cargos, de los mismos, la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014 ha dispuesto "*Desestimar los cargos N° 10, 28 y 30*" (artículo primero) y, por lo tanto: "*Sancionar a **BISA SAFI S.A.** por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 29, con multa en Bolivianos equivalente a **$us26.001.- (VEINTISEIS MIL UN 00/100 DÓLARES AMERICANOS)***" (artículo tercero).

Posteriormente, habiéndose interpuesto Recurso de Revocatoria contra la anterior, se pronunció la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, la que declaró "*probada la excepción de prescripción* (…) *respecto al cargo N° 24*" (artículo primero), "*probada parcialmente la excepción de la prescripción* (…) *respecto a los cargos N° 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27 de la carta ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013*" (artículo segundo), por consiguiente, "***CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución ASFI N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, respecto a la sanción impuesta por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 29 y por los cargos 12, 13, 18, 23, 25, 26 y 27, en razón a que parte de los mismos no han prescrito*" (artículo tercero).

La relación anterior determina que, a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico de 28 de abril de 2014, han sido desestimados los cargos Nros. 10, 24, 28 y 30, manteniéndose subsistentes -aunque algunos con modificaciones en relación a su imputación original- las sanciones por los cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27 y 29.

Al presente, de la revisión del Recurso de referencia, en concreto de su numeral IV, se evidencia que el mismo se encuentra dividido en diez acápites, de los cuales, del primero al quinto corresponden a alegatos genéricos, comunes y generales, contra "*los argumentos de la Resolución impugnada en relación a la prescripción*"; también se refiere a la prescripción su acápite sexto, empero lo hace con argumentos más específicos, referidos puntualmente a los cargos Nros. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27 y 29.

Aquí vale la aclaración que el Recurso Jerárquico incluye, cual si tratara de uno de los impugnados, al cargo N° 24 (desestimado), empero deja constancia que lo mismo obedece a no comprender "*porqué nuestro criterio sobre el cómputo de la prescripción, en relación a interrupción e inicio de la misma, fue considerado para este cargo y no para otros*", es decir,

se constituye en un alegato empero más bien para su impugnación contra los restantes cargos señalados, por lo que en definitiva, no existe impugnación en concreto que esté referida a este cargo.

Después e ingresando -a su decir - al análisis del fundamento de fondo (o sea, al margen del tema de la prescripción), su acápite séptimo impugna la decisión con respeto al cargo 17, su acápite octavo está referido al cargo Nº 8, su acápite noveno con respecto a los cargos Nº 6 y Nº 7, y su acápite décimo en relación al artículo cuarto de la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/Nº 065/2014 de 6 de febrero de 2014.

Lo anterior determina que:

- No existe impugnación contra las decisiones referidas a los cargos Nros. 3, 10, 24, 28 y 30 (el primero de ellos no desestimado y efectivamente sancionado, a diferencia de los cuatro restantes), por lo que esta instancia Jerárquica concluye que las mismas no le ocasionan a la recurrente, ninguna afectación a sus intereses, no correspondiendo por tanto, mayor consideración al respecto.

- Si bien la decisión referida a los cargos Nros. 1, 2, 4, 5, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27 y 29 se encuentra impugnada, lo es exclusivamente en función a su alegada prescripción, no encontrándose controvertido su efectivo suceso, como tampoco su carácter sancionable de no mediar la prescripción señalada.
- Las decisiones referidas a los cargos Nros. 6, 7, 8 y 17 se encuentran impugnadas sustancialmente, es decir, en cuanto a su efectiva ocurrencia; de ellos, los cargos Nros. 6, 7 y 17 han sido además impugnados con referencia a la prescripción de la infracción, a diferencia del restante cargo -Nº 8- que se limita al carácter sustancial señalado.
- Por último, la impugnación recae sobre el artículo cuarto de la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/Nº 065/2014 de 6 de febrero de 2014, el que prevé que: "*el importe de las sanciones deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia Nº 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial de venta y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa*".

Teniendo presente que: "*la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…" (Ley 2341, Art. 63º, Par. II), es con observancia de los extremos supra señalados que se pronuncia la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme sigue a continuación.

2.1. La prescripción.-

Conforme se ha explicado, los acápites del *PRIMERO* al *QUINTO* del numeral IV del Recurso Jerárquico, inciden en "*los argumentos* -generales- *de la Resolución impugnada en relación a la prescripción*" (sobre los argumentos específicos se pronunciará el acápite *SEXTO*).

Así:

- El acápite *PRIMERO* alude a que *anteriormente* (se infiere que en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014), "*la ASFI mantuvo su posición inicial* -entonces, la de la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014-, (…) *añadiendo algunos argumentos* *<u>los cuales pasamos a desvirtuar a continuación</u>*", para luego (*a continuación*) exponer sus restantes acápites (del *SEGUNDO* al *QUINTO*).
- El *SEGUNDO*, donde aqueja infracción a los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de jerarquía de los actos administrativos y de discrecionalidad administrativa, al haberse fundado la decisión en el criterio de la "*Resolución Jerárquica SG SIREFI 05/2007*" (entonces, de consideración impertinente para la recurrente).
- El *TERCERO* y el *CUARTO*, que invocan el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26156, en cuanto al cómputo del plazo de la prescripción y la interrupción de la misma (y que en la lógica de la recurrente, correspondía aplicarse en lugar del precedente anterior).
- Y el *QUINTO*, que califica de ilegítimo e inaplicable al caso, el criterio de infracción permanente, aclarando que "*los argumentos esgrimidos no pretenden dudar de la probidad de los funcionarios de la ASFI*).

Esto determina que estos cinco -primeros (valga la aclaración)- acápites, constituyen un sólo alegato, empero expuesto desde dos puntos de vista: el primero de carácter subjetivo (la actividad del infractor con la que comienza a computarse el término de la prescripción), y el restante de carácter objetivo (la actuación material de la Administración que interrumpe el término de la prescripción), extremo que se confirma cuando el acápite *SEXTO*, resume los argumentos desarrollados hasta ese momento, de la siguiente manera: "*1. la prescripción se computa, por disposición normativa,* ***desde que se comete la conducta tipificada como ilícito,*** *y;* (sic) *2. la carta ASFI/DSV/R-143781/2012, notificada el 13 de diciembre de 2012 no es el acto que interrumpe el curso de la prescripción*", bases sobre las que el mismo acápite, seguidamente, desarrolla sus agravios contra la decisión referida -en concreto- a los cargos Nros. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27 y 29.

En tal sentido, es pertinente tratar al Recurso Jerárquico, desde los dos puntos de vista expuestos por la recurrente, conforme sigue a continuación:

2.1.1. Comienzo del cómputo de la prescripción.-

Señala **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*la ASFI desestimó nuestra solicitud argumentando* (que)*:* (…) *para efectos de la prescripción de las "infracciones o faltas con efectos suspensivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y* ***desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita****, respectivamente"* (…)

…el texto del Artículo 8 del Decreto Supremo Nº 26156 señala que la prescripción se computará "a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones ***constitutivos de la infracción****", indicando adicionalmente que en relación a "lo establecido por el* ***artículo 7º, inciso c)****, el plazo de tres (3) años se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión"* (…) *Este texto resulta* ***inequívoco y no da lugar a mayores interpretaciones****, siendo que el enunciado* ***"constitutivo de la infracción" no puede ser asimilado o sustituido por el enunciado "cese de los efectos", tratándose de dos situaciones totalmente opuestas****, pues el primer criterio hace referencia al* ***momento en el que acaece la conducta*** *tipificada como ilícita en la norma, mientras que el segundo caso alude al momento en el que* ***cesa la conducta ilícita****…*"

De tales extremos, la recurrente concluye que en los actos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha existido infracción al principio de legalidad, por cuanto "*su Acto Administrativo se contrapone a una norma de superior rango como es un Decreto Supremo*", y al de seguridad jurídica, toda vez que "*su actuar constituye una interpretación forzada de la norma, acomodándola a sus intereses*".

La posición de **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, tiene que ver con lo señalado por el artículo 8º (primera parte) del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 -Reglamento para la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores-, el que señala que:

"…***La acción de la Superintendencia*** (aquí léase *la Autoridad Reguladora*) ***para imponer sanciones prescribe*** *en el plazo de tres (3) años computables* ***<u>a partir de la fecha de realización</u> de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción***.

En el caso de lo establecido por el artículo 7° inciso c), *el plazo de tres (3) años* ***se computará <u>a partir de la fecha de la realización</u> del último hecho, acto u omisión***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con la necesarísima aclaración en sentido que, <u>la posterior</u> Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) ha establecido en su artículo 2°, que:

"…*I.* ***La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley****. A los efectos de esta Ley, la Administración Pública; se encuentra conformada por:* (…) *a) El Poder Ejecutivo* -aquí léase *el Órgano Ejecutivo-, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistema de Regulación SIRESE,* ***SIREFI*** *y SIRENARE…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En cuyo mérito, una de las señaladas disposiciones a las que debe ajustarse la actuación Administrativa, es la del artículo 79° (*Prescripción de infracciones y sanciones*) de la precitada Ley N° 2341, por cuyo efecto, el plazo señalado por el primer párrafo del artículo 8º del Decreto Supremo N° 26156, ha sido modificado a **2 (dos) años**.

Asimismo, el aludido inciso c) del artículo 7°, del Decreto Supremo N° 26156, señala que: "***Cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí****, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción*" (ídem).

Contrariamente a tales criterios -en el alegato de la recurrente-, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha aplicado el precedente de regulación financiera contenido de la "*Resolución Jerárquica SG SIREFI 05/2007*" que, en la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, se reproduce con el tenor siguiente:

> "*…la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, señala textualmente: "…respecto a las* ***infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente****…". "…El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la Ley* (…)" (…)
>
> *…El artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo específica que los procedimientos administrativos -incluyéndose en ellos los sancionatorios- podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente* (…) *el artículo 65, parágrafo I, del Decreto Supremo N°27175* (…) *indica que: "Los Superintendentes sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo,* ***de oficio*** *o a denuncia,* ***investigarán la comisión de infracciones*** *e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento* (…) *la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor…*"

Al presente, de la recurrida Resolución Administrativa ASFI/N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, se conoce la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en lo que respecta a esta controversia en concreto, siendo posible rescatar de ella, que:

> "*...con relación a la incidencia del "dies a quo", es decir el <u>momento en que empieza a correr el plazo para que opere la prescripción</u>, la doctrina hace una diferencia, según se trate de infracciones instantáneas o permanentes, por su modo de ejecución, señalando que en el caso de la infracción administrativa instantánea, dicho plazo comienza a partir del día en que se consumó la infracción, es decir en el momento determinado y único en que al ser ejecutada la acción, se configura la infracción. En cambio, en las infracciones continuadas, el plazo corre desde el día en*

que terminó la actividad infractora porque tienen la particularidad de que el sujeto activo prolonga la consumación del hecho en el tiempo, es decir que adquiere efectos permanentes "de modo que todos los momentos de su duración pueden imputarse como de su consumación". Criterio coherente, con el expresado en el segundo párrafo del artículo 8 del D.S. N° 26156, que establece el computo (sic) *de la prescripción a partir de la fecha de la realización* <u>*del último*</u> *hecho, acto u omisión* (…)

Que, con relación a lo expresado por el recurrente en sentido de que no es correcto que las disposiciones establecidas de forma expresa sean substituidas por un criterio adoptado para un determinado caso por la instancia jerárquica, cabe aclarar que este Órgano de Supervisión, en aplicación del principio de legalidad se apega a las disposiciones de la normativa legal vigente como se ha desarrollado anteriormente, sin embargo también está facultada a sustentar sus actuaciones en precedentes administrativos, que consolidan o modifican su accionar en mérito a razonamientos jurisprudenciales, como señala la Resolución Jerárquica SIREFI RJ 53/2008…"

Previamente a proseguir con el análisis, es necesario establecer como punto de partida, la existencia jurídica y la consiguiente diferencia existente, entre las categorías *infracción instantánea* e *infracción permanente*, toda vez que es sobre ellas que trata la controversia, con las reservas que exige la autonomía científica del Derecho Administrativo, el que comparte determinados fundamentos con el Derecho Penal por su común naturaleza sancionatoria, lo que permite asimilar, en tanto no infrinja la autonomía señalada, el instituto de la infracción administrativa al del delito, extremos que bien señalan las Sentencias Constitucionales como la 0042/2004 de 22 de abril de 2004 y la 0022/2006 de 18 de abril de 2006, mencionadas por la Sentencia Constitucional Plurinacional 0142/2012 de 14 de mayo de 2012, de la siguiente manera:

"…*La jurisprudencia constitucional, del mismo modo, interpretando el contenido del debido proceso, entendió que este se aplica a toda actividad sancionadora del Estado sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo.*

En ese sentido la SC 0042/2004, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional anterior señaló que:

"…*toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione ó a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad" (las negrillas nos pertenecen).*

Y respecto al debido proceso disciplinario en la SC 0022/2006 de 18 de abril, el mismo

órgano jurisdiccional señaló: "…el derecho administrativo disciplinario, por afectar la esfera de autodeterminación de las personas mediante la imposición de sanciones personales, alberga los principios del Derecho Penal en cuanto al debido proceso…".

El Tribunal Constitucional aplicó este entendimiento a infinidad de casos que fueron resueltos en su jurisdicción entendiendo que todos los principios y garantías propias del derecho penal se aplican también extensivamente en el ámbito administrativo sancionador…"

Siguiendo la misma línea de razonamiento, es pertinente remitirse a la disposición de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0283-2013-AAC de 13 de marzo de 2013 que, en lo que interesa, señala:

"…*Una temática que precisa ser considerada, es la relativa a la clasificación de los delitos por el momento de su consumación y la duración de la ofensa al bien jurídico protegido. Al respecto, la SC 0190/2007-R de 26 de marzo, haciendo referencia a las SSCC 1190/2001-R y 1709/2004-R, concluyó lo siguiente: en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación…*"

La misma Sentencia Constitucional Plurinacional permite la aclaración referida a:

"…*un tercer grupo de delitos, denominados continuados, en los cuales existe una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distinto tiempo pero en análogas ocasiones, y con unidad de propósito, con las que se infringe una misma o similar norma penal* (…)

En Bolivia, el delito continuado no está previsto en nuestras leyes penales, pues el Código de Procedimiento Penal, como se señaló precedentemente, solo hace referencia, de manera indirecta, a los delitos instantáneos y los permanentes…"

Queda claro que, para el Derecho Procesal Penal -dado tratarse mas bien de una figura de utilidad adjetiva- aplicado al caso boliviano, no existe una previsión relativa al tratamiento de los denominados delitos continuados, lo que no quiere decir que *una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distinto tiempo pero en análogas ocasiones, y con unidad de propósito, con las que se infringe una misma o similar norma penal*, no pueda existir en su sentido sustancial, por cuanto, la posición del Tribunal Constitucional Plurinacional está limitada al orden procesal, es decir, a la inexistencia de una figura que posibilite el tratamiento adjetivo de los delitos continuados (y que por ello, al importar la inexistencia de más de una acción delictiva, deben ser procesadas una por una), empero no evita el que conceptualmente se pueda dar la concurrencia de *acciones u omisiones*

infractoras homogéneas, en distinto tiempo pero en análogas ocasiones, que hace a la característica fundamental de la figura señalada.

En todo caso, así como en materia procesal penal, para el caso boliviano y según lo afirma el Tribunal Constitucional Plurinacional, no existe configurado legalmente un tratamiento especial para delitos continuados -extremo al que se refiere la Sentencia Constitucional Plurinacional de referencia-, tampoco lo está en la legislación administrativa patria, determinando que el uso en participio de la palabra *continuado* al que hace referencia la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014, en alusión a determinados precedentes de administración financiera, se limita al significado semántico del verbo *continuar*, es decir, en igual sentido que el adjetivo *permanente*: "*respecto a las* ***infracciones o faltas con efectos*** (…) ***continuados y/o permanentes***" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, según es mencionada en la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014), por lo que siendo práctico al tenor del diccionario tener a ambos términos como sinónimos (en tanto que lo *permanente* es algo *continuado* en el tiempo), no cabe mayor controversia a este respecto, máxime cuando este criterio es adoptado permanentemente en los precedentes de regulación financiera, entre estos, el de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 76/2008 de 18 de diciembre de 2008, el de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, y el de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2013 de 9 de octubre de 2013.

Ahora bien; desde un principio (nota de descargos SAFI/809/2014 de 23 de enero de 2014) **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** alegó la concurrencia de prescripción en el caso de autos, empero aún limitada a quince cargos: Nros. 2, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 30, extremo que al presente se ha ampliado a veinticuatro cargos: los mismos menos los Nros. 24, 28 y 30 -se infiere que en razón de encontrarse entre los desestimados-, además de los Nros. 1, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 18, 19, 20, 22 y 29.

El extremo último -la disconformidad entre los descargos iniciales y los alegatos en función del estado actual de los cargos-, determina se deba establecer cuál el criterio técnico que ha hecho valer el Ente Regulador, para haber calificado a las infracciones sancionadas (y sobre las que recae el actual Recurso Jerárquico) de permanentes, -criterio que, dicho sea de paso, se encuentra reconocido por la economía jurídica administrativa, sin lugar a mayor controversia-, y no así de solo instantáneas como en definitiva ha reclamado **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**.

En tal sentido, de la revisión del proceso en el estado actual en que se encuentra, se evidencia que el criterio común a los cargos, conforme han sido sancionados por el Ente Regulador, radica en haber considerado a las infracciones que les han dado lugar, cual permanentes.

Sin embargo, tal razonamiento (conforme ha sido determinado en las diversas posiciones del Tribunal Constitucional Plurinacional), exige conocer a ciencia cierta, cuál el momento (*tiempo*) hasta el que se ha prolongado la consumación del delito, extremo sobre el que no existe mayor referencia en las resoluciones impugnadas, por cuanto, teniendo en cuenta que al presente resultan en veinticuatro los cargos originales sobre los que recae la

controversia referida a la prescripción, y que varios de ellos importan, a su vez, diversos casos temporalmente distintos, no es posible concluir, como lo ha hecho el Ente Regulador, si las infracciones son evidentemente permanentes.

En tal sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncia bajo el presupuesto que, en razón a haber perdurado el incumplimiento de los diversos casos, se debe dar por hecho el carácter permanente de las consiguientes infracciones.

No obstante y conforme lo dicho, de tales extremos no existe evidencia individual, la que debiera constar de la forma que señalan los artículos 28°, inciso e), y 30° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es decir, debidamente fundamentadas, a los fines de garantizar el derecho de la administrada, de conocer las razones por las que el Ente Regulador tomó tal determinación, lo que al presente justifica la decisión que consta en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, a efectos que el Ente Regulador esclarezca el extremo.

En la consideración del extremo último señalado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá dejar debida y palmariamente demostrado, según corresponda a cada caso y a cada cargo sancionado, su calidad entre infracción instantánea o permanente, por cuanto a ello obliga el alegato contenido en la nota (de descargos) SAFI/809/2014 de 23 de enero de 2014, haciendo ello, por tanto, al derecho de **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**; asimismo y en observancia de los principios de legalidad, taxatividad, proporcionalidad y discrecionalidad reglada, el Ente Regulador deberá individualizar y dejar constancia expresa, de la sanción particular que le corresponde a cada una de las infracciones que se llegare a establecer como efectivamente cometida.

2.1.2. Interrupción del término de la prescripción.-

Asimismo, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** alega en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*la norma define de forma clara cuál es el acto que interrumpe el curso de la prescripción, es decir, aquella manifestación de la Administración que implica el ejercicio de sus facultades. Consecuentemente, no se puede pretender otorgar dicha calidad a cualquier actuación administrativa, que no reviste las características definidas por Ley para el efecto*…"

La norma a la que hace referencia (conforme lo ya supra visto), es la del artículo 8º, segunda parte, del Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, que reglamenta la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, y que en su parte final señala:

> "…***ARTICULO 8°. (Prescripción).-*** (…) *La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia realice un acto administrativo que*

recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor…"

Ahora, en la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el acto administrativo al que se refiere la norma, lo constituye -dentro del caso de autos- la nota ASFI/DSV/R-143781 de 7 de noviembre de 2012, por la que se remitió a **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA**, el informe ASFI/DSV/R-140843/2012 de de 31 de octubre de 2012, dando a conocer con detalle, las observaciones detectadas como resultado de la Inspección Técnica Financiera y solicitando la remisión de un Plan de Acción.

Al respecto, la recurrente amplía su alegato, en sentido que:

"*…el citado Decreto Supremo N° 26156 señala claramente que la interrupción de la prescripción "tendrá lugar desde el momento en que la* ***Superintendencia realice un acto administrativo*** *que recaiga sobre la infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor"* (…) *En este marco, a criterio de la ASFI, la carta ASFI/DSV/R-143781, a la cual se adjunta el informe ASFI/DSV/R-140842/2012, constituye el acto administrativo que recae sobre las infracciones cometidas, afirmando que ésta encajaría en la categoría de "Acto Administrativo de Menor Jerarquía" o de "Orden Operativo", conforme prevé el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, el cual indica que las "circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación"* (…)

...según el fundamento de la Resolución ASFI No.191/2014 (…) *la carta ASFI/DSV/R-143781 constituiría una Orden, por lo que se entiende que la misma finalizaría un procedimiento de "inspección técnica financiera" con la instrucción de remitir en 15 días -bajo alternativa de sanción- un "Plan de Acción", sin perjuicio de las adicionales acciones administrativas que* ***pudiera iniciar este Órgano de Supervisión en el marco del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175*** (…)

...resulta totalmente contradictorio entender que éste constituye el Acto Administrativo que recae sobre las infracciones cometidas, siendo un acto que recae sobre una situación distinta, vale decir, expresando la voluntad de la Administración de instruir al Administrado la realización de determinada actuación (…)

...de no ser una Orden en los términos definidos, sólo podría considerarse una "diligencia previa", que por definición del Artículo 81 de la Ley N° 2341, constituye únicamente una ***actuación preliminar*** *necesaria, que en su conjunto deben ser reunidas y que consigna a los "presuntos responsables", vale decir, contra quienes se podría o no iniciar un proceso sancionatorio; consecuentemente, no representa* ***un Acto Administrativo conforme a la definición y requisitos de los Artículos 27 y 28 de la Ley N° 2341 y menos el que recae sobre la infracción****…*"

Tal alegato ataca la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, por la que se señala que:

"…*el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, establece que la interrupción de la prescripción, tiene lugar desde el momento en que este Órgano de Supervisión, realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor.*

Que, el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por D.S. N° 27175, señala como "otros Actos Administrativos" de menor jerárquica o de orden operativo, a las circulares, órdenes, instructivos y directivas, que obligan a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.

Que, en este mismo sentido, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 68/2006, se ha pronunciado respecto a la interrupción de la prescripción (…)*:*

> "…*En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares, cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.*" (…)

…*se verifica que mediante* ***carta ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012, notificada a BISA SAFI S.A. el 13 de noviembre de 2012, se puso en conocimiento de la entidad regulada*** *el Informe Técnico ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, que detalla los resultados y observaciones emergentes de la inspección técnica financiera realizada del 14 al 19 de mayo de 2012 en la entidad regulada, instruyéndole remita un Plan de Acción sobre dichas observaciones y una copia legalizada del Acta de la Sesión de Directorio, en la que se evidencie que el mismo tomó conocimiento de la carta y del informe; así como el compromiso de cumplir con el cronograma de implantación de medidas correctivas, que no le libera de las acciones administrativas correspondientes, otorgándole al efecto el plazo de 15 días hábiles, computables a partir de su* (…)

...*por lo expuesto, en aplicación del principio de verdad material, al encontrarse expresamente previsto en la normativa específica del Sistema de Regulación Financiera, que las circulares, ordenes, instructivos y directivas son Actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo, que obligan a los regulados a su cumplimiento cuando son notificados, y en mérito a lo expuesto en el párrafo que antecede, la prescripción de las infracciones detectadas en la inspección técnica realizada del 14 al 19 de mayo de 2012, ha sido interrumpida con la notificación de la* ***carta ASFI/DSV/R-143781/2012a BISA SAFI S.A.****, es decir* ***el 13 de noviembre de 2012****…*"

A este respecto, corresponde remitirse a lo señalado por el artículo 65° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en sentido que:

> "…*Artículo 65.- (Diligencias Preliminares)*.
>
> *I. Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento*.
>
> *II. Para tal efecto, se podrán realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de infracciones*…"

Con ello queda claro el carácter amplio de las denominadas diligencias preliminares, así como su correspondencia dentro del proceso sancionatorio administrativo, cual una de sus fases, toda vez que así también han sido implementadas por la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, en su artículo 81°.

Ahora, si además al configurar ello, resulta que también coincide la existencia de un "*acto administrativo* (…) *puesto en conocimiento del presunto infractor*", tal como lo exige el artículo 8º, segunda parte, del Decreto Supremo Nº 26156, entonces no cabe duda que efectivamente y como bien ha señalado el Ente Regulador, es con un acto de esta naturaleza que queda interrumpida la prescripción de la infracción.

Dentro del caso de autos, la nota ASFI/DSV/R-143781/2012 de 7 de noviembre de 2012 (la que hace de conocimiento de la ahora recurrente, el informe técnico ASFI/DSV/R-140843/2012 de 31 de octubre de 2012, el que a su vez, detalla los resultados y observaciones emergentes de la inspección técnica financiera realizada del 14 al 19 de mayo de 2012), ha sido notificada a **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 13 de noviembre de 2012, instruyéndole remita un Plan de Acción sobre dichas observaciones y una copia legalizada del Acta de la Sesión de Directorio, en la que se evidencie que el mismo tomó conocimiento de la carta y del informe, así como el compromiso de cumplir con el cronograma de implantación de medidas correctivas.

En tal sentido, debe aclararse que efectivamente puede interrumpirse con una actuación de la naturaleza de la precitada nota ASFI/DSV/R-143781/2012, toda vez que la misma cumple con las exigencias normativas exigidas para ello.

No obstante, debe también quedar claro que ello queda sujeto a la determinación del Ente Regulador (requerida en el numeral anterior) sobre si en los casos que importan los cargos controvertidos, habría o no operado la prescripción alegada.

2.1.3. Acerca del desestimado cargo N° 24.-

Con el carácter especial con que se lo menciona en el Recurso Jerárquico, corresponde tratarse ahora la observación de **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA, referida al cargo N° 24, la que, conforme se tiene dicho supra, no constituye en sí misma impugnación alguna, sino que su mención obedece a destacar, en un plano de reclamo por la inseguridad jurídica que así se menciona, para hacerlo extensible a los restantes cargos impugnados, acerca de una supuesta incongruencia en la actuación del Ente Regulador, según lo señala la recurrente de la siguiente manera:

> "…*si bien estamos de acuerdo con la declaratoria de la prescripción de este cargo, debiendo confirmarse el mismo, no pudiendo ser modificado por efecto de la prohibición de "reformatio in pejus* (sic)*" -tal como señala el expresamente el Artículo 63 de la Ley N° 2341-,* ***no comprendemos porqué nuestro criterio sobre el cómputo de la prescripción,*** *en relación a interrupción e inicio de la misma,* ***fue considerado para este cargo y no para otros***…"

Toda vez que la desestimación del cargo N° 24 ocurrió en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, conviene también transcribir lo que en la misma ha señalado el Ente Regulador:

> "…***Cargo N° 24. "Carpetas de Participantes sin informe legal sobre la documentación adjunta,*** *en el marco de lo expresado en relación al Cargo N° 24, se tiene que al haberse suscitado la infracción el 26 de mayo de 2010, corresponde que* ***se revoque este cargo por efecto de la prescripción****…)"*.
>
> *Que, considerando que el plazo de la prescripción fue interrumpido el 13 de noviembre de 2012, con la notificación a BISA SAFI S.A de la carta ASFI/DSV/R-143781/12, la infracción ha prescrito*…"

Conforme se evidencia de la lectura anterior, el argumento para haber desestimado el cargo N° 24 es concreto, específico para el mismo, referido a que no obstante haberse interrumpido el plazo de la prescripción en fecha 13 de noviembre de 2012, ello no ha evitado que opere la prescripción señalada.

Aquí corresponde extrañar, tanto en la conducta del Ente Regulador como en la de la recurrente, una mayor proactividad, por cuanto, en el caso del primero, el fundamento resulta evidentemente sucinto, aunque no por ello falto de concisión, toda vez que los términos allí señalados resultan suficientes: se ha desestimado el cargo N° 24 y se ha explicado el porqué.

Sin embargo, correspondía una mayor explicación al porqué, a diferencia de los restantes cargos controvertidos, sí ha procedido en esta caso la prescripción y, fundamentalmente, acerca de la aplicación para ello del criterio referido a las infracciones instantáneas o a las permanentes, no constando en definitiva cuál de los dos fue el adoptado por el Regulador.

Aun así, se extraña también una adecuada actividad procesal por parte de la recurrente, toda vez que, ante el extremo que ahora presente como alegato, hacía a su derecho el solicitar la aclaración y complementación a la que se refiere el artículo 36° del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, y sin embargo, no consta que **BISA SOCIEDAD**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA hubiera ejercitado esa su facultad.

En definitiva y conforme se tiene repetidamente señalado, al no existir impugnación en concreto contra el cargo N° 24, el tratamiento que ha correspondido al mismo resulta intrascendente, no pudiéndose por ello considerar su fundamento de la forma pretendida por la recurrente.

2.2. Alegatos específicos.-

2.2.1.- Al cargo 17.-

El acápite séptimo del Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*la Resolución ASFI N° 065/2014, en su página 56,* ***considera el argumento errado de la ASFI en la ponderación de la sanción,*** *señalando que se tomaran en cuenta "las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Tercer Rango: 1) El rendimiento extraordinario del Fondo A MEDIDA se debió en mayor proporción a las compras de cuotas realizadas por participantes y* ***en menor proporción a las operaciones realizadas por el Fondo****" (el resaltado es propio).*
>
> *Consecuentemente, resulta importante señalar que la exposición de dicho argumento se encontraba dirigida ha establecer que BISA SAFI no operó en perjuicio de los Fondos, habiéndose obtenido al contrario rendimientos extraordinarios.*
>
> *No obstante, la ASFI mutila los fundamentos del cargo* ***manteniéndolo intacto*** *y prescindiendo de las partes para las cuales se reveló sus inconsistencias, minimizando las mismas y llamándolas "adicionales" cuando se observa que fueron consideradas para la determinación de la sanción* (…)
>
> *…velando por los intereses de los fondos de inversión abiertos A Medida, Premier y Capital y procurando el mayor beneficio posible para estos y sus participantes, realizó las siguientes operaciones* (…)
>
> *…Apertura de Depósitos a Plazo Fijo (DPFs) del Banco Ganadero en mercado primario en moneda nacional* (…)
>
> *…Se negoció con una agencia de bolsa la venta de los DPFs detallados en el anterior punto a una tasa de 3%, generando un diferencial de 70 puntos básicos a 3597 días. Sin embargo, en la negociación se nos comunicó que el interesado en comprar estos DPFs tenía el requerimiento de venta* (…)
>
> *…Se procedió a realizar las dos operaciones en el conocimiento de que la operación generaría rendimientos extraordinarios netos* (…)
>
> *…Debido a que la tasa de rendimiento de la compra de los DPFs del emisor Banco Los Andes era baja y para evitar una exposición a un riesgo de tasa de interés de estos*

DPFs, se definió proceder a la venta de los mismos en el mismo día, aprovechando la ganancia extraordinaria que resultaría de la venta de los DPFs del Banco Ganadero (…)

…Las ganancias netas que obtuvo cada fondo por la venta de los valores (DPFs Banco Ganadero) en el día 9 de agosto de 2011, se detallan a continuación:

FONDO	***Ganancia en Bs***	***Tasa Venta***
PREMIER	*129.751,89*	*3,00%*
CAPITAL	*141.654,68*	*3,00%*
AMEDIDA (sic)	*510.452,67*	*3,00%*

…Las pérdidas por la venta de los DPF's del Banco Los Andes Procredit, fue la siguiente:

FONDO	***"Costo de la Operación"***	***Tasa Venta***
CAPITAL	*36.798,10*	*2,10%*
AMEDIDA (sic)	*64.442,33*	*2,10%*

…***corresponderá que se revoque en su totalidad el presente cargo, en el supuesto y no admitido caso de que no decidiera declarar la prescripción del mismo***…"

Entonces, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** argumenta que el rendimiento extraordinario (de fecha 9 de agosto de 2011) del Fondo A Medida, no está sujeto a las compras y rescates de cuotas como lo manifestaría la Autoridad Reguladora en la Resolución sancionatoria ASFI Nº 065/2014, y sin embargo, si bien la Resolución Administrativa ASFI Nº 191/2014 reconoce tal criterio, corresponderá tener tal afirmación como un argumento adicional, por cuanto no hace al fondo de la observación.

En la lógica de la recurrente, la Autoridad Reguladora no habría desvirtuado el argumento referido a que las operaciones cuestionadas, se realizaron en Bolsa y al ser este un mecanismo transparente en la formación de precios, por lo que no se puede señalar una intención de beneficiar al Fondo MICROFIC ni a la Vitalicia, así como tampoco que se perjudicó a los Fondos de Inversión A Medida, Premier y Capital, toda vez que las tasas de rendimiento a un día (9 de agosto de 2011) fueron muy altas y las tasas a 30 días fueron superiores al promedio del mercado (comparadas con la tasa del 8 de agosto de 2011).

Al respecto, es necesario traer a colación la normativa pertinente, referida a las operaciones permitidas a los Fondos de Inversión, a través de sus administradoras:

- **NORMATIVA PARA LOS FONDOS DE INVERSIÓN Y SUS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS (*texto ordenado*)**

  "***ANEXO RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IV-No. 421 DE FECHA 13 DE AGOSTO DE 2004*"**

  "…***Artículo 43.-*** *Las Sociedades Administradoras deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones, en el marco de la administración de Fondos de Inversión:* (…)

w) Realizar en forma obligatoria, todas las operaciones con Valores de Oferta Pública, por cuenta de los Fondos de Inversión Abiertos, en una Bolsa de Valores a través de los mecanismos autorizados que ésta establezca. Se podrán efectuar operaciones extrabursátiles por cuenta de los Fondos de Inversión administrados, únicamente:

1. En mercado primario

2. Con Valores de la cartera del Fondo cuya negociación hubiese sido suspendida en la Bolsa de Valores, debiendo informar éste tipo de operaciones a la Superintendencia en un plazo máximo de 24 horas de efectuadas las mismas.

3. Operaciones de reporto con Valores emitidos por entidades del Estado, con el Banco Central de Bolivia como contraparte.

4. Operaciones en mercados financieros internacionales, de acuerdo a los artículos 107 y 108 del presente reglamento.

5. Operaciones con Valores que, por cualquier circunstancia, no puedan ser negociados a través de mecanismos autorizados por las Bolsas de Valores, previa no objeción de la Intendencia de Valores o salvo impedimento legal (…)

Artículo 44.- *Las Sociedades Administradoras no podrán en ningún caso, en el marco de la administración de Fondos de Inversión:* (…)

c) Llevar a cabo prácticas inequitativas o discriminatorias con los Participantes o con los Fondos de Inversión administrados…"

Entonces, de lo transcrito, se puede determinar dos aspectos importantes que hacen al presente caso:

1°. Las operaciones que se realicen para los Fondos de Inversión, deben efectuarse obligatoriamente en la Bolsa de Valores (artículo 43°, inciso w).

2°. Las Sociedades Administradoras no están permitidas a efectuar prácticas inequitativas o discriminatorias entre sus Fondos administrados o entre participantes de los mismos (artículo 44°, inciso c).

En el presente caso, tal como la recurrente lo manifiesta en sus descargos, y recursos de Revocatoria y Jerárquico, las operaciones observadas fueron realizadas en el Ruedo de la Bolsa, en cumplimiento de la normativa vigente, por lo que se presume que las mismas han sido realizadas con toda la transparencia que caracteriza a dicho mecanismo.

La propia Autoridad Reguladora deja constancia expresa en sus resoluciones que conforman al presente proceso, que las operaciones controvertidas fueron realizadas en la Bolsa de Valores, sin embargo, cuestiona que en las mismas se habría generado un conflicto de interés y trato discriminatorio entre los Fondos de Inversión que administra la recurrente, argumentando lo siguiente:

"…*respecto a que la puja es un mecanismo que no es controlable por los participantes del mercado y menos por BISA SAFI S.A., se reitera que tanto la compra como la venta de los DPF's del Banco Los Andes Procredit fueron*

adquiridos a condiciones iniciales de oferta. En este sentido, para la compra, BISA SAFI S.A. adquirió los DPF's a una tasa tan baja (0.20%) que no hubiese sido atractiva para ningún participante y por tanto no se hubiese generado ninguna puja, y para el caso de venta, ofreció los valores a tasas de 2% y 2.1%, muy distantes de la tasas en la que adquirió los DPF's (…)

Respecto a que las operaciones efectuadas en la Bolsa eliminan todo conflicto de interés y cualquier efecto de operaciones efectuadas entre vinculadas, corresponde señalar que el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, señala que: "Se entenderá como conflicto de intereses cualquier acto, omisión o situación de una persona natural o jurídica, a consecuencia del cual dicha persona puede obtener ventajas o beneficios ilegítimos, para sí o para terceros mediante el uso de información, la prestación de servicios o la realización de transacciones en el mercado de valores…Ante un potencial conflicto de intereses, es responsabilidad de la persona involucrada consultar con la Superintendencia de Valores para la aprobación o rechazo de la acción generadora del conflicto, antes de tomar la decisión de proceder con la misma." Por tanto, la norma prevé la existencia de un Conflicto de Intereses y su tratamiento ante una posible ocurrencia, y el hecho de que las operaciones se realicen en bolsa no elimina, en todos los casos, el Conflicto de Intereses , que para el caso analizado, queda claro que la compra de los DPF's a una tasa significativamente baja, beneficiaría al vendedor de estos y la venta de estos DPF's a una tasa superior beneficiaría al que compre estos DPF's por efecto de valoración (…)

…respecto a que: "c) Los fondos A MEDIDA y CAPITAL nunca hubieran tenido un rendimiento extraordinario de no haberse realizado la operación de compra y venta detallada en el presente documento", (…) *la venta de los DPF's del Banco Ganadero no debió estar condicionada a la compra de DPF's del Banco Los Andes a precios perjudiciales. BISA SAFI S.A. adquirió los DPF's del Banco Los Andes Procredit a una tasa que ninguna entidad hubiese adquirido velando por una adecuada rentabilidad y seguridad de su Fondos de Inversión, con arreglo al principio de distribución de riesgos.*

…respecto a que: "d) No hubo una práctica discriminatoria contra estos fondos, más por el contrario, gracias a las operaciones descritas se generaron rendimientos extraordinarios", (…) *dado que la compra y venta de los DPF's del Banco los Andes, perjudicaba a los Fondos de Inversión abiertos A MEDIDA, PREMIER y CAPITAL y por otro lado beneficiaba al Fondos de Inversión Cerrado MICROFIC, se observó una práctica discriminatoria contra los fondos de inversión abiertos a favor del cerrado* (…) *los fondos de inversión abiertos podían obtener mejores rendimientos si no se hubieran efectuado las operaciones observadas.* (…) *incurrió en la prohibición establecida en el inciso c) del artículo 44 de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, referida a* ***que las SAFI's en ningún caso en el marco de la administración de los Fondos de Inversión, podrá llevar a cabo prácticas inequitativas o discriminatorias*** *con los Participantes o* ***con los Fondos de Inversión administrados."***

Por lo descrito, se puede apreciar que, pese a que las operaciones fueran realizadas en la Bolsa de Valores, existen argumentos para observar las mismas, tanto por los extremos señalados por el Ente Regulador, así como porque si bien arrojaron resultados positivos al final del balance, también es cierto que pudieron haber arrojado mejores resultados de no haberse realizado las mismas, esto es, en los casos que generaron "pérdidas", como lo manifiesta la Autoridad Reguladora.

Para una adecuada comprensión de lo mismo, a continuación se detallan los hechos de fecha 9 de agosto de 2011 en cuanto a los Fondos de Inversión afectados, CAPITAL y A MEDIDA:

FONDO DE INVERSIÓN CAPITAL:

I. Se realiza la compra de un DPF del Banco Los Andes Pro Credit S.A., con el plazo de 148 días, a una tasa del 0,20%, con el código CLAN185909.

II. El mismo día se efectúa la venta de dicho Valor a una tasa del 2,10%.

FONDO DE INVERSIÓN A MEDIDA:

I. Se realiza la compra de tres DPF del Banco Los Andes Pro Credit S.A., con el plazo de 128 días, a una tasa del 0,20%, con los códigos CLAN185009, CLAN185109 y CLAN185209.

II. El mismo día se efectúa la venta de los Valores con código CLAN185009 y CLAN185109, a una tasa del 2,10%.

Considerando que la teoría financiera en la administración de Carteras de inversión, señala que se debe buscar el mayor rendimiento al menor riesgo posible, llama la atención que la Administradora de Fondos de Inversión, ahora recurrente, hubiera efectuado la compra, primero, de los señalados Valores a una tasa por debajo de la tasa promedio que el sistema financiero ofrecía para la semana del 8 al 12 de agosto de 2011 (**0,36%** para el rango de plazos de **91 a 180 días**, como se muestra en el reporte de Tasas de Interés Pasivas publicada en el portal del Banco Central de Bolivia), es decir que podía haber adquirido Valores de similares características a una tasa mayor al 0,20%.

Es más, el hecho de que la ahora recurrente hubiera negociado en el mismo día dichos Valores a una tasa del 2,10%, demuestra que si se compró el mismo Valor a la tasa de 2,10% (valga la reiteración), entonces es claro que podía haberlos adquirido a la misma tasa, de lo que surge naturalmente la cuestionante del porqué compró a una tasa menor.

Por los antecedentes descritos, en estas dos operaciones, en lugar de beneficiar el rendimiento de los Fondos CAPITAL y A MEDIDA, se les generó un perjuicio toda vez que primero se compró Valores a una tasa baja, pudiéndolos comprar a una tasa mayor, y ese mismo día se los vendió a una tasa mayor (siendo pertinente considerar el dístico: "a mayor tasa, menor precio") por lo que ésa operación les generó una disminución a sus rendimientos.

De allí surge la segunda cuestionante acerca del porqué se efectuó la venta de los Valores con pérdida para los Fondos.

Vale la pena transcribir el argumento de la recurrente, al respecto (página 21 de su Recurso Jerárquico):

"…*Debido a que* ***la tasa de rendimiento*** *de la compra de los DPFs del emisor Banco Los Andes* ***era baja*** *y para evitar una exposición a un riesgo de tasa de interés de estos DPFs, se definió proceder a la venta de los mismos en el mismo día, aprovechando la ganancia extraordinaria que resultaría de la venta de los DPFs del Banco Ganadero*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Se rescata el tácito reconocimiento de que la compra de los Valores al 0,20% fue una mala decisión y que en lugar de mejorar el rendimiento del fondo "rectificando" dicha mala decisión, se realiza la venta de los mismos pero con una pérdida para el Fondo, toda vez que se vendieron a una tasa superior a la de la compra (2,10% versus 0,20%).

Por su trascendencia, nuevamente se trae a colación el dístico: "*a mayor tasa menor precio*", es decir, que se recibió por la venta un menor precio que el que se pagó por los Valores en el mismo día, por lo que el argumento de "*para evitar una exposición a un riesgo de tasa de interés de estos DPFs se definió proceder a la venta de los mismos*", no condice con los hechos, ya que en lugar de mejorar la exposición a la tasa de riesgo que la propia **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** provocó, decidió generarles pérdida por venta de Valores a los Fondos CAPITAL y A MEDIDA.

Asimismo, para poder concluir con el análisis de las operaciones observadas, es necesario tomar en cuenta el efecto que causaron las mismas en el Mercado de Valores, para lo cual transcribimos lo manifestado por la Autoridad Reguladora en su Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014:

"…*dado que los DPF's fueron adquiridos a una tasa baja y su oferta se realizaría a una tasa significativamente mayor, y conforme lo establecido en la actual Metodología de Valoración, la tasa relevante es resultante del promedio ponderado de las operaciones realizadas en un día, la entidad que adquiriera estos DPF's, estaría beneficiada por la tasa que resultase producto de estas operaciones. Al respecto, las entidades que compraron los DPF's fueron MICROFIC, Fondo de Inversión Cerrado administrado por BISA SAFI S.A. y La Vitalicia, entidad vinculada a BISA SAFI S.A., esta última a través de Bisa Agencia de Bolsa S.A., otra entidad vinculada también a BISA SAFI S.A.* (…)

…*la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005, vigente al momento de efectuarse las operaciones observadas, que en el inciso b) del punto II.2 del apartado II Valoración de Valores de Renta Fija, señala: "...En el evento que uno o más Valores de un mismo Código de Valoración sean transados en los mercados bursátiles autorizados en un día determinado, y que la suma total de dichas transacciones supere el monto mínimo determinado para cada Código de Valoración; todos los Valores de ese mismo Código de Valoración deberán ser valorados utilizando la Tasa Promedio Ponderada (TPP) de las transacciones efectuadas. En este caso, la* ***Tasa de Rendimiento relevante será el promedio ponderado de las Tasas de Rendimiento de las transacciones del día*** *en mercados bursátiles autorizados, de los Valores pertenecientes a un mismo Código de Valoración. Esta ponderación de tasas de rendimiento se hará en función a los montos de cada operación con relación al total transado de los Valores pertenecientes a un*

mismo Código de Valoración (…) En este sentido, del archivo de Marcación de Valores de Renta Fija de la Bolsa de Valores se obtuvo la siguiente información:

Codigo de Valoración	Instrumento	Clave	Tasa Promedio	Monto Negociado	Monto Mínimo	Activo
06CLAN400	DPF	CLAN09185109	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN400	DPF	CLAN09185209	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN400	DPF	CLAN09185309	0.648	18837072.21	343500	AC
06CLAN500	DPF	CLAN09184909	1.1463	18933067.76	343500	AC
06CLAN500	DPF	CLAN09185009	1.1463	18933067.76	343500	AC

Por lo que se puede calcular la obtención de la Tasa Promedio Ponderada para los códigos de valoración 06CLAN400 y 06CLAN500:

INSTRUMENTO	CLAVE	MONTO	TASA DE ADQUISICIÓN	PONDERACIÓN	COMPRADOR	VENDEDOR	CÓDIGO DE VALORACIÓN
DPF	CLAN09185109	4,716,179.11	0.20%	0.0501%	A MEDIDA		06CLAN400
DPF	CLAN09185209	4,716,179.11	0.20%	0.0501%	A MEDIDA		06CLAN400
DPF	CLAN09185309	4,716,179.11	0.20%	0.0501%	PREMIER		06CLAN400
DPF	CLAN09185109	4,688,534.88	2.00%	0.4978%	MICROFIC	A MEDIDA	06CLAN400
Total		18,837,072.21	TASA PONDERADA	0.6480%			

INSTRUMENTO	CLAVE	MONTO	TASA DE ADQUISICIÓN	PONDERACIÓN	COMPRADOR	VENDEDOR	CÓDIGO DE VALORACIÓN
DPF	CLAN09185009	4,751,665.99	0.20%	0.0502%	A MEDIDA		06CLAN500
DPF	CLAN09185009	4,714,867.89	2.10%	0.5230%	MICROFIC	A MEDIDA	06CLAN500
DPF	CLAN09184909	4,751,665.99	0.20%	0.0502%	CAPITAL		06CLAN500
DPF	CLAN09184909	4,714,867.89	2.10%	0.5230%	BIA (VITALICIA)	CAPITAL	06CLAN500
Total		18,933,067.76	TASA PONDERADA	1.1463%			

…dado que hubo marcación para los códigos 06CLAN400 y 06CLAN500, por efectos de valoración, los Fondos de Inversión A MEDIDA y PREMIER tuvieron pérdidas, dado que los DPFs CLAN09185209, CLAN09185309 permanecieron en sus carteras, respectivamente, mientras que MICROFIC y La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A. tuvieron ganancias como se muestra en el siguiente cuadro:

ENTIDAD	CLAVE	TASA DE ADQUISICIÓN	TASA RELEVANTE	PRECIO DE ADQUISICIÓN	PRECIO DE MERCADO	DIFERENCIA
A MEDIDA	CLAN09185209	0.20%	0.6480%	4,716,179.11	4,709,268.34	-6,910.77
PREMIER	CLAN09185309	0.20%	0.6480%	4,716,179.11	4,709,268.34	-6,910.77
MICROFIC	CLAN09185009	2.10%	1.1463%	4,714,867.89	4,733,267.08	18,399.19
MICROFIC	CLAN09185109	2.00%	0.6480%	4,688,534.88	4,709,268.34	20,733.46
LA VITALICIA	CLAN09184909	2.10%	1.1463%	4,714,867.89	4,733,267.08	18,399.19

(…)"

Como se evidencia de tales afirmaciones, las operaciones antes mencionadas generaron la marcación de los Valores signados con los códigos 06CLAN400 y 06CLAN500 -en aplicación de la Metodología de Valoración de Valores-, dentro de los cuales se encuentran los Valores negociados, por cuyo efecto mejoró la posición del Fondo cerrado MICROFIC y de la

Vitalicia de Seguros S.A. que fueron quienes adquirieron los Valores CLAN09185009 y CLAN09185109 y CLAN09185109, respectivamente, entidades que se encuentran vinculadas a la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión recurrente. Con tales operaciones, la tasa de rendimiento del Fondo de Inversión Cerrado MICROFIC se ha visto mejorada, de la siguiente manera:

	Tasas de Rendimiento del Fondo de Inversión Cerrado MICROFIC			
Fecha/Plazo	A 1 día	A 30 días	A 90 días	A 180 días
8/agosto/2011	-15,59%	0,9594%	0,7111%	0,6688%
9/agosto/2011	**7,52%**	**1,1648%**	**0,7535%**	**0,7162%**

Por lo tanto, se puede inferir que las operaciones realizadas con los Valores CLAN09185009, CLAN09185109 y CLAN09185909, fueron principalmente, para mejorar la tasa de rendimiento del Fondo de Inversión Cerrado MICROFIC, tal como se observa en el cuadro precedente, entonces, en desmedro de los Fondos de Inversión Abiertos CAPITAL y A MEDIDA.

Por todo lo manifestado precedentemente, se puede establecer que **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** sí incurrió en lo previsto por el artículo 103° de la Ley del Mercado de Valores, específicamente, en lo dispuesto en los siguientes párrafos:

> "…*Las sociedades administradoras de fondos* ***están obligadas en todo momento a respetar y hacer prevalecer los intereses de los fondos que administran sobre los suyos****. Cuando intervengan en la compra o venta de Valores* ***deberán velar primero por los intereses de los fondos****, procurando que* ***en las transacciones se obtenga siempre el mayor beneficio o ventaja posible para éstos****,* ***antes que para sus propias*** *inversiones e* ***intereses****.*
>
> *Las agencias de bolsa y las sociedades administradoras de fondos* ***deben evitar los precios perjudiciales****, quedando* ***entendido por tales*** *a* ***aquellos*** *precios de transacción en el mercado de valores****, que no son*** *aquellos* ***que el comprador o vendedor, velando por su propio interés, pagaría o recibiría en un mercado abierto****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Así como en lo previsto en el inciso c) del artículo 44°, de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, que dispone:

> "…***Artículo 44.-*** *Las Sociedades Administradoras no podrán en ningún caso, en el marco de la administración de Fondos de Inversión:*
>
> *c)* ***Llevar a cabo prácticas inequitativas o discriminatorias*** *con los Participantes o* ***con los Fondos de Inversión administrados****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2.2.- Al cargo 8.-

BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA señala también, ahora en el acápite octavo de su Recurso Jerárquico, que:

"…*la Administración no señala en ningún momento que se haya omitido el llenado del número de cédula de identidad en el registro; consecuentemente, el hecho de que la copia del carnet no se encuentre vigente a momento de que la entidad a su cargo realiza su inspección, no puede asimilarse que no se cuente con el número de cédula de identidad o, peor aún,* ***que el número se encuentre "desactualizado", siendo que el mismo*** *-independientemente de la vigencia del documento de identidad-* ***seguirá para todos los efectos siendo siempre el mismo***…"

Entonces, la recurrente alega que, respecto a la existencia de información desactualizada de participantes, por cédulas de identidad vencidas, el criterio de la ASFI se aleja del derecho al determinar que sea la Sociedad Administradora de Fondos la responsable de tal hecho, debido a que la exigencia de la norma es que se mantenga un registro electrónico y actualizado de los Participantes, formando parte de ello el número de la cédula de identidad.

En tal sentido, del análisis de la norma correspondiente (numeral 3, inciso c) del artículo 43 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras), se evidencia que la obligación de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión radica en lo siguiente:

"…***Artículo 43.-*** *Las Sociedades Administradoras deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones, en el marco de la administración de Fondos de Inversión:* (…)

c) Llevar un registro electrónico y actualizado de los Participantes del Fondo de Inversión que deberá contener como mínimo:

1. *Nombre o denominación social.*
2. *Domicilio.*
3. *Número de Cédula de Identidad.*
4. *Número de Identificación Tributaria (NIT) si corresponde.*
5. *Firmas autorizadas para efectuar rescates o redenciones de Cuotas, en el caso de Fondos de Inversión Abiertos.*
6. *Firmas autorizadas para ejercer los derechos económicos u otros, en el caso de Fondos de Inversión Cerrados.*

Los datos consignados en dicho registro, numerales 1 al 6, ***deberán estar permanentemente actualizados y respaldados por la correspondiente documentación***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, se puede apreciar que la obligación de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, en cuanto a las cédulas de identidad, se limita a tener registrado el número de las mismas (número de kárdex de identificación personal), debiendo respaldar ello con la correspondiente documentación, la que se entiende que es la propia cédula, en la forma en lo que ello sea posible.

A efectos operativos, la norma obliga a que es el número de la cédula de identidad debe encontrarse registrado y actualizado (que vendría a ser lo mismo, dado que tal actualización no exige mayor trámite, salvo en casos excepcionales), en otras palabras, la norma no hace referencia a mantener actualizada la cédula de identidad sino el número de kárdex de identificación personal que le corresponde a ésta ni a que deba existir permanentemente, en el registro que administra la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, una copia -legalizada- de la cédula de identidad vigente, limitándose (como se ha visto) al deber de constar el número de kárdex de identificación personal.

En tal sentido y ante la claridad de la norma, no consta incumplimiento a la misma y no corresponde imponer una sanción por lo mismo.

2.2.3.- A los cargos 6 y 7.-

Por otra parte y en su acápite noveno, el Recurso Jerárquico señala:

> "…*el incumplimiento a la obligación prevista en el Artículo 43, inciso i), de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, se dio en función a la no entrega o entrega extemporánea de tal información a los participantes* ***por una causal ajena a la voluntad de la SAFI,*** *situación que fue debidamente documentada mediante constancia entregada por la empresa de courier que fue debidamente presentada a su Autoridad* (…)
>
> …*no podrán ser sancionables las situaciones en las cuales el incumplimiento se da por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; en el presente caso, se constituyen los presupuestos de la denominada "fuerza mayor" tratándose de una situación imprevisible y que no pudo evitarse por parte del Administrado, toda vez que el hecho de que la persona pueda ser habida en su domicilio o que la dirección que haya señalado por ésta sea veraz y exacta,* ***no es una situación que sea atribuible de ninguna manera a otra que no sea aquella que habita en el mismo o provee el dato***…"

Así, la recurrente argumenta que la no entrega o la entrega tardía, de los estados de cuenta a los participantes de los fondos, escapa a su control cuando los mismos no pueden ser habidos en los domicilios señalados por ellos mismos, o cuando los datos proporcionados para lo mismo son erróneos.

Al respecto, la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, establece lo siguiente:

> "…***Artículo 43.-*** *Las Sociedades Administradoras deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones, en el marco de la administración de Fondos de Inversión:* (…)
>
> ***El reporte mensual deberá ser entregado*** *a todos los Participantes* ***sin excepción hasta el décimo día calendario del mes siguiente****. La Sociedad Administradora, deberá contar con los respaldos correspondientes que certifiquen la entrega del reporte en las direcciones de los titulares de las cuentas de participación que consten en sus registros.*

Cualquier retraso, deberá ser debidamente sustentado, documentado y justificado.

La contratación de servicios de terceros para la entrega del reporte mensual indicado en el presente artículo, no significa la liberación y cesión de las obligaciones y responsabilidades de la Sociedad Administradora, que le corresponden de conformidad a lo establecido por normativa vigente…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede observar, si bien la norma no establece excepciones para la obligación de entrega de estados de cuenta a los participantes de los fondos (es decir, que la premisa es que el estado de cuentas debe ser entregado a todos y cada uno de los participantes, sin excepción), sin embargo, también establece la salvedad para el caso de retraso en la entrega, lo que debe encontrarse "*debidamente sustentado, documentado y justificado*".

En tal sentido, no cursa en el expediente ningún documento de respaldo al alegato de la recurrente, sino solamente la explicación que sale de su nota de descargos, donde refiere que su courier contratado no ha logrado la entrega de los estados de cuenta, por lo que los mismos son devueltos a la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión y, por ello, se encuentran a disposición de los participantes, mencionando además que el plazo de entrega de diez días resulta muy breve, sugiriendo su ampliación.

Consiguientemente, no existen justificativos válidos, tanto a la demora en la entrega, como a la no entrega de los estados de cuenta a los diferentes participantes de los Fondos de Inversión, correspondiendo por ello ratificar las sanciones impuestas a los cargos N° 6 y N° 7, ello en estricta observancia al artículo 43°, conforme se tiene supra analizado.

2.2.4. Al artículo quinto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014.-

Finalmente, en el acápite décimo del Recurso Jerárquico, **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** alega que:

> "*…nos causa extrañeza y gran preocupación que su Autoridad actúe de manera contraria respecto al sistema financiero relacionado con las entidades de intermediación financiera frente a los fondos de inversión. Afirmamos este extremo en relación al artículo Cuarto* (sic) *de la R065/2014 que recurrimos de revocatoria en esta oportunidad, por el que usted dispone "QUINTO.- Se instruye a BISA SAFI S.A. la adecuación de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, conforme lo establecido en la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de acuerdo a lo señalado para el cargo No. 10 de la presente Resolución"* (…)
>
> *…velando por un crecimiento del sector, corresponde a la ASFI ser quien modifique la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, de tal manera que permita la validez plena de la compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones con banco, en este caso con el Banco Bisa S.A., que no consignen la firma del funcionario responsable de la operación, porque se encuentran plenamente respaldadas por los bouchers (comprobantes electrónicos) que el banco emite*

inmediatamente de efectuada la operación, ya que los mismos contienen el sello electrónico refrendado donde incluyeel (sic) *nombre del cajero y número de caja, compensando de esta manera lo señalado en el artículo 66 inciso i) de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004 referente a firma y sello del responsable de la operación…*"

Con la aclaración previa del evidente error en el que incurre la recurrente, al señalar en principio el artículo cuarto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, para luego ella misma aclarar -aunque tácitamente- de que se trata del quinto aquel sobre el que versa su impugnación presente, se tiene que **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** alega que adecuar a la normativa regulatoria vigente, los reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra (específicamente en lo que atañe a la exigencia de que los comprobantes de compra y rescate de cuotas que deben llevar la firma de su responsable), resulta altamente perjudicial para los participantes, con particularidad en aquellos que radican en lugares donde la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión no cuenta con oficinas, toda vez que tales operaciones actualmente las realizan a través de las agencias del Banco Bisa en todo el país, aspecto que ha sido autorizado por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por lo que solicita que se revoque tal instrucción y que sea más bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la que modifique la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Como hecho notorio, efectivamente no es frecuente que las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión cuenten con oficinas en todas las regiones del Estado, ni siquiera en todas las ciudades sino en algunas capitales, por lo que el hecho de que los participantes deban efectuar compra o rescate de cuotas, con el condicionamiento de que el comprobante que los respalda deba estar firmado por un funcionario de la Sociedad, obligaría a que las operaciones se deban realizar únicamente en esas capitales, donde existan sus oficinas.

Si bien la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras establece, en el inciso j) del artículo 66°, que el comprobante de compra de cuotas debe llevar "*Firma y sello del responsable de la operación*", también en el inciso s), establece la misma obligatoriedad para los comprobantes de rescates de cuotas, considerando, además, la siguiente salvedad:

"*En los casos que dichos rescates de cuotas* ***se efectúen por medio de tarjetas de débito a través de cajeros automáticos****, deberá aplicarse lo establecido en el artículo 77 de la normativa, asumiendo la responsabilidad de dichas operaciones, la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión."*

A su vez, el artículo 77° referido, establece lo siguiente:

"Artículo 77.- *En caso de que la Sociedad Administradora acepte solicitudes de compra y/o rescate de Cuotas vía telefónica, correo electrónico, cajero automático* ***u otros****,* ***se deberá presentar*** *a la Superintendencia* ***para su aprobación previa, el procedimiento operativo a utilizar y las medidas de seguridad a adoptarse***.

En el caso de rescates mediante cajero automático, se deberá tomar en cuenta como mínimo:

a) La liquidez promedio diaria que mantiene el Fondo.

b) La política de rescates establecida en el Reglamento Interno respectivo.

Cuando exista un tercero que brinde los servicios previstos por el presente artículo, las Sociedades Administradoras deberán presentar previamente a la Superintendencia para su revisión, los contratos a ser suscritos con el proveedor del servicio."

De las normas transcritas ut supra, se puede apreciar que la Autoridad Reguladora, si bien, establece que la operación debe llevar firma y sello del responsable de la operación, también ha previsto el uso de la tecnología en estas transacciones, por ello hace referencia a transacciones a través de cajeros automáticos, donde, obviamente, no existiría sello y firma del responsable de la operación pero sí un comprobante emitido por la máquina. Es más, el artículo 77 es más claro aún al disponer que en caso de aceptarse compra y rescate de cuotas vía telefónica, correo electrónico, cajero automático **u otros**, la SAFI **debe presentar para su aprobación el procedimiento** y medidas de seguridad a adoptarse, haciendo referencia también al uso de cajeros automáticos para estas operaciones.

La recurrente argumenta que el procedimiento de compra y rescate de cuotas que viene brindando a través de cajeros de las agencias del Banco Bisa, ha sido autorizado en su oportunidad por la Autoridad Reguladora, haciendo referencia a las notas SPVS-IV-DI/Nº 481/2098, SPVS-IV-DI/Nº 482/2098 y SPVS-IV-DI/Nº 483/2008, todas del 18 de junio de 2008, donde específicamente se autoriza a:

"…*b) En el caso de que el Participante sea atendido por cajeros del Banco Bisa SA.,* ***el sello electrónico*** *refrendado donde* ***incluya nombre del cajero y número de caja, compensará a lo señalado en el artículo 66 inciso i)*** *de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 421 de fecha 13 de agosto de 2004 referente a firma y sello del responsable de la operación*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, la Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 065/2014, solamente ha señalado, de forma muy escueta, que:

"…*Evaluados los descargos presentados por la Sociedad, corresponde desestimar el cargo notificado, sin embargo, cabe aclarar que las modificaciones a los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos* ***en cuanto a la validez de los comprobantes de compra o rescate de cuotas, autorizadas mediante notas*** *SPVS-IVDI/No.481/2008, SPVS-IV-DI/No.482/2008 y SPVS-IV-DI/No.483/2008,* ***no sustituyen los requisitos establecidos en los incisos j) y s) del artículo 66*** *de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.*

En consecuencia*, se debe instruir a BISA SAFI S.A. la adecuación de los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos que administra, a lo establecido en la vigente Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004*…"

Así también, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 191/2014, ha manifestado lo siguiente:

> "…*Que, finalmente con relación al punto OCTAVO del memorial del recurso de revocatoria, es necesario aclarar que los Reglamentos Internos de los Fondos de Inversión Abiertos administrados por BISA SAFI S.A., en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en los incisos j) y s) del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, sobre la "**Firma y sello del responsable de la operación**" en los comprobantes de compra y rescates cuotas, no implica una dificultad o imposibilidad en el acceso de los Participantes al manejo simple e inmediato de sus cuentas que mantienen en cualquiera de los fondos de inversión, siendo que el requisito es de cumplimiento de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión en razón a que la norma busca dar legitimidad a la operación con* ***Firma y sello del responsable de la operación.***
>
> *Que, en este sentido si bien, la entidad contrató los servicios de distribución de cuotas de sus Fondos de Inversión Abiertos, con una entidad de Intermediación Financiera, la normativa de Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión aclara que la contratación de servicios de terceros, no significa la liberación y cesión de las obligaciones y responsabilidades de la Sociedad Administradora, por tanto, es obligación de* ***BISA SAFI S.A****., incluir en el contrato de distribución suscrito con la entidad de Intermediación Financiera, que la operaciones realizadas cumplan todos los requisitos establecidos en los incisos del artículo 66 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras***.**
>
> *Que las Sociedades Administradoras tienen la obligación de respetar y cumplir en todo momento lo establecido en la normativa vigente y demás normas aplicables, el término "obligación" constituye un vínculo que impone en el presente caso* ***la ejecución de una acción****, en la norma no se establece una excepción o excluyente de la ejecución de dicha obligación, la inclusión de "sellos electrónicos y números de caja", en los comprobantes de compra y rescates de cuotas no sustituyen la Firma y sello del responsable de la operación, en vista a que la normativa vigente no establece la sustitución de requisitos, por tanto, dicha acción es de cumplimiento obligatorio de todas las entidades sujetas a su ámbito de aplicación*…"

De tales argumentos no queda claro si la instrucción es que el comprobante emitido por la transacción no cumple con la norma porque no lleva "sello y firma" del cajero que atiende la transacción, es decir que el sello automático no sería suficiente, o que el comprobante debe llevar la "firma y sello" de un funcionario de la SAFI y si esta observación involucraría al uso de otros mecanismos electrónicos, por lo que es necesario que la Autoridad Reguladora aclare tal situación a fin de evitar cualquier confusión, pues como alega la recurrente, la propia Autoridad Reguladora ha autorizado el procedimiento establecido a través de cajeros del Banco Bisa, disponiendo que el sello electrónico del cajero compense a la exigencia del inciso i) -ahora inciso j por modificación de la norma en la gestión 2009- es más; en las primeras dos notas referidas, también se autorizó el uso de mecanismos adicionales como cajeros automáticos (ATM's) y terminales conectadas (POS), medios a través de los cuales también se emiten comprobantes electrónicos, que obviamente no llevan el sello y firma observados.

En todo caso, sea cual fuere la instrucción a precisar, se recomienda que previamente se valore si corresponde generalizar a todas las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, que utilizan servicios de terceros para la compra y rescate de cuotas, su impacto en el mercado y el avance tecnológico en cuanto a la prestación de servicios (el que cada vez obliga a realizar transacciones con mayor eficiencia).

Por lo tanto, dentro de los alcances del cargo Nº 10 de la nota ASFI/DSV/R-188800/2013 de 11 de diciembre de 2013 ("***Comprobantes de compra y rescate de cuotas sin la firma del funcionario responsable de la operación.*** *Al 31 de marzo de 2012, la Sociedad Administradora habría emitido comprobantes de compra y rescate de cuotas correspondientes a transacciones realizadas con el Banco Bisa S.A. que no consignarían la firma del funcionario responsable de la operación*"), se impone un análisis más profundo de los efectos de una determinación de esa naturaleza en el Mercado de Valores, especialmente para los participantes de los Fondos de Inversión Administrados por la recurrente, extremo que determina la anulación de la previsión del artículo quinto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, dado adolecer del fundamento que ahora se extraña.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que en la sustanciación del proceso administrativo sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha realizado una correcta fundamentación en lo que respeta a la determinación de los cargos imputados y sancionados, en concreto, acerca del porqué, en su criterio, los mismos resultan en infracciones permanentes, como lo ha hecho constar en los actos que componen al de autos.

Que, lo señalado importa una infracción al debido proceso administrativo, en el sentido de no encontrarse correctamente justificadas las resoluciones que hacen al de referencia, dando lugar a la anulabilidad de los actuados respectivos, circunstancia similar -en lo más específico- con referencia al artículo quinto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, por los alcances que resultan del mismo.

Que amén de ello y en virtud de lo ahora resuelto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe dar estricto cumplimiento al artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en cuanto que, tenida en cuenta la situación de la recurrente **BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** hasta el momento de haberse interpuesto el Recurso Jerárquico, no se podrá agravar su situación como emergencia del Recurso Jerárquico, ni por efectos de la decisión jerárquica que le ha correspondido, esta es la presente.

Que, por otra parte, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero referida al cargo N° 8, resulta -conforme se ha visto- en una infracción a los principios de tipicidad y legalidad, al no corresponder la conducta sancionada a la norma que se señala de incumplida, lo que debe dar lugar a su revocatoria.

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso b), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar parcialmente la resolución impugnada, cuando pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto parte de la resolución recurrida.

Que, asimismo, de conformidad con el artículo 44° del mismo Reglamento, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejando sin efecto el artículo tercero de la última nombrada en cuanto al cargo N° 8.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 065/2014 de 6 de febrero de 2014, **inclusive**, únicamente en lo referido a los cargos Nros. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27 y 29 (sancionados en su artículo tercero), manteniendo subsistente lo determinado hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2014 de 4 de abril de 2014, con referencia a los cargos Nros. 3, 10, 24, 28 y 30, debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 288-2014 DE 15 DE ABRIL DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 059/2014 DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2014

La Paz, 22 de septiembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 052/2014 de 09 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 100/2014 de 11 de septiembre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 7 de mayo de 2014, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente General, señor Miguel Ángel Barragán Ibargüen, conforme consta en el Testimonio Poder N°

0019/2010, otorgado en fecha 8 de enero de 2010 por ante Notaría de Fe Pública Nº 069 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Carlos Huanca Ayaviri, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1408/2014, con fecha de recepción 9 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de mayo de 2014, notificado en la misma fecha, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9397/2013 de 27 de noviembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó con los cargos a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme la siguiente redacción:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la evaluación a la "Cuentas Determinadas – Documentos por Pagar – Letras (203.03.01)" al 31 de julio de 2013, se ha llegado a los siguientes supuestos contra SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.:*
>
> *El* ***acápite 203.03M del Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad aprobados mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 180-08 de 27 de febrero de 2008*** *señala adecuadamente que su carácter es registrar obligaciones (deudas) contraídas por la entidad pendientes de pago, por lo que queda claro que no se pueden registrar en esta Cuenta, fondos que no sean obligaciones contraídas, que es lo que, contrariamente,* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *hizo.*
>
> *La politica* (sic) *aplicada por la Entidad de registrar y utilizar las Garantías en Efectivo depositadas por personas naturales o jurídicas que contrataron pólizas de caución o*

fianzas en la cuenta Documentos por Pagar – Letras (203.03.03) y su contraparte contable en el Activo 101.02 Disponible - Bancos y 104 Inversiones, mejoró significativamente su "Situación Financiera – EEFF", al igual que su "Posición Financiera" con relación al resto de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras que operan en nuestro país. El efecto en Estados Financieros al 31/07/2013 por la utilización de estos recursos económicos los cuales no son de propiedad de esta Entidad, es de Bs31,329,174.45 equivalentes a US$4.566,935.05 los cuales representan el 10.58% del Total Activo y el 8.02% del Total (…)

…la cuenta Documentos por Pagar – Letras (203.03.03) tuvo un crecimiento significativo a partir de la gestión 2010 a julio/2013.

Esta conducta de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *denota conflicto de intereses.*

En el caso que nos ocupa, el afianzado entrega fondos en garantía para cubrir eventuales ocurrencias de un siniestro concreto, y confía en que la entidad en la que se deposita, no hará un uso distinto al destinado, teniendo en mente que las garantías son indisponibles, por tanto, no son de propiedad de la Aseguradora.

Este hecho vislumbra incumplimiento del ***artículo 12.i) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "****OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-****…****i)*** *Abstenerse de efectuar actos que generen* ***conflictos de interés*** *o competencia desleal…" (las negritas corresponde* (sic) *a la APS)*

Asimismo, implica incumplimiento del ***artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "****PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: "****…****a)*** *Publicitar y* ***entregar información inexacta o falsa*** *que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos" (las negritas corresponde* (sic) *a la APS)*

En consecuencia ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba (…) *la APS emitirá la resolución que corresponda…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota ANL/N° 0014/14 de 14 de enero de 2014, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** respondió a los cargos de la nota

APS/DESP/DJ/DS/9397/2013 de 27 de noviembre de 2013, presentando los siguientes descargos:

> "…*Antes de ingresar a fundamentar y desvirtuar los supuestos cargos que nos imputan, corresponde aclarar y rechazar algunos conceptos que esa autoridad señala en la nota de referencia.*
>
> *En el segundo párrafo de su nota manifiestan que el acápite 203.03M tiene por carácter registrar obligaciones (Deudas) contraídas por la entidad, pendientes de pago. Ahora bien, bajo esa premisa, como se debe entender a los dineros depositados por terceros en la compañía por concepto de garantías, sabiendo que los mismos deben ser devueltos a quién los depositó?? (sic), no se entiende tal acción como un pago???, (sic) claro que sí… en consecuencia si la compañía tiene la obligación de devolver esa* (sic) *monto de dinero, lógicamente estamos hablando de un pago.*
>
> *Consecuentemente lo aseverado por la APS en el párrafo señalado carece de sustento legal fáctico.*
>
> *Continuando con nuestra exposición, el tercer párrafo la APS señala que la política aplicada por nuestra compañía implicó una mejora en la situación financiera de la aseguradora con respecto a otras entidades aseguradoras. Sobre esta afirmación nos corresponde aclarar que la inexistencia de una cuenta expresa para apropiar estos recursos (Garantías en Efectivos), de ninguna manera implica una mejora en la situación financiera de la compañía, puesto que como señalamos anteriormente, esos recursos en cierto momento fueron pagados a los afianzados o en su defecto ejecutados.*
>
> *Finalmente, nos extraña y preocupa la insinuación realizada por la APS en sentido de que nuestra compañía habría mal utilizado las garantías entregadas por el afianzado, no otra cosa* (sic) *se desprende de la simple lectura del párrafo en el que se manifiesta expresamente "…el afianzado entrega fondos en garantía para cubrir eventuales ocurrencias de un siniestro concreto y confía en que la entidad en la que se deposita, no hará un uso distinto al destinado. Teniendo en mente que las garantías son indisponibles, por tanto, no son de propiedad de la Aseguradora".*
>
> *Al respecto, rechazamos enfáticamente tal insinuación, puesto que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. en ningún momento ha defraudado la confianza depositada por nuestros asegurados, asimismo, debemos aclarar a que ese ente fiscalizador que conocemos y tenemos muy claro que esos fondos no son de propiedad de la seguradora y que en su caso, si corresponde, debe ser devuelto al afianzado, situación que siempre ha sido cumplido* (sic) *por nuestra compañía, por lo que, solicitamos respetuosamente a su autoridad evitar ese tipo de insinuaciones que mal pueden llevar a confusiones o malas interpretaciones.*

Ahora bien, en la nota que nos ocupa, la supuesta contravención que señala la APS se refiere al incumplimiento de los artículos 12. Inciso i) y 14. Inciso a) de la Ley N° 1883, por lo que en tiempo hábil y oportuno, tenemos a bien presentar y exponer los siguientes descargos y fundamentos de hecho y derecho:

- *En relación al supuesto incumplimiento del artículo 12 inciso i) de la Ley N° 1883, en el que señala "Conflicto de Intereses", la APS, sustenta su posición en los argumentos que nos hemos encargado desvirtuar precedentemente, sin embargo, para mayor abundamiento consideramos preciso profundizar en conceptos doctrinales sobre la supuesta infracción, es decir, sobre el conflicto de intereses.*

  De acuerdo a Oscar Zaldivar: "Un Conflicto de intereses tiene lugar en cualquier situación en que un interés interfiere o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga la obligación (legal, convencional, fiduciaria o ética) de actuar de acuerdo con el interés de la otra parte"

  La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define el conflicto de intereses como aquel que se da entre las obligaciones públicas y los intereses privados de un servidor público y puedan estos influir impropiamente en el desempeño como servidor público.

  De igual manera, Charles Haldeman define el conflicto de intereses como aquel que se da entre las obligaciones públicas y los intereses privados de un servidor público y puedan estos influir impropiamente en el desempeño como servidor público.

  En este sentido, resulta claro y evidente que bajo ninguna circunstancia la conducta de la compañía puede adecuarse a lo que la doctrina en general entiende por conflicto de intereses, como mal pretende hacer ver la APS, puesto que la apropiación contable de esos montos de dinero en la cuenta 203.0303 "Documentos por Pagar-Letras" de ninguna manera implica que las decisiones asumidas por Credinform hayan sido tomadas en base a una limitante de nuestra capacidad relacionada con los intereses de nuestros asegurados, en virtud a que esos intereses en todo momento estaban vigentes y fueron cumplidos por nuestra compañía.

  Asimismo, no podemos ignorar lo que nuestro ordenamiento jurídico prevé en materia Sancionatoria administrativa así como los principios rectores de la misma, en este sentido, como es de su conocimiento, la Ley N°2341 en su Art. 73, establece el Principio de Tipicidad, el cual en el parágrafo 1 señala: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"

  Por todo lo expuesto, resulta a todas luces incoherente la interpretación de la APS en sentido de que nuestro actuar ha generado un conflicto de intereses, en consecuencia, reiteramos que la conducta de la compañía no se adecúa

a lo tipificado por esa autoridad y en consecuencia no corresponde proceso sancionatorio alguno.

- *En cuanto se refiere al supuesto incumplimiento del artículo 14 inciso a) de la Ley N° 1883, de la lectura de la nota de referencia, se evidencia que esa autoridad no justifica ese supuesto incumplimiento, limitándose a dar por hecha tal situación, aspecto que vulnera principios elementales del derecho administrativo en general y del ámbito sancionatorio en particular.*

  Sin perjuicio de lo señalado, no es posible dejar de lado que no existe una cuenta determinada en la cual se registren las garantías en efectivo, situación que ha llevado a la compañía a apropiar esos recursos a la cuenta 203.03, situación que ha sido reportada oportuna y correctamente a la APS.

  Ante la inexistencia de una norma contable y/o administrativa que obligue a las aseguradoras a registrar esos recursos en una determinada cuenta, resulta incomprensible que la APS pretenda ahora atribuir a nuestra compañía el envío de información inexacta o falsa a la APS.

  Por todo lo expuesto precedentemente, y en aplicación de los principios rectores en materia administrativa, solicitamos a su autoridad que mediante la respectiva resolución administrativa se disponga dejar sin efecto los cargos imputados a nuestra compañía y en consecuencia se archive el presente proceso sancionatorio…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 56-2014 DE 29 DE ENERO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014 de 29 de enero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expone los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que siendo derecho de todo regulado, la obtención de una decisión fundada conforme prevé el "Derecho al Debido Proceso" previsto en el artículo 115 – II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE), corresponde analizar los descargos de la Aseguradora.

Que de la evaluación técnica realizada a los argumentos presentados como descargo por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. se establece lo siguiente:

- *La Entidad acepta que los fondos depositados en calidad de Garantía no son de su propiedad y que en caso de corresponder, son devueltos a los afianzados; no obstante, se debe mencionar que con estos fondos la entidad efectuó inversiones sin la autorización e información a los afianzados, conforme lo revela el informe Técnico APS/DS/JCF/332013 de 4 de septiembre de 2013, generando*

rendimientos extraordinarios que fueron registrados como parte de la utilidad del período de la Entidad.

De lo descrito se puede determinar que, el hecho de no existir un documento específico que autorice el uso o disposición de las garantías en efectivo depositadas por los afianzados, podría devenir en un choque de derechos y pretensiones (conflicto de intereses – Manuel Ossorio), entre el afianzado y la entidad, ya que el afianzado en ningún momento autorizó el uso o disposición de los fondos depositados en calidad de garantía en efectivo (Derecho); por otra parte la entidad utiliza los fondos confiados para fines distintos al objeto, invirtiendo estos para generar réditos adicionales para la Entidad exponiendo estos en Estados Financieros como si fueran de su propiedad (pretensión).

- *Respecto a la evaluación del presunto incumplimiento del inciso a) del artículo 14 (prohibiciones a las entidades aseguradoras) de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, la Entidad Aseguradora, argumenta que esta Autoridad de Fiscalización no justificó el presunto incumplimiento, además de no existir norma contable y/o administrativa que obligue a las Entidades Reguladas a registrar los depósitos en efectivo en una determinada cuenta. Situación que ha llevado a la Compañía a apropiar dichos recursos a la cuenta "Documentos por Pagar" subcuenta "Letras" (Código 203.03M.01).*

Al respecto, las garantías recibidas en efectivo fueron registradas como activos de la entidad dentro de las cuentas que componen el disponible e inversiones no admisibles, no obstante, conforme el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, se define como Activo a ***"(…) los recursos económicos en bienes, derechos y valores que posee o son de propiedad de la entidad, cuyo valor económico es expresado en términos monetarios a una fecha determinada a través de los Estados Financieros"****; asimismo, las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF-IFRS) definen el Activo* ***"como un recurso controlado por la Entidad como resultado de sucesos pasados, del que la Entidad espera obtener, en el futuro, "beneficios económicos"****, en el presente caso la operación se origina en la emisión de pólizas de fianzas, que entre otros tiene como requisito presentar garantías que pueden ser depositadas en efectivo en calidad de custodia, por lo que dichos fondos no son de propiedad de la Entidad y por lo tanto no tienen como objetivo disponer de los mismos y menos aún otorgar beneficios económicos futuros a esta, sino respaldar la recuperación del monto afianzado ante la posible ocurrencia de un siniestro, o su correspondiente devolución en caso de no ocurrencia.*

En consecuencia, conceptualmente los depósitos dejados en custodia tampoco constituyen Pasivos para la Entidad, debido a que, conforme el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad estos ***"… representan obligaciones técnicas y administrativas provenientes del desarrollo de las actividades de las entidades aseguradoras…****" al respecto, el concepto de la* ***cuenta 203.03 "Documentos por Pagar"*** *define a las mismas* ***"como obligaciones administrativas directamente***

<u>contraídas por la Entidad</u>* mediante la suscripción de documentos públicos con reconocimiento legal por autoridad competente, para el desarrollo de sus actividades"**, *adicionalmente las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF-IFRS) definen como pasivo a* ***"una <u>obligación presente de la Entidad</u>, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la Entidad <u>espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos</u>…".

En este entendido, la operación analizada, sí genera una obligación hacia los afianzados, que no se debe a la adquisición de Activos ni Pasivos para el desarrollo de las actividades de la Entidad; vale decir, obtener o desprenderse de recursos que tienen por objeto generar beneficios económicos futuros, sino que estas tienen carácter de custodia sujetas a devolución, las cuales ameritan ser controladas en estados de cuenta separados y registrados en cuentas de Orden deudoras y acreedoras fuera del Balance General, conforme establece el Plan Único de Cuentas en sus códigos 609.01M02 y 702.01M01.

Asimismo esta Autoridad de Fiscalización, transitoriamente y hasta que estos fondos sean restituidos, instruyó el registro de estas en cuentas de activo y pasivo, posteriormente mediante CITE: APS/DESP/DS/JCF/9620/2013 de 4 de diciembre de 2013, instruyó la reclasificación contable del saldo de las cuentas 107.03 "Depósitos Judiciales" y 203.03 "Documentos por Pagar" al 10 de diciembre de 2013 a Cuentas de Orden 609.01M02 "Documentos Recibidos en Custodia" y 702.01M01 "Garantías Recibidas", respectivamente, quedando pendiente la incorporación de cuentas específicas en Cuentas de Orden del PUC para el registro contable de este tipo de garantías.

Adicionalmente, se debe mencionar que:

- *La operativa y política contable de registro de las garantías en efectivo expuesta en la subcuenta "Letras" que data desde la Gestión 2010, no fue comunicada, ni consultada a esta Autoridad de Fiscalización.*

- *Las inversiones que fueron adquiridas con recursos provenientes de los depósitos en garantía, se registraron y expusieron como efectivo e inversiones no admisibles a nombre de la Entidad (Propiedad) y no se reveló que dichos activos corresponden a los afianzados.*

Conforme lo descrito, los depósitos que la entidad recibió en calidad de garantía generaron recursos y obligaciones que no cumplen con las definiciones de Activo y Pasivo debido a que no son de propiedad ni de libre disponibilidad de esta, ocasionando el incremento de su estructura patrimonial, consecuentemente los Estados Financieros remitidos a esta Autoridad de Fiscalización desde la gestión 2010 no se exponen adecuadamente.

Que por otra parte y en relación al argumento de que preocupa la insinuación realizada por la APS en sentido de que nuestra compañía habría mal utilizado las garantías entregadas por el afianzado, debe manifestarse que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha emitido un juicio de valor fundamentado en documentación demostrativa de que ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *ha usado dineros entregados en calidad de garantía de personas que contrataron pólizas de caución o fianzas, sin estar autorizado para ello, sin que exista un documento específico que autorice el uso o disposición de tales recursos que no sea para constituir garantías.*

Que asimismo y respetando las fuentes que cita la aseguradora, se debe mencionar que el "Conflicto de Intereses" no solo se da en un ámbito que enfrenta lo público con lo privado, o lo público contra lo público, sino que ocurre también en un escenario estrictamente privado así, (según el Diccionario MAPFRE) el conflicto de intereses es "la situación que se produce cuando dos o más partes o personas afectadas por el mismo asunto o negocio tiene intereses contrapuestos en igual material".

Esta noción aplicada al caso, se explica en que el afianzado, al margen de contratar una póliza de caución o fianza con el compromiso de pago de una prima, entrega efectivo en calidad de garantía, y es aquí donde tanto la aseguradora como el afianzado establecen o conforman un mismo asunto (en realidad, un segundo asunto ya que el primero es el contrato de la póliza) en el que la compañía recibe recursos en efectivo para cumplir un rol de aseguramiento en caso de incumplimiento del afianzado y no para otro destino o uso. Y es en este momento en que ocurre el conflicto de intereses, pues los recursos en efectivo se entregan físicamente a la entidad para su conservación hasta el momento en que ocurra el siniestro o la póliza cumpla su periodo de vigencia. Siendo ese el destino predeterminado y acordado por las partes, un uso distinto deviene en un choque de derechos y pretensiones, ya que el asegurado espera que el efectivo entregado sea conservado para adicionar una protección al incumplimiento hipotético.

Que por lo mismo, la conducta de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *constituye una infracción del artículo 12.i) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, pues claramente, el interés último de la compañía no es el mismo interés del asegurado respecto de un recurso en efectivo depositado en calidad de garantía.*

Que la APS, al analizar la conducta de la entidad aseguradora, no considera ni emite juicios de valor respecto de la existencia de alguna "limitante" de la capacidad de la compañía. Se circunscribe a examinar los efectos de la actitud de ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *y si la misma se encuentra en conformidad con las normas pertinentes.*

Que finalmente, ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *nada dice o alega en relación a los montos señalados en la Notificación de Cargos CITE:*

APS/DESP/DJ/DS/Nº 9397-2013 de 27 de noviembre de 2013, quedando establecido que reconoce, expresamente, que sí apropió las garantías en efectivo en la cuenta 203.03M "Documentos por Pagar", extremo 17.g) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 que confirma plenamente el cargo imputado, denotando infracción a las normas acusadas en su día.

Que por lo tanto, ***SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *incurrió en la conducta prevista en el artículo...*"

Que, con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *con multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV´s (Ochenta Mil Un 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por incumplimiento de los artículos 12.i) y 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo segundo de la parte resolutiva de esta Resolución Administrativa, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 18 de marzo de 2014, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…***III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO***

III.1. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la R.A. 56 intenta desvirtuar los descargos presentados por nuestra compañía mediante nota Cite ANL-0014/14, sin embargo, de la lectura de la posición planteada por la APS, se evidencia que no realizó un análisis correcto y adecuado de los mismos, tal es así que en lo que respecta al supuesto incumplimiento del art. 14 Inciso a) de la Ley de Seguros, en el cuarto considerando (pág. 5) de la R.A.56 se limita a transcribir una serie de conceptos contables sobre lo que se entiende por activo y pasivo, sin llegar en ningún momento de desvirtuar la posición de la compañía con respecto al supuesto incumplimiento del artículo 14, inciso a) de la Ley de Seguros.

Como hemos señalado en nuestros descargos, se evidencia que la APS en ninguna

parte de la R.A. 56 justifica el supuesto incumplimiento, limitándose a dar por hecha tal situación, aspecto que vulnera principios elementales del derecho administrativo en general y del ámbito sancionatorio en particular.

Nuestra compañía ha argumentado que no existe una cuenta determinada en la cual se registren las garantías en efectivo, situación que ha llevado a la compañía a apropiar esos recursos a la cuenta 203.03, situación que ha sido reportada oportuna y correctamente a la APS.

Es lógico entender que ante la inexistencia de una norma contable y/o administrativa que obligue a las aseguradoras a registrar esos recursos en una determinada cuenta, resulta incomprensible que la APS pretenda ahora atribuir a nuestra compañía el envío de información inexacta o falsa a la APS.

Tal situación se encuentra corroborada por la propia APS en la R.A. 56 cuando de manera expresa señala que instruyó a la compañía que de manera transitoria registre esas cuentas de activo y pasivo a cuentas de orden 609.01M02 y 702.01M01, QUEDANDO PENDIENTE LA INCORPORACION DE CUENTAS ESPECÍFICAS EN CUENTAS DE ORDEN DEL PUC PARA EL REGISTRO DE ESTE TIPO DE GARANTIAS (Las mayúsculas son nuestras).

Resulta evidente que hasta la fecha no existe una cuenta en el PUC que obligue expresamente a registrar en la misma esos depósitos en garantía, en consecuencia, no es posible que la APS, pretenda sancionar a nuestra compañía por el registro indebido en determinada cuenta, cuando reiteramos la misma no existe.

De igual manera, la APS de manera extraña, señala también que la operativa y política de registro de las garantías en efectivo expuesta en la subcuenta "Letras" no fue comunicada, ni consultada a esta autoridad de Fiscalización; No conocemos una norma expresa que obligue a las compañías de seguros a consultar situaciones como la presente, puesto que al no existir vulneración a una norma expresa se entiende y presume que se está actuando correctamente.

Por lo expuesto, resulta evidente que nuestra compañía no h (sic) *vulnerado ningún precepto legal, más aun considerando que no existe hasta la fecha una cuenta expresa en la que se registren las garantías en efectivo, situación y hecho que sirve de base a la APS para determinar el supuesto incumplimiento de nuestra compañía.*

Ahora bien, con respecto al supuesto incumplimiento del artículo 12, Inciso i) de la Ley N° 1883, en el que se señala "Conflicto de Intereses", consideramos preciso nuevamente señalar algunos conceptos doctrinales que sobre lo que se entiende por conflicto de intereses.

De acuerdo a Oscar Zaldívar: "Un Conflicto de intereses tiene lugar en cualquier situación en que un interés interfiere o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra

parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga la obligación (legal convencional, fiduciaria o ética) de actuar de acuerdo con el interés de la otra parte"

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define el conflicto de intereses como aquel que se da entre las obligaciones públicas y los intereses privados de un servidor público y puedan estos influir impropiamente en el desempeño como servidor público.

De igual manera, Charles Haldeman define el conflicto de intereses como aquel que se da entre las obligaciones públicas y los intereses privados de un servidor público y puedan estos influir impropiamente en el desempeño como servidor público.

En este sentido, resulta claro evidente que bajo ninguna circunstancia la conducta de la compañía puede adecuarse a lo que la doctrina en general entiende por conflicto de intereses, como mal pretende hacer ver la APS, puesto que la apropiación contable de esos montos de dinero en la cuenta 203.0303 "Documentos por Pagar-Letras" de ninguna manera implica que las decisiones asumidas por Credinform hayan sido tomadas en base a una limitante de nuestra capacidad relacionada con los intereses de nuestros asegurados, en virtud a que esos intereses en todo momento estaban vigentes fueron cumplidos por nuestra compañía.

Por todo lo expuesto, resulta a todas luces incoherente la interpretación de la APS en sentido de que nuestro actuar ha generado un conflicto de intereses, en consecuencia, reiteramos que la conducta de la compañía no se adecua a lo tipificado por esa autoridad y en consecuencia no corresponde proceso sancionatorio alguno.

Por otra parte, la APS, en el primer párrafo de la página 6 señala y reconoce textualmente entre otras cosas que: "... la disposición de las garantías en efectivo depositadas por los afianzados, PODRÍA DEVENIR EN UN CHOQUE DE DERECHOS Y PRETENSIONES (CONFLICTO DE INTERESES)..." (Las mayúsculas son nuestras). Es evidente que la propia APS cuando señala que <u>podría devenir en un choque de derechos y pretensiones,</u> acepta y reconoce que no es certeza y contundente su apreciación, es decir, es un supuesto una situación no confirmada ni producida, aspecto que en materia sancionatoria no puede darse. Como es de conocimiento pleno, para que exista sanción, tiene que haber un incumplimiento, no una presunción, como es en el caso que nos ocupa y ha sido reconocido por la propia APS en el párrafo señalado, en consecuencia, en virtud a los principios que rigen la materia no corresponde sanción alguna.

<u>IV.- PETITORIO</u>

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando

nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

i Admita el presente Recurso de Revocatoria.

ii. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, dejando sin efecto la sanción impuesta a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. …"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 288-2014 DE 15 DE ABRIL DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de 15 de abril de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, se dispone: "***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 56-2014 de 29 de enero de 2014"* por los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que expuestos así los argumentos de la Entidad Aseguradora, corresponde, proceder al análisis técnico legal de los mismos.

Respecto al incumplimiento del Inciso a) del Artículo 14 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25/06/98.

La Entidad argumenta que: ***"…no existe una cuenta determinada en la cual se registren las garantías en efectivo, situación que ha llevado a la compañía a apropiar esos recursos a la cuenta 203.03, hecho de conocimiento de la APS al haberse reportado oportuna y correctamente…"***

Que sobre el particular cabe manifestar que:

- *Evidentemente, dentro el Plan Único de Cuentas de esta Autoridad de Fiscalización, no existen cuentas en el Balance General para registrar los depósitos en efectivo otorgados por los afianzados, en calidad de garantía, debido a que estos no constituyen recursos de propiedad ni de libre disponibilidad para las Entidades de Seguros y Reaseguros, razón por la cual no cumplen con las definiciones de Activo ni Pasivo, como lo establece la teoría contable que fue expuesta ampliamente en el Informe INF.DS.JCF/005/2014 de 21/01/2014 y en la Resolución Administrativa N° 56-2014 de 29/01/2014.*

- *No es correcto afirmar que al no existir una cuenta determinada, se tuvieron que registrar las garantías en la cuenta de Pasivo como "Documentos por Pagar – Letras" (Código PUC 203.03).*

El objeto y naturaleza de la cuenta de Pasivo mencionada, no tiene relación alguna con garantías en efectivo (Depositadas por terceros en calidad de GARANTIA), como tampoco el registro en cuentas de Activo como el "Disponible – Bancos" (Código PUC 101.02) e "Inversiones" (Código PUC 104), mismas que además de haber sido reveladas y expuestas como efectivo, e inversiones no admisibles de propiedad de la Entidad generaron rendimientos extraordinarios registrados y reconocidos como parte de sus utilidades induciendo a error sobre la verdadera situación financiera de la entidad.

- *Por otra parte, tampoco es correcta la aseveración de que este hecho fue reportado oportuna y correctamente debido a que, desde la Gestión 2010 (año en que se adoptó esta política contable), la Entidad Aseguradora no puso en conocimiento de esta Autoridad de Fiscalización que mantenía registrado en cuentas de Activo y Pasivo importes correspondientes a garantías en efectivo, entregadas por sus a afianzados, que a julio de 2013 alcanzó la suma de Bs 31.329.174,45.- equivalente a US$4.566.935,05.-.*

De igual manera, la Entidad arguye que: ***"…Tal situación se encuentra corroborada por la propia APS en la R.A. 56 cuando de manera expresa señala que instruyó a la compañía que de manera transitoria registre esas cuentas de activo y pasivo a cuentas de orden 609.01MO2 y 702.01M01, QUEDANDO PENDIENTE LA INCORPORACION DE CUENTAS ESPECIFICAS EN CUENTAS DE ORDEN DEL PUC PARA EL REGISTRO DE ESTE TIPO DE GARANTIAS…".***

Que al respecto, es necesario realizar las siguientes puntualizaciones:

- *En primera instancia esta Autoridad instruyó transitoriamente el registro de estas garantías en cuentas específicas de Activo y Pasivo debido a la relevancia del importe (US$4.566.935,05.-), definiéndose un cronograma para que la Entidad Aseguradora obtenga los recursos necesarios para efectivizar estas garantías, las cuales se encontraban invertidas (CITE: APS/DESP/DS/JCF/7766/2013 y CITE: APS/DESP/DS/ JCF/7911/2013).*

  Una vez cumplido este cometido y con el objetivo principal de que los Estados Financieros de la Entidad sean expuestos correctamente, de acuerdo a la normativa vigente, se instruyó mediante CITE: APS/DESP/DS/JCF/9620/2013 de 4 de diciembre de 2013 la reclasificación contable del saldo a Cuentas de Orden 609.01M02 "Documentos Recibidos en Custodia" y 702.01M01 "Garantías Recibidas", además de la obligación de aperturar y mantener los fondos recibidos en garantía en cuentas bancarias específicas.

- *Si bien no existen Cuentas de Orden específicas para el registro de garantías depositadas en efectivo, otorgadas por los afianzados, el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad reconoce el registro de operaciones con terceros por custodia de documentos y bienes, incluyendo para tal efecto las cuentas*

609.01M02 "Documentos Recibidos en Custodia" y 702.01M01 "Garantías Recibidas" que por su concepto y descripción sirven para registro de documentos, títulos y valores de propiedad de terceros depositados en custodia, los cuales tienen el mismo concepto, se debe mencionar además que las Cuentas de Orden no integran el Activo, Pasivo o Patrimonio de la Entidad, ni afectan los resultados del período o gestión. Por lo señalado la Entidad no puede alegar desconocimiento, ya que debió registrar este tipo de operaciones adecuándose a lo establecido en la normativa emitida por la APS, pronunciamientos Técnico-Contables y Principios Contabilidad.

Respecto a lo alegado que "De igual manera, la APS de manera extraña, señala que ***la operativa y política de registro de las garantías en efectivo expuestas en la subcuenta 'Letras' no fue comunicada, ni consultada a esta Autoridad de Fiscalización; no conocemos una norma expresa que obligue a las compañías de seguros a consultar situaciones como la presente, puesto que al no existir vulneración a una norma expresa se entiende y presume que se está actuando correctamente.***

- *El hecho de que no exista una norma expresa que obligue a las Entidades de Seguros y Reaseguros a realizar consultas a esta Autoridad no las inhibe de hacerlo cuando así lo requieran, debido a que tienen la responsabilidad de elaborar y presentar Estados Financieros íntegros y confiables, seleccionando políticas, principios y normas contables adecuadas que les permita exponer su Situación y Posición Financiera lo más cercana a la realidad, por lo cual, ante el desconocimiento o duda de procedimientos o políticas técnico – contables a aplicar, el órgano regulador es el indicado para pronunciarse al respecto.*

- *Por otra parte las transacciones se originaron con fondos de propiedad de terceros, las cuales fueron registradas como operaciones propias de la Entidad en cuentas de Activo y Pasivo ocasionando que los Estados Financieros de las gestiones 2010, 2011, 2012 y el periodo de enero a septiembre de 2013 fueran publicados y remitidos a esta Autoridad de Fiscalización con información incorrecta que indujo a errores en la evaluación de las cuentas observadas y consecuentemente en su estructura.*

Que lo expuesto supra confirma de manera fehaciente el incumplimiento del inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 toda vez que los Estados Financieros de las gestiones 2010 al 2012 y el periodo comprendido entre enero a septiembre de 2013 contienen información incorrecta que indujo a error sobre la verdadera situación financiera de la entidad.

Con relación al incumplimiento del Inciso i) del Artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de junio de 1998

La Entidad menciona textualmente que: ***"…bajo ninguna circunstancia la conducta de la compañía puede adecuarse a lo que la doctrina en general entiende por conflicto de intereses, como mal pretende hacer ver la APS, puesto que la***

apropiación contable de esos montos de dinero en la cuenta 203.0303 "Documentos por Pagar-Letras" de ninguna manera implica que las decisiones asumidas por Credinform hayan sido tomadas en base a una limitante de nuestra capacidad relacionada con los intereses de nuestros asegurados, en virtud a que esos intereses en todo momento estaban vigentes y fueron cumplidos por nuestra compañía…"*, al respecto habrá de considerarse lo siguiente:*

*Que el diccionario Mapfre define el Conflicto de Intereses para el Mercado Asegurador como la: "**Situación que se produce cuando dos o más partes o personas afectadas por el mismo asunto o negocio tienen intereses contrapuestos en igual materia**. También se produce cuando una persona ostenta una posición en la que confluyen intereses contrarios…".*

Que aplicando el concepto anterior al caso concreto, se confirma la existencia de conflicto de intereses por las siguientes razones:

i) Las entidades aseguradoras, de forma anterior o coetánea a la emisión de una Póliza de Caución, deben solicitar al tomador del Seguro la presentación de contragarantías (Dinero en efectivo, Títulos valores, bienes inmuebles, etc.) que asegure el cumplimiento de la obligación que asumen en calidad de fiadores, para el caso de la ocurrencia de un siniestro.

ii) Dichas garantías son entregadas a la Entidad Aseguradora por los afianzados en calidad de custodia o resguardo, razón por la no pueden usar ni disponer de ellas y menos generar para sí beneficios económicos futuros.

*iii) En el caso concreto de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.,** ésta Autoridad de Fiscalización demostró fehacientemente que la Entidad, sin conocimiento de los afianzados y sin estar debidamente autorizada para ello, ha usado en su beneficio dineros entregados, en calidad de garantía, por personas que contrataron pólizas de caución o fianzas vulnerando de esta manera el objetivo de esa garantía que es la de respaldar la recuperación del monto afianzado ante la posible ocurrencia de un siniestro o su correspondiente devolución en caso de no ocurrencia.*

iv) De todo lo anterior deviene que, la utilización de esas garantías en efectivo originaron para la Entidad Aseguradora:

- *Mejora de forma sustancial y positiva en su Situación y Posición Financiera en las gestiones 2010, 2011, 2012 y el periodo de enero a septiembre de 2013.*

- *La generación de rendimientos extraordinarios que fueron expuestos y revelados en Estados Financieros como parte de la utilidad de la Entidad en los periodos de tiempo mencionados en el punto precedentemente.*

Que finalmente la Entidad Recurrente cita que: "la APS, <u>en el primer párrafo de la</u>

página 6 señala y reconoce textualmente, que: "...la disposición de las garantías en efectivo depositadas por los afianzados, PODRIA DEVENIR EN UN CHOQUE DE DERECHOS Y PRETENSIONES (CONFLICTO DE INTERESES)…" Es evidente que (…) ***es un supuesto no confirmado ni producido, aspecto que en materia sancionatoria no puede darse****. (…), en consecuencia, en virtud a los principios que rigen la materia no corresponde sanción alguna"*

Que a este respecto deben realizarse algunas precisiones:

1. Evidentemente en un lapsus calamis (aislado por cierto) la APS anota la frase "PODRIA DEVENIR EN UN CONFLICTO DE INTERESES" en vez de "DEVIENE EN UN CONFLICTO DE INTERESES.

2. No obstante lo anterior, en el contexto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 56-2014 de 29 de enero de 2014 se puede apreciar que al haberse comprobado la infracción, la manifestación de voluntad de la APS estuvo dirigida en todo momento a sancionar a la entidad por haber incurrido en un conflicto de intereses y/o competencia desleal (según lo establecido por el inciso i) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883), así lo confirman las páginas 8 y 9 de la parte considerativa, cuando de manera textual citan:

"Que asimismo y respetando las fuentes que cita la aseguradora, se debe mencionar que el "Conflicto de Intereses" no solo se da en un ámbito que enfrenta lo público con lo privado, o lo público contra lo público, sino que ocurre también en un escenario estrictamente privado así, (según el Diccionario MAPFRE) el conflicto de intereses es "la situación que se produce cuando dos o más partes o personas afectadas por el mismo asunto o negocio tienen intereses contrapuestos en igual materia".

Esta noción aplicada al caso, se explica en que el afianzado, al margen de contratar una póliza de caución o fianza con el compromiso de pago de una prima, entrega efectivo en calidad de garantía, y es aquí donde tanto la aseguradora como el afianzado establecen o conforman un mismo asunto (en realidad, un segundo asunto ya que el primero es el contrato de la póliza) en el que la compañía recibe recursos en efectivo para cumplir un rol de aseguramiento en caso de incumplimiento del afianzado y no para otro destino o uso. ***Y es en este momento en que ocurre el conflicto de intereses****, pues los recursos en efectivo se entregan físicamente a la entidad para su conservación hasta el momento en que ocurra el siniestro o la póliza cumpla su periodo de vigencia. Siendo ese el destino predeterminado y acordado por las partes,* ***un uso distinto deviene en un choque de <u>derechos y pretensiones,</u>*** *ya que el asegurado espera que el efectivo entregado sea conservado para adicionar una protección al incumplimiento hipotético.*

Que ***por lo mismo, la conducta de SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. constituye una infracción del artículo 12.i) de la Ley Nº 1883***

de 25 de junio de 1998, pues claramente, el interés último de la compañía no es el mismo interés del asegurado respecto de un recurso en efectivo depositado en calidad de garantía". (sic) *(Las negrillas se han resaltado para la presente Resolución Administrativa).*

Que por su parte la página 10 de la Resolución impugnada en congruencia con lo anotado anteriormente y con la Notificación de Cargos, resuelve sancionar a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. por el incumplimiento de los artículos 12.i) y 14.a) de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998.

Que al respecto debe recordarse que tanto el conflicto de intereses como la competencia desleal, como expresiones de tipicidad, elementos imprescindibles del proceso sancionatorio administrativo, se encuentran establecidos en el inciso i) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 que determina que ***es obligación de las entidades aseguradoras*** *y reaseguradoras "i) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de intereses o competencia desleal****".***

Que como corolario, esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros reafirma, una vez más, que la conducta de la Entidad Aseguradora se subsume no sólo en la prohibición contenida en el inciso i) del artículo 12 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, sino también en el inciso a) del artículo 14 del mismo cuerpo legal, por todos los argumentos vertidos a lo largo de esta Resolución Administrativa que recogen las conclusiones contenidas en el Informe Técnico APS/DS/JCF/332/2013 de de 4 de septiembre de 2013, mismo que determinó:

"***…Punto 6.1.-*** *La práctica contable establecida por la Entidad en el registro de garantías en efectivo depositadas por los afianzados (personas naturales y jurídicas) que adquieren Pólizas de Fianzas o Cauciones no se adecúa a lo establecido en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad aprobado mediante Resolución Administrativa N° 180/08 de 27/02/08, el cual define el concepto y naturaleza de la cuenta 203.03.M Documentos por Pagar – Letras, situación relacionada a la revelación y exposición de esta cuenta en Estados Financieros (…).*

Punto 6.3.- *La política aplicada por la Entidad de registrar y* ***<u>utilizar las Garantías de Efectivo depositadas por personas naturales o jurídicas que contrataron pólizas</u>*** *de caución o fianzas en la Cuenta Documentos por Pagar – Letras (203.03.03) y su contraparte contable en el Activo 101.02 Disponible – Bancos y 104 Inversiones,* ***"mejoró significativamente su situación Financiera*** *– EEFF****", al igual que su "Posición Financiera" con relación al resto de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras*** *que operan en nuestro país.* ***El efecto en los Estados Financieros al 31/07/13 por la utilización de estos recursos económicos <u>los cuales no son de propiedad de esta Entidad es de Bs31.329.174,45.- equivalentes a US$4.566.935,05.-, que representan el 10.58% del Total Activo y el 8.02% del Total Pasivo a la fecha mencionada…".</u>***

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, se concluye que la recurrente no ha desvirtuado el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 56-2014 de 29 de enero de 2014, correspondiendo su confirmatoria total…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 7 de mayo de 2014, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de 15 de abril de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO***

La APS en la Resolución ahora recurrida realiza un análisis de los fundamentos expuestos por nuestra compañía en el recurso de revocatoria, resumiéndolos en dos, por lo que pasamos nuevamente a exponer nuestros argumentos y desvirtuar los señalados por el ente fiscalizador:

III.1. Sobre el supuesto incumplimiento del Inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros:

Nuestra compañía, durante todo el proceso sancionatorio, expuso y demostró que no existe una cuenta determinada en la cual se registren las garantías en efectivo, situación que ha llevado a la compañía a apropiar esos recursos a la cuenta 203.03, situación que ha sido reportada oportuna y correctamente a la APS.

Esta afirmación es confirmada y aceptada por la propia aPS (sic), *en la R.A. 288, cuando textualmente, señala en la página 6 lo siguiente: "...**Evidentemente dentro del Plan Único de Cuentas de esta Autoridad de Fiscalización, NO EXISTEN CUENTAS EN EL BALANCE GENERAL PARA REGISTRAR LOS DEPÓSITOS EN EFECTIVO OTORGADOS POR LOS AFIANZADOS, EN CALIDAD DE GARANTÍA,** debido a que estos no constituyen recursos de propiedad ni de libre disponibilidad..." (Las negrillas y mayúsculas son nuestras)*

Es claro que la APS reconoce expresamente la inexistencia de una cuenta específica, lo que lógicamente implica que ante la falta de normativa clara y específica, las compañías deban apropiar esas garantías en cuentas que se entiendan como las adecuadas, situación que se dio en el presente caso, lo que lógicamente no debería implicar una sanción por parte de la entidad fiscalizadora, puesto que la inexistencia en la normativa contable deviene de la propia autoridad, quien resulta siendo la responsable de no proporcionar a las compañías aseguradoras los mecanismos legales idóneos y completos para que estas adecúen su conducta a esas normas, como ocurre en el presente caso. Resulta claro que esta falta de normativa no es atribuible a los regulados, entonces porque se debe sancionar a las compañías por una omisión de la APS?.

Continuando con esta línea, en otro acápite de la R.A. 288 (Pág. 7), como lo hizo en la R.A. 56, la APS reitera que ante la inexistencia de una cuenta para registrar estas garantías, instruye que ante la falta de normativa expresa, registrar esas garantías de manera transitoria en cuentas de Activo y Pasivo, en consecuencia, ni la propia APS, tenía claro donde se debía apropiar contablemente esos registros, por lo que, nuevamente nos preguntamos corresponde sancionar al regulado a consecuencia de una omisión de la autoridad fiscalizadora?

Corresponde manifestar que la APS recién en fecha 4 de diciembre de 2013, mediante nota Cite APS/DESP/DS/JCF/9620/2013, instruyó expresamente la reclasificación contable del saldo a Cuentas de Orden 609.01.M02 y 702.01M01, por lo que, debemos entender que a partir de esa fecha ante el pronunciamiento e instrucción expresa de la APS, la compañía tenía y tiene la obligación de registrar esas garantía (sic) *en efectivo en las citadas cuentas, por lo que, en mérito al principio de irretroactividad, no resulta legal sancionar a nuestra compañía por este hecho.*

Finalmente nos corresponde pronunciamos y ratificamos en cuanto se refiere a nuestra posición sobre las consultas a la APS. En este sentido, no conocemos una norma expresa que obligue a las compañías de seguros a consultar situaciones como la presente, puesto que al no existir vulneración a una norma expresa se entiende y presume que se está actuando correctamente.

Por todo lo expuesto, ratificamos que resulta evidente que nuestra compañía no ha vulnerado ningún precepto legal, más aun considerando que no existe hasta la fecha una cuenta expresa en la que se registren las garantías en efectivo, situación y hecho que sirve de base a la APS para determinar el supuesto incumplimiento de nuestra compañía.

III.2. Sobre el supuesto incumplimiento del artículo 12, Inciso i) de la Ley N° 1883:

La APS en la RA. 288 nuevamente no efectúa un análisis coherente y legal sobre el incumplimiento y mucho menos sobre lo preceptuado y entendido como "Conflicto de Intereses", por lo que, consideramos preciso reiterar y ahondar en conceptos doctrinales sobre esta figura.

De acuerdo a Oscar Zaldivar: "Un Conflicto de intereses tiene lugar en cualquier situación en que un interés interfiere o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga la obligación (legal, convencional, fiduciaria o ética) de actuar de acuerdo con el interés de la otra parte".

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define el conflicto de intereses como aquel que se da entre las obligaciones públicas y los intereses privados de un servidor público y puedan estos influir impropiamente en el desempeño como

servidor público.

De igual manera, Charles Haldeman define el conflicto de intereses como aquel que se da entre las obligaciones públicas y los intereses privados de un servidor público y puedan estos influir impropiamente en el desempeño como servidor público.

En este sentido, resulta claro y evidente que bajo ninguna circunstancia la conducta de la compañía puede adecuarse a lo que la doctrina en general entiende por conflicto de intereses, como mal pretende hacer ver la APS, puesto que la apropiación contable de esos montos de dinero en la cuenta 203.0303 "Documentos por Pagar-Letras" de ninguna manera implica que las decisiones asumidas por Credinform hayan sido tomadas en base a una limitante de nuestra capacidad relacionada con los intereses de nuestros asegurados, en virtud a que esos intereses en todo momento estaban vigentes y fueron cumplidos por nuestra compañía.

Por todo lo expuesto, resulta a todas luces incoherente la interpretación de la APS en sentido de que nuestro actuar ha generado un conflicto de intereses, en consecuencia, reiteramos que la conducta de la compañía no se adecúa a lo tipificado por esa autoridad y en consecuencia no corresponde proceso sancionatorio alguno.

Por otra parte, la APS en la página 10 señala y reconoce un lapsus calamis en cuanto se refiere a R.A. 56 cuando textualmente señala PODRÍA DEVENIR UN CHOQUE DE DERECHOS Y PRETENSIONES (CONFLICTO DE INTERESES),cuando debía decir DEVIENE EN UN CONFLICTO DE INTERESES, situación por demás extraña considerando que se trata de una resolución sancionatoria donde se entiende que los elementos fundamentales de la misma, es decir, tipicidad, conducta incumplimiento y sanción deben ser expresos, precisos y certeros y no así supuestos y certeros, en consecuencia corresponde preguntarse si evidentemente se trató de un lapsus o no existía la seguridad y certeza del incumplimiento, para nosotros resulta evidente que se trata de los último, por lo que, entendemos que no existe incumplimiento de parte nuestra, sino simplemente una presunción, en consecuencia, en virtud a los principios que rigen la materia no corresponde sanción alguna.

IV.- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA R.A. 602.

En fecha 25 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional Plurinacional, emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014, por la que se declara inconstitucional partes del artículo 52 de la Ley de Seguros y partes del artículo 10 y 14 de la R.A. 602.

Ese fallo de cumplimiento obligatorio y además que tiene el carácter vinculante, en su parte considerativa expone una serie de argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre el 'principio de legalidad y taxatividad en cuanto se refiere a la potestad administrativa sancionatoria.

Ahora bien, con el propósito de orientar y aclarar a su autoridad sobre nuestra posición y enfoque en el presente punto, consideramos necesario y nos permitimos transcribir partes pertinentes de la citada sentencia:

- *"...tanto la tipificación de la infracción o ilícito administrativo, cuanto la sanción respectiva, no han sido establecidos expresamente en la Ley, sino directamente en el Decreto Supremo que contiene la disposición legal impugnada..." (Página 15, segundo párrafo).*
- *"...pero con la condición que ésta ha de estar necesariamente basada en una ley, que ha de determinar el alcance y contenido..." (Página 15, último párrafo).*
- *"...prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal..." (Página 16, segundo párrafo)*
- *"Asimismo determinó que solamente puede imponerse una sanción administrativa cuando ésta esté específicamente establecida por ley de acuerdo al principio de taxatividad... " (Página 17, tercer párrafo)*

Finalmente, la citada sentencia constitucional en su página 20 de manera clara, precisa y concluyente, establece que: "...se señaló que ***solamente puede imponerse una sanción administrativa cuando ésta esté específicamente establecida por ley*** *de acuerdo al principio de taxatividad..." (Las negrillas son nuestras).*

De igual manera en su página 21, señala que: "... las sanciones administrativas admiten su regulación mediante una norma reglamentaria, ***PERO CON LA CONDICIÓN QUE ÉSTA ESTÉ NECESARIAMENTE BASADA EN UNA LEY, QUE DETERMINE EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA NORMA REGLAMENTARIA, LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y LA NATURALEZA Y LÍMITES DE LAS SANCIONES****..." (Las mayúsculas son nuestras) Por todo lo expuesto y sobre todo por lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 0394/2014 de fecha 25 de febrero de 2014, se entiende que la base legal para la imposición de la sanción a nuestra compañía, es decir, la Resolución Administrativa IS N° 602 de fecha 24 de octubre de 2003, legalmente no puede ser aplicada en tanto en cuanto no se adecúe ni promulgue conforme la ley establece, en consecuencia la sanción impuesta a nuestra compañía amparada bajo esa resolución administrativa no corresponde y consecuentemente debe ser revocada.*

V. PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38,52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175.***

2. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014 y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°56-2014 de 29 de enero de 2014, dejando sin efecto la sanción impuesta a nuestra compañía…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Según refiere el informe APS/DS/JCF/256/2013 sobre *Análisis de Endeudamiento Financiero y Situación de Grave Riesgo al 31/05/2013 – Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras* (mencionado en el informe APS/DS/JCF/332/2013 de 4 de septiembre de 2013), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros identificó que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, registraba saldos significativos en la cuenta Documentos por Pagar – Letras de Cambio 203.03 M01, al exponer el monto de Bs27.210.752.- (US$3.966.582), importe que además se incrementó mensualmente en promedio de Bs2.000.000 desde enero de la gestión 2013.

En su papel de supervisora y una vez que se hubieron conocido los informes correspondientes, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como sustanciada la fiscalización correspondiente, determinó la serie de observaciones que constan en los informes APS/DS/JCF/332/2013 de 4 de septiembre de 2013 y APS/DJ/DS/492/2013 de 22 de noviembre de 2013, los que a su vez dieron lugar a la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9397/2013 de 27 de noviembre de 2013, entonces, en pleno desarrollo del proceso sancionatorio así iniciado.

Presentados los descargos en la nota ANL/N° 0014/14 de fecha 14 de enero de 2014 por parte de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, determinó el pronunciamiento de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, confirmada después por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014, dado haberse recurrido de Revocatoria la primera nombrada.

Toda vez que, mediante memorial de fecha 7 de mayo de 2014, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014, el mismo pasa a analizarse y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley de Seguros Nº 1883, de 25 junio de 1998.-**

  "…***ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)

  i) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o competencia desleal.

  j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero.

  k) Presentar estados financieros mensual y anualmente. Estos últimos con dictamen de auditor independiente, adicionalmente, las entidades especializadas en Seguros de Vida deberán acompañar dictamen de actuario matemático independiente. Ambos dictámenes deberán ser emitidos por personas registradas en la Superintendencia (…)

  m) Llevar y mantener permanentemente cuentas, contabilidad, capital y activos de cada seguro obligatorio separado de las cuentas, contabilidad, capital y activos de los otros seguros que administren

  n) Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos.

  Las entidades aseguradoras serán responsables de los contratos realizados en su nombre por los intermediarios del seguro con los asegurados, tomadores y beneficiarios de los mismos (…)

  ARTÍCULO 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.

  Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

a) ***Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos…***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003.-**

"…***Articulo 17.- (INFRACCIONES GRAVES)***

Se consideran como infracciones graves sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: (…)

g) Efectuar actos que generen conflictos de interés o competencia desleal o incurrir en conflictos de interés, actos o situaciones de competencia desleal…"

- **Manual de cuentas para las Entidades Aseguradoras (vigente mediante Resolución Administrativa IS-Nº 189/00 de 10/05/2000 y modificado mediante Resolución Administrativa IS/Nº180/08 de 27/02/2008).-**

ACTIVO

"…***CONCEPTO*** *Representan* ***recursos económicos en bienes, derechos y valores que posee o son de propiedad de la entidad****, cuyo valor económico es expresado en términos monetarios a una fecha determinada a través de los Estados Financieros.*

NORMA *Debido a características propias de la actividad,* ***el registro de activos sobre derechos, bienes y valores está sujeto a disposiciones legales en vigencia y reglamentos emitidos por la Superintendencia de Pensiones*****, Valores** y Seguros – Intendencia de Seguros.

DESCRIPCIÓN ***Registra los bienes y derechos*** *tangibles e intangibles* ***que son propiedad de las entidades aseguradoras,*** *reaseguradoras, intermediarios y auxiliares…*"

PASIVO

"…***CONCEPTO*** ***Representa obligaciones*** *técnicas y administrativas* ***provenientes del desarrollo de las actividades de las entidades aseguradoras****, reaseguradoras, intermediarios y auxiliares.*

NORMA ***Las obligaciones de cada entidad se sujetarán a disposiciones legales en vigencia y reglamentos emitidos*** *por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – Intendencia de Seguros.*

DESCRIPCION *Registra las obligaciones contraídas por la entidad en el desarrollo de las actividades de entidades aseguradoras, reaseguradoras, intermediarios y auxiliares...*"

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2. El deber de presentación de información exacta.-

Con referencia a la imputada y sancionada infracción al artículo 14°, inciso a), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de seguros), **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso Jerárquico, aqueja una inexistencia de normativa aplicable -referida a una cuenta contable en la cual hubiese podido registrar las garantías en efectivo, situación que habría llevado a la Compañía, a registrar esos recursos en la cuenta 203.03-, falencia que atribuye a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; asimismo, refiere que ante la mencionada inexistencia, es la propia Autoridad Reguladora la que instruyó registrar esas garantías de manera transitoria, en cuentas de Activo y Pasivo, agregando además que no efectuó consulta sobre el registro de garantías, pues no existe norma expresa que obligue a las compañías aseguradoras a realizar la misma.

A este respecto, es pertinente analizar la posibilidad o imposibilidad, del registro de las garantías depositadas en efectivo a una cuenta que no constituya activos o pasivos conforme sigue a continuación.

2.2.1. Registro contable.-

El registro contable de las actividades de las entidades aseguradoras, debe ser realizado de acuerdo a lo dispuesto en el Manual de Cuentas puesto en vigencia por la Autoridad Reguladora, utilizando obligatoriamente para ello, las cuentas establecidas en el mismo, tal como se describe en las Disposiciones Generales de dicho Manual:

> "…*El Plan Único de Cuentas y las disposiciones del Manual de Contabilidad, deberán ser aplicadas por las entidades aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros, corredores de reaseguros y auxiliares del seguro, según lo dispuesto en los artículos 4 y 43 inciso j) de la Ley de Seguros de la República de Bolivia N°1883 de 25 de junio de 1998... Las entidades aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros, corredores de reaseguros y auxiliares del seguro,* ***no podrán utilizar nuevas cuentas, subcuentas o subsubcuentas sin la previa autorización de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros*** *– Intendencia de Seguros; sin embargo, podrán aperturar las cuentas analíticas que consideren necesarias para un mejor registro y control de sus operaciones*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este sentido, la entidad aseguradora hoy recurrente, registro y utilizó las garantías en efectivo, incurriendo en el registro en la cuenta Documentos por Pagar – Letras (203.03.03) y su contraparte contable en el activo 101.02 Disponible – Bancos y 104 Inversiones, mejorando con ello significativamente su situación financiera.

Ahora bien, la recurrente argumenta haber demostrado la inexistencia de una cuenta (contable) en la cual poder registrar las garantías en efectivo, situación que la habría llevado a registrar tales recursos, en la cuenta 203.03, hecho que además habría sido reportado oportuna y correctamente a la Autoridad Reguladora; asimismo, señala que la inexistencia de una cuenta específica y la falta de una normativa clara referente al registro de depósito de garantías en efectivo, implican la inexistencia de la infracción por la que se le pretende sancionar.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de 15 de abril de 2014, ha establecido los extremos siguientes:

> "…*dentro el Plan Único de Cuentas de esta Autoridad de Fiscalización, no existen cuentas en el Balance General para registrar los depósitos en efectivo otorgados por los afianzados, en calidad de garantía, debido a que estos no constituyen recursos de propiedad ni de libre disponibilidad para las Entidades de Seguros y Reaseguros, razón por la cual no cumplen con las definiciones de Activo ni Pasivo* (…)
>
> …*el objeto y naturaleza de la cuenta de Pasivo mencionada, no tiene relación alguna con garantías en efectivo (Depositadas por terceros en calidad de GARANTIA), como tampoco el registro en cuentas de Activo como el "Disponible – Bancos" (Código PUC 101.02) e "Inversiones" (Código PUC 104), mismas que además de haber sido reveladas y expuestas como efectivo, e inversiones no admisibles de propiedad de la Entidad generaron rendimientos extraordinarios registrados y reconocidos como parte de sus utilidades induciendo a error sobre la verdadera situación financiera de la entidad* (…)
>
> …*tampoco es correcta la aseveración de que este hecho fue reportado oportuna y correctamente debido a que, desde la Gestión 2010 (año en que se adoptó esta política contable), la Entidad Aseguradora no puso en conocimiento de esta Autoridad de Fiscalización que mantenía registrado en cuentas de Activo y Pasivo importes correspondientes a garantías en efectivo, entregadas por sus a afianzados, que a julio de 2013 alcanzó la suma de Bs 31.329.174,45.- equivalente a US$4.566.935,05*…"

De lo expuesto, es preciso comprender que el depósito de garantía en efectivo, se entiende como la entrega de dinero a efectos de garantizar el cumplimiento de una obligación; la entrega del efectivo no determina que el mismo pase a propiedad del depositario, sino simplemente que <u>el depositante se lo entrega en calidad de custodia</u>.

Se entiende que los depósitos de garantía en efectivo, son entregados a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación para el caso de la ocurrencia de un siniestro, sin embargo, tales dineros no son de propiedad de la aseguradora.

Dentro del Plan de Cuentas no están previstas cuentas contables en el Balance General, es decir, en los elementos Activo, Pasivo, Patrimonio, para registrar los dineros recibidos de terceros por concepto de garantías, haciendo necesario considerar algunos aspectos

normativos y técnico-contables (como ser la naturaleza de dichos dineros), para determinar el rubro en el cual debieron haber sido registrados.

Para ello, se efectúa a continuación un análisis de la norma vigente y de los rubros contables del Activo, Pasivo y Cuentas de Orden, establecidos en el Manual de Cuentas de uso obligatorio para las entidades aseguradoras.

Así, tal Manual, en lo que respecta al registro de Activos, señala que éstos son "***recursos económicos en bienes, derechos y valores que posee o son de propiedad de la entidad***", es decir que, para ser registrado en el activo de una entidad aseguradora, el recurso económico **tiene que ser de propiedad** de la misma.

Asimismo, se hace referencia al concepto de Pasivo como aquel que representa **obligaciones** técnicas y administrativas, **provenientes del desarrollo de las actividades de las entidades aseguradoras**, reaseguradoras, intermediarios y auxiliares, concepto en el que vale la pena incidir puesto que **los dineros recibidos en custodia** de sus clientes, **no son de propiedad de la entidad aseguradora** y por lo tanto, no corresponde tampoco su registro en este rubro de Balance.

Por último, corresponde también referir la conceptualización de Cuentas de Orden, que son aquellas en las que **se registran movimiento de valores que no afectan o modifican los estados financieros, pero cuyo registro es necesario para consignar y controlar sus derechos o responsabilidades, así como establecer un recordatorio contable**.

Las Cuentas de Orden son aquellas que, en fondo y en forma, actúan como *memorias* para registrar hechos o circunstancias que no afectan las cuentas de balance o resultados, pero que es conveniente conocer por sus posibles efectos contingentes; en resumen, son cuentas donde se registran las partidas que no afectan al patrimonio (como en este caso) de la entidad aseguradora.

Entre las operaciones más comunes que se registran bajo este rubro están los **valores recibidos en prenda o garantía**, además de los valores recibidos en guarda, la ejecución de mandato como la comisión de compra o venta en general por cuenta ajena, los avales, la depreciación fiscal, el otorgamiento de fianzas, el otorgamiento de garantías, las obligaciones por descuento de documentos, toda clase de contratos que se celebren, etc.

Es así que, las garantías depositadas en efectivo -por los conceptos supra señalados de manera sucinta-, al no significar la adquisición de activos ni pasivos para el desarrollo de las actividades de la entidad (es decir, la obtención o desprendimiento de recursos que tengan por objetivo generar beneficios económicos futuros), debieron ser registradas en Cuentas de Orden, pese a que no existía una cuenta específica en las mismas, siendo lo más acertado debido a que dichos dineros, como se dijo, no constituyen los elementos principales del balance general, conforme establece el Plan Único de Cuentas aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, en sus Códigos 609.01M02 y 702.01M01.

Consiguientemente, el alegato referido a la inexistencia de una cuenta determinada es injustificado, toda vez que el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, establecen y reconocen el registro de cuentas de órdenes, mismas que no implican activos ni pasivos.

2.2.2. Principio de irretroactividad.-

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA señala que, en fecha 4 de diciembre de 2013 y mediante nota APS/DESP/DS/JCF/9620/2013, el Órgano Regulador le instruyó expresamente la reclasificación contable del saldo a Cuentas de Orden 609.01.M02 y 702.01M01, por lo que se entiende que a partir de esa fecha la ahora recurrente tenía la obligación de registrar las garantías a las citadas cuentas, invocando para el caso el principio de irretroactividad, y por su efecto, la no correspondencia de sanción.

Por pertinente, se debe tener presente que, el principio de irretroactividad se halla reconocido por la Constitución Política del Estado, cuando en su artículo 123° (dentro de su capítulo sobre las garantías jurisdiccionales), establece que: "*La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo*".

El principio de irretroactividad de la Ley tiene su fundamento en la vigencia de la norma, a momento de la ocurrencia de los hechos, acciones u omisiones.

Ahora bien y dentro del de autos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones ha señalado que:

> "…*esta Autoridad instruyó transitoriamente el registro de estas garantías en cuentas específicas de Activo y Pasivo debido a la relevancia del importe (US$4.566.935,05.-), definiéndose un cronograma para que la Entidad Aseguradora obtenga los recursos necesarios para efectivizar estas garantías, las cuales se encontraban invertidas (CITE: APS/DESP/DS/ JCF/7766/2013 y CITE: APS/DESP/DS/JCF/7911/2013)* (…)
>
> …*Una vez cumplido este cometido y con el objetivo principal de que los Estados Financieros de la Entidad sean expuestos correctamente, de acuerdo a la normativa vigente, se instruyó mediante CITE: APS/DESP/DS/J En este entendido, la operación analizada, sí genera una obligación hacia los afianzados, que no se debe a la adquisición de Activos ni Pasivos para el desarrollo de las actividades de la Entidad; vale decir, obtener o desprenderse de recursos que tienen por objeto generar beneficios económicos futuros, sino que estas tienen carácter de custodia sujetas a devolución, las cuales ameritan ser controladas en estados de cuenta separados y registrados en cuentas de Orden deudoras y acreedoras fuera del Balance General, conforme establece el Plan Único de Cuentas en sus códigos 609.01M02 y 702.01M01*..." (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 288-2014 de 15 de abril de 2014).

En este entendido, es debido a los incrementos significativos reportados por la entidad aseguradora en la cuenta "*Documentos por pagar*", sub cuenta "*Letras de Cambio*" (Cod. 203.03.M01), que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros instruyó, a través de su Dirección de Seguros, la fiscalización correspondiente; derivada de la misma, en cumplimiento a informes emitidos por la Autoridad Reguladora y debido a la relevancia del importe, se instruyó además, mediante la nota APS/DESP/DS/JCF/9620/2013 de 4 de diciembre de 2013, la reclasificación contable a Cuentas de Orden, esto con el fin de que la

entidad de aseguradora (hoy recurrente) reencause sus registros contables, de manera tal que genere y exponga, correctamente, sus Estados Financieros.

Estos extremos determinan que la norma infringida -inciso a) del artículo 14°, de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1988- y la sanción aplicada en función al inciso g) del artículo 17°, de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, se encontraban plenamente vigentes a tiempo de que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, efectuara el registro de los depósitos en calidad de garantía, a una cuenta que no correspondía, toda vez que (conforme se tiene evidenciado) dicha acción aconteció a partir de la gestión 2010 al mes de julio de 2013.

De ello se colige el carácter inapropiado de invocar el principio de irretroactividad en la tentativa de invalidar la sanción impuesta, puesto que la norma imputada como infringida, se encontraba plenamente vigente al momento en que se registraron los depósitos en efectivos a cuentas incorrectas y que derivaron en la incorrecta información del Estado Financiero de la recurrente, empero además, porque es indiscutible que la imposición de la sanción, deviene de la infracción a la normativa señalada supra, y no a una instrucción precautoria y aclaratoria que tuvo el fin de subsanar el incorrecto registro de cuentas.

2.2.3. Inadecuación de los depósitos en garantía.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones ha señalado, que instruyó transitoriamente el registro de estas garantías en cuentas específicas de Activo y Pasivo, en consideración a la relevancia del importe (US$4.566.935,05), empero **definiéndose un cronograma para que la Entidad Aseguradora obtenga los recursos necesarios para efectivizar éstas garantías**, las cuales se encontraban invertidas, y que una vez cumplido tal cometido y con el objetivo principal de que los Estados Financieros de la Entidad sean expuestos correctamente (de acuerdo a la normativa vigente), se instruyó mediante nota APS/DESP/DS/JCF/9620/2013 de 4 de diciembre de 2013, la reclasificación contable del saldo a Cuentas de Orden 609.01M02 "*Documentos Recibidos en Custodia*" y 702.01M01 "*Garantías Recibidas*".

Tal instrucción no enerva el hecho de que las transacciones o inversiones controvertidas -y que dieron lugar a la imputación y ulterior sanción- se originaron con fondos de propiedad de terceros, las cuales fueron registradas como operaciones propias de la entidad en cuentas de Activo y Pasivo, ocasionando que los Estados Financieros de las gestiones 2010, 2011 y 2012, y del periodo comprendido entre enero a septiembre de 2013, fueran publicados y remitidos a la Autoridad Reguladora, información incorrecta que indujo a error sobre la verdadera situación financiera de la entidad.

En tal sentido, la afirmación efectuada por la parte recurrente, referida a la inexistencia de obligación de las entidades aseguradoras para realizar consultas a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, tampoco es admisible, por cuanto el propio Manual de Cuentas, en las Disposiciones Generales, establece:

> "…*Las entidades aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros, corredores de reaseguros y auxiliares del seguro,* ***no podrán utilizar nuevas cuentas, subcuentas o subsubcuentas sin la previa autorización de la Superintendencia de Pensiones,***

Valores y Seguros *– Intendencia de Seguros; sin embargo, podrán aperturar las cuentas analíticas que consideren necesarias para un mejor registro y control de sus operaciones…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir que, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** debió solicitar necesariamente a la Autoridad Reguladora, la apertura de una nueva cuenta si es que el Manual de Cuentas no señalaba una específica, por cuanto, es función del Órgano de Fiscalización, velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro, fiscalizar y controlar a la personas, entidades y actividades relacionadas al sector de seguros, así como cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Entonces, de existir alguna duda sobre la aplicación de la normativa u otra actuación propia de la entidad aseguradora, ésta tiene toda la potestad de acudir a la Autoridad Reguladora, a objeto de esclarecerla y con ello evitar incurrir en error, por lo que lo afirmado en contrario no constituye una argumentación válida y que la exima por la responsabilidad sancionada.

En definitiva, lo que consta haber sucedido, es que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** registró las garantías de efectivo depositadas por personas naturales o jurídicas que contrataron pólizas de caución o fianzas, en la Cuenta Documentos por Pagar-Letras (203.03.01), y su contraparte contable en el Activo 101.02 Disponible- Bancos y 104 Inversiones, lo cual mejoró significativamente sus estados financieros y por lo tanto, su situación Financiera, con relación a las restantes entidades Aseguradoras y Reaseguradoras que operan en nuestro país.

Con la inclusión de dichos dineros dentro del grupo de disponibilidades (activo), la entidad aseguradora hoy recurrente, ha desvirtuado la verdadera composición de sus activos, mostrando una posición financiera que no corresponde a la realidad, tal como la propia Autoridad Reguladora lo manifiesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 288-2014 de 15 de abril de 2014:

"*…dentro el Plan Único de Cuentas de esta Autoridad de Fiscalización, no existen cuentas en el Balance General para registrar los depósitos en efectivo otorgados por los afianzados, en calidad de garantía,* ***debido a que estos no constituyen recursos de propiedad ni de libre disponibilidad para las Entidades de Seguros y Reaseguros, razón por la cual no cumplen con las definiciones de Activo ni Pasivo****, como lo establece la teoría contable que fue expuesta ampliamente en el Informe INF.DS.JCF/005/2014 de 21/01/2014 y en la Resolución Administrativa N° 56-2014 de 29/01/2014* (…)

El objeto y naturaleza *de la cuenta de Pasivo mencionada,* ***no tiene relación alguna*** *con garantías en efectivo (Depositadas por terceros en calidad de GARANTIA), como tampoco el registro en* ***cuentas de Activo como el "Disponible – Bancos" (Código PUC 101.02) e "Inversiones" (Código PUC 104),*** *mismas que además de haber sido reveladas y expuestas como efectivo, e inversiones* ***no admisibles de propiedad de la***

Entidad *generaron rendimientos extraordinarios registrados y reconocidos como parte de sus utilidades* ***induciendo a error sobre la verdadera situación financiera de la entidad*** (…)

…tampoco es correcta la aseveración de que este hecho fue reportado oportuna y correctamente debido a que, desde la Gestión 2010 (año en que se adoptó esta política contable), la Entidad Aseguradora no puso en conocimiento de esta Autoridad de Fiscalización que mantenía registrado en cuentas de Activo y Pasivo importes correspondientes a garantías en efectivo, entregadas por sus a afianzados, que a julio de 2013 alcanzó la suma de Bs31.329.174,45.- equivalente a US$4.566.935,05.- ..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En consecuencia, al haber **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** incluido recursos ajenos a la entidad aseguradora como propios, ha ocasionado que de forma ficticia mejore su posición financiera, tal como la Autoridad Reguladora lo manifiesta en el texto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 288-2014 de 15 de abril de 2014 transcrito supra, dándole la posibilidad de financiar sus actividades propias con recursos de terceros, generando pasivos que no están autorizados o, dicho de otra manera, registrando pasivos que no corresponden a lo establecido y considerado por el Manual de Cuentas, como se puede establecer de la siguiente transcripción del mismo:

"…***CAPITULO PASIVO***

CONCEPTO *Representa obligaciones técnicas y administrativas provenientes del desarrollo de las actividades de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, intermediarios y auxiliares.*

NORMA *Las obligaciones de cada entidad se sujetarán a disposiciones legales en vigencia y reglamentos emitidos por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – Intendencia de Seguros.*

DESCRIPCION *Registra las obligaciones contraídas por la entidad en el desarrollo de las actividades de entidades aseguradoras, reaseguradoras, intermediarios y auxiliares.*

Comprende los siguientes grupos:

201 ADELANTOS FINANCIEROS
202 OBLIGACIONES TECNICAS
<u>203 OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS</u>
204 RESERVAS TECNICAS DE SEGUROS
205 RESERVAS TECNICAS DE SINIESTROS
207 TRANSITORIO
208 DIFERIDO…" (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El mismo Manual de Cuentas establece, para la Cuenta 203 "*Obligaciones Administrativas*", lo siguiente:

"…***CODIGO 203***

GRUPO OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS

CONCEPTO *Representan obligaciones administrativo financieras de la entidad, emergentes de la administración de recursos humanos y logísticos que de manera general coadyuvan las operaciones propias del giro de la entidad.*

NORMA. *Las obligaciones administrativas se sujetarán a políticas administrativas internas de la entidad y disposiciones legales en vigencia...*" (Ídem).

Por lo tanto, los depósitos en efectivo realizados en calidad de garantía, no se adecuan a las definiciones de activo y pasivo, por lo que la inclusión o registro de estas garantías en tales calidades por parte de la entidad aseguradora, inducen necesariamente a generar información ficticia sobre los Estados Financieros, en el caso de las gestiones 2010, 2011 y 2012, hasta julio de 2013, elevando su patrimonio significativamente con relación a las otras entidades aseguradoras, extremo en ningún momento desvirtuado por la recurrente.

Entonces, el hecho de haber efectuado el registro de las garantías dentro de las cuentas de balance -Activo y Pasivo- determina una imprecisión e inexactitud de la información respecto al verdadero estado financiero de la entidad, lo cual ha generado riesgo inherente a cualquier inversión.

En este sentido, es evidente que la conducta de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, infringe lo determinado por el inciso a) del artículo 14°, de la Ley N° 1883 (de Seguros).

2.3. Conflicto de intereses.-

Con respecto a la imputada y sancionada infracción al artículo 12°, inciso i), de la Ley N° 1883, de 25 de junio de 1998 (de Seguros), la recurrente califica como claro y evidente que, bajo ninguna circunstancia la conducta de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, puede adecuarse a lo que la doctrina en general entiende por conflicto de intereses.

Se fundamenta en que, la apropiación contable de los montos de dinero en la cuenta 203.0303 "*Documentos por Pagar – Letras*", de ninguna manera implica que las decisiones asumidas por ella determinen alguna limitante a su capacidad y que esté referida a los intereses de sus asegurados, en virtud a que los mismos, en todo momento, estaban vigentes y fueron observados por la compañía de seguros.

En tal sentido, señala que la interpretación dada por la Autoridad Reguladora es incoherente, toda vez que no se adecúa a lo tipificado por la misma y en consecuencia, no corresponde proceso sancionatorio alguno.

Por su parte, en la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros:

> "…*el conflicto de intereses es "la situación que se produce cuando dos o más partes o personas afectadas por el mismo asunto o negocio tienen intereses contrapuestos en igual materia"* (…)
>
> …*el afianzado, al margen de contratar una póliza de caución o fianza con el compromiso de pago de una prima, entrega efectivo en calidad de garantía, y es aquí donde tanto la aseguradora como el afianzado establecen o conforman un mismo asunto (en realidad, un segundo asunto ya que el primero es el contrato de la póliza) en el que la compañía recibe recursos en efectivo para cumplir un rol de aseguramiento en caso de incumplimiento del afianzado y no para otro destino o uso.* ***Y es en este momento en que ocurre el conflicto de intereses****, pues los recursos en efectivo se entregan físicamente a la entidad para su conservación hasta el momento en que ocurra el siniestro o la póliza cumpla su periodo de vigencia. Siendo ese el destino predeterminado y acordado por las partes,* ***un uso distinto deviene en un choque de <u>derechos y pretensiones</u>****, ya que el asegurado espera que el efectivo entregado sea conservado para adicionar una protección al incumplimiento hipotético* (…)
>
> …***claramente, el interés último de la compañía no es el mismo interés del asegurado respecto de un recurso en efectivo depositado en calidad de garantía***…" (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014 de 29 de enero de 2014).

Ahora, en razón de la impugnación de tal criterio por parte de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, es pertinente establecer el alcance de la figura, extremo para el que tanto la recurrente como la Recurrida, han referenciado la definición del diccionario MAPFRE -especializado en expresiones y términos en materia de seguros-, resultando de ello que el *conflicto de intereses* es la:

> "…*situación que se produce cuando dos o más partes o personas afectadas por el mismo asunto o negocio tienen intereses contrapuestos en igual materia. También se produce cuando una persona ostenta una posición en la que confluyen intereses contrarios*…"

Un conflicto de intereses es un problema ético y por tanto, resulta antes en una infracción a la norma moral que a la jurídico; sin embargo, atañe al derecho en tanto que los intereses contrarios o contrapuestos -cuya existencia resulta en su requisito, conforme se ha visto- recaen sobre un bien jurídico, ganando relevancia por ello, en los más diversos campos (financiero, comercial y empresarial incluidos), de allí su implementación en -entre otros- el artículo 12°, inciso i), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), el que establece que:

> "…***ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)

i) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o competencia desleal…"

En *lato sensu*, el conflicto de intereses es natural e inherente a casi todas las decisiones de una persona que tengan que ver con las demás, por cuanto, cualquier transacción o negociación -fundamentalmente comercial- siempre presentará intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico, así como el intento de primacía del uno frente al otro, el que a su vez ofrece resistencia al primero.

Por ello es que ahora, superando a la definición del diccionario MAPFRE, se rescata la acepción de John Boatright, citado por Antonio Argandoña en *Conflicto de intereses: el punto de vista ético*, la que establece que:

"…*En sentido estricto, un conflicto de intereses tiene lugar en cualquier situación en que un interés interfiere o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga una obligación (legal, convencional, fiduciaria o ética) de actuar de acuerdo con el interés de la otra parte…*"

Es decir, que para establecer la presencia de un conflicto de intereses, no basta con la sencilla existencia de intereses contrapuestos, sino que uno de los titulares de aquellos intereses, estando sujeto a actuar también de acuerdo al interés de la parte restante, se limite al propio, en su propio beneficio.

Ello hace al carácter ético del problema, empero que suele sobrepasar al mismo para y trasplantarse al jurídico, cuando existe una norma (como la del inciso 'i' del artículo 12°, de la Ley N° 1883) que lo prohíbe.

Ahora bien, aplicado el esquema teórico anterior al caso de autos, resulta que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, sin consentimiento de aquellos de sus asegurados (afianzados) que le habían entregado en depósito fondos en efectivo, en calidad de garantía para cubrir eventuales ocurrencias de determinados siniestros, obtuvo una ventaja económica al registrar tales garantías a efectos de mejorar contablemente y de manera ficticia, su patrimonio, lo que le sirve para mejorar su posición frente a inversiones o con otra finalidad.

No obstante, los fundamentos de las Resoluciones pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (sucesivamente impugnadas) no refieren cómo el actuar controvertido de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** pudo contraponerse a los intereses de sus afianzados, por cuanto, no puede darse por hecho que el mismo hubiera generado *per se* daño a tales intereses, determinando la no evidencia acerca de tal extremo, y que -conforme lo dicho- debe importar un conflicto de esta naturaleza.

Recuérdese que el objetivo del depósito en efectivo, consiste en cubrir la posible ocurrencia de un siniestro, de manera tal que, de no ocurrir tal siniestro, el depósito es devuelto al

afianzado, resultando que tal interés del afianzado, no se vio afectado por el registro incorrecto efectuado por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** a la cuenta de Pasivo como "*Documentos por Pagar – Letras*" (Código PUC 203.3).

El análisis anterior parte del componente ético que hace a la figura del conflicto de intereses; empero es posible su abstracción jurídica, conforme a los principios que el derecho impone, conforme consta a continuación.

2.3.1. Tipicidad y legalidad.-

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, ha establecido en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, que:

> "…*la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo* ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria...*"

A su vez, Nieto García en *Derecho Administrativo Sancionador*, señala que:

> "…*la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta...*"

Conforme al mismo autor, el planteamiento anterior importa que, en el desarrollo de un proceso sancionatorio y después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, se ha de proceder a la subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción, a la subsunción del tipo en una clase de infracción, a la determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, y a la atribución de una sanción concreta y que corresponda de entre las que se encuentran agrupadas en la clase.

Corresponde a tal lógica el principio de tipicidad, determinado por el artículo 116°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, el que establece que no existe delito sin

ley previa que así lo consagre, constituyendo una garantía jurídica para el supuesto actor de una infracción, a efectos sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

El principio de tipicidad se encuentra estrechamente relacionado con el de legalidad, respondiendo a idéntico fundamento constitucional (parágrafo II de su artículo 116°, que a la letra indica que: "*cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*").

En tal virtud, en cuanto a la facultad punitiva del Estado, el principio de legalidad exige que la conducta a sancionar, las sanciones mismas, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar expresa y claramente definidos por la ley y con carácter previo a su ocurrencia; de allí que la amplia jurisprudencia constitucional ha expresado, en relación a este principio, que comprende una doble garantía: la primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual, es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores que permitan predecir con suficiente grado de certeza, aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización; y la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración.

En este sentido el Tribunal Constitucional señala en la *ratio decidendi* de la Sentencia Constitucional 498/2011-R de 25 de abril de 2001, que:

> "…*La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad*…"

De cuya aplicación al caso de autos, se concluye que, existiendo contractualmente dos partes -la entidad aseguradora y el afianzado- que hacen a un mismo asunto (un contrato de póliza de caución o de fianza), al no existir contraposición de intereses entre ellas, no concurre una pugna entre las mismas, menos aún el intento de primar la una frente a la otra; por lo tanto, la conducta imputada no se adecua a la norma supuestamente vulnerada y sancionada.

2.4. Aplicabilidad de la Resolución Administrativa IS 602.-

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA señala en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*por lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 0394/2014 de fecha 25 de febrero de 2014, se entiende que la base legal para la imposición de la sanción a nuestra compañía, es decir, la Resolución Administrativa IS N° 602 de fecha 24 de octubre de 2003, legalmente no puede ser aplicada en tanto*

en cuanto no se adecue ni promulgue conforme la ley establece en consecuencia la sanción impuesta a nuestra compañía amparada bajo esa resolución administrativa no corresponde y consecuentemente debe ser revocada…"

La Sentencia Constitucional de referencia, resolvió declarar:

"*…1° La INCONSTITUCIONALIDAD del art. 52 de la Ley de Seguros, en las frases:*

"incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales", infracciones insubsanables"; y "Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento".

2° La INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 10 en su primer párrafo y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS 602 de 24 de septiembre de 2003…"

No obstante, sobre tal determinación pesa su complementación en el Auto Constitucional Plurinacional 0009/2014-ECA de 28 de abril de 2014, toda vez que "*los demás artículos del Reglamento de Sanciones señalado, no fueron objeto de control de constitucionalidad*", para terminar por resolver que:

"*…La declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 10 párrafo primero y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, dispuesto en el punto segundo de esta Sentencia Constitucional Plurinacional,* ***no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de los demás artículos del Reglamento referido***"…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo tanto, la inconstitucionalidad declarada sólo alcanza al párrafo primero del artículo 10°, y al artículo 14°, del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, no así al restante articulado, el que se mantiene subsistente, vigente y firme, articulado entre el que se encuentra el número 17° (con todo y su inciso 'g'), en el que -en lo adjetivo- se fundamenta la sanción impuesta dentro del caso del autos, determinando sea inatendible el alegato sobre la inaplicabilidad señalado por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Asimismo, con relación al principio de taxatividad (también invocado por la recurrente), corresponde considerar que el mismo constituye una de las manifestaciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones (sean éstas penales o administrativas), estén redactadas con un nivel de precisión suficiente y que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo apercibimiento de sanción, en una determinada disposición legal.

Al respecto, la Sentencia Constitucional 0770/2012 de 13 de agosto de 2012, señala que: "*la taxatividad de la norma procesal, implica la suficiente predeterminación normativa de los*

ilícitos y sus consecuencias jurídicas; pues la indeterminación supone una deslegalización material encubierta".

Toda vez que, respecto a la vulneración en la que incurrió **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, existe una predeterminación normativa cuya infracción derivó en consecuencias jurídicas y en la imposición de una sanción (conforme al inciso 'g' del artículo 17°, de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003), el alegato de la recurrente con relación a la taxatividad ha sido desvirtuada, pues, tanto la norma señalada como infringida como la sanción impuesta, se encuentran debidamente preestablecidas en la Ley N° 1883 (de Seguros) como en la propia Resolución Administrativa IS N° 602.

2.5. Incertidumbre sobre la cuantía de la sanción impuesta.-

Tal cual corresponde a su naturaleza procesal y conforme lo supra relacionado, la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9397/2013 refiere las presuntas normas vulneradas, en el tenor siguiente:

> "…***Este hecho*** *vislumbra incumplimiento del* ***artículo 12.i) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****, que establece: "OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-…i) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o competencia desleal…*"
>
> *Asimismo, implica incumplimiento del* ***artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: "…a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En función de ello, la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, ha decidido: "***SANCIONAR A SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*** *con multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV´s (Ochenta Mil Un 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda),* ***por incumplimiento de los artículos 12.i) y 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), es decir, aplica una común sanción para dos diversas infracciones a la norma, sin hacer disgregación a cada una de ellas.

Tal extremo determina al presente que, habiéndose establecido la inexistencia de infracción al artículo 12°, inciso i), de la Ley N° 1883 (de Seguros) y la subsistencia de la infracción al artículo 14°, inciso a), de la misma norma, no se pueda establecer el monto de la sanción pecuniaria que, en concreto, debe imponerse a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, toda vez que la sanción que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 56-2014, está dada por la posición del Ente Regulador, ahora desvirtuada, acerca de la vulneración a las dos normas señaladas, resultando, en términos del principio de proporcionalidad, incierta cuál la sanción concreta que debe corresponder por la inobservancia (única constatada) al artículo 14°, inciso a), de la Ley N° 1883 (de Seguros).

Tal extremo compele a la decisión que consta en la parte dispositiva del presente fallo, a los fines del necesario pronunciamiento de la Entidad Reguladora, a los fines únicos de establecer el monto de la sanción pecuniaria que corresponde a la infracción del precitado artículo 14°, inciso a), por efecto de la decisión que también consta infra.

CONSIDERANDO:

Que, por el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha llegado a la conclusión de que la Autoridad Reguladora, no ha realizado una correcta adecuación de la norma cierta y existente al supuesto de hecho, correspondiente al incumplimiento del inciso i) del artículo 12°, de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, vulnerando de esta manera el principio de tipicidad al cual se deben sujetar los procesos administrativos sancionadores.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 288-2014 de fecha 15 de abril de 2014, **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 56-2014 de fecha 29 de enero de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA “CRUZ DEL ORIENTE” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 224/2014 DE 22 DE ABRIL DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 060/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2014

La Paz, 16 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, anuló obrados hasta la nota ASFI/DSR/ IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 053/2014 de 11 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 102/2014 de 12 de septiembre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 09 de junio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, legalmente representada por su Gerente General, señor Rudy Hernán Aparicio Moreno, en mérito al Poder Notarial N° 123/2013 de fecha 24 de junio de 2013, otorgado ante la Notaría de Fe Pública N° 18 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo del Dr. José Osvaldo Vásquez Céspedes, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014

de 21 de febrero de 2014, anuló obrados hasta la nota ASFI/DSR/ IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-89139/2014, con fecha de recepción 12 de junio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 17 de junio de 2014, la Unidad de Recursos Jerárquicos, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014.

Que, mediante memorial recibido en fechas 3 de julio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** ratifica la documentación que cursa en el expediente, y solicita día y hora para la fundamentación oral respecto del Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014.

Que, en fecha 31 de julio de 2014, conforme fuera dispuesto por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 033/2014 de 18 de julio de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos, a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 095/2014 DE 21 DE FEBRERO DE 2014.-

En fecha 21 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció su Resolución Administrativa ASFI Nº 095/2014, en la cual resolvió:

"…***PRIMERO:*** *Disponer la No Admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N° 393 de Servicios Financieros por no haber estado en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y no demostrar viabilidad financiera, requisitos esenciales de admisión, señalados en la Sección 1, artículo 5 y Sección 10, artículo 3 y el anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, conforme a las consideraciones de la presente Resolución.*

SEGUNDO: *Instruir a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., el cese inmediato de operaciones, debiendo únicamente avocarse a la recuperación de la cartera, quedando*

prohibida de realizar captaciones de sus socios bajo cualquier modalidad.

TERCERO: *La Entidad debe convocar de inmediato a una Asamblea General de Socios con el objeto de dar lectura a la presente Resolución y tratar la disolución voluntaria, consecuentemente el acta correspondiente deberá ser remitida a esta Autoridad de Supervisión dentro de las siguientes 48 horas de su realización...*"

A tal efecto, la Resolución Administrativa ASFI Nº 095/2014 expone los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, conforme a los alcances del Memorándum de Planificación ASFI/DSR IV/R-109304/2013 de 24 de julio de 2013, se realizó una inspección especial a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., con corte al 30 de junio de 2013, cuyos principales resultados se encuentran plasmados en el Informe ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013, mismos que se expresan a continuación:

- *De la revisión a la documentación legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., se tiene que mediante Resolución Administrativa N° 258/2008 de 25 de junio de 2008, emitida por la Dirección General de Cooperativas, se reconoció la personalidad jurídica de la Entidad, advirtiéndose que la misma es de fecha posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, incumpliendo con lo establecido en el Libro 1°, Título I, Capitulo III, Sección 1, artículo 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), que establece que las cooperativas de ahorro y crédito societarias que hayan estado en funcionamiento a tiempo de promulgarse la Ley N° 3892* (…)*, para ser incorporadas al ámbito de la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (vigente al momento de la emisión de la Resolución N° 258/2008), deben cumplir con las etapas 1 y 2.*

- *En consecuencia, al no haber estado legalmente habilitada la Cooperativa para su funcionamiento el 18 de junio de 2008, como establecía el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Cooperativas de 13 de septiembre de 1958 (vigente a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 y la emisión de la Resolución Administrativa N° 258/2008), no cumple con el requisito esencial de haber estado en funcionamiento para su ingreso al proceso* (…)

- *Del análisis de viabilidad en el corto, mediano y largo plazo, se establece un incumplimiento del 57% de los criterios* (…)*:*

CRITERIOS DE VIABILIDAD FINANCIERA

No	CRITERIO	EVALUACIÓN	CUMPLE		
			SI	NO	N/A
1	La relación Pérdidas Acumuladas y de Gestión sobre Capital Primario, igual o mayor al 50% es causal de intervención, según el Título IX, Capítulo III, Artículo 120 inciso b) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.	Las pérdidas Acumuladas y de Gestión a junio 2013 alcanzan al 63.77% del Capital Primario.		1	
2	El CAP debe ser por lo menos el 10% de sus activos ponderados en función de sus riesgos, según el Artículo 47 de la LBEF.	El CAP a junio 2013 es 15.58%.	1		
3	Contar con un capital mínimo de cien mil (100.000) derechos especiales de giro (DEG).	La entidad a junio 2013 cuenta con 114.695 DEG (sin tomar en cuenta las pérdidas acumuladas y de gestión), 34.932 DEG (tomando en cuenta lo mencionado).		1	
4	Imposibilidad de cumplimiento en el pago de una o más obligaciones líquidas y exigibles.	El Activo líquido cubre el 13.05% del Pasivo Total	1		
5	Denuncias o reclamos realizados por socios de la Cooperativa directamente a ASFI sobre la no devolución de depósitos.	No existe denuncias o reclamos en contra de la Entidad.	1		
6	Que se hayan determinado prácticas de gestión que pongan en grave peligro los depósitos del socio, la situación de solvencia y líquidez de la entidad, como ser:				
6a.	Que los auditores externos de la entidad se hayan abstenido de opinión o que su opinión haya sido negativa.	Auditoria Externa 2012, realizado por Acevedo & Asociados, quienes emiten un dictamen limpio.	1		
6b.	Existencia de créditos vinculados en concordancia con el Artículo 50 de la LBEF, otorgados de manera preferencial o irregular.		1		
7	Que la relación de activos de primera calidad respecto al total de depósitos recibidos por la entidad sea inferior al 0.8.	a junio 2013 es 1.09 los activos de primera calidad	1		
	OTROS CRITERIOS POSIBLES.				
8	Margen Financiero negativo o inferior a un porcentaje determinado en relación al promedio del sistema.	Resultado Financiero Bruto a junio 2013 es Bs205 mil.	1		
9	Margen Operativo Neto inferior a un porcentaje determinado en relación al promedio del sistema.	Margen Operativo Neto a junio 2013 es negativo Bs21 mil.		1	
10	Liquidez (disponibilidades <= 30 días / depósitos del socio) inferior a un porcentaje determinado.	El Activo líquido cubre el 38.35% de sus obligaciones con sus socios (<= a 30 días). Activo liquido Bs409.408. Caja de Ahorro Bs.661.281 DPF vcto. A 30 días Bs. 406.393		1	
11	Definir un porcentaje de relación de Activo Improductivo sobre el Activo total, que permita determinar una estructura financiera inadecuada y que comprometa la sostenibilidad en el tiempo.	El Activo Improductivo alcanza 10.64%.		1	
12	Definir una cobertura mínima de previsiones sobre cartera en mora, en el caso de estar por debajo, la constitución de la deficiencia impactaría de manera significativa el Patrimonio.	Las previsiones de cartera a junio 2013 es 110.83%. Cartera en Mora: Bs201 mil. Previsiones: Bs222 mil.	1		
13	En base a un análisis de tendencias (activos, ingresos, pérdidas, etc...), determinar si la entidad presenta una propensión negativa y que incidirá en su sostenibilidad en el tiempo, o se encuentra discordante al comportamiento del mercado.	Desde la gestión 2010, la entidad obtiene Resultados Acumulados negativos, ocasionando que sea mas dificil la devolución de los ahorro de los socios.		1	
		TOTALES	**8**	**6**	**0**
		Nivel de Cumplimiento			**57%**
		Nivel de Incumplimiento			**43%**

Del cuadro anterior se establece:

- *Al 30 de junio 2013, las pérdidas Acumulas (sic) y de gestión sobre Capital Primario alcanza al 63.77%, en virtud al Título IX, Capítulo III, artículo 120, Inciso b) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina como causa de intervención a la obtención de pérdidas iguales o mayores al 50% del Capital Primario.*
- *El Margen Operativo Neto a junio 2013, alcanza a una pérdida de Bs20.539, por lo que la Cooperativa no tiene capacidad de cubrir sus gastos administrativos.*
- *Desde la gestión 2010, la entidad tiene pérdidas mensuales y anuales, ocasionando que a mediano y largo plazo no tenga la capacidad de devolver la totalidad de los ahorros de sus socios.*

CONSIDERANDO:

Que, con el propósito de realizar un análisis sobre el funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en el marco de lo preceptuado en el inc. d) artículo 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, el Informe ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, manifestó lo siguiente:

- *"La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. presentó la carta de intención de inicio del Proceso de Adecuación en fecha 4 de junio de 2010, dentro del plazo establecido por el Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, puesto en vigencia mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22*

de febrero de 2010, por lo que para el presente análisis se aplicará, la señalada disposición reglamentaria que se encontraba vigente en ese momento.

- *En base a lo señalado en el inc. d) artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala que se debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad material de los hechos, se analiza la documentación recabada en ocasión de la Inspección Especial con corte al 30 de junio de 2013 a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda.*

1. Acta de Constitución

El acta de la Asamblea de Constitución de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Comunal "Cruz del Oriente" Ltda., data del 8 de septiembre de 2007, acto que no acredita su existencia legal, al tratarse de una gestión preliminar donde tan solo se aprobó la denominación de la Cooperativa, el valor del certificado de aportación, el estatuto orgánico y se eligió y posesionó a los miembros de los consejos de administración y vigilancia.

2. Personalidad Jurídica

La Resolución Administrativa N° 258/08 de 25 de junio de 2008 otorgada por la Dirección General de Cooperativas, reconoce la personalidad jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cerrada Comunal "Cruz del Oriente" Ltda. con domicilio en el departamento de Santa Cruz, cuando ya se había promulgado la Ley N° 3892 en fecha 18 de junio de 2008, en cuyo artículo 3, modificatorio del artículo 70 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, se incorpora al ámbito de supervisión de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a las cooperativas de ahorro y crédito societarias que reemplazan para todos los efectos a las cooperativas de ahorro y crédito cerradas de carácter comunal, otorgando facultades reglamentarias a esta Autoridad de Supervisión.

La Resolución que reconoce la personalidad jurídica de la Cooperativa, concede un plazo de 90 días para el inicio de operaciones, en aplicación del Inc. b) del artículo 102 de la Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5035 de 13 de septiembre de 1958, vigente en ese momento, cuyo incumplimiento se constituye en causal de revocatoria de la personalidad jurídica.

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. no contaba con personalidad jurídica el 18 de junio de 2008 y menos con la inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas, como requisitos previos para establecer su funcionamiento, en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, vigente a esa fecha.

Al 18 de junio de 2008, la Cooperativa no se había constituido como persona colectiva, por lo que no podría reconocérsele válidamente su existencia legal.

3. Inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas

Según se establece de la Ficha de Registro emitida por la Dirección General de Cooperativas, la inscripción de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. en el Registro Nacional de Cooperativas se realizó en fecha 15 de agosto de 2008, bajo el N° 5752.

En razón a lo señalado anteriormente y en aplicación de lo establecido en el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Cooperativas de 13 de septiembre de 1958 (vigente al momento del registro), la eficacia de la personalidad jurídica como requisito previo para el funcionamiento de la Entidad se computa a partir de la firma de la respectiva Resolución y posterior inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas, es decir a partir del 15 de agosto de 2008, a efectos de lo señalado en el Resuelve Cuarto de la Resolución Administrativa N° 258/08 de 25 de junio de 2008 emitida por la Dirección General de Sociedades Cooperativas, que dispone un plazo de 90 días para el inicio de operaciones.

4. Estatuto

El estatuto de la Cooperativa se aprueba en Asamblea de Constitución de 8 de septiembre de 2007, sin embargo no entró en vigencia sino hasta el reconocimiento de su personalidad jurídica mediante Resolución Administrativa N° 258/08 de 25 de junio de 2008. Dicho estatuto, no determina el inicio de operaciones y funcionamiento, estableciendo el marco dentro del cual debe realizar las operaciones activas, pasivas y contingentes.

5. Licencia de Funcionamiento otorgada por el Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz de la Sierra

La Licencia de Funcionamiento emitida por el Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz de la Sierra, representa únicamente una autorización para el inicio actividades económicas, misma que data del 6 de octubre de 2008, posterior a la promulgación de la Ley 3892.

6. Constitución del primer certificado de aportación

Considerando que una cooperativa de ahorro y crédito cerrada de carácter comunal, ahora societaria, en el marco de lo establecido en los artículos 2 y 3 del D.S. N° 25703 de 14 de marzo de 2000, (vigente al momento de la emisión del informe) tiene el objeto de fomentar el ahorro y otorgar recursos financieros en calidad de préstamo exclusivamente con sus socios, se ha realizado la revisión de la base de datos de certificados de aportación, de donde se establece que el primer certificado de aportación constituido en el plazo habilitado para el inicio de operaciones fue en fecha 19 de septiembre de 2008 a nombre del Sr. Henry Walter Ampuero Duran por la suma de Bs200, posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008."

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de las conclusiones a las que llega el Informe de Inspección Especial ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013, establece lo siguiente:

1. *La Cooperativa de Ahorro Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., no se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, incumpliendo lo establecido en el artículo 5 de la Sección 1 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), que señala: "… la CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF debe cumplir con dos etapas".*

2. *La Cooperativa no cumple con los criterios de Viabilidad Financiera, establecidos en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3 con base en las premisas del Anexo 9 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), los mismos que se traducen en: Pérdidas mensuales desde la gestión 2008, Pérdidas Acumuladas y de Gestión que alcanzan al 63.77 % del Capital Primario, Margen Operativo negativo por Bs20.539.*

Que, del análisis de las recomendaciones del mismo informe se establece lo siguiente:

1. *La no admisión al proceso de adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., por no cumplir con lo establecido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros) y la Sección 10, artículo 3, bajo las premisas del Anexo 9, en relación a su funcionamiento a momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2013 y por no cumplir con los criterios de viabilidad financiera.*

2. *Instruir a la Cooperativa, convocar a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, donde se trate de manera exclusiva la disolución voluntaria de la Cooperativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley General de Cooperativas.*

Que, las conclusiones a la que llega el análisis realizado en el Informe Técnico Legal ASFI/DSR IV/174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, señalan que:

- *Del examen de la documentación analizada, se puede establecer que la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Cruz del Oriente" Ltda. no cumple con el requisito principal de admisión al proceso de adecuación a la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (hoy Ley N° 393 de Servicios Financieros), establecido en la Sección 1, artículo 5 del Reglamento para la*

Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), al no haberse encontrado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

- *La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., no cumple con los criterios de viabilidad financiera señalados en la Sección 10, artículo 3 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actual Recopilación de Normas para Servicios Financieros) y su anexo 9.*

Que, el Informe Técnico Legal ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, recomienda:

1. ***NO ADMITIR** a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. el ingreso al Proceso de Adecuación, por incumplimiento a los requisitos establecidos en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (actual Recopilación de Normas para Servicios Financieros), Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5, por no encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y Sección 10, artículo 3 por no cumplir con las premisas de viabilidad financiera conforme lo establecido en su Anexo 9.*

2. *Disponer que la Entidad convoque a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, conforme a lo establecido en su estatuto orgánico, con el objeto único de dar lectura a la resolución a emitirse y considerar su disolución voluntaria, debiendo remitir el acta correspondiente a esta Autoridad de Supervisión dentro de las siguientes 48 horas de su realización.*

3. *Disponer el cese inmediato de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. y proceder a un cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos…*"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 24 de marzo de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 095/2014 de 21 de febrero de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…***INDEFENCIÓN*** (sic) ***Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO***.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en adelante ASFI, señala, en la Resolución ASFI N° 095/2014, que en los resultados de la inspección especial,

plasmados en el Informe ASFI/DSR IVIR-122736 de 16 de agosto de 2013, se señala que la Cooperativa "...no cumple con el requisito esencial de haber estado en funcionamiento para su ingreso al proceso de adecuación. "

Así también, señala que "...con el propósito de realizar un análisis sobre el funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., al momento de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en el marco de lo preceptuado en el inc. d) artículo 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, el Informe ASFI/DSR IV/R174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, manifestó lo siguiente:... " Sin embargo, ninguno de estos dos informes, ASFI/DSR IV/II-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV/R174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, que se constituyeron en la base y fundamentación de la Resolución ASFI N° 095/2014, fueron puestos en conocimiento de la Cooperativa antes de la emisión de esta Resolución, coartando nuestro derecho a la defensa e impidiendo demostrar, como lo haremos más adelante, que los aspectos señalados en esos informes no fueron correctamente evaluados por parte de los funcionarios de la ASFI.

El derecho a la defensa es un principio constitucional y es la base del debido proceso consagrado en el num. II del Art. 115 de la Constitución Política del Estado;

> *"Artículo 115. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones*

El Art. 32 (REQUISITOS ESENCIALES) del D.S. N° 27113 de fecha 23 de julio del 2003 establece:

> *"Sin perjuicio de los requisitos exigidos por otras normas, se considera requisito esencial previo a la emisión del acto administrativo:*

a) El dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando exista riesgo de violación de derechos subjetivos.

b) ***El debido proceso o garantía de defensa, cuando estén comprendidos derechos subjetivos o intereses legítimos."***

Concordante con las disposiciones señaladas el Art. 24 del D.S. N° 27175 de fecha 15 de septiembre del 2003 establece:

> *"II: Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán elaborar normas para reglamentar sus actividades de supervisión y regulación, sin embargo, ejercitando sus competencias, en la realización de los actos destinados a tal fin, podrán utilizar técnicas, efectuar inspecciones y establecer procedimientos a través de comunicaciones que, sin estar plasmados necesariamente en un reglamento escrito, se ajusten y no contradigan las normas básicas generales de los reglamentos señalados anteriormente, respetando los derechos de los regulados y respetando el principio de publicidad* ***y debido proceso en todo momento****.* ***"***

Cuando el administrado no es oído y la autoridad no precautela el debido proceso, causando indefensión del administrado, el proceso está viciado de nulidad absoluta, tal como se presenta en este caso, puesto que la ASFI omitió informar a la Cooperativa de forma oportuna el alcance de la inspección y los informes ASFI/DSR IV/R-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV/R174067/2013 no permitiendo que

la Cooperativa demuestre que los criterios establecidos en esos informes no son correctos vulnerando claramente el debido proceso y nuestro derecho a defensa.

II. INFORMACIÓN INCOMPLETA DEL ALCANCE DE LA INSPECCIÓN CON CORTE AL 30 DE JUNIO DEL 2013.

Mediante carta ASFI/DSR IV/R-109189/2013 de fecha 24 de Julio de 2013 - TRÁMITE N° T-493819 se informa a la Cooperativa que a partir del "6 de febrero de 2012" (OBSERVESÉ LA FALTA DE CUIDADO CON las fechas del ANUNCIO DE INSPECCIÓN) se realizaría una inspección "...con el propósito de evaluar a esa entidad en Proceso de Adecuación para su incorporación al ámbito de regulación." Estableciendo en el Anexo N° 1 la información que la Cooperativa debía preparar para esa inspección y el Anexo N° 2 los temas que la Cooperativa debía presentar al equipo de inspectores. Pues bien, en ninguno de esos Anexos se establece la revisión sobre la Personalidad Jurídica de la Cooperativa y sus antecedentes, aspecto que ***tampoco permitió a la Cooperativa que defienda o rebata los criterios expuestos en los Informes ASFI/DSR IV-122736/2013 y ASFI/DSR IV-174067/2013, causando indefensión de la Cooperativa.***

Toda vez que la ASFI emitió la Resolución ASFI N° 095/2014 de fecha 21 de febrero de 2014 ***sin poner en conocimiento de la Cooperativa el verdadero alcance de la Inspección*** *al 30 de junio de 2013, ni los Informes ASFI/DSR IVIR-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV-174067/2013 de fecha 14 de noviembre de 2013,* ***ambos base de la Resolución impugnada****, la ASFI violó el derecho constitucional de la Cooperativa al debido proceso y a una justa defensa anterior a la emisión de la Resolución ASFI N° 095/2014.*

IV. INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN

La Resolución ASFI N° 095/2014 de fecha 21 de febrero de 2014 en su parte Resolutiva punto PRIMERO establece: "Disponer la no admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente'' Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N°393... ".

Sin embargo, ***mediante carta de fecha ASFI/DSR IV-101780/2011 de fecha 28 de septiembre de 2011,*** *la ASFI CERTIFICA* ***"En consecuencia, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente'' Ltda. se encuentra dentro del Proceso de Adecuación de ASFI para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, Fase II, Etapa 1, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Cooperativas..."***

Por lo anterior, la ASFI entra en una contradicción al disponer la NO ADMISIÓN al Proceso de Adecuación a la Cooperativa cuando ella misma ya certificó que la Cooperativa se encuentra en la Fase II del Proceso de Adecuación, y todos los actos de la ASFI hacia la Cooperativa antes de la Resolución ASFI N° 095/2014, ***son demostrativos de que efectivamente la Cooperativa estaba plenamente admitida dentro del Proceso de Adecuación****, prueba de ello es que la ASFI aprobó el Plan de Acción de la Cooperativa luego del Diagnóstico y las inspecciones realizadas* ***tenían como objeto evaluar el cumplimiento del Plan de Acción.***

La Circular SB/0588/2008 en su numeral 3) establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito para obtener el Certificado de Adecuación deben pasar por tres fases:

Fase I: Diagnóstico de Requisitos. Fase cumplida por la Cooperativa Cruz del Oriente.

Fase II: Elaboración de Plan de Acción: Fase cumplida por la Cooperativa Cruz del Oriente.

Fase III: Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación. Fase en ejecución por la Cooperativa Cruz del Oriente.

La Certificación emitida por la ASFI mediante ASFI/DSR IV-101780/2011 de fecha 28 de septiembre de 2011, que señala "En consecuencia, la ***Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda, Se*** *encuentra dentro del Proceso de Adecuación de ASFI para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, Fase II, Etapa 1, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Cooperativas..." Establece sin lugar a dudas de que la Cooperativa Cruz del Oriente ya se encuentra admitida en el Proceso de Adecuación y además, de que ya ha culminado la Fase I: Diagnóstico de Requisitos y se encuentra en plena ejecución y ajuste del Plan de Acción.*

Por lo anterior se establece que el motivo de la Resolución ASFI N° 095/2014 es ilegítimo puesto que se basa en antecedentes que desvirtúan el objeto del acto jurídico, es decir: el objeto de la Resolución ASFI N° 095/2014 es "Disponer la no admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N° 393...", sin embargo, la motivación (a saber los antecedentes del caso) establecen de forma contundente que la admisión de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al Proceso de Adecuación ya fue realizada con mucha anterioridad.

Entonces, considerando que el objeto de la Resolución ASFI N° 095/2014 no cumple con el requisito establecido en el inciso f) del Art. 28 del D.S. 27113, a saber: "f) No se encuentre en contradicción con la cuestión de hecho acreditaba en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas." Este acto administrativo (Resolución ASFI N° 095/2014) es nulo.

V. EXTEMPORALIDAD DEL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 095/2014

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. solicitó formalmente su admisión al Proceso de Adecuación mediante carta CREDICRUZ 0126/2010 de fecha 1° de junio de 2010 en la cual de forma expresa informa a la ASFI que la personalidad jurídica de la Cooperativa fue obtenida mediante Resolución Administrativa 258/08 de fecha 25 de junio del 2008 emitida por la Dirección General de Cooperativas.

Este aspecto no fue observado por la ASFI existiendo ya el Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, por el contrario, ***la ASFI, mediante carta ASFI/DSR IV/R-58437/20I0 de fecha 14 de junio de 2010, instruye a la Cooperativa realizar el Diagnóstico y Plan de Acción establecido en el Art. 1 de la Sección 2 del Reglamento.*** *Estableciendo implícitamente que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., se encuentra legalmente habilitada para iniciar el Proceso de Adecuación. A partir de ese momento la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., comienza a realizar una serie de acciones e*

inversiones, *dirigidas por la ASFI, conducentes a obtener el Certificado de Adecuación.*

Ante este antecedente resulta totalmente sorprendente, incoherente e ilegítimo, que a estas alturas la ASFI pretenda desconocer la legalidad del proceso de adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda.

VI. INCONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIÓN SB N° 198/2008 DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2008.

La Resolución ASFI N° 095/2014 impugnada establece que la ASFI "...elaboró normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB N° 264/2008 de 22 de diciembre de 2008, ASFI N° 412/2009 de 23 de noviembre de 2009, ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y ASFI N° 631/2010 de 20 de noviembre de 2012. "

Es decir, la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 establece el requisito previo, impuesto a las Cooperativas, de encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008; Resolución que viola las disposiciones del Art.123 de la Constitución Política del Estado que establece: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo...", y también del Art. 116 num.II: "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible."

En este caso, el "hecho punible" es el supuesto no funcionamiento de la Cooperativa al 18 de junio del 2008 y la "sanción" es no incluirla en el proceso de adecuación. Ahora bien, la norma que establece esta "sanción" es de fecha 14 de octubre del 2008 y sanciona una posible omisión de fecha 18 de junio del 2008, es decir, la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008, está normando de forma retroactiva y por lo tanto inconstitucional puesto que viola los Arts. 116 y 123 de la Constitución Política del Estado.

Además del anterior criterio de inconstitucionalidad señalado, se establece que la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 también viola disposiciones constitucionales al establecer la vigencia de la Ley N°1 3892 desde su promulgación, cuando el Art. 164 de la CPE establece:

> *"I. La ley promulgada será publicada en la Gaceta Oficial de manera inmediata.*
>
> *II. La ley será de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, salvo que en ella se establezca un plazo diferente para su entrada en vigencia."*

De acuerdo a la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional la Ley N° 3892 fue publicada en fecha 26 de junio del 2008 y la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. es de fecha 25 de junio del 2008.

Aplicando de forma correcta la norma constitucional la fecha a la que las cooperativas debieron estar en funcionamiento es la fecha de la emisión del Reglamento, es decir 14 de octubre del 2008. La inscripción de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. en el Registro Nacional de Cooperativas fue realizada en fecha 15 de agosto de 2008, por lo que la legalidad de su personalidad jurídica para ser admitida en el Proceso de Adecuación nunca fue objeto de observación por parte de la ASFI.

VII. FUNCIONAMIENTO DE LA COOPERATIVA.

El Art. 8 del D.S. N° 25703 del 14 de marzo del 2000, establece:

> *"ARTÍCULO 8°.- (OPERACIONES DE LAS COOPERATIVAS COMUNALES) Las Cooperativas Comunales sólo podrán realizar las siguientes operaciones:*
>
> *a)* ***Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos"***

Es decir, el funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. ***se establece por la ejecución de operaciones propias a su naturaleza jurídica*** *y* ***lo establecido por el Art. 8 del D.S. 25703,*** *toda vez que esta Cooperativa es una cooperativa de ahorro y crédito el mismo acto de fundación ya se constituye en una acción relativa a su funcionamiento, puesto que con en el*(sic) *acto de fundación los fundadores entregan una cantidad de dinero que se constituye en el ahorro que ellos realizan en la Cooperativa, independientemente si la Cooperativa emite o no un Certificado de Aportación, es decir, el funcionamiento de la Cooperativa se realiza desde el momento mismo de su fundación puesto que recibe el ahorro de sus fundadores, aspecto que es reflejado en su Balance* ***de Apertura*** *y* ***del Certificado del Consejo de Administración de fecha 17 de septiembre de 2007 por el cual se establece que los socios fundadores*** *suscribieron veintiocho (28) Certificados de Aportación, demostrando que la Cooperativa ya realizó operaciones mucho antes de la Ley 3892 y el Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito.*

La Resolución ASFI N° 095/2014, de fecha 21 de febrero de 2014 en el Punto 6 del 6º CONSIDERANDO (pag.10) establece que "...el primer certificado de aportación constituido en el plazo habilitado para el inicio de operaciones fue en fecha 19 de septiembre de 2008 a nombre del Sr. Henry Walter Ampuero Durán por la suma de Bs200, posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008."

Aspecto que no es correcto puesto que como se demuestra de la documentación adjunta en fecha 17 de septiembre de 2007 el Consejo de Administración de la Cooperativa certifica la emisión de veintiocho certificados de aportes de acuerdo al detalle adjunto.

Es decir, con este documento demostramos de forma fehaciente la realización de operaciones con anterioridad a la Ley 3892 de fecha 18 de junio del 2008.

En mérito a los fundamentos señalados solicitamos a su autoridad que admita el presente Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 095/2014, de fecha 21 de febrero de 2014 REVOCÁNDOLA en su integridad y prosiguiendo con el trámite del

Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. …"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 224/2014 DE 22 DE ABRIL DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014, mediante la cual resolvió "***ANULAR*** *el presente proceso administrativo hasta la carta ASFI/DSR IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010 inclusive, quedando sin efecto todos los actos realizados desde la solicitud de ingreso al proceso de adecuación efectuada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., debiendo en consecuencia emitirse nueva respuesta mediante resolución administrativa ajustándola a derecho, estableciendo en forma fundamentada y sustentada si la entidad cumple con los requisitos reglamentarios para su admisión al proceso de adecuación para obtención del certificado de adecuación*".

Los argumentos expuestos en la mencionada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el asunto controversial respecto a lo dispuesto en la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 y los fundamentos de impugnación de la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda., se centra en que la Cooperativa sostiene que ya habría sido admitida en el proceso de adecuación para la obtención del certificado de adecuación previsto en el Reglamento para la Autorización, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, toda vez que ASFI habría realizado actos que tanto implícita como explícitamente habrían manifestado que la Cooperativa se encuentra inmersa en el proceso de adecuación, siendo el principal de ellos la carta de certificación ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de 28 de septiembre de 2011, mientras que la Resolución impugnada dispone la no admisión a dicho proceso, debido a que la entidad no se encontraba en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y porque su situación financiera y patrimonial establecen su inviabilidad financiera, conforme a las premisas del anexo 9 de dicho Reglamento.

Que, respecto al primer argumento expuesto en el memorial de impugnación, el Informe ASFI/DSR IV/R-53828/2014 de 8 de abril de 2014, expresa:

"1. Los Informes ASFI/DSR IV/R-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV-174067/2013 de fecha 14 de noviembre de 2013 representan actos administrativos de menor jerarquía que no necesariamente deben ser notificados a la Cooperativa, puesto que como base del proceso administrativo han sido elevados a Resolución N° 095/2014. Por lo tanto, no es evidente que se hayan vulnerado el debido proceso y una justa defensa como pretende hacer ver el recurrente, habiendo activado los recursos impugnatorios."

Que, revisados los informes ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV-174067/2013 de fecha 14 de noviembre de 2013, se advierte que el primero expresa en el punto 1.1 que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria

Cruz del Oriente Ltda. obtuvo la personalidad jurídica mediante Resolución Administrativa N° 258/2008 de 25 de junio de 2008 emitida por la Dirección General de Cooperativas, advirtiéndose que la misma es posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, incumpliendo con lo establecido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Que, el punto 1.1 del mismo Informe ASFI/DSR IV/R-122736/2013 establece, que de acuerdo al artículo 4 de la Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5035 de 13 de septiembre de 1958 (vigente al momento de promulgarse la Ley N° 3892), la Cooperativa no se encontraba habilitada para su funcionamiento, decisión que fue plasmada en la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 ahora impugnada.

Que, el Informe ASFI/DSR IV-174067/2013 de fecha 14 de noviembre de 2013, contiene un nuevo análisis respecto al funcionamiento de la Cooperativa a tiempo de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, concluyendo que al no haberse encontrado en funcionamiento incumplía con el requisito principal de admisión al proceso de adecuación, conforme a lo establecido en el artículo 5, Sección I del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Que, el mismo Informe ASFI/DSR IV-174067/2013, concluyó también que la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. no cumplía con los criterios de viabilidad financiera señalados en el artículo 3, Sección 10 del mismo Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito antes indicado.

Que, ambos criterios respecto al funcionamiento de la entidad y la viabilidad financiera fueron plasmados en la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, constituyéndose en los fundamentos para la emisión de la disposición administrativa.

Que, el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con los artículos 36 y 46 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala:

"I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa."

Que, el artículo 51 de la misma Ley N° 2341, dispone: "I. El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución dictada por el órgano administrativo competente, salvando los recursos establecidos por ley".

Que, el artículo 27 de la referida Ley N° 2341, establece: "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que, según el artículo 48°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, los informes como tal, constituyen documentos de uso interno de una entidad pública con el objeto que la máxima autoridad administrativa, en uso de sus facultades declarativas, dispositivas o decisorias sobre los temas que son de su competencia, tome la decisión que corresponda a tiempo de emitir la resolución y que no necesariamente la obligan a resolver conforme a ellos.

Que, si bien los informes ASFI/DSR IV/R-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013 cumplieron ese objetivo al plasmarse en la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, sin embargo, toda vez que emiten definiciones de carácter concluyente, estas debieron ser previa y oportunamente transmitidas a la entidad a efectos de que pueda desvirtuarlas, precautelando así el derecho a la defensa y el debido proceso; al momento de omitir la comunicación a la Cooperativa, se le negó la acción de defensa para poder desvirtuar lo aseverado, más aún cuando existen documentos que expresamente sostienen que la entidad ya se encontraría dentro del proceso de adecuación.

Que, respecto a los argumentos expuestos en los puntos 2, 3, 4 y 5 del memorial de impugnación, el Informe ASFI/DSR IV/R-53828/2014 de 8 de abril de 2014, expresa:

"La nota ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de fecha 28 de septiembre de 2011 a la que se hace referencia, señala que la Cooperativa "se encuentra dentro del Proceso de Adecuación de ASFI para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, Fase II, Etapa 1, conforme lo dispuesto en el Reglamento para Cooperativas puesto en vigencia mediante Circular SB/588/2008 de 14 de octubre de 2008, actualizado por la Circular ASFI/038/10 de 22 de febrero de 2010." Debiendo considerarse que la base de la nota era la información con la que se contaba a esa fecha.

Esta Autoridad de Supervisión, en resguardo de la verdad material, realizó indagaciones, dando preponderancia a la verdad jurídica objetiva, por tanto, no se limitó solamente a conocer el estado actual la documentación presentada por la Cooperativa.

En tal sentido, bajo el principio de verdad material de acuerdo con lo establecido en el Inciso d) Artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala que se debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de descubrir la verdad material de los hechos, se ha procedido al análisis de la siguiente documentación:

Acta de Constitución, Personalidad Jurídica, Inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas, Estatuto, Licencia de Funcionamiento otorgada por el Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz de la Sierra, Constitución del primer certificado de aportación, de lo que se establece que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. no se encontraba en funcionamiento a momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en consecuencia, corresponde la No Admisión al Proceso de Adecuación, ya que no cumple con ese requisito esencial para considerar su ingreso al proceso de adecuación. En tal sentido, la Resolución ASFI N° 095/2014, no es contradictoria, se funda en la verdad que corresponde a la realidad de los hechos y circunstancias, que han sido verificados plenamente y que han servido de motivación para su emisión".

"Al respecto (Punto 3), conforme a los alcances definidos en el Memorándum de Planificación ASFI/DSR IV/R-109304/2013, se programó una Inspección Especial con corte al 30 de junio de 2013, entre cuyos objetivos específicos se encuentran el revisar operaciones activas y pasivas considerando como fecha de inicio junio 2008, evaluar la documentación legal de la entidad (funcionamiento y administración), además de considerar dentro de su alcance la validación de la constitución de Certificados de Aportación Voluntarios y Remunerados antes de la promulgación de la Ley 3892.

Del análisis de la aplicación y vigencia de la normativa, esta Autoridad de Supervisión, ha establecido de la investigación realizada, que no existe evidencia alguna de que la Cooperativa haya estado realizando las operaciones propias de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, mismas que se detallan a continuación: a) Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos. b) Emitir Certificados de Aportación Voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias. Los Certificados de Aportación Voluntarios que no estuvieran garantizando préstamos, podrán ser retirados de acuerdo con las normas vigentes en cada Cooperativa. c) Recibir créditos de personas jurídicas nacionales o extranjeras. d) Recibir créditos del Estado e instituciones públicas. e) Recibir donaciones. f) Otorgar préstamos de corto, mediano y largo plazo, con garantías solidarias, personales, hipotecarias, prendarias o combinadas, en las mismas condiciones y límites establecidos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas. g) Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad. h) Realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país. i) Realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas. j) Comprar, conservar y vender por cuenta propia certificados de depósito emitidos por entidades financieras y títulos emitidos por el Banco Central de Bolivia y por el Tesoro General de la Nación. k) Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro. l) Recibir letras u otros efectos en cobranza, así como, efectuar operaciones de cobranza de luz, agua, teléfono y otros servicios. m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, de acuerdo al Reglamento que emita la Superintendencia.

Que, evidentemente resulta incongruente que habiéndose certificado mediante Cartas ASFI/DSR IV/R-71096/2011 de 14 de julio de 2011 y ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de 28 de septiembre de 2011 que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. se encuentra dentro del proceso de adecuación, se realice una nueva acción administrativa, a la que se refiere la Carta ASFI/DSR IV/R-109189/2013 de 24 de julio de 2013, con el propósito de evaluar a esa entidad en Proceso de Adecuación para su incorporación al ámbito de la regulación, lo que deja muchas dudas sobre una clara y objetiva evaluación que permita establecer la real situación de la entidad respecto al proceso de adecuación para la obtención del certificado de adecuación.

Que, igualmente se advierte una clara incongruencia y manifiesta contradicción, entre la carta ASFI/DSR IV/R-71096/2011 de 14 de julio de 2011 y la Certificación emitida mediante Carta ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de 28 de septiembre de 2011, además de otras actuaciones, que expresamente manifiesta "…la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., se encuentra dentro del Proceso de Adecuación de ASFI para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, Fase II, Etapa 1, conforme a lo dispuesto en el Reglamento para Cooperativas…" y la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 que dispone la no admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N° 393 de Servicios Financieros por no haber estado en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, por otra parte, también se advierte incongruencia y contradicción en el Informe ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013 que se constituyó en documento base de la Resolución impugnada, toda vez que el Informe señala como objetivo y alcance del trabajo, "…verificar el grado de cumplimiento del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.", mientras que en el punto 1.1 y las Conclusiones del mismo Informe, establecen que la entidad no se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, recomendándose la no admisión dentro del proceso de adecuación.

Que, en referencia al criterio de inconstitucionalidad de la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 expuesto en la impugnación, se tiene que este argumento no puede ser analizado y definido en base a criterios emergentes dentro de un proceso administrativo común, debiendo ser planteada la acción de inconstitucionalidad ante la instancia correspondiente, conforme lo establece la Constitución Política del Estado.

Que, respecto al argumento referido a que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. habría realizado las operaciones previstas en el inciso 1) del artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Sección 1 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Ley de Servicios Financieros, lo que demostraría que

la entidad ya habría iniciado operaciones al momento de promulgarse la Ley N° 3892, corresponde hacer colación nuevamente al artículo 4 de la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5035 de 13 de septiembre de 1958, vigente al momento de promulgarse la referida Ley N° 3892, que expresa: "Las sociedades cooperativas requerirán para su funcionamiento de personería jurídica, la que tendrá vigencia a partir de la fecha en que sea firmada la respectiva Resolución Suprema e inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas"; en tal sentido, lo que correspondía era que la Cooperativa demuestre, además de que ha realizado la constitución de certificados de aportación conforme al numeral 1), artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 y 2), demuestre también que cuando menos alguno de esos certificados haya sido constituido cuando ya contaba con el reconocimiento de su personalidad jurídica, conforme al artículo 4 de la Ley N° 5035.

CONSIDERANDO:

Que, la instancia que resuelve los recursos de revocatoria se constituye al mismo tiempo en una instancia de control de legalidad y validez respecto al acto administrativo impugnado, pudiendo en el caso dado emitir pronunciamiento sobre aspectos que, aunque no hubiesen sido invocados por el administrado, hagan a la validez o al fondo del acto recurrido.

Que, la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, ahora impugnada, dispone la no admisión de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. al proceso de adecuación para el ingreso al ámbito de regulación de la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, por no haber estado en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 ***y por no demostrar viabilidad financiera****, conforme al artículo 3, Sección 10, bajo las premisas del anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.*

Que, la Cooperativa presentó la solicitud de ingreso al proceso de adecuación mediante Carta CREDICRUZ 0126/2010 de 1 de junio de 2010, presentada a esta Autoridad de Supervisión en fecha 7 de junio de 2010, momento en el que se encontraba vigente el Reglamento aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, mismo que no disponía como requisito la viabilidad financiera de las entidades que soliciten el ingreso al proceso de adecuación.

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, se aprobaron las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, incorporando en la Sección 10 el artículo 3 que dispuso:

*"****(Viabilidad Financiera y de Gobierno).*** *ASFI realizará visitas de inspección a las CAC Societarias que presenten la carta de intención, conforme lo establecido en el Artículo 1° de la presente Sección, con la finalidad de evaluar y analizar su situación*

financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el Anexo 9 del presente Reglamento.

Si ASFI determina la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo 9 del presente Reglamento, emitirá a la CAC Societaria, una Resolución Administrativa de No Admisión al Proceso de Adecuación, la misma que será remitida por ASFI a la Dirección General de Cooperativas con el fin de que dicha instancia cancele la personalidad jurídica."

Que, el requisito de viabilidad financiera como condición previa para la admisión al proceso de adecuación, fue emitida posteriormente a la solicitud de ingreso de la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. al proceso de adecuación.

Que, con relación a la aplicabilidad de la viabilidad financiera como requisito esencial para la admisión de las entidades al proceso de adecuación, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 011/2014 de 20 de febrero de 2014, sostiene:

"Nótese en este punto que, el requisito de situación Financiera Patrimonial y de Gobierno de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias, conforme manda el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, ***son para aquellas que no iniciaron su proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010****.*

Sin embargo, ***la misma, no aplica al caso de autos en razón a que*** *la COOPERATIVA DE CRÉDITO CERRADA "…" LTDA.* ***presentó su solicitud antes de la emisión del mencionado reglamento****, encontrándose, a la fecha, en la denominada fase tres de la primera etapa, por lo que se debe aplicar dicho reglamento, precisamente, en lo referido a la primera etapa fase tres y no así a la que corresponde a la etapa uno de la fase uno."*

Que, en la línea establecida por la Autoridad Superior Jerárquica, la condición previa de viabilidad financiera para el ingreso al proceso de adecuación, prevista en el artículo 3, Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, no es aplicable para la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda., toda vez que la solicitud de ingreso al proceso de adecuación para la obtención del certificado de adecuación fue presentada antes de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprobó y puso en vigencia las modificaciones al referido Reglamento incorporando el requisito de viabilidad financiera.

CONSIDERANDO:

Que, como resultado del análisis a la impugnación expuesta por la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda., se ha establecido que la falta de comunicación de las conclusiones esgrimidas en los Informes ASFI/DSR IV/R-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR

IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, privaron a la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. de la oportunidad de poder desvirtuar tales aseveraciones y ejercer el derecho de negación o defensa.

*Que, también constituyen elementos de innegable incongruencia las cartas e informes que acreditan que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. ya se encontraría en el proceso de adecuación y lo dispuesto en la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 que dispone la no admisión de la entidad al proceso de adecuación, denotando la existencia de una incorrecta y/o incompleta evaluación sobre la situación de la entidad respecto al proceso de adecuación y el cumplimiento de los requisitos esenciales para su admisión o no, conforme a la normativa reglamentaria vigente, lo que importa incumplimiento al deber de precautelar el principio de verdad material previsto en el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que señala que se debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de descubrir la verdad material de los hechos, más aún cuando en el Informe ASFI/DSR IV/R-53828/2014 de 8 de abril de 2014 sostiene que debe considerarse que la base de la nota "**era la información con la que se contaba a esa fecha**."*

Que, por otra parte, ninguno de los informes ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013, el Informe ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, que se constituyen en base fundamental para la emisión de la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 ahora impugnada, hacen referencia concreta a qué elementos habrían establecido que la Cooperativa en realidad no se encuentra dentro del proceso de adecuación y la validez respecto al contenido de la documentación anterior que refiere lo contrario y conforma el elemento controversial del presente proceso.

Que, corresponde a esta instancia resguardar y precautelar el cumplimiento del debido proceso, velando por que los actos de la Administración Pública se hayan realizado procurando al administrado las debidas garantías que le aseguren el ejercicio amplio e irrestricto del derecho a la defensa.

Que, en el caso que nos ocupa, se advierte de forma inequívoca que los elementos que debieron conducir a la verdad material de los hechos, no se encuentran debidamente fundamentados, incurriendo en la emisión de un acto administrativo -como es la Resolución impugnada- carente de fundamentos correctamente sustentados que sirvan de causa en el hecho aplicable, incurriendo en ausencia del elemento esencial de validez previsto en el inciso b), artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.

Que, el artículo 36 de la Ley N° 2341, expresa:

"I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados."

Que, corresponde a la Administración Pública sanear todo procedimiento defectuoso que afecte a los derechos subjetivos del administrado o de terceros interesados en el marco de lo previsto por la Constitución y las leyes.

Que, las omisiones e incongruencias precedentemente descritas representan vulneración al debido proceso y atentan contra el derecho a la oportuna defensa del recurrente, corresponde la anulación del presente proceso administrativo hasta el vicio más antiguo…"

4. AUTO DE 12 DE MAYO DE 2014.-

Mediante memorial presentado en fecha 5 de mayo de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se aclare la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 con respecto a los puntos que se transcriben seguidamente::

"…*Cuál es la condición jurídica ante el proceso de adecuación a la normativa ASFI de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que hemos obtenido la Personería Jurídica de la Dirección General de Cooperativas antes de la publicación de la hoy derogada Ley N° 393 de Modificación de la Ley de Bancos y Entidades Financiera?.*

- *Bajo qué escenario normativo se enmarcan en el proceso de adecuación a la normativa ASFI, las Cooperativas de Ahorro y Crédito que han oficializado sus actividades operativas con Licencia de Funcionamiento obtenida previa a la publicación de Ley N° 393 de Modificación de la Ley de Bancos y Entidades Financiera, como antes de la Resolución SB N2 198/2008 de 14 de octubre de 2008.*
- *Jurídicamente, se consideran valederas las disposiciones enmarcadas en el DS 25703 previa la puesta en vigencia de la Ley Ne 393 de Modificación de la Ley de Bancos y Entidades Financiera?; permitiéndonos puntualizar sobre los hechos jurídicos valederos para nuestra cooperativa, con mayor consideración al haber obtenido nuestra personería jurídica antes de la publicación de la Ley N° 393 de Modificación dé la Ley de Bancos y Entidades Financiera.*

Indicamos a su Autoridad que las aclaraciones de orden jurídico antes citadas son de nuestro completo interés para nuestra vida institucional, por lo que pedimos una pronta respuesta…"

Por su efecto, mediante auto de fecha 12 de mayo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió: "*Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración*", por los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que, respecto al memorial presentado en fecha 5 de mayo de 2014, en aplicación de la simpleza e informalidad que ampara al administrado dentro de un proceso administrativo, esta Autoridad de Supervisión interpreta que la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda., al expresar "la Ley N° 393", se refiere a la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por lo cual se analiza la solicitud en este contexto.

Que, lo solicitado en los puntos 1 al 3 del memorial de complementación, ha sido analizado y considerado en la Resolución ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014 (…)

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 (…) *dispuso en el artículo 3, modificatorio del artículo 70 de la Ley N° 1488, que las cooperativas de ahorro y crédito societarias quedaban incorporadas al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Que (…) *también dispuso: "Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y* ***modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión****, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito abiertas* ***serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades****."*

Que, de conformidad a las atribuciones conferidas al Órgano Fiscalizador, éste elaboró el reglamento al cual se rige el proceso de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de regulación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, ahora Ley de Servicios Financieros N° 393, mismo que se encuentra inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, Reglamento que dispone en el artículo 5 de la Sección 1, las etapas que deben cumplir las cooperativas de ahorro y crédito societarias que hayan estado en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 para su ingreso al proceso de adecuación, en consecuencia las cooperativas de ahorro y crédito societarias que no hayan estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008, no pueden ingresar al proceso de adecuación.

Que, el funcionamiento de una cooperativa de ahorro y crédito societaria se determina en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, que describe las operaciones que podía realizar, siempre y cuando se cumpla la condición prevista en el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5035, abrogada por la Ley N° 356 de 11 de abril de 2013, conforme lo dispone el Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Que, el criterio anterior también ha sido plasmado en la Resolución ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014, cuando manifiesta:

"Que, respecto al argumento referido a que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. habría realizado las operaciones previstas en el inciso 1) del artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Sección 1 del Reglamento para la Constitución,

Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Ley de Servicios Financieros, lo que demostraría que la entidad ya habría iniciado operaciones al momento de promulgarse la Ley N° 3892, corresponde hacer colación nuevamente al artículo 4 de la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5035 de 13 de septiembre de 1958, vigente al momento de promulgarse la referida Ley N° 3892, que expresa: "Las sociedades cooperativas requerirán para su funcionamiento de personería jurídica, la que tendrá vigencia a partir de la fecha en que sea firmada la respectiva Resolución Suprema e inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas"; en tal sentido, lo que correspondía era que la Cooperativa demuestre, además de que ha realizado la constitución de certificados de aportación conforme al numeral 1), artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703, demuestre también que cuando menos alguno de esos certificados haya sido constituido cuando ya contaba con el reconocimiento de su personalidad jurídica, conforme al artículo 4 de la Ley N° 5035..."

CONSIDERANDO:

Que, la Resolución ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014, fundamenta en forma clara, expresa y específica los elementos sobre los cuales la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. solicita la aclaración, sin que presente contradicciones o ambigüedades, ni omite cuestiones esenciales que hacen al acto administrativo impugnado, por lo que no corresponde la procedencia de lo solicitado.

Que, el artículo 36 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, dispuesto mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, prevé que la autoridad administrativa resolverá la procedencia o improcedencia de la solicitud dentro de los cinco días siguientes a su presentación..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 9 de junio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014, con los alegatos siguientes:

"…***I. INGRESO AL PROCESO DE ADECUACIÓN***

1. *Con carta CREDICRUZ 0126/2010 presentada a la ASFI en fecha 7 de junio de 2010, la Cooperativa solicitó ingresar al proceso de adecuación al ámbito de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, conforme se dispuso en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y el Reglamento de Cooperativas de ASFI.*
2. *Con la carta ASFI/DSR IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010, Trámite T-493819, presentada a la Cooperativa el 23 de junio de 2010, la ASFI manifestó lo siguiente:*

   "...en principio se deberá remitir un Diagnóstico sobre los requisitos operativos mínimamente requeridos, el cual debe ser elaborado por una firma de auditoría externa registrada en ASFI, posteriormente la entidad elaborará un Plan de Acción cuya evaluación estará a cargo de esta Autoridad de

Supervisión, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo III, Sección 2, Artículo 1, del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito emitido mediante Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010."

3. *Con la carta CITE CREDICRUZ 06/2011 de 19 de enero de 2011 entregada el 20 de enero de 2011, la Cooperativa solicitó a la ASFI una ampliación de plazo para la presentación del diagnóstico de requisitos operativos y documentales, referido en la carta de respuesta ASFI/DSR IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010, Trámite T-493819, dicha carta fue respondida con la carta ASFI/DSR IV/R-8687/2011, Trámite T-493819, aceptando la prórroga solicitada e instruyendo la remisión de los estados financieros de la Cooperativa en forma mensual por medio de correo electrónico.*

4. *Con la carta CITE CREDICRUZ 17/2011 de 28 de febrero de 2011, presentada a la ASFI el 2 de marzo de 2011, se envió a la ASFI el diagnóstico institucional de requisitos operativos y documentales preparado por la Empresa ACEVEDO & ASOCIADOS, dentro del proceso de adecuación, habiéndose respondido con carta ASFI/DSR IV/R-29355/2011 de 16 de marzo, Trámite N° T-493819, recibida el 21 de marzo de 2011, indicando que dicha documentación se encuentra en evaluación.*

*Revisada la normativa **vigente al momento de presentar la solicitud de ingreso al proceso de adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación**, tenemos que en la Sección 1 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, el Artículo 4 decía:*

> *"Proceso de Incorporación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias en funcionamiento al ámbito de Supervisión.- La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de las Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*
>
> ***Etapa 1**. Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.*
>
> ***Etapa 2.** Obtención de la Licencia de Funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI."*

En la Sección 2 del mismo Reglamento antes nombrado, se establece en el Artículo 1º- La cooperativa que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:

***Fase I:** Diagnóstico de Requisitos*

***Fase II**: Elaboración del Plan de Acción*

***Fase III**: Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación.*

Primera conclusión parcial

- *Por lo antes expuesto, se concluye que de acuerdo al Reglamento de Cooperativas de ASFI, el Proceso de Adecuación al ámbito de regulación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras ya se inició con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, ("**Etapa 1. Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008...** "), en consecuencia y de hecho, todas las cooperativas societarias ya se encuentran dentro del proceso de adecuación porque así se dispuso en el Título I, Capítulo III, Sección I, Artículo 4º del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobado con la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.*

Ahora bien, ya en la Etapa I del Proceso de Adecuación iniciada con la promulgación de la Ley N° 3892, decía el Reglamento de Cooperativas de la ASFI en el Artículo 1 Sección 2, que para la obtención del Certificado de Adecuación deben superarse las tres fases; en el caso de la Cooperativa se cumplió con la Primera Fase, consistente en la remisión del Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales con la carta CITE CREDICRUZ 17/2011 recibida en la ASFI el 2 de marzo de 2011, tal como lo expresa con la carta ASFI/DSR IV/R-29355/2011, Trámite T-493819, de 16 de marzo de 2011, entregada el 21 de marzo de 2011, que a la letra dice:

> *"Se acusa recibo de su carta CITE CREDICRUZ 17/2011 de 28 de febrero de 2011, mediante la cual remite a esta Autoridad de Supervisión, el Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales realizado por la Consultora ACEVEDO & ASOCIADOS S.R.L. Al respecto, se manifiesta que dicha documentación se encuentra en etapa de evaluación. "*

<u>Mayor abundamiento de prueba</u>

Si lo anterior resultase aún insuficiente para lograr convencimiento a su Autoridad de que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cruz del Oriente Ltda. ya ingresó al proceso de adecuación, se tienen los siguientes documentos emitidos por la ASFI que por su contenido resultan irrefutables respecto a lo que certifica:

a) La carta ASFI/DSR IV/R-71096/2011 de 14 de julio de 2011, Trámite N° T-493819, certifica lo siguiente:

> *"la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda**<u>., se encuentra en la Fase I de la Etapa I del Proceso de Adecuación, al haber remitido a esta Autoridad de Supervisión el Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales</u>**, además de enviar información financiera mensual. A la fecha, aún no cuenta con Licencia de Funcionamiento"*

b) La carta ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de 28 de septiembre de 2011, Trámite N° T-493819, certifica:

> *"... la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., **<u>se encuentra dentro del Proceso de Adecuación de ASFI para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, Fase ÍI, Etapa 1, conforme lo dispuesto en el Reglamento de Cooperativas</u>** puesto en vigencia mediante Circular SB/588/2008 de 14 de octubre de 2008, actualizado por Circular ASFI/038/10 de 22 de febrero de 2010."*

Ambas certificaciones emitidas por la ASFI no pueden ser ahora negadas o anuladas, tal como se pretende con la Resolución ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014, alegando "incongruencia" provocada por la propia ASFI como causal de anulación de todas las actuaciones realizadas.

Desconocer las certificaciones emitidas por la propia ASFI, alegando "incongruencia" sobre su contenida, importa delito de falsedad material, que de consumarse nos obliga por ley a denunciar ante el Ministerio Público tal delito.

<u>Segunda conclusión parcial</u>

- *El proceso para la obtención del Certificado de Adecuación, de acuerdo al Artículo 1 de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, emitido por la ASFI, se divide en TRES FASES, de las cuales la primera y la segunda ya fueron superadas por la Cooperativa, lo que consta en las cartas ASFI/DSR IV/R-29355/2011, Trámite T-493819, de 16 de marzo de 2011, ASFI/DSR IV/R-71096/2011 de 14 de julio de 2011, Trámite N° T-493819 y ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de 28 de septiembre de 2011, Trámite N° T-493819.*

II. IMPERTINENCIA DE LAS RESOLUCIONES 095/2014 DE 21 DE FEBRERO DE 2014 Y 244/2014 DE 22 DE ABRIL DE 2014

Encontrándose la Cooperativa en proceso de adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación, la labor de la ASFI como fiscalizadora del proceso debe ser la supervisión del cumplimiento o no cumplimiento del Plan de Acción. Si el Plan de Acción se cumple, debe otorgar el Certificado de Adecuación y posteriormente la Licencia de Funcionamiento, en caso de que no se cumpliera y existieran elementos que hagan presumir que no se cumplirá, entonces la ASFI debe emitir una Resolución Administrativa rechazando la otorgación del Certificado de Adecuación o Licencia de Funcionamiento, expresando en forma clara y sustentada las razones que conllevan a disponer por el no otorgamiento del Certificado de Adecuación o Licencia de Funcionamiento, sin embargo en forma sorprendente y extraña, apartándose de toda lógica normativa y procedimental, la ASFI emite la Resolución Nro. 095/2014 de 21 de febrero de 2014 resolviendo:

> *"Disponer la No Admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N° 393 de Servicios Financieros por no haber estado en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y no demostrar viabilidad financiera, requisitos esenciales de admisión, señalados en la Sección 1, artículo 5 y Sección 10, artículo 3 y el anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1°, Título 1, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, conforme a las consideraciones de la presente Resolución. "*

<u>Sobre la supuesta inviabilidad financiera</u>

En el conglomerado de desaciertos de la ASFI, se dispone "no admitir a la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. al Proceso de Adecuación por no demostrar viabilidad financiera", considerando como fuente normativa la Sección 10, artículo 3

y el Anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro I°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, conforme a las consideraciones de la presente Resolución, norma no vigente a tiempo de iniciar el proceso de adecuación y que fue aprobada recién en el mes de junio de 2012.

Más allá de la impertinencia de considerar la viabilidad financiera para disponer la "no admisión al proceso de adecuación", lo que ya dijimos no corresponde por que la Cooperativa ya se encuentra en proceso de adecuación, esta evaluación es aplicada considerando el resultado de la inspección realizada con corte al 30 de junio de 2013, o sea estamos hablando de una inspección realizada hace casi UN AÑO, cuyo resultado jamás fue comunicado a la Cooperativa para desvirtuar su contenido o resultado. Este desacierto fue previsto en la Resolución 224/2014 de 22 de abril de 2014, al decir:

> *"Que, si bien los informes ASFI/DSR IV/R-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013 cumplieron ese objetivo al plasmarse en la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, sin embargo, toda vez que emiten definiciones de carácter concluyente, estas debieron ser previa y oportunamente transmitidas a la entidad a efectos de que pueda desvirtuarlas, precautelando así el derecho a la defensa y el debido proceso; al momento de omitir la comunicación a la Cooperativa, se le negó la acción de defensa para poder desvirtuar lo aseverado, más aún cuando existen documentos que expresamente sostienen que la entidad ya se encontraría dentro del proceso de adecuación. "*
>
> *(...)*
>
> *"Que, en la línea establecida por la Autoridad Superior Jerárquica, la condición previa de viabilidad financiera para el ingreso al proceso de adecuación, prevista en el artículo 3, Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros,* ***no es aplicable para la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda., toda vez que la solicitud de ingreso al proceso de adecuación para la obtención del certificado de adecuación fue presentada antes de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012****, que aprobó y puso en vigencia las modificaciones al referido Reglamento incorporando el requisito de viabilidad financiera."*

Sobre el funcionamiento de la Cooperativa al 18 de junio de 2008

Aparentemente la ASFI entiende que su labor supervisora le permite aplicar la normativa y sus determinaciones en forma discrecional, sin importar si las acciones posteriores son manifiestamente contradictorias a las anteriores, lo que provoca en el supervisado inseguridad jurídica y violación a garantías constitucionales en contra de sus legítimos intereses y derechos consagrados en las normas legales.

Se entiende que habiendo certificado la ASFI que la Cooperativa se encuentra en el Proceso de Adecuación, oportunamente ya se han revisado y evaluado los

antecedentes para dar lugar a su ingreso a este proceso, no olvidemos que la ASFI contaba desde el año 2011 con la documentación legal de la Cooperativa y bien pudo establecer en su primer acto, que la Cooperativa no reunía los requisitos legales para ingresar al Proceso de Adecuación, sin embargo no fue así, instruyendo más bien realizar las gestiones propias del proceso, lo que permite entender que de la revisión de la documentación legal de la Cooperativa no existe observación alguna, por lo que se procedió a realizar las inversiones necesarias con el objeto de obtener primeramente el Certificado de Adecuación y luego la Licencia de Funcionamiento de la ASFI.

Desconociendo la ASFI que no emitió observación alguna respecto a la documentación legal de la Cooperativa dando lugar al inicio del Proceso de Adecuación, ahora pretende irresponsablemente "no admitirla en el Proceso de Adecuación por no haber estado en funcionamiento al 18 de Junio de 2008. fecha de promulgación de la Ley N° 3892", sin considerar, como ya lo habría hecho inicialmente, que este requisito resulta inaplicable en la especie por lo siguiente:

1. *La Cooperativa de Ahorro y Crédito Comunal "Cruz del Oriente" Ltda. fue constituida en fecha 8 de septiembre de 2007 en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, tal como consta del acta notarial elaborada por el Dr. José Osvaldo Vásquez Céspedes Notario de Fe Pública Nro. 18, suscrita por 28 socios fundadores.*

   Conforme dice el Artículo 56 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, abrogada por la Ley General de Cooperativas Nro. 356 en fecha 11 de abril de 2013:

   "La constitución de las sociedades cooperativas deberá hacerse mediante Asamblea General que celebren los interesados, levantándose Acta que deberán firmar los asistentes bajo la certificación de cualquier autoridad local, notario público,... "

   En este sentido, el acto esencial que da la legal existencia a la Cooperativa (constitución), es la Asamblea de Constitución de fecha 8 de septiembre de 2007, todos los actos posteriores, sean la inscripción en el registro, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la aprobación del estatuto, etc., son ACCESORIOS que emergen de lo principal, es decir de la constitución.

2. *La Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. inició las FORMALIDADES de inscripción y registro correspondiente ante la Dirección General de Cooperativas, cumpliendo la normativa vigente (artículo 56 de la LGSC y el Decreto Supremo Nro. 25703), antes de la promulgación de la Ley Nro. 3892 de 18 de junio de 2008.*

   *Luego de realizados y agotados todos los morosos trámites de reconocimiento de la Personalidad Jurídica, finalmente la DIGECOOP emitió la Resolución Administrativa N° 25/08 de 25 de junio de 2008 reconociendo la Personalidad Jurídica de la Cooperativa y en el Artículo 4° **concediendo 90 días para el inicio de operaciones.***

Por lo anterior, ¿qué operaciones podría encontrarse realizando la Cooperativa para estar en funcionamiento, si su constitución aún se encontraba en trámite?, más aún si por el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Cooperativas Nro. 5035 que estaba vigente, se requería de tener la personalidad jurídica para funcionar.

3. *Insistentemente la ASFI ha manifestado que la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. no realizaba operaciones al 18 de junio de 2008; de acuerdo al Reglamento de Cooperativas de la ASFI, las operaciones que pueden realizar las cooperativas de ahorro y crédito en proceso de obtención de la licencia de funcionamiento son aquellas previstas en el artículo 8 del D. S. 25703, cuyo inciso a) dispone emitir Certificados de Aportación obligatorios de acuerdo a la ley, reglamentos y estatuto, en este sentido, la Cooperativa SUSCRIBIÓ 28 CERTIFICADOS DE APORTACIÓN AL MOMENTO DE CONSTITUIRSE, los mismos que se mantuvieron hasta la obtención de la personalidad jurídica y hasta la fecha inclusive, esto demuestra que LA COOPERATIVA, ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 3892 DE 18 DE JUNIO DE 2008, REALIZÓ LAS OPERACIONES QUE LE PERMITÍA LA LEY, SU ESTATUTO Y LOS REGLAMENTOS VIGENTES, lo que deja si asidero el sostener que no estaba en funcionamiento.*

4. *El Reglamento de Constitución de Cooperativas de ASFI, no prevé nada respecto a la situación de las cooperativas que ya habían iniciado el trámite de constitución antes de la promulgación de la Ley Nro. 3892 de 18 de junio de 2008 y que la Resolución de reconocimiento se encontraba pendiente de emisión al 18 de junio de 2008.*

   Ante este vacío legal que crea razonable duda respecto a la interpretación de la norma, correspondería aplicar el principio "IN DUBIO PRO ACTIONE", sin embargo la ASFI aplica justamente lo contrario, no debe olvidarse que este principio fundamental del Derecho Administrativo, se constituye como una garantía a favor del administrado, debido a que la Administración Pública se encuentra obligada a interpretar la norma en favor del administrado en el ejercicio del derecho de acción.

Justamente en la Resolución ASFI N° 224/2014 no emitió pronunciamiento y análisis alguno a este respecto.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIÓN SB N° 198/2008 DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2008.

En el Recurso de Revocatoria se ha objetado que la Resolución ASFI N° 095/2014 impugnada estableció que la ASFI elaboró normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias al ámbito de aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB N° 264/2008 de 22 de diciembre de 2008, ASFI N° 412/2009 de 23 de noviembre de 2009, ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y ASFI N° 631/2010 de 20 de noviembre de 2012.

Se dijo que la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 establece el requisito previo, impuesto a las Cooperativas, de encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, misma que viola las disposiciones del Art. 123 de la Constitución Política del Estado que establece: "La ley sólo dispone para venidero y no tendrá efecto retroactivo..." y también del Art. 116 num. II: "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible."

En este caso, el "hecho punible" es el supuesto no funcionamiento de Cooperativa al 18 de junio del 2008 y la "sanción" es no incluirla en proceso de adecuación. Ahora bien, la norma que establece esta "sanción" es de fecha 14 de octubre del 2008 y sanciona una posible omisión de fecha 18 de junio del 2008, es decir, la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008, está normando de forma retroactiva y por lo tanto inconstitucional puesto que viola los Arts. 116 y 123 de la Constitución Política del Estado.

Además del anterior criterio de inconstitucionalidad señalado, se establece que la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 también viola disposiciones constitucionales al establecer la vigencia de la Ley N° 3892 desde su promulgación, cuando el Art. 164 de la CPE establece:

> *"I. La ley promulgada será publicada en la Gaceta Oficial de manera inmediata.*
>
> *II. La ley será de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, salvo que en ella se establezca un plazo diferente para su entrada en vigencia."*

De acuerdo a la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional ***la Ley N° 3892 fue publicada en fecha 26 de junio del 2008 y la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. es de fecha 25 de junio del 2008.***

Aplicando de forma correcta la norma constitucional la fecha a la que las cooperativas debieron estar en funcionamiento es la fecha de la emisión del Reglamento, es decir 14 de octubre del 2008. El reconocimiento de la personalidad jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. en el Registro Nacional de Cooperativas fue realizada en fecha 25 de junio de 2008, lo que se desconoce como resultado de una norma dictada dos meses después Y QUE AHORA SE LA APLICA RETROACTIVAMENTE.

Por lo anterior, correspondía que la ASFI REVOQUE la Resolución 095/2014 de 21 de febrero de 2014, puesto que las dos causales para disponer la no admisión al proceso de adecuación son incongruentes, no se ajustan a derecho y no constituyen fundamento válido que justifiquen la decisión de la Autoridad porque como ya se dijo, la Cooperativa ya se encontraba en Proceso de Adecuación y porque el criterio de viabilidad financiera no es aplicable en el caso de la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda.

IV. PETITORIO

Queda claro que la anulabilidad de todo lo obrado por decisión de la Resolución Nro. ASFI 224/2014 del 22 de abril de 2014 resulta una disposición del Regulador completamente apartado del debido proceso, puesto que existiendo un fundamento errado en la motivación de la Resolución Nro. ASFI 095/2014 del 21 de febrero de

2014, en instancia de revocatoria, la Resolución ASFI 224/2014 del 22 de abril de 2014 debió REVOCAR el acto recurrido, disponiendo a su vez por la continuidad del desarrollo del Proceso de Adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación emitiendo la resolución que corresponde en caso de cumplir con dicho Proceso o negar dicho Certificado si acaso la Cooperativa no cumple con la reglamentación, en forma fundamentada y sustentada, pero jamás anulando todo lo actuado hasta la presentación de la carta de ingreso al proceso.

Por todo lo anteriormente expuesto que demuestra claramente la impertinencia de lo resuelto, solicitamos a su Autoridad REVOQUE las Resoluciones 095/2014 y 224/2014 emitidas por la ASFI…"

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 3 de julio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** hizo presente la documentación complementaria, que se detalla a continuación:

- Balance de Apertura (30 de septiembre de 2007)

- Certificación del Consejo de Administración de los aportes realizados por los socios fundadores (17 de septiembre de 2007)

- Planillas de Aportes de Certificados Obligatorios al Fondo Social, del mes de septiembre de 2007, legalizados por el Ministerio de trabajo, empleo y previsión social.

La misma que demostraría, a su entender, que la institución realizó operaciones desde las datas a las que se refieren los documentos, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8°, Inciso a), del Decreto Supremo N° 25703, entonces, antes de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008.

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 31 de julio de 2014, conforme fuera dispuesto por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 033/2014 de 18 de julio de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, a solicitud de la misma que consta en el memorial presentado en fecha 3 de julio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la

conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 21 de febrero de 2014, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 095/2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió "*Disponer la No Admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N° 393 de Servicios Financieros*", instruyendo a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, el cese inmediato de operaciones, debiendo únicamente avocarse a la recuperación de la cartera, quedando prohibida de realizar captaciones de sus socios bajo cualquier modalidad, debiendo, además, convocar de inmediato a una Asamblea General de Socios con el objeto de dar lectura a la Resolución ASFI Nº 095/2014 y tratar la disolución voluntaria, debiendo comunicarlo al Ente Regulador en el plazo de 48 horas.

En fecha el 24 de marzo de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 095/2014 de 21 de febrero de 2014, mismo que mereció la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014, mediante la cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió anular el proceso administrativo hasta la nota ASFI/DSR IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010 inclusive, quedando sin efecto todos los actos realizados desde la solicitud de ingreso al proceso de adecuación efectuada por la ahora recurrente.

En fecha el 9 de junio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014, mismo que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, corresponde relacionar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

- **Ley Nº 3892, de 18 de junio de 2008**

  "…***ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).***

  Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

  Artículo 70. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad

limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley..." *que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.*

Las operaciones activas y pasivas, ***las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro*** *y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resolución Administrativa ASFI N° 157/10 de 22 de febrero de 2010.-**

"…***CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO***

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES (…)

Artículo 4º.- Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.- *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de la regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. *Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.*

Etapa 2. *Obtención de la Licencia de Funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI.*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley Nº 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo Nº 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios (…)

SECCIÓN 2: OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS

Artículo 1º.- Proceso para la Obtención del certificado de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.- *La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación*

Artículo 2º.- Fase I: Diagnóstico de Requisitos*.- La CAC Societaria debe contratar en el plazo máximo de treinta (30) días a partir de la emisión del Presente Reglamento, a la firma inscrita en el Registro de Firmas de Auditoría Externa de ASFI, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria para cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo I del Presente Reglamento…"*

La Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010, fue puesta en vigencia mediante circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, la misma que en su numeral 3 establece la ampliación del plazo de adecuación "…***hasta el 30 de junio de 2010,*** *a aquellas CAC Cerradas de carácter comunal, actualmente denominadas Cooperativas Societarias,* ***que al momento de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraban en funcionamiento*** *y no iniciaron el proceso de adecuación ante ASFI…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.-**

"…***CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO***

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES (…)

Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. Certificado de adecuación: *Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

Etapa 2. Licencia de funcionamiento: *Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales,*

agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). *A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:*

1) *Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente*

2) *Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario*

3) *Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios*

4) *Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran*

5) *Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI*

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). *A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.*

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). *La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos.*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.*

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). *Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.*

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). *La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:*

1) *Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.*

2) *Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.*

3) *Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.*

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal (…)

Artículo 5° - (Revocatoria del Certificado de Adecuación). *ASFI dejará sin efecto el Certificado de Adecuación, si previa evaluación técnica y legal, determina que la CAC Societaria en proceso de adecuación incurre en una o más de las siguientes causales:*

1) Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales *y/o al* ***Plan de Acción Complementario****.*

2) *Incumplimiento* ***de manera reiterada a instrucciones expresas*** *emitidas* ***y/o ajustes contables determinados por ASFI****.*

3) *Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.*

4) Pérdidas iguales o mayores al *treinta por ciento* ***(30%) del Capital Primario****.*

Revocado el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación debe publicar sus estados financieros en un medio de circulación nacional y local, por tres (3) días consecutivos, notificando sobre la revocatoria del certificado de adecuación conforme lo informado en Asamblea Extraordinaria de Socios.

Una vez que ASFI deje sin efecto el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria no podrá:

1) *Publicitarse como una CAC Societaria en proceso de adecuación que cuenta con Certificado de Adecuación otorgado por ASFI.*

2) *Abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

3) *Canalizar u operar con recursos del Estado.*

4) *Implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios.*

5) *Realizar actos de disposición de bienes, no contemplados en el Plan de Regularización.*

6) *Otras restricciones establecidas por ASFI.*

En un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos, a partir de la revocatoria del Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación deberá presentar un Plan de Regularización, el mismo que debe ser aprobado por ASFI.

La revocatoria del Certificado de Adecuación, no impide que la CAC Societaria en proceso de adecuación pueda obtener un nuevo Certificado de Adecuación, previo cumplimento del Plan de Regularización..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese que la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, introduce al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, nuevos requisitos para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas, entre los cuales se encuentra el de la viabilidad financiera.

2.2. Pretensiones del Recurso Jerárquico.-

La revisión de los antecedentes y en particular, del tenor del Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, se concluyen en las dos las pretensiones de la misma y que corresponde sean tenidas en cuenta en la oportunidad presente; la primero hace a la controversia circunstancial que tiene que ver con la anulación del proceso de adecuación de la ahora recurrente, dispuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014); en el posición de la recurrente, la Resolución Administrativa hoy impugnada, antes que anular obrados, debió revocar la Resolución Administrativa ASFI 095/2014 por su fundamentación errada y al margen del debido proceso.

La otra pretensión, en cambio, tiene un carácter esencial, por cuanto, está referida a la aspiración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, ahora recurrente, a efectos se la integre al ámbito de Regulación legal, siendo ello lo que determinó la presentación de la solicitud en sentido y, ante la declaratoria de "*No Admisión*" que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, a la instauración del proceso recursivo, con los resultados que de ello se conocen.

Con respecto a ello, es menester tener presente que, dado ese carácter fundamental, la Resolución Administrativa ASFI Nº 095/2014, en su artículo primero, justifica su decisión de no admitir a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** "*al Proceso de Adecuación* (…) *al ámbito de Regulación de la Ley N° 393 de Servicios Financieros* (…) ***por no haber estado en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y no demostrar viabilidad financiera***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha explicado dentro del mismo fallo (empero también a lo largo del proceso recursivo), que los deberes de funcionamiento a tiempo de la promulgación de la Ley Nº 3892 y de demostrar viabilidad financiera, hace a requisitos esencial, conforme están "*señalados en la Sección 1, artículo 5 y Sección 10, artículo 3 y el anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y*

Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros".

Cabe señalar que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, no ha negado en el Recurso de Revocatoria o, a su turno, en el Jerárquico, la existencia normativa de tal exigencia; en este punto hay que aclarar que el Recurso Jerárquico alega "*que la Resolución SB N° 198/2008 de fecha 14 de octubre de 2008 establece el requisito previo, impuesto a las Cooperativas, de encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, misma que viola las disposiciones del Art. 123 de la Constitución Política del Estado que establece: "La ley sólo dispone para venidero y no tendrá efecto retroactivo..." y también del Art. 116 num. II: "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible*" (extremo que por su naturaleza específica, se evalúa y considera infra).

No obstante, la presunción de inconstitucionalidad que sugiere la recurrente, determina mas bien el reconocimiento de la existencia normativa de la exigencia a la que se hace referencia, por cuanto, es sobre lo mismo que se pretende el carácter lesivo al que se hace referencia.

Lo cierto es que, ante la firmeza, vigencia y subsistencia de la exigencia de funcionamiento de la Cooperativa a tiempo de la promulgación de la Ley N° 3892, a efecto sea admitida dentro del proceso de adecuación, corresponde dejar palmaria e inequívoca constancia de que la Ley N° 3892 ha sido promulgada en fecha **18 de junio de 2008**, mientras que la personería de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** le ha sido otorgada mediante la Resolución Administrativa N° 258/08 de 25 de junio de 2008 otorgada por la Dirección General de Cooperativas, no cabiendo lugar a duda, entonces, de que a tiempo de la promulgación de la primera nombrada, la ahora recurrente no tenía personería jurídica.

De lo anterior y sin perjuicio de la decisión que consta infra, en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debe inferirse que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** no se encontraba en funcionamiento, a tiempo de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Amén de ello y en consideración a los extremos que hace presente la recurrente en su Recurso Jerárquico, corresponde manifestar los extremos que siguen a continuación, empero con el debido anuncio de que los mismos no son determinantes a efectos de la decisión tomada.

2.3. Otros aspectos del Recurso Jerárquico.-

2.3.1. De los antecedentes relacionados con la solicitud de incorporación.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, mediante nota CREDICRUZ 0126/2010 de 1° de junio de 2010, dirigida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicitó su ingreso formal al Proceso de Adecuación bajo la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008; en respuesta a ello, mediante nota ASFI/DSR IV/R-58437/2010 de

fecha 14 de junio de 2010 y entregada en fecha 23 de junio del mismo año, la Autoridad ahora recurrida, comunica a la solicitante que debe remitir un Diagnóstico sobre los requisitos operativos y documentales requeridos, elaborado por una firma de auditoría externa registrada por ante el Ente Regulador.

Sopesando una ampliación en el plazo de presentación de lo señalado (dispuesta en la nota ASFI/DSR IV/R-8697/2011 de 27 de enero de 2011), mediante nota CREDICRUZ 17/2011, presentada en fecha 2 de marzo de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** remitió a la ASFI el Diagnóstico Institucional elaborado por la firma de auditoría Acevedo y Asociados, señalando que con dicho documento inician el Proceso de Adecuación, en respuesta a lo cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la nota ASFI/DSR IV/R-8697/2011 entregada en fecha 21 de marzo de 2011, mediante la cual comunicó que el Diagnóstico se encuentra en etapa de evaluación.

En fecha 6 de julio de 2011, mediante nota CREDICRUZ 053/2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, una certificación que le acredite encontrarse en Proceso de Adecuación, a lo cual, mediante nota ASFI/DSR IV/R-71096/2011, presentada en fecha 19 de julio de 2011, el Ente Regulador certificó que la Cooperativa "*se encuentra en la Fase I de la Etapa 1 del Proceso de Adecuación*" y que a dicha fecha no contaba con Licencia de Funcionamiento.

Mediante notas CREDICRUZ 57/2011 y CREDICRUZ 68/2011, presentadas en fechas 20 de julio y 17 de agosto de 2011, respectivamente, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** presentó su Plan de Acción y documentación legal, como ser Acta de Asamblea de Constitución, Resolución Administrativa de registro en la Dirección General de Cooperativas y certificado NIT, entre otros; con respecto a la primera, en fecha 12 de septiembre de 2011 y mediante nota ASFI/DSR IV/R-90545/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero acusa recibo, efectuando observaciones al Plan de Acción, instruyendo reformular el mismo y remitirlo, sin especificar plazo alguno para su evaluación y seguimiento en una visita de inspección.

En fecha 22 de septiembre de 2011, mediante nota CREDICRUZ 17/2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** solicitó una nueva certificación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para acreditarla ante la Dirección General de Cooperativas, en sentido de encontrarse en Proceso de Adecuación, previo a realizar cualquier trámite ante tal Dirección; entonces, el Ente Regulador, mediante nota ASFI/DSR IV/R-90545/2011 de fecha 5 de octubre de 2011, emitió la solicitada certificación, indicando que la Cooperativa se encontraba en la Fase II, Etapa 1 del Proceso de Adecuación, en cuyo entendido, se establece que la Cooperativa ha venido realizando una secuencia de trámites, de conformidad a los requerimientos que le hizo presentes la Autoridad de Regulación, para la obtención del certificado de adecuación.

Mediante Resolución Administrativa ASFI 095/2014 de 21 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncia en base a los informes ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de

2013, que se constituyeron en la base y fundamentación de la citada Resolución, determinando la no admisión de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, al Proceso de Adecuación, por no encontrarse en funcionamiento al 18 de junio de 2008, fecha de promulgación de la Ley Nº 3892, y no demostrar viabilidad financiera, requisitos esenciales de admisión, instruyendo por ello el cese de sus operaciones y la convocatoria inmediata a una Asamblea General de Socios para la lectura de esa determinación y tratar su disolución voluntaria.

Por lo anterior, se puede advertir que las inspecciones realizadas cuyos resultados se plasman en los informes citados precedentemente, tenían como objetivo general, el de evaluar la gestión de riesgo global, la situación financiera y patrimonial, además de verificar el grado de cumplimiento del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, arrojando resultados y/o recomendaciones, que no condicen con todo el proceso y procedimientos impulsados por el Ente Regulador, determinando la no admisión al proceso de adecuación, sin considerar los actos y actuaciones emitidos por la propia Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y los requerimientos efectuados por ésta, dentro de un proceso de adecuación y que fue además certificado.

2.3.2. Del ingreso al proceso de adecuación.-

La recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** asevera, como primera conclusión parcial, que de acuerdo al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, vigente al momento de presentar la solicitud de ingreso al proceso de adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación, dicho proceso ya habría sido iniciado con la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008, conforme lo establecido en su Libro 1°, Título I, Capitulo III, Sección 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (hoy Recopilación de Normas para Servicios Financieros), aprobada mediante Resolución Administrativa ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, que en su artículo 4º dispone:

> "…*Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.- La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley Nº 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de la regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:*
>
> ***Etapa 1.*** *Obtención del Certificado de Adecuación:* ***Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008*** *y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI…*" (Las negrillas son insertas en la en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Producto de lo referido, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** señala que, como resultado de la solicitud efectuada mediante nota CREDICRUZ 0126/2010 de 1° de junio de 2010 (sobre ingreso al proceso de adecuación), la Autoridad de Regulación emitió la nota ASFI/DSR IV/R-58437/2010 de fecha 14 de junio de 2010, por la que comunica, a la Cooperativa que debe remitir un Diagnóstico sobre los requisitos operativos y documentales requeridos, elaborado por una firma de auditoría externa registrada en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y que posteriormente, la entidad solicitante debía presentar su Plan de Acción, cuya evaluación

estaría a cargo del Ente Regulador, citando la normativa regulatoria vigente mediante Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010.

Asimismo, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** afirma que en atención al requerimiento efectuado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicitó en primera instancia una ampliación de plazo para la presentación del diagnóstico de requisitos operativos y documentales, misma que fue atendida con nota ASFI/DSR IV/R-8687/2011, aceptando la prórroga e instruyendo la remisión de estados financieros en forma mensual y por medio de correo electrónico.

En consecuencia a lo señalado en los párrafos anteriores, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** remitió el diagnostico institucional a la Autoridad de Regulación en fecha 2 de marzo de 2011, conforme fuera preparada por la Empresa Acevedo & Asociados, que mereció la nota ASFI/DSR IV/R-29355/2011 de 16 de marzo de 2011, por la que señala que dicha documentación se encuentra en evaluación.

La recurrente manifiesta que, para mayor abundamiento de prueba, se encuentran las certificaciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR IV/R-71096/2011 de 14 de julio de 2011, que en su parte pertinente señala: "*la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., se encuentra en la Fase I de la Etapa 1 del Proceso de Adecuación, al haber remitido a esta Autoridad de Supervisión el Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales, además de enviar información financiera mensual. A la fecha, aún no cuenta con Licencia de Funcionamiento*" y mediante nota ASFI/DSR IV/R-101780/2011 de 28 de septiembre de 2011, la que señala que: "*la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda., se encuentra dentro del Proceso de Adecuación de ASFI para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, Fase II, Etapa 1, conforme a lo dispuesto en el Reglamento para Cooperativas conforme lo dispuesto en el Reglamento para Cooperativas puesto en vigencia mediante Circular SB/588/2008 de 14 de octubre de 2008, actualizado por la Circular ASFI/038/10 de 22 de febrero de 2010*"; concluyendo que ambas certificaciones no pueden ser negadas como pretende la Resolución Administrativa ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014.

Asimismo, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** recurrente manifiesta, como segunda conclusión parcial, que dentro del proceso para la obtención del Certificado de Adecuación de acuerdo al artículo 1°, de la Sección 2, del Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, y que divide en tres fases dicho proceso, que en cuanto a ella, las dos primeras fases ya habían sido superadas, conforme las notas emitidas por la Autoridad de Regulación descritas dentro de su primera conclusión parcial.

No obstante las afirmaciones y/o aseveraciones vertidas por la Cooperativa recurrente, y sin embargo de la documentación presentada, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014, determinó:

> "…*Que, la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, ahora impugnada, dispone la no admisión de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. al proceso de adecuación para el ingreso al ámbito de*

regulación de la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, por no haber estado en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 ***y por no demostrar viabilidad financiera****, conforme al artículo 3, Sección 10, bajo las premisas del anexo 9 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Libro 1°, Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.*

(…) *Que, el requisito de viabilidad financiera como condición previa para la admisión al proceso de adecuación, fue emitida posteriormente a la solicitud de ingreso de la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. al proceso de adecuación* (…)

Que, en la línea establecida por la Autoridad Superior Jerárquica, la condición previa de viabilidad financiera para el ingreso al proceso de adecuación, prevista en el artículo 3, Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, no es aplicable para la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda., toda vez que la solicitud de ingreso al proceso de adecuación para la obtención del certificado de adecuación fue presentada antes de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprobó y puso en vigencia las modificaciones al referido Reglamento incorporando el requisito de viabilidad financiera…"

Finalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro de la Resolución Administrativa ASFI N° 224/2014 de 22 de abril de 2014, presenta las siguientes conclusiones:

"…*Que, como resultado del análisis a la impugnación expuesta por la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda., se ha establecido que la falta de comunicación de las conclusiones esgrimidas en los Informes ASFI/DSR IV/R-122736 de 16 de agosto de 2013 y ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, privaron a la Cooperativa Cruz del Oriente Ltda. de la oportunidad de poder desvirtuar tales aseveraciones y ejercer el derecho de negación o defensa.*

*Que, también constituyen elementos de innegable incongruencia las cartas e informes que acreditan que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Cruz del Oriente Ltda. ya se encontraría en el proceso de adecuación y lo dispuesto en la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 que dispone la no admisión de la entidad al proceso de adecuación, denotando la existencia de una incorrecta y/o incompleta evaluación sobre la situación de la entidad respecto al proceso de adecuación y el cumplimiento de los requisitos esenciales para su admisión o no, conforme a la normativa reglamentaria vigente, lo que importa incumplimiento al deber de precautelar el principio de verdad material previsto en el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que señala que se debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de descubrir la verdad material de los hechos, más aún cuando en el Informe ASFI/DSR IV/R-53828/2014 de 8 de abril de 2014 sostiene que debe considerarse que la base de la nota "****era la información con la que se contaba a esa fecha****.*"

Que, por otra parte, ninguno de los informes ASFI/DSR IV/R-122736/2013 de 16 de agosto de 2013, el Informe ASFI/DSR IV/R-174067/2013 de 14 de noviembre de 2013, que se constituyen en base fundamental para la emisión de la Resolución ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 ahora impugnada, hacen referencia concreta a qué elementos habrían establecido que la Cooperativa en realidad no se encuentra dentro del proceso de adecuación y la validez respecto al contenido de la documentación anterior que refiere lo contrario y conforma el elemento controversial del presente proceso (…)

Que, en el caso que nos ocupa, se advierte de forma inequívoca que los elementos que debieron conducir a la verdad material de los hechos, no se encuentran debidamente fundamentados, incurriendo en la emisión de un acto administrativo - como es la Resolución impugnada- carente de fundamentos correctamente sustentados que sirvan de causa en el hecho aplicable, incurriendo en ausencia del elemento esencial de validez previsto en el inciso b), artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341…".

Es preciso establecer que los fundamentos para la emisión de la Resolución impugnada en instancia de revocatoria, estarían sustentados por dos componentes principales, el primero se refiere a que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** no se encontraba en funcionamiento al momento de promulgarse la Ley N° 3892, y el segundo, está centrado en el no cumplimiento a los criterios de viabilidad establecido en la normativa regulatoria emitida por ASFI.

2.3.3. Funcionamiento de la Cooperativa.-

Corresponde precisar los aspectos que determina el Ente Regulador referidos, al no funcionamiento de la Cooperativa al momento de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 (primer componente), para lo que se establece que, mediante auto de fecha 12 de mayo de 2014 (que forma parte del expediente), señaló que: "*Que el funcionamiento de una cooperativa de ahorro y crédito societaria se determina en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, que describe las operaciones que podía realizar, siempre y cuando se cumpla la condición prevista en el artículo 4 de la Ley General de Cooperativas N° 5035*"

El artículo 4° de la Ley General de Cooperativas N° 5035, vigente a la fecha de la solicitud efectuada por la recurrente, establece que las sociedades cooperativas, para su funcionamiento, requerirán de personería jurídica la que adquiría vigencia una vez sea inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas; dicho marco legal condiciona a que previamente para que una sociedad cooperativa entre en funcionamiento, debe contar con personalidad jurídica reconocida por autoridad competente, en el presente caso por la Dirección General de Cooperativas.

Por lo señalado, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**, si bien tuvo su acto constitutivo en septiembre de 2007, realizó los trámites correspondientes ante la autoridad llamada por ley (Dirección General de Cooperativas)

para el reconocimiento de su personería jurídica mediante Resolución Administrativa N° 258/08 de 25 de junio de 2008.

De lo señalado supra, se puede inferir que al Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se manejó en base a un criterio equívoco, puesto que de inicio no observó el que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** obtuvo su personería jurídica en fecha 25 de junio de 2008, vale decir, siete días después de la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008, y dio por supuesto su funcionamiento, por ende, que se encontraba dentro del proceso de Adecuación, tal como lo certificó en dos oportunidades (en julio y octubre de 2011), haciendo notar en los mismos el estado en el que se encontraba: primero en la Fase I, y luego en la Fase II de la Etapa I, respectivamente.

Obviamente, para avanzar en el proceso, de la Fase I a la Fase II de la Etapa 1, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** necesariamente ha tenido que estar dentro del Proceso de Adecuación y cumplir con determinados requisitos exigidos por la normativa, especialmente con la presentación de documentación y adecuación a determinadas exigencias de tipo administrativo, operativo y tecnológico (como ser la presentación del Diagnóstico sobre los requisitos operativos y documentales requeridos en la normativa, elaborado por una firma de auditoria registrada ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), y posterior presentación de su Plan de Acción, amén de otros, conforme a los requerimientos del Ente Regulador, en apego a la normativa aplicable.

Entonces, el supuestamente encontrarse la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.** dentro del proceso de adecuación, ha debido significar para ella, efectuar una serie de actividades tendentes a dar cumplimiento a lo requerido por la normativa así como a lo instruido por la propia Autoridad Reguladora, tal como se puede advertir de las conclusiones, resultado de la inspección de la gestión 2011:

> "…*La entidad debe presentar un "Plan de Acción Complementario" a ser evaluado por esta Autoridad de Supervisión, donde se expongan las acciones concretas a seguir en el corto plazo para subsanar las observaciones del presente informe, estableciendo fechas y responsables para su implementación el cual debe considerar la presentación de proyecciones financieras que permitan a la Cooperativa alcanzar su punto de equilibrio en el mediano plazo* (…)
>
> *La cooperativa deberá tomar acciones inmediatas para rediseñar su tecnología crediticia y gestionar adecuadamente el riesgo crediticio, además de parametrizar el sistema de la Cooperativa y superar la imposibilidad de reportar a través del Sistema de Información Financiera (SIF)*…"

De igual manera, el informe de inspección de la gestión 2012, presenta conclusiones como las siguientes:

> "…*1. La Cooperativa a la fecha de nuestra revisión, no ha alcanzado el punto de equilibrio que justifique sus gastos operativos y de personal con relación al nivel de sus operaciones, además de no contar con una infraestructura adecuada para el*

funcionamiento de una Entidad de Intermediación Financiera e incumplir límites legales, en ese marco resulta necesario que se encare un fortalecimiento patrimonial que le permita avanzar dentro del Proceso de Adecuación o en su defecto considerar su Fusión o Integración con otra Cooperativa de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 105 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

2. Del seguimiento realizado no se evidencia un avance significativo en el Plan de Acción de requisitos operativos y documentales, principalmente lo referido a los aspectos mínimos relacionados a infraestructura, ambientes para áreas críticas, seguridad y manuales con los que mínimamente debe operar una entidad Cooperativa.

3. La Entidad debe encarar un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 que permita la exposición correcta de los mismos, y remitir un Plan a este Órgano de Supervisión

4. No existe una adecuada regularización de observaciones del último informe de Inspección de ASFI, relacionados principalmente a debilidades en la Política y procedimientos de Créditos por lo que la Entidad debe tomar acciones inmediatas para subsanar las observaciones y fortalecer su tecnología crediticia.

5. En consecuencia, los esfuerzos del Directorio y Plantel Ejecutivo, deben orientarse a la regularización de observaciones, implementación de controles internos, cumplimiento de la Normativa vigente, incremento de la Cartera, reversión de Pérdidas Acumuladas y Fortalecimiento Patrimonial…"

Por lo señalado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro de los procesos de inspección que tenían como objetivo general el evaluar la gestión de riesgo global, la situación financiera y patrimonial, además de verificar el grado de cumplimiento del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, se pronunció con el fundamento del no funcionamiento de la Cooperativa al momento de la promulgación de la Ley N° 3892.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que la normativa regulatoria para cooperativas de ahorro y crédito emitida por la ASFI en octubre de 2008, y sus consiguientes modificaciones a la fecha, no establecen con precisión, cuáles son los requisitos y en particular los esenciales (como refiere la Autoridad Reguladora), para la admisión o rechazo al proceso de adecuación, aspecto que genera confusión en los procesos a seguir para cumplir con lo demandado por la Ley N° 3892.

No obstante, queda claro que la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014 logra superar tal inconveniente y viene a "*Disponer la No Admisión al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Cruz del Oriente" Ltda. al ámbito de Regulación de la Ley N° 393 de Servicios Financieros*".

Sobre la pertinencia o no de tal determinación, lo mismo queda sujeto al pronunciamiento posterior que vaya a emitir la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, visto lo

determinado por la presente Resolución Ministerial Jerárquica, y habida cuenta de la existencia de un Recurso de Revocatoria irresoluto.

Esto último tiene que ver con que, revisada la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014, materia del presente Recurso Jerárquico, no se observa en esa ningún elemento que justifique la decisión adoptada por el ad quo, de anular obrados, por cuanto, una anulabilidad (nulidad relativa), sólo puede recaer sobre cuestiones de forma, cuando las mismas importen una infracción al debido proceso o a otras garantías constitucionales jurisdiccionales y derechos fundamentales, y la Resolución Administrativa aludida no se refiere a ello, sino a elementos más bien sustanciales, sobre los que no corresponde pronunciar una anulabilidad, sino, tratándose del contexto que importa el Recurso de Revocatoria de 24 de marzo de 2014, en el que ha sido pronunciada, dar cumplimiento a la determinación del artículo 43° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, entonces de una de las formas que señala el mismo, la que en derecho corresponda.

Se debe entender que el derecho a la impugnación y a ser escuchado en una segunda instancia, tiene trascendencia constitucional, por cuanto, importa infracción al debido proceso administrativo, y que, estando establecidas tales garantías en favor de los administrados cuando actúan dentro del proceso, debe dárseles efectivo cumplimiento y no dar lugar a la observancia impertinente e injustificada sobre elementos de fondo (conforme ha sido supra relacionado), por cuanto los mismos, como tales no constituyen vicios procesales y deben dar lugar a decisiones de fondo, lo contrario determina dejarse en la incertidumbre, un conflicto de relevancia jurídica, entonces una injusticia, al efecto, téngase presente lo señalado por los artículos 115° y 117° de la Constitución Política del Estado.

Ese el extremo que determina la decisión que consta infra, en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.5. Pretensión sobre inconstitucionalidad.-

De la inconstitucionalidad o no de la Resolución SB N° 198/2008 de 14 de octubre de 2008, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (e invocada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**), corresponde hacer notar que, en el marco del artículo 5º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que: "*Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias*", no corresponde al presente pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la norma referida.

Amén de ello, se debe remitirse al artículo 4° de la Ley N° 235 de 5 de mayo de 2012, del Código Procesal Constitucional, el que establece que: "*se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad*", confirmando la posición

anterior de no corresponder a la suscrita Autoridad Jerárquica, pronunciamiento alguno a ese respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá REVOCAR la resolución impugnada, con alcance total cuando, pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto la resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 224/2014 de 22 de abril de 2014, que en Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2014 de 21 de febrero de 2014, anuló obrados hasta la nota ASFI/DSR/ IV/R-58437/2010 de 14 de junio de 2010, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, correspondiendo por su efecto, se resuelva el Recurso de Revocatoria de 24 de marzo de 2014, interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.**

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA “CREDISUR” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 350/2014 DE 23 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 061/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2014

La Paz, 16 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 054/2014 de 26 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 104/2014 de 1° de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de junio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA..**, representada legalmente por su Gerente General a.i., señor Aldo Antonio Valdez Cazón, conforme al Testimonio de Poder Nº 237/2013 de fecha 20 de mayo de 2013, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública Nº 15 del Distrito Judicial de Tarija, a cargo del Dra. Mónica Gutiérrez Fernández, interpuso Recurso Jerárquico

contra la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014 y rechazó la suspensión de ejecución del acto administrativo.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-92960/2014, con fecha de recepción 18 de junio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de junio de 2014, la Unidad de Recursos Jerárquicos, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, admite el Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014.

Que, en fecha 09 de julio de 2014, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos solicitada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**

Que, con memorial presentado en fecha 10 de julio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, presentó documentación complementaria, consistente en la Resolución Administrativa N° 613/09 de 10 de noviembre de 2009, que reconoce la personería jurídica de la Cooperativa, emitida por la Dirección General de Cooperativas, además señala que se tome en consideración la documentación y presentación de la defensa en audiencia oral, dentro del análisis del recurso.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. SOLICITUD DE INCORPORACIÓN AL PROCESO DE ADECUACIÓN.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, mediante nota Cons. Adm. 01/2012 de 11 de febrero de 2012 dirigida a la ASFI, presentó la solicitud de incorporación al proceso de Adecuación dentro del ámbito de Regulación para las CAC´s, señalando:

> "…*motivados por la visita efectuada por los técnicos de la Institución que usted dirige en el mes de Noviembre y a la recepción de su nota Cite ASFI/DSRIII/R-111525/2011, hemos decido solicitar a su autoridad, nos permita y autorice, ingresar al proceso de adecuación e incorporación a la supervisión financiera para las CAC´s., acorde a lo dispuesto por la normativa vigente*…".

Asimismo, mediante nota 020/2012 de 25 de septiembre de 2012, reitera la solicitud de incorporación al proceso de adecuación, adjuntando Acta de Asamblea Extraordinario de Socios, Ficha de registro y nota Cons. Adm. 01/2012 de 11 de febrero de 2012.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 121/2014 DE 10 DE MARZO DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, fundamentada bajo los siguientes argumentos:

> *"…Que, mediante carta Cons. Adm. 01/2012 de 11 de febrero de 2012, presentada en fecha 13 de febrero de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda., solicita ingresar al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488.*
>
> *Que, el Informe ASFI/DSRIII/R-122326/2012 de 27 de septiembre 2012, establece que de acuerdo al Informe N° UAR-718/10 de 15 de septiembre de 2010 emitido por la Dirección General de Cooperativas, la personalidad jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CREDISUR" Ltda., fue otorgada mediante Resolución Administrativa N° 613/2009 de 10 de noviembre de 2009, es decir en forma posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, abrogada por la Ley 393 de Servicios Financieros, misma que además contraviene lo dispuesto en el artículo 4, Sección 1 y artículo 4 de la Sección 4 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento para las Cooperativas de Ahorro y Crédito, al no haberse tramitado ante esta Autoridad de Supervisión el permiso para su constitución.*
>
> *Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 5, Sección 1 y artículo 2, Sección 10 del Capítulo III, Título I del Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que pretendían ingresar al proceso de adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación, debían cumplir con el requisito esencial de haberse encontrado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.*
>
> *Que, al haberse modificado el Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito mediante Resolución ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, se dispuso en el artículo 1°, Sección 10, que las cooperativas de ahorro y crédito que se encontraban en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la Ley N° 3892, que no iniciaron el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, podían hacerlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012.*
>
> *Que, la carta de intención Cite 020/2012, presentada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. en fecha 25 de septiembre de 2012, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1° de la Sección 10, del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, adjuntó Ficha de Registro que evidencia que la Personalidad Jurídica de la Cooperativa, fue reconocida por Resolución Administrativa 613/09 de 10 de noviembre de 2009, de lo señalado se establece que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. no existía al momento de la promulgación de la Ley N° 3892, incumpliendo el requisito esencial de haberse encontrado en funcionamiento hasta el 18 de junio de 2008.*

Que, los Informes ASFI/DSR III/R-122326/2013 de 27 de septiembre de 2012, ASFI/DSR III/R-5628/2013 de 11 de enero de 2013 y ASFI /DSR III/ R- 146874/2013 de fecha 27 de septiembre de 2013, concluyen que la personalidad jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda., reconocida mediante Resolución Administrativa N° 613/09 de 10 de noviembre de 2009 emitida por la Dirección General de Cooperativas es posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por tanto dicha entidad se encuentra inhabilitada para ingresar al proceso de adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación, previsto en el artículo 4° Sección 2, artículo 4° numeral 1) Sección 10 del Capítulo III, Título I, Libro 1° del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Que, por otra parte, se advierte incumplimiento a lo dispuesto por la Sección 12, artículo 2, del Reglamento para la Constitución, Adecuación, Funcionamiento para las Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, toda vez que no existe el previo permiso de constitución de esta Autoridad de Supervisión.

CONSIDERANDO:

Que, la personalidad jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. no ha sido otorgada conforme lo establece el artículo 2 de la Sección 12 del Reglamento para la Constitución, Adecuación, Funcionamiento para las Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, al habérsele reconocido dicha personalidad prescindiendo de la autorización de esta Autoridad de Supervisión.

Que, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. no se encontraba en funcionamiento a tiempo de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio establecido en el artículo 5, Sección I y artículos 1 y 2 de la Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación, Funcionamiento para las Cooperativas de Ahorro y Crédito para iniciar el proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación previsto en el artículo 4° Sección 2, artículo 4° numeral 1) Sección 10 del Capítulo III, Título I, Libro 1° del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

Que, el parágrafo I del artículo 6 de la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013 dispone: "Las actividades de intermediación financiera y la prestación de servicios financieros, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas por las entidades financieras autorizadas conforme a la presente Ley."

Que, el numeral 3 del artículo 71 de la Ley General de Cooperativas N° 356 de 11 de abril de 2013, dispone que es causal de disolución y liquidación de una cooperativa la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto de su creación.

Que, el Informe ASFI/DSR III/R-172334/2013 de 12 de noviembre de 2013 recomienda emitir resolución administrativa disponiendo la no admisión al proceso de

adecuación a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. por incumplimiento al requisito previsto en el artículo 5, Sección I y artículos 1 y 2 de la Sección 10 del Capítulo III, Título I, Libro 1° del Reglamento para la Constitución, Adecuación, Funcionamiento para las Cooperativas de Ahorro y Crédito inmerso en la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, que establece que podrán iniciar el proceso de adecuación al ámbito de regulación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ahora Ley de Servicios Financieros N° 393, las cooperativas de ahorro y crédito que hayan estado en funcionamiento a tiempo de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, el mismo Informe ASFI/DSR III/R-172334/2013, recomienda instruir a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. el cese inmediato de operaciones a excepción únicamente del cobro de la cartera, quedando prohibida de realizar captaciones de sus socios bajo cualquier modalidad, debiendo convocar de inmediato a la Asamblea General de Socios con el objeto de dar lectura a la resolución y tratar la disolución voluntaria a efectos de la salida ordenada del sistema...".

La Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, con dichos fundamentos, resuelve:

"…***PRIMERO:*** *Disponer la No Admisión de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. al proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, previsto en el artículo 5° Sección I y artículos 1 y 2 Sección 10, del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, por no encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, conforme las consideraciones de la presente resolución.*

SEGUNDO: *Instruir a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. el cese inmediato de operaciones, avocándose únicamente a la recuperación de la cartera de créditos, quedando prohibida de realizar nuevas captaciones de sus socios, bajo cualquier modalidad, debiendo convocar de inmediato a una Asamblea General de Socios, con el objeto de dar lectura a la presente resolución y tratar la disolución voluntaria de la Cooperativa…*"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial de fecha 01 de abril de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…***I. ANTECEDENTES***

Con carácter previo al ingreso del análisis del presente Recurso, se realizará una cronología de los antecedentes del presente caso:

Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda. solicita su ingreso al Proceso de Adecuación al ámbito de aplicación de la ex Ley de Bancos y Entidades Financieras, actual Ley de Servicios Financieros.

Con nota 020/2012 de 25 de septiembre de 2012, la Cooperativa CREDISUR Ltda. nuevamente solicita a ASFI la Incorporación al Proceso de Adecuación.

Mediante Informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, ASFI establece que la personalidad jurídica de la cooperativa CREDISUR Ltda. fue otorgada con posterioridad a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por tanto, se encontraría Inhabilitada para iniciar el Proceso de Adecuación al ámbito de supervisión de ASFI, estableciendo a su vez que la Personalidad Jurídica otorgada por la Dirección General de Cooperativas contravendría lo dispuesto por los artículos 4°, 5° y 6° primer párrafo de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que el referido Informe señala además que la cooperativa hubiese contravenido lo dispuesto en el artículo 4, de la sección 1, del Reglamento para la Constitución, Adecuación, Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, al no existir antecedentes sobre la tramitación ante ASFI del permiso de Constitución correspondiente.

Mediante Informes ASFI/DSR III/R-5628/2013 de 11 de enero de 2013 y ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, concluyen que la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria CREDISUR LTDA. reconocida mediante Resolución Administrativa N° 613/09 de 10 de noviembre de 2009, emitida por la DGCOOP es posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por tanto dicha entidad se encontrarla inhabilitada para ingresar al Proceso de Adecuación de ASFI.

Mediante carta ASFI/DSRIII/R-187914/2013 de 10 de diciembre de 2013 remite el Informe ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, instruyendo a la cooperativa la suspensión de sus operaciones incluida la captación de nuevos ahorros, bajo cualquier modalidad, asimismo, remitir un Plan de Devolución de Ahorros de sus socios, que considere la recuperación de cartera de créditos, inversiones y recursos para este fin.

II. SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 121/2014 DE 10 DE MARZO DE 2014

La Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014 al mencionar las conclusiones arribadas por el Informe ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, señala entre otras:

"6. La entidad no demostró su funcionamiento de manera previa a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, debido a que la Cooperativa recién obtiene su Personería Jurídica el 10 de noviembre de 2009, sin iniciar el trámite ante esta Autoridad de Supervisión, por lo que se encuentra operando al margen de las leyes vigentes,"

7. La Cooperativa no se encontraría habilitada para ingresar al proceso de adecuación, debido a que no se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, en observancia a lo dispuesto por el Libro 1, Título I, Capitulo III, Sección 10, artículo 1 de la RNEF."

De los argumentos expuestos por el Informe ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, se tiene lo siguiente:

Inicialmente corresponde hacer referencia a la normativa aplicada para el presente caso, la misma que se encuentra en Título I, Capítulo III, Sección 10 de la RNSF:

"ADECUACIÓN DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS QUE NO INICIARON SU PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° (Proceso de adecuación). *La CAC Societaria que se encontraba en funcionamiento hasta antes de la promulgación del Ley N° 3892, que no inicio el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, podrá iniciarlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012, dando cumplimiento a las siguientes etapas:*

1) Etapa I: Presentación de la carta de intención.
2) Etapa II: Análisis de la viabilidad financiera y de gobierno.
3) Etapa III: Inicio del proceso de adecuación.

Artículo 2°- (Presentación de la carta de intención). *La CAC Societaria que se encontraba en funcionamiento hasta antes de la vigencia de la Ley N° 3892, que no inició el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, debe presentar ante ASFI, una carta firmada por los Consejos de Administración y Vigilancia, acordada y aprobada en Asamblea Extraordinaria de Socios, manifestando su intención de ingresar al proceso de adecuación, adjuntando documentación que demuestre que se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892.*

Artículo 3° - (Viabilidad financiera y de gobierno). *ASFI realizará visitas de inspección a las CAC Societarias que presenten la carta de intención, conforme lo establecido en el Artículo 1° de la presente Sección, con la finalidad de evaluar y analizar su situación financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el Anexo 9 del presente Reglamento.*

Si ASFI determina la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo 9 del presente Reglamento, emitirá a la CAC Societaria, una Resolución Administrativa de No Admisión al Proceso de Adecuación, la misma que seré remitida por ASFI a la Dirección General de Cooperativas con el fin de que dicha instancia cancele la personalidad jurídica."

III. ANÁLISIS LEGAL

- *Inicialmente, se debe hacer notar que la norma mencionada precedentemente, señala en el artículo 3 que la visita de Inspección debe realizarse a efecto de*

corroborar la Viabilidad Financiera y de Gobierno de la Cooperativa, por lo que una vez efectuada la visita de Inspección de ASFI a la cooperativa en fecha 17 al 20 de septiembre de 2013, los ejecutivos de la cooperativa dieron por entendido que la entidad ya había superado la Etapa I de la norma precedentemente citada, referida a la presentación de la "Carta de Intención" y su Ingreso al Proceso de Adecuación, toda vez que la Visita de Inspección se la realiza a las Cooperativas que vencieron la Etapa I, más aún en el entendido de que no hubo ninguna negativa sobre el Ingreso al Proceso de Adecuación por parte de ASFI, pese a haberse enviado en dos oportunidades la carta de intenciones (1ra. carta 11 de febrero de 2012 y 2da. carta 25 de septiembre de 2012) para el Ingreso al referido Proceso.

- *La norma mencionada no señala que se entiende por funcionamiento de la Cooperativa, aspecto que vulnera la seguridad jurídica de los regulados en vista de que la Cooperativa CREDISUR al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 ya se encontraba legalmente constituida mediante Acta de Constitución de fecha 18 de enero de 2008, donde participan 11 socios fundadores y se componen los Consejos de Administración y Vigilancia, nótese que dicha actuación data de enero de 2008, antes de la promulgación de la Ley N° 3892, adicionalmente se tiene la carta de solicitud de Personería Jurídica ante la DGCOOP de fecha 18 de enero de 2008, actuación también anterior a la promulgación de la Ley N° 3892.*

- *Una vez solicitada la emisión de la Personería Jurídica ante la Dirección General de Cooperativas, el trámite siguió su curso regular de acuerdo a la normativa vigente al momento de la solicitud y la DGCOOP emitió la Personería Jurídica correspondiente en fecha 10 de noviembre de 2009, dando de esta manera la legalidad para la constitución de la cooperativa, tomando en cuenta además que la cooperativa ya se encontraba en funcionamiento a partir de su constitución, cabe destacar que la DGCOOP en ningún momento comunicó a la Cooperativa que el permiso de constitución debía tramitarse también ante ASFI.*

La Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, señala que la Cooperativa hubiere contravenido lo dispuesto por el artículo 4, Sección 1, del Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, al no existir antecedentes sobre la tramitación ante ASFI del permiso de constitución correspondiente, aspecto que llama la atención de sobremanera toda vez que CREDISUR remitió dos cartas de solicitud de Ingreso al Proceso, la primera mediante carta CITE Cons. Ad. 01/2012 - Solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012, y la segunda CITE 020/2012 - Reiteración de Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación - de fecha 25 de septiembre de 2012, se hace notar que ambas cartas se encuentran dentro del plazo señalado por el artículo 1, Sección 10, Capitulo III, de la RNSF, consecuentemente la cooperativa consiente de que se enmarcaba en la normativa aplicable a las entidades que ingresarían al Proceso de Adecuación, toda vez que su constitución es de fecha anterior a la promulgación de la Ley N° 3892, no requirió constituirse como una nueva cooperativa, aspecto que mantiene firme y subsistente hasta la fecha, ya que de haber solicitado

su constitución como entidad nueva no hubiese solicitado su ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI, por lo que no fue vulnerado el Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, aspecto que debe ser tomado en cuenta por el Órgano de Supervisión y del que se requiere un pronunciamiento expreso.

IV. SOBRE LOS REQUISITOS PARA INGRESAR AL PROCESO DE ADECUACIÓN

La norma mencionada en el artículo 1, 2 y 3 señala cuáles son los requisitos establecidos para el Ingreso al Proceso de Adecuación, los mismos que se los denomina Etapas:

Etapa I: *Presentación de la carta de intención*
Etapa II: *Análisis de la viabilidad financiera y de gobierno*
Etapa III: *Inicio del Proceso de Adecuación*

En el artículo 2 (Presentación de la carta de intenciones). *Se puede notar que el aspecto principal en este artículo es la remisión de la carta dentro del plazo señalado, plazo que fue ampliado hasta el 31 de octubre de 2012, plazo que fue cumplido ampliamente por la cooperativa, y el segundo aspecto es el adjuntar documentación que demuestre que se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892, sin especificar en ningún momento que significa estar en funcionamiento; adicionalmente se debe entender el contexto de este requisito que está enfocado básicamente a la presentación de la carta de intenciones sin que se establezca como aspecto excluyente el no haber "demostrado funcionamiento", con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 3892 de junio de 2012.*

En el artículo 3 (Viabilidad Financiera y de Gobierno). *Ni la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014 ni el Informe ASFI/DSR 11I/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, hacen referencia alguna a que la cooperativa hubiere incumplido algún aspecto sobre la viabilidad financiera ni de gobierno, al respecto, la Cooperativa se encuentra en una situación financiera viable en el corto y mediano plazo, se debe hacer notar que CREDISUR a partir de la gestión 2012 arroja resultados positivos, lo que le permitirá revertir las pérdidas acumuladas, con relación al Capital Primario el mismo asciende a Bs1.10 millones, equivalente a DEG104.602, superior al exigido por ley (DEG 100.000).*

La Cooperativa ha generado ingresos financieros que permiten márgenes brutos y operativos para cubrir sus gastos de administración y generar resultados positivos en la gestión, alcanzando indicadores de rentabilidad positivos superiores a la gestión 2012.

V. OPORTUNIDAD DE LAS ACTUACIONES DE ASFI

A tiempo de realizar una cronología de la correspondencia cursada entre la Cooperativa y ASFI, corresponde hacer referencia a los siguientes documentos:

Carta de Intenciones enviada por la Cooperativa: *CITE Cons. Ad. 01/2012 de solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012 y la Carta de CITE 020/2012 - Reiteración de solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación de fecha 25 de septiembre de 2012.*

Respuesta a las Cartas de Intenciones: *ASFI hasta el momento de la emisión y remisión del Informe de Inspección, no respondió de manera oportuna a las cartas de solicitud enviadas por la Cooperativa, aspecto que demuestra su ineficacia respecto a sus actuaciones.*

Fecha del Informe de Inspección Especial ASFI/DSR III/R-146874/2013: *27 de septiembre de 2013, con corte al 31 de julio de 2013*

Fecha Carta remisión Informe: *ASFI/DSR III/R-187914/2013 de 10 de diciembre de 2013 De la cronología realizada, se tiene que la Cooperativa manifestó su intención de ingresar al proceso en febrero de 2012, reiterando dicha solicitud en fecha 25 de septiembre de 2012 y ASFI en ningún momento hasta la fecha, respondió de manera categórica a dichas consultas, limitándose simplemente a enviar el Informe de Inspección en diciembre de 2013, casi dos años después de la solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación, aspecto que vulnera los principios de la actividad administrativa señalados por la Ley N° 2341, de acuerdo a lo siguiente:*

Principio de Eficacia.

Según el Diccionario de la Lengua Española en su Vigésima Segunda Edición señala que la denominación celeridad proviene (Del Lat efficacia) que es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. La eficacia es la capacidad de lograr un efecto deseado, esperado o anhelado, es decir, que se cumpla con los roles y los objetivos y en especial respeto el interés general (sic).

Esta eficacia, se trasluce en el resultado de la Administración Pública y en respeto de todos los principios del Procedimiento Administrativo, respeto al ordenamiento jurídico, y comportamiento dentro de los parámetros o estándares legales administrativos.

Este principio ha sido vulnerado por ASFI en el presente caso, ya que la eficacia en la comunicación a la Cooperativa de no ingreso al Proceso de Adecuación se traduciría en que la entidad hubiere dejado de funcionar oportunamente, a la fecha y desde el inicio de funciones de la Cooperativa se ha trabajado en la captación de socios que han depositado importantes sumas de dinero y la confianza en una entidad que en ningún momento tuvo ningún obstáculo para recibir socios, adicionalmente ha trabajado en la contratación de personal, regularización de documentos administrativos y una serie de proyectos que vienen siendo ejecutados al no tener ningún óbice por parte de ninguna autoridad competente.

En tal sentido se debe señalar que la actuación de ASFI es inoportuna y extemporánea, consecuentemente, no ha sido eficaz en su actuación ya que la eficacia de sus actuaciones se traduciría en que la Cooperativa hubiere tomado

conocimiento oportuno de la decisión de ASFI, pues la Cooperativa ya ha captado una cantidad de socios importante, y existen inversiones en curso que no pueden ser suspendidas por una decisión que debió ser comunicada hace casi dos años, más aun considerando que la cooperativa remitió dos cartas de solicitud y ninguna fue respondida.

Principio de economía, simplicidad y celeridad.

Este principio que se encuentra íntimamente ligado con el citado anteriormente, señala que en las actuaciones de la administración pública se deben evitar dilaciones indebidas, evitando gastos infundados.

Por lo señalado vemos que ASFI no solo ha realizado dilaciones indebidas, ya que ha dejado que transcurran dos años para comunicar su decisión, sino que ha permitido que se realicen una serie de gastos por parte de los socios de la Cooperativa, desde instalaciones e inversiones, aspectos que no puede ni deben ser dejados de lado.

Principio de Imparcialidad

Con relación a este Principio se debe hacer referencia al Artículo 4, literal f) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala: "Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados"

Con relación a este Principio, ha comentado la Corte de Justicia Venezolana que el principio de imparcialidad ha sido asimilado, finalmente, a la observancia de la igualdad y no discriminación de los ciudadanos y administrados. Por ende, se irrespeta el señalado principio cuando un órgano administrativo resuelve situaciones idénticas en forma distinta.

Añadió la Corte, que la garantía de imparcialidad constituye un derecho fundamental de las partes involucradas, tanto en el caso de que la función jurisdiccional sea ejercida por los órganos que la tienen atribuidas como propias, es decir, los tribunales de justicia, como cuando por disposición de la ley determinados órganos administrativos tienen la responsabilidad de ejercerla, como sucede en los denominados procedimientos administrativos.

De lo señalado y aplicado al caso en concreto, se debe señalar que a la fecha se encuentran en el Proceso de Adecuación Cooperativas de Ahorro y Crédito que no demostraron su funcionamiento al momento de la Promulgación de la Ley N° 3892, adicionalmente muchas de estas cooperativas no demostraron viabilidad financiera ni de gobierno, sin embargo el regulador permitió su ingreso al referido Proceso de Adecuación y a la fecha se encuentran en funcionamiento, aspecto que no solamente vulnera el Principio de Imparcialidad mencionado sino que genera responsabilidad por la función pública a las autoridades llamadas a decidir este tipo de casos, por lo que debe considerarse que la Cooperativa CREDISUR ha cumplido con los requisitos fundamentales para el Ingreso al Proceso de Adecuación y ha

venido trabajando de manera regular, en el entendido que se encontraba dentro del Proceso al no tener ningún rechazo expreso.

VI. CON RELACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 121/2014 DE 10 DE MARZO DE 2014

Con carácter previo analizaremos lo señalado por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 28:

ARTÍCULO 28°.- (ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO). *Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:*

a) "Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) ***Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,***
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico".

La Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, es un acto administrativo definitivo, lo que para su legal emisión corresponde que contenga el fundamento necesario.

Asimismo, esta normativa es concordante con el Decreto Supremo N° 27113, reglamentaria a la Ley de Procedimiento Administrativo, que respecto a la motivación señala: (Sic).

ARTICULO 31° (MOTIVACIÓN)

I. Serán motivados los actos señalados en el Artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativos y además los que:

a) Decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos
b) Resuelvan peticiones, solicitudes o reclamaciones de administrados.
c) Resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales.

II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resultan del expediente; consignará las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión.

III. La remisión a propuesta, dictámenes, antecedentes o resoluciones previas, no reemplazará a la motivación exigida en este Artículo.

En la norma emitida, se definen aspectos que están directamente vinculados sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de la Cooperativas CREDISUR, por lo que en aplicación a la señalada norma, correspondía que la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, contenga la motivación necesaria, que otorgue a los recurrentes la oportunidad de conocer los argumentos que dieron origen a la modificación de la norma impugnada.

Al respecto del tema del fundamento y la motivación, corresponde realizar las siguientes precisiones:

Sobre la fundamentación y motivación de los actos administrativos

Conforme se ha señalado, la motivación de las Resoluciones es un elemento de la garantía del debido proceso, exigible tanto en sede judicial como administrativa. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que la Administración debe desarrollar los fundamentos de sus decisiones y ponerlos a disposición de los administrados. En el caso, la Corte señaló: "...La autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraría y no cumplió con la garantía de la Convención".

Por su parte, el Tribunal Constitucional Boliviano ha sentado abundante jurisprudencia respecto a la necesidad de que los jueces y autoridades administrativas, emitan sus resoluciones de manera fundamentada, explicando las razones de hecho y de derecho para asumir una determinación.

Así, en la SC 752/2002-R, el Tribunal Constitucional expresó la siguiente doctrina: "(...) el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

La motivación de las Resoluciones también es exigible en el ámbito administrativo, así lo sostuvo la SC 1583/2005-R, al resolver un amparo constitucional presentado contra

el Gerente Distrital de Oruro del Servicio de Impuestos Nacionales, dictó el Auto 013/2004 sin una debida motivación legal y objetiva.

En la indicada sentencia, se argumentó: "(...) el derecho al debido proceso no sólo es aplicable al ámbito judicial, sino que alcanza además a los procedimientos administrativos, en los que las autoridades competentes, ya sea porque asumen la calidad de jueces, comisiones de investigación, tribunales sumariantes o tribunales de apelación; o porque el ejercicio de sus atribuciones y competencias les obliga a tomar determinaciones y resoluciones que afectan los derechos de los ciudadanos; estando obligados a garantizar el respeto al debido proceso en todas las etapas y actuados que sean de su conocimiento, lo cual implica también ***el respeto de ese derecho traducido en la emisión de las resoluciones debidamente fundamentadas y motivadas".***

El Tribunal Constitucional, luego de sostener que en todo procedimiento administrativo se deben respetar los derechos y garantías consagrados por la Constitución Política del Estado y, por ende, la obligación de fundamentar las resoluciones administrativas, concluyó que el Auto Impugnado carecía de fundamentación legal que justificara la decisión: "mientras no se justifique con base en normas legales una sanción o una afectación a los derechos de las personas, la autoridad ejerce acciones de hecho no de derecho".

Por otra parte, la fundamentación de las resoluciones está vinculada al derecho a la defensa, en la medida en que el administrado sólo podrá impugnar una determinación cuando estén claramente explicados los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan una determinada Resolución. Ese fue el entendimiento de la SC 1173/2005-R, pronunciada dentro de un proceso disciplinario seguido contra una jueza:

"(...) del detenido análisis de la Resolución 024/04 de primera instancia, se puede percibir en ella la ausencia total de relación fáctica o de los hechos denunciados, así como de una fundamentación legal, limitándose a una recapitulación de los actuados del proceso disciplinario; lo que evidentemente lesiona el derecho al debido proceso y a la defensa, pues es inmanente a estos derechos, la obligación de fundamentar las resoluciones que dan fin con un proceso de orden sancionador.

De lo expuesto, se confirma lo denunciado por la recurrente; lo que debió ser analizado por el Tribunal de apelación, y verificando la omisión descrita, que también afecta a la esfera comprensiva del derecho al debido proceso y a la ***defensa*** *consagrados en el art. 16 de la CPE, debió ser subsanado.*

Aquí es necesario aclarar que la observación de la falta de motivación de la Resolución de primera instancia, por ausencia de la fundamentación fáctica y jurídica, no puede dar lugar que sea el Tribunal ad quem el que efectué esa fundamentación, ya que de hacerlo así, se afectaría el derecho a recurrir el fallo de la primera instancia, pues se supone que tal derecho será ejercido conociendo y refutando la fundamentación que llevó a la toma de la decisión; empero, si esa fundamentación la hace el Tribunal de segunda instancia, el procesado declarado

culpable, queda sin posibilidades de recurrir esos argumentos, para que un segundo Tribunal pueda compulsar: de un lado los fundamentos de la Resolución de primera instancia, y del otro, los razonamientos de la impugnación a esa Resolución y a su fundamentación. En consecuencia, ***el Tribunal de segunda instancia, en caso de verificar la falta de motivación de una Resolución, debió anular obrados, porque resultaron lesionados los derechos al debido proceso y a la defensa*** *consagrados en el artículo 16 de la CPE, para que sea el Tribunal de primera instancia, el cual, dictando nuevamente la Resolución, en respeto del derecho al debido proceso, en sus elementos de los derechos a la defensa y a la segunda instancia,* ***dicte nueva Resolución debidamente fundamentada en la relación fáctica y jurídica que correspondiese,*** *sustentada también en el derecho aplicable al caso enjuiciado".*

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha relacionado la falta de fundamentación de las Resoluciones con la lesión al derecho a la defensa y, en ese entendido, en todos los supuestos en que ha comprobado la ausencia de motivación ***ha anulado la Resolución,*** *esto con la finalidad de que la autoridad judicial o administrativa dicte un nuevo fallo con la fundamentación fáctica y legal correspondiente, y la persona afectada, conociendo los motivos de dicha Resolución, pueda presentar los medios de impugnación previstos en la Ley.*

Por otra parte, la necesidad de fundamentar las Resoluciones - como se ha visto - está presente en la Ley del Procedimiento Administrativo, que, al margen de contener normas vinculadas al debido proceso, dentro de los derechos del sujeto pasivo, contempla el que la Administración Tributaria resuelva expresamente las cuestiones planteadas en los procedimientos previstos por el Código y disposiciones reglamentarias, dentro de los plazos establecidos.
Consecuentemente, y de acuerdo a los argumentos de orden legal señalados se puede evidenciar que la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, carece absolutamente de fundamento, uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo, toda vez que simplemente hace referencia a lo determinado por el Informe ASFI/DSR III/R- 146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, sin embargo no establece cuáles son los fundamentos fácticos para determinar la No Admisión al Proceso de Adecuación, ya que simplemente menciona lo determinado por el referido Informe.

Por lo señalado, se determina que la falta de motivación de la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, ha vulnerado los artículos 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 31 del Decreto Supremo 27113 Reglamentario a la citada Ley, aspecto que acarrea la anulabilidad del acto administrativo, previsto en el artículo 36 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del ya mencionado Decreto Reglamentario, por lo que corresponde que la autoridad administrativa ***DETERMINE LA ANULABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA POR CONTENER ERRORES ESENCIALES EN LA FORMACIÓN DEL MISMO.***

VII. CONCLUSIONES

Por las consideraciones expuestas, se determina que la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014 incumple los Principios de la Ley N° 2341 de Procedimiento

Administrativo Principios de Eficacia; Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad y de Imparcialidad, aspecto que vulnera los derechos Constitucionales de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREDISUR, así mismo la referida Resolución no se enmarca dentro de los elementos principales de los actos administrativos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Supremo Reglamentario, adicionalmente se demuestra que no incumplió lo dispuesto por el artículo 4, Sección 1, del Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, sobre la tramitación ante ASFI del permiso de constitución de la entidad ya que en ningún momento la Cooperativa CREDISUR quiso constituirse como entidad nueva, prueba de ello es la remisión de las dos cartas destinadas a ingresar al Proceso de Adecuación, las mismas que ASFI no respondió oportunamente (…)

IX. PETITORIO

Por lo expuesto y toda vez que la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de los socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR'', ocasionando inseguridad jurídica y vulnerando la Ley de Procedimiento Administrativo y la Constitución Política del Estado, pido a usted la emisión de una Resolución Administrativa que determine la Revocatoria en todas sus partes de la Resolución impugnada, y determinando la admisión de la entidad al Proceso de Adecuación, de acuerdo a los fundamentos establecidos en el presente Recurso…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 350/2014 DE 23 DE MAYO DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014, mediante la cual resolvió: "***CONFIRMAR**, la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*".

Determinación a la que le corresponden los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que, a efectos de establecer una interpretación íntegra de la norma legal aplicada en el presente caso, es pertinente enunciar la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2005 de 13 de enero de 2005, que establece: "…el **principio de sometimiento pleno a la ley** consagrado en el literal c) del Artículo 4 de la Ley de Procedimiento administrativo No. 2341 que señala: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso". Es decir, que la Ley otorga facultades a los órganos de la Administración Pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.*

Ahora bien, en la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo". (El resaltado y subrayado es nuestro).

Que, al respecto de los argumentos expuestos en el memorial de impugnación de fecha 1° de abril de 2014, así como el Informe ASFI/DSR III/R-64935/2014 de 29 de abril de 2014 del área técnica de la institución, se pasa al análisis, sustanciación y fundamentación expresa sobre cada uno de los siguientes puntos:

Sobre los requisitos al Proceso de Adecuación.

La Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en el parágrafo segundo del artículo 3° establece la incorporación al ámbito de supervisión de esta Autoridad de Supervisión de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias (antes denominadas como Cooperativas Comunales). La mencionada disposición implica que ASFI debe realizar un análisis de las operaciones activas y pasivas, sus limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades que deben cumplir las cooperativas de ahorro y crédito societarias para incorporarse al ámbito de la supervisión, lo cual tiene como objetivo principal la obtención de la licencia de funcionamiento.

Es así que, para una (sic) *mejor trabajo de regulación, esta Autoridad de Supervisión aprueba el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que en el artículo 5, Sección 1 del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, el cual contempla las condiciones para la admisión de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, disponiendo:*

"Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

1) ***Etapa 1.*** *Certificado de adecuación: Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

2) ***Etapa 2.*** *Licencia de funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los*

requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF)".

Evaluados los requisitos y las condiciones reglamentarias para determinar si corresponde la admisión al proceso de adecuación para la obtención del certificado de adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR" Ltda., se puede establecer que el requisito "sine qua non" para el inicio de análisis de adecuación y funcionamiento de cooperativas, es que la a la (sic)*fecha de la promulgación de la Ley N° 3892* ***se encuentre en funcionamiento****, eso quiere decir al 18 de junio de 2008.*

La Cooperativa CREDISUR, dentro de los los (sic) *fundamentos de impugnación, sostiene que su constitución como cooperativa y la presentación del trámite ante la Dirección General de Cooperativas (DGCOOP) para la otorgación de personería jurídica, fue anterior a la aprobación de la Ley N° 3892, y que ellos habrían estado en funcionamiento desde la fecha de su constitución (18/01/2008). Asimismo, observa que la norma (artículo 5, Sección 1 del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros), no explica que es lo que debe entenderse por "funcionamiento", aspecto que vulneraría la seguridad jurídica de los regulados.*

Es evidente que la citada norma no realiza una explicación exegética de lo que debe entenderse como "funcionamiento", pero cuando la norma menciona que además de la fecha (18-06-2008) la cooperativa debe encontrarse en funcionamiento, éste se lo considera desde el punto de vista de lo que prescribía la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas de 13 de septiembre de 1958, que en su artículo 4 mencionaba: ***"…las sociedades cooperativas requerirán para su funcionamiento de personería jurídica, la que tendrá vigencia a partir de la fecha en que sea firmada la respectiva Resolución Suprema e inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas".*** *Entonces, siendo precisamente ese el detalle que hace a la actuación controvertida, se puede corroborar que la Cooperativa CREDISUR no obtuvo la respectiva Personería Jurídica sino hasta mucho después, es decir hasta el 10 de noviembre de 2009, fecha en la cual inicia el funcionamiento con el primer depósito en caja de ahorro que se realizó en fecha 27 de noviembre de 2009 por el socio Félix Ramírez Jamachi, el segundo se lo realizó en fecha 1 de enero de 2010 por el socio Emilio García, así como se registró el primer depósito a plazo fijo (DPF) efectuado el 8 de diciembre de 2010 por el socio Walter Tejerina, ratificando su cabal entendimiento sobre el inicio de funcionamiento de operaciones.*

Complementariamente a la ex Ley General de Cooperativas de 13 de septiembre de 1958, se encontraba el Decreto Supremo N° 25703, que reglamentaba el ámbito de aplicación de dicha Ley, con referencia a las cooperativas comunales (vigente a la fecha de inicio de trámites de la Cooperativa CREDISUR), aclarando que para el funcionamiento de cooperativas, se debía considerar las operaciones expresadas en el artículo 8° de ese Reglamento, que mencionaba:

"ARTÍCULO 8°.- (OPERACIONES DE LAS COOPERATIVAS COMUNALES) Las Cooperativas Comunales sólo podrán realizar las siguientes operaciones:

a) Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos.
b) Emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias. Los certificados de aportación voluntarios que no estuvieran garantizando préstamos, podrán ser retirados de acuerdo con las normas vigentes en cada Cooperativa.
c) Recibir créditos de personas jurídicas nacionales o extranjeras.
d) Recibir créditos del Estado e instituciones públicas.
e) Recibir donaciones.
f) Otorgar préstamos de corto, mediano y largo plazo, con garantías solidarias, personales, hipotecarias, prendarias o combinadas, en las mismas condiciones y límites establecidos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas.
g) Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad.
h) Realizar giros y emitir Órdenes de pago exigibles en el país.
i) Realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas.
j) Comprar, conservar y vender por cuenta propia certificados de depósito emitidos por entidades financieras y títulos emitidos por el Banco Central de Bolivia y por el Tesoro General de la Nación.
k) Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro.
l) Recibir letras u otros efectos en cobranza, así como, efectuar operaciones de cobranza de luz, agua, teléfono y otros servicios.
m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, de acuerdo al Reglamento que emita la Superintendencia".

Este "funcionamiento", o puesta en marcha de operaciones, necesariamente debía cumplir una condición previa establecida en el artículo 4° de la ex Ley General de Cooperativas, mencionada anteriormente, que disponía: "…Las sociedades cooperativas <u>requerirán para su funcionamiento de personería jurídica</u>,…" (El subrayado es nuestro).

Por lo tanto, se confirma que el requisito necesario para el funcionamiento de la Cooperativa CREDISUR era que cuente previamente con su personería jurídica, la cual obtuvo el <u>10 de noviembre de 2009</u>.

Viabilidad Financiera y de Gobierno

Es evidente lo manifestado por la Cooperativa, en sentido de que ni la Resolución ASFI N° 121/2014, ni el Informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012 refieren incumplimiento alguno de parte de la cooperativa sobre la viabilidad financiera o de gobierno, esto es porque dicho análisis no es fundamento que constituya la causal por la cual se determinó la no admisión de la Cooperativa al proceso de adecuación, razón por la cual no ameritó su análisis en los documentos mencionados.

Sobre las cartas de solicitud de adecuación de parte de la Cooperativa CREDISUR a ASFI

La Cooperativa CREDISUR, en su recurso impugnatorio expresa su extrañeza sobre lo manifestado en la Resolución ASFI N° 121/2014 referente a sus solicitudes de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

El Considerando 4to. del Acto Administrativo citado, inicia la explicación con la referencia de la presentación de una carta Cons. Adm. 01/2012 de 11 de febrero de 2012, remitida en fecha 13 de febrero de 2012, mediante la cual la Cooperativa CREDISUR solicita su ingreso al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Al respecto, es importante señalar que la referida carta, a la fecha de su presentación (febrero/2012), se encontraba fuera del plazo determinado por esta Autoridad de Supervisión, que inicialmente era hasta el 30 de junio de 2010, fecha claramente estipulada a través de Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, que disponía: "…3. Se amplía el plazo de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, a aquellas CAC Cerradas de carácter comunal, actualmente denominadas Cooperativas Societarias, que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraban en funcionamiento y no iniciaron el proceso de adecuación ante ASFI".

Por otra parte, se evidencia que la Cooperativa CREDISUR remitió una segunda carta de intención con Cite 020/2012, de 25 de septiembre de 2012, la cual fue recepcionada en esta Autoridad de Supervisión, en atención a la Resolución ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, mediante la cual ASFI modificó el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, ampliando el plazo hasta el 1° de octubre de 2012 para la presentación de la carta de intención al ingreso del proceso de adecuación, por lo que la presentación de esta segunda carta, es admitida.

Con la segunda carta de intención, se emite el Informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 que concluye que la Cooperativa se encuentra inhabilitada para el ingreso al proceso de adecuación, en razón de que no se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N° 3892.

Por otra parte, y en cumplimiento a lo estipulado en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, se emite el informe Técnico de Inspección ASFI/DSR III/R-146874/2013 que concluye que la entidad no demostró su funcionamiento de manera previa a la promulgación de la Ley N° 3892.

Sobre las actuaciones de la Dirección General de Cooperativas

La Cooperativa CREDISUR manifiesta en su Recurso de Revocatoria que: "Una vez solicitada la emisión de la Personería Jurídica ante la Dirección General de

Cooperativas, el trámite siguió su curso regular (…) y la DGCOOP emitió la Personería Jurídica correspondiente en fecha 10 de noviembre de 2009, dando legalidad para la constitución de la cooperativa (…) Cabe destacar que la DGCOOP en ningún momento comunicó a la Cooperativa que el permiso de constitución debía tramitarse ante ASFI" (El subrayado es nuestro).

Considerando que la Cooperativa CREDISUR inició su trámite ante la Dirección General de Cooperativas el 18 de enero de 2008 y que en el transcurso de dicho trámite se aprobó la Ley N° 3892 (18/6/08), cuyo artículo tercero dispone: "…Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras"; la DGCOOP tenía la obligación de solicitar, previa a la emisión de la personería jurídica de CREDISUR, el permiso de constitución ante la Superintendencia, en cumplimiento el artículo 3° de la referida Ley.

Mediante Informe ASFI/DSR III/R-172334/2013, de la Dirección de Supervisión de Riesgos III, dependiente de esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, manifiesta que en inspección realizada a la Cooperativa CREDISUR el 16 de septiembre de 2013, a objeto de analizar su autorización y posterior admisión al proceso de adecuación, refiere: (…)

- ✓ *Mediante Resolución Administrativa N° 613/2009 de fecha 10 de noviembre de 2009 la Dirección General de Cooperativas, resuelve reconocer la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Comunal "Credisur" Ltda., con domicilio en la ciudad de Tarija (…), autorizar su inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas. Reconoce la calidad societaria de once socios fundadores, como a los Consejos de Administración y Vigilancia (…).*

- ✓ *La Unidad Legal y el Departamento de Control y Fiscalización dependientes de la Dirección General de Cooperativas, emiten los Informes DFS/N° 767/09 y UJ N° 755/09 en fecha 10 de noviembre de 2009, manifiestan que la solicitud se enmarca en los requisitos y previsiones determinadas en la Ley General de Cooperativas de 13 de septiembre de 1958, recomendando otorgar el reconocimiento de la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Credisur" Ltda".*

Por el análisis de dicho Informe, se establece que la Dirección de Supervisión de Riesgos III de ASFI, puso en evidencia la falta de cumplimiento a la normativa establecida en la Ley N° 3892, de parte de la Dirección General de Cooperativas, por lo que advertidos de este error la misma Dirección de Cooperativas envía la carta DG COOP UJ N° 1099/2013 de 13 de octubre de 2013 a la Cooperativa CREDISUR, donde solicitan que en el plazo de 30 días se adecúen a la Ley N° 3892, ya que ASFI habría solicitado la revocatoria de su reconocimiento de personería jurídica.

Si bien esta omisión correspondió a la DGCOOP, el motivo de la No Admisión de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria CREDISUR al proceso de adecuación

para la obtención del Certificado de Adecuación, es por no encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892.

<u>Sobre la discriminación en la entrega de Certificados de Adecuación</u>

La Cooperativa de Ahorro y Crédito CREDISUR Ltda., refiere que esta Autoridad de Supervisión habría permitido que otras cooperativas ingresen al proceso de adecuación vulnerando el principio de imparcialidad. Esta aseveración es correcta, ya que ASFI hasta la fecha ha emitido los certificados de adecuación de las Cooperativas Societarias que cumplieron los requisitos establecidos en las normas.

Si alguna de ellas obtuvo su certificado de adecuación sin cumplir algún requisito, es la Cooperativa CREDISUR la que tiene que demostrar tal extremo, la cual no se menciona en su memorial de Recurso de Revocatoria.

<u>Sobre los Informes de la Dirección de Supervisión de Riesgos III</u>

La Cooperativa CREDISUR reconoce que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero puso en su conocimiento los <u>Informes ASFI/DSR III/R-5628/2013</u> de 11 de enero y <u>ASFI/DSR III/R-146874/2013</u> de 27 de septiembre ambas de la gestión 2013, informes que en sus conclusiones arriban a:

- ✓ *La Personalidad Jurídica de la Cooperativa "CREDISUR" <u>es posterior a la promulgación de la Ley N° 3892</u>, por tanto la inhabilita al inicio del proceso de adecuación.*

- ✓ *No existe antecedentes sobre la tramitación ante esta Autoridad de Supervisión del Permiso de Constitución*

- ✓ *La Cooperativa no cuenta con autorización ni licencia de funcionamiento.*

Por otra parte, entre los aspectos analizados, el Informe de Inspección de ASFI reitera:

- ✓ *La entidad no demostró su funcionamiento de manera previa a la promulgación de la Ley N° 3892.*

- ✓ *La Cooperativa no se encontraría habilitada para ingresar al proceso de adecuación, debido a que no se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N° 3892.*

Como se puede apreciar de las conclusiones expuestas, esta Autoridad de Supervisión en fechas 11 de enero y 27 de septiembre, ambas de 2013, coincidentemente establecían que la Cooperativa, si bien presentó su carta de intención, <u>no pudo demostrar</u> que a la fecha de promulgación de la Ley 3892 (18/06/2008) contaba con su personería jurídica y por lo tanto se encontraba en funcionamiento, requisito indispensable para la otorgación del Certificado de Adecuación que emite ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del Reglamento

para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Por lo que se puede apreciar de las pruebas que presenta la Cooperativa CREDISUR, mediante memorial de 24 de abril de 2014, a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, éstas no demuestran la existencia de ninguna operación de funcionamiento que pueda afirmar que dicha institución se encontraba en marcha, ratificándose esa afirmación con el Informe /ASFI/DSR III/R-64935/2014 de 29 de abril de 2014, donde se puede apreciar que las primeras operaciones registradas fueron el 27 de noviembre de 2009 y el 8 de diciembre de 2010, corroborándose de esta manera el inicio del funcionamiento.

Por otra parte, la Dirección de Supervisión de Riesgos III refiere que de la revisión de las Actas de Asamblea de Socios ordinarias y extraordinarias, la Cooperativa CREDISUR no cuenta con ninguna correspondiente a las gestiones 2008, 2009, 2010 ni 2011, por lo que el rechazo de su admisión es coherente (…)

CONSIDERANDO

Que, la Cooperativa de ahorro y Crédito CREDISUR Ltda. en fecha 12 de mayo de 2014, presenta un memorial donde menciona que esta Autoridad de Supervisión habría solicitado a la Dirección General de Cooperativas (DGCCOP) la revocatoria de su personería jurídica, en cumplimiento al artículo 3° de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, vulnerando sus derechos y garantías constitucionales, por lo que piden que este extremo se considere en el presente acto administrativo.

Que, considerando que la solicitud de la Cooperativa CREDISUR constituye una nueva observación que resulta ajena a los extremos expuestos en su Recurso de Revocatoria y no hace a la causa principal que sustenta la Resolución impugnada (ASFI N° 121/2014), dicha solicitud debe ser considerada dentro del correspondiente trámite y no en el presente acto administrativo, mismo que versa sobre los argumentos expuestos en la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/74749/2014 de 16 de mayo de 2014, establece que analizados los argumentos expuestos en su Recurso de Revocatoria, así como la legalidad de los documentos que se encuentran en el expediente y los descargos presentados por la Cooperativa CREDISUR, se concluye que dicha Cooperativa <u>no estuvo en funcionamiento al 18 de junio de 2008</u>, fecha en la cual entró en vigencia la modificatoria a la Ley de Bancos y Entidades Financieras (N° 3892), siendo un requisito indispensable para la obtención del Certificado de Adecuación que emite esta Autoridad de Supervisión.

Que, asimismo, la Cooperativa CREDISUR solicita la suspensión de ejecución del Acto Administrativo sin explicar, ni demostrar el perjuicio ocasionado con la emisión de la Resolución, situación que limita el análisis y consideración por parte de esta Autoridad

de Supervisión en la solicitud de la Cooperativa, por lo que se recomienda la CONFIRMACIÓN de la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 16 de junio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2014 de fecha 23 de mayo de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…***I. ANTECEDENTES***

I.1. ANTECEDENTES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

- *En fecha 10 de marzo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) mediante Resolución N° 121 de 10 de marzo de 2014, resuelve disponer la No Admisión de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR Ltda." al Proceso de Adecuación para la obtención del Certificado de Adecuación, previsto en el artículo 5°, Sección I y artículos 1 y 2 Sección 10, del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.*

- *En fecha 03 de Abril de 2014 la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREDISUR, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución N° 121 de 10 de marzo de 2014.*

- *Posteriormente ASFI, resolviendo el Recurso de Revocatoria emite la Resolución ASFI N° 350/2014 de 23 de marzo de 2014, a la cual mediante el presente memorial se impugna en instancia jerárquica.*

I.2. ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD DE INGRESO AL PROCESO DE ADECUACIÓN DE ASFI

Con carácter previo al ingreso del análisis del presente Recurso, se realizará una cronología de los antecedentes del presente caso:

- *En fecha 18 de enero de 2008, mediante Acta de Constitución de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cerrada Comunal CREDISUR Ltda. se constituye la cooperativa, donde participan 11 socios fundadores y se componen los Consejos de Administración y Vigilancia.*

- *Mediante nota expresa se solicita la Personería Jurídica ante la DGECOOP de fecha 18 de enero de 2008.*

- *Mediante Resolución Administrativa N° 613/08 de 10 de noviembre de 2009 de la Dirección General de Cooperativas (DGCOOP) se reconoce la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREDISUR Ltda., con domicilio legal en la ciudad de Tarija y aprueba su Estatuto Orgánico.*

- *La Cooperativa CREDISUR Ltda. solicita su ingreso al Proceso de Adecuación al ámbito de aplicación de la ex Ley de Bancos y Entidades Financieras, actual Ley de Servicios Financieros, mediante carta de CITE Cons. Ad. 01/2012 - Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012.*

- *Mediante nota 020/2012 de 25 de septiembre de 2012, la Cooperativa CREDISUR Ltda. reitera a ASFI la solicitud de incorporación al Proceso de Adecuación.*

- *Mediante Informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, ASFI establece que la personalidad jurídica de la cooperativa CREDISUR Ltda. fue otorgada con posterioridad a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por tanto, se encontraría inhabilitada para iniciar el Proceso de Adecuación al ámbito de supervisión de ASFI, estableciendo a su vez que la Personalidad Jurídica otorgada por la Dirección General de Cooperativas contravendría lo dispuesto por los artículos 4°, 5° y 6° primer párrafo de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que el referido Informe señala además que la cooperativa hubiese contravenido lo dispuesto en el artículo 4, de la sección 1, del Reglamento para la Constitución, Adecuación, Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, al no existir antecedentes sobre la tramitación ante ASFI del permiso de Constitución correspondiente.*

- *Mediante Informes ASFI/DSR III/R-5628/2013 de 11 de enero de 2013 y ASFI/DSR 11I/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, concluyen que la Personalidad Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria CREDISUR LTDA. reconocida mediante Resolución Administrativa N° 613/09 de 10 de noviembre de 2009, emitida por la DGCOOP es posterior a la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por tanto dicha entidad se encontraría inhabilitada para ingresar al Proceso de Adecuación de ASFI.*

- *Mediante carta ASFI/DSRIII/R-187914/2013 de 10 de diciembre de 2013 remite el Informe ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, instruyendo a la cooperativa la suspensión de sus operaciones incluida la captación de nuevos ahorros, bajo cualquier modalidad, asimismo, remitir un Plan de Devolución de Ahorros de sus socios, que considere la recuperación de cartera de créditos, inversiones y recursos para este fin.*

II. SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 350/2014 DE 23 DE MAYO DE 2014

La Resolución ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014, realiza el siguiente análisis de los puntos controvertidos:

II.1. Con relación a las cartas de solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación

La Resolución impugnada señala que la carta remitida en fecha 13 de febrero de 2012, a la fecha de su presentación se encontraba fuera de plazo, al respecto se tiene el siguiente análisis:

- *La CIRCULAR ASFI/038/2010 de 30 de junio de 2010, determina la ampliación de plazo para el ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI hasta el 30 de junio de 2010 para aquellas cooperativas de ahorro y crédito cerradas de carácter comunal.*

- *Adicionalmente en fecha 12 de junio de 2012, se amplía dicho plazo mediante Resolución ASFI/233/2012 hasta el 01 de octubre de 2012.*

- *De las normas citadas se entiende que el plazo para el ingreso al Proceso de Adecuación es ampliado hasta el 01 de octubre de 2012, sin embargo la interpretación que da ASFI a la normativa es que entre el 30 de junio de 2010, hasta la emisión de la Resolución ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, que amplía hasta el 01 de octubre de 2012, no estaría vigente el plazo para el ingreso al Proceso de Adecuación, es decir que existe un periodo entre 30 de junio de 2010 y el 12 de junio de 2012 en el que las solicitudes se encontraría fuera de plazo, por lo que la solicitud de la Cooperativa CREDISUR de 13 de febrero se encontraría fuera de plazo.*

- *La interpretación de ASFI referida a la ampliación de plazo, es totalmente arbitraria y alejada del contexto que su propia normativa establece ya que si dicha interpretación sería correcta, se trataría de la apertura de un nuevo plazo para enviar las solicitudes de ingreso del Proceso de Adecuación, sin embargo la normativa establece que se trata de una ampliación de plazo ya establecido por una norma anterior, por lo que no puede alegarse que la carta enviada por la Cooperativa CREDISUR se encuentre fuera de plazo, aspecto sobre el cual se solicita que exista un pronunciamiento expreso y se determina la adecuada oportunidad de las actuaciones de la Cooperativa CREDISUR.*

II.2. Sobre las actuaciones de la Dirección General de Cooperativas

Con relación a este punto se debe señalar que la cooperativa en su Recurso de Revocatoria ha manifestado que la tramitación para la obtención de la Personería Jurídica siguió su curso regular y que en ningún momento la DGCOOP señaló que además se requería el permiso de constitución de ASFI, por lo que CREDISUR dio por bien hecho su trámite al recibir la Resolución Administrativa que reconocía su Personería Jurídica.

Al respecto, ASFI en la Resolución impugnada (Pág 12), no realiza ningún análisis sobre el tema limitándose a mencionar el artículo 3 de la Ley N° 3892, aspecto que no corresponde pues al hacer mención de los argumentos utilizados en el Recurso de Revocatoria, el Regulador debió analizar este aspecto y dar una respuesta contundente ya que confirmo en todas sus partes la Resolución ASFI N° 121/2014, por lo que se mantiene subsistente el argumento de que CREDISUR actuó de buena fe y cumplió con los requisitos establecidos en la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas.

Posteriormente, erróneamente se hace referencia al Informe ASFI/DSR III/R-172334/2013 ya que este es el que recomendó la emisión de un Acto Administrativo y no contiene ningún análisis sobre la autorización y posterior no admisión al Proceso de Adecuación.

El párrafo siguiente (Pág. 13) al hacer referencia al Informe ASFI/DSR III/R-172334/2013, señala: ***"Por el análisis de dicho informe, se establece que la Dirección de Supervisión de Riesgos III de ASFI, <u>puso en evidencia la falta de cumplimiento a la normativa establecida en la Ley N° 3892, por parte de la Dirección General de Cooperativas, por lo que advertidos de este error la misma Dirección de Cooperativas envía la carta DGCOOP UJ N° 1099/2013 de 13 de octubre de su reconocimiento de Personería Jurídica</u>".*** *(Las negrillas y el subrayado son nuestros).*

Al respecto y del párrafo anterior se debe señalar que llama la atención que ASFI haga referencia a un análisis que nunca se realizó ya que el Informe señalado, simplemente hace menciona(sic)*el trámite realizado por CREDISUR ante la DGCOOP y el proceso que siguió la obtención de la Resolución que aprueba la otorgación de la Personería Jurídica para la Cooperativa, asimismo se debe aclarar de manera categórica que ASFI jamás puso en evidencia la falta de cumplimiento a la normativa establecida en la Ley N° 3892; sino que más bien envió una carta a la DGCOOP solicitando la Revocatoria de la Personería Jurídica, sin ni siquiera haber comunicado a la Cooperativa CREDISUR que no había ingresado al Proceso de Adecuación, para un mejor entendimiento se realiza la siguiente cronología de las cartas:*

Carta DG COOP UJ N° 1099/2013 de 13 de octubre de 2013

Mediante carta DG COOP UJ N°1099/2013 de 13 de octubre de 2013, recibida en la cooperativa el 26 de noviembre de 2013, la DGCOOP solicita a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CREDISUR" que en el plazo de 30 días se adecúe a la Ley N° 3892 ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI habría solicitado la revocatoria de Reconocimiento de Personería Jurídica.

Al respecto, llama la atención que la DGCOOP no emitió criterio alguno respecto a la Revocatoria de Personería Jurídica ni a la adecuación a la Ley N° 3892 desde la emisión de la Personería Jurídica que data de noviembre de 2009, hasta la emisión de la presente carta que data del 13 de octubre de 2013, la misma que fuese emitida a solicitud de ASFI, haciendo notar que la actuación de la DGCOOP no tiene relación con ningún trámite especifico que la Cooperativa realice en esta entidad, mas al contrario la solicitud de la DGCOOP a la Cooperativa se encuentra fuera del contexto normativo ya que CREDISUR solicito el ingreso al Proceso de Adecuación en dos oportunidades, la primera mediante carta CITE Cons. Ad. 01/2012 - Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012, y la segunda CITE 020/2012 - Reiteración de Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación - de fecha 25 de septiembre de 2012, y de las mismas no se tuvo respuesta hasta la remisión del Informe de Inspección en diciembre de 2013, casi dos años después de enviadas las cartas, por lo que difícilmente la Cooperativa podría haber regularizado su situación en los 30 días hábiles que otorga la DGCOOP.

Carta CREDISUR de fecha 23 de diciembre de 2013.

A la carta mencionada precedentemente, la Cooperativa responde de manera oportuna con carta de fecha 23 de diciembre de 2013 y entregada en la misma fecha, haciendo conocer que solicito el ingreso al Proceso de Adecuación en dos oportunidades, la primera mediante carta CITE Cons. Ad. 01/2012 - Solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012, y la segunda CITE 020/2012 - Reiteración de Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación - de fecha 25 de septiembre de 2012, ambas dentro del plazo otorgado por la Recopilación de Normas para Servicios Financieros y haciendo conocer que hasta esa fecha CREDISUR no tenía respuesta alguna del Regulador.

Así mismo, CREDISUR señala que no corresponde la Revocatoria de la Personería Jurídica al haber cumplido todos los requisitos señalados por la norma y toda vez que ASFI hasta

la fecha no habría negado el ingreso al Proceso de Adecuación, dicha aseveración se ampara en el hecho que la cooperativa desconocía que ASFI había mandado la solicitud de Revocatoria de Personería Jurídica de CREDISUR a la DGCOOP.

Carta ASFI/DSR III/R-181051/2013 de 27 de noviembre de 2013

Mediante carta ASFI/DSR III/R-181051/2013, el regulador se dirige a CREDISUR señalando que ha tomado conocimiento de la carta DG COOP UJ N°1099/2013 de 13 de octubre de 2013, en la que la DGCOOP ha solicitado a la Cooperativa regularizar su situación ante el Sistema Financiero en un plazo de 30 días hábiles, demostrando la predisposición del Regulador para que la cooperativa ingrese al Proceso de Adecuación, en esta carta ASFI quiere demostrar una actitud enmarcada en la normativa, sin embargo no se debe olvidar que el criterio de revocatoria de la Personería Jurídica fue concebido en ASFI siendo ellos los que solicitaron a la DGCOOP dicha revocatoria, aspecto que contradice los principios de idoneidad con que debe desenvolverse el órgano regulador, más aun considerando que la solicitud la hizo cuando la Cooperativa desconocía la negativa de ASFI para el ingreso al Proceso de Adecuación, creando indefensión en las actuaciones de la cooperativa.

Carta DG. COOP. UJ. N° 092/14 DE 11 de febrero de 2014

La carta DG. COOP. UJ. N° 092/14 de 11 de febrero de 2014, recibida por la Cooperativa CREDISUR en fecha 22 de abril de 2014, hace referencia a la promulgación de la Ley N° 3892, señalando además que la cooperativa debe adecuarse a lo determinado por la señalada Ley, así mismo y extrañamente hace referencia a que la Cooperativa hubiere realizado alguna afirmación referida a la obtención de su Personería Jurídica y que la misma no se ajustaría a la verdad, con relación a ese comentario se debe señalar que la nueva observación que resulta ajena a los extremos expuestos en su Recurso de Revocatoria y no hace a la causa principal que sustenta la Resolución impugnada, dicha solicitud debe ser considerada dentro del correspondiente trámite y no en el presente acto administrativo, mismo que versa sobre los argumentos expuestos en la resolución impugnada".

Sobre el tema se debe señalar que la actuación de ASFI, en cuanto a la negativa de analizar las misivas señaladas vulneran el Principio de Verdad Material, ya que con dichas cartas se expresan la indefensión a la que ha sido expuesta la cooperativa al solicitar la revocatoria de su Personería Jurídica a la DGCOOP sin que la misma cooperativa conociera de la negativa al ingreso al Proceso de Adecuación, además que dichas actuaciones hacen al tema central del presente recurso cual es la otorgación de la Personería Jurídica por parte de la DGCOOP, también demuestra que DGCOOP actuó de manera muy conveniente con ASFI al dar a CREDISUR un plazo de 30 días para adecuarse a la normativa de ASFI, considerando que ese plazo fue otorgado una vez iniciado el presente proceso administrativo y extrañamente no lo hizo desde el 2009 gestión en la cual otorgó su Personería Jurídica, en tal sentido se hace énfasis en que los argumentos expuestos no fueron considerados por ASFI en el Recurso de Revocatoria, aspecto que se solicita encarecidamente sea tomado en cuenta en la instancia jerárquica, a fin de cumplir con la verdad material reconocida por el procedimiento administrativo y no crear mayor indefensión a la Cooperativa CREDISUR.

Asimismo se debe hacer notar que las cartas remitidas por la DGCOOP están firmadas por Abog. Silvia Carolina Garrett Mijana que tiene el cargo de Responsable del Área Legal Dirección General de Cooperativas Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, y que no es la máxima autoridad que represente al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, aspecto que podría determinar la invalidez de las cartas mencionadas.

Sobre la discriminación en la entrega de Certificados de Adecuación

ASFI hace referencia en la Resolución impugnada a la entrega de Certificados de Adecuación y realiza un comentario escueto y muy poco claro sobre este aspecto, sin tomar en cuenta que el Recurso de Revocatoria mencionó que a la fecha existen cooperativas de Ahorro y Crédito que se encuentran en el Proceso de Adecuación y que no demostraron funcionamiento al momento de promulgación de la Ley N° 3892, así mismo se señala que dichas cooperativas no demostraron viabilidad financiera ni de gobierno, aspecto que ha vulnerado el Principio de Imparcialidad previsto en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que la Resolución impugnada no hace ninguna referencia.

Sobre los Informes de la Dirección de Supervisión de Riesgos III

En el punto referido a Informes de ASFI señala que los mismos habrían sido puesto (sic) *en conocimiento de la Cooperativa, aspecto que no es objeto de controversia, sin embargo se hace notar que en el Recurso de Revocatoria se solicitó copia Legalizada de los Informes: ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, ASFI/DSR 11I/R-5628/2013 de 11 de enero de 2013, ASFI/DSR 11I/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, mismos que hasta la fecha no fueron remitidos a la cooperativa.*

Así mismo se debe hacer notar que en este punto la Resolución impugnada señala que la cooperativa habría solicitado la otorgación de Certificado de Adecuación, aspecto que no es evidente ya que CREDISUR lo que solicita es la admisión al Proceso de Adecuación.

III. ASPECTOS NO CONSIDERADOS POR LA RESOLUCIÓN ASFI N° 350/2014

El análisis realizado anteriormente, demuestra algunas de las deficiencias de la Resolución ASFI N°350/2014, sin embargo lo que más preocupa a la cooperativa es el hecho de que ASFI solamente consideró los aspectos que veía conveniente, dejando una vez más en indefensión a la cooperativa, en ese sentido es necesario hacer notar los aspectos no considerados en la instancia de revocatoria, acarreando la nulidad del proceso administrativo:

No respuesta a las cartas de la Cooperativa por parte de ASFI

Inicialmente, se debe hacer notar que la norma mencionada precedentemente, señala en el artículo 3 que la visita de Inspección debe realizarse a efecto de corroborar la Viabilidad Financiera y de Gobierno de la Cooperativa, por lo que una vez efectuada la visita de Inspección de ASFI a la cooperativa en fecha 17 al 20 de septiembre de 2013, los ejecutivos de la cooperativa dieron por entendido que la entidad ya había superado la Etapa I de la norma precedentemente citada, referida a la presentación de la "Carta

de Intención" y su ingreso al Proceso de Adecuación, toda vez que la Visita de Inspección se la realiza a las Cooperativas que vencieron la Etapa I, más aún en el entendido de que no hubo ninguna negativa sobre el Ingreso al Proceso de Adecuación por parte de ASFI, pese a haberse enviado en dos oportunidades la carta de intenciones (1ra. carta 11 de febrero de 2012 y 2da. carta 25 de septiembre de 2012) para el Ingreso al referido Proceso.

Sobre el trámite de la DGCOOP

Una vez solicitada la emisión de la Personería Jurídica ante la Dirección General de Cooperativas, el trámite siguió su curso regular de acuerdo a la normativa vigente al momento de la solicitud y la DGCOOP emitió la Personería Jurídica correspondiente en fecha 10 de noviembre de 2009, dando de esta manera la legalidad para la constitución de la cooperativa, tomando en cuenta además que la cooperativa ya se encontraba en funcionamiento a partir de su constitución, cabe destacar que la DGCOOP en ningún momento comunicó a la Cooperativa que el permiso de constitución debía tramitarse también ante ASFI.

Sobre la observación de constitución de una nueva cooperativa

La Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, señala que la Cooperativa hubiere contravenido lo dispuesto por el artículo 4, Sección 1, del Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, al no existir antecedentes sobre la tramitación ante ASFI del permiso de constitución correspondiente, aspecto que llama la atención de sobremanera toda vez que CREDISUR remitió dos cartas de solicitud de Ingreso al Proceso, la primera mediante carta CITE Cons. Ad. 01/2012 - Solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012, y la segunda CITE 020/2012 - Reiteración de Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación - de fecha 25 de septiembre de 2012, se hace notar que ambas cartas se encuentran dentro del plazo señalado por el artículo 1, Sección 10, Capitulo III, de la RNSF, consecuentemente la cooperativa consiente de que se enmarcaba en la normativa aplicable a las entidades que ingresarían al Proceso de Adecuación, toda vez que su constitución es de fecha anterior a la promulgación de la Ley N° 3892, no requirió constituirse como una nueva cooperativa, aspecto que mantiene firme y subsistente hasta la fecha, ya que de haber solicitado su constitución como entidad nueva no hubiese solicitado su ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI, por lo que no fue vulnerado el Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, aspecto que debe ser tomado en cuenta por el Órgano de Supervisión y del que se requiere un pronunciamiento expreso.

Oportunidad de las actuaciones de ASFI

A tiempo de realizar una cronología de la correspondencia cursada entre la Cooperativa y ASFI, corresponde hacer referencia a los siguientes documentos:

Carta de Intenciones enviada por la Cooperativa: *CITE Cons. Ad. 01/2012 de solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012 y la Carta de*

CITE 020/2012 - Reiteración de solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación de fecha 25 de septiembre de 2012.

Respuesta a las Cartas de Intenciones: *ASFI hasta el momento de la emisión y remisión del Informe de Inspección, no respondió de manera oportuna a las cartas de solicitud enviadas por la Cooperativa, aspecto que demuestra su ineficacia respecto a sus actuaciones.*

Fecha del Informe de Inspección Especial ASFI/DSR III/R-146874/2013*: 27 de septiembre de 2013, con corte al 31 de julio de 2013*

Fecha Carta remisión Informe: *ASFI/DSR III/R-187914/2013 de 10 de diciembre de 2013*

De la cronología realizada, se tiene que la Cooperativa manifestó su intención de ingresar al proceso en febrero de 2012, reiterando dicha solicitud en fecha 25 de septiembre de 2012 y ASFI en ningún momento hasta la fecha, respondió de manera categórica a dichas consultas, limitándose simplemente a enviar el Informe de Inspección en diciembre de 2013, casi dos años después de la solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación, aspecto que vulnera los principios de la actividad administrativa señalados por la Ley N° 2341, de acuerdo a lo siguiente:

Principio de Eficacia.

Según el Diccionario de la Lengua Española en su Vigésima Segunda Edición señala que la denominación celeridad proviene (Del Lat efficacia) que es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. La eficacia es la capacidad de lograr un efecto deseado, esperado o anhelado, es decir, que se cumpla con los roles y los objetivos y en especial respeto el interés general.

Esta eficacia, se trasluce en el resultado de la Administración Pública y en respeto de todos los principios del Procedimiento Administrativo, respeto al ordenamiento jurídico, y comportamiento dentro de los parámetros o estándares legales administrativos.

Este principio ha sido vulnerado por ASFI en el presente caso, ya que la eficacia en la comunicación a la Cooperativa de no ingreso al Proceso de Adecuación se traduciría en que la entidad hubiere dejado de funcionar oportunamente, a la fecha y desde el inicio de funciones de la Cooperativa se ha trabajado en la captación de socios que han depositado importantes sumas de dinero y la confianza en una entidad que en ningún momento tuvo ningún obstáculo para recibir socios, adicionalmente ha trabajado en la contratación de personal, regularización de documentos administrativos y una serie de proyectos que vienen siendo ejecutados al no tener ningún óbice por parte de ninguna autoridad competente.

En tal sentido se debe señalar que la actuación de ASFI es inoportuna y extemporánea, consecuentemente, no ha sido eficaz en su actuación ya que la eficacia de sus actuaciones se traduciría en que la Cooperativa hubiere tomado conocimiento oportuno de la decisión de ASFI, pues la Cooperativa ya ha captado una cantidad de socios importante, y existen inversiones en curso que no pueden ser suspendidas por una

decisión que debió ser comunicada hace casi dos años, más aun considerando que la cooperativa remitió dos cartas de solicitud y ninguna fue respondida.

Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad.

Este principio que se encuentra íntimamente ligado con el citado anteriormente, señala que en las actuaciones de la administración pública se deben evitar dilaciones indebidas, evitando gastos infundados.

Por lo señalado vemos que ASFI no solo ha realizado dilaciones indebidas, ya que ha dejado que transcurran dos años para comunicar su decisión, sino que ha permitido que se realicen una serie de gastos por parte de los socios de la Cooperativa, desde instalaciones e inversiones, aspectos que no puede ni deben ser dejados de lado.

Con relación a la fundamentación de la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014

La Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, es un acto administrativo definitivo, lo que para su legal emisión corresponde que contenga el fundamento necesario. Asimismo, esta normativa es concordante con el artículo 31° del Decreto Supremo N° 27113, reglamentaria a la Ley de Procedimiento Administrativo,

La motivación de las Resoluciones es un elemento de la garantía del debido proceso, exigible tanto en sede judicial como administrativa. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que la Administración debe desarrollar los fundamentos de sus decisiones y ponerlos a disposición de los administrados. En el caso, la Corte señaló: "...La autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de la Convención".

Por otra parte, la fundamentación de las resoluciones está vinculada al derecho a la defensa, en la medida en que el administrado sólo podrá impugnar una determinación cuando estén claramente explicados los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan una determinada Resolución. Ese fue el entendimiento de la SC 1173/2005-R, pronunciada dentro de un proceso disciplinario seguido contra una jueza:

"(...) del detenido análisis de la Resolución 024/04 de primera instancia, se puede percibir en ella la ausencia total de relación fáctica o de los hechos denunciados, así como de una fundamentación legal, limitándose a una recapitulación de los actuados del proceso disciplinario; lo que evidentemente lesiona el derecho al debido proceso y a la defensa, pues es inmanente a estos derechos, la obligación de fundamentar las resoluciones que dan fin con un proceso de orden sancionador.

De lo expuesto, se confirma lo denunciado por la recurrente; lo que debió ser analizado por el Tribunal de apelación, y verificando la omisión descrita, que también afecta a la

*esfera comprensiva del derecho al debido proceso y a la **defensa** consagrados en el art. 16 de la CPE, debió ser subsanado.*

*Aquí es necesario aclarar que la observación de la falta de motivación de la Resolución de primera instancia, por ausencia de la fundamentación fáctica y jurídica, no puede dar lugar que sea el Tribunal ad quem el que efectué esa fundamentación, ya que de hacerlo así, se afectaría el derecho a recurrir el fallo de la primera instancia, pues se supone que tal derecho será ejercido conociendo y refutando la fundamentación que llevó a la toma de la decisión; empero, si esa fundamentación la hace el Tribunal de segunda instancia, el procesado declarado culpable, queda sin posibilidades de recurrir esos argumentos, para que un segundo Tribunal pueda compulsar: de un lado los fundamentos de la Resolución de primera instancia, y del otro, los razonamientos de la impugnación a esa Resolución y a su fundamentación. En consecuencia, **el Tribunal de segunda instancia, en caso de verificar la falta de motivación de una Resolución, debió anular obrados, porque resultaron lesionados los derechos al debido proceso y a la defensa** consagrados en el artículo 16 de la CPE, para que sea el Tribunal de primera instancia, el cual, dictando nuevamente la Resolución, en respeto del derecho al debido proceso, en sus elementos de los derechos a la defensa y a la segunda instancia, **dicte nueva Resolución debidamente fundamentada en la relación fáctica y jurídica que correspondiese,** sustentada también en el derecho aplicable al caso enjuiciado".*

*Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha relacionado la falta de fundamentación de las Resoluciones con la lesión al derecho a la defensa y, en ese entendido, en todos los supuestos en que ha comprobado la ausencia de motivación **ha anulado la Resolución,** esto con la finalidad de que la autoridad judicial o administrativa dicte un nuevo fallo con la fundamentación fáctica y legal correspondiente, y la persona afectada, conociendo los motivos de dicha Resolución, pueda presentar los medios de impugnación previstos en la Ley.*

Consecuentemente, y de acuerdo a los argumentos de orden legal señalados se puede evidenciar que la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, carece absolutamente de fundamento, uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo, toda vez que simplemente hace referencia a lo determinado por el Informe ASFI/DSR III/R- 146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, sin embargo no establece cuáles son los fundamentos fácticos para determinar la No Admisión al Proceso de Adecuación, ya que simplemente menciona lo determinado por el referido Informe.

*Por lo señalado, se determina que la falta de motivación de la Resolución ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, ha vulnerado los artículos 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 31 del Decreto Supremo 27113 Reglamentario a la citada Ley, aspecto que acarrea la anulabilidad del acto administrativo, previsto en el artículo 36 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del ya mencionado Decreto Reglamentario, por lo que corresponde que la autoridad administrativa **DETERMINE LA ANULABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA POR CONTENER ERRORES ESENCIALES EN LA FORMACIÓN DEL MISMO.***

Los aspectos mencionados en el último título del presente Recurso Jerárquico demuestran la falta de fundamentación y la indefensión causada a la cooperativa CREDISUR, ya que los aspectos mencionados en el Recurso de Revocatoria no fueron analizados por el Órgano Regulador, por lo que se solicita la nulidad del Proceso Administrativo.

Así mismo la Resolución impugnada no toma en cuenta le (sic) *referencia a la vulneración de los Principios de Eficacia; de Economía, Simplicidad y Celeridad y de Imparcialidad, aspecto que solicitamos sea considerado por la instancia jerárquica.*

IV. CONCLUSIONES

Por las consideraciones expuestas, se determina que la Resolución ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014 incumple los Principios de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de Eficacia; Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad y de Imparcialidad, aspecto que vulnera los derechos Constitucionales de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREDISUR, así mismo la referida Resolución no se enmarca dentro de los elementos principales de los actos administrativos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Supremo Reglamentario, adicionalmente se demuestra que no incumplió lo dispuesto por el artículo 4, Sección 1, del Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito, sobre la tramitación ante ASFI del permiso de constitución de la entidad ya que en ningún momento la Cooperativa CREDISUR quiso constituirse como entidad nueva, prueba de ello es la remisión de las dos cartas destinadas a ingresar al Proceso de Adecuación, las mismas que ASFI no respondió oportunamente y sobre las que no emitió criterio alguno en el Recurso de Revocatoria, siendo que la cooperativa remitió un memorial solicitando un pronunciamiento expreso (…)

VI. PETITORIO

Por lo expuesto y toda vez que la Resolución ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014, vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de los socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "CREDISUR", ocasionando inseguridad jurídica, indefensión e incumpliendo el debido proceso, vulnerando la Ley de Procedimiento Administrativo y la Constitución Política del Estado, pido a usted la anulatoria del Proceso Administrativo instaurado, de acuerdo a los fundamentos establecidos en el presente Recurso…"

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

Que, en fecha 9 de julio de 2014 y a solicitud de la misma, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Por memorial presentado en fecha 10 de julio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, presentó documentación complementaria, consistente en la Resolución Administrativa N° 613/09 de 10 de noviembre de 2009, que reconoce la personería jurídica de la Cooperativa, emitida por la Dirección General de Cooperativas.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1.- ANTECEDENTES.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, mediante notas Cons. Adm. 01/2012 de 11 de febrero de 2012 y 020/2012 de 25 de septiembre de 2012, dirigidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, presentó su solicitud de incorporación al proceso de Adecuación dentro del ámbito de Regulación para las CAC´s.

La Entidad Reguladora, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 121/2014 de 10 de marzo de 2014, resolvió no admitir a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, al proceso de adecuación, por no encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008, instruyéndole -a la Cooperativa- el cese inmediato de operaciones, decisión confirmada totalmente mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2014 de 23 de mayo de 2014, determinando además el rechazo a la solicitud de suspensión de ejecución del acto administrativo

En fecha 16 de junio de 2014, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 350/2014 de 23 de mayo de 2014, mismo que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Inicialmente corresponde revisar la normativa pertinente al presente caso de autos, como sigue:

- **Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008**

  "…***Artículo 1.- (Modificación al Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).*** *Se incluyen en el Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, las siguientes definiciones:*

  Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria: Entidad de Intermediación Financiera, no bancaria constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a

realizar operaciones de ahorro y crédito exclusivamente con sus socios, en el marco de esta Ley, en el territorio nacional.

Cooperativa de Ahorro y Crédito de Vínculo Laboral: Sociedad sin fines de lucro de objeto único que realiza operaciones de ahorro únicamente con sus socios y otorga créditos para el mejoramiento económico y social de los mismos y se organiza en el seno de una institución o empresa, pública o privada, o un gremio profesional. La afiliación es libre y voluntaria. En ningún caso podrán establecerse mecanismos obligatorios de afiliación como condición de trabajo y no pueden mantener oficinas abiertas para la atención al público.

Se modifica la definición 12 del Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (…)

ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).

Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

Artículo 70*. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*

Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley…" *que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.*

Las operaciones activas y pasivas, ***las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro*** *y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades"*(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resoluciones Administrativas.-** La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha emitido la Resolución Administrativa ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y Resolución Administrativa ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, que en su parte concerniente, determinan lo siguiente:

A. Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012.-

CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

"…***SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES*** (…)

Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

Etapa 1. Certificado de adecuación: *Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.*

Etapa 2. Licencia de funcionamiento: *Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).*

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). *A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:*

1) *Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente.*

2) *Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario.*

3) *Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios.*

4) *Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran.*

5) *Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI.*

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). *A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.*

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). *La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:*

Fase I: *Diagnóstico de Requisitos.*

Fase II: *Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.*

Fase III: *Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.*

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). *Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.*

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). *La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:*

1) *Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.*

2) *Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.*

3) *Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.*

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). *ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.*

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal..." (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

Nótese que la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, establece nuevas etapas y/o fases para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas, introducidas al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

2.2. Antecedentes de la solicitud.-

Respecto al proceso de adecuación, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** en su memorial de Recurso Jerárquico, presenta una relación de sus propios antecedentes, desde su constitución en enero de 2008, sobre el trámite por ante en la Dirección General de Cooperativas (que concluyó en noviembre de 2009, obteniendo el reconocimiento de la personería jurídica), la solicitud ante la Autoridad Reguladora en febrero de 2012, para su ingreso al proceso de adecuación; la reiteración de ello en septiembre del mismo año, hasta los informes ASFI/DSR III/R-5628/2013 y ASFI/DSR III/146874/2013, ambos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero SFI en la gestión 2013, por los cuales, establece que la personalidad jurídica de la Entidad, es posterior a la promulgación de la Ley N° 3892.

Por su parte, el Ente Regulador, dentro la descripción de antecedentes contenidos en la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014, señala que la Dirección de Supervisión III, según informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, ratifica que la personalidad jurídica de la Entidad se obtuvo de manera posterior a la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, y que por ello se encontraría inhabilitada para el inicio del proceso de adecuación, y además, que estaría contraviniendo la normativa, al no existir antecedentes de la autorización ante la Autoridad de Supervisión.

De igual manera hace mención que en fechas 17 y 20 de septiembre de 2013, se realizó una inspección a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** a fin de verificar su solicitud, inspección que concluyó con el informe ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, mismo que establece que la Entidad no demostró su funcionamiento de manera previa a la promulgación de la Ley 3892, informe que fue puesto en conocimiento de la Cooperativa, en diciembre de 2013 instruyendo a la entidad la suspensión de sus operaciones y de la captación de nuevos recursos.

Asimismo, en su análisis a los requisitos para la incorporación al proceso de adecuación, refiere:

"…*ASFI debe realizar un análisis de las operaciones activas y pasivas, sus limitaciones y prohibiciones, <u>los plazos</u> y modalidades <u>que deben cumplir las cooperativas de ahorro y crédito societarias para incorporarse al ámbito de la supervisión</u>, lo cual tiene como objetivo principal la obtención de la licencia de funcionamiento.*

Es así que, para una (sic) *mejor trabajo de regulación, esta Autoridad de Supervisión aprueba el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que en el artículo 5, Sección 1 del Capítulo III, Título*

I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, el cual contempla las condiciones para la admisión de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, disponiendo:

"Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). *La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:*

1) ***Etapa 1.*** *Certificado de adecuación* (…)

2) ***Etapa 2.*** *Licencia de funcionamiento* (…)

…el requisito "sine qua non" para el inicio de análisis de adecuación y funcionamiento de cooperativas, es que la a la (sic) *fecha de la promulgación de la Ley N° 3892* ***se encuentre en funcionamiento****, eso quiere decir al 18 de junio de 2008.*

La Cooperativa CREDISUR, dentro de los los (sic) *fundamentos de impugnación, sostiene que su constitución como cooperativa y la presentación del trámite ante la Dirección General de Cooperativas (DGCOOP) para la otorgación de personería jurídica, fue anterior a la aprobación de la Ley N° 3892, y que ellos habrían estado en funcionamiento desde la fecha de su constitución (18/01/2008). Asimismo, observa que la norma (artículo 5, Sección 1 del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros), no explica que es lo que debe entenderse por "funcionamiento", aspecto que vulneraría la seguridad jurídica de los regulados.*

…cuando la norma menciona que además de la fecha (18-06-2008) la cooperativa debe encontrarse en funcionamiento, éste se lo considera desde el punto de vista de lo que prescribía la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas de 13 de septiembre de 1958, que en su artículo 4 mencionaba: ***"…las sociedades cooperativas requerirán para su funcionamiento de personería jurídica, la que tendrá vigencia a partir de la fecha en que sea firmada la respectiva Resolución Suprema e inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas"*** (…) *CREDISUR no obtuvo la respectiva Personería Jurídica sino hasta mucho después, es decir hasta el 10 de noviembre de 2009, fecha en la cual inicia el funcionamiento con el primer depósito en caja de ahorro que se realizó en fecha 27 de noviembre de 2009 por el socio Félix Ramírez Jamachi, el segundo se lo realizó en fecha 1 de enero de 2010 por el socio Emilio García, así como se registró el primer depósito a plazo fijo (DPF) efectuado el 8 de diciembre de 2010 por el socio Walter Tejerina…*

…el Decreto Supremo N° 25703, que reglamentaba el ámbito de aplicación de dicha Ley, con referencia a las cooperativas comunales (vigente a la fecha de inicio de trámites de la Cooperativa CREDISUR), aclarando que para el funcionamiento de cooperativas, se debía considerar las operaciones expresadas en el artículo 8° de ese Reglamento (…)

Por lo tanto, se confirma que el requisito necesario para el funcionamiento de la Cooperativa CREDISUR era que cuente previamente con su personería jurídica, la cual obtuvo el 10 de noviembre de 2009..."

De lo descrito, se establece que el informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, realizado dos días después de la segunda solicitud efectuada por la Cooperativa, no fue puesto en conocimiento de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, a efectos pueda la misma ejercer su derecho de representación y/o explicación.

De igual manera, se evidencia que la a Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuó una inspección en la gestión 2011, emitiendo el informe ASFI/DSR III/118143/2011 de 7 de noviembre de 2011, en el que menciona que la Cooperativa realiza operaciones de intermediación financiera no autorizadas, informe que tampoco habría sido de conocimiento de la misma, determinando una inobservancia a los procedimientos de inspecciones, establecidos en la normativa regulatoria.

2.3. Otorgamiento de la personería jurídica.-

La revisión de los antecedentes y en particular, del tenor del Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, se concluye que es la pretensión de la recurrente, se la integre al ámbito de la Regulación legal, siendo ello lo que determinó la presentación de las notas de solicitud Cons. Adm. 01/2012 de 11 de febrero de 2012 dirigida a la ASFI y 020/2012 de 25 de septiembre de 2012, y, ante la declaratoria de "*No Admisión*" que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, a la instauración del proceso recursivo, con los resultados que de ello se conocen.

A este respecto, es menester tener presente que la Resolución Administrativa ASFI Nº 121/2014, en su artículo primero, justifica su decisión de no admitir a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** "*al proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación* (…) ***por no encontrarse en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha explicado dentro del mismo fallo (empero también a lo largo del proceso recursivo), que el deber de funcionamiento a tiempo de la promulgación de la Ley Nº 3892, hace a un requisito esencial, conforme está "*previsto en el artículo 5° Sección I y artículos 1 y 2 Sección 10, del Capítulo III, Título I, Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros*".

Cabe señalar que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** no ha negado en el Recurso de Revocatoria o, a su turno, en el Jerárquico, la existencia normativa de tal exigencia, limitándose a aquejar que la decisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -a su entender- "*incumple los Principios* (…) *de Eficacia; Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad y de Imparcialidad, aspecto que vulnera los derechos Constitucionales*" y que "*no se enmarca dentro de los elementos principales de los*

actos administrativos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Supremo Reglamentario", que de su parte "*no incumplió lo dispuesto por el artículo 4, Sección 1, del Reglamento para Constitución, Adecuación y Funcionamiento para Cooperativas de Ahorro y Crédito* (…) *ya que en ningún momento la Cooperativa CREDISUR quiso constituirse como entidad nueva*".

Lo cierto es que, ante la firmeza, vigencia y subsistencia de la exigencia de funcionamiento de la Cooperativa a tiempo de la promulgación de la Ley Nº 3892, a efecto sea admitida dentro del proceso de adecuación, corresponde dejar palmaria e inequívoca constancia de que la Ley N° 3892 ha sido promulgada en fecha **18 de junio de 2008**, mientras que la personería de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** le ha sido otorgada mediante la Resolución Administrativa N° 613/09 de **10 de noviembre de 2009**, otorgada por la Dirección General de Cooperativas, no cabiendo lugar a duda, entonces, de que a tiempo de la promulgación de la primera nombrada, la ahora recurrente no tenía personería jurídica.

Entonces y en definitiva, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** no se encontraba en funcionamiento, a tiempo de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, extremo concluyente y determinante para la decisión que consta infra, en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin perjuicio de ello y en consideración a los extremos que hace presente la recurrente en su Recurso Jerárquico, corresponde manifestar los extremos que siguen a continuación, empero con el debido anuncio de que los mismos no son determinantes a efectos de la decisión tomada.

2.4. Otros aspectos del Recurso Jerárquico.-

2.4.1. Tratamiento de las notas de solicitud.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** refiere en su memorial de Recurso Jerárquico, la existencia de las dos notas de solicitud de ingreso al proceso de adecuación, que la circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010 y Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, han ampliado los plazos de incorporación a dicho proceso, y que la solicitud efectuada en febrero de 2010, determinaría la adecuada y oportuna actuación de la Entidad.

Por su parte, la Autoridad de Supervisión dl Sistema Financiero señala que la solicitud para la incorporación efectuada por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** en febrero de 2012, se encontraba fuera de plazo ya que la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, fijaba una ampliación hasta junio de ese mismo año, y que la nota presentada en septiembre de 2012 por la Entidad, habría sido admitida debido a que la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, ampliaba el plazo hasta el 1º de octubre de 2012, mencionando que, ante la segunda carta de intención, se emite el informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, que concluye que la Cooperativa se encuentra inhabilitada para el ingreso al proceso de adecuación.

De igual manera señala, que en cumplimiento a lo estipulado en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento, se emite el Informe Técnico de Inspección ASFI N° DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, que concluye que la entidad no demostró su funcionamiento de manera previa a la promulgación de la Ley N° 3892.

Al respecto, se debe hacer notar que la primera nota de solicitud efectuada por la Cooperativa, no mereció respuesta por parte del Ente Regulador, sea de admisión o rechazo al proceso de adecuación; así tampoco, la segunda nota de solicitud efectuada en septiembre de 2012, no obtuvo respuesta en el sentido que la misma pretendía y no obstante lo mencionado por la Autoridad recurrida, en sentido de que a esta segunda nota, se emitió el informe ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, es decir dos días después.

Por otro lado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero menciona que el informe ASFI N° DSR III/R-146874/2013, emitido un año después (septiembre de 2013), ya estableció que la entidad no ha demostrado su funcionamiento dentro de las exigencias normativas, aspecto que llama la atención, por cuanto tal pronunciamiento es puesta en conocimiento de la entidad después de casi aproximadamente dos años, desde la primera solicitud de intención de incorporación al proceso de adecuación, dando lugar a que, ante su desconocimiento, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** continúe llevando a cabo sus operaciones, mismas que se mencionan en los informes de inspección realizadas por el Ente Regulador.

2.4.2. Actuaciones ante la Dirección General de Cooperativas.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** en su Recurso Jerárquico, invoca la existencia de actuaciones realizadas ante la Dirección General de Cooperativas, al señalar que:

> "…*la tramitación para la obtención de la Personería Jurídica siguió su curso regular y que en ningún momento la DGCOOP señaló que además se requería el permiso de constitución de ASFI, por lo que CREDISUR dio por bien hecho su trámite al recibir la Resolución Administrativa que reconocía su Personería Jurídica.*
>
> …*ASFI* (…) *no realiza ningún análisis sobre el tema limitándose a mencionar el artículo 3 de la Ley N° 3892, aspecto que no corresponde* (…) *el Regulador debió analizar este aspecto y dar una respuesta contundente* (…) *se mantiene subsistente el argumento de que CREDISUR actuó de buena fe y cumplió con los requisitos establecidos en la abrogada Ley General de Sociedades Cooperativas* (…)
>
> …*al hacer referencia al Informe ASFI/DSR III/R-172334/2013, señala:* ***"Por el análisis de dicho informe, se establece que la Dirección de Supervisión de Riesgos III de ASFI, <u>puso en evidencia la falta de cumplimiento a la normativa establecida en la Ley N° 3892, por parte de la Dirección General de Cooperativas, por lo que advertidos de este error la misma Dirección de Cooperativas envía la carta DG COOP UJ N° 1099/2013 de 13 de octubre de su reconocimiento de Personería Jurídica</u>"*** (…)
>
> …*llama la atención que ASFI haga referencia a un análisis que nunca se realizó ya que el Informe señalado, simplemente hace menciona el trámite realizado por CREDISUR*

ante la DGCOOP y el proceso que siguió la obtención de la Resolución que aprueba la otorgación de la Personería Jurídica para la Cooperativa, (…) *ASFI jamás puso en evidencia la falta de cumplimiento a la normativa establecida en la Ley N° 3892; sino que más bien envió una carta a la DGCOOP solicitando la Revocatoria de la Personería Jurídica, sin ni siquiera haber comunicado a la Cooperativa CREDISUR que no había ingresado al Proceso de Adecuación*…"

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que, del análisis al informe ASFI/DSR III/R-172334/2013 de 12 de noviembre 2013, resultado de la inspección realizada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** en fecha 16 de septiembre de 2013, su Dirección de Supervisión III puso en evidencia la falta de cumplimiento a la normativa establecida en la Ley N° 3892 por parte de la Dirección General de Cooperativas, al haber reconocido personalidad jurídica a la Cooperativa; asimismo, aclara que si bien esta omisión correspondió a la Dirección precitada, no radica en ello el motivo para la no admisión al proceso de adecuación y obtención del Certificado de Adecuación, sino por no haberse encontrado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892.

Por otra parte, a la solicitud de considerar la nota emitida a la Dirección General de Cooperativas (sobre revocatoria de la personería jurídica), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha señalado que:

"…*considerando que la solicitud de la Cooperativa CREDISUR constituye una nueva observación que resulta ajena a los extremos expuestos en su Recurso de Revocatoria y no hace a la causa principal que sustenta la Resolución impugnada (ASFI N° 121/2014), dicha solicitud debe ser considerada dentro del correspondiente trámite y no en el presente acto administrativo, mismo que versa sobre los argumentos expuestos en la resolución impugnada*…"

Entonces, para la Autoridad recurrida, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** debió sujetarse a las condiciones para la constitución de una nueva cooperativa, sin que en tal posición se hubiera pronunciado (sea para admitirlo o rechazarlo) sobre lo señalado por la ahora recurrente, en sentido de haberse constituido en enero de 2008, y que el trámite ante la Dirección General de Cooperativas, iniciado en fecha 18 de enero de 2008, tuvo como resultado la emisión de la Resolución Administrativa de reconocimiento de personería jurídica en noviembre de 2009, después de más de un año, en cuyo ínterin se promulgo la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Entonces, se infiere cierta inconsistencia en el accionar del Ente Regulador, toda vez que, sin haber concluido el trámite para determinar si la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** estaba o no habilitada al proceso de adecuación, dispuso la revocatoria de la personería jurídica de la misma, medida precipitada y en inobservancia a su propia reglamentación establecida en el Libro 1, Título IV, Capítulo VI, Sección 5 de la recopilación de Normas para Servicios Financieros.

En tal sentido, la Dirección General de Cooperativas, inducida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, también ha actuado precipitadamente, cuando es de presumir que los procedimientos anteriores seguidos ante ella, se encontraban acordes con las disposiciones legales vigentes al momento de solicitud de reconocimiento de la

personería jurídica por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**

2.4.3. Situación de otras Cooperativas de Ahorro y Crédito.-

La recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** ha mencionado, que a la fecha existen Cooperativas de Ahorro y Crédito que se encuentran en proceso de adecuación sin embargo que no demostraron funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892, como tampoco demostraron viabilidad financiera ni de gobierno, vulnerándose el principio de imparcialidad previsto por el artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En este sentido, la Autoridad recurrida menciona que, si la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** tiene conocimiento de alguna Cooperativa que hubiera obtenido el certificado de adecuación sin cumplir con algún requisito, es la misma a quien corresponder demostrarlo.

Sobre el particular, para una valoración de lo afirmado por la Cooperativa recurrente, es preciso contar con elementos de convicción, por los que se evidencia que Ente Regulador estaría generando diferencias entre los administrados y que deriven en actos discriminatorios, elementos que bajo el principio de verdad material merecerían su análisis y pronunciamiento; no obstante dentro del caso de autos, no se advierte materia de análisis siendo que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** no aportó pruebas a dicho agravio, no ameritado mayor consideración a este respecto.

2.4.3. Informes de la Dirección de Supervisión de Riesgos III.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** acusa haber solicitado copia legalizada de los informes ASFI/DSR III/R-122326/2012 de 27 de septiembre de 2012, ASFI/DSR III/5628/2013 de 11 de enero de 2013 y ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, y que pese a ello, los de referencia no le habrían sido proporcionados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Por su parte, la Autoridad de Regulación menciona que los informes emitidos en fechas 11 de enero de 2013 y 27 de septiembre de 2013, son de conocimiento de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, y que estos establecen que la recurrente no ha demostrador que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la misma contaba con personería jurídica y por lo tanto, que se encontraba en funcionamiento, requisito indispensable a los efectos de la Sección 2 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito; asimismo, señala que las pruebas presentadas por la Cooperativa mediante memorial de 24 de abril de 2014, no demuestran la existencia de ninguna operación que pueda determinar su funcionamiento, y que del informe ASFI/DSR III/R-64935/2014 de 29 de abril de 2014, se conoce que las primeras operaciones registradas son de fechas 27 de noviembre de 2009 y 8 de diciembre de 2010.

De lo descrito, se advierte que el informe ASFI/DSR III/R-146874/2013 de 27 de septiembre de 2013, ha sido presentado a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** en fecha 17 de diciembre de 2013, a través de la nota ASFI/DSR III/R-187914/2013; sin

embargo no se evidencia la remisión de los otros dos informes citados por la recurrente, como tampoco que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiera procedido conforme los criterios de inspección plasmados en la Recopilación de Normas para Servicios Financieros que en su Libro 7°, Título II, Capítulo I, Artículo Único, en particular conforme lo señalado en su numeral 4), el que establece que:

> "…*Todas las observaciones efectuadas por la Comisión de Inspección deberán ser regularizadas en base a la documentación sustentatoria presentada durante el tiempo de permanencia de la Comisión; caso contrario, ésta instruirá la regularización o su contabilización, lo que corresponda. Por tanto, no se requerirá de las entidades inspeccionadas, el descargo documentado posterior a la emisión del informe*…"

Tomando en cuenta dicha normativa, correspondía a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero poner en conocimiento de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, dentro del tiempo de permanencia de la comisión en sus procesos de inspección, los resultados de las inspecciones efectuadas a la Entidad, para que esta asuma de manera oportuna una posición con relación a su contenido y determinaciones.

2.4.4. Aspectos de la Resolución ASFI N° 350/2014.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** manifiesta que la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 presenta varias deficiencias, y que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sólo consideró los aspectos que, a su criterio, veía convenientes, señalando que los aspectos no considerados en la instancia de revocatoria acarrean la nulidad del proceso administrativo.

En ese sentido describe:

> "…***No respuesta a las cartas de la Cooperativa por parte de ASFI***
>
> (…) *una vez efectuada la visita de Inspección* (…) *los ejecutivos de la cooperativa dieron por entendido que la entidad ya había superado la Etapa I de la norma precedentemente citada, referida a la presentación de la "Carta de Intención" y su ingreso al Proceso de Adecuación, toda vez que la Visita de Inspección se la realiza a las Cooperativas que vencieron la Etapa I, más aún en el entendido de que no hubo ninguna negativa sobre el Ingreso al Proceso de Adecuación por parte de ASFI, pese a haberse enviado en dos oportunidades la carta de intenciones* (…)
>
> ***Sobre el trámite de la DGCOOP***
>
> (…) *solicitada la emisión de la Personería Jurídica ante la Dirección General de Cooperativas, el trámite siguió su curso regular* (…) *la DGCOOP emitió la Personería Jurídica correspondiente en fecha 10 de noviembre de 2009, dando de esta manera la legalidad para la constitución de la cooperativa, tomando en cuenta además que la cooperativa ya se encontraba en funcionamiento a partir de su constitución, cabe destacar que la DGCOOP en ningún momento comunicó a la Cooperativa que el permiso de constitución debía tramitarse también ante ASFI.*
>
> ***Sobre la observación de constitución de una nueva cooperativa***

(…) *CREDISUR remitió dos cartas de solicitud de Ingreso al Proceso, la primera mediante carta CITE Cons. Ad. 01/2012 - Solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación de ASFI de fecha 11 de febrero de 2012, y la segunda CITE 020/2012 - Reiteración de Solicitud de Ingreso al Proceso de Adecuación - de fecha 25 de septiembre de 2012,* (…) *ambas cartas se encuentran dentro del plazo señalado por el artículo 1, Sección 10, Capitulo III, de la RNSF, consecuentemente la cooperativa consiente de que se enmarcaba en la normativa aplicable a las entidades que ingresarían al Proceso de Adecuación, toda vez que su constitución es de fecha anterior a la promulgación de la Ley N° 3892, no requirió constituirse como una nueva cooperativa*(…)

(…) *la Cooperativa manifestó su intención de ingresar al proceso en febrero de 2012, reiterando dicha solicitud en fecha 25 de septiembre de 2012 y ASFI en ningún momento hasta la fecha, respondió de manera categórica a dichas consultas, limitándose simplemente a enviar el Informe de Inspección en diciembre de 2013, casi dos años después de la solicitud de ingreso al Proceso de Adecuación, aspecto que vulnera los principios de la actividad administrativa señalados por la Ley N° 2341…*"

Entonces, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** asume que ha superado la Etapa I del Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (considerando que las visitas de inspección tienen como objeto verificar la viabilidad financiera y de gobierno corporativo), debido a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no efectuó pronunciamiento relacionado a las cartas de intenciones presentadas en febrero y septiembre de 2012.

Por otra parte, en criterio de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.**, el trámite ante la Dirección General de Cooperativas, para la obtención de su personería jurídica, valida el que al momento de efectuar la primera solicitud de ingreso al proceso de adecuación, existía la personería jurídica.

No obstante, la Autoridad recurrida ha manifestado que el requisito *sine qua non* para el análisis de las solicitudes de incorporación, es que se encuentre en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892, extremo evidente -conforme lo visto supra- y sin embargo de la actuación inoportuna de la misma, en inobservancia de los principios de eficacia, de economía, simplicidad y celeridad, a los que hace referencia la recurrente.

2.4.5. Fundamentación de la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014.-

La **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** refiere que la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014, es un acto administrativo definitivo, y que para su legal emisión corresponde el fundamento necesario a la decisión que conlleva.

De lo manifestado por la entidad recurrente y lo determinado en la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014, se puede advertir que la decisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene como asidero, los informes emitidos dentro de los procesos de inspección llevados a cabo en las gestiones 2012 y 2013, lo que per se, determina la existencia del fundamento extrañado.

En lo que se refiere al Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014, la fundamentación principal para la toma de la decisión está referida a que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO**

SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA. no se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892, sin referirse o emitir pronunciamiento al porque no se hicieron conocer oportunamente las determinaciones referidas a la improcedencia de admisión al proceso, conforme se ha relacionado supra, extremo que queda en el interés de la ahora recurrente, si así lo creyere pertinente, de impulsar el reclamo que a ello pudiera corresponder.

En todo caso, debe quedar claro que toda la serie de aspectos referidos precedentemente, no irritan el hecho de que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.** no se encontraba en funcionamiento, a tiempo de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, conforme ha sido demostrado, extremo concluyente y determinante para la decisión que consta infra, en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 350/2014 de 23 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 121/2014 de 10 de marzo de 2014, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AUTO DE 18 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 062/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

DECLARA IMPROCEDENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 062/2014

La Paz, 16 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, contra el Auto de 18 de julio de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 055/2014 de 29 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 105/2014 de 01 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de julio de 2014, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, legalmente representada por el señor Rodrigo Javier Garrón Bozo, en mérito al Poder Notarial N° 0349/2012 de fecha 16 de agosto de 2012, otorgado ante la Notaría de Fe Pública N° 42 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana I. Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra el Auto de fecha 18 de julio de 2014, que determinó reencauzar el procedimiento administrativo sancionador, suspendiendo el plazo para emitir la resolución administrativa que corresponda.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2208/2014, con fecha de recepción 30 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra el Auto de 18 de julio de 2014.

Que, mediante providencia de fecha 14 de agosto de 2014 notificada en fecha 20 de agosto, se solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, informe el estado del proceso sancionatorio, emergente de la nota de cargos APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 de mayo de 2014, requerimiento que fue atendido a través de la nota APS-EXT.DE/2362/2014, presentado al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, **en fecha 21 de agosto de 2014.**

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de agosto de 2014, notificado en fecha 02 de septiembre de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra el Auto de fecha 18 de julio de 2014.

Que, mediante memorial recibido en fechas 05 de septiembre de 2014, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, ratifica la documentación que fue presentada a la APS, dentro del proceso principal que derivo en el presente recurso jerárquico.

Que, a través de memorial presentado en fecha 15 de septiembre de 2014, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, solicita día y hora de audiencia de exposición oral de fundamentos.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2014, se señaló día y hora de audiencia para la Exposición Oral de Fundamentos de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, misma que no se llevó a cabo por imposibilidad de los solicitantes conforme se advierte de la nota presentada en fecha 08 de octubre de 2014.

Que, en atención al Auto de 19 de septiembre de 2014, emitido por el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, la empresa **Crédito Amigo S.A.** como tercero interesado, presentó mediante nota CASA N° 19/2014 de 08 de octubre de 2014, sus alegatos dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.,** contra el Auto de 18 de julio de 2014, emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, correspondiendo a esta Autoridad el análisis de los manifestado por la empresa antes citada.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, con las facultades conferidas por ley y en particular el control de legalidad de los procesos administrativos; determinó anular el procedimiento administrativo seguido contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.,** hasta la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013, inclusive.

Que, como resultado de lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/1339/2014 de fecha 08 de mayo de 2014, recibida por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.** en fecha 26 de mayo de 2014, procedió a una nueva notificación de cargos.

Que, en fecha 10 de junio de 2014, la ahora recurrente solicitó plazo de diez (10) días, para cumplir con lo dispuesto en la nota de cargos antes referida, solicitud que fue atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/1782/2014 de 13 de junio de 2014.

Que, en fecha 02 de julio de 2014, a los veintiséis (26) días hábiles administrativos de su notificación con los cargos (Es decir, extemporáneamente en relación a lo establecido por el artículo 48° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - DS N° 27175), **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.** presenta Recurso de Revocatoria contra la nota APS-EXT.DE/1339/2014 de fecha 08 de mayo de 2014, con el fundamento de que la misma contravendría la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013,

Que, el Recurso de Revocatoria ha sido rectificado y reiterado por la recurrente, mediante memorial presentado en fecha 14 de julio de 2014, en atención al auto de 09 de julio de 2014, emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificado en fecha 11 de julio de 2014, por el cual dispone en el marco de lo establecido por el artículo 39° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que con carácter previo, habiendo inconsistencias en el memorial de recurso y de no existir un petitorio concreto, la recurrente subsane lo observado bajo apercibimiento de tenerse por rechazado el recurso de revocatoria.

Que, con carta CITE: APS-EXT.DE/2122/2014 de 18 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atendió la petición de informe solicitada por la recurrente en el memorial de fecha 14 de julio antes citado, referido a la presentación de denuncia por parte de Crédito Amigo S.A., la presentación de pruebas de cargo, los cargos denunciados por Crédito Amigo S.A., adjuntándose fotocopias de los extremos señalados en la petición de informe.

1. Auto de fecha 18 de julio de 2014, emitido por la APS.

Que, mediante Auto de fecha 18 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispone:

> "…***PRIMERO.- REENCAUZAR*** *el Procedimiento Administrativo Sancionador iniciado contra Consejeros y Corredores de Seguros de Bolivia S.R.L., debiendo la Corredora de Seguros adecuar sus actuaciones a lo dispuesto en la Sección II (Etapas del Procedimiento Sancionador) artículo 66 y siguientes del Reglamento a la Ley de*

Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

***SEGUNDO.- OTORGAR** un plazo de diez (10) días hábiles administrativos a Consejeros y Corredores de Seguros de Bolivia S.R.L. a objeto de que presente cuanta prueba considere conducente a enervar los cargos contenidos en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 de mayo.*

***TERCERO.- SUSPENDER** el plazo para emitir la resolución administrativa que corresponda, debiendo iniciarse nuevamente el cómputo al cumplimiento del plazo establecido en el artículo precedente*".

Los argumentos expuestos en el referido Auto, son los que a continuación se transcriben:

"*…Que leído el texto del memorial presentado el 14 de julio de 2014 se observa que, Consejeros Corredores de Seguros de Bolivia S.R.L. ha interpuesto Recurso de Revocatoria contra la Nota de Cargos CITE APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 de mayo de 2014 prescindiendo del procedimiento determinado, tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 cuanto por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

Que cabe al respecto hacer referencia a que el Recurso de Revocatoria procede, según lo determina el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002:

"*(…) contra toda clase **de resolución** de carácter definitivo o **actos administrativos que tengan carácter** equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*

*Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas a actos administrativos que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que **pongan fin a una actuación administrativa.***

Que lo anterior denota que únicamente pueden impugnarse actos administrativos que produzcan efectos jurídicos, no, en consecuencia, aquellos actos que contengan presunciones o supuestos sujetos a probanza, como lo son las notas de cargo que antes de poner fin a una secuencia de actuaciones administrativas que concluirán con la respectiva Resolución, inician el procedimiento sancionador.

Que es deber de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ante la verificación de un error de procedimiento, orientar al regulado o administrado de manera adecuada con el propósito de reencauzar el procedimiento administrativo, según dispone el artículo 39 del Decreto Supremo N° 27175.

Que en este sentido, esta APS cumpliendo lo resuelto por el Artículo Único de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de

diciembre de 2013, que textualmente dispone "anular el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013, inclusive, debiendo en consecuencia, emitirse nueva notificación de cargos, conforme los fundamentos establecidos (…)" ha iniciado procedimiento sancionatorio contra Consejeros y Corredores de Seguros de Bolivia S.R.L. emitiendo la nueva notificación de cargos CITE:APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 de mayo de 2014, acto administrativo que al no ser definitivo, como ya fue señalado en párrafos precedentes, no es impugnable.

Que ante esta situación corresponde reencauzar el procedimiento instruyendo a la Corredora adecuar sus actuaciones a lo dispuesto en la Sección II (Etapas del Procedimiento Sancionador) artículo 66 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003".

2. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 28 de julio de 2014 **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.,** interpuso Recurso Jerárquico contra el Auto de 18 de julio de 2014, con los alegatos siguientes:

"…***I. LA APS DEBE CUMPLIR CON LO ESTABLECIDO EN LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ.SIREFI No. 086/2013***

1. *En fecha 14 de julio de 2014, interpusimos recurso de revocatoria contra la Nota de Cargos CITE:APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 de mayo de 2014, estableciendo que la misma era incongruente con lo ordenado por el Ministerio a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013, que textualmente dispone: "anular el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/N°4036/2013 de 22 de febrero de 2013, inclusive, debiendo en consecuencia, emitirse nueva notificación de cargos, conforme los fundamentos establecidos (...)"*

2. *Si bien la APS ha emitido una nueva notificación de cargos, esta no sigue los criterios de legitimidad establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica indicada anteriormente. Fue en este sentido que presentamos recurso de revocatoria contra la nueva nota de cargos, toda vez que ésta estaría una vez más incurriendo en error, lo que generaría nuevamente que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas vuelva a anular obrados.*

3. *A partir de lo señalado, consideramos que las notas de cargo deben ser claras, ciertas y pertinentes a los agravios presentados en la propia denuncia, algo que en el presente caso no ocurrió. La nota de cargos al ser incongruente con lo establecido por el Ministerio y con el procedimiento administrativo, vulnera a todas luces nuestro derecho a la defensa, es en este sentido que la APS no puede establecer que la misma no es impugnable y menos "encausar el procedimiento"*

como si nuestra empresa no conociera a cabalidad el procedimiento administrativo a seguir.

4. *Finalmente, la APS de acuerdo al Artículo Segundo del Auto de 18 de julio de 2014, nuevamente otorga el plazo de 10 días hábiles para que presentemos prueba conducente a enervar los cargos contenidos en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 mayo de 2014 (Renovación de Póliza), siendo que claramente, se ha establecido que los cargos no se encuentran formulados correctamente debiendo ser sobre la vigencia y aplicación de la póliza, sin embargo, en el memorial de recurso de revocatoria de 2 de julio de 2014, señalamos textualmente lo siguiente:* ***"OTROSI.-*** *No obstante lo señalado, y sin que signifique aceptación alguna a la nota de cargo recurrida, a fin de precautelar nuestros derechos e intereses y evitar que se nos ocasiones mayores perjuicios, RATIFICAMOS toda la prueba".*

II. PETITORIO

Por lo expuesto, amparados en el ARTÍCULO UNICO de la RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ.SIREFI No. 086/2013, la APS debe emitir una nueva nota de cargos en base a los criterios de legitimidad establecidos en la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica. En este sentido, de acuerdo a los Artículos 52 y siguientes del Decreto Supremo N^Q 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad ACEPTE el presente recurso jerárquico y se instruya el cumplimiento de la Resolución Ministerial indicada, y sea conforme a derecho…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013, se determinó anular el procedimiento administrativo seguido contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.,** hasta la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013, inclusive.

Resultado de lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/1339/2014 de fecha 08 de mayo de 2014, recibida por

CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L. en fecha 26 de mayo de 2014, procedió a una nueva notificación de cargos.

En fecha 10 de junio de 2014, la ahora recurrente solicitó plazo de diez (10) días, para cumplir con lo dispuesto en la nota de cargos antes referida, solicitud que fue atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/1782/2014 de 13 de junio de 2014.

En fecha 02 de julio de 2014, **a los veintiséis (26) días hábiles administrativos** de la notificación con los cargos practicadas (Es decir, extemporáneamente en relación a lo establecido por los artículo 20° o 48° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - DS N° 27175), **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.** presenta Recurso de Revocatoria contra la nota APS-EXT.DE/1339/2014 de fecha 08 de mayo de 2014, con el fundamento de que la misma contravendría la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 10 de diciembre de 2013,

En fecha 14 de julio de 2014, el Recurso de Revocatoria ha sido rectificado y reiterado por la recurrente, mediante memorial presentado, en atención al auto de 09 de julio de 2014, emitido por la APS, notificado en fecha 11 de julio de 2014.

Con carta CITE: APS-EXT.DE/2122/2014 de 18 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atendió la petición de informe solicitada por la recurrente en el memorial de fecha 14 de julio antes citado, referido a la presentación de denuncia por parte de **Crédito Amigo S.A.**, la presentación de pruebas de cargo, los cargos denunciados por Crédito Amigo S.A., adjuntándose fotocopias de los extremos señalados en la petición de informe.

Mediante Auto de fecha **18 de julio de 2014**, notificado a la recurrente en fecha **22 de julio de 2014**, pese a los antecedentes del proceso antes descritos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dispone:

> "…***REENCAUZAR*** *el Procedimiento Administrativo Sancionador iniciado contra Consejeros y Corredores de Seguros de Bolivia S.R.L., debiendo la Corredora de Seguros adecuar sus actuaciones a lo dispuesto en la Sección II (Etapas del Procedimiento Sancionador) artículo 66 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*
>
> ***SEGUNDO.- OTORGAR*** *un plazo de diez (10) días hábiles administrativos a Consejeros y Corredores de Seguros de Bolivia S.R.L. a objeto de que presente cuanta prueba considere conducente a enervar los cargos contenidos en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1339/2014 de 8 de mayo.*

TERCERO.- SUSPENDER *el plazo para emitir la resolución administrativa que corresponda, debiendo iniciarse nuevamente el cómputo al cumplimiento del plazo establecido en el artículo precedente…*" (Sic).

Al respecto, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.,** mediante memorial presentado en fecha 28 de julio de 2014, interpuso Recurso Jerárquico contra el auto de fecha 18 de julio de 2014, emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En fecha 30 de julio de 2014, la APS remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.** contra el Auto de fecha 18 de julio de 2014.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, corresponde revisar y citar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

- **Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002**

"…***Artículo 56°.- (Procedencia)***

I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa.

Artículo 57°.- (Improcedencia) *No proceden recursos administrativos contra los actos de carácter preparatorio o de mero trámite, salvo que se trate de actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.*

Artículo 58°.- (Forma de Presentación) *Los recursos se presentarán de manera fundada, cumpliendo con los requisitos y formalidades, en los plazos que establece la presente Ley*".

- **Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003**

Artículo 19°.- (Otros Actos Administrativos) *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*

Artículo 20°.- (Obligación de Pronunciarse)

I. *Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.*

II. *El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.*

III. *En el caso del parágrafo anterior, el plazo para interponer el recurso de revocatoria comenzará a correr desde el momento de la negativa del Superintendente o, si no se pronuncia, desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la emisión de la resolución.*

Artículo 37°.- (Procedencia) *Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI.*

Artículo 38°.- (Forma de Presentación y Requisitos) *Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.*

Artículo 39°.- (Omisión de Requisitos Formales Subsanables)

I. *Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.*

II. *En el caso que el recurrente incurriere en un error de aplicación o designación, el Superintendente respectivo determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, debiendo orientar adecuadamente al recurrente.*

Etapas del procedimiento sancionador

Artículo 65°.- (Diligencias Preliminares)

I. *Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o*

colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.

II. *Para tal efecto, se podrán realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de infracciones.*

CONSIDERANDO:

Que, de los antecedentes descritos y el Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, se puede advertir que la recurrente ha llevado actuaciones sin observar las disposiciones legales que hacen al procedimiento administrativo, tanto sustantivo como adjetivo supra citados, debiendo haber observado los mismos a tiempo de interponer las acciones que correspondan, tomando en cuenta que el proceso administrativo sancionatorio, ya tuvo un anterior pronunciamiento por parte de esta Instancia Jerárquica, conforme manifiestan en su petitorio en recurso de impugnación.

Que, la Autoridad recurrida, ha dejado el accionar de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.,** y no reencauzar o reconducir el procedimiento que el recurrente venía siguiendo, correspondiendo orientar **de manera oportuna** y adecuada las acciones que ameritaban llevar por parte de éste, en consecuencia dichos aspectos han llevado a la APS, a inobservar los plazos procesales para la interposición de un recurso de revocatoria, dando validez a observaciones no pertinentes considerando las disposiciones legales citadas e inclusive a suspender plazos sin contar facultad para ello.

Que, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.,** dentro los argumentos del recurso, solo hace referencia a lo dispuesto por el artículo único de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ.SIREFI N° 086/2013, señalando que la nueva notificación de cargos debió circunscribirse a la denuncia efectuada por empresa Crédito Amigo S.A., por lo que corresponderá al recurrente observe lo determinado por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175.

Que, considerando que el acto administrativo emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, impugnado en instancia jerárquica por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.,** no constituye un acto administrativo definitivo, en sentido de que no ha producido efectos sobre el administrado, debiendo sujetarse la recurrente al procedimiento establecido por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo antes citado.

Que, es preciso que la Autoridad recurrida, adecue el presente recurso a los procedimientos establecidos por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, observando que no se vulneren derechos de la parte recurrente, ni exista inobservancia a las disposiciones legales inherentes al trámite en cuestión.

Que, en el marco de lo señalado precedentemente, el artículo 3° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, establece que sus normas deben ser aplicadas por los Entes Reguladores, en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios, **y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquico**.

Que, de la jurisprudencia desarrolla en la SCP 0009/2014 de 3 de enero de 2014, ha señalado: "…*reiterando el entendimiento contenido en la SCP 1913/2012 de 12 de octubre, señaló que: "El debido proceso es una institución* ***del derecho procesal constitucional que abarca los presupuestos procesales mínimos a los que debe regirse todo proceso judicial, administrativo o corporativo, observando todas las formas propias del mismo, así como los presupuestos normativamente pre-establecidos****, para hacer posible así la materialización de la justicia en igualdad de condiciones*".

En mérito a lo anterior se llegan a las siguientes conclusiones:

Que, en lo que corresponde a la competencia en razón de materia, de la revisión del Recurso Jerárquico y de los antecedentes que con el mismo han sido remitidos, es preciso establecer que el Recurso Jerárquico ha sido instituido como un medio de impugnación, que tiene por objeto someter a control de legalidad los actos dictados por la Administración Pública.

Que, en ese sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas como instancia jerárquica abre su competencia ante la impugnación de resoluciones definitivas o actos administrativos de carácter equivalente dictados por los Entes Reguladores, **resultado de un recurso de revocatoria previo o cuando opera el silencio administrativo dentro de éste**.

Que, el artículo 55°, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dispone que el rechazo por improcedencia del Recurso, tendrá lugar cuando éste sea presentado fuera del plazo o por manifiesta falta de competencia en razón de materia.

Que, el artículo 232° de la Constitución Política del Estado, establece que "…*la Administración Pública se rige por los principios de…competencia…*". En ese sentido se debe referir el principio de competencia reglada, en virtud del cual, la competencia está reglada cuando la ley ha previsto que, frente a determinadas situaciones de hecho, el servidor público debe evitar el libre arbitrio administrativo y sujetarse a las disposiciones a él asignadas en forma expresa, o como lo señala el artículo 5°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo): "*Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un* ***asunto administrativo*** *cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias…*".

Que, es pertinente recordar que, el artículo 37° del Decreto Supremo N° 71 de 9 de abril de 2009, amplía las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere entre otras a:

"…*b) Conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos* ***en materia de su competencia****, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en el presente auto).

Que, la emisión del acto administrativo con el cual se notifica los presuntos cargos a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.,** constituye una instancia procesal para la determinación de la verdad de los hechos, actuación que sigue una correlatividad procesal que debe concluir en una Resolución o acto administrativo definitivo que cause efecto jurídico sobre el regulado y/o administrado, por lo cual el Recurso de Revocatoria contra la nota de cargos APS-EXT.DE/1339/2014 de fecha 08 de mayo de 2014, habría sido reencauzado, según los extremos expuestos mediante Auto de fecha 18 de julio de 2014. En ese sentido, dicho proceso primigenio debiera estar continuando su trámite en sede de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, de la compulsa a los antecedentes y a la normativa aplicable, el memorial presentado en fecha 28 de julio de 2014 por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.,** que impugna en la vía recursiva jerárquica el Auto de fecha 18 de julio de 2014, emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que reconduce el proceso administrativo primigenio referido con anterioridad, difiere de la impugnación en instancia jerárquica.

Que, en consecuencia, el Auto emitido por el Ente Regulador descrito en el párrafo anterior sujeto de Recurso Jerárquico, al no constituirse en acto administrativo definitivo, no produce efectos jurídicos, y que en el supuesto de haberse subsumido a derecho, es decir, adecuado a lo dispuesto en la normativa aplicable, éste no observó la instancia procesal del Recurso de Revocatoria, instancia previa para la admisión del Recurso Jerárquico, por lo cual, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.**, no observó y ajustó a los preceptos legales establecidos la pretendida impugnación contra el Auto de 18 de julio de 2014, en instancia jerárquica, en cuyo sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no tiene competencia para conocer y resolver el Recurso Jerárquico deducido por la recurrente antes referida.

Que, en mérito a lo anterior, queda claro que la impugnación jerárquica deducida por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L** resulta ser improcedente, por cuanto para acceder al Recurso Jerárquico es requisito indispensable que el administrado o regulado, previamente, hubiere interpuesto Recurso de Revocatoria, extremo que en los hechos no aconteció, debiendo, en consecuencia, darse aplicación al Artículo 43, literal d), del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 al no haber **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L** cumplido con los requisitos normativos exigidos para la presentación del Recurso Jerárquico.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L** contra el Auto de 18 de julio de 2014, conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

SEGUNDO.- DISPONER que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelva conforme a derecho la impugnación interpuesta por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.**, contra el Auto de fecha 18 de julio de 2014, en estricta sujeción al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

TERCERO.- Llamar la atención a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, debido a la inobservancia de los plazos y procedimientos dentro de los recursos de revocatoria interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS DE BOLIVIA S.R.L.**

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 386-2014 DE 30 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 063/2014 DE 16 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

REVOCAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2014

La Paz, 16 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 207-2014 de fecha 14 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 056/2014 de fecha 30 de septiembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 106/2014 de fecha 02 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de junio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Jefe Nacional de Prestaciones y Servicio al Cliente, Sr. Fernando Telchi Vallejos, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 2834/2013 otorgado

en fecha 5 de septiembre de 2013, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 207-2014 de fecha 14 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS.EXT.DE/1823/2014, con fecha de recepción 23 de junio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de fecha 30 de mayo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de junio de 2014, notificado en fecha 30 de junio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de fecha 30 de mayo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, así como la transcripción de la Resolución Administrativa impugnada y el Recurso Jerárquico interpuesto, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES PREVIOS AL RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota de Cargos APS/DESP/DJ/DPNC/5251-2013 de 30 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó con cargos a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** al advertir incumplimiento en el plazo dispuesto en norma y el plazo establecido en las notas enviadas en las gestiones 2011 y 2012 por la Entidad Reguladora, demostrando una actitud negligente impropia de un buen padre de familia, como sigue:

- **Cargo N° 1.-** Por indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y al punto N° 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 59-2010 de 19 de marzo de 2010.

- **Cargo N° 2.-** Por indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y al punto N° 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 59-2010 de 19 de marzo de 2010.

- **Cargo N° 3.-** Por indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Una vez presentados y evaluados los descargos respectivos, la Autoridad de Fiscalización y

Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/Nº 207-2014 de 14 de marzo de 2014, resolvió lo siguiente**:**

- **PRIMERO.-** Sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por el Cargo N° 1, con una multa en bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento en el plazo establecido en norma y en las notas: AP/DPNC/10699/2011, 10855/2011, 11266/2011 y 10984/2012.

  Levantando el cargo por haber atendido el requerimiento en plazo, referente a las notas: APS/DPNC/11265/2011, APS/DPNC/11041/2011, APS/DPNC/10799/2011 y APS/DPNC/10892/2011.

  SEGUNDO.- Sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** por el Cargo N° 2 con una multa en bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento en el plazo establecido en norma y en las notas: APS/DPNC/11216/2011, APS/DPNC/11291/2011, APS/DPNC/11307/2011, APS/DPNC/10495/2011, APS/DPNC/10683/2011, APS/DPNC/10200/2011, APS/DPNC/10337/2012 y APS/DPNC/10473/2012.

  Levantando el Cargo para la nota APS/DPNC/10772/2011.

- **TERCERO.-** Sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por el Cargo N° 3 con una multa en bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), toda vez que no cumplió con el plazo establecido en las notas: APS/DPNC/10424/2011, APS/DPNC/10681/2011, APS/DPNC/10892/2011, APS/DPNC/11085/2011, APS/DPNC/11237/2011, APS/DPNC/11308/2011, APS/DPNC/11482/2011, APS/DPNC/10107/2012, APS/DPNC/10209/2012, APS/DPNC/10426/2012, APS/DPNC/10783/2012, APS/DPNC/10959/2012 y APS/DPNC/11106/2012.

  Levantando el cargo para la nota APS/DPNC/10288/2012.

- **CUARTO**.- En cuanto al Cargo N° 3, se instruye a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** presentar en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, los seis (6) Comprobantes de Pago faltantes, correspondientes a los NUB 500346948, 100265940, 600072853, 100262663, 100119519 y 600038097.

En fecha 2 de mayo de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 207-2014 de 14 de marzo de 2014, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014, que declara improcedente el señalado recurso, toda vez que la Administradora de Fondos

de Pensiones, no cumplió con la obligación impuesta de presentar los seis (6) Comprobantes de Pago faltantes, necesarios para la presentación del Recurso de Revocatoria.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 DE 30 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 207-2014 de 14 de marzo de 2014, con base en los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el memorial donde presenta recurso de revocatoria, BBVA Previsión AFP S.A. también plantea la Nulidad de la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014 de 14 de marzo de 2014, por aparente alejamiento que hubiera hecho esta Autoridad del Principio de Debido Proceso y por disposiciones contrarias a la norma.

Que del análisis de la impugnación presentada mediante memorial de 02 de mayo de 2014, y antes de cualquier pronunciamiento de esta Autoridad sobre el fondo en controversia, se debe atender previamente al cumplimiento de los requisitos para recurrir los actos de la Administración Pública a través de sus entes.

Que el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece en cuanto a los requisitos del recurso de revocatoria:

> *"I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión*** *del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento". (las negrillas son nuestras)*

Que por lo tanto, de lo transcrito se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i. La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.
ii. Que el Recurso de Revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
iii. Que se acredite el cumplimiento de la sanción.
iv. Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

*Que con relación al **primer elemento** (i) para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del recurso de parte de BBVA Previsión AFP S.A., se asume que el recurrente, ha expresado que se ha visto afectado por la resolución de primera instancia al no haberse valorado las pruebas que dice habría presentado.*

*Que para verificar el cumplimiento del **segundo elemento** (ii) de procedencia, se tomó en cuenta el siguiente análisis:*

- *En fecha 14 de marzo de 2014, se emite la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014.*
- *En fecha 14 de marzo de 2014, se emite Citación APS-EX.D/834/2014 que se recibe en la Regional La Paz de BBVA Previsión AFP S.A., el 21 de marzo de 2014.*
- *En fecha 31 de marzo de 2014, se emite la segunda Citación APS-EX.D/989/2014 que se recibe en la Regional La Paz de BBVA Previsión AFP S.A., el 02 de abril de 2014.*
- *El 09 de abril de 2014, se notifica al representante legal de BBVA Previsión AFP S.A., con la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014 de 14 de marzo de 2014.*
- *El plazo para interponer el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014 vencía el 02 de mayo de 2014 y, ese mismo día BBVA Previsión AFP S.A., presentó el recurso contra la mencionada Resolución.*

*Que por el análisis anterior, se tiene por cumplido correctamente con el **segundo elemento** (ii).*

*Que en relación al **tercer elemento** (iii), la sanción impuesta en la parte resolutiva de la Resolución Administrativa/APS/DPNC/DJ N° 207 - 2014, en cuanto a lo resuelto en el PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO se ha evidenciado que el regulado depositó en la cuenta del Banco Central de Bolivia, el monto de Bs27.440,00 (VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA 00/100 BOLIVIANOS) equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), según transferencia electrónica de la cuenta corriente N° 701-1000811-3-39 M/N de BBVA Previsión AFP. S.A. a la CUENTA TRANSITORIA del Tesoro General de la Nación N° 0865 en fecha **16 de abril de 2014**.*

*Que por el detalle anterior, el **tercer elemento** (iii) ha sido cumplido en plazo y forma, según lo dispuso la Resolución Administrativa/APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014.*

*Que en relación al **cuarto elemento** (iv), en el resuelve CUARTO, se obligaba al regulado a presentar los seis (6) Comprobantes de Pago faltantes en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la Resolución*

Administrativa/APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014 de 14 de marzo de 2014.

Que la notificación con la Resolución Administrativa del caso, se hizo el día 09 de abril de 2014, por lo tanto, el plazo para la presentación de los seis (6) Comprobantes de Pago se cumplió el pasado 09 de mayo de 2014. A la fecha, no hubo presentación de dicha documentación por lo que ***la obligación impuesta no ha sido cumplida****. Por lo tanto, el* ***cuarto elemento*** *(iv) no ha sido cumplido.*

Que asimismo BBVA Previsión AFP S.A., durante el tiempo transcurrido desde la notificación con la Resolución Administrativa/APS/DPNC/DJ N° 207 – 2014, no ha presentado ninguna petición de suspensión del cumplimiento de la obligación, tampoco ha señalado la imposibilidad de obtener los Comprobantes, no se ha referido al tema ni siquiera en el memorial con el cual pretende la interposición del Recurso de Revocatoria contra la antedicha Resolución Administrativa.

Que en virtud a todo lo expuesto y al no haberse cumplido con la obligación impuesta, que supone la presentación de seis (6) Comprobantes de Pago faltantes, el ***cuarto elemento*** *(iv) no se ha cumplido, lo cual es necesario para la presentación del Recurso de Revocatoria que plantea BBVA Previsión AFP S.A.*

Que todos los elementos de procedibilidad, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si se ha pagado la multa, si se ha presentado a tiempo el Recurso de Revocatoria, si se ha expresado sobre un derecho afectado, pero ***no*** *se ha cumplido con todas las obligaciones establecidas por el regulador, en consecuencia el recurso no puede proceder.*

Que habiéndose analizado los requisitos procedimentales que determinan la procedencia del Recurso de Revocatoria y ante la falta de demostración del cumplimiento fiel de la obligación impuesta, este Órgano de Fiscalización no puede abrir su competencia para conocer y resolver los aspectos de fondo, diferentes a los requisitos procedimentales.

Que como referencia conceptual sobre el cumplimiento de la obligación, la Resolución Ministerial Jerárquica N° 012/2011, determinó lo siguiente:

> *"… es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*
>
> ***OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto* ***de inexcusable cumplimiento****; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que* ***impone una acción*** *o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es* ***constreñida hacia*** *otra a dar,* ***hacer*** *o a no hacer alguna cosa (…)" (las negrillas son nuestras)*

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

Que visto todo lo anterior y demostrado el incumplimiento de los requisitos para interponer el Recurso de Revocatoria y ante la imposibilidad de abrir competencia en cuanto al análisis del fondo de lo planteado en memorial de 02 de mayo de 2014, que ha presentado BBVA Previsión AFP S.A. pidiendo además la nulidad de la Resolución Administrativa/APS/DPNC/DJ N° 207-2014 de 14 de marzo de 2014, corresponde emitir Resolución Administrativa que declare la improcedencia del recurso.

CONSIDERANDO:

Que el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, indica:

> *"I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: …*
>
> *d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiera interpuesto fuera del plazo señalado o* ***el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos****." (la negrilla es nuestra)*

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, tiene veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes…"

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 17 de junio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014, expresando lo siguiente:

> "…***II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA.***
>
> *1. La Resolución que declara improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/N° 207/2014 de 14 de marzo de 2014.* (sic)

lesiona los derechos de esta Administradora contraviniendo preceptos constitucionales como del "debido proceso" y de la "seguridad jurídica" además, violenta "los principios generales de la actividad administrativa" establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, principios que por su carácter de orden público la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS está obligada a cumplirlos.

2. *El Artículo 43 del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, en su inciso d) manda y ordena que las resoluciones sobre los recursos administrativos serán declarados improcedentes cuando "el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos".*

3. *En concordancia el Artículo 47 numeral I establece que; "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, **demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".*

4. *Los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo, exponen de manera condicional que, el recurrente **debe demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria** dispuesta por la resolución recurrida.*

5. *De la aplicación de la citada norma en el caso del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/386/2014, se evidencia clara e inequívocamente que dicho recurso se presentó dentro del plazo de ley y que se pagó la sanción económica impuesta en la Resolución Administrativa AP/DPNC/DJ 207/2014, cumpliendo los presupuestos legales establecidos en el artículo citado.*

6. *Mediante Cites PREV-PR-RD 0037/2014 y PREV-PR-RD 0037/2014, enviadas al Banco de Crédito de Bolivia S.A. y a la Cooperativa San Martín de Porres, se solicitó copia legalizada de las boletas de pago del beneficio del BOLIVIDA, las que no fueron atendidas al amparo del Artículo 34 de la Ley de Servicios Financieros, en sentido de que únicamente están obligados a mantener la información en relación a sus operaciones por el lapso de 10 años. Se adjunta documentación citada.*

7. *Mediante Cites PREV-PR-RD-0034-14, PREV-PR-RD-007-14 y PREV-PR-RD-066-14 se informó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que se están realizando gestiones ante las entidades pagadoras para la obtención de la copia de los Comprobantes de Pago del BOLIVIDA, es decir, que la APS tiene información que no existen los citados Comprobantes en los Archivos de esta Administradora.*

8. *Por lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Fiscalización y de Pensiones y Seguros - APS no hizo una valoración objetiva y real del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa que norma los procesos administrativos, ilegalmente contraviniendo el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en especial el principio de "verdad material".*

FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN CONTRA LOS CARGOS SANCIONADOS.

1. *La Resolución Recurrida no ha tomado en cuenta los hechos que, afectan directamente para la aplicación de una sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dentro de los cargos sancionados.*

2. *El Decreto Supremo N° 24469 en su artículo 125 establece que una vez transcurridos diez (10) años desde que se realizó el proceso de almacenamiento, la AFP podrá destruir los documentos mencionados en el artículo 124 previa autorización de la Superintendencia.*

3. *La documentación solicitada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene una antigüedad que supera los tres (13) años de almacenado, y pese a contar con un archivo documentado, la ubicación de los comprobantes solicitados es dificultosa por su antigüedad.*

4. *Si bien es cierto que el ente regulador no autorizó la eliminación de los documentos almacenados por más de diez (10) años, la normativa que regula el Seguro Social Obligatorio consideró que el almacenamiento de documentación debería ser por el lapso de diez (10) años.*

5. *De un total de doscientos cuatro (204) Comprobantes de Pago solicitados, la AFP entrego un total de ciento noventa y ocho (198), es decir, presento* (sic) *el noventa y cinco (95) por ciento de la documentación solicitada.*

6. *Conforme reconoce la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la página 11 de la Resolución Sancionatoria, la AFP realizó gestiones ante las entidades pagadoras para la obtención de los seis (6) Comprobantes de Pago exigidos en el numeral cuarto de la misma, todo ello con la finalidad de cumplir la obligación principal de presentar la documentación requerida.*

7. *Por último, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, niega el Recurso porque no se presentó seis comprobantes del Cargo N° 4, vulnerando los derechos de la AFP, al negar resolver el recurso con referencia a los tres cargos restantes.*

I. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014 de IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA***

AP/DJ/DPC/N° 207/2017 de 30 de mayo de 2014"*, y a la vez revoque* ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N°*** (sic) ***189/2010*** *en aplicación del artículo 43 inciso b) del reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A.*

Otrosí Primero. *Señala domicilio procesal, las oficinas de Atención al Cliente ubicadas en la Av. 6 de agosto esquina calle campos de esta ciudad de La Paz…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 2 de mayo de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 207-2014 de 14 de marzo de 2014, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014, que **declara improcedente** el señalado recurso, toda vez que la Administradora de Fondos de Pensiones, no cumplió con la obligación impuesta de presentar los seis (6) Comprobantes de Pago faltantes, determinados como obligación en la Resolución Administrativa sancionatoria.

En tal sentido, mediante memorial de 17 de junio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014.

Que, el control de legalidad se limita a la determinación de improcedencia dada por la Autoridad recurrida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de 30 de mayo de 2014, hoy impugnada en instancia jerárquica, verificando si la misma ha sido emitido en estricta sujeción legalidad, conforme pasa a analizarse y a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Inicialmente corresponde revisar la normativa pertinente al presente caso de autos, como sigue:

- **Ley Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002**

"Artículo 29°.- (Contenido de los Actos Administrativos) *Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico."*

"Artículo 30°.- (Actos Motivados) *Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:*

a) Resuelvan recursos administrativos; (…)

d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa."

"Artículo 56°.- (Procedencia)

I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa."

- **Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003**

"Artículo 37°.- (Procedencia) *Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI.*

Artículo 38°.- (Forma de Presentación y Requisitos) *Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio."*

"Artículo 43°.- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria)

I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:

a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

b) Revocatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándose sobre el fondo dejen sin efecto la resolución recurrida o, parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, dejan sin efecto parte de la resolución recurrida.

c) Desestimatorias. Cuando el recurrente no haya demostrado vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos, sin cumplir con el Artículo 15° del presente Reglamento.

d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos. II. Corresponderá a la Superintendencia General del SIREFI declarar la improcedencia de los recursos jerárquicos interpuestos ante las Superintendencias Sectoriales, siendo deber de las mismas remitirlos a la Superintendencia General en todos los casos."

2.2. Del Análisis de la Controversia.-

En el marco de las disposiciones legales que hacen al procedimiento administrativo, se debe hacer referencia previamente a los presupuestos facticos de la impugnación en instancia jerárquica y sus fundamentos en derecho, tomando en cuenta los principios que rigen a la administración pública y las garantías constitucionales establecidas por el Estado Plurinacional de Bolivia. En ese sentido, pasamos a citar y analizar los antecedentes relevantes dentro del caso de autos:

2.2.1. De los fundamentos de hecho y derecho que hacen a la Improcedencia del Recurso de Revocatoria.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA, hace referencia a que la Autoridad recurrida contraviene las garantías constitucionales y los principios que rige el procedimiento administrativo, realizando una descripción del cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución que sanciona a ésta, en el marco de la normativa establecida por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, entre los cuales señala la presentación del Recurso de Revocatoria y el cumplimiento de la multa pecuniaria, señalando además que se habrían realizado las gestiones ante las entidades financieras correspondientes para la obtención de los seis (6) comprobantes faltantes y exigibles por el Ente Regulador.

Por otra parte, refiere a los fundamentos de impugnación contra los cargos sancionados, señalando que la Resolución Recurrida, no realizó una sana crítica y valoración razonada de la prueba, indicando que el Decreto Supremo N° 24469 establece que la AFP podrá destruir la documentación a los diez años, claro previa autorización de la Autoridad, y que la documentación solicitada supera los trece años, asimismo, señala que de doscientos cuatro (204) comprobantes requeridos, ciento noventa y ocho (198) presentó a la APS, indicando además que la Autoridad recurrida reconoce que se realizaron las gestiones para obtener los seis (6) comprobantes faltantes.

Por su parte, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fundamenta de no ingresar en el fondo, declarando la improcedencia del Recurso de Revocatoria, amparándose en lo dispuesto por el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, por el cual **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA,** debió cumplir con los siguientes cuatro elementos:

(…)

i. La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

ii. Que el Recurso de Revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.

iii. Que se acredite el cumplimiento de la sanción.

iv. *Que se demuestre el cumplimiento de la obligación*".

Bajo ese contexto, la Autoridad recurrida, estableció que los tres primeros elementos, han sido cumplidos por parte del administrado, sin embargo el cuarto elemento referente al cumplimiento de la obligación (independiente de la sanción) que consistía en la presentación de seis (6) comprobantes dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución que sanciona al recurrente, no fue cumplido, encontrándose dicho plazo vencido en demasía, por lo tanto de acuerdo al criterio adoptado por la Entidad recurrida, el Recurso de Revocatoria no cumplía con el requerimiento normativo administrativo, correspondiendo la determinación de improcedencia.

Al respecto, se debe señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que si bien ha seguido las determinaciones normativas que en un momento estuvieron vigentes, cuando exigían como requisito esencial el cumplimiento de la obligación para acceder a la consideración del Recurso de impugnación presentado, sin embargo olvida el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, quien a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP N° 2170/2013 de 21 de noviembre de 2013, ha determinado:

> *"2° Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD* ***de la última parte*** *del art 47.I del DS 27175,* ***que señala****: "…****demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento", con los efectos previstos en el art. 78.II.4 del CPCo, en mérito a lo previsto por el art. 84 del mismo cuerpo legal."***
> (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Los argumentos que llevaron a este tribunal a dicha determinación son los siguientes:

> "*…En ése mismo sentido, la jurisprudencia constitucional, contenida en la SC 0258/2011-R de 16 de marzo, asumida por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional, a través*

de la SCP 0112/2012 de 27 de abril, sostuvo que: "El modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un verdadero Estado constitucional de Derecho, establecido sobre valores universales y el principio fundamental de legalidad, sin desechar los principios generales de soberanía popular en el ejercicio del poder público y reforzando el principio de respeto y vigencia de los Derechos Humanos; ***pues se establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios y valores; además, se señalan como fines y funciones del Estado, entre otras, el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (art. 9.4 de la CPE),*** *se señalan como deberes de los bolivianos y bolivianas el conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución, y la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución (art. 108 numerales 1, 2 y 3), así como también consagra de manera expresa el principio de legalidad y supremacía constitucional en el art. 410.I de la CPE, señalando que: ´Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución´, añadiendo el segundo parágrafo que: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa…*

…Efectivamente, debe considerarse que nuestro modelo de Estado tiene, además de características propias como la plurinacionalidad, la interculturalidad y la descolonización, elementos que lo inscriben dentro del marco de los Estados constitucionales actuales, en los que se apuesta por constituciones plurales, garantizadas y normativas, con un amplio catálogo de principios, valores, derechos y garantías fundamentales, ***que se encuentran dotadas de garantías específicas de interpretación, que hacen que la parte axiológica y dogmática de la Constitución Política del Estado tenga un peso decisivo no solo en cuanto a su aplicación directa, sino también, porque se constituyen en fundamento y límites de las diferentes funciones del poder público.***

…III.5.El derecho a la impugnación y su vinculación con el derecho a la defensa en la vía administrativa

*La Constitución Política del Estado, en su art. 180.II refiere: "****Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales", y conforme el art. 410 de la Norma Suprema, el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales; así, el Pacto de San José Costa Rica en su art. 8. Inc. h) Toda persona tiene el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, por lo que la impugnación es parte del debido proceso en su elemento la defensa*** *y, por ende, no sólo debe ser aplicado en la vía judicial, sino también en la administrativa, conforme ha quedado señalado en el fundamento precedentemente desarrollado.*

En ese sentido, debe mencionarse a la SCP 0140/2012, que hizo referencia a los recursos de revocatoria y jerárquico como medios de impugnación en la vía administrativa disciplinaria sancionadora que tienen la finalidad de asegurar la eficacia material del derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior y el

derecho a la defensa en la fase impugnativa. Dicha Sentencia tuvo el siguiente razonamiento:

"Desde la concepción del Estado Constitucional de Derecho, la tramitación de los procesos judiciales o administrativos no debe constituirse en simples enunciados formales (justicia formal, como mera constatación de cumplimiento de las formas procesales), sino debe asegurar la plena eficacia material de los derechos fundamentales procesales y sustantivos (justicia material, debido proceso y sus derechos fundamentales constitutivos, así como de los derechos fundamentales sustantivos)…

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) precisando el alcance del 'derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior', estableció, en lo que en el caso interesa, las siguientes afirmaciones, cuyo subrayado es añadido:

1. El derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (párrafo 158).

2. El derecho de recurrir '…busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona' (párrafo 158).

3. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida (párrafo 165)

En el caso de un proceso administrativo disciplinario sancionador, el derecho a la doble instancia o de recurrir ante una instancia superior, permite que la instancia superior, conozca y revise la resolución pronunciada por el tribunal de primera grado. Instancia superior que debe ser diferente a la que emitió la decisión administrativa sancionadora en primera instancia, a efectos de que, la servidora o el servidor público, impugnando o controvirtiendo una decisión sancionatoria, obtengan la revisión de la decisión ante la instancia superior" (las negrillas son nuestras).

Conforme a la jurisprudencia constitucional, en todo proceso administrativo sancionador debe garantizarse el derecho de recurrir, con la finalidad de materializar el derecho a la defensa, permitiendo un examen integral de la decisión que se impugna por una instancia superior, diferente a la que emitió la resolución que se impugna…

…III.6.2. Respecto al art. 47 del Reglamento del SIREFI

…Así, conforme ha quedado desarrollado en Fundamentos precedentes, la potestad sancionadora del Estado ***sólo puede ser legítima si se observa la base axiológica y dogmática de nuestra Norma Suprema, en especial el respeto a los derechos y garantías constitucionales y, en ese sentido, toda sanción administrativa debe ser aplicada previo debido proceso en el que se otorgue a los administrados la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa y, en ese ámbito, pueda ejercer su derecho de impugnación, presentando los recursos existentes en la vía administrativa, materializando, además, de esa manera su derecho de acceso a la justicia.***

Entonces, al regular la norma impugnada el recurso de revocatoria dentro de un procedimiento administrativo sancionador, el mismo debe cumplir con los estándares establecidos por la Constitución Política del Estado, la jurisprudencia constitucional, las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ser válida constitucionalmente.

En ese sentido, cuando se hizo referencia al derecho a recurrir, se dejó establecido que el mismo no sólo se aplica en el ámbito judicial, sino también en la vía administrativa, conforme lo entendió la jurisprudencia constitucional en la SCP 0140/2012, y, en tal sentido, los medios de impugnación previstos en sede administrativa, deben asegurar la eficacia material de los derechos fundamentales procesales y sustantivos, los cuales, conforme lo entendió el citado fallo, no están dirigidos a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino que tiene valor en la medida en que asegure la eficacia material del derecho a recurrir ante un tribunal superior y el derecho a la defensa en la fase impugnativa.

Bajo dichos criterios, si bien el art. 180.I de la CPE, establece que se garantiza el principio impugnación en los procesos judiciales, de ello no debe desprenderse que dicho principio no se aplica en los procesos administrativos, pues se reitera, el derecho a recurrir forma parte del debido proceso que debe ser observado también en la vía administrativa.

En ese ámbito, es evidente que la norma impugnada consagra la posibilidad de impugnar una resolución sancionatoria, a través del recurso de revocatoria; consiguientemente, es cierto que formalmente se reconoce el derecho a recurrir; sin embargo, como ha quedado establecido, los medios de impugnación deben garantizar materialmente el derecho a recurrir y el derecho a la defensa; aspectos que no se cumplen en el caso analizado; pues la norma impugnada condiciona la materialización de dicho derecho a que se cumpla con la obligación o la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Conforme se ha señalado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al derecho de acceso a la justicia, también aplicable al ámbito administrativo, ha establecido que cualquier medida que impida o dificulte a hacer uso de los medios de impugnación, constituye una violación al derecho de acceso a la justicia y, concretamente, respecto a las tasas de justicia y a las multas exigidas por la ley

argentina para acceder a la justicia expresó que las mismas constituyen una obstrucción a dicho derecho al no ser razonables, aún sean proporcionales al monto de la demanda.

Entonces, de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad -de conformidad al entendimiento asumido por la SC110/2010-R- y que, además deben ser observados por los jueces y tribunales de justicia, más aún por el máximo tribunal de justicia constitucional (control de convencionalidad), se llega a la conclusión que la exigencia de cancelar previamente la sanción impuesta para hacer efectivo el derecho a recurrir y el acceso a la justicia, constituyen una violación al dichos derechos y, en consecuencia, al derecho-garantía del debido proceso.

Ahora bien, debe precisarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que el derecho de acceso a la justicia, como todo derecho, no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, bajo la condición que dichas limitaciones guarden correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y en definitiva no supongan la negación misma del derecho…

…Efectivamente, debe considerarse que el condicionamiento al pago de la sanción impuesta para la admisión del recurso en el que precisamente se va cuestionar la validez de dicha sanción se constituye en un obstáculo desproporcionado para el ejercicio de los derechos antes anotados, tomando en cuenta que el cumplimiento de las sanciones administrativas puede ser alcanzado a través de otros medios como por ejemplo la ejecución del acto impugnado previsto en el art. 59.I de la LPA, disposición legal que bajo ninguna circunstancia se constituye en la base o fundamento de la resolución ahora impugnada; pues dicha norma, en ningún momento establece como condición de la interposición de los recursos al cumplimiento de la resolución impugnada, sino simplemente que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo los casos establecidos en el segundo párrafo de dicha norma.

… Por los argumentos expuestos, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento jurídico, por ser contraria derecho-garantía del debido proceso (art. 115.II y 117.I de la CPE) en sus elementos al derecho a la defensa (art. 119 de la Norma Suprema) y el derecho a recurrir (art. 180 de la CPE, 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el derecho de acceso a la justicia (art. 115.I de la Ley Fundamental)y el principio a la igualdad (art. 14 de la CPE)…"
(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, no debemos olvidar que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, dispone en su Artículo 203, que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio.

Que, la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 2170/2013 de 21 de noviembre de 2013, ha sentado el precedente del debido respeto al derecho a la impugnación, al declarar la inconstitucionalidad de la frase del parágrafo I) del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI, que imponía el cumplimiento de la obligación y/o sanción pecuniaria como requisito de procedencia del Recurso de Revocatoria, cual es el caso de autos.

Que, de acuerdo al marco normativo descrito y los efectos que representa los precedentes administrativos constitucionales, que hacen las Sentencias Constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, y más aún cuando se evidencia que dicho requisito ha sido expulsado de la economía jurídica administrativa, por lo cual la obligación del pago de la sanción o multa como requisito previo para considerarse un Recurso de Revocatoria, hoy ya no es aplicable para declarar la improcedencia de un recurso.

Por tanto, es obligación de la Administración Pública, considerar y aplicar el Fallo del Tribunal Constitucional, al estar íntimamente relacionado y ser conducente al caso de autos.

Que, subsumiendo al caso de autos, al evidenciarse la declaración de improcedencia y negándose el derecho a la impugnación, esta instancia jerárquica se encuentra obligada a la Revocatoria de la Resolución Administrativa impugnada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA,** en instancia jerárquica, debiendo en consecuencia la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atender el recurso y pronunciarse sobre todos y cada uno los argumentos presentados.

CONSIDERANDO:

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no ha seguido el procedimiento legalmente establecido en normativa vigente, atentando contra el debido proceso y el derecho a la defensa cual ha determinado el Tribunal Constitucional.

Que, asimismo y no menos importante, este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, ya que el presente Recurso versa sobre la improcedencia resuelta por la Autoridad recurrida y no así sobre aspectos sustanciales que, previamente, deben ser resueltos por el Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º Parágrafo I inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá REVOCAR la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 386-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 207-2014 de fecha 14 de marzo de 2014, debiendo en consecuencia atender el recurso planteado, en estricta observancia al debido proceso, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

TECNOLOGÍA CORPORATIVA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 348/2014 DE 23 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 064/2014 DE 17 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 064/2014

La Paz, 17 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de fecha 23 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de fecha 28 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 058/2014 de 1° de octubre de 2014, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 108/2014 de 3 de octubre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 11 de junio de 2014, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de fecha 23 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de fecha 28 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-91323/2014, con fecha de recepción 16 de junio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y

Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de fecha 23 de mayo de 2014.

Que, mediante providencia de 17 de junio de 2014, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** la acreditación de la personería de su representante legal, solicitud que fue atendida por memorial de fecha 24 de junio de 2014, mediante la presentación del Testimonio de Poder Nº 721/2012 otorgado en fecha 17 de octubre de 2012, por ante la Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 111 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estensoro, del que se evidencia que a la recurrente la representa legalmente su Gerente General, Sr. Javier Marcelo Camacho Miserendino.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de junio de 2014, notificado en fecha 4 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de fecha 23 de mayo de 2014.

Que, en fecha 22 de agosto de 2014 se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** mediante memorial presentado en fecha 4 de agosto de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, notificó a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, con los siguientes cargos:

"…*En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), estableció los siguientes cargos a TECONOLOGÍA COPRORATIVA TCORP* (sic) *S.A.*:

N°	***Posible Incumplimiento***	***Información Observada***	***Disposiciones Legales presuntamente contravenidas***
1		***Estados Financieros Trimestrales:*** *(físicos y electrónicos) al 30/09/2012.*	*Artículos 68 y 75 inciso a) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 103 inciso b) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005 e inciso D) Título I del Plan Único de Cuentas para Emisores aprobado mediante RA N° 255 de 19 de marzo de 2002.*
2		***Estados Financieros Trimestrales:*** *(físicos y electrónicos) al 31/12/2012.*	*Artículos 68 y 75 inciso a) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 103 inciso b) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de*

			2005 e inciso D) Título I del Plan Único de Cuentas para Emisores aprobado mediante RA N° 255 de 19 de marzo de 2002.
3	***Retraso en el envío de información***	***Estados Financieros Trimestrales:*** *(físicos y electrónicos) al 31/03/2013.*	*Artículos 68 y 75 inciso a) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 103 inciso b) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005 e inciso D) Título I del Plan Único de Cuentas para Emisores aprobado mediante RA N° 255 de 19 de marzo de 2002.*
4		***Hecho Relevante:*** *comunican determinaciones de la Junta General Ordinaria de Accionistas de 16/03/2013.*	*Artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y numeral 6 inciso a) artículos 106 y 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
5		***Hecho Relevante:*** *comunican determinaciones de la Junta General Ordinaria de Accionistas de 16/03/2013.*	*Artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y numeral 6 inciso a) artículos 106 y 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
6		***Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas:*** *celebrada el 16/03/2013*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso c) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
7		***Acta de la Junta General Ordinaria de Accionistas:*** *celebrada el 16/03/2013*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso c) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
8	***Retraso en el envío de información***	***Testimonio de Incremento de Capital N° 1084/2013:*** *de 12/07/2013 inscrito en Fundempresa el 5/08/2013.*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
9		***Apropiación Contable del Incremento de Capital:*** *según Testimonio N° 1084/2013*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
10		***Apropiación Contable del Incremento de Capital:*** *según Testimonio N° 946/2011*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
11		***Estados Financieros Auditados:*** *por la gestión 2012.*	*Artículos 68 y 75 inciso b) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 103 inciso d) del Reglamento del RMV,*

			aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.
12	***No envío de Información***	***Tarjeta de Registro:*** *actualizada al 31/12/2012, que debió ser presentada hasta el 21/01/2013*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 103 inciso i) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
13		***Incremento de Capital:*** *Testimonio N° 946/2011 de 24/11/2011.*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*

Cabe señalar que al tratarse de presuntos incumplimientos anteriores a la aprobación de la Recopilación de Normas para el Mercado de Valores (RNMV), efectuada mediante Resolución ASFI N° 863/2013 de 31 de diciembre de 2013, se cita la normativa con el orden y denominación vigente al momento de la observación…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota N° 0020/2014 de fecha 13 de marzo de 2014, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** presenta sus descargos contra la nota ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, señalando al efecto lo siguiente:

"*…en mi calidad de representante legal de Tecnología Corporativa S.A. - TCORP S.A., tengo a bien presentar los descargos correspondientes a los cargos impuestos por la ASFI en la mencionada nota.*

Respecto al cargo No. 1, relativo al retraso en el envío de información por el trimestre con cierre a (sic) *30/09/2012, es necesario señalar que se envió la información en forma electrónica en fecha 30/04/2013, por lo que aceptamos el incumplimiento del que habla la ASFI.*

Respecto al cargo No. 2, relativo al retraso en el envío de información por el trimestre con cierre a (sic) *31/12/2012, s* (sic) *es necesario señalar que se envió la información en forma electrónica en fecha 30/01/2013, en la cual tenemos respuesta por parte de la ASFI, que el Tipo de Cambio del saldo anterior no era el correcto (adjunto correo electrónico: ivifemrec@asfi.com.bo), solamente que dado que la información es relativa al trimestre con cierre al 31/12/2012 (por tanto, con plazo hasta el 31 de enero de 2013) el envío de la información electrónica se realizó en fecha 30/01/2013, tal como se puede evidenciar del mensaje de correo electrónico enviado por Shelley Espenhain De la Fuente a la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI (correo electrónico: ivifemrec@asfi.com.bo).*

Respecto al cargo No. 3, relativo al retraso en el envío de información por el trimestre con cierre a (sic) *31/03/2013, en fecha 30 de abril de 2013 se envío* (sic) *un mensaje de correo electrónico por Shelley Espenhain De la Fuente a la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI (correo electrónico: ivifemrec@asfi.com.bo y otros correos de* (sic) *personal de la institución), y se responde que existe un error en el tipo de cambio y que los datos al mes de diciembre de 2012 no estaban validados. Ello, sin embargo, impidió el envío de la información no por culpa de TCORP S.A., sino a causa de un impedimento*

del sistema. La norma habla de la obligatoriedad de realizar el envio (sic) *de la información financiera de manera trimestral, sin considerar los errores en los cuales eventualmente se pueda incurrir, pues este extremo no se encuentra en la previsión de* (sic) *artículo 103, inc. b) de la R.A. 756, Reglamento del RMV, hecho que fue impedido por el sistema adoptado por la ASFI. En consecuencia, al existir ausencia de culpa, la acción no puede ser sancionable con multa.*

En el caso de los cargos 4, 5, 6 y 7 se hace referencia a un envío extemporáneo de las actas de las Juntas ordinaria y extraordinaria de accionistas realizada el 16 de marzo de 2013 y las determinaciones asumidas en estas juntas. Las disposiciones sobre las que se basan los cargos 4 y 5 (sobre hechos relevantes no comunicados) mantienen una identidad de causa respecto de los cargos 6 y 7 (sobre remisión de copias de las actas de la Junta General ordinaria y extraordinaria realizadas en fecha 16 de marzo de 2013). En consecuencia, existe una doble sanción sobre un mismo hecho, aunque se trate del mismo tema en dos disposiciones diferentes (art. 4, inc. c) y art. 106, inc. a) del Reglamento del RMV, aprobado mediante R.A. 756 de 16 de septiembre de 2005). Se debe tener en cuenta en uno de los artículos se dice que se tiene la obligación de informar sobre "Convocatorias a Juntas de Accionistas y decisiones adoptadas" (art. 106, inc. a)(sic)*, mientras que en el otro caso se habla de la obligatoriedad de remitir copias legalizadas de las actas de reuniones ordinarias y extraordinarias, pero ello no implica que se tenga dos obligaciones distintas, sino que es la misma obligación que se* (sic) *reiterada en dos disposiciones, pues el objetivo es dar a conocer las determinaciones asumidas en la Junta de accionistas mediante la remisión de las actas correspondientes.*

Respecto a los otros casos no se cuenta con los descargos necesarios para desvirtuar los cargos impuestos por la ASFI.

Se adjunta a continuación la siguiente documentación foliada haciendo un total de 94 hojas:

- *Copia del correo electrónico del envío en* (sic) *magnético de los Estados Financieros al 30/09/2012.*
- *Balance General, Estado de Pérdidas y Ganancias, Estado de Evolución del Patrimonio Neto, Estado de Flujo de Efectivo, Notas a los Estados Financieros al 30/09/2012.*
- *Copia del correo electrónico del envío en* (sic) *magnético de los Estados Financieros al 31/12/2012.*
- *Balance General, Estados de Pérdidas y Ganancias, Estado de Evolución del Patrimonio Neto, Estado de Flujo de Efectivo, Evolución al Patrimonio Neto al 3/12/2012.*
- *Copia del correo electrónico del envío en* (sic) *magnético de los Estados Financieros al 31/03/2013.*
- *Balance General, Estados de Pérdidas y Ganancias, Estado de Evolución del Patrimonio Neto, Estado de Flujo de Efectivo, Evolución al Patrimonio Neto al 31/03/2013.*
- *Copia del Informe de los Estados Financieros Auditados Gestión 2012.*
- *Tarjeta de Registro Actualizada Gestión 2012.*

- *Copia de Comprobante Contable (Traspaso 111000734) y copia del Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas Gestión 2011.*
- *Copia de Comprobante Contable (Traspaso 130800826), Certificado original de Fundempresa Registro de Comercio y Copia legalizada del Acta de Junta Extraordinaria de Accionistas 16/03/2013…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 173/2014 DE 28 DE MARZO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expone los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por dicha norma legal y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del Mercado y que dicha información deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 69 de la citada Ley señala que las entidades registradas deben divulgar en forma veraz, completa, suficiente y oportuna todo hecho o información respecto de sí mismas, que pudieran afectar positiva o negativamente su posición jurídica, económica o su posición financiera o la de sus Valores en el Mercado, cuando estos se encuentren inscritos en el registro.

Que, los incisos a) y b) del artículo 75 de la Ley del Mercado de Valores, establecen que los emisores tienen la obligación de entregar oportunamente sus estados e indicadores financieros, con un (sic) *periodicidad trimestral, asimismo su memoria anual y los estados financieros con el correspondiente dictamen de auditoría y la información mínima que de modo general establezca* (sic) *ASFI.*

Que, el inciso b) del artículo 103 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, señala la obligación de presentar los estados financieros, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de cierre del respectivo mes.

Que, el inciso d) del artículo 103 del citado Reglamento, establece que todas las personas jurídicas, autorizadas e inscritas en el RMV, deben presentar en forma anual y dentro de los ciento veinte (120) días calendario computables a partir de la fecha de cierre del respectivo ejercicio, los estados financieros con el correspondiente informe completo de auditoría externa y la información mínima que establezcan las normas legales vigentes, debiendo estar auditados por empresas de auditoría externa inscritas en el Registro del Mercado de Valores.

Que, el inciso i) del artículo 103 del mismo Reglamento, establece la obligación de presentar anualmente la Tarjeta de Registro actualizada al cierre del ejercicio junto con el pago de las Tasas de Regulación en los formatos y medios establecidos por ASFI.

Que, el inciso c) del artículo 104 del Reglamento del RMV, establece que todas las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV deberán hacer llegar copias legalizadas de las Actas de Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas u órganos equivalentes, dentro de los diez (10) días siguientes de realizadas las mismas.

Que, el inciso d) del artículo 104 del mencionado Reglamento señala que los emisores que tengan registradas sus acciones, cuando efectúen incrementos o disminuciones de capital, sin perjuicio de la comunicación del Hecho Relevante, deberán remitir a (sic) *ASFI, en original o copia legalizada, el Testimonio de Modificación de Capital debidamente inscrito en el Registro de Comercio dentro de los cinco (5) días posteriores a su inscripción en dicho Registro. Por otra parte, deberán informar respecto a la apropiación contable de los incrementos o disminuciones de capital, dentro de las 24 horas de efectuada la misma.*

Que, el numeral 6, inciso a) del artículo 106 del citado Reglamento, establece como Hechos Relevantes las Convocatorias a Juntas de Accionistas y decisiones adoptadas.

Que, el artículo 107 de la misma norma, señala que las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV deben comunicar a la Intendencia de Valores, actual ASFI, toda información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de conocido el mismo.

Que, el Plan Único de Cuentas para Emisores inscritos en el Registro del Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 255 de 19 de marzo de 2002, establece en su inciso D, Título I que la presentación de los Estados Financieros se efectuará en forma electrónica, a través del "Módulo de Envío de Información", establecido en el Manual de Envío de Información Financiera a través de medios electrónicos, con frecuencia trimestral.

***CONSIDERANDO**:*

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

> *Numeral 1) Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*
>
> *Numeral 2) Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.*
>
> *Numeral 17) Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.*

Que, el inciso a) del artículo 108 de la referida Ley, modificado por Sentencia Constitucional N° 0042/2004 de 22 de abril de 2004 dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Autoridad de Supervisión aplicará a los

infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa que serán aplicadas mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad rigen la atribución sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

Que, el parágrafo I inciso a) del artículo 12 del mencionado Reglamento, determina que ASFI está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, la sanción de amonestación que será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sea susceptibles de enmienda y regularización.

Que, el artículo 21 del citado Reglamento, prevé que las infracciones respecto a las obligaciones de información, a las que se encuentren sujetas las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, se sancionarán conforme a lo previsto en el Capítulo II del mismo Reglamento. No obstante lo anterior, la Superintendencia, actual ASFI, podrá aplicar a las infracciones del citado Capítulo, las sanciones previstas por el artículo 12 siempre que, como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto, se establezca que las mismas ameritan la aplicación de dichas sanciones. Finalmente, establece que las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones.

Que, el artículo 22 del mencionado Reglamento, determina que los emisores y demás participantes del Mercado de Valores, que se encuentren autorizados e inscritos en el Registro del Mercado de Valores, deben cumplir en forma oportuna con el envío de la información a la que resulten obligados y que el retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación se sancionará con una multa según los siguientes casos:

1. *De uno (1) a quince (15) días con el equivalente en Bolivianos a $us.50.- por día de retraso.*
2. *Sin perjuicio de la aplicación por el inciso anterior, el retraso de la presentación de información a partir del décimo sexto (16) hasta el trigésimo (30) día de retraso se sancionará con el equivalente en Bolivianos a $us.100.- por día de retraso.*
3. *Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por los incisos anteriores, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impondrá una multa equivalente en Bolivianos a $us.200.- por día de retraso.*

***CONSIDERANDO**:*

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-40830/2014 de 18 de marzo de 2014 e Informe Legal ASFI/DSV/R-42846/2014 de 21 de marzo de 2014, se efectuó la verificación

y el análisis respectivo de los descargos presentados por ***TECNOLOGÍA CORPORATIVA TCORP S.A.,*** *de acuerdo a lo expuesto a continuación:*

- ***Primer y Segundo Cargo.-*** *Con relación al retraso en el envío de los* ***Estados Financieros Trimestrales*** *(físicos y electrónicos), al 30 de septiembre de 2012 y al 31 de diciembre de 2012, la Sociedad manifiesta en sus descargos, textualmente lo siguiente: "Respecto al cargo N° 1, relativo al retraso en el envío de información por el trimestre con cierra* (sic) *a 30/09/2012, es necesario señalar que se envió la información en forma electrónica en fecha 30/04/2013, por lo que aceptamos el incumplimiento del que habla la ASFI.---*(sic) *Respecto al cargo N° 2, relativo al retraso en el envío de información por el trimestre con cierre a* (sic) *31/12/2012, s* (sic) *es necesario señalar que se envió la información en forma electrónica en fecha 30/1/2013* (sic)*, en la cual tenemos respuesta por parte de la ASFI, que el Tipo de Cambio del saldo anterior no era el correcto (adjunto correo electrónico: ivifemrec@asfi.com.bo), solamente que dado que la información es relativa al trimestre con cierre al 31/12/2012 (por tanto, con plazo hasta el 31 de enero de 2013) el envío de la información electrónica se realizó en fecha 30/01/2013, tal como se puede evidenciar del mensaje de correo electrónico enviado por Shelley Espenhain De la Fuente a la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI (correo electrónico: ivifemrec@asfi.com.bo)".*

  Respecto al cargo N° 1, la Sociedad en sus descargos admite el incumplimiento. En cuanto a los descargos presentados para el cargo N° 2, cabe establecer que si bien la documentación de respaldo remitida por la Sociedad confirma el envío de los Estados Financieros el 30 de enero de 2013, éstos fueron objeto de observación el 31 de enero de 2013, señalando que ***"el tipo de cambio en saldo anterior no es correcto****". Finalmente, y de acuerdo al Reporte de Sistemas, se estableció como fecha del envío electrónico, el 6 de junio de 2013.*

  Revisados los archivos del RMV, se puede evidenciar que la Sociedad remitió los documentos físicos observados mediante cartas TCORP-GG N°0065/2013 y TCORP-CONTB 064/2013, ambas con fecha de recepción del 2 de octubre de 2013, cuando el plazo límite para su presentación vencía el 30 de octubre de 2012 y el 30 de enero de 2013, respectivamente, conforme dispone el inciso a) del artículo 75 de la Ley del Mercado de Valores y el inciso b) del artículo 103 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, que establece la obligación de presentar los estados financieros dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de cierre del respectivo trimestre.

  Asimismo, remitió sus Estados Financieros Trimestrales en formato electrónico el 30 de abril de 2013 y el 6 de junio de 2013, respectivamente cuando el plazo para su presentación vencía el 30 de octubre de 2012 y el 30 de enero de 2013, habiendo incumplido el inciso D) Estados Financieros, Título I de la Resolución Administrativa N° 255, que señala la obligación de presentar los estados financieros en forma electrónica, a través del Módulo de Envío de Información Financiera con frecuencia trimestral, por lo que se ***ratifican*** *los incumplimientos notificados y se establecen más de treinta y seis (36) días hábiles administrativos de retraso en cada uno de ellos.*

En consecuencia, por los cargos N° 1 y 2, la Sociedad es pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impone una multa en Bolivianos equivalente a $us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a ***$us.3.450.- (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en cada uno de los cargos, lo que hace un total de* ***$us.6.900.- (SEIS MIL NOVECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Tercer Cargo.-*** *En cuanto al retraso en el envío de los* ***Estados Financieros Trimestrales*** *(físicos y electrónicos) al 31 de marzo de 2013, la Sociedad señala: "Respecto al cargo N° 3, relativo al retraso en el envío de información por el trimestre con cierre al 31/03/2013 se envió un mensaje de correo electrónico por Shellyey Espenhain De la Fuente a la Dirección de Supervisión de Valores de la ASFI (correo electrónico: ivifenrec@asfi.com.bo y otros correos de* (sic) *personal de la institución), y se responde que existe un error en el tipo de cambio y que los datos al mes de diciembre no estaban validados. Ello, sin embargo, impidió el envío de la información no por culpa de TCORP S.A., sino a causa de un impedimento del sistema. La norma habla de la obligatoriedad de realizar el envío de la información financiera de manera trimestral, sin considerar los errores en los cuales eventualmente se puede incurrir, pues este extremo no se encuentra en la previsión de* (sic) *artículo 103, inc. b) de la R.A. 756 Reglamento del RMV, hecho que fue impedido por el sistema adoptado por la ASFI. En consecuencia, al existir ausencia de culpa, la acción no puede ser sancionable con multa."*

  Cursan en archivos del RMV las cartas TCORP-GG N°0065/2013 y TCORP-CONTB 064/2013, ambas recibidas el 2 de octubre de 2013, mediante las cuales la Sociedad remitió con retraso los Estados Financieros Trimestrales al 31 de marzo de 2013, en forma física.

  Respecto a lo señalado en los descargos sobre sus Estados Financieros Trimestrales en formato electrónico, cabe aclarar que se evidenció que la Sociedad efectuó un primer envío el 30 de abril de 2013, sin embargo éstos no fueron validados por contener información errónea y si bien es cierto que ni el inciso b) del artículo 103 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores ni el inciso D, Título I del Manual de Envío de Información Financiera señalan que la presentación de los Estados Financieros "debe contener información correcta", el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, establece claramente que la información que por disposición de la Ley y sus reglamentos deba ser presentada a (sic) *ASFI, debe ser veraz, suficiente y oportuna, esto quiere decir que dicha información debe encontrarse libre de errores e inconsistencias.*

Por lo expuesto, se evidencia en el Reporte de Sistemas que los Estados Financieros Trimestrales de la Sociedad en formato electrónico al 31 de marzo de 2013, fueron remitidos también con retraso el 6 de junio de 2013, siendo que los documentos observados tanto en forma física como electrónica tenían como plazo de presentación el 30 de abril de 2013.

En consecuencia se ***ratifica*** *el cargo imputado y considerando que la información estuvo al alcance de este Órgano de Supervisión a partir del 6 de junio de 2013, se establecen veinticinco (25) días hábiles administrativos de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us.1.750.- (UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Cuarto y Quinto Cargo.-*** *Con relación al retraso en la comunicación de los* ***Hechos Relevantes*** *sobre determinaciones de las Juntas Generales Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas ambas celebradas el 16 de marzo de 2013, la Sociedad manifiesta lo siguiente: "En el caso de los cargos 4, 5, 6 y 7 se hace referencia a un envío extemporáneo de las actas de las Juntas ordinaria y extraordinaria de accionistas realizada el 16 de marzo de 2013 y las determinaciones asumida* (sic) *en estas juntas. Las disposiciones sobre las que se basan los cargos 4 y 5 (sobre hechos relevante* (sic) *no comunicados) mantienen una identidad de causa respecto de los cargos 6 y 7 (sobre remisión de copias de las actas de la Junta General ordinaria y extraordinaria realizadas en fecha 16 de marzo de 2013). En consecuencia existe una doble sanción sobre un mismo hecho, aunque se trata del mismo tema en dos disposiciones diferentes (art. 4 inc. c) y art. 106 inc. a) del Reglamento del RMV aprobado mediante R.A. 756 de 16 de septiembre de 2005). Se debe tener en cuentas* (sic) *en uno de los artículos se dice que se tiene la obligación de informar sobre "Convocatorias a Juntas de Accionistas y decisiones adoptadas" (art. 106 inc. a)* (sic), *mientras que en el otro se habla de la obligatoriedad de remitir copias legalizadas de las actas de reuniones ordinarias y extraordinarias, pero ello no implica que se tenga dos obligaciones distintas, sino que es la misma obligación que se* (sic) *reiterada en dos disposiciones, pues el objetivo es dar a conocer las determinaciones asumidas en la Junta de accionistas mediante la remisión de las actas correspondientes…"*

  En consideración a lo expresado por la Sociedad como argumento de descargo, planteando que el Hecho Relevante en el que se comunican determinaciones de las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas de 16 de marzo de 2013 y la remisión de Actas de las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas, mantienen una identidad de causa y que en consecuencia existe una doble sanción sobre un mismo hecho ya que no se trata de dos obligaciones distintas, cabe establecer que la norma si señala como obligaciones distintas el numeral 6, inciso a) del Artículo del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, que

considera como Hecho Relevante, las convocatorias a Juntas de Accionistas y decisiones adoptadas. Asimismo, el primer párrafo del artículo 107, establece que las personas jurídicas deberán comunicar a ASFI, toda información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de conocido el mismo. Los Hechos Relevantes son todo acontecimiento que por su importancia debe ser comunicado a esta Autoridad de Supervisión.

Por otro lado, el inciso c) del artículo 104 del mismo Reglamento del RMV, establece que las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV tienen la obligación de hacer llegar a ASFI las Actas de las Juntas de Accionistas u órganos equivalentes "dentro de los diez (10) días siguientes de realizadas las mismas", en ese sentido la Sociedad no puede pretender que un Hecho Relevante que por su importancia debe ser difundido oportunamente ya que versaba sobre información aprobada en dicha Junta y que incidía en aspectos importantes para conocimiento de los inversionistas participantes del Mercado de Valores a cuya comunicación está obligado todo emisor al día siguiente de conocido éste, y la remisión de Actas de las Juntas para las cuales se aplica otro plazo, sean una misma infracción y que por lo tanto constituya doble sanción, por lo que no se puede considerar válido este descargo.

Al respecto, en archivos del RMV cursa la carta TCORP-GG N° 0043/2013, recepcionada por ASFI el 3 de julio de 2013, mediante la cual la Sociedad comunicó los Hechos Relevantes mencionados precedentemente, cuando el plazo límite para su presentación vencía el 18 de marzo de 2013.

*En consecuencia se **ratifican** los incumplimientos notificados y se establecen más de treinta y seis (36) días hábiles administrativos de retraso en los cargos N° 4 y 5, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso y sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impone una multa en Bolivianos equivalente a $us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a **$us.3.450.- (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en cada uno de los cargos, lo que hace un total de **$us.6.900.- (SEIS MIL NOVECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),** en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Sexto y Séptimo Cargo.-** Respecto al retraso en el envío de las **Actas de las Juntas General Extraordinaria y Ordinaria de Accionistas** celebradas el 16 de marzo de 2013, la Sociedad presenta como descargos los mismos argumentos transcritos en los cargos N° 4 y 5.*

  Al respecto, como ya se señaló anteriormente, el inciso c) del artículo 104 del Reglamento del RMV, establece que las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV tienen la obligación de hacer llegar a (sic) *ASFI las Actas de las Juntas de*

Accionistas u órganos equivalentes "dentro de los diez (10) días siguientes de realizadas las mismas", en ese sentido no corresponde confundir esta obligación con la obligación (sic) *de comunicar Hechos Relevantes, ya que la norma señala expresamente plazos distintos para ambas disposiciones, por lo tanto no se trata de una misma infracción a la citada en los cargos N° 4 y 5, no correspondiendo considerar válido este descargo.*

Cursa en archivos del RMV, la carta TCORP-GG N° 0043/2013, recepcionada por (sic) *ASFI el 3 de julio de 2013, mediante la cual la Sociedad remitió copias legalizadas de las Actas observadas cuando el plazo límite de presentación conforme establece el inciso c) del artículo 104 del Registro del Mercado de Valores, que dispone su presentación a* (sic) *ASFI dentro de los diez (10) días calendario siguientes de realizadas las mismas, vencía el 1 de abril de 2013.*

En consecuencia se ***ratifican*** *los incumplimientos notificados y se establecen más de treinta y seis (36) días hábiles administrativos de retraso en cada uno de los cargos, siendo la Sociedad pasible a sanción de* (sic) *multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso y sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impone una multa en Bolivianos equivalente a $us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us.3.450.- (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en cada uno de los cargos, lo que hace un total de* ***$us.6.900.- (SEIS MIL NOVECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Octavo Cargo.-*** *En cuanto al retraso en el envío del* ***Testimonio de Incremento de Capital N° 1084/2013,*** *de 17 de julio de 2013, inscrito en Fundempresa el 5 de agosto de 2013, la sociedad manifiesta que no cuenta con los descargos necesarios para desvirtuar los cargos impuestos por* (sic) *ASFI.*

  Cursa en archivos del RMV, la carta TCORP-CONTAB.063/2013 de 27 de agosto de 2013, recepcionada por (sic) *ASFI el 28 de agosto de 2013, mediante la cual la Sociedad remitió el documento observado.*

  Al respecto, el inciso d) del artículo 104 del Reglamento de Registro del Mercado de Valores, establece que los emisores que tengan registradas sus acciones cuando efectúen incrementos o disminuciones de capital, sin perjuicio de la comunicación del Hecho Relevante, deberán remitir a (sic) *ASFI, en original o copia legalizada, el Testimonio de Modificación del Capital debidamente inscrito en el Registro de Comercio dentro de los cinco (5) días posteriores a su inscripción en dicho Registro, en ese entendido y considerando que su inscripción en Fundempresa se realizó el 5 de agosto de 2013, el Testimonio observado debió ser remitido a* (sic) *ASFI como plazo máximo hasta el 13 de agosto de 2013.*

En consecuencia se ratifica el cargo imputado y se establecen once (11) días hábiles administrativos de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa en Bolivianos equivalente a $us. 50.- CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando un total en Bolivianos equivalente a ***$us. 550.- QUINIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)*** *en cumplimiento a lo establecido al numeral 1 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Noveno y Décimo Cargo.-*** *En cuanto al retraso en el envío de las* ***Apropiaciones Contables por el Incremento de Capital,*** *según Testimonios N° 1084/2013 y 946/2011, la sociedad manifiesta que no cuenta con los descargos necesarios para desvirtuar los cargos impuestos por ASFI.*

  Revisados los archivos del RMV, se verificó que el 2 de octubre de 2013, la Sociedad mediante cartas TCORP-GG N°0065/2013 y TCORP-CONTB 064/2013, remitió la constancia de la apropiación contable por el incremento de capital según Testimonio 1084/2013, realizado el 31 de agosto de 2013, asimismo en la misma fecha remitió el Testimonio N° 946/2011 de incremento de capital realizado el 24 de octubre de 2011.

  Cabe señalar que el inciso d), artículo 104 del Reglamento del RMV, establece que los Emisores deberán informar respecto a la apropiación contable de los incrementos o disminuciones de capital, dentro de las 24 horas de efectuada la misma.

  En este entendido, TCORP S.A. debió informar a (sic) *ASFI respecto a la apropiación contable realizada por el incremento de capital según Testimonio 1084/2013, hasta el 2 de septiembre de 2013, considerando que el registro contable se realizó el 31 de agosto de 2013, por otro lado, la Apropiación Contable por Incremento de Capital de acuerdo al Testimonio N° 946/2011, se debió informar hasta el 25 de octubre de 2011, tomando en cuenta que el registro contable se efectuó el 24 de octubre de 2011.*

  En consecuencia se ***ratifican*** *los incumplimientos notificados y se establecen veintidós (22) días hábiles administrativos de retraso en el cargo N° 9, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us.1.450.- (UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

  Asimismo, por el cargo N° 10 se establecen más de treinta y seis (36) días hábiles administrativos de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso y sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se

impone una multa en Bolivianos equivalente a $us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a ***$us.3.450.- (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Décimo Primer Cargo.-*** *Respecto a la no presentación de sus* ***Estados Financieros Auditados*** *por la gestión 2012, la sociedad manifiesta que no cuenta con los descargos necesarios para desvirtuar los cargos impuestos por ASFI.*

  Pese a lo señalado por la Sociedad, se observa que ésta remitió en sus descargos los Estados Financieros Auditados por la gestión 2012 en copia simple, cuando la Carta Circular/ASFI/DSV/2612/2010 de 11 de agosto de 2010, en el marco de lo establecido en el inciso d) del artículo 103 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, señala que los Estados Financieros deben ser presentados en original o copia legalizada, por lo que no corresponde su validación.

  Asimismo el inciso d) del artículo 103 del citado Reglamento del RMV, dispone la obligación de presentar en forma anual y dentro de los ciento veinte (120) días calendario computables a partir de la fecha de cierre del respectivo ejercicio, los estados financieros con el correspondiente informe completo de auditoría externa y la información mínima que establezcan las normas legales vigentes, debiendo estar auditados por empresas de auditoría externa inscritas en el Registro del Mercado de Valores, en ese entendido la observada documentación debió ser presentada hasta el 30 de abril de 2013, sin embargo hasta la fecha no fueron remitidos a este Órgano de Supervisión en original o copia legalizada como señala la norma.

  En consecuencia se ***ratifica*** *el cargo imputado y se establecen más de treinta y seis (36) días hábiles administrativos de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso y sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impone una multa en Bolivianos equivalente a $us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us.3.450.- (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)****, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

  Conforme señala expresamente el último párrafo del artículo 22 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones, la sanción impuesta no libera a la entidad de la obligación de remitir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la información observada.

- ***Décimo Segundo Cargo.-*** *Con relación a la no presentación de la* ***Tarjeta de Registro*** *actualizada al 31 de diciembre de 2012, que debió ser presentada hasta el 21 de*

enero de 2013, la sociedad manifiesta que no cuenta con los descargos necesarios para desvirtuar los cargos impuestos por ASFI.

Pese a lo señalado por la Sociedad de que no cuenta con descargos que desvirtúen esta infracción, cabe hacer notar que la Tarjeta de Registro actualizada al 31 de diciembre de 2012, fue presentada junto a la documentación de descargo, motivo por el que se levanta el cargo por no presentación de la Tarjeta de Registro actualizada al cierre del ejercicio 2012 y se establece retraso en el envío de información.

En cumplimiento al inciso i) del artículo 103 del Reglamento del RMV que dispone la obligación de presentar la Tarjeta de Registro actualizada al cierre del ejercicio junto con el pago de las Tasas de Regulación en los formatos y medios establecidos por (sic) *ASFI dentro de los ciento ochenta (180) días posteriores al cierre del ejercicio, la Sociedad debió presentar el documento observado hasta el 21 de enero de 2013, por lo que se* ***ratifica*** *el cargo imputado.*

Sin embargo, a objeto de determinar la sanción aplicable se debe tomar en cuenta que esta falta fue susceptible de regularización y enmienda y no ha generado perjuicio económico ni perjudicado la labor de control que realiza este Órgano de Supervisión, por lo que corresponde aplicar la sanción de ***amonestación,*** *en sujeción a lo previsto por el parágrafo I inciso a) del artículo 12 y el artículo 21 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

- ***Décimo Tercer Cargo.-*** *Respecto al no envío del* ***Incremento de Capital*** *de acuerdo al Testimonio N° 946/2011 de 24 de noviembre de 2011, la sociedad manifiesta que no cuenta con los descargos necesarios para desvirtuar los cargos impuestos por ASFI.*

  Pese a lo señalado por la Sociedad, se observa que el Testimonio No. 946/2011 de Incremento de Capital Social fue presentado en copia simple en sus descargos, sin embargo, el inciso d) del artículo 104 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores señala la obligación que tienen los emisores cuando efectúen incrementos o disminuciones de capital, sin perjuicio de la comunicación del Hecho Relevante, de remitir a (sic) *ASFI en* <u>*original o copia legalizada*</u> *el Testimonio de Modificación del Capital debidamente inscrito en el Registro de comercio dentro de los cinco (5) días posteriores a su inscripción, norma que incumplió la Sociedad.*

  En consecuencia se ***ratifica*** *el incumplimiento imputado y se establecen más de treinta y seis (36) días hábiles administrativos de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a $us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a $us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso y sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impone una multa en Bolivianos equivalente a $us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a* ***$us.3.450.- (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100***

DÓLARES AMERICANOS)*, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.*

Conforme señala expresamente el último párrafo del artículo 22 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones, la sanción impuesta no libera a la entidad de la obligación de remitir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la información observada.

Que, de acuerdo al análisis efectuado debe considerarse que las infracciones ratificadas se ajustan a los siguientes parámetros: los hechos imputados se encuentran plenamente probados, los mismos se encuentran calificados como infracciones en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, por lo que en cumplimiento del artículo 21 del citado Reglamento de Sanciones, las infracciones por retraso y por incumplimiento en el envío de información deben ser sancionadas en sujeción al Capítulo II sobre "Infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información". No obstante lo anterior, la Superintendencia, actual ASFI, podrá aplicar a las infracciones del citado Capítulo, las sanciones previstas por el artículo 12 siempre que, como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto, se establezca que las mismas ameritan la aplicación de dichas sanciones. Finalmente, establece que las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones.

Que, el Capítulo II del citado Reglamento, en su artículo 22, prevé que el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, debe ser sancionado con multa en relación al cómputo de días de demora, que de acuerdo al análisis efectuado precedentemente, por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13, suma una multa total en Bolivianos equivalente a ***$us.34.800.- (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS).***

Que, al haberse ratificado el cargo N° 12 por retraso en el envío de la Tarjeta de Registro actualizada al 21 de enero de 2013, corresponde aplicar la sanción de ***amonestación,*** *en sujeción a lo previsto por el parágrafo I, inciso a) del artículo 12 y el artículo 21 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…"*

Con base en tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de fecha 28 de marzo de 2014 resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a* ***TECNOLOGÍA CORPORATIVA TCORP S.A.*** *con* (sic) ***multa*** *equivalente en Bolivianos a* ***$us.34.800.- (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 13 sobre incumplimientos a los artículos 68 y 69, incisos a) y b) del artículo 75 de la Ley del Mercado de Valores, a los incisos b) y d) del artículo 103, a los incisos c) y d) del artículo 104, al numeral 6, inciso a) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y al inciso D) Título I del Plan Único de Cuentas.*

La sanción impuesta no libera a la entidad de la obligación de remitir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la información no presentada relativa a sus Estados Financieros Auditados por la gestión 2012 y el Incremento de Capital conforme a Testimonio N° 946/2011.

SEGUNDO.- *Sancionar con* ***amonestación*** *a* ***TECNOLOGÍA CORPORATIVA TCORP S.A.*** (sic)*, por el cargo N° 12, sobre incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores e inciso i) del artículo 103 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.*

TERCERO.- *El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial de venta, detallando el concepto del depósito como "Pago multa Resolución ASFI N°* (sic) */2014" y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 24 de abril de 2014, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***2. ANTECEDENTES***

2.1. La ASFI estableció mediante informes técnicos posibles infracciones en la normativa que regula el mercado de valores, por retrasos y no envío de información, habiendo notificado a T CORP S.A. 15 cargos por incumplimiento a la normativa que rige el mercado de valores, los cuales tienen que ver con retrasos e incumplimientos en el envío de información a la ASFI, y le otorgó un plazo para presentar descargos. Luego de este plazo, la ASFI al considerar que la sociedad "no presentó descargos que permitan desvirtuar los cargos imputados" terminó el procedimiento sancionatorio emitiendo la Resolución ASFI No. 765/2013 el 21 de noviembre de 2013.

2.2. Esta Resolución establece de manera resumida: i) sancionar a T CORP S.A. por haber encontrado que 12 cargos han sido probados e imponerla (sic) *una multa de Sus. 34.800; ii) sancionar con amonestación por una infracción que también se considera probada; desestimar dos cargos; ordenar el pago de la multa dentro del plazo de 15 días hábiles administrativos siguiente a la fecha de notificación.*

2.3. Sin embargo T CORP presentó recurso de revocatoria en contra de esta resolución. Entre los argumentos por los cuales consideraba que ésta debía ser revocada, señaló que la Resolución ASFI No. 765/2013 de 21 de noviembre de 2013, fue notificada a la Jefe Administrativo Contable de la empresa T CORP S.A., sin observar lo dispuesto por el articulo (sic) *26 del Reglamento de la Ley No 2341 para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175. En la Resolución que resuelve el recurso,*

*ASFI No. 027/2014 de 17 de enero de 2014, se resolvió **anular** el procedimiento administrativo sancionatoria hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la carta ASFI/DSV/R-156884/2013 de 15 de octubre de 2013 inclusive, y se dispuso nueva notificación de cargos.*

2.4. La nueva notificación de cargos fue practicada el 14 de febrero de 2014, y T CORP presentó los respectivos descargos el 13 de marzo del mismo año. Luego de emitidos los informes técnico y legal, la ASFI vuelve a emitir Resolución sancionatoria, signada con el número 173/2014 de 28 de marzo de 2014, la cual es precisamente objeto de la presente impugnación en la vía del recurso de revocatoria.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE DEMUESTRAN UNA INCORRECTA APLICACIÓN NORMATIVA EN LA IMPISICIÓN DE LAS SANCIONES DE MULTA

T CORP S.A. ratifica lo que había señalado en ocasión de presentar el recurso de revocatoria contra la anterior Resolución sancionatoria, en sentido de que esta empresa reconoce haber incurrido en infracciones al régimen normativo del mercado de valores por retrasos en el envío de información, y, en algunos casos, por incumplimiento en su presentación a la ASFI. A pesar de que en muchos casos, como se ha probado ante la ASFI, muchos de estos retrasos han sido generados no por negligencia nuestra, sino del sistema informático que no aceptaba recibir la información enviada, es evidente que se han incumplido algunos plazos. Es también evidente que T CORP S.A. ha regularizado ese envío y que actualmente no se está produciendo ningún retraso y menos incumplimiento en la remisión de dicha información.

Sin embargo, la ASFI ha incurrido en una incorrecta aplicación de las normas que se traducen en un perjuicio injusto a los legítimos intereses de la empresa a la que represento. A continuación paso a exponer dichas irregularidades, que atentan contra tos principios de legalidad y del debido proceso.

3.1. No se ha considerado que las infracciones por falta de envío deben ser sancionadas con amonestación

*Todas las infracciones en las que ha incurrido T CORP S.A. y que han sido objeto de sanción con multa, debieron haber sido sancionadas con **amonestación,** al tenor del artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores que a la letra dice:*

> *"La sanción de **amonestación** se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones **leves** (hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse), que **no causen daño o perjuicio económico** a las personas y entidades que participan en el mercado de valores o a terceros y **sean susceptibles de enmienda o regularización**. La reincidencia de esta misma infracción será sancionada con multa".*

En todos los casos en que T CORP S.A. fue multada por la Resolución ASFI No. 173/2014 concurrieron exactamente todas estas condiciones: se trata de infracciones leves; ninguna de ellas causó perjuicio económico a nadie (y si es el caso la ASFI debió haberlo dicho en su resolución); y todas son susceptibles de enmienda o regularización;

en realidad, fueron de hecho enmendadas y regularizadas. Por otro lado, ninguna de las características señaladas en el artículo 110 (multas), concurren en el presente caso. Éstas son las siguientes: se establece que la sanción por multa se aplica a las infracciones cometidas por "culpa grave"; los que utilicen en beneficio propio o de terceros información privilegiada, con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el mercado de valores.

La ASFI se basó en el Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001 que reglamenta la precitada ley, la cual, efectivamente en su artículo 22 establece una especie de tabla para el pago de multas por retraso en el envío de información. Pero la ASFI no se ha detenido a considerar los siguientes aspectos:

i) Que el Tribunal Constitucional - en la Sentencia 0042/2004 de 22 de abril de 2004 - al declarar inconstitucionales los artículos 108 en su inciso a) de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 12 parágrafo III del Decreto Supremo 26156 de 12 de abril de 2001 y algunas frases del articulo (sic) *25 de esta misma norma, que establecían un régimen de "sanciones automáticas", sin debido proceso, desnaturalizó totalmente la concepción arbitraria del Reglamento de establecer una "tabla de sanciones" por retrasos en envío de la información, que al ser automáticas no se detenía en el análisis exigido por el artículo 11 de este mismo Reglamento.*

ii) Que el Decreto Reglamentario no puede estar por encima de la ley. Es un típico caso de contradicción entre una norma inferior (decreto supremo) y otra superior (ley), que, al tenor del artículo 410 de la Constitución Política del Estado tiene una solución muy sencilla: se debe aplicar la ley por encima de un decreto, y no a la inversa, como ha ocurrido en el presente caso.

iii) Lo que señalamos se puede demostrar al observar que la ASFI no realizó el análisis exigido en el artículo 11 del mismo decreto supremo reglamentario, excepto en el caso 12, donde sí se realiza este análisis y se señala que la falta es susceptible de enmienda y regularización y que no ha generado perjuicio económico, imponiéndole, como corresponde, la sanción de ***amonestación.*** *En los demás casos no existe este análisis, se ha omitido hacerlo con importantes consecuencias, puesto que esa omisión ha dado lugar a sancionar a T CORP S.A. con multa en vez de amonestación. Por lo que solicito a su autoridad que en la resolución del presente recurso se pronuncie expresamente en cada caso si es que la infracción causó daño económico, señale a quien, y si es o no susceptible de enmienda o rectificación.*

3.2. Límite en las multas

La base legal de la potestad sancionatoria debe estar en la ley. Ahora bien, la Ley No. 393 de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, y ya en vigencia al momento de dictarse la resolución administrativa que es objeto de la presente impugnación, es la que señala de manera expresa la potestad sancionatoria de la ASFI, aunque se refiere al ámbito de las entidades financieras, esta ley refleja la orientación de la época actual.

Interesa en particular señalar que el artículo 43 de esta ley ha establecido límites máximos en la imposición de multas, disposición atinada, dado que uno de los principios del procedimiento administrativo es el de proporcionalidad. Si se asemeja el régimen sancionatorio de la ley de valores con esta ley, estaríamos hablando de infracciones de "gravedad levísima", consistentes en acciones u omisiones que "hayan sido cometidas por negligencia o imprudencia del infractor que no causen daño o perjuicio económico a le (sic) *entidad, consumidores financieros y en general para ninguna persona", y más adelante señala que en estos casos la multa no debiera exceder el 0.3% del capital mínimo. Si tomamos esta disposición, la multa impuesta por* (sic) *ASFI a T CORP S.A. ha excedido este porcentaje, por lo que el órgano supervisor haría bien en empezar a aplicar la nueva normativa en todos sus términos y no considerar, en el ámbito del mercado de valores, un decreto supremo* (sic), *como es el DS 26156, como la norma suprema, peor aún si ha sido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad de algunos artículos, que ha sido dictada antes de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que no responde, en muchos aspectos, ni a la CPE, ni a las políticas gubernamentales de descolonización y de bolivianización de la economía.*

3.3. Doble sanción en los cargos 11 y 15

El artículo 7 del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores señala que cuando con un solo acto, hecho u omisión se infringieran diversas disposiciones legales se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. En el presente proceso sancionador las infracciones 10 y 13 tienen el mismo origen, el no envío de un mismo documento, el Testimonio No. 946/2011 de 24 de noviembre de 2011 de incremento de capital, pero ha ameritado ***doble sanción.***

Nuevamente el "fundamento" de la ASFI es el artículo 21 de la misma norma, que excluye la aplicación del referido artículo 7 cuando las infracciones se refieren al envío de información. Lo que no ha tenido en cuenta la ASFI que por encima de esta norma se encuentra la disposición constitucional que señala que nadie puede ser juzgado ni condenado dos veces por la misma causa, y que si existe una eventual duda sobre qué norma aplicar, la solución es también simple, la Constitución Política del Estado por ser una norma de superior jerarquía a un decreto supremo(sic), *y que en su artículo 117 numeral II señala que* ***"Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho".***

3.4. Errónea aplicación de la multa viola también el principio de legalidad

Fuera de las importantes desviaciones en la aplicación normativa del presente caso, la ASFI ha observado religiosamente el Decreto Supremo 26156 sin considerar el contexto del ordenamiento jurídico nacional, al señalar que las multas previstas en esta norma ***"están denominados en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica".*** *Grueso error legal pero también una grave descontextualización de los tiempos en los que vivimos, ya que de 2001, que es el año de aprobación de este decreto supremo* (sic), *a la fecha han acontecido importantes cambios en la política económica y la legislación de nuestro país.*

La más importante es, sin duda, la aprobación de una nueva Constitución Política del Estado cuyo artículo 326 parágrafo II dispone:

*"Las transacciones públicas en el país se realizarán en **moneda nacional**".*

Por si fuera poco, la ASFI debiera saber -como órgano rector del sistema de intermediación financiera- que desde el año 2005, el dólar americano ha dejado de ser una moneda de mantenimiento de valor, ya que en nuestro país esta moneda se ha depreciado, y desde 2011 el tipo de cambio se mantiene inalterable, datos que pueden corroborarse en la página web del Banco Central de Bolivia.

Si acaso su preocupación fundamental era una eventual desvalorización del Boliviano, la ASFI debiera saber también que mediante Decreto Supremo No. 26390 de 8 de noviembre de 2001 se ha creado la Unidad de Fomento a la Vivienda como mecanismo de mantenimiento de valor y protección de su poder adquisitivo, como señala la Ley No. 2434 de 21 de diciembre de 2002.

Las normas jurídicas deben ser leídas en un contexto jurídico y real. A título de ejemplo señalemos que el decreto supremo (sic) *tantas veces mencionado dispone que las infracciones prescriben en el plazo de 3 años, pero posteriormente la Ley de Procedimiento Administrativo señaló un plazo de prescripción de 2 años. ¿Tendrá dudas la ASFI qué norma debe aplicar en este caso?*

Más allá de las imprecisiones legales llama la atención que el órgano que está a la cabeza del sistema financiero boliviano no cumpla con las políticas estatales de bolivianización de la economía y no conozca ni aplique las políticas de descolonización vigentes desde el año 2006, y fije multas nada menos que en una moneda extranjera, como es el dólar de Estados Unidos de Norteamérica.

PETITORIO

*Por todo lo expuesto, al amparo de lo dispuesto por la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 46 y 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su autoridad que, **revoque parcialmente** la resolución administrativa impugnada de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Resolución ASFI No. 173/2013 de 28 de marzo de 2014, y que el punto primero de la parte resolutiva establezca sanciones de amonestación y no de multa, y ordene la devolución de la multa injustamente impuesta a T CORP S.A. de $us. 34.800 (treinta y cuatro mil ochocientos), y mantenga subsistente el punto segundo de la citada resolución…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 348/2014 DE 23 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de 23 de mayo de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó en todas sus partes la Resolución

Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, con base en los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, antes de ingresar al análisis de los argumentos esgrimidos por ***TCORP S.A.*** (sic) *en su memorial de recurso de revocatoria, es necesario remitirnos al fundamento de los principios de* ***legalidad y debido proceso,*** *cuya protección invoca el recurrente, y que rigen el accionar de la administración pública, de acuerdo a lo siguiente:*

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece, como uno de los principios que rigen el ejercicio de la Administración Pública en Bolivia, el principio de legalidad, en cuyo marco, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en los incisos c) y g) del artículo 4, establece que la Administración Publica regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso, por lo que sus actuaciones se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.

Que, al respecto, el profesor Eduardo García de Enterría, afirma que el principio de legalidad en la Administración pública se expresa en un mecanismo técnico preciso: "La legalidad atribuye potestades a la Administración, le otorga facultades de actuación definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos, con lo cual toda actuación administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella ***delimitado*** *y construido, es decir como un ejercicio de potestad." Por lo expuesto, en aplicación del principio de legalidad, los actos y comportamiento de la Administración Pública, deben estar justificados en una ley previa. En este sentido, la Constitución Política del Estado es pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y marco del resto del ordenamiento jurídico, en el que debe desarrollarse el accionar de la administración pública, e incluso de las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que se conoce como bloque de legalidad, que le habilita para adoptar una actuación determinada en el ejercicio de la facultades que la misma ley le ha conferido, en virtud a lo cual, la Administración Pública puede hacer únicamente aquello que la ley le permite.*

Que, en este sentido, el principio de legalidad se constituye en una garantía constitucional que le asiste al administrado de contar con el marco legal expreso para ser procesado o condenado, aspecto desarrollado en el ámbito administrativo sancionador, en el artículo 72 de la a Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 72 desarrolla el principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo, al disponer: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente ley y disposiciones reglamentarias aplicables."

Que, con relación a la garantía del debido proceso administrativo, nos remitimos a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, que señala:

"…la Constitución Política del Estado (…) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin de que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (...).

Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; ***es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas, sin lesionar los intereses individuales en juego****. En otras palabras, busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse" (las negritas son nuestras).*

Que, el accionar de la administración pública, también se rige por el principio de verdad material, en virtud al cuál, la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados se traduce en la prevalencia de la verdad objetiva de los hechos, toda vez que es obligación del Estado, velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, correspondiéndole a este Órgano de Supervisión, agotar de oficio los medios de prueba a su alcance y no solo limitar su conocimiento a la prueba ofrecida o a los argumentos expuestos por el administrado, a efectos de dar el correcto esclarecimiento de la situación que se plantee.

Que, asimismo, es importante señalar que por disposición de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, las actividades de intermediación financiera, prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro son de interés público.

Que, en este sentido, considerando que el Mercado de Valores es donde se generan recursos, para financiar proyectos de gran envergadura, tanto con personas como con empresas, canalizando ahorros de primera emisión a largo plazo y por lo tanto de mayor, rendimiento, a través de títulos - valores como: acciones, bonos o debentures, letras de cambio, pagarés, etc., emitidos por sociedades anónimas, sociedades anónimas de economía mixta, sociedades en comandita por acciones, entidades y

empresas del Estado, por mandato constitucional es deber de la administración pública actuar precautelando dicho interés, por lo que éste Órgano de Supervisión, en el marco de sus funciones y atribuciones, realiza el control, supervisión y fiscalización del Mercado de Valores y de las personas, entidades y actividades relacionadas a él, velando por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, seguro, transparente y competitivo.

CONSIDERANDO:

Que, bajo estos lineamientos, corresponde ingresar al análisis de los argumentos expuestos por el recurrente de acuerdo a lo siguiente:

"3.1. No se ha considerado que las infracciones por falta de envío deben ser sancionadas con amonestación."

Que, al respecto, es ineludible acudir a lo que textualmente establecen los artículos 109 y 110 de la Ley del Mercado de Valores, en razón a que los mismos no han sido contemplados en su integridad por el recurrente, a saber:

> *"Artículo 109.- Amonestación. La sanción de amonestación se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones leves (hechos o actos imprudentes **que no pudieron evitarse**), que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regulación. La reincidencia en esta misma infracción será sancionada con multa.*
>
> *Artículo 110.- Multas. La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento."*

*Que, conforme lo transcrito, si bien la Ley del Mercado de Valores, establece que la sanción de amonestación recae sobre "**faltas e infracciones leves**", que no causen daño o perjuicio económico a las personas o entidades que participan en el Mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regularización, sin embargo nos da un parámetro de lo que comprende la categoría "**faltas e infracciones leves**", cuando en el mismo artículo establece entre paréntesis que son los "hechos o actos imprudentes que **no pudieron evitarse."***

*Que, en este mismo sentido, el artículo 110 de la normativa citada, establece que la sanción de multa es aplicable a infracciones u omisiones cometidas por culpa grave, determinando como tal "**actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse"** determinando esta Ley que las mismas se aplicarán "**en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento**."*

*Que, revisado el expediente administrativo, se puede verificar que los primeros tres cargos imputados a **TCOORP S.A**.* (sic), *en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, son por retraso en el envío de Estados Financieros*

Trimestrales (formato físico y electrónico), habiéndose establecido, en la resolución impugnada, que los Estados financieros trimestrales que corresponden al 30 de septiembre de 2012, tenían plazo de presentación hasta 30 de octubre de 2012 y fueron remitidos en formato físico por la entidad recurrente el 2 de octubre de 2013, es decir con ***once*** ***meses de retraso*** *aproximadamente. Asimismo, los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2012, que debieron presentarse hasta el 30 de enero de 2013, fueron presentados también el 2 de octubre del 2013, es decir con* ***ocho*** ***meses de retraso*** *aproximadamente y finalmente lo mismo sucedió con los Estados Financieros trimestrales al 31 de marzo de 2013, que debiendo ser remitidos hasta el 30 de abril de 2013, fueron remitidos sin errores el 2 de octubre de 2013, es decir con* ***cinco*** ***meses de retraso*** *aproximadamente. Consecuentemente, la entidad recurrente no solo no envío oportunamente sus estados financieros por tres trimestres seguidos, pese a que por disposición normativa tiene treinta días calendario, posteriores al cierre del respectivo trimestre para hacerlo, sino que recién lo hizo en mérito al segundo requerimiento efectuado por este Órgano de Supervisión, en razón a la suspensión de que fue objeto por el incumplimiento en el envío de información como se verifica en las cartas ASFI/DSV/R-98761/2013 y ASFI/DSV/R-13619/2013 del 5 de julio y 9 de septiembre del 2013, respectivamente, que cursan en el expediente administrativo.*

Que, conforme se puede evidenciar en el expediente administrativo, en esta misma situación se encuentran los demás incumplimientos imputados a la entidad regulada en la notificación de cargos ASFI /DSV/R-24473/2014 (sic)*, cuando se verifica que los hechos relevantes (observados en los cargos 4 y 5), que por disposición normativa debían ser comunicados a este Órgano de Supervisión a más tardar al día siguiente de conocido el hecho, fueron comunicados con más de tres meses de retraso; el envío de las "Actas" observadas en los cargos 6 y 7, que debían ser remitidas dentro de los diez días siguientes, de realizadas las mismas, es decir hasta el 1 de abril de 2013, fueron remitidas el 3 de julio de 2013, tres meses después del plazo legalmente establecido; el Testimonio de Incremento de Capital observado en el cargo 8 que debió ser remitido a este Órgano de Supervisión en copia legalizada dentro de los cinco días de su inscripción en el Registro de Comercio, fue remitido con once días de retraso; las apropiaciones contables señaladas en los cargos 9 y 10 que debían ser informadas dentro de las 24 horas de haber sido efectuada, fueron comunicadas con 22 días hábiles administrativos de retraso la primera y con más de 36 hábiles administrativos, la segunda; los Estados Financieros Auditados de la Gestión 2012, en original o copia legalizada, pese a que la entidad tenía 120 días calendario para presentarlos a partir de la fecha de cierre del respectivo ejercicio, no fueron remitidos a este Órgano de Supervisión y finalmente con relación al cargo 13, conforme establece la resolución impugnada, la entidad regulada tenía la obligación de presentar este documento en original o copia legalizada, sin embargo lo presentó adjunto a sus descargos del proceso administrativo objeto del presente recurso, en fotocopia simple.*

Que, conforme se ha (sic) *detallado estos incumplimientos, obviamente no pueden calificarse como "hechos imprudentes que no pudieron evitarse", como pretende el recurrente, porque denotan más bien una absoluta apatía de la entidad regulada en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Mercado de Valores, que no solo transgrede la normativa que regula el Mercado de Valores, sino que lamentablemente*

va en desmedro de este último que para cumplir con un funcionamiento sano, seguro, transparente y competitivo, tanto para el inversor como para los demás participantes del Mercado de Valores, requiere contar con información oportuna, veraz y suficiente de las entidades reguladas, conforme establece la Ley del Mercado de Valores, como es el caso de ***TCORP S.A.*** (sic), *pues debido a la dinamicidad de las actividades financieras, el envío extemporáneo, hace ineficiente la información proporcionada que revela la situación actual y futura inmediata de una empresa, por lo que de ninguna manera tiene el mismo efecto una información enviada con once, ocho o cinco meses de retraso, como el caso observado, porque no refleja la situación financiera de la entidad regulada y no cumple las condiciones de oportunidad, suficiencia, ni veracidad que requiere el Mercado de Valores para garantizar un funcionamiento sano, seguro, transparente y competitivo.*

Que, por lo expuesto, este Órgano de Supervisión al disponer la aplicación de sanciones en cada uno de los cargos imputados al recurrente, ha actuado conforme a lo dispuesto en el citado artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores, que le permite aplicar las sanciones de multa, en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento, que en este caso es el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, por lo que no existe ninguna contradicción entre ambas disposiciones, como pretende el recurrente en su memorial del recurso de revocatoria.

Que, por otra parte también es necesario aclarar que la Sentencia Constitucional 0042/2004 de 22 de abril de 2004, en resguardo de las garantías del debido proceso, que infiere que toda actividad sancionadora del Estado, ya sea ejercida en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, ha resuelto declarar fundado el recurso indirecto o incidental de inconstitucional promovido por el ex Superintendente General del SIREFI, declarando inconstitucional ***la frase*** *"sin necesidad de" del inciso a) del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, lo que da lugar a que las sanciones de amonestación y multa sean siempre aplicadas previo proceso administrativo, modificando en este mismo sentido las frases correspondientes de los artículos 12, parágrafo III y 25 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas a la Ley del Mercado de Valores.*

Que, por lo expuesto, la afirmación efectuada por el recurrente en sentido de que los citados artículos de la Ley y del Reglamento de Sanciones, han sido declarados inconstitucionales es absolutamente falsa y menos aún que la "tabla de sanciones" como se refiere el recurrente a los parámetros establecidos en el artículo 22 del citado Reglamento, haya sido desnaturalizada, cuando lo que dicha sentencia hace es más bien establecer claramente que las sanciones por infracciones a la normativa del Mercado de Valores establecidas en el D.S. N° 26156, deben ser aplicadas siempre como emergencia de un proceso administrativo, en el que el administrado goce de las garantías que la ley le otorga para ejercitar ampliamente su defensa. Modificación que ha sido promovida justamente por el Órgano rector de las Superintendencias sectoriales, para dar legitimidad a los actos de estas últimas y sea compatible con los valores y principios constitucionales.

Que, finalmente este Órgano de Supervisión, al imponer la sanción de multa en la resolución impugnada, ha actuado en el marco de las previsiones expresamente establecidas en el Título III, Capitulo (sic) *II del Decreto Supremo N° 26156, referido a las sanciones aplicables a las infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información. Normativa, que le faculta a aplicar supletoriamente las sanciones establecidas en el artículo 12 de dicha normativa, cuando la evaluación del caso concreto lo amerite. Aspecto que ha sido evaluado en el caso del cargo 12, referido al retraso en el envío de la Tarjeta de Registro, que al ser un formulario que contiene datos de la entidad regulada, que son constantemente actualizados, en cada gestión, su retraso no genera perjuicio económico, ni tiene una incidencia mayor en las labores de supervisión y control que realiza ASFI, como se ha establecido en la resolución impugnada.*

"***3.2. Límite en las multas."***

Que, con el objeto de aclarar lo conceptos vertidos en el recurso de revocatoria, respecto a la aplicación de la normativa para el sistema financiero, es necesario precisar que en la estructura del mismo, existen dos grandes áreas: una relacionada fundamentalmente con la banca e instituciones financieras similares, donde se trabaja generalmente con captaciones a corto plazo y otra relacionada con el Mercado de Valores que, si bien incluye a la banca, opera con un horizonte a largo plazo y se desarrolla en un mercado primario, secundario y de Títulos – Valores y aunque ambas se encuentran dentro de las competencias de regulación y supervisión de ASFI, estas atribuciones son desarrolladas y aplicadas en el marco de la normativa específica que rige a cada una de ellas. Así, en el caso del Mercado de Valores es la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y la normativa reglamentaria que se encuentra compilada en la actual Recopilación de Normas para el Mercado de Valores y en el caso de las actividades de intermediación financiera y prestación de servicios financieros, por la Ley N° 393 de 21 de agosto de 2013 y la Recopilación de Normas de Servicios Financieros, disposiciones que se encuentran en nuestra página Web. Por lo que no es coherente, justamente con el principio de legalidad y el debido proceso, la aplicación de la normativa de bancos al ámbito del Mercado de Valores que cuenta con su propia normativa, como pretende el recurrente, señalando contradictoriamente la vulneración de dichos principios.

3.3. Doble sanción en los cargos 11 y 15.

Que, el inciso d) del artículo 104 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, establece textualmente:

> *"d) Los emisores que tengan registradas sus acciones cuando efectúen incrementos o disminuciones de capital, sin perjuicio de la <u>comunicación del Hecho Relevante</u>, deberán remitir a la Intendencia de Valores, <u>en original o copia legalizada, el Testimonio de Modificación del Capital</u>, debidamente inscrito en el Registro de Comercio dentro de los cinco días posteriores a su inscripción en dicho Registro.*

Por otra parte, deberán informar respecto a la apropiación contable de los incrementos o disminuciones de capital, dentro de las 24 horas de efectuada la misma."

Que, de acuerdo a lo establecido en la citada norma, el incremento o disminución de capital, le genera al emisor tres obligaciones diferentes de envío de información, a saber:

1. *Comunicar el hecho relevante de la modificación de capital, dentro de las 24 horas siguientes.*

2. *Remitir el Testimonio de Modificación del Capital, en original o copia legalizada, dentro de los cinco días posteriores a su inscripción en el Registro de Comercio.*

3. *Informar respecto a la apropiación contable, dentro de las 24 horas de efectuada la misma.*

Es decir que si bien, los incumplimientos se generan por un mismo hecho, sin embargo son tres obligaciones diferentes, cuyo plazos difiere en relación a la obligación, por tanto su incumplimiento es susceptible de sanción por separado. Al respecto, conforme se desprende de la resolución impugnada, la entidad regulada no solo no informó sobre la apropiación contable, observada en el cargo N° 11, dentro de las 24 horas de efectuada la misma, sino que tampoco cumplió con la obligación de enviar a este Órgano de Supervisión el Testimonio de Incremento de capital observado en el cargo N° 13, dentro del plazo normativamente establecido, incurriendo en otra infracción sancionable.

Que, en mérito a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 21 del D.S. N° 26156, las infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información, como es el caso de los cargos 10 y 13 de la resolución impugnada, no están sujetas a la aplicación de los dispuesto por el artículo 7 de la norma citada, en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones, por tanto no corresponde la aplicación de dicha normativa en el presente caso.

"3.4. Errónea aplicación de la multa viola también el principio de legalidad."

Que, al respecto corresponde recordar al recurrente que el principio de legalidad invocado en su recurso de revocatoria, implica justamente que la Administración Pública rige sus actos con sometimiento pleno a ley, en virtud al cuál necesita una habilitación legal para adoptar una actuación determinada, es decir que el contenido de los actos administrativos que emite, deben sujetarse estrictamente a lo que la Ley le faculta, con lo cual, la actividad de la administración pública está condicionada a la existencia de una norma que le permita esa actuación concreta a la que en toda caso debe ajustarse, por lo que más allá de las consideraciones de orden ideológico político, sobre las cuales el recurrente fundamenta su recurso, en tanto el Decreto Supremo N° 26156, se encuentre vigente, es obligación de este Órgano Regulador, cumplir las disposiciones en el contenidas, legitimando su actuación.

Que, por lo expuesto, el recurrente no ha demostrado que la resolución impugnada haya vulnerado los principios de legalidad y debido procedimiento con la imposición de la sanción de multa, porque al constituirse la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el Órgano de Supervisión, encargado de regular, controlar y fiscalizar el Mercado de Valores, velando porque el mismo sea expeditivo, competitivo y transparente, ha actuado en el marco de la normativa que regula el Mercado de Valores.

***CONSIDERANDO**:*

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, el parágrafo I del artículo 332 de la señalada norma suprema, dispone que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras y que esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano, reconociendo el carácter constitucional de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero" y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de Valores.

Que, el Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, determina que las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de Valores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) sean asumidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobada el 23 de abril de 2002, establece que toda persona individual o colectiva, pública o privada,

cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 38 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado con Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que los recursos se presentarán dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.

Que, el artículo 43 del D.S. N° 27175, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 47 del citado Reglamento, en su parágrafo I, dispone que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, los artículos 48 y 49 de la norma citada, establecen que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a su notificación, teniendo la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria, un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-78713/2014 de 23 de mayo de 2014, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el recurso de revocatoria de 24 de abril de 2014, concluyendo que ***TECNOLOGÍA CORPORATIVA TCORP S.A***. (sic) *no ha demostrado que la Resolución ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, ha vulnerado los principios de legalidad y debido procedimiento, al imponerle la sanción de multa al haber incurrido en las infracciones imputadas en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014 y tampoco ha desvirtuado las consideraciones expuestas en dicha Resolución…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 11 de junio de 2014, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de 23 de mayo de 2014, expresando lo siguiente:

"…***3. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE DEMUESTRAN UNA INCORRECTA APLICACIÓN NORMATIVA EN LA IMPOSICIÓN DE LAS SANCIONES DE MULTA***

T CORP ha reconocido desde un inicio que no cumplió con algunas obligaciones establecidas en el régimen normativo del mercado de valores por retrasos en el envío de información, y, en algunos casos, por incumplimiento en su presentación a la ASFI. A

pesar de que en muchos casos, como se ha probado ante la ASFI, muchos de estos retrasos han sido generados no por negligencia nuestra, sino del sistema informático que no aceptaba recibir la información enviada, es evidente que se han incumplido algunos plazos. Es también evidente que T CORP S.A. ha regularizado ese envío y que actualmente no se está produciendo ningún retraso y menos incumplimiento en la remisión de dicha información.

Sin embargo, la ASFI ha incurrido en una incorrecta aplicación de las normas que se traducen en un perjuicio injusto a los legítimos intereses de la empresa a la que represento. A continuación paso a exponer dichas irregularidades, que atenían contra los principios de legalidad y del debido proceso.

3.1. No se ha considerado que las infracciones por falta de envío deben ser sancionadas con amonestación

*Todas las infracciones en las que ha incurrido T CORP S.A. y que han sido objeto de sanción con multa, debieron haber sido sancionadas con **amonestación**, al tenor del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores que a la letra dice:*

> *"La sanción de **amonestación** se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones **leves** (hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse), que **no causen daño o perjuicio económico** a las personas y entidades que participan en el mercado de valores o a terceros y **sean susceptibles de enmienda o regularización.** La reincidencia de esta misma infracción será sancionada con multa".*

En todos los casos en que T CORP S.A. fue multada por la Resolución ASFI No. 173/2014 concurrieron exactamente todas estas condiciones: se trata de infracciones leves; ninguna de ellas causó perjuicio económico a nadie (y si es el caso la ASFI debió haberlo dicho en su resolución); y todas son susceptibles de enmienda o regularización; en realidad, fueron de hecho enmendadas y regularizadas. Por otro lado, ninguna de las características señaladas en el artículo 110 (multas), concurren en el presente caso. Éstas son las siguientes: se establece que la sanción por multa se aplica a las infracciones cometidas por "culpa grave"; los que utilicen en beneficio propio o de terceros información privilegiada, con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el mercado de valores.

La ASFI se basó en el Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001 que reglamenta la precitada ley, la cual, efectivamente en su artículo 22 establece una especie de tabla para el pago de multas por retraso en el envío de información. Pero la ASFI no se ha detenido a considerar los siguientes aspectos:

i) Que el Tribunal Constitucional - en la Sentencia 0042/2004 de 22 de abril de 2004 - al declarar inconstitucionales los artículos 108 en su inciso a) de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 12 parágrafo III del Decreto Supremo 26156 de 12 de abril de 2001 y algunas frases del artículo 25 de esta misma norma, que establecían un régimen de "sanciones automáticas", sin (sic) *debido proceso, desnaturalizó totalmente la concepción arbitraria del Reglamento de establecer una "tabla de sanciones" por retrasos en envío de la información, que al ser automáticas no se detenía en el análisis exigido por el artículo 11 de este mismo Reglamento.*

ii) Que el Decreto Reglamentario no puede estar por encima de la ley. Es un típico

caso de contradicción entre una norma inferior (decreto supremo) y otra superior (ley), que, al tenor del artículo 410 de la Constitución Política del Estado tiene una solución muy sencilla: se debe aplicar la ley por encima de un decreto, y no a la inversa, como ha ocurrido en el presente caso.

iii) Lo que señalamos se puede demostrar al observar que la ASFI no realizó el análisis exigido en el artículo 11 del mismo decreto supremo reglamentario, excepto en el caso 13 (sic, debió decir *caso 12), donde sí se realiza este análisis y se señala que la falta es susceptible de enmienda y regularización y que no ha generado perjuicio económico, imponiéndole, como corresponde, la sanción de* ***amonestación.*** *En los demás casos no existe este análisis, se ha omitido hacerlo con importantes consecuencias, puesto que esa omisión ha dado lugar a sancionar a T CORP S.A. con multa en vez de amonestación. Por lo que solicito a su autoridad que en la resolución del presente recurso se pronuncie expresamente en cada caso si es que la infracción causó daño económico, señale a quien, y si es o no susceptible de enmienda o rectificación.*

3.2. Límite en las multas

La base legal de la potestad sancionatoria debe estar en la ley. Ahora bien, la Ley No. 393 de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, y ya en vigencia al momento de dictarse la resolución administrativa que es objeto de la presente impugnación, es la que señala de manera expresa la potestad sancionatoria de la ASFI, aunque se refiere al ámbito de las entidades financieras, esta ley refleja la orientación de la época actual.

Interesa en particular señalar que el artículo 43 de esta ley ha establecido límites máximos en la imposición de multas, disposición atinada, dado que uno de los principios del procedimiento administrativo es el de proporcionalidad. Si se asemeja el régimen sancionatorio de la ley de valores con esta ley, estaríamos hablando de infracciones de "gravedad levísima", consistentes en acciones u omisiones que "hayan sido cometidas por negligencia o imprudencia del infractor que no causen daño o perjuicio económico a la entidad, consumidores financieros y en general para ninguna persona", y más adelante señala que en estos casos la multa no debiera exceder el 0.3% del capital mínimo. Si tomamos esta disposición, la multa impuesta por (sic) *ASFI a T CORP S.A. ha excedido este porcentaje, por lo que el órgano supervisor haría bien en empezar a aplicar la nueva normativa en todos sus términos y no considerar, en el ámbito del mercado de valores, un decreto supremo* (sic) *como es el DS 26156, como la norma suprema, peor aún si ha sido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad de algunos artículos, que ha sido dictada antes de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que no responde, en muchos aspectos, ni a la CPE, ni a las políticas gubernamentales de descolonización y de bolivianización de la economía.*

3.3. Doble sanción en los cargos 10 y 13

El artículo 7 del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores señala que cuando con un solo acto, hecho u omisión se infringieran diversas disposiciones legales se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. En el presente proceso sancionador las infracciones 10 y 13 tienen el mismo origen, el no envío de un mismo documento, el Testimonio N° 946/2011 de 24 de noviembre de 2011 de incremento de

capital, pero ha ameritado ***doble sanción.***

Nuevamente el "fundamento" de la ASFI es el artículo 21 de la misma norma, que excluye la aplicación del referido artículo 7 cuando las infracciones se refieren al envío de información. Lo que no ha tenido en cuenta la ASFI que por encima de esta norma se encuentra la disposición constitucional que señala que nadie puede ser juzgado ni condenado dos veces por la misma causa, y que si existe una eventual duda sobre qué norma aplicar, la solución es también simple, la Constitución Política del Estado por ser una norma de superior jerarquía a un decreto supremo (sic), *y que en su artículo 117 numeral II señala que* ***"Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho".***

3.4. La determinación de la multa en moneda extranjera viola (sic) ***Constitución Política del Estado***

Fuera de las importantes desviaciones en la aplicación normativa del presente caso, la ASFI ha observado religiosamente el Decreto Supremo 26156 sin considerar el contexto del ordenamiento jurídico nacional, al señalar que las multas previstas en esta norma ***"están denominados en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica".*** *Grueso error legal pero también una grave descontextualización de los tiempos en los que vivimos, ya que de 2001, que es el año de aprobación de este decreto supremo* (sic), *a la fecha han acontecido importantes cambios en la política económica y la legislación de nuestro país.*
La más importante es, sin duda, la aprobación de una nueva Constitución Política del Estado cuyo artículo 326 parágrafo II dispone:

> *"Las transacciones públicas en el país se realizarán en* ***moneda nacional".***

Por si fuera poco, la ASFI debiera saber -como órgano rector del sistema de intermediación financiera- que desde el año 2005, el dólar americano ha dejado de ser una moneda de mantenimiento de valor, ya que en nuestro país esta moneda se ha depreciado, y desde 2011 el tipo de cambio se mantiene inalterable, datos que pueden corroborarse en la página web del Banco Central de Bolivia.

Si acaso su preocupación fundamental era una eventual desvalorización del Boliviano, la ASFI debiera saber también que mediante Decreto Supremo N° 26390 de 8 de noviembre de 2001 se ha creado la Unidad de Fomento a la Vivienda como mecanismo de mantenimiento de valor y protección de su poder adquisitivo, como señala la Ley N° 2434 de 21 de diciembre de 2002.

Las normas jurídicas deben ser leídas en un contexto jurídico y real. A título de ejemplo señalemos que el decreto supremo (sic) *tantas veces mencionado dispone que las infracciones prescriben en el plazo de 3 años, pero posteriormente la Ley de Procedimiento Administrativo señaló un plazo de prescripción de 2 años. ¿Tendrá dudas la ASFI qué norma debe aplicar en este caso?*

Más allá de las imprecisiones legales llama la atención que el órgano que está a la cabeza del sistema financiero boliviano no cumpla con las políticas estatales de

bolivianización de la economía y no conozca ni aplique las políticas de descolonización vigentes desde el año 2006, y fije multas nada menos que en una moneda extranjera, como es el dólar de Estados Unidos de Norteamérica.

PETITORIO

En consideración de las argumentaciones expuestas en el presente memorial, al amparo de lo dispuesto por la Ley No. 2341 (…) y el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI (…), solicito a su autoridad remita el presente ***Recurso Jerárquico*** *ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas con todos los antecedentes debidamente foliados y ordenados, conforme dispone el artículo 55 del citado Reglamento, para que dicha autoridad jerárquica* ***REVOQUE*** *parcialmente el contenido de la Resolución ASFI N° 348/2014 de 23 de mayo de 2014, debiendo dicha decisión dejar sin efecto los puntos PRIMERO y SEGUNDO de la Resolución ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, que establece la imposición de la multa de $us 34.800 (treinta y cuatro mil ochocientos 00/100 dólares americanos) a TCORP S.A. y el pago que debe realizarse en la cuenta transitoria del TGN y deje subsistente el numeral SEGUNDO de dicha Resolución…*"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 22 de agosto de 2014 se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** mediante memorial presentado en fecha 4 de agosto de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

A través de la nota ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero comunica a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, haber establecido la presunta comisión de trece cargos (conforme han sido relacionados ut supra) por presunto incumplimiento a disposiciones legales, concediéndole en consecuencia, el plazo de diez días hábiles administrativos para la presentación de los descargos que correspondan.

El extremo determinó que, conocidos los descargos correspondientes de **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** (nota N° 0020/2014 de 13 de marzo de

2014), se pronunciara la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, mediante la cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió sancionarla "*con* (sic) ***multa*** *equivalente en Bolivianos a* ***$us.34.800.- (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 13*", además con amonestación por el cargo N° 12.

Contra tal determinación, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, en fecha 24 de abril de 2014, interpone Recurso de Revocatoria, y ante la confirmación total de la misma, la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de 23 de mayo de 2014, confirmatoria de la anterior.

Al presente, mediante memorial de fecha 11 de junio de 2014, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** ha interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014, el que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Resulta pertinente rescatar de lo pretendido por **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, que los alegatos de la misma están referidas a lo siguiente:

- "*3.1. No se ha considerado que las infracciones por falta de envío deben ser sancionadas con amonestación*".
- "*3.2. Límite en las multas*".
- "*3.3. Doble sanción en los cargos 10 y 13*".
- "*3.4. La determinación de la multa en moneda extranjera viola* (sic) *Constitución Política del Estado*".

Con ello, queda claro que las controversias que tocan resolverse, no hacen al suceso de las infracciones imputadas y sancionadas -entonces a las que se las tiene por efectivamente ocurridas- (siendo esclarecedor el reconocimiento de la recurrente sobre este extremo, cuando señala: "*Todas las infracciones* ***en las que ha incurrido T CORP S.A.*** …"), sino que se limitan, únicamente, a la consiguiente sanción impuesta, así como tampoco recaen sobre lo decidido respecto del cargo 12 (amonestación), entendiéndose que tal decisión no le irroga perjuicio a la recurrente, y que es a lo decidido con respecto a los cargos restantes (Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13) a lo que se refiere la impugnación actual.

Así, la sanción de multa de $us.34.800.- (treinta y cuatro mil ochocientos 00/100 dólares americanos) impuesta a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, correspondiente a las infracciones determinadas por los cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13 de la nota ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, como emergentes de la presunta vulneración a la normativa de prudencia que regula el Mercado de Valores, y sobre la que la entidad recurrente pretende la modificación, en sentido de corresponder -en lugar de aquella pecuniaria- la de amonestación, conforme es establecida por el artículo 109° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores).

Para ello, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** refiere que las infracciones sancionadas, corresponden a la calidad de leves, por cuanto, ninguna de las

mismas causó un perjuicio económico, tal es así, que una expresión sobre perjuicio no ha sido hecho constar por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, además que las conductas que importan las infracciones imputadas, son susceptibles de enmienda o regularización, y en las que no concurren las características correspondientes a la sanción de multa contenidas en el artículo 110° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores).

La recurrente aqueja, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la imposición de la sanción contenida en el artículo primero de la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, se basó en lo previsto en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 26516 de 12 de abril de 2001, que reglamenta la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, omitiendo una valoración o análisis conforme lo establecido en el artículo 11° del referido Decreto Supremo N° 26516, omisión que a criterio del recurrente, dio lugar a la imposición de multa en lugar de la de amonestación.

Consiguientemente, la controversia motivo de autos, se refiere a la procedencia o improcedencia de la sanción pecuniaria impuesta, lo que no impide un análisis pertinente respecto del verificativo de una contravención a la normativa de prudencia que regula el Mercado de Valores, emergente de los cargos imputados a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, argumentos que a continuación pasan a contrastarse con lo manifestado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

2.1. De la aplicación normativa para la sanción de multa.

Conforme se tiene dicho, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cuanto a los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13, impuso la sanción de multa a las contravenciones cometidas por **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, con el fundamento que sale en la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014; de esta y en tanto que hace al interés de la impugnación actual, se rescata lo concerniente a la forma de aplicación de la calificación sancionatoria:

"…***CONSIDERANDO***:

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

Numeral 1) Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Numeral 2) Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.

Numeral 17) Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Que, el inciso a) del artículo 108 de la referida Ley, modificado por Sentencia Constitucional Nº 0042/2004 de 22 de abril de 2004 dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Autoridad de Supervisión aplicará a los infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa que serán aplicadas mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad rigen la atribución sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

Que, el parágrafo I inciso a) del artículo 12 del mencionado Reglamento, determina que ASFI está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, la sanción de amonestación que será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sea susceptibles de enmienda y regularización.

Que, el artículo 21 del citado Reglamento, prevé que las infracciones respecto a las obligaciones de información, a las que se encuentren sujetas las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, se sancionarán conforme a lo previsto en el Capítulo II del mismo Reglamento. No obstante lo anterior, la Superintendencia, actual ASFI, podrá aplicar a las infracciones del citado Capítulo, las sanciones previstas por el artículo 12 siempre que, como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto, se establezca que las mismas ameritan la aplicación de dichas sanciones. Finalmente, establece que las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones.

Que, el artículo 22 del mencionado Reglamento, determina que los emisores y demás participantes del Mercado de Valores, que se encuentren autorizados e inscritos en el Registro del Mercado de Valores, deben cumplir en forma oportuna con el envío de la información a la que resulten obligados y que el retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación se sancionará con una multa según los siguientes casos:

1. *De uno (1) a quince (15) días con el equivalente en Bolivianos a $us.50.- por día de retraso.*

2. *Sin perjuicio de la aplicación por el inciso anterior, el retraso de la presentación de información a partir del décimo sexto (16) hasta el trigésimo (30) día de retraso se sancionará con el equivalente en Bolivianos a $us.100.- por día de retraso.*

3. *Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por los incisos anteriores, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impondrá una multa equivalente en Bolivianos a $us.200.- por día de retraso…*"

Al respecto, tanto en el Recurso de Revocatoria como en el Jerárquico, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** manifiesta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no fundamentó el por qué las infracciones sancionadas pecuniariamente, no puedan mas bien serlo con su amonestación, conforme lo permite el artículo 109° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), el que a la letra establece:

"…***ARTÍCULO 109.- AMONESTACION.***

La sanción de amonestación se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones leves (hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse), que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regularización. La reincidencia en esta misma infracción será sancionada con multa…"

En función de ello y siempre en el criterio de la recurrente, no concurrirían para las infracciones sancionadas, los requisitos exigidos por el artículo 110º del mismo cuerpo legal, a efectos de la imposición de las multas, conforme han sido establecidos de la siguiente manera:

"…***ARTÍCULO 110.- MULTAS.***

La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.

Los que utilicen en beneficio propio o permitan utilizar información privilegiada de un emisor o sus Valores, con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el Mercado sobre los Valores emitidos por dicho emisor o comunicare esa información a terceros o recomiende a los mismos que compren, vendan o realicen operaciones sobre tales Valores, serán sancionados con multas, en las cuantías y montos fijados mediante reglamento…"

Preceptos normativos invocados por la entidad recurrente, y que contrastados con los fundamentos (también normativos), contenidos en la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014, constituyen el fondo de la controversia presente, determinando la necesidad de un análisis crítico y minucioso, acerca del fundamento por el cual el Ente Regulador ha impuesto la sanción para los cargos ut supra señalados.

Así, para la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el artículo 21° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado

por el Decreto Supremo 26156 de 12 de abril de 2001, determina que las infracciones a las obligaciones de información a la que se encuentra sujeta **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, se sancionan conforme a lo previsto en el capítulo II del mismo.

En efecto, el Ente Regulador entiende que a las infracciones previstas en el precitado capítulo II, acerca "*de las infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información y de las infracciones por error o inconsistencia en reportes diarios de información*", pueden aplicarse las sanciones previstas en el artículo 12º del mismo Reglamento, siempre que como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto se establezca que las mismas ameritan su imposición, criterio que emerge de lo señalado por su artículo 21º, el que a los efectos pertinentes se transcribe a continuación:

> "…***ARTICULO 21°. (Infracción a las obligaciones de Información).-*** *Las infracciones establecidas en el presente Capítulo respecto a las obligaciones de información a las que se encuentran sujetas las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV, se sancionarán conforme a lo previsto por el mismo.*
>
> *No obstante lo anterior, la Superintendencia, podrá aplicar a las infracciones del presente Capítulo, las sanciones previstas por el artículo 12° siempre que, como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto, se establezca que las mismas ameritan la aplicación de dichas sanciones*…"

De lo cual se colige que, la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 12° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, se encuentra condicionada a la justificación de que las infracciones ameriten tal aplicación, criterio que debe resultar de la evaluación y análisis de los casos concretos.

Convienen traer a colación los presupuestos que informan a la imposición de la sanción de multa, en el marco del Reglamento señalado:

> "…***ARTICULO 12°. (Sanciones aplicables).-*** (…)
>
> ***b) Multa:*** *Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos*…"

Sanción que, en su primer párrafo, condiciona su aplicación a la concurrencia alternativa (conforme al uso de la conjunción disyuntiva "o"), a los siguientes requisitos o parámetros:

1. Que la infracción u omisión sea culposa; o

2. Que por su efecto el infractor hubiera obtenido, directa o indirectamente, para sí o para terceros, cualquier tipo de ventajas o beneficios; o

3. Que por su efecto se hubieran ocasionado perjuicios económicos.

Entonces, para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aplique a las infracciones imputadas, la sanción de multa, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 22° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, no es necesario que concurran todas las circunstancias o supuestos señalados, sino y alternativamente, al menos uno de ellos.

Resulta conveniente analizar el contenido del artículo 110° de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998, del Mercado de Valores, el que a la letra señala:

> "…***ARTÍCULO 110.- MULTAS.***
>
> *La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.*
>
> *Los que utilicen en beneficio propio o permitan utilizar información privilegiada de un emisor o sus Valores, con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el Mercado sobre los Valores emitidos por dicho emisor o comunicare esa información a terceros o recomiende a los mismos que compren, vendan o realicen operaciones sobre tales Valores, serán sancionados con multas, en las cuantías y montos fijados mediante reglamento*…"

Debe aclararse que tal previsión normativa, en su primer párrafo, importa la subsunción específica a la sanción de multa, empero no corresponde a un único tipo, sino que, conforme a su propia redacción, deben remitirse a la misma todas aquellas infracciones que se acomoden a la descripción allí contenida, determinando entonces que se sancionan pecuniariamente todas aquellas infracciones u omisiones (tipos), que sean cometidas por culpa grave, entendiéndose la misma -a los fines legales consiguientes- como los actos o hechos negligentes o imprudentes, que se pudieron o se debieron evitar.

Tal aclaración es pertinente, por cuanto el mismo artículo 110º, superando su propio contenido (sobre el subsumir los tipos a la sanción de multa), ahora en su segundo párrafo, viene a establecer otros de los tantos tipos susceptibles de sanción pecuniaria (*Los que utilicen en beneficio propio o permitan utilizar información privilegiada de un emisor o sus Valores, con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el Mercado sobre los Valores emitidos por dicho emisor o comunicare esa información a terceros o recomiende a los mismos que compren, vendan o realicen operaciones sobre tales Valores, serán sancionados con multas, en las cuantías y montos fijados mediante reglamento*).

No obstante, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** confunde los contenidos de párrafos tan diversos por el sencillo hecho de componer a un mismo artículo; en todo caso, corresponde señalarse que, conforme a su propia redacción, los dos párrafos que constituyen al artículo 110º, no hacen a un -único- criterio sobre las infracciones susceptibles de multa; de hecho, se encuentran en planos tan diversos, como lo son una subsunción general en el primer párrafo, y una tipología parcial en el restante (resultando

impertinente al presente, ampliar la crítica del suscrito, acerca de la notoria prescindencia de técnica legislativa que ha dado lugar a lo anterior).

Lo cierto es que no existe una condición o exigencia, referida a que los presupuestos que señala el artículo 110º, en sus dos párrafos, deban concurrir conjuntamente para la imposición de una multa a una infracción -que así lo amerite - a la normativa de prudencia para el mercado de valores, sino que la aplicación del primero es, necesariamente (por la serie de motivos ya expresados), independiente del restante.

Aclarado ello y aplicado al caso en concreto el criterio del artículo 110º, primer párrafo, resulta que los sancionados retrasos en el envío de la información, bien pueden adecuarse a la subsunción de que "*las infracciones u omisiones sean cometidas por culpa grave*", al estar previsto para ello, en la normativa de prudencia (misma que desde su publicación es de conocimiento de los entes autorizados e inscritos en el Registro del Mercado de Valores), unos plazos determinados que resultan incumplidos.

Para tal conclusión, se verifica la existencia de plazos determinados por la norma para el envío de la información, habilitando a la Autoridad Supervisora a la aplicación del catálogo de multas previstas por días de retraso, en el artículo 22° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, tal como se verifica de su contenido:

> "…***ARTICULO 22°. (Retraso en el envío de información).-*** (…)
>
> *El retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, se sancionará con multa según los siguientes casos:*
>
> ***1.*** *De uno (1) a quince (15) días con el equivalente en Bolivianos a $us. 50.-por día de retraso.*
>
> ***2.*** *Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por el inciso anterior, el retraso de la presentación de información a, partir del décimo sexto (16) hasta el trigésimo (30) día de retraso, se sancionará con el equivalente en Bolivianos a $us. 100.- por día de retraso.*
>
> ***3.*** *Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por los incisos anteriores, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impondrá una multa equivalente en Bolivianos a $us. 200.- por día de retraso.*
>
> *El pago de las multas establecidas en el presente artículo no libera al infractor de la obligación de enviar la información requerida…*"

Disposición normativa de la que se advierte que, sin perjuicio de los criterios esbozados (respecto de los elementos que deben concurrir para la imposición de la sanción de multa a las infracciones a la normativa de prudencia), para la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 22° del Reglamento señalado, se requiere que el plazo de presentación que

sopese sobre la documentación exigida, sea incumplido, aspecto que habilita a la Autoridad Regulatoria a la sanción, previo análisis de descargos que pudieran desvirtuar el retraso imputado.

No obstante, tal subsunción y ulterior calificación exigen un análisis singular, cargo por cargo, a efectos de determinar con precisión, el por qué le corresponde a cada uno de ellos, la multa como sanción, teniendo presente para ello que, en esencia, la multa como tal corresponde al criterio de culpa grave, y si el retraso puede o debe ser entendido como una infracción en ese sentido, debe encontrarse debidamente fundamentado, no en función única de la norma, sino en motivos fácticos (de ahí la exigencia que sea caso por caso), por cuanto, lo mismo hace al derecho del administrado (eventual sancionado), de conocer las razones precisas por las que se le sanciona, extremo que justifica la decisión que sale en la parte resolutiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.2. Sanción por falta de envío.-

Sin perjuicio de lo anterior (dado que no trasciende sobre lo decidido por el suscrito), es de hacer notar que, en su Recurso Jerárquico, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** alega que:

> "…*Todas las infracciones* (…) *debieron haber sido sancionadas con* ***amonestación*** (…)
>
> …*se trata de infracciones leves; ninguna de ellas causó perjuicio económico a nadie (y si es el caso la ASFI debió haberlo dicho en su resolución); y todas son susceptibles de enmienda o regularización* (…) *ninguna de las características señaladas en el artículo 110 (multas), concurren en el presente caso* (…) *la sanción por multa se aplica a las infracciones cometidas por "culpa grave"* (…)
>
> *La ASFI se basó en el Decreto Supremo No. 26156* (…) *la cual, efectivamente en su artículo 22 establece una especie de tabla para el pago de multas por retraso en el envío de información. Pero la ASFI no se ha detenido a considerar los siguientes aspectos:*
>
> …*la Sentencia 0042/2004 de 22 de abril de 2004* (…) *desnaturalizó totalmente la concepción arbitraria del Reglamento de establecer una "tabla de sanciones" por retrasos en envío de la información, que al ser automáticas no se detenía en el análisis exigido por el artículo 11 de este mismo Reglamento* (…)
>
> …*Es un típico caso de contradicción entre una norma inferior (decreto supremo) y otra superior (ley), que, al tenor del artículo 410 de la Constitución Política del Estado tiene una solución muy sencilla: se debe aplicar la ley por encima de un decreto, y no a la inversa, como ha ocurrido en el presente caso* (…)
>
> …*la ASFI no realizó el análisis exigido en el artículo 11 del mismo decreto supremo reglamentario, excepto en el caso 13* (sic, debió decir *caso 12*) (…) *imponiéndole, como corresponde, la sanción de* ***amonestación.*** *En los demás casos no existe este*

análisis, (…) *esa omisión ha dado lugar a sancionar a T CORP S.A. con multa en vez de amonestación* (…)

A los fines de su correcto análisis y siempre con la advertencia que lo mismo no trasciende sobre lo decidido, corresponde diseccionar el fundamento anterior, conforme sigue a continuación.

2.2.1. Límite de la declaratoria de inconstitucionalidad.-

En el alegato de la recurrente, al existir el fallo de la Sentencia Constitucional 0042/2004 de 22 de abril de 2004, pronunciado dentro de un Recurso de Inconstitucionalidad, ahora Acción de Inconstitucionalidad, el que declara la inconstitucionalidad de las frases: "…*sin necesidad de" del inc. a) del art. 108 de la LMV* (…) *"de suspensión, cancelación e inhabilitación," contenida en el art. 12.III del DS 26156 de 12 de abril de 2001, (Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores)* (…) *"de suspensión, cancelación e inhabilitación", del primer párrafo del art. 25 del DS 26156 de 12 de abril de 2001*…" (no precisamente los extremos como se señalan en el alegato), entonces se encuentra desnaturalizada "*la concepción arbitraria del Reglamento de establecer una "tabla de sanciones" por retrasos en envío de la información*".

No obstante, el parágrafo II del artículo 78°, en su numeral 4, de la Ley 254 de 5 de julio de 2012 (del Código Procesal Constitucional), es claro al señalar que: "*la inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los Artículos o parte de éstos,* ***sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes***".

Es decir, que tal declaratoria sólo recae sobre lo así expresamente determinado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no pudiendo pretenderse que, en una especie de supletoriedad, analogía o carácter extensivo (no autorizados por norma alguna), también se encuentren afectadas de inconstitucionalidad, otras previsiones -a conveniencia de la recurrente- del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, que reglamenta la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, entre ellas su artículo 22°.

Amén de ello, la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 348/2014 de 23 de mayo de 2014, bien ha aclarado que la Sentencia Constitucional 0042/2004 de 22 de abril de 2004, ha establecido que "*las sanciones por infracciones a la normativa del Mercado de Valores establecidas en el D.S. N° 26156, deben ser aplicadas siempre como emergencia de un proceso administrativo* (en rechazo de cierto carácter automático que sugerían las expresiones declaradas inconstitucionales)", el que se ha cumplido perfectamente dentro del caso.

Se aclara una vez más, que tal posición no influye sobre la decisión que consta infra, en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.2.2. Antinomia entre la Ley N° 1834 y el Decreto Supremo N° 26156.-

Por otra parte, en el alegato de la recurrente, existiría una antinomia entre la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), concretamente en sus artículos 109° y 110°, y

el artículo 22° del Decreto Supremo N° 26156, la que debe resolverse (a su favor) aplicando la Ley -por jerarquía normativa- por encima del Decreto Supremo.

Queda claro que no hacen al carácter controvertido, las diversas penalidades impuestas por gradación -gravedad- en el supra transcrito artículo 22° (lo que la recurrente denomina "*tabla*", sino su supuesta contradicción con los artículos mencionados de la Ley del Mercado de Valores.

En todo caso, la posición de la recurrente compele a la transcripción compulsiva de las normas precitadas:

Ley N° 1834, del Mercado de Valores:

"…***ARTÍCULO 109.- AMONESTACION.*** *La sanción de amonestación se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones leves (hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse), que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regularización. La reincidencia en esta misma infracción será sancionada con multa.*

ARTÍCULO 110.- MULTAS. *La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.*

Los que utilicen en beneficio propio o permitan utilizar información privilegiada de un emisor o sus Valores, con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el Mercado sobre los Valores emitidos por dicho emisor o comunicare esa información a terceros o recomiende a los mismos que compren, vendan o realicen operaciones sobre tales Valores, serán sancionados con multas, en las cuantías y montos fijados mediante reglamento…"

Decreto Supremo N° 26156:

"…***ARTICULO 22°. (Retraso en el envío de información).-*** *La Superintendencia podrá requerir cualquier tipo de información necesaria para el cumplimiento de sus actividades, en el marco de la Ley del Mercado de Valores y sus disposiciones reglamentaria.*

Las Bolsas de Valores, las Agencias de Bolsa, las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, las Sociedades de Titularización, las Entidades de Depósito, las Entidades Calificadoras de Riesgo, las Empresas de Auditoria Externa, los emisores y demás participantes del mercado de valores que se encuentren autorizados e inscritos en el RMV, deben cumplir en forma oportuna con el envió de la información a la que resulten obligados.

El retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, se

sancionará con multa según los siguientes casos:

1. De uno (1) a quince (15) días con el equivalente en Bolivianos a $us. 50.-por día de retraso.

2. Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por el inciso anterior, el retraso de la presentación de información a, partir del décimo sexto (16) hasta el trigésimo (30) día de retraso, se sancionará con el equivalente en Bolivianos a $us. 100.- por día de retraso.

3. Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por los incisos anteriores, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impondrá una multa equivalente en Bolivianos a $us. 200.- por día de retraso. El pago de las multas establecidas en el presente artículo no libera al infractor de la obligación de enviar la información requerida…"

No obstante que la legitimidad en la aplicación del Decreto Supremo N° 26156 no se encuentra en tela de juicio, se hace énfasis en la expresión "*en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento*" que sale del primer párrafo, parte final, del supra transcrito artículo 110° de la Ley N° 1834 (del Mercado de Valores), en relación a la subsunción que el Ente Regulador ha realizado de la conductas "*por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13*" (Res. Adm. ASFI 173/2014), en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 26156, conforme al objeto y alcance previstos en el artículo 1° de este último.

En tal sentido, los artículos 109° o 110° de la Ley del Mercado de Valores, no son los que expresamente van a tipificar la conducta "*Retraso en el envío de información*" sino que el último artículo nombrado -en su primer párrafo, parte final- reserva la subsunción de las multas, cual meritorias de las infracciones (*los casos* a los que se refiere el mismo artículo) en los "*montos y cuantías fijados en reglamento*", entonces y para el caso, en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 26156; en ese contexto, el tipo "*Los que utilicen en beneficio propio o permitan utilizar información privilegiada de un emisor o sus Valores…*", no hacen al tipo genérico, sino a un subtipo (posibilidad alternativa) que no hace al caso, como mal lo sugiere la recurrente.

Entonces, previamente a la compulsa entre la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998, del Mercado de Valores, y el Decreto Supremo N° 26156 (en los artículos comprometidos en la controversia presente), se la debe practicar entre los artículos 109° (*Amonestación*) y 110° (*Multas*), primer párrafo, de la Ley nombrada, para concluir en los extremos -entonces legales- siguientes:

- La sanción de amonestación, es aplicable a las "*faltas e infracciones leves*", las que a su vez están definidas por el mismo artículo, como "*hechos o* ***actos imprudentes que no pudieron evitarse***"; **<u>es en función de ello</u>** que se establece la aplicabilidad de la amonestación, a las faltas "*que no causen daño o perjuicio económico* (…) *y sean susceptibles de enmienda o regularización*".

- La sanción de multa, en cambio, es aplicable a "*infracciones u omisiones cometidas*

por culpa grave", definidos estos como los "*actos y hechos cometidos por* ***negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar***" (en ambos casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Desde luego que el "*retraso en el envío de información*" (en los cargos del N° 1 al N° 10) o el "*no envío de información*" (cargos N° 11 y N° 13), por la naturaleza de su acción, no pueden resultar en "*actos imprudentes que no pudieron evitarse*", sino que necesariamente constituyen actos "*cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar*".

En tal circunstancia, resulta palmaria la aplicabilidad a los casos que importan la nota de cargos ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, de las sanciones correspondientes que determina el artículo 22° del Decreto Supremo N° 26156, aplicable por legítimo imperio del artículo 110°, primer párrafo, de la Ley N° 1834 (del Mercado de Valores), haciendo inadmisible lo alegado en este sentido, por **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**

Nuevamente se aclara que tal posición, no irrita la determinación final que consta en la parte dispositiva del presente fallo.

2.2.3. Análisis de las circunstancias de las infracciones.-

La recurrente aqueja que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha realizado el análisis de las circunstancias de las infracciones, conforme se lo exige el artículo 11° del Decreto Supremo N° 26156 ("*excepto en el caso13*" dice, cuando correspondía mencionar mas bien el 12, dado que la sanción de amonestación -a la que en ello se hace referencia- hace al último señalado), solicitando que "*en la resolución del presente recurso se pronuncie* (…) *si es que la infracción causó daño económico* (…) *y si es o no susceptible de enmienda o rectificación*", obviamente en alusión al artículo 109° de la Ley N° 1834, del Mercado de Valores, el que precisamente establece la inconcurrencia de tales características, para determinar la existencia de infracciones leves y por tanto, la aplicabilidad de la sanción de amonestación, en lugar de la actual.

Con respecto a ello, cabe ratificar el razonamiento del numeral anterior, en sentido que fundamentalmente, el "*retraso en el envío de información*" (en los cargos del N° 1 al N° 10) o el "*no envío de información*" (cargos N° 11 y N° 13), por la naturaleza de su acción, no pueden resultar en "*actos imprudentes que no pudieron evitarse*", sino que necesariamente, constituyen actos "*cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar*", determinando que se traten de las infracciones a las que se refiere el artículo 110° de la Ley N° 1834, no así las de su artículo 109°, resultando intrascendentes los criterios sobre *daño económico* y *susceptibilidad de enmienda o rectificación* que menciona este último, dado resultar subsidiarios a la concurrencia de "*hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse*" y que, se recalca, no hacen al caso, quedando con ello atendida la pretensión principal de la recurrente -negativamente, dada su impertinencia-, en sentido de que "*se pronuncie* (…) *si es que la infracción causó daño económico* (…) *y si es o no susceptible de enmienda o rectificación*".

Aun así, el enunciado del artículo 11° no se encuentra limitado a alguno de los otros artículos mencionados, sino que, conforme lo señala en su párrafo inicial, "*la Superintendencia* -aquí léase *la Autoridad Reguladora- aplicará las sanciones señaladas en el Título II del presente Decreto Supremo, en el marco de los principios consagrados en el artículo 3°*", lo que determina que como obligación, le es inherente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, un análisis en función de los circunstancias que allí se detallan y que se transcriben a continuación:

> "…***a)*** *La acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*
>
> ***b)*** *El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
>
> ***c)*** *Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*
>
> ***d)*** *Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores.*
>
> ***e)*** *Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero…*"

Es más, resulta que a efectos de calificar la infracción y subsumirla a su tipo, para en definitiva aplicarle la sanción correspondiente, son ex ante observables las disposiciones precitadas del artículo 11°, y ex post valorables para imponer las sanciones; sin ello no debiera poderse determinar la aplicabilidad a los diversos casos, del artículo 109° o del artículo 110°, de la Ley del Mercado de Valores.

En tal sentido, corresponde ahora la comprobación señalada (sobre si se aplicó ex ante el artículo 11° del Decreto Supremo N° 26156), en los actuados del Ente Regulador, resultando que la oportunidad debida para ello, ha sido sin duda, la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de fecha 28 de marzo de 2014, en razón de su carácter sancionatorio.

Al efecto anterior y conforme la transcripción de la Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 -que consta supra-, en la parte considerativa de la misma salen las diversas descripciones de las acciones sancionadas (lo que hace al inciso 'a' del Art. 11°), como la mención del deber de "*cumplir en forma oportuna con el envío de la información a la que resulten obligados*", quedando claro de ello -no obstante su carácter válidamente intrínseco- la importancia trascendental de tal información, a los fines de mantener correctamente informados a los actores del mercado de valores, sobre las diversas circunstancias que implican, elemento esencial del mismo (y que hace al inciso 'd' del Art. 11°).

Empero de lo que no consta mención expresa acerca de si las acciones sancionadas fueron o no deliberadas (Art. 11°, Inc. 'a'); asimismo, no se encuentran alusiones acerca del

perjuicio causado (ídem, Inc. 'b'), de las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas como consecuencia de los actos (ibídem, Inc. 'c'), y de los antecedentes de las personas -infractoras- en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero (ibídem, Inc. 'e').

Resulta importante traer a colación lo determinado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de15 de septiembre de 2005, que a la letra señala:

> "…*El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad – que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas – es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión…*"

Así también, debe considerarse lo expresado en las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 y SG SIREFI RJ 06/2006 de 10 de enero de 2006, respecto (respectivamente) a la motivación de los actos administrativos y a la valoración de la prueba:

- **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:**

  "…*Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso* (…)

  Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda…"

- **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2006 de 10 de enero de 2006:**

  "…*El Artículo 29, parágrafo III, del Decreto Supremo No. 27175 indica que 'Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica'* (…)

  El sistema de la sana crítica o de la sana lógica, consiste en la libertad que tiene la Autoridad Administrativa para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Empero, este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto le exige a la Autoridad que funde sus decisiones y exprese las razones por las cuales adopta o no una determinación (…)

  Esta valoración deberá estar plenamente acreditada en la Resolución Administrativa correspondiente…"

Ahora bien, aplicados tales criterios al de autos, resulta que si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al disponer la aplicación de sanciones en cada uno de los cargos imputados a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** (conforme han sido detallados ut supra), ha actuado conforme a lo dispuesto en el artículo 110° de la Ley del Mercado de Valores, en tanto la misma le permite aplicar las sanciones de multa, en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento, en este caso, el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, no es menos cierto que también debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad, evaluando para cada cargo si se han generado perjuicios económicos, si se han obtenido ventajas, que sean susceptibles de enmienda, etc., a fin de establecer unas sanciones acordes a las infracciones.

Por lo tanto, corresponde que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, efectúe tal valoración a efectos de imponer las sanciones que correspondan, toda vez que solamente consideró para ello, el tiempo de retraso y la culpa basada en la negligencia.

2.3. La *non bis in idem*.-

El Recurso Jerárquico alega también, que:

> "…*El artículo 7 del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores señala que cuando con un solo acto, hecho u omisión se infringieran diversas disposiciones legales se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave* (…) *las infracciones 10 y 13 tienen el mismo origen, el no envío de un mismo documento* (…) *pero ha ameritado* ***doble sanción.***
>
> …*el "fundamento" de la ASFI es el artículo 21 de la misma norma, que excluye la aplicación del referido artículo 7 cuando las infracciones se refieren al envío de información* (…) *por encima de esta norma se encuentra la disposición constitucional* (…) *que en su artículo 117 numeral II señala que* ***"Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho***…"

Conviene separar según los institutos a los que hace referencia el alegato supra señalado, por cuanto, así planteado, resulta en uno confuso; a tal efecto:

- El criterio del artículo 7º del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores, corresponde a un **concurso de infracciones**: con un solo acto, hecho u omisión se infringen diversas disposiciones legales, ante cuya presencia, se aplica la sanción correspondiente a la infracción más grave.

  No obstante, tal concurso y sus efectos, experimentan (como en el caso de autos), una limitación total, cuando por disposición del artículo 21º, parte final, del mismo Reglamento, se determina que "*las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones*", extremo que ha sido hecho constar permanentemente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, desde su Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de 28 de marzo de 2014.

  Tal criterio obedece a la trascendencia fundamental de la información dentro del mercado de valores, por cuanto, hace a su esencia misma: el mercado funciona por información y su demora, inexistencia o cualquier otro aspecto que atente contra la misma, puede determinar una asimetría que ponga en riesgo la confiabilidad de las operaciones que se realizan en su interior.

  En función de ello, la limitación total dispuesta por el artículo 21º, parte final, del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores, de ninguna manera puede ser tachado de inconstitucional.

Es pertinente aclarar que si bien un "*mismo origen*" que haga a varios cargos puede determinar la existencia de un concurso de infracciones, el caso de los cargos Nº 10 y Nº 13 supera tal criterio, conforme consta infra (y no obstante que la confusión aludida en la que incurre **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, termina por quitarle la debida trascendencia). Este extremo determina que el criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de dar aplicación a la limitación total dispuesta por el artículo 21º, parte final, del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores, no ha sido correctamente razonada, por los elementos que se señalan seguidamente.

- Distinta es la ***non bis in idem***, principio de derecho administrativo que "*supone* (…) *la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas*" (Santamaría Pastor, citado en *Principios de Derecho Administrativo*, publicación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), y que se halla positivizado a los efectos presentes, en el artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, citado y transcrito -en lo pertinente- por la recurrente.

  En tal sentido, revisados los antecedentes que salen del expediente, se establece que la nota de cargos ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, notificó a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** con -entre otros-, los siguientes cargos:

  "(…)

N°	***Posible Incumplimiento***	***Información Observada***	***Disposiciones Legales presuntamente contravenidas***
			(…)
10	***Retraso en el envío de información***	***Apropiación Contable del Incremento de Capital:*** *según Testimonio N° 946/2011*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*
			(…)
13	***No envío de Información***	***Incremento de Capital:*** *Testimonio N° 946/2011 de 24/11/2011.*	*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.*

(…)"

La compulsa respecto de los que la nota señala para los cargos Nº 10 y Nº13, establecen dos diferencias:

- Para el cargo Nº 10, el incumplimiento consiste en el "*retraso en el envío de la información*", mientras que para el cargo Nº 13, lo es el "no envío de la información"; no obstante, cuando ha tocado establecer las "*Disposiciones Legales presuntamente contravenidas*", se han establecido exactamente las mismas para ambos casos: "*Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N°*

1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 104 inciso d) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005"

El carácter común de la norma infringida, no determina per se, que se traten de "*los mismos hechos*" sobre los que se estuviere imponiendo "*dos o más sanciones administrativas*"; no obstante, otras menciones posteriores del Ente Regulador (Ej.: Res. Adm. ASFI N° 173/2014: "*el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación* (…) *por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13*") sugieren se trata de la misma infracción, empero enfocada de distinta manera.

- Para el cargo Nº 10, la "*información observada*" radica en la "*Apropiación Contable del Incremento de Capital: según Testimonio N° 946/2011*", mientras que para el cargo Nº 13, lo es el "*Incremento de Capital: Testimonio N° 946/2011 de 24/11/2011*"; es decir, que por una parte se observa el no haberse informado la Apropiación Contable del Incremento de Capital, mientras que por la otra, la información extrañada es el Incremento de Capital.

  No obstante, ambas infracciones se producen **por una común, única y específica conducta**: la no presentación material y tangible, del "*Testimonio N° 946/2011 de 24/11/2011*" (sobre incremento de capital), dentro del plazo previsto para ello, lo que determina no haberse informado dentro de plazo, la *Apropiación Contable del Incremento de Capital*, y **al mismo tiempo**, el propio *Incremento de Capital*.

  Ahora es pertinente recordar que, "*nadie será procesado ni condenado más de una vez* ***por el mismo hecho***" (Const. Pol. del Estado; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica); tal es el caso: la no presentación oportuna del Testimonio N° 946/2011 de 24 de noviembre de 2011, sobre incremento de capital, es la que determinó el cargo Nº 10 (no haber informado la *Apropiación Contable del Incremento de Capital*) como también el cargo Nº 13 (no haber informado el *Incremento de Capital*).

Por consiguiente, resulta evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cuanto a los cargos Nº 10 y Nº 13, los ha imputado y sancionado, no obstante que resultan de un mismo hecho, entonces en infracción a la *non bis in ídem* y al artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, extremo que en tanto es violatorio de la misma, corresponde ser subsanado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme al presente numeral, siendo para ello oportuno tener presente lo determinado en la parte dispositiva infra del presente fallo.

2.4. Determinación de la multa en moneda nacional.-

El Recurso Jerárquico de **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.**, también alega que:

"…*la ASFI ha observado religiosamente el Decreto Supremo 26156 sin considerar el contexto del ordenamiento jurídico nacional, al señalar que las multas previstas en esta norma* ***"están denominados en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica"*** (…)

…*la aprobación de una nueva Constitución Política del Estado cuyo artículo 326 parágrafo II dispone:*

"*Las transacciones públicas en el país se realizarán en* ***moneda nacional***…"

No obstante, tal alegato es resultado de la falta de una lectura adecuada de los obrados, en concreto, del artículo primero de la -sancionatoria- Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de fecha 28 de marzo de 2014, por cuanto, el mismo ha resuelto:

"…*Sancionar a TECNOLOGÍA CORPORATIVA TCORP S.A. con* (sic) *multa equivalente* ***en Bolivianos*** *a $us.34.800.- (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del uso de la preposición "*de*", queda claro que la sanción ha sido impuesta en la unidad monetaria bolivianos, lo que de por sí ya desvirtúa el alegato de la recurrente; el hecho de que el monto en bolivianos deba ser equivalente a determinado monto en dólares americanos, no irrita tal extremo (sin embargo de cierta falencia en la redacción del artículo, por cuanto, palmariamente se trata de una "*multa en bolivianos equivalente a dólares americanos*".

En definitiva, el alegato es injustificado; no obstante, lo mismo no trasciende sobre lo en definitiva resuelto por el suscrito, en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.5. Límite de la facultad sancionatoria.-

TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A. ha alegato también, que: "*el artículo 43 de esta ley* -se refiere a la Ley No. 393 de 21 de agosto de 2013 (de Servicios Financieros)- *ha establecido límites máximos en la imposición de multas, disposición atinada, dado que uno de los principios del procedimiento administrativo es el de proporcionalidad*", para luego continuar con su análisis aplicado al caso, del precitado artículo 43º.

No obstante, el artículo 2º de la misma Ley de Servicios Financieros, establece que "*se encuentran bajo el ámbito de aplicación* (…) *las actividades financieras, la prestación de servicios financieros y las entidades financieras que realizan estas actividades*", no haciendo a lo mismo el mercado de valores, el que tiene su propia normativa, como lo es toda la que ha sido inserta en el tenor de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Consciente de ello, **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** justifica su alegato, en la posibilidad de asemejar "*el régimen sancionatorio de la ley de valores con esta ley*", no obstante, no hallando ello amparo en norma alguna, resulta inadmisible, extremo que sin embargo y en definitiva, no trasciende sobre la determinación asumida por

el suscrito, en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.6. Debido proceso.-

Por otra parte, entendido el debido proceso como una garantía fundamental en el desarrollo del proceso administrativo y por ello, de observancia imprescindible en tutela de los derechos que hacen a los administrados, así exigido y establecido por los artículos 115°, parágrafo II, y 117°, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, y 4°, inciso c), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, hacen al mismo, el derecho de defensa, extremo sobre el que ahora se deja constancia en razón de lo que señala la nota de cargos, en función a lo que después vienen a establecer, actuaciones posteriores del Ente Regulador.

En efecto, la nota ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014, notificó a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** por el "*retraso en el envío de información*" en los cargos del N° 1 al N° 10, y por el "*no envío de información*" para los cargos N° 11 y N° 13, resultando de ello claro, que el proceso ha sido iniciado por aquellas dos infracciones, que en los términos de su redacción son diversas: "*retraso en el envío*" no es lo mismo que "*no envío*".

No obstante, desde la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 173/2014 de fecha 28 de marzo de 2014 hasta el presente, se ha impuesto el criterio de que: "*el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, debe ser sancionado con multa en relación al cómputo de días de demora, que de acuerdo al análisis efectuado precedentemente, por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13…*"

Es decir, el criterio sobre "*no envío de información*" de los cargos N° 11 y N° 13, ha sido absorbido por el de "*retraso en el envío de información*" (sinónimo de "*envío extemporáneo de información*") de los cargos del N° 1 al N° 10, sin que conste una razón fundada para ello, empero lo que es más, en infracción al derecho de defensa, por cuanto y en lo que respecta a los cargos N° 11 y N° 13, a **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA - T CORP S.A.** se le ha imputado y notificado (en esos dos caso), por el "*no envío de información*", y resulta que al presente se la ha sancionado por el "*retraso en el envío de información*", importando circunstancias distintas, conforme así han sido planteadas en la nota de cargos, y determinando que la ahora recurrente no hubiera podido desarrollar a tiempo de sus descargos, las defensas adecuadas contra el fundamento de la sanción, por cuanto, tal fundamento era de inicio distinto.

Asimismo, empero ahora en observación a la conducta de la recurrente **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA – T CORP S.A.**, se tiene que la misma, por memorial presentado en fecha 15 de septiembre de 2014, ha solicitado se declare la nulidad de la providencia de 25 de agosto de 2014, referida en lo fundamental, a que:

> "*…la competencia del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en el desenvolvimiento de los procesos administrativos recursivos, está limitada exclusivamente, a la sustanciación y resolución de los Recursos Jerárquicos (Rglmto. Aprob. por D.S. 27175, Arts. 55° y 59°) y en su caso, a la consideración de las*

eventuales solicitudes sobre suspensión de la ejecución del acto, mientras se agote la vía administrativa (ídem, Art. 40°, Par. I, última parte), no correspondiendo a tal competencia, la devolución de multas pagadas, como ha sido solicitado en fecha 21 de julio de 2014 -por parte de **TECNOLOGÍA CORPORATIVA SOCIEDAD ANÓNIMA – T CORP S.A.**-*, extremos sobre los que se ha dejado debida constancia en la providencia de fecha 28 de julio de 2014…*"

En tal sentido y ratificando la posición jurídica anterior, no corresponde al presente la sustanciación de una nulidad como la señalada en el memorial de 15 de septiembre de 2014, ello por cuanto, al no encontrarse previsto en norma procesal administrativa alguna, importaría una nueva infracción al debido proceso, ahora en cuanto al principio de legalidad, correspondiendo, dada la determinación adoptada por el suscrito (y que consta infra), se tengan presentes estos extremos por parte del Ente Regulador así como por la propia recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DSV/R-24473/2014 de 14 de febrero de 2014 **inclusive,** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva nota de cargos conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

YENNY YOVANNA FERNANDEZ CHIRI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 375-2014 DE 27 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 065/2014 DE 17 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2014

La Paz, 17 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el abogado, Dr. Jaime Álvarez Vargas, en legal representación de la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la nota APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 057/2014 de fecha 01 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 109/2014 de fecha 03 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de junio de 2014, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI,** representada al efecto por el abogado, Dr. Jaime Álvarez Vargas, conforme consta en el Testimonio Poder N° 1608/2013, otorgado en fecha 2 de octubre de 2013 por ante Notaría de Fe Pública Nº 93 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo del Dr. Cristian René Molina Machicao, presentó Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la nota APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1840/2014, con fecha de recepción 24 de junio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de junio de 2014, notificado en fecha 2 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014.

Que, mediante auto de fecha 27 de junio de 2014, notificado a **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros** en fecha 2 de julio de 2014, se dispuso poner en conocimiento de la misma la existencia del Recurso Jerárquico, a efectos de que quienes resulten interesados en el mismo, se apersonen y presenten en el término de diez (10) días administrativos, sus alegatos.

Que, en cumplimiento a lo mismo, mediante memorial presentado en fecha 22 de julio de 2014, **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros** presentó sus alegatos en relación al Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, en principio y por pertinente, se deja constancia que en el desarrollo de la generalidad del proceso administrativo presente, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI** ha actuado -y actúa- representada por el Dr. Jaime Álvarez Vargas, en mérito al Poder N° 1608/2013 otorgado en fecha 2 de octubre de 2013 por ante Notaría a cargo del Dr. Cristian René Molina Machicao de la ciudad de Santa Cruz, por el cual se aclara que el mandato que importa, ha sido otorgado inicialmente en favor del señor Alberto Chileno García (instrumento N° 2207/2013 de 26 de septiembre de 2013, notaria Dra. Pura América Urquiza Franco de la ciudad de Santa Cruz) y quien, amparándose en una facultad de sustitución expresa, a su vez lo ha otorgado a favor del precitado Dr. Jaime Álvarez Vargas.

Que, no obstante tales extremos y en observancia del artículo 804° del Código Civil, se tiene a cualquier efecto, a la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, como a la denunciante del memorial de 11 de noviembre (relacionado infra) y ahora como a la recurrente dentro del proceso administrativo que se conoce y sustancia al presente.

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. MEMORIAL DE FECHA 11 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante memorial presentado en fecha 11 de noviembre de 2013, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, representada al efecto por el Dr. Jaime Álvarez Vargas,

presentó denuncia en contra de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, por "*Negligencia y Omisión*", conforme a los siguientes argumentos:

> "*…Sucede que en fecha 22/08/2013 cuando el Chofer de mi Poderdante Sr. Dixon Uño López, con Lic. Cond. No. 8069536 SCZ., Categ. "C", conducía el Camión Marca JAC, Placa 3108PTF, Motor No. 01012859, Chasis No. LJ11RFCD7D3000816, de propiedad Sra.* (sic) *Yenny Fernández Chiri, a la altura del 4to. Anillo y Radial 17½ de la ciudad de Santa Cruz, protagonizo* (sic) *un Hecho de Transito* (sic) *"Choque a objeto Fijo Inmuebles", donde el vehículo de referencia quedo* (sic) *con Daños materiales de consideración; es así que a Hrs. 14:00 p.m. del día 22/08/2013 el Sr. Dixon se hizo presente en el Modulo* (sic) *Policial No. 9 de la Radial 17½ de la ciudad de Santa Cruz, donde prestó su Declaración Informativa ante la Policía asignada Celia Aguirre V., Caso Nº 403/13, y posteriormente se le realizó el TEST* (sic) *de Alcoholemia "No. 409" en el Hospital Policial "Virgen de Copacabana No. 3" a cargo Dra. Virginia Murguía - Bioquímica Farmacéutica, el mismo que dio "NEGATIVO" de Alcohol.*
>
> *Que mi Poderdante* ***Sra. Yenny Fernández a Hrs. 16:09:56 p.m.*** *del día* ***22/08/2013, llamo*** *al* ***Celular No. 72160042*** *del* ***Sr. Francisco Núñez - Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados",*** *dándole* ***aviso del Hecho de Transito*** (sic) *protagonizado por su camión marca JAC y conducido por el Sr. Dixon;* ***para que este se haga cargo*** *de la* ***Ejecución de la Póliza de Seguro No. KA-B91828, hecho que NO fue realizado por el Sr. Francisco*** *de la* ***Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados"*** *en el Término Previsto por ley, tal como se evidencia en la* ***Carta CITE: SC/JR/0106/2013*** *de la* ***Compañía de Seguros CREDINFORM Internacional S.A.*** *en* ***Respuesta*** *a la* ***Solicitud de Reclamo No. SC-088605*** *de la* ***Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados";*** *donde se le* ***INFORMA*** *a la* ***Sra. Yenny Fernandez Chiri,*** *de la* ***Improcedencia del Reclamo No. SC-088605 en Todas sus Coberturas debido al Incumplimiento pactado en el Inc. C del Numeral 23 Obligaciones del Asegurado, del Condicionado General de su Póliza de Seguros de Automotores KA-B91828*** *que a la letra dice "Denunciar inmediatamente el Hecho a la autoridad competente y dar aviso a la Compañía dentro del plazo de Tres (3) Días previsto por ley". Toda vez que el* ***Reclamo de Siniestro No. SC-088605*** *realizado por parte de su Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados" mediante* ***Correo Electrónico fue realizado en fecha 28 de agosto de 2013, es decir fuera de los Tres (3) Días*** *previstos por ley.*
>
> *Por todo lo anteriormente expuesto y demostrando que mi Poderdante Sra. Yenny Fernández Chiri* ***NO ha Incumplido*** *el* ***Inc. C*** *del* ***Numeral 23*** *de la Póliza de Seguros de Automotores No. KA-B91828 y mucho menos el* ***Art. 1028 y 1030*** *Código Comercio, toda ves que el mismo día del Hecho de Transito* (sic) *dio* ***AVISO*** *mediante* ***llamada*** *de su* ***Celular No. 76376100*** *a la* ***Corredora de Seguros "Kieffer*** *y* ***Asociados"*** *en la persona del* ***Sr. Francisco Núñez - Cel. No. 72160042,*** *y siendo que la Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados" de acuerdo a la* ***Carta CITE: SC/JR/0106/2013*** *de la Compañía de Seguros CREDINFORM Internacional S.A. de Respuesta a la Solicitud de Reclamo No. SC-088605 de la Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados"; Informa a la Sra. Yenny Fernández Chiri que la Compañía de Seguros "Kieffer y Asociados", Informa a la Sra. Yenny Fernández Chiri que la Compañía de Seguros NO va proceder a la Cobertura de la Póliza Nº KA-B91828, por el Incumplimiento del Inc. C, del Numeral 23 Obligaciones del Asegurado; por el RETRASO de Seis días en Comunicar el hecho de*

Tránsito a la Compañía de Seguros CREDINFORM Internacional S.A., al amparo del ***Art. 24 C.P.E. y Art. 1028 y 1030 Código de Comercio, Art. 21 Ley No. 1883 de fecha 25/06/1998,*** *formalizo* ***Denuncia*** *de* ***NEGLIGENCIA y OMISION*** (sic) *de la Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados" en la Ejecución de la Cobertura de la Póliza de Seguros de Automotores No. KA-B91828 de la Sra. Yenny Yovanna Fernández Chiri con la Compañía de Seguros y Reaseguros CREDINFORM* (sic) *Internacional S.A., solicitando a su autoridad que previos los tramites de ley, dicte Resolución declarando* ***Probada*** *en todas sus partes mi Denuncia de Negligencia y Omisión en la Ejecución de la Póliza de Seguros de Automotores No. KA-B91828 cometido por la Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados" al NO dar el Aviso del Hecho de Transito en el tiempo previsto por ley; y* ***ordenando*** *se proceda a la Ejecución de la Póliza por Omisión de la Corredora de Seguros "Kieffer y Asociados" para la Cobertura Total de la Póliza de Seguros de Automotores No. KA-B91828 a Nombre: Yenny Yovanna Fernández Chiri, con C.I. No. 5028947 Tja. …*"

2. INFORMES DE LA ASEGURADORA Y DE LA CORREDORA DE SEGUROS.-

Toda vez que por nota APS/DS/JTS/20484/2013 de 18 de noviembre de 2013 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó a **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, remita la Póliza de seguro y un informe que justifique su posición ante la denuncia efectuada en su contra, la misma, mediante nota presentada en fecha 2 de diciembre de 2013, comunicó que en ningún momento incumplió con sus obligaciones, por cuanto habría informado del hecho y presentado los documentos a la Compañía de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., de forma oportuna y en la medida en que la asegurada le entregó la documentación correspondiente.

La Autoridad Reguladora, mediante notas APS/DS/JTS/20812/2013, recibida por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. en fecha 12 de diciembre de 2013, y APS/DS/JTS/21080/2013, en fecha 3 de enero de 2013, solicitó a la misma un informe documentado que justifique su posición y aclare una supuesta contradicción respecto del reclamo presentado por la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**.

Por su efecto, mediante notas SC/DR/2571/2013 de 17 de diciembre de 2013 y SC/DR/0165/2014 de 8 de enero de 2014, la Compañía Aseguradora informó que, de acuerdo a los antecedentes, la asegurada **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI** incumplió lo dispuesto en el numeral 23, inciso c), de la Póliza de Seguro de Automotores que tiene suscrita, debido a que el conductor del vehículo siniestrado, Sr. Dixon Uño López, se presentó a prestar su declaración informativa, doce horas después de haber ocurrido el siniestro, pese a haber señalado que desde las 4:00 a.m. pasó por varias estaciones policiales buscando el vehículo que fue secuestrado por la policía, en ninguna de las cuales hizo la denuncia respectiva, por lo que no correspondería la ejecución de la Póliza.

3. NOTA APS.EXT.DS/797/2014 DE 13 DE MARZO DE 2014.-

Como emergencia de lo anterior y luego de acumulados los antecedentes señalados, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros respondió a la señora **YENNY**

YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI mediante la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, por la que manifiesta lo siguiente:

> "…*adjunto a la presente encontrara* (sic) *copia simple de la nota de 29 de noviembre de 2013 remitida por Kieffer Corredores de Seguros, por la que informan que se procedió a dar aviso de siniestro en tiempo oportuno a la compañía de seguros, no siendo este la causa de rechazo a la cobertura por parte de la aseguradora.*
>
> *Por otra parte se adjunta también copia simple de la nota SC/JR/0165/2014 por la que la aseguradora informa su posición con relación al reclamo presentado.*
>
> *Evaluada la póliza, es necesario aclarar que el condicionado general de la póliza KA-B91828 en el Art. 23 inciso c) señala lo siguiente:*
>
> ***OBLIGACIONES DEL ASEGURADO***
>
> ***En caso de siniestro que pudiera estar cubierto bajo esta Póliza, el Asegurado está obligado a:***
>
> *c) Denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente y dar aviso a la Compañía, en jurisdicción donde se produjo el hecho, oficializando todas las circunstancias y detalles del mismo dentro del plazo establecido normativamente y/u otro mayor pactado en la presente.*
>
> *Tomando en cuenta lo precedentemente señalado se observa que el conductor del vehículo dio parte del siniestro a la autoridad competente 12 horas después de ocurrido el hecho.*
>
> *En este sentido, si no se encuentra de acuerdo con lo establecido en su contrato de seguros podrá someterse al arbitraje de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1883 de Seguros que a la letra señala lo siguiente:*
>
> "*ARBITRAJE.- Las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si 'por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, estas deberán definirse por la vía del arbitraje*…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha de fecha 21 de marzo de 2014, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, representada al efecto por el Dr. Jaime Álvarez Vargas, interpone Recurso de Revocatoria contra la nota APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13 de marzo de 2014, bajo los siguientes argumentos:

> "…*he sido legalmente Notificado en fecha 18/03/2014 por ante las oficinas de la APS departamental de Santa Cruz, con el Cite APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13/03/2014 - de Respuesta al Tramite* (sic) *No. 441, donde en su Parte Resolutiva establece que se debería acudir a un Arbitraje con la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. para revisar las condiciones técnicas de la cobertura del seguro del vehículo siniestrado, al amparo del* ***Art. 24*** *y* ***115*** *C.P.E.,* ***Art. 1028*** *Código de Comercio y* ***Art. 30*** *y* ***41*** *Ley No. 1883/99, en tiempo hábil tengo a bien* ***Impugnar*** (sic) ***mediante RECURSO de REVOCATORIA la Resolución - Cite APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13/03/2014 dictada por el Lic. Neil David Bellido Chaves - DIRECTOR de***

SEGUROS a.i. Autoridad de Fiscalización *y* ***Control de Pensiones*** *y* ***Seguros- APS,*** *solicitando a su autoridad que previos los tramites de ley, y de una revisión mas* (sic) *prolija de las pruebas que cursan en el Tramite* (sic) *No. 441 dicte Resolución* ***ordenando*** *que al haber demostrado la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. que a través de su Ejecutivo FRANCISCO NUÑEZ a Hrs. 08:30 a.m. del día 23 de agosto de 2014 años (Es decir 1 Día después del Siniestro) procedió VIA TELEFONICA a dar el aviso correspondiente del Siniestro ocurrido a la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. y coordinando con el Sr. MARTIN CHAVEZ - Inspector de Siniestros de la Compañía de Seguros Credinform, se encontraron en el Modulo* (sic) *Policial de la Radial 17½ donde se encontraba el vehículo siniestrado, y donde el Sr. Martin procedió a tomar las Fotografías y recabar información sobre el vehículo siniestrado y que la Compañía Credinform le solicito que le hiciera llegar toda la Documentación* (sic) *del siniestro a fin de proseguir con el procesó de Atención al Reclamo, esta documentación del siniestro fue Complementada en fecha 28/08/2013 a través del Inspector de Credinform Sr. SUSANO SALAZAR a quien se le hizo llegar toda la documentación; por lo tanto la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. ha Cumplido* (sic) *con lo previsto por el* ***Art. 1028 Código de Comercio****.* ***"Es decir dio El AVISO del Siniestro ocurrido a la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. UN DIA DESPUES de SUCITADO*** (sic) ***EL SINIESTRO - el Hecho*** (sic) ***fue el 22/08/2013 y el Aviso*** (sic) ***fue el 23/08/2013"****; y que habiéndose demostrado fehacientemente a través de las pruebas de descargo presentadas por la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A, que la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. a través de su Inspector de Siniestro Sr. Martin Chávez en fecha 23/08/2013 (Comunicación Vía Telefónica) y posteriormente el Sr. Susano Salazar en fecha 28/08/2013 a quienes la Corredora Kieffer les hizo llegar toda la documentación (Formulario de Declaración Policial, Informe Técnico de Transito, Test de Alcoholemia No. 409, Formulario de Declaración Policial, copia Licencia Conducir y Fotografías del Siniestro) del Siniestro del Vehículo Marca JAC, Placa No. 3108PTF de propiedad de mi Poderdante, tuvieron conocimiento del siniestro ocurrido dentro del término previsto por el Art. 1028 Cod. Comercio, corresponde Declara Exenta o Libre de Responsabilidad a la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. dentro del Trámite Nº 411 – Denuncia de Omisión de Cobertura de Seguros y Ejecución de la Póliza de Garantía* ***y ordene a la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. que al haberse demostrado que el Siniestro ocurrido fue puesto a su conocimiento por medio de sus Inspectores de Siniestros Sres. Martín Chávez y Susano Salazar por la Corredora de Seguros Kieffer & Asociados S.A. dentro del Término*** (sic) ***previsto por el Art. 1028 Cód. Comercio Proceda*** (sic) ***Inmediatamente*** (sic) ***al Pago*** (sic) ***y/o Cobertura*** (sic) ***total de la Póliza de Seguros No. KA-B91828, con COSTAS****, bajo alternativa de iniciar trámite Administrativo de Cobro de Reserva de Siniestro Pendiente y la respectiva Multa o Sanción por Falta Grave o Gravísima…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 375-2014 DE FECHA 27 DE MAYO DE 2014.-

Previamente a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, por auto de fecha 21 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros amplió el plazo "*en diez (10) días hábiles administrativos*

adicionales", para dictar la Resolución Administrativa al Recurso de Revocatoria interpuesto, disponiendo demás que:

> "…*el Sr. Jaime Alvarez Vargas, pueda aclarar si la denuncia presentada es contra la corredora de Seguros Kieffer & Asociados S.A. o contra la aseguradora Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., tomando en cuenta que en su memorial de fecha 21 de octubre de 2013 presenta reclamo contra el intermediario y mediante memorial de recurso de revocatoria de fecha 21 de marzo de 2014 presenta reclamo por el mismo siniestro contra Seguros y Reaseguros Credinform International S.A….*"

En cumplimiento a tal requerimiento y mediante memorial presentado en fecha 9 de mayo de 2014, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, representada al efecto por el Dr. Jaime Álvarez Vargas, en cumplimiento al requerimiento efectuado por la Autoridad Reguladora, aclara que: "*la Denuncia – Trámite No 411/2013 de Omisión y Negligencia y Ejecución de la Póliza por Omisión* (…) ***es en contra de la Corredora de Seguros KIEFFER y Asociados***".

Luego, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, mediante la cual resolvió "***CONFIRMAR*** *en todas sus partes la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014*", con los siguientes fundamentos:

> "…***CONSIDERANDO***
>
> *Que corresponde analizar y establecer los hechos cronológicamente en la manera en que se suscitaron, efectuando el análisis respectivo.*
>
> 1 *Por las propias declaraciones del conductor del camión marca JAC con placa de circulación 3108-PTF que protagonizó el hecho de tránsito Sr. Dixon Uño López, a Hrs. 01:30 a.m. aproximadamente del día 22 de agosto de 2013, en inmediaciones de la calle 18 de octubre, entre el Cuarto y Quinto Anillo de Circunvalación de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, mientras conducía dicho vehículo, por cansancio se durmió chocando contra tres inmuebles, sufriendo el motorizado daños de consideración.*
>
> 2 *Por declaraciones de testigos del hecho recabadas por efectivos policiales, cursantes en el respectivo Informe Policial de fecha 26 de agosto de 2013, una vez ocurrido el siniestro, vieron salir del vehículo a un joven (el cual presumimos que se trata del Sr. Dixon Uño Ávila) quien decía "ayúdenme, llamen a la policía", alejándose del vehículo corriendo por una de las calles, indicando que iba a buscar ayuda para sacar su camión.*
>
> 3 *Personal de la Unidad Operativa de Tránsito, tomó conocimiento del hecho a Hrs. 03:00 a.m. aproximadamente del día 22 de agosto de 2013, a llamado del personal de Patrullaje del Distrito Policial DP-6, donde encontraron al vehículo sin conductor, ya que el mismo había abandonado el motorizado.*

4 *A Hrs. 14:00 p.m. aproximadamente del día 22 de agosto de 2013, se apersonó al MP-6 el Sr. Dixon Uño López quien se identificó como el conductor del camión que protagonizó el hecho de tránsito, procediendo a tomársele su declaración informativa, relatando lo sucedido y realizándosele el correspondiente test de alcoholemia, el cual dio negativo.*

5 *Mediante nota SC/JR/0106/2013, Credinform International S.A., informó a la asegurada, ahora recurrente, Sra. Yenny Fernández Chiri, la improcedencia de su reclamo de siniestro en todas las coberturas.*

6 *De acuerdo a la documentación presentada por el propio recurrente, consistente en detalle de llamadas del No. Celular 76376100, se evidencia que el día 22 de agosto de 2013 a Hrs. 16:09 p.m., efectuó una llamada al No. 72160042 del Sr. Francisco Núñez, ejecutivo de la corredora de seguros Kieffer & Asociados (presumimos que para informar del siniestro).*

7 *De acuerdo a la nota de fecha 29 de noviembre de 2013, a requerimiento de la APS, Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros, informa que el reclamo de siniestro fue efectuado en sus oficinas por el Sr. Dixon Uñó y recepcionado por su ejecutivo Sr. Francisco Núñez al promediar las 18:30 p.m. del día 22 de agosto de 2013, procediendo a hacerle llenar el respectivo Formulario de Aviso de Siniestro, solicitando a la vez, hiciera llegar la documentación legal relativa al mismo a efectos de remitirla a la compañía aseguradora Credinform.*

En vista de la hora en que se tramitó el Formulario de Aviso de Siniestro (18:30 y 19:00 p.m. del 22 de agosto de 2013), a Hrs. 08:30 del día siguiente 23 de agosto de 2013, el ejecutivo de Kieffer & Asociados, se comunicó vía telefónica con la compañía aseguradora Credinform dando aviso del siniestro y coordinando el respectivo encuentro con uno de los inspectores en el Módulo Policial a efectos de recabar información del siniestro y la toma de fotografías. En ese entendido a Hrs. 10:30 a.m. del día 23 de agosto de 2013 el Sr. Francisco Núñez de la corredora Kieffer & Asociados se encontró en Tránsito de la calle Radial 17½ con el Sr. Martín Chávez de la aseguradora Credinform donde dicho funcionario recabó la información necesaria y solicitó se le hiciera llegar la documentación del siniestro.

En fecha 27 de agosto de 2013, la asegurada, ahora recurrente, les hizo llegar la documentación referida al siniestro (Formulario de Declaración Policial, Informe Técnico de Tránsito, Test de Alcoholemia, Copia de la Licencia de Conducir del conductor), las que juntamente con las fotografías tomadas del siniestro, y el formulario de aviso de siniestro de fecha 22 de agosto de 2013 fueron remitidas para conocimiento de Credinform International al día siguiente, 28 de agosto de 2013 a Hrs. 09:45 a.m.

La compañía aseguradora no puede alegar que se hubiese dado aviso extemporáneo del siniestro, ya que sus propios ejecutivos tuvieron conocimiento del siniestro y acudieron a instancias policiales y obtuvieron las fotografías del vehículo accidentado, a fin de comprobar las características del mismo, en el

marco del parágrafo segundo del art. 1028 del Código de Comercio. Aspecto que queda comprobado por la nota SC/DR/1284/2013 emitida por Credinform en fecha 21 de noviembre de 2013, demostrando que Kieffer & Asociados en ningún momento incurrió en incumplimiento de deberes como corredor de seguros de la Sra. Yenny Fernández Chiri y menos generó daño alguno a la asegurada, por el contrario, actuó de forma diligente, tanto frente a la asegurada como a la compañía de seguros Crendinform.

8 *De acuerdo a la nota SC/DR/257172013 de 16 de diciembre de 2013, la aseguradora Credinform International S.A., establece que en fecha 23 de agosto de 2013 mediante llamada telefónica, el Sr. Francisco Núñez, funcionario de la corredora de seguros Kieffer & Asociados, les informó sobre el accidente de tránsito protagonizado el día anterior por el camión de la asegurada Sra. Yenny Fernández Chiri, y que el 28 de agosto de 2013 les hicieron llegar la documentación relacionada al reclamo.*

Que es necesario precisar que respecto al contrato de seguros, el Código de Comercio en su articulado 979 establece que: "(Concepto). Por contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o ***a cumplir la prestación convenida*** *al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la prima. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto". (Las negrillas y subrayado son de la APS)*

Que así también, el artículo 982 (Consensualidad) de dicho cuerpo normativo, establece que; "El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración".

Que notemos que en el contrato de seguros existen dos elementos, el asegurado, tomador del seguro o beneficiario y el asegurador, este último constituido de acuerdo a nuestra normativa en una sociedad anónima. Ambas partes se obligan a hacer determinada cosa, uno a pagar la prima respectiva y el otro a cumplir la prestación convenida, todo esto de acuerdo a lo estipulado o pactado en el contrato de seguro y las condiciones generales y particulares, cláusulas y anexos respectivos.

Que la asegurada Sra. Yenny Fernández Chiri, ahora la recurrente, contrató de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., un seguro de automotores para el camión marca JAC con placa de circulación 3108PTF bajop (sic) *la Póliza de Seguros de Automotores No. KA-B91828, cuyo inciso c) del numeral 23 Obligaciones del Asegurado, del Condicionado General establece lo siguiente:*

"***OBLIGACIONES DEL ASEGURADO***

En caso de siniestro que pudiera estar cubierto bajo esta Póliza, el Asegurado está obligado a:
c) Denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente y dar aviso a la Compañía, en la jurisdicción donde se produjo el hecho, oficializando todas las

circunstancias y detalles del mismo dentro del plazo establecido normativamente y/u otro mayor pactado en la presente".

Que puede observarse con toda claridad, que lo pactado entre ambas partes, es decir, entre la asegurada y la Compañía de Seguros en la Póliza de Seguro de Automotores KA-B91828 en el punto destacado inmediato precedente, fueron dos condiciones; 1ra. ***Denunciar el hecho****, es decir, el siniestro que para el caso concreto, resulta en el accidente que sufrió el camión marca JAC con placa de circulación 3108PTF en día 22 de agosto de 2013, en inmediaciones de la calle 18 de octubre entre el Cuarto y Quinto Anillo de Circunvalación de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra,* ***de manera inmediata a la Autoridad Competente (Tránsito)*** *y 2da. Dar aviso a la Compañía, en la jurisdicción donde se produjo el hecho, dentro del plazo establecido al efecto.*

Que nótese de los antecedentes cronológicos detallados precedentemente que, aproximadamente a la 01:30 a.m. del día 22 de agosto de 2013, de acuerdo a lo establecido en el Informe Policial del Caso 403/2013 de 26 de agosto de 2013, refrendado por Dixon Uño López, una vez acaecido el siniestro, el conductor del camión marca JAC con placa de circulación 3108PTF (se presume que se trataba de Dixon Uño López), abandonó de manera inmediata el motorizado en el lugar del accidente alejándose por una calle aledaña, pidiendo a los testigos que llamen a la policía. Asimismo también se puede percibir por lo narrado por los testigos y el propio conductor, que el mismo no mostraba señas de daño físico alguno.

Que la acción del conductor de abandonar el motorizado siniestrado en el lugar del hecho, incurre en la prohibición determinada en el artículo 1065 del Código de Comercio que establece; "(ABANDONO) Al ocurrir un siniestro no le está permitido al asegurado abandonar las cosas aseguradas, estén o no dañadas por el siniestro, salvo pacto en contrario". Entonces el conductor del camión objeto del seguro, abandonó el objeto siniestrado y el lugar del hecho, aspecto que impidió la pronta ocurrencia de la Autoridad Competente y de las propias investigaciones, en lugar de efectuar las diligencias respectivas que el caso ameritaba, entre ellas, llamar de inmediato a la Unidad Operativa de Tránsito y efectuar la denuncia en consecuencia. Sin embargo se observa que las acciones de la Autoridad Competente fueron efectuadas a denuncia de los afectados de los inmuebles con los que el vehículo chocó y el propio patrullaje de del DP-6.

Que asimismo, llama poderosamente la atención el hecho que; (sic) *si el siniestro ocurrió a Hrs. 01:30 a.m. del día 22 de agosto de 2013, el Sr. Dixon Uñó* (sic) *López, recién se apersonó al Módulo Policial ubicado en la calle Radial 17½ a hrs. 14:00 p.m. arguyendo que estuvo hasta esa hora buscando su vehículo y recién a esa hora, es decir, después de más de 12 horas de ocurrido el siniestro, efectuó su declaración informativa ante la Autoridad Competente, cuando ese hecho debería haberlo efectuado, en cumplimiento a lo pactado en el contrato de seguro y la póliza de seguro, de manera inmediata a la ocurrencia del siniestro, demostrándose una total falta de diligencia, siendo que dicha responsabilidad corresponde al asegurado y no a la corredora de seguros, mucho más tomando en cuenta la hora en la que ocurrió*

el siniestro.

Que hasta Hrs. 16:09 p.m. del día 22 de agosto de 2013 la corredora de seguros Kieffer & Asociados, es decir, catorce horas y media después de ocurrido el siniestro, recién tomó conocimiento del mismo, esto debido a la llamada de la asegurada al ejecutivo de la corredora de seguros, informándole del siniestro y a Hrs. 18:30 el conductor del motorizado se hizo presente en oficinas de Kieffer & Asociados, por lo que desde esa hora ésta recién empezó a hacer las gestiones necesarias, tales como el llenado del Formulario de Aviso de Siniestro, solicitando la documentación respectiva para ser remitida a la aseguradora. Dicha documentación fue entregada el día 28 de agosto de 2013.

Que la asegurada incurre en confusión, puesto que una cosa es el aviso de siniestro y otra es la remisión de la documentación legal a la aseguradora, el aviso de siniestro por parte de la asegurada fue efectuado a la corredora de seguros el día 22 de agosto de 2013, quien a su vez comunicó a la aseguradora la ocurrencia del siniestro a primera hora hábil del día 23 de agosto de 2013, efectuando las gestiones y coordinando con el ejecutivo de la aseguradora las acciones pertinentes, tal cual consta de la documentación cursante en el expediente. El 28 de agosto de 2013, la asegurada hizo llegar la documentación legal a la corredora quien a su vez la remitió a la aseguradora.

Que si bien es cierto lo aseverado por Credinform International S.A. respecto a que Kieffer & Asociados le hizo llegar la documentación legal del hecho en fecha 28 de agosto de 2013, no es menos cierto que el aviso del siniestro fue puesto en conocimiento de la aseguradora en fecha 23 de agosto de 2013 por parte de la corredora de seguros, por lo que lo aseverado por la recurrente carece de objetividad.

*Que se puede evidenciar que el motivo del rechazo del reclamo de la asegurada y ahora recurrente por parte de Credinform International S.A., en todas su coberturas, se debió a la falta de denuncia **inmediata** por parte del asegurado a la Autoridad Competente (Unidad Operativa de Tránsito) del siniestro acaecido en fecha 22 de agosto de 2013, por parte del vehículo con placa de circulación 3108PTF conducido por Dixon Uño López, bajo la Póliza de Seguros de Automotores No. KA-B91828, incumpliendo lo determinado en el inciso c) del numeral 23 Obligaciones del Asegurado, del Condicionado General, es decir, no denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente, contrariamente a lo aseverado por la recurrente.*

Que así también, no se puede entender el actuar del conductor del camión siniestrado, ya que se puede apreciar que dicho conductor posee una Licencia de Conducir con Categoría "C", es decir, "Profesional", aspecto que indica que debería tratarse de un chofer con bastante experiencia en la conducción de vehículos pesados, aspectos técnico-mecánicos, completo conocimiento de normas de tránsito, etc., consecuentemente, debería tener perfecto conocimiento de que una vez acaecido un hecho de tránsito, lo primero que se tiene que hacer, es efectuar la respectiva denuncia ante el Organismo Operativo de Tránsito.

Que por los actuados, pruebas, etc., cursantes en el expediente, se puede evidenciar que la corredora de seguros Kieffer & Asociados, efectuó las actividades necesarias propias de sus responsabilidades establecidas en la normativa vigente, demostrando diligentemente tales acciones, contrariamente a lo que establece la recurrente, quien describe argumentos por demás contradictorios, ya que por un lado asevera que la corredora de seguros no efectuó el aviso de siniestro correspondiente dentro del plazo que la ley determina, siendo que por otro lado en el propio memorial del recurso de revocatoria establece de manera textual lo siguiente:

"Que al haber demostrado la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. que a través de su Ejecutivo FRANCISCO NUÑEZ a Hrs. 08:30 del día 23 de agosto de 2014 años (Es decir 1 día después del siniestro) procedió VÍA TELEFONICA a dar el aviso correspondiente del siniestro ocurrido a la Compañía de Seguros CREDINFORM INTEERNATIONAL S.A. y coordinando con el Sr. MARTIN CHAVEZ – Inspector de Siniestros de la Compañía de Seguros Credinform, se encontraron en el Módulo Policial de la Radial 17½ donde se encontraba el vehículo siniestrado y que la Compañía Credinform le solicitó que le hiciera llegar toda la Documentación del siniestro fue Complementada en fecha 28/08/2013 a través del Inspector de Credinform Sr. SUSANO SALAZAR a quien se le hizo llegar toda la documentación; por lo tanto la Corredora de Seguros Kieffer Y Asociados S.A. ***ha Cumplido con lo previsto por el Art. 1028 Código de Comercio****. "Es decir dio EL AVISO del Siniestro ocurrido a la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. UN DÍA DESPUES de SUCITADO EL SINIESTRO - el hecho fue el 22/08/2013 y el Aviso fue el 23/08/2013, y que habiéndose cumplido fehacientemente a través de las pruebas de descargo presentadas por la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. que la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNANCIONAL S.A. a través de su Inspector de Siniestro Sr. Martín Chávez en fecha 23/08/2013 (Comunicación Vía Telefónica) y posteriormente al Sr. Susano Salazar en fecha 28/08/2013 a quienes la Corredora Kieffer les hizo llegar toda la documentación (Formulario de Declaración Policial, Informe Técnico de Tránsito, Test de Alcoholemia No. 409, Formulario de Declaración Policial, copia Licencia de Conducir y Fotografías del Siniestro) del Siniestro del Vehículo Marca JAC, Placa No. 3108PTF de propiedad de mi poderdante, tuvieron conocimiento del siniestro ocurrido dentro del término previsto por el Art. 1028 Cod. Comercio, corresponde Declarar Exenta o Libre de Responsabilidad a la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. dentro del Trámite No. 411 – Denuncia de Omisión de Cobertura de Seguros y Ejecución de la Póliza de Garantía…" Por lo que es notoriamente claro, que es la propia recurrente quien libera completamente de responsabilidades a la corredora de seguros. (Las negrillas y subrayado son de la APS).*

CONSIDERANDO

Que la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo en el inciso c) de su articulado 4 prevé que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando el debido proceso, con lo cual el ordenamiento jurídico administrativo establece que la Administración debe seguir un procedimiento formal para llegar a la adopción de una decisión, ya sea positiva o negativa para el administrado; es decir,

que el ejercicio de las potestades de la Administración requiere su sujeción a un procedimiento legal reglamentariamente establecido, en consecuencia la Administración, en ningún caso puede imponer o dictar un acto sin que se haya tramitado el correspondiente procedimiento. Por lo tanto el principio del debido proceso está dirigido a excluir definitivamente la adopción de decisiones administrativas sin el correspondiente procedimiento.

Que el principio mencionado precedentemente está íntimamente ligado a lo que es el principio de legalidad, lo cual supone que el equilibrio que debe presidir las situaciones que vinculan recíprocamente a la Administración con el administrado, requieren de ciertas garantías que deben ser cumplidas, en tal sentido, el principio de legalidad que debe imperar en todo acto administrativo se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento jurídico, el cual limita su poder jurídico, así como la garantía al derecho a la defensa que tiene el administrado, en lo que se conoce como el principio del debido proceso legal.

Que al respecto la doctrina establece que: "El principio de legalidad se ha plasmado en una doble exigencia. En primer lugar (exigencia negativa) en la prohibición de actuar en contra del ordenamiento jurídico, y en segundo lugar (exigencia positiva) en la necesidad de que la Administración obre adecuadamente cuando así lo exige el ordenamiento jurídico. (Guido Santiago Tawil, Administración y Justicia, Volumen I, Ediciones Depalma, pag. 43)".

Que éstos postulados son recogidos por nuestra legislación en materia del Derecho Administrativo en el artículo 4 (Principios Generales de la Actividad Administrativa) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que establece: "c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso…"

Que revisados los antecedentes cursantes en el expediente del presente caso de autos, se evidencia que la APS ha respetado durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo los principios de legalidad y sometimiento pleno a la Ley, por lo que no se ha causado ninguna indefensión, puesto que se ha instaurado un procedimiento administrativo, observando todas las formas que hacen a este, evaluando tanto los argumentos como la prueba producida en virtud a las reglas de la sana crítica, por lo que en el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico administrativo, el ente regulador emitió el correspondiente acto administrativo resolviendo la causa. Por lo que se evidencia que la asegurada tuvo la posibilidad de presentar y de hecho presentó los descargos y prueba pertinente, así como ahora el recurso de revocatoria.

Que asimismo es menester tomar en cuenta que la doctrina se ha pronunciado respecto al debido proceso, en sentido que: "Dentro del procedimiento administrativo del debido proceso adjetivo, tenemos como corolario de la garantía del derecho a la defensa la posibilidad del particular a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada.

No sólo se encuentra estatuido el derecho a ser oído sino que se ejerza acabadamente de tal forma que el particular, antes de la decisión, pueda haber acreditado sus alegaciones mediante el respaldo probatorio consiguiente… existe un derecho subjetivo de probar, en el procedimiento, los hechos sobre los cuales se intenta deducir la pretensión. Es indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa". (Curso de Procedimiento Administrativo, Pedro Aberaturi (h) – María Rosa Cilurzo, pag. 90, Abeledo-Perrot)".

Que prueba de todo aquello es que se notificó a la recurrente con el acto administrativo ahora recurrido, a lo que en fecha 21 de marzo de 2014, presentó el recurso de revocatoria contra la nota APS.EXT.DS/797/2014, por lo que el administrado gozó en todo momento de la garantía a ser oído, a presentar y producir prueba, es decir, a ejercer su derecho a la defensa y recibir un debido proceso. En tal sentido y a mayor abundamiento, cabe aclarar que la APS en ningún momento restringió el derecho a la recurrente a ser oída, a ofrecer y producir pruebas de descargo, a tomar vista de las actuaciones, a una resolución fundada y, a impugnar su decisión, elementos esenciales de la defensa en juicio y del debido proceso reconocidas a favor de la recurrente. (…) queda claro que la APS no ha causado indefensión al administrado y ha respectado el principio de legalidad.

CONSIDERANDO

Que tanto los argumentos, como la prueba aportada por la recurrente, lo único que hacen es ratificar que Kieffer & Asociados Corredores de Seguros S.A., actuó cumpliendo sus responsabilidades de manera diligente una vez que tuvo conocimiento de siniestro. Ya que si bien por el principio de sometimiento pleno a la ley, establecido en la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, la Administración debe asegurar a los administrados el debido proceso, que es concebido como el derecho que tienen las partes a exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos, sin embargo no es menos cierto que dichas pruebas deben estar orientadas a al caso concreto.

Que de la valoración de las pruebas aportadas por la recurrente, así como sus fundamentos cursantes en el recurso de revocatoria, se establece que los mismos no son conducentes para revocar la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, por lo que no existe mérito para su revocatoria, debiendo por el contrario ser confirmada en su integridad.

Que por todo lo analizado precedentemente, se concluye que la corredora de seguros Kieffer & Asociados S.A., una vez tuvo conocimiento del siniestro acaecido en fecha 22 de agosto de 2013 por el camión marca JAC con placa de circulación 3108PTF, actuó con la diligencia necesaria en la atención del reclamo, siendo el motivo del rechazo, la falta de aviso inmediato a la Autoridad Competente por parte de la asegurada, por lo que no existe mérito para revocar la nota

APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014 emitida por la APS y por el contrario, confirmar la misma íntegramente…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 17 de junio de 2014, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, representada al efecto por el abogado Dr. Jaime Álvarez Vargas, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de 27 de mayo de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTO LEGAL.-***

CONTRATO de POLIZA de SEGURO con CREDINFORM INTERNACIONAL S.R.L.-

Que mi Poderdante Sra. Yenny Fernández Chiri, en fecha 10 de junio de 2013 años, suscribió un Contrato de Póliza de Seguros No. KA-B91828 contra SINIESTROS para su Camión Marca JAC, Placa No. 3108PTF con la Compañía de Seguros y Reaseguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.R.L., donde se establece lo siguiente:

CONDICIONADO GENERAL *- Póliza No.KA-B91828 de Seguro para Automotores Credinform Internacional S.A.*

NUMERAL - 23 Inc. C - Obligaciones del Asegurado.-

En caso de Siniestro que pudiera estar Cubierto bajo esta Póliza, el Asegurado está Obligado a:

a) Denunciar inmediatamente el Hecho a la Autoridad Competente *y dar aviso a la Compañía, en jurisdicción donde se produjo el Hecho, Oficializando en todas las Circunstancias y Detalles del mismo* ***Dentro del Plazo Establecido Normativamente*** *y/u Otro Mayor pactado.*

f) - <u>Dar AVISO del Siniestro a la Aseguradora Inmediatamente o como máximo dentro de los Quince (15) Días Hábiles de Haberse suscitado el Hecho de Transito..</u>, (sic)

<u>Es decir que la</u> Compañía de Seguros Credinform Internacional S.R.L. ***INTERPRETANDO a su Favor la Obligación*** *prevista en el* ***Numeral 23 Inc. C*** *del Contrato de la Póliza de Seguros contra Siniestros toma en cuenta tan solo la* ***Primera Parte*** *del* ***Inc. A.- Denunciar Inmediatamente el Hecho a la Autoridad competente*** *y* ***dar aviso a la Compañía de Seguros*** *de la jurisdicción donde se produjo el Hecho y* ***NO Así*** (sic) ***la:***

SEGUNDA PARTE.- *Que dice Oficializando* (sic) *en todas las Circunstancias* (sic) *y Detalles* (sic) *del mismo dentro del Plazo* (sic) *Establecido* (sic) *Normativamente* (sic).

Es más el ***INCISO F.-*** *Dice Dar Aviso* (sic) *del Siniestro a la Aseguradora Inmediatamente o como Máximo dentro de los Quince (15) Días* (sic) *Hábiles* (sic) *de Haberse* (sic) *Suscitado* (sic) *el Hecho* (sic) *de Transito* (sic)

Es decir que mi Poderdante como Propietaria (sic) *del Vehículo* (sic) *Marca* (sic) *JAC - Placa* (sic) *No. 3I08PTF (Siniestrado* (sic)*); y dando Cumplimiento a la Segunda Parte del Inc. C y F del Numeral 23 del Condicionado de la Póliza No. KA-B91828 de Seguro para Automotores - Credinform Internacional S.A., a Hrs.- 18:30 a 19:00 del día 22/08/2013 dio Aviso del Hecho de Transito* (sic) *protagonizado por su Chofer* (sic) *Dixon Uño, a la Compañía de Seguros Credinform Internacional S.A., mediante la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados.*

NORMATIVA LEGAL:

Art. 1028 Primera** y **Última Parte - Código Comercio - Aviso de Siniestro.

"El Asegurado o Beneficiario, TAN PRONTO y a Mas (sic) *Tardar* (sic) *dentro de los Tres* (sic) *3 Días* (sic) *de Tener* (sic) *Conocimiento* (sic) *del Siniestro, debe Comunicar* (sic) *tal Hecho* (sic) *al Asegurador."*

"NO se puede Invocar Retardación u OMISION de Aviso cuando el Asegurador o sus Agentes, dentro del plazo indicado, Intervengan en el Salvamento o Comprobación del Siniestro al tener conocimiento del mismo por cualquier Medio"

PETITORIO.-

Por todo lo anteriormente expuesto y demostrado que mi Poderdante en calidad de Propietaria del Vehículo (sic) *Marca* (sic) *JAC - Placa* (sic) *No. 3108PTF, ha cumplido con lo previsto en el Inciso C - Segunda Parte y F del Numeral 23 del Condicionado de la Póliza No. KA-B91828, concordante con lo previsto en el Art. 1028 Código de Comercio de avisar dentro del término de ley a la Compañía de Seguros Credinform Internacional S.A. del hecho de tránsito ocurrido a su camión Marca JAC - Placa No. 3108PTF, al amparo **Art. 66 - 67 y 68 Ley No. 2341 y Art. 123 - 124** Reglamento **D.S. No. 27113,** presento **Recurso Jerárquico** en contra de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 375-2014** de fecha 27/5/2014 dictada por el Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas - A.P.S., que **Confirma** la **NOTA APS.EXT.DS/797/2014 de 13/03/2014** dictada por Neil David Bellido Chávez - Director de Seguros a.i. - A.P.S., solicitando a la Máxima Autoridad Administrativa que previos los tramites de ley, dicte Resolución Administrativa Revocando en todas sus Partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 375-2014 de fecha 27/5/2014 dictada por el Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas - Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que Confirma la Nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13/03/2014 Neil David Bellido Chávez - Director de Seguros a.i. - A.P.S., por haber demostrado que mi poderdante ha cumplido con lo previsto en el Inc. F y C Segunda Parte del Numeral 23 del Condicionado de la Póliza No. KA-B91828 de dar aviso a la Compañía de Seguros Credinform Internacional S.A. del hecho de Transito* (sic) *ocurrido a su Camión* (sic) *Marca* (sic) *JAC - Placa* (sic) *No. 3108PTF, y ordene a la Compañía Aseguradora Credinform Internacional S.A. que proceda al Pago Total por la Cobertura de la Póliza No. KA-B91828 del Vehículo* (sic) *Marca* (sic) *JAC - Placa* (sic) *No. 3108PTF de propiedad Yenny Fernández Chiri…"*

7. ALEGATOS DEL TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial de fecha 22 de julio de 2014, **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros** hizo presentes sus alegatos en relación al Recurso Jerárquico presentado por la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, con los siguientes argumentos:

> "…*Conforme al informe del Caso N° 403/2013 de fecha 26 de agosto de 2013 emitido por la Policía Celia Aguirre Vedia, pudimos advertir que en fecha 22 de agosto de 2013, a horas 01:30 aproximadamente, en la calle 18 de octubre* (sic) *entre cuarto y quinto anillo de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, se habría suscitado un hecho de tránsito CHOQUE A OBJETO FIJO (INMUEBLE), protagonizado por el vehículo marca JAC, color BLANCO, con placa de circulación 3108-PTF, el mismo que se encontraba asegurado por la Compañía de Seguros CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. mediante Póliza de Seguros No. KA-B91828, intermediada por nuestra empresa.*
>
> *El reclamo del siniestro antes referido, fue recepcionado en nuestras oficinas por parte de nuestro ejecutivo, señor Francisco Núñez en fecha 22 de agosto de 2013, al promediar las 18:30 PM, en oportunidad que el Sr. Dixon Uño (conductor del vehículo siniestrado) se hizo presente en nuestras oficinas comentándonos lo ocurrido al vehículo e informándonos que el caso se encontraba en conocimiento del Organismo Operativo de Tránsito ubicado en la Calle la Radial 17 de la ciudad de Santa Cruz.*
>
> *Como consecuencia de dicho aviso de siniestro, en fecha 22 de agosto de 2013, nuestro ejecutivo (Sr. Francisco Nuñez) hizo llenar al señor Dixon Uño el respectivo Formulario de Aviso de Siniestro y solicitó al mismo hiciera llegar la documentación legal relativa al siniestro, a efectos que la misma sea remitida a la compañía de seguros CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.*
>
> *En vista de la hora en que se tramitó el formulario de aviso de siniestro en nuestras oficinas (22 de agosto de 2013, aproximadamente entre 18:30 y 19:00), al día siguiente, es decir el día 23 de agosto de 2013, a horas 08:30 AM, nuestro ejecutivo, vía telefónica, dio aviso del siniestro a la compañía aseguradora Credinform y coordinó para encontrarse con unos de los inspectores de la compañía de seguros en el respectivo módulo policial, a efectos de recabar la información del siniestro requerida por Credinform y realizar las respectivas tomas de fotografías.*
>
> *En ese sentido, a horas 10:30 AM del mismo día 23 de agosto de 2013, el señor Francisco Nuñez de Kieffer & Asociados S.A. se dirigió a Tránsito de la Calle Radial 17* Vi, *encontrándose en dicho lugar con el inspector de siniestros de Credinform, señor Martín Chávez, oportunidad en la que dicho funcionario de Credinform recabó la información de lo sucedido y tomó las fotografías correspondientes. Una vez ejecutadas las tareas propias de la atención regular de un siniestro, Credinform nos solicitó que la asegurada hiciere llegar la documentación del siniestro, a fin de proseguir con el proceso de atención del reclamo.*
>
> *Posteriormente, en fecha 27 de agosto de 2013, al finalizar la tarde, la asegurada nos hizo llegar la documentación referida al siniestro (Formulario de declaración policial, Informe técnico de tránsito, test de alcoholemia, formulario de declaración policial, copia de la licencia de conducir del conductor), la misma que, junto a las fotografías*

del vehículo siniestrado obtenidas por nuestra empresa y el formulario de aviso de siniestro de fecha 22.08.13 fueron remitidos por nuestra empresa a conocimiento de la compañía de seguros Credinform al día siguiente, es decir el 28 de agosto de 2013 a horas 09:45 AM, conforme se evidencia de la documentación adjunta, habiendo sido recepcionada la misma por el inspector designado por Credinform, señor Susano Salazar.

Seguidamente, efectuamos sucesivos recordatorios a Credinform, con la finalidad que se pronuncie sobre el reclamo de la asegurada, a cuyo efecto, en fecha 10 de septiembre de 2013, Credinform notificó a la señora Yenny Fernández Chiri con la nota con Cite SC/JR/0106/2013, la misma que fue notificada con copia a Kieffer & Asociados S.A., a través de la cual, Credinform declaró improcedente el reclamo de la asegurada, alegando un supuesto incumplimiento al inciso c) del numeral 23 del Condicionado General de la Póliza de Seguro Automotor Nº KA-B91828.

Con relación a la observación de Credinform, respecto a que supuestamente se habría dado aviso del siniestro en forma extemporánea, corresponde aclarar que nuestra empresa actuó en forma inmediata, en la medida que recibió de parte del señor Dixon Uño (conductor del vehículo), el aviso del siniestro el mismo día del accidente, denunció el siniestro al día siguiente de su ocurrencia y coordinó el mismo día con el propio inspector de siniestros de Credinform, señor Martín Chávez, para efectos de verificar los aspectos inherentes a la inspección del accidente y el vehículo dañado, entre ellos, las fotografías del vehículo siniestrado obtenidas por Credinform el día 23 de agosto de 2013, conforme se acredita mediante las fotografías que cursan en el expediente, las cuales fueron obtenidas por el funcionario de Credinform en fecha 23.08.13 (como se evidencia a través de dichas fotografías).

Asimismo, la compañía de seguros CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., mediante nota SC/DR/2571/2013 de fecha 16 de diciembre de 2013, dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, aclaró que KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS dio aviso del siniestro al día siguiente de ocurrido el hecho de tránsito (23.08.2013) y que remitió toda la documentación relativa al siniestro 5 días después (28.08.2013) y que en realidad el motivo de su rechazo fue que recién después de 12 horas de ocurrido el siniestro, el conductor del vehículo denunció el hecho a la Autoridad Competente (Organismo Operativo de Tránsito), a pesar que según la declaración del propio conductor, éste informó que después de buscar ayuda, dos horas después del accidente se hizo presente en varias estaciones policiales en busca de su camión, sin que haya sentado denuncia alguna en dichas dependencias policiales. En consecuencia, es posible advertir que el rechazo de la Compañía de Seguros y Reaseguros CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. se debió a que el conductor aun habiendo estado en varias oficinas policiales dos horas después del accidente, no cumplió con la obligación de denunciar el hecho inmediatamente a la Autoridad Competente, haciéndolo recién luego de más de 12 horas, contraviniendo lo dispuesto en el Numeral 23 inciso c) de la Póliza de Seguros No. KA-B91828.

En ese entendido, conforme lo ocurrido y la aclaración de CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., quedó demostrado que Kieffer & Asociados S.A. en ningún momento incurrió en incumplimiento a sus deberes como corredor de seguros de la

señora Yenny Fernández Chiri y menos generó daño alguno a la indicada asegurada, por el contrario, actuó en forma diligente, tanto frente a la asegurada como a la compañía de seguros CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. Esta premisa quedó claramente establecida y reconocida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N^Q 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014 y por la nota APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13 de marzo de 2014.

Asimismo, de una revisión del expediente, cabe señalar que la asegurada en su memorial del recurso de revocatoria informó que considerando que Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros demostró que notificó el siniestro a la SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. de forma oportuna y por lo tanto cumplió con lo previsto por el Art. 1028 del Código de Comercio, corresponde que se declare exenta y libre de responsabilidad a la Corredora de Seguros Kieffer & Asociados S.A. dentro del Trámite No. 411 - Denuncia de Omisión de Cobertura de Seguros y Ejecución de la Póliza de Garantía. En ese entendido, es evidente que la propia asegurada liberó en forma expresa de toda responsabilidad a KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS, debido a que advirtió su error de interpretación y evidenció que nuestra empresa actuó de manera diligente.

Es necesario señalar que posteriormente y considerando que los argumentos expuestos por la señora Yenny Fernández Chiri en su recurso de revocatoria resultaban confusos y contradictorios, la APS solicitó que aclare si la denuncia es en contra de Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros o contra la compañía aseguradora Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., a lo que la asegurada cometiendo nuevamente un error de concepción, aclaró que la denuncia es contra Kieffer & Asociados por la omisión y negligencia en la comunicación del hecho de tránsito de fecha 22 de agosto de 2013.

Su Autoridad puede advertir que la asegurada cometió nuevamente un error mediante dicha aseveración, puesto que ella misma se contradice con la afirmación contenida en su recurso de revocatoria, mediante la cual claramente reconoce que nuestra corredora de seguros ha cumplido con lo previsto por el Artículo 1028 del Código de Comercio y, en consecuencia, declara exenta y libre de responsabilidad a Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros.

Debe quedar claro que fue la propia APS, quien habiendo realizado un estudio minucioso del caso y habiendo solicitado explicaciones, informes y elementos de comprobación a la asegurada, a nuestra empresa y a Credinform, determinó con absoluta seguridad y precisión que Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros no incumplió ningún deber legal y que tampoco afectó los intereses de la asegurada. Clara prueba de esta situación es que no inició proceso sancionatorio alguno en nuestra contra, justamente porque se encuentra segura y consciente que nuestra empresa actuó de manera legal, correcta y oportuna, habiendo cumplido con las obligaciones impuestas por ley a los corredores de seguros. Otra prueba fehaciente de que no somos responsables del rechazo de la compañía de seguros, recae en el hecho que participamos en el presente recurso como simples terceros interesados, pero más por una confusión de la asegurada que porque debamos participar de este recurso. De haber sido responsables, habríamos sido pasibles a un proceso sancionatorio por la APS, aspecto que no ocurrió.

En atención a lo expuesto, quedo claro que nuestra empresa actuó de manera diligente en la atención del siniestro de la asegurada y cumplió con todos sus obligaciones, de acuerdo a las facultades que las normas legales le confieren como corredor de seguros y que la misma asegurada reconoció nuestra labor, declarándonos exentos y libre de responsabilidad en su reclamo, además que la misma compañía aseguradora aclaró que el motivo del rechazo del siniestro no corresponde al aviso de siniestro a su compañía, sino al contrario, se debe a que la asegurada no cumplió con su obligación de denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente (Organismo Operativo de Tránsito), puesto que recién prestó su denuncia después de 12 horas de ocurrido el hecho, a pesar de haber estado varias veces en oficinas policiales después de dos horas de ocurrido el accidente. Asimismo, resulta evidente que la propia APS ha liberado a nuestra empresa de cualquier responsabilidad relativa al siniestro y al rechazo de Credinform, aspecto que refuerza aún más nuestra posición.

Atentas las consideraciones expuestas, al amparo de lo establecido por el artículo 56, 60, 66 y normas concordantes de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, así como por los artículos 41, 43, 44 y normas concordantes del Decreto Supremo N° 27175, en el plazo establecido para el efecto, solicitamos a su Autoridad desestimar el Recurso Jerárquico interpuesto por la señora YENNY FERNANDEZ CHIRI, representada legalmente por el Dr. Jaime Alvarez Vargas, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, que confirmó en todas sus partes la nota APS.EXT.DS/797/2014 de fecha 13 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en lo que correspondiere a KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS, en vista que nuestra empresa no ha vulnerado ninguna obligación impuesta por ley y menos ha afectado derecho alguno de la señora YENNY FERNANDEZ CHIRI…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 10 de junio de 2013, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, **con intermediación de Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros en calidad de corredora**, contrató con la Compañía de Seguros Credinform International S.A., la Póliza de Seguro de Automotores contra siniestros N° KA-B91828, cuyo objeto protegido es el vehículo automotor tipo camión, marca JAC, con placa de circulación 3108PTF.

Los siguientes son los hechos principales constatados, que sucedieron en fecha 22 de agosto de 2013:

- A horas 01:30 a.m. aproximadamente, el vehículo automotor de referencia, protagonizó un hecho de tránsito, cuando en inmediaciones de la calle 18 de Octubre (entre el Cuarto y Quinto Anillo de Circunvalación) de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, se durmió por cansancio, llegando a chocar contra tres inmuebles y ocasionando al vehículo automotor, daños de consideración.

- La Unidad Operativa de Tránsito tomó conocimiento del hecho a horas 03:00 a.m. aproximadamente, al llamado del personal de patrullaje del Distrito Policial 6, quienes encontraron al vehículo automotor sin conductor.

- A horas 14:00 p.m. aproximadamente, el señor Dixon Uño López se apersonó al Distrito Policial 6, señalando haber sido el conductor del vehículo automotor, procediéndose a tomar su declaración informativa, y realizándosele el correspondiente test de alcoholemia, el cual dio negativo.

- De acuerdo a la documentación presentada por la recurrente (detalle de llamadas desde la línea telefónica celular 76376100), a horas 16:09 p.m., se llamó a la línea 72160042 correspondiente al señor Sr. Francisco Núñez, ejecutivo de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**.

- A horas 18:30, el señor Dixon Uño López hizo el reclamo del siniestro en oficinas de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, recibido por el señor Francisco Núñez, llenando para ello el Formulario de Aviso de Siniestro; asimismo, se le solicitó que haga llegar la documentación legal correspondiente, a efectos de remitirla a la Compañía de Seguros Credinform International S.A.

Al día siguiente (23 de agosto de 2014), los funcionarios de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros** y de la Compañía de Seguros Credinform International S.A., se apersonaron en dependencias de la Unidad Operativa de Tránsito de la calle Radial 17½, donde recabaron la información y la documentación acerca del siniestro, la que después se acumuló a la proporcionada en fecha 27 siguiente, por la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI:** formulario de declaración policial, informe técnico de tránsito, test de alcoholemia y copia de la licencia de conducir del conductor.

Luego, en fecha 28 siguiente, toda la documentación acumulada, más las fotografías del siniestro y el Formulario de Aviso de Siniestro, fue remitida a la Compañía de Seguros Credinform International S.A., se entiende que a los fines de la ejecución de la Póliza si es que así correspondía.

No obstante, mediante nota SC/JR/0106/2013, la Compañía de Seguros Credinform International S.A. comunicó a la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, la improcedencia de su reclamo de siniestro en todas las coberturas, en razón de haberse incumplido lo dispuesto en el numeral 23, inciso c), de la Póliza de Seguro de Automotores Nº KA-B91828, al haber el conductor del vehículo siniestrado, señor Dixon Uño López, presentado su declaración informativa, doce horas después de haber ocurrido el siniestro y

no así inmediatamente.

Después, mediante memorial presentado en fecha 11 de noviembre de 2013, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, representada al efecto por el abogado Dr. Jaime Álvarez Vargas, presentó ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su denuncia por omisión y negligencia, contra **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, y pidió la ejecución de la Póliza de Seguros Nº KA-B91828 al no haber dado la denunciada, aviso del hecho de tránsito, en el tiempo previsto por ley.

Sustanciado el reclamo (en cuyo trance se recabaron los informes correspondientes, tanto de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros** como de la Compañía de Seguros Credinform International S.A.), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros respondió a la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI,** mediante la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, por la que "*observa que el conductor del vehículo dio parte del siniestro a la autoridad competente 12 horas después de ocurrido el hecho*", y que en ese sentido "*si* -la denunciante- *no se encuentra de acuerdo con lo establecido en su contrato de seguros podrá someterse al arbitraje de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1883 de Seguros*".

En tal contexto, interpuesto en fecha 21 de marzo de 2014 el Recurso de Revocatoria contra la nota señalada por parte de la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, el mismo fue resuelto confirmándola totalmente en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, misma que al presente es objeto del Recurso Jerárquico de igual recurrente y de fecha 17 de junio de 2014, el que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas que hacen al caso, conforme se procede a continuación:

- **LEY DE SEGUROS N° 1883 DE 25 DE JUNIO DE 1998:**

"ARTÍCULO 23.- OBLIGACIONES DE LOS CORREDORES DE SEGUROS y REASEGUROS.

a) Informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentre en riesgo y asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses.

b) Informar a la entidad aseguradora sobre la idoneidad de las personas naturales o jurídicas que contraten por su intermedio.

c) Ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro.

d) Comunicar a la entidad aseguradora cualquier modificación del riesgo de que hubiese tenido conocimiento o información, dentro las 24 horas siguientes.

e) Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas.

f) Guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga, siendo responsable civil y en su caso, penalmente, de los daños que ocasione (…)

Son obligaciones del corredor de reaseguros:

a) Informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro.

b) Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el reaseguro.

c) Comunicar a la entidad reaseguradora cualquier modificación del riesgo de que hubiese tenido conocimiento o información, dentro las 24 horas siguientes.

d) Comunicar a la Superintendencia cualquier evento que pudiera modificar las condiciones de su autorización de funcionamiento.

e) Guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga, siendo responsable civil y en su caso, penalmente, de los daños que ocasione.

f) Acreditar ante la Superintendencia solvencia moral y profesional…"

- **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 195-2012 DE 02 DE ABRIL DE 2012:**

"…***Artículo 22.- (OBLIGACIONES DEL CORREDOR DE SEGUROS****) El corredor de seguros durante la cotización, vigencia y siniestro de las pólizas de seguros, tendrá, las siguientes obligaciones:* (…)

…***Durante la ocurrencia de siniestro de la Póliza de Seguro***

1. Deberá asesorar de manera escrita a su cliente sobre sus derechos y obligaciones, orientando de manera enunciativa más no limitativa sobre los siguientes aspectos:

a) Aviso de siniestro.

b) Documentación requerida por la entidad aseguradora en función al ramo de seguro.
c) Plazos de pronunciamiento e indemnización del seguro por la entidad aseguradora.
d) Solución de Controversias

2. Dar a conocer a sus clientes o a la entidad aseguradora, todas las notificaciones efectuadas por las partes del contrato de seguro, en un plazo máximo de 3 días administrativos de recibidas las mismas e inmediatamente o a más tardar dentro las 24 horas, en caso de aviso de siniestro a la entidad aseguradora…"

- **CÓDIGO DE COMERCIO.-**

"…***Art. 1028.- (AVISO DEL SINIESTRO)***. *El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado. Este plazo no se aplica si se señala otro diferente en seguros específicos de este Título. Los términos señalados pueden ampliarse mediante cláusula del contrato pero no reducirse. (Art. 1030 Código de Comercio)*

No se puede invocar retardación u omisión del aviso cuando el asegurador o sus agentes, dentro del plazo indicado, intervengan en el salvamento o comprobación del siniestro al tener conocimiento del mismo por cualquier medio..."

- ***CONDICIONADO GENERAL DE LA PÓLIZA KA-B91828.-***

"*…23. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO*

En caso de siniestro que pudiera estar cubierto bajo esta Póliza, el Asegurado está obligado a: (…)

c) Denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente y dar aviso a la Compañía, en la jurisdicción donde se produjo el hecho, oficializando todas las circunstancias y detalles del mismo' dentro del plazo establecido normativamente y/u otro mayor pactado en la presente.

d) Someterse a la prueba de dopaje etílico, aun cuando dichas autoridades no se lo requieran, siempre y cuando exista la disponibilidad de la prueba y las condiciones sean accesibles al mismo.

e) Solicitar y obtener la copia legalizada del informe técnico circunstancial y la resolución de la autoridad competente con determinación de responsabilidades sobra el siniestro, que deberá ser entregado a la Aseguradora, excepto en los casos previstos en la cláusula denominada "Eliminación de la copia legalizada".

f) Dar aviso del siniestro a la Aseguradora inmediatamente o como máximo dentro de los quince (15) días hábiles de haberse suscitado el hecho de tránsito, salvo causa de fuerza mayor o impedimento justificado, siempre y cuando no se haya

perjudicado los derechos de *subrogación de la compañía ni* se haya *obstaculizado la* verificación de l*os hechos para determinar la* procedencia *del reclamo.*

g) Facilitar a requerimiento del Asegurador toda la información que se tenga sobre los hechos y circunstancias del siniestro, suministrando las evidencias conducentes a la determinación de la causa, identidad de las personas e intereses asegurados…"

2.2. Cumplimiento de la obligación de la Corredora de Seguros.-

La recurrente, señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, a través de su apoderado, alega que la Compañía de Seguros Credinform International S.A., no habría tomado en cuenta, en su decisión de rechazar la ejecución de la Póliza KA-B91828, lo dispuesto en los incisos c) -segunda parte- y f) del numeral 23, del Condicionado General de la misma, considerando que en fecha 22 de agosto de 2013, de horas 18:30 a 19:00, "*mediante la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados*", dio aviso del hecho de tránsito y cumpliendo de esa manera con lo establecido en la Póliza, por lo que la Aseguradora debería dar curso a la ejecución de la misma en su favor.

Los incisos señalados establecen como obligaciones del Asegurado, el "*denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente y dar aviso a la Compañía, en la jurisdicción donde se produjo el hecho,* ***oficializando todas las circunstancias y detalles del mismo dentro del plazo establecido normativamente y/u otro mayor pactado en la presente***" (inciso 'c'), y el "*dar aviso del siniestro a la Aseguradora* ***inmediatamente o como máximo dentro de los quince (15) días hábiles de haberse suscitado el hecho de tránsito****, salvo causa de fuerza mayor o impedimento justificado, siempre y cuando no se haya perjudicado los derechos de subrogación de la compañía ni se haya obstaculizado la verificación de los hechos para determinar la procedencia del reclamo*" (inciso 'f'; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, de los antecedentes se verifica que, la contingencia prevista y contratada, sucedió en la madrugada del día 22 de agosto de 2013, aproximadamente a horas 01:30; no obstante, el señor Dixon Uño López (quien señaló ser el conductor del vehículo siniestrado), se presentó en el Distrito Policial 6 para denunciar el hecho y prestar su declaración, recién a las 14:00 horas del mismo día, vale decir, con doce y media horas de diferencia, cuando el inciso c), del numeral 23 del condicionado general de la Póliza, establece que la denuncia debe efectuarse **inmediatamente** *("sin interposición de otra cosa", "ahora, al punto, al instante"*, según las acepciones del diccionario) ante la autoridad competente.

La recurrente argumenta que, al haber dado aviso del siniestro a la Compañía de Seguros Credinform International S.A. (a través de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**) y presentado la documentación en fecha 28 de agosto de 2013, no incumplió lo dispuesto en el referido inciso c), debido a que la segunda parte del mismo -que no habría sido considerado por la Aseguradora- permite se puedan oficializar "*todas las circunstancias y detalles del mismo* -se refiere al siniestro- ***dentro del plazo establecido normativamente y/u otro mayor pactado en la presente***".

Es decir que, al haber presentado la documentación en fecha 28 de agosto de 2013, su reclamo se encontraría dentro del plazo de 15 (quince) días hábiles establecidos en el inciso f) del numeral 23, del condicionado general de la Póliza, el que dispone: "*dar aviso del siniestro a la Aseguradora* ***inmediatamente o como máximo dentro de los quince (15) días hábiles de haberse suscitado el hecho de tránsito***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien el artículo 1028° del Código de Comercio establece, que es dentro de los 3 (tres) días de tener conocimiento del siniestro, que el mismo debe hacerse de conocimiento de la Aseguradora, al mismo tiempo señala que tal término no aplica cuando la norma hubiera establecido otro mayor, como es el del presente caso, cuando en el inciso f), del numeral 23 del condicionado general de la Póliza, establece un plazo de 15 (quince) días hábiles para el reclamo, por lo que al haber puesto en conocimiento de la Aseguradora tanto el hecho como la documentación correspondiente, a los 6 (seis) días después de ocurrido el siniestro, se ha actuado dentro de los alcances temporales de la norma mencionada.

Para dar fe de lo señalado, se transcribe lo señalado por el supra citado artículo1028° del Código de Comercio, en su primera parte:

> "…*El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado. Este plazo no se aplica si se señala otro diferente en seguros específicos de este Título. Los términos señalados pueden ampliarse mediante cláusula del contrato pero no reducirse*…"

Aun más, el mismo artículo 1028°, ahora en su segunda parte, establece que:

> "…*No se puede invocar retardación u omisión del aviso cuando el asegurador o sus agentes, dentro del plazo indicado, intervengan en el salvamento o comprobación del siniestro al tener conocimiento del mismo por cualquier medio*…"

Es decir, que alegar la inexistencia de aviso oportuno es inadmisible, cuando la Aseguradora ha tenido conocimiento dentro del plazo correspondiente, *por cualquier medio*, de la ocurrencia de la contingencia, y para el caso, el señor Martín Chávez, Ejecutivo de Reclamos de la Compañía de Seguros Credinform International S.A., participó de su verificación en fecha 23 de agosto de 2013, en coordinación con el señor Francisco Nuñez, Ejecutivo de Reclamos de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, como emergencia de que vía telefónica, la Aseguradora fue informada el mismo día 23 de agosto de 2013, tal como la Corredora de Seguros lo reconoce en su memorial de fecha 22 de julio de 2014 (alegatos como tercero interesado).

Sin embargo, la Compañía Aseguradora ha centrado su posición de no dar curso a la ejecución de la Póliza, en el hecho de que el conductor del vehículo automotor siniestrado, señor Dixon Uño López, denunció la contingencia doce horas después de su suceso y no de forma inmediata, como lo exige el condicionado general de la Póliza, entendiendo por inmediatez un lapso de tiempo racionalmente breve, entre la ocurrencia del hecho y su

denuncia (el que obviamente debiera resultar en uno mucho menor al de las doce horas que han ocurrido dentro del de autos).

La Autoridad Reguladora también ha manifestado tal criterio en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 375-2014, al señalar que:

> "…*el aviso de siniestro por parte de la asegurada fue efectuado a la corredora de seguros el día 22 de agosto de 2013, quien a su vez comunicó a la aseguradora la ocurrencia del siniestro a primera hora hábil del día 23 de agosto de 2013, efectuando las gestiones y coordinando con el ejecutivo de la aseguradora las acciones pertinentes, tal cual consta de la documentación cursante en el expediente. El 28 de agosto de 2013, la asegurada hizo llegar la documentación legal a la corredora quien a su vez la remitió a la aseguradora* (…)
>
> …*el aviso del siniestro fue puesto en conocimiento de la aseguradora en fecha 23 de agosto de 2013 por parte de la corredora de seguros, por lo que lo aseverado por la recurrente carece de objetividad*(…)
>
> …*el motivo del rechazo del reclamo de la asegurada y ahora recurrente por parte de Credinform International S.A., en todas su coberturas, se debió a la falta de denuncia* ***inmediata*** *por parte del asegurado a la Autoridad Competente* (…) *incumpliendo lo determinado en el inciso c) del numeral 23 Obligaciones del Asegurado, del Condicionado General, es decir, no denunciar inmediatamente el hecho a la Autoridad Competente, contrariamente a lo aseverado por la recurrente*…"

En todo caso, considerando que la denuncia presentada por la recurrente (y que dio inicio al presente proceso), es en contra de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, se estableció que no existe responsabilidad alguna de la misma en la no procedencia del reclamo a la Compañía de Seguros Credinform International S.A., toda vez que es la propia recurrente quien la libera de tal responsabilidad, cuando en su Recurso de Revocatoria, señala:

> "…*Que al haber demostrado la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. que a través de su Ejecutivo FRANCISCO NUÑEZ a Hrs. 08:30 del día 23 de agosto de 2014 años (Es decir 1 día después del siniestro) procedió VÍA TELEFONICA a dar el aviso correspondiente del siniestro ocurrido a la Compañía de Seguros CREDINFORM INTEERNATIONAL S.A. y coordinando con* (…) *la Compañía de Seguros Credinform, se encontraron en el Módulo Policial de la Radial 17½ donde se encontraba el vehículo siniestrado y que la Compañía Credinform le solicitó que le hiciera llegar toda la Documentación del siniestro fue Complementada en fecha 28/08/2013 a través del Inspector de Credinform* (…) *a quien se le hizo llegar toda la documentación; por lo tanto la Corredora de Seguros Kieffer Y Asociados S.A.* ***ha Cumplido con lo previsto por el Art. 1028 Código de Comercio*** (…) *tuvieron conocimiento del siniestro ocurrido dentro del término previsto por el Art. 1028 Cod. Comercio, corresponde Declarar Exenta o Libre de Responsabilidad a la Corredora de Seguros Kieffer y Asociados S.A. dentro del Trámite No. 411 - Denuncia de Omisión de Cobertura de Seguros y Ejecución de la Póliza de Garantía*…"

No obstante, todos estos extremos pierden en trascendencia ante la existencia de la previsión del artículo 1028º, segunda parte, del Código de Comercio -arriba transcrito-, toda vez que compulsado el mismo con los datos que salen del expediente, fundamentalmente con las actuaciones que les correspondieron a la Compañía de Seguros Credinform International S.A. y a **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, en fecha 23 de agosto de 2013, todo supra relacionado, haciendo inatendible además, lo expresado por la última nombrada en su memorial de fecha 22 de julio de 2014.

Ahora bien; del análisis anterior se obtiene los dos elementos siguientes:

1. La liberación de la responsabilidad, a favor de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros**, que ha realizado la recurrente a tiempo de su Recurso de Revocatoria.

2. La negativa de la Compañía de Seguros Credinform International S.A. a salir al resarcimiento de la contingencia prevista en la Póliza de Seguro de Automotores contra siniestros Nº KA-B91828 la que como se ha visto, resulta fundamentada en motivos intrascendentes.

En tal sentido, se debe presumir al presente, en la existencia de responsabilidad de la Compañía de Seguros Credinform International S.A., respecto al resarcimiento a favor de la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI**, aspecto sobre el que no es posible al presente asumir determinación alguna, toda vez que en razón del trámite que ha adoptado la denunciante, del mismo no forma parte la Aseguradora, haciendo inviable cualquier determinación al respecto que pueda entenderse en su contra en tanto la misma quebrantaría la garantía del debido proceso que debe hacer al trámite, en razón de su por demás evidente indefensión.

A este respecto, la garantía señalada se constituye en una manifestación del Estado, que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada trámite, por lo que se configura su infracción cuando el Administrador, sea expresa o tácitamente, por acción u omisión, no da lugar en general, al cumplimiento del procedimiento que al efecto se hubiera previsto en la norma constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria, a los fines de hacer efectivo el derecho de los administrados, a ser escuchados y a merecer respuestas sus peticiones, esto (para el caso), en relación a los artículos 12° (*Terceros interesados*) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y 41° (*Recurrente y Terceros Afectados*), parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Tales artículos refieren la necesaria convocatoria de aquellos que, sin ser parte de la relación procesal que se sustancia, pueden verse afectados en sus intereses legítimos y en sus derechos, por la decisión que le vaya a corresponder al proceso (lo que conforme lo visto, resulta altamente probable dentro del caso presente).

Por tanto, es obligación constitucional de la Administración Pública en un Estado de Derecho, observar el debido proceso en todas sus actuaciones, como garantía

fundamental a favor de los administrados, conforme lo disponen los artículos 4°, inciso "c" (*La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso*), y –en cuanto a su facultad sancionadora- 76° (*No se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación de procedimiento punitivo establecido en la presente Ley o en disposiciones sectoriales aplicables*) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Al efecto, téngase presente que al encontrarse implementada en la Constitución Política del Estado, en sus artículos 115°, parágrafo II ("*El Estado garantiza el derecho al debido proceso...*"*), y* 117°, parágrafo I ("*Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...*"*), se* confirma que tal garantía ostenta un carácter fundamentalísimo, resultando que más allá de la responsabilidad que por la omisión le corresponde a la recurrente, el extremo debió ser subsanado (conforme corresponde en Derecho), por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de manera tal que, al no haber obrado de esa manera y sin reconducir el trámite, ha viciado el procedimiento, justificando la determinación que sale en la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por cuanto, no se puede pretender llevar adelante un proceso como el presente, y que su Resolución afecte a la Compañía de Seguros Credinform International S.A., sin la efectiva convocatoria a esta última para tal efecto.

2.3. Sobre la congruencia del proceso.-

La recurrente, señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI,** a través de su apoderado, efectuó una denuncia en contra de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros,** por "*Negligencia y Omisión*"*;* sin embargo, en la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros **se pronuncia sobre la controversia** en la interpretación de lo establecido en el numeral 23, inciso c) del condicionado general de la Póliza de Seguro No. KA-B91828, firmada entre la asegurada y la empresa Aseguradora, y no sobre el fondo de la denuncia referida a si hubo o no Negligencia y Omisión (sancionables) en el actuar de la Corredora de Seguros.

Para mayor claridad de lo manifestado en el párrafo precedente, a continuación se efectúa una relación del proceso, sobre la base de los antecedentes que cursan en el expediente:

- Mediante memorial presentado en fecha 11 de noviembre de 2013, la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI,** representada al efecto por el abogado Dr. Jaime Álvarez Vargas, presentó ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su denuncia por omisión y negligencia, contra **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros,** y pidió la ejecución de la Póliza de Seguros N° KA-B91828.

- Una vez recabados los informes correspondientes, tanto de **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros** como de la Compañía de Seguros Credinform International S.A., la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros respondió a la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI,** mediante la nota APS.EXT.DS/797/2014 de

13 de marzo de 2014, por la que "*observa que el conductor del vehículo dio parte del siniestro a la autoridad competente 12 horas después de ocurrido el hecho*", y que en ese sentido "*si* -la denunciante- no *se encuentra de acuerdo con lo establecido en su contrato de seguros podrá someterse al arbitraje de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1883 de Seguros*".

- En tal contexto, en fecha 21 de marzo de 2014 la señora **YENNY YOVANNA FERNÁNDEZ CHIRI** interpuso Recurso de Revocatoria contra la nota señalada.

- La Autoridad Reguladora, a tiempo de admitir el Recurso de Revocatoria, solicitó a la recurrente "*pueda aclarar si la denuncia presentada es contra la corredora de Seguros Kieffer & Asociados S.A. o contra la aseguradora Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.*", debido a la existencia de una contradicción entre la denuncia y el tenor del Recurso señalado.

- La denunciante confirmó que su denuncia era en contra de la Corredora de Seguros Kieffer & Asociados S.A.

- El Recurso de Revocatoria fue resuelto confirmando totalmente la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^{0} 375-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, misma que al presente es objeto del Recurso Jerárquico.

De lo que se puede advertir (conforme lo manifestado ut supra) en la existencia de incongruencia entre la denuncia efectuada y la respuesta de la Autoridad Reguladora, debido a que en ningún momento se pronuncia concretamente a si la Corredora incurrió, o no, en Omisión y Negligencia sancionables, o en algún otro incumplimiento a sus obligaciones, dispuestas en la Ley N° 1883 y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^{0} 195/2012.

En este punto, es pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, que señala:

> "...*El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final (...)*
>
> *La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar*

su decisión..."

Considerando que el presente proceso administrativo surge como consecuencia de la denuncia presentada por la ahora recurrente contra **Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Seguros,** por "Negligencia y Omisión", correspondía que la Autoridad Reguladora pronuncie Resolución a dicha denuncia, resultando, en consecuencia, impertinente lo manifestado en la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, debido a que la misma se manifiesta sobre la controversia en la interpretación de lo establecido en el numeral 23, inciso c), del condicionado general de la Póliza de Seguro No. KA- B91828, firmada entre la asegurada y la empresa Aseguradora, y no sobre el fondo de la denuncia que corresponde a si hubo o no Negligencia y Omisión, u otro incumplimiento a sus obligaciones dispuestas en la Ley N° 1883 y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 195/2012, en el actuar de la Corredora de Seguros.

En tal sentido, la Autoridad Reguladora deberá efectuar una nueva evaluación de los antecedentes y manifestarse sobre tal extremo, considerando, además, si corresponde la aplicación de lo dispuesto en el numeral VIII de la Disposición Primera de las Disposiciones Adicionales, de la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013, a fin de dar congruencia al proceso.

En tanto la controversia así expuesta, no exige incurrir en interpretación alguna de la póliza de seguros involucrada y de sus eventuales efectos, no es aplicable para el caso del criterio establecido por el artículo 39° de la Ley N° 1883 (de Seguros).

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio áe Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado aplicación a la norma de los artículos 12°, 28° y 52° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 41°, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nª 27175 de 15 de septiembre de 2003, de manera tal que no ha convocado al proceso a la Compañía de Seguros Credinform International S.A., no ha atendido de forma concreta la petición de la ahora recurrente, ni ha fundamentado adecuadamente su decisión, viciando de esta manera el proceso.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "'^aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la nota APS.EXT.DS/797/2014 de 13 de marzo de 2014, **inclusive**, debiendo en consecuencia, pronunciarse una resolución motivada a la denuncia presentada, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS PROVIDA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 361-2014 DE 21 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 066/2014 DE 17 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2014

La Paz, 17 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS PROVIDA S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2014 de 20 de febrero de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 059/2014 de fecha 2 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 110/2014 de fecha 8 de octubre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de junio de 2014, **SEGUROS PROVIDA S.A.**, representada legalmente por su Gerente General, señor Franz Ramiro Salinas Soruco, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 0698/2009 de fecha 24 de agosto de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014, que en Recurso de

Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2014 de 20 de febrero de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1765/2014, con fecha de recepción de 16 de junio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de junio de 2014, notificado en fecha 27 de junio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, notificó a **SEGUROS PROVIDA S.A.** con los siguientes cargos:

> "…***1. SEGUROS PROVIDA S.A.*** *(merced a una autorización revelada en el Acta de Directorio N° 92 de 4 de febrero de 2010) emitió* ***pagarés*** *(expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como título de crédito constitutivo de obligación incondicional, en favor de los jubilados que suscribieron el mismo* (sic).
>
> *Como tal actividad de intermediación financiera, no se encuentra contemplada en la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, su entidad habría infringido la siguiente normativa:*
>
> ***1.1. El artículo 11 de la por la*** (sic) ***Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *en cuya definición de objeto social único, no se encuentra la actividad de otorgar préstamos.*
>
> ***1.2. El artículo 13 de la por la*** (sic) ***Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *que en cuyas actividades permitidas, no se encuentra la de otorgar préstamo de dinero.*
>
> ***1.3. El artículo 14 de la por la*** (sic) ***Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *que prohíbe a las aseguradoras, llevar a cabo actividades distintas a su giro.*
>
> ***2.*** *Se estableció que Bs. 48.080.413,55, correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013, no han sido reportadas (hasta la fecha) en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" como es preceptivo.*
>
> *Esta conducta infringe el* ***párrafo tercero del artículo Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012*** *(Tasas de Interés Técnico para la Constitución de las Reservas matemáticas de seguros Previsionales) establece:* ***"QUINTO.- (TRATAMIENTO PARA LA LIBERACIÓN DE RESERVAS DE RC-RP Y***

SEGURO VITALICIO).- *…las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión requeridos -RIR- producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo SEGUNDO precedente,* ***serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario 4.82.*** *Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido" (Las negrillas corresponden a la APS)…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PV/GG/285/14 de 6 de febrero de 2014, **SEGUROS PROVIDA S.A.** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"…***Al Cargo 1.***

De modo general, el mercado de activos financieros es un mercado en el cual existe una parte que "presta" efectivo contra un compromiso de pago a un emisor que promete la devolución del "préstamo" con inclusión de un delta como contraprestación al tiempo que dista entre el evento de la recepción de fondos y su devolución así como por el riesgo de crédito involucrado, entre otras variables relevantes. En la hoja de balance del tomador del "préstamo" el monto involucrado aparece como pasivo y en la hoja del otorgador del préstamo aparece como un activo. A esta operación, la literatura financiera le denomina "inversión" en la medida en que se "invierte" el patrón de flujos: desde flujos presentes a flujos futuros desde la perspectiva del uno y desde flujos futuros a flujos presentes desde la perspectiva del otro.

Es así que Seguros Próvida S.A. "presta" recursos a emisores tales como Gravetal S.A., Gas y Electricidad, Droguería Inti, Pil Andina, Soboce, Transierra, Industrias de Aceite S.A., Tigo, etc., como también a varias firmas de la industria financiera y al propio Tesoro Nacional.

Los "prestamos" (sic)*, mediante pagarés, distintos a los observados por Vds.* (sic)*, también formaron hasta el mes de marzo 2013 parte de la cartera de Próvida S.A. y no merecieron ninguna objeción u observación por parte de Vds.* (sic) *Concretamente, véase, la posición reportada en Industrias de Aceite S.A. (FIN-PB1-E7U).*

Por otra parte, en la norma de valuación de activos financieros (RA 174/2005) aparecen como título elegible de la cartera de las entidades aseguradoras los "pagarés bursátiles". Es decir, el instrumento es normativamente aceptable como vehículo de inversión de las compañías.

En el particular caso de los pagarés emitidos por personas naturales, jubilados de Provida S.Á. (sic)*, éstos carecen de la calidad bursátil, sin embargo en todo otro aspecto, son iguales a los pagarés bursátiles admitidos sin objeción u observación como activos componentes de la cartera de activos admisibles de las firmas aseguradoras.*

Así, en nuestro honesto saber y entender, tomamos a los pagarés emitidos por personas naturales como instrumentos elegibles, más no admisibles (por carecer de calidad bursátil) y en consecuencia los reportamos como activos no admisibles.

Finalmente, noten Vds. (sic) *la importancia marginal de estos instrumentos en la cartera de la compañías* (sic) *(Bs. 0.58 millones contra Bs. 579.19 millones), es decir 0.9 por mil.*

Al cargo 2.

Parte de las inversiones de la cartera al momento de la aplicación del artículo segundo de la RA 928/12, fueron liberadas y, naturalmente, dejaron de formar parte de los Recursos de Inversión Requeridos (RIR). Dichos activos maduraron en el tiempo y fueron trocados en recursos líquidos.

En su condición de recursos líquidos, creemos que es discrecional del administrador de la cartera, el momento y el activo (dentro del menú de activos elegibles) a adquirirse. Nótese que los recursos líquidos forman parte de los activos elegibles y su permanencia en la cartera en exceso a los RIR no está normada en duración o monto.

En el particular caso de la cartera de Provida S.A., al 30 de noviembre de 2013 se ha reportado, en los formularios SEG 4.51, US$ 9.16 millones; en el SEG 4.81, US$ 82.21 y en el SEG 4.91, US$ 0.097 millones, montos que agregados resultan en US$ 91.47 millones. Los RIR a la misma fecha son US$ 83.54 millones. Entonces, el exceso sobre los RIR a la fecha de reporte es de US$ 7.93 millones.

Los activos admisibles distintos a disponible a la fecha de reporte son de US$ 82.31 millones, mismos que comparados con los RIR hacen una diferencia de US$ 1.23 millones. Claramente, esta última suma está constituida por disponible admisible. A lo anterior sigue que el disponible que no hace parte de los RIR es de US$ 7.93 millones, monto superior al monto de US$ 7.01 millones atribuidos a la liberación resultante de la aplicación de la norma en discusión.

La tenencia de activos en exceso a los RIR da plena fe que la compañía no ha aplicado los recursos de la liberación en distribución (a los accionistas) o utilización en fines distintos a respaldar los Recursos de Inversión.

En la medida que los recursos líquidos vayan a transformarse en otro tipo de activos, esta compañía informará, como corresponde, a Vds. (sic) *en los formularios y según los procedimientos en vigor.*

Por otra parte, entendemos que es responsabilidad de la compañía acelerar la transformación de activos líquidos u otros activos financieros elegibles, en activos financieros admisibles como Recursos de Inversión Requeridos, en el momento en que este requerimiento sea evidente. En otro caso (como es el actual), los recursos de inversión en exceso a los RIR, entendemos, pueden ser administrados limitando el menú de activos a aquellos que la norma estipula como elegibles para la formación de las carteras de inversiones de las compañías…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 127-2014 DE 20 DE FEBRERO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2014 de 20 de febrero de 2014, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Declarar* ***PROBADOS*** *los Cargos Nos. 1 y 2 formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013 contra* ***SEGUROS PROVIDA S.A.****, al haber incumplido lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 efectuando actividades distintas a su giro, así como al párrafo tercero del artículo quinto de la resolución* (sic) *Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 al mantener y no reportar hasta la fecha Bs48.080.413,55 correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013 en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera en Exceso".*

SEGUNDO.- *Sancionar a* ***SEGUROS PROVIDA S.A.*** *de acuerdo al siguiente detalle:*

Por el cargo No. 1.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 40.001 UFV´s (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.II.a) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.*

Por el cargo No. 2.- *Con multa en Bolivianos equivalente a 40.001 UFV´s (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.II.a) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.*

TERCERO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. No. 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria*

CUARTO.- *Como medida regulatoria para el cargo No. 2, se instruye a* ***SEGUROS PROVIDA S.A.*** *que en el plazo perentorio e improrrogable de quince (15) días hábiles administrativos, efectúe la restitución de los fondos a títulos valores en exceso a ser reportados en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso", debiendo poner en conocimiento de la APS el cumplimiento de la presente instrucción…*"

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que respecto al presente caso, la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 dispone lo siguiente:

> *Artículo 11.- OBJETO SOCIAL UNICO* (sic) *DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- De acuerdo a la presente Ley, las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán tener como objeto social único uno de los siguientes:*

a) Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros Generales.
b) Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros de Personas y Servicios pagados de índole similar al Seguro.
c) Otorgar en forma exclusiva servicios prepagados de índole similar al Seguro.

Las entidades especializadas en seguros de personas, podrán otorgar servicios de ahorro y capitalización de acuerdo al Título VIII del Libro Tercero del Código de Comercio.

Las entidades aseguradoras especializadas en Seguros Generales que así lo deseen, podrán dedicarse exclusivamente a los seguros de fianzas.

Artículo 13.- ACTIVIDADES PERMITIDAS A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.- Las Entidades Aseguradoras podrán:

a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas.
b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente.
c) Requerir pruebas que razonablemente puedan ser proporcionadas para la verificación de la ocurrencia y circunstancias del siniestro, de acuerdo al Código de Comercio.
d) Contratar libremente reaseguros en Bolivia o en el extranjero, de acuerdo a normas reglamentarias.
e) Emitir bonos obligatoriamente convertibles en acciones representativos del capital de la entidad, previa aprobación de la Superintendencia.
f) Establecer o suprimir sucursales, agencias u oficinas en el territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia, de acuerdo a Reglamento.
g) Establecer filiales o sucursales en el exterior.
h) Realizar préstamos a los asegurados de los seguros de vida voluntarios que no excedan el valor de rescate de las reservas individuales.
i) Registrarse en el Registro del Mercado de Valores y realizar operaciones bursátiles, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley del Mercado de Valores.
j) Contratar a las entidades del mercado de valores y del sector financiero bancario y no bancario para la administración de las inversiones permitidas.
k) Otras actividades que sean necesarias para el cumplimiento de su actividad social, siempre que se encuentre dentro de su giro social y no estén prohibidas expresamente en la presente Ley.

Artículo 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS. Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

a) Publicar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.

b) Invertir los recursos que determine el Título III de la presente Ley en entidades sin fines de lucro, cualquiera sea su régimen legal o en valores de deuda o capital emitidos por la misma entidad aseguradora.
c) Constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre los recursos que determinan los Títulos III y IV de la presente Ley.
d) Emitir bonos o debentures distintos a los autorizados por la presente Ley.
e) Tener vinculación patrimonial o de administración con las Administradora (sic) *de Fondos de Pensiones a las cuales presten servicios de seguros en el Seguro Social Obligatorio.*
f) Realizar operaciones de administración de seguros en general con sus directores o personas remuneradas por la propia entidad aseguradora.
g) Invertir en otras entidades aseguradoras que administren la misma modalidad de seguros.
h) Realizar actividades distintas a su giro.

Que en uso de sus competencias y atribuciones, la APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 por la cual aprobó la Tasa de Interés Técnico para la Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Previsionales, cuyo parágrafo tercero del artículo quinto, establece lo siguiente:

Quinto.- TRATAMIENTO PARA LA LIBERACIÓN DE RESERVAS DE RC-RP Y SEGURO VITALICIO.- *… Las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión requeridos -RIR- producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo segundo precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario 4.82. Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características paras* (sic) *mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido.*

CONSIDERANDO

Que entrando al análisis de los elementos substanciales se establecen los siguientes aspectos jurídicos de relevancia:

Al cargo 1.-

Los argumentos esgrimidos por la Entidad, respecto a la teoría financiera relacionada a las inversiones, préstamos y pagarés bursátiles es correcta, así como cierto es que el importe de los pagarés resulta siendo inmaterial para los Estados Financieros leídos en su conjunto.

No obstante, la aseveración que hace la Entidad respecto a que estaría tomando Pagarés emitidos por personas naturales no es correcta, debido a que la observación del Informe Técnico e Informe Legal se relaciona a la operativa que se sigue en la adquisición de dichos Pagarés, que en realidad representan garantías recibidas por el préstamo otorgado (Actividad no permitida a Entidades Aseguradoras) a los Jubilados y no como se argumenta al expresar que dichos Pagarés serían ofrecidos por los Jubilados

y adquiridos por la Entidad. Al respecto, en condiciones normales, al adquirir un Pagaré la Entidad debería evaluar las condiciones insertas previamente en el mismo, mientras en este caso la Entidad es quien determina las condiciones bajo las cuales los jubilados firmaran los Pagarés (Límites del préstamo, tasas, garantías y forma de pago, etc.).

El procedimiento descrito, se asemeja más a una prestación de servicios de intermediación financiera, para lo cual la Norma Bancaria presenta los siguientes conceptos:

Intermediación Financiera: Actividad realizada con carácter habitual, consistente en la recepción de depósitos del público, bajo cualquier modalidad, para su colocación en activos de riesgo.

Estableciéndose al respecto, bajo los conceptos descritos, que el procedimiento que lleva a cabo Seguros Provida S.A.:

- *Se convirtió en una actividad habitual (Aunque no masificada), que comenzó en la Gestión 2010 y continúa a la fecha.*
- *Que los fondos provienen de depósitos del público (Rentas de jubilados).*
- *Son colocados en activos de riesgo como préstamos garantizados con avales personales y pagares firmados por el prestatario.*
- *Generan ingresos por intereses.*

Asimismo, la teoría financiera contable indica que se debe expresar con la mayor fidelidad posible la repercusión económica de la (sic) *operaciones realizadas por una Entidad, apunta a que en tales situaciones controvertidas prevalezca lo económico por sobre lo legal, que en este caso se trata del otorgamiento de préstamos (Evento económico) y no así de la adquisición de títulos valores - pagarés (Evento legal).*

Al cargo 2.-

En criterio de la Entidad, los recursos de inversión en exceso de los Recursos de Inversión Requeridos, pueden ser administrados limitando el menú de activos a aquellos que la norma estipula como elegibles para la formación de las carteras de inversiones de las Entidades, mientras que es responsabilidad de estas el acelerar la transformación de activos líquidos u otros activos financieros elegibles, en activos financieros admisibles como Recursos de Inversión Requeridos, en el momento en que este requerimiento sea evidente.

*Al respecto, si bien la Entidad puede administrar sus inversiones, el Párrafo Tercero del Artículo Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 928-2012 de 29/11/12 establece expresamente que: "…**las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo segundo precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario 4.82**…".*

En tal entendido, las inversiones excedentarias como consecuencia de la liberación de reservas deben estar reportadas en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" o en su caso como Títulos Valores admisibles, no dando a (sic) *lugar a invertir en otros activos, ya que el objetivo de dicha norma es mantener el carácter de inversión admisible para el momento que esos fondos sean requeridos. Por lo que, el mantener dichos fondos en el disponible no cumple con dicho requisito, debido a que no genera una tasa de rendimiento igual o superior a los rendimientos que generan los instrumentos financieros, considerando además que se reconoce como recursos de inversión hasta el 5% del disponible, por lo tanto no se constituye en inversiones de similares características.*

CONSIDERANDO

Que la actividad administrativa es ejercida a través de potestades que otorga la Ley a un órgano de la administración pública, entre éstas se encuentra la potestad sancionadora, la cual es reconocida expresamente en nuestra economía jurídica a través del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, que establece lo siguiente:

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, y normas aplicables.

Que asimismo corresponde establecer que en un sentido amplio, la sanción se conceptúa como un medio del que se vale el legislador para asegurar la eficacia de la norma y en un sentido estricto, se entiende que es la consecuencia dañosa que se imputa a la violación de una norma. Al respecto la doctrina es clara al establecer que: "… La sanción administrativa es el evento dañoso, impuesto por un órgano estatal, actuando en función administrativa, como consecuencia de la violación de un deber impuesto por la norma". Lorenzo de Viega Jaimey Susana. Sanciones Administrativas. Editorial Montevideo. 1996, pág. 8

Que el artículo 73 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo establece: "I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares"

CONSIDERANDO

Que conforme lo descrito en los resultados del Informe Técnico APS/DS/JCF/37/2014 de 14 de febrero de 2014, se concluye que SEGUROS PROVIDA S.A. no ha desvirtuado los cargos acusados. Consecuentemente en merito a lo precedentemente señalado, se ratifican los cargos formulados mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, por contravención a los Artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883 y el Párrafo Tercero del Artículo Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO

Que en cuanto a la sanción para los cargos 1 y 2, se tiene lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001), ni mayor a ochenta mil (80.000) ochenta mil Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente..."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 24 de marzo de 2014, **SEGUROS PROVIDA S.A.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2014 de 20 de febrero de 2014, con los siguientes alegatos:

"…***Fundamentos Técnicos Generales del Presente Recurso***.-

Consideraciones Generales Sobre el Cargo 1.-

Con referencia al imputado cargo 1, la APS, a través de la notificación de cargos supra referida (nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de fecha 23 de diciembre de 2013) y notificada a PROVIDA en fecha 15 de enero de 2014, textualmente dice: "1. SEGUROS PROVIDA S.A. (merced a una autorización revelada en el Acta de Directorio N° 92 de 4 de febrero de 2010) ***emitió pagarés*** *(expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como título de crédito constitutivo de obligación incondicional, a favor de los jubilados que suscribieron el mismo* (sic)*"(El resaltado es nuestro)*

Consecuentemente y en atención al ***principio de congruencia*** *la sanción debió darse por el supuesto que incorpora dicha nota que indica que PROVIDA habría emitido pagares sin estar, en el entendido de la APS, legalmente autorizado para ello.*

En este contexto, el cargo imputado a Seguros Próvida S.A. es erróneo, ya que, ***Seguros Próvida S.A. jamás emitió pagarés****, así lo afirma la propia RA ahora recurrida; dichos pagares fueron emitidos por los jubilados no por PROVIDA - El objeto del proceso*

sancionatorio en este caso es averiguar si PROVIDA emitió o no pagares y es claro que no lo hizo por lo que este cargo debió ser absuelto.

Por el contrario, PROVIDA adquirió pagarés emitidos por personas naturales y los clasificó como inversiones no admisibles, consecuentemente no existe la imprescindible correlación entre la nota de cargos y la sanción impuesta a PROVIDA debiendo en consecuencia su Autoridad REVOCAR el acto impugnado pues la nota de cargos se refiere a un supuesto que la propia APS en la RA recurrida establece como inexistente.

La APS, modificando arbitrariamente lo aseverado en calidad de cargos, acto esencial en el proceso administrativo, que tiene la finalidad de delimitar el proceso sancionatorio, inicia un proceso sancionatorio por un concepto y lo termina sancionado por uno diferente; - (sic) *La APS no se halla autorizada a realizar un cargo especifico* (sic) *contra uno de sus regulados y luego, en el mismo proceso, sancionar al regulado por un extremo diametralmente diferente al contenido en la nota de cargos; ello sencillamente no es posible; atenta contra el principio de congruencia y el derecho a la defensa.*

El cargo se realiza por una eventual emisión de pagarés y la sanción resulta en un supuesto diametralmente diferente y no comprobado, pues no fue sometido a proceso, inherente al extremo de que PROVIDA estuviera dando créditos a los jubilados y a cambio de dichos créditos estuviera recibiendo pagares en garantía.

El administrado tiene el derecho de defenderse de los cargos que se le imputan; si resulta que la resolución sancionatoria establece una sanción por conceptos diferentes a los cargos imputados, se inhibe, en los hechos, el derecho a la defensa que asiste al administrado quien en ejercicio de su derecho se defenderá por uno extremo y resultara sancionado por otro totalmente diferente lo que sin duda vulnera y lacera principios básicos del derecho que su Autoridad se halla obligada a respetar como el de congruencia; sumiendo consecuentemente al administrado en la más absoluta indefensión por el cargo sancionado, pues, reitero el administrado ejerció defensa por otro concepto que era el inicialmente contenido en la nota de cargos.

En el caso especifico (sic) *si el cargo que se imputa a PROVIDA es el de emitir pagares, debe comprobarse el hecho y sancionarse a la entidad por dicha supuesta emisión ilegal si es que la hubiera, pero no puede la APS resultar sancionando a PROVIDA, como en el caso especifico* (sic)*, por otro concepto diferente al que refiere la nota de cargos; ello resulta lógico pues PROVIDA se defendió y presento* (sic) *descargos por la supuesta emisión ilegal de pagare* (sic)*; -* (sic) *no presento* (sic) *descargo alguno por el supuesto contenido en la resolución de otorgar créditos y recibir a cambio, en calidad de garantía, pagares pues ello no fue el contenido de la nota de cargos.*

La Resolución Sancionatoria deberá consecuentemente ser REVOCADA y en su lugar deberá pronunciarse una nueva que guarde correlación entre lo aseverado en la nota de cargos y lo sancionado; esta nueva resolución deberá absolver a PROVIDA o en su defecto deberá establecer claramente como(sic)*, cuando* (sic)*, en qué casos específicos y para qué finalidad PROVIDA hubiera emitido dichos pagares* (sic)

estableciendo además claramente la norma pertinente que establezca dicho acto como una infracción administrativa; mientras ello no ocurra la RA ahora impugnada es ilegal.

<u>Consideraciones Generales Sobre El Cargo 2 (Infracción del parágrafo tercero del artículo quinto de la RA APS/DJ/DS/No.- 928 - 2012 de 29 de noviembre de 2012.)</u>

Con relación al puto (sic) *específico de la Resolución Administrativa impugnada cabe realizar las siguientes puntualizaciones:*

1. *En el considerando 5to. dedicado al cargo 2, segundo párrafo, de la Resolución Administrativa ahora impugnada, la APS admite textualmente lo siguiente:*

   a. *"Al respecto, si bien la Entidad puede administrar sus inversiones, el párrafo Tercero del Artículo Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928- 2012 de 29/11/12 establece expresamente..."*

   b. *En el mismo considerando precedentemente citado, párrafo tercero, se dice: "En tal sentido, las inversiones excedentarias como consecuencia de la liberación de reservas deben estar reportadas en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso" o en su caso como Títulos Valores admisibles, no dando a lugar a invertir en otros activos, ya que el objetivo de dicha norma es mantener el carácter de inversión admisible para el momento que esos fondos sean requeridos. Por lo que, el mantener dichos fondos en el disponible no cumple con dicho requisito, debido a que no genera una tasa de rendimiento igual o superior a los rendimientos que generan los instrumentos financieros, considerando además que se reconoce como recurso de inversión hasta el 5% del disponible, por lo tanto no se constituye en inversiones de similares características"*

De los párrafos textualmente supra transcritos, se puede establecer que la APS ha concluido en lo siguiente:

1. *La APS reconoce la facultad de la compañía de administrar sus inversiones -* (sic) *de donde se colige que no es entendible la sanción que imputa a PROVIDA;*

2. *La APS, en contra de la teoría financiera, asume que los activos financieros elegibles para la formación de las carteras de las compañías aseguradoras, son activos libres de riesgo; esto queda de manifiesto al afirmar que "Por lo que, el mantener dichos fondos en el disponible no cumple con dicho requisito, debido a que no genera una tasa de rendimiento igual o superior a los rendimientos que generan los instrumentos financieros"***.** *Es decir, el disponible genera un retorno cero (salvo por algún retorno despreciable generado en cuentas de ahorro). Si cualquier activo financiero elegible genera un retorno igual o mayor a cero, se infiere fácilmente que, en el credo de la APS, los activos financieros siempre generan un retomo positivo. La revisión empírica del retorno de activos financieros, contradirá, inambiguamente, la posición de la APS.*

3. *En la certidumbre de lo anterior, Seguros Próvida S.A., sostiene que la tenencia de*

efectivo en su cartera, no ha vulnerado el objetivo de rentabilidad general de la cartera y, consecuentemente se alinea con la política normada.

La APS, como emisora de la RA 928-2012, afirma que los activos provenientes de la liberación de reservas resultantes de la aplicación de dicha RA, deben "mantener el carácter de inversión admisible para el momento que esos fondos sean requeridos".

En ausencia de norma que diga lo contrario, *PROVIDA formula la siguiente hipótesis: "**que el requerimiento de dichos activos sucedería cuando los Recursos de Inversión Requeridos (RIR) no fuesen satisfechos**". Es decir, los recursos de la liberación discutida, actuarían como una primera capa de activos para volver al cumplimiento de los RIR. En términos procedimentales, se trasladaría activos desde el formulario SEG. 4.82 al formulario 4.81, restituyendo así el valor exigible de los RIR.*

En el particular caso de Seguros Próvida S.A., los RIR estuvieron satisfechos en el último bimestre de 2013 como lo están también a la fecha de redacción de este documento. Por otra parte, la sumatoria de activos elegibles en exceso a los RIR, medidos en cualquier momento posterior a la liberación de reservas en aplicación de la ya mencionada RA 928-13, es mayor al monto de la liberación. Entonces, Seguros Próvida S.A. no destinó ni planea destinar dichos recursos a fines distintos que el respaldo de los pasivos previsionales.

Una eventual discrepancia sobre la hipótesis precedentemente formulada, debiera generar norma expresa a fin de que la APS no adopte una decisión discrecional no prevista en la norma.

La discrecionalidad de la Autoridad para dictaminar el momento y forma del requerimiento de dichos activos, constituiría una asimetría de información entre regulador y regulado y su cumplimiento, como es el caso actual, sería una variable fuera de control por parte de PROVIDA; extremo este que no condice con principios básicos del derecho como explicaremos en lo sucesivo.

A fin de fortalecer nuestra argumentación, permítasenos la "disección" del último párrafo del artículo 5to de la RA 928-2013, generadora del presente debate:

"Las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos -RIR, producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo SEGUNDO precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario 4.82. Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido."

Analizando la norma supra citada tenemos que PROVIDA no solo que no (sic) *ha incumplido con la misma sino que viene cumpliéndola a cabalidad, veamos:*

1. *"Estas inversiones no podrán ser distribuidas,...". Claramente Seguros Próvida ha dado*

cumplimiento a esta disposición, ante la evidencia que durante el período posterior a la emisión de la RA 928-2013, no ha realizado ninguna distribución de utilidades. – (sic) *Claramente la RA no puede fundar sanción alguna contra PROVIDA basándose en la citada apreciación.*

2. *"...ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido". Cualquier inversión, a su término (salvo papeles de firmas quebradas o en "default"), se convierte en efectivo.* ***No conocemos norma que limite el plazo de tenencia de montos en efectivo en las carteras.*** *Para el caso del debatido monto de la liberación, al no serle aplicable la malla genérica de inversiones, no aplica la restricción del 5%, aplicable en caso de la cartera de los RIR. Luego, la posición expresada en recursos líquidos no vulnera norma alguna y, deja un plazo no normado para su transformación en activos elegibles admisibles; en este aspecto tampoco la APS puede fundar sanción alguna pues nos hallamos en cumplimiento pleno de lo señalado.*

3. *Continuando con la cita entrecomillada, en nuestro entender, a los fines de RA en discusión, dos instrumentos poseen similares características cuando se trata de activos elegibles para conformar carteras de inversión de compañías aseguradoras,* ***distinto debiera ser expresamente normado, caso contrario, nuevamente, los regulados estaríamos en asimetría de información y sometidos a la discrecionalidad de la Autoridad.***

4. *Siguiendo con la línea de razonamiento anterior, un activo elegible puede ser convertido en activo elegible admisible, cuando así sea requerido, entendiendo que entre la fecha del requerimiento o previsión de requerimiento y su concreción, distará un plazo económicamente razonable; supongamos, por ejemplo, la tenencia en la cartera de acciones de firmas que no transan en Bolsa (activo elegible) y que a requerimiento, sean transformadas en títulos bursátiles; en tal caso, el administrador de cartera podrá gestionar su transacción bursátil o cerrar posición en dichos títulos en el mercado no bursátil. Lo mismo aplica a una posición en activos derivados, mismos que para ser transformados en activos elegibles admisibles, requieren de un lapso para cerrar posición o ejercer los derechos que generan. Este mismo concepto aplica a la previsión de la RA 568/2013 articulo* (sic) *15 VII sobre los anticipos monetarios en la compra de insumos, operación que conceptualmente es un activo derivado bajo la forma de un futuro.*

Como corolario de lo anterior, reiteramos que el núcleo de la discusión es la circunstancia o circunstancias bajo las cuales los recursos de la liberación por cambio de la tasa implícita de descuento de los pasivos, serán requeridos en calidad de activos elegibles admisibles. Nuestro entender sobre este punto central fue expreso en el presente apartado.

El sometimiento pleno a la norma, como principio que rige el desenvolvimiento de las autoridades administrativas, debe, en todo momento, estar presente en los actos

administrativos; cualquier autoridad que pretenda administrativo debe someterse a la norma e identificar claramente que (sic) *disposición legal está aplicando, el limite* (sic) *que impone la justicia a la actividad discrecional de las autoridades públicas es claro y preciso por lo que lo establecido precedentemente a fin de avalar la decisión de la APS en la RA ahora recurrida debe estar enmarcado en la normativa existente y no en una simple consideración discrecional (llámese opinión) de la APS. Consecuentemente la RA ahora recurrida debe ser REVOCADA pues* ***no existe norma alguna que sostenga lo que la APS asevera en el acto administrativo recurrido*** *traduciéndose el hecho en un acto discrecional que no halla amparo en norma alguna; por ende la Autoridad Administrativa al pronunciar la RA ahora recurrida no se ha sometido a la norma y ha hecho prevalecer en el mismo opiniones técnicas sin el imprescindible apoyo normativo que debe ser precedente inexcusable a cualquier acto administrativo; en el caso especifico* (sic)*, carente de motivación y sometimiento a la norma traduciéndose en los hechos en un acto que nítidamente rebasa el limite* (sic) *discrecional de la autoridad administrativa.*

Es obvio que los preceptos legales ante dichos deben ser respetados pues el administrado se halla sometido a la norma y debe conocer de antemano los límites de su accionar y no puede estar sometido a actos discrecionales, no previstos en la norma pues ello conlleva (sic) *inseguridad jurídica; en dicho escenario los administrados jamás estarían en la posibilidad de conocer anteladamente el límite de su accionar y estarían sometidos al arbitrio de análisis ex post y a la libre interpretación de los hechos de las Autoridades administrativas, extremo que no condice con el Estado de Derecho.*

Imposibilidad Material de dar Cumplimiento al Artículo 4to. de la Resolución Recurrida.-

A la fecha PROVIDA se halla en la imposibilidad material de dar cumplimiento cabal, en términos económicamente racionales, a la disposición 4ta. de la mencionada RA, cuyo texto señala: "CUARTO.- Como medida regulatoria para el cargo N° 2, se instruye a SEGUROS PROVIDA S.A. que en el plazo perentorio e impostergable de quince (15) días hábiles administrativos, efectúe la restitución de los fondos a títulos valores en exceso a ser reportados en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso", debiendo poner en conocimiento de las APS el cumplimiento de la presente instrucción".

Según la afirmación contenida en nuestra nota PG/GG/285/14 de 6 de febrero de 2014, al 30 de noviembre de 2013, la compañía poseía en su cartera montos en efectivo en exceso a los montos provenientes de la liberación de reservas resultantes de una mayor tasa implícita para el descuento de los pasivos previsionales (RA 928/12).

Si nuestra cartera fuera estática y estuviera compuesta a la presente fecha por los mismos activos líquidos del mes de noviembre del año pasado, sería plenamente practicable su conversión a activos admisibles, independientemente del juicio del administrador, en el plazo de 15 días hábiles; sin embargo, esta no es la situación de Seguros Próvida S.A. y seguramente tampoco de cualquier otra compañía de similares características. Por el contrario, la cartera que administra una entidad como la nuestra es necesariamente dinámica, característica que debe ser tomada en cuenta por su

autoridad.

Al respecto, como ya anticipamos en nuetra (sic) *carta PV-DI-635-14 de fecha 21 de marzo del presente ano* (sic), *hacemos notar nuevamente a su autoridad que, reflejando el dinamismo de la cartera y en cumplimento a normas que son de su conocimiento, en diciembre de 2013, la compañía ha concretado contratos de opciones de compra de terrenos en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, entre los anillos 7mo. y 8vo. carretera al norte, por un monto de US$ 3,0 millones. Estas opciones tienen, naturalmente, un activo subyacente (los terrenos), un precio de ejercicio (US$ 88.0 por m2) y un plazo máximo de 2 años. Durante el plazo referido, nuestra compañía puede ejercer en cualquier momento su opción de compra, teniendo la oportunidad de valorar el mejor momento disponible al efecto.*

La expresión contable de esta operación se halla en la cuenta 104.01020103, bajo la denominación de ***"Emitidos por Entidades Privadas****",* ***"Inversiones Derivadas"*** *en los estados financieros auditados a 31.12.13, que son de conocimiento de la APS desde fines del pasado febrero, sin que hayamos recibido observación u objeción al respecto.*

Sin perjuicio de lo anterior, las opciones contratadas por nuestra Compañía están normadas también por el artículo 464 del Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia, con el siguiente texto legal: "ARTÍCULO 464.- (Contrato de Opción). I. Por el contrato de opción una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación en su favor o en la de un tercero, en las condicione (sic) *convenidas y en el plazo acordado. –* (sic) *II. El plazo no podrá ser superior a dos años. "*

En el caso en exposición, Seguros Próvida ha suscrito contratos de opción de compra para anclar precios y, naturalmente, para asegurarse la propiedad futura del activo subyacente en las mejores condiciones posibles para PROVIDA.

Como resultará evidente para Vd. (sic), *el testimonio 1694, anexo, cláusula Décima (Falta de Aprobación de la APS), prevé la no objeción de la APS como condición para el ejercicio de la opción de compra de un lote de terreno de 27.272,73 m2 por US$ 2.4 millones; es decir a US$ 88.- por metro cuadrado útil de terreno transferido.*

Este diseño está claramente concebido para dar satisfacción a la normativa de adquisición de terrenos para la construcción de vivienda no suntuaria. De la lectura del mismo instrumento, concluirá Vd. (sic) *que en el adverso escenario de objeción de la APS, Seguros Próvida S.A. está exenta de toda penalidad y la inversión es totalmente recuperable pues se halla garantizada por una hipoteca varias veces superior al valor comprometido en los contratos de opción según se detallara* (sic) *más adelante.*

La teoría de inversión inmobiliaria y la propia intuición indican que el desarrollo inmobiliario de un predio, actúa como un propulsor del precio de los predios vecinos. En el presente caso, Seguros Próvida S.A. ha celebrado opciones de compra sobre predios aledaños al principal (véase Testimonios 1695 y 1696, anexos). Estas opciones tienen un plazo de 2 años y pueden ser ejercidas en cualquier momento a partir del 18/03/14,

naturalmente, al precio anclado de US$ 88.- por metro cuadrado. De esta forma, Seguros Próvida se aseguró que el incremento de valor generado, beneficie a otros terrenos aledaños sobre los cuales también tiene derechos constituidos.

Como una forma de virtualmente eliminar el riesgo de incumplimiento de la opción por parte del vendedor, los contratos prevén (cláusula décimo segunda, Testimonio 1694) que el vendedor ofrece una garantía hipotecaria de los terrenos más el resto de la propiedad que los contiene; hablamos de una propiedad de 203.400,75 m2. Es decir, según consta en Formulario de Registro de Derechos Reales, Solicitud de Inscripción de Gravámenes, anexos, la totalidad de la propiedad que contiene los terrenos, está hipotecada a favor de Seguros Próvida S.A. Bajo el simplificador supuesto que el precio de los terrenos comprometidos en las opciones y el resto del predio tienen el mismo valor, concluimos fácilmente que la garantía equivale a 7.5 veces el valor de las opciones, de forma que PROVIDA tiene amplia garantía que respalda sus derechos.

Respecto al cumplimiento por parte del vendedor de las condiciones previas al ejercicio de las opciones, él ha estimado, con escasa desviación, que la fecha de cumplimiento de dichas condiciones sucederá hacia la primera semana del mes de abril del presente año. Consecuentemente, asumiendo la no objeción de la APS a la compra de un terreno de las características citadas, el ejercicio de la primera opción (sobre el terreno de 27.272,73 m2) sucederá durante el próximo mes de abril de 2014 y el ejercicio de las siguientes sucederá a continuación en aplicación de la RA 228.

En cumplimiento de la secuencia expuesta. Seguros Próvida S.A. estará en condiciones de restituir plenamente la calidad de activos admisibles en exceso, hacia abril o mayo de 2014 (nótese que a la fecha de esta nota, la Compañía ha reportado en el formulario 4.82 activos equivalente a US$ 4.11 millones).

En suma, Señor Director, consideramos que la celebración de opciones de compra por parte de Seguros Próvida es consistente con (sic)*:*

- *El uso de activos elegibles,*
- *Ganancia de los incrementos de valor de las propias inversiones inmobiliarias iniciales;*
- *El no deterioro de la calidad de los activos de la cartera;*
- *Y, más importante aún, la función objetivo, respaldada por Vds.* (sic), *cual es el logro de rentabilidades consistentes con la sostenibilidad de largo plazo de la operación de seguros previsionales a cargo nuestro.*

Anotamos también que Seguros Próvida S.A. ha privilegiado este acto de transparencia plena con Vds. (sic), *frente a otras alternativas disponibles, en la confianza que regulador y regulado compartimos el objetivo común de la antedicha sostenibilidad de largo plazo de la operación previsional.*

Nos permitimos presentar esta explicación y la documentación adjunta, en la esperanza que su autoridad, para un mejor proceder, ***deje sin efecto la medida regulatoria contenida en la Disposición Cuarta de la Resolución Administrativa (RA) N°***

127/14 *pues dadas las características relatadas y documentadas es imposible cumplirla en el plazo contenida* (sic) *en la misma. Los contratos de opción supra relacionados se hallan suscritos con una tercera persona y deben ser cumplidos en el marco de lo acordado por constituir el contrato Ley entre partes, no basta que PROVIDA, por mandato implícito de la RA ahora impugnada deba resolver dichos contratos.*

Por lo señalado y en el marco de lo establecido en este punto solicitamos a su Autoridad revocar la RA recurrida y ***dejar sin efecto la medida regulatoria contenida en la Disposición Cuarta de la Resolución Administrativa (RA) N° 127/14.***

Consideraciones Legales y Principios Jurídicos Inherentes al Recurso de Revocatoria contenido en el Presente Memorial.-

Vulneración al Principio de Congruencia.-

Al pronunciar una resolución sancionatoria, la autoridad jurisdiccional (sic) *debe velar por el principio de congruencia y referirse específicamente a los puntos que en calidad de cargos se imputan al administrado; deberá hacer un análisis jurídico sobre si los cargos imputados han sido comprobados o por el contrario desvirtuados. Si se comprueba que los cargos inicialmente establecidos se confirman la autoridad impondrá una sanción mediante un acto administrativo debidamente motivado en el que claramente se establezcan todos los detalles de la comprobación hecha, la norma en la que se halla contenida la infracción, los antecedentes del caso y naturalmente la fundamentación legal que ampara dicha sanción, en el presente caso ello no ha sucedido y se han soslayado los extremos que inicialmente la APS ha opuesto al administrado en calidad de cargos, la resolución sancionatoria ahora impugnada no establece si PROVIDA en realidad emitió pagares o no, resulta sancionado a PROVIDA por otros conceptos ajenos a la nota de cargos.*

*Con relación al principio de congruencia en las sentencias constitucionales el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que "****Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento",*** *entre lo que se solicita y aquello que se revuelve, no fallando ni ultra petitum; es decir más allá de lo pedido, ni extra petitum, cosa distinta a lo pedido ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir el de aquellos fundamentos en los que el demandante, incidentista o recurrente basó su solicitud. Interpolando el tema al derecho administrativo es claro establecer que es imprescindible exista correlación absoluta y precisa entre la nota de cargos y la resolución sancionatoria a objeto de que el Principio de Congruencia no sea vulnerado.*
Al respecto también tenemos la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2785/2010-R Sucre, 10 diciembre de 2010 es clara al respecto y señala: ***"Del mismo modo, el Juez de garantías, incurriendo nuevamente en una flagrante transgresión al debido proceso, pronuncia la Resolución que se revisa en la presente Sentencia por este Tribunal, cuya parte dispositiva carece de fundamentos jurídico-fácticos y la debida motivación que sustente la determinación asumida, al remitirse simplemente a "transcribir" la demanda formulada por la accionante y redactar el contenido de la prueba aportada por ésta,***

de cuyo simple cotejo no se advierte un análisis lógico y probo de deducción, sana crítica y aplicación del derecho, al agregar como "también" vulnerados, los derechos al trabajo, a la igualdad y a la "seguridad jurídica" de la accionante, que no fueron invocados por su abogado ni por la defendida de éste, tornando esta resolución ultra petita, al no guardar congruencia entre lo pedido por la accionante y lo resuelto por el juzgador, quien, finalmente y sin ningún sustento, concede la tutela e incluso impone a las autoridades demandadas, el pago de costas daños y perjuicios "averiguables con posterioridad" (sic)." *A mayor abundamiento opongo a su Autoridad las VINCUNATES* (sic) *Sentencias Constitucionales 220/2002-R, 498/2002-R, 752/2002-R y otras a las que nos remitimos. La Resolución recurrida no respeta este principio; falla de forma distinta a los cargos inicialmente imputados, es decir falla por otros conceptos ajenos a los cargos iniciales.*

Por otra parte, cabe hacer notar a su autoridad que la conducta de la APS, observada de nuestra parte mediante el presente Recurso, resulta también contraria al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, que establece cuáles son los Elementos Esenciales del Acto Administrativo, en particular, los elementos CAUSA (sustentarse en hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable) y FUNDAMENTO (expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto). Si estos Elementos Esenciales del Acto Administrativo se encuentran ausentes, como ocurre en el presente caso, exponen el acto administrativo a Anulabilidad del Acto, de conformidad con el artículo 36 Parágrafo I de la misma Ley.

Vulneración al límite impuesto por la norma a la discrecionalidad decisoria de su Autoridad.-

No existe en el contenido de la resolución ahora recurrida, referencia a norma alguna que ampare las decisiones en ella contenidas respecto a la confirmación del punto 2 de la nota de cargos; permanece en el anonimato la norma en la que su Autoridad ha basado las conclusiones que le han permitido establecer las sanciones y medidas correctivas en ella contenidas, traduciéndose por ende dicha decisión, en un acto que rebasa el limite (sic) *discrecional de su Autoridad.*

*Al respecto la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0258/2007-R Sucre, 10 de abril de 2007 que señala: "**III.1.3. Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (…). Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala***

que La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento". *La posibilidad de que las Autoridades Administrativas pronuncien resoluciones meramente discrecionales* ***NO EXISTE*** *y es contrario a la justicia. Conforme la VINCULANTE sentencia constitucional traída a colación se entiende al acto administrativo discrecional como aquel previsto en la norma y que ofrece al ente administrativo la posibilidad de optar por una o mas* (sic) *soluciones, a su discreción* ***PERO SIEMPRE CONTENIDAS EN LA NORMA;*** *específicamente el punto 2 de la Resolución impugnada, no se halla contenido en norma alguna y constituye un acto que rebasa el límite de la discrecionalidad permitida a su Autoridad. Consecuentemente la Resolución Administrativa impugnada debe ser revocada hasta que la Autoridad Administrativa establezca con precisión matemática en que* (sic) *norma ampara su decisión, en que* (sic) *norma se halla contenido lo afirmado por la Administración a fin de sancionar lo actuado por nuestra parte en el presente caso.*

Lo aseverado importa también el conculcamiento de garantías, y otros principios constitucionales como el siguiente:

Violación al principio de legalidad y sometimiento pleno a la Ley.-

Conforme lo establece el art. 180.I de la CPE, el principio de legalidad es uno de los principios procesales en los cuales se fundamenta la actividad sancionatoria administrativa, debe entenderse por principio de legalidad, el ***sometimiento a la ley*** *y a la normativa vigente.*

En un Estado de Derecho dicho principio debe ser plenamente respetado tanto por los gobernantes como por los gobernados, situación que conlleva a que una decisión sólo podrá ser adoptada dentro de los límites previamente establecidos por una ley material anterior.

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido que: ***"el principio de legalidad, que es una manifestación del principio general de*** (sic) ***imperio de la ley, según el cual todos (gobernantes y gobernados), se encuentran sujetos a la ley y únicamente en virtud a ella adquieren legitimidad sus actuaciones. Conforme a esto, en el marco de nuestra Constitución, como en las otras de esta órbita de cultura, el principio de legalidad se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación, al que debe sujeción todo funcionario, cualquiera sea su jerarquía"',*** *en ese sentido se ha expresado la SC 0129/2004 de 10 de noviembre, citada a su vez entre otras por la SC 0085/2006 de 20 de octubre.*

Vulneración al Principio de seguridad jurídica.-

El art. 178 de la CPE, considera a la seguridad jurídica como uno de los principios que sustentan la potestad de impartir justicia, sobre el cual la jurisprudencia constitucional de manera uniforme estableció que: ***"se entiende y se basa en la 'certeza del derecho'; en***

su aplicación, adquiere una connotación de convicción de inalterabilidad en situaciones similares. En resumen, la seguridad jurídica, lleva al individuo a la convicción que su situación jurídica, con relación a su persona o sus bienes, no será modificada sino en las circunstancias previamente establecidas en la ley y mediante procedimientos igualmente legales y regulares. De ahí que exista una confundida invocación a la seguridad jurídica, como un derecho. La jurisprudencia constitucional de este Tribunal, en su SC 0070/2010-R de 3 de mayo, con relación a lo expuesto, sostiene que: "...en el marco de la Constitución Política del Estado, constituye un principio rector del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, conforme lo señala la doctrina: 'La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para el particular, tal actuación debe estar sujeta a reglas fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del principio de estado de derecho. En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...' "; así, la SCP 1566/2012 de 24 de septiembre."

Sin embargo en el caso en análisis se ha vulnerado este principio pues a solo arbitrio discrecional de la Autoridad Administrativa, contenido en la Resolución ahora impugnada se pretende sancionarnos por extremos no contenidos en la norma y que constituyen posiciones del ente regulador sobre un tema, posiciones que no tienen calidad de norma.

<u>Falta de tipicidad – La conducta sancionada no se encuentra tipificada</u>.-

Frente a todo lo anotado es claro colegir, que con respecto al punto 2 de los cargos imputados a PROVIDA, la conducta que la APS ha dirimido como sancionable, no se halla tipificada como tal, por lo que existe una evidente falta de tipicidad en la sanción impuesta por la APS a PROVIDA.

La APS está incurriendo en un error pues esta (sic) *incluyendo en su razonamiento, a fin de integrar el tipo administrativo punitivo, las opiniones y posiciones vertidas por sus técnicos, opiniones y versiones que no pueden ser tomados en cuenta con el objeto de constituir un tipo sancionable pues, como es obvio, dichas opiniones no tiene* (sic) *calidad de norma. Al respecto la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0333/2011-RSucre, 1 de abril de 2011 que señala:* ***"III.I. El debido proceso y su trascendencia constitucional.- La SC 1863/2010-R de 25 de octubre, señala: "El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. '...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir***

sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal'. (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159)." *En el mismo sentido halla coincidencia la también VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2287/2010-R Sucre, 19 de noviembre de 2010 que establece:* ***"3) Se denuncia la falta de tipicidad en la falta atribuida; sin embargo, la potestad punitiva de un tribunal administrativo disciplinario se basa en el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse ninguna conducta ni imponer sanción alguna cuando la misma no está establecida en la ley vale decir que el Tribunal Sumariante no puede imponer sanciones de manera arbitraria o discrecional sino debe aplicar una sanción regulada por ley de acuerdo con el tipo de falta cometida."***

La conducta sancionada por la APS en la resolución recurrida no se halla contenida en norma alguna.

Por lo señalado, la APS debe REVOCAR el acto impugnado o en su defecto señalar claramente en que (sic) *norma se halla contenida la conducta de PROVIDA tildada de infracción.*

Petitorio.-

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente recurso de revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

Admita el presente recurso de revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.

Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la revocatoria de la Resolución Administrativa SPVS APS/DJ/DS/N° 127-2014 datada en 20 de febrero de 2014 por los fundamentos expuestos…"

5. SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante auto de 16 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros otorgó un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, a efectos de que **SEGUROS PROVIDA S.A. "***indique en qué norma regulatoria se amparó para utilizar recursos líquidos que le faculten a suscribir contratos con opción de venta de bienes inmuebles cursantes* (sic) *mediante Testimonios N° 1694/2013, 1695/2013 y 1696/2013*".

En atención a lo mismo, **SEGUROS PROVIDA S.A.**, mediante memorial presentado al Ente Regulador en fecha 7 de mayo de 2014, con la suma "*indica normativa aplicable a la celebración de contratos de opción para la compra de inmuebles*", señaló lo siguiente:

"…***CONSIDERACIÓN LEGAL GENERAL PREVIA.-***

Corresponde aclarar que PROVIDA es una sociedad anónima legalmente constituida en el Estado Plurinacional de Bolivia, inscrita en la Fundación para el Desarrollo Empresarial

(Fundempresa) bajo la matrícula N° 13547, con el Número de Identidad Tributaria 1020307022; ***consecuentemente es una sociedad de derecho privado*** *cuyo accionar se halla garantizado y protegido por la propia Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.*

Toda sociedad anónima que opera en el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia se halla regulada por el Código de Comercio boliviano que en su artículo 1° establece claramente lo siguiente: ***"Art. 1o.- (ALCANCE DE LA LEY). El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial. En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil."***

Consecuentemente el accionar de PROVIDA no está limitado únicamente a ***normas regulatorias*** *sino que su desenvolvimiento se halla regido por el Código de Comercio y como es lógico el Código Civil; resultaría ilógico pensar que para realizar determinado acto jurídico, cualquiera de los específicamente descritos en los citados compendios jurídicos y otros no nominados, PROVIDA deba esperar antes una norma regulatoria que por así decirlo autorice a nuestra institución o la faculte a realizarlo; ello sencillamente es inconstitucional además de absolutamente insostenible.*

El parágrafo IV del artículo 14 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en el titulo (sic) *II referido a:* ***"Derechos Fundamentales y Garantías – Capitulo*** (sic) ***Primero - Disposiciones Generales"*** *señala textualmente lo siguiente:* ***"IV En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban."***

El caso en análisis es peculiar pues a nuestro entender la APS estaría juzgando como prohibidos cierto tipo de contratos sin que esta prohibición se halle, específicamente contenida en norma alguna de nuestro ordenamiento jurídico.

Al parecer en opinión de la APS el solo hecho de que el contrato de opción no esté específicamente establecido en una norma regulatoria sería suficiente argumento para dirimir que el mismo estaría vedado o de algún modo prohibido, extremo que no halla coincidencia con la norma constitucional transcrita líneas arriba y soslaya el hecho de que somos un ente privado cuya existencia y desenvolvimiento se halla garantizado por la propia Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

NORMATIVA RELEVANTE, EN ORDEN CRONOLÓGICO.

Para contestar debidamente a la APS sobre su requerimiento contenido en el Auto de fecha 16 de abril de 2014, *es necesario considerar la existencia de la siguiente normativa, que señalamos en estricto orden cronológico:*

a) El Código Civil Boliviano, emitido mediante Decreto Ley No. 12760 de 6 de agosto de 1975, que en su artículo 464 establece el Contrato de Opción. ***"Art. 464.- (CONTRATO DE OPCION). I. Por el contrato de opción una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación en su favor o***

en la de un tercero, en las condiciones convenidas y en el plazo acordado. II. El plazo no podrá ser superior a dos años."

b) La Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, que en su artículo 34, primeros dos párrafos determina lo siguiente:

> *"Las inversiones a las que se refiere el presente Capítulo, son aquellas provenientes de la totalidad de las reservas técnicas, del margen de solvencia y de las retenciones a los reaseguradores.* ***Deberán ser invertidas buscando un equilibrio entre la rentabilidad, liquidez y seguridad.***
>
> *Los recursos para inversión deben ser invertidos mediante mecanismos bursátiles, en valores de oferta pública* ***y otros bienes que permite la presente Ley".***

c) La Resolución Administrativa No. 18 de 13 de enero de 2000, de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS), que regula las inversiones de las compañías aseguradoras que operan en las modalidades de Personas y Generales y Fianzas.

d) La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada en fecha 7 de febrero de 2009.

e) La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928/2012 de 29 de noviembre de 2012, que autorizó la constitución de reservas técnicas correspondientes a los seguros previsionales en base a una curva única de tasas de interés técnico.

f) La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 228/2013 de 22 de marzo de 2013, que estableció los requisitos y procedimientos que todas las Entidades Aseguradoras en general tienen que cumplir para que los terrenos de su propiedad sean considerados bienes raíces admisibles y que respalden Recursos de Inversión Requeridos (RIR).

g) La Ley No. 365 de 23 de abril de 2013, Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado, que en sus Disposiciones Adicionales, Primera, romano VII, incorpora al final del artículo 35 de la Ley de Seguros No. 1883 el siguiente texto:

> ***"Se autoriza a las entidades aseguradoras de seguros de personas que administran los seguros previsionales, invertir en construcción de vivienda no suntuaria hasta un máximo equivalente al venticinco*** (sic) ***por ciento (25%) del valor de sus reservas técnicas constituidas para estos riesgos".***

h) La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 568-2013 de 20 de junio de 2013, que aprueba el "Reglamento Para Inversión En Construcción De Bienes Raíces Destinados A Vivienda No Suntuaria Y Constitución De La Reserva Técnica Especial Por Riesgo De Tasa Técnica".

EXISTENCIA DE RECURSOS LÍQUIDOS EN PROVIDA.

A partir de julio de 2013, PROVIDA se encontró con una liquidez que alcanzaba a la suma de US$ 9.2 millones, resultante del vencimiento de valores. En ese momento, en el

mercado de valores boliviano, las tasas de interés de los activos financieros bursátiles eran típicamente negativos en términos reales.

La liquidez existente en PROVIDA fue reportada a la APS mediante el Form. Seg./4.51 de fecha 31.07.2013, sin que hasta la fecha dicho reporte haya merecido observación alguna de parte de la APS.

DEBER DE ACTUAR DE PROVIDA.

En su calidad de titular y administrador de los recursos líquidos referidos en el apartado anterior, PROVIDA tenía la necesidad y la urgencia de proceder a realizar inversiones, que cumplieran con los requisitos básicos y fundamentales del artículo 34 de la Ley de Seguros No. 1883, es decir, ***"buscando un equilibrio entre rentabilidad, liquidez y seguridad".***

*Para entonces, la Ley No. 365 de 23 de abril de 2013 ya había incluido un nuevo párrafo en el artículo 35 de la Ley de Seguros No. 1883, que "****autoriza a las entidades aseguradoras de seguros de personas que administran seguros previsionales, invertir en construcción de vivienda no suntuaria hasta un máximo equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de sus reservas técnicas constituidas para estos riesgos".***

Estas nuevas inversiones, pasaron a ser inversiones ***"en otros bienes que permite la presente Ley****", de conformidad con la parte final del segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Seguros No. 1883.*

A este efecto, PROVIDA ya venía analizando las inversiones que se plasmarían en los Contratos de Opción para la Compra de Terrenos detallados a continuación.

En resumidas cuentas las normas citadas autorizan a PROVIDA a ***COMPRAR*** *bienes que le permitan desarrollar proyectos de vivienda no suntuaria. Considerando que si la norma prevé un escenario en el que PROVIDA deba celebrar contratos de COMPRA VENTA a fin de cumplir nuevos objetivos de beneficio general es obvio que cualquier otro contrato tendente a cumplir dicha finalidad, en las mejores condiciones que permitan cumplir este nuevo rol en beneficio genera, como es el caso, no solo que no requieren autorización alguna sino que implícitamente se hallan contenidos en la norma; -A maiori ad minus- (Término jurídico - Gracias: Francisco Luis Moreira) –* (sic) *Quien puede lo mas, puede lo menos. Resultando en consecuencia que la observación realizada por la APS carece de asidero normativo y legal, pues los contratos de opción tiene la finalidad de plasmarse en contratos de COMPRA VENTA, en condiciones inmejorables que sin la celebración de los mismos no hubiera sido posible; los contratos de opción permitieron a PROVIDA anclar el precio en un determinado tiempo; precio que de no haber suscrito dichos contratos de opción a la fecha seria* (sic) *ampliamente superior; contraviniendo máximas de cumplimiento obligatorio para la empresa que represento de lograr las mejores condiciones posibles en el negocio que venimos desarrollando.*

CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE OPCIÓN DE COMPRA DE INMUEBLES.

Como parte de sus inversiones con los recursos líquidos ya especificados, PROVIDA procedió a celebrar los siguientes Contratos de Opción:

- *Contrato De Opción De Venta De Bien Inmueble Y Constitución De Garantías Recíprocas Con Renuncia Expresa Al Proceso Ejecutivo, contenido en la escritura pública No. 1694/2013, otorgada en fecha 18 de noviembre de 2013, con el Sr. Rodrigo Suárez Morey, sobre terrenos ubicados en la zona Nor Oeste de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.*

- *Contrato De Opción De Venta De Bien Inmueble Y Constitución De Garantías Recíprocas Con Renuncia Expresa Al Proceso Ejecutivo, contenido en la escritura pública No. 1695/2013, otorgada en fecha 18 de noviembre de 2013, con el Sr. Rodrigo Suárez Morey, sobre terrenos ubicados en la zona Nor Oeste de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.*

- *Contrato De Opción De Venta De Bien Inmueble Y Constitución De Garantías Recíprocas Con Renuncia Expresa Al Proceso Ejecutivo, contenido en la escritura pública No. 1696/2013, otorgada en fecha 18 de noviembre de 2013, con el Sr. Rodrigo Suárez Morey, sobre terrenos ubicados en la zona Nor Oeste de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.*

ASPECTOS DESTACADOS DE LOS CONTRATOS DE OPCIÓN.

Los aspectos más destacados, comunes a todos estos Contratos, son al menos los siguientes:

- *Los terrenos que constituyen el objeto de cada Contrato se encuentran ubicados en una de las mejores zonas de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, al alcance de servicios básicos, vías de comunicación y desarrollo urbano compatible. Los terrenos contarán con pavimentación, energía eléctrica, alcantarillado sanitario, drenaje pluvial (de acuerdo al Plan de drenaje Pluvial del municipio de Santa Cruz) e implementación de áreas verdes así como todos los servicios básicos (agua, luz, alumbrado público de calles) de acuerdo a normas urbanísticas que rigen en el municipio de Santa Cruz de la Sierra.*

- *Cada Contrato se refiere a grandes extensiones de terreno (27.272,73 mts2, 20.794,43 mt2 y 15.972,96 mt2 respectivamente), siendo el inicio de un importante proyecto para PROVIDA, en una escala que no es alcanzada por otras entidades semejantes a PROVIDA.*

- *El objeto de cada uno de los Contratos consiste en otorgar a PROVIDA, de forma unilateral, irrevocable y exclusiva, la opción de ejercer el derecho de compra del inmueble respectivo, de conformidad con el artículo 464 del Código Civil Boliviano.*

- *La vigencia de cada Contrato de opción es de al menos un año calendario, desde la fecha de su celebración. Durante este plazo, el Vendedor no puede ofrecer, vender, transferir, arrendar, pignorar, gravar, otorgar en prenda, dar en contrato de opción y/o de cualquier otro modo disponer directa o indirectamente del inmueble, para lo cual se compromete a no entrar en conversaciones, negociaciones o acuerdos con terceros para la venta directa o indirecta de dicha*

parcela; bajo pena de sufrir las penalidades previstas expresamente en cada Contrato.

- *El ejercicio de la opción está debidamente regulado en cada uno de sus detalles.*

- *Cada Contrato tiene una garantía de cumplimiento equivalente al valor pagado por PROVIDA en calidad de adelanto por la compra del respectivo inmueble.*

- *El eventual incumplimiento del Vendedor está penalizado con la devolución del adelanto entregado por PROVIDA, de la garantía establecida, todo respaldado con una garantía hipotecaria sobre terrenos alodiales de propiedad del Vendedor. Adicionalmente, existe una multa por día de retraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.*

- *La compra pactada en cada Contrato debe ser típicamente aprobada previamente por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS); en ese marco si existiera algún rechazo, objeción o impedimento que dicha entidad pueda interponer a la intención reflejada en el Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho sin penalidad alguna.*

NATURALEZA DEL CONTRATO DE OPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO.

El artículo 464 del Código Civil Boliviano contiene la siguiente disposición:

> *"Art. 464 - (CONTRATO DE OPCION). I. Por el contrato de opción una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación en su favor o en la de un tercero, en las condiciones convenidas y en el plazo acordado.*
>
> *II. El plazo no podrá ser superior a dos años."*

Esta disposición legal, al igual que otras normas del Código Civil Boliviano, goza de las siguientes atribuciones:

- *Son normas comunes: se aplican a todas las materias del Derecho.*
- *Son supletorias: rigen a falta de norma expresa.*
- *Son permanentes: no cambian en el tiempo y continúan de forma inmutable, debido a que el Derecho Civil es una materia en plena madurez.*

El Contrato de Opción es un contrato nominado, es decir que tiene sus propias reglas en el Código Civil Boliviano.

LIBERTAD CONTRACTUAL.

Por otra parte, la celebración de un Contrato de Opción, es una expresión de la libertad contractual, prevista en el artículo 454 del Código Civil Boliviano:

Art. 454.- (LIBERTAD CONTRACTUAL: SUS LIMITACIONES). I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código.

II. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica. "

CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

Como Parte de los Derechos Fundamentales y Garantías, en su artículo 14, parágrafo IV, la Constitución Política del Estado establece lo siguiente:

"IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban".

Este es el denominado Principio de Clausura de Kelsen, que determina que, para las personas privadas, en ejercicio de su libertad individual, les está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

El principio referido es el correlato necesario de las siguientes garantías, expresadas en la Constitución Política del Estado, artículo 14, inciso III:

"III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos".

Por otra parte, es importante recordar la jerarquía de las normas jurídicas, enunciada en el artículo 410 de la Constitución Política del Estado:

1. *La Constitución Política del Estado.*
2. *Los tratados internacionales.*
3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*
4. *Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.*

LEY DE SEGUROS No. 1883, MODIFICADA POR LA LEY No. 365.

A los efectos de la presente exposición, es trascendental distinguir que la Ley de Seguros No. 1883 tiene dos etapas diferentes en materia del Régimen de Inversiones, contemplado en los artículos 34 y 35 de la referida Ley, que corresponden a la etapa previa a la promulgación de la Ley No. 365 y a la etapa posterior a la misma Ley.

En efecto, antes de la emisión de la Ley No. 365, las inversiones permitidas a las entidades aseguradoras por la Ley de Seguros No. 1883 son las siguientes:

- *Inversiones en valores, principalmente en valores de oferta pública (los "Valores"*

están definidos en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998).

- *Inversiones en bienes raíces, por un porcentaje de las reservas técnicas, limitado a inmuebles de renta y uso propio, no gravados ni sometidos a restricciones de ninguna índole y que no pueden ser viviendas, ni destinados a vivienda.*
- *Las entidades de prepago pueden invertir en equipos y maquinarias que correspondan exclusivamente a la naturaleza del servicio prestado.*

Después de la emisión de la Ley No. 365, la Ley de Seguros No. 1883 fue modificada en su Régimen de Inversiones (artículo 35), para permitir, adicionalmente, a las entidades aseguradoras de seguros de personas que administran seguros previsionales, invertir en construcción de vivienda no suntuaria.

Este es un cambio trascendental en la Ley de Seguros No. 1883, porque las entidades aseguradoras que administran seguros previsionales dejan de ser sólo inversionistas institucionales del mercado de valores, para pasar a ser también inversionistas en el mercado inmobiliario, un mercado totalmente diferente y que tiene sus propias características.

CONTENIDO RELEVANTE DE LA NORMATIVA REGLAMENTARIA PREVIA A LA LEY No. 365.

La normativa reglamentaria previa a la emisión de la Ley No. 365 (de 23 de abril de 2013), especialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928/2012 de 29 de noviembre de 2012 y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 228/2013 de 22 de marzo de 2013, no hacen referencia a las inversiones en construcción de vivienda no suntuaria, porque obviamente son previas a la Ley No 365 y no podrían haber contemplado en su tiempo que este tipo de inversiones iban a ser más adelante permitidas a ciertas entidades aseguradoras. En consecuencia, son normas administrativas que siguen rigiendo, pero que no tienen alcance universal sobre todas las modalidades de inversiones ahora permitidas a través de la Ley No. 365 y la consiguiente modificación del artículo 35 de la Ley de Seguros No. 1883, sino que están limitadas a regular las inversiones que estaban permitidas en su tiempo, es decir, inversiones en Valores.

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 568-2013 DE 20 DE JUNIO DE 2013.

Esta Resolución aprueba el Reglamento para Inversión en Construcción de Bienes Raíces Destinados a Vivienda No Suntuaria y Constitución de la Reserva Técnica Especial por Riesgo de Tasa Técnica, que tiene por objeto (artículo 1) reglamentar la Reserva Técnica Especial por Riesgo de Tasa Técnica y las inversiones en proyectos de construcción de vivienda no suntuaria, dispuesta y autorizada mediante los artículos 30 y 35 de la Ley de Seguros No. 1883, modificada por la Ley No. 365.

Mediante esta normativa, la APS se reserva la atribución de autorizar a las entidades aseguradoras, mediante resolución administrativa, el uso de activos admisibles para la

compra de terrenos avaluados.

Notoriamente, la mencionada Resolución (y el Reglamento que aprueba), no contienen disposición alguna sobre contratos preliminares, contratos de opción y otras modalidades de contratación que son usuales en el mercado inmobiliario, especialmente en tiempos como el presente, donde existe gran volatilidad de la oferta y la demanda. Sólo se regula el caso de compra de materiales e insumos que requieran de un anticipo para su entrega, caso en el cual debe contarse con un contrato de respaldo (artículo 15, parágrafo VII).

La materia de los contratos de opción, claramente, no está regulada por esta Resolución y su Reglamento aprobado.

REPORTE DE LOS CONTRATOS DE OPCIÓN, EN EL MARCO DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA 928/12.

PROVIDA procedió a reportar los Contratos de Opción mencionados, bajo la categoría de activos que no cumplen requisitos de admisibilidad, desde fecha 31.12.13. Este reporte no mereció observación u objeción alguna de la APS hasta el presente. El reporte no podía ser efectuado de otra manera; si bien la APS/DJ/DS/N° 928/2012 es anterior a la Ley No. 365, la APS no ha dictado hasta la fecha una normativa regulatoria más amplia, que comprenda de manera expresa los nuevos tipos de inversiones permitidos por la Ley de Seguros No. 1883, en la forma en que fue modificada por la Ley No. 365.

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO No. 2341:

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 contiene el siguiente principio general de la actividad administrativa, en su artículo 4, inciso h):

> *"La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;"*

Este (sic) *principio, aplicado al caso presente, determina que la APS, si considera que debe reglamentar con más detalle la celebración de contratos preliminares, de opción y otros que son usuales en el mercado inmobiliario en Bolivia, debe observar todos los principios constitucionales aplicables. En tanto no actúe de esta manera, la materia no está regulada y tiene como marco de aplicación a la normativa existente que, en todo caso, no prohíbe este tipo de contratos.*

CONCLUSIONES

Los Contratos de Opción celebrados por PROVIDA, mediante los Testimonios Nos. 1694/2013, 1695/2013 y 1696/2013, sin duda son inversiones de alta rentabilidad y de muy bajo riesgo, que representan un uso adecuado de la liquidez existente.

Con relación al requerimiento formulado por la APS a PROVIDA mediante el Auto de 16 de abril de 2014, para que PROVIDA indique en qué norma regulatoria se amparó para utilizar recursos líquidos que le faculten a suscribir contratos de opción de venta de bienes inmuebles cursantes mediante Testimonios Nos. 1694/2013, 1695/2013 y 1696/2013, es claro que la respuesta consiste en la Ley de Seguros No. 1883, en la forma que fue modificada por la Ley No. 365 de 23 de abril de 2013, que en su artículo 35 autoriza a las entidades aseguradoras de seguros de personas que administran los seguros previsionales, invertir en construcción de vivienda no suntuaria hasta un máximo equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de sus reservas técnicas constituidas para estos riesgos.

Hasta el presente, la APS u otra autoridad competente del Estado Plurinacional de Bolivia, no ha emitido normativa alguna que prohiba (sic) *estos contratos. Debemos suponer que, no estando expresamente prohibidos, tanto este tipo de contratos, como los contratos preliminares y otros usuales al mercado inmobiliario en nuestro país, se encuentran y están permitidos de conformidad con el principio contenido en el artículo 14, parágrafo IV de la Constitución Política del Estado, que establece que "En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban"*

La suscripción de los Contratos de Opción en el caso presente es una expresión de la libertad contractual de PROVIDA (artículo 454 del Código Civil Boliviano), para celebrar Contratos de Opción, una modalidad de contrato reconocido, nominado y regulado por el Código Civil Boliviano (artículo 464). A su vez, la libertad contractual de PROVIDA se enmarca en el libre y eficaz ejercicio de sus derechos, derecho (sic) *fundamental reconocido por el artículo 14 de la Constitución Política del Estado.*

Las inversiones realizadas por PROVIDA, no deben confundirse con otras inversiones en Valores, que sí están reguladas por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928/2012 de 29 de noviembre de 2012 y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 228/2013 de 22 de marzo de 2013. Estas resoluciones no hacen referencia a las inversiones en construcción de vivienda no suntuaria, simplemente porque son previas a la Ley No. 365 y se enmarcan en la Ley de Seguros No. 1883 no modificada.

En conclusión, la actuación de PROVIDA en el presente caso se circunscribió a buscar un equilibrio entre rentabilidad, liquidez y seguridad, tal como requiere el artículo 34 de la Ley de Seguros No. 1883, en una actuación que es legal, permitida y no prohibida por normativa regulatoria alguna.

PETITORIO

En mérito a los argumentos legales expuestos, respetuosamente pedimos a su autoridad que se tenga por cumplido el requerimiento a PROVIDA, contenido en el Auto de 16 de abril de 2014, providencia al Otrosí 2° de nuestro Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014…"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 361-2014 DE 21 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió "***CONFIRMAR*** *en su integridad la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014*", con los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO*** (…)

Corresponde analizar y establecer si el acto administrativo recurrido, es decir, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, se ajusta al ordenamiento jurídico administrativo:

Al Cargo 1.-

Que la recurrente asevera que el cargo imputado a Seguros Provida S.A. es erróneo, ya que la entidad jamás emitió pagarés a favor de los jubilados, consecuentemente y en atención al principio de congruencia la sanción debió imponerse por el supuesto incorporado a la nota de cargos y no por otro; es decir, que la APS inició el proceso por un concepto y sancionó por otro diferente al contenido de la nota de cargos.

Que al parecer la recurrente incurre en error y consecuentemente trata de hacer incurrir en error a la APS, ya que por lo visto no ha prestado la debida atención en la lectura de los cargos imputados mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 y mucho menos a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014, ya que si analizamos ambos actos administrativos notaremos claramente que:

Nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013.-

1. *SEGUROS PROVIDA S.A. (merced a una autorización revelada en el Acta de Directorio No. 92 de 4 de febrero de 2010) emitió pagarés (expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como título de crédito constitutivo de obligación incondicional, a favor de los jubilados que suscribieron el mismo* (sic).

   Como ***tal actividad de intermediación financiera, no se encuentra contemplada en la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998, su entidad habría infringido la siguiente normativa:*** *El* ***artículo 11 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998*** *en cuya definición de* ***objeto social único****, no se encuentra la actividad de otorgar préstamos.*

   1.1. El ***artículo 13 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998*** *que en cuyas actividades permitidas, no se encuentra la de otorgar préstamos de dinero.*
   1.2. El ***artículo 14 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998*** *que prohíbe a las aseguradoras, llevar a cabo actividades distintas a su giro. (Las negrillas son de la APS)*

Que consecuentemente y contrario de lo que establece la recurrente, la APS formuló cargos por haber infringido la normativa precedentemente señalada al efectuar actividades distintas a su objeto social único, las cuales no están autorizadas ni permitidas en la Ley de Seguros No. 1883. Entonces, independientemente a si Seguros Provida S.A. emitió o no dichos pagarés a favor de los jubilados, lo cierto y evidente, es que efectuó actividades distintas a su objeto social único. Efectuó actividades propias de una entidad de intermediación financiera, la cual está regida por otro tipo de normativa que no es precisamente la Ley de Seguros.

Que el artículo 1 de la Ley de Seguros No. 1883, establece que: "El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar al seguro, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (hoy APS)…". En ninguna parte del referido artículo puede observarse que el ámbito de aplicación de dicha ley, esté también orientado a actividades de intermediación financiera.

Que asimismo la normativa mencionada, define como Entidad Aseguradora a: "La Sociedad Anónima ***de giro exclusivo en la administración de seguros****, autorizada por la Superintendencia. Comprende las entidades aseguradoras directas, las reaseguradoras y las entidades de prepago. (Las negrillas son de la APS)*

Que igualmente, debe recordarse que la Ley de Seguros No. 1883 en sus artículos 11, 13 y 14 establece lo siguiente:

> *"Artículo 11.- OBJETO SOCIAL UNICO DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- De acuerdo a la presente Ley, las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán tener como objeto social único uno de los siguientes:*
>
> *a) Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros Generales.*
> *b) Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros de Personas y Servicios pagados de índole similar al Seguro.*
> *c) Otorgar en forma exclusiva servicios prepagados de índole similar al Seguro.*
>
> *Las entidades especializadas en seguros de personas, podrán otorgar servicios de ahorro y capitalización de acuerdo al Título VIII del Libro Tercero del Código de Comercio.*
>
> *Las entidades aseguradoras especializadas en Seguros Generales que así lo deseen, podrán dedicarse exclusivamente a los seguros de fianzas.*
>
> *Artículo 13.- ACTIVIDADES PERMITIDAS A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.- Las Entidades Aseguradoras podrán:*
>
> *a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas.*

b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente.
c) Requerir pruebas que razonablemente puedan ser proporcionadas para la verificación de la ocurrencia y circunstancias del siniestro, de acuerdo al Código de Comercio.
d) Contratar libremente reaseguros en Bolivia o en el extranjero, de acuerdo a normas reglamentarias.
e) Emitir bonos obligatoriamente convertibles en acciones representativos del capital de la entidad, previa aprobación de la Superintendencia.
f) Establecer o suprimir sucursales, agencias u oficinas en el territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia, de acuerdo a Reglamento.
g) Establecer filiales o sucursales en el exterior.
h) Realizar préstamos a los asegurados de los seguros de vida voluntarios que no excedan el valor de rescate de las reservas individuales.
i) Registrarse en el Registro del Mercado de Valores y realizar operaciones bursátiles, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley del Mercado de Valores.
j) Contratar a las entidades del mercado de valores y del sector financiero bancario y no bancario para la administración de las inversiones permitidas.
k) Otras actividades que sean necesarias para el cumplimiento de su actividad social, siempre que se encuentre dentro de su giro social y no estén prohibidas expresamente en la presente Ley.

Artículo 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.

Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

a) Publicar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.
b) Invertir los recursos que determine el Título III de la presente Ley en entidades sin fines de lucro, cualquiera sea su régimen legal o en valores de deuda o capital emitidos por la misma entidad aseguradora.
c) Constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre los recursos que determinan los Títulos III y IV de la presente Ley.
d) Emitir bonos o debentures distintos a los autorizados por la presente Ley.
e) Tener vinculación patrimonial o de administración con las Administradora (sic) *de Fondos de Pensiones a las cuales presten servicios de seguros en el Seguro Social Obligatorio.*
f) Realizar operaciones de administración de seguros en general con sus directores o personas remuneradas por la propia entidad aseguradora.
g) Invertir en otras entidades aseguradoras que administren la misma modalidad de seguros.
h) Realizar actividades distintas a su giro".

Que puede observarse con meridiana claridad, que dentro del objeto social único de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como las actividades permitidas y las

prohibiciones contenidas en dichos artículos, no contemplan la de efectuar actividades propias de una entidad de intermediación financiera, por lo que Seguros Provida S.A. al haber efectuado préstamos a los jubilados de los fondos de pensiones que administra, realizó ACTIVIDADES DISTINTAS A SU OBJETO SOCIAL ÚNICO, infringiendo la normativa precedentemente señalada.

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2013.

Que siguiendo el análisis de los actos administrativos emitidos por la APS, tenemos que:

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, ahora recurrida, referente al cargo 1, en su parte resolutiva primera establece:

*"**PRIMERO.-** Declarar **PROBADOS** los Cargos **Nos. 1** y 2 formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013 contra **SEGUROS PROVIDA S.A.**, al haber incumplido lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 efectuando actividades distintas a su giro…".*

Que habiendo quedado claro que el cargo No. 1 formulado contra Seguros Provida S.A. mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, fue por la presunta infracción a lo determinado en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883, al haber efectuado actividades distintas a su objeto social único. Nótese que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, declara probado el cargo No. 1 precisamente por infracción a los precitados artículos de la Ley No. 1883, por lo que ambos actos administrativos son consistentes y congruentes entre la figura infraccional descrita en los artículos precedentemente señalados y la sanción impuesta, existiendo una perfecta relación entre ambos, consecuentemente lo aseverado por la recurrente referente a la supuesta vulneración de la APS al principio de congruencia, no es correcta.

Que asimismo, la recurrente en su memorial de recurso de revocatoria, únicamente se limitó a establecer una supuesta falta por parte de la APS al principio de congruencia existente entre los actos administrativos tanto de formulación de cargos, como la resolución administrativa por la que se declaró probado el cargo No. 1 y la correspondiente sanción impuesta, sin presentar o producir prueba de descargo, ni mucho menos desvirtuar o demostrar que no efectuó actividades distintas a su objeto social único.

Que en tal sentido los argumentos expuestos por la recurrente en cuanto al cargo No. 1, lo único que tratan de lograr es deslindar su responsabilidad por efectuar actividades que no están dentro de su objeto social único ni mucho menos autorizadas, además que no son concretos al objeto del presente proceso, ya que si bien por el principio de sometimiento pleno a la ley, establecido en la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, la Administración debe asegurar a los administrados el debido proceso, que es concebido como el derecho que tienen las partes a exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos, sin embargo no es menos cierto que

dichas pruebas, alegatos, etc., deben estar orientados a enervar el cargo formulado y al hecho concreto que para el caso, resulta de efectuar actividades distintas a su objeto social único infringiendo lo determinado en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883, cuyos resultados están plasmados en los antecedentes del presente caso de autos, por lo que al contrario de lo que ésta establece la recurrente, la APS ha actuado apegada al ordenamiento jurídico administrativo.

Al Cargo 2.-

Que lo aseverado por la recurrente, respecto a que es la propia APS mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014, quien reconoce que la aseguradora tiene la facultad de administrar sus inversiones, nos ratificamos en dicha aseveración, ya que el mercado de seguros es una actividad desarrollada actualmente por privados. Sin embargo lo que la recurrente no debe perder de vista y siempre tener en cuenta es que; si bien el mercado de seguros es una actividad privada, a su vez es una actividad regulada y fiscalizada por el Estado a través de una de sus instituciones como es la APS, por lo que es menester recordar a la recurrente que, sus actividades siempre estarán reguladas y supervisadas por el ente llamado por ley.

Que en tal sentido, el artículo 1.- (Ámbito de Aplicación) de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, establece que: "El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar al seguro, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, ***por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Actualmente APS****. (Las negrillas y subrayado son de la APS). Ello conlleva a que las operaciones de Seguros Provida S.A., deben enmarcarse en las normas específicas a la actividades desarrolladas, que para el caso resultan de la propia Ley de Seguros No. 1883, sus Reglamentos, así como las normas regulatorias propiamente dichas, donde se establecen los requisitos legales y técnicos, así como las condiciones, lo permitido y lo prohibido para desarrollar la actividad, las obligaciones así como las sanciones por su incumplimiento, por lo que es tarea de la APS más bien hacer que las empresas reguladas y fiscalizadas, cumplan sus obligaciones no solamente con el órgano regulador, sino con los asegurados, tomadores del seguro y beneficiarios, más aún tomando en cuenta que los dineros que administra son provenientes en su gran mayoría de fondos de pensiones de jubilación, por lo que debe asegurar su rentabilidad.*

Que así también, es necesario recordar a la recurrente, que algo fundamental para el ejercicio de la actividad administrativa es la competencia, entendido como el conjunto de atribuciones, determinadas por el ordenamiento jurídico positivo, que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. Dicha competencia es para los órganos lo que la capacidad es para las personas físicas. Sin embargo, siendo la capacidad la regla en materia civil, no lo es en materia administrativa. En efecto los órganos administrativos sólo tienen competencia para lo que la ley se las haya otorgado.

Que en tal sentido dentro de las atribuciones otorgadas a la APS por la Ley de Seguros No. 1883, están las establecidas, entre otras, en los incisos c); d) y s) del artículo 43 referente a; Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción; Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción; y Emitir (sic) *disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.*

Que siguiendo los criterios ya establecidos, el precitado artículo 43 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 dispone: La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.

Que en tal sentido y en uso de sus funciones y atribuciones, el ente regulador emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, mediante la cual aprobó la Tasa de Interés Técnico para la Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Previsionales, cuyo parágrafo tercero del artículo quinto, establece lo siguiente:

*"…**Las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos (RIR), producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo SEGUNDO, precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el Formulario SEG/4.82**. Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible…". (Las negrillas y subrayado son de la APS).*

Que por demás esta mencionar que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 por el principio de legalidad y presunción de legitimidad, se presume legítima, salvo expresa declaración judicial en contrario, misma que goza de firmeza ya que no fue impugnada por la recurrente en su debido tiempo.

Que contrariamente a lo que establece la recurrente, respecto a que no existe una norma por el cargo No. 2 formulado mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013, así como la falta de competencia de la APS, se ha demostrado que la norma referida sí existe, es más, fue puesta en conocimiento de Seguros Provida S.A. a hrs. 08:30 del 7 de diciembre de 2012 a través de su representante legal y Gerente General Sr. Ramiro Salinas, como consta del sello de recepción de dicho acto administrativo y en todo caso, si Seguros Provida S.A. consideraba que dicha resolución perjudicaba o era contraria a sus intereses, debería haber impugnado dicho acto administrativo, cosa que no hizo en su debido tiempo dentro los plazos que la ley prevé, por lo que actualmente goza de firmeza administrativa.

Que en tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, mediante la cual se aprobó la Tasa de Interés Técnico para la

Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Previsionales, resulta en una instrucción expresa dada a Seguros Provida S.A. para ser aplicada en el desarrollo de sus actividades, consecuentemente de obligatorio cumplimiento, por lo que el argumento de inexistencia de norma así como de correspondiente sanción, carece completamente de veracidad.

Que asimismo, los incisos i) y j) del Artículo 13 la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, establecen que la administración de cartera de inversiones es atribuible a cada Entidad, no obstante, el párrafo impugnado instruye expresamente a las Entidades que operan en seguros previsionales, que los recursos excedentarios provenientes de la liberación de las reservas matemáticas deben ser reportadas como inversiones en exceso en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" vale decir respaldados con títulos valores, aspecto no cumplido por la Entidad hasta el 31 de julio de 2013 fecha de corte de la Fiscalización in situ.

Que consecuentemente, se determinó que Seguros Provida S.A., transfirió el importe que respalda la liberación de la reserva matemática al disponible a través de vencimientos y ventas de títulos valores admisibles. Al respecto, si bien no existe norma que establezca el límite de plazo para la tenencia de montos en efectivo en las carteras, no obstante, el párrafo de referencia, es claro en relación a que dichas inversiones deben ser reinvertidas en instrumentos de iguales características y ser reportados en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" para mantener su carácter de admisibilidad, lo cual no da lugar a que estos se mantengan en el disponible o en otro tipo de activo.

Que otro aspecto que respalda dicha acción es el "Informe Especial de Cumplimiento de Excedentes de Inversión" elaborado por la firma de auditoría externa Tudela & TH Consulting Group S.R.L. Auditores y Consultores, el cual ratifica el incumplimiento al párrafo tercero del Artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928/2012 de 29 de noviembre de 2012, revelando que los excedentes de inversiones admisibles a los Recursos de Inversión Requeridos al 31 de diciembre de 2013 por Bs48.080.141.- se encuentran invertidos en Disponibilidades en Bancos por Bs27.500.421.- e Inversiones Derivadas (Opciones) por Bs20.579.993.- y como hechos posteriores al 26 de febrero de 2014 reestructuro (sic) *sus excedentes de inversiones en cumplimiento a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928/2012 por Bs28.055.177.-*

CONSIDERANDO

Que al punto – Consideraciones Legales y Principios Jurídicos Inherentes al Recurso de Revocatoria contenidos en el memorial presentado por Seguros Provida S.A., se tiene lo siguiente:

Respecto a la vulneración al principio de congruencia.-

Veamos y analicemos los actos administrativos emitidos por la APS, a saber, la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013.-

"Cargo No. 1.- SEGUROS PROVIDA S.A. (merced a una autorización revelada en el Acta de Directorio No. 92 de 4 de febrero de 2010) emitió pagarés (expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como título de crédito constitutivo de obligación incondicional, a favor de los jubilados que suscribieron el mismo (sic).

*Que como **tal actividad de intermediación financiera, no se encuentra contemplada en la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998, su entidad habría infringido la siguiente normativa:** El **artículo 11 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998** en cuya definición de **objeto social único**, no se encuentra la actividad de otorgar préstamos.*

1.1. *El **artículo 11 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998** en cuya definición de objeto social único, no se encuentra la actividad de otorgar préstamos.*
1.2. *El **artículo 13 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998** que en cuyas actividades permitidas, no se encuentra la de otorgar préstamos de dinero.*
1.3. *El **artículo 14 de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998** que prohíbe a las aseguradoras, llevar a cabo actividades distintas a su giro". (Las negrillas son de la APS)*

Que, la APS formuló cargos por haber infringido los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 al efectuar actividades distintas a su objeto único, las cuales no están ni autorizadas ni permitidas en la Ley de Seguros No. 1883. Entonces, el tipo infraccional está claramente establecido en la nota de cargos, al haber efectuado actividades distintas a su objeto social único.

Consecuentemente, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, ahora recurrida, en lo referente al cargo 1, en su parte resolutiva primera establece:

"***PRIMERO.-** Declarar **PROBADOS** los Cargos **Nos. 1** y 2 formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013 contra **SEGUROS PROVIDA S.A.**, al haber incumplido lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 efectuando actividades distintas a su giro…".*

*Que la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2013, basa la sanción en lo determinado en el parágrafo II del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves,** sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001), ni mayor a ochenta mil (80.000) ochenta mil Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente.*(sic)

Que habiendo quedado claro que el cargo No. 1 formulado contra Seguros Provida S.A. mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, fue por la presunta infracción a lo determinado en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883, al haber efectuado actividades distintas a su objeto social único, notemos que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, declara

probado el cargo No. 1 precisamente por infracción a los precitados artículos de la Ley No. 1883, por lo que ambos actos administrativos son consistentes y congruentes entre la figura infraccional descrita en los artículos precedentemente señalados y la sanción impuesta, existiendo una perfecta relación entre los tipos infraccionales imputados y la sanción impuesta, consecuentemente lo aseverado por la recurrente referente a la supuesta vulneración de la APS al principio de congruencia, no tiene asidero legal.

Al Cargo No. 2.-

"Cargo No. 2.- Se estableció que Bs48.080.413,55, correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013, no han sido reportadas (hasta la fecha) en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera en Exceso" como es preceptivo.

Esta conducta infringe el párrafo tercero del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 (Tasa de Interés Técnico para la Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Provisionales) establece: "QUINTO (TRATAMIENTO PARA LA LIBERACIÓN DE RESERVAS DE RC-RP Y SEGURO VITALICIO).- … las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión requeridos –RIR- producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo SEGUNDO precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario 4.82. Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de recursos de inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido".

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, ahora recurrida, en lo referente al cargo 2, en su parte resolutiva primera establece:

*"**PRIMERO.-** Declarar **PROBADOS** los Cargos **Nos. 1 y 2** formulados mediante nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013 contra **SEGUROS PROVIDA S.A.**, al haber incumplido lo dispuesto… así como al párrafo tercero del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 al mantener y no reportar hasta la fecha Bs48.080.413,55 correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013 en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera en Exceso".*

*Que la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2013, basa la sanción en lo determinado en el parágrafo II del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001), ni mayor a ochenta mil (80.000) ochenta mil Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente.*(sic)

Que como ya se estableció precedentemente, la recurrente no debe perder de vista y siempre tener en cuenta es que; si bien el mercado de seguros es una actividad privada,

a su vez es una actividad regulada y fiscalizada por el Estado a través de una de sus instituciones como es la APS, por lo que es menester recordar a la recurrente que sus actividades siempre estarán reguladas y supervisadas por el ente llamado por ley y que muchas de esas actividades requieren de aprobación o autorización previa de la APS, como es el presente caso.

Que ha quedado claro que el cargo No. 2 formulado contra Seguros Provida S.A. mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, fue por la presunta infracción a lo determinado en el párrafo tercero del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 al mantener y no reportar hasta la fecha Bs48.080.413,55 correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013 en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera en Exceso",

Que en tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, mediante la cual se aprobó la Tasa de Interés Técnico para la Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Previsionales, resulta en una instrucción expresa dada a Seguros Provida S.A. para ser aplicada en el desarrollo de sus actividades, consecuentemente es de obligatorio cumplimiento, por lo que el argumento de inexistencia de norma así como de correspondiente sanción, carece completamente de asidero legal. Por lo que contrariamente a lo que establece la recurrente, respecto a que no existe una norma por el cargo No. 2 formulado mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013, carece de sustento legal, por cuanto se ha demostrado que la norma referida sí existe, es más, fue puesta en conocimiento de Seguros Provida S.A. a hrs. 08:30 del 7 de diciembre de 2012 a través de su representante legal y Gerente General Sr. Ramiro Salinas, como consta del sello de recepción de dicho acto administrativo y en todo caso, si Seguros Provida S.A. consideraba que dicha resolución perjudicaba o era contraria a sus intereses, debería haber impugnado dicho acto administrativo, cosa que no hizo en su debido tiempo dentro los plazos que la ley prevé, por lo que actualmente goza de firmeza administrativa.

Queda claro que ambos actos administrativos son consistentes y congruentes entre la figura infraccional descrita en la normativa precedentemente señalada y la sanción impuesta, existiendo una perfecta relación entre los tipos infraccionales imputados y la sanción impuesta, consecuentemente lo aseverado por la recurrente referente a la supuesta vulneración de la APS al principio de congruencia, no es correcta.

Respecto a la vulneración al límite impuesto por la norma a la discrecionalidad decisoria de la APS.-

Que respecto a lo aseverado por la recurrente en relación a que para el cargo No. 2, no existe norma alguna que ampare la decisión asumida por la APS, es necesario recordar que claramente tanto la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 como la correspondiente Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014, describen expresamente la norma vulnerada, así como la correspondiente sanción establecida de acuerdo al Reglamento de Sanciones del Sector Seguro aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602.

Que como ya se señaló, la APS en el presente caso de autos, actuó en apego a sus competencias y atribuciones otorgadas en la Ley de Seguros No. 1883, como es la de emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de dicha Ley y de sus reglamentos.

Que algo que la recurrente debe tomar en cuenta es que la APS es el órgano competente que regula y fiscaliza las actividades del mercado de seguros y en consecuencia es el ente especializado en la materia. En tal sentido se rige también por el Principio de Especialidad el cual está íntimamente ligado a la Competencia. El Principio de Especialidad lleva a admitir que todo órgano cuenta, además de las atribuidas otorgadas de manera expresa por la ley, con las facultades necesarias para cumplir satisfactoriamente con su cometido al contrario de lo que es la permisión expresa, cuenta con la permisión amplia con cuya aplicación están de acuerdo las doctrinas más modernas en materia de competencia de los órganos y entes administrativos por lo que han abandonado la tesis de la "permisión expresa" (el órgano se encuentra facultado a realizar aquellos que le ha sido autorizado), prefiriendo ya sea la "permisión amplia", en virtud de la cual el órgano se encuentra facultado para emitir aquellos actos que no le estén expresamente prohibidos, sea aquella que asemeja la competencia a la capacidad de las personas jurídicas a través del denominado principio de especialidad.

Que en tal sentido el inciso t) del artículo 43 de la Ley de Seguros No. 1883 es taxativo al respecto, al otorgarle a la APS las facultades de realizar todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Notemos que esta facultad no menciona expresamente que actos puede y cuáles no puede hacer.

Que asimismo el alcance, es decir, el aspecto que define la aptitud para obrar de un ente jurídico es la relación del acto con los fines para los que fue creado, esto es el sentido estricto. Consecuentemente, ninguna persona jurídica estatal, y asimismo ningún órgano estatal, son tales, mientras una norma jurídica no lo establezca, es decir, mientras no haya sido organizado e instituido. Pero una vez que esto ocurre, la competencia en sentido estricto, de la persona y del órgano cubre todo lo expresamente atribuido a ella, más lo implícito en lo expreso.

Que en tal sentido, la Competencia da al Principio de Especialidad su aplicación, es decir que para la interpretación de los alcances de la Competencia de entes y órganos no debe entenderse como un retorno al criterio de la competencia subjetiva. Ello es así porque la especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado, o bien, de su objeto institucional. De ese modo el ámbito de libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

Que podemos observar con notoria claridad, que lo aseverado por la recurrente carece de total sustento legal, puesto que la APS sí ha actuado y dictado el acto administrativo ahora recurrido haciendo uso de las competencias que la ley le otorgó, así como amparándose en una norma regulatoria que establece la obligatoriedad de las compañías aseguradoras respecto a los recursos de inversión.

Respecto a la vulneración al principio de legalidad y sometimiento pleno a la Ley.-

Que la recurrente sostiene que la APS vulneró los principios de legalidad y sometimiento pleno a la Ley, mencionando someramente tales principios, sin embargo no menciona a cabalidad en qué forma la APS al formularle los cargos y al dictar la resolución administrativa ahora recurrida, ha vulnerado dichos principios.

Que al respecto corresponde establecer que el procedimiento administrativo es un conjunto de actos, todos ellos instrumentales del acto final resolutorio, en suma, es el cauce necesario para la producción de actos administrativos, dándoles así la condición de validez de éstos. El procedimiento garantiza a la vez la posibilidad de acierto y eficacia en la Administración y los derechos de los administrados o particulares que pudieran resultar afectados por los actos administrativos, por lo que no puede darse por sentado ningún trámite esencial, las formas son todas garantías de los derechos de los administrados y condicionan la valides (sic) *de los actos de la Administración.*

Que en tal sentido, la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo en el inciso c) de su articulado 4 prevé que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando el debido proceso, con lo cual el ordenamiento jurídico administrativo establece que la Administración debe seguir un procedimiento formal para llegar a la adopción de una decisión, ya sea positiva o negativa para el administrado; es decir, que el ejercicio de las potestades de la Administración requiere su sujeción a un procedimiento legal reglamentariamente establecido, en consecuencia la Administración, en ningún caso puede imponer o dictar un acto sin que se haya tramitado el correspondiente procedimiento. Por lo tanto el principio del debido proceso está dirigido a excluir definitivamente la adopción de decisiones administrativas sin el correspondiente procedimiento.

Que todos los principios mencionados precedentemente están íntimamente ligados a lo que es el principio de legalidad, lo cual supone que el equilibrio que debe presidir las situaciones que vinculan recíprocamente a la Administración con el administrado, requieren de ciertas garantías que deben ser cumplidas, en tal sentido, el principio de legalidad que debe imperar en todo acto administrativo se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento jurídico, el cual limita su poder jurídico, así como la garantía al derecho a la defensa que tiene el administrado, en lo que se conoce como el principio del debido proceso legal.

Que al respecto la doctrina establece que: "El principio de legalidad se ha plasmado en una doble exigencia. En primer lugar (exigencia negativa) en la prohibición de actuar en contra del ordenamiento jurídico, y en segundo lugar (exigencia positiva) en la necesidad de que la Administración obre adecuadamente cuando así lo exige el ordenamiento jurídico. (Guido Santiago Tawil, Administración y Justicia, Volumen I, Ediciones Depalma, pag. 43)".

Que éstos postulados son recogidos por nuestra legislación en materia del Derecho Administrativo en el artículo 4 (Principios Generales de la Actividad Administrativa) de la

Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que establece: "c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso…"

Que revisados los antecedentes cursantes en el expediente del presente caso de autos, se evidencia que no es cierto lo establecido por la recurrente, respecto a que la APS ha vulnerado los principios de legalidad y sometimiento pleno a la Ley, lo que hubiere trascendido en causarle indefensión, puesto que si tenemos en cuenta que se ha instaurado un procedimiento administrativo sancionatorio, observando todas las formas que hacen a este, es decir; se le formuló cargos por un hecho concreto a la inobservancia de una norma específica, se le otorgó el término de prueba máximo que prevé el artículo 66 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI para que responda a los cargos, a lo que la aseguradora mediante nota PV/GG/285/14 de fecha 6 de febrero de 2014 respondió a dichos cargos, la APS evaluó tanto los argumentos como la prueba producida en virtud a las reglas de la sana crítica, por lo que en el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico administrativo, el ente regulador emitió el correspondiente acto administrativo resolviendo la causa. Por lo que se evidencia que la aseguradora tuvo la posibilidad de presentar y de hecho presentó los descargos y prueba pertinente asumiendo su defensa y en ningún momento se conculcó el ejercicio a su legítima defensa.

Que asimismo es menester tomar en cuenta que la doctrina se ha pronunciado respecto al debido proceso, en sentido que: "Dentro del procedimiento administrativo del debido proceso adjetivo, tenemos como corolario de la garantía del derecho a la defensa la posibilidad del particular a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada.

No sólo se encuentra estatuido el derecho a ser oído sino que se ejerza acabadamente de tal forma que el particular, antes de la decisión, pueda haber acreditado sus alegaciones mediante el respaldo probatorio consiguiente… existe un derecho subjetivo de probar, en el procedimiento, los hechos sobre los cuales se intenta deducir la pretensión. Es indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa". (Curso de Procedimiento Administrativo, Pedro Aberaturi (h) – María Rosa Cilurzo, pag. 90, Abeledo-Perrot)".

Que prueba de todo aquello es que se notificó a la aseguradora con el acto administrativo ahora recurrido, a lo que en fecha 24 de marzo de 2014, la aseguradora presentó el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, por lo que el administrado gozó en todo momento de la garantía a ser oído, a presentar y producir prueba, es decir, a ejercer su derecho a la defensa y recibir un debido proceso. En tal sentido y a mayor abundamiento, cabe aclarar que la APS en ningún momento restringió el derecho a la empresa a ser oída, a ofrecer y producir pruebas de descargo, a tomar vista de las actuaciones, a una resolución fundada y, a impugnar su decisión, elementos esenciales de la defensa en juicio y del debido proceso reconocidas a favor de la aseguradora. En tales circunstancias, quedando claro que la APS no ha causado indefensión al administrado y

ha respectado (sic) *el principio de legalidad, el argumento de la recurrente carece de asidero legal.*

Respecto a la falta de tipicidad ya que la conducta sancionada no se encuentra tipificada.-

Que el cargo No. 2 formulado contra Seguros Provida S.A. mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, fue por la presunta infracción a lo determinado en el párrafo tercero del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 al mantener y no reportar hasta la fecha Bs48.080.413,55 correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013 en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera en Exceso". En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, mediante la cual se aprobó la Tasa de Interés Técnico para la Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Previsionales, resulta en una instrucción expresa dada a Seguros Provida S.A. para ser aplicada en el desarrollo de sus actividades, consecuentemente de obligatorio cumplimiento, por lo que el argumento de falta de tipicidad, así como de correspondiente sanción, carece completamente de asidero legal. Por lo que contrariamente a lo que establece la recurrente, respecto a que no existe una norma por el cargo No. 2 formulado mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013, carece de sustento legal, por cuanto se ha demostrado que la norma referida sí existe, es más, fue puesta en conocimiento de Seguros Provida S.A. a hrs. 08:30 del 7 de diciembre de 2012 a través de su representante legal y Gerente General Sr. Ramiro Salinas, como consta del sello de recepción de dicho acto administrativo, y la sanción correspondiente está establecida en el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003 y en todo caso, si Seguros Provida S.A. consideraba que dicha resolución perjudicaba o era contraria a sus intereses, debería haber impugnado dicho acto administrativo, cosa que no hizo en su debido tiempo dentro los plazos que la ley prevé, por lo que actualmente goza de firmeza administrativa.

Que queda claro que ambos actos administrativos son consistentes y congruentes entre la figura infraccional descrita en la normativa precedentemente señalada y la sanción impuesta, existiendo una perfecta relación entre los tipos infraccionales imputados y la sanción impuesta, consecuentemente lo aseverado por la recurrente referente a la supuesta falta de tipicidad, no tiene asidero legal.

CONSIDERANDO

Que respecto a la solicitud de suspensión de la medida regulatoria, contenida en el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, la misma no corresponde toda vez que se incumplió con el parágrafo tercero del artículo quinto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 ya que desde el mes de noviembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 no restituyó los excedentes de inversión producto de la liberación extraordinaria de reservas técnicas.

La Entidad utilizó una parte de los recursos excedentarios en la suscripción de contratos con opción de compra con el propósito de ser destinados al cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS 568-2013 de fecha 20 de junio de 2013, la cual exige otro tratamiento para ser considerados inversiones admisibles, por lo que en el plazo perentorio de 30 días hábiles administrativos Seguros Próvida S.A. deberá restituir en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" el monto aproximado de Bs17.000.000.- (Diecisiete Millones 00/100 Bolivianos) o su equivalente en Dólares Americanos debiendo hacer llegar a esta APS el documento que acredite dicha restitución.

CONSIDERANDO

Que tanto los argumentos, como la prueba aportada por la recurrente, lo único que tratan de lograr es deslindar su responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas, al realizar actividades que no están dentro de su objeto social único, infringiendo lo determinado en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros No. 1883, así como lo determinado en el párrafo tercero del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, al mantener y no reportar hasta la fecha Bs48.080.413,55 correspondiente a las reservas liberadas hasta julio de 2013 en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera en Exceso", además que dicha prueba no es concreta al objeto del presente recurso, ya que si bien por el principio de sometimiento pleno a la ley, establecido en la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, la Administración debe asegurar a los administrados el debido proceso, que es concebido como el derecho que tienen las partes a exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos, sin embargo no es menos cierto que dichas pruebas deben estar orientadas a enervar los cargos formulados, por lo que al contrario de lo que ésta establece, sí hay elementos suficientes que corroboran ese hecho.

Que de la valoración de las pruebas aportadas por la recurrente, así como sus fundamentos cursantes en el recurso de revocatoria, se establece que los mismos no son conducentes para revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, por lo que no existe mérito para su revocatoria, debiendo por el contrario ser confirmada en su integridad…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 11 de junio de 2014, **SEGUROS PROVIDA S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014, argumentado lo siguiente:

"…***Fundamentos Técnicos Generales del Presente Recurso.-***

Del análisis de la resolución ahora recurrida sus Autoridades podrán sacar las siguientes conclusiones:

1. *El recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa de fecha 20 de febrero de 2014 No.-* (sic) *APS/DJ/DS/No 127-2014, interpuesto por PROVIDA mediante memorial de fecha 24 de marzo fue prácticamente soslayado.*

2. *La APS mas allá de hacer una relación ampulosa del caso, no desvirtúa los argumentos interpuestos por PROVIDA a momento de interponer el recurso de revocatoria y se vale de simples apreciaciones generales sin incidir en los aspectos específicamente traídos por la empresa que represento a momento de interponer el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa de fecha 20 de febrero de 2014 No.-* (sic) *APS/DJ/DS/No 127-2014.*

3. *Esta actitud omisiva importa conculcamiento* (sic) *al derecho a petición, pues por nuestra parte argumentamos algo para que por su parte la APS desvirtúe dicho argumento o los acepte bajo criterios legales: sin embargo resulta que la APS si bien se refiere al punto los* (sic) *hace de modo tal que en ningún momento hace hincapié en los argumentos vertidos por nuestra parte.*

4. *Es indudable que la APS inicio* (sic) *un proceso sancionatorio por la supuesta emisión de pagares* (sic) *en contra nuestra y resulto* (sic) *sancionando a PROVIDA por conceptos diferentes a los que motivaron el inicio del proceso sancionatorio; si bien la retorica* (sic) *utilizada por la APS a fin de desvirtuar dicho punto es amplia, en ningún momento explica la correspondencia y congruencia entre la nota de inicio del proceso sancionatorio y la Resolución que impuso la sanción.*

5. *La APS no se ha referido a nuestra solicitud que advierte a dicho ente regulador sobre la* ***imposibilidad material*** *de dar cumplimiento al Artículo 4to. de la Resolución Administrativa de fecha 20 de febrero de 2014 No.-* (sic) *APS/DJ/DS/No 127-2014, decisión que replica en idéntico razonamiento esta vez con mayor plazo en el Articulo* (sic) *segundo de la resolución ahora recurrida, olvidando y soslayando que es* ***MATERIALMENTE IMPOSIBLE*** *cumplir con lo ordenado por la APS en ambos artículos debido a que, como bien sabe y conoce la APS, hemos suscrito contratos de opción con la finalidad de cumplir con los nuevos objetivos y responsabilidades legales que se nos han encomendado mediante Ley 365 que en su* (sic) *Disposiciones Adicionales, Primera, romano VII de la Ley No.- 365 "****Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Publicas*** (sic) ***y Fondo de Protección del Asegurado"*** *se incorpora al artículo 35 de la Ley No 1883 de Seguros el siguiente texto:* ***"Se autoriza a las entidades aseguradoras de seguros de personas que administran los seguros previsionales, invertir en construcción de vivienda no suntuaria hasta un máximo equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de sus reservas técnicas constituidas para estos riesgos". -*** (sic) *Dichos contratos de opción fueron suscritos en el mejor ánimo de dar cumplimiento a la Ley 365 que autoriza y faculta a nuestra entidad a construir viviendas, consecuentemente LOS CONTRATOS DE OPCION DE COMPRA DE BIENES se hallan dentro del ámbito de nuestras atribuciones y sirven para el cumplimiento de nuestros fines específicos no pueden ser tildados de ilegales; tampoco la APS puede dirimir que los mismos deban ser de algún modo dejados sin efecto a fin de que los fondos comprometidos en ellos sean restituidos a otra*

cuenta. NO EXISTE RACIONALIDAD JURIDICA EN DICHA DECISIÓN.

6. *Es claro que la APS con la redacción que presenta no está tamizando nuestra solicitud que advierte a dicho ente regulador sobre la* ***imposibilidad material*** *de dar cumplimiento al Artículo 4to. de la Resolución Administrativa de fecha 20 de febrero de 2014 No.-* (sic) *APS/DJ/DS/No 127-2014, decisión que replica en idéntico razonamiento esta vez con mayor plazo en el Articulo* (sic) *segundo de la resolución ahora recurrida; la APS consecuentemente olvida que para dar cumplimiento a los señalados artículos, debemos dejar sin efecto los contratos de opción suscritos por PROVIDA tendentes a dar cumplimiento a la Ley 365 extremo este* (sic) *IMPOSIBLE pues ello derivaría en sendos procesos judiciales contra la empresa que represento que en aras de cumplir la Ley 365 y en el mejor ánimo de lograr provecho y la rentabilidad deseada para con los fondos que administra ha suscrito contratos de opción para la compra de terrenos zanjando con ello, favorablemente para la empresa precios y condiciones que no se podrían ejercer a la fecha.*

7. *La APS no explica la suerte de prohibición implícita que se halla contenida en los artículos* (sic) *4to. de la Resolución Administrativa de fecha 20 de febrero de 2014 No.-* (sic) *APS/DJ/DS/No 127-2014, decisión que replica en idéntico razonamiento esta vez con mayor plazo en el Articulo* (sic) *segundo de la resolución ahora recurrida respecto a los contratos de opción, pues en su razonamiento las inversiones hechas por aproximadamente Bs.- 17.000.000 (que son principalmente los contratos de opción para cumplir la Ley 365) deben ser dejados sin efecto (NO SEÑALA COMO!! NI SE REFIERE A NUESTRA ARGUEMTACIÓN* (sic) *QUE SEÑALA COMO IMPOSIBLE DICHO EXTREMO!!!!!!)- De la manera más cómoda ordena que dicho dinero sea restituido olvidando y soslayando que por nuestra parte hemos opuesto una IMPOSIBILIDAD MATERIAL de cumplir con ello. SOSLAYANDO que dichos contratos fueron suscritos con terceros y no pueden ser dejados sin efecto por orden de la APS, OLVIDANDO que además fueron suscritos en el mejor ánimo de dar cumplimiento a la Ley 365.*

8. *Sin decirlo la APS con la decisión adoptada esta* (sic) *imponiendo el razonamiento de que los contratos de opción para comprar terrenos están prohibidos para PROVIDA; traduciéndose en consecuencia la decisión adoptada en una no prevista en la norma; la APS en este caso se aleja plausiblemente de la norma vulnerando el principio rector de sus actos que es el* ***SOMETIMIENTO PLENO A LA NORMA****; Seguros Próvida S.A. (PROVIDA) es una sociedad anónima legalmente constituida, inscrita en la Fundación para el Desarrollo Empresarial (Fundaempresa* (sic)*) bajo la matrícula N° 13547. Toda sociedad anónima que opera en el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia se halla regulada por el Código de Comercio boliviano que en su artículo 1° establece claramente lo siguiente:* ***"Art. 1°.- (ALCANCE DE LA LEY). El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial. En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil.*** *" El parágrafo IV del artículo 14 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en el titulo* (sic) *II referido a:* ***"Derechos Fundamentales y***

Garantías – Capitulo (sic) ***Primero*** - ***Disposiciones Generales"*** *señala textualmente lo siguiente:* ***"IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban."*** *- La APS no ha señalado hasta la fecha en que* (sic) *norma se halla contenido el razonamiento que veladamente se halla inserto en la resolución sonde* (sic) *esta* (sic) *la prohibición legal que señalaría que no podemos suscribir contratos de opción para la compra de terrenos en el marco de la Ley 365.*

9. *La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4, consagra los principios generales de la actividad administrativa; es decir, de la actividad que ejecuta la Administración Pública. Uno de estos principios, es precisamente el de* ***sometimiento pleno a la ley****, que está previsto en el inciso c) del citado artículo, lo que conlleva la obligación de la Administración Pública de circunscribir su actuación estrictamente a la ley - La Administración Pública, consecuentemente, no puede actuar más allá de los lineamientos que la propia ley le establece pues sus actos serian* (sic) *nulos de pleno derecho de actuar rebasando los lineamientos establecidos por la Ley.*

10. *Note además su Autoridad que la resolución ahora recurrida en varios de sus puntos Pg. 31 y Pg. 29 (refiriéndose al principio de especialidad) trata de desvirtuar el principio de sometimiento pleno a la Ley vulnerando con ello el andamiaje jurídico administrativo vigente en Bolivia, tratando de sobreponer a la legislación positiva y a vinculantes fallos constitucionales doctrina dicen "moderna" que contradice el andamiaje jurídico administrativo de nuestro país. Tanto así que la resolución ahora impugnada contradice seriamente el Texto denominado: PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, texto elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas* (sic) *del Estado Plurinacional de Bolivia, Unidad de Recursos Jerárquicos Del Sistema De Regulación Financiera, Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieras. Adjunto pagina* (sic) *especifica* (sic) *en copia a fin de que quede claramente establecido el modo contrario a la norma con el que está actuando la APS.*

11. *Así también adjunto la RA APS/DJ/DS/No.- 397-2014 de fecha 6 de junio de 2014 en la que la APS Autoriza para el uso de Activos Admisibles para la compra de Terrenos Para Construcción de Vivienda Tramite* (sic) *7759/2014,* ***resolución que claramente relaciona los contratos de opción que ahora de forma velada se tratan de tildar como si estuvieran prohibidos****. Dicha Resolución es clara y demuestra palmariamente que los contratos de opción están sirviendo a PROVIDA para el cumplimiento de los objetivos señalados en la Ley 365 y por ende no existe razonamiento legal por el cual la APS pueda ordena* (sic) *a PROVIDA que de modo alguno deshaga, deje sin efecto, o de modo alguno menoscabe dichos contratos a fin de restituir fondos de una cuenta a otra a fin de, conforme su interpretación que no compartimos, se cumpla un reglamento PERO SE DEJE DE CUMPLIR UNA LEY (365) CON EL RIESGO DE SOMETER A PROVIDA A PROCESAMIENTOS INSOSPECHADOS Y CON ELLO VULNERAR TODO EL SISTEMA PREVISIONAL BOLIVIANO.*

12. *Consecuentemente es claro que la APS pretende imponer a PROVIDA una interpretación normativa de un reglamento que no compartimos y que no gurda* (sic) *relación de conformidad con otras normas de mayor jerarquía como la propia CPE y la Ley 365.*

13. *Claramente la CPE señala que no podemos ser obligados a hacer lo que la Ley no prohíbe.*

14. *La Ley 365 encomienda a las empresas aseguradoras que administran riesgos previsionales a invertir en la compra de terrenos, es obvio que pudiendo lo mas* (sic) *se puede lo menos y que cualquier esfuerzo hecho por nuestra compañía tendente a dicha finalidad es licita* (sic)*, como lo son lícitos los contratos de opción para compra de terrenos.*

15. *No existe norma alguna que señale que dichos contratos son prohibidos o ilegales por lo que la APS no puede ordenarnos de forma velada que restituyamos Bs.- 17.000.000 de una cuenta a otra bajo el pretexto de que ese dinero fue, por decirlo de forma pedestre, mal invertido en contratos de opción, pues ello se traduciría en una dificultad profunda para con la empresa que represento a la que no es posible que la APS nos induzca. No olvidemos que dichos contratos no se hallan prohibidos por norma alguna y se han suscrito en el marco de la Ley 365 a la cual ningún reglamento puede oponerse en aras del principio de JERARQUIA NORMATIVA Y PRIMACIA CONSTITUCIONAL que se halla consagrada en el art. 4 inc. h) de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando establece que:* ***"La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes".*** *Y en la VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0790/2012 Sucre, 20 de agosto de 2012 señala: "...****el art. 410.11 de la CPE, que consagra el principio de supremacía constitucional, al señalar que la Constitución es la norma suprema de ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; precepto constitucional que hoy por hoy, resulta infringido por la disposición legal impugnada, la que si bien, conforme apunta el accionante, podía ser considerada conforme*** (sic) ***o compatible con la Constitución Política del Estado abrogada, en cuyo marco fue sancionada la Ley de Administración y Control Gubernamentales; empero, desde el momento en que por voluntad del constituyente, aprobada mediante referéndum de 2009, se introduce el principio contenido en el art. 324 de la CPE, de imprescriptibilidad de las deudas por daños económicos causados al Estado, la disposición legal en cuestión queda desfasada del nuevo orden constitucional vigente, produciéndose un típico caso de inconstitucionalidad sobreviniente, al haber establecido un régimen de prescripción de las acciones judiciales y obligaciones emergentes de la responsabilidad civil, que actualmente colisiona frontalmente, con un precepto supra legal, que establece exactamente lo contrario, el cual por lo demás tiene carácter de "norma constitucional-principio", que en todo caso prevalece y tiene primacía frente a una "norma legal-regla", como resulta ser el art. 40 de la LACG, por lo que a fin de depurar el ordenamiento jurídico del***

Estado, se hace necesaria su expulsión de dicho ordenamiento, para así dar vigencia plena al Estado Constitucional de Derecho Plurinacional y Comunitario, adoptado por el constituyente boliviano."

Por lo señalado solicito a su digna Autoridad a momento de resolver el presente Recurso Jerárquico referirse a los puntos abordados en este acápite a fin de que por nuestra parte podamos entender los alcances del fallo a ser emitido versus el razonamiento legal que oponemos.

Así mismo (sic) *y toda vez que la APS ha soslayado nuestra argumentación contenida en el recurso de revocatoria supra relacionado reitero dichos argumentos a fin de que su Autoridad pueda esta vez tamizarlos y darles el real valor legal que merecen.*

Consideraciones Generales Sobre el Cargo 1.-

Con referencia al imputado cargo 1, la APS, a través de la notificación de cargos supra referida (nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de fecha 23 de diciembre de 2013) y notificada a PROVIDA en fecha 15 de enero de 2014, textualmente dice: "1. SEGUROS PROVIDA S.A. (merced a una autorización revelada en el Acta de Directorio N° 92 de 4 de febrero de 2010) ***emitió pagarés*** *(expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como título de crédito constitutivo de obligación incondicional a favor de los jubilados que suscribieron el mismo* (sic)*" (El resaltado es nuestro)*

Consecuentemente y en atención al ***principio de congruencia*** *la sanción debió darse por el supuesto que incorpora dicha nota que indica que PROVIDA habría emitido pagares* (sic) *sin estar, en el entendido de la APS, legalmente autorizado para ello.*

En este contexto, el cargo imputado a Seguros Próvida S.A. es erróneo, ya que, Seguros Próvida S.A. jamás emitió pagarés, así lo afirma la propia RA ahora recurrida; dichos pagares (sic) *fueron emitidos por los jubilados no por PROVIDA - El objeto del proceso sancionatorio en este caso es averiguar si PROVIDA emitió o no pagares* (sic) *y es claro que no lo hizo por lo que este cargo debió ser absuelto.*

Por el contrario, PROVIDA adquirió pagarés emitidos por personas naturales y los clasificó como inversiones no admisibles, consecuentemente no existe la imprescindible correlación entre la nota de cargos y la sanción impuesta a PROVIDA debiendo en consecuencia su Autoridad REVOCAR el acto impugnado pues la nota de cargos se refiere a un supuesto que la propia APS en la RA recurrida establece como inexistente.

La APS, modificando arbitrariamente lo aseverado en calidad de cargos, acto esencial en el proceso administrativo, que tiene la finalidad de delimitar el proceso sancionatorio, inicia un proceso sancionatorio por un concepto y lo termina sancionado por uno diferente; - (sic) *La APS no se halla autorizada a realizar un cargo especifico* (sic) *contra uno de sus regulados y luego, en el mismo proceso, sancionar al regulado por un extremo diametralmente diferente al contenido en la nota de cargos; ello sencillamente no es posible; atenta contra el principio de congruencia y el derecho a la defensa.*

El cargo se realiza por una eventual emisión de pagares (sic) *y la sanción resulta en un supuesto diametralmente diferente y no comprobado, pues no fue sometido a proceso, inherente al extremo de que PROVIDA estuviera dando créditos a los jubilados y a cambio de dichos créditos estuviera recibiendo pagares en garantía.*

El administrado tiene el derecho de defenderse de los cargos que se le imputan; si resulta que la resolución sancionatoria establece una sanción por conceptos diferentes a los cargos imputados, se inhibe, en los hechos, el derecho a la defensa que asiste al administrado quien en ejercicio de su derecho se defenderá por uno (sic) *extremo y resultara* (sic) *sancionado por otro totalmente diferente lo que sin duda vulnera y lacera principios básicos del derecho que su Autoridad se halla obligada a respetar como el de congruencia; sumiendo consecuentemente al administrado en la más absoluta indefensión por el cargo sancionado, pues, reitero el administrado ejerció defensa por otro concepto que era el inicialmente contenido en la nota de cargos.*

En el caso especifico (sic) *si el cargo que se imputa a PROVIDA es el de emitir pagares* (sic), *debe comprobarse el hecho y sancionarse a la entidad por dicha supuesta emisión ilegal si es que la hubiera, pero no puede la APS resultar sancionando a PROVIDA, como en el caso especitico*(sic), *por otro concepto diferente al que refiere la nota de cargos; ello resulta lógico pues PROVIDA se defendió y presento* (sic) *descargos por la supuesta emisión ilegal de pagares* (sic)*; - no presento* (sic) *descargo alguno por el supuesto contenido en la resolución de otorgar créditos y recibir a cambio, en calidad de garantía, pagares* (sic) *pues ello no fue el contenido de la nota de cargos.*
La Resolución Sancionatoria deberá consecuentemente ser REVOCADA y en su lugar deberá pronunciarse una nueva que guarde correlación entre lo aseverado en la nota de cargos y lo sancionado; esta nueva resolución deberá absolver a PROVIDA o en su defecto deberá establecer claramente como (sic), *cuando* (sic), *en qué casos específicos y para qué finalidad PROVIDA hubiera emitido dichos pagares estableciendo además claramente la norma pertinente que establezca dicho acto como una infracción administrativa; mientras ello no ocurra la RA ahora impugnada es ilegal.*

<u>Consideraciones Generales Sobre El Cargo 2 (Infracción del parágrafo tercero del artículo quinto de la RA APS/DJ/DS/No.- 928 - 2012 de 29 de noviembre de 2012.).-</u>

Con relación al puto (sic) *específico de la Resolución Administrativa impugnada cabe realizar las siguientes puntualizaciones:*

1. *En el considerando 5to. dedicado al cargo 2, segundo párrafo, de la Resolución Administrativa ahora impugnada, la APS admite textualmente lo siguiente:*

    a. *"Al respecto, si bien la Entidad puede administrar sus inversiones, el párrafo Tercero del Artículo Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29/11/12 establece expresamente..."*

    b. *En el mismo considerando precedentemente citado, párrafo tercero, se dice: "En tal sentido, las inversiones excedentarias como consecuencia de la liberación de reservas deben estar reportadas en el Formulario SEG/4.82 "Detalle*

de Cartera de Inversiones en Exceso" o en su caso como Títulos Valores admisibles, no dando a lugar a invertir en otros activos, ya que el objetivo de dicha norma es mantener el carácter de inversión admisible para el momento que esos fondos sean requeridos. Por lo que, el mantener dichos fondos en el disponible no cumple con dicho requisito, debido a que no genera una tasa de rendimiento igual o superior a los rendimientos que generan los instrumentos financieros, considerando además que se reconoce como recurso de inversión hasta el 5% del disponible, por lo tanto no se constituye en inversiones de similares características"

De los párrafos textualmente supra transcritos, se puede establecer que la APS ha concluido en lo siguiente:

1. *La APS reconoce la facultad de la compañía de administrar sus inversiones - de donde se colige que no es entendible la sanción que imputa a PROVIDA;*

2. *La APS, en contra de la teoría financiera, asume que los activos financieros elegibles para la formación de las carteras de las compañías aseguradoras, son activos libres de riesgo; esto queda de manifiesto al afirmar que "Por lo que, el mantener dichos fondos en el disponible no cumple con dicho requisito, debido a que no genera una tasa de rendimiento igual o superior a los rendimientos que generan los instrumentos financieros". Es decir, el disponible genera un retorno cero (salvo por algún retorno despreciable generado en cuentas de ahorro). Si cualquier activo financiero elegible genera un retorno igual o mayor a cero, se infiere fácilmente que, en el credo de la APS, los activos financieros siempre generan un retorno positivo. La revisión empírica del retorno de activos financieros, contradirá, inambiguamente* (sic)*, la posición de la APS.*

3. *En la certidumbre de lo anterior Seguros Próvida S.A., sostiene que la tenencia de efectivo en su cartera, no ha vulnerado el objetivo de rentabilidad general de la cartera y, consecuentemente se alinea con la política normada.*

La APS, como emisora de la RA 928-2012, afirma que los activos provenientes de la liberación de reservas resultantes de la aplicación de dicha RA, deben "mantener el carácter de inversión admisible para el momento que esos fondos sean requeridos".

<u>En ausencia de norma que diga lo contrario</u>**, PROVIDA formula la siguiente hipótesis:* ***"que el requerimiento de dichos activos sucedería cuando los Recursos de Inversión Requeridos (RIR) no fuesen satisfechos". *Es decir, los recursos de la liberación discutida, actuarían como una primera capa de activos para volver al cumplimiento de los RIR. En términos procedimentales, se trasladaría activos desde el formulario SEG. 4.82 al formulario 4.81, restituyendo así el valor exigible de los RIR.*

En el particular caso de Seguros Próvida S.A., los RIR estuvieron satisfechos en el último bimestre de 2013 como lo están también a la fecha de redacción de este documento. Por otra parte, la sumatoria de activos elegibles en exceso a los RIR medidos en cualquier momento posterior a la liberación de reservas en aplicación de la ya mencionada RA 928-13, es mayor al monto de la liberación. Entonces, Seguros Próvida

S.A. no destinó ni planea destinar dichos recursos a fines distintos que el respaldo de los pasivos previsionales.

<u>Una eventual discrepancia sobre la hipótesis precedentemente formulada, debiera generar norma expresa a fin de que la APS no adopte una decisión discrecional no prevista en la norma.</u>

La discrecionalidad de la Autoridad para dictaminar el momento y forma del requerimiento de dichos activos, constituiría una asimetría de información entre regulador y regulado y su cumplimiento, como es el caso actual, sería una variable fuera de control por parte de PROVIDA; extremo este que no condice con principios básicos del derecho como explicaremos en lo sucesivo.

A fin de fortalecer nuestra argumentación, permítasenos la "disección" del último párrafo del artículo 5to de la RA 928-2013, generadora del presente debate:

"Las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos RIR, producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo SEGUNDO precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario 4.82. Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido."

Analizando la norma supra citada tenemos que PROVIDA no solo que no ha incumplido con la misma sino que viene cumpliéndola a cabalidad, veamos:

1. *"Estas inversiones no podrán ser distribuidas,...". Claramente Seguros Próvida ha dado cumplimiento a esta disposición, ante la evidencia que durante el período posterior a la emisión de la RA 928-2013, no ha realizado ninguna distribución de utilidades. - Claramente la RA no puede fundar sanción alguna contra PROVIDA basándose en la citada apreciación.*

2. ***"**...ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido". Cualquier inversión, a su término (salvo papeles de firmas quebradas o en "default"), se convierte en efectivo. **<u>No conocemos norma que limite el plazo de tenencia de montos en efectivo en las carteras</u>**. Para el caso del debatido monto de la liberación, al no serle aplicable la malla genérica de inversiones, no aplica la restricción del 5%, aplicable en caso de la cartera de los RIR. Luego, la posición expresada en recursos líquidos no vulnera norma alguna y, deja un plazo no normado para su transformación en activos elegibles admisibles; en este aspecto tampoco la APS puede fundar sanción alguna pues nos hallamos en cumplimiento pleno de lo señalado.*

3. *Continuando con la cita entrecomillada, en nuestro entender, a los fines de RA en discusión, dos instrumentos poseen similares características cuando se trata de activos elegibles para conformar carteras de inversión de compañías*

aseguradoras, ***distinto debiera ser expresamente normado, caso contrario, nuevamente, los regulados estaríamos en asimetría de información y sometidos a la discrecionalidad de la Autoridad****.*

4. *Siguiendo con la línea de razonamiento anterior, un activo elegible puede ser convertido en activo elegible admisible, cuando así sea requerido, entendiendo que entre la fecha del requerimiento o previsión de requerimiento y su concreción, distará un plazo económicamente razonable; supongamos, por ejemplo, la tenencia en la cartera de acciones de firmas que no transan en Bolsa (activo elegible) y que a requerimiento, sean transformadas en títulos bursátiles; en tal caso, el administrador de cartera podrá gestionar su transacción bursátil o cerrar posición en dichos títulos en el mercado no bursátil. Lo mismo aplica a una posición en activos derivados, mismos que para ser transformados en activos elegibles admisibles, requieren de un lapso para cerrar posición o ejercer los derechos que generan. Este mismo concepto aplica a la previsión de la RA 568/2013 articulo* (sic) *15 VII sobre los anticipos monetarios en la compra de insumos, operación que conceptualmente es un activo derivado bajo la forma de un futuro.*

Como corolario de lo anterior, reiteramos que el núcleo de la discusión es la circunstancia o circunstancias bajo las cuales los recursos de la liberación por cambio de la tasa implícita de descuento de los pasivos, serán requeridos en calidad de activos elegibles admisibles. Nuestro entender sobre este punto central fue expreso en el presente apartado.

El sometimiento pleno a la norma, como principio que rige el desenvolvimiento de las autoridades administrativas, debe, en todo momento, estar presente en los actos administrativos; cualquier autoridad que pretenda administrativo (sic) *debe someterse a la norma e identificar claramente que* (sic) *disposición legal está aplicando, el limite* (sic) *que impone la justicia a la actividad discrecional de las autoridades públicas es claro y preciso por lo que lo establecido precedentemente a fin de avalar la decisión de la APS en la RA ahora recurrida debe estar enmarcado* (sic) *en la normativa existente y no en una simple consideración discrecional (llámese opinión) de la APS. Consecuentemente la RA ahora recurrida debe ser REVOCADA pues* ***no existe norma alguna que sostenga lo que la APS asevera en el acto administrativo recurrido*** *traduciéndose el hecho en un acto discrecional que no halla amparo en norma alguna; por ende la Autoridad Administrativa al pronunciar la RA ahora recurrida no se ha sometido a la norma y ha hecho prevalecer en el mismo opiniones técnicas sin el imprescindible apoyo normativo que debe ser precedente inexcusable a cualquier acto administrativo; en el caso especifico*(sic)*, carente de motivación y sometimiento a la norma traduciéndose en los hechos en un acto que nítidamente rebasa el limite* (sic) *discrecional de la autoridad administrativa.*

Es obvio que los preceptos legales ante dichos deben ser respetados pues el administrado se halla sometido a la norma y debe conocer de antemano los límites de su accionar y no puede estar sometido a actos discrecionales, no previstos en la norma pues ello conlleva inseguridad jurídica; en dicho escenario los administrados jamás estarían en la posibilidad de conocer anteladamente el límite de su accionar y estarían

sometidos al arbitrio de análisis ex post y a la libre interpretación de los hechos de las Autoridades administrativas, extremo que no condice con el Estado de Derecho.

<u>Imposibilidad Material de dar Cumplimiento al Artículo 4to. de la Resolución Recurrida.-</u>

A la fecha PROVIDA se halla en la imposibilidad material de dar cumplimiento cabal, en términos económicamente racionales, a la disposición 4ta. de la mencionada RA, cuyo texto señala: "CUARTO.- Como medida regulatoria para el cargo N° 2, se instruye a SEGUROS PROVIDA S.A. que en el plazo perentorio e impostergable de quince (15) días hábiles administrativos, efectúe la restitución de los fondos a títulos valores en exceso a ser reportados en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso", debiendo poner en conocimiento de las APS el cumplimiento de la presente instrucción".

Según la afirmación contenida en nuestra nota PG/GG/285/14 de 6 de febrero de 2014, al 30 de noviembre de 2013, la compañía poseía en su cartera montos en efectivo en exceso a los montos provenientes de la liberación de reservas resultantes de una mayor tasa implícita para el descuento de los pasivos previsionales (RA 928/12).

Si nuestra cartera fuera estática y estuviera compuesta a la presente fecha por los mismos activos líquidos del mes de noviembre del año pasado, sería plenamente practicable su conversión a activos admisibles, independientemente del juicio del administrador, en el plazo de 15 días hábiles; sin embargo, esta no es la situación de Seguros Próvida S.A. y seguramente tampoco de cualquier otra compañía de similares características. Por el contrario, la cartera que administra una entidad como la nuestra es necesariamente dinámica, característica que debe ser tomada en cuenta por su autoridad.

Al respecto, como ya anticipamos en nuestra carta PV-DI-635-14 de fecha 21 de marzo del presente año, hacemos notar nuevamente a su autoridad que reflejando el dinamismo de la cartera y en cumplimento a normas que son de su conocimiento, en diciembre de 2013, la compañía ha concretado contratos de opciones de compra de terrenos en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, entre los anillos 7mo. y 8vo. carretera al norte, por un monto de US$ 3.0 millones. Estas opciones tienen, naturalmente, un activo subyacente (los terrenos), un precio de ejercicio (US$ 88.0 por m2) y un plazo máximo de 2 años. Durante el plazo referido, nuestra compañía puede ejercer en cualquier momento su opción de compra, teniendo la oportunidad de valorar el mejor momento disponible al efecto.

La expresión contable de esta operación se halla en la cuenta 104.01020103, bajo la denominación de ***"Emitidos por Entidades Privadas", "Inversiones Derivadas"*** *en los estados financieros auditados a 31.12.13. que son de conocimiento de la APS desde fines del pasado febrero, sin que hayamos recibido observación u objeción al respecto.*

Sin perjuicio de lo anterior, las opciones contratadas por nuestra Compañía están normadas también por el artículo 464 del Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia, con el siguiente texto legal: "ARTÍCULO 464.- (Contrato de Opción). I. Por el contrato de opción una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación en su favor o en la de un tercero, en las condicione

convenidas y en el plazo acordado. **-** *II. El plazo no podrá ser superior a dos años."*

En el caso en exposición, Seguros Próvida ha suscrito contratos de opción de compra para anclar precios y, naturalmente, para asegurarse la propiedad futura del activo subyacente en las mejores condiciones posibles para PROVIDA.

Como resultará evidente para Vd. (sic), *el testimonio 1694, anexo, cláusula Décima (Falta de Aprobación de la APS), prevé la no objeción de la APS como condición para el ejercicio de la opción de compra de un lote de terreno de 27.272.73 m2 por US$ 2.4 millones; es decir a US$ 88.- por metro cuadrado útil de terreno transferido.*

Este diseño está claramente concebido para dar satisfacción a la normativa de adquisición de terrenos para la construcción de vivienda no suntuaria. De la lectura del mismo instrumento, concluirá Vd. (sic) *que en el adverso escenario de objeción de la APS, Seguros Próvida S.A. está exenta de toda penalidad y la inversión es totalmente recuperable pues se halla garantizada por una hipoteca varias veces superior al valor comprometido en los contratos de opción según se detallara* (sic) *más adelante.*

La teoría de inversión inmobiliaria y la propia intuición indican que el desarrollo inmobiliario de un predio, actúa como un propulsor del precio de los predios vecinos. En el presente caso, Seguros Próvida S.A. ha celebrado opciones de compra sobre predios aledaños al principal (véase Testimonios 1695 y 1696, anexos). Estas opciones tienen un plazo de 2 años y pueden ser ejercidas en cualquier momento a partir del 18/03/14, naturalmente, al precio anclado de US$ 88.- por metro cuadrado. De esta forma, Seguros Próvida se aseguró que el incremento de valor generado, beneficie a otros terrenos aledaños sobre los cuales también tiene derechos constituidos.

Como una forma de virtualmente eliminar el riesgo de incumplimiento de la opción por parte del vendedor, los contratos prevén (cláusula décimo segunda. Testimonio 1694) que el vendedor ofrece una garantía hipotecaria de los terrenos más el resto de la propiedad que los contiene; hablamos de una propiedad de 203.400.75 m2. Es decir, según consta en Formulario de Registro de Derechos Reales, Solicitud de Inscripción de Gravámenes, anexos, la totalidad de la propiedad que contiene los terrenos, está hipotecada a favor de Seguros Próvida S.A.. Bajo el simplificador supuesto que el precio de los terrenos comprometidos en las opciones y el resto del predio tienen el mismo valor, concluimos fácilmente que la garantía equivale a 7.5 veces el valor de las opciones, de forma que PROVIDA tiene amplia garantía que respalda sus derechos.

Respecto al cumplimiento por parte del vendedor de las condiciones previas al ejercicio de las opciones, él ha estimado, con escasa desviación, que la fecha de cumplimiento de dichas condiciones sucederá hacia la primera semana del mes de abril del presente año. Consecuentemente, asumiendo la no objeción de la APS a la compra de un terreno de las características citadas, el ejercicio de la primera opción (sobre el terreno de 27.272.73 m2) sucederá durante el próximo mes de abril de 2014 y el ejercicio de las siguientes sucederá a continuación en aplicación de la RA 228.

En cumplimiento de la secuencia expuesta, Seguros Próvida S.A. estará en condiciones de restituir plenamente la calidad de activos admisibles en exceso, hacia abril o mayo

de 2014 (nótese que a la fecha de esta nota, la Compañia (sic) *ha reportado en el formulario 4.82 activos equivalente a US$ 4.11 millones).*

En suma, Señor Director, consideramos que la celebración de opciones de compra por parte de Seguros Próvida es consistente con:

- *El uso de activos elegibles.*
- *Ganancia de los incrementos de valor de las propias inversiones inmobiliarias iniciales;*
- *El no deterioro de la calidad de los activos de la cartera;*
- *Y más importante aún, la función objetivo, respaldada por Vds.*(sic)*, cual es el logro de rentabilidades consistentes con la sostenibilidad de largo plazo de la operación de seguros previsionales a cargo nuestro.*

Anotamos también que Seguros Próvida S.A. ha privilegiado este acto de transparencia plena con Vds. (sic)*, frente a otras alternativas disponibles, en la confianza que regulador y regulado compartimos el objetivo común de la antedicha sostenibilidad de largo plazo de la operación previsional.*

Nos permitimos presentar esta explicación y la documentación adjunta, en la esperanza que su autoridad, para un mejor proceder, ***deje sin efecto la medida regulatoria contenida en la Disposición Cuarta de la Resolución Administrativa (RA) N° 127/14*** *pues dadas las características relatadas y documentadas es imposible cumplirla en el plazo contenida en la misma. Los contratos de opción supra relacionados se hallan suscritos con una tercera persona y deben ser cumplidos en el marco de lo acordado por constituir el contrato Ley entre partes, no basta que PROVIDA, por mandato implícito de la RA ahora impugnada deba resolver dichos contratos.*

Por lo señalado y en el marco de lo establecido en este punto solicitamos a su Autoridad revocar la RA recurrida y ***dejar sin efecto la medida regulatoria contenida en la Disposición Cuarta de la Resolución Administrativa (RA) N° 127/14.***

Consideraciones Legales y Principios Jurídicos Inherentes al Recurso de Revocatoria contenido en el Presente Memorial.-

Vulneración al Principio de Congruencia.-

Al pronunciar una resolución sancionatoria, la autoridad jurisdiccional (sic) *debe velar por el principio de congruencia y referirse específicamente a los puntos que en calidad de cargos se imputan al administrado; deberá hacer un análisis jurídico sobre si los cargos imputados han sido comprobados o por el contrario desvirtuados. Si se comprueba que los cargos inicialmente establecidos se confirman la autoridad impondrá una sanción mediante un acto administrativo debidamente motivado en el que claramente se establezcan todos los detalles de la comprobación hecha, la norma en la que se halla contenida la infracción, los antecedentes del caso y naturalmente la fundamentación legal que ampara dicha sanción, en el presente caso ello no ha sucedido y se han soslayado los extremos que inicialmente la APS ha opuesto al administrado en calidad de cargos, la resolución sancionatoria ahora impugnada no*

establece si PROVIDA en realidad emitió pagares (sic) *o no, resulta sancionado a PROVIDA por otros conceptos ajenos a la nota de cargos.*

*Con relación al principio de congruencia en las sentencias constitucionales el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que "**Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento**", entre lo que se solicita y aquello que se revuelve, no fallando ni ultra petitum; es decir más allá de lo pedido, ni extra petitum, cosa distinta a lo pedido ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir el de aquellos fundamentos en los que el demandante, incidentista o recurrente basó su solicitud.*

Interpolando el tema al derecho administrativo es claro establecer que es imprescindible exista correlación absoluta y precisa entre la nota de cargos y la resolución sancionatoria a objeto de que el Principio de Congruencia no sea vulnerado.

*Al respecto también tenemos la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2785/2010-R Sucre, 10 diciembre de 2010 es clara al respecto y señala: **"Del mismo modo, el Juez de garantías, incurriendo nuevamente en una flagrante transgresión al debido proceso, pronuncia la Resolución que se revisa en la presente Sentencia por este Tribunal, cuya parte dispositiva carece de fundamentos jurídico-fácticos y la debida motivación que sustente la determinación asumida, al remitirse simplemente a "transcribir" la demanda formulada por la accionante y redactar el contenido de la prueba aportada por ésta, <u>de cuyo simple cotejo no se advierte un análisis lógico y probo de deducción, sana crítica y aplicación del derecho</u>, al agregar como "también" vulnerados, los derechos al trabajo, a la igualdad y a la "seguridad jurídica" de la accionante, que no fueron invocados por su abogado ni por la defendida de éste, tornando esta resolución ultra petita, al no guardar congruencia entre lo pedido por la accionante y lo resuelto por el juzgador, quien, finalmente y sin ningún sustento, concede la tutela e incluso impone a las autoridades demandadas, el pago de costas, daños y perjuicios "averiguables con posterioridad" (sic)."** A mayor abundamiento opongo a su Autoridad las VINCUNATES* (sic) *Sentencias Constitucionales 220/2002-R, 498/2002-R. 752/2002-R y otras a las que nos remitimos. La Resolución recurrida no respeta este principio; falla de forma distinta a los cargos inicialmente imputados, es decir falla por otros conceptos ajenos a los cargos iniciales.*

Por otra parte, cabe hacer notar a su autoridad que la conducta de la APS, observada de nuestra parte mediante el presente Recurso, resulta también contraria al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, que establece cuáles son los Elementos Esenciales del Acto Administrativo, en particular, los elementos CAUSA (sustentarse en hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable) y FUNDAMENTO (expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto). Si estos Elementos Esenciales del Acto Administrativo se encuentran ausentes, como ocurre en el presente caso, exponen el acto administrativo a (sic) *Anulabilidad del Acto, de conformidad con el artículo 36 Parágrafo I de la misma Ley.*

Vulneración al límite impuesto por la norma a la discrecionalidad decisoria de su Autoridad.-

No existe en el contenido de la resolución ahora recurrida, referencia a norma alguna que ampare las decisiones en ella contenidas respecto a la confirmación del punto 2 de la nota de cargos; permanece en el anonimato la norma en la que su Autoridad ha basado las conclusiones que le han permitido establecer las sanciones y medidas correctivas en ella contenidas, traduciéndose por ende dicha decisión, en un acto que rebasa el limite (sic) *discrecional de su Autoridad.*

Al respecto la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0258/2007-R Sucre, 10 de abril de 2007 que señala: ***"III.1.3. Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada*** *(...).* ***Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".*** *La posibilidad de que las Autoridades Administrativas pronuncien resoluciones meramente discrecionales* ***NO EXISTE*** *y es contrario a la justicia. Conforme la VINCULANTE sentencia constitucional traída a colación se entiende al acto administrativo discrecional como aquel previsto en la norma y que ofrece al ente administrativo la posibilidad de optar por una o más soluciones, a su discreción* ***PERO SIEMPRE CONTENIDAS EN LA NORMA;*** *específicamente el punto 2 de la Resolución impugnada, no se halla contenido en norma alguna y constituye un acto que rebasa el límite de la discrecionalidad permitida a su Autoridad. Consecuentemente la Resolución Administrativa impugnada debe ser revocada hasta que la Autoridad Administrativa establezca con precisión matemática en que* (sic) *norma ampara su decisión, en que* (sic) *norma se halla contenido lo afirmado por la Administración a fin de sancionar lo actuado por nuestra parte en el presente caso.*

Lo aseverado importa también el conculcamiento de garantías, y otros principios constitucionales como el siguiente:

Violación al principio de legalidad y sometimiento pleno a la Ley.-

Conforme lo establece el art. 180.I de la CPE, el principio de legalidad es uno de los principios procesales en los cuales se fundamenta la actividad sancionatoria administrativa, debe entenderse por principio de legalidad, el sometimiento a la ley y a la normativa vigente.

En un Estado de Derecho dicho principio debe ser plenamente respetado tanto por los gobernantes como por los gobernados, situación que conlleva a que una decisión sólo podrá ser adoptada dentro de los límites previamente establecidos por una ley material anterior.

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido que: ***"el principio de legalidad, que es una manifestación del principio general de imperio de la ley, según el cual todos (gobernantes y gobernados), se encuentran sujetos a la ley y únicamente en virtud de ella adquieren legitimidad sus actuaciones. Conforme a esto, en el marco de nuestra Constitución, como en las otras de esta órbita de cultura, el principio de legalidad se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación, al que debe sujeción todo funcionario, cualquiera sea su jerarquía";*** *en ese sentido se ha expresado la SC 0129/2004 de 10 de noviembre, citada a su vez entre otras por la SC 0085/2006 de 20 de octubre.*

<u>Vulneración al Principio de seguridad jurídica.-</u>

El art. 178 de la CPE, considera a la seguridad jurídica como uno de los principios que sustentan la potestad de impartir justicia, sobre el cual la jurisprudencia constitucional de manera uniforme estableció que: ***"se entiende y se basa en la 'certeza del derecho'; en su aplicación, adquiere una connotación de convicción de inalterabilidad en situaciones similares. En resumen, la seguridad jurídica, lleva al individuo a la convicción que su situación jurídica, con relación a su persona o sus bienes, no será modificada sino en las circunstancias previamente establecidas en la ley y mediante procedimientos igualmente legales y regulares. De ahí que exista una confundida invocación a la seguridad jurídica, como un derecho. La jurisprudencia constitucional de este Tribunal, en su SC 0070/2010- R de 3 de mayo, con relación a lo expuesto, sostiene que: "...en el marco de la Constitución Política del Estado, constituye un principio redor del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, conforme lo señala la doctrina: 'La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para el particular, tal actuación debe estar sujeta a reglas fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del principio de estado de derecho. En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un listado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal..."; así, la SCP 1566/2012 de 24 de septiembre."***

Sin embargo en el caso en análisis se ha vulnerado este principio pues a solo arbitrio discrecional de la Autoridad Administrativa, contenido en la Resolución ahora impugnada se pretende sancionarnos por extremos no contenidos en la norma y que constituyen posiciones del ente regulador sobre un tema, posiciones que no tiene calidad de norma.

Falta de tipicidad - La conducta sancionada no se encuentra tipificada.-

Frente a todo lo anotado es claro colegir, que con respecto al punto 2 de los cargos imputados a PROVIDA, la conducta que la APS ha dirimido como sancionable, no se halla tipificada como tal, por lo que existe una evidente falta de tipicidad en la sanción impuesta por la APS a PROVIDA.

La APS está incurriendo en un error pues esta (sic) *incluyendo en su razonamiento, a fin de integrar el tipo administrativo punitivo, las opiniones y posiciones vertidas por sus técnicos, opiniones y versiones que no pueden ser tomados en cuenta con el objeto de constituir un tipo sancionable pues, como es obvio, dichas opiniones no tiene* (sic) *calidad de norma. Al respecto la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0333/2011-R Sucre, 1 de abril de 2011 que señala:* ***"III. I. El debido proceso y su trascendencia constitucional.- La SC 1863/2010-R de 25 de octubre, señala: "El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. '...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal', (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II. Civitas, Madrid, 1999, página 159)."*** *En el mismo sentido halla coincidencia la también VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2287/2010-R Sucre, 19 de noviembre de 2010 que establece:* ***"3) Se denuncia la falta de tipicidad en la falta atribuida; sin embargo, la potestad punitiva de un tribunal administrativo disciplinario se basa en el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse ninguna conducta ni imponer sanción alguna cuando la misma no está establecida en la ley vale decir que el Tribunal Sumariante no puede imponer sanciones de manera arbitraria o discrecional sino debe aplicar una sanción regulada por ley de acuerdo con el tipo de falta cometida."***

La conducta sancionada por la APS en la resolución recurrida no se halla contenida en norma alguna.

Por lo señalado solicito a su Autoridad REVOCAR el acto impugnado.

Petitorio.-

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente recurso jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

Admita el presente recurso de revocatoria al tenor del Decreto Supremo N° 27113.

Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la revocatoria de la Resolución Administrativa recurrida por los fundamentos expuestos…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 2 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros inició la Fiscalización a Cuentas determinadas sobre los Estados Financieros de **SEGUROS PROVIDA S.A.**, al 31 de diciembre de 2012 y 31 de julio de 2013, cuyo resultado consta en el Informe Técnico APS/DS/JCF/376/2013 de 7 de octubre de 2013 y el Informe Legal APS/DJ/DS/531/2013 de 23 de diciembre de 2013.

Emergente de ello, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **SEGUROS PROVIDA S.A.** con los siguientes cargos:

- **Cargo Nº 1.-** Por infracción a lo establecido en los artículos 11°, 13° y 14° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, al advertir que **SEGUROS PROVIDA S.A.** habría emitido pagarés (así expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como títulos de crédito constitutivos de obligación incondicional, en favor de los jubilados que suscribieron los mismos.

- **Cargo N° 2.-** Por incumplimiento al párrafo tercero del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, al advertir que Bs.48.080.413.55.-, correspondientes a Reservas liberadas hasta julio de 2013, no han sido reportados -hasta la fecha- en el Formulario SEG/4.82 "*Detalle de Cartera Inversiones en Exceso*".

Presentados y evaluados los descargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2014 de 20 de febrero de 2014, impuso a **SEGUROS PROVIDA S.A.**, sanciones pecuniarias por un monto de 40.001.- UFV (cuarenta mil uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) para cada uno de los cargos (cargo N° 1 y cargo N° 2), determinando además -artículo cuarto- que la Entidad Aseguradora efectúe la restitución de los fondos a títulos valores en exceso, a ser reportados en el Formulario SEG/4.82 "*Detalle de Cartera Inversiones en Exceso*", cuyo cumplimiento debió ser puesto en conocimiento de la Autoridad de Fiscalización.

En tal sentido, en fecha 24 de marzo de 2014, **SEGUROS PROVIDA S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 127-2014; sustanciado el mismo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014, confirma en su

integridad la anterior, dando lugar al Recurso Jerárquico de 11 de junio de 2014, el mismo que pasa a analizarse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la emisión de Pagarés (cargo N° 1).-

Señala el Recurso Jerárquico, que:

> "…*la APS inicio* (sic) *un proceso sancionatorio por la supuesta emisión de pagares* (sic) *en contra nuestra y resulto* (sic) *sancionando a PROVIDA por conceptos diferentes a los que motivaron el inicio del proceso sancionatorio* (…)
>
> … *la notificación de cargos* (…) *textualmente dice: "1. SEGUROS PROVIDA S.A.* (…) ***emitió pagarés*** (…) *como título de crédito constitutivo de obligación incondicional a favor de los jubilados que suscribieron el mismo* (sic)" (…)
>
> …*la sanción debió darse por el supuesto que incorpora dicha nota* (…) *sin estar, en el entendido de la APS, legalmente autorizado para ello.*
>
> …*Seguros Próvida S.A. jamás emitió pagarés* (…) *fueron emitidos por los jubilados* (…) *El objeto del proceso sancionatorio en este caso es averiguar si PROVIDA emitió o no pagares* (sic) *y es claro que no lo hizo por lo que este cargo debió ser absuelto.*
>
> … *PROVIDA adquirió pagarés emitidos por personas naturales y los clasificó como inversiones no admisibles* (…) *no existe la imprescindible correlación entre la nota de cargos y la sanción impuesta* (…)
>
> *La APS no se halla autorizada a realizar un cargo especifico* (sic) (…) *y luego* (…) *sancionar al regulado por un extremo diametralmente diferente* (…) *atenta contra el principio de congruencia y el derecho a la defensa.*
>
> …*la sanción resulta en un supuesto diametralmente diferente y no comprobado, pues no fue sometido a proceso, inherente al extremo de que PROVIDA estuviera dando créditos a los jubilados y a cambio de dichos créditos estuviera recibiendo pagares en garantía* (…)
>
> …*se inhibe, en los hechos, el derecho a la defensa* (…) *se defenderá por uno* (sic) *extremo y resultara* (sic) *sancionado por otro totalmente diferente* (…)
>
> …*no presento* (sic) *descargo alguno por el supuesto contenido en la resolución de otorgar créditos y recibir a cambio, en calidad de garantía, pagares* (sic) *pues ello no fue el contenido de la nota de cargos* (…)
>
> …*deberá pronunciarse una nueva* -Resolución- *que guarde correlación entre lo aseverado en la nota de cargos y lo sancionado;* (…) *deberá absolver a PROVIDA o en su defecto* (…) *establecer claramente como* (sic), *cuando* (sic), *en qué casos*

específicos y para qué finalidad (…) *hubiera emitido dichos pagares estableciendo además claramente la norma* (…) *que establezca dicho acto como una infracción administrativa; mientras ello no ocurra la RA ahora impugnada es ilegal* (…)

…la autoridad jurisdiccional (sic) *debe velar por el principio de congruencia y referirse específicamente a los puntos que en calidad de cargos se imputan al administrado; deberá hacer un análisis jurídico sobre si los cargos imputados han sido comprobados o por el contrario desvirtuados* (…) *ello no ha sucedido y se han soslayado los extremos que inicialmente la APS ha opuesto al administrado en calidad de cargos, la resolución sancionatoria ahora impugnada no establece si* (…) *emitió pagares* (sic) *o no, resulta sancionado* (…) *por otros conceptos ajenos a la nota de cargos* (…)

…es imprescindible exista correlación absoluta y precisa entre la nota de cargos y la resolución sancionatoria a objeto de que el Principio de Congruencia no sea vulnerado (…)

…la conducta de la APS (…) *resulta también contraria al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo* (…) *en particular, los elementos CAUSA* (…) *y FUNDAMENTO* (…) *Si estos* (…) *se encuentran ausentes* (…) *exponen el acto administrativo a* (sic) *Anulabilidad…*" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Con respecto a tales alegatos, caben las consideraciones siguientes:

2.1.1. Aplicabilidad teórica del pagaré.-

Mediante informe APS/DS/JCF/376/2013 de 7 de octubre de 2013 (punto 4.2.2, "*Inversiones que no cumplen requisitos de Admisibilidad*"), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señaló que:

"*…El saldo corresponde a* ***"Pagarés"*** *los cuales fueron autorizados mediante Acta de Directorio N° 92 de fecha 4 de febrero de 2010, en la que se aprueba el proyecto de adquisición de pagarés, considerando estos documentos como* ***títulos valores****, los mismos son* ***emitidos por los jubilados*** *del Seguro Vitalicio de la Sociedad. Los recursos "Origen" para el desembolso de fondos a los jubilados corresponden a* ***recursos excedentes provenientes de los Recursos de Inversión Requeridos*** (…)

…la Jefatura de Control y Fiscalización emitió el Informe ASFI/DSS/R-86444/2010 de 26/08/10 que, en el Punto 4.3 concluyó: "…Existen pagares (sic) *emitidos por los jubilados que no se encuentran descritas* (sic) *en los estatutos de la Sociedad y los mismos no se adecuan a la Ley N° 1883 (Artículos N° 11, 13 y 14)* (…)

…De la evaluación efectuada a las características de dicha operativa se estableció que ***estos Pagarés se constituyen como garantía de "Préstamos con Cargo a Cuenta de Pensiones", debido a que las condiciones de dichos préstamos****: límite de préstamo, tasas, garantías y otros* ***son definidas por Seguros Provida S.A. y no por el emisor****, operativa que* ***no se encuentra dentro de las actividades permitidas a las Entidades de***

***Seguros**, establecidas en los Artículos 11, 13 y 14 de la Ley de Seguros N° 1883 y estatutos de la Entidad…*" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, mediante Nota de Cargos APS/DESP/DJ/DS/991/2013 de 23 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **SEGUROS PROVIDA S.A.** con el cargo N° 1**,** por que en su criterio, "***emitió pagarés*** *(expuestos en los Estados Financieros al 31 de julio de 2013), como título de crédito constitutivo de obligación incondicional,* ***en favor de los jubilados que suscribieron el mismo*** (sic)" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Evaluados los descargos, la Entidad Reguladora, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014 de 20 de febrero de 2014, declaró probado el cargo N° 1 y sancionó a **SEGUROS PROVIDA S.A.**, por incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), al haber **efectuado actividades distintas a su giro**.

SEGUROS PROVIDA S.A. ha señalado que jamás emitió pagarés, como lo afirma la Entidad Reguladora, por el contrario, adquirió los pagarés emitidos por los jubilados y los clasificó como inversiones no admisibles; asimismo, expresa fundamentalmente que dentro del caso, no existe la imprescindible congruencia entre la nota de cargos y la sanción impuesta, toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, inició un proceso sancionatorio por emitir pagarés, hecho que debe ser el que se compruebe y -de confirmarse haber sido así- se sancione, pero en cambio, se la sancionó por otorgar créditos y recibir a cambio pagarés en calidad de garantía, atentando el derecho a la defensa y dejándola en absoluta indefensión con respecto al cargo sancionado.

Ahora bien y más allá del compromiso de pago que en esencia importa, corresponde precisar que un pagaré es un título valor o documento de crédito, por el que una persona (librador o firmante) se obliga a pagar a otra (tenedor) o a su orden, una cierta cantidad de dinero en un plazo estipulado, diferenciándose de la letra de cambio, en que quien emite el pagaré es siempre **el deudor**.

Ahora bien, en materia de Seguros, la Ley N° 1883 (de Seguros) dispone lo siguiente:

"*…**Artículo 11.- OBJETO SOCIAL ÚNICO DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS**.- De acuerdo a la presente Ley, las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán tener como objeto social único uno de los siguientes:*

a) Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros Generales.
b) Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros de Personas y Servicios pagados de índole similar al Seguro.
c) Otorgar en forma exclusiva servicios prepagados de índole similar al Seguro.

Las entidades especializadas en seguros de personas, podrán otorgar servicios de ahorro y capitalización de acuerdo al Título VIII del Libro Tercero del Código de Comercio.

Las entidades aseguradoras especializadas en Seguros Generales que así lo deseen, podrán dedicarse exclusivamente a los seguros de fianzas (…)

Artículo 13.- ACTIVIDADES PERMITIDAS A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.- *Las Entidades Aseguradoras podrán:*

a) Determinar libremente sus tarifas, debiendo cumplir con sus bases técnicas.
b) Exigir el cumplimiento del pago de primas en los plazos y condiciones establecidos contractualmente.
c) Requerir pruebas que razonablemente puedan ser proporcionadas para la verificación de la ocurrencia y circunstancias del siniestro, de acuerdo al Código de Comercio.
d) Contratar libremente reaseguros en Bolivia o en el extranjero, de acuerdo a normas reglamentarias.
e) Emitir bonos obligatoriamente convertibles en acciones representativos del capital de la entidad, previa aprobación de la Superintendencia.
f) Establecer o suprimir sucursales, agencias u oficinas en el territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia, de acuerdo a Reglamento.
g) Establecer filiales o sucursales en el exterior.
h) Realizar préstamos a los asegurados de los seguros de vida voluntarios que no excedan el valor de rescate de las reservas individuales.
i) Registrarse en el Registro del Mercado de Valores y realizar operaciones bursátiles, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley del Mercado de Valores.
j) Contratar a las entidades del mercado de valores y del sector financiero bancario y no bancario para la administración de las inversiones permitidas.
k) Otras actividades que sean necesarias para el cumplimiento de su actividad social, siempre que se encuentre dentro de su giro social y no estén prohibidas expresamente en la presente Ley…"

Así establecidas, ninguna de las previsiones supra señaladas se refiere, expresamente, a una facultad para las Entidades Aseguradoras, de aceptar pagarés emitidos por personas naturales (como lo son los señores jubilados).

Ahora bien, corresponde revisar las prohibiciones establecidas por la Ley N° 1883 (de Seguros):

"…***Artículo 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.*** *Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:*

a) Publicar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.
b) Invertir los recursos que determine el Título III de la presente Ley en entidades sin fines de lucro, cualquiera sea su régimen legal o en valores de deuda o capital emitidos por la misma entidad aseguradora.

c) Constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre los recursos que determinan los Títulos III y IV de la presente Ley.
d) Emitir bonos o debentures distintos a los autorizados por la presente Ley.
e) Tener vinculación patrimonial o de administración con las Administradoras de Fondos de Pensiones a las cuales presten servicios de seguros en el Seguro Social Obligatorio.
f) Realizar operaciones de administración de seguros en general con sus directores o personas remuneradas por la propia entidad aseguradora.
g) Invertir en otras entidades aseguradoras que administren la misma modalidad de seguros.
h) Realizar actividades distintas a su giro…"

Asimismo, la Resolución Administrativa N° 18 de 13 de enero de 2000 (aplicable al caso de autos), emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determina:

"…***ARTÍCULO 2°. (LÍMITES POR TIPO GENÉRICO DE TITULO VALOR).-***

Los Recursos de Inversión de las compañías aseguradoras de la modalidad de Personas, se sujetarán a los siguientes límites superiores por tipo genérico de título valor:

a) Títulos valores representativos de deuda emitidos por el Tesoro General de la Nación y títulos valores emitidos por el Banco Central del Bolivia, sin límite.
b) Bonos, depósitos a plazo fijo y otros títulos valores representativos de deuda emitidos por Bancos constituidos en Bolivia, distintos a títulos valores resultantes de procesos de titularización (…)
c) Títulos valores resultantes de procesos de titularización y cuotas de participación en fondos de inversión (…)
d) Ochenta por ciento (80%) de los Recursos de Inversión, para la suma de las inversiones expresadas en los apartados b) y c) anteriores.
e) Títulos valores representativos de deuda emitidos por sociedades comerciales no bancarias constituidas en Bolivia (…)
f) Acciones de Sociedades Anónimas constituidas en Bolivia (…)
g) Otros títulos valores representativos de deuda, de emisores constituidos en Bolivia, no especificados en los incisos precedentes (…)
h) Títulos valores representativos de deuda, emitidos o garantizados por estados extranjeros, bancos centrales o sus equivalentes, por organismos internacionales, bonos y acciones emitidos por corporaciones constituidas en el extranjero y otros títulos valores expresamente autorizados por la Superintendencia…"

En base a la normativa ut supra transcrita, es evidente que por disposición del artículo 14º de la Ley N° 1883 (de Seguros), les está prohibido a las sociedades aseguradoras, el dedicarse a actividades distintas de su giro; no obstante, a este *giro comercial* no se lo puede definir -únicamente-, dentro de los alcances del artículo 11 (*objeto social único de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*) de la misma Ley, por cuanto, **una cosa es el objeto social**, o sea, la finalidad de la sociedad aseguradora, la que debe circunscribirse a una de las tres alternativas previstas en los incisos del artículo señalado, **y cosa distinta es el giro comercial**,

es decir -en la definición corriente del diccionario- el "*conjunto de operaciones o negocios de una empresa*".

Con respecto a esto último, está por demás aclarar el carácter legítimamente lucrativo que importa la actividad comercial, al tenor de los artículos 47º, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, y 4º del Código de Comercio, lo que determina que las sociedades aseguradoras se constituyen como tal, por cuanto, les asiste el derecho (por no decir interés particular) a obtener utilidades emergentes de su objeto social, radicando en ello el motivo -el objeto en sí mismo- por el que constituyen el contrato social, y **siempre y cuando el mismo sea legal, es decir, autorizado por la norma**.

En este sentido, se infiere que a lo largo del proceso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha confundido el giro comercial de **SEGUROS PROVIDA S.A.**, con el objeto social de la misma, cuando -puede decirse que- la relación entre las mismas es la del todo (el giro comercial) con la de la parte (el objeto social).

No debemos olvidar que **SEGUROS PROVIDA S.A.** tiene por objeto, al tenor del artículo 11° de la Ley N° 1883 (de Seguros), "*Otorgar cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros de Personas y Servicios pagados de índole similar al Seguro*", pero su giro comercial supera su objeto, cuando, dentro del "*conjunto de operaciones o negocios*" que puede normativamente realizar, se encuentra la de invertir sus recursos, conforme lo señala la Resolución Administrativa N° 18 de 13 de enero de 2000.

Para decirlo más claro: **SEGUROS PROVIDA S.A.** otorga "*cobertura de riesgo exclusivamente en Seguros de Personas y Servicios pagados de índole similar al Seguro*" con carácter lucrativo, es decir, recibiendo dinero a cambio de ello, y que, en tanto no deba ser utilizado para los resarcimientos contratados mediante las pólizas (y amén de sus gastos operativos), puede legítimamente invertirse para obtener mayores rendimientos, permitidas por Ley, por tanto puede realizar inversiones en negocios que ya no tienen que ver -necesariamente- con los márgenes establecidos por el artículo 11° de la Ley N° 1883, empero sí en aquellos previstos por la Resolución Administrativa N° 18 de 13 de enero de 2000; de hecho y desde el punto de vista financiero, el mercado de seguros se justifica en su actividad aseguradora (de captación de recursos) y a su vez, en su actividad inversora que deviene de la primera, esto es, en la inversión de los recursos captados en la búsqueda de mayor ganancia y satisfacción de las coberturas contratadas.

Es bueno tener presente el extremo anterior, cuando se hace lectura de artículos como el 13º (*Actividades permitidas a las entidades aseguradoras*), incisos 'h' (*Realizar préstamos a los asegurados de los seguros de vida voluntarios que no excedan el valor de rescate de las reservas individuales*), 'i' (*Registrarse en el Registro del Mercado de Valores y realizar operaciones bursátiles, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley del Mercado de Valores*) y 'j' (*Contratar a las entidades del mercado de valores y del sector financiero bancario y no bancario para la administración de las inversiones permitidas*) de la Ley N° 1883, y el 2º (*Límites por tipo genérico de título valor* -de los *Recursos de Inversión*-), inciso 'g' (*Otros títulos valores representativos de deuda, de emisores constituidos en Bolivia, no especificados en los incisos precedentes*), de la Resolución Administrativa N° 18 de 13 de enero de 2000.

Asimismo, si se ha hecho referencia al carácter necesariamente legal (esto es, que debe sujetarse a la ley) de la actividad inversora del mercado de seguros, es porque el mismo encuentra "*prohibiciones a las entidades aseguradoras*", como las señaladas por el -supra mencionado- artículo 14º, incisos b) y h), de la Ley Nº 1883: -respectivamente- "*Invertir los recursos que determine el Título III de la presente Ley en entidades sin fines de lucro, cualquiera sea su régimen legal o en valores de deuda o capital emitidos por la misma entidad aseguradora*" y "*Realizar actividades distintas a su giro*".

En tal sentido, los fundamentos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no son suficientes, si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 979º del Código de Comercio, "*por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador,* ***a pagar*** *la prima*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El pago, entendido como el cumplimiento de una obligación pecuniaria, tiene las más diversas formas de materialización, la más antonomástica, la entrega de dinero al contado; pero puede ser también, dentro de los márgenes de la libertad contractual señalada por el artículo 454º del Código Civil, mediante la aplicación de cuotas, con prestación diversa a la debida, más modernamente mediante transferencia electrónica entre cuentas, etc.

En lo que se refiere a la toma de pagarés, se debe precisar que esta no es una actividad comercial, sino que es una determinada forma de pago de negocios, operaciones o inversiones.

En este sentido, de la nota PV/GG/285/14 no se evidencia ningún *argumento* en sentido que "*dichos Pagarés serían ofrecidos por los Jubilados y adquiridos por la Entidad*", sino que, en lo que respecta a este punto concreto, lo que la ahora recurrente ha dicho, es que:

> "…*los pagarés emitidos por personas naturales, jubilados de Provida S.Á.* (sic), *éstos carecen de la calidad bursátil, sin embargo en todo otro aspecto, son iguales a los pagarés bursátiles admitidos sin objeción u observación como activos componentes de la cartera de activos admisibles de las firmas aseguradoras.*
>
> …*en nuestro honesto saber y entender, tomamos a los pagarés emitidos por personas naturales como instrumentos elegibles, más no admisibles (por carecer de calidad bursátil) y en consecuencia los reportamos como activos no admisibles*…"

Corre la misma suerte la expresión referida a que: "*en condiciones normales, al adquirir un Pagaré la Entidad debería evaluar las condiciones insertas previamente en el mismo, mientras en este caso la Entidad es quien determina las condiciones bajo las cuales los jubilados firmaran los Pagarés*", por cuanto, la aceptación de un pagaré exige consenso entre el girador y el aceptante, debiéndose presumir en ese estado, que las condiciones insertas en el mismo obedecen a lo libremente pactado, convenido y aceptado por ellos, antes que a una sugerida imposición unilateral por parte del aceptante, lo que de afirmarse

tan concluyentemente, debiera encontrarse materialmente evidenciado, sin embargo, dicho extremo no consta en el expediente.

Entonces y en principio, no es por el hecho de haber adquirido pagarés que pueda concluirse que **SEGUROS PROVIDA S.A.** esté llevando "*a cabo actividades distintas a su giro*", lo que -se aclara- tampoco quiere decir per se, que las conductas imputadas y sancionadas resulten legales, toda vez que están sujetas a las prescripciones normativas que las rigen, regulan y limitan.

Estos extremos, sin embargo y por efecto del principio de economía procesal que rige al proceso administrativo (Ley 2341, Art. 4º, Inc. 'k'), caen en la intrascendencia, habida cuenta de haberse alegado también en el Recurso Jerárquico, la existencia de incongruencia entre el cargo imputado y la sanción establecida, dando lugar al análisis y a su conclusión, que siguen a continuación.

2.1.2. Incongruencia entre el cargo y la sanción.-

Independientemente de que **SEGUROS PROVIDA S.A.** hubiera o no cumplido con lo establecido en la Ley Nº 1883 (de Seguros), al realizar actividades diferentes a las que le estarían permitidas, no se debe pasar por alto -conforme lo supra señalado-, que la controversia versa sobre la incongruencia entre el cargo imputado y la sanción establecida.

Por pertinente y de manera previa, es importante establecer en qué consiste el principio de congruencia (alegado por la recurrente), a cuyo respecto, dice Cabanellas que: "*las sentencias deben ser congruentes con las súplicas de las demandas*"; por lo tanto y en aplicación del principio, debe existir una adecuación entre la conducta imputada y la sancionada.

Asimismo, es pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, que señala que:

> "…*El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final* (…)
>
> *La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión*…"

Ahora bien, de la revisión de los antecedentes se tiene que:

- El proceso se inició con la fiscalización realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a las Cuentas determinadas sobre los Estados Financieros de **SEGUROS PROVIDA S.A.** al 31 de diciembre de 2012 y 31 de julio de 2013, tal como se establece en el informe APS/DS/JCF/376/2013 de 7 de octubre de 2013, toda vez que los jubilados del Seguro Vitalicio de la Sociedad (como deudores), habrían emitido -en la posición del Ente Regulador- pagarés como garantía de préstamos con Cargo a la Cuenta de Pensiones.

- La Nota de Cargos APS/DESP/DJ/DS/991/2013 de 23 de diciembre de 2013 (en su cargo N° 1), se centra, en cambio y únicamente, en la **emisión de pagarés** por parte de **SEGUROS PROVIDA S.A.,** como títulos de crédito constitutivos de obligación incondicional **a favor de los jubilados**.

- Sin embargo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014 de 20 de febrero de 2014, resulta que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha sancionado a **SEGUROS PROVIDA S.A.**, por efectuar -supuestamente- **actividades distintas a su giro**, al otorgar préstamos y recibir a cambio pagarés en calidad de garantía.

Como resultado de la compulsa anterior, es evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto a **SEGUROS PROVIDA S.A.**, una sanción sobre hechos no contemplados en la Nota de Cargos, determinando ello que la recurrente no hubiera podido ejercer su derecho a la defensa, en infracción a los artículos 115°, parágrafo II, 117°, parágrafo II, y 119°, de la Constitución Política del Estado, además de la congruencia entre lo pretendido por la Entidad Reguladora, y lo resuelto por la misma, vulnerándose con ello además, la garantía del debido proceso.

Asimismo, es evidente que existe una imprecisión en la norma imputada en la Nota de Cargos, toda vez que los artículos 11°, 13° y 14° de la Ley N° 1883 (de Seguros) no establecen la posibilidad de que la Entidad Aseguradora pueda o no emitir pagarés.

Por todo lo señalado, corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emita una nueva Nota de Cargos respecto al cargo N° 1, considerando los argumentos señalados precedentemente.

2.2. Falta de reporte en el Formulario SEG/4.82 (cargo N° 2).-

2.2.1. Liberación de la reserva técnica excedentaria.-

Señala el cargo de referencia, "*que Bs. 48.080.413,55, correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013, no han sido reportadas (hasta la fecha) en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" como es preceptivo*".

Ello tiene que ver con que:

> "…*el ente regulador emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, mediante la cual aprobó la Tasa de Interés Técnico para la*

Constitución de las Reservas Matemáticas de Seguros Previsionales, cuyo parágrafo tercero del artículo quinto, establece lo siguiente:

> "…***<u>Las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos (RIR), producto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo SEGUNDO, precedente, serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el Formulario SEG/4.82</u>***. *Estas inversiones no podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible…". (Las negrillas y subrayado son de la APS)* (…)

…la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 por el principio de legalidad y presunción de legitimidad, se presume legítima, salvo expresa declaración judicial en contrario, misma que goza de firmeza ya que no fue impugnada por la recurrente en su debido tiempo…" (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 361-2014 de 21 de mayo de 2014).

Ahora, **SEGUROS PROVIDA S.A.** alega en su Recurso Jerárquico, que:

"*…la APS ha concluido en lo siguiente:* (…)

…reconoce la facultad de la compañía de administrar sus inversiones - de donde se colige que no es entendible la sanción que imputa a PROVIDA;

…asume que los activos financieros elegibles para la formación de las carteras de las compañías aseguradoras, son activos libres de riesgo (…) *manifiesto al afirmar que* "(…) *el mantener dichos fondos en el disponible no cumple con dicho requisito, debido a que no genera una tasa de rendimiento igual o superior a los rendimientos que generan los instrumentos financieros*"**.** *Es decir, el disponible genera un retorno cero (salvo por algún retorno despreciable generado en cuentas de ahorro)* (…) *se infiere* (…) *que, en el credo de la APS, los activos financieros siempre generan un retorno positivo. La revisión empírica del retorno de activos financieros, contradirá, inambiguamente, la posición de la APS* (…)

…Seguros Próvida S.A., sostiene que la tenencia de efectivo en su cartera, no ha vulnerado el objetivo de rentabilidad general de la cartera y, consecuentemente se alinea con la política normada.

La APS (…) *afirma que los activos provenientes de la liberación de reservas resultantes de la aplicación de dicha RA, deben "mantener el carácter de inversión admisible para el momento que esos fondos sean requeridos".*

<u>En ausencia de norma que diga lo contrario</u>*, PROVIDA formula la siguiente hipótesis:* ***"que el requerimiento de dichos activos sucedería cuando los Recursos de Inversión Requeridos (RIR) no fuesen satisfechos"*** (…) *los recursos de la liberación discutida, actuarían como una primera capa de activos para volver al cumplimiento de los RIR* (…)

se trasladaría activos desde el formulario SEG. 4.82 al formulario 4.81, restituyendo así el valor exigible de los RIR (…)

…los RIR estuvieron satisfechos en el último bimestre de 2013 como lo están también a la fecha de redacción de este documento (…) *la sumatoria de activos elegibles en exceso a los RIR medidos en cualquier momento posterior a la liberación de reservas en aplicación de la ya mencionada RA 928-13, es mayor al monto de la liberación* (…) *Seguros Próvida S.A. no destinó ni planea destinar dichos recursos a fines distintos que el respaldo de los pasivos previsionales.*

Una eventual discrepancia sobre la hipótesis precedentemente formulada, debiera generar norma expresa a fin de que la APS no adopte una decisión discrecional no prevista en la norma.

La discrecionalidad de la Autoridad para dictaminar el momento y forma del requerimiento de dichos activos, constituiría una asimetría de información entre regulador y regulado y su cumplimiento, como es el caso actual, sería una variable fuera de control por parte de PROVIDA (…)

Analizando la norma supra citada -se refiere al "*artículo 5to de la RA 928-2013*"- *tenemos que PROVIDA no solo que no ha incumplido con la misma sino que viene cumpliéndola a cabalidad* (…)

…"*Estas inversiones no podrán ser distribuidas...*" (…) *Seguros Próvida ha dado cumplimiento a esta disposición, ante la evidencia que durante el período posterior a la emisión de la RA 928-2013, no ha realizado ninguna distribución de utilidades.* (…) *la RA no puede fundar sanción alguna contra PROVIDA basándose en la citada apreciación* (…)

...ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido, debiendo a su término ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible cuando así sea requerido". Cualquier inversión, a su término (salvo papeles de firmas quebradas o en "default"), se convierte en efectivo. ***No conocemos norma que limite el plazo de tenencia de montos en efectivo en las carteras****. Para el caso del debatido monto de la liberación, al no serle aplicable la malla genérica de inversiones, no aplica la restricción del 5%, aplicable en caso de la cartera de los RIR* (…) *la posición expresada en recursos líquidos no vulnera norma alguna y, deja un plazo no normado para su transformación en activos elegibles admisibles; en este aspecto tampoco la APS puede fundar sanción alguna pues nos hallamos en cumplimiento pleno de lo señalado* (…)

…a los fines de RA en discusión, dos instrumentos poseen similares características cuando se trata de activos elegibles para conformar carteras de inversión de compañías aseguradoras, ***distinto debiera ser expresamente normado, caso contrario, nuevamente, los regulados estaríamos en asimetría de información y sometidos a la discrecionalidad de la Autoridad****.*

…un activo elegible puede ser convertido en activo elegible admisible, cuando así sea requerido, entendiendo que entre la fecha del requerimiento o previsión de requerimiento y su concreción, distará un plazo económicamente razonable (…) *por ejemplo, la tenencia en la cartera de acciones de firmas que no transan en Bolsa (activo elegible) y que a requerimiento, sean transformadas en títulos bursátiles* (…) *el administrador de cartera podrá gestionar su transacción bursátil o cerrar posición en dichos títulos en el mercado no bursátil. Lo mismo aplica a una posición en activos derivados* (…) *que para ser transformados en activos elegibles admisibles, requieren de un lapso para cerrar posición o ejercer los derechos que generan* (…) *aplica a la previsión de la RA 568/2013 articulo* (sic) *15 VII sobre los anticipos monetarios en la compra de insumos, operación que conceptualmente es un activo derivado bajo la forma de un futuro.*

…el núcleo de la discusión es la circunstancia o circunstancias bajo las cuales los recursos de la liberación por cambio de la tasa implícita de descuento de los pasivos, serán requeridos en calidad de activos elegibles admisibles (…)

…cualquier autoridad que pretenda administrativo (sic) *debe someterse a la norma e identificar claramente que* (sic) *disposición legal está aplicando, el limite* (sic) *que impone la justicia a la actividad discrecional de las autoridades públicas es claro y preciso por lo que lo establecido precedentemente* (…) *debe estar enmarcado* (sic) *en la normativa existente* (…) *la RA ahora recurrida debe ser REVOCADA pues* ***no existe norma alguna que sostenga lo que la APS asevera en el acto administrativo recurrido*** *traduciéndose el hecho en un acto discrecional que no halla amparo en norma alguna* (…)

…el administrado se halla sometido a la norma y debe conocer de antemano los límites de su accionar y no (…) *a actos discrecionales, no previstos* (…) *pues ello conlleva inseguridad jurídica* (…) *los administrados jamás estarían en la posibilidad de conocer anteladamente el límite de su accionar y estarían sometidos al arbitrio de análisis ex post y a la libre interpretación de los hechos de las Autoridades administrativas, extremo que no condice con el Estado de Derecho* (…)

No existe en el contenido de la resolución (…) *referencia a norma alguna que ampare las decisiones* (…) *permanece en el anonimato la norma* (…) *traduciéndose* (…) *en un acto que rebasa el limite* (sic) *discrecional* (…)

…La posibilidad de que las Autoridades Administrativas pronuncien resoluciones meramente discrecionales ***NO EXISTE*** *y es contrario a la justicia* (…) *el punto 2 de la Resolución impugnada, no se halla contenido en norma alguna y constituye un acto que rebasa el límite de la discrecionalidad* (…)

…Conforme lo establece el art. 180.I de la CPE, el principio de legalidad es uno de los principios procesales en los cuales se fundamenta la actividad sancionatoria administrativa, debe entenderse por principio de legalidad, el sometimiento a la ley y a la normativa vigente (…)

…El art. 178 de la CPE, considera a la seguridad jurídica como uno de los principios que sustentan la potestad de impartir justicia (…)

…en el caso en análisis se ha vulnerado este principio pues a solo arbitrio discrecional de la Autoridad Administrativa (…) *se pretende sancionarnos por extremos no contenidos en la norma y que constituyen posiciones del ente regulador*…"

A este respecto, se debe señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **SEGUROS PROVIDA S.A.**, por incumplimiento a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 (supra transcrito), al advertir que la Entidad Aseguradora no reportó en el Formulario SEG/4.82 "*Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso*", el monto de Bs48.080.413,55 (cuarenta y ocho millones ochenta mil cuatrocientos trece 55/100 bolivianos), correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013.

Previo al análisis de la controversia, es importante aclarar que el artículo 2° de la Resolución Administrativa N° 18 de 13 de enero de 2000, establece los límites superiores de los Recursos de Inversión Requeridos de las Compañías Aseguradoras de la modalidad de Personas, mismos que deben ser invertidos en títulos valores y que se constituyen en inversiones admisibles.

Asimismo, conforme lo establece la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, los **Recursos de Inversión** son los de las reservas técnicas, de los márgenes de solvencia y de las retenciones a reaseguradores.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el tercer párrafo del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos, deben cumplir las siguientes características:

- Ser reportadas en el Formulario SEG/4.82
- No podrán ser distribuidas, ni utilizadas para otro fin que no sea el respaldo de Recursos de Inversión cuando sea requerido
- A su término deben ser reinvertidas en instrumentos de similares características para mantener su carácter de inversión admisible

Sobre el particular y conforme se extrae del Recurso Jerárquico, **SEGUROS PROVIDA S.A.** no realizó ninguna distribución de utilidades, cumpliendo con ello parte de lo establecido en la norma.

Asimismo, es evidente que las reservas matemáticas excedentes deben ser respaldadas con títulos valores, las cuales a su término, tienen que ser **reinvertidas en instrumentos de similares características** (es decir en títulos valores) para mantener su carácter de inversión admisible, lo cual (tal como señala la Entidad Reguladora), no ocurrió en el presente caso, toda vez

que parte de las inversiones de la cartera fueron liberadas por **SEGUROS PROVIDA S.A.** y a su término, fueron transformadas en Recursos Líquidos.

Sin embargo, independientemente del análisis realizado, es importante aclarar que la conducta imputada y sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el presente caso, hace referencia a que Bs48.080.413,55 (cuarenta y ocho millones ochenta mil cuatrocientos trece 55/100 bolivianos), correspondientes a las reservas liberadas hasta julio de 2013, **no fueron reportadas en el Formulario SEG/4.82** "*Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso*".

Al respecto, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 361-2014 de 21 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló que **SEGUROS PROVIDA S.A.**:

> "…***transfirió el importe que respalda la liberación de la reserva matemática al disponible a través de vencimientos y ventas de títulos valores admisibles***. *Al respecto, si bien no existe norma que establezca el límite de plazo para la tenencia de montos en efectivo en las carteras, no obstante, el párrafo de referencia, es claro en relación a que* ***dichas inversiones deben ser reinvertidas en instrumentos de iguales características*** *y ser reportadas en el formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso"* ***para mantener su carácter de admisibilidad****, lo cual no da lugar a que estos se mantengan en el disponible o en otro tipo de activo…*" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La normativa aplicable y transcrita ut supra (tercer párrafo del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012), señala que: "*las inversiones admisibles que excedan los Recursos de Inversión Requeridos* (…) *serán consideradas excedentes de inversión debiendo ser reportadas en el formulario SEG/4.82*…"

Sobre el particular, conforme se señaló precedentemente, al respaldarse los Recursos de Inversión en títulos valores, el excedente de dichos recursos también debe ser reinvertido en títulos valores, no obstante, tal como argumenta la recurrente, por el vencimiento y venta de los títulos valores, los excedentes de inversión se encontraban en el disponible.

Esta situación ocasionó que **SEGUROS PROVIDA S.A.**, al liberar la reserva técnica excedentaria en activos diferentes (disponible), no pudo reportar los Bs48.080.413,55 (cuarenta y ocho millones ochenta mil cuatrocientos trece 55/100 bolivianos) en el Formulario SEG/4.82 "*Detalle de* ***Cartera de Inversión*** *en Exceso*", situación que debió ser analizada por la Entidad Reguladora, toda vez que dicho monto, al no encontrarse invertido en títulos valores, dejó de formar parte de las Inversiones.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se limita a señalar que **SEGUROS PROVIDA S.A.**, no reportó las inversiones excedentes en el Formulario SEG/4.82, sin considerar que éstos, por su vencimiento, se encontraban en el disponible y no pueden ser reportados en la cartera de inversión en exceso,

Del análisis realizado, independientemente de que **SEGUROS PROVIDA S.A.** hubiera tenido que reinvertir los excedentes de inversión en instrumentos de similares características, corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emita una nueva Nota de Cargos, considerando los argumentos señalados precedentemente.

Por otra parte, la recurrente argumenta en su Recurso Jerárquico "*con respecto al punto 2 de los cargos imputados a PROVIDA*" que:

> "…*Frente a todo lo anotado es claro colegir, que con respecto al punto 2 de los cargos imputados a PROVIDA, la conducta que la APS ha dirimido como sancionable, no se halla tipificada como tal, por lo que existe una evidente falta de tipicidad en la sanción impuesta por la APS a PROVIDA*.
>
> *La APS está incurriendo en un error pues esta* (sic) *incluyendo en su razonamiento, a fin de integrar el tipo administrativo punitivo, las opiniones y posiciones vertidas por sus técnicos, opiniones y versiones que no pueden ser tomados en cuenta con el objeto de constituir un tipo sancionable pues, como es obvio, dichas opiniones no tiene* (sic) *calidad de norma* (…)
>
> …*La conducta sancionada por la APS en la resolución recurrida no se halla contenida en norma alguna*…"

Al respecto, es importante traer a colación lo determinado mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 32/2005 de 19 de agosto de 2005, por la cual la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido que:

> "… *la ley de procedimiento administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo* ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*** *bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis),* ***el precepto es la orden de observar un determinado comportamiento,es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto la tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos, la descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria...*"

Por lo tanto, no corresponde lo señalado por la recurrente, toda vez que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012, se estableció el procedimiento que deben seguir las Entidades Aseguradoras que administran Seguros de Personas, con las inversiones admisibles excedentarias, tal como se estableció supra, lo cual no sucedió.

2.2.2. Del cumplimiento de la obligación.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014 de 20 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó lo siguiente:

> "…***CUARTO.-*** *Como medida regulatoria para el cargo N° 2, se instruye a* ***SEGUROS PROVIDA S.A.*** *que en el plazo perentorio e improrrogable de quince (15) días hábiles administrativos, efectúe la* ***restitución de los fondos a títulos valores en exceso*** *a ser reportados en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera de Inversiones en Exceso", debiendo poner en conocimiento de la APS el cumplimiento de la presente instrucción*…"(Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 361-2014 de 21 de mayo de 2014, resolvió:

> "…***SEGUNDO.- NO HA LUGAR A LA SUSPENSIÓN*** *de la medida regulatoria, contenida en el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014 de 20 de febrero de 2014, debiendo Seguros Provida dentro el plazo perentorio de treinta (30) días hábiles administrativos,* ***restituir en el Formulario SEG/4.82*** *"Detalle de Cartera Inversiones en Exceso"* ***el monto aproximado de Bs17.000.000.-*** *(Diecisiete Millones 00/100 Bolivianos) o su equivalente en Dólares Americanos, haciendo llegar a esta APS el documento que acredite dicha restitución*…" (Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora, **SEGUROS PROVIDA S.A.** señala en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*La APS no se ha referido a nuestra solicitud* (…) *sobre la* ***imposibilidad material*** *de dar cumplimiento al Artículo 4to. de la Resolución Administrativa de fecha 20 de febrero de 2014 No.-* (sic) *APS/DJ/DS/No 127-2014,* (…) *debido a que* (…) *hemos suscrito contratos de opción con la finalidad de cumplir con* (…) *Ley 365 que en* (…) *se incorpora al artículo 35 de la Ley No 1883 de Seguros el siguiente texto:* ***"Se autoriza a las entidades aseguradoras de seguros de personas que administran los seguros previsionales, invertir en construcción de vivienda no suntuaria hasta un máximo equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de sus reservas técnicas constituidas para estos riesgos". -*** (sic) *Dichos contratos de opción fueron suscritos en el mejor ánimo de dar cumplimiento a la Ley 365 que autoriza y faculta a nuestra entidad a construir viviendas, consecuentemente LOS CONTRATOS DE OPCION DE COMPRA DE BIENES se hallan dentro del ámbito de nuestras atribuciones y sirven para el cumplimiento de nuestros fines específicos no pueden ser tildados de ilegales; tampoco la APS puede dirimir que los mismos deban ser de algún modo dejados sin efecto a fin de que los fondos comprometidos en ellos sean restituidos a otra cuenta. NO EXISTE RACIONALIDAD JURIDICA EN DICHA DECISIÓN* (…)
>
> …*ello derivaría en sendos procesos judiciales contra la empresa que represento que en aras de cumplir la Ley 365 y en el mejor ánimo de lograr provecho y la rentabilidad*

deseada para con los fondos que administra ha suscrito contratos de opción para la compra de terrenos (…)

…en su razonamiento las inversiones hechas por aproximadamente Bs.- 17.000.000 (que son principalmente los contratos de opción para cumplir la Ley 365) deben ser dejados sin efecto (…) *De la manera más cómoda ordena que dicho dinero sea restituido olvidando y soslayando que por nuestra parte hemos opuesto una IMPOSIBILIDAD MATERIAL de cumplir con ello. SOSLAYANDO que dichos contratos fueron suscritos con terceros y no pueden ser dejados sin efecto por orden de la APS* (…)

…con la decisión adoptada esta (sic) *imponiendo el razonamiento de que los contratos de opción para comprar terrenos están prohibidos para PROVIDA; traduciéndose en consecuencia la decisión adoptada en una no prevista en la norma* (…)

El parágrafo IV del artículo 14 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (…) *señala textualmente lo siguiente:* ***"IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban."*** *- La APS no ha señalado hasta la fecha en que* (sic) *norma se halla contenido el razonamiento que veladamente se halla inserto en la resolución sonde* (sic) *esta* (sic) *la prohibición legal que señalaría que no podemos suscribir contratos de opción para la compra de terrenos en el marco de la Ley 365* (…)

…el -principio- *de* ***sometimiento pleno a la ley*** (…) *conlleva la obligación de la Administración Pública de circunscribir su actuación estrictamente a la ley* (…) *no puede actuar más allá de los lineamientos que la propia ley le establece pues sus actos serian* (sic) *nulos de pleno derecho* (…)

…la resolución ahora recurrida (…) *trata de desvirtuar el principio de sometimiento pleno a la Ley* (…) *tratando de sobreponer a la legislación positiva y a vinculantes fallos constitucionales doctrina dicen "moderna" que contradice el andamiaje jurídico administrativo de nuestro país* (…)

…la RA APS/DJ/DS/No.- 397-2014 de fecha 6 de junio de 2014 en la que la APS Autoriza para el uso de Activos Admisibles para la compra de Terrenos Para Construcción de Vivienda Tramite (sic) *7759/2014* (…) ***claramente relaciona los contratos de opción que ahora de forma velada se tratan de tildar como si estuvieran prohibidos*** (…) *los contratos de opción están sirviendo a PROVIDA para el cumplimiento de los objetivos señalados en la Ley 365 y por ende no existe razonamiento legal por el cual la APS pueda ordena* (sic) (…) *menoscabe dichos contratos a fin de restituir fondos de una cuenta a otra* (…)

…la APS no puede ordenarnos de forma velada que restituyamos Bs.-17.000.000 de una cuenta a otra bajo el pretexto de que ese dinero fue (…) *mal invertido en contratos de opción* (…) *dichos contratos no se hallan prohibidos por norma alguna y se han suscrito en el marco de la Ley 365 a la cual ningún reglamento puede oponerse en aras del principio de JERARQUIA NORMATIVA Y PRIMACIA* (…)

Si nuestra cartera fuera estática (…) *sería plenamente practicable su conversión a activos admisibles* (…) *esta no es la situación de Seguros Próvida S.A.* (…) *la cartera que administra* (…) *es necesariamente dinámica, característica que debe ser tomada en cuenta por su autoridad* (…)

…las opciones contratadas por nuestra Compañía están normadas también por el artículo 464 del Código Civil (…)

…Seguros Próvida S.A. estará en condiciones de restituir plenamente la calidad de activos admisibles en exceso, hacia abril o mayo de 2014 (nótese que a la fecha de esta nota, la Compañia (sic) *ha reportado en el formulario 4.82 activos equivalente a US$ 4.11 millones)* (…)

…Nos permitimos presentar esta explicación y la documentación adjunta, en la esperanza que su autoridad (…) ***deje sin efecto la medida regulatoria contenida en la Disposición Cuarta de la Resolución Administrativa (RA) N° 127/14*** *pues dadas las características relatadas y documentadas es imposible cumplirla en el plazo contenida en la misma* (…)

…establece el art. 180.I de la CPE, el principio de legalidad es uno de los principios procesales en los cuales se fundamenta la actividad sancionatoria administrativa, debe entenderse por principio de legalidad, el sometimiento a la ley y a la normativa vigente.

En un Estado de Derecho dicho principio debe ser plenamente respetado tanto por los gobernantes como por los gobernados, situación que conlleva a que una decisión sólo podrá ser adoptada dentro de los límites previamente establecidos por una ley material anterior…"

En síntesis, la recurrente señala que le es de *imposible cumplimiento* la obligación impuesta por el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014, por cuanto, los fondos correspondientes a títulos valores en exceso, cuya falta de reporte dieron lugar al cargo N° 2, no le son disponibles, debido a que los ha reinvertido en contratos de opción de compra de bienes, en virtud a la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013 (que establece que las Entidades Aseguradoras de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales, están facultadas a invertir en construcción de vivienda no suntuaria hasta un máximo equivalente al veinticinco por ciento -25%- del valor de sus reservas técnicas constituidas para estos riesgos).

Al respecto, el Ente Regulador, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 361-2014 de 21 de mayo de 2014, establece:

"*…Que respecto a la solicitud de suspensión de la medida regulatoria, contenida en el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 127-2014 de 20 de febrero de 2014, la misma no corresponde toda vez que se incumplió con el parágrafo tercero del artículo quinto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 ya que desde el mes de noviembre de 2012 hasta el 31 de diciembre*

de 2013 no restituyó los excedentes de inversión producto de la liberación extraordinaria de reservas técnicas.

La Entidad utilizó una parte de los recursos excedentarios en la suscripción de contratos con opción de compra con el propósito de ser destinados al cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS 568-2013 de fecha 20 de junio de 2013, la cual exige otro tratamiento para ser considerados inversiones admisibles, por lo que en el plazo perentorio de 30 días hábiles administrativos Seguros Próvida S.A. deberá restituir en el Formulario SEG/4.82 "Detalle de Cartera Inversiones en Exceso" el monto aproximado de Bs17.000.000.- (Diecisiete Millones 00/100 Bolivianos) o su equivalente en Dólares Americanos debiendo hacer llegar a esta APS el documento que acredite dicha restitución..."

De lo transcrito, la Entidad Reguladora se ha limitado a señalar que, **SEGUROS PROVIDA S.A.** incumplió lo establecido en el tercer párrafo del artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 928-2012 de 29 de noviembre de 2012 y que el utilizar parte de los recursos excedentes en la compra de bienes, exige otro tratamiento para ser considerados como inversiones admisibles.

Asimismo, en la Nota de Cargos APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, estableció la falta de reporte de **Bs48.080.413,55** (Cuarenta y Ocho Millones Ochenta Mil Cuatrocientos Trece 55/100 Bolivianos), sin embargo, sin fundamento alguno, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 361-2014 de 21 de mayo de 2014, instruye a **SEGUROS PROVIDA S.A.** a restituir el monto aproximado de **Bs17.000.000.-** (Diecisiete Millones 00/100 Bolivianos).

Conforme se tiene establecido, ello denota la vulneración al debido proceso, emergente de la falta de fundamentación, conforme dicta el procedimiento administrativo; sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado y considerando al análisis realizado supra, el cumplimiento de la obligación determinada por la Entidad Reguladora (tanto en la Resolución Administrativa sancionadora como en la Resolución Administrativa confirmatoria) no es aplicable.

2.3. Aspectos emergentes del Recurso de Revocatoria anterior.-

Finalmente, corresponde señalar que **SEGUROS PROVIDA S.A.**, en su Recurso Jerárquico, tiene expresiones como las siguientes:

"…*El recurso de revocatoria* (…) *fue prácticamente soslayado* (…)

…*La APS* (…) *no desvirtúa los argumentos interpuestos por PROVIDA a momento de interponer el recurso de revocatoria y se vale de simples apreciaciones generales sin incidir en los aspectos específicamente traídos por la empresa que represento* (…)

…*Esta actitud omisiva importa conculcamiento* (sic) *al derecho a petición, pues por nuestra parte argumentamos algo para que por su parte la APS desvirtúe dicho argumento o los acepte bajo criterios legales*…"

Tales criterios obligan a la compulsa de los fundamentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 361-2014 de 21 de mayo de 2014, con los del Recurso de Revocatoria que le

da origen, para concluir que, sin ser reiterativos los alegatos de este último con los expresados ahora en el Recurso Jerárquico, resultan en pretensiones comunes de las hasta aquí supra consideradas, varios de los cuales -como se ha visto- resultan justificados y que determinan la decisión que consta en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, de donde el reclamo de **SEGUROS PROVIDA S.A.**, resulta (en cuanto corresponda) atendido por el presente.

No obstante y en razón de la determinación que sigue, no puede la recurrente pretender que la atención que la Administración brinde a sus peticiones, le vayan a resultar necesariamente favorables a sus intereses, exhortación pertinente habida cuenta lo expresado también por ella, en sentido que: "***la APS si bien se refiere al punto los*** (sic) ***hace de modo tal que en ningún momento hace hincapié en los argumentos vertidos por nuestra parte***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En todo caso, se recalca, el alegato de referencia ha sido atendido al presente, en función de los extremos supra señalados a lo largo de esta Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que en el presente proceso no se ha dado cumplimiento a la normativa administrativa, conculcando los derechos de la recurrente, al debido proceso y su derecho a la defensa.

Que, en el presente caso, al haberse violado el principio de motivación corresponde anular el presente proceso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Nota APS/DESP/DJ/DS/9917/2013 de 23 de diciembre de 2013, **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitir nueva Nota de Cargos, ajustándola a

derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 385-2014 DE 30 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 067/2014 DE 29 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2014

La Paz, 29 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de 30 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 060/2014 de 3 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 111/2014 de 6 de octubre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 23 de junio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General Sr. Julio Antonio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de 30 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1876/2014, con fecha de recepción del 26 de junio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de 30 de mayo de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1° de julio de 2014, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 2 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de 30 de mayo de 2014.

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/6/2014, recibida por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 6 de febrero de 2014, notificó a la misma con el siguiente cargo:

> "…***II. Imputación del Cargo.***
>
> *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, con referencia al Proceso Coactivo Social, instaurado contra el Empleador Consultores Empresariales S.R.L., debido a que la AFP habría iniciado el proceso y posterior ampliación de la Demanda fuera del plazo establecido por norma vigente para el inicio de la cobranza judicial por los siguientes periodos de cotización:*
>
> - *Demanda de **21 de marzo de 2012**, en base a Título Coactivo N° 1-02-2012-00151 de fecha 13 de marzo de 2012, por los siguientes periodos:*
> *- **FCI**: De abril/2011 a agosto/2011.*
> *- **AS**: De abril/2011 a agosto/2011.*
>
> - *Ampliación por nuevos periodos de 11 de marzo de 2013, adjuntando el Título Coactivo N° 1-02-2013-00372 por los siguientes periodos:*
> *- **FCI y AS**: Agosto/2012*
>
> - *Ampliación por nuevos periodos de 09 de mayo de 2013, adjuntando el Título Coactivo N° 1-02-2013-00963 por los siguientes periodos:*
> *- **FCI:** Enero/2011*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Lo anterior se detalla en el siguiente cuadro: (sic)

Fecha de presentación de memorial	Título Coactivo	Periodos de cotización	Vencimiento del plazo para el inicio de la Cobranza Judicial	Cumplimiento de plazo
21/03/2012	1-02-2012-00151	Abr-11	**29/09/2011**	**Incumple**
		May-11	**29/10/2011**	**Incumple**
		Jun-11	**29/11/2011**	**Incumple**
		Jul-11	**30/12/2011**	**Incumple**
		Ago-11	**29/01/2012**	**Incumple**
11/03/2013	1-02-2013-00372	Ago-12	**29/01/2013**	**Incumple**
09/05/2013	1-02-2013-00963	Ene-11	**29/06/2011**	**Incumple**

III.- Normativa Infringida:

- ***Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.***

"***Artículo 106.- (Cobranza).***

La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aportes Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal."

"***Artículo 110.- (Proceso Coactivo de la Seguridad Social).***

Procederá la ejecución Coactiva Social cuando se persiga el cobro de Aportes Nacionales Solidarios, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos, adeudos a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Se considerará como Título Coactivo, la Nota de Débito emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo al Empleador o al Aportante Nacional Solidario, que contendrá las Contribuciones, Aportes, Aportes Nacionales Solidarios, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos adeudado, constituyéndose en obligaciones de pagar liquidadas y exigibles.

El Proceso Coactivo de la Seguridad Social se regirá bajo los principios del ámbito social procesal."

"***Artículo 149.- (Funciones y Atribuciones).*** *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

"…i) Iniciar y tramitar los proceso judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados

v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia….".

- ***Decreto Supremo N°0778 de 26 de enero de 2011***

"***Artículo 22 (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL).*** *El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley de Pensiones, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado, no impedirá a la GPS, iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social."*

En este sentido se concede el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de notificada la entidad, para que presente sus descargos.

En caso de no presentar los descargos en el plazo otorgado, se emitirá la Resolución Administrativa correspondiente…"

2. NOTA DE DESCARGOS.-

Mediante nota FUT.APS.GALC.0383/2014 de 20 de febrero de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta los siguientes descargos:

"*…Dentro del plazo otorgado por la nota de cargos APS-EXT.DE/6/2014 de fecha 07 de enero de 2014 y notificada a nuestra AFP el 06 de febrero de 2014, con relación a la imputación de cargos por el supuesto incumplimiento da* (sic) *la normativa de pensiones para el cobro de contribuciones en mora POR EL EMPLEADOR "Consultores Empresariales S.R.L."; y, asumiendo la defensa de nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, tenemos a bien exponer los siguientes descargos, los mismos que solicitamos sean objeto de una valoración razonada, según las reglas de la sana critica:*

AUSENCIA DE RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LA LEY N° 065 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2010 LEY DE PENSIONES:

*El artículo 45, parágrafo VI de nuestra Constitución Política del Estado prescribe textualmente que: "Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados***",** *precepto normativo por el cual la gestión y*

administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser tutelada exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia. Ahora bien, como consecuencia jurídica del mandato constitucional anotado previamente, se promulgó la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la cual a efectos de no contradecir el mandato constitucional; y, en tanto se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social, ha instituido a través de su artículo 177, un periodo de administración transitoria bajo el único instrumento legal permisible, cual es el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la ex SVPS con las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria; por el cual, las AFP asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social; toda vez que la Constitución Política del Estado no permitiría la suscripción de una adenda o de un nuevo contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Lo anterior no significa que el artículo 177 de la Ley N° 065, determine la vigencia de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria, por el simple hecho de determinar la continuidad de servicios en cuanto a las obligaciones asumidas mediante el Contrato de prestación de Servicios suscrito en el marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.

Para tener una idea clara, nos permitimos referir que la doctrina es uniforme al señalar que ***la ley tiene naturaleza histórica, por lo que rige en un determinado tiempo y un espacio en el que se aplica****; en consecuencia el inicio de la vigencia de la ley está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar qué ésta inicia su vigencia desde la fecha de su publicación; y en cuanto a la Irretroactividad de la ley, el principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado señala que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los- delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".*

*Con las anotaciones constitucionales supra citadas es importante traer a colación a su Autoridad lo expresado por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I que dice: "…****abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley",*** *debiendo entenderse cabalmente que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y además con carácter especial y general, pues no solo cita la Ley N° 1732, sino que además hace referencia a "todas las disposiciones contrarias a la presente ley". Por ello y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material su Autoridad fácilmente podrá colegir que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997 no se encuentra vigente.*

*Es importante señalar que no se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros toda vez que "De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de "**Fiscalizar, supervisar, regular, controlar**, **inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, **de acuerdo a la presente Ley**, Ley de Seguros y **los reglamentos correspondientes**"; sino por el contrario, en lo que insistimos es que no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones, o comisión de infracciones por parte de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -asumidas transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de sus competencias.*

Todo lo anterior importa una franca vulneración al principio de legalidad establecido en el artículo 72 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo por el cual se establece que "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables; más aun si consideramos el entendimiento que se tiene sobre el particular en el libro "Principios de Derecho Administrativo" (Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera – Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros), cuya cita textual señala "En tal sentido y con tales fundamentos, queda establecido que no es licito tipificar o imponer sanciones, si éstas no están lo suficientemente delimitadas por una norma previa; de ésta forma las sanciones administrativas requieren en ese derecho, de una norma anterior las prevea expresamente". Y esa norma previa ***- reglamento sancionador de la Ley N° 065-*** *es la que se extraña en el presente procedimiento administrativo*

<u>CON RELACIÓN A LA IMPUTACIÓN DE CARGOS:</u>

Sin perjuicio de lo expresado, es menester considerar que se nos imputa con cargos en relación al empleador "Consultores Empresariales S.R.L" porque supuestamente habríamos instaurado el PCS y sus posteriores ampliaciones fuera del plazo establecido en norma vigente para el inicio de cobranza judicial, sin considerar los siguientes aspectos:

1. *El empleador "Consultores Empresariales S.R.L" suscribió un Compromiso de Pago del SSO en fecha 2 de octubre de 2012; y, un Convenio de Pago del SIP en fecha 31 de octubre de 2012, el mismo que fue observado por su Autoridad cuando mediante nota APS/DPC/662/2013 de fecha 25 de enero de 2013 nos expresó que: "...la APS se ve imposibilitada de Homologar el Convenio de Pago señalado,* ***lo que no significa la resolución del mismo****, a los efectos de evitar perjuicio, consecuentemente la AFP deberá observar, bajo su responsabilidad, el estricto cumplimiento del mismo... (Las negrillas son nuestras)*

2. *La suscripción del Compromiso y del Convenio de Pago, implicaron gestiones propias de la Cobranza Administrativa de Cobro, a efectos de que el empleador pueda cumplir con el pago de los adeudos al SSO y SIP, aspecto que cobra particular relevancia cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado, ha determinado la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 109 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de pensiones, que prescribía que "La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesaria para iniciar el Proceso* Coactivo de la Seguridad Social".

3. *Por otra parte causa extrañeza la falta de aplicación del Código de Procedimiento Civil, al pretender obligar a nuestra Administradora iniciar un nuevo Proceso Coactivo de la Seguridad Social o una ampliación cada 120 días, existiendo un proceso ya instaurado y en plena tramitación, violando el Art. 494 y 495 del cuerpo adjetivo civil, que nos permite ampliar la demanda en cualquier etapa procesal (antes o después de la sentencia) por el vencimiento de nuevos períodos adeudados, aseveración que encuentra sustento también en la Sentencia Constitucional 0041/20006 de 24 de mayo de 2006 que señala:*

> *"Para el caso de que la AFP, resolviese utilizar la vía del proceso ejecutivo social, por disposición de la norma prevista por el art. 23 LP, el proceso se sustanciará de acuerdo a las disposiciones del Código de procedimiento civil.* ***Ahora bien para aquellos en los que, estando en proceso de ejecución una obligación de prestaciones o cumplimientos continuos, se produzcan nuevos vencimientos de plazo de otras cuotas, la norma prevista por el art. 495 del CPC establece que la ejecución dispuesta en la Sentencia podrá ampliarse respecto a esas nuevas cuotas vencidas, a cuyo efecto el Juez de la causa debe expedir una conminatoria para que el obligado acredite el cumplimiento de esos adeudos en el plazo de tercero día exhibiendo los recibos que acrediten haberse extinguido la obligación, en caso de incumplimiento se amplía la ejecución dispuesta en Sentencia"*** *(las negrillas son nuestras).*

Esta norma fue claramente establecida a favor de los acreedores, quienes aprovechando la fase procesal en la cual se encontrara la causa, podrán acumular una nueva obligación vencida (Nota de Débito), agilizando el proceso de cobro. Lo contrario y en desmedro de los intereses de los asegurados significaría iniciar un nuevo proceso judicial o solicitar una ampliación por cada nueva deuda generada, situación que obligará a tramitar muchos procesos de manera innecesaria, o perjudicar el normal desenvolvimiento de uno ya iniciado.

Es importante recordar que dentro del presente proceso se procedió a solicitar la ampliación del monto demandado por existir nuevos periodos en mora, de acuerdo al estado del proceso, bajo la estrategia procesal de acumular la deuda y obtener en sentencia ejecutoriada del monto global adeudado por el coactivado; considerando además que si se actuara tal como su Autoridad pretende, se generarían las siguientes observaciones y consiguientes perjuicios procesales:

- *INICIO DE UN NUEVO PROCESO = NUEVAS EXCEPCIONES*
- *NUEVAS EXCEPCIONES = NUEVA CITACION Y NOTIFICACION AL DOMICILIO REAL*
- *NUEVA CITACION = NUEVO TERMINO DE PRUEBA.*
- *MAYOR DILACION PROCESAL*
- *MAYORES GASTOS ECONOMICOS…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 172-2014 DE 10 DE MARZO DE 2014.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 172-2014 de 10 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hizo presentes las consideraciones siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

En función a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente, respecto a los puntos señalados:

El artículo 232 de la Constitución Política del Estado, establece como uno de los principios que rigen el ejercicio de la Administración Pública en Bolivia, el Principio de Legalidad, en ese sentido el artículo 4° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 abril de 2002, señala que: "la administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,…".

Cabe señalar que el Principio de Legalidad significa que, los actos y comportamientos de la Administración, deben estar justificados en una ley previa que, ha de ser de carácter general, cuando se trate del sometimiento en primer lugar a la Constitución, y en particular respecto al resto del ordenamiento jurídico y a las normas reglamentarias emanadas de la propia Administración, lo que se conoce como el bloque de la legalidad. Aspecto cumplido por esta Autoridad al enmarcar su actuar en la norma vigente.

Asimismo el artículo 48 de la Constitución Política del Estado, señala: "Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio". Por lo que Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta y acepta en sus argumentos, que el artículo 177 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, otorgó a las Administradoras las facultades y las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social, mientras dure el período de transición. Por lo tanto, la obligación que tiene la Administradora de cumplir este precepto, lo es con el fin de salvaguardar los derechos de los Asegurados.

La Resolución Ministerial Jerárquica MFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2012 de 24 de agosto de 2012 establece:

"Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

"…***1.1 De la Competencia de la Autoridad Fiscalizadora.-***

"… (sic)

Por lo que, importa traer a colación el precedente ya sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, sobre el tema en contrato, señalando lo siguiente:

"***Alcance de la Competencia de la SPVS para supervisar los Procesos Ejecutivos Sociales***.

La Ley ha conferido a la SPVS las más amplias facultades y potestades administrativas en lo que respecta al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, otorgándole atribuciones para velar por la seguridad, solvencia, liquidez rentabilidad en las actividades relacionadas con los fondos de pensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones. Dentro de ese contexto, el Artículo 23 de la Ley de Pensiones regula los aspectos relativos al proceso ejecutivo social como mecanismo jurisdiccional para la recuperación o cobro de cotizaciones, primas, comisiones intereses y recargos adeudados a las AFP, señalando que la sustanciación del proceso ejecutivo social se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo a las disposiciones del Código de procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

"En tal sentido, siendo el proceso ejecutivo social la vía jurisdiccional idónea para la recuperación de aportes al SSO de largo plazo, las AFP, en su condición de representantes de los afiliados, se encuentran obligadas a llevar dicho proceso con diligencia y responsabilidad para tratar de asegurar la recuperación de los dineros que, en definitiva, servirán para el financiamiento de las distintas prestaciones establecidas en la Ley de Pensiones que, se reitera, serán para el entero beneficio de los Afiliados o sus derechohabientes, aspecto que permitirá la preservación y defensa del capital humano y del derecho a la seguridad social.

En ese ámbito, la SPVS tiene la facultad y competencia para supervisar y controlar la oportunidad y diligencia que ejercitan las AFP´s en la tramitación de los procesos ejecutivos llevados a cabo por las AFP´s, precisamente para cumplir el objetivo contenido en los Artículos 1° y 47 de la Ley de Pensiones…"

*Tal como señala la AFP, en sujeción a la Constitución Política del Estado, se promulgó la Ley N°065 de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, la cual en su artículo 177 señala: "**Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria**, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **mientras dure el periodo de transición**…"*
(Las negrillas son nuestras).

Sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que el artículo 198 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 abroga la Ley N°1732 de Pensiones de 29 de

noviembre de 1996 y el Decreto supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, por lo que no se encuentran vigentes para su aplicación.

El artículo 177 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 determina que, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de dar cumplimiento al Contrato y la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996, sus Decretos Supremos y demás disposiciones y normativa específica reglamentaria, durante el período de transición, debido a que posterior a este período, la Gestora Pública se hará responsable de su cumplimiento, dentro del marco de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.

Respecto a la irretroactividad al cual hace alusión la Administradora, el artículo 123 de la Constitución Política del Estado señala: "La ley (sic) sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y el resto de los casos señalados por la Constitución".

*En ese sentido, si bien el principio de irretroactividad garantiza derechos; sin embargo, la AFP debe entender que conforme al artículo 177 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones (**vigente**) se establece la continuidad que deben dar las Administradoras de Fondos de Pensiones en cuanto a la aplicación y el cumplimiento del Contrato, la Ley N°1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y el Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, mientras dure el período de transición, en ese sentido la mencionada norma persiste para la aplicación del régimen de sanciones en el presente caso.*

AL CARGO (…)

De los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

Futuro de Bolivia S.A. AFP pretende desvirtuar el cargo imputado por esta Autoridad por el inicio o ampliación fuera del plazo determinado por el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 para la Gestión Judicial de Cobro contra el Empleador "Consultores Empresariales S.R.L", señalando que éste habría suscrito los siguientes convenios de pago de mora:

- *Compromiso de Pago del SSO en fecha 02 de octubre de 2012.*
- *Convenio de Pago del SIP en fecha 31 de octubre de 2012.*

*Asimismo, en relación al Convenio de Pago señala que: "…el mismo que fue observado por su Autoridad cuando mediante nota APS/DPC/662/2013 de fecha 25 de enero de 2013 nos expresó que: "...la APS se ve imposibilitada de Homologar el Convenio de Pago señalado, **lo que no significa la resolución del mismo**, a los efectos*

de evitar perjuicio, consecuentemente la AFP deberá observar, bajo su responsabilidad, el estricto cumplimiento del mismo…".

Al respecto, el artículo 27 de del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 dispone:

*"**I.** En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley de Pensiones, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. **Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la Gestión de Cobro.***

***II.** La GPS deberá iniciar o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de incumplido el Convenio de Pago por parte del Empleador. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado, no impedirá a la GPS, iniciar o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.*
…" (sic) *(las negrillas y el subrayado son nuestros).*

*En este sentido, y conforme a lo señalado en la nota APS/DPC/662/2013 de fecha 25 de enero de 2013, la AFP suscribió un Convenio de Pago **en fecha 31 de octubre de 2012**, por los períodos de cotización abril, mayo, junio julio y agosto de 2011.*

Por lo tanto, en cumplimiento al Decreto Supremo N°0778 de 26 de enero de 2011, correspondía la suspensión de la Gestión de Cobro a partir de la suscripción de dicho Convenio de Pago.

*Sin perjuicio a lo citado, y como se puede evidenciar en el siguiente cuadro, el Convenio de Pago fue suscrito en fecha **posterior** al vencimiento del plazo determinado por norma para el inicio de la Gestión Judicial de Cobro (situación que genera la imputación del cargo correspondiente al presente análisis).*

Fecha de presentación de memorial	Título Coactivo	Periodos de cotización	Vencimiento del plazo para el inicio de la Cobranza Judicial	Cumplimiento de plazo	Fecha de suscripción de Convenio de pago	Días transcurridos entre vencimiento de plazo y Convenio de Pago
21/03/2012	1-02-2012-00151	Abr-11	**29/09/2011**	**Incumple**	**31/10/2012**	**398**
		May-11	**29/10/2011**	**Incumple**	**31/10/2012**	**368**
		Jun-11	**29/11/2011**	**Incumple**	**31/10/2012**	**337**
		Jul-11	**30/12/2011**	**Incumple**	**31/10/2012**	**306**
		Ago-11	**29/01/2012**	**Incumple**	**31/10/2012**	**276**
11/03/2013	1-02-2013-00372	Ago-12	**29/01/2013**	**Incumple**	**Sin Convenio**	**-90**
09/05/2013	1-02-2013-00963	Ene-11	**29/06/2011**	**Incumple**	**Sin Convenio**	**490**

En consecuencia lo señalado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el punto 1 de la nota FUT.APS.GALC.0383/2014 de 20 de febrero de 2014, no es argumento suficiente para desestimar el cargo imputado.

*Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que la suscripción del Compromiso y del Convenio de Pago, **implicaron gestiones propias de la Cobranza Administrativa***

de Cobro, *a efectos de que el Empleador pueda cumplir con el pago de los adeudos al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo - SSO y al Sistema Integral de Pensiones - SIP.*

Al respecto, es importante señalar lo determinado por el artículo 109 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en relación a la Gestión Administrativa de Cobro, que a la letra dispone:

"La Gestión Administrativa de Cobro comprende ***todos los actos orientados a realizar la cobranza de las Contribuciones en mora*** *y de los Aportes Nacionales Solidarios en mora.*

La Gestión Administrativa de Cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora. *La gestión de cobro de los Aportes Nacionales Solidarios será determinada en reglamento." (Las negrillas y el subrayado son nuestros).*

En ese sentido, siendo que la Administradora suscribió un Compromiso de Pago y un Convenio de Pago con el Empleador "Consultores Empresariales S.R.L.", tal como señala la AFP, las mismas son gestiones propias de la Gestión Administrativa de Cobro establecidas en el artículo 109 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010. Cabe señalar que esta Autoridad no ha imputado al regulado por el incumplimiento a dicha norma, sino por la falta de inicio y de ampliación de demanda en el Proceso Coactivo Social en plazo; por lo que las gestiones internas realizadas no inciden para que el regulado no haya iniciado las acciones legales de recuperación judicial de la mora dentro del plazo de ciento veinte (120) días calendario.

Por lo tanto, todos los actos orientados a realizar la cobranza de las Contribuciones en mora que hubiese efectuado la Administradora, no debieron superar el plazo máximo dispuesto por la Ley de Pensiones, debiendo en consecuencia iniciar la Gestión Judicial de Cobro y presentar la ampliación del Proceso Coactivo Social, según corresponda y mejor convenga para la recuperación de los aportes adeudados.

Asimismo, la AFP señala que dichas "gestiones propias de la Cobranza Administrativa de Cobro" cobran particular relevancia cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado, ha determinado la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 109 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2000, de Pensiones, que prescribía que: "La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social".

Al respecto, corresponde aclarar que la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2008/2012, a la que hace mención la AFP, fue emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional el 12 de octubre de 2012, la cual señala:

"…los ciudadanos tenemos en todo momento la convicción de que el Estado tiene la obligación de promover la armonía social, correspondiendo esa certeza a la seguridad jurídica que esperamos sea respetada, y por ello cuando el Estado por medio de la potestad reglamentaria, como es el caso presente, fisura esa convicción al imponer reglas y normas que suscitan procedimientos judiciales, sin que previamente se posibiliten instancias de resolución de la conflictividad prejudiciales, afecta a la seguridad jurídica por la supresión del principio de armonía social, como ya ha sido explicado.

En conclusión, el párrafo segundo del art. 7 del DS 26722, al negar a la gestión de cobro cualidad prejudicial y su carácter necesario para realizar cobros de adeudos a la seguridad social, sustrae a los ciudadanos de la vía prejudicial obligatoria que permita materializar el principio de armonía social, de ese modo lesiona este axioma así como la seguridad jurídica, ambos principios constitucionales proclamados por las normas del art. 178.I de la CPE.

Una vez concluida la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 7 del DS 26722, es ineludible la aplicación de las normas del art. 108 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que disponen la obligación de declarar la inconstitucionalidad de normas conexas o concordantes con la denunciada de ser contraria al texto constitucional, ya que en el caso presente, se ha identificado a las normas del art. 109 párrafo tercero de la Ley de Pensiones; cuyo mandato es similar al demandado de inconstitucionalidad al disponer: La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesario para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social; por lo que también deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, en defensa del orden constitucional."

En ese sentido, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2008/2012 de 12 de octubre de 2012, resuelve:

"1° DECLARAR INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 7 DEL DS 25722 DE 31 DE MARZO DE 2000, EN EL PÁRRAFO QUE DISPONE LO SIGUIENTE:

La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.

2° DECLARAR INCONSTITUCIONAL POR CONCORDANCIA EL ARTÍCULO 109 PÁRRAFO TERCERO DE LA LEY DE PENSIONES, QUE DISPONE LO SIGUIENTE:

La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesaria para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social".

Por tanto, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2008/2012 de 12 de octubre de 2012, establece la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Supremo N°25722 de 31 de marzo de 2000 y el párrafo tercero del artículo 109 de la Ley N°065 de Pensiones

de 10 de diciembre de 2010, normativa que no está precisamente imputada en el presente caso.

De lo señalado precedentemente, se tiene por recordado que las AFP antes de proceder al Cobro Judicial, deben realizar la gestión de cobro por medio de la vía administrativa por períodos adeudados, dicha gestión debe tener una duración de ciento veinte (120) días calendario.

Además, como se puede evidenciar en el siguiente cuadro, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2008/2012 fue emitida en fecha posterior al vencimiento del plazo determinado por norma para el inicio de la Gestión Judicial de Cobro.

Fecha de presentación de memorial	Título Coactivo	Periodos de cotización	Vencimiento del plazo para el inicio de la Cobranza Judicial	Cumplimiento de plazo	Fecha de Sentencia Constitucional Plurinacional N°2008/2012	Días transcurridos entre vencimiento de plazo y convenio
21/03/2012	1-02-2012-00151	Abr-11	**29/09/2011**	**Incumple**	**12/10/2012**	**379**
		May-11	**29/10/2011**	**Incumple**	**12/10/2012**	**349**
		Jun-11	**29/11/2011**	**Incumple**	**12/10/2012**	**318**
		Jul-11	**30/12/2011**	**Incumple**	**12/10/2012**	**287**
		Ago-11	**29/01/2012**	**Incumple**	**12/10/2012**	**257**
11/03/2013	1-02-2013-00372	Ago-12	**29/01/2013**	**Incumple**	**12/10/2012**	**-109**
09/05/2013	1-02-2013-00963	Ene-11	**29/06/2011**	**Incumple**	**12/10/2012**	**471**

Sin perjuicio de lo anterior, visto lo dispuesto en la Sentencia Constitucional N°2008/2012 de 12 de octubre de 2012 emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado, si bien determinó la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 109 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, sin embargo en el cuadro precedente, se evidencia que la AFP presentó el inicio y la ampliación del Proceso Judicial en tiempos muy prolongados, es decir después de los ciento veinte (120) días calendario establecidos por ley; tomando en cuenta además que los períodos enero/2011, abril/2011 a agosto/2011 son anteriores a lo determinado en dicha Sentencia Constitucional.

En relación al período de cotización agosto/2012 debió ser ampliado en el mismo proceso, dentro de los ciento veinte (120) días calendario establecidos por ley y sin perjuicio de la gestión administrativa correspondiente.

Por último, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que: "…causa extrañeza la falta de aplicación del Código de Procedimiento Civil, al pretender obligar a nuestra Administradora iniciar un nuevo Proceso Coactivo de la Seguridad Social o una ampliación cada 120 días, existiendo un proceso ya instaurado y en plena tramitación, violando el Art, 494 y 495 del cuerpo adjetivo civil, que nos permite ampliar la demanda en cualquier etapa procesal (antes o después de la sentencia) por el vencimiento de nuevos períodos adeudados, aseveración que encuentra

sustento también en la Sentencia Constitucional 0041/20006 de 24 de mayo de 2006".

En relación a lo citado, cabe mencionar de forma textual lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, que a la letra señala:

"***ARTÍCULO 22.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL).*** *El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador,* ***deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora*** *debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley de Pensiones, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado, no impedirá a la GPS, iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social." (las negrillas y el subrayado son nuestros).*

*Corresponde aclarar que conforme al artículo 107 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010: "****El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones*** *y deberá pagar el Interés por Mora y el Interés Incremental por las contribuciones no pagadas, de acuerdo a reglamento." (Las negrillas y el subrayado son nuestros).*

En este sentido, la obligatoriedad de iniciar la acción procesal en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora, sea como demanda nueva o ampliación dentro del plazo, no emana del Ente Regulador sino de la propia Ley de Pensiones y su Decreto Reglamentario.

Asimismo, la demanda de 21 de marzo de 2012 de inicio de Proceso Coactivo Social por los períodos de cotización de abril a agosto de 2011, refleja en sí misma el incumplimiento al artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, al constituirse en una demanda nueva presentada fuera de plazo determinado por norma.

Por otro lado, en relación al argumento de Futuro de Bolivia S.A. AFP en el cual expresa que, al iniciar o ampliar una demanda judicial cada ciento veinte (120) días calendario (existiendo un proceso ya instaurado y en plena tramitación), se estaría violando los artículos 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil, corresponde citar los mismos a fin de efectuar el correspondiente análisis.

"***ARTICULO 494.- (Ampliación anterior a la sentencia).***
Si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún nuevo plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga, y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido.

ARTICULO 495.- (Ampliación posterior de la sentencia).
I. Si con posterioridad a la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la

obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir, dentro de tercero día, los recibos que acreditaren haberse extinguido la obligación, bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos.
...” (sic)

Al respecto, se pudo evidenciar que la norma citada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, de forma potestativa y no obligatoria permite al demandante la ampliación de la ejecución dentro del Proceso Judicial, cuando durante el proceso vencieran nuevas obligaciones. En el presente Cargo, se observa que la Administradora inició un Proceso Coactivo Social contra el Empleador “Consultores Empresariales S.R.L.” por los períodos abril/2011 a agosto/2011 y posteriormente amplió el mismo, por nuevos períodos en mora agosto/2012 y enero/2011 incurridos por el mimo Empleador. Sin embargo, la normativa de pensiones establece la obligatoriedad que debe tener la Administradora en iniciar un proceso social y presentar sus ampliaciones, dentro de los ciento veinte (120) días calendario, situación que el regulado no observó en el presente Cargo.

En este sentido, precautelando los derechos de los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones, dependientes de la empresa “Consultores Empresariales S.R.L”, la AFP debió iniciar la Gestión Judicial de Cobro dentro del plazo determinado por norma, ya sea iniciando un nuevo proceso o ampliando el ya existente.

Por otro lado, la AFP señala que por temas de “estrategia procesal” habría acumulado la deuda hasta que la Sentencia emitida sobre la demanda principal adquiera carácter de ejecutoriedad; sin embargo no tomó en cuenta que el lapso de tiempo transcurrido entre la ampliación por el período de cotización enero de 2011, con demanda de 09 de mayo de 2013 (existe un tiempo superabundante entre el vencimiento del plazo para el inicio y presentación de la demanda) por lo que no implica que el regulado soslaye el plazo legal.

Asimismo, se recuerda al regulado que el inciso v) del artículo 149 de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, señala que la Administradora tiene la obligación de prestar sus servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que debe llevar al entendimiento de que la AFP como representante de los Asegurados tiene la obligación de instaurar oportunamente el Proceso Coactivo Social para la recuperación oportuna de las Contribuciones en mora al Sistema Integral de Pensiones, y en caso de corresponder la posterior presentación oportuna de las ampliaciones de demanda por nuevos períodos incurridos en mora por el Empleador dentro de los ciento veinte (120) días calendario.

En ese sentido, Futuro de Bolivia S.A. AFP tenía la facultad de iniciar las acciones judiciales y presentar las ampliaciones de la demanda por nuevos períodos adeudados por el Empleador o en su caso iniciar un nuevo proceso judicial. Por lo que la Administradora bajo ninguna circunstancia puede alegar que se encontraba imposibilitada de presentar la demanda y sus ampliaciones ni siquiera por razones de

estrategia, fuera de los ciento veinte (120) días calendario, correspondiente a los períodos de enero/2011 abril/2011 a agosto/2011, agosto/2012, en sujeción estricta a la norma.

Por lo expuesto anteriormente, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar el Cargo imputado, toda vez que la Administradora debió cumplir a cabalidad lo que la norma determina, y presentar la Ampliación de la Demanda dentro del plazo establecido.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.
En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión".

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 22 del Decreto Supremo N°0778 de 26 de enero de 2011;* ***b)*** *Los hechos se encuentran comprobados porque la AFP no presentó la Demanda o Ampliaciones de la Demanda en el Proceso Coactivo Social, dentro del plazo de ciento veinte (120) días calendario, por los períodos enero/2011, abril/2011 a agosto/2011 y agosto/2012, por el Empleador "Consultores Empresariales S.R.L.", incumpliendo con la obligación descrita en la norma;* ***c)*** *Los argumentos presentados en los descargos de la Administradora han sido valorados por esta Autoridad, desprendiéndose que los argumentos no enervan el cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de la infracción.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no tomó atención a lo señalado por norma, y dio inicio al Proceso Coactivo Social y presentó las Ampliaciones de la Demanda después de los ciento veinte (120) días calendario;* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP en su condición de representante de los Asegurados, se encuentra obligada a llevar el Proceso Coactivo Social con absoluta diligencia, sin embargo al no haber actuado diligentemente, su actuación ocasionó que la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador Consultores Empresariales S.R.L. se vean retrasadas y se vulneren los derechos de los Asegurados como principales afectados y* ***c)*** *En el presente caso no se advierte la reincidencia.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en el hecho de que el regulado, por norma está obligado a presentar la demanda y la ampliación de la demanda o iniciar un nuevo Proceso Coactivo Social dentro de los ciento veinte (120) días calendario; al omitir esta obligación en el presente caso, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, porque provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones a tiempo y tengan dificultades en el acceso a una Prestación o Beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con

el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción:

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

Con base en tales argumentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 172-2014 de 10 de marzo de 2014, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Sanciona* (sic) *a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo imputado en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/6/2014 de 07 de enero de 2014, con una multa en*

Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N°065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 22 del Decreto Supremo N°0778 de 26 de enero de 2011.

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 2 de mayo de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 172-2014 de 10 de marzo de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:***

Toda vez que su Autoridad ha señalado en los considerandos de la Resolución que se recurre que: "...En ese sentido, si bien el principio de irretroactividad garantiza derechos; sin embargo, la AFP debe entender que conforme al artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones (vigente) se establece la continuidad que deben dar las Administradoras de Fondos de Pensiones en (sic.) en cuanto a la aplicación y el cumplimiento del Contrato, la Ley N° 1732 de pensiones de 29 de noviembre de 1996 y el decreto (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, mientras dure el periodo de transición, en ese sentido la mencionada norma persiste para la aplicación del régimen de sanciones en el presente caso..."; es pertinente por nuestra parte efectuar las siguientes aclaraciones, ya que en todo caso quien debe entender que la facultad sancionadora en materia administrativa debe efectuarse en el marco de los principios de jerarquía normativa y sometimiento pleno a la ley, garantizando así la seguridad jurídica y el debido proceso, es la Autoridad que emite la Resolución objeto de controversia, en atención a los antecedentes, elementos fácticos y casos similares en los que ya se ha analizado y resuelto este tema, no solo en instancia administrativa, sino en el ámbito de la justicia ordinaria.*

1. ***De la Facultad sancionadora de la APS****.- Debe quedar claro que nuestra administradora no desconoce ni pone en tela de juicio las facultades, competencias y atribuciones que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) para fiscalizar y sancionar, cuando corresponda y en el*

*marco de su competencia y ámbito de aplicación, a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -transitoriamente las AFP-; ya que conforme a lo establecido por el artículo 168, inciso b), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS se encuentran precisamente las de "**Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, **de acuerdo a la presente Ley**, Ley de Seguros **y los reglamentos correspondientes**"(las negrillas y subrayado son nuestros) sino por el contrario, lo que se observa por constituir una vulneración a los derechos y garantías constitucionales de las AFP, es que no existe un marco reglamentario sancionador vigente, aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -asumidas como ya se refirió, transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia y de acuerdo a las reglas de orden y materia en lo que se refiere a aspectos que no son específicamente del ámbito judicial.*

2. ***De la abrogación del régimen sancionatorio establecido en el D.S. 24469**.- La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en su artículo 198, parágrafo I, señala que: "**Se abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley." (las negrillas son nuestras) debiendo entenderse cabalmente que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y, por consiguiente, supone también la abrogación automática del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 reglamento de la Ley de Pensiones, dado que este Decreto Supremo nace a la vida jurídica con el siguiente objeto:*

   *"**ARTICULO 1. (OBJETO).** El presente Decreto Supremo tiene por objeto reglamentar la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 (Ley de Pensiones)"; entonces por simple lógica jurídica se tiene que abrogada la Ley 1732, su Decreto reglamentario, al carecer de objeto independiente o autónomo, también ha quedado abrogado, mas aun si se considera que **la ley tiene por naturaleza un carácter histórico, es decir tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica**.*

   En ese contexto se puede observar que el inicio deja vigencia de la nueva Ley de Pensiones, es decir la ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, está regido por dos características: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar que ésta inicia su vigencia desde la fecha de su publicación en cuanto a la administración del Sistema Integral de Pensiones que se crea en dicha Ley; y en cuanto a la Irretroactividad de la ley, esta se sujeta al principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado por el cual se establece que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a

favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".

Con las anotaciones arriba expresadas, su Autoridad fácilmente podrá colegir, que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 se encuentra abrogado y no es aplicable al incumplimiento de obligaciones o comisión de infracciones en que pudiese incurrir la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, -transitoriamente las AFP- en el marco de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, porque carece de una norma reglamentaria que precisamente regule la imposición de sanciones por dichas infracciones o por el incumplimiento de obligaciones, constituyéndose entonces su aplicación en una franca vulneración al derecho del debido proceso, y a los principios de legalidad y seguridad jurídica, lesionando los derechos subjetivos e intereses legítimos de nuestra AFP.

3. ***De la continuidad de servicios.-*** *De acuerdo a lo establecido por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria,* ***así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición****..." (las negrillas son nuestras). Del marco normativo vigente se desprenden dos hechos importantes: el primero que las AFP deben continuar prestando sus servicios al encontrase vigente su contrato de prestación de servicios suscrito en el marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996; y segundo, que los servicios prestados en el marco de la nueva ley de pensiones, se efectúan asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo el marco normativo aplicable, el vigente, y no el abrogado como su Autoridad pretende entender*

   De las afirmaciones vertidas por su Autoridad se evidencia contradicción y falta de congruencia por dos simples razones que a continuación se exponen:

   *a) La Ley de N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, con relación al periodo de transición, señala a la letra: "****Artículo 174 (PERIODO DE TRANSICIÓN).*** *Mediante Decreto Supremo se establecerá el periodo de transición para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo".*

   b) Lo anterior importa indefectiblemente que, mientras no se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; y se emita el Decreto Supremo supra citado, ***no se ha dado inicio al mentado PERIODO DE TRANSICIÓN****,*

debiendo entenderse cabalmente que no es lo mismo administración transitoria, que periodo de transición.

Incurre igualmente en contradicción su Autoridad cuando refiere que las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene la obligación de cumplir con las normas señaladas en el artículo 177 de la misma, haciendo alusión no solo a la Ley N° 065, sino también a la abrogada Ley N° 1732; durante el periodo de transición, porque a su entender sería la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo la que luego se hará responsable de su cumplimiento. De lo anterior se desprende que su Autoridad sin tener competencias (sic) *para la interpretación de la norma, y usurpando funciones propias del poder legislativo pretende dar ultractividad a una norma abrogada, contrariando los principios de jerarquía normativa, sometimiento pleno a la ley, seguridad jurídica, vulnerando así el derecho constitucional que nos asiste a un debido proceso.*

4. ***Elemento fácticos y precedentes jurisprudenciales.-*** *La pérdida de vigencia del D.S.24469 en cuanto al régimen sancionatorio que se pretende aplicar, ha sido de conocimiento y ratificación por parte de un Tribunal de Amparo, como es de conocimiento de esa Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por lo que este extremo debería servir de elemento jurisprudencial que su Autoridad también debería tomar en cuenta, más aún dentro del contexto del principio de búsqueda de verdad material que prima en el procedimiento administrativo.*

5. ***Alcance de la competencia de la APS.-*** *Finalmente es necesario recordar que la Resolución Jerárquica a la que hace mención la APS en los considerandos de la Resolución que se recurre, si bien "reconoce" la competencia de la APS en estos casos, la misma debe enmarcarse en la Ley, en un reglamento de sanciones que debería estar vigente y siempre en un marco de legalidad, por ello es que esta Resolución Jerárquica continua con su razonamiento con el siguiente párrafo que lamentablemente la APS omite:*

> *"No obstante,* ***se debe dejar claramente establecido que en ningún momento la SPVS puede desconocer las atribuciones propias que les competen exclusivamente a los órganos jurisdiccionales****, por cuanto la labor de supervisar y controlar los procesos ejecutivos sociales se debe circunscribir a la oportunidad y pertinencia de las actuaciones de las AFP's como representante de los afiliados, sin que en ningún momento la SPVS pueda interferir en las labores jurisdiccionales de las autoridades del Poder Judicial.* ***Así, la SPVS puede efectuar las evaluaciones y fiscalizaciones pertinentes al trabajo llevado a cabo por la AFP's*** *en la tramitación de dichos procesos, pero enmarcándose estrictamente a verificar que no exista negligencia o inoperancia por parte de la AFP en el cumplimiento razonable del procedimiento establecido para el Proceso Ejecutivo Social, que conlleven un efecto negativo en la recuperación de los recursos,* ***tomando en cuenta las practicas procesales que rigen el sistema judicial nacional, así como los defectos de los que adolece, como la retardación de las actuaciones judiciales****. Para el efecto, en primer lugar se*

debe observar el cumplimiento del objetivo del proceso (las recuperaciones logradas) y, en su defecto, se deberá verificar si la actitud de las AFP, en su condición de acreedores ejecutantes, fue la de haber utilizado todos los mecanismos posibles para lograr las recuperaciones, sopesando la imposibilidad de las recuperaciones que no les son imputables."(las (sic) *negrillas son nuestras)*

En ese contexto, en el presente caso se puede evidenciar que la APS no cuenta con la competencia formal ni material, en lo que respecta, a sancionar por supuestas deficiencias en la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales y de los Procesos Coactivos de la Seguridad Social de largo plazo.

V. PETITORIO:

Tomando en cuenta los argumentos expresados por nuestra Administradora de Fondos de Pensiones y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de fecha 10 de marzo de 2014, disponiendo en consecuencia la devolución del monto de la sanción pagada por nuestra AFP y el archivo de obrados…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 385-2014 DE FECHA 30 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 385-2014 de fecha 30 de mayo de 2014 y en trámite del Recurso de Revocatoria, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió "*confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014*", con base en los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, interpone Recurso de Revocatoria, en fecha 02 de mayo de 2014, solicitando revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, en base a fundamentos de hecho y derecho a ser analizados.

Que para determinar sobre la procedencia o improcedencia del recurso administrativo, a parte de la forma de presentación, se han establecido dos requisitos indispensables en la legislación, comprendidos en el artículo 56 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, así como por el artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Estos, requieren de una parte, que los recursos sean interpuestos en contra de una resolución definitiva o actos administrativos de carácter equivalente, y de la otra, que el afectado considere que el acto administrativo a recurrir afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que de la revisión de los antecedentes, se ha verificado el cumplimiento del primer requerimiento al haberse recurrido una resolución administrativa definitiva. Respecto

al segundo, se procede con su verificación, a través de la consideración y valoración de los argumentos expuestos por el recurrente, dando cumplimiento de este modo, a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, relacionado a emitir el pronunciamiento respectivo con referencia a hechos y fundamentos de derecho planteados por el recurrente (…)

…cabe señalar que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, fue emitida en base a los datos del proceso que cursan en el expediente respectivo, que incluye los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, durante el termino probatorio, así como la evaluación técnica y legal de los mismos, producto del cual se estableció la confirmación del cargo, que se puede resumir al no haber iniciado las acciones legales de recuperación judicial de la mora dentro del plazo de ciento veinte (120) días calendario(…)

…como bien señala el primer considerando de la presente Resolución, la competencia que ejerce esta Autoridad en la regulación, control, supervisión y sanción del sector de pensiones, emana de la Constitución Política del Estado y es ejercida en consideración a que la competencia atribuida a este órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio, de conformidad al artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

En ese sentido las funciones y atribuciones establecidas en el artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, también son de carácter obligatorio.

Una de las atribuciones, es precisamente, la facultad sancionadora de la APS, que se encuentra establecida por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que señala que el organismo de fiscalización tiene como una de sus atribuciones "Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y ***sancionar*** *a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****…". (las negrillas y subrayado son nuestros)*

Por tanto, cuando la APS inició el procedimiento sancionatorio mediante Nota de Cargos APS-EXT.DE/6/2014 de 07 de enero de 2014, lo hizo en ejercicio pleno de sus facultades, reconocidas por la normativa vigente que tiene base constitucional.

Se cumplieron con todas la etapas del procedimiento sancionador consideradas por Ley, dentro de las cuales, la AFP ejercitó su derecho a la defensa y los descargos aportados, fueron evaluados conforme las normas reglamentarías (sic) *lo disponen, de lo que se desprendió la verificación de la infracción imputada y la imposición de la sanción respectiva, como consecuencia de la conducta ilegal evidenciada en procedimiento, con lo que se demuestra el cumplimiento al principio del debido proceso.*

Respecto a que no existiría un régimen sancionador, esta Autoridad difiere a lo sostenido por la AFP, porque la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones

*en su artículo 177, ha establecido la vigencia del régimen sancionatorio comprendido en el Decreto Supremo N° 24469, cuando señala que "**Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas** mediante **Contrato** de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano **en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria**..., así como lo dispuesto en la presente Ley." (las negrillas y subrayado son nuestros)*

Y, considerando que las AFP suscribieron su contrato en el marco de la anterior Ley y del Decreto Supremo N° 24469, se entiende que el régimen sancionatorio, contenido en dicha disposición legal, continúa vigente porque no ha sido sustituido por la nueva Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones o por otra disposición sobre el respecto.

Y como señaló la AFP, mientras el Órgano Ejecutivo no emita un nuevo régimen sancionatorio, el establecido por Decreto Supremo N° 24469 continúa vigente y es de cumplimiento obligatorio al momento de calificar la conducta e imponer las sanciones, por infracciones cometidas por los sujetos regulados de esta Autoridad, pues sería incongruente pensar, que por falta del nuevo régimen sancionatorio, el Estado, ante la inobservancia jurídica de las disposiciones legales vigentes, no pueda ejercer su potestad sancionatoria, que en el presente caso se realiza a través de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; aquello, sólo daría pie al caos y que los sujetos regulados no observen el cumplimiento debido de las normas, so pretexto de que el Ente regulador estaría privado de imponer sanciones.

Por lo señalado y con el objeto de dar la continuidad jurídica necesaria y evitar lagunas jurídicas, se entiende que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, habilita el régimen sancionatorio establecido en el Decreto Supremo N° 24469 y se lo considera plenamente válido y vigente, así como la potestad sancionatoria de esta Autoridad (…)

*…es importante señalar que esta Autoridad no concuerda con lo argumentado por la AFP, toda vez que el artículo 198 en el parágrafo I de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señala expresamente que "...**abroga la Ley N° 1732**, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones **y todas la disposiciones <u>contrarias a la presente Ley</u>**." y siendo que el régimen de las sanciones, establecido por el Capítulo VIII, Parte I del Decreto Supremo N° 24469, no es contrario a las disposiciones contenidas en la nueva Ley de Pensiones y, que no ha sido expresamente derogado, se lo considera vigente, por tanto no puede suponerse la abrogación del Decreto Supremo N° 24469, en lo que hace al régimen de sanciones observado por la AFP.*

Consecuentemente, se lo considera vigente y aplicable ante la advertencia de infracciones administrativas cometidas por los regulados de esta Autoridad en el sector de pensiones, que ameriten la imposición de sanciones, otorgando de esta manera la continuidad jurídica suficiente a los procesos sancionatorios que se tramitan y la seguridad jurídica necesaria a los regulados(…)

…se debe indicar que al momento de aplicar el Régimen de las Sanciones, establecido por el Capítulo VIII, Parte I del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, esta Autoridad cumple con lo establecido por el artículo 168 inciso a) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que manda, a cumplir y hacer cumplir la ley y sus reglamentos, por tanto no interpreta el periodo de transición pretende hacer la AFP, sino que aplica las disposiciones legales vigentes; y en ese entendido, también cumple con el deber de sancionar a los sujetos regulados que incumplen deberes normativos.

Asimismo, en concordancia con lo expuesto en los anteriores puntos, se debe reiterar que, así como no hay disposición legal vigente que haya determinado la abrogación del Decreto Supremo N° 24469, tampoco existe una Resolución Final en firme, de carácter vinculante y cumplimiento obligatorio, emitido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que determine la inviabilidad del régimen de sanciones del Decreto Supremo N° 24469, consiguientemente el mismo es aplicable (…)

…cabe indicar que la resolución del Tribunal de Amparo, se eleva de oficio, en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que al presente no ha pronunciado la decisión final correspondiente que determine la constitucionalidad o no del merituado régimen de sanciones expresado en el Decreto Supremo N° 24469 (…)

Con relación a la competencia para observar la tramitación de los procesos judiciales para la recuperación de la mora, recordamos a usted que el cargo imputado está relacionado expresamente al incumplimiento del plazo para iniciar y tramitar los procesos judiciales para recuperar las Contribuciones y Aportes Solidarios en mora, para precautelar los intereses de los fondos administrados y de los asegurados; entonces, cuando la AFP incumple el plazo para iniciar las gestiones de cobranza correspondientes a tal fin, no cumple con el deber normativo instituido y la forma de verificar dicho incumplimiento, es precisamente analizando los procesos judiciales que se sustancian ante el órgano jurisdiccional, para verificar el cumplimiento del plazo.

Finalmente, es importante mencionar que el régimen sancionatorio contemplado por el Decreto Supremo N° 24469, fue observado anteriormente por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en otro proceso sancionatorio, utilizando el mismo argumento que en el presente Recurso de Revocatoria, en el que Ministerio de Economía y Finanzas Publicas emitió su pronunciamiento mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2014 de 06 de mayo de 2014, en el cual se concluyó que régimen sancionatorio del Decreto Supremo N° 24469 se encuentra vigente y el argumento de la AFP no corresponde (…)

En función a la Resolución Jerárquica revisada -se refiere a la MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013-, *así como lo anteriormente anotado, se considera que a la fecha de la emisión de la presente resolución, no existe una disposición legal o decisión final de Tribunal competente que determine la derogación del Régimen de las Sanciones, establecido por el Capítulo VIII, Parte I del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero*

de 1997, por tanto se lo considera vigente y aplicable. Y, en cuanto a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, se la considera como un acto administrativo plenamente válido y con todos sus efectos, consiguientemente no corresponde la devolución de multa pagada por la AFP.

CONSIDERANDO:

Que por lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución, se llega a la conclusión, que el recurrente en su impugnación no ha presentado argumentos válidos y suficientes, que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS. Consecuentemente, debe confirmarse el acto recurrido, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, de acuerdo a lo previsto por el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 23 de junio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, señalando al efecto, lo siguiente:

"…***II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:***

A tiempo de ratificarnos in extenso en los fundamentos vertidos en nuestro recurso de revocatoria, en lo que toca a la vigencia del régimen sancionador correspondiente a la abrogada Ley N° 1732, y conscientes de que la facultad sancionadora en materia administrativa debe efectuarse en el marco de los principios de jerarquía normativa y sometimiento pleno a la ley, garantizando así la seguridad jurídica y el debido proceso, es la Autoridad que emite la Resolución objeto de controversia, en atención a los antecedentes, elementos fácticos y casos similares, en los que ya se ha analizado y resuelto este tema, no solo en instancia administrativa, sino en el ámbito de la justicia ordinaria, tenemos a bien solicitar se considere que su Autoridad ha señalado en los considerandos de la Resolución que ahora se impugna que: sic. "Asimismo, en concordando con lo expuesto en los anteriores puntos, se debe reiterar que, así como no hay disposición legal vigente que haya determinado la abrogación del Decreto Supremo N° 24469, ***tampoco existe una resolución Final en firme, de carácter vinculante y cumplimiento obligatorio, emitido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que determine la inviabilidad del régimen de sanciones del Decreto Supremo N° 24469, consiguientemente el mismo es aplicable****" (el resaltado es nuestro); para más adelante señalar que: "Al respecto, cabe indicar que la resolución del Tribunal de Amparo, se eleva de oficio en revisión al Tribunal*

Constitucional Plurinacional, instancia que ***al presente no ha pronunciado la decisión final correspondiente que determine la constitucionalidad o no del merituado régimen de sanciones expresados en el Decreto Supremo N° 24469.****" (el resaltado es nuestro).*

Del razonamiento sesgado y antojadizo efectuado por su Autoridad, conviene efectuar las siguientes aclaraciones con Base (sic) *a normativa vigente:*

a) El Artículo (sic) *198 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 abrogó la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996; bajo ese contexto, su Autoridad no deberá perder de vista que el artículo 1° del Decreto Supremo 24469 de 27 de enero de 1997, tiene como objeto reglamentar la Ley N° 1732, por lo que por nuestra parte no se hace necesario hacer mayores comentarios.*

b) El Artículo 40, parágrafo I del Código Procesal Constitucional, con relación a las Acciones de Amparo Constitucional señala con meridiana claridad que "...Las resoluciones determinadas por una Jueza, Juez o Tribunal en Acciones de Defensa, ***serán ejecutadas inmediatamente, sin perjuicio de su remisión, para revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional****, en el plazo establecido en el presente Código" (el resaltado es nuestro).*

c) Dejar más que (sic) *en claro, que nuestra Administradora NO ha promovido una acción de Inconstitucionalidad Concreta, y hasta donde conocemos su Autoridad no la ha promovido de Oficio, por lo que llama la atención lo expresado por su Autoridad con relación a la espera de una resolución que determine la constitucionalidad del merituado Secreto* (sic) *Supremo N° 24469, cuando la controversia está a* (sic) *centrada, no en su constitucionalidad, sino en su vigencia, en lo que toca al procedimiento punitivo a aplicarse.*

III. FALTA DE TIPICIDAD E INCONGRUENCIA EN LA IMPUTACIÓN DE CARGOS POR PRESENTACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE DEMANDAS FUERA DE PLAZO:

Sin perjuicio de lo expresado en el numeral II anterior, es pertinente por nuestra parte efectuar las siguientes consideraciones de orden legal con relación a este punto:

*De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "****Son Infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración en éste caso a su Autoridad, para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora; en ese contexto y en lo que respecta al caso de Autos, su Autoridad ha imputado y sancionado a nuestra Administradora por una supuesta infracción "...a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de*

Pensiones de 10 de diciembre 2010 y el artículo 22 del decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011". La sanción estaría referida al Proceso Coactivo de la Seguridad Social incoado por nuestra AFP contra la empresa Consultores Empresariales S.R.L., en el entendido de muestra (sic) *AFP habría presentado la demanda y las ampliaciones de Demanda fuera del plazo establecido por norma vigente, sin considerar los siguientes aspectos:*

a) *Con relación al artículo 106 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, el mismo prescribe que "**Artículo 106. (COBRANZA).** La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Segundad Social y/o del Proceso Penal". Normativa que no puede ser imputada a nuestra administradora por cuanto se refiere a una obligación, que independientemente del plazo en que fue realizada, fue de cumplimiento obligado por nuestra AFP, es decir se procedió al "...cobro de los montos adeudados por concepto de Contribuciones...", mediante la gestión administrativa de cobro y luego a través de los procesos judiciales correspondientes como señala la norma.*

b) *En lo que respecta al artículo 110 de la Ley 065, el mismo que textualmente cita "**Artículo 110. (PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL)**. Procederá la ejecución Coactiva Social cuando se persiga el cobro de Aportes Nacionales Solidarios, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos, adeudados a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

   Se considerará como Título Coactivo, la Nota de Débito emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo al Empleador o al Aportante Nacional Solidario, que contendrá las Contribuciones, Aportes, Aportes Nacionales Solidarios, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos adeudados, constituyéndose en obligaciones de pagar líquidas y exigibles.

   El Proceso Coactivo de la Seguridad Social se regirá bajo los principios del ámbito social procesal". Tampoco puede ser utilizado como un elemento incriminatorio contra nuestra administradora, ya que culminada la Gestión Administrativa de Cobro, se procedió a dar inicio al correspondiente Proceso Coactivo de la Seguridad Social, como se desprende de la copia de la demanda con el sello de ingreso a juzgados, que fue remitida a su Autoridad junto a la nota de débito que se constituye en Título Coactivo y los demás actuados procesales.

c) *Por último y con relación al artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 de10* (sic) *de diciembre de 2010 aprobado mediante Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011 cuya transcripción textual refiere: "**ARTÍCULO 22.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL)**. El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora, **debiendo tener la correspondiente constancia de la***

presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley N° 065, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión*. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social" (las negrillas y subrayado son nuestros). Corresponde sobrecartarnos a lo explicado en los dos incisos anteriores, ya que su Autoridad, cuenta en su poder con las constancias de presentación de la demanda ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, aspecto que no puede dejarse de lado a la luz del principio de búsqueda de la verdad material.*

Pero más importante aún que la explicación brindada en los tres incisos anteriores que demuestran per se la falta de tipicidad e incongruencia de los cargos imputados, es el propio imperio de la ley al que quedan sometidos no sólo nuestra AFP en su condición de regulada, sino con mayor razón la APS en su calidad de regulador -autoridad administrativa- en virtud a los principios de sometimiento pleno a la ley y de jerarquía normativa establecidos por el art. 4, incisos c) y h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, lo que desvirtúa la imputación del cargo, puesto que su Autoridad no puede pasar por alto lo que establece el artículo 116 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en cuanto a la ampliación de las demandas de los Procesos Coactivos de la Seguridad Social; y que para mayor ilustración se transcribe en su integridad:

> "***Artículo 116. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS)****. El monto consignado en la Nota de Débito podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos* ***en mora*** *en cualquier etapa del proceso, antes del remate".*

Norma de la cual se colige con meridiana claridad que una vez iniciado un proceso Coactivo de la Seguridad Social, no existe un plazo determinado para la ampliación de nuevos periodos, ya que ésta ampliación podrá efectuarse en cualquier etapa del proceso antes del remate, disposición que encuentra lógica jurídica en el simple hecho de que la presentación continúa e indiscriminada de ampliaciones, lo único que haría es entorpecer el normal desenvolvimiento del proceso, dilatando la culminación del mismo y los efectos que éste persigue.

III. PETITORIO:

Sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y en conformidad con el artículo 53 del Decreto Supremo 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, autoridad a la cual respetuosamente solicitamos disponga la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de fecha 30 de mayo de 2014 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, ajustando así el procedimiento a derecho…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Con el precedente que en cumplimiento del artículo 22º del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065, aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** instauró el Proceso Coactivo Social contra el Empleador Consultores Empresariales S.R.L., la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DPC/UO/5299/2013 de fecha 6 de mayo de 2013, instruyó a la Administradora de Fondos de Pensiones, la remisión en copia del expediente del proceso judicial señalado (además del inherente al Convenio de Pago por mora al Sistema Integral de Pensiones).

En atención a lo mismo y mediante nota FUT.APS.AL.1057/2013 de 15 de mayo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** remitió la documentación que allí se señala, de cuya revisión resultó la nota de cargos APS-EXT.DE/6/2014 de 6 de febrero de 2014, que establece la existencia de:

> "…*indicios de incumplimiento* (…) *a lo establecido en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, con referencia al Proceso Coactivo Social* (…), *debido a que la AFP habría iniciado el proceso y posterior ampliación de la Demanda fuera del plazo establecido por norma vigente para el inicio de la cobranza judicial*…"

Luego de presentados los descargos por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** (nota FUT.APS.GALC.0383/2014 de 20 de febrero de 2014), se pronunció la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, y al haber sido esta última recurrida de Revocatoria en fecha 2 de mayo de 2014, a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de 30 de mayo de 2014, misma que es materia del Recurso Jerárquico actual, el que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Es oportuno dejar constancia que, el Recurso Jerárquico de 23 de junio de 2014, hace referencia a dos agravios en concreto:

- "…*vulneración de principios constitucionales y administrativos por aplicación de un régimen abrogado para la aplicación de sanciones*…"

- "…*falta de tipicidad e incongruencia en la imputación de cargos por presentación de la ampliación de demandas fuera de plazo*…"

Conforme se evidencia de tal relación, no hace a la controversia presente, la efectiva ocurrencia de la conducta sancionada, a la que en todo caso y en cumplimiento del artículo 63º, parágrafo II, primera parte, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) se la tiene por evidente, sino, en el sentido ritual, si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene facultades para sancionar ello; y en su sentido de mérito, si tal comportamiento constituye uno típico y congruente con la norma específica que -a decir del Ente Regulador- lo sanciona.

En función de ello, corresponden las consideraciones siguientes.

2.1. Facultad sancionatoria del Ente Regulador en materia de pensiones.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*en los considerandos de la Resolución que ahora se impugna que: sic.* "(…) *así como no hay disposición legal vigente que haya determinado la abrogación del Decreto Supremo N° 24469,* ***tampoco existe una resolución Final en firme, de carácter vinculante y cumplimiento obligatorio, emitido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que determine la inviabilidad del régimen de sanciones del Decreto Supremo N° 24469, consiguientemente el mismo es aplicable****" (el resaltado es nuestro); para más adelante señalar que: "Al respecto, cabe indicar que la resolución del Tribunal de Amparo, se eleva de oficio en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que* ***al presente no ha pronunciado la decisión final correspondiente que determine la constitucionalidad o no del merituado régimen de sanciones expresados en el Decreto Supremo N° 24469.****"* (…)
>
> …*conviene efectuar las siguientes aclaraciones con Base* (sic) *a normativa vigente:* (…)
>
> …*El Artículo* (sic) *198 de la Ley N° 065* (…) *abrogó la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996;* (…) *el artículo 1° del Decreto Supremo 24469* (…) *tiene como objeto reglamentar la Ley N° 1732* (…)
>
> …*El Artículo 40, parágrafo I del Código Procesal Constitucional* (…) *señala* (…) *que "…Las resoluciones determinadas por una Jueza, Juez o Tribunal en Acciones de Defensa,* ***serán ejecutadas inmediatamente, sin perjuicio de su remisión, para revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional****, en el plazo establecido en el presente Código"* (…)
>
> …*llama la atención lo expresado por su Autoridad con relación a la espera de una resolución que determine la constitucionalidad del merituado Secreto* (sic) *Supremo N° 24469, cuando la controversia está a* (sic) *centrada, no en su constitucionalidad, sino en su vigencia*…"

Por pertinente, se cita el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 4 de julio de 2013 (en el mismo sentido, el de la Resolución Ministerial Jerárquica N° 053/2014 de 28 de agosto de 2014, conocido por la recurrente, dado haber sido pronunciado dentro el Recuso Jerárquico interpuesto por la misma contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 215-2014 de 21 de marzo de 2014) y que establece que:

> "…*A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
>
> *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…****abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*
>
> *Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten* ***<u>contrarias</u>*** *a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, ***en el marco*** *de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación…"

Consiguientemente y conforme se ha señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica N° 053/2014 de 28 de agosto de 2014:

"…*el alegato presentado por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *en este sentido, no es atendible, toda vez que en los términos del artículo 198°, parágrafo I, de la Ley N° 065, de Pensiones, el régimen sancionatorio previsto por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley mencionada.*

Asimismo, llama la atención que a más de tres años de la emisión de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la Administradora de Fondos de Pensiones recurrente, pretenda eludir su responsabilidad argumentando que no se ha dado inicio al periodo de transición, periodo que se ha iniciado tácitamente desde la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, cuyo objeto -establecido en su artículo 1°- consiste en "establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado", para cuya materialización se dispone, a través de la parte in fine del artículo 6° del citado cuerpo legal, que los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y

representados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

En ese entendido, si bien el artículo 174° de la Ley N° 065, de Pensiones, determina que sea mediante Decreto Supremo que se establezca el periodo de transición para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, dicho periodo sólo determina el inicio de las actividades de dicha Gestora, en tanto se cumpla la transferencia prevista en los artículos 175°, 176° y 179° de la Ley N° 065, así como otros elementos reglamentarios necesarios a la misma y demás temas inherentes al mismo, que posibilitarán el inicio de las actividades señaladas.

Situación distinta prevé el artículo 177° (Continuidad de servicios), siempre de la Ley N° 065, el que a los efectos pertinentes conviene traer a colación:

> *"Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…"*

Conforme se evidencia de la lectura anterior, la norma prevé que las obligaciones, prestaciones y todo lo referente al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, no queden en una situación de incertidumbre, en tanto se procede a su transferencia a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, sino que, como denotan los artículos 175° y 176° de la misma Ley, está sujeta a un periodo de transición durante el cual, la Gestora al no operar aún como representante y administradora de los fondos que componen el Sistema Integral de Pensiones, en el transcurso del periodo de transición proceda a la revisión de la información transferida por las Administradoras de Fondos de Pensiones, aspecto por el cual, a través del artículo 177° siguiente, se determinó la continuidad de la prestación de los servicios propios al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, con carácter transitorio, por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el marco de la Ley N° 1732, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Consiguientemente, si bien es cierto que no se ha materializado el artículo 174° de la Ley N° 065 (es decir, no se ha emitido un Decreto Supremo que establezca lo que la recurrente califica de "mentado" periodo de transición y que dé inicio a las actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo), no menos cierto es, que el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por las Administradoras de Fondos de Pensiones con el Estado Boliviano, aún se encuentra plenamente vigente en cuanto a sus derechos emergentes del mismo y, en lo que interesa, las obligaciones.

Tal el caso del cobro de comisión por los servicios prestados para la administración y otorgamiento temporal de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y

Riesgo Laboral, al que de acuerdo a lo determinado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013 de 19 de noviembre de 2013, tienen derecho las Administradoras de Fondos de Pensiones.

En tal sentido, bajo la errada lógica de no aplicación de la norma del Decreto Supremo N° 24469 planteada por ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *(por los motivos que señala), la misma no tendría derecho al cobro de dicha comisión…*"

Al presente y por su por demás clara pertinencia, en función de los alegatos actuales de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en este sentido, corresponde ratificar los fundamentos de los precedentes supra citados, lo que sin embargo de hacer innecesaria mayor consideración al respecto, amerita rechazar en particular, cierta interpretación que sale del Recurso Jerárquico, en sentido de sugerir la concurrencia de una acción de inconstitucionalidad (lo que le sirve a la recurrente para señalar que "*la controversia está a* (sic) *centrada, no en su constitucionalidad, sino en su vigencia*").

En definitiva, el alegato del Recurso Jerárquico es inadmisible.

2.2. Principios de tipicidad y de congruencia.-

Por otra parte, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala que:

"*…su Autoridad ha imputado y sancionado a nuestra Administradora por una supuesta infracción "...a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones* (…) *y el artículo 22 del decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011"* (…) *en el entendido de muestra* (sic) *AFP habría presentado la demanda y las ampliaciones de Demanda fuera del plazo establecido por norma vigente, sin considerar los siguientes aspectos:* (…)

…Con relación al artículo 106 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, (…) *no puede ser imputada a nuestra administradora por cuanto se refiere a una obligación, que independientemente del plazo en que fue realizada, fue de cumplimiento obligado por nuestra AFP, es decir se procedió al "...cobro de los montos adeudados por concepto de Contribuciones...", mediante la gestión administrativa de cobro y luego a través de los procesos judiciales correspondientes como señala la norma* (…)

…En lo que respecta al artículo 110 de la Ley 065, (…) *Tampoco puede ser utilizado como un elemento incriminatorio* (…), *ya que culminada la Gestión Administrativa de Cobro, se procedió a dar inicio al correspondiente Proceso* (…), *como se desprende de la copia de la demanda con el sello de ingreso a juzgados, que fue remitida a su Autoridad junto a la nota de débito que se constituye en Título Coactivo y los demás actuados procesales* (…)

…con relación al artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 (…)

su Autoridad, cuenta en su poder con las constancias de presentación de la demanda (…)

…su Autoridad no puede pasar por alto lo que establece el artículo 116 de la Ley N° 065 (…)

…Norma de la cual se colige (…) *que una vez iniciado un proceso* (…) *no existe un plazo determinado para la ampliación de nuevos periodos,* (…) *ésta ampliación podrá efectuarse en cualquier etapa del proceso antes del remate* (…) *la presentación continúa e indiscriminada de ampliaciones, lo único que haría es entorpecer el normal desenvolvimiento del proceso*…"

Previa advertencia que tales argumentos, conforme salen del Recurso Jerárquico, no fueron oportunamente hechos presentes a tiempo del Recurso de Revocatoria, es con base a los mismos que -recién- ahora, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** acusa una "*falta de tipicidad e incongruencia en la imputación de cargos*", cuando, conforme al objeto sobre el que recae, tal alegato era de oportuna mención en su impugnación anterior.

Amén de ello, la dilucidación del alegato hace necesario ubicar la controversia, en el marco teórico que importan los principios señalados por la recurrente.

Al efecto señalado y con respecto en principio al principio de tipicidad -el *nullum crimen, nullun poena, sine praevia lege*-, la base jurídica es la que establece el artículo 73° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que:

"…*I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…"

Conforme a *Principios de Derecho Administrativo* (publicación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), corresponde establecer que:

"…*la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración, para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que no puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionadora.*

Del análisis ut supra tenemos que, el principio de tipicidad evita que la Administración Pública, a la hora de de ejercer su poder punitivo -sancionar-, recaiga en apreciaciones subjetivas de la norma y en arbitrariedad, pretendiendo forzar una acción o una omisión a una infracción -tipo administrativo-, y ello con el objeto de garantizar al administrado el cumplimiento de la seguridad jurídica y del debido

proceso.

Sobre el principio de taxatividad o tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado, en su SC 0035/2005 de 15 de junio de 2005, que:

> "…*este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. La aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. Por tanto el intérprete y en su caso, el juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la prohibición de analogía, que expresa que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos a los comprendidos en la norma*…"

Como se observa, el principio de tipicidad se encuentra íntimamente ligado al de legalidad; así, el principio de la legalidad de las sanciones, emana de la cláusula constitucional que instituye la garantía de defensa, principio que prescribe que toda pena debe estar fundada en una ley previa, y en esto último consiste la tipicidad…"

Por su parte, en referencia al principio de congruencia, el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, señala que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…"

Esencialmente, se entiende al principio de congruencia como aquel que se manifiesta en la "*Conformidad entre el fallo judicial y las pretensiones planteadas por las partes*" (Cabanellas), o sea, la adecuación entre lo pedido y lo decidido. En tal sentido, el precedente de Regulación Financiera contenido en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 establece que:

> "…*El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*
>
> *La motivación que contiene la resolución administrativa respecto de la congruencia debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión*…"

En la determinación de la trascendencia jurídica que importa el principio, conviene rescatar la posición del Tribunal Constitucional en sus sentencias SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R (entre otras), por las que señala:

> "…*a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;* ***derecho a la congruencia entre acusación y condena****; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones*…"

Corresponde ahora aplicar tales precisiones, al caso de autos; así, la nota APS-EXT.DE/6/2014, recibida por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 6 de febrero de 2014, imputa a la misma con el tenor siguiente:

> "…*incumplimiento* (…) *a* (…) *los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011,* (…) *debido a que* (…) *habría iniciado el proceso y posterior ampliación de la Demanda fuera del plazo establecido por norma vigente para el inicio de la cobranza judicial*…"

Tal proposición conlleva dos enunciados (el primero derivado del restante):

- Al haber **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, dentro del Proceso Coactivo incoado contra el Empleador Consultores Empresariales S.R.L. y fuera del plazo previsto por la norma: 1) iniciado el Proceso, y 2) ampliado la demanda.

Entonces, ha dado lugar a que:

- Se han incumplido los artículos 106º, 110º y 149º, incisos i) y v), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), y 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 (referido al Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065).

El articulado involucrado señala textualmente:

> **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones):**
>
> "…***Artículo 106.- (Cobranza).*** *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aportes Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal* (…)

Artículo 110.- (Proceso Coactivo de la Seguridad Social). *Procederá la ejecución Coactiva Social cuando se persiga el cobro de Aportes Nacionales Solidarios, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos, adeudos a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Se considerará como Título Coactivo, la Nota de Débito emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo al Empleador o al Aportante Nacional Solidario, que contendrá las Contribuciones, Aportes, Aportes Nacionales Solidarios, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos adeudado, constituyéndose en obligaciones de pagar liquidadas y exigibles.

El Proceso Coactivo de la Seguridad Social se regirá bajo los principios del ámbito social procesal (…)

Artículo 149.- (Funciones y Atribuciones). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)

i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados (…)

v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"

Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011:

"…***Artículo 22.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL).*** *El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley de Pensiones, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado, no impedirá a la GPS, iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social*…"

La relación normativa anterior, en función de la compulsa de ambos enunciados, y conforme a lo recurrido por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, determina las siguientes conclusiones:

a. Es evidente que los artículos 106º y 110º y 149º, inciso i), de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), no se refieren con precisión, al plazo en el que se deba iniciar el proceso y ampliar la demanda; no obstante, tampoco contradicen lo mismo.

Esto se explica por cuanto, los artículos de referencia hacen a un contexto de necesaria vinculación entre la norma sustantiva -a la que corresponden- y la norma adjetiva (que se menciona seguidamente en el inciso 'c' infra); por tanto, no es por ello que puedan determinarse las acusadas infracciones a los principios de tipicidad y congruencia.

b. El artículo 149º, inciso v), de la Ley Nº 065, tampoco determina con especificidad el plazo requerido (y de incumplimiento sancionado), por cuanto, es una norma de contenido abstracto, en tanto se limita a señalar el carácter de la conducta exigible a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en cuyo sentido, si bien no hace a la imputación empero tampoco resulta de mención impertinente.

c. El artículo 22º (***OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL***) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 -referido al Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065-, **establece expresamente el "*plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora*" para el inicio del proceso**.

En suma, es **inequívoco e incuestionable, que la imputación (y posterior sanción) a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, por haber la misma "*iniciado el proceso y posterior ampliación de la Demanda fuera del plazo establecido por norma vigente para el inicio de la cobranza judicial por los siguientes periodos de cotización*", conforme lo señala la nota de cargos APS-EXT.DE/6/2014, halla pertinente tipicidad y congruencia en la norma que también refiere la misma -y que ha trascendido a la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014-, fundamentalmente, en el artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 (referido al Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065)**.

A los fines esclarecedores, por pertinente, y toda vez que la aparente distinción entre *iniciar el proceso* y *ampliar la demanda*, pudiera haber forzado el alegato de la recurrente, se reproduce el cuadro de la precitada nota de cargos:

"(…)

Fecha de presentación de memorial	*Título Coactivo*	*Periodos de cotización*	*Vencimiento del plazo para el inicio de la Cobranza Judicial*	*Cumplimiento de plazo*
21/03/2012	*1-02-2012-00151*	*Abr-11*	***29/09/2011***	***Incumple***
		May-11	***29/10/2011***	***Incumple***
		Jun-11	***29/11/2011***	***Incumple***
		Jul-11	***30/12/2011***	***Incumple***
		Ago-11	***29/01/2012***	***Incumple***
11/03/2013	*1-02-2013-00372*	*Ago-12*	***29/01/2013***	***Incumple***
09/05/2013	*1-02-2013-00963*	*Ene-11*	***29/06/2011***	***Incumple***

…"

Al respecto, cabe dejar constancia que, por imperio del artículo 116º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), expresamente invocado por la recurrente, "*el monto consignado en al Nota de Débito podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso*", determinando la sinonimia técnica entre las expresiones *al vencimiento* que señala este artículo, y *constitución en mora* del artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011.

Por tanto, en cuanto al plazo para presentar la pretensión de cobro (sea para la presentación de la demanda propiamente dicha, o para la actualización del monto coactivado), no existe mayor diferencia entre *iniciar el proceso* y *ampliar la demanda*, siendo en ambos casos el "*máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que* (…) *se constituyó en mora*", conforme lo establece el supra citado artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778.

Entonces:

- Se ha infringido el artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778, cuando como emergencia de la Nota de Débito 1-02-2012-00151, girada contra el Empleador Consultores Empresariales S.R.L., se presentó la demanda -propiamente dicha- recién en fecha **21 de marzo de 2012**, cuando correspondían, según el vencimiento de los diversos periodos de cotización que comprende y **con carácter máximo**, las fechas siguientes: de abril 2011 **hasta el 29 de septiembre de 2011** (5 meses y 22 días antes), de mayo de 2011 **hasta el 29 de octubre de 2011** (4 meses y 23 días antes), de junio de 2011 **hasta el 29 de noviembre de 2011** (3 meses y 22 días antes), de julio de 2011 **hasta el 30 de diciembre de 2011** (2 meses y 22 días antes), y de agosto de 2011 **hasta el 29 de enero de 2012** (1 mes y 23 días antes).

- También se ha infringido el mismo artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778, cuando como emergencia de la Nota de Débito 1-02-2013-00372, se amplió esa demanda (dado haberse girado contra el mismo Empleador Consultores Empresariales S.R.L.) por la actualización del monto coactivado, recién en fecha **11 de marzo de 2013**, cuando correspondía, según el vencimiento del periodo de cotización al que corresponde -agosto de 2012- y **con carácter máximo**, **hasta el 29 de enero de 2013** (1 mes y 13 días antes).

- Finalmente, se ha infringido el mismo artículo 22º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 0778, cuando como emergencia de la Nota de Débito 1-02-2013-00963, se amplió esa demanda (dado haberse girado contra el mismo Empleador Consultores Empresariales S.R.L.) por la actualización del monto coactivado, recién en fecha **9 de mayo de 2013**, cuando correspondía, según el vencimiento del periodo de cotización al que corresponde -enero de 2011- y **con carácter máximo**, **hasta el 29 de junio de 2011** (1 año, 10 meses y 10 días antes).

A este respeto, el Recurso Jerárquico se limita a señalar que: "*con relación al artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065* (…) *su Autoridad, cuenta en su poder con las constancias de presentación de la demanda*", lo que importa que en los hechos, existe

una conformidad a la valoración que, sobre los antecedentes (*las constancias de presentación de la demanda*) ha realizado el Órgano Regulador, por cuanto, así expresado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, no existe un agravio verdadero y legítimo que se hubiere opuesto a la valoración señalada.
Por consiguiente, no habiéndose evidenciado de manera alguna en las actuaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro del caso de autos, infracción a los principios de tipicidad y congruencia, el alegato del Recurso Jerárquico es inatendible.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes presentados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se evidencia que tal Autoridad Reguladora, ha realizado una correcta valoración de los mismos, así como en su mérito, ha determinado lo que correspondía en derecho.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN TOTAL de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 385-2014 de 30 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 172-2014 de 10 de marzo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BEATRIZ LUCY ANTEQUERA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 DE 22 DE MAYO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 068/2014 DE 30 DE OCTUBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2014

La Paz, 30 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 260-2014 de 2 de abril de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2014 de 3 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 112/2014 de 7 de octubre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 25 de junio de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 260-2014 de 2 de abril de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/1887/2014, con fecha de recepción del 30 de junio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014.

Que, en atención a las providencias de 2 de julio de 2014 y 10 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante notas APS-EXT.DE/1978/2014 de 7 de julio de 2014 y APS-EXT.DE/2067/2014 de 14 de julio de 2014 respectivamente, remitió la documentación solicitada e informó sobre la constancia de notificación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014 y la fecha exacta de la presentación del Recurso Jerárquico de la señora **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO.**

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de julio de 2014, notificado a la señora **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** en fecha 31 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014.

Que, mediante publicación efectuada en fecha 1° de agosto de 2014 en el periódico La Razón, se notificó a todas las personas interesadas, respecto a la admisión del Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014; emplazando a la recurrente a apersonarse en el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, a efectos de revisar los antecedentes, para la inclusión de documentación que no curse en el expediente y la presentación de su solicitud de audiencia, para la exposición oral de fundamentos.

Que, mediante memorial presentado el 5 de agosto de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** adjuntó y solicitó la inclusión de la nota CITE CA/JRCB1000/2014 de 3 de julio de 2014, emitida por el Banco Unión y la nota presentada por la Asegurada al Banco Unión solicitando la renegociación de su deuda.

Que, en fecha 12 de septiembre de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** mediante memorial presentado el 25 de agosto de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. SOLICITUD DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante memorial presentado el 6 de noviembre de 2013, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la anulación de la Declaración de Pensión de Vejez N° DPV 32876 de 19 de diciembre de 2012, señalando lo siguiente:

"…***I. SOLICITUD DE RESOLUCION DE LA DECLARACION*** (sic) ***PENSION DE VEJEZ: DPV***

0000032876 Y DEVOLUCIÓN DE APORTES PREVISIONALES

Con la facultad conferida por el Art. 24 de la Constitución Política del Estado y al amparo del inciso a) del Art. 40 del Decreto Reglamentario No. 0071, de 09 de diciembre de 2009, solicito a su autoridad, la resolución de LA DECLARACIÓN PENSION DE VEJEZ: DPV 0000032876, de 19 de diciembre de 2012 y en consecuencia, disponga la devolución total del ahorro previsional en el (sic) *Futuro de Bolivia-AFP y sea a mérito de lo siguiente:*

I. ANTECEDENTES.

A solicitud de mi parte y por falta de una (sic) *adecuado asesoramiento jurídico, realice* (sic) *el trámite administrativo para la renta de vejez, a cuya conclusión, suscribí la DECLARACIÓN PENSION DE VEJEZ: DPV 0000032876, de 19.12.2012, estableciendo derechos y prerrogativas fijados por la Ley 065 de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010 y demás normas complementarias previstas por los Decretos Reglamentarios y Resoluciones Administrativas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

Por nota de 24.08.2010, solicité al Gerente Regional FUTURO DE BOLIVIA S.A. A.F.P., el retiro final de mis aportes para cubrir el pago de una obligación de dineros con el Banco de la Unión S.A. En respuesta a la misma, (sic) *Lic. Ludwig Guardia explica que el acceso al retiro del saldo en el estado de ahorro previsional* (sic)*, se debe cumplir cualquiera de los incisos que menciona el Art. 172 del Decreto Supremo 0822, de 16.03.2011 y todos los requisitos adicionales que la actual Ley de pensiones* (sic) *065 dispone. Asimismo, -aclara- al cumplir los requisitos necesarios para una pensión de vejez, enmarcados en el Capítulo I de las* (sic) *Ley de Pensiones 065 y al haber suscrito la Declaración de Vejez No. DPV00000032876, en fecha 19.12.2010* (sic) *y en cumplimiento al Art. 66 de la Resolución 032(...) no corresponde la devolución del ahorro previsional.*

Al final del ciclo laboral activo, toda persona tiene la esperanza de gozar de una jubilación digna y tranquila, libre de presiones psicológicas, de sobresaltos e inseguridad personal y familiar. Dejo expresa constancia que yo he prestado servicios al Estado, por más de 32 años, en la Caja Nacional de Salud.

La renta de vejez que recibo actualmente no alcanza para sobrevivir, así como para honrar la obligación que tengo con la entidad bancaria. En cambio, el ahorro previsional que tengo en la AFP FUTURO DE BOLIVIA puede resolver el problema financiero subsistente con el Banco de la Unión S.A., sucursal Cochabamba.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

En la sede administrativa, los actos administrativos no adquieren la calidad de cosa juzgada material, sino cierran la instancia administrativa, por haber sido dictada por autoridad competente, en cuanto se hayan agotado todos los medios de impugnación establecidos en disposiciones legales y su procedimiento. Solo (sic) *cuando los actos administrativos definitivos causan estado en la sede administrativa.*

Todos los contratos y actos jurídicos en general son también susceptibles de resolución, modificación o extinción por acuerdo de partes o por decisión judicial. La Declaración de Vejez No. DPV00000032876, de 19.12.2012 constituye un contrato jurídico con efectos directos e indirectos, según la Ley de Pensiones y sus decretos reglamentarios.

Según la doctrina constitucional, la cosa juzgada se manifiesta bajo una doble perspectiva: formal y material. Así, la característica o efecto de la cosa juzgada formal es la de su inimpugnabilidad o firmeza. Produce este efecto cualquier resolución firme o lo que es lo mismo, cuando frente a ella no exista ningún otro recurso previsto en la Ley (la excepción sólo se presenta cuando existe de por medio una lesión al contenido esencial de un derecho fundamental), hayan transcurrido los plazos para recurrirla o se haya desistido del mismo.

Desde su vertiente material, la cosa juzgada despliega su eficacia frente a los otros órganos judiciales o administrativos, que lleva un mandado implícito de no conocer lo ya resuelto, impidiendo con ello la apertura de otros procesos nuevos sobre el mismo asunto (este efecto sólo producen las decisiones firmes sobre el fondo); como único medio de alcanzar la paz jurídica, evitando, de un lado, que la contienda se prolongue indefinidamente y de otro, que sobre la misma cuestión puedan recaer resoluciones contradictorias, lesionado (sic) *la seguridad jurídica procesal.*

En el presente caso, dada mi condición de adulto mayor sufro las consecuencias de la presión coactiva que ejerce el Banco de la Unión S.A, por la deuda contraída y en caso de incumplimiento de pagos mensuales, corro el riesgo de perder mi casa, por cuanto la misma fue otorgada en calidad de garantía hipotecaria.

La Constitución en su Art. 22 establece que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

De acuerdo a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Estado garantiza el derecho a la vida y la integridad física, psicológica y sexual (Art.15.I. CPE). En efecto, el Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

El Art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

Un reconocido constitucionalista ha precisado el derecho a la vida en su dimensión transversal: "El derecho a la vida (...) no puede entenderse solo como respeto que los demás deben a mi integridad, ni como discurrir en el mundo mediante la satisfacción de necesidades primarias; fundamentalmente habría que comprenderlo como materialización de la oportunidad de desenvolverse libremente, no sobrevivir en condiciones indignas, precarias, inhumanas".

"Vivir es (sic) posibilidad de desarrollar facultades humanas y de satisfacer necesidades biológicas, culturales, estéticas. Vivir no es impedir a otro atacar mi ser; vivir es capacidad para realizarse con decoro; vivir es desterrar sobresaltos que provienen de la falta de recursos; vivir es suma, es libertad de poseer, cada uno, su destino".

"Si el derecho a la vida significara tolerancia ajena, empequeñecería la definición, porque no se puede vivir solamente del respeto a los demás si se carece de trabajo, educación, atención médica oportuna, alimentación. Ello supone la contraparte, ineludible, de la acción de gobierno, el hacer esfuerzos para construir un medio en que las libertades sean algo más que el sueño o inspiración de poetas y filósofos".

En autos, la entidad bancaria no tiene sentimiento ni corazón para considerar las apremiantes necesidades del ser humano, pues, lo único que le interesa es recuperar el dinero por todos los medios disponibles a su alcance, y para ello, tiene que sacrificar los bienes del deudor o deudora lo hace sin contemplación ni ninguna consideración a la persona humana.

La Declaración de Vejez No. DF V000000328 76, de 19.12.2012 no tiene la calidad de cosa juzgada material ni formal.

IV. PETITORIO.

Por lo expuesto, solicito a su autoridad lo siguiente:

a) *La resolución de la* (sic) ***La Declaración de Vejez No. DPV00000032876, de 19.12.2012 y consiguiente renuncia a la renta de vejez***.
b) *Devolución del ahorro previsional total y definitivo.*
c) *Devolución de los pagos mensuales efectuados por concepto de renta de vejez, previo los trámites de ley…"*

2. NOTA APS/DESP/DPC/9324/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DPC/9324/2013 de 19 de noviembre de 2013, respondió a la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** de la siguiente manera:

"*…Nos dirigimos a usted en respuesta al Memorial presentado en esta Autoridad en fecha 06 de noviembre de 2013, referido a la solicitud de devolución de aportes considerados para el acceso a la Pensión de Vejez.*

Al respecto, es importante precisar que a la fecha de inicio del trámite de Pensión de Vejez, usted no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, para acceder al trámite de Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado, en su Cuenta Personal Previsional ***(CPP)*** *por lo que accedió a la Pensión de Vejez, en virtud a lo establecido en el Artículo 8 inciso c) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.*

Asimismo, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, "Manual Transitorio Para el Otorgamiento de Beneficios en el Sistema Integral de Pensiones" en su Artículo 66 establece lo siguiente:

> "***ARTÍCULO 66.- (DESISTIMIENTO)*** *I. En cualquier etapa del trámite previo a la suscripción de la Declaración de Pensión, el Asegurado o Derechohabiente podrá desistir de su trámite mediante nota escrita a la AFP". (El subrayado no forma parte del texto).*

Sin embargo, usted no desistió del trámite de Pensión de Vejez, prosiguiendo con el mismo hasta la suscripción de la Declaración de Pensión de Vejez en fecha 19 de diciembre de 2012, por tanto, una vez suscrita dicha Declaración, la AFP transfirió el Saldo Acumulado de su CPP al Fondo de Vejez, de conformidad con lo establecido en el Artículo 63 de la citada Ley N° 065, por lo que los fondos requeridos ya no se encuentran en su CPP.

A la fecha, usted cuenta con un Saldo Acumulado en su CPP por aportes de periodos acreditados en forma posterior a la fecha de Solicitud de Pensión de 0.7284 Cuotas, que ascienden a Bs406.58 aproximadamente. Dentro del marco establecido en el punto V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570 de 01 de mayo de 2013, usted puede elegir entre:

- *Incrementar el monto de su Fracción de Saldo Acumulado de la Pensión que percibe o,*
- *Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado de su Cuenta Personal Previsional.*

En este sentido, usted puede apersonarse por las Oficinas de Futuro de Bolivia S.A. AFP a objeto de iniciar el citado trámite.

Es importante mencionar que la Ley de Pensiones tiene por objeto establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado.

En este sentido, no se puede dar curso a su solicitud, toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debe cumplir y hacer cumplir la normativa vigente, en el marco de las atribuciones que la Ley le confiere.

Finalmente, para los fines que corresponda, efectuamos la devolución de la documentación original consistente en la Declaratoria de Pensión de Vejez y el Certificado de Nacimiento de su persona adjunto a su Memorial…"

3. NOTA DE 6 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante nota de 6 de diciembre de 2013, presentada el 9 de diciembre de 2013, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** señaló lo siguiente:

"…El Capítulo II – de los recursos en la vía administrativa del Decreto Supremo N° 0071-2009 establece el procedimiento al que debe sujetarse los recursos de Impugnación en la sede administrativa.

Si bies (sic) *es cierto que la respuesta al memorial de 30 de octubre de 2013, mediante la Nota: APS-DESP-DPC-9324-2013, de 19 de noviembre de 2013 constituye una denegación a la solicitud formulada; sin embargo, no cumple con la formalidad prevista por el Decreto Reglamentario N° 0071, de 09 de diciembre de 2009.*

En tal sentido, le encarezco a su autoridad emitir la respectiva resolución en la forma prevista por el Art. 10 del citado Decreto Reglamentario…"

4. NOTA APS/DPC/10203/2013 DE 30 DE DICIEMBRE DE 2013.-

Mediante nota APS/DPC/10203/2013 de 30 de diciembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló que: "*para dar curso a su solicitud es necesario que … considere lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, al ser la norma pertinente del Sistema de Regulación Financiera a la que se rige la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros. En este sentido se sugiere adecuar su solicitud conforme a plazo y procedimiento establecido en la norma señalada precedentemente…"*

5. MEMORIAL DE 6 DE MARZO DE 2014.-

Mediante Memorial de 6 de marzo de 2014, presentado el 12 de marzo de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO**, señaló lo siguiente:

"…I. EN VIA DE REGULARIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO SOLICITA ACTO ADMINISTRATIVO

En virtud a lo previsto por el Art. 4 del Reglamento de la Ley 2341, de 23 de abril de 2002 – Ley de Procedimiento Administrativo, solicito a su autoridad en vía de regularización de procedimiento administrativo a emitir el respectivo acto administrativo con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la nota CITE: APS-DESP-DPC-9324-2013, de 19 de noviembre de 2013 y sea a mérito de lo siguiente:

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

El Art. 4 del citado Reglamento establece en la parte in fine: "Todo trámite o recurso que se inicie o interponga a partir de la fecha de publicación del presente Reglamento, se sujetará a su régimen" (15.09.2013). El Art. 20 del mismo Reglamento dispone: "Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior (circulares, órdenes, instructivos y directivas), los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada."

En autos, la respuesta al memorial de 30 de noviembre de 2013 no constituye un verdadero acto administrativo, de alcance particular para que pueda surtir los efectos jurídicos a partir de su notificación. En tal sentido, solicité mediante Nota de 06 de diciembre de 2013 que su autoridad emita la respectiva Resolución en la forma prevista por el Art. 10 del Decreto Reglamentario.

La respuesta a la solicitud señalada no aclara nada, pues, sugiere que se considere lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, al ser la norma pertinente del Sistema de Regulación Financiera a la que se rige la autoridad (sic) *de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

En el presente caso, su autoridad no ha emitido ningún acto administrativo en respuesta al primer memorial presentado, por lo que, no corre plazo y procedimiento establecido. El Art. 17 del mencionado Reglamento define la Resolución Administrativa como aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las superintendencias del SIREFI en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados. El parágrafo II del mismo artículo especifica (sic) *los contenidos mínimos de la Resolución Administrativa.*

III. PETITORIO.

Por lo expuesto, solicito a su autoridad en la vía de regularización de procedimiento administrativo, la emisión de una Resolución Administrativa en la solicitud de devolución de aportes previsionales para hacer uso de los recursos administrativos previstos por el Reglamento de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI.

OTROSÍ.- A conocer providencias en Secretaría de su digno despacho o en EMAIL: ***josvesol@hotmail.com****..."*

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 260-2014 DE 2 DE ABRIL DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 260-2014 de 2 de abril de 2014, resolvió lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Reencauzar el procedimiento seguido a instancias de la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño con CUA 1532741, a efectos de garantizar los derechos de la interesada en proceso administrativo.*

SEGUNDO.- *Rechazar la solicitud de la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño sobre anulación de la Declaración de Pensión de Vejez de 19 de diciembre de 2012, toda vez que la misma ha accedido a la Pensión de Vejez, compuesta de la Compensación de Cotizaciones financiada por el Tesoro General de la Nación y la Fracción de Saldo Acumulado desde junio/2012, encontrándose plenamente vigente a la fecha.*

TERCERO.- *En cuanto a los aportes de periodos acreditados en forma posterior a la fecha de Solicitud de Pensión, la Asegurada puede acceder a los mismos conforme*

establece el punto V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570 de 01 de mayo de 2013…"

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en esta parte del presente acto administrativo, es pertinente lo que tiene establecida la normativa de pensiones que relaciona (sic) *al caso de la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño, la cual se transcribe a continuación:*

- ***LEY N° 065 DE PENSIONES DE 10 DE DICIEMBRE DE 2010.***

  "***Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO).*** *El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*
  …
  c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes."

  "***Artículo 63 (TRANSFERENCIA DEL SALDO ACUMULADO).***

  I. El Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado que accede a la Prestación de Vejez o Prestación Solidaria de Vejez será transferido al Fondo de Vejez.

  II. El Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado fallecido que hubiera generado Pensión por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional o Riesgo Laboral, será transferido al Fondo Colectivo de Riesgos o a la Entidad Pública de Seguros, descontando las cotizaciones adicionales."

- ***DECRETO SUPREMO N° 0822 DE 16 DE MARZO DE 2011.***

  "***ARTÍCULO 1 (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA).*** *Las definiciones establecidas en la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, son aplicables en el presente reglamento.*

  Para los efectos del presente Reglamento, se establece las siguientes definiciones:
  …

  Declaración de Pensión: Documento emitido por la Gestora, donde se detallan los derechos y obligaciones del Asegurado, Derechohabiente y de la Gestora, respecto al Beneficio al que acceden."

ARTÍCULO 112 (DESTINO DEL SALDO ACUMULADO). *Una vez suscrita la Declaración de Pensión de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Vejez, la Gestora deberá transferir el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, calculado a la fecha de solicitud de pensión, al Fondo de Vejez."*

"***ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO).*** *El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:*

…

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, ***financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente*** *y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez…" (Las negrillas son nuestras).*

Que en virtud a los antecedentes, la normativa aplicable al caso y la pretensión de la Asegurada se tiene el siguiente análisis.

Que con respecto a los argumentos presentados, verificados los antecedentes se establece que la Asegurada a fecha de solicitud de Pensión de Vejez, 06 de junio de 2012, no tenía la posibilidad conforme a la normativa vigente para acceder a los Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, debido a que no cumplía con ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

Que en ese comprendido, la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño accedió a la Pensión de Vejez en virtud al artículo 8 inciso c) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, cumpliendo para la otorgación de esta prestación con los requisitos establecidos en normativa vigente.

Que es importante señalar que, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, que aprueba el "Manual Transitorio Para el Otorgamiento de Beneficios en el Sistema Integral de Pensiones", en su artículo 66 establece lo siguiente:

"***ARTÍCULO 66.- (DESISTIMIENTO)*** *I. En cualquier etapa del trámite* ***previa a la suscripción de la Declaración*** *de Pensión, el Asegurado o Derechohabiente* ***podrá desistir*** *de su trámite mediante nota escrita a la AFP". (Las negrillas son nuestras)*

Que según los antecedentes del caso, no existe nota alguna por parte de la Asegurada en la que ésta manifieste su deseo de desistir del trámite de acceso a la Pensión de Vejez, concluyendo más bien el mismo, por lo que la AFP en cumplimiento a la norma vigente, procedió con la otorgación de la prestación de vejez y consecuentemente a transferir el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional al Fondo de Vejez, conforme manda el procedimiento.

Que en ese sentido, al presente la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño viene percibiendo el pago de la Pensión de Vejez desde el periodo junio/2012, al tener como fecha de Solicitud el 06 junio/2012. Dicha pensión incluye el monto de la Compensación de Cotizaciones que es desembolsada mensualmente por el Tesoro General de la Nación desde junio de 2012 y la Fracción de Saldo Acumulado, financiada por los recursos que la Asegurada realizó a la Cuenta Personal Previsional, los cuales fueron transferidos al Fondo de Vejez.

Que por otro lado, al presente se tiene que la Asegurada solamente cuenta con un Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional de 0,7284 Cuotas equivalentes a Bs421,11 (Cuatrocientos veintiún 11/00 Bolivianos) aproximadamente, el cual puede incrementar el monto de su Fracción de Saldo Acumulado de la Pensión que percibe o ser devuelto mediante la modalidad de Retiros Mínimos o Retiro Final, previo trámite en la AFP.

Que las solicitudes realizadas por los Asegurados del Sistema Integral de Pensiones y su procesamiento por las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben enmarcarse conforme establece la Ley de Pensiones y sus Decretos Reglamentarios. En este sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, tiene el deber de cumplir y hacer cumplir la normativa vigente, no pudiendo hacer excepciones a la misma.

Que por tanto, conforme a la evaluación integral del trámite no se advierte lesión a los derechos previsionales de la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño, por el contrario se tiene constatado que ésta ha ejercido su derecho a la jubilación garantizada por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo establece los Principios que rigen la actividad administrativa, entre los que se halla el de Sometimiento Pleno a la Ley, el cual dice: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso."

Que asimismo, la Ley de Procedimiento Administrativo establece el Principio de Eficacia, refiriéndose a que todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas.

Que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, respecto al Ámbito de Aplicación señala que las normas reglamentarias se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI (ahora Autoridades del Sistema de Regulación Financiera) en su relación regulatoria con los sujetos regulados e ***interesados****, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios, y en los tramites* (sic) *de interposición de recursos de revocatoria y jerárquico.*

Que en el presente caso se determina que los pronunciamientos emitidos por esta Autoridad se encuentran dentro del marco legal pertinente a los aspectos que la Asegurada ha planteado en sus notas.

Que dentro de ese marco se trató de orientar a la interesada mediante nota APS/DPC/10203/2013, para que pueda solicitar a esta Autoridad la consignación en Resolución Administrativa del pronunciamiento expresado en la nota APS/DESP/DPC/9324/2013 invocando la norma pertinente para su impugnación si correspondiere; sin embargo, la Asegurada no consideró el procedimiento que se señaló remitiendo otro memorial por el cual pide el pronunciamiento de esta Autoridad mediante Resolucion (sic) *Administrativa.*

Que vistas las características expuestas anteriormente, bajo el Principio de Informalidad y Eficacia y entendiendo que la pretensión de la Asegurada se basaría en una posible lesión a sus derechos, conlleva a que esta Autoridad pueda considerar la solicitud de la interesada de que se emita la Resolución Administrativa, para que una vez notificada esta, pueda hacer uso de las vías recursivas correspondientes dentro del marco procesal administrativo por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que asimismo, bajo el Principio de Buena Fe, es deber de esta Autoridad reencauzar el proceso administrativo a fin de que el mismo esté conforme a norma, respetando el debido proceso y el derecho legitimo (sic) *a la defensa de la Asegurada como interesada, el cual se tiene garantizado con la emisión del presente acto administrativo, mismo que ofrece la fundamentación y motivación de las determinaciones asumidas por esta Autoridad, pero además da la posibilidad legal a la señora Antequera de poder recurrir la presente Resolución en caso de sentirse lesionada o agraviada en sus derechos e intereses.*

Que para tal efecto, la Asegurada una vez notificada con el presente acto, cuenta con la facultad legal de impugnar el mismo conforme lo establece el Capítulo V del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003…"

7. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 23 de abril de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 260-2014 de 2 de abril de 2014, con los siguientes argumentos:

"*…I. RECURSO DE RFEVOCATORIA* (sic)

En el plazo legal previsto por el Art.48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el sistema de regulación financiera (sic), *aprobado por el Decreto Supremo No.27175, de 15 de septiembre de 2003, interpongo recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS-DPC-DJ-No.260-2014. Fr.* (sic) *02 de abril de 2014, por falta de motivación adecuada y completa, pidiendo a su autoridad, se digne revocar la misma, y deliberando en el fondo, disponga la resolución del contrato* (sic) *resolución de la declaración de pensión de vejez y devolución de aportes previsionales, previo análisis pormenorizado y exhaustivo de los datos del procedimiento administrativo y los fundamentos jurídicos y sea a mérito de lo siguiente:*

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

2.1 ANTECEDENTES.
La Resolución Administrativa APS-DPC-DJ-No.260-2014, de 02 de abril de 2014 determina en lo sustantivo: reencauzar el procedimiento administrativo ha (sic) *pedido de parte y rechazar la solicitud de la resolución de la declaración* (sic) *de Pensión de Vejez, de 19 de diciembre de 2012.*

Al respecto, me corresponde puntualizar lo siguiente:

a) La resolución impugnada no tiene una adecuada y completa motivación para el rechazo de la solicitud de resolución de la declaración de pensión de vejez, por cuanto se limita a transcribir literalmente las disposiciones legales de la materia, tanto sustantivas como adjetivas.

   Al respecto, cabe subrayar que la doctrina constitucional boliviana ha establecido, con claridad meridiana que todo acto administrativo debe exponer la ratio decidendi en forma adecuada y suficiente como sustento de una decisión. La SC 12-2002-R, de 09 de enero de 2002 ha establecido una línea jurisprudencial, en sentido de que toda resolución o sentencia debe estar debidamente fundamentada, puesto que su omisión no sólo afectaría al debido proceso sino a la defensa.

b) La Constitución vigente en el parágrafo II del Art.8 incluye como uno de sus valores supremos a la justicia social, como un horizonte amplio para la protección de los derechos y garantías constitucionales. En efecto, la SC 1138-2004-R de 21 de julio de 2004 ha expresado lo siguiente: "(…) el Estado Democrático de Derecho tiene como uno de sus pilares el valor de la justicia; de ahí se desprende que el ciudadano tiene derecho a una justicia material, (…), en particular, de los jueces, tiene por única función garantizar que sus decisiones sean producto de apreciaciones jurídicas, sometidas a las formas y métodos prescritos por la ley y por ciencia del derecho, no como entienden algunas autoridades, un mecanismo para proteger la "institucionalidad judicial" por encima de sus deberes constitucionales y, de esa manera, aislar a la justicia del resto del Estado y colocarse a espaldas de la sociedad. El principio de la seguridad jurídica refuerza esta idea, al garantizarle al ciudadano que la actividad judicial procurará, en todo caso y por encima de toda consideración, garantizar la efectiva protección de sus derechos constitucionales y legales accediendo a una justicia material o verdaderamente eficaz no una aplicación formal y mecánica de la ley, por el contrario, lograr que las consecuencias mismas de una decisión judicial debe significar una efectiva materialización de los principios, valores y derechos constitucionales".

c) Asimismo, el Tribunal Constitucional ha inferido, como una verificación del valor superior "justicia" la obligación, en la tarea de administrar justicia, de procurar la realización de la "justicia material", como el objetivo axiológico y final para el que fueron creadas el conjunto de instituciones, jueces y tribunales, así como normas materiales y adjetivas destinadas a la solución de la conflictividad social; en síntesis, la justicia material es la cúspide de la justicia, donde encuentra realización el contenido

axiológico de la justicia; por ello, está encargada a todos los órganos de administración; empero, cuando dicha realización ha sido soslayada, es deber de la jurisdicción constitucional, procurarla mediante los mecanismos instrumentales para ello, como el recursos (sic) *de amparo constitucional, no como una instancia más dentro del proceso judicial, sino como la vía por medio de la cual, se despejan, en determinados casos, aquellas dudas o vacios* (sic) *que impiden la vigencia verdadera de los derechos materiales de las personas."*

d) En autos, la administración de la justicia en la sede administrativa no está exenta de la búsqueda de la justicia material, en concordancia con los principios, valores y derechos constitucionales consagrados por la Constitución vigente. Toda regla de convivencia social y política tiene su excepción, cuando la causa está respaldada de manera razonable y sostenible.

e) La resolución impugnada dice que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS, tiene el deber de cumplir y hacer cumplir la normativa vigente, no pudiendo hacer excepciones a la misma. En un estado legislado, como el que se desenvuelve la administración pública, en cualquiera de sus niveles descentralizados, los derechos de los ciudadanos no existen sino están positivados (sic) *en una ley.*

f) En cambio, en Estado de Democrático de Derecho, el Estado está obligado a precautelar los derechos y garantías de los ciudadanos, mediante el Tribunal Constitucional Plurinacional, procurando alcanzar la justicia material que se aleja de una mera aplicación de las disposiciones legales a un caso concreto. Los actos administrativos y los actos jurídicos son susceptible (sic) *de revisión o de reparación cuando hubieran cambiado las circunstancias que dieron origen al nacimiento de una relación jurídica, como en el caso que nos ocupa. No existe cosa juzgada material ni cosa juzgada formal para rechazar una petición con suficientes fundamentos jurídicos relevantes.*

III. PETICIÓN.

Por lo expuesto, reitero lo impetrado en el exordio, pidiendo la revocatoria de la resolución impugnada, en el marco legal previsto por el Art.47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

OTROSÍ.- Para el inesperado caso de negativa, alterno recurso jerárquico ante el superior en grado, debiendo al efecto remitir los actuados, mediante la respectiva nota de atención.

OTROSÍ 20 (sic).- Cite funcionario…"

8. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 DE 22 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

*"…**PRIMERO.-** Confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 260-2014 de 02 de abril de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.*

***SEGUNDO.- I.** Con relación al OTROSÍ del memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 22 de abril de 2014, la Asegurada se encuentra facultada de impugnar el presente acto conforme al artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

***II.** Respecto al OTROSÍ 2, se tiene presente…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Que de la evaluación de los fundamentos del recurso presentado por la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño con CUA 1532741, corresponde establecer lo siguiente:

Que la Asegurada arguye falta de una adecuada y completa motivación para el rechazo de la solicitud de resolución de la Declaración de Pensión de Vejez. Al respecto, corresponde negar tal situación en consideración a que los fundamentos técnico (sic) *como jurídicos expresados por esta Autoridad a momento de pronunciar la R.A.260-2014, señalan con meridiana claridad los motivos por los cuales se tiene rechazada la solicitud de anulación de la Declaración de Pensión de Vejez de 19 de diciembre de 2012, toda vez que la señora Antequera consolidó su derecho accediendo a la Pensión de Vejez, compuesta de la Compensación de Cotizaciones financiada por el Tesoro General de la Nación y la Fracción de Saldo Acumulado desde junio/2012, encontrándose la misma plenamente vigente a la fecha.*

Que a mayor abundamiento de la determinación de esta Autoridad se pronunció lo siguiente:

> *"…, verificados los antecedentes se establece que la Asegurada a fecha de solicitud de Pensión de Vejez, 06 de junio de 2012, no tenía la posibilidad conforme a la normativa vigente para acceder a los Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, debido a que no cumplía con ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.*
>
> *Que en ese comprendido, la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño accedió a la Pensión de Vejez en virtud al artículo 8 inciso c) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, cumpliendo para la otorgación de esta prestación con los requisitos establecidos en normativa vigente.*
>
> *…, no existe nota alguna por parte de la Asegurada en la que ésta manifieste su deseo de desistir del trámite de acceso a la Pensión de Vejez, concluyendo más bien el mismo, por lo que la AFP en cumplimiento a la norma vigente, <u>procedió con la otorgación de la prestación de vejez y consecuentemente a transferir el Saldo</u>*

Acumulado en su Cuenta Personal Previsional al Fondo de Vejez, conforme manda el procedimiento. (El subrayado es nuestro)

Que en ese sentido, al presente la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño viene percibiendo el pago de la Pensión de Vejez desde el periodo junio/2012, al tener como fecha de Solicitud el 06 junio/2012. Dicha pensión incluye el monto de la Compensación de Cotizaciones que es desembolsada mensualmente por el Tesoro General de la Nación desde junio de 2012 y la Fracción de Saldo Acumulado, financiada por los recursos que la Asegurada realizó a la Cuenta Personal Previsional, los cuales fueron transferidos al Fondo de Vejez." (El subrayado es nuestro)

Que asimismo, respecto a los aportes de periodos acreditados en forma posterior a la fecha de Solicitud de Pensión, en la resolución ahora recurrida se tiene expresado que la Asegurada puede acceder a los mismos conforme establece el punto V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570 de 01 de mayo de 2013.

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, la R.A.260-2014 goza de la fundamentación y motivación suficiente como acto administrativo, al dar respuesta a los aspectos irrogados por la Asegurada en sus notas y memoriales remitidos a esta Autoridad.

Que por otro lado, la recurrente hace mención a Sentencias Constitucionales emitidas por el Contralor de la Constitucionalidad referidas a la Justicia Social y Justicia Material.

Que al respecto corresponde señalar que, bajo el régimen de la nueva Constitución Política, el Estado se basa en la idea que donde hay sociedad hay derecho, de lo que deriva la existencia de normas que regulan las relaciones humanas, así como la organización de la sociedad, la toma de decisiones, los poderes públicos y las limitaciones de estos; teoría de la que no escapa el Estado, ya que el artículo 1 de la Constitución, dispone que Bolivia es un Estado Social de Derecho, por lo que todos sus habitantes están sometidos a los principios de legalidad y a las garantías jurisdiccionales, a la legitimidad popular de los órganos estatales, a la representación política, a la igualdad jurídica, a la libertad y al sometimiento a la ley de gobernantes y gobernados.

Que asimismo, la Constitución Política del Estado regula también los derechos al debido proceso, a la defensa, a la justicia plural, pronta, oportuna y gratuita, a la presunción de inocencia, a la prohibición de doble juicio, de la infamia, muerte civil y confinamiento, al juez natural y en general establece todas las garantías que se deben respetar.

Que sobre la justicia material, la Sentencia Constitucional 1662/2012 de 01 de octubre de 2012 ha señalado:

*"**III.3.Principio de verdad material y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal***

Entre los principios de la jurisdicción ordinaria consagrados en la Constitución Política del Estado, en el art. 180.I, se encuentra el de verdad material, cuyo contenido constitucional implica la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que corresponde

a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos a la persona encargada de juzgar a otro ser humano, o de definir sus derechos y obligaciones, dando lugar a una decisión injusta que no responda a los principios, valores y valores éticos consagrados en la Norma Suprema de nuestro país, a los que, todas las autoridades del Órgano Judicial y de otras instancias, se encuentran impelidas a dar aplicación, entre ellas, al principio de verdad material, por sobre la limitada verdad formal.

Acorde con dicho criterio, la SCP 0144/2012 de 14 de mayo, estableció: "…la estructura del sistema de administración de justicia boliviano, no pueda concebirse como un fin en sí mismo, sino como un medio para obtener el logro y realización de los valores constitucionales, por otra parte, impele a reconocer la prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo o sobre las formas procesales, que a su vez y en el marco del caso analizado obliga a los administradores de justicia entre otros a procurar la resolución del fondo de las problemáticas sometidas a su jurisdicción y competencia dejando de lado toda nulidad deducida de formalismos o ritualismos procesales que impidan alcanzar un orden social justo en un tiempo razonable".

Sobre la justicia material frente a la formal, en la SC 2769/2010-R de 10 de diciembre, se sostuvo lo siguiente: "El principio de prevalencia de las normas sustanciales implica un verdadero cambio de paradigma con el derecho constitucional y ordinario anterior, antes se consideraba el procedimiento como un fin en sí mismo, desvinculado de su nexo con las normas sustanciales, en cambio, en el nuevo derecho constitucional, las garantías del derecho procesal se vinculan imprescindiblemente a la efectividad del derecho sustancial, puesto que no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera.

'Lo que persigue el principio de prevalencia del derecho sustancial es el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no puedan resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma, que no son estrictamente indispensables para resolver el fondo de los casos que se somete a la competencia del juez' (BERNAL PULIDO Carlos, El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, pág. 376). La Corte Constitucional de Colombia, en la S-131 de 2002, afirmó que '…las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico en lo que atañe a trámites y procedimientos están puestas al servicio del propósito estatal de realizar materialmente los supremos valores del derecho, y no a la inversa. O, en otros términos, las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido sustancial al que pretende la administración de justicia'.

En efecto, el derecho procesal también constituye una garantía democrática del Estado de Derecho para la obtención de eficacia de los derechos sustanciales y de los principios básicos del ordenamiento jurídico, puesto que todos los elementos del proceso integran la plenitud de las formas propias de cada juicio, y no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido, sino instrumentos para que el

derecho material se realice objetivamente en su oportunidad; no obstante ello, éste y sólo éste es su sentido, de tal manera que el extremo ritualismo supone también una violación del debido proceso, que hace sucumbir al derecho sustancial en medio de una fragosidad de formas procesales.

Dicho de otro modo, el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos. Uno es procesal porque regula la forma de la actividad jurisdiccional, por ello se denomina derecho formal, es la mejor garantía del cumplimiento del principio de igualdad ante la ley y un freno eficaz contra la arbitrariedad; y el otro, es derecho material o sustancial, determina el contenido, la materia, la sustancia, es la finalidad de la actividad o función jurisdiccional".

Resumiendo lo precedentemente señalado, se debe puntualizar que el principio de verdad material consagrado por la propia Constitución Política del Estado, corresponde ser aplicado a todos los ámbitos del derecho; en ese orden, debe impregnar completamente la función de impartir justicia. Por ende, no es posible admitir la exigencia de extremados ritualismos o formalismos, que eclipsen o impidan su materialización, dado que todo ciudadano tiene derecho a una justicia material, como se desprende de lo estipulado por el art. 1 de la CPE, por lo que, debe garantizarse que las decisiones de las autoridades jurisdiccionales a cargo del proceso, sean producto de apreciaciones jurídicas, procurando la resolución de fondo de las problemáticas sometidas a su jurisdicción y competencia; pues si bien, las normas adjetivas prevén métodos y formas que aseguren el derecho a la igualdad de las partes procesales, para garantizar la paz social evitando cualquier tipo de desorden o caos jurídico; sin embargo, los mecanismos previstos no pueden ser aplicados por encima de los deberes constitucionales, como es la de otorgar efectiva protección de los derechos constitucionales y legales, accediendo a una justicia material y por lo tanto, verdaderamente eficaz y eficiente. Todo ello con el objetivo final de que el derecho sustancial prevalezca sobre cualquier regla procesal que no sea estrictamente indispensable para resolver el fondo del caso sometido a conocimiento del juez."

Que por su parte la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, en el inciso d) del articulo (sic) *4 (Principios Generales de la Actividad Administrativa), establece que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*

Que de lo anteriormente señalado y en relación al caso de autos, se establece que esta Autoridad dentro de los valores constitucionales, administrativos y normativos de pensiones, ha hecho una evaluación integral del caso, analizando la norma expresada en el derecho sustantivo de pensiones que le correspondía a la Asegurada (acceder a la Prestación de Vejez) y; la norma adjetiva, es decir considerando la fecha de Solicitud que da inicio al trámite de Pensión de Vejez, no habiendo en lo posterior manifestación de la Asegurada de desistimiento alguno.

Que asimismo, como fundamento del presente acto se ha revisado toda la documentación existente (Estado de Ahorro Previsional, Solicitud de Pensión, Declaración de Pensión de Vejez, Certificado de Nacimiento, Cédula de Identidad, entre otros), en búsqueda de la verdad material, de los hechos ocurridos así como de las determinaciones emitidas por esta Autoridad. En ese sentido, se puntualiza que el principio de verdad material consagrado por la propia Constitución Política del Estado y el Procedimiento Administrativo, ha sido aplicado en todos los ámbitos del derecho que se relacionan al presente caso.

Que en conclusión, al tenerse otorgada la prestación debida a favor de la Asegurada y rechazada la solicitud de anulación de la Declaración de Pensión de Vejez de 19 de diciembre de 2012, esta Autoridad ha cumplido con la efectiva protección de los derechos constitucionales y de la Seguridad Social.

Que en ese sentido, al evaluarse integralmente el caso dentro del marco legal vigente de pensiones, se ha aplicado la justicia material a favor de la Asegurada de forma eficaz y eficiente, otorgándose como consecuencia la prestación que por ley le corresponde.

Que finalmente, es necesario establecer que la Constitución Política del Estado, en el artículo 45 establece como principios de la Seguridad Social de Largo Plazo, la Equidad y Eficacia; el primero referido al otorgamiento ecuánime de prestaciones por las Contribuciones efectuadas y, el segundo entendido como el correcto uso de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, para garantizar el pago de las prestaciones y beneficios otorgados conforme a Ley.

Que corresponde recordar nuevamente a la Asegurada respecto a lo que se tiene dispuesto sobre los aportes posteriores a la fecha de Solicitud de Pensión, para lo cual se tiene resuelto que para acceder a éstos debe solicitar su devolución conforme el punto V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570 de 01 de mayo de 2013.

Que finalmente, si con el presente acto la Asegurada considera que el mismo sea contrario a sus intereses o entienda que es lesivo a sus derechos, cuenta con el derecho de poder impugnarlo mediante el Recurso Jerárquico, conforme lo determina el artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, debiendo presentar el recurso ante esta Autoridad para luego ser remitido a la instancia jerárquica para su resolución correspondiente.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Asegurada Beatriz Lucy Antequera Patiño con CUA 1532741, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.260-2014. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance

podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución…"

9. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de junio de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014, alegando lo siguiente:

"…I. RECURSO JERÁRQUICO.

En el OTROSÍ del memorial de recurso de revocatoria, de 22.04.2014 alterné recurso jerárquico ante el superior en grado ante la eventualidad de la confirmación de la Resolución Administrativa APS-DPC-DJ-N° 260-2014 de 02 de abril de 2014. Asimismo, solicité a su autoridad la remisión de los actuados ante el superior en grado, mediante la nota de atención.

En respuesta a dicha petición, la Resolución Administrativa APS-DJ-DPC-N° 363-2014, de 22.05.2014, aclara que estoy facultada para impugnar el acto administrativo de referencia, conforme al Art. 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175, de 15.09.2003. En autos, el recurso en cuestión ya fue presentado en su oportunidad y de manera alternativa, por lo que, bajo el principio de informalismo derecho administrativo (sic) *y el principio de favorabilidad en materia administrativa procesal, corresponde a su autoridad disponer la remisión de los actuados ante el superior en grado para su consideración y despacho del recurso jerárquico, mediante la respectiva nota de atención.*

El principio de informalismo, según el inciso l) del Art. 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo, consiste en la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplida (sic) *posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpe del* (sic) *procedimiento administrativo. Según Juan Francisco Linares, la excusación referida "debe interpretarse siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión, objeto del procedimiento. Por consiguiente, en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados.*

En tal sentido, la doctrina constitucional ha establecido (SCN136-2003-R), en sentido de que (…) el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que

desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional". La SC 512-2003-R, de 16 de abril de 2003 ha subrayado: "(…) la garantía del debido proceso no está instituida para salvaguardar el ritualismo procesal, sino para garantizar que el mismo se desarrolle revestido de las garantías esenciales (…)".

En ambos y con mayor razón, cuando en su oportunidad alterne el recurso jerárquico ante el superior en grado, pidiendo que los actuados sean remitidos mediante la respectiva de (sic) *atención.*

II. PETITORIO.

Por lo expuesto, solicito a su autoridad imprimir el trámite administrativo correspondiente para que la instancia superior en grado conozca y resuelve el recurso jerárquico en curso, previa las formalidades de rigor.

OTROSÍ.- En aplicación del parágrafo II del Art. 83 del Código Procesal Civil, bajo el principio de analogía, disponga la notificación con los actuados administrativos, mediante E-mail: (sic)

OTROSÍ 2°.- Cite funcionario…"

10. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA PRESENTADA POR LA ASEGURADA RECURRENTE.-

Mediante memorial presentado el 5 de agosto de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** señaló lo siguiente:

"…I. SOLICITUD DE INCLUSION DE DOCUMENTACION

En virtud del punto SEGUNDO del Auto de Admisión, de 21.07.2014 y dentro el plazo legal señalado, solicito a vuestras autoridades, la inclusión de las notas; la primera de solicitud de renegociación de la deuda que tengo en el Banco de la Unión (sic), *sucursal Cochabamba, basada en el Art. 3° del Decreto Supremo N° 1842, de 18.12.2013 y la segunda, la respuesta de la entidad bancaria de 03.07.2014…"*

La documentación complementaria adjunta es la siguiente:

- **Nota de 11 de junio de 2014:** emitida por la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** dirigida al Gerente General del Banco Unión S.A., que señala:

  "*…Como es de conocimiento de su autoridad, el Decreto Supremo N° 1842, de 18 de diciembre de 2013 en su Artículo Transitorio 3° confiere a los clientes de las entidades financieras, la potestad de renegociar las tasas de interés de intereses* (sic) *a los niveles establecidos por la disposición legal antes citada cuando las operaciones crediticias reúnan las características de un crédito de vivienda de interés social.*

  El artículo 3° de la disposición legal establece el régimen de tasas de interés y niveles mínimos de cartera, según los rangos establecidos. El contrato de

préstamos de dineros suscrito con la entidad financiera, en fecha 29 de septiembre de 2010 reúne las características de un crédito de interés social.

Al presente, mi deuda no pasa de Bs390.000, la misma se halla clasificada en el valor comercial de intereses (sic) *social igual o menor a UFV 255,000 con la tasa máxima de interés anual de 5.5.%.*

Por lo expuesto, solicito a su autoridad instruir a la unidad correspondiente para la renegociación de la deuda contraída con la entidad financiera, dentro del rango fijado para la tasa de interés anual.

Asimismo, cabe informarle que en la sede administrativa de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones sólo resta el recurso jerárquico y en cuanto haya concluido el mismo, estoy habilitada para la acción de amparo constitucional en resguardo de mis derechos constitucionales…"

- **Nota CITE: CA/JRCB1000/2014 de 3 de julio de 2014:** El Banco Unión S.A. señala a la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** que:

  "…Acusamos recibo de su nota de fecha 11 de Junio de los corrientes, en la cual solicita al Banco la adecuación de su crédito hipotecario a las nuevas condiciones para créditos de vivienda de interés social.

  En ese sentido comunicamos a usted que según el Artículo 3°, Sección 2, Capitulo (sic) *XI del Reglamento para Operaciones de Crédito de Vivienda Interés Social de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros de la ASFI, los créditos hipotecarios de vivienda de interés social se refiere a una única vivienda sin fines comerciales cuyo valor comercial o el costo final para la construcción incluido el valor del terreno no supere los UFV 400,000.00 cuando se trate de departamentos y de UFV 460,000.00 para casas, motivo fundamental por el cual sus operaciones crediticias no califican para adecuarse al crédito de vivienda de interés social dado que el valor de sus viviendas supera abundantemente dicha cifra.*

  Por la misma vía informarle que revisados los antecedentes de las operaciones que su persona tiene con el Banco y en cumplimiento a la normativa interna informamos que la operación signada con el N° 293529 está retrasada en sus pagos por lo que solicitamos a su persona apersonarse por las oficinas del Banco a cancelar sus cuotas…"

11. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 12 de septiembre de 2014, se recibió en audiencia, la Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** mediante memorial presentado el 25 de agosto de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 6 de junio de 2012, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** presentó su Solicitud de Pensión de Vejez en Futuro de Bolivia S.A. AFP y debido a que la Asegurada cumplía con los requisitos establecidos para acceder a la Pensión de Vejez, en fecha 19 de diciembre de 2012 suscribió la Declaración de Pensión de Vejez N° DPV 0000032876, cuyo primer pago se efectuó en febrero de 2013.

Mediante memorial presentado el 6 de noviembre de 2013 (a más de diez (10) meses de suscrita la Declaración de Vejez y con trámite de Pensión de Vejez en curso de pago) la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la anulación de la Declaración de Pensión de Vejez de 19 de diciembre de 2012 y la devolución total del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, para cubrir una deuda que tiene con el Banco Unión S.A.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DPC/9324/2013 de 19 de noviembre de 2013, remitida el 21 de noviembre de 2013 a la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** comunicó que no puede atender su requerimiento, debido a que a fecha de solicitud de Pensión de Vejez (06 de junio de 2012), no cumplía con los requisitos para acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, sin embargo, toda vez que la Asegurada cumplía con los requisitos establecidos en el inciso c), del artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones y no presentó ningún desistimiento, la Administradora de Fondos de Pensiones dio curso a la Pensión de Vejez. Asimismo, la Entidad Reguladora comunicó a la Asegurada que cuenta con 0.7284 Cuotas en su Cuenta Personal Previsional, por aportes posteriores a la fecha de solicitud de Pensión de Vejez, con los cuales puede: a) Incrementar el monto de la Fracción de Saldo Acumulado de la Pensión de Vejez o b) Efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final.

Este extremo determinó que, mediante nota presentada en fecha 9 de diciembre de 2013 (doce (12) días hábiles administrativos después), la Asegurada solicite que la respuesta efectuada mediante nota APS/DESP/DPC/9324/2013 de 19 de noviembre de 2013, sea emitida en Resolución Administrativa.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/10203/2013 de 30 de diciembre de 2013 (con catorce (14) días hábiles administrativos de demora), aclaró a la Asegurada que para dar curso a su solicitud era necesario adecuar la misma conforme al plazo y procedimiento establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En tal sentido, mediante memorial presentado en fecha 12 de marzo de 2014 (a más de dos meses de recibida la respuesta de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** solicitó que en la vía de regularización del procedimiento administrativo se emita la Resolución Administrativa respecto a su solicitud de devolución de aportes, para hacer uso de los recursos administrativos previstos por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 260-2014 de fecha 2 de abril de 2014, notificada el 9 de abril de 2014 (a veinte (20) días hábiles administrativos), resolvió: 1) reencauzar el procedimiento seguido por la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** a efectos de garantizar sus derechos en el proceso administrativo, 2) rechazó su solicitud de devolución de aportes, toda vez que su Pensión de Vejez se encuentra en curso de pago y la Asegurada no desistió del trámite antes de la suscripción de la Declaración de Pensión de Vejez y 3) estableció que la Asegurada puede acceder a los aportes de periodos acreditados en forma posterior a la fecha de solicitud de Pensión, conforme lo establece el Decreto Supremo N° 1570 de 1 de mayo de 2013.

Consiguientemente, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO**, mediante memorial presentado el 23 de abril de 2014, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa precitada, la que por su efecto fuera confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2014 de 22 de mayo de 2014, y contra la cual, la recurrente interpuso el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, importa revisar la normativa aplicable al caso de autos como sigue:

- **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.-**

  "***Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO).*** *La Asegurada accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*

  a) Independientemente de su edad, siempre y cuando no haya realizado aportes al Sistema de Reparto y financie con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

  i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez.
  ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
  iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

  b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes.

Artículo 9 (COMPOSICIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ). *La Pensión de Vejez, está compuesta por la Fracción de Saldo Acumulado y la Compensación de Cotizaciones cuando corresponda…"*

"***ARTÍCULO 63 (TRANSFERENCIA DEL SALDO ACUMULADO).***

I. *El Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado que accede a la Prestación de Vejez o Prestación Solidaria de Vejez será transferido al Fondo de Vejez…"*

"Artículo 81 (RETIROS MÍNIMOS O RETIRO FINAL). *Cuando los Asegurados* ***no cumplan los requisitos para acceder a una prestación o pago del Sistema Integral de Pensiones,*** *o tenga una renta en curso de pago del Sistema de Reparto podrán retirar el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, mediante* ***Retiros Mínimos o Retiro Final****, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en reglamento…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- **Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.-**

Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios (Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822).-

"ARTÍCULO 105.- (DECLARACIÓN DE PENSIÓN DE VEJEZ).

I. *Los Asegurados que cumplan requisitos de acceso a la Prestación de Vejez o Prestación Solidaria de Vejez serán notificados con la Declaración de Pensión de Vejez…"*

"ARTÍCULO 171.- (RETIROS MÍNIMOS O RETIRO FINAL). I. *Los Retiros Mínimos serán pagados mensualmente hasta que el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional se agote.*

II. *El monto de los Retiros Mínimos será equivalente al sesenta por ciento (60%)*

del Referente Salarial de Retiros Mínimos o al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente, pudiendo el Asegurado elegir la opción que le sea más favorable.

III. *El Referente Salarial de Retiros Mínimos corresponderá al promedio de los Totales Ganados o Ingresos Cotizables del Asegurado de los últimos veinticuatro (24) meses sin mantenimiento de valor.*

IV. *El Retiro Final es la devolución total que corresponderá al pago único del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.*

V. *Los Retiros Mínimos serán sujetos a descuentos para salud señalado en el Artículo 32 anterior, por lo que el Asegurado o Derechohabiente gozará de los servicios de la Seguridad Social de Corto Plazo.*

ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO). *El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:*

a) Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad, no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP y no financie una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del salario mínimo nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la pensión solidaria de vejez.

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

c) Independientemente de la edad, cuando el Asegurado sea declarado inválido con cincuenta por ciento (50%) o más de grado de invalidez y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común. Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez.

d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez.

e) Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales.

f) Que hubiera suscrito un Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio en el SSO, y tuviera aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación.

g) Que sea rentista del Sistema de Reparto..."

- **Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011:**

"***ARTÍCULO 17.- (DECLARACIÓN DE PENSIÓN).-*** *I. Hasta el onceavo (11°) día hábil administrativo, la AFP deberá notificar al Solicitante:*

a) Con la nota de rechazo de su trámite, si corresponde y considerando lo señalado en el artículo siguiente,

b) Informándole que debe apersonarse por la AFP para suscribir la Declaración de Pensión, y la fecha de pago de la pensión, conforme a lo señalado en el artículo 21 del D.S. 0822/11…"

"Artículo 82 (REPOSICIÓN DE APORTES RETIRADOS).

I. *Los Aportes retirados a través de Retiros Temporales, Parciales o Totales, Retiros Mínimos o Retiro Final en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y en el Sistema Integral de Pensiones, podrán ser repuestos, incluyendo los rendimientos que hubiesen generado.*

II. *Cuando hubiese existido Retiros Temporales, Parciales o Totales, Retiros Mínimos o Retiro Final en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y en el Sistema Integral de Pensiones, y ante el fallecimiento del Asegurado con cobertura de Riesgo Común, Riesgo Profesional o Riesgo Laboral; a objeto de otorgar las prestaciones correspondientes el Asegurado o los Derechohabientes deberán efectuar la reposición de las cotizaciones retiradas.*

III. *Cuando hubiese existido Retiros Temporales, Parciales o Totales, Retiros Mínimos o Retiro Final en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y en el Sistema Integral de Pensiones, a objeto de otorgar las Prestaciones Solidarias de Vejez que correspondan, el Asegurado o los Derechohabientes deberán efectuar la reposición de las cotizaciones retiradas..."*

2.2. Consideraciones previas.-

A efectos de ingresar al análisis del caso de autos, importa traer a colación los antecedentes del trámite presentado por la Asegurada (hoy recurrente) **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO**, conforme se procede a continuación:

- En fecha 6 de junio de 2012, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** con CUA 1532741, presentó su Solicitud de Pensión de Vejez N° 112816.

- Debido a que la Asegurada cumplía los requisitos establecidos para acceder a la Pensión de Vejez, en fecha 19 de diciembre de 2012, suscribió con Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, la Declaración de Pensión de Vejez N° DPV 0000032876, en cuya cláusula 2°-Cobertura, se determinó que la Pensión de Vejez está compuesta por la Fracción de Saldo Acumulado de Bs1.494,13 (Un Mil

Cuatrocientos Noventa y Cuatro 13/100 Bolivianos) y la Compensación de Cotizaciones Mensual de Bs1.155,5 (Un Mil Ciento Cincuenta y Cinco 50/100 Bolivianos), haciendo un total de Bs2.649,63 (Dos Mil Seiscientos Cuarenta y Nueve 63/100 Bolivianos).

- En fecha 25 de enero de 2013, la Administradora de Fondos de Pensiones, realizó el traspaso del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional de la Asegurada al Fondo de Vejez y en el mes de febrero de 2013, se efectuó el primer pago de pensión.

- Transcurridos más de diez (10) meses, después de firmada la Declaración de Pensión de Vejez, mediante memorial presentado en fecha 6 de noviembre de 2013, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la anulación de la Declaración de Pensión de Vejez y la devolución total del Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, para cubrir una deuda que tiene con el Banco Unión S.A., solicitud que fue rechazada por la Entidad Reguladora, toda vez que la Asegurada no desistió oportunamente a su Pensión de Vejez y no cumple los requisitos para acceder al pago de Retiros Mínimos.

2.3. De la impugnación presentada.-

A efectos de entrar en la compulsa correspondiente, es pertinente realizar el análisis de cada uno de los puntos presentados por la recurrente en instancia jerárquica, conforme sigue a continuación:

2.3.1. En cuanto a la Pensión de Vejez.-

Tal como se señaló precedentemente, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** presentó en fecha 6 de junio de 2012, su Solicitud de Pensión de Vejez, cuyo trámite de acuerdo al procedimiento establecido para el efecto, fue procesado por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, determinando ésta, que la Asegurada cumplía los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones, para acceder a la Pensión de Vejez.

En tal sentido, en fecha 19 de diciembre de 2012, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** en cumplimiento al artículo 105 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 y el artículo 17 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 (transcritos ut supra), suscribió la Declaración de Pensión de Vejez y Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en fecha 25 de enero de 2013, **efectuó el traspaso del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional** de la Asegurada, al Fondo de Vejez (artículo 63 de la Ley N° 065 de Pensiones), dando curso al pago de la pensión en febrero de 2013.

Ahora bien, corresponde analizar la pertinencia o no de la solicitud realizada por la recurrente, de revocar o anular la Declaración de Pensión de Vejez suscrita en fecha 19 de diciembre de 2012, para cuyo efecto y en sujeción al principio de legalidad corresponde revisar la normativa, así tenemos:

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, establece lo siguiente:

"…***ARTÍCULO 5.- (FECHA DE APERSONAMIENTO).-***

(…)

La AFP debe informar al Solicitante que debe presentarse en la fecha indicada y máximo cinco (5) días hábiles administrativos posteriores a la misma; caso contrario el trámite será ***anulado…"***

"…ARTÍCULO 9.- (NOTIFICACIÓN).-
(…)

III. La notificación deberá señalar expresamente que el Solicitante tiene quince (15) días hábiles administrativos de notificado para presentar los documentos requeridos y/o actualizar sus datos en el registro; caso contrario el trámite será ***anulado****, pudiendo el Solicitante iniciar un nuevo trámite…"*

"…ARTÍCULO 12.- (ANULACIÓN DEL TRÁMITE).- *El trámite de solicitud de Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez será* ***anulado*** *el día siguiente de transcurridos los cinco (5) días hábiles administrativos de vencido el plazo consignado en el FRT para que retorne el Solicitante a la AFP, en cualquiera de los siguientes eventos:*

a) Si el Solicitante no se hubiera apersonado,
b) Si habiéndose apersonado el Solicitante, no presentara los documentos y/o actualizara los registros…"

*"…****ARTÍCULO 66.- (DESISTIMIENTO).- I.*** *En cualquier etapa del trámite* ***previa a la suscripción de la Declaración de Pensión****, el Asegurado o Derechohabiente podrá desistir a su trámite mediante nota escrita a la AFP…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De igual manera, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 260-2014 de 2 de abril de 2014, la Entidad Reguladora señaló:

"…Que según los antecedentes del caso, no existe nota alguna por parte de la Asegurada en la que ésta manifieste su deseo de desistir del trámite de acceso a la Pensión de Vejez, concluyendo más bien el mismo…"

De lo transcrito, se puede determinar que, si bien la norma otorga la facultad a las Administradoras de Fondos de Pensiones de **anular** un trámite de Pensión de Vejez, y da la oportunidad a los Asegurados de **desistir** de su Solicitud de Pensión de Vejez, la recurrente debe tener en cuenta que dichas posibilidades, tienen que ser efectuadas de manera previa a la suscripción de la Declaración de Pensión de Vejez, lo cual no ocurrió en el presente caso, toda vez que la solicitud de anulación presentada por la Asegurada fue realizada en fecha 6 de noviembre de 2013, a más de diez (10) meses de suscrita la Declaración de Pensión de Vejez en fecha 19 de diciembre de 2012.

Otro aspecto que se debe considerar y no menos fundamental, es que una vez suscrita la Declaración de Pensión de Vejez, la Administradora de Fondos de Pensiones, conforme a norma, debe **transferir el Saldo Acumulado** en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado

al **Fondo de Vejez** y en el caso de autos, conforme así lo determina la norma, el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional de la Asegurada hasta la fecha de solicitud de pensión (6 de junio de 2012), fue transferido al Fondo de Vejez en fecha 25 de enero de 2013, por lo tanto, a partir de dicha fecha, el Saldo Acumulado de la Asegurada, pasó a formar parte del Fondo señalado y de las previsiones establecidas en la Ley N° 065 de Pensiones.

No debe olvidarse que, el artículo 6 de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que los Fondos del Sistema Integral de Pensiones **son inafectables y solo pueden disponerse de conformidad a la Ley**, es decir, que en el caso del Fondo de Vejez, el mismo se dispone para pagar la pensión, no permitiendo su devolución; por lo tanto, no es posible que la Asegurada pueda acceder a un monto de dinero, que si bien formaba parte de su Cuenta Personal Previsional, una vez transferido al Fondo de Vejez, por definición propia al firmar la Declaración de Vejez, éste ya no le pertenece como capital, sino le da derecho a la pensión a la que accede, mucho más si tomamos en cuenta que dicho Fondo está compuesto por los recursos del Saldo Acumulado de todos los Asegurados que accedieron a la Prestación de Vejez.

En tal sentido, no existe norma que permita a la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** acceder a la Revocación o Anulación para el efecto solicitado.

2.3.2. En cuanto al pago de Retiros Mínimos o Retiro Final.-

Sin perjuicio del análisis realizado en el numeral 2.3.1. precedente, es importante pueda analizarse el procedimiento que permite la Ley N° 065 de Pensiones, respecto a la entrega del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, es así que el artículo 81 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones –transcrito ut supra-, señala que cuando los Asegurados **no cumplan los requisitos** para acceder a una prestación o pago del Sistema Integral de Pensiones **o tenga una renta en curso de pago**, podrán retirar el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, mediante Retiros Mínimos o Retiro Final, previo cumplimiento de requisitos establecidos para el efecto.

Conforme lo determina el artículo 171 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, el pago de Retiros Mínimos constituye una modalidad de devolución del Capital Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, consistente en pagos mensuales equivalentes al sesenta por ciento (60%) del Referente Salarial de Retiros Mínimos (promedio de los Totales Ganados o Ingresos Cotizables de los últimos veinticuatro (24) meses) o al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional, hasta que el Saldo Acumulado se agote, por el contrario, el Retiro Final constituye la devolución total en un pago único, del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional.

Para tal efecto, el artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (vigente a fecha de Solicitud de Pensión de Vejez), establecía las condiciones que deben cumplir los Asegurados para acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final, las cuales se analizan una a una para el caso de autos, como sigue:

a) Tenga **cincuenta y ocho (58) años de edad,** no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP, no financie una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del Salario

Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, **financie una Pensión de Vejez <u>menor</u> al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional** vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

Analizados ambos incisos, tenemos que la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** en el hipotético caso que no hubiera accedido a una Pensión de Vejez, no cumplía la condición establecida en el señalado inciso a), debido a que a la fecha de solicitud de Pensión de Vejez (6 de junio de 2012) contaba con sesenta y tres (63) años de edad; asimismo, si bien la Asegurada contaba con la edad requerida en el inciso b) citado, es evidente que tampoco cumplía con dicha condición, toda vez que el Salario Mínimo Nacional correspondiente en la gestión 2012, era de Bs1.000.- y tal como se señaló en el numeral 2.2. precedente, la Pensión de Vejez que **financiaba** la Asegurada (a fecha de Solicitud de Pensión de Vejez) era de Bs2.649,63, monto **<u>mayor</u>** al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional de Bs600.- establecido para dicha fecha.

Con relación a las condiciones determinadas en los incisos c), d), e) y g) del artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, la Asegurada tampoco cumplía las mismas, ya que a la fecha de solicitud de Pensión de Vejez (6 de junio de 2012) i) no fue declarada inválida, ii) no falleció y iii) no es rentista del Sistema de Reparto.

Finalmente, importa destacar conforme ya ha señalado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DPC/9324/2013 de 19 de noviembre de 2013, que la Asegurada: "*a la fecha … cuenta con un Saldo Acumulado en su CPP por aportes de periodos acreditados en forma posterior a la fecha de Solicitud de Pensión*…" y debido a que cuenta con una Declaración de Pensión de Vejez suscrita en fecha 19 de diciembre de 2012, la Asegurada puede acceder al Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, de los **aportes posteriores a la fecha de solicitud de Pensión de Vejez**, por lo que en cumplimiento a lo establecido en el parágrafo V. del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1570 de 1° de mayo de 2013, puede solicitar alternativamente: a) el incremento de su Fracción de Saldo Acumulado de la Pensión que percibe o b) efectuar Retiros Mínimos o Retiro Final del Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional.

Consiguientemente con lo analizado, es evidente que a la fecha de solicitud de Pensión de Vejez (6 de junio de 2012), la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** no podía acceder al Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, debido a que no cumplía con ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 172 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (vigente a la fecha de solicitud de pensión), salvo el acceso al Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional por **aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de Pensión de Vejez.**

Por lo tanto y siguiendo la conclusión del numeral anterior, no corresponde atender la solicitud de la recurrente, de acceder al Saldo Acumulado a través del pago de Retiros

Mínimos o Retiro Final, mucho más si dicho saldo ya no se encuentra en su Cuenta Personal Previsional y tampoco cumplía a fecha de solicitud de Pensión de Vejez, con los requisitos establecidos para el efecto.

2.3.3. De la solicitud de anulación de la Pensión de Vejez para cubrir el préstamo otorgado por el Banco Unión.-

Mediante memorial presentado en fecha 5 de agosto de 2014, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** solicita a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la inclusión de la siguiente documentación:

- La nota presentada en el Banco Unión en fecha 16 de junio de 2014, mediante la cual pide la renegociación de su deuda, adecuándola a las nuevas condiciones para créditos de vivienda de interés social y comunica sobre la presentación del Recurso Jerárquico ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el cual una vez concluido –a decir de la recurrente- le habilitará para la acción de Amparo Constitucional en resguardo de sus derechos constitucionales.

- La nota CITE: CA/JRCB1000/2014 de 3 de julio de 2014, mediante la cual el Banco Unión comunica: "…*que revisados los antecedentes de las operaciones que su persona tiene con el Banco y en complimiento* (sic) *a la normativa interna informamos que la operación signada con el N° 293520 está retrasada en sus pagos por lo que solicitamos a su persona apersonarse por las oficinas del Banco a cancelar sus cuotas*…"

De los antecedentes que se cuenta en el expediente, se tiene que la anulación de la Declaración de Pensión de Vejez, solicitada por la Asegurada, para acceder vía Retiros Mínimos o Retiro Final, al Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, es para cubrir el préstamo otorgado por el Banco Unión S.A.

Al respecto, es importante aclarar a la Asegurada, que la Ley N° 065 de Pensiones, tiene por objeto la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como de las prestaciones y beneficios que se otorgan a los bolivianos y bolivianas, por lo tanto es deber de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de los principios, políticas y objetivos.

Entendiéndose que los principios de la Seguridad Social de largo plazo, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, son los siguientes:

> ***"…a)Universalidad:*** *Es la garantía de protección y acceso de las bolivianas y los bolivianos a la Seguridad Social de Largo Plazo sin que exista discriminación por la clase de trabajo que realizan, por la forma de remuneración que perciben, por el nivel económico en que se encuentran, y sin que exista discriminación por sexo, intra genérica, ni religión.*
> ***b) Interculturalidad:*** *Es el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y derechos de convivencia entre las culturas del Estado Plurinacional de Bolivia respecto a la*

Seguridad Social de Largo Plazo, en aplicación a lo dispuesto en el Artículo 8, parágrafo II de la Constitución Política del Estado.
c) Integralidad: *Se refiere al otorgamiento de las prestaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo, acorde con los colectivos que se van a proteger, a través de la articulación de los regímenes que componen el Sistema Integral de Pensiones*
d) Equidad: *Es el otorgamiento ecuánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley.*
e) Solidaridad: *Es la protección a los Asegurados menos favorecidos con participación de todos los aportantes al Sistema Integral de Pensiones y de las bolivianas y los bolivianos con mayores ingresos, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.*
f) Unidad de gestión: *Es la articulación de políticas, procedimientos y prestaciones en la Seguridad Social de Largo Plazo, a fin de cumplir el objeto de la presente Ley.*
g) Economía: *Es la gestión efectiva, racional y prudente de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, manteniendo el equilibrio actuarial y financiero necesarios para otorgar las prestaciones y beneficios, establecidos en la presente Ley.*
h) Oportunidad: *Es el reconocimiento y otorgamiento de prestaciones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo en el momento que en derecho correspondan.*
i) Eficacia: *Es el correcto uso de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, para garantizar el pago de las prestaciones y beneficios que esta Ley otorga.*
j) Igualdad de Género: *Es proveer mecanismos necesarios y suficientes para cerrar brechas de desigualdad, en las prestaciones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo entre hombres y mujeres...*"

De la lectura de los principios transcritos, se tiene que si bien la norma establece que toda persona tiene derecho a la Seguridad Social de largo plazo, la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** debe tener claro que para acceder a alguna Prestación o Pago en el Sistema Integral de Pensiones, debe cumplir los requisitos exigidos por Ley, por lo tanto, en el caso de autos, tal como se estableció, se otorgó a la Asegurada la prestación que por ley le corresponde, garantizando la protección y acceso de la Asegurada a la Seguridad Social de largo plazo.

Asimismo, es importante señalar a la recurrente que, tanto la Ley N° 065 de Pensiones, como sus decretos reglamentarios, tienen por finalidad garantizar el derecho humano a la salud y a la protección de los medios de subsistencia de los Asegurados, para cumplir con la efectiva protección de los derechos constitucionales y de la Seguridad Social, frente a las contingencias a que se exponen los Asegurados a lo largo de la vida.

Uno de éstos medios de subsistencia, es la Pensión de Vejez, que es un derecho reconocido por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que le asiste a toda persona que aportó al Sistema Integral de Pensiones y cumplió con su etapa laboral activa, pensión **mensual de por vida** que recibe el Asegurado y a su fallecimiento el pago de Gastos Funerarios y las Pensiones por Muerte a los Derechohabientes, si corresponde.

Ahora bien y sin perjuicio de las conclusiones anteriores importa señalar que, la anulación de la Declaración de Pensión de Vejez de la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** y por ende la anulación del pago de Pensión de Vejez, causaría una desprotección a la

Asegurada, privándole de acceder a la Seguridad Social de largo y corto plazo y de percibir una pensión mensual que de por vida le corresponde, mucho más si la recurrente pretende utilizar el Saldo Acumulado para otros fines, como el cubrir una deuda.

Al respecto, la recurrente debe tener en cuenta que los recursos acreditados en la Cuenta Personal Previsional por las cotizaciones mensuales y su rentabilidad, no son depósitos por los cuales se obtienen intereses y se tiene la disponibilidad inmediata de su saldo, como lo es una Caja de Ahorros, toda vez que dichos aportes son efectuados, para asegurar los medios de subsistencia de los Asegurados, para otorgar una pensión digna para su futuro y si pese a lo aportado no se cumple con los requisitos establecidos, la norma prevé su devolución vía Retiros Mínimos o Retiro Final como se analizó.

Por lo tanto, se concluye enfáticamente que, conforme a la normativa vigente, no es posible atender la solicitud de la Asegurada.

Sin perjuicio de todo lo señalado, es importante recordar que tanto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como la Administradora de Fondos de Pensiones, tienen la obligación de asesorar e informar a los Asegurados, respecto a los pagos y prestaciones que otorga la Seguridad Social de largo plazo, en beneficio de los Asegurados, por lo tanto, corresponde que la Entidad Reguladora, determine si para el caso de autos se aplica o no lo dispuesto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1159-2013 de 18 de diciembre de 2013, situación diferente al caso solicitado.

2.4. De los principios de derecho administrativo alegados por la recurrente.-

La Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO** señala en su Recurso Jerárquico lo siguiente:

> "…*bajo el principio de informalismo derecho administrativo* (sic) *y el principio de favorabilidad en materia administrativa procesal, corresponde a su autoridad disponer la remisión de los actuados ante el superior en grado para su consideración y despacho del recurso jerárquico, mediante la respectiva nota de atención.*
>
> *El principio de informalismo, según el inciso l) del Art. 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo, consiste en la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplida* (sic) *posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpe del* (sic) *procedimiento administrativo. Según Juan Francisco Linares, la excusación referida "debe interpretarse siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión, objeto del procedimiento. Por consiguiente, en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados.*
>
> *En tal sentido, la doctrina constitucional ha establecido (SCN136-2003-R), en sentido de que (…) el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores*

que consagran el orden constitucional". La SC 512-2003-R, de 16 de abril de 2003 ha subrayado: "(…) la garantía del debido proceso no está instituida para salvaguardar el ritualismo procesal, sino para garantizar que el mismo se desarrolle revestido de las garantías esenciales (…)".

En ambos y con mayor razón, cuando en su oportunidad alterne el recurso jerárquico ante el superior en grado, pidiendo que los actuados sean remitidos mediante la respectiva de (sic) *atención…"*

Al respecto se tiene que, si bien la recurrente argumenta que se han vulnerado los principios de informalidad e in dubio pro actione, la misma hace una simple cita de ellos, omitiendo cumplir con su obligación de expresar de manera clara, como se hubieran vulnerado los mismos.

No obstante lo anterior, es preciso hacer notar a la Asegurada, que el acto impugnado goza de plena legalidad dado que el pronunciamiento emitido enviste apego pleno a la normativa vigente al momento de otorgar la prestación, en ese sentido se debe referir al principio de legalidad inmerso en la Ley de Procedimiento Administrativo que establece: "*Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario*", el citado principio conforma el bloque de los Principios del Derecho, en cuyos roles fundamentales se encuentra brindar en un sentido exegético la aplicación de las reglas jurídicas que tengan alcance general o particular.

Al respecto, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su artículo 232, ha establecido los principios que rigen a la Administración Pública, entre estos se encuentra el principio de legalidad, por lo cual la Autoridad recurrida, ha desarrollado sus actos con pleno sometimiento a la Ley, en observancia a dicho cuerpo legal supremo, se debe citar la línea jurisprudencial establecida en la Sentencia Constitucional 0258/2011-R, de 16 de marzo de 2011, por la cual señala: "***III.1.2. Principio de legalidad***

La nueva perspectiva del principio constitucional de legalidad, importa una visión más amplia y a la vez compatible con la evolución del Derecho Constitucional; en su concepción, se debe comprender como la directriz maestra que informa a todo el sistema normativo -positivo y consuetudinario-; el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, previsto en el art. 108.1 CPE, precisa este principio, debiendo entenderse, que la legalidad informadora deviene de la Ley Suprema del ordenamiento jurídico es decir, que el principio de legalidad contiene en su matriz normativa al principio de constitucionalidad."

De lo anterior, y en virtud de que el acto impugnado reviste legalidad con pleno apego a las disposiciones aplicables, no existe la posibilidad de admisibilidad a lo requerido por la Asegurada hoy recurrente, considerando que la AFP dio cumplimiento a lo dispuesto en la normativa inherente para el pago de la prestación acordada y no representada en su oportunidad conforme a los plazos respectivos expresados en la norma, por lo tanto tampoco son admisibles los argumentos de la recurrente, siendo que las disposiciones legales son claras respecto a la pretensiones o derechos que le asiste, mismos que no se pueden perforar, quebrantar o hacer una excepción particular a simple solicitud, más aun

considerando que la Asegurada adoptó de inicio una posición firme sobre los beneficios de la prestación, para un mejor entendimiento, siguiendo la línea de legalidad de los actos impugnados, corresponde citar la Sentencia Constitucional Plurinacional 2170/2013 de 21 de noviembre de 2013 que establece:

> "…*En ése mismo sentido, la jurisprudencia constitucional, contenida en la SC 0258/2011-R de 16 de marzo, asumida por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 0112/2012 de 27 de abril, sostuvo que: "El modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un verdadero Estado constitucional de Derecho, establecido sobre valores universales* ***y el principio fundamental de legalidad****, sin desechar los principios generales de soberanía popular en el ejercicio del poder público y reforzando el principio de respeto y vigencia de los Derechos Humanos; pues se establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios y valores; además, se señalan como fines y funciones del Estado, entre otras, el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (art. 9.4 de la CPE),* ***se señalan como deberes de los bolivianos y bolivianas el conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes****, conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución, y la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución (art. 108 numerales 1, 2 y 3), así como también consagra de manera expresa el principio de legalidad y supremacía constitucional en el art. 410.I de la CPE, señalando que: ´Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución´, añadiendo el segundo parágrafo que: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa…'".*
>
> *Bajo el parámetro anterior, dentro de nuestro modelo de Estado,* ***el contenido de una disposición legal no está supeditado al arbitrio de una sola persona, autoridad o una estructura de poder existente al interior de un Estado****, sino que, se define por la Constitución Política del Estado, de ahí que todo el acervo de la estructura jurídica debe estar en armonía y coherencia con la misma.* ***En ese marco de consideraciones, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales son consideradas verdaderos límites al poder, porque no existe autoridad, persona o poder alguno que pueda violentar la eficacia y la integridad de los mismos****…*" (Las negrillas son inserta en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que las argumentaciones basadas en principios que la recurrente hace mención, no tienen asidero dado que no existe una normativa que se encuentre difusa o mal aplicada por la AFP o el Ente de Regulación, si bien la recurrente tiene una necesidad de cumplir con una obligación dentro del sistema financiero, no implica que se deba hacer una excepción al caso en particular, dado que dicha obligación no emerge de la relación acordada por la Asegurada con la Administradora, sino que tiene una génesis distinta a la reclamada por ésta.

Refiriendo nuevamente, que el accionar de la Administradora de Fondos de Pensiones se encuentra plenamente dentro del marco de la legalidad, conforme supra se citó, prueba de ello es el consentimiento inicial de la Asegurada en un escenario legal determinado

previamente, acto que provoca firmeza en sede administrativa, no encontrándose equivocaciones formales como menciona la recurrente, en ese sentido no corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atienda la exigencia de la Asegurada por necesidades ajenas a la voluntad de la administradora y que por imperio de la ley, es inviable, más aún cuando tampoco podía haber accedido a fecha de solicitud de Pensión de Vejez, a un Retiro Mínimo o Retiro Final, al no estar contemplado ello en la norma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad Reguladora, ha hecho un correcto análisis de la norma y ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo, toda vez que no corresponde dar curso a la solicitud de la Asegurada **BEATRIZ LUCY ANTEQUERA PATIÑO,** ya que no cumple los requisitos para acceder al pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, otorgándole la Pensión de Vejez que por ley le corresponde, mucho más si la Seguridad Social de largo plazo, es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2014 de 22 de mayo de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 260-2014 de 2 de abril de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 411/2014 DE 11 DE JUNIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 069/2014 DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 069/2014

La Paz, 10 de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014 que, en Recurso de Revocatoria, revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el informe técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 062/2014 de 15 de octubre de 2014 y el informe legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 116/2014 de 16 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los recursos jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 3 de julio de 2014, la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014.

Que, sin embargo, en razón de encontrarse interpuesto el Recurso Jerárquico sin haberse acreditado la personería del representante legal de la empresa recurrente, por providencia de fecha 11 de julio de 2014, se intima a la misma a subsanar lo observado, extremo que es atendido mediante memorial de fecha 23 de julio de 2014.

Que, en base a la documentación entregada, se tiene que la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** se encuentra representada legalmente por su Gerente General, Sr. Víctor René Ustariz Aramayo, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 465/2013, otorgado en fecha 28 de marzo de 2013 por ante Notaría de Fe Pública Nº 025 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Diomar Marina Ovando Polo.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de julio de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, actuación que fue notificada el 1° de agosto de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSV/R-42915/2014 notificada en fecha 4 de abril de 2014, comunicó a la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** los cargos sobre presuntas contravenciones en las que la misma habría incurrido, conforme al siguiente texto:

> "…*Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), estableció el siguiente cargo a la* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ****:*

Posible Incumplimiento	***Información observada***	***Disposiciones Legales Presuntamente Contravenidas***
Retraso en el envío de información	***Hecho Relevante:*** *Renuncia de la Asesora Legal, Dra. Heidy Ortiz Mercado* (sic)*, a partir del 8 de febrero de 2013.*	*Segundo párrafo del artículo 68 y artículo 69 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.* *Numeral 1, Inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005.*

Cabe señalar que al tratarse de un presunto incumplimiento anterior a la aprobación de la Recopilación de Normas para el Mercado de Valores (RNMV), mediante Resolución ASFI N° 863/2013 de 31 de diciembre de 2013, se cita la normativa con el orden y la denominación vigente al momento de la observación.

En caso de verificarse el cargo mencionado, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, se concede a la ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ,*** *el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente carta, para la presentación de los descargos que correspondan.*

Vencido el plazo otorgado, este Órgano de Supervisión emitirá la Resolución Administrativa correspondiente, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 29 de abril de 2014 y mediante nota DLP-1805, la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** presenta sus descargos contra la nota ASFI/DSV/R-42915/2014.

Al respecto, cabe advertir que, conforme lo señala después la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, "*el recurrente ha presentado a la ASFI, mediante carta DLP-1805, como descargos el Memorándum de retiro a la Dra. Ortiz, cite GG-021 de 8 de febrero de 2013 y la referida carta EPZ-605, documentos que no pudieron ser considerados en la resolución impugnada* -se refiere a la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014-, ***al haber sido presentados extemporáneamente****, después de la emisión de la citada resolución*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por ello, la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 ha expresado: "*siendo que la empresa no presentó descargos, se presume la tácita aceptación -por parte de la Sociedad- del cargo notificado mediante carta ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, por lo que se* ***ratifica*** *el cargo imputado*".

Teniendo presente tal extremo y no obstante lo mismo, la propia Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 hace consideraciones específicas con referencia a la nota DLP-1805 de 29 de abril de 2014, haciendo apropiado, en tanto haga a lo impugnado, su consideración al presente.

En definitiva, la nota DLP-1805 señala:

"*…que mediante Decreto Supremo N° 1448 de 29 de diciembre de 2012, se nacionalizó a favor de ENDE en representación del Estado Plurinacional de Bolivia el*

paquete accionario de la empresa Iberbolivia de Inversiones S.A. en la empresa Electricidad de La Paz S.A. (ELECTROPAZ).

Este tipo de evento tuvo características extraordinarias, puesto que le permitió al Estado Boliviano cumplir con aquellos fines y funciones necesarios para constituir una sociedad justa y sin discriminación, garantizando de esta manera, la igualdad de derechos de todos los bolivianos y bolivianas, entre otros, como ser el acceso al servicio básico de electricidad, con tarifas equitativas y calidad del servicio, sin embargo, también implicó un esfuerzo logístico y administrativo sin precedentes en el cual se exigió a los funcionarios y ejecutivos realizar actividades que superaban sus posibilidades.

En ese contexto es que la Gerencia General decidió proceder con el retiro de la Dra. Heidy Ortiz de Mercado, Asesora Legal de la empresa, quien trabajó hasta esa fecha, dejando de formar parte de la planta de empleados a partir del día 13 de febrero de 2013, aspecto que fue puesto a conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI en fecha 14 de febrero, toda vez que se trataba de un hecho relevante y nuestro Gerente General como firma Autorizada se encontraba de viaje.

Como podrá advertirse, este evento no causó perjuicio económico alguno a las personas y entidades que participan en el Mercado de Valores, siendo regularizado de forma inmediata al conocimiento del evento, lo que implica que, de haberse contravenido disposición legal al respecto, la misma ha sido efectivamente reparada.

A este efecto se adjunta la siguiente documentación:

1. *Fotocopia simple del Memorándum GG-021 de 08 de febrero de 2013*
2. *Fotocopia simple de la nota EPZ-605 de 13 de febrero de 2013.*

En ese contexto, es que al amparo del Parágrafo II del Artículo 67 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y siendo que a la fecha no se ha emitido la resolución respectiva, se solicita garantizar en todo momento el pleno ejercicio a la defensa, admitiendo y considerando los descargos que se presentan…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 238/2014 DE 28 DE ABRIL DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO***:

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-58377/2014 de 16 de abril de 2014 e Informe Legal ASFI/DSV/R-59218/2014 de 17 de abril de 2014, se efectuó la verificación y el análisis respectivo del cargo imputado a ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ.****, de acuerdo a lo expuesto a continuación:*

- *De la revisión del archivo del RMV, se verificó la recepción de la carta EPZ-605 el 14 de febrero de 2013, mediante la cual Electricidad de La Paz S.A. ELECTROPAZ, actual Distribuidora de Electricidad La Paz S.A. DELAPAZ, comunicó la finalización de actividades de la Asesora Legal, Dra. Heidy Ortiz de Mercado, a partir del 8 de febrero de 2013.*

  De acuerdo a lo establecido en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro del RMV aprobado con R.A. 756 de 16 de septiembre de 2005, el emisor debió haber comunicado el citado hecho relevante hasta el 13 de febrero de 2013.

  Asimismo, siendo que la empresa no presentó descargos, se presume la tácita aceptación -por parte de la Sociedad- del cargo notificado mediante carta ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, por lo que se ***ratifica*** *el cargo imputado, al haber incurrido en retraso de un (1) día hábil administrativo en el envío de información.*

- *En cumplimiento a lo establecido en el artículo 22, numeral 1 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas ya citado, la Sociedad es pasible a sanción de multa en Bolivianos equivalente a* ***$us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS****) por el día de retraso.*

Que, bajo tal consideración, ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ,*** *no ha dado cumplimiento a su obligación de mantener actualizada la información relevante requerida por Ley, de conformidad a lo previsto en los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998; numeral 1, inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005.*

Que, de acuerdo al análisis efectuado debe considerarse que la infracción ratificada se ajusta a los siguientes parámetros: 1) El hecho imputado se encuentra plenamente probado y 2) El mismo se encuentra calificado como infracción en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, por lo que de conformidad a lo previsto en el artículo 21 del citado Reglamento de Sanciones, las infracciones por retraso y por incumplimiento en el envío de información deben ser sancionadas en sujeción al Capítulo II del citado Reglamento.

Que, el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, debe ser sancionado con multa en relación al cómputo de días de demora, que de acuerdo al análisis efectuado precedentemente por el Cargo imputado, suma una multa total en Bolivianos equivalente a ***$us.50.-(CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)*** *en sujeción a lo previsto en los citados artículos 21 y 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001…*"

Con base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014 dispone:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ,*** *con* ***multa*** *equivalente en Bolivianos a* ***$us.50.-(CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por retraso en el envío de información, incumpliendo las obligaciones establecidas en los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, numeral 1, inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005*

SEGUNDO.- *El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación al tipo de cambio oficial de venta, detallando el concepto del depósito como "Pago multa Resolución ASFI N°238/2014" y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 14 de mayo de 2014, la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…***3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA***.-

Solicitamos que la fundamentación que se describe a continuación, sea debidamente tomada en cuenta por su Autoridad, analizando la misma a detalle y confrontándola con la normativa vigente.

Debemos comenzar por señalar que revisada la RA 238, se encuentran algunas observaciones que su autoridad requiere considerar, puesto que la misma tiene incidencia sobre la supuesta comisión de la infracción y la sanción que podría ser aplicable.

3.1. *De la revisión de los antecedentes del caso, se evidencia que el proceso fue iniciado en base a un cargo de posible incumplimiento de Retraso* (sic) *en el Envío de Información referente a la "renuncia" de la Asesora Legal Dra. Heidy Ortiz Mercado* (sic) *a partir del 08 de febrero de 2013, aspecto que fue ratificado en la RA 238, pero que no coincide con los hechos, puesto que la desvinculación a que se hace referencia no sucedió por una renuncia, sino por retiro, aspecto que es completamente diferente, y que fue comunicado de forma oportuna.*

3.2. *El Parágrafo II del Artículo 66 del RPA-SIREFI establece textualmente lo siguiente:*

La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que ***garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan****, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa.*

Asimismo, el Parágrafo I del Artículo 68 del RPA - SIREFI establece que una vez vencido el término de prueba se dictará la resolución con los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida.

De la revisión de la RA 238 se evidencia que la misma establece que el hecho imputado se encuentra plenamente probado, situación que no es posible inferir de los documentos que se encuentran en su despacho, toda vez que los mismos demuestran que la Asesora Legal Dra. Heidy Ortiz Mercado (sic) *no renunció a su cargo, sino que fue retirada por decisión de Gerencia General de esta empresa.*

Por lo señalado, se evidencia que el error manifiesto que existe en la RA 238 se debe a que el inicio del proceso fue realizado sin considerar la realidad de los hechos, efectuando una imputación equivocada que ahora genera un acto jurídico que vulnera el principio de verdad material establecido en el inciso d) del Artículo 4 de la LPA así como el procedimiento establecido en el Parágrafo I del Artículo 68 del RPA-SIREFI.

3.3. *Por otra parte, los informes técnico y legal indican que mediante la nota EPZ-605 se comunicó a la ASFI, la finalización de actividades de la Asesora Legal Dra. Heidi* (sic) *Ortiz de Mercado,* ***a partir del 8 de febrero de 2013****.*

3.4. *De la comparación de la mencionada nota que cursa en la ASFI, con lo señalado en los informes de referencia, se establece que dicha aseveración sería errada, puesto que la nota EPZ-605 indica que la Dra. Ortiz habría trabajado hasta el 08 de febrero de 2013, y que, …a partir de la fecha* ***13 de febrero de 2013*** *(según lugar y fecha de expedición de la carta), habría …dejado de formar parte de la planta de empleados de ELECTROPAZ.*

La Academia Real de la Lengua Española en su Vigésima Segunda Edición del año 2001, entiende que cuando se usa el intransitivo "a partir", implica que se está tomando un hecho, una fecha o cualquier otro antecedente como base para un razonamiento o cómputo. En el caso concreto, es importante que podamos diferenciar entre dos periodos que generan distintos hechos relevantes en el marco de la normativa del Mercado de Valores, y que son claramente identificables: ***a)*** *el periodo en que la Asesora Legal prestaba sus servicios en ELECTROPAZ, tiempo que corre desde su primer día de labores, hasta el último día en que ejerció sus funciones, y* ***b)*** *el periodo de desvinculación, que se computa desde la primera hora del día siguiente hábil en que trabajó efectivamente de la empresa hasta el presente.*

El cargo que la ASFI realizó en contra de DELAPAZ se refiere al inicio del segundo periodo, es decir de la desvinculación laboral de la Dra. Heidi (sic) *Ortiz de Mercado, siendo también este el día del inicio del cómputo para su comunicación en calidad de hecho relevante a la ASFI.*

Desafortunadamente, los informes técnico y legal erraron al identificar el momento de inicio del cómputo de la desvinculación laboral, indicando que el mismo habría comenzado ***a partir del 08 de febrero,*** *siendo lo correcto* ***el 13 de febrero,*** *por lo que, bajo el razonamiento de la resolución ahora impugnada, no existiría ningún retraso, puesto que la información remitida por DELAPAZ aconteció exactamente al día siguiente de sucedido el hecho relevante.*

Este defecto también contraviene el Principio de Verdad Material previsto en el inciso d) del Artículo 4 de la LPA, así como el procedimiento establecido en el Parágrafo I del

Artículo 68 del RPA-SIREFI.

3.5. *En segundo lugar, los mencionados informes establecen que en vista de que DELAPAZ no habría presentado descargos, se* ***presume*** *(...) la tácita aceptación..., lo que motivó la* ***ratificación*** *del cargo imputado y que su autoridad llegue a la convicción de que el hecho imputado estaría plenamente comprobado.*

De la revisión de la normativa aplicable, no ha sido posible encontrar la palabra "tacita" en referencia a lo que se indica en los informes técnico y legal, ni tampoco se ha podido identificar en el procedimiento establecido en los Artículos 65 al 68 del RPA - SIREFI, una interpretación que coincida con la misma.

El Parágrafo I del Artículo 66 del RPA - SIREFI, establece que el único efecto que genera la no presentación de pruebas de descargo o justificaciones en el término establecido, es la emisión de la resolución correspondiente.

Una interpretación contraría sería contradictoria con el parágrafo I del Artículo 116 de la Constitución Política del Estado que garantiza la presunción de inocencia y que también establece por otra parte, que durante un proceso (penal, administrativo, etc), en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado. Considerando que la única prueba que ha motivado la ratificatoria del cargo se basa en una presunción que contradice una garantía constitucional, es claro que la conclusión a la que se arribó en la RA 238, respecto a que el hecho imputado fue plenamente comprobado, ahora no puede sustentarse en dicho argumento, al contradecir el Principio de Jerarquía Normativa previsto en el inc. h) del Artículo 4 de la LPA.

3.6. *Finalmente, y a pesar de los errores claramente identificados, se establece que la RA 238 aplica una sanción en contra de DELAPAZ, sin considerar las circunstancias y resultados de la supuesta omisión de comunicación de hecho relevante.*

El Principio de Igualdad y Proporcionalidad señalado en el Inciso c) del Artículo 3 del RASALMV establece que las sanciones impuestas deberán estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del mercado de valores.

Para este efecto, y en el caso concreto, el RASALMV ha previsto dos formas de aplicar una sanción: a) una general, prevista en el Artículo 12 y b) una específica para las infracciones a las obligaciones de información en el Artículo 22.

En el segundo caso, el Artículo 21 del mencionado reglamento establece que, si bien las infracciones establecidas en el Capítulo II, se sancionarán conforme a lo previsto por el apartado (Art. 22), no obstante lo anterior, la Superintendencia (ahora ASFI), podrá aplicar a las infracciones del presente Capitulo, las sanciones previstas por el artículo 12° siempre que, como resultado de la evaluación y análisis del caso concreto, se establezca que las mismas ameritan la aplicación de dichas sanciones.

El inciso a) del Parágrafo I del Artículo 12 del RASALMV establece la siguiente sanción de amonestación:

Amonestación: Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean

susceptibles de enmienda y regularización.

En ese contexto, y a pesar de haberse erradamente considerado probada a plenitud la supuesta infracción, correspondía que su autoridad aplique en esta injusta conjetura, el principio de igualdad y proporcionalidad, sancionando al supuesto infractor, en este caso DELAPAZ, con amonestación, y no así con multa, puesto que ha quedado demostrado que el evento ***no habría causado perjuicio económico alguno a las personas y entidades que participan en el Mercado de Valores,*** *siendo en todo caso regularizado de forma inmediata al conocimiento del mismo, lo que implica que, de haberse contravenido alguna disposición legal al respecto,* ***la misma fue efectivamente reparada sin mayores consecuencias.***

Esta omisión en la aplicación de la sanción respectiva, sin considerar las circunstancias del supuesto hecho, contraviene el Principio de Igualdad y Proporcionalidad previsto en el Inciso c) del Artículo 3 del RASALMV.

4. PETITORIO.-

Por todos los argumentos expuestos en el presente memorial, ***SOLICITAMOS*** *a su Autoridad que luego de procesar la presente impugnación y REVISAR A DETALLE TODOS Y CADA UNO DE NUESTROS ARGUMENTOS, en aplicación cabal de la normativa vigente* ***ACEPTE*** *el presente Recurso de Revocatoria y* ***REVOQUE*** *la RA 238, emitiendo una nueva resolución conforme a los extremos señalados en la fundamentación***…**"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 411/2014 DE 11 DE JUNIO DE 2014.-

A través de la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, conforme a los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, en aplicación a lo previsto en el artículo 4 de la Ley N° 2341, el principio de Verdad Material, rige el accionar de la administración pública, traduciendo la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados en la prevalencia de la verdad objetiva de los hechos, toda vez que es obligación del Estado, velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, correspondiéndole a este Órgano de Supervisión, agotar de oficio los medios de prueba a su alcance y no solo limitar su conocimiento a la prueba ofrecida, a efectos de dar el correcto esclarecimiento de la situación que se le plantee.

Que, en este sentido, halla pertinencia la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, que se ha pronunciado de la siguiente manera:

"La doctrina en derecho administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La Autoridad Administrativa, en consecuencia no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustará a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estará viciada. Así el procedimiento

administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cuál aquella y estas son, independientemente de cómo ellas hayan sido alegadas o propuestas y en su caso probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes."

Que, bajo este lineamiento, revisado el expediente administrativo, se verifica que mediante carta EPZ - 605, recibida en ASFI el 14 de febrero de 2013, la entidad regulada ha comunicado a este Órgano de Supervisión, como Hecho Relevante que la Dra. Heidy Ortiz de Mercado, ha trabajado como Asesora Legal hasta el 8 de febrero de 2013, dejando de formar parte de su planta de empleados a partir de 13 de febrero de 2013.

Que, el 29 de abril de 2014, el recurrente ha presentado a la ASFI, mediante carta DLP-1805, como descargos el Memorándum de retiro a la Dra. Ortiz, cite GG-021 de 8 de febrero de 2013 y la referida carta EPZ-605, documentos que no pudieron ser considerados en la resolución impugnada, al haber sido presentados extemporáneamente, después de la emisión de la citada resolución. Asimismo, manifiestan entre sus argumentos que la Dra. Ortiz, ha dejado de formar parte de su planta de empleados a partir del 13 de febrero de 2013, aspecto que ha sido puesto en conocimiento de este Órgano de Supervisión en fecha 14 de febrero de 2013, toda vez que se trataba de un hecho relevante y su Gerente General como firma autorizada se encontraba de viaje.

*Que, conforme señala el recurrente en su recurso de revocatoria, la notificación de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, erróneamente ha consignado el Hecho Relevante observado, como "renuncia" de la Dra. Ortiz, sin embargo, es menester establecer que dicho error no ha influido de manera alguna en el plazo de presentación del hecho relevante observado, ni en la obligación de la entidad de comunicarlo, porque si bien el cargo imputado a la entidad regulada en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, no establece el plazo en que debe cumplirse la obligación, sin embargo el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, si lo hace al señalar expresamente: "**las personas jurídicas deberán comunicar a la Intendencia de Valores toda información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de conocido el mismo.**"*

Que, en aplicación del principio de verdad material, remitiéndonos al expediente administrativo se establece que la entidad regulada al haber emitido el 8 de febrero de 2013 el memorándum de retiro cite GG-021 y haberlo comunicado a la Dra. Heidy Ortiz de Mercado en la misma fecha, indefectiblemente tenía conocimiento de dicho hecho relevante a partir del mismo 8 de febrero de 2013, es decir que en cumplimiento de la normativa citada, debió comunicarlo en el transcurso del día 13 de febrero de 2013, considerando que los días 11 y 12 eran feriados de carnaval. Por lo tanto, pesé a que su carta es del día 13 de febrero, al haberla remitido a este Órgano de Supervisión, recién el día 14 de febrero de 2013, ha incurrido en un día de retraso en el envío de dicha información. Situación que se encuentra corroborada

por la propia entidad en su carta DLP-1805, al manifestar que se envió la carta a ASFI el 14 de febrero "toda vez que se trataba de un hecho relevante y su Gerente General como firma autorizada, se encontraba de viaje."

Que, por otra parte, en mérito a la uniforme jurisprudencia que versa sobre los elementos del acto administrativo, corresponde señalar que es una obligación de la autoridad que conozca de un reclamo o solicitud, o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, exponer ineludiblemente los motivos de hecho y de derecho que sustentan su decisión de manera razonada y con apego a la normativa legal vigente, de manera tal que el administrado a momento de conocer la decisión, comprenda plenamente el fundamento que ha llevado al juzgador a decidir de la forma que lo ha hecho.

Que, en este sentido revisado el expediente administrativo, se verifica que en la Resolución ASFI N° 238/2014, no se ha efectuado una exhaustiva fundamentación de los elementos de hecho que han servido de base para su emisión, omitiendo la existencia de un error material en la notificación de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, reclamada por el recurrente, así como tampoco se ha enervado en derecho, de manera razonable la ratificación del cargo imputado. Sin embargo, es necesario señalar que estas omisiones no han lesionado el debido proceso porque no han provocado indefensión en la entidad regulada que habiendo sido legalmente notificada con el cargo imputado, no ha ejercido oportunamente su derecho a la defensa, sin que esto signifique que de tal hecho derive su culpabilidad, como erróneamente se ha considerado en la resolución impugnada.

Que, sin embargo, pese a que la resolución impugnada no incluye una adecuada motivación, conforme se ha demostrado en la presente resolución, al haber incurrido la entidad regulada en un día de retraso en la comunicación del hecho relevante observado, corresponde ratificar el incumplimiento y la sanción impuesta en la resolución impugnada, en mérito a los fundamentos que se exponen en la presente resolución.

Que, al efecto, es menester tomar en cuenta la Sentencia Constitucional Plurinacional 2542/2012 de 21 de diciembre de 2012, con relación a los errores o defectos de procedimiento que materialmente no lesionan derechos y garantías fundamentales, ha señalado lo siguiente:

"De lo glosado precedentemente es posible concluir que el error o defecto procesal será calificado como lesivo del derecho al debido proceso sólo en aquellos casos en los que tengan relevancia constitucional, es decir, cuando provoquen indefensión material a la parte procesal que los denuncia y sea determinante para la decisión final adoptada, ya sea en un proceso judicial o un proceso administrativo interno, esto en razón de que no tendría sentido jurídico alguno conceder la tutela y disponer se subsanen los posibles defectos procedimentales, si es que finalmente se llegará a los mismos resultados a los que ya se arribó mediante la decisión objetada por los errores procesales."

Que, en este sentido, al no haberse dado lugar a la indefensión del interesado y en base a las apreciaciones efectuadas en aplicación del principio de verdad material,

corresponde a esta instancia pronunciarse en el fondo, en mérito a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Que, con relación a la aplicación de la sanción de amonestación, es necesario aclarar que de conformidad a lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, las infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, a las que están obligadas las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, se sancionarán conforme a lo previsto en el artículo 22 de la normativa citada, pudiendo este Órgano de Supervisión aplicar la sanción de amonestación, cuando se trate de infracciones leves, considerando tales, aquellos hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse, conforme establece el artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores y que no se aplica a la infracción imputada en el presente caso.

Que, en consecuencia, siendo obligación constitucional de la Administración Pública, en un Estado de Derecho, regir sus actos con sometimiento pleno a la Ley, observando el debido proceso en todas sus actuaciones y dotando de esta manera a los administrados la seguridad jurídica procesal del trámite en concreto, para la imposición de una sanción, este Órgano de Supervisión al haber identificado claramente que el accionar del administrado se adecua a lo que la normativa prevé como infracción, aspecto que si bien no ha sido razonablemente motivado en la resolución impugnada, sin embargo constituye un incumplimiento por parte de la entidad regulada, conforme se ha fundamentado en la presente resolución, no corresponde dejar sin efecto el referido cargo y la sanción impuesta en la resolución recurrida (…)

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/R-88243/2014 de 9 de junio de 2014, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, concluye señalando que de la revisión del expediente administrativo en compulsa con los argumentos expuestos por el recurrente, se puede advertir que si bien la Resolución ASFI N° 238/2014 no ha efectuado una exhaustiva fundamentación de hecho y de derecho sobre el cargo imputado, sin embargo la entidad regulada ha incurrido en el incumplimiento observado y sancionado en la referida resolución, porque ha comunicado con un día de retraso el hecho relevante sobre el retiro de la Dra. Ortiz de sus funciones como Asesora Legal, en mérito a los fundamentos expuestos en la presente resolución. En consecuencia, recomienda revocar parcialmente la resolución impugnada, modificando su fundamentación…"

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 411/2014 de 11 de junio de 2014, resuelve:

"…***PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE*** *la Resolución ASFI N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, modificando el fundamento de la citada resolución de acuerdo a lo establecido en la presente resolución y manteniendo el monto de la sanción de multa impuesta a* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ****, por retraso en el envío de información del hecho relevante observado.*

SEGUNDO.- *Mantener firme y subsistente el resuelve Segundo de la Resolución ASFI N° 238/2014 de 28 de abril de 2014…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 3 de julio de 2014, la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, expresando al efecto los alegatos siguientes:

"…***3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.-***

Solicitamos que la fundamentación que se describe a continuación, así como la del memorial del Recurso de Revocatoria, sean debidamente tomadas en cuenta por la Autoridad Jerárquica, analizando las mismas a detalle y confrontándolas con la normativa vigente.

Debemos comenzar por señalar que revisada la RA 411, la misma no se acomoda a los principios, valores, derechos y garantías de la sociedad plural para vivir bien, puesto que la misma no repara los defectos del procedimiento que afectan materialmente a DELAPAZ, ni fundamenta correctamente su decisión, sino que por el contrario intenta buscar una salida alternativa para consolidar los agravios causados por la RA 238, sin asumir las responsabilidades de un trámite que contradice la legalidad del procedimiento administrativo.

3.1. *Como se podrá advertir de la notificación efectuada por la ASFI, la RA 411 fue entregada a DELAPAZ sin adjuntar ningún otro documento. Similar aspecto sucedió con la RA 238. Ambas resoluciones tienen su fundamento en informes técnicos y legales, a saber: a) Informe Técnico ASFI/DSV/R-58377/2014 de 16 de abril de 2014, b) Informe Legal ASFI/DSV/R-59218/2014 de 17 de abril de 2014, y c) Informe Legal ASFI/DAJ/R- 88243/2014 de 09 de junio de 2014.*

De conformidad al inc. e) del Artículo 28 de la LPA, uno de los requisitos esenciales de los actos administrativos, es que los mismos se encuentren fundamentados. El inc. d) del Parágrafo II del Artículo 17 del RPA-SIREFI establece que la resolución administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motiva y respalda. Asimismo, el parágrafo I del Artículo 33 de la LPA establece que la Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, considerando que los informes forman parte de la fundamentación de la Resolución y son Actos Administrativos, correspondía que la administración pública nos haga conocer su contenido. Adicionalmente, el inciso d) del parágrafo V del mismo artículo 33 de la LPA establece que las notificaciones se practicaran por cualquier medio que permita tener constancia del contenido del acto notificado, disposición que también se halla recogida en el Artículo 25 de la RPA-SIREFI.

La parte esencial de la fundamentación de las resoluciones administrativas impugnadas reside en los informes técnicos y legales a que hacen referencia. Esto se evidencia en el hecho de que el análisis que se efectuó para disponer en primer lugar la sanción en la RA 238 y posteriormente revocarla parcialmente con la RA 411, no fue explicado en las propias resoluciones. A pesar de la importancia de los referidos documentos, estos no fueron puestos a conocimiento de DELAPAZ, sino solo sus conclusiones. Esta omisión de notificar el análisis de tales opiniones que han vinculado a la motivación de la Autoridad Administrativa vulnera las previsiones antes citadas, y se constituyen en causales de nulidad del procedimiento, de conformidad a lo señalado en los incisos c) y d) del Artículo 35 de la LPA, toda vez que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido, vulnerándose el Derecho a la Defensa y la Garantía al Debido Proceso de esta empresa, previstos en el Parágrafo II del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado.

3.2. *Pese a que la ASFI, clara y taxativamente ACEPTA la errónea imputación del cargo (que ya no está en discusión), disminuye su importancia, bajo el supuesto, y no comprobado hecho de que DELAPAZ no habría quedado en indefensión. Tal aseveración sin evidencias que lo sustenten, no encuentra justificativo material en las aludidas resoluciones a que hace referencia (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006 y la Sentencia Constitucional Plurinacional 2542/2012 de 21 de diciembre de 2012), tal como se advierte a continuación.*

La primera resolución es clara al advertir que "si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estará viciada. Este razonamiento que usa la propia ASFI (que no constituye precedente vinculante) no solo debe considerarse respecto a la RA 238, sino también contra cualquier otra decisión, como el caso de la imputación de los cargos. Por lo tanto, un acto administrativo como la nota ASFI/DSV/R-42915/2014 que no se ajusta a los hechos materiales, constituye un acto viciado per se.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 2542/2012 establece que es posible concluir que el error o defecto procesal será calificado como lesivo al debido proceso sólo en aquellos casos... cuando provoquen indefensión material es decir, no tendría sentido... disponer se subsanen los posibles defectos procedimentales, si es que finalmente se llegará a los mismos resultados a los que ya se arribó mediante la decisión objetada por los errores procesales. Este razonamiento ya mereció un desarrollo legislativo en materia administrativa. Así lo establecen los Artículos 36 y 37 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo. Esto permite inferir que, en aquellos trámites efectuados ante una autoridad administrativa, son anulables aquellos actos que no tengan una incidencia esencial en el proceso ni en sus resultados. En la ratio decidendi de la mencionada sentencia, dicha apreciación recayó sobre aspectos formales del procedimiento, y no así en los esenciales, toda vez que el Tribunal Constitucional basado en tales infracciones revocó la negativa del Tribunal de Garantías en base a la falta de motivación del acto administrativo y concedió la tutela al accionante. Por tal motivo, dicho precedente no sería aplicable a la fundamentación de la RA 411, sino al contrario, favorece la postura de DELAPAZ.

Además, conforme a lo previsto en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0728/2010-R de 26 de julio de 2010 el Debido Proceso... ha sido entendido por este tribunal, como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, el en que entre otros aspectos, ***se garantice al justiciable el conocimiento o notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente su defensa.****.. garantía aplicable en el ámbito judicial en general, como también en el administrativo. En ese contexto, la ASFI tenía la obligación de hacer conocer de forma específica y clara los cargos imputados a DELAPAZ. El error material en la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, que fue ACEPTADO por la propia ASFI en la RA 411, de ninguna forma es subsanable.*

El argumento sin fundamento de la RA 411 que asume que DELAPAZ no habría quedado en estado de indefensión, no es sostenible desde ningún punto de vista. Es más, al guardar silencio al respecto solo hace presumir la inexistencia de razones suficientes para tal aseveración. Esto se colige del hecho de que la indefensión material de DELAPAZ debido al manifiesto error de la nota ASFI/DSV/R-42915/2014 solo puede ser medido por parámetros subjetivos, a los cuales no podría arribar la ASFI. En cambio DELAPAZ denuncia los mismos, y sin que exista oposición alguna, fundamenta que dicho defecto procesal no le ha permitido estructurar una defensa adecuada. El RESULTADO que hubiera acontecido de darse cumplimiento a la normativa establecida en el Parágrafo II del Artículo 66 del RPA-SIREFI, que la notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que ***garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan,*** *las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa y de velar en consecuencia por la garantía del Debido Proceso, es IMPREVISIBLE, por lo que no es posible concluir que dicho efecto sería el mismo, solo para evitar la nulidad de todos los actuados, hasta la emisión de la errónea imputación de cargos.*

En este sentido, la RA 411 no ha desvirtuado el argumento de DELAPAZ, sino que por el contrario lo refuerza, toda vez que siendo innegable la existencia de una imputación equivocada se establece claramente que la ASFI vulneró el principio de verdad material establecido en el inciso d) del Artículo 4 de la LPA así como el procedimiento establecido en el Parágrafo I del Artículo 68 del RPA-SIREFI. A esto se suma ahora la vulneración a la garantía al Debido Proceso en su componente del derecho a ser informado de la acusación que se imputa, que se encuentra previsto en el razonamiento de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0728/2010-R.

3.3. *Por otra parte, no resulta suficiente que la ASFI haga mención al artículo 107 del RASALMV para aseverar que el hecho relevante ocurrió en fecha 08 de febrero de 2014, menos aun haciendo referencia a la nota DLP-1805, para evitar pronunciarse sobre su error en la valoración de la nota EPZ-605 que le sirvió de fundamento a la RA 238.*

Al respecto, la RA 238 indicaba que mediante nota EPZ-605 se le comunicó... la finalización de actividades de la Asesora Legal, Dra. Heidi (sic) *Ortiz de Mercado,* ***a***

partir del 8 de febrero de 2013, *situación que no coincidía materialmente con la realidad. La nota EPZ-605 indica que la Dra. Ortiz habría trabajado hasta el 08 de febrero de 2013, y que,* ***...a partir de la fecha 13 de febrero de 2013*** *(según lugar y fecha de expedición de la carta), habría... dejado de formar parte de la planta de empleados de ELECTROPAZ.*

En el Recurso de Revocatoria se hizo énfasis en que la Academia Real de la Lengua Española en su Vigésima Segunda Edición del año 2001, entiende que cuando se usa el intransitivo "a partir", implica que se está tomando un hecho, una fecha o cualquier otro antecedente como base para un razonamiento o cómputo.

En el caso concreto, es importante que en el presente recurso se considere los dos periodos que generarían distintos hechos relevantes en el marco de la normativa del Mercado de Valores, y que son claramente identificables: ***a)*** *el periodo en que la Asesora Legal prestaba sus servicios en ELECTROPAZ, tiempo que corre desde su primer día de labores, hasta el último día en que ejerció sus funciones, y* ***b)*** *el periodo de desvinculación, que se computa desde la primera hora del día siguiente hábil en que trabajó efectivamente en la empresa hasta el presente.*

El cargo original con que la ASFI procesó a DELAPAZ se refería al inicio del segundo periodo, es decir, de la desvinculación laboral de la Dra. Heidi (sic) *Ortiz de Mercado, siendo también este el día del inicio del cómputo para su comunicación en calidad de hecho relevante a la ASFI.*

A pesar de que se pretende evitar poner en evidencia el error manifiesto de la ASFI, no existe duda alguna de que los informes técnico y legal erraron al identificar el momento de inicio del cómputo de la desvinculación laboral, indicando que el mismo habría comenzado ***a partir del 08 de febrero,*** *siendo lo correcto* ***el 13 de febrero,*** *por lo que, bajo el razonamiento de la RA 238 que emerge definitivamente de la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, no existiría ningún retraso, puesto que la información remitida por DELAPAZ aconteció exactamente al día siguiente de sucedido el hecho relevante.*

La omisión a pronunciarse específicamente sobre este defecto contraviene el Principio de Verdad Material previsto en el inciso d) del Artículo 4 de la LPA, así como el procedimiento establecido en el Parágrafo I del Artículo 68 del RPA-SIREFI, sumándose a la vulneración a la garantía al Debido Proceso en su componente del derecho a ser informado de la acusación que se imputa, que se encuentra desarrollado en el razonamiento de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0728/2010-R.

3.4. *La RA 411 no se pronuncia en lo absoluto respecto a la fundamentación de la RA 238, en la que se establecía que, en vista de que DELAPAZ no habría presentado descargos, se* ***presumía*** *(...) la tácita aceptación..., lo que motivó la* ***ratificación*** *del cargo imputado y que la ASFI llegue a la convicción de que el hecho imputado estaría plenamente comprobado. Esto contradice manifiestamente los Artículos 65 al 68 del RPA - SIREFI, el inc. h) del Artículo 4 de la LPA y el parágrafo I del Artículo 116 de la Constitución Política del Estado.*

*Considerando que la única prueba que motivó la **ratificatoria** del cargo se basó en una presunción que contradice una garantía constitucional, y que la misma no ha sido textualmente revocada, resulta coherente concluir que dicha vulneración normativa no ha sido reparada, por lo que la RA 411 también se sustentaría en una flagrante violación a las garantías y derechos de DELAPAZ.*

3.5. *Finalmente, si bien la RA 411 se pronuncia sobre la aplicación de la sanción dispuesta en la RA 238, evitando su modificación bajo el supuesto de que la normativa no prevé penalidades más leves que la impuesta a DELAPAZ, puesto que la amonestación solo podrá considerarse en infracciones leves, considerando a tales, aquellos hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse, sin embargo, dicha aseveración no hace más que poner en evidencia los resultados perversos que ha tenido sobre el procedimiento, la incorrecta imputación de cargos. Toda vez que esta empresa, en cabal conocimiento de que se nos procesaba por un hecho relevante distinto al que se establecía en la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, bien se pudo apelar única y exclusivamente al Principio de Igualdad y Proporcionalidad previsto en el Inciso c) del Artículo 3 del RASALMV, presentando todos los argumentos y pruebas que demostraban la imposibilidad del cumplimiento del supuesto argumentado por la ASFI, recién ahora en la RA 411. Como se podrá advertir, se ha agotado la instancia de la revocatoria en aspectos que bien pudieron ser defendidos en su oportunidad, es decir, de haber conocido los mismos en la magnitud que ahora se pretende.*

3.6. *El daño que se causa a DELAPAZ con la incorrecta imputación de la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, no ha sido reparado por la ASFI, y la fundamentación que se hace en la RA 411, ahora impugnada, es insuficiente para restaurar los derechos y garantías vulnerados por el viciado procedimiento, motivo que nos obliga a plantear el presente recurso bajo el fundamento de que dicha resolución carece de fundamentación, debiendo en todo caso revisarse los efectos de la imputación errónea y anular el procedimiento hasta su emisión.*

4. PETITORIO.-

*Por todos los argumentos expuestos en el presente memorial, y al amparo de los Artículos 52 y siguientes del RPA - SIREFI, **SOLICITAMOS** a la Máxima Autoridad Ejecutiva de la ASFI procesar la presente impugnación y remitir actuados ante la autoridad competente, a efecto de que la misma pueda REVISAR A DETALLE TODOS Y CADA UNO DE NUESTROS ARGUMENTOS, en aplicación cabal de la normativa vigente, y **ACEPTE** el presente Recurso Jerárquico, **REVOCANDO** la RA 411, disponiendo que se emita una nueva resolución conforme a los extremos señalados en la fundamentación, debiendo anularse obrados hasta la emisión de la nota ASFI/DSV/R-42915/2014…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se aprecia de la nota EPZ-605 de 13 de febrero de 2013 (presentada en fecha 14 de febrero de 2013), Electricidad de La Paz S.A. ELECTROPAZ -ahora **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**-, comunicó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que su ex Asesora Legal, Dra. Heidy Ortiz de Mercado, dejó de formar parte de la empresa, siendo su último día de trabajo el 8 de febrero de 2013.Por su efecto, dado el carácter relevante de tal información para el Mercado de Valores, la Autoridad Reguladora consideró que en el envío de tal información, existiría un retraso, en infracción al segundo párrafo del artículo 68º, y al artículo 69º, de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), y al numeral 1, inciso b), del artículo 106º, y al artículo 107º del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, por lo que mediante nota ASFI/DSV/R-42915/2014 de 4 de abril de 2014, imputó a la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** con el cargo que importa ello, con el advertido que, de no presentarse descargos en el plazo de cinco días hábiles administrativos, se emitiría la Resolución Administrativa correspondiente.

En criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** presentó sus descargos extemporáneamente, por lo que en prescindencia de ellos, el Ente Regulador resolvió mediante la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, así como el Recurso de Revocatoria de 14 de mayo de 2014 con la consiguiente Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014 (que revocó parcialmente a la primera), dandi lugar al Recurso Jerárquico de 3 de julio 2014 que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

- **Ley Nº 1834 (del Mercado de Valores):**

  "…***ARTICULO 68.- CALIDAD Y PUBLICIDAD DE LA INFORMACION.*** *Los participantes del Mercado de Valores, deberán mantener actualizada la información requerida por esta Ley y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del mercado.*

  La información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada *a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores,* ***deberá ser veraz, suficiente y oportuna.***

  La publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de Valores y

cualquier otra actividad publicitaria que se realice en el Mercado de Valores, no debe inducir a confusión o error.

Reglamentariamente se establecerá el contenido, la forma y periodicidad que deberá observarse al presentar la información, tomando en consideración las características de los emisores, de los Valores ofrecidos o de las entidades que se sometan a registro (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

ARTICULO 69.- HECHOS RELEVANTES. *Las entidades registradas deberán divulgar en forma veraz, completa, suficiente y oportuna todo hecho o información relevante respecto de si mismas, que pudieren afectar positiva o negativamente su posición jurídica, económica o su posición financiera o la de sus Valores en el mercado, cuando estos se encuentren inscritos en el registro.*

Se entenderá por hecho relevante todo aquel acontecimiento provocado por el emisor o no, que por su importancia pueda afectarlo o a sus empresas vinculadas, de forma tal, que influya o pueda influir en la decisión de invertir en Valores emitidos por él o que pueda alterar el precio de sus Valores en el mercado…"

- **Resolución Administrativa Nº 756 (Reglamento del Registro del Mercado de Valores):**

"…***Artículo 106.*** *De manera enunciativa y sin que esto constituya una lista excluyente,* ***se considerarán Hechos Relevantes los siguientes****:* (…)

b) Aspectos Gerenciales o Administrativos:

1) ***Cambios de*** *directores,* ***principales ejecutivos****, síndicos y liquidadores;…*

Para determinar cuándo una información califica como Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas la información que en su caso, considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de esos valores.

Las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV podrán formular consultas a la Intendencia de Valores respecto a si una determinada información califica o no como hecho relevante. Dichas consultas no interrumpirán en ningún caso el plazo establecido por el artículo siguiente y no eximen a la persona jurídica autorizada e inscrita de su obligación de comunicación de hechos relevantes conforme a lo dispuesto por el presente Reglamento.

Artículo 107. *Las personas jurídicas* ***deberán comunicar*** *a la Intendencia de Valores toda información que constituya* ***un Hecho Relevante*** *a más tardar* ***al día siguiente de conocido el mismo****.*

En atención a las características del Hecho Relevante puesto en conocimiento de la Intendencia de Valores, ésta podrá solicitar se remita la documentación respaldatoria del mismo, si la hubiera…" (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

2.2. Motivación de las Resoluciones Administrativas.-

Alega la recurrente **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** (en el numeral 3.1 de su Recurso Jerárquico), que:

> "…*la RA 411 fue entregada a DELAPAZ sin adjuntar ningún otro documento. Similar aspecto sucedió con la RA 238. Ambas resoluciones tienen su fundamento en informes técnicos y legales* (…)
>
> …*considerando que los informes forman parte de la fundamentación de la Resolución y son Actos Administrativos, correspondía que la administración pública nos haga conocer su contenido* (…)
>
> …*el análisis que se efectuó para disponer en primer lugar la sanción en la RA 238 y posteriormente revocarla parcialmente con la RA 411, no fue explicado en las propias resoluciones*…"

En la consideración del extremo alegado, es pertinente bifurcarlo según los intereses jurídicos que conlleva. Así:

2.2.1. Inclusión de los informes en las Resoluciones Administrativas.-

La controversia en concreto, está referida a que las Resoluciones Administrativas ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014 y ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014 (correspondientes al proceso), llevan por fundamentos los contenidos de los informes mencionados en los términos de sus redacciones, sin embargo, tales contenidos no estarían propiamente desarrollados en el tenor de las Resoluciones, por lo que en definitiva, al tampoco habérselos adjuntado a las mismas (se entiende que a tiempo de su notificación), la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** los desconocería, lo que en su criterio importaría una infracción a su derecho a la defensa.

En principio, cabe mencionar lo señalado el Tribunal Constitucional (ahora Tribunal Constitucional Plurinacional) cuando, precisamente sobre la naturaleza de los informes, ha establecido que:

> "…*estos documentos no constituyen ni generan actos administrativos definitivos, pueden o no ser asumidos por las autoridades encargadas de la toma de decisiones; y en consecuencia, no se puede exigir su impugnación mediante los recursos de revocatoria o jerárquico*…" (Sentencia Constitucional 0612/2010-R de 19 de julio de 2010).

Por consiguiente y per se, no es exigible la notificación de un informe sino en los casos que expresamente señala la norma -no siendo el de autos uno de ellos-, por cuanto, las actividades que en ejercicio de sus funciones realicen las servidoras públicas o los servidores públicos de la Autoridad Reguladora y que no sean la Autoridad propiamente dicha, están subordinadas, funcional y jerárquicamente, a las determinaciones legítimas de su Directora Ejecutiva o Director Ejecutivo, quien, tomando en cuenta los argumentos de los informes

presentados a la mismas o separándose de ellos, plasmará su definición, debidamente argumentada, en la Resolución Administrativa correspondiente, la que recién y en tal circunstancia, resulta el acto administrativo susceptible de notificación y, por tanto, impugnable.

Es así que el informe como tal, tiene por naturaleza una de las tantas operaciones intelectuales que son menester realizar para dictar la Resolución a la que corresponde, empero que bien podría ser realizada por la propia Autoridad, toda vez que "*los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos*" (Art. 48, Pár. II, Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo); entonces, **de ninguna manera constituye un acto administrativo**, sino un parecer, un dictamen o una opinión técnica idónea, de ninguna manera con carácter o contenido normativo o dispositivo que sea susceptible de notificación y, ulteriormente, de una eventual impugnación.

En ello debe concluirse, por cuanto, el artículo 28º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, establece que **la competencia** es uno de los elementos esenciales del acto administrativo ("*ser dictado por autoridad competente*") y el artículo 17º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, es más específico -conforme lo exige la materia-, cuando señala que la "*Resolución Administrativa es aquel* ***acto administrativo*** *que expresa la decisión* ***de la autoridad reguladora*** (…) *emitida por las Superintendencias del SIREFI* -aquí léase *la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero* en virtud al artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009- *en ejercicio de sus potestades públicas y que* ***produce efectos obligatorios sobre los administrados***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este sentido, queda claro que como documento de uso interno de una entidad pública, un informe está, en definitiva, dirigido a la máxima autoridad de tal entidad, por cuanto, es ella la única que tiene facultades declarativas, dispositivas o decisorias sobre los temas materia de su competencia, resultando tal competencia irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio (Ley 2341, Arts. 5º, Par. II, y 27º), determinando que las **actuaciones administrativas** de las servidoras y servidores públicos subordinados no adquieran la calidad de **actos administrativos**, por cuanto son "*nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*" (Const. Pol. Edo., Art. 122º).

Corresponde a la máxima autoridad, dentro de la actividad intelectual necesaria para la toma de decisión que importa la Resolución, considerar los datos contenidos en el informe, para su examen y aplicación dentro de los alcances del precitado artículo 48º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo ("*los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos*").

Entonces, fuere cual fuere el contenido del informe, no es el mismo el que pueda ocasionar agravio alguno al administrado, si los argumentos que importa no se encuentran plasmados en la Resolución Administrativa emitida por Autoridad competente, por lo que una sugerencia en sentido de no haber notificado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero los informes que se mencionan en los textos de las Resoluciones Administrativas

ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014 y ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, resulta inadmisible, por cuanto, queda claro que los mismos no pueden ser el objeto de impugnación.

No obstante y en función estricta a lo señalado en la impugnación ("*los informes forman parte de la fundamentación de la Resolución y son Actos Administrativos, correspondía que la administración pública nos haga conocer su contenido*"), debe quedar establecido que, conforme lo supra citado, "*la aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamentación a la resolución cuando se incorporen al texto de ella*" (Ley 2341, Art. 52º, Par. III).

Tal propuesta conlleva dos enunciados (el último derivado del primero):

- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha aceptado los informes técnico ASFI/DSV/R-58377/2014 de 16 de abril de 2014 y legal ASFI/DSV/R-59218/2014 de 17 de abril de 2014, para el caso de la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, y el informe legal ASFI/DAJ/R-88243/2014 de 9 de junio de 2014 para la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, según se mencionan en el tenor de las mismas, sin que hubiera dejado constancia de alguna manera, su rechazo o reserva de naturaleza alguna, resultando por tanto, que ha sido la intención del Regulador hacerlos parte de sus fundamentos.

Entonces:

- Tales informes deben encontrarse incorporados al texto de las referidas Resoluciones Administrativas (según correspondan), conforme lo dispone el artículo 52º, parágrafo III, de la Ley N° 2341.

Ahora, más allá de la evidente mención -aceptación- que de los mismos se hacen en las Resoluciones Administrativas ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014 y ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, cabe revisar si los informes técnico ASFI/DSV/R-58377/2014 de 16 de abril de 2014, legal ASFI/DSV/R-59218/2014 de 17 de abril de 2014 y legal ASFI/DAJ/R-88243/2014 de 9 de junio de 2014 (según correspondan), se encuentran efectivamente incorporados a sus textos.

En tal sentido, la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014, señala:

> "…*Que* ***mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-58377/2014 de 16 de abril de 2014 e Informe Legal ASFI/DSV/R-59218/2014 de 17 de abril de 2014****, se efectuó la verificación y el análisis respectivo del cargo imputado a* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ.****,* ***<u>de acuerdo a lo expuesto a continuación</u>***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 dice:

> "…*Que,* ***el Informe Legal ASFI/DAJ/R-88243/2014 de 9 de junio de 2014****, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, concluye señalando que de la revisión del expediente administrativo en compulsa con los argumentos expuestos por el recurrente, se puede*

advertir que si bien la Resolución ASFI N° 238/2014 no ha efectuado una exhaustiva fundamentación de hecho y de derecho sobre el cargo imputado, sin embargo la entidad regulada ha incurrido en el incumplimiento observado y sancionado en la referida resolución, porque ha comunicado con un día de retraso el hecho relevante sobre el retiro de la Dra. Ortiz de sus funciones como Asesora Legal, en mérito a los fundamentos expuestos en la presente resolución. ***En consecuencia, recomienda*** *revocar parcialmente la resolución impugnada, modificando su fundamentación…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la relación textual anterior, se evidencia que las Resoluciones Administrativas ASFI/N° 238/2014 y ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, no se han limitado a la sencilla mención de los informes técnico ASFI/DSV/R-58377/2014, legal ASFI/DSV/R-59218/2014 y legal ASFI/DAJ/R-88243/2014 de 9 de junio de 2014 (según correspondan), sino además, que han desarrollado el contenido de los mismos, en función de justificar ("***de acuerdo a lo expuesto***", "***en consecuencia***") sus determinaciones; en términos del Recurso Jerárquico, el contenido de los informes *fue explicado en las propias resoluciones*.

Al tenor del diccionario, *incorporar* es *agregar, unir dos o más cosas para que formen una sola*; lo mismo no implica que (necesariamente) lo expresado por un informante deba corresponder, con rigurosa identidad, a lo que en virtud de ello vaya a expresar después la Autoridad.

Tanto el informante como la Autoridad comparten una naturaleza común, y esta es la de ser personas, empero son personas distintas, con facultades y capacidades diversas, y por ello, no todo lo que digan -en caso de coincidir en determinado extremo-, debe ser necesariamente igual, sino que lo señalado por una de ellas, puede ser tomado en cuenta por la restante, empero liberado a su propia forma de expresión.

Tal circunstancia gana además en regularidad propia, cuando conforme lo dicho, "*la aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamentación a la resolución cuando se incorporen al texto de ella*" (Ley 2341, Art. 52º, parágrafo III), quedando claro que, quien tiene la facultad superior de aceptar o rechazar el informe del subordinado, es la Autoridad rectora del mismo, y por tanto, podrá hacerlo de la forma gramatical que le sea propia, sin que ello signifique -en caso de aceptación- estar desvirtuando el contenido del primero.

En definitiva, así como en las diversas oportunidades (y según corresponda), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha aceptado los informes técnico ASFI/DSV/R-58377/2014, legal ASFI/DSV/R-59218/2014 y legal ASFI/DAJ/R-88243/2014, el contenido de los mismos ha sido incorporado al texto de sus Resoluciones Administrativas, conforme lo dispone el artículo 52º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341, las que habiendo sido oportuna y debidamente notificadas a la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** (extremo demostrado en el sucesivo y pleno ejercicio de su derecho a la impugnación que importa el proceso recursivo en su estado actual) resultando injustificado el alegato en este sentido.

2.2.2. Motivación de la decisión.-

El acusar (como lo hace la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**), que determinado análisis -imprescindible en razón de ser el fundamento de la decisión

sancionatoria- "*no fue explicado en las propias resoluciones*", importa extrañar la imprescindible motivación de tal decisión.

Respecto a ello, es menester hacer hincapié en el artículo 28º, inciso e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que señala que, el acto administrativo "*deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto*", en relación al mencionado artículo 40º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, referido a la necesidad de fundar la determinación sobre la solicitud de suspensión de la sanción.

Lo contrario importaría una inobservancia al debido proceso administrativo, componente del principio de sometimiento pleno a la Ley previsto por el artículo 4º, inciso c), de la Ley Nº 2341, conforme bien lo establece el precedente de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004:

> "…*Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* -ahora artículo 117º en la Constitución vigente- *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio de la defensa. En materia administrativa* (…), *entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos* (…)
>
> …*El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas,* ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentaci6n sobre la actuaci6n de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien, se debe recordar que la impugnación de la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, está dada en función a que las Resoluciones Administrativas que conforman al presente proceso sancionatorio, "*tienen su fundamento en informes técnicos y legales*" de los que la ahora recurrente -según la misma-, no habría tenido conocimiento, alegato ya supra esclarecido y desvirtuado.

Por tanto, resta al presente establecer, previa compulsa de obrados en relación al criterio de la impugnación, si las Resoluciones Administrativas controvertidas se encuentran -en líneas generales- debidamente fundamentadas, para lo que es pertinente remitirse a la relación contenida en los considerandos anteriores de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, de donde se concluye que:

- La Resolución Administrativa ASFI/Nº 238/2014 de 28 de abril de 2014, en lo sustancial, considera -y desarrolla- extremos como los siguientes: "*la recepción de la carta EPZ-605* (…) *el emisor debió haber comunicado el citado hecho relevante hasta el 13 de febrero de 2013* (…) *la empresa no presentó descargos* (…) *la Sociedad es pasible a*

sanción de multa (…) ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ,*** *no ha dado cumplimiento a su obligación de mantener actualizada la información relevante* (…) *la infracción ratificada se ajusta a los siguientes parámetros* (…) *las infracciones por retraso y por incumplimiento en el envío de información deben ser sancionadas* (…) *con multa en relación al cómputo de días de demora*".

- Por su parte, la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, se fundamenta en que: "*la entidad regulada ha comunicado… que la Dra. Heidy Ortiz de Mercado, ha trabajado… hasta el 8 de febrero de 2013, dejando de formar parte… a partir de 13 de febrero de 2013* (…) *el recurrente ha presentado… documentos que no pudieron ser considerados… al haber sido presentados extemporáneamente* (…) *su Gerente General como firma autorizada se encontraba de viaje* (…) *la notificación de cargos… erróneamente ha consignado el Hecho Relevante observado, como "renuncia"* (…) *debió comunicarlo en el transcurso del día 13 de febrero de 2013* (…) *en la Resolución ASFI N° 238/2014, no se ha efectuado una exhaustiva fundamentación de los elementos* (…) *pese a que la resolución… no incluye una adecuada motivación… corresponde ratificar el incumplimiento y la sanción impuesta* (…) *con relación a la aplicación de la sanción de amonestación* (…) *no corresponde dejar sin efecto el referido cargo y la sanción impuesta en la resolución recurrida* (…) *la entidad regulada ha incurrido en el incumplimiento observado y sancionado…*"

Cabe advertir que, varios fundamentos de la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014, hacen referencia a los de la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014; así, señala que:

> "…*en la Resolución ASFI N° 238/2014, no se ha efectuado una exhaustiva fundamentación de los elementos de hecho que han servido de base para su emisión* (…) *Sin embargo, es necesario señalar que estas omisiones no han lesionado el debido proceso porque no han provocado indefensión en la entidad regulada* (…)
>
> …*pese a que la resolución impugnada no incluye una adecuada motivación, conforme se ha demostrado en la presente resolución, al haber incurrido la entidad regulada en un día de retraso en la comunicación del hecho relevante observado, corresponde ratificar el incumplimiento y la sanción impuesta* (…)
>
> …*el Informe Legal ASFI/DAJ/R-88243/2014* (…) *concluye señalando que* (…) *se puede advertir que si bien la Resolución ASFI N° 238/2014 no ha efectuado una exhaustiva fundamentación de hecho y de derecho sobre el cargo imputado, sin embargo la entidad regulada ha incurrido en el incumplimiento observado y sancionado en la referida resolución…*"

Por consiguiente, existe un reconocimiento del Ente Regulador, en sentido que su Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, adolece de "*una exhaustiva fundamentación*" y de "*una adecuada motivación*".

Tal extremo hace a la controversia que se considera a continuación, al encontrarse planteada con especialidad en el Recurso Jerárquico; consiguientemente, así como debe concluirse al presente que, en líneas generales, la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014

se encuentra debidamente fundamentada, debe reservarse la posición referida a la Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014, al análisis que sigue infra.

2.3. Error en la imputación y sanción, y reconducción del trámite.-

La **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** señala también, en su Recurso Jerárquico (numeral 3.2), que:

> "…*Pese a que la ASFI, clara y taxativamente ACEPTA la errónea imputación del cargo* (…) *disminuye su importancia, bajo el supuesto, y no comprobado hecho de que DELAPAZ no habría quedado en indefensión* (…) *aseveración sin evidencias que lo sustenten* (…)
>
> …*El error material en la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, que fue ACEPTADO por la propia ASFI en la RA 411, de ninguna forma es subsanable*…"

A efectos de la contextualización de lo alegado, conviene relacionar los antecedentes propios de ello. Así:

- Mediante la nota EPZ-605 de 14 de febrero de 2014, la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** comunicó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la finalización de actividades de la Asesora Legal, Dra. Heidy Ortiz de Mercado.
- La nota de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 de 4 de abril de 2014, ha señalado que: "***Hecho Relevante:*** ***<u>Renuncia</u>*** *de la Asesora Legal, Dra. Heidy Ortiz Mercado, a partir del 8 de febrero de 2013*".

- La sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, establece que: "

  "…*se presume la tácita aceptación -por parte de la Sociedad- del cargo notificado mediante carta ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, por lo que* ***<u>se ratifica</u>*** *el cargo imputado, al haber incurrido en retraso de un (1) día hábil administrativo en el envío de información* (…)

  …*la infracción ratificada se ajusta a los siguientes parámetros: 1)* ***<u>El hecho imputado</u>*** ***se encuentra plenamente probado***…"

- El Recurso de Revocatoria de 14 de mayo de 2014, aqueja que:

  "…*el proceso fue iniciado en base a un cargo de posible incumplimiento de Retraso* (sic) *en el Envío de Información referente a la "renuncia" de la Asesora Legal Dra. Heidy Ortiz Mercado* (sic) *a partir del 08 de febrero de 2013, aspecto que fue ratificado en la RA 238, pero que no coincide con los hechos, puesto que* ***la desvinculación a que se hace referencia no sucedió por una renuncia, sino por retiro****, aspecto que es completamente diferente, y que fue comunicado de forma oportuna*…"

- La -ahora impugnada- Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, establece en líneas resumidas, que:

  "…*revisado el expediente administrativo, se verifica que mediante carta EPZ – 605, recibida en ASFI el 14 de febrero de 2013, la entidad regulada ha comunicado a este Órgano de Supervisión* (…) *que la Dra. Heidy Ortiz de Mercado, ha trabajado como Asesora Legal hasta el 8 de febrero de 2013* (…)

  …*el 29 de abril de 2014, el recurrente ha presentado* (…) *como descargos el Memorándum de retiro a la Dra. Ortiz, cite GG-021 de 8 de febrero de 2013 y la referida carta EPZ-605, documentos que no pudieron ser considerados en la resolución impugnada, al haber sido presentados extemporáneamente, después de la emisión de la citada resolución* (…)

  …***la notificación de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014*** (…) ***erróneamente ha consignado el Hecho*** (…) ***como "renuncia"*** (…) *es menester establecer que dicho error no ha influido de manera alguna en el plazo de presentación del hecho relevante observado, ni en la obligación de la entidad de comunicarlo* (…)

  …*en la Resolución ASFI N° 238/2014, no se ha efectuado una exhaustiva fundamentación de los elementos de hecho que han servido de base para su emisión, omitiendo la existencia de un error material en la notificación de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, reclamada por el recurrente, así como tampoco se ha enervado en derecho, de manera razonable la ratificación del cargo imputado* (…) *estas omisiones no han lesionado el debido proceso porque no han provocado indefensión en la entidad regulada que habiendo sido legalmente notificada con el cargo imputado, no ha ejercido oportunamente su derecho a la defensa, sin que esto signifique que de tal hecho derive su culpabilidad, como erróneamente se ha considerado en la resolución impugnada.*

  Que, sin embargo, pese a que la resolución impugnada no incluye una adecuada motivación, conforme se ha demostrado en la presente resolución, al haber incurrido la entidad regulada en un día de retraso en la comunicación del hecho relevante observado, corresponde ratificar el incumplimiento y la sanción impuesta en la resolución impugnada (…)

  …*el Informe Legal ASFI/DAJ/R-88243/2014* (…) *concluye señalando que* (…) *se puede advertir que si bien la Resolución ASFI N° 238/2014 no ha efectuado una exhaustiva fundamentación de hecho y de derecho sobre el cargo imputado, sin embargo la entidad regulada ha incurrido en el incumplimiento observado y sancionado en la referida resolución, porque ha comunicado con un día de retraso el hecho relevante sobre el retiro de la Dra. Ortiz de sus funciones como Asesora Legal*…" (En todos los casos, las negrillas y -de corresponder- el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora, como se tiene dicho, el Recurso Jerárquico contra la última nombrada, alega que: "*la ASFI, clara y taxativamente ACEPTA la errónea imputación del cargo… disminuye su importancia, bajo el supuesto, y no comprobado hecho de que DELAPAZ no habría*

quedado en indefensión. Tal aseveración sin evidencias que lo sustenten, no encuentra justificativo material (…) *El error material… de ninguna forma es subsanable*".

Con respecto a lo último señalado -acerca de que *el error material de ninguna forma es subsanable*-, es pertinente dar ejemplo de que, ya el Derecho general ha establecido que el "*error sustancial sobre la materia o sobre las cualidades de la cosa*" puede dar lugar a la anulabilidad del contrato (Cod. Civil, Art. 554º, Num. 4), entonces, por sencillo razonamiento inverso y contrariamente a lo señalado por la recurrente, el error material sí es subsanable, extremo que queda en el campo meramente referencial, por cuanto, la aplicación de la legislación administrativa es suficiente para establecer en el de autos, que:

> "…*I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior* (se refiere al Art. 35º, sobre *Nulidad del Acto*, no aplicable al caso).
>
> *II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*…" (Ley 2341, Art. 36º).

Por consiguiente y en principio, el error material aducido por la recurrente ha existido (referir la *renuncia* en lugar del *despido*) empero, error material como tal, el mismo resulta plenamente subsanable, en tanto no lo impida expresamente la norma.

Aun más; el transcrito parágrafo II determina que, pudiendo existir un *defecto de forma* y dado que el mismo no resulta materia de nulidad alguna, tampoco da lugar a su anulabilidad, si es que no carece "*de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*".

A este respecto, se conoce ya -pues ha sido supra transcrita- la posición del Ente Regulador, conforme consta en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, de la que es pertinente rescatar (en lo más trascendental) que:

> "…*la notificación de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, erróneamente ha consignado el Hecho Relevante observado, como "renuncia" de la Dra. Ortiz, sin embargo, es menester establecer que dicho error no ha influido de manera alguna en el plazo de presentación del hecho relevante observado, ni en la obligación de la entidad de comunicarlo, porque si bien el cargo imputado a la entidad regulada en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, no establece el plazo en que debe cumplirse la obligación, sin embargo el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, si lo hace al señalar expresamente:* "***las personas jurídicas deberán comunicar a la Intendencia de Valores toda información que constituya un Hecho Relevante <u>a más tardar al día siguiente de conocido el mismo</u>***…"

Extremo concluyente que, sin embargo y haciendo a lo recurrido por la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, compele al análisis detallado siguiente:

a) En lo señalado por el Ente Regulador, es evidente que "*la notificación de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, erróneamente ha consignado el Hecho Relevante observado, como "renuncia"* -desvinculación por decisión propia- *de la Dra. Ortiz*", por cuanto, lo que en verdad ha sucedido con la misma, es que fue destituida -desvinculación por determinación superior-.

Tal error que (como señala la recurrente) "*no está en discusión*", ha trascendido a la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, por cuanto la misma, a tiempo de "*Sancionar a* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ*** (…) *por retraso en el envío de información*", se ha justificado -entre otros- en que "*siendo que la empresa no presentó descargos, se presume la tácita aceptación -por parte de la Sociedad- del cargo notificado mediante carta ASFI/DSV/R-42915/2014 de 21 de marzo de 2014, por lo que se* ***ratifica*** *el cargo imputado, al haber incurrido en retraso de un (1) día hábil administrativo en el envío de información* (…) *El hecho imputado se encuentra plenamente probado*".

b) Con respecto a ello, merecen especial atención las actuaciones, tanto de la Recurrida como de la recurrente, por cuanto:

- Cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que:

  "…*en la Resolución ASFI N° 238/2014, no se ha efectuado una exhaustiva fundamentación de los elementos de hecho que han servido de base para su emisión* (…) *así como tampoco se ha enervado en derecho, de manera razonable la ratificación del cargo imputado*" (Res. Adm. ASFI N° 411/2014).

  Importa no sólo un reconocimiento del carácter errado de la nota de cargos ASFI/DSV/R-42915/2014 (en cuanto al hecho relevante -*renuncia* en lugar de *destitución*- cuyo retraso en su información ha sido imputado y después sancionado), sino además, la inobservancia de las normas siguientes:

  - **Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo):**

    "…***ARTÍCULO 81º. (Diligencias Preliminares)***.

    I. ***En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores****, los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente,* ***organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias, donde <u>se identificarán</u> a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables de <u>los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento</u>****, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso*…"

  - **Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003:**

    "…***Artículo 65.- (Diligencias Preliminares)***.

    I. Los Superintendentes Sectoriales (aquí y en otras menciones similares, léase *las Autoridades Reguladoras*) *del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia,* ***<u>investigarán</u> la comisión de infracciones e identificarán a las***

personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos *susceptibles de iniciación del procedimiento.*

II. ***Para tal efecto****,* ***se podrán realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de infracciones****.*

Artículo 66.- *(****Notificación de Cargos****).*

I. ***Establecida la existencia de infracciones****, el Superintendente* (ídem) *respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos impugnados, advirtiéndoles que de no presentar pruebas de descargo o justificaciones en el término establecido, se emitirá la resolución correspondiente.*

II. La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que ***el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa*** (…)

Artículo 68º.- (Conclusión).

I. Vencido el término de prueba, el Superintendente (ibídem) *respectivo* (…) *dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción administrativa* (…) ***precisando la infracción cometida***…"

(En ambos casos, las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La normativa señalada exige que las diligencias preliminares, que hacen a una etapa específica del proceso sancionatorio (Ley 2341, Art. 80º), deben establecer una base cierta sobre la que posteriormente habrá de desarrollarse el mismo -si es que corresponde- para lo cual, la Administración goza entre otras, de la facultad **–** deber de investigar la verdad material que rodea a los hechos controvertidos (ídem, Art. 4º, Inc. 'd'), de manera tal que la ulterior imputación "*garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos* (…) *las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa*"

Entonces, resulta inequívoco que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (conforme la misma lo reconoce implícitamente), al realizar la investigación a la cual se encontraba compelida, ha asumido a priori, sin mayor investigación y erradamente, que la desvinculación de la ex Asesora Legal de la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, Dra. Heidy Ortíz de Mercado, obedecía a una renuncia, sin por ello haber caído en cuenta, de que en realidad se trataba de una destitución.

Ahora, el deber de investigar la verdad material no se limita a las diligencias previas, sino que, principio como tal, le es aplicable a la generalidad de actuaciones y actos que efectúa la Administración (de hecho, compele también al suscrito a lo mismo en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme consta más abajo), de manera tal que, aún a tiempo de la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014 le era posible corregir el extremo.

No obstante y en descargo del Ente Regulador, se debe tener presente que, dentro del de autos, emitida la nota de cargos "*advirtiendo* (…) *que de no presentar pruebas de descargo o alegaciones* (…) *se podrá emitir la resolución correspondiente*" (Ley 2341, Art. 82º) y no opuesto oportunamente descargo alguno contra la misma -conforme se analiza seguidamente-, al Ente Regulador le correspondió la aplicación de lo dispuesto por el artículo 67º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175: proceder al análisis de los antecedentes -a esa altura ya errados- y valorarlos, a efectos de determinar (o en caso distinto desestimar) la existencia de una conducta sancionable.

Asimismo, si supra se ha establecido que el deber de la Administración de investigar la verdad material, le es aplicable a la generalidad de sus actuaciones y actos, antes que sólo a una notificación de cargos, bien puede concluirse que, sin embargo del común error existente en la nota ASFI/DSV/R-42915/2014 y en la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014, es legítima la intención de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de hacer efectiva la verdad material que rodea al caso, en la -ahora impugnada- Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014, restando establecer si ello encuentra amparo en la norma, conforme se analiza infra.

(Acerca de la importancia de todo esto, se amplía el criterio en el inciso '**c**' infra, del presente acápite, advirtiéndose desde ahora de la intrascendencia del alegato de la recurrente, por los motivos que también allí se establecen, en función de la determinación final -que consta infra-de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

- Amén de ello y sin que pueda justificarse el error precitado, tampoco la conducta de la recurrente **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** ha sido apegada a la norma, por cuanto, tenía la oportunidad a la que se refieren los artículos 83º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y 67º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, para presentar sus descargos, pruebas, alegaciones, documentos e informaciones, lo que consta sucedió, empero tardíamente, por cuanto, de la relación que sale supra, se conoce que:

  - La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó con el cargo, mediante la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, la que fue **notificada a la DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ en fecha 4 de abril de 2014**.
  - A tal efecto y dentro de los parámetros del artículo 67º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, el Ente Regulador concedió a la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, el plazo de 5 días hábiles administrativos (**hasta el 11 de abril de 2014**) para hacer presentes sus descargos.
  - Sin embargo, es recién **en fecha 29 de abril de 2014** (once días después de vencido el plazo) y mediante nota DLP-1805, que la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** presenta sus descargos contra la nota ASFI/DSV/R-42915/2014; a esas alturas, la consiguiente Resolución

Administrativa ASFI/N° 238/2014 (**de 28 de abril de 2014**) ya había sido pronunciada.

A este respecto, el numeral 3.4 del Recurso Jerárquico, señala que "*la única prueba que motivó la **ratificatoria** del cargo se basó en una presunción que contradice una garantía constitucional, y que la misma no ha sido textualmente revocada, resulta coherente concluir que dicha vulneración normativa no ha sido reparada, por lo que la RA 411 también se sustentaría en una flagrante violación a las garantías y derechos de DELAPAZ*" (extremo que, se aclara, se dilucida en el acápite presente, conforme se ha señalado supra como sigue a continuación).

Sin embargo, se debe recordar que "*los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos*" (Rglmnto. Aprob. por D.S. 27175, Art. 32º), en cuyo sentido, es también innegable la negligencia y dejadez de la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** (lo que, comentario aparte, no deja de llamar la atención, por cuanto, así como se la imputa por el retraso en el envío de determinada información relevante, resulta que -se podría decir reiterativamente- la misma también se retrasa once días, en presentar sus descargos contra tal imputación).

Recuérdese que, la presentación de los descargos corresponde al derecho de la imputada de hacer valer por ese medio su defensa; empero es inherente también a una carga procesal de la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, lo que estando expresamente así previsto en la norma (tanto como *derecho* como *carga procesal*), hace también al debido proceso administrativo, determinando entonces que los efectos de su cumplimiento inoportuno, puedan ser imputables a la responsabilidad de la misma.

En todo caso, por la dinámica y lógica propia con la que se desenvuelve el proceso sancionatorio en su etapa inicial, es inferible que esa falta de diligencia (al no constar oportunamente una explicación aclaratoria acerca de la desvinculación de la Dra. Heidy Ortiz de Mercado) hubiera inducido indirectamente al Ente Regulador, a mantener el error de la nota de cargos en la Resolución Administrativa sancionatoria, no obstante y conforme lo dicho, ello no puede justificar el equívoco cometido en los referidos actos administrativos.

c) Señala también el Ente Regulador en la Resolución Administrativa ahora recurrida, que "*dicho error* (el de supra referencia) *no ha influido de manera alguna en el plazo de presentación del hecho relevante observado, ni en la obligación de la entidad de comunicarlo*".

Conforme se encuentra planteada la controversia -tanto en la posición de la recurrida como de la recurrente-, este resulta ser el argumento central, de cuya verificación y constatación depende la subsistencia del proceso administrativo sancionatorio, con la firmeza de la sanción en su mérito decidida, o su inefectividad.

A efectos de ello, debe tenerse presente que la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, imputó a la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** por el cargo **referido al retraso en el envío de la información**, que hace a la desvinculación de su ex Asesora

Legal, Dra. Heidy Ortiz de Mercado; entonces, es evidente que la infracción imputada no consiste en sí misma, en si tal desvinculación fue producto de una renuncia (como señala erradamente la nota de cargo) o si por una destitución (como efectivamente fue).

Lo anterior lleva a la conclusión que, así se tratara de un despido o de una renuncia, lo mismo resulta accesorio (y se conoce que *accesorium sequitur principale* -lo accesorio sigue la suerte de lo principal-, no a la inversa, como mal parece entender la recurrente), no siendo mayormente trascendente con respecto a los actos administrativos involucrados (nota ASFI/DSV/R-42915/2014 y Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014), en cuanto **la imputación y la ulterior sanción están referidas, al <u>retraso en el informe</u> acerca de la desvinculación de la precitada Dra. Heidy Ortiz de Mercado, antes que si ello ha sido producto de una destitución y no de una renuncia**, por lo que no le falta razón a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cuando, en su Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 (ahora recurrida), señala que:

> "…*dicho error no ha influido de manera alguna en el plazo de presentación del hecho relevante observado, ni en la obligación de la entidad de comunicarlo* (…)
>
> …*estas omisiones no han lesionado el debido proceso porque no han provocado indefensión en la entidad regulada que habiendo sido legalmente notificada con el cargo imputado, no ha ejercido oportunamente su derecho a la defensa, sin que esto signifique que de tal hecho derive su culpabilidad, como erróneamente se ha considerado en la resolución impugnada* (…)
>
> …*pese a que la resolución impugnada no incluye una adecuada motivación* (…) *al haber incurrido la entidad regulada en un día de retraso en la comunicación del hecho relevante observado, corresponde ratificar el incumplimiento y la sanción impuesta en la resolución impugnada*…"

En tal sentido, la recurrente alega que la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 "*disminuye su importancia* -se refiere al error-*, bajo el supuesto, y no comprobado hecho de que DELAPAZ no habría quedado en indefensión* (…) *aseveración sin evidencias que lo sustenten*".

Al respecto, cabe establecer que la presunción acerca de la inexistencia de indefensión, resulta de una abstracción lógica, emergente en lo sustancial, del hecho de haber conocido en su debida oportunidad la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, del retraso en la presentación del informe que se la imputado, mediante la nota ASFI/DSV/R-42915/2014 de 4 de abril de 2014, circunstancia en la que expresamente se le ha concedido "*el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente carta, para la presentación de los descargos que correspondan*", señalándosele además que "*vencido el plazo otorgado, este Órgano de Supervisión*

emitirá la Resolución Administrativa correspondiente, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175".

En tal sentido y *iuris tantum*, tan inevitable operación mental del Administrador, no ha merecido probanza en contrario por parte de la ahora recurrente, haciendo injustificado lo señalado por ésta última.

Amén de ello y ahora en lo adjetivo, el estado actual del proceso da cuenta que, la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** ha podido ejercer a plenitud su derecho a la defensa, de ahí que al presente se esté resolviendo un Recurso Jerárquico por ella interpuesto, cuyo antecedente previo es, necesariamente, otro Recurso de la misma, el de Revocatoria, a cuya instancia se ha arribado como emergencia de una Resolución sancionatoria, y para la cual -a su vez-ha tenido que notificársele con el cargo imputado como abierto el plazo inherente a los descargos (conforme a lo señalado en el párrafo precedente), extremos que se encuentran palmariamente evidenciados en el expediente.

Desde luego que en esto tiene que pesar el hecho -ya relacionado- de que la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, no obstante habérsele garantizado plenamente el derecho al descargo y consiguiente defensa (lo que no se encuentra en controversia), simplemente no lo ha ejercido, al menos no oportunamente, y que la preclusión automática de la fase inherente a ello, ha dado apertura a la obligación del Ente Regulador, de pronunciar la Resolución correspondiente, en este caso sancionatoria.

Aun así y sujetos a la circunstancia determinada por la presentación de los descargos fuera de plazo, estos últimos sí han podido tenerse en cuenta, empero en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014, resultando tan concluyentes como que han dado lugar a la decisión de la misma: "***REVOCAR PARCIALMENTE*** *la Resolución ASFI N° 238/2014 de 28 de abril de 2014*", entonces determinando que la Administración, en definitiva, sí ha ejercido su obligación de averiguar la verdad material que hace a los hechos sustanciados, considerando para ello la evidencia presentada por la imputada en ejercicio de su derecho a la defensa, y dando lugar, precisamente, a la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014.

Entonces, más allá de que procesalmente no se hubiera cumplido con la averiguación oportuna de la verdad material, por circunstancias imputables tanto a la recurrente como a la recurrida, en definitiva ello sí ha acaecido (dígase corregido y reconducido, cual correspondía) por ejercicio sencillo de tal obligación en su sentido sustancial, conforme lo permite el Derecho Administrativo y **con referencia concreta a los descargos de la DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, determinando ello que sí se ha efectivizado su derecho a la defensa dentro el caso de autos, haciendo injustificado el alegato en sentido contrario.

d) Amén de ello, cabe reiterar que, contrariamente a lo señalado por la recurrente -y conforme lo ya establecido-, un error material como el señalado por la misma, sí es subsanable, por cuanto y conforme lo establece el artículo 37°, parágrafo I, de la Ley

Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), "*los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca*", lo que consta es lo que ha sucedido dentro del caso de autos, sin lugar a mayor controversia al respecto.

A efectos de tal conclusión, es pertinente señalar que, el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, posibilita que: "*las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI* (…) *modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida*", lo que determina que por su mérito, la Autoridad reguladora sí puede modificar su decisión inicial, de la Resolución sancionatoria, en la Resolución al Recurso de Revocatoria.

No obstante, en cuanto a la cuestión de rito, existe una mala aplicación de la norma por parte del Ente Regulador, toda vez que el señalado artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, está referido a la forma confirmatoria (parcial) que -entonces- debió asumir la decisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, toda vez que es ese el que autoriza una modificación como la señalada por el Ente Regulador, y no así el inciso b), referido a la revocatoria (parcial).

Este criterio fundamental, es el que da lugar a la determinación que sale en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.4. Determinación del hecho relevante.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI/N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, ha dispuesto:

"…*Sancionar a* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ,*** *con* ***multa*** *equivalente en Bolivianos a* ***$us.50****.-(****CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por retraso en el envío de información, incumpliendo las obligaciones establecidas en los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, numeral 1, inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005*…"

Radicando en ello la cuestión de fondo del proceso sancionatorio, hace también a la controversia actual del Recurso Jerárquico, cuando el alegato de la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** (numeral 3.3) señala:

"…*no existe duda alguna de que los informes técnico y legal erraron al identificar el momento de inicio del cómputo de la desvinculación laboral, indicando que el mismo habría comenzado* ***a partir del 08 de febrero,*** *siendo lo correcto* ***el 13 de febrero,*** *por lo que, bajo el razonamiento de la RA 238 que emerge definitivamente de la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, no existiría ningún retraso, puesto que la información remitida por DELAPAZ aconteció exactamente al día siguiente de sucedido el hecho relevante*…"

Es decir, la infracción imputada y sancionada a la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, radica en que la misma, en su calidad de emisora y en infracción al artículo 107º del Reglamento del Registro del Mercado de Valores (aprobado por Resolución Administrativa Nº 756 de 16 de septiembre de 2005), debió comunicar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la desvinculación de su ahora ex Asesora Legal, Dra. Heidy Ortíz de Mercado, "*a más tardar al día siguiente de conocido el mismo*".

Ahora, según el Órgano Regulador:

> "…*la entidad regulada al haber emitido el 8 de febrero de 2013 el memorándum de retiro cite GG-021 y haberlo comunicado a la Dra. Heidy Ortiz de Mercado en la misma fecha, indefectiblemente tenía conocimiento de dicho hecho relevante a partir del mismo 8 de febrero de 2013, es decir que en cumplimiento de la normativa citada, debió comunicarlo en el transcurso del día 13 de febrero de 2013, considerando que los días 11 y 12 eran feriados de carnaval. Por lo tanto, pesé a que su carta es del día 13 de febrero, al haberla remitido a este Órgano de Supervisión, recién el día 14 de febrero de 2013, ha incurrido en un día de retraso en el envío de dicha información. Situación que se encuentra corroborada por la propia entidad en su carta DLP-1805, al manifestar que se envió la carta a ASFI el 14 de febrero "toda vez que se trataba de un hecho relevante y su Gerente General como firma autorizada, se encontraba de viaje*" (Res. Adm. ASFI N° 411/2014).

La **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, por su parte, pretende refutar tales presupuestos, al señalar que:

> "…*la RA 238 indicaba que mediante nota EPZ-605 se le comunicó... la finalización de actividades de la Asesora Legal, Dra. Heidi* (sic) *Ortiz de Mercado,* ***a partir del 8 de febrero de 2013,*** *situación que no coincidía materialmente con la realidad. La nota EPZ-605 indica que la Dra. Ortiz habría trabajado hasta el 08 de febrero de 2013, y que,* ***...a partir de la fecha 13 de febrero de 2013*** *(según lugar y fecha de expedición de la carta), habría... dejado de formar parte de la planta de empleados de ELECTROPAZ…*" (Rec. Jrqco. de 3 de julio de 2014)

La compulsa de ambos criterios permite establecer qué su diferencia fundamental, de carácter material, está referido al documento determinante de la infracción, este es:

- Según la Reguladora, el memorando de retiro GC-021 de 8 de febrero de 2013, comunicado a la Dra. Heidy Ortiz de Mercado en la misma fecha.

- En el alegato de la regulada, la nota EPZ-605 de 13 de febrero de 2013, por la que la ahora recurrente hace conocer al Ente Regulador la destitución señalada.

Con respecto al primero, cabe señalar que un memorando en el ámbito laboral, en el que prima la relación jurídica empleador **–** empleado, es el medio idóneo por el que **el superior** comunica al subordinado las determinaciones que le involucran, sea que le beneficien o

afecten; en tal sentido, tiene toda la validez de prueba documental, por cuanto, expresa una voluntad del empleador.

En el caso de autos, resulta indubitable la voluntad de la empleadora Electricidad de La Paz S.A. ELECTROPAZ, ahora **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, de concluir la relación laboral con su empleada Dra. Heidy Ortiz de Mercado, lo que fue comunicado a esta última en fecha de 8 de febrero de 2013, determinando entonces que, al constar así en el correspondiente memorando expedido por la empleadora, conlleva el propio conocimiento de la empleadora acerca de la desvinculación; no existe lugar a consideración en contrario alguna, por cuanto pretender que la empleadora (hoy recurrente) desconocía aquello que hacía fundamentalmente a su propia voluntad, resulta irracional.

Ahora bien; la controversia exige determinar con precisión, cuál es el hecho relevante susceptible de obligatoria comunicación al Ente Regulador, en los términos de los artículos 68 y 69º de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), y 106º, numeral 1, inciso b), y 107º, del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, máxime cuando en los términos de lo impugnado, existe confusión a este respecto.

Así, mientras que para el Ente Regulador el hecho relevante es propiamente la desvinculación de 8 de febrero de 2013, el Recurso Jerárquico prefiere remitirse a la comunicación de tal desvinculación que sale de la nota EPZ-605 de 13 de febrero de 2013, determinando su evaluación en cuanto a la fecha de presentación (lo que va a dar origen al proceso sancionatorio).

Dicha nota, en los términos del Recurso Jerárquico, refiere que "*la nota EPZ-605 indica que la Dra. Ortiz habría trabajado hasta el 08 de febrero de 2013, y que, **...a partir de la fecha 13 de febrero de 2013** (según lugar y fecha de expedición de la carta), habría... dejado de formar parte de la planta de empleados de ELECTROPAZ*".

O sea, según la recurrente, la Dra. Heidy Ortiz de Mercado ha trabajado hasta el 8 de febrero de 2013 (criterio temporal coincidente con el expuesto por el Regulador) empero al mismo tiempo, su desvinculación se ha hecho efectiva el 13 de febrero de 2013.

Tal presupuesto es contradictorio en sí mismo: *haber trabajado* hasta determinada fecha, es (sin una aclaración satisfactoria, inexistente ahora en los alegatos de la recurrente) un sinónimo de *dejar de formar parte de la planta de empleados* a partir de determinada fecha; la contradicción radica en que, sin embargo de tal sinonimia, se atribuyen fechas distintas para un mismo acto: la fecha en que se hizo efectiva la desvinculación, debiendo aclarase, sin embargo, que lo mismo no hace al punto o hecho infringido.

En todo caso, **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** pretende controvertir la decisión de desvincular a la Dra. Heidy Ortiz de Mercado (que rige en la posición del Regulador) y que conlleva una fecha determinada, con la fecha en que tal desvinculación se habría efectivizado; no obstante, a efectos de la determinación del hecho relevante dentro el caso, el mismo es único y este es la desvinculación, determinando

inequívocamente que la infracción se comete cuando se informa de la misma con un día de retraso.

Corresponde precisar que el artículo 106° de la Resolución Administrativa Nº 756 (Reglamento del Registro del Mercado de Valores), es palmaria al señalar que: "***se considerarán Hechos Relevantes los siguientes****:* (…) ***Cambios de*** *directores,* ***principales ejecutivos****, síndicos y liquidadores*" y amplía el criterio de la siguiente manera:

> "…*Para determinar cuándo una información califica como Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas la información que en su caso, considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de esos valores.*
>
> *Las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV podrán formular consultas a la Intendencia de Valores respecto a si una determinada información califica o no como hecho relevante. Dichas consultas no interrumpirán en ningún caso el plazo establecido por el artículo siguiente y no eximen a la persona jurídica autorizada e inscrita de su obligación de comunicación de hechos relevantes conforme a lo dispuesto por el presente Reglamento*…"

Por tanto, el acontecimiento de la *desvinculación* es el que inequívocamente interesa a la norma como hecho relevante que, debió de ser informado al Ente Regulador en los términos del artículo 107° del Reglamento aprobado por Resolución Administrativa Nº 756 de 16 de septiembre de 2005.

Más aún, no debe perderse de vista que la infracción -correctamente imputada y sancionada- es al artículo 107° de la precitada Resolución Administrativa Nº 756, por cuanto la emisora (en ese entonces Electricidad de La Paz S.A. ELECTROPAZ, ahora **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**), **no comunicó la desvinculación de la Dra. Heidy Ortiz de Mercado "*a más tardar al día siguiente*" de haber conocido de lo mismo**, resultando obvio que, en su calidad de actora de tal desvinculación (parte empleadora) conocía directamente del cumplimiento del memorando GG-021 de 8 de febrero de 2013, entregado en la misma fecha a su ex Asesora Legal, y sin embargo, no informó lo mismo dentro del plazo señalado, justificando plenamente la actuación posterior de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Ello porque, amén de la inexistencia de aclaración válida acerca de la contradicción que importa señalar que la Dra. Heidy Ortiz de Mercado, ha trabajado hasta el 8 de febrero de 2013 (criterio temporal coincidente con el expuesto por el Regulador) empero al mismo tiempo, que su desvinculación se ha hecho recién efectiva el 13 de febrero de 2013, conforme al contenido de la nota EPZ-605 de 13 de febrero de 2013 (y a su interpretación en ese sentido por parte de la recurrente), corresponde ratificar el criterio supra establecido, en sentido que el hecho relevante es -únicamente- la desvinculación propiamente dicha, la que al tenor del memorando GG-021 de 8 de febrero de 2013, ha operado en la misma fecha, y que por resultar originado en una actuación de la propia Electricidad de La Paz S.A.

ELECTROPAZ, ahora **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**, determine que esta asumió conocimiento de la destitución el mismo 8 de febrero de 2013, por lo que corresponde dar razón al Ente Regulador, cuando señala que:

> "…*en aplicación del principio de verdad material, remitiéndonos al expediente administrativo se establece que la entidad regulada al haber emitido el 8 de febrero de 2013 el memorándum de retiro cite GG-021 y haberlo comunicado a la Dra. Heidy Ortiz de Mercado en la misma fecha, indefectiblemente tenía conocimiento de dicho hecho relevante a partir del mismo 8 de febrero de 2013, es decir que en cumplimiento de la normativa citada, debió comunicarlo en el transcurso del día 13 de febrero de 2013, considerando que los días 11 y 12 eran feriados de carnaval. Por lo tanto, pesé a que su carta es del día 13 de febrero, al haberla remitido a este Órgano de Supervisión, recién el día 14 de febrero de 2013, ha incurrido en un día de retraso en el envío de dicha información. Situación que se encuentra corroborada por la propia entidad en su carta DLP-1805, al manifestar que se envió la carta a ASFI el 14 de febrero "toda vez que se trataba de un hecho relevante y su Gerente General como firma autorizada, se encontraba de viaje*…" (Res. Adm. ASFI N° 411/2014).

En tal entendido y en lo que hace a este alegato en concreto, los restantes argumentos del Recurso Jerárquico (sobre la implicación del uso del intransitivo "*a partir*" en la nota EPZ-605, su interpretación acerca de la existencia de "*dos periodos que generarían distintos hechos relevantes*", que existiría un error al referirse al segundo periodo "*indicando que el plazo se habría comenzado a partir del 8 de febrero, siendo lo correcto el 13 de febrero*"), así como pretender resulte un justificativo aceptable la supuesta ausencia del representante legal en la debida oportunidad de presentar el informe, resultan irrelevantes.

En definitiva y en general, el alegato es inadmisible.

2.5. La sanción de multa.-

En cuanto a la sanción que le ha sido impuesta (***multa*** *equivalente en Bolivianos a* ***$us.50***.- (***CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS***), la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ** en su Recurso Jerárquico (numeral 3.5), alega:

> "…*la RA 411 se pronuncia sobre la aplicación de la sanción dispuesta en la RA 238, evitando su modificación bajo el supuesto de que la normativa no prevé penalidades más leves que la impuesta a DELAPAZ, puesto que la amonestación solo podrá considerarse en infracciones leves, considerando a tales, aquellos hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse* (…) *dicha aseveración no hace más que poner en evidencia los resultados perversos que ha tenido sobre el procedimiento, la incorrecta imputación de cargos. Toda vez que esta empresa, en cabal conocimiento de que se nos procesaba por un hecho relevante distinto al que se establecía en la nota ASFI/DSV/R-42915/2014, bien se pudo apelar única y exclusivamente al Principio de Igualdad y Proporcionalidad*…"

La posición de la recurrente compele a la transcripción compulsiva de los artículos involucrados de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores):

> "…***ARTÍCULO 109.- AMONESTACION.*** *La sanción de amonestación se impondrá por*

escrito y recaerá sobre faltas e infracciones leves (hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse), que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regularización. La reincidencia en esta misma infracción será sancionada con multa.

ARTÍCULO 110.- MULTAS. *La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento…*"

Entonces, de la compulsa entre los artículos 109° (*Amonestación*) y 110° (*Multas*), primer párrafo, de la Ley nombrada, se debe concluir en los extremos -entonces legales- siguientes:

- La sanción de amonestación, es aplicable a las "*faltas e infracciones leves*", las que a su vez están definidas por el mismo artículo, como "*hechos o* ***actos imprudentes que no pudieron evitarse***"; **<u>es en función de ello</u>** que se establece la aplicabilidad de la amonestación, a las faltas "*que no causen daño o perjuicio económico* (…) *y sean susceptibles de enmienda o regularización*".

- La sanción de multa, en cambio, es aplicable a "*infracciones u omisiones cometidas por culpa grave*", definidos estos como los "*actos y hechos cometidos por* ***negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar***" (en ambos casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Desde luego que el *retraso en el envío de información*, por la naturaleza de su acción, no puede resultar en un *acto imprudente que no pudo evitarse*, sino que necesariamente constituye un acto *cometido por negligencia o imprudencia que pudo o se debió evitar*.

En tal circunstancia, resulta palmaria la aplicabilidad al caso del artículo 110°, primer párrafo, de la Ley N° 1834 (del Mercado de Valores), conforme lo ha dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Por ello (y en función además de lo supra establecido con respecto al error contenido en la nota ASFI/DSV/R-42915/2014 de la que señala que, "*se nos procesaba por un hecho relevante distinto*"), hace inadmisible lo alegado en este sentido, por la **DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ**.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que en la sustanciación del proceso administrativo sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a efectos del pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, ha realizado un correcto análisis de los antecedentes que hacen al expediente, habiendo reconducido el trámite, válida y

oportunamente, conforme se lo permite la norma, en cuanto al error inicial de la nota de cargos y que inclusive se prolongó en la Resolución Administrativa sancionatoria; no obstante, realizó una mala aplicación de la norma referida a las formas de resolución.

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar parcialmente la resolución recurrida, cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014 de 11 de junio de 2014, modificando su artículo primero de la siguiente manera:

> "***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución ASFI N° 238/2014 de 28 de abril de 2014, modificando el término "renuncia" por "destitución", de acuerdo a lo establecido en la presente resolución y manteniendo el monto de la sanción de multa impuesta a* ***DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A. DELAPAZ****, por retraso en el envío de información del hecho relevante observado*".

II. Las restantes disposiciones que salen de la parte resolutiva de la precitada Resolución Administrativa ASFI N° 411/2014, quedan firmes, vigentes y subsistentes.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA
KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS
COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “SAN PEDRO” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 444/2104 DE 24 DE JUNIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 070/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014

FALLO

REVOCAR PARCIALMENTE – ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2014

La Paz, 26 de noviembre de 2014

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos de manera separada, por la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA**, en calidad de ex Consejera **y KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, en calidad de ex Presidente del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**, la primera contra la Resolución Administrativa ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014, que en sustanciación de Recursos de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2014 de 5 de mayo de 2014, y el segundo contra la Resolución Administrativa ASFI N° 471/2014 de 04 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, todas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 063/2014 de 17 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 120/2014 de 20 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los recursos jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 14 de julio de 2014, la señora **BETTY ROJAS DE ARRAZOLA**,

miembro del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014, que en sustanciación del Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2014 de 5 de mayo de 2014.

Que, por nota presentada el 23 de julio de 2014, el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, miembro del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** interpone Recurso de Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 471/2014 de 04 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014.

Que, mediante notas ASFI/DAJ/R-110529/2014 con fecha de recepción 18 de julio de 2014, y ASFI/DAJ/R-115590/2014 con fecha de recepción 29 de julio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, cada uno de los expedientes que corresponden a los Recursos Jerárquicos presentados por **BETTY ROJAS DE ARRAZOLA** y **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, contra las Resoluciones Administrativas ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014 y Resolución Administrativa N° ASFI 471/2014 de 04 de julio de 2014, respectivamente.

Que, mediante Auto de Admisión de fechas 21 de julio de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA,** notificado en fecha 28 de julio de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de 01 de agosto de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **KURTH HOFFMANN BARRIENTOS**, notificado en fecha 05 de agosto de 2014.

Que, mediante Auto de fecha 21 de julio de 2014, se dispuso la notificación a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **BETTY ROJAS DE ARRAZOLA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014, como tercero legítimo interesado.

Que, mediante Auto de fecha 01 de agosto de 2014, se dispuso la notificación a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** con el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 471/2014 de 04 de julio de 2014, como tercero legítimo interesado.

Que, en atención a la solicitud de fecha 25 de agosto de 2014, se fijó audiencia de Exposición Oral de Fundamentos por parte de la señora **BETTY ROJAS DE ARRAZOLA,** para el día jueves 11 de septiembre de 2014 a horas 9:30 a.m., misma que no se llevó a cabo por inasistencia de la recurrente.

Que, en fecha 30 de septiembre de 2014, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos solicitada por el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS.**

Que, por Auto de 01 de octubre de 2014, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, dispone la acumulación de los recursos interpuestos por **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA** y **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**.

Que, mediante Auto de fecha 02 de octubre de 2014, se dispuso la notificación a través de un órgano de prensa de circulación nacional a los señores **Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles y Jorge Mercado Clavijo**, con los Recursos Jerárquicos interpuestos por **BETTY ROJAS DE ARRAZOLA** y **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, mediante notas ASFI/DSR II/R-45677/2014 y ASFI/DSR II/R-45319/2014, ambas de 26 de marzo de 2014, notificó a la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA y KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, respectivamente, en su calidad de miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** con los cargos por las presuntas contravenciones en las que habrían incurrido, conforme al siguiente texto:

(…)

1. *Al Inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, al haberse constatado que el Consejo de Administración aprobó gastos de representación, pasajes, viáticos y otros, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia, siendo que dicha aprobación era de competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria de Socios, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.1 "Gobernabilidad", inciso b), puntos ii) y iv) del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012, remitido a la entidad con la nota citada precedentemente.*

2. *Al Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y al Artículo 81 del Estatuto Orgánico, al haber evidenciado que la Cooperativa realizó la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca N°1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad ni beneficio a los socios, sin seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al Patrimonio de la entidad, siendo responsabilidad del Consejo de Administración la aprobación de dicha compra, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.14 "Otros Procesos" del citado Informe de Inspección*(…)

2. DESCARGOS.-

Que, los señores **BETTY ROJAS VDA DE ARRAZOLA y KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS,** a la notificación con los presuntos cargos imputados, no presentaron descargos o explicación alguna.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 270/2014 DE 5 DE MAYO DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con relación a la señora **BETTY ROJAS VDA DE ARRAZOLA**, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2014 de 5 de mayo de 2014, mediante la cual se determinó que:

"…***PRIMERO.-*** *En relación al Cargo 1, imponer a los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *sanción de multa pecuniaria equivalente a tres (3) veces la dieta percibida por asistencia a reunión de Consejo, por la inobservancia a lo establecido en el Inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, al haberse constatado que el Consejo de Administración aprobó gastos de representación, pasajes, viáticos y otros, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia, siendo que dicha aprobación era de competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria de Socios, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.1 "Gobernabilidad", inciso b), puntos ii) y iv) del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012.*

SEGUNDO.- *En relación al Cargo 2, imponer a los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *sanción de multa pecuniaria equivalente a cinco (5) veces la dieta percibida por asistencia a reunión de Consejo, por la inobservancia a lo establecido en el Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y al Artículo 81 del Estatuto Orgánico, al haberse evidenciado que la Cooperativa realizó la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca N°1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad ni beneficio a los socios, sin seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al Patrimonio de la entidad, siendo responsabilidad del Consejo de Administración la aprobación de dicha compra, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.14 "Otros Procesos" del Informe de Inspección.*

TERCERO.- *Las multas establecidas deberán ser depositadas en la Cuenta Fiscal N° 1- 4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

CUARTO.- *En cumplimiento del Artículo 53 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la próxima Asamblea de Socios de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *debiendo remitir a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva, con las determinaciones adoptadas…*"

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

CARGO 1

Que, el inciso m) del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, determina que es competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria: "Aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc. relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Consejo (sic) *de Vigilancia e Inspector de Vigilancia. Queda terminante prohibido que la cooperativa, tramite tarjetas de crédito para solventar gastos de los miembros de los diferentes consejos y comisiones.".*

Que, de la evaluación de los antecedentes, las notas de ASFI/DSR II/R-45628/2014, ASFI/DSR II/R-45645/2014, ASFI/DSR II/R-45665/2014, ASFI/DSR II/R-45677/2014 y ASFI/DSR II/R-45683/2014 de 26 de marzo de 2014, dirigidas a los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *así como el hecho de que las personas mencionadas no han presentado descargos ni explicaciones respectivas, se han determinado los siguientes aspectos:*

1. *El inciso m) del Artículo 43 del Estatuto citado precedentemente, determina que es competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria, aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc. relacionados a las actividades que realizan los Consejos de Administración y Vigilancia así como el Inspector de Vigilancia de la entidad.*

2. *De acuerdo a lo señalado en el Numeral 2.1.1 "Gobernabilidad", inciso b), puntos ii) y iv) del Informe de inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y la documentación proporcionada por la Cooperativa en la visita de inspección señalada, se verificó que, mediante Resolución N° 02/2006, el Consejo de Administración aprobó el Reglamento de Gastos, documento que fue actualizado en el mes de abril de 2011, el cual establece en los artículos 29, 38 y 41, que el Consejo de Administración tiene la facultad de aprobar los gastos para viáticos, uniformes y presentes navideños, respectivamente.*

3. *Por lo que se pudo evidenciar que durante la gestión 2011, la Cooperativa ha*

efectuado gastos para miembros de los Consejos por concepto de viáticos, refrigerios y uniformes que no fueron autorizados bajo una política aprobada por la Asamblea General Ordinaria de Socios, incumpliendo lo establecido en el Estatuto de la entidad, de acuerdo al siguiente detalle:

Concepto	Detalle	Monto Bs.
Pasajes y viáticos a Consejeros	Suma global de sus gastos de la gestión.	92,090
Refrigerio a Consejeros	Pago por Refrigerios por reuniones de los Consejos de Administración y Vigilancia.	20,115
Uniformes de Consejeros	Uniformes para Directores aprobado por el Gerente General y el Presidente del Consejo de Administración.	17,500
Total Bs.		**129,705**

Que, se puede determinar que los miembros de los Consejos habrían sido beneficiados por estos conceptos, en detrimento del Patrimonio de la Cooperativa, en razón a que los gastos mencionados, no fueron aprobados por la instancia correspondiente.

Que, el incumplimiento contenido en el numeral 1 de las notas de cargos ASFI/DSR II/R-45628/2014, ASFI/DSR II/R-45645/2014, ASFI/DSR II/R-45665/2014, ASFI/DSR II/R-45677/2014 y ASFI/DSR II/R-45683/2014 de 26 de marzo de 2014, no ha sido desvirtuado, al no haberse presentado los descargos respectivos, situación que amerita la imposición de sanción administrativa a los mismos.

CONSIDERANDO:

CARGO 2

Que, el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa establece que el Comité Económico: Efectuará un control del gasto y las inversiones de acuerdo al presupuesto de la gestión.

Asimismo, evaluará los cuadros de cotizaciones presentados por la Gerencia para efectuar compras mayores de acuerdo al plan de gestión.

Que, el Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios de la Cooperativa establece los requisitos que deben cumplir para la adquisición de bienes.

Que, efectuada la evaluación de los antecedentes, las notas de cargos respectivas y el hecho de que los involucrados no han presentado los descargos ni explicaciones pertinentes, se han determinado los siguientes aspectos:

1. *El Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de*

Servicios, concordante con el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, establecen los requisitos que debe cumplir la entidad para la compra de bienes y contratación de servicios, Mayores a $us. 2.000 Dos Mil 00/100 Dólares Americanos.

2. *El Numeral 2.1.14 "Otros Procesos" del Informe de inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y la documentación proporcionada por la Cooperativa en la visita de inspección señalada, se verificó que no cursa en la Cooperativa, los requisitos mínimos establecidos en el Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios y el Estatuto Orgánico para la adquisición del terreno ubicado en la Avenida Cotoca N°1212 en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, por un valor de Bs2,748,000, equivalente a $us400,000.*

3. *Mediante carta ASFI/DSR II/ R-17036/ 2014 de 3 de febrero de 2014, esta Autoridad de Supervisión, solicitó a la Cooperativa remitir, hasta el 14 de febrero del presente año, la siguiente documentación:*

   a) *Acta del Consejo de Administración sobre la decisión tomada con relación al destino que se dará al citado terreno.*

   b) *Productos e informe final de la Consultoría de Servicios de Factibilidad del Proyecto para la apertura de una Agencia de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Pedro Ltda. en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.*

   c) *Informe documentado del Auditor Interno, respecto al cumplimiento del contrato suscrito con el consultor Raúl Alfonzo Rivero Adriazola en fecha 18 de agosto de 2011, así como, de los pagos efectuados por este servicio, en el que se deberá establecer responsabilidades de las personas involucradas en la contratación de esta consultoría.*

Que, dicha documentación no fue remitida por la entidad, evidenciándose la compra de dicho terreno por un monto considerable, sin contar con respaldos técnicos y legales, correspondientes, debiendo tomarse en cuenta que la compra de algún inmueble por parte de la Cooperativa, deberá ser para uso exclusivo de la entidad, en la prestación de servicios a clientes y asociados, caso contrario, toda compra que no genere rentabilidad y los señalados beneficios, va en contra de los intereses de los socios y del Patrimonio de la entidad.

Que, el presunto incumplimiento contenido en el numeral 2 de las notas de cargos ASFI/DSR II/R-45628/2014, ASFI/DSR II/R-45645/2014, ASFI/DSR II/R-45665/2014, ASFI/DSR II/R-45677/2014 y ASFI/DSR II/R-45683/2014 de 26 de marzo de 2014, dirigidas a los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa no ha sido desvirtuado al no haberse presentado los descargos respectivos, situación que amerita la imposición de sanción administrativa a los mismos.

CONSIDERANDO:

Modulación de la Sanción

Que, corresponde evaluar las sanciones a imponerse a los miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, para lo cual debe considerarse lo siguiente:

Para la modulación de la sanción debe considerarse lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que se señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Tipificación

Que, los incumplimientos notificados a los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa se encuentran tipificados en:

1. *El inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

2. *El Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y al Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

Calificación

Que, conforme el Artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), vigente a la fecha del incumplimiento, el cual dispone que: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de la siguiente sanción administrativa, 5) Multas personales a directores, síndicos, miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente, que solo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. (…).

Gradación.

Que, al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio, bien pudieron evitarse de haberse tomado en cuenta y cumplido por parte de los miembros del Consejo de Administración citados precedentemente, las disposiciones vigentes, configurándose acciones por negligencia debido a la falta de cumplimiento del Estatuto Orgánico de la Entidad y el Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios.

Modulación.

Que, a los efectos de modular las sanciones aplicables, se debe considerar la existencia del criterio reglado según lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II, Libro 7°de la entonces Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, para aplicar la discrecionalidad reglada otorgada por la normativa regulatoria antes citada, se considera que las infracciones motivo del presente proceso sancionatorio, se encuentran plenamente demostradas según los argumentos expuestos en el presente informe.

Que, los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *han inobservado lo previsto en:*

1. *El inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

2. *El Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

Que, debe considerarse que el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título II, Libro 7° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de los hechos, no especifica una sanción para estos incumplimientos, no obstante, el Artículo 61 del citado Reglamento dispone que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones u órdenes específicas impartidas por ASFI no contempladas en dicho Reglamento, serán evaluadas por la Directora Ejecutiva dentro del Marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que bajo el principio de legalidad y tipicidad, corresponde considerar una de las sanciones previstas en el Artículo 99 de la citada Ley.

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), vigente a la fecha del incumplimiento, en concordancia con lo determinado por el artículo 102 del mismo cuerpo normativo, en el caso de la inobservancias al inciso m) del Artículo 43 del

Estatuto Orgánico de la Cooperativa, corresponde la imposición de sanción de multa pecuniaria, considerando que la infracción cometida, obedece a la falta de diligencia y prudencia en el criterio de los señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, los que habrían autorizado en forma indebida los gastos realizados, en detrimento del Patrimonio de la Cooperativa, los cuales habrían sido realizados bajo una política que no fue aprobada por la instancia correspondiente.

Que, en relación a la infracción prevista en el Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa y de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), vigente a la fecha del incumplimiento, en concordancia con lo determinado por el artículo 102 del mismo cuerpo normativo, corresponde la imposición de sanción de multa pecuniaria, considerando que la infracción cometida, obedece a la falta de diligencia y prudencia en el criterio los involucrados, los que autorizaron la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca N°1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad ni beneficio a los socios, sin seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al Patrimonio de la entidad…" (Sic).

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 333/2014 DE 19 DE MAYO DE 2014

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con relación al señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, determinó:

"…***PRIMERO.-*** *En relación al Cargo 1, imponer al señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *a la fecha de producida la infracción, sanción de multa pecuniaria equivalente a tres (3) veces la dieta percibida por asistencia a reunión de Consejo, por la inobservancia a lo establecido en el Inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, al haberse constatado que el Consejo de Administración aprobó gastos de representación, pasajes, viáticos y otros, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia, siendo que dicha aprobación era de competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria de Socios, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.1 "Gobernabilidad", inciso b), puntos ii) y iv) del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012.*

SEGUNDO.- *En relación al Cargo 2, imponer al señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *a la fecha de*

producida la infracción, sanción de multa pecuniaria equivalente a cinco (5) veces la dieta percibida por asistencia a reunión de Consejo, por la inobservancia a lo establecido en el Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y al Artículo 81 del Estatuto Orgánico, al haberse evidenciado que la Cooperativa realizó la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca N°1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad ni beneficio a los socios, sin seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al Patrimonio de la entidad, siendo responsabilidad del Consejo de Administración la aprobación de dicha compra, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.14 "Otros Procesos" del Informe de Inspección.

TERCERO.- *Las multas establecidas deberán ser depositadas en la Cuenta Fiscal N° 1- 4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

CUARTO.- *En cumplimiento del Artículo 53 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la próxima Asamblea de Socios de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *debiendo remitir a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva, con las determinaciones adoptadas".*

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

"…***CARGO 1***

Que, el inciso m) del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, determina que es competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria: "Aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc. relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia. Queda terminante prohibido que la cooperativa, tramite tarjetas de crédito para solventar gastos de los miembros de los diferentes consejos y comisiones.".

Que, de la evaluación de los antecedentes, la Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-45319/2014 de 26 de marzo de 2014, dirigida al señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *al momento de la infracción, así como el hecho de que el mismo no ha presentado descargos ni explicaciones respectivas, se han determinado los siguientes aspectos:*

1. *El inciso m) del Artículo 43 del Estatuto citado precedentemente, determina que es competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria, aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc. relacionados a las actividades que realizan los Consejos de Administración y Vigilancia así como el Inspector de Vigilancia de la entidad.*

2. *De acuerdo a lo señalado en el Numeral 2.1.1 "Gobernabilidad", inciso b), puntos ii) y iv) del Informe de inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y la documentación proporcionada por la Cooperativa en la visita de inspección señalada, se verificó que, mediante Resolución N°02/2006, el Consejo de Administración aprobó el Reglamento de Gastos, documento que fue actualizado en el mes de abril de 2011, el cual establece en los artículos 29, 38 y 41, que el Consejo de Administración tiene la facultad de aprobar los gastos para viáticos, uniformes y presentes navideños, respectivamente.*

3. *Por lo que se pudo evidenciar que durante la gestión 2011, la Cooperativa ha efectuado gastos para miembros de los Consejos por concepto de viáticos, refrigerios y uniformes que no fueron autorizados bajo una política aprobada por la Asamblea General Ordinaria de Socios, incumpliendo lo establecido en el Estatuto de la entidad, de acuerdo al siguiente detalle:*

Concepto	***Detalle***	***Monto Bs.***
Pasajes y viáticos a Consejeros	*Suma global de sus gastos de la gestión.*	*92,090*
Refrigerio a Consejeros	*Pago por Refrigerios por reuniones de los Consejos de Administración y Vigilancia.*	*20,115*
Uniformes de Consejeros	*Uniformes para Directores aprobado por el Gerente General y el Presidente del Consejo de Administración.*	*17,500*
Total Bs.		***129,705***

Que, se puede determinar que los miembros de los Consejos habrían sido beneficiados por estos conceptos, en detrimento del Patrimonio de la Cooperativa, en razón a que los gastos mencionados, no fueron aprobados por la instancia correspondiente.

Que, el incumplimiento contenido en el numeral 1 de la nota de cargos ASFI/DSR II/R-45319/2014 de 26 de marzo de 2014, no ha sido desvirtuado, al no haberse presentado los descargos respectivos, situación que amerita la imposición de sanción administrativa.

CONSIDERANDO:

CARGO 2

Que, el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa establece que el Comité Económico, efectuará un control del gasto y las inversiones de acuerdo al presupuesto de la gestión.

Asimismo, evaluará los cuadros de cotizaciones presentados por la Gerencia para efectuar compras mayores de acuerdo al plan de gestión.

Que, el Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios de la Cooperativa establece los requisitos que deben cumplir para la adquisición de bienes.

Que, efectuada la evaluación de los antecedentes, la nota de cargos respectiva y el hecho de que el involucrado no ha presentado los descargos ni explicaciones pertinentes, se han determinado los siguientes aspectos:

1. *El Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios, concordante con el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, establecen los requisitos que debe cumplir la entidad para la compra de bienes y contratación de servicios, Mayores a $us2.000 (Dos Mil 00/100 Dólares Americanos).*

2. *El Numeral 2.1.14 "Otros Procesos" del Informe de inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y la documentación proporcionada por la Cooperativa en la visita de inspección señalada, se verificó que no cursa en la Cooperativa, los requisitos mínimos establecidos en el Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios y el Estatuto Orgánico para la adquisición del terreno ubicado en la Avenida Cotoca N°1212 en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, por un valor de Bs2,748,000, equivalente a $us400,000.*

3. *Mediante carta ASFI/DSR II/R-17036/2014 de 3 de febrero de 2014, esta Autoridad de Supervisión, solicitó a la Cooperativa remitir, hasta el 14 de febrero del presente año, la siguiente documentación:*

   a) Acta del Consejo de Administración sobre la decisión tomada con relación al destino que se dará al citado terreno.
   b) Productos e informe final de la Consultoría de Servicios de Factibilidad del Proyecto para la apertura de una Agencia de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Pedro Ltda. en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

   c) Informe <u>documentado</u> del Auditor Interno, respecto al cumplimiento del contrato suscrito con el consultor Raúl Alfonzo Rivero Adriazola en fecha 18 de agosto de 2011, así como, de los pagos efectuados por este servicio, en el que se deberá establecer responsabilidades de las personas involucradas en la contratación de esta consultoría.

Que, dicha documentación no fue remitida, evidenciándose la compra de dicho terreno por un monto considerable, sin contar con respaldos técnicos y legales, correspondientes, debiendo tomarse en cuenta que la compra de algún inmueble por parte de la Cooperativa, deberá ser para su uso exclusivo, en la prestación de servicios a clientes y asociados, caso contrario, toda compra que no genere

rentabilidad y los señalados beneficios, va en contra de los intereses de los socios y del Patrimonio de la entidad.

Que, el presunto incumplimiento contenido en el numeral 2 de la nota de cargos ASFI/DSR II/R-45319/2014 de 26 de marzo de 2014, dirigida al señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa a la fecha de la infracción, no ha sido desvirtuado al no haberse presentado los descargos respectivos, situación que amerita la imposición de sanción administrativa.

CONSIDERANDO:

Modulación de la Sanción

Que, corresponde evaluar las sanciones a imponerse al señor Hoffmann, para lo cual debe considerarse lo siguiente:

Para la modulación de la sanción debe considerarse lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que se señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Tipificación

Que, los incumplimientos notificados al señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa a la fecha de las infracciones, se encuentran tipificados en:

1. *El inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*
2. *El Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y al Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

Calificación

Que, conforme el Artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), vigente a la fecha del incumplimiento, el cual dispone que: "Cuando las

entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de la siguiente sanción administrativa, 5) Multas personales a directores, síndicos, miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente, que solo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. (…).

Gradación

Que, al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio, bien pudieron evitarse de haberse tomado en cuenta y cumplido por parte del señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa a la fecha de las infracciones, las disposiciones vigentes, configurándose acciones por negligencia debido a la falta de cumplimiento del Estatuto Orgánico de la Entidad y el Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios.

Modulación

Que, a los efectos de modular las sanciones aplicables, se debe considerar la existencia del criterio reglado según lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título II, Libro 7°de la entonces Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, para aplicar la discrecionalidad reglada otorgada por la normativa regulatoria antes citada, se considera que las infracciones motivo del presente proceso sancionatorio, se encuentran plenamente demostradas según los argumentos expuestos en el presente informe.

Que, el señor Kurth Hoffmann Barrientos, Presidente del Consejo de Administración de la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *a la fecha de producidas las infracciones, ha inobservado lo previsto en:*

1. *El inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

2. *El Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.*

Que, debe considerarse que el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título II, Libro 7° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de los hechos, no especifica una sanción para estos incumplimientos, no obstante, el Artículo 61 del citado Reglamento dispone que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones u órdenes específicas impartidas por ASFI no contempladas en dicho Reglamento, serán evaluadas por la Directora Ejecutiva dentro del Marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que bajo el principio de legalidad y tipicidad, corresponde considerar una de las sanciones previstas en el Artículo 99 de la citada Ley.

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), vigente a la fecha del incumplimiento, en concordancia con lo determinado por el artículo 102 del mismo cuerpo normativo, en el caso de la inobservancias al inciso m) del Artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, corresponde la imposición de sanción de multa pecuniaria, considerando que la infracción cometida, obedece a la falta de diligencia y prudencia en el criterio del señor Kurth Hoffmann Barrientos, en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa, a la fecha de la infracción, el que habría autorizado en forma indebida juntamente a los demás miembros del citado Consejo, los gastos realizados, en detrimento del Patrimonio de la Cooperativa, los cuales habrían sido realizados bajo una política que no fue aprobada por la instancia correspondiente.

Que, en relación a la infracción prevista en el Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y el Artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa y de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), vigente a la fecha del incumplimiento, en concordancia con lo determinado por el artículo 102 del mismo cuerpo normativo, corresponde la imposición de sanción de multa pecuniaria, considerando que la infracción cometida, obedece a la falta de diligencia y prudencia en el criterio del involucrado, el que juntamente a los demás miembros del Consejo de Administración, autorizó la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca N°1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad ni beneficio a los socios, sin seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al Patrimonio de la entidad…"

5. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

5.1. Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA.-

Con carta presentada en fecha 27 de mayo de 2014, la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA MIEMBO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2014 de 5 de mayo de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…*Fundo el Recurso en los argumentos que paso a exponer a continuación:*

1. *Los hechos que son tipificados como transgresiones al Estatuto de la Cooperativa y al Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios, supuestamente fueron cometidos en la gestión 2011.*

2. *El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que:* ***"ARTICULO 79° (Prescripción de Infracciones y Sanciones).-*** *Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del*

procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley."

3. *En el evento de que las infracciones hubiesen sido cometidas el último día de la gestión 2011, el plazo para computar los dos años previstos en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, venció el 31 de diciembre de 2013, fecha a la cual no se nos entregó notificación de ninguna naturaleza que interrumpa o suspenda la prescripción.*

4. *La prescripción a decir del Tratadista Guillermo Cabanellas de las Cuevas es un medio de extinción de cualquier obligación. El Diccionario Jurídico señala a la letra: "* ***Prescripción.-*** *Consolidación de una situación jurídica por el efecto del tiempo…..*(sic) *La prescripción se establece en el interés general, es un derecho futuro el cual no puede ser renunciado hasta tanto que no haya sido adquirido.."*

5. *La Sentencia Constitucional No. 1023/2004-R de fecha 1 de julio de 2004, establece las reglas generales de aplicación del Instituto de la Prescripción, determinando que la misma puede ser interpuesta en cualquier estado de la causa, aún en ejecución de Sentencia. La referida decisión constitucional en su punto III.2 indica a la letra: "111.2. Con relación a la problemática planteada, este Tribunal estableció que: "El fundamento de la prescripción es, por regla general, el deseo del legislador de imponer la paz social, la cual se vería amenazada por la actividad, largo tiempo diferida, de un acreedor o de un propietario. Este fundamento es admitido en la casi totalidad de las legislaciones, variando únicamente el plazo necesario para la prescripción y las causas o motivos de su interrupción o suspensión". En ese sentido, el art. 1492 del CC establece que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece, prescripción que comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de ejercerlo, de acuerdo a lo que dispone el art. 1493 del CC.; por otra parte, el art 1507 del referido cuerpo de normas establece que los derechos patrimoniales se extinguen por la prescripción en el plazo de cinco años, a menos que la ley disponga otra cosa.*

   Así, para aplicarse la prescripción aún sea en ejecución de sentencia y en este caso, sólo respecto al monto de la suma no ejecutada*, se impone determinar desde cuándo no se ha ejercido el derecho y si dentro del tiempo que corrió al efecto no hubo causas que suspendan o interrumpan la prescripción; no siendo pertinente tomar en cuenta la fecha de la solicitud para que se declare la prescripción, pues ésta no tiene otro fin que lograr la declaración judicial de un estado establecido por ley."*

6. *Los actos administrativos tienen que estar apegados a las normas jurídicas, preservando el principio de legalidad, establecido en el inciso g) del artículo 4to de la Ley de Procedimiento Administrativo que a la letra señala:* ***"Principio de legalidad y presunción de legitimidad:*** *Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;" A éste respecto al Tratadista Humberto Delgadillo Gutiérrez*

expresa: "El principio de legalidad se expresa en el sentido de que todos los actos de las autoridades administrativas deben tener su base en las disposiciones legales, puesto que, como hemos visto, las autoridades administrativas sólo pueden hacer lo que la ley les autoriza."

En aplicación del principio de legalidad y las previsiones contenidas en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, impetro a su autoridad que REVOQUE totalmente la resolución impugnada y declare PROBADA la prescripción interpuesta y sea con las formalidades de Ley…"

5. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

5.1. Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor KURTH HOFFMANN BARRIENTOS.-

Mediante nota presentada en fecha 05 de junio de 2014, el señor **KURTH HOFFMANN BARRIENTOS,** miembro del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"…*Fundo el recurso en los argumentos que paso a exponer a continuación:*

1. ***Nulidad de Obrados por Violación al Debido Proceso en su vertiente de Derecho a la Defensa***

   El artículo 66 del Decreto Supremo No. 27175 establece que la Autoridad Administrativa actuante tiene el deber de notificar con los cargos a efectos de que se presenten los descargos o justificaciones, otorgándoles para tal efecto el plazo de 3 a 15 días, conforme determina el artículo 67 de la referida norma.

   Textualmente los indicados artículos indican a la letra:

   "Artículo 66.- (Notificación de Cargos). I. Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos impugnados, advirtiéndoles que de no presentar pruebas de descargo o justificaciones en el término establecido, se emitirá la resolución correspondiente.

   II. La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa."

   "Artículo 6. (Tramitación). 1. En la misma notificación de cargos, el Superintendente concederá un plazo, no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos, salvándose los plazos establecidos para el mismo efecto en las leyes sectoriales, computables a partir de la notificación, para que el presunto infractor

presente todos los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos que creyere útiles para ejercitar su derecho de defensa."

Nunca se me notificaron con los cargos y menos se me otorgó la posibilidad de que ejerza el derecho de presentar descargos dentro del plazo que se tenía que abrir.

El incumplimiento de dicha formalidad invalida la Resolución recurrida. Se está violando el derecho constitucional del debido proceso en su vertiente del derecho a la defensa que se encuentra previsto y resguardo por los artículos 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado.

El inciso d) del parágrafo 1 del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica a la letra: "1. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado;..."

2. ***Incorrecta interpretación de los alcances del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa***

La Asamblea General de Socios, entre sus atribuciones, tiene las de aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc., relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia.

Dichas políticas se encuentran incorporadas y han sido aprobadas por la Asamblea General de Socios dentro del presupuesto de la gestión. Las políticas son parámetros marco dentro de cuales debe desarrollar sus actividades el Consejo de Administración. Una política no implica ingresar al detalle de la operación que autoriza. El Diccionario de Administración y Finanzas de J.M. Rosenberg define a la política como:

"Planificación de una acción." El mejor instrumento de planificación y control es el presupuesto, por lo tanto la Asamblea de Socios ha ejercido sus prerrogativas de aprobar las políticas de gastos que ahora son observadas o cuestionadas.

La Certificación que se acompaña a la presente, emitida por la Gerencia General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro", establece que el presupuesto de la gestión 2011, 2102 y 2013 ha sido aprobado por la Asamblea General Ordinaria de Socios, dentro del cual se consideró los conceptos siguientes: i) Remuneración a Directores; u) Viáticos; iii) Refrigerio; iv) Pasajes; y) Uniformes. Habiéndose aprobado un gasto global de Bs. 751.548,20.

Al momento en que la Asamblea de Socios ejercicio su derecho de aprobar el presupuesto, ha otorgado una autorización de gasto, con la única limitación de no sobrepasar el monto asignado para cada ítem presupuestario. La referida certificación también declara y demuestra que, conforme determinan los informes de Auditoría Interna, en ninguna de las indicadas gestiones se sobrepasó el límite indicado.

Aunque no observa tal aspecto la Resolución recurrida, se debe hacer notar que los gastos por viáticos y pasajes se encuentran justificados y han sido realizados en beneficio de las actividades de la Entidad.

A partir de los hechos descritos, se demuestra que la Asamblea de Socios aprobó la ejecución de los gastos de viáticos y pasajes que son observados.

3. ***Incorrecta Interpretación de los alcances del artículo lo del Reglamento de Compra y/o servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico***

El artículo 2do de la resolución recurrida señala que la sanción que se me impone está sustentada en el hecho de que se ha "... evidenciado que la Cooperativa realizó la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca No. 12112 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad, ni beneficio a los socios, al seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al patrimonio de la Entidad..."

La observación está dividida en los aspectos. La primera de índole sustancial, referida a que la compra ha generado perjuicio o daño y no ha producido ninguna utilidad. La segunda que no se ha observado el proceso de contratación.

En relación a la primera afirmación, señalamos con plena firmeza de que la compra ha sido absolutamente beneficiosa para los intereses de la Cooperativa. La certificación emitida por la Gerencia General de la Cooperativa demuestra que el indicado terreno fue adquirido en la suma de $US. 400.000.- en fecha 21 de octubre de 2011. Asimismo, en fecha 4 de abril de 2014, dos años y 6 meses después, la Cooperativa vendió el mismo terreno en el precio total de $US. 520.000.-. ***Operación que reditúo a la Cooperativa una ganancia, ingreso adicional o utilidad de $US. 120.000.-*** *equivalente al 30 % de la inversión inicial, sin que exista ningún tipo de riesgo para los socios o la Entidad. Es de conocimiento general que mejor inversión, en ésta coyuntura económica, es la inmobiliaria. Afirmación ésta que no puede ser desconocida por la ASFI.*

<u>Los números descritos precedentemente rebaten, por sí solos, la falsa afirmación de que no generó ninguna utilidad, ni beneficio a los socios de la Cooperativa.</u>

Además es de hacer notar que la adquisición el terreno tenía como finalidad la apertura de una sucursal en la ciudad de Santa Cruz. No es que fue una compra sin ningún sentido. De haberse consolidado tal proyecto, los ingresos de la Cooperativa hubiesen mejorado y su crecimiento hubiese sido mayor. El mercado financiero de la (sic) *Santa Cruz de la Sierra es más atractivo que el Departamento de Cochabamba, tanto en el rubro de captaciones, como colocaciones de créditos.*

En cuanto a la segunda afirmación. Se tiene que puntualizar que la compra de un bien inmueble no se puede asimilar a la adquisición de bienes muebles recurrentes, para los cuales se ha elaborado el Reglamento de Adquisiciones. La compra de un inmueble, mucho más para la finalidad que se le pensaba otorgar, como es la apertura de una sucursal, tiene que tener un conjunto de requisitos y elementos que no pueden estar

simplemente amparados por tres cotizaciones. Las cuales tal vez hubiesen sido fáciles de obtener. La decisión del Consejo de Administración estuvo sustentada en elementos de fondo que tienen que ser considerados al momento de evaluar el acto cuestionado.

Después de buscar y analizar varias opciones, se determinó elegir ese inmueble esencialmente por su ubicación comercial. ***Primero*** *se encuentra en una rotonda que permite una visualización de los posibles usuarios de manera rápida (elemento comercial), con el aditamento de que en la cercanía se construyó el Supermercado Hipermaxi, actividad que por sí atrae a personas y otros agentes económicos que nos interesaba llegar.* ***Segundo*** *el precio ofertado era menor al que se nos proporcionó a través de inmobiliarias (elemento económico). Prueba irrefutable de ello es que a los 30 meses el mismo inmueble ha sido transferido en un precio superior al 30 %.*

Sin embargo también se cumplió con los requisitos de forma. Por la importancia de la adquisición la decisión inicial fue tomada por el pleno del Consejo de Administración. No se debe olvidar que el Comité Económico es parte del Consejo de Administración, por lo tanto si sus miembros están emitiendo su voluntad en el pleno, resultaría redundante tener un instrumento separado. Se está dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 81 del Estatuto, con el único aditamento que se están concentrando las decisiones en un solo acto, hecho que no está reñido con ninguna norma. Más bien se está precautelando la eficiencia en la toma de decisiones.

La Asamblea de Socios de 20 de abril de 2012, aprobó la adquisición del terreno. Decisión ésta que si bien fue adoptada en forma posterior a la suscripción de la minuta, tiene plena validez. No existe ninguna norma que prohíba a la Asamblea a dar por bien hecho o convalidar un acto. Por analogía se debe hacer referencia a las previsiones contenidas en el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso c) del parágrafo 1 del artículo 56 del Decreto Supremo No. 27113, normas éstas que señalan a la letra

"***Artículo 37° (Convalidación y Saneamiento). I.*** *Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.»*

"***ARTÍCULO 56.- (SUBSANACIÓN DE VICIOS). I.*** *La autoridad administrativa podrá sanear, convalidar o rectificar actos anulables, tomando en cuenta que: c) La rectificación consistirá en la corrección de errores materiales y/o aritméticos."*

Tanto en lo sustancial, como es el beneficio económico, como en lo formal se ha cumplido íntegramente todas los requisitos exigidos por lo tanto el cargo realizado no tiene sustento de ninguna naturaleza.

4. Prescripción

Sin aceptar la existencia, validez y legalidad de las transgresiones que son imputadas, interpongo prescripción del derecho de la Administración Pública para investigar los hechos que me son atribuidos e imponer una sanción. Los hechos que son tipificados

como transgresiones al Estatuto de la Cooperativa y al Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios, supuestamente fueron cometidos en la gestión 2011.

*El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que: "**ARTICULO 79° (Prescripción de Infracciones y Sanciones).-** Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley."*

En el evento de que las infracciones hubiesen sido cometidas el último día de la gestión 2011, el plazo para computar los dos años previstos en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, venció el 31 de diciembre de 2013, fecha a la cual no se nos entregó notificación de ninguna naturaleza que interrumpa o suspenda la prescripción.

La prescripción a decir del Tratadista Guillermo Cabanellas de las Cuevas es un medio de extinción de cualquier obligación. El Diccionario Jurídico señala a la letra: "Prescripción.- Consolidación de una situación jurídica por el efecto del tiempo….. La prescripción se establece en el interés general, es un derecho futuro el cual no puede ser renunciado hasta tanto que no haya sido adquirido.."

La Sentencia Constitucional No. 1023/2004-R de fecha 1 de julio de 2004, establece las reglas generales de aplicación del Instituto de la Prescripción, determinando que la misma puede ser interpuesta en cualquier estado de la causa, aún en ejecución de Sentencia. La referida decisión constitucional en su punto III.2 indica a la letra: «III.2. Con relación a la problemática planteada, este Tribunal estableció que: "El fundamento de la prescripción es, por regla general, el deseo del legislador de imponer la paz social, la cual se vería amenazada por la actividad, largo tiempo diferida, de un acreedor o de un propietario. Este fundamento es admitido en la casi totalidad de las legislaciones, variando únicamente el plazo necesario para la prescripción y las causas o motivos de su interrupción o suspensión". En ese sentido, el art. 1492 del CC establece que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece, prescripción que comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de ejercerlo, de acuerdo a lo que dispone el art. 1493 del CC.; por otra parte, el art. 1507 del referido cuerpo de normas establece que los derechos patrimoniales se extinguen por la prescripción en el plazo de cinco años, a menos que la ley disponga otra cosa.

***Así, para aplicarse la prescripción aún sea en ejecución de sentencia y en este caso, sólo respecto al monto de la suma no ejecutada**, se impone determinar desde cuándo no se ha ejercido el derecho y si dentro del tiempo que corrió al efecto no hubo causas que suspendan o interrumpan la prescripción; no siendo pertinente tomar en cuenta la fecha de la solicitud para que se declare la prescripción, pues ésta no tiene otro fin que lograr la declaración judicial de un estado establecido por ley.»*

*Los actos administrativos tienen que estar apegados a las normas jurídicas, preservando el principio de legalidad, establecido en el inciso g) del artículo 4to de la Ley de Procedimiento Administrativo que a la letra señala: "**Principio de legalidad y presunción de legitimidad:** Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;» A éste respecto al Tratadista Humberto Delgadillo Gutiérrez expresa: «El principio de legalidad se expresa en el sentido de que todos los actos de las autoridades administrativas deben tener su base en las disposiciones legales, puesto que, como hemos visto, las autoridades administrativas sólo pueden hacer lo que la ley les autoriza."*

5. Petitorio

Tomando en cuenta los aspectos que han sido descritos precedentemente solicito a su autoridad que admita el presente recurso y posteriormente revoque totalmente la resolución recurrida y ANULE OBRADOS HASTA EL VICIO MÁS ANTIGUO o ALTERNATIVAMENTE DECLARE PROBADA LA PRESCRIPCIÓN PLANTEADA O ANALIZANDO FONDO DETERMINE LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD…"

6. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS ASFI N° 444/2014 DE 24 DE JUNIO DE 2014

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con relación a la impugnación interpuesta por la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA** emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 444/2014 de 24 de junio de 2014, mediante la cual resolvió:

"…***ÚNICO: CONFIRMAR TOTALMENTE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 270/2014 de 05 de mayo de 2014***…"

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que, con carácter previo, corresponde señalar las actuaciones que se desarrollaron en forma posterior a la interposición del Recurso de Revocatoria promovido por la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRÁZOLA**, mediante nota presentada en fecha 26 de mayo de 2014, conforme el siguiente detalle:*

- *Mediante Auto Administrativo de 29 de mayo de 2014, se concedió a la recurrente cinco (5) días hábiles administrativos, para demostrar el cumplimiento de la sanción pecuniaria impuesta en la resolución recurrida, bajo el apercibimiento de declarar improcedente el recurso planteado.*

- *En respuesta la recurrente, a través del memorial presentado en fecha 09 de junio de 2014, promovió acción de inconstitucionalidad concreta, con el fin de expulsar del ordenamiento jurídico, la previsión normativa contenida en el parágrafo I, del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003. Pretensión que fue rechazada por este Órgano de*

Supervisión, a través de la Resolución Administrativa No. ASFI/161/2014 de 10 de junio de 2014, remitiendo antecedentes a conocimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional.

- *En fecha 13 de junio de 2014, la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRÁZOLA**, presentó memorial retirando el recurso de constitucionalidad promovido, pretensión que la realizó poniendo en manifiesto que la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) No. 2170/2013 de 21 de noviembre de 2013, declaró la "**Inconstitucionalidad",** de la última parte del parágrafo I, del artículo 47 del mencionado cuerpo reglamentario de disposiciones normativas, aprobado por el Decreto Supremo No. 27175, desistimiento que fue puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, para su consideración.*

Que, en el marco de las incidencias ocurridas en forma posterior a la interposición del Recurso de Revocatoria, interpuesto en contra de la Resolución ASFI No. 270/2014 de 05 de mayo de 2014, corresponde señalar que la decisión asumida por el máximo órgano de interpretación constitucional en la SCP No. 2170/2013 de 21 de noviembre de 2013, tiene eficacia "erga omnes", aspecto que en concordancia con las previsiones legales contenidas en los artículos 78 parágrafo II – numeral 4, 84 – parágrafos I y II de la Ley No. 254 (Código Procesal Constitucional) de 05 de julio de 2012, determinan la derogatoria de la disposición normativa que establecía como requisito que el recurrente demuestre el cumplimiento de la sanción impuesta al momento de interponer el Recurso de Revocatoria, aspecto por el cual, sin entrar en mayores consideraciones, obliga a este Órgano de Supervisión, ha emitir pronunciamiento respecto a los argumentos sometidos al examen de legalidad en vía recursiva.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde efectuar un breve resumen de las actuaciones desarrolladas en vía administrativa que conllevaron a la emisión del acto administrativo impugnado y sobre la problemática planteada en el presente Recurso:

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, planificó y realizó la inspección a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** para evaluar la gestión de riesgo operativo, con fecha de corte al 31 de enero de 2012, emitiendo el Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012, que contiene los resultados de la visita realizada a la entidad financiera, así como la existencia de presuntos incumplimientos a la normativa vigente, que en el caso que se juzga consiste en los puntos 2.1.1., inc. b), subnumerales ii) y iv), así como el punto 2.1.14., del citado instrumento administrativo que se remitió a conocimiento de la Cooperativa, en fecha 02 de mayo de 2012, a través de la Carta ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012.*

- *En respuesta a la Carta ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** remitió en fecha 05 de junio de 2012, la nota GG- CE -202/2012 de 30 de mayo de 2012, mediante la cual, se pone en conocimiento de ASFI, el Plan de Acción, que establece las*

medidas correctivas a ser adoptadas por la institución financiera respecto a las observaciones hechas por este Órgano de Supervisión.

Se adjunta a la nota referida en el párrafo anterior, el Acta del Consejo de Administración No. 03 de 04 de mayo de 2012 (Figura como miembro Betty Rojas Vda. de Arrázola), en el cual, se advierte que dicha instancia tomo conocimiento del informe de inspección emitido por ASFI.

- *En forma posterior, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, planificó y realizó otra inspección a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *para evaluar la gestión de riesgo operativo, con fecha de corte al 31 de octubre de 2013, emitiendo en consecuencia el Informe ASFI/DSR II/R-189970/2013 de 12 de diciembre de 2013, instrumento administrativo que se remitió a conocimiento de la Cooperativa, en fecha 02 de enero de 2014, a través de la Carta ASFI/DSR II/R-195639/2013 de 24 de diciembre de 2013, que contiene los resultados del seguimiento efectuado a la observaciones hechas en la anterior visita realizada a la entidad financiera, estableciendo que el incumplimiento relacionado al primer cargo, no fue subsanado totalmente; y respecto al segundo cargo, se requirió documentación de respaldo de la adquisición del terreno comprado por la Cooperativa, la misma que no fue entregada a la comisión de la inspección, habiendo proporcionado la entidad financiera un contrato suscrito con el consultor Raúl Alfonzo Rivero Adriazola, desconociendo ASFI, el producto entregado por este último respecto a la factibilidad de la apertura de una Agencia en dichos predios.*

- *Mediante Carta ASFI/DSR II/R-17036/2014 de 03 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión, solicitó a la Cooperativa, remitir hasta el 14 de febrero del presente año, documentación referida a la compra de terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca No. 1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, así como aquella información relacionada al producto final de la Consultoría que debió prestar el señor consultor Raúl Alfonzo Rivero Adriazola, requerimiento que no fue atendido en el plazo otorgado a la entidad financiera.*

- *Sobre la base de estos antecedentes, este Órgano Regulador, inició proceso sancionatorio a través de la Nota de Cargo, contenida en la Carta ASFI/DSR II/R-45677/2014 de 26 de marzo de 2014, que concluyó en la emisión de la Resolución ASFI No. 270/2014 de 05 de mayo de 2014, por la cual, se dispuso en contra de la ahora recurrente las sanciones de multa pecuniaria equivalente a tres (3) y cinco (5) veces la dieta percibida por asistencia a reunión de Consejo, respectivamente, en razón a los incumplimientos incurridos en su condición de miembro del Consejo de Administración de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.***
  (…)

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los hechos, argumentos expuestos por el recurrente, así como las disposiciones legales mencionadas precedentemente, se establece los aspectos siguientes:

El recurrente, en los fundamentos de la impugnación promovida en contra de la Resolución ASFI No. 270/2014 de 05 de mayo de 2014, ha señalado que las supuestas transgresiones que se le imputan en vía administrativa fueron cometidas en la gestión 2011 y que el plazo para computar los dos años previstos en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, venció el 31 de diciembre de 2013, fecha hasta la cual, no se le habría entregado notificación de ninguna naturaleza que interrumpa o suspenda la prescripción, figura jurídica que sería aplicable al caso que se juzga, fundamentando su pretensión sobre la base de la Sentencia Constitucional No. 1023/2004-R de 01 de julio de 2004, las definiciones de Tratadistas en Derecho, así como el principio de legalidad y presunción de legalidad que rige en el procedimiento administrativo.

Al respecto, sobre la figura jurídica de la "prescripción", el ordenamiento jurídico administrativo, ha delimitado su aplicación a lo previsto en el artículo 79 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, que expresamente señala: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley".

La previsión legal referida precedentemente, dispone que las infracciones incurridas por los regulados, prescriben en el término de dos años, empero es preciso aclarar a tal efecto que se debe determinar el momento en el cual se computa dicho plazo y si existió o no actuaciones que interrumpieron el mismo, con el fin de establecer si es aplicable o no en determinado caso.

Sobre la prescripción Capitant señala que la misma: "…es un modo de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo…"; asimismo, expresa que: "La prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración y el fin de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".

En este marco de ideas, es prudente acudir a lo mencionado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 052/2012 de 02 de octubre de 2002, que establece lo siguiente: "En el presente caso además, la prescripción alegada por los recurrentes empieza a correr desde que la misma fue descubierta, es decir, desde la notificación con el informe SB/ISR I/D-32686/2008 de 25 de junio de 2008, sobre inspección de Riesgo de Crédito al 31 de marzo de 2008, misma que a su vez, quedó suspendida con el inicio del

proceso sancionador a través de las notificaciones de cargo a los ahora recurrentes".

Bajo esta premisa, para establecer el momento a partir del cual se computa el plazo de dos (2) años previstos para la prescripción, es preciso tomar en cuenta que en el caso sometido a juzgamiento se advirtió la existencia de supuestas infracciones, a través del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012; en este sentido, se debe tener como fecha para el cómputo de la prescripción la notificación con dicho instrumento administrativo a la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *realizada el 02 de mayo de 2012, mediante Carta ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012, con los resultados de la inspección, consignando los incumplimientos incurridos por la mencionada entidad financiera y los miembros del Consejo de Administración.*

En el marco de lo mencionado precedentemente, el "diez a quo ex die" (día en que empieza a correr el tiempo), es decir, el momento desde el cual debe computarse el plazo de la prescripción, con relación al procedimiento administrativo sancionador del Sistema de Regulación Financiera, se debe tomar en cuenta desde el conocimiento de la entidad financiera de la infracción o contravención, contenida en el informe de inspección, que en el presente caso data del 02 de mayo de 2012.

Conforme lo desarrollado en el párrafo anterior, al haberse notificado a la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,*** *en fecha 02 de mayo de 2012 con el Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y más aun existiendo el Acta del Consejo de Administración No. 03 de 04 de mayo de 2012, en el cual, figura como miembro* ***BETTY ROJAS VDA. DE ARRÁZOLA****, elemento que evidencia el conocimiento de la recurrente del informe de inspección emitido por ASFI, al haberse realizado la notificación de cargos en fecha 08 de abril de 2014, mediante la Carta ASFI/DSR II/R-45677/2014 de 26 de marzo de 2014, se establece que no ha operado la prescripción por el transcurso del tiempo, al no haber transcurrido los dos (2) años que establece la previsión legal contenida en el artículo 79 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

Sin perjuicio de lo esgrimido con anterioridad, en los fundamentos de la presente Resolución, se ha señalado que otro de los postulados a evaluarse respecto a la figura jurídica de la prescripción, es la existencia o no de actuaciones que interrumpen el cómputo del plazo, aspecto por el cual, es prudente mencionar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, en la gestión 2013, ha realizado una nueva inspección de riesgo operativo, emitiendo el Informe ASFI/DSR II/R-189970/2013 de 12 de diciembre de 2013, que contiene los resultados del seguimiento efectuado a la observaciones hechas en la anterior visita realizada a la entidad financiera, instrumento administrativo que se remitió a conocimiento de la Cooperativa, en fecha 02 de enero de 2014, a través de la Carta ASFI/DSR II/R-195639/2013 de 24 de diciembre de 2013.

Continuando con lo referido en el párrafo anterior, cursan en esta entidad, la Carta ASFI/DSR II/R-17036/2014 de 03 de febrero de 2014, en virtud de la cual, se solicitó a la Cooperativa, remitir hasta el 14 de febrero del presente año, documentación relacionada a la compra de terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca No. 1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra y los resultados de los Consultoría contratada por la Cooperativa, que determine la factibilidad de la apertura de una Agencia en dichos predios, información que no fue remitida oportunamente a este Órgano de Supervisión.

Los dos hechos relatados acontecidos en forma posterior a la emisión del informe de inspección de la gestión 2012, se constituyen en actuaciones que interrumpen el plazo previsto para la prescripción en vía administrativa, puesto que fueron emitidos con el fin de realizar las diligencias preliminares y/o investigativas cuyo cumplimiento demanda el artículo 65 – parágrafos I y II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, con el fin de identificar las infracciones y a los presuntos responsables susceptibles de iniciación del procedimiento sancionatorio, constituyéndose por tal razón, en un elemento más, que determina la imposibilidad de disponer la prescripción de las infracciones cometidas por la recurrente, conclusión que encuentra fundamento en lo asumido por el ex Ministerio de Hacienda (sic), *en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 66/2007 de 18 de julio de 2007, que determina: "(…) la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no necesariamente con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones (…)"*

CONSIDERANDO:

Que, la recurrente bajo una justificación legal y doctrinal, se ha limitado a establecer que las infracciones o contravenciones, cuyo incumplimiento se le atribuye y sanciona en la Resolución ASFI No. 270/2014 de 05 de mayo de 2014, habrían prescrito, sin desvirtuar los fundamentos asumidos por este Órgano de Supervisión, en el acto administrativo recurrido, que no merecieron mayor observación por parte de la Sra. Rojas, adquiriendo por tal razón firmeza en vía administrativa, gozando de absoluta legalidad y presunción de legitimidad, como principios que rigen en la materia, conforme lo dispone el inc. g), artículo 4, de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, debe quedar claro que en el caso sometido a juzgamiento, la supuesta prescripción alegada por la recurrente, se constituye en un argumento que ha sido descartado producto del análisis realizado anteriormente, entonces se debe tener presente que el acto impugnado goza de la argumentación suficiente, conteniendo los requisitos de una motivación precisa, con la cita de los hechos, las consideraciones administrativas al caso concreto y la aplicación de las normas legales en las que se basa la Resolución emitida, cumpliendo de esa forma con la garantía del debido proceso en su elemento de motivación de las resoluciones; y, que no se evidencia agravio reclamado en forma

expresa por la recurrente respecto al fondo de la controversia o con relación a actos ilegales u omisiones indebidas, que hubiesen lesionado las garantías y derechos constitucionales que le asisten.

CONSIDERANDO:

Que, la presente Resolución ha enmarcado su análisis a las pretensiones asumidas en la impugnación promovida por la recurrente, conforme los presupuestos legales contenidos en el artículo 63, parágrafos I y II de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, de acuerdo al Informe Técnico ASFI/DSR II/R-87133/2014 de 06 de junio de 2014, Informe Legal ASFI/DAJ/R-95706/2014 de 23 de junio de 2014, se efectuó la evaluación de los agravios expuestos, concluyendo que los argumentos planteados por la señora ***BETTY ROJAS VDA. DE ARRÁZOLA,*** *en la impugnación promovida en fecha 26 de mayo de 2014, no desvirtúan las disposiciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión, a través de la Resolución ASFI No. 270/2014 de 05 de mayo de 2014, concluyendo sobre la base de los antecedentes en el presente caso, la norma aplicable y precedentes administrativos citados, que no existe causa justificada para disponer la prescripción de la infracciones incurridas por la recurrente y que en resguardo de un debido proceso se debe "Confirmar Totalmente", el acto administrativo impugnado...*"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 471/2014 DE 04 DE JULIO DE 2014.-

Que, en lo que refiere al señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 471/2014 de 04 de julio de 2014, mediante la cual resolvió:

"…***ÚNICO:*** ***CONFIRMAR*** *la Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, conforme a los criterios expuestos en la presente Resolución*".

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

"…*Que, la prescripción constituye una forma de extinción de una obligación en razón de haber transcurrido el término establecido por ley para que la instancia llamada a exigir su cumplimiento haya iniciado el procedimiento para el cobro.*

Que, el pronunciamiento sobre la prescripción invocada por el interesado en la impugnación a la Resolución ASFI N° 333/2014 de 18 de mayo de 2014, amerita de la Administración Pública el previo y especial pronunciamiento, antes de considerar los argumentos de fondo expuestos por el recurrente.

Que, sobre la figura jurídica de la prescripción, el ordenamiento jurídico administrativo, ha delimitado su aplicación a lo previsto en el artículo 79 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, que expresamente señala: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a

reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley".

Que, la previsión legal referida precedentemente, dispone que las infracciones incurridas por los regulados, prescriben en el término de dos años, empero es preciso aclarar a tal efecto que se debe determinar el momento en el cual se computa dicho plazo y si existió o no actuaciones que interrumpieron el mismo, con el fin de establecer si es aplicable o no en el presente caso.

Que, sobre la prescripción, Capitant señala que la misma es un modo de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo, asimismo expresa que: "La prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración y el fin de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".

Que, en este marco, es prudente acudir a lo mencionado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 052/2012 de 02 de octubre de 2002, que establece lo siguiente: "En el presente caso además, la prescripción alegada por los recurrentes empieza a correr desde que la misma fue descubierta, es decir, desde la notificación con el informe SB/ISR I/D-32686/2008 de 25 de junio de 2008, sobre inspección de Riesgo de Crédito al 31 de marzo de 2008, misma que a su vez, quedó suspendida con el inicio del proceso sancionador a través de las notificaciones de cargo a los ahora recurrentes".

Que, bajo esta premisa, para establecer el momento a partir del cual se computa el plazo de dos años previstos para la prescripción, es preciso tomar en cuenta que en el caso sometido a juzgamiento se advirtió la existencia de supuestas infracciones a través del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012; en este sentido, se debe tener como fecha para el cómputo de la prescripción la notificación con dicho instrumento administrativo a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro" Ltda., realizada el 02 de mayo de 2012, mediante Carta ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012, con los resultados de la inspección, consignando los incumplimientos incurridos por la mencionada entidad financiera y los miembros del Consejo de Administración.

Que, en el marco de lo mencionado precedentemente, el "diez a quo ex die" (día en que empieza a correr el tiempo), es decir, el momento desde el cual debe computarse el plazo de la prescripción con relación al procedimiento administrativo sancionador del Sistema de Regulación Financiera, se debe tomar en cuenta desde el conocimiento de la entidad financiera de la infracción o contravención, contenida en el informe de inspección, que en el presente caso data del 02 de mayo de 2012.

Que, conforme a lo desarrollado en el párrafo anterior, al haberse notificado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro" Ltda., en fecha 02 de mayo de 2012 con el Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y más aun existiendo el Acta del Consejo de Administración No. 03 de 04 de mayo de 2012, en el cual figura como miembro Kurth Hoffmann Barrientos, se evidencia el conocimiento del recurrente del informe de inspección emitido por ASFI.

Que, al tenerse legalmente por efectuada la notificación de cargos una vez transcurridos los cinco días dispuestos en la segunda citación con Carta ASFI/DSR II/R-57946/2014 de 15 de abril de 2014 sin que el interesado se haya apersonado a ASFI para notificarse con los cargos imputados, se establece que el término para la prescripción de la infracción ha sido interrumpida antes de los dos años que establece el artículo 79 de la Ley No. 2341.

Que, sin perjuicio de lo esgrimido precedentemente, también se ha señalado que otro de los postulados a evaluarse respecto a la figura jurídica de la prescripción y la interrupción del cómputo del plazo, cabe mencionar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, en la gestión 2013, ha realizado una nueva inspección de riesgo operativo, emitiendo el Informe ASFI/DSR II/R-189970/2013 de 12 de diciembre de 2013 que contiene los resultados del seguimiento efectuado a la observaciones hechas en la anterior visita realizada a la entidad financiera, instrumento administrativo que se remitió a conocimiento de la Cooperativa, en fecha 02 de enero de 2014, a través de la Carta ASFI/DSR II/R-195639/2013 de 24 de diciembre de 2013.

Que, cursa en esta entidad, la Carta ASFI/DSR II/R-17036/2014 de 03 de febrero de 2014, en virtud de la cual se solicitó a la Cooperativa remitir hasta el 14 de febrero de 2014 documentación relacionada a la compra de terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca No. 1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra y los resultados de la consultoría contratada por la Cooperativa que determine la factibilidad de la apertura de una agencia en dichos predios, información que no fue remitida oportunamente a este Órgano de Supervisión.

Que, los dos hechos acontecidos en forma posterior a la emisión del informe de inspección de la gestión 2012, se constituyen en actuaciones que también interrumpen el plazo previsto para la prescripción en la vía administrativa, puesto que fueron emitidos con el fin de realizar las diligencias preliminares y/o investigativas cuyo cumplimiento demanda el artículo 65 – parágrafos I y II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, con el fin de identificar las infracciones y a los presuntos responsables susceptibles de iniciación del procedimiento sancionatorio, constituyéndose por tal razón en un elemento más que determina la imposibilidad de disponer la prescripción de las infracciones cometidas por el recurrente, conclusión que se sustenta en el precedente administrativo establecido por el ex Ministerio de Hacienda en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 66/2007 de 18 de julio de 2007, que determina: "(…) la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o

diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no necesariamente con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones (…)"

Que, por lo precedentemente expuesto, el argumento esgrimido por el Sr. Kurth Hoffmann Barrientos no se constituye en causa justificada para disponer la prescripción de las infracciones incurridas.

CONSIDERANDO:

Que, desvirtuada la prescripción alegada por el Sr. Hoffmann, corresponde efectuar el análisis a los argumentos de fondo expuestos como sustento para solicitar la revocatoria de la Resolución impugnada; en tal sentido, de acuerdo a lo expuesto en el Informe ASFI/DSR II/R-101970/2014 de 2 de julio de 2014, se tiene lo siguiente:

1. ***Respecto a la supuesta nulidad de obrados por violación al debido proceso en su vertiente de derecho a la defensa***

El señor Kurth Hoffmann Barrientos, señala en el recurso de revocatoria que se habría violado su derecho a la defensa y al debido proceso, en razón a que nunca habría sido notificado con los cargos establecidos en la Carta ASFI/DSR II/R-45319/2014 de 26 de marzo de 2014; al respecto se tiene el siguiente análisis:

a. *Mediante Carta ASFI/DSR II/R-45326/2014 de 26 de marzo de 2014, se citó al Sr. Kurth Hoffmann Barrientos, en condición de ex miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa San Pedro Ltda., para que se apersone por la Secretaría de ASFI en la ciudad de Cochabamba en los siguientes cinco días, a efectos de notificarle con los cargos emergentes de la inspección ordinaria de riesgo operativo efectuada con corte al 31 de enero de 2012; dicha notificación fue entregada en la Secretaria de Gerencia de la Cooperativa, conforme consta del cargo de fecha 8 de abril de 2014.*

b. *Transcurrido el plazo señalado sin que el señor Hoffmann se apersone para su legal notificación, se emitió una segunda citación a través de la Carta ASFI/DSR II/R-57946/2014 de 15 de abril de 2014. A tiempo de pretender entregar dicha carta de citación en la Cooperativa San Pedro Ltda., la entidad negó su recepción alegando que el Sr. Hoffmann ya no tenía por domicilio la Secretaria de Gerencia de la Cooperativa, habiendo proporcionado al funcionario de ASFI la dirección de su residencia para el cumplimiento de este objetivo.*

   El mismo día 17 de abril de 2014, el funcionario de ASFI Juan Carlos Camacho Villarroel, se constituyó en la residencia del Sr. Kurth Hoffmann ubicada en la calle Paso del Inca N° O-0349 de la zona de Cala Cala; donde el Sr. Hoffmann no pudo ser habido y tampoco ninguna persona a la cual pueda hacerse cargo de la diligencia, por lo que se procedió a fijar en la puerta del inmueble la Carta ASFI/DSR II/R-57946/2014 de 15 de abril de 2014 en presencia del Sr. Bruno Iporre

Flores con cédula de identidad N° 3330615 LP., quien participó en la diligencia en calidad de Testigo de Actuación, tal como se asienta en la representación efectuada por el Sr. Juan Carlos Camacho Villarroel.

c. *Habiendo transcurrido el plazo de ley sin la comparecencia del interesado, se lo dio por notificado conforme a lo previsto en el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, continuando con el procedimiento sancionador.*

De acuerdo al artículo 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado."

Conforme se dispone en el parágrafo IV del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 "Si el interesado no estuviera presente en su domicilio en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de ella cualquier persona que se encontrare en él, debiendo hacer constar su identidad y su relación con el interesado. Si se rechazase la notificación, se hará constar ello en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento en todo caso".

A su vez, el parágrafo IV del artículo 25 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta: "En la constancia de notificación, se hará constar el lugar, fecha y hora de notificación, firmas del notificado y del funcionario notificante. ***Si el interesado rehusare, ignorare firmar o estuviese imposibilitado de hacerlo, esta situación será consignada en la constancia de notificación respectiva****." (Las negrillas fueron insertadas en la presente resolución).*

Conforme se evidencia de la documentación cursante en el cuaderno de antecedentes procesales, se tiene que el Sr. Kurth Hoffmann fue citado a las oficinas de ASFI en Cochabamba a los efectos de notificarle con los cargos contenidos en la Carta ASFI/DSR II/R-45319/2014 de 26 de marzo de 2014, emergentes de la inspección de riesgo operativo a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Pedro Ltda., con corte al 31 de enero de 2012.

A tiempo de efectuarse la primera citación en fecha 8 de abril de 2014, la funcionaria de la Cooperativa estampó el cargo de recepción en la Nota ASFI/DSR II/R-45326/2014 de 26 de marzo de 2014.

Al efectuarse la segunda citación en fecha 17 de abril de 2014, la misma funcionaria de la Cooperativa negó su recepción, alegando que el Sr. Kurth Hoffmann Barrientos ya no tenía por domicilio la Cooperativa San Pedro Ltda.. Debe tenerse presente que la funcionaria de la Cooperativa, ni la Cooperativa propiamente, manifestaron que la primera citación realizada el 8 de abril de 2014 no había sido transmitida al interesado, restringiéndose a informar simplemente que él ya no tenía domicilio en la Cooperativa, alegato que no fue manifestado en la primera notificación.

No debe perderse de vista que de ser el caso que el Sr. Hoffmann no hubiese tenido por domicilio la Cooperativa San Pedro Ltda. al 8 de abril de 2014, la funcionaria debió señalarlo así a tiempo de recepcionar la citación, sin embargo no lo hizo, estampando el cargo de recepción. Tampoco debe ser desapercibido que a tiempo de pretenderse la segunda citación ante la misma funcionaria de la Cooperativa y el mismo funcionario de ASFI, ésta no manifestó que la primera citación habría sido practicada en domicilio no perteneciente al Sr. Hoffmann, tal como lo hizo la segunda vez, proporcionando la dirección de la residencia del interesado a los efectos de entregar la segunda citación.

En el marco de la debida diligencia y advertido el funcionario de ASFI que el Sr. Hoffman había cambiado de domicilio, se constituyó en la residencia del interesado ubicada en la calle Inca N° O-0349 donde no pudo ser habido y tampoco atendió alguna persona que habitare en él, por lo que se procedió a dejar la cédula en ese domicilio en presencia de testigo de actuación, habiendo dejado constancia de ello en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación.

Debe tenerse presente también que el domicilio cuya dirección señala el funcionario de ASFI en la representación a la notificación con la Carta ASFI/DSR II/R-57946/2014 de 15 de abril de 2014, coincide con el que figura en la copia de la cédula de identidad del interesado, espontáneamente proporcionada a esta Autoridad de Supervisión a tiempo de presentarse la impugnación a la Resolución ASFI N° 333/2014 en fecha 5 de junio de 2014 y en la que se practicó la notificación con dicha resolución.

En virtud a lo precedenteme (sic) *expuesto, se tiene que el procedimiento de notificación en las circunstancias previstas en el parágrafo IV del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, el parágrafo IV del artículo 25 y el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y el artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, se ha cumplido conforme a ley dentro del presente proceso y no se ha conculcado el debido proceso y el derecho a la defensa del interesado, por lo que el argumento expuesto por el interesado carece de asidero para la revocatoria impetrada.*

2. ***Respecto a la supuesta incorrecta interpretación de los alcances del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa***

De acuerdo al Informe ASFI/DSR II/R-101970/2014 de 2 de julio de 2014, se tiene que en la documentación proporcionada por la Cooperativa en la visita de inspección de riesgo operativo con corte al 31 de enero de 2012, se constató que el Consejo de Administración aprobó mediante Resolución N° 02/2006 el Reglamento de Gastos, documento que fue actualizado en el mes de abril de 2011, el cual establece en los artículos 29, 38 y 41 que el Consejo de Administración tiene la facultad de aprobar los gastos para viáticos, uniformes y presentes navideños. Dicha norma contraviene lo establecido en el inciso m) del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, que señala que es de competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria la aprobación de políticas de gastos de representación, viáticos y otros, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia.

En tal sentido, en la visita de inspección esta Autoridad de Supervisión ha establecido que la Cooperativa durante la gestión 2011, ha efectuado gastos para miembros de los Consejos por concepto de viáticos, refrigerios y uniformes que son listados a continuación y que no fueron autorizados por la Asamblea Ordinaria de Socios, incumpliendo lo establecido en el citado Estatuto, debido a que dichos gastos fueron realizados bajo una atribución conferida en el Reglamento de Gastos que se contrapone al Estatuto Orgánico de la entidad, normativa esta última que jerárquicamente es superior y no puede ser superpuesta por el referido Reglamento.

En el argumento expuesto en el recurso de revocatoria, el Sr. Kurth Hoffmann interpreta de manera subjetiva la aplicación de prerrogativas del Consejo de Administración con el afán de justificar importantes gastos autorizados en favor de los propios consejeros, usurpando atribuciones que estatuariamente no le corresponden, conforme al siguiente detalle:

Concepto	***Detalle***	***Monto Bs.***
Pasajes y viáticos a Consejeros	*Suma global de sus gastos de la gestión.*	*92,090*
Refrigerio a Consejeros	*Pago por Refrigerios por reuniones de los Consejos de Administración y Vigilancia.*	*20,115*
Uniformes de Consejeros	*Uniformes para Directores aprobado por el Gerente General y el Presidente del Consejo de Administración.*	*17,500*
Total		***129,705***

La inobservancia y desapego al orden jerárquico que rige el funcionamiento de la Cooperativa y que ahora se atribuye al Sr. Kurth Hoffmann en calidad de Presidente del Consejo de Administración al momento de suscitarse el hecho sancionable, vulnera también la norma reglamentaria, toda vez que el artículo 4 de la Sección 8 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I del Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, no prevé que el Consejo de Administración esté facultado a aprobar gastos, más al

contrario, el inciso 16) del mismo artículo 4 señala que son funciones y atribuciones del Consejo de Administración: "Las demás atribuciones y funciones que según la legislación y normativa vigente ***así como su respectivo Estatuto, no sean privativas de la Asamblea General de Socios*** *o de la Gerencia General." (Las negrillas han sido insertadas).*

Establecida la inobservancia conforme a lo precedentemente expuesto, la responsabilidad del Sr. Kurth Hoffmann emerge de la aplicación del artículo 5 de la Sección 8 del precitado Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito que dispone: "(Responsabilidades de los miembros del Consejo de Administración). Los miembros del Consejo de Administración son solidaria y mancomunadamente responsables: (…) 6) De la fiel observancia de las obligaciones que emanan de la legislación y normativa vigente así como su respectivo Estatuto y reglamentos internos y acuerdos de la Asamblea General de Socios y de los Consejos."

3. Respecto a la supuesta incorrecta interpretación de los alcances del artículo 10 del Reglamento de Compra y/o servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico

El artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios, establece los requisitos que debe cumplir la entidad para la compra de bienes y contratación de servicios mayores por encima de los $us. 2.000 (Dos mil 00/100 dólares americanos), a su vez el artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa establece que el Comité Económico efectuará el control del gasto y las inversiones de acuerdo al presupuesto de la gestión, sin discriminar si la compra consiste en bienes inmuebles recurrentes o inmuebles destinados al uso de la entidad, tal como argumenta el recurrente.

La primera observación en el Cargo 2 efectuada en la Resolución ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, de "carácter sustancial" como califica el recurrente, se refiere al aspecto operativo, toda vez que la Cooperativa no tiene la función de realizar compra y venta de bienes para constituir ingresos con el plus valor obtenido de la operación, siendo su objeto el de prestar servicios de carácter financiero, única y exclusivamente en el marco de lo autorizado por la ley y la reglamentación vigente. La afirmación del recurrente en sentido que coyuntura económica es propicia para realizar inversiones inmobiliarias no constituye un argumento válido de justificación, por la misma razón antes señalada, es decir porque las inversiones inmobiliarias no constituyen operaciones para las cuales la Cooperativa esté autorizada.

La segunda argumentación expresada por el Sr. Hoffmann para desvirtuar el Cargo 2 por el cual también fue sancionado, se sustenta en que en razón de la conveniencia, la ubicación, el precio y la importancia de la adquisición, la decisión fue asumida en el seno del Consejo de Administración prescindiendo de la participación del Comité Económico mismo que al ser parte de este Consejo, su aprobación resultaba redundante.

La argumentación del Sr. Hoffmann en este sentido es injustificada porque significaría que el Comité Económico es un apéndice del Consejo de Administración, circunstancia por la cual carecería de objetivo y funcionalidad en la estructura de la entidad, al igual que el artículo 10 del Reglamento de Compras y/o Servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico.

Queda claro entonces que la compra del inmueble ubicado en la Av. Virgen de Cotoca N° 12112 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, no contó con respaldos técnicos y legales que la justifiquen, a efectos de su uso exclusivo dentro del giro de la entidad y que represente generación de rentabilidad en el desarrollo de sus operaciones…"

8. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

8.1. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR BETTY ROJAS DE ARRAZOLA.-

En fecha 14 de julio de 2014, la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA,** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 444/2014 de 24 de junio de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…*Fundamento el Recurso interpuesto en los argumentos y agravios que se pasan a exponer:*

Antecedentes.-

Mi persona interpuso Recurso de Revocatoria de fecha 26 de mayo de 2014 en contra la Resolución ASFI N° 270/2014 de 05 de mayo de 2014 fundamentando que el derecho de la Administración para imponer una sanción a través de dicha resolución había prescrito debido a la inactiva en la cual incurrió esta, inactividad que sin lugar a duda fue de más de dos años tomando en cuenta que el HECHO GENERADOR data del año 2011, lamentablemente sin haber realizado un correcto análisis de los antecedentes ni de los fundamentos presentados por esta parte, su Autoridad procede a emitir la Resolución ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014, mediante la cual determina confirmar totalmente la Resolución ASFI N° 270/2014 de o5 de mayo de 2014.

Fundamento de hechos y derecho.-

*Los hechos que son tipificados como transgresiones al Estatuto de la Cooperativa y al Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios, supuestamente fueron cometidos en la gestión 2011, de acuerdo a la misma información otorgada por la ASFI, el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de manera clara establece que: "**ARTICULO 79° (Prescripción de Infracciones y Sanciones**).- Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. **La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro,** conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2B de la presente Ley."(Las negrillas y subrayado es propio). En el evento de que las infracciones hubiesen sido cometidas el*

último día de la gestión 2011, el plazo para computar los dos años previstos en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, venció el 31 de diciembre de 2013, fecha a la cual no se nos entregó notificación de ninguna naturaleza que interrumpa o suspenda la prescripción, e (sic) *este caso primeramente se debe aclarar a su Autoridad que una Resolución de un Recurso de Jerárquico no puede estar por encima de una Ley, como erróneamente trata de hacerlo en su Resolución ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014 al establecer y fundamentar su negativa a mi solicitud planteada en el Recurso de Revocatoria que y cito textualmente " …….en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 66/2007 de 18 de julio de 2007, que determina: (..) la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedara interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio....etc", seguidamente establece que: "Que, debe quedar claro que en el caso sometido a juzgamiento, la supuesta prescripción alegada por la recurrente, se constituye en un argumento que ha sido descartado producto del análisis realizado anteriormente....etc". Ahora, de forma previa en la mencionada resolución su Autoridad establece también erróneamente que los actuado* (sic) *específicamente INFORMES acontecidos en forma posterior a la emisión del informe de inspección de la gestión 2012, se constituyen en actuaciones que interrumpen el plazo previsto para la prescripción administrativa, dejando de lado y haciendo caso omiso a lo establecido por la norma que regula su Actividad como Autoridad de Supervisión, es decir la Ley 2341 Ley de Procedimiento Administrativo, que más que claramente y de forma taxativa señala en su artículo 79 lo siguiente:*

"(PRESCRIPCION DE INFRACCIONES Y SANCIONES)*.-Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año.* ***La prescripción de las sanciones quedara interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Publica, comprendido en el Artículo 2° de la presente Ley.****" (El subrayado y negrilla es propio).*

De lo que se puede colegir, que el único actuado que puede interrumpir la prescripción es la iniciación del procedimiento de cobro y por más que se trate de argumentar y fundamentar con puro palabras los Informes previos no constituyen ni pueden constituir actos que interrumpan la prescripción y mucho menos lo señalado por la Resolución del Jerárquico en el cual funda su decisión, toda vez que existe una Ley que están en plena vigencia y cuyo contenido no fe (sic) *derogado, abrogado ni modificado por ninguna otra norma de igual o mayor jerarquía, por lo que el tratar de aplicar una norma de menor jerarquía para sancionar a mi persona es un acto inconstitucional que podrá estar sujeto a las acciones que la Constitución Política del Estado me otorga para hacer valer mis derechos.*

La prescripción a decir del Tratadista Guillermo Cabanellas de las Cuevas es un medio de extinción de cualquier obligación. El Diccionario Jurídico señala a la letra: "Prescripción.-

Consolidación de una situación jurídica por el efecto del tiempo…..La prescripción se establece en el interés general, es un derecho futuro el cual no puede ser renunciado hasta tanto que no haya sido adquirido..."

La Sentencia Constitucional No. 1023/2004-R de fecha 1 de julio de 2004, establece las reglas generales de aplicación del Instituto de la Prescripción, determinando que la misma puede ser interpuesta en cualquier estado de la causa, aún en ejecución de Sentencia. La referida decisión constitucional en su punto III.2 indica a la letra: "III.2. Con relación a la problemática planteada, este Tribunal estableció que: "El fundamento de la prescripción es, por regla general, el deseo del legislador de imponer la paz social, la cual se vería amenazada por la actividad, largo tiempo diferida, de un acreedor o de un propietario. Este fundamento es admitido en la casi totalidad de las legislaciones, variando únicamente el plazo necesario para la prescripción y las causas o motivos de su interrupción o suspensión". En ese sentido, el art. 1492 del CC establece que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece, prescripción que comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de ejercerlo, de acuerdo a lo que dispone el art. 1493 del CC.; por otra parte, el art. 1507 del referido cuerpo de normas establece que los derechos patrimoniales se extinguen por la prescripción en el plazo de cinco años, a menos que la ley disponga otra cosa.

***Así, para aplicarse la prescripción aún sea en ejecución de sentencia y en este caso, sólo respecto al monto de la suma no ejecutada**, se impone determinar desde cuándo no se ha ejercido el derecho y si dentro del tiempo que corrió al efecto no hubo causas que suspendan o Interrumpan la prescripción; no siendo pertinente tomar en cuenta la fecha de la solicitud para que se declare la prescripción, pues ésta no tiene otro fin que lograr la declaración judicial de un estado establecido por ley."*

Los actos administrativos tienen que estar apegados a las normas jurídicas, preservando el principio de legalidad, establecido en el inciso g) del artículo 4to de la Ley de Procedimiento Administrativo que a la letra señala: "Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;" A éste respecto al Tratadista Humberto Delgadillo Gutiérrez expresa: "El principio de legalidad se expresa en el sentido de que todos los actos de las autoridades administrativas deben tener su base en las disposiciones legales, puesto que, como hemos visto, las autoridades administrativas sólo pueden hacer lo que la ley les autoriza."

Actos violatorios al debido proceso y al derecho a la defensa.-

Su Autoridad al haber emitido la Resolución ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014, me ha dejado en un claro estado de indefinición (sic) *y violando el principio al debido proceso, al aplicar normativa que no puede ser utilizada en el presente caso al existir una Ley que regula los aspectos referidos a la prescripción, por lo que no se realizó una correcta interpretación ni análisis de la prueba y fundamentos esgrimidos por mi persona, hechos que son considerados como una garantía constitucional y mundial aplicable en todos los países donde se considera al Estado de Derecho como base fundamental de la justicia.*

Principio del debido proceso.-

En el ordenamiento jurídico boliviano, el debido proceso se encuentra reconocido en la

Constitución Política del Estado en una triple esfera tanto como derecho, garantía y principio. El debido proceso como derecho se encuentra establecido en el Art. 115.11 de la Ley fundamental señalando que: "El Estado garantizara el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones"; por otro lado como garantía, dispone el Art. 117.1 de la referida norma en sentido que: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido odia y juzgada previamente en un debido proceso", es decir que el debido proceso esta referido al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en materia de procedimiento.

La amplia teoría respecto al debido proceso entre sus principales autores señalan que: Al respecto, Francisco Linares señala que el debido proceso sustantivo constituye un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo.

Para Bustamante Alarcón, el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.

La Ley del Procedimiento Administrativo se aplica con preferencia a cualquier normativa legal inferior y garantiza el debido proceso tal cual establece el artículo 4 Inc. C) que a letra dice: "Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

*En consecuencia, la dimensión sustantiva del debido proceso exige que todos los actos a desarrollarse en el proceso (desde su acceso, inicio, desarrollo y conclusión) observen reglas y contenidos de razonabilidad, para que al final, la decisión o resolución que se emita sobre el caso, sea justa, no sólo para los justiciables, sino para el ordenamiento jurídico y la sociedad en su conjunto (**Leny Palma Encalada**).*

La SC 0160/2010-R de 17 de mayo, a referido: "El debido proceso, está reconocido constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los arts. 115.11 y 117.1 de la CPE vigente -art. 16.IV de la CPEabrg-, y como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados

Internacionales".

Derecho a la Defensa.-

Su Autoridad como la llamada por ley para administrar justicia dentro de esta institución sabe que el derecho a la defensa constituye un elemento en sentido amplio del acceso a la justicia, derecho que no solo implica la obligación a través de los operadores de justicia de administrar la misma, sino que debe garantizar un proceso justo y en igualdad de condiciones para todas las partes, en este caso en específico el derecho a un correcto análisis de los descargos, pruebas y fundamentos que establecen que su derecho de sancionar prescribió debido a su INACTIVIDAD.

Principio de Jerarquía Normativa.-

El principio de jerarquía normativa es un principio estructural esencial para dotar al ordenamiento jurídico de seguridad jurídica. Es un principio ordenador básico que ofrece una gran seguridad jurídica debido a su enorme simplicidad. Así, basta conocer la forma una disposición, para saber cuál es, en principio, su posición y fuerza en el seno del ordenamiento. Ordenación jerárquica o escalonada de las normas jurídicas de modo que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior que tiene mucho valor.

El principio de jerarquía normativa permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango. La Constitución garantiza expresamente el principio de jerarquía normativa.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los aspectos indicados principalmente la omisión cometidas al momento d realizar el análisis, interpretación y aplicación de la normativa aplicable al caso impetro a su autoridad que previo los trámites de Ley declare probado el recurso Jerárquico y revoque el acto impugnado determinando la revocación de la Resolución ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014, declarando a lugar la prescripción solicitada…"

8.2. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS.-

Por su parte, el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS,** en fecha 23 de julio de 2014, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 471/2014 de 04 de julio de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"*…Fundo el Recurso en los argumentos que se pasan a describir a continuación:*

1. Errónea interpretación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo

La resolución recurrida rechaza el pedido de prescripción que ha sido planteado en el recurso de revocatoria sobre la base de dos elementos: í) Que el cómputo de la

prescripción se debe realizar a partir del momento en el que el hecho es descubierto por la autoridad pública; ii) Que la notificación con un informe de inspección al Consejo de Administración del cual es parte el recurrente es un acto que interrumpe la prescripción.

La interpretación realizada por la autoridad recurrida no tiene asidero legal, tal como paso a describirá continuación:

1.1. ***En cuanto al cómputo de la prescripción***

El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo no establece a partir de qué momento debe computarse el inicio del plazo de la prescripción. Consecuentemente se debe recurrir a otra ***normativa*** *aplicable al caso.*

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido constante y uniforme al establecer que en materia administrativa sancionadora se aplica supletoriamente las reglas vigentes a la materia penal, al ser de similar naturaleza. A manera de ejemplo, citamos la Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0158/2013 de fecha 19 de febrero de 2013 que Señala a letra: ***"III.3. Aplicabilidad de garantías judiciales en los procesos administrativos disciplinarios sancionatorios.*** *Las sanciones administrativas tienen una génesis idéntica a la de las sanciones en el ámbito del Derecho Penal, es decir, aparecen también con aquella predisposición del Estado de castigar en miras a mantener el orden social impuestos en un momento histórico; sin embargo, surgen distinciones doctrinarias entre injustos de policía y delitos como la planteada por von Feuerbach quien al final de su carrera como expresa el Profesor Cordero planteó la idea de que las infracciones de policía podrían significar la aplicación de auténticas penas; en ese mismo marco el Profesor Prieto Sanchis citando al ilustre jurista alemán Adolf Merkle, quien señalaba el mundo de las sanciones administrativas significa la mayor intromisión imaginable de la administración en la esfera de la justicia. Sin embargo es el jurista alemán James Goldschimit quien en definitiva plantea la distinción clara entre injusto administrativo e injusto penal. En esencia, la distinción entre delitos e injustos administrativos no obedece a criterios ontológicos que determinen cuando una conducta debe ser considerada como delictiva y cuando como infracción administrativa, en ese marco el único parámetro distintivo que se ha conocido ha sido el cualitativo, es decir, que el Legislador tiene la libertad de configuración de lo que considere debe ingresar dentro del ámbito penal así como de lo que considere debe ingresar dentro del ámbito sancionador administrativo, no obstante en ambos casos tiene limitaciones intrínsecas y sustanciales en el marco del Estado Constitucional de Derecho en el que se reconocen los derechos fundamentales. De la distinción entre ¡lícitos administrativos de ilícitos penales, tenemos que una diferencia importante es quien asume la decisión y en mérito a qué tipo de procedimiento, pues en el caso de los delitos se tiene un aparato judicial (con participación ciudadana) y un Ministerio Público, consagradas como instituciones destinadas a consolidar un mecanismo de averiguación de la verdad histórica de un hecho punible y por ende aplicar la sanción penal; por otra parte, tenemos las sanciones administrativas aplicadas por una entidad administrativa que tiene un procedimiento mucho más acotado, justamente, por la diferencia que tienen las*

sanciones y administrativas en el ser humano. Sin embargo de ello el proceso penal para garantizar un equilibrio entre la efectividad del iuspuniendi y la dignidad del ser humano, ha Revolucionados hasta consolidar un proceso irradiado por garantías judiciales que acompañan al procesado en todo momento, y que busca asegurar que éste tenga un juicio justo en igualdad de condiciones y cuya finalidad sea arribar a la verdad histórica de lo sucedido.

Esta dinámica de juicio con garantías judiciales indispensables, por la gran influencia del Derecho Constitucional de los últimos sesenta años en el mundo ha contagiado también al Derecho Administrativo Sancionador, pues ontológicamente impone sanciones al igual que el Derecho Penal (o más específicamente el Derecho procesal Penal). Este criterio mayoritario ha sido asumido por otros Tribunales, por ejemplo el Tribunal Constitucional de Chile en el Rol 1518-09 de 21 de octubre de 2010, señaló: SEXTO: Que, de otra parte, atendida la circunstancia de que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del iuspuniendi estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto, como lo ha señalado esta Magistratura (roles N°s. 244 y 479), los sujetos pasivos de las mismas sólo suelen serlo -por regla general- quienes aparezcan como directa y personalmente infractores. El Tribunal Constitucional de España en la SCT 164/1994 de 13 de noviembre, señaló que: Así las cosas, ha de recordarse que en distintas ocasiones hemos advertido ya de la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado. Así, en la STC 239/1988, dijimos que 'los postulados del art. 25 C.E. no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del iuspuniendi del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador'. Se trata, pues, de averiguar si el recargo cuestionado tiene o no 'un verdadero sentido sancionador'. En esta línea, hay que dejar constando, como primer dato relevante que es, aunque no decisivo, de la clara voluntad del legislador de excluir el recargo que contemplamos del ámbito de las sanciones. La Corte Constitucional de Colombia al respecto ha mencionado en la Sentencia C-530 de 2003 que la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. Por ello, la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales (CP art. 29), con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción.

El Tribunal Constitucional anterior, también lo reflejó así en su uniforme jurisprudencia estableciendo subreglas sobre el alcance, contenido y significado del respeto a la garantía del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y

exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo, estableciendo en la SC 0831/200S-R de 25 de julio, que asume el entendimiento de la SC 0042/2004 de 22 de abril, entre otras, que: ...toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actioneó (sic) *a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad. Además, cabe hacer notar que en la SC 136/2003-R, este Tribunal ha establecido (...) que el derecho a defensa debe ser interpretado conforme al principio de favorabilidad antes que restrictivamente; posiciones todas, afines a la doctrina administrativa contemporánea. Precisando el entendimiento anterior, respecto a la garantía del debido proceso, consagrado por el art. 16. IV de la CPE, que persigue evitar la imposición de una sanción sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los derechos y garantías consagrados por la Constitución y las leyes, constituyéndose, la motivación de los autos y sentencias en una de las exigencias básicas del debido proceso, por lo mismo las resoluciones deben señalar claramente las razones que le llevan a tomar una determinación. Así las SSCC 752/2002-R, 1369/2001-R, entre otras, han establecido que: (...) el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión. Complementando la doctrina constitucional que precede, respecto al derecho a una Resolución judicial motivada, se estableció la subregla de que ésta garantía básica del debido proceso, es más relevante y de mayor exigibilidad en autos y resoluciones definitivas, así corresponde reiterar el razonamiento expuesto en la: SC 577/2004, de 15 de abril, aplicable al presente caso, que señala que la exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando el Juez o Tribunal debe resolver en apelación la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia; máxime, cuando se trata de resolver recursos sobre excepciones, tienen carácter definitivo y por lo mismo, es imprescindible que dichas Resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan y que permitan concluir, que la determinación sobre la existencia o inexistencia del agravio sufrido fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, del mismo modo que se exige al apelante cumplir con la obligación de fundamentar los agravios; por cuanto, en la medida en que las resoluciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho, el demandado*

tendrá la certeza de que la decisión adoptada es justa; por lo que no le está permitido a un Juez o Tribunal, reemplazar la fundamentación por la relación de antecedentes, la mención de los requerimientos de las partes o hacer alusión de que el Juez de instancia obró conforme a derecho, tal como acontece en este caso; con mayor razón, si se tiene en cuenta que el contar con una Resolución debidamente fundamentada y motivada es un derecho fundamental de la persona y forma parte del debido proceso. "

La referida Sentencia Constitucional es vinculante para las autoridades públicas, conforme determina el artículo 15 del Código Procesal Constitucional.

Siguiendo la referida línea jurisprudencial indicada, para interpretar los alcances del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, su autoridad tenía el deber aplicar las normas del Código de Procedimiento Penal. Esta norma en su artículo 30 determina expresamente desde cuándo se debe computar el término de la prescripción. Textualmente indica: ***"Artículo 30º.- (Inicio del término de la prescripción).*** *El término de la prescripción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación."*

El contrato de compra que ha sido observado ha sido suscrito en fecha 21 de octubre de 2011, momento en el cual supuestamente se habría cometido la supuesta infracción y también se consumó.

Conforme establece el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal el plazo de los dos años, establecidos en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe computarse a partir de la media noche del 21 de octubre de 2011, es decir empieza a correr a partir del 22 de octubre de 2011 y se concreta el 22 de octubre de 2013.

1.2. ***En cuanto a los elementos que interrumpen la prescripción***

Nuevamente el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo tiene un vació al respecto. Únicamente revela que la prescripción de las sanciones quedará interrumpida por las acciones de cobro. Sin embargo hace referencia a las sanciones y no así a las infracciones. Lo que se está persiguiendo en el presente caso es la prescripción de la supuesta infracción.

Bajo ésta óptica y siguiendo la línea jurisprudencial impuesta por el Tribunal Constitucional Plurinacional para interpretar los alcances de esa norma tenemos que recurrir al Código de Procedimiento Penal. El artículo 31 de dicha disposición jurídica establece a la letra:

"Artículo 31º.- (Interrupción del término de la prescripción). El término de la prescripción de la acción se interrumpirá por la declaratoria de rebeldía del imputado, momento desde el cual el plazo se computará nuevamente.

La Resolución recurrida indica que el término de la prescripción habría sido

interrumpido basado en dos subelementos: i) Porque se habría enviado en fecha 02 de mayo de 2012 al Consejo de Administración de la Cooperativa San Pedro, de la cual era parte el suscrito, el Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 en el que se identificaba la supuesta irregularidad; ii) Porque se notificó en febrero de 2014 con un pedido a la Cooperativa para que ésta envíe el informe de factibilidad de la Consultoría para la apertura de la agencia en la ciudad de Santa Cruz; (cuando el involucrado ya no era director desde el día 27 de abril del año del 2013). ¡ii) Porque se habría notificado con el inicio de las diligencias preliminares en fecha 26 de marzo de 2014.

En primer lugar ninguno de los elementos descritos se encuentra dentro de las previsiones contenidas en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal. Esta disposición legal hace referencia esencialmente a la apertura del procedimiento sancionador, puesto que para que exista declaratoria de rebeldía éste obligatoriamente ha tenido que ser abierto previamente.

En segundo lugar es de hacer notar que el razonamiento de la resolución recurrida también es erróneo. Para que la prescripción sea interrumpida deben existir actos dirigidos contra los supuestos involucrados. El Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275 de 16 de marzo de 2012, estuvo dirigido al Consejo de Administración de la Cooperativa San Pedro, instancia que es diferente al suscrito. Con el agravante de que si los funcionarios públicos de la ASFI conocían ya en la gestión 2012 de una supuesta irregularidad era su deber iniciar inmediatamente el proceso correspondiente. Uno de los pilares fundamentales de la Ley No. 1178 y el Decreto Supremo No. 23318-A, que regula la actuación de los servidores públicos de la ASFI, es la eficiencia y la eficacia. Habrá que preguntarse porqué esperaron otros 2 años para recién iniciar el proceso sancionador?. (sic) *Cuando su derecho ya estaba prescrito.*

También la notificación realizada en febrero de 2014 para que se remita una Consultoría no es un acto dirigido contra el involucrado. Ha sido direccionado nuevamente contra el ente jurídico denominado Cooperativa que es diferente al sujeto personal (Con el advertido adicional de que fue realizado cuando el involucrado ya no era director desde el día 27 de abril del año 2013, por lo tanto, desconocía totalmente toda notificación realizada al Consejo de Administración de la cooperativa en fechas posteriores al día 27 de abril del año 2013) y cuando la prescripción ya había operado. Es de hacer notar, como se ha explicado en el punto 1.1. de éste recurso, que la prescripción se consolidó el 22 de octubre de 2013.

Lo mismo ocurre con la notificación con el procedimiento sancionador. Este se realizó en la gestión 2014, cuando la prescripción se consolidó el 22 de octubre de 2013.

Todos los elementos anotados demuestran que la motivación o fundamento de la resolución recurrida es errónea. El inicio de la prescripción debe computarse a partir del momento en que se cometió la falta que es procesada y los actos destinados a interrumpir la misma tienen que estar dirigidos a los involucrados y no así a otros entes jurídicos, con el aditamento que deben ser realizados antes de que se produzca o se consolide la prescripción.

2. *Nulidad de obrados por afectación al derecho a la defensa*

Ante el reclamo de que se anulen obrados por falta de notificación, la Resolución del recurso de revocatoria en su página 12 indica que "Mediante Carta ASFI/DSR II/R-43326/2014 de 26 de marzo de 2014, se citó al Sr. Kurth Hoffmann Barrientos, en condición de ex miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa San Pedro Ltda., para que se apersone por la Secretaria de ASFI en la ciudad de Cochabamba en los siguientes cinco días, a efectos de notificarle con los cargos emergentes de la inspección ordinaria de riesgo operativo efectuada con corte al 31 de enero de 2012; dicha notificación fue entregada en Secretaria de la Gerencia de la Cooperativa, conforme consta del cargo de fecha 8 de abril de 2014."

La referida notificación está viciada de nulidad. Fue realizada en el domicilio de la Cooperativa y no en mi domicilio, en franca infracción del artículo 26 del Decreto Supremo No. 27175, con el agravante de que dicho acto fue realizado aun cuando los servidores públicos de la ASFI conocían que era ex miembro del Consejo de Administración (reitero que el involucrado dejo de ser director desde finales del año 2013), es decir que ya no prestaba servicios como director para dicha Entidad y que mi domicilio era otro. Prueba irrefutable de tal hecho es la misma declaración contenida en el inciso b) de la página 13 de la resolución recurrida que a la letra indica: "Transcurrido el plazo señalado sin que el señor Hoffmann se apersone para su legal notificación, se emitió una segunda citación…..A tiempo de pretender entregar dicha carta de citación en la Cooperativa San Pedro Ltda., la entidad negó su recepción alegando que el Sr. Hoffmann ya no tenía por domicilio la Secretaria de Gerencia de la Cooperativa, habiendo proporcionado al funcionario de ASFI la dirección de su residencia para el cumplimiento de este objetivo."

Ante éste hecho correspondía a la Administración Pública anular obrados y realizar desde la primera citación en mi domicilio ubicado en la calle Paso del Inca No. 0349. No tener realizar actos de similar naturaleza en dos domicilios. El primero en el domicilio de la Cooperativa y el segundo en mi domicilio particular.

El artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 26 del Decreto Supremo No. 27175, establece que las notificaciones deben realizarse en el domicilio del interesado. En éste caso el tema reviste mayor gravedad, puesto que al ser el primer acto del procedimiento sancionador tenía que realizarse en mi domicilio ubicado en la calle Paso del Inca No. 0349. La infracción a dicha previsión legal implica que se está afectando al derecho a la defensa, resguardado por el artículo 116 de la Constitución Política del Estado e ingresando dentro de las causales de nulidad previstas en el inciso d) del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala a la letra: ***"ARTICULO 35° (Nulidad del Acto). -****1****.*** *Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,"*

Se debe hacer notar que producto de ésta errónea notificación no se presentaron descargo a las observaciones iniciales que fueron realizadas.

3. Incorrecta interpretación de los alcances del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa

La resolución recurrida pretende interpretar que el término "aprobación de políticas de viáticos y pasajes" involucra la obligación de la Asamblea de emitir su consentimiento para cada pago que se realice, por tal concepto, a los miembros del Consejo de Administración y Vigilancia.

El razonamiento indicado convertiría a la administración de la Cooperativa en totalmente inoperante. Para cada viaje se tendría que convocar a una Asamblea de Socios, con los costos de tiempo y dinero que ello involucra. Seguramente sólo la convocatoria tenía un costo mayor al viático a pagarse y el pasaje a comprarse.
El sentido del artículo 43 del Estatuto Orgánico es totalmente diferente. Dicha norma legal pretende prever que no exista un gasto abusivo, por lo tanto la política tiene que fijar límites de gastos para preservar tal hecho.

La Asamblea General de Socios, entre sus atribuciones, tiene las de aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia.

Dichas políticas se encuentran incorporadas y han sido aprobadas por la Asamblea General de Socios dentro del presupuesto de la gestión. Las políticas son parámetros marco dentro de cuales debe desarrollar sus actividades el Consejo de Administración. Una política no implica ingresar al detalle de la operación que autoriza. El Diccionario de Administración y Finanzas de J.M. Rosenberg define a la política como: "Planificación de una acción." El mejor instrumento de planificación y control es el presupuesto, por lo tanto la Asamblea de Socios ha ejercido sus prerrogativas de aprobar las políticas de gastos que ahora son observadas o cuestionadas.

La Certificación que se acompaña a la presente, emitida por la Gerencia General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro", establece que el presupuesto de la gestión 2011, 2102 y 2013 ha sido aprobado por la Asamblea General Ordinaria de Socios, dentro del cual se consideró los conceptos siguientes: i) Remuneración a Directores; ii) Viáticos; iii) Refrigerio; iv) Pasajes; v) Uniformes. Habiéndose aprobado un gasto global de Bs. 751.548,20.

Al momento en que la Asamblea de Socios ejercicio su derecho de aprobar el presupuesto, ha otorgado una autorización de gasto, con la única limitación de no sobrepasar el monto asignado para cada ítem presupuestario. La referida certificación también declara y demuestra que, conforme determinan los informes de Auditoría Interna, en ninguna de las indicadas gestiones se sobrepasó el límite indicado.

Aunque no observa tal aspecto la Resolución recurrida, se debe hacer notar que los gastos por viáticos y pasajes se encuentran justificados y han sido realizados en

beneficio de las actividades de la Entidad.

A partir de los hechos descritos, se demuestra que la Asamblea de Socios aprobó la ejecución de los gastos de viáticos y pasajes que son observados

4. Incorrecta Interpretación de los alcances del artículo 10 del Reglamento de Compra y/o servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico

La resolución recurrida simplemente no ha realizado un detallado y pormenorizado de los argumentos expuestos en nuestro recurso sobre el artículo 10 del Reglamento de Compras y/o Servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico.

No ha analizado a profundidad el argumento de que la Cooperativa tuvo una ganancia en dicha operación. La certificación emitida por la Gerencia General de la Cooperativa y que fue acompaña (sic) *en calidad de prueba demuestra que el indicado terreno fue adquirido en la suma de $US. 400.000.- en fecha 21 de octubre de 2011. Asimismo, en fecha 4 de abril de 2014, dos años y 6 meses después, la Cooperativa vendió el mismo terreno en el precio total de $US. 520.000.-.* ***Operación que reditúo a la Cooperativa una ganancia, ingreso adicional o utilidad de $us. 120.000.-*** *equivalente al 30* ***%*** *de la inversión inicial, sin que exista ningún tipo de riesgo para los socios o la Entidad.*

Indica que no es finalidad de la Cooperativa generar negocios inmobiliarios. Sin embargo el sentido de dicho descargo no era ese. Era rebatir la afirmación realizada en la resolución sancionatoria de que se habría generado daño económico. En otras palabras se estaba respondiendo a la afirmación realizada por la Administración Pública.

Tampoco se ha analizado el argumento referente a que, por la naturaleza de la compra (bien inmueble), no se podía cumplir el reglamento de compra de bienes y/o servicios. La compra de un bien inmueble no se puede asimilar a la adquisición de bienes muebles recurrentes, para los cuales se ha elaborado el Reglamento de Adquisiciones. La compra de un inmueble, mucho más para la finalidad que se le pensaba otorgar, como es la apertura de una sucursal, tiene que tener un conjunto de requisitos y elementos que no pueden estar simplemente amparados por tres cotizaciones. Las cuales tal vez hubiesen sido fáciles de obtener. La decisión del Consejo de Administración estuvo sustentada en elementos de fondo que tienen que ser considerados al momento de evaluar el acto cuestionado.

Después de buscar y analizar varias opciones, se determinó elegir ese inmueble esencialmente por su ubicación comercial. ***Primero*** *se encuentra en una rotonda que permite una visualización de los posibles usuarios de manera rápida (elemento comercial), teniendo en las cercanías el parque Industrial, con cientos de empresas de diferentes rubros y miles de trabajadores, con el aditamento de que en la cercanía se construyó el Supermercado Hipermaxi, actividad que por sí atrae a personas y otros agentes económicos que nos interesaba llegar.* ***Segundo*** *el precio ofertado era menor al que se nos proporcionó a través de inmobiliarias (elemento económico).*

Prueba irrefutable de ello es que a los 30 meses el mismo inmueble ha sido transferido en un precio superior al 30 %.

Además no consideró que de manera implícita el Comité Económico también emitió su criterio. Dicha instancia es parte del Consejo de Administración, por lo tanto si sus miembros están emitiendo su voluntad en el pleno, resultaría redundante tener un instrumento separado. Se está dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 81 del Estatuto, con el único aditamento que se están concentrando las decisiones en un solo acto, hecho que no está reñido con ninguna norma. Más bien se está precautelando la eficiencia en la toma de decisiones.

Tampoco analizó que la Asamblea de Socios de 20 de abril de 2012, aprobó la adquisición del terreno. Decisión ésta que si bien fue adoptada en forma posterior a la suscripción de la minuta, tiene plena validez. No existe ninguna norma que prohíba a la Asamblea a dar por bien hecho o convalidar un acto. Por analogía se debe hacer referencia a las previsiones contenidas en el parágrafo I del artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso c) del parágrafo I del artículo 56 del Decreto Supremo No. 27113, normas éstas que señalan a la letra:

"Artículo 37° (Convalidación y Saneamiento). I. *Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca."*
"ARTICULO 56.- (SUBSANACION DE VICIOS). I. *La autoridad administrativa podrá sanear, convalidar o rectificar actos anulables, tomando en cuenta que: c) La rectificación consistirá en la corrección de errores materiales y/o aritméticos."*

No tomó en cuenta que en lo formal, como en lo sustancial los miembros del Consejo de Administración cumplieron las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico y principalmente se preservó los intereses de los socios.

5. Petitorio

Tomando en cuenta los aspectos que han sido descritos precedentemente, solicitamos a su autoridad que eleve obrados ante el superior en grado para que dicha instancia analizado los argumentos expuestos ANULE obrados hasta el vicio más antiguo, o alternativamente REVOQUE TOTALMENTE la resolución recurrida y declare probada la prescripción o en su caso declare la legalidad de los actos observados y sea con las formalidades de Ley.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a

continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, realizó una inspección ordinaria de Riesgo Operativo a la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**, con corte al 31 de enero de 2012, cuyos resultados se dieron a conocer a la entidad cooperativa mediante nota ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012.

Consecuencia de la visita de inspección, el Ente Regulador estableció presuntos incumplimientos por parte de los miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** señores Eduardo Walter Aranibar Brañez, Nahir Fernández Chipata, Mirtha Elena Vignaud Capriles, Betty Rojas Vda. de Arrazola y Jorge Mercado Clavijo y el señor Kurth Hoffmann Barrientos como presidente de dicho Consejo, mismos que fueron notificados con los cargos por los presuntos incumplimientos del Estatuto Orgánico y del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios.

Las notas de cargos ASFI/DSR II/R-45677/2014 y ASFI/DSR II/R-45319/2014 ambas de 26 de marzo de 2014, dirigidas a la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA y KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, respectivamente, la primera notificada en fecha 8 de abril de 2014, y de la segunda no se evidencia cargo de notificación, mismas que no fueron atendidas por los ahora recurrentes.

En ese sentido, y según la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al no haber los miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**, presentado descargos y/o explicaciones, a través de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 270/2014 de 5 de mayo de 2014 y Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, impone sanciones administrativas por los cargos notificados, contra los miembros del Consejo de Administración entre estos la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA** y **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, disponiendo entre otros, que la Resolución Administrativa sea puesta en conocimiento de la próxima Asamblea de Socios de la Cooperativa, debiendo remitir el Acta respectiva, con las determinaciones adoptadas.

Producto de lo anterior, los señores **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA** y **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, mediante notas presentadas en fechas 26 de mayo y 05 de junio de 2014, respectivamente, interponen Recursos de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2014 y la Resolución Administrativa ASFI N° 333/2014, mismas que son confirmadas totalmente mediante las Resoluciones Administrativas ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014 y ASFI N° 471/2014 de 04 de julio de 2014, respectivamente, a cuyo efecto los recurrentes interponen Recursos Jerárquicos, ante esta instancia Jerárquica, que se pasan a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, corresponde revisar y citar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

- **Estatuto y Reglamento Interno de la COOPERATIVA DE AHORRO CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**

El inciso m) del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa establece que es competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria: "*Aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc. relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia. Queda terminante prohibido que la cooperativa, tramite tarjetas de crédito para solventar gastos de los miembros de los diferentes consejos y comisiones.*"

El artículo 81 del citado Estatuto establece que el Comité Económico efectuará un control del gasto y las inversiones de acuerdo al presupuesto de la gestión. Asimismo, evaluará los cuadros de cotizaciones presentados por la Gerencia para efectuar compras mayores de acuerdo al plan de gestión.

El artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios de la Cooperativa establece que: "*La modalidad para la compra de bienes y contratación de servicios, mayores a $us. 2.000 Dos mil 00/100 Dólares Americanos o su equivalente en moneda nacional, se efectuara previo cumplimiento de los siguientes requisitos:*

a. *La solicitud se realizará mediante el llenado del Formulario de Solicitud de Compra y/o Servicios, el cual debe estar firmado por la unidad solicitante y el Sub Gerente de Operaciones.*
b. *Se recabarán por lo menos 3 (tres) cotizaciones a personas naturales o jurídicas.*
c. *Las cotizaciones se efectuarán en sobre cerrado, debiendo ser entregadas a la Secretaría de Gerencia General en los casos que corresponda.*
d. *La apertura de las propuestas, será efectuada en presencia de los miembros del Comité Económico y la Gerencia General.*
e. *Con documentos de las propuestas, se procederá a la confección del Cuadro Comparativo y estará a cargo del Gerente General.*
f. *La aprobación estará a cargo de los miembros del Consejo de Administración.*
g. *La Gerencia General si corresponde emitirá la instrucción escrita al Asesor Legal para la elaboración del respectivo contrato.*"

- **Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002**

Artículo 79°.- (Prescripción de Infracciones y Sanciones) Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.

El Artículo 33°.- (Notificación), en su parágrafo IV) establece: "*Si el interesado no estuviera presente en su domicilio en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de ella cualquier persona que se encontrare en él, debiendo hacer constar su identidad y su relación con el interesado. Si se rechazase la notificación, se hará constar ello en el*

expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento en todo caso".

- **Decreto Supremo N° 27175 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI**

"Artículo 26°.- (Notificaciones con Cargos y Sanciones) *Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado."*

Etapas del procedimiento sancionador

"Artículo 65°.- (Diligencias Preliminares)

I. *Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.*

II. *Para tal efecto, se podrán realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de infracciones."*

2.2 . De la prescripción y elementos que interrumpen la prescripción.-

De la compulsa de los antecedentes que cursan en el expediente y los agravios mencionados por los recurrentes, es preciso contextualizar las primigenias determinaciones adoptadas por el Ente Regulador, que derivaron en la sanción a los miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** debido a que el principal argumento de ambos Recursos Jerárquicos, se circunscribe a la invocación de la prescripción, correspondiendo analizar su individualización y configuración de los presupuestos fácticos de los incumplimientos por los que el Ente Regulador sancionó a los miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa.

Bajo ese marco contextual, tenemos que el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece de forma clara y categórica el régimen de la prescripción de las infracciones y sanciones, por lo que en apego al principio de verdad material corresponde realizar un análisis a la génesis de los hechos que motivaron, a la Autoridad recurrida, a determinar las infracciones cometidas por los ex miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** contra el tiempo transcurrido y la subsunción a la norma antes citada.

En ese sentido la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA**, manifiesta en su memorial de recurso que en el evento de que la infracción se hubiera cometido el último día del gestión 2011 el plazo de los dos años venció el 31 de diciembre de 2013 fecha en la cual no se le entregó ninguna notificación.

Asimismo hace cita a la Sentencia Constitucional N° 1023/2004-R de 01 de julio, la misma que determina que el Instituto de la Prescripción puede ser interpuesta en cualquier estado del proceso.

Por su parte, el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, ha manifestado que las infracciones prescribieron por el transcurso del tiempo, refiriendo que la ASFI debió aplicar las normas del Código de Procedimiento Penal para el cómputo del término de la prescripción; que el contrato de compra observado ha sido suscrito en fecha 21 de octubre de 2011, debiendo computarse a partir del 22 de octubre de 2011 y se concreta el 22 de octubre de 2013, citando la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0158/2013 de 19 de febrero de 2013.

De igual manera refiere al cuerpo adjetivo penal, señalando que bajo la línea jurisprudencial se debe recurrir a dicho cuerpo legal para interpretar los alcances o elementos de la interrupción de la prescripción.

Bajo ese contexto, la parte pertinente de los fundamentos expuestos por el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS** respecto a la interrupción de la prescripción señala:

> "…*La Resolución recurrida indica que el término de la prescripción habría sido interrumpido basado en dos subelementos: i) Porque se habría enviado en fecha 02 de mayo de 2012 al Consejo de Administración de la Cooperativa San Pedro, de la cual era parte el suscrito, el Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 en el que se identificaba la supuesta irregularidad; ii) Porque se notificó en febrero de 2014 con un pedido a la Cooperativa para que ésta envíe el informe de factibilidad de la Consultaría para la apertura de la agencia en la ciudad de Santa Cruz; (cuando el involucrado ya no era director desde el día 27 de abril del año del 2013). iii) Porque se habría notificado con el inicio de las diligencias preliminares en fecha 26 de marzo de 2014.*
>
> *En primer lugar ninguno de los elementos descritos se encuentra dentro de las previsiones contenidas en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal. Esta disposición legal hace referencia esencialmente a la apertura del procedimiento sancionador, puesto que para que exista declaratoria de rebeldía éste obligatoriamente ha tenido que ser abierto previamente.*
>
> *En segundo lugar es de hacer notar que el razonamiento de la resolución recurrida también es erróneo. Para que la prescripción sea interrumpida deben existir actos dirigidos contra los supuestos involucrados. El Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275 de 16 de marzo de 2012, estuvo dirigido al Consejo de Administración de la Cooperativa San Pedro, instancia que es diferente al suscrito. Con el agravante de que si los funcionarios públicos de la ASFI conocían ya en la gestión 2012 de una*

supuesta irregularidad era su deber iniciar inmediatamente el proceso correspondiente. Uno de los pilares fundamentales de la Ley No. 1178 y el Decreto Supremo No. 23318-A, que regula la actuación de los servidores públicos de la ASFI, es la eficiencia y la eficacia. Habrá que preguntarse porqué esperaron otros 2 años para recién iniciar el proceso sancionador?. (sic) *Cuando su derecho ya estaba prescrito.*

También la notificación realizada en febrero de 2014 para que se remita una Consultoría no es un acto dirigido contra el involucrado. Ha sido direccionado nuevamente contra el ente jurídico denominado Cooperativa que es diferente al sujeto personal (Con el advertido adicional de que fue realizado cuando el involucrado ya no era director desde el día 27 de abril del año 2013, por lo tanto, desconocía totalmente toda notificación realizada al Consejo de Administración de la cooperativa en fechas posteriores al día 27 de abril del año 2013) y cuando la prescripción ya había operado. Es de hacer notar, como se ha explicado en el punto 1.1. de éste recurso, que la prescripción se consolidó el 22 de octubre de 2013.

Lo mismo ocurre con la notificación con el procedimiento sancionador. Este se realizó en la gestión 2014, cuando la prescripción se consolidó el 22 de octubre de 2013.

Todos los elementos anotados demuestran que la motivación o fundamento de la resolución recurrida es errónea. El inicio de la prescripción debe computarse a partir del momento en que se cometió la falta que es procesada y los actos destinados a interrumpir la misma tienen que estar dirigidos a los involucrados y no así a otros entes jurídicos, con el aditamento que deben ser realizados antes de que se produzca o se consolide la prescripción".

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, manifiesta:

"…*Que, la previsión legal referida precedentemente, dispone que las infracciones incurridas por los regulados, prescriben en el término de dos años, empero es preciso aclarar a tal efecto que se debe determinar el momento en el cual se computa dicho plazo y si existió o no actuaciones que interrumpieron el mismo, con el fin de establecer si es aplicable o no en el presente caso.*

(…) *Que, en este marco, es prudente acudir a lo mencionado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 052/2012 de 02 de octubre de 2002* (sic), *que establece lo siguiente: "En el presente caso además, la prescripción alegada por los recurrentes empieza a correr desde que la misma fue descubierta, es decir, desde la notificación con el informe SB/ISR I/D-32686/2008 de 25 de junio de 2008, sobre inspección de Riesgo de Crédito al 31 de marzo de 2008, misma que a su vez, quedó suspendida con el inicio del proceso sancionador a través de las notificaciones de cargo a los ahora recurrentes*".

Que, bajo esta premisa, para establecer el momento a partir del cual se computa el plazo de dos años previstos para la prescripción, es preciso tomar en cuenta que en el caso sometido a juzgamiento se advirtió la existencia de supuestas infracciones a través del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012; en este sentido, se debe

tener como fecha para el cómputo de la prescripción la notificación con dicho instrumento administrativo a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro" Ltda., realizada el 02 de mayo de 2012, mediante Carta ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012, con los resultados de la inspección, consignando los incumplimientos incurridos por la mencionada entidad financiera y los miembros del Consejo de Administración.

Que, en el marco de lo mencionado precedentemente, el "diez a quo ex die" (día en que empieza a correr el tiempo), es decir, el momento desde el cual debe computarse el plazo de la prescripción con relación al procedimiento administrativo sancionador del Sistema de Regulación Financiera, se debe tomar en cuenta desde el conocimiento de la entidad financiera de la infracción o contravención, contenida en el informe de inspección, que en el presente caso data del 02 de mayo de 2012.

Que, conforme a lo desarrollado en el párrafo anterior, al haberse notificado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro" Ltda., en fecha 02 de mayo de 2012 con el Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012 y más aun existiendo el Acta del Consejo de Administración No. 03 de 04 de mayo de 2012, en el cual figura como miembro Kurth Hoffmann Barrientos, se evidencia el conocimiento del recurrente del informe de inspección emitido por ASFI.

Que, al tenerse legalmente por efectuada la notificación de cargos una vez transcurridos los cinco días dispuestos en la segunda citación con Carta ASFI/DSR II/R-57946/2014 de 15 de abril de 2014 sin que el interesado se haya apersonado a ASFI para notificarse con los cargos imputados, se establece que el término para la prescripción de la infracción ha sido interrumpida antes de los dos años que establece el artículo 79 de la Ley No. 2341.

Que, sin perjuicio de lo esgrimido precedentemente, también se ha señalado que otro de los postulados a evaluarse respecto a la figura jurídica de la prescripción y la interrupción del cómputo del plazo, cabe mencionar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, en la gestión 2013, ha realizado una nueva inspección de riesgo operativo, emitiendo el Informe ASFI/DSR II/R-189970/2013 de 12 de diciembre de 2013 que contiene los resultados del seguimiento efectuado a la observaciones hechas en la anterior visita realizada a la entidad financiera, instrumento administrativo que se remitió a conocimiento de la Cooperativa, en fecha 02 de enero de 2014, a través de la Carta ASFI/DSR II/R-195639/2013 de 24 de diciembre de 2013.

Que, cursa en esta entidad, la Carta ASFI/DSR II/R-17036/2014 de 03 de febrero de 2014, en virtud de la cual se solicitó a la Cooperativa remitir hasta el 14 de febrero de 2014 documentación relacionada a la compra de terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca No. 1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra y los resultados de la consultoría contratada por la Cooperativa que determine la factibilidad de la apertura de una agencia en dichos predios, información que no fue remitida oportunamente a este Órgano de Supervisión.

Que, los dos hechos acontecidos en forma posterior a la emisión del informe de

inspección de la gestión 2012, se constituyen en actuaciones que también interrumpen el plazo previsto para la prescripción en la vía administrativa, puesto que fueron emitidos con el fin de realizar las diligencias preliminares y/o investigativas cuyo cumplimiento demanda el artículo 65 – parágrafos I y II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, con el fin de identificar las infracciones y a los presuntos responsables susceptibles de iniciación del procedimiento sancionatorio, constituyéndose por tal razón en un elemento más que determina la imposibilidad de disponer la prescripción de las infracciones cometidas por el recurrente, conclusión que se sustenta en el precedente administrativo establecido por el ex Ministerio de Hacienda en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 66/2007 de 18 de julio de 2007, que determina: "(…) la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no necesariamente con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones (…)"

En ese entendido, dentro de las acciones llevadas a cabo por la ASFI, como producto de la inspección a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.**, es decir, la labor de supervisión se tiene:

Dentro de la inspección realizada por el Ente Regulador detectó inobservancias a disposiciones Estatutarias y Reglamentos Internos por parte del Consejo de Administración, plasmadas en el informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012, remitiéndose el mismo a la Entidad con carta ASFI/DSR II/R-48216/2012 de 20 de abril de 2012, notificada el 02 de mayo de dicho año, aspecto que de acuerdo al precedente Administrativo citado supra, hace a la interrupción de la prescripción, que consecuentemente el citado Consejo elevo un Acta por el cual asumieron conocimiento del contenido del informe referido con fecha 04 de mayo de 2012, elemento que demuestra al igual que el anterior la interrupción de la prescripción invocada por los recurrentes.

Por lo anterior, corresponde precisar que en consideración a que el contrato de compra del inmueble -presunta infracción-, ubicado en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra se celebró en octubre de 2011, momento en que empieza el computo de la prescripción (Dos años) en virtud del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se vio a los seis meses de ocurrido el hecho, interrumpida por los elementos citados en el párrafo anterior.

Asimismo, la ASFI realizó una inspección en diciembre de la gestión 2013 circunscritas a los primeros hallazgos determinados en la gestión 2012, cuyos resultados fueron de conocimiento de la Cooperativa el 02 de enero de 2014, aspecto que del mismo modo configura el elemento que hace a la interrupción del plazo de la prescripción y finalmente se debe señalar que el Ente Regulador siguió con las tareas investigativas, evidenciándose este hecho con la solicitud de la información requerida en febrero de la gestión 2014, relacionado al inmueble adquirido en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

Adicionalmente, es preciso que los recurrentes tengan en cuenta que la notificación con

cargos en el caso de la ex Consejera señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA,** se efectuó en fecha 08 de abril de 2012, actuado que interrumpió el plazo de la prescripción, en observancia a lo anteriormente anotado.

En el caso del ex Presidente del Consejo señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS** se debe tomar en cuenta que el Ente Regulador, realizó las citaciones en dos oportunidades para que se apersone y se notifique con los cargos determinados por ASFI, siendo la última en fecha 15 de abril de 2014, a las que el recurrente hizo u omitió su atención, por lo anotado y en consideración a los precedentes administrativos expuestos por la Autoridad recurrida, se colige que la invocación de la prescripción por parte de los recurrentes no ha operado.

En lo que corresponde a la notificación con la carta ASFI/DSR II/ R-17036/2014 de 3 de febrero de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro de sus labores investigativas, de control y fiscalización en virtud de lo dispuesto por el artículo 65 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, solicitó entre otros información a la Entidad relativa a las determinaciones del Consejo de Administración sobre el destino que se daría al inmueble en cuestión y el informe final de la consultoría de servicios de Factibilidad del Proyecto para la apertura de una Agencia de la Cooperativa en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

En ese sentido, si bien es evidente que el señor Hoffmann ya no se encontraba desempeñando funciones al interior del Consejo de Administración, las responsabilidades de la gestión de dicho cuerpo colegiado se encontraban latentes, debido a que en el periodo 2013 el Ente Regulador se encontraba en proceso de evaluación, investigación y seguimiento de los hallazgos resultado de la inspección efectuada en la gestión 2012, habiéndose alejado del Consejo a finales de del año 2013, conforme el mismo declara en la impugnación Jerárquica (Punto 2, párrafo 2do.), debiéndose se tomar en cuenta además, que el imputado asumió conocimiento de los resultados de la inspección inicial y por tanto correspondía realizar las gestiones pertinentes para desvirtuar o explicar las observaciones de la ASFI, por lo que no es admisible el alegato vertido por el imputado al referir desconocimiento de toda notificación al Consejo de Administración.

En lo que respecta a lo señalado por el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS,** de que el Consejo de Administración es una instancia distinta al recurrente, corresponde señalar, que el citado Consejo, se encuentra conformado por un cuerpo colegiado y que al interior de éste al momento que la ASFI identificó las infracciones, se encontraban los ahora recurrentes desempeñando funciones, por dicho antecedente no corresponde considerar la pretensión del ex Presidente del Consejo, de apartarse de ese órgano con el argumento de que es una instancia diferente al imputado, considerando que dicho cuerpo colegiado es elegido por la Asamblea General de Socios y que tiene un rol que desempeñar por mandato de esa instancia de gobierno como por las disposiciones Estatutarias y normativas.

De igual manera, se debe señalar que en el caso de autos, las contravenciones descritas fueron notificadas por la ASFI a todos los miembros que integraron el Consejo de Administración, principal órgano administrativo elegido por la instancia máxima de la Cooperativa, como es la Asamblea General de Socios, aspecto que se puede advertir de

los antecedentes que conforman ambos expedientes, guardando estrecha relación y congruencia con lo referido precedentemente.

En consecuencia, de la compulsa a los antecedentes que reflejan las distintas actuaciones adoptadas por el Ente regulador, en su rol de supervisión, fiscalización, control y monitoreo a las observaciones realizadas como resultado de la inspección en la gestión 2012, la inspección de seguimiento efectuada por la ASFI en el periodo 2013, la carta de requerimiento de información en la gestión 2014 y las notificaciones con cargos al conjunto de los miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** así como las citaciones realizadas en abril de 2014 al señor Hoffmann, interrumpieron los plazos de la prescripción, conforme se tiene desarrollado supra.

En consecuencia, se colige que las actuaciones adoptadas por la ASFI, en su labor de supervisión, fiscalización y control dentro del caso de autos, **han suspendido o interrumpido los plazos de la prescripción** al haberse configurado los elementos para este efecto, infracciones en las que habrían incurrido, no solo los señores Betty Rojas Vda. de Arrazola y Kurth Hoffmann Barrientos, sino el conjunto de los miembros del Consejo de Administración, mismos que fueron notificados y sancionados, por tanto se llega a la conclusión que no ha operado la prescripción prevista por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, a este efecto viene a colación el precedente administrativo constituido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 04 de octubre de 2010, donde determina que:

> "*corresponderá determinar el momento que empieza a correr la prescripción, que siguiendo la doctrina se debe tomar en cuenta dos momentos,* ***el primero y el que cobra relevancia en el presente caso, se da desde la fecha de la comisión de la infracción o falta administrativa hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se haya iniciado (el cual a su vez suspende el plazo de la prescripción)***…".

Entendimiento que guarda relación con los precedentes administrativos citados por la Autoridad recurrida.

2.3. Actos violatorios al debido proceso y al derecho a la defensa

La señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA**, manifiesta que la Resolución Administrativa ASFI N° 444/2014, la ha dejado en indefensión violando el principio al debido proceso al haber aplicado normativa que no se puede utilizar en su caso, refiriéndose como normativa a la Resolución Jerárquica SG SIREFI EJ 66/2007 de 18 de julio de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Recursos Jerárquicos, precedente administrativo que se encuentra dentro de las fundamentaciones de la ASFI, en la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria. Asimismo, hace cita de jurisprudencia referida al debido proceso y derecho a la defensa, sin preciar de forma clara como se hubieran vulnerado los mismos en el caso de autos.

De lo señalado por la señora **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA** existe claramente una falta de valoración por parte de la recurrente a los fundamentos expuestos por la ASFI en la emisión del acto administrativo impugnado en instancia jerárquica, agravios que no hacen otra cosa que confundir sus propias pretensiones, siendo que el precedente administrativo citado

por la Autoridad recurrida constituye parte de la fundamentación en la que se apoya, para establecer los elementos que configuran la interrupción de la prescripción.

Por lo anterior, debido a la falta de fundamentación a los agravios respecto a la vulneración de los principios enunciados por la recurrente, y de lo visto en el desarrollo del proceso sancionatorio, no condicen con lo manifestado por la señora Rojas, siendo que el desarrollo del proceso estuvo en apego a lo dispuesto por la norma aplicable,

Para un mejor entendimiento debemos referir lo expresado por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la Sentencia Constitucional 0746/2010-R de 26 de julio de 2010.

> "*Este Tribunal Constitucional, mediante las SSCC 1674/2003-R, 0119/2003-R, 1276/2001-R, 0418/2000-R y 0418/2000, entre otras, ha definido al debido proceso como "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; comprende la potestad de ser escuchado presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo (derecho a la defensa) y la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales*".
>
> *En este contexto, la formulación del postulado precedentemente desarrollado, es decir el referente al respeto al principio de legalidad en materia sancionatoria, en un Estado Constitucional, tiene incidencia directa en el respeto a las reglas del debido proceso en la esfera disciplinaria, ya que uno de los presupuestos procedimentales del debido proceso administrativo, precisamente se refiere a la necesaria relación causa-efecto entre la sanción administrativa y la adaptación de los hechos sancionables a los supuestos específicamente descritos por ley*.

Bajo ese contexto, se puede advertir que la ASFI, ha observado los procedimientos para que la Señora Rojas asuma defensa, hecho que se dado conforme se puede notar de las actuaciones asumidas por la recurrente, debiendo dejar en claro que el precedente administrativo no se constituye una disposición legal, por la que la ASFI haya determinado una sanción.

Por su parte el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, señala que la notificación se encuentra viciada de nulidad debido a que la primera citación para que se notifique con los cargos, se habría realizado en la secretaria de la Cooperativa y no en su domicilio y que producto de la errónea notificación no se presentaron descargos a las observaciones iniciales.

En lo que respecta al argumento presentado por el señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS,** la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en apego de lo establecido

en el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, efectuó las diligencias respectivas procediendo con las citaciones conforme el ordenamiento adjetivo mencionado, tomando en cuenta que la primera citación se la realizó en la secretaria de gerencia de la Cooperativa, la que no fue representada por la entidad en el sentido de que el señor Hoffmann ya no tenía como domicilio la Cooperativa.

Por otra parte, en los argumentos del recurrente no se advierte que este haya fijado domicilio, si bien no constituye una obligación éste debió señalar dicho extremo, al momento de su alejamiento como miembro del Consejo de administración, conociendo el informe de inspección de la ASFI con corte a 31 de enero de 2012, que determinaban observaciones contra su persona como miembro del cuerpo colegiado citado, por el contrario de lo expuesto por el recurrente, éste reconoce que la segunda citación se la habría realizado en su domicilio particular al señalar: "… *correspondía a la Administración Pública anular obrados y realizar desde la primera citación en mi domicilio ubicado en la calle Inca N° 0349. No tener (sic) realizar actos de similar naturaleza en dos domicilios. El primero en el domicilio de la Cooperativa y el segundo en mi domicilio particular*".

En ese sentido, es preciso aclarar al señor Hoffmann que lo dispuesto por el artículo 26 del Reglamento precedentemente citado, establece periodos muy razonables para que en el caso de autos haya podido ejercer los derechos que la ley le franquea, siendo así que, a la primera citación se le otorga cinco (5) días hábiles administrativos para que se apersone ante la Autoridad Reguladora, conozca y se notifique con los presuntos cargos, y en segunda instancia a la no comparecencia del presunto infractor, la ASFI emitió una nueva citación para el mismo efecto, otorgando el mismo plazo, además en el supuesto caso de haberse notificado con los cargos a la segunda citación, el recurrente contaba con un plazo de siete (7) días hábiles administrativos para asumir defensa, cosa que en los hechos no sucedió.

A lo manifestado, se deduce que el miembro del Consejo de Administración ya tomó conocimiento de la primera y segunda citación para la notificación con los presuntos cargos determinados por el Ente Regulador, haciendo caso omiso a las cartas que invitaban o citaban a la notificación no ejerciendo su derecho a la defensa, sino que activo los mecanismos legales a conocimiento de la Resolución Administrativa sancionatoria, a la que se interpuso el Recurso de Revocatoria.

En ese sentido, y bajo el argumento presentado sobre la nulidad, corresponde traer a colación el Precedente Administrativo RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 de la ex Superintendencia General del SIREFI que establece: "…*la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuridicidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por ley, con las causales de nulidad señaladas en la Ley. De tal manera que la falta de notificación oportuna de un acto administrativo, bajo ningún parámetro legal puede constituir motivo de "nulidad" del acto administrativo al no estar contemplado expresamente en el Artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo cual nos remite necesariamente a recordar el denominado* ***principio de especificidad*** *que implica que la nulidad, para operar tal, debe estar prevista en la Ley*".

Por lo anterior, se concluye que el Ente Regulador no provocó indefensión al administrado, habiéndose realizado en primera instancia la citación para la notificación con cargos en oficinas de la Cooperativa, tomando en cuenta que el señor Hoffmann, si bien ya no desempeñaba funciones como miembro del Consejo de Administración, no hubo un rechazo expreso a la citación por parte de la funcionaria de la Entidad, y en segunda instancia siendo que de manera expresa reconoce su domicilio particular al cual fue visitado por el personero de la ASFI y no fue habido para la citación respectiva, el Ente Regulador procedió conforme dispone el parágrafo IV del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 26 del Reglamento del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, dando por notificado al recurrente, acto donde figura un testigo de actuación del intento de notificación.

De lo anterior se puede establecer que el señor Hoffmann, habría tomado conocimiento de las primeras actuaciones llevadas a cabo por la ASFI, caso contrario no hubiera ejercido defensa si la notificación con la Resolución Administrativa que sanciona al recurrente, no se hubiera efectuado en su domicilio, encontrándose éste en pleno ejercicio de sus derechos dentro de proceso, como se advierte de la revisión del expediente administrativo en esta instancia jerárquica.

2.4. De la interpretación de los alcances del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa.-

El recurrente señor **KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS**, respecto del cargo N° 1, argumenta lo siguiente:

> *"La resolución recurrida pretende interpretar que el término "aprobación de políticas de viáticos y pasajes" involucra la obligación de la Asamblea de emitir su consentimiento para cada pago que se realice, por tal concepto, a los miembros del Consejo de Administración y Vigilancia.*
>
> (…)
> *El sentido del artículo 43 del Estatuto Orgánico es totalmente diferente. Dicha norma legal pretende prever que no exista un gasto abusivo, por lo tanto la política tiene que fijar límites de gastos para preservar tal hecho.*
>
> *La Asamblea General de Socios, entre sus atribuciones, tiene las de aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia.*
>
> *Dichas políticas se encuentran incorporadas y han sido aprobadas por la Asamblea General de Socios dentro del presupuesto de la gestión…"*
>
> *La Certificación que se acompaña a la presente, emitida por la Gerencia General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "San Pedro", establece que el presupuesto de la gestión 2011, 2102 y 2013 ha sido aprobado por la Asamblea General Ordinaria de Socios, dentro del cual se consideró los conceptos siguientes: i) Remuneración a Directores; ii) Viáticos; iii) Refrigerio; iv) Pasajes; v) Uniformes.*

Habiéndose aprobado un gasto global de Bs. 751.548,20…"

Al respecto, se debe referir a los fundamentos de la Autoridad de Regulación con relación a los cargos imputados a los señores **BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA y KURTH HOFFMANN BARRIENTOS,** en ese sentido la ASFI establece respecto al Cargo N° 1, que:

> "…*De acuerdo al Informe ASFI/DSR II/R-101970/2014 de 2 de julio de 2014, se tiene que en la documentación proporcionada por la Cooperativa en la visita de inspección de riesgo operativo con corte al 31 de enero de 2012, se constató que el Consejo de Administración aprobó mediante Resolución N° 02/2006 el Reglamento de Gastos, documento que fue actualizado en el mes de abril de 2011, el cual establece en los artículos 29, 38 y 41 que el Consejo de Administración tiene la facultad de aprobar los gastos para viáticos, uniformes y presentes navideños. Dicha norma contraviene lo establecido en el inciso m) del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, que señala que es de competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria la aprobación de políticas de gastos de representación, viáticos y otros, relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia.*
>
> *En tal sentido, en la visita de inspección esta Autoridad de Supervisión ha establecido que la Cooperativa durante la gestión 2011, ha efectuado gastos para miembros de los Consejos por concepto de viáticos, refrigerios y uniformes que son listados a continuación y que no fueron autorizados por la Asamblea Ordinaria de Socios, incumpliendo lo establecido en el citado Estatuto, debido a que dichos gastos fueron realizados bajo una atribución conferida en el Reglamento de Gastos que se contrapone al Estatuto Orgánico de la entidad, normativa esta última que jerárquicamente es superior y no puede ser superpuesta por el referido Reglamento*".

De la compulsa, a lo manifestado por la parte recurrente y lo citado la Autoridad recurrida, se deduce claramente que los criterios de evaluación dentro del informe producto de la inspección al 31 de enero de 2014, y de las valoraciones efectuadas por la ASFI en el recurso de revocatoria, se han desviado y subsumido a una interpretación errónea sobre las atribuciones del Consejo de Administración derivándose a una infracción que no se evidencia conforme lo siguiente: la nota de cargos, establece en su parte pertinente según lo expresado por la Autoridad Recurrida, el inciso m) del artículo 43 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa, determina que es competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria: "…***Aprobar políticas*** *de gastos de representación, viáticos, etc. Relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia…*".

Por otro lado, la misma Autoridad Recurrida refiere que el Informe de inspección ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012, verificó que, "…*mediante Resolución N° 02/2006, el Consejo de Administración* ***aprobó el Reglamento de Gastos****, documento que fue actualizado en el mes de abril de 2011, el cual establece en los artículos 29, 38 y 41, que el Consejo de Administración tiene la facultad de aprobar los gastos para viáticos, uniformes y presentes navideños, respectivamente…*" (Pág. 15 y 16 Res. Adm. 471/2014). Sin embargo, lo observa asumiendo una lectura errónea, pretendiendo cuestionar la aprobación del

Reglamento con la aprobación de Políticas, aspectos e instancias totalmente distintas. (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la Autoridad recurrida manifiesta que:

> "…*La inobservancia y desapego al orden jerárquico que rige el funcionamiento de la Cooperativa y que ahora se atribuye al Sr. Kurth Hoffmann en calidad de Presidente del Consejo de Administración al momento de suscitarse el hecho sancionable, vulnera también la norma reglamentaria, toda vez que el artículo 4 de la Sección 8 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Capítulo III, Título I del Libro 1° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, no prevé que el Consejo de Administración esté facultado a aprobar gastos, más al contrario, el inciso 16) del mismo artículo 4 señala que son funciones y atribuciones del Consejo de Administración: "Las demás atribuciones y funciones que según la legislación y normativa vigente* ***así como su respectivo Estatuto, no sean privativas de la Asamblea General de Socios*** *o de la Gerencia General." (Las negrillas han sido insertadas).*
>
> *Establecida la inobservancia conforme a lo precedentemente expuesto, la responsabilidad del Sr. Kurth Hoffmann emerge de la aplicación del artículo 5 de la Sección 8 del precitado Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito que dispone: "(Responsabilidades de los miembros del Consejo de Administración). Los miembros del Consejo de Administración son solidaria y mancomunadamente responsables: (…) 6) De la fiel observancia de las obligaciones que emanan de la legislación y normativa vigente así como su respectivo Estatuto y reglamentos internos y acuerdos de la Asamblea General de Socios y de los Consejos."*

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, enuncia disposiciones normativas que se encuentran en la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, en el entendido de que dicho cuerpo normativo no prevé que el Consejo de Administración esté facultado a aprobar gastos, pero no establece que instancia es la facultada a la aprobación de gastos inobservando lo establecido en el 3) de dicha normativa, infra citado, tomando en cuenta que se habla de la aprobación de **Reglamentos** y no de Políticas.

De la normativa citada por la ASFI, se evidencia que el artículo 4 referido establece las funciones y atribuciones del Consejo de Administración y de la lectura integra de éste, se advierte que dentro de las atribuciones del Consejo de Administración entre otros se encuentra:

> (…)
>
> *1) Cumplir y hacer cumplir las leyes y su reglamentación, el estatuto, los reglamentos internos, los acuerdos de la Asamblea General de Socios y sus propios acuerdos y disposiciones.*
>
> *3)* ***Dictar los reglamentos*** *que sean necesarios para desarrollar las normas del Estatuto y* ***las Políticas aprobadas por la Asamblea General de Socios*** *y las*

relativas al cumplimiento de las facultades y deberes del propio Consejo de Administración..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De las competencias con las que cuenta el Consejo de Administración, se puede colegir, que tiene entre sus funciones y atribuciones dictar los reglamentos necesarios para desarrollar entre otros, **las Políticas aprobadas por la Asamblea General de Socios**, así como cumplir y hacer cumplir los reglamentos internos de la Cooperativa.

De lo anterior, se evidencia que existe incoherencia en las valoraciones que realizó la ASFI, a la normativa citada y que la propia Autoridad hace referencia, limitándose a señalar el numeral 16) del artículo 4 supra mencionado. Esta falta de análisis, valoración razonada y sana crítica al contexto general de la norma, han desviado los criterios del Ente Regulador al momento de adoptar decisiones, aspectos que afectan el debido proceso.

En este orden de ideas, corresponde revisar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional respecto al debido proceso que en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0678/2014 de 08 de abril de 2014, establece:

"*El debido proceso es el derecho de toda persona a un juicio justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; además,* ***comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado*** *que pueda afectar sus derechos (SSCC 0418/2000-R 1276/2001-R y 0119/2003-R, 0902/2010-R y 1756/2011-R; y las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 1023/2013 y 1439/2013,entre otras).*

La SCP 1439 de 19 de agosto, asumiendo el entendimiento de la SC 0999/2003-R de 16 de julio, respecto del debido proceso vinculado con la realización del valor justicia en el procedimiento, refirió que: "…el debido proceso está ligado a la búsqueda del orden justo. ***No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo****, respetando los principio s procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna; pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".*(La negrillas con insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, es preciso dejar en claro que, las competencias de la Asamblea General Ordinaria y la del Consejo de Administración de la Cooperativa se encuentran claramente definidas y separadas una de otra, considerando que la competencia exclusiva de la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa según el inciso m) del artículo 43 del Estatuto

Orgánico de la Cooperativa, se circunscribe **a la aprobación de Políticas**, disposición que es clara al señalar: "*Aprobar políticas de gastos de representación, viáticos, etc. relacionados a las actividades que realiza el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia e Inspector de Vigilancia…*".

De lo citado, es equívoca la posición y determinación de la ASFI ya que no guarda relación con **a la aprobación de Reglamentos**, tomando en cuenta que estos últimos, es decir la aprobación de reglamentos, hacen a la operatividad y/o desarrollo de dichas políticas, que es atribución del Consejo de Administración de la Entidad, según lo dispuesto en la normativa emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y lo establecido por el Estatuto de la Cooperativa.

Ahora bien, y siguiendo el análisis importa precisar que la tipicidad y la legalidad, forman parte sustancial del debido proceso.

Al respecto, Alejandro Nieto García en "*Derecho Administrativo Sancionador*", señala:

> "*…la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera* ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase...*" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en "*Curso de Derecho Administrativo II*", señalan:

> "*…El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de* ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** (...)
>
> *No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa...*" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En consecuencia, en el caso de autos, el Consejo de Administración al aprobar "El Reglamento de Gastos" ha actuado dentro de las atribuciones que le confiere la propia

normativa emitida por el Ente Regulador (incisos 1 y 3 del artículo 4º de la Sección 8, Capítulo III, Título I, Libro 1º de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros), determinándose que no existe infracción al Estatuto de la Cooperativa, por lo que corresponde ajustar a derecho los supuestos fácticos que observo la ASFI y siendo que no concurre en los hechos vulneración por parte del Consejo de Administración, deberá disponerse su revocatoria.

2.5. De la interpretación de los alcances del artículo 10 del Reglamento de Compras y/o servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico.-

Con relación al Cargo Nº 2, el señor Hoffmann ha señalado que:

> "…*No ha analizado a profundidad el argumento de que la Cooperativa tuvo una ganancia en dicha operación. La certificación emitida por la Gerencia General de la Cooperativa y que fue acompaña* (sic) *en calidad de prueba demuestra que el indicado terreno fue adquirido en la suma de $US. 400.000.- en fecha 21 de octubre de 2011. Asimismo, en fecha 4 de abril de 2014, dos años y 6 meses después, la Cooperativa vendió el mismo terreno en el precio total de $US. 520.000.-.* ***Operación que reditúo a la Cooperativa una ganancia, ingreso adicional o utilidad de $us. 120.000.-*** *equivalente al 30* ***%*** *de la inversión inicial, sin que exista ningún tipo de riesgo para los socios o la Entidad.*
>
> *Indica que no es finalidad de la Cooperativa generar negocios inmobiliarios. Sin embargo el sentido de dicho descargo no era ese. Era rebatir la afirmación realizada en la resolución sancionatoria de que se habría generado daño económico. En otras palabras se estaba respondiendo a la afirmación realizada por la Administración Pública.*
>
> *Tampoco se ha analizado el argumento referente a que, por la naturaleza de la compra (bien inmueble), no se podía cumplir el reglamento de compra de bienes y/o servicios. La compra de un bien inmueble no se puede asimilar a la adquisición de bienes muebles recurrentes, para los cuales se ha elaborado el Reglamento de Adquisiciones. La compra de un inmueble, mucho más para la finalidad que se le pensaba otorgar, como es la apertura de una sucursal, tiene que tener un conjunto de requisitos y elementos que no pueden estar simplemente amparados por tres cotizaciones. Las cuales tal vez hubiesen sido fáciles de obtener. La decisión del Consejo de Administración estuvo sustentada en elementos de fondo que tienen que ser considerados al momento de evaluar el acto cuestionado.*
>
> (…)
>
> *Además no consideró que de manera implícita el Comité Económico también emitió su criterio. Dicha instancia es parte del Consejo de Administración, por lo tanto si sus miembros están emitiendo su voluntad en el pleno, resultaría redundante tener un instrumento separado. Se está dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 81 del Estatuto, con el único aditamento que se están concentrando las decisiones en un solo acto, hecho que no está reñido con ninguna norma. Más bien se está*

precautelando la eficiencia en la toma de decisiones.

Tampoco analizó que la Asamblea de Socios de 20 de abril de 2012, aprobó la adquisición del terreno. Decisión ésta que si bien fue adoptada en forma posterior a la suscripción de la minuta, tiene plena validez. No existe ninguna norma que prohíba a la Asamblea a dar por bien hecho o convalidar un acto…"

Sobre el particular, la Autoridad recurrida manifiesta lo siguientes:

"*El artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y Contratación de Servicios, establece los requisitos que debe cumplir la entidad para la compra de bienes y contratación de servicios mayores por encima de los $us. 2.000 (Dos mil 00/100 dólares americanos), a su vez el artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa establece que el Comité Económico efectuará el control del gasto y las inversiones de acuerdo al presupuesto de la gestión, sin discriminar si la compra consiste en bienes inmuebles recurrentes o inmuebles destinados al uso de la entidad, tal como argumenta el recurrente.*

La primera observación en el Cargo 2 efectuada en la Resolución ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, de "carácter sustancial" como califica el recurrente, ***se refiere al aspecto operativo, toda vez que la Cooperativa no tiene la función de realizar compra y venta de bienes para constituir ingresos con el plus valor obtenido de la operación, siendo su objeto el de prestar servicios de carácter financiero, única y exclusivamente en el marco de lo autorizado por la ley y la reglamentación vigente****. La afirmación del recurrente en sentido que coyuntura económica es propicia para realizar inversiones inmobiliarias no constituye un argumento válido de justificación, por la misma razón antes señalada, es decir porque las inversiones inmobiliarias no constituyen operaciones para las cuales la Cooperativa esté autorizada.*

La segunda argumentación expresada por el Sr. Hoffmann para desvirtuar el Cargo 2 por el cual también fue sancionado, se sustenta en que en razón de la conveniencia, la ubicación, el precio y la importancia de la adquisición, la decisión fue asumida en el seno del Consejo de Administración ***prescindiendo de la participación del Comité Económico*** *mismo que al ser parte de este Consejo, su aprobación resultaba redundante.*

La argumentación del Sr. Hoffmann en este sentido es injustificada porque significaría que el Comité Económico es un apéndice del Consejo de Administración, circunstancia por la cual carecería de objetivo y funcionalidad en la estructura de la entidad, al igual que el artículo 10 del Reglamento de Compras y/o Servicios y el artículo 81 del Estatuto Orgánico.

Queda claro entonces que la compra del inmueble ubicado en la Av. Virgen de Cotoca N° 12112 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, no contó con respaldos técnicos y legales que la justifiquen, ***a efectos de su uso exclusivo dentro del giro de la entidad y que represente generación de rentabilidad en el desarrollo de sus operaciones***". (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Para un análisis razonado de lo manifestado por la ASFI en la Resolución sujeta a impugnación en instancia jerárquica, se debe revisar el Cargo N° 2, notificado a la parte recurrente, en ese sentido el cargo mencionado refiere:

> "2. *Al Artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios y al Artículo 81 del Estatuto Orgánico, al haber evidenciado que la Cooperativa realizó la compra de un terreno ubicado en la Avenida Virgen de Cotoca N°1212 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra por un monto considerable que no generó ninguna utilidad ni beneficio a los socios, sin seguir un proceso de contratación y causando perjuicios al Patrimonio de la entidad, siendo responsabilidad del Consejo de Administración la aprobación de dicha compra, en conformidad a la observación efectuada en el numeral 2.1.14 "Otros Procesos" del Informe ASFI/DSR II/R-32275/2012 de 16 de marzo de 2012…*"

De lo señalado precedentemente, se advierte que el Cargo N° 2, el incumplimiento por la compra de un inmueble ubicado en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, y que dicha compra no habría generado utilidad ni beneficio a los socios, y que se causó perjuicio al patrimonio de la entidad, siendo la responsabilidad de dicha compra el Consejo de Administración.

Ahora, la norma que señala la ASFI como infringida en el caso de autos, es el artículo 81 del Estatuto Orgánico de la Cooperativa donde dispone que: "…***el Comité Económico**: efectuará un control del gasto y las inversiones de acuerdo al presupuesto de la gestión*", la ASFI no individualiza o no particulariza quienes conforman dicho comité, tomando en cuenta que la citada disposición infiere a realizar acciones de control de gastos e inversiones y no de la aprobación de la compra de bienes, es decir que las acciones del referido Comité suponen una verificación, por lo que no existe congruencia cuando la ASFI refiere el artículo citado ya que éste no atribuye responsabilidades al Consejo de Administración, sino que establece facultades de control al Comité Económico.

En lo que respecta, a lo establecido por el artículo 10 del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios se debe establecer que el mismo corresponde a una secuencia en la tramitación de la compra de bienes o contratación de servicios mayores a $us. 2000.- (Dos Mil 00/100 Dólares Americanos), en cuyas instancias de participación se encuentran, la unidad solicitante, sub gerencia de operaciones, gerencia general y el consejo de administración, estableciendo la ASFI responsabilidad de la aprobación de la compra al Consejo de Administración, sin establecer con claridad cual la infracción al Reglamento, señalando de manera genérica que se habrían causado perjuicios a la entidad sin seguir el proceso de contratación.

Los aspectos descritos, demuestran que la ASFI incurrió en falta de tipicidad respecto al cargo notificado, a este efecto se debe señalar el entendimiento de la Sentencia Constitucional 0498/2011-R de 25 de abril de 2011, relacionado a la tipicidad.

> *"El art. 73.I de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) (Principio de Tipicidad) señala que: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas*

en las leyes y disposiciones reglamentarias y II Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, ***evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad***."

Asimismo la Sentencia Constitucional 0333/2011-R, de 01 de abril de 2011, señala: ***"III.I. El debido proceso y su trascendencia constitucional.- La SC 1863/2010-R de 25 de octubre, señala: "El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal'. (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159)."*** *En el mismo sentido halla coincidencia la también VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2287/2010-R Sucre, 19 de noviembre de 2010 que establece:* ***"3) Se denuncia la falta de tipicidad en la falta atribuida; sin embargo, la potestad punitiva de un tribunal administrativo disciplinario se basa en el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse ninguna conducta ni imponer sanción alguna cuando la misma no está establecida en la ley vale decir que el Tribunal Sumariante no puede imponer sanciones de manera arbitraria o discrecional sino debe aplicar una sanción regulada por ley de acuerdo con el tipo de falta cometida."***

De igual manera, se puede colegir que la motivación y fundamentación en las sanciones impuestas, es difusa e insuficiente debido a que el Ente Regulador señala que con la referida compra no se habría generado utilidad ni beneficio y que, más bien, se habría causado perjuicios al patrimonio de la Cooperativa, pero no señala cuáles son los perjuicios o qué alcance tienen éstos, siendo que, como posteriormente demostró la recurrente, la inversión generó utilidad en la venta del inmueble, incrementando el patrimonio de la Cooperativa.

Por lo descrito, la ASFI es imprecisa cuando concluye señalando que: "*Queda claro entonces que la compra del inmueble ubicado en la Av. Virgen de Cotoca N° 12112 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, no contó con respaldos técnicos y legales que la justifiquen, a efectos de su uso exclusivo dentro del giro de la entidad y que represente generación de rentabilidad en el desarrollo de sus operaciones*" (Pág. 17 de la Res. Adm. ASFI N° 471/2014), aspecto que difiere y es incongruente del cargo notificado, siendo que éste señala la infracción a disposiciones Estatutarias y reglamentarias en la compra del inmueble, y la conclusión antes señalada produce antinomia y/o discordancia ya que la ASFI refiere, en la Resolución impugnada, que la compra del inmueble no cuenta con respaldos técnico legales que justifiquen la adquisición del inmueble para el uso exclusivo del giro de la entidad, es decir

que hacen referencia a la finalidad de la compra y no a la infracción a los Estatutos y normativa interna, además de que la crónica no hacen a sí tal exigencia (respaldos técnicos y legales) también son parte del Reglamento de Compra de Bienes y/o Contratación de Servicios o de otro documento, ya que no fue considerada en las Notas de Cargos, provocando inseguridad jurídica a los administrados, al respecto es preciso señalar que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que:

> "…*II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables*…"

En ese sentido, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

> "…*La* ***seguridad jurídica*** *apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento,* ***de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica.*** *En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En concordancia con lo visto precedentemente, se puede colegir que las incongruencias han provocado un menoscabo a la seguridad jurídica, dado que el Estado establece las garantías para que sus derechos no se encuentren vulnerados y que su situación jurídica no sea perforada con supuestos improbables y falta de congruencia, debiendo el ius puniendi del Estado estar revestido de los principios consagrados en la Constitución Política del Estado Plurinacional, evitando contravenciones, violaciones o inobservancias a los derechos del regulado y/o administrado.

Que, la ASFI rebasando los criterios de consolidación y análisis de la información concentrada y emitida por ese mismo órgano de control dentro de un proceso de supervisión, no terminando de definir si la infracción está supeditada a la observación inicial en la compra del bien inmueble, o a los efectos que ella tuvo en el giro de la Entidad, como se puede evidenciar de lo expresado en su carta ASFI/DSR II/R-130445/2014 de 26 de agosto de 2014, al referirse que:

"*No obstante, que la medida de vender el terreno originó utilidades a la entidad, siendo ésta una medida coyuntural no recurrente en el tiempo, aún persisten los problemas económicos financieros de la Cooperativa en cuanto a un reducido margen financiero y continuas pérdidas mensuales que van deteriorando su solvencia*."

A lo antes referido, la Autoridad recurrida al no observar y mucho menos pronunciarse a que dicha compra se encuentra aprobada en la gestión 2012, por la Asamblea General de Socios, máxima instancia de Gobierno, queda por bien hecha la compra del inmueble, más aun habiendo realizado una inspección en la gestión 2013, aspecto inobservado y desatendido por el Órgano Regulador, debilitando el proceso sancionatorio por la falta de análisis a lo observado y sus efectos que no se encuentran determinados a la fecha.

Por lo señalado se puede establecer que la Autoridad recurrida no encuentra de manera definida la infracción incurrida, limitándose a sancionar por circunstancias que no son congruentes con las observaciones iniciales, por lo que se debe rebatir la posición de la ASFI en su contenido y posición respecto a las sanciones aplicadas, considerando los aspectos descritos en cuanto a la tipificación, seguridad jurídica y legalidad de las actuaciones de la ASFI.

Del Análisis efectuado se tiene la siguiente conclusión.

Que, se advierte que las notas de cargos por los presuntos incumplimientos contra los miembros del Consejo de Administración, resultado de la inspección realizada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.,** con corte al 31 de enero de 2012, muestran incongruencia, falta de tipicidad, deficiencia objetiva y carecen de valoración razonada y sana crítica, respecto a los cargos imputados versus la normativa infraccionada, por lo que en el marco del Reglamento al Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, corresponde revocar en parte la Resolución Administrativa impugnada.

Que, de todo el análisis efectuado anteriormente, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha realizado un correcto análisis de la normativa que hace al caso de autos, al haber inobservado criterios basados en la sana crítica respecto a los hechos y la subsunción a infracciones de disposiciones Estatutarias y Reglamentarias, además, al no haber fundado correctamente su decisión, cuando ha prescindido de considerar y hacer extensible al hecho de que la supuesta infracción, lo que importa una infracción al deber de fundamentación y con ello, una inobservancia al debido proceso administrativo.

Que, de conformidad con el artículo 43º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar parcialmente la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE las Resoluciones Administrativas ASFI N° 444/2014 de 24 de junio de 2014 y ASFI N° 471/2014 de 04 de julio de 2014, que en Recursos de Revocatoria confirmaron totalmente las Resoluciones Administrativas ASFI N° 270/2014 de 05 de mayo de 2014 y ASFI N° 333/2014 de 19 de mayo de 2014, dejando sin efecto el Artículo Primero de estas últimas, que determinan sancionar a los recurrentes.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo, referido al Cargo N° 2, hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-45677 de 26 de marzo de 2014, **inclusive**, debiendo en consecuencia pronunciarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por cuerda separada.

ARTÍCULO TERCERO.- ANULAR el procedimiento administrativo referido al Cargo N° 2, hasta la notificación con cargos ASFI/DSR II/R-45319 de 26 de marzo de 2014, **inclusive**, debiendo en consecuencia pronunciarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por cuerda separada.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 DE 23 DE JUNIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 071/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 071/2014

La Paz, 26 de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 de 23 de junio de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 064/2014 de 20 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 123/2014 de 21 de octubre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 14 de julio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, legalmente representada por su Gerente de Operaciones Sr. Freddy Mauricio Sanjinés Raña, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 055/2013 de 7 de enero de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 69 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Félix Oblitas

García, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 de 23 de junio de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2068/2014, con fecha de recepción 17 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 de 23 de junio de 2014.

Que, mediante providencia de 18 de julio de 2014, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, solicitó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** acredite la personería legal de su representante, misma que fue respondida por la recurrente con memorial presentado el 22 de julio de 2014.

Que, por memorial presentado el 01 de agosto de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** remitió las aclaraciones a la personería del representante legal del recurrente, solicitadas mediante providencia de 28 de julio de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 5 de agosto de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 de fecha 23 de junio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES PREVIOS.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Mediante nota APS/DJ/DPC/N° 7742/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con veintiún (21) cargos, por incumplimiento a los artículos 106 y 149 inciso i) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y al artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, por falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatorias, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Sustanciados los cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolvió:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16** y **21**, con una multa

de $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us8.000,00 (OCHO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19** y **20**, con una multa de $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us16.500,00 (DIECISEIS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA).

- Desestimar los **Cargos N° 2** y **6**.

Resolución Administrativa contra la que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en fecha 19 de marzo de 2013, interpuso Recurso de Revocatoria y ante su confirmación parcial, que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, el Recurso Jerárquico respectivo.

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2014 de 20 de mayo de 2014, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, inclusive.

"…***2.2. Valoración de la prueba.-***

En principio, a los fines de establecer el ámbito al que se refiere la impugnación, cabe rescatar lo señalado por el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que: "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…"

*Con base en ello y de la revisión del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en concreto, de su **numeral II (De la inadecuada valoración de la prueba)**, los que así presentados, sin embargo de resultar alegatos específicos contra cada uno de los cargos que allí se señalan, permiten rescatar los elementos siguientes:*

2.2.1. Ponderación de la conducta de las partes y de las autoridades que conocieron el proceso penal.-

***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** impugna, en el numeral 1 del acápite II, de su Recurso Jerárquico, la determinación "Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21", dice que por "inadecuada valoración de la prueba", por no haber tenido en cuenta el Regulador, las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011-R de 11 de octubre de 2011, y SS 0510/2010-R de 12 de julio de 2011, en concreto, la disposición de las mismas en sentido que:*

"…sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (…) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia…"

No obstante (y salvo una sucinta cuanto insuficiente referencia acerca del proceso penal que se sustancia en la localidad de Quime, infra mencionada), el numeral 1 del acápite II, del Recurso Jerárquico, no señala de qué manera las impugnadas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 y APS/DJ/DPC/N° 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013, incurrirían en una "inadecuada valoración de la prueba".

Por ello, revisada la resolución recurrida, se establece que el carácter común de las sanciones "Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21", es que todas ellas se encuentran agrupadas en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 (conforme a la redacción dispuesta por la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013), de la siguiente manera:

*"…**PRIMERO.- Sanciona** a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18** y **21**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Entonces, a excepción de lo referido al cargo N° 14 (no mencionado en el Recurso Jerárquico y, por tanto, no controvertido), toda vez que los extremos sustanciales que hacen a los mismos han sido materia de análisis y determinación en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, y dado no existir un agravio que en términos concretos hubiera sido expresado por la recurrente en el numeral 1 del acápite II de su Recurso, debe concluirse que lo alegado en este último, conforme lo presenta **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, está referido a la imposición misma de la sanción (Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21), antes que a la ocurrencia misma de las infracciones.*

En tal sentido, la recurrente ha afirmado que:

"…La cita textual que se realizó en el Recurso de Revocatoria a las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011-R de fecha 11 de Octubre y la SSCC 0510/2010-R de 12 de Julio, obedeció a que su autoridad, bajo parámetros analógicos, pueda realizar una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con

las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva…"

Toda vez que el agravio, así expresado, es reiterativo del expresado a tiempo del Recurso de Revocatoria, es pertinente traer a colación lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013:

*"…**a los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16** y **21**, la AFP señala que la APS habría concluido de una manera errada en cuanto a la valoración de la prueba y en especial sobre la aplicación de la sana critica (sic), toda vez que no consideró la realidad expresando: "contantes movimientos, acefalias (sic), rotaciones, suspensiones, renuncias tanto en el Órgano Judicial, Ministerio Público e inclusive la propia Institución Policial que obedecen a las constantes denuncias por retardación de justicia, actos de corrupción, etc., los que son de conocimiento público, circunstancias que evidentemente son ajenas a la voluntad de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP…". Asimismo, arguye que la "exposición precedente" ha sido asumida inclusive por el Tribunal Constitucional a momento de resolver incidencias al proceso que tenían por finalidad destruir la acción penal, **invocando la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre que ratifica la SSCC 0510/2010 – R de 12 de julio**. Concluyendo que el retraso y demora en la actividad procesal, se debió a circunstancias ajenas a la voluntad de la AFP, como es el cambio social, y que han sido tomados en cuenta por el más Alto Tribunal de Control de Constitucional.*

*Al respecto, la SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, antecedente jurisprudencial de la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre, invocada por la AFP, resume que "la extinción de la acción penal solo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: 1) El transcurso del tiempo; y, 2) **Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo**". Asimismo, expresa que conforme a la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción.*

*Bajo esa lógica jurisprudencial, a los efectos del retraso o dilación procesal, se debe tomar en cuenta la valoración integral y concurrente de varios factores, aspecto también expresado en diferentes Sentencias Constitucionales (SSCC 0101/2004, SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, SSCC 1529/2011-R de fecha 11 de octubre); sin embargo, **la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS**.*

*Al respecto, corresponde señalar que **el Ente Regulador conoce perfectamente de la realidad de Ministerio Público y del Órgano Jurisdiccional, "realidad" que ha sido***

valorada en todo su alcance a momento de emitirse la R.A.69-2013, siendo así que, de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado…" *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por consiguiente y correspondiendo lo señalado por el Ente Regulador a los datos que salen del expediente, se concluye en los extremos siguientes:

- *Conforme la explicación y evidencia de lo mismo, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, "una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva" (así expresado en el Recurso Jerárquico), elementos entre los que se encuentran "la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (…) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia" (ídem, en reproducción de las Sentencias Constitucionales referenciadas).*

- *No obstante, a lo mismo se ha impuesto, la "**<u>Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo</u>** (…) la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS (…) de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado" (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 1180/2013).*

Por consiguiente, el alegato en este sentido se encuentra injustificado.

2.2.2. Inexistencia de certificaciones del Ministerio Público.-

En los numerales 2, 3 y 4 del acápite II (De la inadecuada valoración de la prueba) de su Recurso Jerárquico, ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *impugna lo extremos siguientes:*

- "***Respecto a los Cargos N° 1 y 3*** *(…)*

  …se presentaron en ambos casos en el mes de noviembre dos memoriales solicitando, al Fiscal Velásquez en el cargo 1 y al Fiscal Departamental en el cargo 2, la puesta a la vista de ambos cuadernos de investigación, pero ***en ninguna de ellas***

logramos obtener respuestas o requerimientos que satisfagan nuestras pretensiones o solicitudes *(…) por ello queda claro que no podemos presentar prueba material de esta irregularidad, más que los memoriales recepcionados, porque por un sentido común estos actuados al momento de salir del despacho fiscal, saldrán con una fecha que se enmarque dentro las veinticuatro horas previstas por ley…"*

- *"**Respecto al Cargo Nº 4** (…)*

- *…Éste es un proceso penal que se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi del departamento de La Paz, en el que existieron varios fiscales que asumieron la Dirección Funcional de las Investigaciones, y si bien es cierto que las pruebas valoradas por su autoridad fueron escazas, ello se debió a que al momento de intentar presentar cada memorial o inclusive verificar el nuevo investigador que habría sido designado al caso, la Fiscalía Departamental de La Paz nos informaba que el Fiscal habría sido cambiado de destino o, en alguna ocasión que nos apersonamos ante la localidad de Quime, que el fiscal no se encontraría en esa localidad (…) siempre se encontraba con alguna diligencia en alguna otra localidad o comunidad de la misma Provincia (…)*

  *…la nota de solicitud realizada al Fiscal Departamental de La Paz para que nos sea proporcionada un Certificado sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en aquel asiento jurisdiccional de Quime - Prov. Inquisivi, no era suficiente para demostrar este extremo, debido a que **no se habría presentado la respuesta a dicha solicitud** (…) el Fiscal Departamental no emitió ningún pronunciamiento que haya sido puesto a nuestro conocimiento…"*

- *"**Respecto a los Cargos 9, 15, 16** (…)*

  *…se presentaron como pruebas de descargo las notas de Solicitud de Certificaciones de movimientos rotatorios a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, pero todas ellas fueron desechadas y consideradas como carentes de valor por su autoridad, con el único argumento que no se habría presentado la respuesta a dichas solicitudes; pero escapa a nuestra responsabilidad que (…) **no hayan emitido ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, mucho menos nos hayan proporcionado una copia de la respuesta a esa solicitud** a pesar de los constantes reclamos que hicimos al respecto…"*

  (En todos los casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

*Amén de las circunstancias especiales que importan cada uno de los casos referidos por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** (en el caso de los cargos N° 1 y N° 3, se trata de cuadernos de investigación extraviados, en el del cargo N° 4 se sustancia en la localidad de Quime, y en el de los cargos N° 9, N° 15 y 16, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra), no son precisamente los mismos los que han permitido la subsistencia de la imputación y su ulterior sanción, sino,*

como se señala en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013:

*"…**Al Cargo N° 1.-** (…)*

*…la APS valoró en toda su magnitud la prueba presentada por la AFP en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante el Fiscal de Materia Dr. Roger Velásquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que conforme a las fotocopias del cuaderno de investigación, sobre las últimas actuaciones procesales de forma cronológica se tiene al memorial de 10 de abril de 2012 (…), posteriormente, la AFP por memorial de 27 de julio de 2012 solicita (…) fotocopias simples del cuaderno de investigación, que fue concedido por decreto de 30 de julio de 2012, y por último, el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, solicitud se ponga a la vista el cuaderno de investigación; antecedentes procesales que evidencian sin lugar a duda que **"por el período comprendido entre el 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, no existe actuado procesal alguno, y desde el 27 de julio al 09 de noviembre de 2012, tampoco existe gestión procesal alguna de parte del denunciante (AFP)"**, consiguientemente, el justificar que la falta de actividad procesal se debe al actuar del Ministerio Público o de las autoridades que conocieron el mismo, carece de respaldado material (…)*

***Al Cargo N° 3.-** (…)*

…la APS ha analizado la prueba presentada en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante la Fiscal Departamental de La Paz Dra. Betty Yañiquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que el presunto extravió del cuaderno de investigación (…) es un hecho reclamado recién el 09 de noviembre de 2012, cuyo antecedente inmediato es el memorial de 27 de julio de 2012 sobre solicitud de fotocopias simples, y el inmediato anterior el memorial de 26 de enero de 2012 (…)

*…la R.M.J. 078/2013 (…) ha determinado "…mediante memorial de fecha 26 de enero de 2012, la AFP subsana lo observado por la autoridad judicial, adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro efectuada, aclarando que el caso no registra proceso coactivo; 6 meses posteriores mediante memorial de **27 de julio de 2012**, la AFP solicita al Juez fotocopia simples del cuaderno de investigación." (…)*

***Al Cargo N° 4.-** (…)*

…La nota que aduce el regulado es referente al Cargo N° 4 y no así al Cargo N° 5 como erróneamente señala en su memorial de 19 de marzo de 2013, y se trata de una solicitud de Certificación presentada en fecha 28 de diciembre de 2012 ante el

Fiscal Departamental de La Paz (…) La respuesta a dicha petición no fue presentada en calidad de prueba (sic) descargo desconociéndose su contenido, pero, en todo caso, la nota de referencia no desvirtúa el hecho que ante la paralización del PP, por motivos "aparentemente" atribuibles al Ministerio Público, correspondía a la AFP presentar el reclamo pertinente al Fiscal Departamental o ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional (…)

…si bien estos hechos podrían ser considerados como verdaderos, ocasionando cierta demora que no sobrepasaría de dos o tres semanas; de ninguna manera una retardación procesal, de más de ***nueve (9) meses****, como pretende hacer valer y justificar la Administradora de Fondos de Pensiones (…)*

…se revela que la denuncia presentada data del ***19 de octubre de 2011****, y la declaración de la denunciante y representante de la AFP es de fecha* ***26 de julio de 2012****, es decir, con un aplazamiento de más de nueve (9) meses posteriores…*

Por último, el hecho de que la representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, se apersone a prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar y, atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, nueve (9) meses después de presentada la denuncia, notoriamente demuestra desatención y descuido en cuanto a coadyuvar con la investigación preliminar se refiere (…)

Al Cargo N° 9.- *(…)*

…la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental (antes denominada de Distrito) se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta al petitorio no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido (…)

…las mencionadas notas en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo, puesto que, ***de una simple revisión de las fotocopias del cuaderno de investigación presentado por la AFP, se acredita que durante el periodo observado solamente intervino el Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez****, lo cual demuestra que la falta de impulso procesal no se debió a la supuesta rotación de varios fiscales como pretende hacer creer la Administradora (…)*

…si bien se ha presentado las notas de solicitud de certificación al señor Fiscal de Distrito de Santa Cruz, para que informe sobre la rotación de fiscales en la gestión 2012, la respuesta a dicha solicitud no fue presentada por la AFP en calidad de prueba, desconociendo el contenido de la misma.

…independientemente de que la AFP alegue la rotación de Fiscales como justificativo para su inactividad procesal, en ningún caso las mismas pueden alcanzar a los tres meses (…)

*…**Al Cargo N° 15.-** (…)*

…la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido (…)

…en el supuesto que haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció (…)

…la AFP ante la falta de Fiscal en el PP por motivos rotación, cambio u otra causa, o ante la ausencia del investigador por nueva designación u otro motivo, que perjudiquen el normal desarrollo de la causa penal, no puede tener una conducta pasiva, todo lo contrario, tiene la obligación de acudir a las instancias pertinentes para evitar la paralización del PP, y no limitarse a justificar su accionar argumentando que se debió a las "circunstancias sociales" o "realidades" que imperan en el Ministerio Público (…)

*…**Al Cargo N° 16.-** (…)*

…la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012; la respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido (…)

…ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponderá al denunciante (AFP) <u>solicitar oportunamente</u> a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció…"

*Entonces, para la generalidad de estos casos (cargos Nros. 1, 3, 4, 9, 15 y 16) y a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria anterior, contrariamente a lo alegado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, allende de haberse tenido en cuenta la ocurrencia de la infracción misma, han sido considerados los descargos presentados como los propios fundamentos del Recurso señalado.*

Empero además, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013, al hacer uso de frases o expresiones tales como: "en todo caso", "de ninguna manera", "en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo" o que "corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció", viene a determinar que, aún se hubieran obtenido y acreditado las certificaciones (a las que se refiere ahora el Recurso Jerárquico), lo mismo no contrariaría las diversas

imputaciones, por cuanto, esta últimas importan plazos de tiempo amplios -durante los cuales se desarrollaron las infracciones-, en los que aún de existir las circunstancias señaladas ahora por la Administradora de Fondos de Pensiones, resultan irrazonablemente excesivos, y que por ello, justificaban actuaciones de reclamo aún más concretas, sobre las que no sólo no existe mención en los diversos recursos que conforman el expediente, si no que no cursa evidencia alguna, quedando en pretensiones infundadas.

Asimismo, debe tener presente la recurrente que, ***si bien la alta rotación de Fiscales, las distancias y el poco compromiso de algunos funcionarios de la administración de justicia (Ministerio Público incluido) con respecto a los procesos, son situaciones que se deben considerar a momento de evaluar la controversia -como consta que se han considerado-, y que las mismas constituyen un factor que evidentemente se interpone en el desarrollo de un normal y positivo desenvolvimiento de la justicia, no es menos cierto que esta valoración no puede prescindir de considerar la inactividad procesal permanente en la que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *ha incurrido****, independientemente de aquellos otros escenarios de los cuales afirma no ser responsable, lo que le compelía en sus debidas oportunidades, a hacer valer sus reclamos respecto a estas dilaciones, mediante los mecanismos que la Ley le confiere, sobre lo que no existe mayor constancia.***

En tal sentido y a este respecto, corresponde dar razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en cuanto a su evaluación de los antecedentes asumidos.

2.3. Incumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013 de 19 de noviembre de 2013.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) *señala que la Resolución ahora recurrida, "agravó la situación de la AFP (…) debió limitarse a aplicar y considerar los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica a la Resolución de Primera Instancia y el Recurso de Revocatoria (…) extralimitó sus funciones, reformando la calificación de la conducta inicial de la conducta" (Recurso Jerárquico, acápite III), y que "califica las infracciones como OMISION, propia de la Preterintencionalidad, pero desconoce la conclusión de aquella Resolución Jerárquica cuando señala que (…) no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad" (ídem, acápite IV), expresiones que ameritan el análisis que sigue a continuación.*

2.3.1. Aclaraciones necesarias.-

A tiempo de exponer el alegato en el acápite III de su Recurso, la recurrente presenta el numeral 1, referido a "El Derecho al Juez Natural Competente", como parte de la garantía del debido proceso administrativo, a cuyo efecto inclusive, hace mención del artículo 120° de la Constitución Política del Estado; no obstante, cuando le toca fundamentar su pretensión, señala:

"…Nuestra norma en materia Administrativa así como sus disposiciones reglamentarias, han dejado de lado y omitido referirse a los lineamientos y principios a los que deben acomodar sus actuaciones las autoridades de recursos, para lo que es necesario aplicar la norma supletoria en materia jurídica como es del Derecho Civil. A tal efecto es necesario hacer cita a lo dispuesto por el Art. 236 del Código de Procedimiento Civil sobre la Pertinencia de la Resolución emitida por la Autoridad de Segunda Instancia ***"El auto de vista deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que hubiere sido objeto de la apelación y fundamentación a que se refiere el art. 227, excepto lo dispuesto en la parte final del art. 343****…"*

Por pertinente, corresponde dejar constancia que, coincidentemente con lo definido por la recurrente, por el derecho al juez natural (al que se entiende como un derecho humano, sin perjuicio de hacer al debido proceso), las partes tienen derecho a conocer al juez que va a tramitar su proceso y en todo caso a quien lo va a resolver; tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado.

Ahora bien, establecido ello, la recurrente no es precisa en establecer de qué manera la Resolución Administrativa impugnada infringe el derecho señalado; no obstante, cuando el Recurso Jerárquico alude (haciendo mención de determinada norma del Código de Procedimiento Civil), a la Pertinencia de la Resolución emitida por la Autoridad de Segunda Instancia, viene más bien a señalar una de las formas positivas en que se materializa el principio de congruencia, aquí manifiesto en la adecuación entre lo pedido y la decisión judicial contenida en el fallo.

En todo caso, dado el carácter sustancial al que se ha hecho referencia, lo aludido por la recurrente se entiende como aplicable al caso en un sentido más bien general, y de esa manera se tiene en la evaluación presente del Recurso Jerárquico.

Asimismo, corresponde dejar constancia que el principio de congruencia en fase recursiva (en materia administrativa), encuentra materialización positiva en la disposición del artículo 63°, parágrafo II -primera parte-, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

2.3.2.- La no reformatio in peius y la preterintencionalidad.-

Señala ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *en su Recurso Jerárquico, en concreto en su acápite III, que:*

"…la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 078/2013 al momento de considerar el argumento utilizado por el ente regulador señala: "...De lo transcrito se tiene que el ***Ente Regulador*** *considera la existencia de preterintencionalidad en todos los Cargos, debido a que:* ***"La AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene***

la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones..."

Sin embargo, la Resolución Administrativa hoy impugnada, apartándose por completo de los puntos resueltos por el inferior o de primera instancia, cambia por completo el fondo y calificación de la supuesta "infracción" sancionada en la Resolución Administrativa 069/2013 de 23 de Enero, y arbitrariamente califica la conducta de FUTURO DE BOLIVIA de la siguiente manera: ***"Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado*** *(sic)* ***desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que la falta de movimiento procesal diligente genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados al momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabiente****…"*

Es pertinente traer a colación lo que al efecto señala el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo):

"…II. La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, ***sin que <u>en ningún caso</u> pueda agraviarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso****" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

A este respecto además, se transcribe lo que al efecto se señala en Principios de Derecho Administrativo (publicación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas):

"…conforme se concibe doctrinalmente, la Administración, sea de oficio o por recurso interpuesto, ***no puede agravar la situación del sancionado y que resultare del primer acto administrativo sancionador*** *emitido por la Autoridad a quo, debido a que si bien la Autoridad ad quem tiene competencia para revocar el acto en favor del recurrente, sin embargo, no puede modificar o revocar la parte o aspectos que le beneficien, toda vez que los recursos administrativos son pensados como una garantía para los administrados, y no pueden ser utilizados para agravar su situación, salvo el supuesto en que un texto legal expreso lo autorice.*

Por tanto, en materia administrativa sancionatoria, bajo ninguna circunstancia se posibilita el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, configurando así un derecho adquirido para la parte que se beneficia con la resolución sancionatoria.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 1863/2010-R 25 de octubre de 2010, ha determinado que:

"…La "reformatio in peius", es una máxima derivada del principio de defensa y se traduce en la ***prohibición de que la administración revoque o modifique un acto recurrido****, menos aún, para agravar la sanción; razonar de forma diversa, daría*

lugar a la coacción a los procesados, quienes se verían compelidos a la no presentación de recursos administrativos bajo la amenaza cierta de aplicárseles una sanción mayor; consecuentemente, se puede concluir que en autos, el Tribunal Jerárquico, ha transgredido el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso…"

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese la diferenciación que se hace en tal presupuesto, entre el acto recurrido en general, y la sanción impuesta, lo que determina que se infringe el principio de la no reformatio in peius, tanto por agravar la sanción propiamente dicha, como por modificar la resolución recurrida, siempre y cuando la misma agravie la situación inicial del recurrente.

Ahora, como en el diccionario del idioma español, se entiende al agravio como a la ofensa que se hace a alguien en su honra o fama con algún dicho o hecho, o inclusive, en el diccionario jurídico, se lo define como al "Hecho o dicho que ofende en la honra o fama; La ofensa o perjuicio que se infiere a una persona en sus intereses o derechos; Mal, daño o perjuicio que el apelante expone ante el juez ad quem, por habérselo irrogado la sentencia del inferior" (Enciclopedia Jurídica UNED), se debe concluir que el agravio al que hace referencia el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, no tiene que ser necesariamente material, no quedando por ello, limitado a la determinación sobre una sanción pecuniaria impuesta.

Tal criterio, entonces, es coincidente con el expresado por el Tribunal Constitucional (hoy Tribunal Constitucional Plurinacional), en la sentencia supra transcrita en lo pertinente, para concluir con precisión, en que constituye también infracción al no reformatio in peius, revocar o modificar un acto recurrido, independientemente de si con ello, se modifica también la sanción.

Se debe también dejar constancia que, lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, fue en su momento producto de un recurso de parte de la misma ahora recurrente, lógica que persiste al presente, por lo que, habiendo establecido el precitado artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), que "en ningún caso" pueda agraviarse la situación inicial (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), viene a resultar plenamente aplicable al caso de autos.

Ahora subsumidos tales criterios a los que establece la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013 de 24 de diciembre de 2013, y en compulsa de lo otra determinado por el suscrito en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, no puede sino concluirse en que han existido modificaciones por parte del Ente Regulador, las que no se encuentran debidamente justificadas, con la suficiencia para determinar si es que de ellas deviene o no un perjuicio en contra del recurrente, las que sin embargo, no pueden ser consideradas como simples apreciaciones subjetivas, dada su trascendencia

constitucional, lo que las hace merecedoras de su consideración y resolución por parte de la Autoridad recurrida.

Asimismo y con respecto al criterio de preterintencionalidad al que se refiere -en lo fundamental- el Recurso Jerárquico en su acápite IV (sobre Incorrecta interpretación y aplicación de los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica), y que tiene que ver con la valoración del elemento culpa para la toma de la decisión (que no habría sopesado en la decisión jerárquica anterior empero sí en la actual), el alegato está referido también a la modificación que con ello habría operado en la decisión del suscrito, por parte del Ente Regulador en su decisión ahora recurrida, por lo que los criterios hasta aquí señalados, son extensibles al mismo, haciendo innecesario un mayor análisis, extremos que justifican el fallo que sale de la parte dispositiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin perjuicio de ello y a efectos de evitar un nuevo error a este respecto, se hace notar a la recurrida, el error -ahora intrascendente- existente en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180-2013 de 24 de diciembre de 2013, cuando en su artículo único, al confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, dispone que esta última quede redactada de la siguiente manera:

> *"…**SEGUNDO.-** I. Sanciona (sic) a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19 y 20, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, **haciendo un total de $us12.000,00** (**DOCE MIL <u>QUINIENTOS</u>** (sic, debió decir DOCE MIL) 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA) (…)"*
> *(Las negrillas y en subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*En definitiva, el alegato de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** se encuentra plenamente justificado.*

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que, al haber la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, introducido en su fundamentación elementos modificatorios de aquellos que en su momento consideró el suscrito en el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, ha generado la legítima controversia referida a si en el caso se ha infringido la no reformatio in peius, en violación a los derechos constitucionales de la recurrente…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 DE 23 DE JUNIO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2014 de 23 de junio de 2014, resolvió:

*"…**ÚNICO.-** Confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, quedando la redacción de la parte resolutiva de la siguiente manera:*

*"**PRIMERO.-** Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18** y **21**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

***SEGUNDO.- I.** Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19** y **20**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us12.000,00 (DOCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.*

***II.** La AFP deberá presentar en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber prestado la declaración informativa ante el Ministerio Público, correspondiente a los procesos penales imputados en los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18** y **19**.*

***III.** Con relación al proceso penal imputado en el **Cargo N° 20**, la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber presentado la acción penal correspondiente ante la autoridad competente.*

***TERCERO.-** Se desestima los **Cargos N° 2** y **6**.*
***CUARTO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

***QUINTO.-** La AFP se encuentra en la responsabilidad de llevar los Procesos Penales del SIP conforme a norma, para lo cual son responsables de los resultados que estos puedan generar."…"*

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que en función a los fundamentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL PUNTO: II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR LA APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES.

Sobre este aspecto, es necesario recordar a la AFP nuevamente que, conforme manda el artículo 177 de la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

En ese entendido, la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley No.1732 y el Contrato suscrito entre la AFP y el Estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando ***todas*** *las obligaciones como administrador de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; sin perjuicio de las determinaciones de la Ley No.065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias.*

Por otro lado, el regulado olvida que al presente se tiene una administración transitoria de las pensiones, en razón a que la nueva Ley de Pensiones, crea la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo con todas las obligaciones, atribuciones y facultades que le atinge y que; mientras no se tenga su constitución formal y a efectos de dar continuidad a los servicios que se ofrecen en cuanto a la administración y pago de pensiones, es que la norma con sabiduría ha establecido que las AFP continúen con todas sus obligaciones mientras dure el período de transición.

En lo que respecta al contrato de Prestación de Servicios entre la AFP y el Estado Boliviano, se debe recordar a la AFP que es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, ***sin excepción alguna****. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes,* ***de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias****.*

Por lo que se concluye que, la AFP además de la norma del sector de pensiones relativa a la Seguridad Social de Largo Plazo se halla subordinada también a las cláusulas contractuales, no debiendo desconocer el marco jurídico en el cual se debe desenvolver.

Finalmente se recuerda a la AFP que la Ley No.065 de Pensiones, y en lo particular el artículo 177 es constitucional, por lo cual se halla plenamente vigente y a la cual corresponde su atención y cumplimiento, mientras no se declare lo contrario por el Contralor de la Constitucionalidad. En ese entendido sus efectos y alcances son plenamente validos (sic) *y de cumplimiento obligatorio por la AFP.*

Ahora bien con relación al Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997 que aplica esta APS a las entidades reguladas, de acuerdo al razonamiento anterior, se halla dentro de la normativa que reglamenta la Ley No.1732 de Pensiones y no le es contraria a la Ley No.065, en lo particular a lo que hace al régimen vigente de sanciones para el sector de pensiones. Por tanto, cuando la AFP refiere que "no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública", lo señalado resulta ser incorrecto al tener conocimiento pleno de que la norma reglamentaria sigue vigente, y no solamente la ahora observada por la AFP sino también alguna otra de orden operativo. Por lo que, si bien dentro de las facultades de esta Autoridad están la de control y supervisión, también se tiene la de sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo cuando incumpla la normativa de pensiones y que, durante el periodo de transición está representada por las AFP.

Lo anterior se ve ratificado con el razonamiento establecido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, entidad que instancia jerárquica mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No.030/2014 de 06 de mayo de 2014, ha determinado sobre el respecto lo siguiente:

> *"Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado."*

En lo que se refiere al argumento de una supuesta nulidad de la R.A.69-2013 por falta de fundamentación y motivación, la misma no corresponde considerando que los descargos presentados respecto a los procesos penales fueron evaluados y analizados en la señalada Resolución Administrativa, expresándose los motivos que llevaron al regulador a sancionar los cargos; sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que en esta segunda instancia con el presente acto se tiende a satisfacer la fundamentación extrañada por la AFP respecto a los aspectos advertidos reclamados en su impugnación.

Asimismo, habrá que aclarar que la impugnación presentada contra la R.A.69-2013, en un total contrasentido la AFP ha solicitado la revocatoria de la señalada Resolución Administrativa y por otro la nulidad del acto administrativo; siendo conceptos contrapuestos. Por tanto no existe la posibilidad legal de declarar nulo un acto y revocar a la vez el mismo, siendo las características y efectos legales diferentes de cada determinación.

AL PUNTO: III. DEL ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS CASOS IMPUTADOS E ILEGALMENTE SANCIONADOS POR LA NORMATIVA APLICADA.

En el punto 3.1.1 a) del recurso, a los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 *y* ***21****, la AFP señala que la APS habría concluido de una manera errada en cuanto a la valoración de la prueba y en especial sobre la aplicación de la sana critica, toda vez que no consideró la realidad expresando: "contantes* (sic) *movimientos, acefalias* (sic)*, rotaciones, suspensiones, renuncias tanto en el Órgano Judicial, Ministerio Público e inclusive la propia Institución Policial que obedecen a las constantes denuncias por retardación de justicia, actos de corrupción, etc., los que son de conocimiento público, circunstancias que evidentemente son ajenas a la voluntad de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP…". Asimismo, arguye que la "exposición precedente" ha sido asumida inclusive por el Tribunal Constitucional a momento de resolver incidencias al proceso que tenían por finalidad destruir la acción penal, invocando la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre que ratifica la SSCC 0510/2010 – R de 12 de julio. Concluyendo que el retraso y demora en la actividad procesal, se debió a circunstancias ajenas a la voluntad de la AFP, como es el cambio social, y que han sido tomados en cuenta por el más Alto Tribunal de Control de Constitucional.*

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, antecedente jurisprudencial de la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre, invocada por la AFP, resume que "la extinción de la acción penal solo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: 1) El transcurso del tiempo; y, 2) ***Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo****". Asimismo, expresa que conforme a la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción.*

Bajo esa lógica jurisprudencial, a los efectos del retraso o dilación procesal, se debe tomar en cuenta la valoración integral y concurrente de varios factores, aspecto también expresado en diferentes Sentencias Constitucionales (SSCC 0101/2004, SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre); sin embargo, la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS.

Al respecto, corresponde señalar que el Ente Regulador conoce perfectamente de la realidad de Ministerio Público y del Órgano Jurisdiccional, "realidad" que ha sido valorada en todo su alcance a momento de emitirse la R.A.69-2013, siendo así que, de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.

Asimismo, sobre el respecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No.035/2014 de 20 de mayo de 2014, ha referido que: "Conforme la explicación y evidencia de los mismos, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, "una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva" (así expresado en el Recurso Jerárquico), elementos entre los que se encuentran "la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentran sujetas únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (…) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia" (idem, en reproducción de las Sentencias Constitucionales referenciadas). … … Por consiguiente, el alegato en este sentido se encuentra injustificado."

En ese orden, con relación a los descargos presentados, que según la AFP, no fueron tomados en cuenta o valorados, se tiene lo siguiente:

Al Cargo N° 1.-
Denunciado: Marcos Kim Lim - ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES: *Referente al "Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones", el Ente Regulador señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *El argumentar la desaparición del cuaderno de investigación, en el periodo comprendido sin movimiento procesal, desde el 10 de abril al 27 de julio de 2012, fecha que corresponde a la presentación y recepción del memorial de solicitud de la AFP al Fiscal de otorgación de fotocopias simples, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de diligencia puesto que no cuenta con respaldado alguno que acredite dicho extremo.*

- *Asimismo, la AFP debe tener presente que en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debió solicitar oportunamente mediante memorial a la autoridad, en este caso al Fiscal, se ponga a la vista el mismo o solicitar la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.*

  En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado durante el periodo 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP debió exigir oportunamente que el cuaderno de investigación se ponga a la vista y no limitarse a solicitar fotocopias simples cuando aparentemente desapareció, habiendo transcurrido entre las dos últimas actuaciones, un lapso de tiempo de más de noventa (90) días calendario, hecho que devela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- *De igual forma, el referir que el cuaderno de investigación nuevamente se volvió a extraviar y que recién mediante memorial de fecha 08 de noviembre de 2012 se solicitó se ponga a la vista, no puede considerarse como un justificativo válido para la inactividad procesal durante los periodos observados que son anteriores (10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012). Además contradictoriamente, el memorial presentado en calidad de prueba de descargo textualmente señala: "…**durante los últimos dos mes, se trató de ubicar el cuaderno de investigaciones**, empero su personal subalterno, no dan con el paradero del caso, por lo que solicito a su autoridad como Director Funcional de las Investigaciones, Art. 297 del CPP, instruir tanto al investigador asignado al caso como todo el personal a su cargo poner a la vista el cuaderno de investigaciones del caso de referencia".*

  La prueba presentada por la AFP, fotocopia del memorial con cargo de recepción 09 de noviembre de 2012, refiere al aparente extravió del cuaderno de investigación dos meses antes de la presentación del memorial, ello significa, el supuesto extravió del cuaderno de investigación durante los meses de septiembre y octubre, pero no así por periodos anteriores.

De lo expuesto, se acredita que efectivamente la APS valoró en toda su magnitud la prueba presentada por la AFP en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante el Fiscal de Materia Dr. Roger Velásquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que conforme a las fotocopias del cuaderno de investigación, sobre las últimas actuaciones procesales de forma cronológica se tiene al memorial de 10 de abril de 2012 (memorial del Fiscal Dr. Roger Velásquez, dirigido al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, solicitando se notifique mediante edicto), posteriormente, la AFP por memorial de 27 de julio de 2012 solicita al Fiscal Dr. Roger Velásquez, fotocopias simples del cuaderno de investigación, que fue concedido por decreto de 30 de julio de 2012, y por último, el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, solicitud (sic) *se ponga a la vista el cuaderno de investigación; antecedentes procesales que evidencian sin lugar a duda que **"por el período comprendido entre el 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, no existe actuado procesal alguno, y desde el 27 de julio al 09 de noviembre de 2012, tampoco existe gestión procesal alguna de parte del denunciante (AFP)"**, consiguientemente, el justificar que la falta de actividad procesal se debe al actuar del Ministerio Público o de las autoridades que conocieron el mismo, carece de respaldado material.*

*Asimismo, se debe acotar lo que se tiene establecido en la R.M.J.078/2013 para el presente Cargo "… si bien la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera presentado memoriales en fecha **8 y 9 de noviembre de 2012**, para que el cuaderno se ponga a la vista, estos memoriales no pueden ser objeto de valoración para los cargos imputados y sancionados, debido a que los mismos fueron presentados con posterioridad al periodo observado y a la notificación de cargos. …*

*De lo cual se revela que desde fecha 10 de abril de 2012, hasta la presentación del Recurso Jerárquico no se tiene constancia de que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** haya publicado los edictos y continuado con la prosecución del proceso penal, pese a que el*

Fiscal asignado al caso, remitió al Juez de Instrucción en lo Penal el requerimiento de notificación mediante edictos, para la declaración del imputado."

Al Cargo N° 3.-

Denunciado: Víctor Hugo Rodríguez Vera - BOLIVAR TRAVEL BUREAU SRL: *Inherente al "Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso", la APS señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *El argüir que la demora y falta de diligencia en el presente caso sería de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.*

  Esta argumentación presentada no tiene asidero, pues se trata de una excusa general para no develar la actitud pasiva de la AFP o su falta de diligencia en el PP; consecuentemente, si el PP se paraliza o dilata por razones atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente, hecho que no aconteció, todo lo contrario, después de haber transcurrido más de ciento setenta (170) días calendario, período comprendido entre el 26 de enero de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP se limitó a solicitar fotocopias simples del expediente y no proactivamente a promover los actos de investigación, considerando los plazos fatales en materia penal.

- *Por otra parte, la prueba de descargo presentada por la AFP, consistente en el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, dirigido a la Fiscal Departamental de La Paz, en la suma señala: "Solicita se ponga a la vista cuaderno de investigación desaparecido y reasignación inmediata del caso que refiere" (MP c/ Víctor Hugo Rodríguez Vera).*

  La Administradora debe tener presente que, en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debe requerir mediante memorial a la autoridad, se ponga a la vista el mismo o la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

  En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado, la AFP debió solicitar al Fiscal, de manera oportuna, se ponga a la vista, hecho que recién aconteció el 09 de noviembre de 2012, y que revela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- *En ese orden, y de la revisión del cuaderno de investigación se acredita de manera cronológica que desde el 26 de enero al 27 de julio de 2012, la Administradora no realizó actividad procesal alguna, limitándose en esta última fecha a solicitar fotocopias simples del expediente, y posteriormente desde 27 de junio al 09 de noviembre de 2012, tampoco realizó actuado alguno,*

concluyendo con el memorial de solicitud de que se ponga a la vista el cuaderno de investigación y reasignación de Fiscal.

Lo expuesto precedentemente demuestra sin lugar a duda que, la APS ha analizado la prueba presentada en calidad de descargo, consistente en un "Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante la Fiscal Departamental de La Paz Dra. Betty Yañiquez", siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que el presunto extravió del cuaderno de investigación, que el regulado considera como relevante para justificar la inactividad procesal y que le atribuye al Ministerio Público, es un hecho reclamado recién el 09 de noviembre de 2012, cuyo antecedente inmediato es el memorial de 27 de julio de 2012 sobre solicitud de fotocopias simples, y el inmediato anterior el memorial de 26 de enero de 2012.

A su vez, la R.M.J.078/2013 sobre el presente Cargo ha determinado "… mediante memoria (sic) *de fecha 26 de enero de 2012, la AFP subsana lo observado por la autoridad judicial, adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro efectuada, aclarando que el caso no registra proceso coactivo; 6 meses posteriores mediante memorial de* ***27 de julio de 2012****, la AFP solicita al Juez fotocopia simples del cuaderno de investigación."*

Al Cargo N° 4.- *(según el recurso de la AFP el 5.)*

Denunciado: Eduardo Cochi Cala - COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA: *Sobre "la nota de fecha 27/12/2012 dirigida al Fiscal de La Paz, para que certifique el movimiento rotatorio y acefalias* (sic) *en la Fiscalía de Quime – Prov. Inquisivi", el Ente Regulador señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *El señalar que la falta de diligencia y retraso en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de actividad procesal, ya que el argumento vertido carece de respaldado* (sic) *para acreditar dicho extremo. Asimismo, es necesario establecer para este cargo y aquellos de similar conducta antijurídica imputada de la AFP que, el regulado se halla en el deber de promover diligentemente la acción penal instaurada a cargo del fiscal, para lo* (sic) *se halla en la obligación de colaborar con los actos de investigación y diligenciamiento.*

  En ese entendido, dicha argumentación presentada no tiene sustento alguno, al tratarse de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva o falta de diligencia en el PP, considerando además que, si el PP se paraliza o dilata por causas o motivos atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente a las autoridades jerárquicas correspondientes a través de los medios legales que le franquea la ley, para evitar la paralización de la gestión judicial, extremo que no aconteció.

- *Asimismo, se debe tener presente que la documentación presentada en calidad de descargo de mayor aproximación al 19 de octubre de 2011, corresponde a la 1ra. Citación al imputado Eduardo Cochi Cala que emite la Fiscalía de Quime de fecha 22 de junio de 2012.*

  De lo expuesto, se deduce que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP no realizó actividad procesal alguna permitiendo que el PP se encuentre sin movimiento por más doscientos treinta (230) días calendario, hecho corroborado por la prueba aportada como también de los argumentos vertidos por la Administradora al señalar en su descargo: "Se obtuvieron dos citaciones firmadas por el Dr. Jhonny Garnica bajo el principio de unidad en el Ministerio Público, a solicitud de la entonces Fiscal de Quime Lenny Rojas, para que sean notificadas al imputado…". Consecuentemente, está acreditado que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva.

La nota que aduce el regulado es referente al Cargo N° 4 y no así al Cargo N° 5 como erróneamente señala en su memorial de 19 de marzo de 2013, y se trata de una solicitud de Certificación presentada en fecha 28 de diciembre de 2012 ante el Fiscal Departamental de La Paz, sobre la supuesta suspensión del Fiscal Jorge Álvarez y sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012 en la localidad de Quime. La respuesta a dicha petición no fue presentada en calidad de prueba descargo desconociéndose su contenido, pero, en todo caso, la nota de referencia no desvirtúa el hecho que ante la paralización del PP, por motivos "aparentemente" atribuibles al Ministerio Público, correspondía a la AFP presentar el reclamo pertinente al Fiscal Departamental o ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, extremó que no aconteció, todo lo contrario, permitió la suspensión del PP por más de doscientos treinta (230) días calendario.

Sobre este Cargo la R.M.J.078/2013 ha expresado lo siguiente "… la AFP aduce como descargo, la rotación de fiscales e investigadores; sin embargo de ello, ésta no presenta pruebas que avalen y respalden los extremos aludidos, y si bien estos hechos podrían ser considerados como verdaderos, ocasionando cierta demora que no sobrepasaría de dos o tres semanas; de ninguna manera una retardación procesal, de más de ***nueve (9) meses****, como pretende hacer valer y justificar la Administradora de Fondos de Pensiones.*
…

Asimismo,… se revela que la denuncia presentada data del ***19 de octubre de 2011****, y la declaración de la denunciante y representante de la AFP es de fecha* ***26 de julio de 2012****, es decir, con un aplazamiento de más de nueve (9) meses posteriores.*
…

Por último, el hecho de que la representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, se apersone a prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar y, atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, nueve (9) meses después de presentada la denuncia, notoriamente demuestra desatención y descuido en cuanto a coadyuvar con la investigación preliminar se

refiere, … no existiendo por ende descargo o justificativo alguno válido, para eximir del presente Cargo y consiguientemente la sanción."

Al Cargo N° 9.-

Denunciado: Limber Rodríguez Hurtado - HELPTEC SOPORTE TÉCNICO: *Sobre "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", el Ente Regulador señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *La AFP argumenta lo siguiente: "**El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos**, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido".*

  El argumentar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por la rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

  *Además, resulta llamativo que **de la revisión del cuaderno de investigación se acredite que, durante el periodo observado, sólo interviene en el PP el Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez**, en ese sentido de las actuaciones procesales, de manera cronológica se tiene:*

  *a) Requerimiento de 20 de enero de 2012, sobre complementación de diligencias policiales, suscrito por el **Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez**.*
  *b) Orden de Citación N° 011161 de 31 de enero de 2012 suscrita por el **Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez.***
  *c) **Memorial de 03 de febrero de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 08 de febrero de 2012, sobre solicitud de citación mediante edicto, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez.***
  *d) **Memorial de 26 de septiembre de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 27 de septiembre de 2012, sobre ampliación de denuncia, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez.***

- *Por otra parte, la AFP refiere: "…el oficial Carlos Abrahán Castrillo Barriga, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

Esa argumentación tampoco puede considerarse como un justificativo valedero ya que carece de respaldo, puesto que conforme al cuaderno de investigación y prueba de descargo presentada por la AFP, no existe memorial o documento sobre petición de reasignación de investigador, consecuentemente, el solo afirmar que se solicitaron (sic) *varias veces la reasignación de investigador no es suficiente para justificar la falta de diligencia en el PP.*

Además, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no ocurre en el presente caso.

En ese sentido, la argumentación vertida no tiene asidero, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a que durante el periodo comprendido entre el 08 de febrero al 08 de agosto de 2012, inclusive al 27 de septiembre de 2012, se encuentre paralizado, sin movimiento ni impulso procesal.

La nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, dirigida a la Dra. Marina Flores, Fiscal Coordinadora FELCC de Santa Cruz, que la Administradora alude como prueba de descargo importante y que aparentemente no fue considerada, se trata de una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, la misma que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante (AFP) deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión.

En virtud a dicha respuesta, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental (antes denominada de Distrito) se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta al petitorio no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido.

Sin embargo, es necesario dejar en claro, que las mencionadas notas en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo, puesto que, ***de una simple revisión de las fotocopias del cuaderno de investigación presentado por la AFP, se acredita que durante el periodo observado solamente intervino el Fiscal Dr. Carlos Montaño Alvarez****, lo cual demuestra que la falta de impulso procesal no se debió a la supuesta rotación de varios fiscales como pretende hacer creer la Administradora.*

Por último, en cuanto a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, este hecho tampoco puede considerarse como un justificativo valedero para desvirtuar el cargo, en razón, que ante el eventual cambio de investigador y demora en la asignación de

nuevo investigador, le corresponde al denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció.

*Para este Cargo como para el 15 y 16 en lo que corresponda, la R.M.J.078/2013 ha establecido el razonamiento siguiente "**FUTURO DE BOLIVIA S.A.**…, arguye que en los tres casos por los que se los sanciona por inactividad procesal, no sería responsable, en razón a que estos hechos se debieron a causas ajenas a su responsabilidad, como por ejemplo a la rotación de Fiscales…*

Al respecto,… si bien se ha presentado las notas de solicitud de certificación al señor Fiscal de Distrito de Santa Cruz, para que informe sobre la rotación de fiscales en la gestión 2012, la respuesta a dicha solicitud no fue presentada por la AFP en calidad de prueba, desconociendo el contenido de la misma.

…, independientemente de que la AFP alegue la rotación de Fiscales como justificativo para su inactividad procesal, en ningún caso las mismas pueden alcanzar a los tres meses, si bien es evidente que cuando existe relevo de Fiscales, las oficinas permanecen cerradas por una o dos semanas, en el presente caso, no está hablando de este tiempo, sino que desde la presentación del memorial de solicitud de citación mediante edictos hasta la fecha de envío de la documentación, (sic) *transcurrido más de seis (6) meses, por tanto, el hecho de que… no haya coadyuvado con la Policía, ni la Fiscalía para la realización oportuna de los actos e investigación preliminares, claramente demuestra descuido y abandono por parte de la AFP en el presente proceso."*

Al Cargo N° 15.-

Denunciado: Yoana Licet Soruco Parada - PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS: *Inherente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", la APS señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *La AFP en cuanto la inactividad procesal argumenta: "…dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos…".*

  El justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado (sic) *material que acredite dicho extremo.*

  Asimismo, en el caso de verificar dilaciones o paralización del PP por causas atribuibles al Fiscal, deberá acudir a las instancias superiores para presentar la

queja correspondiente, o inclusive denuncia en caso de corresponder, hecho que no aconteció.

- *Por otra parte, señala: "La oficial Danitza Mamani Patty, fue transferida a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

  La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo 26 de enero al 23 de julio de 2012, ya que la misma no se encuentra avalada por respaldo material alguno conforme se evidencia del cuaderno de investigación.

- *Asimismo, la AFP refiere: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo". Además, señala: "…la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación…".*

  Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar (sic) *el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el investigar policial es separado del caso, corresponde que la AFP solicite oportunamente al Fiscal la reasignación de investigador.*

  Asimismo, si el investigador asignado al caso, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona dentro de las investigaciones, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, para que dichas actuaciones procesales sean devueltas y adjuntas al cuaderno de investigación.

- *En ese sentido, los argumentos presentados carecen de sustento, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante más de ciento sesenta (160) días calendario, periodo comprendido entre el 26 de enero al 23 de julio de 2012".*

La nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, que la AFP insinúa que se trata de una prueba de descargo trascendental y que aparentemente no fue valorada, consiste en una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, la misma que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante (AFP) deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión, a cuyo efecto, la AFP por nota CITE: ALP-

SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido.

Las notas CITE: ALP-SCZ-074/2012 y CITE: ALP-SCZ-002/2013, fueron examinadas por esta Autoridad, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar o desvirtuar el Cargo, en consideración a que no demuestran materialmente la supuesta rotación o cambio de Fiscales y que este hecho haya influenciado directamente en la paralización del PP, además se debe tener presente que, en el supuesto que haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció.

En lo referente a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, también fue objeto de análisis, empero, la AFP debe tener presente que ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponde solicitar (oportunamente) a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que tampoco aconteció.

Ello significa que, la AFP ante la falta de Fiscal en el PP por motivos rotación, cambio u otra causa, o ante la ausencia del investigador por nueva designación u otro motivo, que perjudiquen el normal desarrollo de la causa penal, no puede tener una conducta pasiva, todo lo contrario, tiene la obligación de acudir a las instancias pertinentes para evitar la paralización del PP, y no limitarse a justificar su accionar argumentando que se debió a las "circunstancias sociales" o "realidades" que imperan en el Ministerio Público.

Al Cargo N° 16.-

Denunciado: Miguel Ángel Escobar Caram - OILFIELD TRUCKS CO. SRL: *Referente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", la APS señaló lo siguiente:*

Evaluación de descargos:

- *La AFP argumenta lo siguiente: "…dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos…".*

El pretender justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

La Administradora debe tener presente que atendiendo su calidad de parte activa en el PP, de evidenciar retraso o dilación en el PP por causas atribuibles al Ministerio Público, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, a fin de no generar retraso en la gestión judicial, lo que no aconteció en el presente caso.

- *Por otra parte, señala: "El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011451, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

  La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo observado (01 de marzo al 08 de agosto de 2012), más aún si consideramos que recién por memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, la AFP pide al Fiscal la reasignación de nuevo investigador.

- *Asimismo, la AFP refiere: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo". Además, señala: "…la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación…".*

  Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo. Por otra parte, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció en el presente caso.

- *En ese sentido, los argumentos vertidos no cuentan con respaldo material alguno, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante el periodo comprendido entre 01 de marzo al 08 de agosto de 2012, inclusive ampliable al 27 de septiembre de 2012, conforme se tiene del cuaderno de investigación y prueba presentada".*

El regulado afirma que, la nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 es una prueba de descargo substancial y que supuestamente no fue valorada por el Ente Regulador, la misma, se trata de una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión, a cuyo efecto, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012; la respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido.

Las notas CITE: ALP-SCZ-074/2012 y CITE: ALP-SCZ-002/2013, fueron analizadas por el Ente Regulador, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar el Cargo, en consideración a que las mismas no demuestran materialmente la aparente rotación de Fiscales en el caso y que además ello efectivamente haya influenciado en la paralización del PP.

En cuanto a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, también fue objeto de análisis, concluyendo que ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponderá al denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció.

Finalmente, para los Cargos 1, 3, 4, 9, 15 y 16, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No.035/2014 de 20 de mayo de 2014, ha ratificado que: "…, aún se hubieran obtenido y acreditado las certificaciones (a las que se refiere ahora el Recurso Jerárquico), lo mismo no contrariaría las diversas imputaciones, por cuanto, esta (sic) últimas importan plazos de tiempo amplios -durante los cuales se desarrollaron las infracciones-, en los que aún de existir las circunstancias señaladas ahora por la Administradora de Fondos de Pensiones, resultan irrazonablemente excesivos, y que por ello, justificaban actuaciones de reclamo aún más concretas, sobre las que no sólo no existe mención en los diversos recursos que conforman el expediente, si no que no cursa evidencia alguna, quedando en pretensiones infundadas.

Asimismo, debe tener presente la recurrente que, si bien la alta rotación de Fiscales, las distancias y el poco compromiso de algunos funcionarios de la administración de justicia … …, no es menos cierto que esta valoración no puede prescindir de considerar la inactividad procesal permanente en la que ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *ha incurrido, independientemente de aquellos otros escenarios de los cuales afirma no ser responsable, lo que le compelía en sus debidas oportunidades, a hacer valer sus reclamos respecto a estas dilaciones, mediante los mecanismos que la Ley le confiere, sobre lo que no existe mayor constancia.*

En tal sentido y a este respecto, corresponde dar razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en cuanto a su evaluación de los antecedentes asumidos."

Al Cargo N° 21.-
Denunciado: Adnan El Maaz El Maaz - CONSORCIO HIDROELECTRICO MISICUNI: *Referente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", que la AFP aduce que el Ente Regulador no las valoró.*

Evidentemente, el Ente Regulador, no ha considerado la nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, y la Certificación de fecha 08 de enero de 2013, puesto que las mismas corresponden al Distrito Judicial de Santa Cruz y no así al Distrito Judicial de Cochabamba al que corresponde el presente caso (Cargo), por lo que no amerita mayores comentarios.

Sin embargo, se analizó la nota de 28 de diciembre de 2012, adjunta al memorial de recurso, presentada por la AFP al Fiscal Departamental de Cochabamba, referente a solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido, concluyendo que la nota no se constituye en una prueba suficiente para enervar o desvirtuar el Cargo, en consideración a que no demuestra materialmente la supuesta rotación o cambio de Fiscales y que este hecho haya influenciado directamente en la paralización del PP.

Además, se debe considerar que en el supuesto haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde a la AFP presentar ante el Fiscal Departamental la queja, o acudir ante el Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional.

Por lo expuesto precedentemente, se tiene que, el Ente Regulador no desconoce la situación que atraviesa el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Órgano Judicial, sobre las renuncias, cambios, rotaciones y otras circunstancias que pueden incidir negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia, circunstancias que fueron analizadas en su integridad, y se concluyó de la ***ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, que son producto o responden a la conducta del denunciante (AFP) que intervino en el proceso penal,*** *contraviniendo, la obligación que tiene de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, consecuentemente, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público, Policía u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.*

*Por otra parte, **en el punto 3.1.1 b)** del memorial de su recurso expone: "…los argumentos que fueron expuestos precedentemente son también aplicables a éste considerando, por lo que me ratifico íntegramente en toda la exposición realizada con antelación; y reiterando que los descargos presentados contrastados con la convivencia actual del medio social y sus cambios necesarios…".*

Al respecto, conforme se manifestó anteriormente, cada caso (Cargo) fue analizado en forma integral, verificándose si las dilaciones indebidas obedecen a la conducta del Ministerio Público, Órgano Judicial o Policía Nacional, u otras circunstancias ajenas al propio órgano (falta de nombramiento oportuno, renuncias, etc.) que podrían incidir en la tramitación oportuna de la causa, o si devienen de la actividad procesal del denunciante (AFP), a cuyo efecto, se estableció fehacientemente que se han generado por los propios actos de la parte acusadora, que se traducen en una conducta omisiva (omisión impropia) o negativa del regulado en el PP.

Por otra, se debe tener presente que el artículo 115-II de la Constitución Política del Estado, garantiza una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, en ese sentido, cuando se presentan dilaciones indebidas que responden a la conducta de los funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial, o Policía Nacional cuando cumplan funciones de policía judicial, el denunciante (AFP) debe realizar las gestiones que correspondan para evitar la paralización o suspensión del PP, a través de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas.

En ese orden, encontrándose los PP (inherente a los Cargos) en la fase de la investigación preliminar, de presentarse dilaciones indebidas atribuibles al Ministerio Público o Policía Nacional, que aduce el regulado, le corresponde al denunciante (AFP) acudir a la instancia pertinente, sea el Fiscal Departamental, atendiendo la Ley N°260 de 11 de julio de 2012, que en su artículo 34 numeral 3) establece en sus atribuciones: "Ejercer la supervisión del ejercicio de las investigaciones por los Fiscales de Materia", en su numeral 14) del citado artículo, señala: "A requerimiento del Fiscal de Materia, solicitar a la autoridad policial competente la aplicación de procesos disciplinarios, para los servidores y servidoras policiales que sean separadas o separados de la investigación por haber incumplido requerimientos Fiscales o por haber actuado en forma negligente o ineficiente, bajo responsabilidad"; o en su caso, acudir ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza el control jurisdiccional, de acuerdo al artículo 54 numeral 1) del CPP, que establece que son competentes para: "El control de la investigación, conforma a las facultades y deberes previstos en este Código".

*Respecto al **punto 3.1.1 c)** de su memorial de recurso, el regulado argumenta: "…dejando de lado todas las circunstancias en que los Procesos Penal, no solo de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, sino del mundo litigante, se encuentran en estrados judiciales, el Ministerio Público y la propia Institución Policial, que como se observa cotidianamente están sujetas a muchos cuestionamientos y que fruto de ello se están realizando cambios, suspensiones, rotaciones, destituciones, etc. de Fiscales, Jueces e investigadores; extremos que aplicados a esta parámetro de proporcionalidad, eliminan la responsabilidad del regulado respecto a los cargos imputados".*

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R señala: "Conforme se expresa en la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción; de lo referido se infiere que este derecho no se desarrolla en condiciones de normalidad debido a la actuación negligente de las autoridades competentes, es decir, con un funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable, dando lugar a que el proceso tenga una demora injustificada".

Con relación a ello, el regulado no ha demostrado materialmente que los PP que se encuentran bajo su cargo y responsabilidad, motivo de los Cargos imputados, se han desarrollado en condiciones de anormalidad debido al actuar y/o causas atinentes al Ministerio Público, Policía Nacional u Órgano Judicial; limitándose a cuestionar la "aparente" falta valoración de circunstancias que podrían influenciar negativamente en el desarrollo normal del proceso, cuestionamiento por cierto subjetivo, puesto que se ha efectuado una valoración integral de cada caso, concluyendo indubitablemente que la mora procesal se debe al accionar (negativo) del denunciante (AFP) y no así a aspectos ajenos.

Sobre el ***punto 3.1.2 inciso a)*** *del memorial de recurso, inherente a los criterios de graduación, corresponde pronunciarse al respecto:*

Con carácter previo al análisis, es menester señalar que, la tipicidad administrativa establece que, sólo podrá imponerse sanciones administrativas por conductas expresamente establecidas en leyes y disposiciones reglamentarias. En ese sentido se hace la descripción completa de la conducta (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legi). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.

La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador que busca que las personas a quienes la norma van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos.

La descripción que efectúe el legislador, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables.

En ese entendido, en respuesta al argumento de la AFP de la supuesta falta de tipicidad; en una primera instancia se aclara en primer lugar que, la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas tanto para establecer infracciones como el imponer sanciones de distinta naturaleza jurídica.

Que para el ejercicio de esa potestad, se ha incorporado el ***Principio de Tipicidad****, cuya definición de acuerdo a lo expuesto por el tratadista Eduardo García De Enterria en su*

libro Curso de Derecho Administrativo, se resume en "la descripción legal de una conducta especifica (sic) *a la que se conectará una sanción administrativa".*

Dicho principio se encuentra establecido en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 bajo el entendido de que "son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

En segundo lugar se aclara que, el Principio de Tipicidad en materia administrativa tiene aplicación, pero no con la connotación que se presenta en el Derecho Penal, por ser este último más riguroso, "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición", (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007).

Que por tal motivo y en el entendido de que constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, tal como lo prevé el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, en su parágrafo I, este ente regulador ha establecido los cargos expresamente descritos por cada PP, expresando como indicios de infracción la ***inactividad procesal*** *en sus diversas formas en que se ha presentado en los PP.*

En ese sentido, los hechos y situaciones que han sido identificados en la Nota de Cargos, como indicios de infracción a la normativa de pensiones, por la cual se debe regir las AFP y, no de forma discrecional o sin la diligencia debida, como se tiene comprobado de los casos sancionados. Dicha situación señalada anteriormente, ameritó que el Regulador analice los motivos del incumplimiento, la suficiencia de los descargos presentados para finalmente determinar la sanción correspondiente.

En consecuencia y en virtud a lo expuesto se concluye que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene facultad legal y expresa para imputar con cargos y sancionar cuando la conducta y el actuar de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en lo que concierne a la tramitación que efectúa en los PP, cuando considere que el hecho antijurídico se adecúa a la norma aplicable, todo en apego de los principios de competencia, tipicidad y congruencia administrativa.

Por otro lado, el regulado ha observado la disposición imputada prevista en el artículo 149 inciso v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, por lo que corresponde señalar que el sentido de dicha norma es que, la AFP debe conducirse y realizar sus actividades con el ***cuidado exigible*** *a un buen padre de familia, bajo ese contexto, el precepto legal señalado otorga el lineamiento legal para que la AFP se dirija en términos de economía, prudencia, oportunidad y celeridad a la tramitación del proceso en los PP.*

Según la doctrina la falta de cuidado y diligencia, se tiene expresada también por conductas que salen del margen de responsabilidad mínima que debiera tener una persona frente a una obligación, por lo cual la culpa, negligencia, la imprudencia, son conceptos que se adecuan a la falta de diligencia.

Este Ente Regulador ha efectuado las evaluaciones respectivas a cada uno de los PP imputados, en particular al trabajo llevado a cabo por Futuro de Bolivia S.A. AFP en cuanto a la tramitación de esos procesos, verificando de esta manera la existencia inactividad procesal por actitudes de negligencia e inoperancia por parte de la AFP, en cuanto al procedimiento establecido para desarrollar los PP en los cuales figura como denunciante; conllevando el efecto negativo en la recuperación de los aportes adeudados al SIP por esta falta de cuidado exigible en la tramitación prolija de los PP.

La APS para imputar y sancionar incumplimiento al cuidado exigible, ha considerado el concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los ***hechos materiales****, como por ejemplo, las fechas de presentación de los memoriales de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la realización de actuaciones de investigación y ratificación de denuncia, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente.*

En los casos sancionados, el hecho, típico, antijurídico y culpable de la AFP por vulneración a los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011 como norma sustantiva, es indiscutible por la inactividad procesal demostrada por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales en los PP, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo; adecuando su conducta a la tipología penal-administrativa imputada (deber).

Luego de haberse determinado la ***tipicidad*** *de la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP es que se tuvo presente la gradación de la sanción, para lo cual se han tomado los criterios establecidos por el Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, determinando que la conducta sancionable corresponde a la gravedad leve, por los siguientes motivos expuestos ya en la R.A.69-2013 y en el presente acto administrativo.*

De lo anterior se extrae que, en cuanto a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y diligente en los PP imputados; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor que está, expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico para los Asegurados ni beneficio propio o de personas relacionadas al infractor; sin embargo al no estar en

movimiento los PP provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones oportunamente y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

En ese sentido, el razonamiento e interpretación que tiene la AFP no es el preciso, para lo cual sirve para su aclaración sobre la preterintencionalidad la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, que dice: "Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso; pero que produce la realización efectiva de un hecho dañosos (sic) *más grave que el querido, que excede la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va mas* (sic) *allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente."*

Del entendimiento anterior, es posible que la AFP no haya dolosamente pretendido afectar las prestaciones o beneficio al cual podría acceder el Asegurado; sin embargo no es menos cierto que, con su conducta no diligente pero con conocimiento pleno de la obligación normativa, ocasiona perjuicio al Asegurado al no tener éste recuperados los adeudos, por lo que no cuenta con sus aportes acreditados para oportunamente adquirir una prestación o beneficio del SIP, y que de efectivizarse aquello se tiene serios indicios de haber ocasionado daño.

Asimismo, el no considerar dentro del PP la realización de actuados esenciales para determinar la responsabilidad de los presuntos autores (empleadores) del delito previsional, demuestra desinterés y falta de cuidado diligente generado como resultado la inactividad procesal; pues ahí está la conducta típica antijurídica ahora culpable.

Finalmente, sobre los aspectos relativos a la ***proporcionalidad*** *de la sanción, estos extremos ya se tienen fundamentados en la R.A.69-2013, sobre la estructura de análisis fijada por el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, a la cual fielmente se ha elaborado el análisis correspondiente por esta Autoridad y sobre el cual se ratifica.*

En cuanto al ***inciso b) del punto 3.1.2,*** *el regulado en su recurso manifiesta en la parte pertinente: "El criterio que su Autoridad aplica en este considerando, constituye un razonamiento muy subjetivo, toda vez que no explica que <u>perjuicio cierto y consumado</u> se ha demostrado que atente contra el Sistema Integral de Pensiones, toda vez que los Procesos Penales a excepción del cargo 20 no han sido RECHAZADOS o DECLARADOS ABSUELTOS LOS EMPLEADORES…". Asimismo refiere: "…corresponde nuevamente señalar que el proceso penal, tiene como único fin el de esclarecer un supuesto hecho antijurídico y aplicar la sanción penal…".*

La Ley N° 065 en su artículo 106 establece que la GPS (transitoriamente la AFP) deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal.

De acuerdo al artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, la GPS (transitoriamente la AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que, la GPS (transitoriamente la AFP) deberá prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las Contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal.

De igual forma, el artículo 345 Bis, en su parágrafo I (Apropiación Indebida de Aportes) del Código Penal, establece "El empleador que se apropiare de las Contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones, en su calidad de agente de retención y no los depositare en la Entidad señalada por Ley, dentro de los plazos establecidos para el pago, incurrirá en privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días".

Precisamente, en el cumplimiento a la normativa legal citada, la AFP lleva adelante Procesos Penales, pero además, tiene la obligación ineludible de realizar la gestión judicial de manera pronta, oportuna y sin dilaciones para hacer viable no solo la imposición de una pena al autor de ilícito, sino además la "reparación del daño" (responsabilidad civil), lo contrario, importa un incumplimiento a sus deberes que deviene de un imperativo legal, que naturalmente conlleva a un perjuicio, que se contrapone a la pronta recuperación de Contribuciones en mora, indebidamente apropiadas por el Empleador.

En ese sentido, el argumentar que al no haberse emitido rechazo a la denuncia o declarados absueltos los empleadores, no es un justificativo válido para desvirtuar los Cargos, ya que esa incorrecta afirmación es contraria a lo previsto por el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

En cuanto a la preterintencionalidad señalado (sic) *en el* ***punto 3.1.3*** *del memorial del recurso corresponde pronunciarse al respecto.*

Nos sobrecartamos en lo que corresponda a los criterios y lineamientos establecidos en el presente acto, para mejor comprender la conducta preterintencional y sus consecuencias jurídicas. Asimismo, en lo que se refiere a las conclusiones arribadas por la AFP se debe señalar que, si bien la intencionalidad en la realización de un delito es

reflejada con el dolo, lo cual no necesariamente es algo concluyente considerando la existencia de la figura de la culpa consciente.

Se deja en claro que, el entendimiento de la R.A.69-2013 debe ser de tomado de manera integral, por lo que las interrogantes que plantea la AFP en su impugnación ya tienen repuesta en la señalada Resolución Administrativa; sin perjuicio de lo anterior, la inobservancia al imperativo normativo está reflejada desde la nota de cargos la cual expresa el hecho de no mantener un movimiento procesal diligente de la AFP, situación que no ha sido desvirtuada para los cargos sancionados.

Por otro lado, nuevamente la AFP cuestiona el concepto de Diligencia para imputar responsabilidad, sin embargo se recuerda al regulado que "Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente con el que debió haberse manejado." (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2012 de 05 de diciembre de 2012).

En cuanto a la supuesta confusión de los términos de culpa y preterintención, lo señalado no tiene asidero suficiente en razón a que la conducta calificada para la imposición de la sanción, es el haberse demostrado que la infracción tiene el carácter de ser preterintencional; es decir que en dicha conducta por definición ingresan los elementos conocimiento y culpa. Por lo que la AFP además de tener conocimiento textual de la norma que le impone deberes y obligaciones, pese a ello está no los cumple en los PP, atribuyendo la responsabilidad de la inactividad procesal a terceros o a situaciones que no pudo manejar oportunamente, ocasionando como consecuencia mayor el retraso en la recuperación de los adeudos al SIP, en total perjuicio de los Asegurados.

Cuando la AFP señala que no es posible causar daño al SIP, resulta ser un argumento que llama la atención del regulado al no contemplar los verdaderos alcances del PP, considerándose a éste como la opción legal coercitiva permitida por Ley para recuperar las Contribuciones en mora y que, el sólo hecho de perder el proceso penal implica eliminar el mecanismo legal represivo por el cual se pretende recuperar contribuciones en mora por culpa del empleador.

En lo referente a los ***Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18*** *y* ***19,*** *el regulado señala que "siendo una copia del texto que corresponde al primer grupo de cargos descritos en el punto* ***3.1.1. a)*** *del presente memorial…, lo único adicional que su autoridad tomó como infracción y falta de diligencia es la falta de la Declaración Informativa Policial del o la Representante legal, cuyos argumentos también tiene intima* (sic) *y estrecha relación a la poca valoración de la prueba de descargo…sin aplicar la sana critica…":*

Asimismo, (en su ***inciso b****) invocando los artículos 285, 287 y 289 del Código de Procedimiento Penal – CPP, la AFP, señala que las denuncias no han merecido observación alguna, además que, la "declaración del denunciante, es un acto que no ha sido determinado por la norma mucho menos por el procedimiento", a lo cual, cita el artículo 14 - IV de la Constitución Política del Estado.*

*Además, expresa (en su **inciso c)** "…la falta de Declaración Ratificatoria del Denunciante la atribuye como NEGLIGENCIA Y FALTA DE DILIGENCIA, para lo cual corresponde únicamente ratificarse en el fundamente del inc. b) que antecede, toda vez que al no ser la Declaración Informativa de la Denunciante un acto procesal propio del denunciante o víctima, cuyos argumentos ya fueron expuestos en el memorial de denuncia, no puede considerarse como un acto procesal obligatorio…".*

*Al respecto, de lo expresado por el regulado se corrobora el hecho que efectivamente el denunciante no prestó su declaración informativa policial en los procesos penales inherentes a los **Cargos,** pretendido* (sic) *desvirtuar los mismos con el argumento de que dicho acto procesal no es obligatorio ni tampoco se encuentra respaldado por normativa alguna, lo cual no es cierto ni evidente.*

*La **SSCC 1036/2002-R de 29 de agosto**, señala que: "el procedimiento ordinario del juicio penal tiene tres etapas: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho oral y público. A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iníciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria".*

La primera fase de la Etapa Preparatoria, es decir, los actos iníciales o de investigación preliminar, de acuerdo al artículo 300 CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, establece: "Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía, deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, la Policía remitirá a la Fiscalía los antecedentes y objetos secuestrados, salvo que el fiscal disponga en cualquier momento su remisión".

Como parte de las investigaciones preliminares, el artículo 295 (Facultades) del CPP, señala: "Los miembros de la Policía Nacional, cuando cumplan funciones de policía judicial, en el marco de las disposiciones establecidas en este Código tendrán las siguientes facultades: 1) Recibir las denuncias levantando acta de las verbales, así como las declaraciones de los denunciantes;…". Por otra parte, el artículo 82 del CPP, establece: "La intervención de una persona como querellante no la exime de la obligación de declarar como testigo en el proceso", disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 194 del mismo cuerpo legal que señala: "Toda persona será capaz de atestiguar, inclusive los funcionarios policiales respecto a sus actuaciones; el juez valorará el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Bajo ese contexto normativo, se evidencia que la declaración informativa del denunciante, no se trata de un capricho o imposición del Ente Regulador, y que efectivamente es un acto obligatorio establecido por el ordenamiento jurídico penal. Asimismo, el considerar (la AFP) que se trata de un "acto absurdo o intrascendental" no es motivo suficiente para justificar su incumplimiento, además dicha apreciación por demás subjetiva, es incorrecta, puesto que al ser la declaración informativa policial del

denunciante, un acto de aportación de hechos, introducido en las investigaciones preliminares, está dirigido a obtener (conjuntamente otros) del Fiscal su convencimiento sobre la participación del imputado en el hecho punible, habida cuenta que, recibidas las actuaciones policiales, el Fiscal mediante resolución fundada, puede rechazar la denuncia, querella o actuaciones policiales, disponiendo su archivo, cuando: 1) Resulte que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no ha participado en él; 2) No se haya podido individualizar al imputado; 3) La investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación; y 4) Exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso (artículos 301 y 304 del CPP).

La AFP, al argumentar que ha cumplido con la sola presentación de la denuncia y que en su calidad de denunciante, al "no generar responsabilidad alguna", no tendría que prestar su declaración informativa policial, salvo que el Fiscal cite formalmente al representante legal (¿?), confunde y desconoce, la normativa penal y la normativa de pensiones.

Al efecto, la participación de la AFP en el proceso penal no es un hecho casual, deviene del cumplimiento a la ley, así lo establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, de Pensiones, en concordancia con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, consiguientemente, su participación en el PP es de carácter obligatorio y no acaba con la sola presentación de la denuncia, deberá participar activamente en su condición de parte acusadora, realizando los actos de aportación de hechos (entre los que se encuentra la declaración informativa policial) en forma oportuna y obligatoria, puesto que (dichos actos) asumen una doble función correlativa: en la primera etapa (Preparatoria), la de preparar el juicio oral y público mediante la comprobación de la notitia criminis, y determinar el hecho punible y su presunto autor; mientras que en la otra, tiene como exclusiva función lograr la convicción para que el Tribunal dicte una sentencia de condena.

En ese sentido, el tratadista Moreno Catena sostiene que "las partes acusadoras ocupan la posición activa en el proceso penal, instando, durante la fase de instrucción, la práctica de las diligencias que sean necesarias para preparar el juicio y la adopción de las medidas precisas a ese fin, y formulando la acusación contra una persona determinada una vez abierto el juicio oral, habida cuenta de que no puede haber condena sin acusación".

Por lo tanto, al ser un acto de aportación de hechos, la declaración informativa policial es obligatoria de acuerdo a la normativa legal expuesta precedentemente, su incumplimiento, denota falta de diligencia, impericia y negligencia de parte de la Administradora, perjudicando el normal desarrollo del PP y sus efectos.

La AFP, en su memorial de recurso, señala sobre ***el punto 3.2.2.****, lo siguiente:* ***a)*** *"Nuevamente es necesario ratificar los argumentos del inc. b) del punto 3.2.1. sobre la obligatoriedad de la Declaración Ratificatoria en el Proceso Penal, sin embargo, en este punto, su Autoridad amplia la falta de diligencia con una circunstancia negativa traducida en influir perjudicialmente en la Imputación y/o Acusación…".*

Como se expuso precedentemente, la declaración informativa policial del denunciante se trata de un acto procesal obligatorio, y no así, de un acto que puede renunciar la parte acusadora a su libre albedrío o conveniencia, como erróneamente arguye el regulado.

De lo expuesto, y de las normas legales citadas precedentemente, se infiere que la declaración informativa policial del denunciante, como acto obligatorio, es un acto de aportación de hechos, que tiene por finalidad introducir los hechos necesarios al proceso para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener conjuntamente otros actos de hecho o de prueba, del Fiscal su convencimiento, habida cuenta que, recibidas las actuaciones policiales, el Fiscal conforme a los artículos 301, 302 y 304 del CPP, mediante resolución fundada, puede imputar formalmente el delito atribuido o puede rechazar la denuncia, querella o actuaciones policiales.

Sobre el respecto la R.M.J.078/2013 ha expresado lo siguiente "…, el no haber prestado su declaración informativa y al no haber aportado mayores elementos a la investigación, ha dado lugar a que la Administradora de Fondos de Pensiones, haya demostrado una falta de diligencia y demora dentro de los procesos penales iniciados."

*La AFP, en respecto al punto 3.2.2. inciso **b),** señala lo siguiente: "…ello mereció una anterior fundamentación en el punto 3.1.2. inc. b), en el que con mayor argumento se expuso cual era el objeto del Proceso Penal, es decir el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la sanción al autor del mismo y no un procedimiento para la recuperación de sumas liquidas exigibles como lo es el Proceso Coactivo Social". Asimismo, expresa: "…entre los preceptos para aplicar el Rechazo, no se encuentra la falta (de) declaración del Denunciante, toda vez que ese acto procesal, responderá a la ponderación y valoración objetiva de todos los elementos de prueba…".*

Al respecto, la noción del objeto del Proceso Penal no aparece definida y menos indicada en el ordenamiento jurídico penal boliviano; sin embargo, siguiendo la teoría romanista de la acción y de las fuentes de las obligaciones, el artículo 14 del CPP, establece: "De la comisión de todo delito nacen: la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes".

El precepto es claro, en sentido de que del delito o presunto hecho delictivo nace el derecho de la acción o de acceso al proceso, para poder obtener, dentro de él, una resolución fundada, motivada y congruente sobre las pretensiones que en él se deduzcan, las cuales son la pretensión penal y la pretensión civil.

Ahora bien, respecto a la materia, el artículo 20 (Cobranza Judicial) del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece: "Los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal". Asimismo, el artículo 345-I Bis del CP, señala: "Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, en relación con las

Contribuciones o Aportes Solidarios no pagados, más los intereses y recargos si correspondiese quedando extinguida la acción penal".

En esa línea, el artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, la GPS (transitoriamente la AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

En ese ámbito legal, no queda dudas del fundamento del PP y su importancia en el SIP, tratándose de un medio legal (entre otros) para la recuperación de las Contribuciones en mora, aspecto que erróneamente desconoce la AFP, como el hecho de que la falta de diligencia repercute negativamente en la causa penal y naturalmente los fines que persigue, y que no sólo se limita a la sanción del autor del delito sino además a la recuperación efectiva de las contribuciones al SIP indebidamente apropiadas.

Asimismo, en cuanto al rechazo de la denuncia, querella o actuaciones policiales de parte del Fiscal, señalado por el artículo 304 del CPP, es evidente, que la norma no señala de forma expresa que procederá (el rechazo) por la falta de declaración informativa del denunciante o querellante, aspecto que jamás fue afirmado por el Ente Regulador, como tampoco el hecho de que por falta de declaración informativa se procederá al archivo de obrados en sujeción al artículo 27 del CPP, como manifiesta la AFP a través de una interpretación sesgada, lo que se afirma es que el "omitir prestar la declaración informativa por la AFP restringe a que el PP se lleve de forma prolija" pero además "se constituirá en una limitante para el avance del proceso", hechos inobjetables, en virtud a que dicho actuado procesal tiene el carácter de obligatoriedad, que se trata de un acto de aportación de hechos, que tiene por finalidad introducir los hechos necesarios al proceso para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento.

Además, es menester aclarar, que la declaración informativa policial no se trata de un simple acto de ratificación de denuncia como afirma el regulado, ya que si bien es cierto, que el denunciante o querellante podría limitarse a la "ratificación de la denuncia o querella", no es menos cierto, que a través de ese acto procesal se puede aportar valiosa información o elementos conducentes al conocimiento de la verdad historia del hecho delictivo, claro está que para algunos, de forma errónea se trata de un acto intrascendental de simple reiteración de los términos de la denuncia, olvidando que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras. En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.

Por otra parte, en su memorial de recurso, en su ***punto 3.2.3 respecto a la preterintencionalidad,*** *la Administradora señala: "Una declaración ratificatoria del denunciante, no influye de ninguna manera en la promoción de la acción penal, toda vez que la presentación del memorial de denuncia es un acto legal previsto por el Art. 17 y 184 del CPP…". Asimismo, dice: "En síntesis, nuevamente su Autoridad a* (sic) *expresado su voluntad caprichosa de sancionar a FUTURO DE BOLIVIA* (sic) *sin respaldo legal alguno…".*

Al respecto, en lo que corresponde a la declaración informativa policial, es un acto procesal obligatorio, conforme al artículo 295 inciso 1) del CPP (en concordancia con los artículos 82 y 194 del mismo cuerpo legal) para los miembros de la policía y de diligencia obligatoria prestar por la AFP; lo cual implica, que este acto procesal debe llevarse adelante independientemente a que el denunciante considere equívocamente que se trata de un hecho irrelevante y sin transcendencia, cuando en realidad se trata de un acto real de diligencia administrativa.

A cuyo efecto, contrariamente a lo expresado por la AFP, en el Proceso Penal, Cargo N° 20, el representante del Ministerio Público, Fiscal de Materia Dr. José Hernán Gutiérrez Moscoso, Requirió en fecha 06 de enero de 2012, lo siguiente:

> *"**El Ministerio Público**, conforme los Arts. 45 numeral 1) y 76 de la Ley No. 2175, lo previsto por los Arts. 70, 277, 289 y última parte del Art. 298 del Código de Procedimiento Penal, en ejercicio de la Dirección Funcional; **Ordena al Director de la FELCC de Cochabamba proceda a la asignación de un investigador al caso particular, a quien se le instruye proceder y ejecutar las diligencias necesarias a fin de colectar elementos de convicción sobre la existencia del hecho y la individualización e identificación del o los posibles autor o autores de los ilícitos denunciados, debiendo**:*
>
> - *Practique las órdenes de citación expedidas en forma oportuna en contra del denunciado, querellado o testigo.*
> - ***Recepcione en forma detallada y cronológica la declaración informativa de la víctima.***
> - *Recepcione las declaraciones informativas a los posibles testigos presenciales del hecho así como de otras personas que presenciaron y conozcan las circunstancias del hecho y sus antecedentes.*
> - *Practique los requerimientos que se expidiera a los fines de la investigación, así como colectar cuanta información sea conducente a la averiguación de la verdad histórica de los hechos, a cuyo fin esta Oficina Fiscal, emitirá las ordenes y requerimientos correspondientes.*

Conforme a la previsión contenida en el Art. 300 de la Ley No. 1970, se dispone que el investigador deberá concluir con la investigación preliminar en el plazo de QUINCE días y dentro las 24 HORAS siguientes, remitir al Ministerio Público el Informe correspondiente. ***Se advierte al Investigador asignado, que los plazos procesales son improrrogables, perentorios y de estricto cumplimiento, conforme prevén los Arts. 130, 135 y 300 de la Ley No. 1970".***

Finalmente, el denunciante o querellante debe coadyuvar y aportar información con relación al hecho investigado, a fin de acumular mayores indicios y elementos de prueba a esta investigación, caso contrario se procederá conforme al Art. 304 del Código de Procedimiento Penal (rechazo de la denuncia). *Notifíquese".*

Bajo ese contexto, queda claro que se trata de una actividad procesal obligatoria de parte del denunciante (AFP) y que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación conforme al artículo 302 del CPP.

Asimismo, se debe tener presente que, el artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, que señala: "Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención". Ello significa que la norma fija un plazo máximo de veinte (20) días para que concluya las investigaciones preliminares, dentro de los cuales el denunciante o víctima (AFP), debe prestar su declaración informativa policial, lo contrario, importa una conducta negativa, impidiendo el normal desarrollo del PP.

A su vez la R.M.J.078/2013, para estos Cargos ha determinado el razonamiento siguiente "… las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta antes de la presentación de la acusación por el Fiscal ante el Juez de Instrucción en lo Penal, se encuentran en la obligación de querellarse y participar dentro del juicio oral.

… independientemente de la figura que haya utilizado la AFP para dar inicio a los Procesos Penales, al ser representantes de sus Asegurados, éstos no sólo se encuentran en la obligación de poner en aviso de un supuesto delito a las autoridades competentes, sino de participar dentro de éstos, comportándose en todo momento como un buen padre de familia, es decir que …, en todo momento deberán velar por la protección y resguardo de los intereses de sus Asegurados, debiendo para ello realizar cuantas acciones legales correspondan, para recuperar de los empleadores, los aportes que se encuentran en mora.

… a su vez, están obligadas a presentar su declaración informativa y ratificarse en cada uno de los puntos de su denuncia, que si bien el Código de Procedimiento Penal, no haría referencia a la obligación de la declaración del denunciante, en la práctica cotidiana, la declaración del denunciante es el primer acto solicitado por el Fiscal de Materia en etapa investigativa, ya que conforme a la declaración del denunciante se tienen los primeros elementos de convicción para dar luego a la declaración del sindicado.

… entonces, el no haber prestado su declaración informativa y al no haber aportado mayores elementos a la investigación, ha dado lugar a que la Administradora de Fondos de Pensiones, haya demostrado una falta de diligencia y demora dentro de los procesos penales iniciados."

Respecto al Cargo N° 20*, la AFP en el memorial de su recurso* ***(punto 4)*** *señala: "Si bien es cierto que existió una Resolución de rechazo que sin intencionalidad no fue objetada en su oportunidad, también es cierto que la empresa que corresponde a éste cargo cuya razón social es UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A….regularizó todos los periodos en mora en consecuencia en fecha 09/03/2.013 se presentó el memorial de desistimiento…".*

Evidentemente, conforme a la fotocopia del memorial presentado en fecha 09 de marzo de 2013, adjunto al memorial de Recurso de Revocatoria de 19 de marzo de 2013, se evidencia que la AFP desistió de la acción penal iniciada en contra Rubén Darío Orgaz Fernández, representante legal de la Empresa "UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A.", empero, esta circunstancia o motivo no puede considerarse como un justificativo válido para desvirtuar el Cargo, referente a la falta de actividad probatoria en el PP de parte del regulado, extremo determinante para la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, Resolución que, por otra parte, no fue objetada por la Administradora siendo su deber inexcusable, dando lugar al archivo de obrados.

Debe precisarse que, la obligación que tiene la AFP respecto a los Procesos Penales, deviene de un imperativo legal, artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, ***obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad****. Consecuentemente, no existe la posibilidad de considerar la cancelación de los periodos apropiados al SIP de parte del denunciado, como un acontecimiento determinante para enervar el Cargo, atendiendo que este suceso (desistimiento) se presentó con posterioridad a los hechos que motivaron precisamente el Cargo.*

En lo que respecta a la aplicación del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, observado por el regulado en su ***punto 5 del memorial de recurso****, corresponde sobrecartarnos al análisis anteriormente ya realizado en el presente acto.*

En su memorial de recurso ***(punto 6),*** *la Administradora, manifiesta sobre la "vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en su elemento fundamental de la motivación de las resoluciones administrativas sancionatorias".*

El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle de ser oído y hacer valer sus pretensiones legitimas frente al juez. El debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios, y contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa

necesaria ante eventuales actuaciones abusivas realizada fuera de los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios.

La SSCC N° 269/05-R de 29 de marzo; SSCC N° 731/00-R de 27 de julio; SSCC N° 1234/00-R de 21 de diciembre y SSCC N° 775/02-R de 02 de julio, expresaron lo siguiente: "…las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en las que a las personas se les atribuya aplicando un procedimiento previsto en la ley y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de jueces garantizar el respeto a esta garantía constitucional".

Asimismo, la SSCC N° 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas".

Al respecto, la R.A.69-2013, cumple a cabalidad la exigencia de la motivación, uno de los elementos configurativos del debido proceso, puesto que, conforme a su texto y estructura se evidencia del cumplimiento de los requisitos esenciales (SSCC 0871/2010-R de 10 de agosto): a) Determina con claridad los hechos atribuidos, b) Contiene una exposición clara de los aspectos facticos pertinentes, c) Describe de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Describe de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por la parte, e) Valora de manera concreta y explicita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio especifico (sic) *a cada uno de ellos de forma motivada, f) Determina el nexo de causalidad.*

Empero, el regulado aduce que no existió una valoración de todos los descargos presentados, paradójicamente, no precisa que prueba o que medio de prueba presentado no ha sido valorado o por lo menos considerado, lo cual, no deja dudas que

la Resolución Administrativa impugnada contiene una valoración correcta y objetiva de todas y cada una de las pruebas de descargo presentada por la Administradora.

En cuanto a que la Resolución motivo de impugnación no analizó la "realidad" del país sobre los cambios y movimiento de los Fiscales, Jueces y Policías que derivan en un cierto retraso en las investigaciones, resulta ser una afirmación errónea, puesto que de la lectura de la misma se advierte que, dentro del análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal también se analizó otros derivados del eje central, en ese sentido se ponderó la conducta y accionar de las autoridades competentes e inclusive aspectos ajenos al propio Órgano Jurisdiccional, Ministerio Público y Policía Nacional, como las acefalias(sic)*, renuncias y otras circunstancias que inciden negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia; pero además se ponderó la conducta del regulado en el Proceso Penal, como actor acusador, sujeto esencial en el PP. En consecuencia se efectuó un estudio integral de cada caso en particular.*

Por otro lado, el regulado señala que los argumentos contenidos en la Resolución carecen de legalidad, puesto que, no se ha considerado que la "declaración informativa ratificatoria del representante legal de Futuro de Bolivia S.A." es un acto procesal no previsto en la norma ingresando así en una flagrante violación del debido proceso respecto a la legalidad de la prueba.

La afirmación efectuada por la AFP carece de veracidad, puesto que, conforme se manifestó anteriormente, la "declaración informativa del denunciante" denominada incorrectamente como "declaración informativa ratificatoria", es un acto procesal obligatorio que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación.

Acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Ministerio Público a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012 (antes artículos 45 numeral 1 y 76 de la Ley N° 2175), y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso (sic) *recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007). Acto procesal que conforme a la normativa antes citada, no es ajeno al Proceso Penal, como arguye el regulado, consiguientemente, no existe la supuesta violación al debido proceso.*

Finalmente, la R.M.J.078/2013 refrendando la motivación anterior ha expresado "…si el Fiscal ordenó la declaración de la denunciante, este acto debió ser realizado de manera inmediata a la presentación de la denuncia y no así un mes después de

haberse presentado la misma.". Por otro lado se tiene establecido que "Conforme se tiene anotado, el término de los seis meses para la ampliación de la etapa preparatoria se da una vez presentada la imputación y en los casos donde exista varios sindicados y en los que por su complejidad lo amerite, sin embargo de ello, este argumento no puede ser usado como justificativo para la desatención y negligencia de la AFP, en la etapa preliminar misma que tiene una duración máxima de 20 días de iniciada la prevención, conforme dispone el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 007". "En cuanto al desistimiento presentado como descargo,… es posterior a la Resolución de Rechazo…, por lo que la presentación de éste, no tiene relevancia cuando el Juez ya ha declarado el rechazo de la causa, un año antes de la presentación del desistimiento."

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de la fundamentación desarrollada en el Considerando anterior, es necesario precisar que en atención al principio de verdad material se tiene que, para los procesos penales señalados en los ***Cargos N° 12, 14*** *y* ***18****, la AFP a través de su representante legal prestó la declaración informativa policial oportunamente, es decir antes del inicio del presente proceso administrativo sancionatorio, lo que no libera sin embargo de la sanción por las otras conductas imputadas. En ese entendido, corresponde ajustar la multa impuesta en proporción a los descargos presentados en esta instancia.*

En virtud a lo expuesto anteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha presentado fundamentos suficientes que permitan desestimar totalmente la sanción impuesta, por lo que corresponde confirmar parcialmente la R.A.69-2013.

CONSIDERANDO:

Que en lo referente al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Resuelve Segundo de la R.A.69-2013, se tiene la siguiente evaluación:

a) Casos con Recepción de Declaración Informativa.- *Para los Cargos detallados más abajo, esta Autoridad con las facultades que le confiere la norma y en búsqueda de la verdad material ha verificado la realización de la diligencia requerida (Declaración), que exprese el cumplimiento de la obligación establecida en la R.A.69-2013.*

Cargo N° 7.-
Denunciado: Elías Vaca Sánchez - SERVICIOS FUNAC TV SRL*: Memorial presentado por la AFP en fecha 18 de marzo de 2013, sobre* ***solicitud*** *de recepción de declaración informativa y, la reasignación inmediata de investigador.*

Al respecto, la solicitud de declaración informativa del denunciante, (el regulado) la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Elías Vaca Sánchez - SERVICIOS FUNAC TV SRL.*

Cargo N° 10.-

Denunciado: Armando Serrano Vaca - JUPAULUI IMPORT EXPORT*: Memorial presentado en fecha 18 de marzo de 2013, sobre* ***solicitud*** *de recepción de declaración informativa y, la reasignación inmediata de investigador.*

La solicitud de declaración informativa del denunciante, la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Armando Serrano Vaca - JUPAULUI IMPORT EXPORT.*

Cargo N° 12.-

Denunciado: Aurelio Lavayen Seda Reyda - LAVAYEN & ASOCIADOS LTDA*: La Administradora manifiesta que acompaña el* ***Acta*** *de Declaración Informativa prestada por el denunciante.*

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 22 de diciembre de 2011.

Cargo N° 13.-

Denunciado: Alfredo Parada Alvis - COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO*: La AFP indica que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial solicitando al Fiscal se conmine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.*

La ***solicitud*** *de declaración informativa del denunciante de fecha 18 de marzo de 2013, la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.*

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Alfredo Parada Alvis - COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO.*

Cargo N° 14.-

***Denunciado: Juan Bernabé Medinaceli Valencia - INGENIO AZUCARERO CUATRO AS S.A.**: La Administradora manifiesta que acompaña el **Acta** de Declaración Informativa prestada por el denunciante.*

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 16 de diciembre de 2011.

Cargo N° 17.-

***Denunciado: Víctor Hugo Chávez Menacho - FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE**: La Administradora argumenta que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial **solicitando** al Fiscal se conmine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.*

Al respecto, la solicitud de declaración informativa del denunciante, el regulado la efectúa acogiéndose a los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; además señala que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

*Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Víctor Hugo Chávez Menacho - FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE.*

Cargo N° 18.-

***Denunciado: José Alberto Ribera Irusta - FERRERE BOLIVIA SRL**: El regulado argumenta que cuenta con declaración y que el empleador procedió a regularizar su mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del desistimiento en el proceso, que fue presentada en fecha 03 de octubre de 2012.*

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 09 de diciembre de 2011.

Cargo N° 19.-

***Denunciado: Claudia Liliana Rodríguez Espitia - LAGRO SRL**: La Administradora argumenta que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial **solicitando** al Fiscal se conmine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.*

De la fotocopia del memorial, se evidencia que la solicitud de declaración informativa del denunciante, el regulado la efectúa amparándose en los artículos 295

numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; además, aduce que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***presenta*** *la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Claudia Liliana Rodriguez Espitia - LAGRO SRL.*

b) Casos con Desistimiento.- *Respecto a los siguientes Cargos, con la presentación del Desistimiento, la persecución penal ha culminado.*

Cargo N° 8.-

Denunciado: Francisco José Miguel Gonzales - LOGICATI*: Argumenta que el empleador procedió a regularizar todos los periodos en mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del* ***desistimiento*** *en el proceso que fue presentado en fecha 27 de septiembre de 2012.*

Efectivamente, el memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, se trata de un desistimiento de la acción penal, acto procesal que fue evaluado oportunamente al momento de la imputación del Cargo. Por lo que al presente encontrándose desistido el PP, ya no corresponde la realización de la diligencia de la Declaración Informativa Policial.

Cargo N° 18.-
Denunciado: José Alberto Ribera Irusta - FERRERE BOLIVIA SRL*: El regulado argumenta que cuenta con declaración y que el empleador procedió a regularizar su mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del desistimiento en el proceso, que fue presentada en fecha 03 de octubre de 2012.*

De la fotocopia del memorial presentado en fecha 03 de octubre de 2012, se evidencia que se procedió al ***desistimiento*** *del proceso penal. Acto procesal, que fue evaluado oportunamente al momento de la imputación del Cargo. Por lo que al presente encontrándose desistido el PP, ya no corresponde la realización de la diligencia de la Declaración Informativa Policial.*

Cargo N° 20.-

Denunciado: Rubén Darío Orgaz – UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A.*: El regulado con nota FUT.APS.AL 0487/2013 de 06 de marzo de 2013 argumenta que, el empleador ha pagado la contribuciones en mora, por lo que no corresponde realizar la conversión de acciones; por tanto finalizada la persecución penal.*

De la evaluación del presente caso y la documentación adjunta, se tiene que la persecución penal ha concluido, por lo que no amerita la acreditación de la obligación impuesta.

c) Caso con Objeción a la Resolución de Rechazo.- *De acuerdo al estado y plazos del PP y sin perjuicio de la obligación cumplida, se requiere la presentación del Requerimiento Fiscal emitido por el Fiscal Departamental.*

Cargo N° 11.-

Denunciado: Arturo Vega Soria - SERVI & TRANSBOL SRL*: La AFP señala que el Fiscal Carlos Montaño Álvarez mediante Resolución de 05 de octubre de 2012 emitió Resolución de Rechazo de denuncia, que fue* ***objetada*** *mediante memorial presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, sin que a la fecha el Fiscal haya emitido la Resolución jerárquica correspondiente.*

Evidentemente, el Fiscal de Materia – Dr. Carlos Montaño Álvarez, en fecha 05 de octubre de 2012, procedió a rechazar la denuncia, Resolución que señala: "…de acuerdo al avance de las investigaciones dentro del proceso penal se cuenta con la declaración ampliatoria de la víctima". Asimismo, en sus conclusiones y fundamentación jurídica expresa: "Del análisis de todos los antecedentes, actuaciones policiales y procesales colectados, se establece que en el curso de las investigaciones no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación, ya que de acuerdo a la documentación cursante en el cuadernillo de investigaciones hace presumir un abandono del presente proceso penal, ***ya que la parte denunciante (AFP) no se apersonó mas*** (sic) ***ante las dependencias de la FELCC ni del Ministerio Público, para coadyuvar con la presente investigación****, por lo que jurídicamente se evidencia la ausencia de uno de los elementos esenciales del tipo penal, como que* ***no haya aportado elementos suficientes para fundar su acusación****".*

A ello, por memorial presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, la AFP objeta la Resolución de Rechazo de denuncia.

Que en consideración a los fines y propósitos que tiene esta APS, se ha efectuado la evaluación de las actuaciones realizadas y presentadas por la AFP, en atención a las obligaciones previstas en los parágrafo II e inclusive III de lo resuelto en el SEGUNDO de la R.A.69-2013.

Que en ese sentido, de la evaluación objetiva a la documentación presentada y las razones y circunstancias expuestas por Futuro de Bolivia S.A. AFP se tiene que, el regulado ha cumplido la obligación de prestar la declaración informativa para los Cargos 7, 10, 12, 13, 14, 17, 18 y 19. Con relación al resto de los Cargos, esta Autoridad toma nota de la situación procesal en la que se encuentran éstos procesos penales, a efectos de su consideración para la atención a la obligación impuesta.

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas como uno de los fundamentos que contiene la R.M.J.078/2013 que anula el procedimiento administrativo hasta la R.A.561-2013 inclusive, ha expresado lo siguiente "… se ha constatado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención,

incumplimiento así como su deber de buen padre de familia con sus Afiliados, hecho que no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad, ya que en ningún momento, el Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente, dar continuidad a los procesos penales, ni tampoco ha hecho referencia, a cual fuera la consecuencia mayor que se hubiera causado, ya que si bien la misma estaría expresada en la ***vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria****, por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a momento de adoptar una decisión, corresponderá fundamentar cada uno de estos aspectos y debe establecer, sí en el presente caso ha existido preterintencionalidad, y de no existir la misma no corresponderá la calificación de infracciones como leve; sino más bien de gravedad levísima en el marco de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997."*

Que a fin de desarrollar la motivación correspondiente, respecto a lo expresado por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas en la R.M.J.078/2013, es pertinente hacer alusión al Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones, relativo al Régimen de las Sanciones y Recursos, que establece:

> "***Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*
>
> *a) Gravedad máxima; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.*
>
> *b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.*
>
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera* ***preterintencional*** *y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*
>
> *d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada* ***sin intencionalidad*** *y* ***no exista daño*** *para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado." (Las negrillas son nuestras)*

Que de lo anterior se establece la existencia del marco legal vigente para la calificación de la gravedad de la sanción, estableciéndose para cada gravedad los elementos típicos que la componen, los cuales luego del examen y análisis con la conducta antijurídica incurrida, serán adecuados y calificados según corresponda por el Ente Regulador.

Que la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73, consagró el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual sólo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo

ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir no realizar algo o cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que sigue a la infracción del precepto.

Que bajo ese criterio jurídico, analizando la presente controversia, se tiene que los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, se tratan de disposiciones que vienen a constituir la praeceptum legis. Por su parte, el artículo 285 del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, señala que "…los transgresores a las normas contenidas en la Ley de Pensiones, su reglamento y demás disposiciones reglamentarias, serán pasibles a sanciones impuestas por la Superintendencia"; este aspecto configura la sanctio legis.

Que la R.M.J.078/2013 con relación a la preterintencionalidad observada para el presente caso, ha expresado también lo siguiente "… para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero: ***la acción u omisión voluntaria del sujeto, y el segundo: que la acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso, tenga consecuencias mayores a la prevista****."*

Que a fin de motivar el presente acto administrativo y a la vez dar atención a lo establecido en la R.M.J.078/2013, es pertinente hacer mención a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, sobre la preterintencionalidad, que ha señalado:

> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto…, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. …*
>
> *La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad:* ***a)*** *El propósito de cometer un delito determinado;* ***b)*** *La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente;* ***c)*** *La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido;* ***d)*** *La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y* ***e)*** *La calificación legal del hecho según el resultado.*
>
> *Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo No.24669 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad ***puede darse no solo por una conducta dolosa*** *(acción),* ***sino también por una actitud culposa u omisiva****." (Las negrillas son nuestras)*

Que de lo expresado anteriormente y lo que se tiene establecido la R.M.J.078/2013, se realiza el siguiente análisis que ahora nos ocupa:

Para los Cargos N° ***1, 3, 4, 5, 9, 15, 16*** *y* ***21****.*

a) ***El propósito de cometer un delito determinado.-*** *Aquí cabe acudir al significado de la culpa, pues el regulado sabía del resultado que ocasiona por la infracción; sin embargo en un comportamiento omisivo a la norma legal, no mantuvo movimiento procesal diligente en los PP imputados. La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en negligencia en el movimiento procesal del PP; pero además, al no prestar su declaración informativa el representante legal de la AFP se limita el desarrollo regular de la investigación penal.*

La AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, pues en una actitud culposa, ésta veía ya representada las consecuencias, como administradora y la que otorga las prestaciones; pues una falta de movimiento procesal genera perjuicio en la recuperación de los aportes en mora, impidiendo su acreditación para su consideración en la otorgación de una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.

Asimismo se tiene que, la AFP en los PP sancionados no ha empleado los mecanismos procesales que tenía a su disposición para poder mantener los procesos de forma continua y diligente en defensa de los intereses de sus Afiliados. Es decir que, la inactividad procesal es constitutiva de infracción por omisión, porque el "no hacer" algo que la AFP se encuentra obligada, retrasa la recuperación de los adeudos a la seguridad social, poniendo en riesgo su cobrabilidad, repercutiendo directamente y con el respectivo perjuicio para los Asegurados y el sistema mismo de pensiones.

b) ***La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente.-*** *La conducta sancionada a la AFP fue porque no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP y que, como consecuencia de la conducta antijurídica se tiene generado un resultado mayor al previsto, cual es retardar la recuperación de los adeudos e impedir que éstos puedan acreditarse y ser considerados a momento de otorgarse una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.*

c) ***La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido.-*** *Sobre el respecto se constata la relación de causalidad ya que la infracción y las consecuencias derivadas de ésta son atribuidas a la AFP, pues ésta por mandato de Ley tiene en primer lugar la obligación de iniciar los PP y, en segundo lugar el deber de proseguir el proceso hasta la finalización de forma continua y diligente, considerando que es la entidad que representa los intereses de los Asegurados.*

Es decir que un obrar diligentemente en los PP por quien está encargado de recuperar aportes en mora y a la vez otorgar en base a estos recursos una pensión, demuestra el nexo de causalidad en el que ve inmiscuida directamente la AFP. Pues, el resultado producido por la falta de movimiento procesal al que por norma estuvo obligado el regulado tiene su efecto en la vulneración a la norma y genera consecuencias negativas a los Asegurados y al sistema mismo de pensiones.

d) ***La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido.-*** *Queda claro que los afectados directamente por la infracción sancionada es el* (sic) *sistema mismo de pensiones y los Asegurados al SIP (o Derechohabientes según corresponda), a quienes su empleador les dedujo un porcentaje de su salario para la Seguridad Social y que, al no ser pagadas habrían sido objeto de apropiación indebida.*

e) ***La calificación legal del hecho según el resultado.-*** *Sobre este aspecto se tiene que la calificación del hecho responde a las características que tiene la conducta imputada y la adecuación de ésta a la normativa infringida, la cual se tiene vulnerada por la falta de movimiento procesal en los PP y que, no solamente a* (sic) *ocasionado como resultado el incumplimiento normativo sino que a* (sic) *ocasionado perjuicio directo a los Asegurados y Derechohabientes y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

Para los Cargos N° ***7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18*** *y* ***19****.*

a) ***El propósito de cometer un delito determinado.-*** *Ahora bien, en el presente caso para los Cargos N°* ***7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18*** *y* ***19****, el regulado tenía representado el resultado que iba a ocasionar; sin embargo en un comportamiento omisivo a la norma legal, no mantuvo movimiento procesal diligente en los PP imputados; pero además se tiene que, el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, imprescindible para el avance del proceso misma que tiene por objeto ratificar los términos de la denuncia sobre el hecho delictivo y formalizar la presencia del denunciante en la investigación.*

Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, pues en una actitud culposa veía representado desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo. Pues la falta de movimiento procesal y no prestar la declaración informativa correspondiente genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados a momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.

Resulta evidente que, hasta aquí no se tiene advertido que como resultado de la infracción exista beneficio para la AFP o de personas relacionadas a ésta; sin embargo, no es menos cierto que al no estar en movimiento los PP y no prestar la declaración informativa correspondiente, provoca que los Asegurados no cuenten

con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Finalmente, se debe tener presente que la AFP en los PP no ha empleado los mecanismos procesales a su disposición para mantener los procesos de forma continua y diligente en defensa de los intereses de sus Afiliados. Es decir que, la inactividad procesal es constitutiva de infracción por omisión, porque el "no hacer" algo que la AFP se encuentra obligada, retrasa la recuperación de los adeudos a la seguridad social e inclusive poniendo en riesgo su cobrabilidad, repercutiendo directamente y con el respectivo perjuicio para los Asegurados y el sistema mismo de pensiones.

b) ***La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente.-*** *La conducta sancionada a la AFP fue porque no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP y no prestar la declaración informativa correspondiente, desembocando como consecuencia de la conducta antijurídica un resultado mayor al previsto, cual es retardar la recuperación de los adeudos e impedir que éstos puedan acreditarse y ser considerados a momento de otorgarse una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes, provocando de esta manera perjuicio manifiesto, y la dificultad en el acceso a una prestación o beneficio.*

c) ***La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido.-*** *Sobre el respecto se constata la relación de causalidad ya que la infracción y las consecuencias derivadas de ésta son atribuidas a la AFP, pues ésta por mandato de Ley tiene en primer lugar la obligación de iniciar los PP y, en segundo lugar el deber de proseguir el proceso hasta la finalización de forma continua y diligente, considerando que es la entidad que representa los intereses de los Asegurados quienes se ven perjudicados por la mora del empleador.*

Es decir que un obrar diligentemente en los PP por quien está encargado de recuperar aportes en mora y a la vez otorgar en base a estos recursos una pensión, demuestra el nexo de causalidad en el que ve inmiscuida directamente la AFP. Pues, es resultado producido por la falta de movimiento procesal y la falta de la declaración informativa al que por norma estuvo obligado el regulado tiene su efecto en la vulneración a la norma y que como administrador, genera consecuencias negativas a los Asegurados y al sistema de pensiones.

d) ***La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido.-*** *Queda claro que los afectados directamente por la infracción sancionada es el sistema mismo de pensiones y los Asegurados al SIP (o Derechohabientes según corresponda), a quienes su empleador les dedujo un porcentaje de su salario para la Seguridad Social y que, al no ser pagadas habrían sido objeto de apropiación indebida.*

e) ***La calificación legal del hecho según el resultado.-*** *Sobre este aspecto se tiene que la calificación del hecho responde a las características que tiene la conducta imputada y la adecuación de ésta a la normativa infringida, la cual se tiene vulnerada por la*

falta de movimiento procesal en los PP y la falta de la declaración informativa correspondiente, que no solamente a (sic) *ocasionado como resultado el incumplimiento normativo sino que a* (sic) *ocasionado perjuicio directo a los Asegurados y Derechohabientes y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

*Para el Cargo N° **20**.*

a) ***El propósito de cometer un delito determinado.-*** *En el presente caso para el Cargo N° **20**, el regulado tenía representado el resultado que iba a ocasionar; sin embargo en un comportamiento omisivo a la norma legal, la AFP no aportó pruebas a la investigación lo que influenció en la Resolución de Rechazo a la denuncia N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012 emitida por la Fiscal, que tuvo como sustento la falta de elementos para poder respaldar la imputación. Asimismo, se ha constatado que la AFP no ha objetado la señalada Resolución, cuando se halla en la obligación como buen padre de familia de impugnar cuanta resolución sea contraria a los intereses del Asegurado, lo que dio lugar a que el PP sea archivado y consiguientemente extinguida la acción penal, con la cual regulado debía recuperar lo adeudado por el empleador.*

Por lo que la AFP incurrió en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, pues en una actitud de culpa consciente, la AFP veía representado desde ya, como administradora y la que otorga las prestaciones, el resultado y consecuencia del incumplimiento normativo; ya que al saber que el no aportar pruebas a la investigación y el no haber objetado la Resolución de Rechazo a la denuncia genera perjuicio a la recuperación de los aportes en mora, impide también su acreditación para poder ser considerados a momento de otorgar una prestación o pago al Asegurado o Derechohabientes.

Resulta evidente que, hasta aquí no se tiene advertido que como resultado de la infracción exista beneficio para la AFP o de personas relacionadas a ésta; sin embargo, no es menos cierto que con los hechos ahora sancionados provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Finalmente, se debe tener presente que la AFP en el PP sancionado no ha empleado los mecanismos procesales que tenía a su disposición para con la investigación y propender a una imputación contra el empleador, pues el regulado sabía que en el PP la carga de la prueba corresponde a quien denuncia algo y está obligado a probarlo (Principio procesal penal onus probando actore); asimismo habiéndose rechazado la denuncia la AFP no impugna demostrando así su asentimiento con lo resuelto por la fiscal. Por lo que se concluye que, la infracción es constitutiva de omisión, porque el "no hacer" algo que la AFP estás obligada, retrasa la recuperación de los adeudos a la seguridad social e inclusive poniendo en riesgo su cobrabilidad, repercutiendo directamente y con el respectivo perjuicio para los Asegurados y el sistema mismo de pensiones.

Que en conclusión se tiene que, como lo establece la R.M.J.078/2013, las infracciones sancionadas se constituyen en preterintencionales por omisión culposa, al haberse determinado que los PP observados se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia y desatención.

Que como lo establece la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, para imputar preterintencionalidad debe haber al menos una ***actitud culposa u omisiva****. Tal como se tiene desarrollado en párrafos anteriores, en el presente proceso estos aspectos se han adecuado a la conducta imprimida por la AFP, al omitir llevar los PP con la diligencia debida en todas sus actuaciones que le exige la norma procesal y administrativa. Asimismo, la AFP en una actitud culposa y* ***conociendo el propósito de diligencia*** *que le impone la norma, no consideró los efectos y trascendencia de su inactividad procesal; pues la inactividad demostrada expresa una voluntad de dejadez y abandono de la causa, cuando es la AFP quien ha iniciado y tomado la iniciativa en la persecución penal contra el empleador moroso.*

Que no se debe olvidar que la iniciativa de la instauración de la acción penal por la AFP lo respalda un deber legal, pero que el mismo además se ve retribuido por el pago de una comisión que percibe el regulado por la administración y representación de los intereses del (sic) *sus Afiliados y los Fondos. Pero, la AFP en los PP sancionados pese a tener el mandato legal y el pago de una comisión, en una actitud omisiva no tuvo la voluntad y el* ***propósito*** *de promover diligentemente los PP demostrado expresamente desatención en los procesos judiciales.*

Que en virtud a lo expuesto, queda descartada la posibilidad de que las infracciones sancionadas a la AFP puedan adecuarse a gravedad levísima; pues si bien no se tiene daño objetivo a los Fondos o los Asegurados; sin embargo se tiene presente el ***perjuicio*** *generado a los Asegurados o sus Derechohabientes al no poder contar con sus aportes en mora por una falta de recuperación prolija de la AFP en los PP; generando consecuencia negativas al sistema de pensiones y sus beneficiarios.*

Que finalmente, la presente determinación no deviene en perjuicio del regulado considerando que esta contiene la debida fundamentación en lo que atañe al incumplimiento normativo, la gradación y calificación de la conducta, que por los motivos desarrollados en el presente acto son sancionables. Significando para la entidad regulada una garantía para asumir defensa en el presente proceso.

Que asimismo los fundamentos referidos en la R.M.J.078/2013 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2014 de 20 de mayo de 2014, se encuentran cumplidos, al expresarse para cada uno de los cargos observados la fundamentación debida de que se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención, incumplimiento así como su deber de buen padre de familia con sus Afiliados. En ese sentido, se tiene constatado que la conducta del regulado es preterintencional porque de manera culposa ha realizado la infracción, subsumiendo su conducta a este concepto, siendo por tanto un razonamiento irrebatible.

Que además, se conoce con certeza de anteriores procesos con iguales conductas sancionadas en los que la instancia jerárquica reconoció el carácter preterintencional y

culposo de la infracción por dilaciones indebidas, al ratificarse como leve la infracción para este tipo de casuística, aspecto que es de conocimiento de la AFP al ser sancionada por similares hechos en anterior oportunidad, por lo que no puede quedar al soslayo este aspecto por la instancia jerárquica. Por tanto, no es razonable pensar que la determinación del regulador pueda devenir un perjuicio en contra del regulado.

Que en ese sentido, la instancia jerárquica ante procesos administrativos sancionatorios instaurados contra las AFP, por infracción a la normativa de pensiones relativa a la falta de diligencia y cuidado en procesos judiciales (inactividad procesal) para la recuperación de la mora, ha considerado el impacto que tienen estos casos procesados, aprobando la calificación de la sanción y su gravedad correspondiente impuesta por el regulador, ratificándose además en el monto de la sanción pecuniaria, como leve.

Que a continuación se detallan algunos procesos administrativos sancionatorios firmes en sede administrativa y con Resolución Jerárquica, como precedentes:

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°057/2013 de 11-09-2013.***
  Cargos confirmados por la RMJ:
  Cargo N°1 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°2 - Proceso Coactivo Social

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°066/2012 de 20-11-2012.***
  Cargos confirmados por RMJ:
  Cargo N°1 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°3 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°4 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°7 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°8 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°9 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°10 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°11 - Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°12 - Proceso Ejecutivo Social

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°060/2012 de 23-10-2012.***
  Cargos confirmados por RMJ:
  Cargo N°1 - Proceso Ejecutivo Social

- ***RMJ MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°061/2012 de 23-10-2012.***
  Cargos Confirmados por RMJ:
  Cargo N°2 – Proceso Ejecutivo Social
  Cargo N°3 - Proceso Ejecutivo Social

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente ha presentado

fundamentos que posibilitan cambiar parcialmente la ratio legis de la R.A.69-2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en consecuencia, se confirma parcialmente el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes…"

3. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 14 de julio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2014 de 23 de junio de 2014, con los siguientes argumentos:

"…***VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:***

A tiempo de ratificar in extenso los fundamentos vertidos en nuestra nota de descargo y nuestro recurso de revocatoria en lo que toca a la vigencia del régimen sancionador correspondiente a la abrogada Ley N° 1732, y conscientes de que la facultad sancionadora en materia administrativa debe efectuarse en el marco de los principios de jerarquía normativa y sometimiento pleno a la ley, garantizando así la seguridad jurídica y el debido proceso al administrado, es que nos permitimos nuevamente aclara (sic) *los siguientes aspectos:*

Su Autoridad ha señalado que "...la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente (sic) *continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley N° 1732 y el Contrato Suscrito entre la AFP y el estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando todas las obligaciones como administrador de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; sin perjuicio de las determinaciones de la Ley N° 065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias*"

Del razonamiento sesgado y antojadizo efectuado por su Autoridad, conviene efectuar las siguientes aclaraciones con Base a normativa vigente:

- *El Artículo 198 de la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010 abrogó la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996; bajo ese contexto, su Autoridad no deberá perder de vista que el artículo 1° del Decreto Supremo 24469 de 27 de enero de 1997, tiene como objeto reglamentar la Ley N° 1732, por lo que por nuestra parte no se hace necesario hacer mayores comentarios sobre su vigencia.*

- *Incurre igualmente en contradicción su Autoridad cuando refiere que las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene* (sic) *la obligación de cumplir con las normas señaladas en el artículo 177 de la misma, haciendo alusión no solo a la Ley 065, sino también a la abrogada Ley N° 1732; durante el periodo de transición, porque a su entender sería la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo la que luego se hará responsable de su cumplimiento. De lo anterior se desprende que su Autoridad sin tener competencias para la interpretación de la norma, y usurpando funciones propias del poder legislativo pretende dar ultractividad a una norma abrogada, contrariando el principio de la seguridad jurídica.*

Por otra parte su Autoridad se ha referido al Contrato de Prestación de Servicios suscrito por nuestra AFP con el Estado Boliviano señalando que "...se debe recordar a la AFP que es un contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas reglamentarias y el contrato, ***sin excepción alguna****. Asimismo. El* (sic) *Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes,* ***de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias****.*
Por lo que se concluye que, la AFP además de la norma del sector de pensiones relativa a la Seguridad Social de Largo Plazo se halla subordinada también a las cláusulas contractuales, no debiendo desconocer el marco jurídico en el cual se debe desenvolver."

Lo vertido por su Autoridad, compele a nuestra administradora a efectuar las siguientes aclaraciones:

- *Nuestra Administradora no desconoce ni el marco jurídico aplicable en materia de Seguridad Social de largo Plazo ni el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano, y en ese contexto presta sus Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones vigente (Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010) y sus Normas reglamentarias.*

- *Por otra parte si bien es cierto que el Contrato de Prestación de Servicios fue suscrito en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, debe entender su Autoridad que ello no significa como pretende al interpretar el Art. 177 de la Ley N° 065, que se estaría dando vigencia o ultractividad a la ya abrogada Ley N° 1732, sino que por el contario la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 legitima la administración transitoria de las AFP y a través de su artículo 192 da vigencia al Contrato de Prestación de Servicios cuando determina que "Finalizado el periodo de transición los Contratos y Adendas suscritos por las Administradoras de Fondos de Pensiones con la Ex Superintendencia de Pensiones, y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, quedarán resueltos".*

Del cabal entendimiento del marco jurídico vigente (Ley N° 065, sus reglamentos y demás normativa conexa) se desprende más bien, que la Ley N° 1732 se encuentra Abrogada al igual que su Decreto Reglamentario. La pérdida de vigencia del Decreto Supremo N° 24469 en cuanto al régimen sancionatorio que se pretende aplicar, ha sido de conocimiento y ratificación por parte de un Tribunal de Amparo, como es de conocimiento de esa Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por lo que este extremo debería servir de elemento jurisprudencial que su Autoridad también debería tomar en cuenta, más aún dentro del contexto del principio de búsqueda de verdad material que prima en el procedimiento administrativo.

Finalmente es necesario recordar que las competencias de la APS -que no se desconocen por nuestra parte- debe (sic) *enmarcarse en la Ley, en un reglamento de sanciones que debería estar vigente y siempre en un marco de legalidad, como se desprende de lo citado por Resolución Ministerial Jerárquica MFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2012 de 24 de agosto de 2012 que en la parte pertinente establece:*

> *"No obstante,* ***se debe dejar claramente establecido que en ningún momento la SPVS puede desconocer las atribuciones propias que les competen exclusivamente a los órganos jurisdiccionales****, por cuanto la labor de supervisar y controlar los procesos ejecutivos sociales se debe circunscribir a la oportunidad y pertinencia de las actuaciones de las AFP's como representante de los afiliados, sin que en ningún momento la SPVS pueda interferir en las labores jurisdiccionales de las autoridades del Poder Judicial.* ***Así, la SPVS puede efectuar las evaluaciones y fiscalizaciones pertinentes al trabajo llevado a cabo por la AFP's*** *en la tramitación de dichos procesos, pero enmarcándose estrictamente a verificar que no exista negligencia o inoperancia por parte de la AFP en el cumplimiento razonable del procedimiento establecido para el Proceso Ejecutivo Social, que conlleven un efecto negativo en la recuperación de los recursos,* ***tomando en cuenta las practicas procesales que rigen el sistema judicial nacional, así como los defectos de los que adolece, como la retardación de las actuaciones judiciales****. Para el efecto, en primer lugar se debe observar el cumplimiento del objetivo del proceso (las recuperaciones logradas) y, en su defecto, se deberá verificar si la actitud de las AFP, en su condición de acreedores ejecutantes, fue la de haber utilizado todos los mecanismos posibles para lograr las recuperaciones, sopesando la imposibilidad de las recuperaciones que no les son imputables."(las negrillas son nuestras)*

En ese contexto, en el presente caso se puede evidenciar que la APS no cuenta con la competencia formal ni material, en lo que respecta, a sancionar a nuestra AFP por supuestas deficiencias en la tramitación de los Procesos Penales por el delito previsional de Apropiación Indebida de Aportes.

<u>INADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.</u>

1.- Respecto a los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21. *La cita textual que se realizó en el Recurso de Revocatoria a las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011 - R de fecha 11 de Octubre y la SSCC 0510/2010 - R de 12 de Julio, obedeció a que su autoridad, bajo parámetros analógicos, pueda realizar una ponderación y valoración*

correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva.

Para ello, debió tener en cuenta el siguiente texto de las citadas Sentencias Constitucionales ***"...sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (...) <u>así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia.</u> (el subrayado es nuestro)****; es decir que fuera de los repentinos cambios de fiscales, jueces e investigadores, también se encuentran la recargada labor de cada representante del Ministerio Público, como otra circunstancia que incide negativamente en el desarrollo del Proceso Penal, mas aun* (sic) *si se toma en cuenta que entre los cargos imputados figura un Proceso Penal que, a la presente fecha, se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi; una jurisdicción que guarda bajo su competencia a una gran cantidad de pueblos, cantones y comunidades que requieren la presencia de la señora Fiscal en aquella provincia, para el que también debió considerarse la distancia entre esta jurisdicción y aquella, el transporte, la falta de recursos humanos en el Ministerio Público y otros que serán expuestas más adelante.*

<u>2 Respecto a los Cargos N° 1 y 3</u>*.- Es cierto y evidente que en ambos casos, existió una pausa procesal por el tiempo que señala esta Resolución Administrativa, sin embargo FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP no tomó en ningún momento una actitud pasiva ante la presunta "desaparición del cuaderno de investigación" sino que enterados de ello, se presentaron en ambos casos en el mes de noviembre dos memoriales solicitando, al Fiscal Velásquez en el cargo 1 y al Fiscal Departamental en el cargo 2, la puesta a la vista de ambos cuadernos de investigación, pero en ninguna de ellas logramos obtener respuestas o requerimientos que satisfagan nuestras pretensiones o solicitudes; he allí la circunstancia negativa que su autoridad debió tener en cuenta al momento de emitir la resolución hoy impugnada, es decir la negativa de ambas autoridades de otorgarnos una respuesta pronta y oportuna, debido a su recargada labor - según personal subalterno - por ello queda claro que no podemos presentar prueba material de esta irregularidad, más que los memoriales recepcionados, porque por un sentido común estos actuados al momento de salir del despacho fiscal, saldrán con una fecha que se enmarque dentro las veinticuatro horas previstas por ley, quedando injustificadas nuestras peticiones.*

Ahora bien debe tenerse en cuenta que ambos cargos imputados y sancionados, corresponden a Procesos Penales iniciados a causa de una mora presunta que será otro fundamento más adelante para enervar los argumentos de la resolución hoy impugnada.

<u>3 Respecto al Cargo N° 4</u>*.- Éste es un proceso penal que se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi del departamento de La Paz, en el que existieron varios fiscales que asumieron la Dirección Funcional de las Investigaciones, y si bien es cierto que las*

pruebas valoradas por su autoridad fueron escasas, ello se debió a que al momento de intentar presentar cada memorial o inclusive verificar el nuevo investigador que habría sido designado al caso, la Fiscalía Departamental de La Paz nos informaba que el Fiscal habría sido cambiado de destino o, en alguna ocasión que nos apersonamos ante la localidad de Quime, que el fiscal no se encontraría en esa localidad porque tenía un Juicio Oral en Sica Sica, que es la provincia más cercana que tiene una Tribunal de Sentencia; una Inspección Ocular en Colquiri, etc.; es decir que el Fiscal siempre se encontraba con alguna diligencia en alguna otra localidad o comunidad de la misma Provincia.

Pero, reitero, también esa ausencia de actuados, se debió a los cambios y rotación de Fiscales que sufrió este asiento jurisdiccional; tal es así el caso que para el conocimiento de esta denuncia fueron designados los siguientes fiscales: Dr. Carlos Javier Flores (Fiscal de Sica Sica en suplencia legal de Quime), Carlos Escalante, Lenny Rojas y por ultimo (sic) *Janeth Usnayo, sin dejar de lado el tiempo que les tomaba a los tres primeros realizar el inventario de casos o el tiempo que la Fiscalía General demoraba en la asignación de un nuevo Fiscal a ese asiento jurisdiccional, circunstancias que su autoridad evidentemente no valoró por falta de prueba material que es cierto, toda vez que a su criterio la nota de solicitud realizada al Fiscal Departamental de La Paz para que nos sea proporcionada un Certificado sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en aquel asiento jurisdiccional de Quime - Prov. Inquisivi, no era suficiente para demostrar este extremo, debido a que no se habría presentado la respuesta a dicha solicitud, que no fue a causa de voluntad propia, sino debido a que el Fiscal Departamental no emitió ningún pronunciamiento que haya sido puesta* (sic) *a nuestro conocimiento, porque debía atravesar previamente por el conocimiento de todos esos fiscales y el departamento de recursos humanos, siendo esa la última noticia que se tuvo de esa solicitud.*

***4- Respecto a los Cargos 9, 15, 16**.- En todos ellos, se presentaron como pruebas de descargo las notas de Solicitud de Certificaciones de movimientos rotatorios a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, pero todas ellas fueron desechadas y consideradas como carentes de valor por su autoridad, con el único argumento que no se habría presentado la respuesta a dichas solicitudes; pero escapa a nuestra responsabilidad que la Fiscalía Departamental de Santa Cruz no hayan emitido ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, mucho menos nos hayan proporcionado una copia de la respuesta a esa solicitud a pesar de los constantes reclamos que hicimos al respecto.*

Es innegable que las respuestas hubieran tenido un mayor efecto en la decisión adoptada por su autoridad, pero también debió haberse considerado las circunstancias sociales, los constantes cambios de fiscales en el Ministerio Público que a diario repercuten en los casos de relevancia social y conocimiento público, por ello es que ***Eduardo Couture, asevera que, "el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad"****. Ratificada en la SSCC 0143/2012.*

LUEGO DE ESTA IRREGULAR VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE DESCARGO, EL ENTE REGULADOR PASA A CONSIDERAR Y SATISFACER, SUPUESTAMENTE, LOS FUNDAMENTOS DE LA R.M.J 078/2013, los que a continuación serán desvirtuados y rebatidos de forma ordenada y sistemática, pero cuya aclaración corresponde, debido al orden motivacional que la Propia Resolución Administrativa acoge.

INCORRECTA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SEREFI 0748/2013

En el hipotético caso, que nuestra petición precedente no tenga la aceptación debida y sin perjuicio de las acciones constitucionales y ordinarias que la norma suprema nos prevea, a continuación pasamos a exponer los argumentos que acreditan la incorrecta apreciación normativa y aplicación del ente regulador de los que fueron expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica que, Anuló obrados hasta la Resolución Administrativa 1180/2013 de 24 de diciembre:

1. LA PRETERINTENCIONALIDAD.

Está por demás claro que, durante todo este proceso administrativo sancionatorio, se han (sic) *hecho cita de diferentes postulados respecto a la definición concreta de la PRETERINTENCIONALIDAD al que el ente regulador trata de subsumir la conducta de nuestra Administradora de Fondo de Pensiones, aplicando el art. 286 del D.S. 24469 de 17 de Enero de 1997; sin embargo para una mayor comprensión y lectura del presente recurso, haciendo cita del razonamiento expuesto por la Máxima Autoridad del Ministerio de Económica y Finanzas Públicas, vemos pertinente reiterar dichos postulados que, además constituyen la línea jurisprudencial en materia administrativa de cumplimiento obligatorio:*

- *Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SEREFI RJ/59/2006 de 66* (sic) *de Septiembre de 2006: "Se habla de preterintencionalidad cuando la **intención** se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido **querido** por el sujeto. Esto es, que **el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente.** Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión del sujeto, **la intención dirigida a un determinado hecho dañoso** que por tanto es querido y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero **que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente**, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable produciéndose un segundo resultado que va mas* (sic) *allá de la intención del actor o en otras palabras, cuando el resultado siendo también previsible excede la intención del agente.*

- *Expuesto el precedente administrativo, se tiene entonces que para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero: **La acción u omisión voluntaria del sujeto y el segundo: que la acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso tenga consecuencias mayores a la prevista. (Las negrillas y subrayado es nuestra)***

Una Resolución de tal naturaleza que la emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, al igual que cualquier otra Resolución motivada y fundamentada, está compuesta por una parte que constituye el razonamiento obligatorio o ratio decidendi que se adopta respecto a las partes a quienes les corresponde dar cumplimiento estricto. Al respecto cabe hacer cita de lo siguiente:

> *...Que conforme lo anotado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hace referencia a* ***la obligación y deber de cuidado que deben tener las Administradoras de Fondos de Pensiones****, desde el inicio hasta la conclusión de los Procesos Penales del Sistema Integral de Pensiones,* ***hecho que NO corresponde a la preterintencionalidad****, sino a la* ***culpa,*** *que hace referencia a la omisión de la diligencia exigible a la AFP.*

- *Al respecto,* ***si bien se ha constatado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención, incumpliendo así su deber de buen padre de familia con sus Afiliados, hecho que <u>no significa necesariamente que haya existido preterintencionalidad</u>*** *ya que* ***<u>en ningún momento, en</u>*** *(sic)* ***<u>Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente, dar continuidad a los procesos penales, ni tampoco ha hecho referencia, a cual fuera la consecuencia mayor que se hubiera causado</u>...***

Antes de ingresar al análisis de la Resolución impugnada corresponde realizar algunas definiciones que el Diccionario de la Lengua Española otorgó a algunas palabras, que al parecer son desconocidas por el Ente Regulador:

a) ***INTENCION.-*** *Propósito de hacer o conseguir algo.*
b) ***QUERER.-*** *Tener la intención de poseer algo. II Decidir, tomar una determinación.*

Estos dos conceptos, que son el argumento esencial para que una conducta infraccionaría sea considerada como PRETERINTENCIONAL involucran tanto a la acción como a la omisión; toda vez que, puede darse la situación que una determinada persona determine con total ***<u>intención el propósito</u>*** *de consumar un acto delictivo o una infracción o, caso contrario, decide omitir o incumplir de forma* ***<u>intencional</u>*** *una facultad u obligación.*

Esta interpretación ha sido asumida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas al determinar que, la preterintencionalidad puede ser mediante acción u omisión, como un requisito o elemento constitutivo de la tipicidad de una conducta infraccionaría, sin embargo bajo ningún concepto hace argumentación alguna respecto a la CULAPBILIDAD (sic) *(DOLO O CULPA) como otro elemento constitutivo de la infracción o delito. Desconociendo éste razonamiento, el Ente Regulador de Alzada, al momento de realizar una nueva calificación y descripción de la supuesta "infracción" de FUTURO DE BOLIVIA* (sic)*, en su inciso a) de la página 44 señala:* ***<u>Aquí cabe acudir al significado de la CULPA</u>****: es decir cometiendo los mismos errores que condujeron a la Anulación de la Resolución Administrativa 561/2013, vuelve a referirse a la CULPA como un requisito de la PRETERINTENCIONALIDAD, negándose a apreciar lo que la propia Autoridad Jerárquica señalo* (sic) *al establecer "...****hecho que NO***

corresponde o la preterintencionalidad, sino a la culpa...", <u>es decir que la CULPA queda excluida de la Preterintencionalidad</u>.

Cómo puede el regulador asegurar que los Afiliados han sido impedidos o perjudicados en sus prestaciones o beneficios del SIP, sino (sic) *ha demostrado con prueba objetiva, idónea y suficiente este extremo, a sabiendas que, por el principio del "onus probandi actore", la carga de la prueba le corresponde al acusador, postulado constitucional que él mismo reconoce en su Resolución Administrativa hoy impugnada, mucho más aún si de forma contradictoria asume el siguiente criterio en la página 51: "...**si bien no se tiene determinado el daño objetivo a los Fondos o Asegurados**..." limitándose así, a exponer conceptos y argumentos por demás subjetivos, con la única finalidad de Sancionar si o si a nuestra Administradora de Fondo de Pensiones.*

*Incurre en mayor error, al momento de tratar de reunir y subsumir la irregular calificación de nuestra conducta a las características de la Preterintencionalidad descritas en la Resolución Ministerial Jerárquica SG SEREFI RJ 59/2006 sobre **"la identidad del Sujeto Pasivo que debe ser víctima tanto del delito pretendido como del ilícito finalmente cometido**" señalando como víctima del hecho, al Sistema Integral de Pensiones que, es el denominativo legal que el legislador le ha otorgado a la Universalidad de Fondos que nuestra Administradora de Pensiones administra transitoriamente para la Seguridad Social de los afiliados; sin embargo desconoce por completo que el concepto de victima* (sic) *inmerso en nuestra normativa procesal penal, en su art. 76 donde se atribuye ésta calidad a todas las personas jurídicas y naturales que sufran una ofensa directa por el autor del ilícito y no a un conjunto de fondos patrimoniales, que si bien constituyen el pilar de un derecho fundamental como es la Seguridad Social, no pueden tener la calidad de víctimas o sujetos pasivos.*

***<u>PETITORIO</u>**:*

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, autoridad a la cual respetuosamente solicitamos disponga la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422- 2014 de fecha 23 de junio de 2014 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 con el consiguiente archivo del trámite.

***Otrosí.**- A efectos de conocer providencias, señalo domicilio legal en la Av. 6 de Agosto Nº 2624, Torre Empresarial "K2", 2do. piso, de la zona San Jorge de la Ciudad de La Paz…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DPC/N° 7742/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con veintiún (21) cargos, por incumplimiento a los artículos 106 y 149 inciso i) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y al artículo 20 del Decreto Supremo Nº 778 de 26 de enero de 2011, por falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo-probatorias, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Presentados y evaluados los descargos respectivos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolvió:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16** y **21**, con una multa de $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us8.000,00 (OCHO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19** y **20**, con una multa de $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us16.500,00 (DIECISEIS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA).

En fecha 19 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso Recurso de Revocatoria.

Emergente de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2014 de 23 de junio de 2014, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, quedando la redacción de la parte resolutiva en lo pertinente de la siguiente manera:

> "***PRIMERO.-*** *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18*** *y* ***21****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de*

diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.

SEGUNDO.- I. *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los* ***Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19*** *y* ***20****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de $us12.000,00 (DOCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011…*"

En tal sentido, en fecha 14 de julio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presentó el Recurso Jerárquico respectivo, mismo que pasa a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la vulneración de principios constitucionales y administrativos, por aplicación de un Régimen abrogado para la aplicación de sanciones.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala en su Recurso Jerárquico que no desconoce ni el marco jurídico aplicable en materia de Seguridad Social de largo plazo, ni el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano conforme a lo dispuesto por la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y que si bien el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece un periodo de transición de las Administradoras de Fondos de Pensiones, ello no significa que se estaría dando vigencia o ultractividad a la abrogada Ley N° 1732 de Pensiones, sino por el contrario la Ley vigente legitima la administración transitoria y a través de su artículo 192 da vigencia al Contrato de Prestación de Servicios.

Asimismo, señala que al encontrarse abrogada la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, su Decreto Reglamentario N° 24469 de 17 de enero de 1997, perdió vigencia en cuanto al régimen sancionatorio, tal como lo ratificó el Tribunal de Amparo, por lo que –a decir de la recurrente- la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no cuenta con la competencia formal, ni material en lo que respecta a sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, por supuestas deficiencias en la tramitación de los Procesos Penales por delito previsional de Apropiación Indebida de Aportes, mucho más, si las competencias de la Entidad Reguladora deben enmarcarse en la Ley en un reglamento de sanciones vigente y siempre en el marco de la legalidad, en el marco de los principios de jerarquía normativa y sometimiento pleno a la ley, garantizando así la seguridad jurídica y el debido proceso.

Sobre el particular, es importante traer a colación lo establecido por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2014, que señala:

"…A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:

> "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
>
> *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…****abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*

Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten ***contrarias*** *a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de

17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2013, que a la letra se pronuncia:

> *"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios,* ***en el marco*** *de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*
>
> *Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."…"*

Concluyendo que:

> "*Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),*** *toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado*".

En ese marco, es evidente que no corresponde el argumento presentado por la recurrente, toda vez que el régimen sancionador establecido por el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, resultando oportuno reiterar que queda clara la legitimidad sancionatoria por la que se encuentra investida el Órgano Regulador en la aplicación de las disposiciones rectoras del Reglamento mencionado, para procesar al regulado y en caso de corresponder sancionarlo.

En consecuencia resulta impertinente que pese a que la recurrente conoce los dispositivos legales supra citados y los criterios establecidos en los precedentes administrativos instituidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, pretenda hoy cambiar de argumento y no otorgar vigencia y consecuente inaplicabilidad del Decreto Supremo Nº 24469.

Por otra parte, una vez más se debe recordar a la Administradora de Fondos de Pensiones, tomar en cuenta lo determinado por el artículo 177 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que señala:

> "*…Las Administradoras de Fondos de Pensiones* ***continuarán realizando todas las obligaciones*** *determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y*

disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido hasta que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, inicie sus actividades y asuma la administración del Sistema Integral de Pensiones, las obligaciones y atribuciones establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y sus reglamentos aplicables, deben ser asumidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, en el marco de la Ley N° 1732 y su Decreto Reglamentario.

En lo que respecta a las observaciones identificadas por el Ente Regulador a la AFP, referidas a deficiencias en la tramitación de los Procesos Penales por el delito previsional de apropiación indebida de aportes, es importante señalar que los criterios plasmados en la Resolución Ministerial Jerárquica MFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2012 de 24 de agosto de 2012 -citado por el recurrente-, dentro su contenido guardan relación a las valoraciones efectuadas dentro del caso de autos, con los parámetros de evaluación que establece dicha Resolución cuando señala claramente que: "…*Para el efecto, en primer lugar se debe observar el cumplimiento del objetivo del proceso (las recuperaciones logradas) y,* ***en su defecto, se deberá verificar si la actitud de las AFP, en su condición de acreedores ejecutantes, fue la de haber utilizado todos los mecanismos posibles para lograr las recuperaciones****, sopesando la imposibilidad de las recuperaciones que no les son imputables*" (Las negrillas son incluidas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica),

Bajo el contexto precedentemente aludido, se colige que la recurrente debe observar las disposiciones legales aplicables para el logro efectivo de recuperaciones, con el objeto de cumplir con las obligaciones inherentes de la Administradora, mismas que son susceptibles de sanción conforme a ley, por su acción u omisión, encontrándose en plena competencia de la Autoridad Reguladora, el vigilar, monitorear, controlar, fiscalizar y en su caso sancionar la acción, inacción u omisión de los administrados, más aún si el administrado responde a un acto contractual con el Estado, y en el caso de autos específicamente para que asuma la diligencia de un buen padre de familia, bajo ese entendimiento se establecerá si las fundamentaciones a los agravios expresados por la AFP, en contraposición a las determinaciones adoptadas por la APS, se encuentran legitimadas.

2.2. De la inadecuada valoración de la prueba.-

En principio, a los fines de establecer el ámbito al que se refiere la impugnación, cabe rescatar lo señalado por el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que establece que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…*"

En virtud del artículo precedentemente citado, es preciso hacer notar que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, no ha cuestionado los Cargos N° **12, 14 y 18** del resuelve Primero y los Cargos N° **7, 8, 10, 11, 13, 17, 19 y 20,** del resuelve Segundo, ambos dispositivos de la Resolución Administrativa

impugnada, por lo que se puede colegir la **no controversia** de éstos y que en consecuencia la AFP, habría asumido las determinaciones adoptadas por la APS.

Bajo ese contexto legal y de la particularización de los agravios manifestados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, dentro del memorial de Recurso Jerárquico se puede apreciar lo siguiente:

2.2.1. Respecto de los cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16, y 21.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) en el numeral 1, de la segunda parte de su Recurso Jerárquico, manifiesta los agravios bajo los mismos argumentos que expresó en el memorial de impugnación Jerárquica contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 1180/-2013 de 24 de diciembre de 2013, resuelta a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2014 de 20 de mayo de 2014, dichos argumentos esgrimen principalmente en que el Ente Regulador dentro de la valoración de la prueba no habría tomado en cuenta, las Sentencias Constitucionales SSCC 1529/2011-R de 11 de octubre de 2011, y SS 0510/2010-R de 12 de julio de 2011, que sin perjuicio de ello, se debe puntualizar aquellos aspectos relevantes en cuanto a las manifestaciones expresadas por ésta, en el marco de lo establecido por el parágrafo II, del artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Por lo anterior, los alegatos y los agravios manifestados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, se circunscriben a los Cargos N° **1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21**, en ese sentido y tomando en cuenta que el carácter reiterativo de éstos, se debe advertir lo manifestado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (Pág. 8 a la 26 de la Res. Adm. APS/DJ/DPC/N° 422-2014) citada de manera inextensa en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, donde en la parte conclusiva del análisis y valoraciones de los descargos presentados por la Administradora respecto a las imputaciones citadas refiere:

> "…*Por lo expuesto precedentemente, se tiene que, el Ente Regulador no desconoce la situación que atraviesa el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Órgano Judicial, sobre las renuncias, cambios, rotaciones y otras circunstancias que pueden incidir negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia, circunstancias que fueron analizadas en su integridad, y se concluyó de la* ***ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, que son producto o responden a la conducta del denunciante (AFP) que intervino en el proceso penal,*** *contraviniendo, la obligación que tiene de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, consecuentemente, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público, Policía u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.*
>
> *Por otra parte,* ***en el punto 3.1.1 b)*** *del memorial de su recurso expone: "…los argumentos que fueron expuestos precedentemente son también aplicables a éste considerando, por lo que me ratifico íntegramente en toda la exposición realizada con*

antelación; y reiterando que los descargos presentados contrastados con la convivencia actual del medio social y sus cambios necesarios…".

Al respecto, conforme se manifestó anteriormente, cada caso (Cargo) fue analizado en forma integral, verificándose si las dilaciones indebidas obedecen a la conducta del Ministerio Público, Órgano Judicial o Policía Nacional, u otras circunstancias ajenas al propio órgano (falta de nombramiento oportuno, renuncias, etc.) que podrían incidir en la tramitación oportuna de la causa, o si devienen de la actividad procesal del denunciante (AFP), a cuyo efecto, se estableció fehacientemente que se han generado por los propios actos de la parte acusadora, que se traducen en una conducta omisiva (omisión impropia) o negativa del regulado en el PP.

Por otra, se debe tener presente que el artículo 115-II de la Constitución Política del Estado, garantiza una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, en ese sentido, cuando se presentan dilaciones indebidas que responden a la conducta de los funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial, o Policía Nacional cuando cumplan funciones de policía judicial, el denunciante (AFP) debe realizar las gestiones que correspondan para evitar la paralización o suspensión del PP, a través de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas.

En ese orden, encontrándose los PP (inherente a los Cargos) en la fase de la investigación preliminar, de presentarse dilaciones indebidas atribuibles al Ministerio Público o Policía Nacional, que aduce el regulado, le corresponde al denunciante (AFP) acudir a la instancia pertinente, sea el Fiscal Departamental, atendiendo la Ley N°260 de 11 de julio de 2012, que en su artículo 34 numeral 3) establece en sus atribuciones: "Ejercer la supervisión del ejercicio de las investigaciones por los Fiscales de Materia", en su numeral 14) del citado artículo, señala: "A requerimiento del Fiscal de Materia, solicitar a la autoridad policial competente la aplicación de procesos disciplinarios, para los servidores y servidoras policiales que sean separadas o separados de la investigación por haber incumplido requerimientos Fiscales o por haber actuado en forma negligente o ineficiente, bajo responsabilidad"; o en su caso, acudir ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza el control jurisdiccional, de acuerdo al artículo 54 numeral 1) del CPP, que establece que son competentes para: "El control de la investigación, conforma a las facultades y deberes previstos en este Código".

*Respecto al **punto 3.1.1 c)** de su memorial de recurso, el regulado argumenta: "…dejando de lado todas las circunstancias en que los Procesos Penales, no solo de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, sino del mundo litigante, se encuentran en estrados judiciales, el Ministerio Público y la propia Institución Policial, que como se observa cotidianamente están sujetas a muchos cuestionamientos y que fruto de ello se están realizando cambios, suspensiones, rotaciones, destituciones, etc. de Fiscales, Jueces e investigadores; extremos que aplicados a esta parámetro de proporcionalidad, eliminan la responsabilidad del regulado respecto a los cargos imputados".*

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R señala: "Conforme se expresa en la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso

sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción; de lo referido se infiere que este derecho no se desarrolla en condiciones de normalidad debido a la actuación negligente de las autoridades competentes, es decir, con un funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable, dando lugar a que el proceso tenga una demora injustificada".

Con relación a ello, el regulado no ha demostrado materialmente que los PP que se encuentran bajo su cargo y responsabilidad, motivo de los Cargos imputados, se han desarrollado en condiciones de anormalidad debido al actuar y/o causas atinentes al Ministerio Público, Policía Nacional u Órgano Judicial; limitándose a cuestionar la "aparente" falta valoración de circunstancias que podrían influenciar negativamente en el desarrollo normal del proceso, cuestionamiento por cierto subjetivo, puesto que se ha efectuado una valoración integral de cada caso, concluyendo indubitablemente que la mora procesal se debe al accionar (negativo) del denunciante (AFP) y no así a aspectos ajenos…"

Por consiguiente, y de lo expresado por el Ente Regulador a los fundamentos de los agravios vertidos por la Administradora, esta Instancia Jerárquica ha emitido un pronunciamiento a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2014 de 20 de mayo de 2014, respecto a la ponderación y valoración por parte de la APS, a los componentes que involucran los descargos presentados por la AFP, y circunscritos a los cargos 1, 3, 4, 9, 15 y 16, asumiendo igual posición debido a la identidad en la ocurrencia por parte de la recurrente, con el cargo 21, y que se encuentra expresado señalando lo siguiente:

(…)

- *Conforme la explicación y evidencia de lo mismo, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, "una ponderación y valoración correcta de todos los elementos de descargo que fueron presentados en los cargos imputados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales que negativamente inciden en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva" (así expresado en el Recurso Jerárquico), elementos entre los que se encuentran "la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (…) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia" (ídem, en reproducción de las Sentencias Constitucionales referenciadas).*

- *No obstante, a lo mismo se ha impuesto, la "**Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo** (…) la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta "realidad" es desconocida por la APS (…) de un análisis a cada caso concreto, a*

través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado" (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013).

Por consiguiente, el alegato en este sentido se encuentra injustificado".

En ese sentido, además de lo ya manifestado precedentemente es preciso advertir que dentro de las actuaciones de la Administradora en el proceso administrativo sancionatorio, los alegatos y fundamentaciones desde la notificación con las sanciones primigenias impuestas, no aportó los elementos de prueba suficientes que puedan justificar la realización de acciones oportunas o un impulso procesal adecuado, eficiente y eficaz dentro de los Procesos Penales, ya que no se puede pretender se asuma hechos en base a simples declaraciones o manifestaciones sin un respaldo que evidencie tales hechos o actuaciones.

Bajo ese contexto, es preciso reiterar el entendimiento manifestado en la Resolución Ministerial Jerárquica supra citado, donde estableció que:

"…*Entonces, para la generalidad de estos casos (cargos Nros. 1, 3, 4, 9, 15 y 16) y a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria anterior, contrariamente a lo alegado por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)****, allende de haberse tenido en cuenta la ocurrencia de la infracción misma, han sido considerados los descargos presentados como los propios fundamentos del Recurso señalado.*

Empero además, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 1180/2013, al hacer uso de frases o expresiones tales como: "en todo caso", "de ninguna manera", "en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo" o que "corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció", viene a determinar que, aún se hubieran obtenido y acreditado las certificaciones (a las que se refiere ahora el Recurso Jerárquico), lo mismo no contrariaría las diversas imputaciones, por cuanto, esta últimas importan plazos de tiempo amplios -durante los cuales se desarrollaron las infracciones-, en los que aún de existir las circunstancias señaladas ahora por la Administradora de Fondos de Pensiones, resultan irrazonablemente excesivos, y que por ello, justificaban actuaciones de reclamo aún más concretas, sobre las que no sólo no existe mención en los diversos recursos que conforman el expediente, si no que no cursa evidencia alguna, quedando en pretensiones infundadas.

Asimismo, debe tener presente la recurrente que, si bien la alta rotación de Fiscales, las distancias y el poco compromiso de algunos funcionarios de la administración de justicia (Ministerio Público incluido) con respecto a los procesos, son situaciones que se deben considerar a momento de evaluar la controversia -como consta que se han considerado-, y que las mismas constituyen un factor que evidentemente se interpone en el desarrollo de un normal y positivo desenvolvimiento de la justicia, no es menos cierto que esta valoración no puede prescindir de considerar la inactividad procesal

permanente en la que ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *ha incurrido, independientemente de aquellos otros escenarios de los cuales afirma no ser responsable, lo que le compelía en sus debidas oportunidades, a hacer valer sus reclamos respecto a estas dilaciones, mediante los mecanismos que la Ley le confiere, sobre lo que no existe mayor constancia.*

En tal sentido y a este respecto, corresponde dar razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en cuanto a su evaluación de los antecedentes asumidos…"

De todo lo anterior, se colige que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha procedido dar una explicación clara en relación a los cargos imputados y que se encuentran valorados de manera individualizada, respecto a los acontecimientos que han llevado a la toma de decisión en subsunción a las infracciones que derivaron en sanción a la Administradora.

Por otra parte, llama la atención la posición de la AFP con relación a su comportamiento a lo largo del proceso sancionatorio, limitándose a ser repetitivo en sus argumentaciones y descripciones sin mayor elemento que conlleve o justifique el estado de los Procesos Penales, en correspondencia a una debida y oportuna atención por parte de la AFP a los deberes que conllevan las actuaciones y que son imperativos de cumplimiento no solo por que así lo determina la norma regulatoria sino por que así lo demanda el proceso penal como tal, siendo que el resultado de estas acciones y sus efectos trasciende a un determinado grupo de beneficiarios y que si existen elementos ajenos a la AFP que demoren, dilaten paralicen, suspendan el desarrollo del proceso, es deber de la recurrente hacer expresivo y manifiesto dichos sucesos a las instancias legales pertinentes para que sean éstas las que determinen lo que en derecho corresponda o en su caso adoptar las medidas correctivas pertinentes, demostrándose de este modo un comportamiento adecuado como Administradora.

2.3. Incorrecta aplicación de los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013 de 19 de noviembre de 2013.-

A lo esgrimido por la Administradora respecto de la incorrecta interpretación y aplicación de los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013, el Ente Regulador luego de la ponderación y valoración individualizando cada caso independientemente que se mantenga una identidad en las inobservancias o desatenciones a la actividad procesal dentro de los Procesos Penales, bajo el entendimiento de los elementos que configuran la preterintencionalidad señalados en la Resolución Ministerial Jerárquica citada, principalmente la que se refiere a la actitud omisiva por parte de la Administradora, ha determinado los componentes que según la APS, hacen a la gravedad de las infracciones incurridas por la AFP, aspecto inmerso en la Resolución Administrativa sujeta a impugnación (Pág. 42 a 48), que dentro de sus conclusiones señala:

"…*Que como lo establece la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, para imputar preterintencionalidad debe haber al menos una*

***actitud culposa u omisiva**. Tal como se tiene desarrollado en párrafos anteriores, en el presente proceso estos aspectos se han adecuado a la conducta imprimida por la AFP, al omitir llevar los PP con la diligencia debida en todas sus actuaciones que le exige la norma procesal y administrativa. Asimismo, la AFP en una actitud culposa y **conociendo el propósito de diligencia** que le impone la norma, no consideró los efectos y trascendencia de su inactividad procesal; pues la inactividad demostrada expresa una voluntad de dejadez y abandono de la causa, cuando es la AFP quien ha iniciado y tomado la iniciativa en la persecución penal contra el empleador moroso.*

(…)

*la AFP en los PP sancionados pese a tener el mandato legal y el pago de una comisión, en una actitud omisiva no tuvo la voluntad y el **propósito** de promover diligentemente los PP demostrado expresamente desatención en los procesos judiciales.*

*Que en virtud a lo expuesto, queda descartada la posibilidad de que las infracciones sancionadas a la AFP puedan adecuarse a gravedad levísima; pues si bien no se tiene daño objetivo a los Fondos o los Asegurados; sin embargo se tiene presente el **perjuicio** generado a los Asegurados o sus Derechohabientes al no poder contar con sus aportes en mora por una falta de recuperación prolija de la AFP en los PP; generando consecuencia negativas al sistema de pensiones y sus beneficiarios*…"

Bajo ese contexto, se debe recordar que ya en un pronunciamiento anterior de ésta Instancia Jerárquica, se estableció que aún de obtener respaldo o certificaciones de las participaciones de la Administradora de Fondos de Pensiones en los procesos, estos no contrarían las imputaciones dado que los plazos amplios de inactividad, resultando irrazonablemente excesivos y que en el desarrollo de los diversos recursos dentro del proceso administrativo no existe evidencia que justifique sus alegatos actuales.

De igual manera, se concluyó que contrariamente a la inactividad procesal permanente en la que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** incurrió, independientemente de los factores ajenos a su participación en el desarrollo de los procesos penales, correspondía en sus debidas oportunidades activar los mecanismos legales para hacer extensivo los reclamos sobre las dilaciones, por dicho antecedente no existen constancias de esos elementos que hacen a la atención debida por parte del actor.

En conclusión a ello, se puede advertir que la Administradora al hacer alusión a palabras como "Intención", "Querer", y los elementos constitutivos de las infracciones, establece que la Resolución Administrativa incurre en error al subsumir la conducta de ésta a la características de preterintencionalidad, ya que no estaría determinado por parte de la APS el impedimento o el perjuicio ocasionado a los afiliados y que al Sistema Integral de Pensiones no se lo puede tener en calidad de víctimas o sujetos pasivos.

Además de lo anterior, la Administradora en sus alegatos, señala que dentro de la valoración de la prueba debió tener en cuenta las causas ajenas por las que se habrían demorado los procesos, haciendo cita de Jurisprudencia Constitucional en las que refieren

factores que impiden una pronta y oportuna administración de justicia, sin mayor elemento que justifique su inacción u omisión.

A lo anterior, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, del análisis efectuado a cada uno de los cargos controvertidos por la Administradora -citados en su actual Recurso Jerárquico-, ha demostrado y determinado que no existen elementos que justifiquen las desatenciones u omisiones incurridas por la AFP en los Procesos Penales instaurados, refiriendo en particular a que la posición pasiva es atribuible a la Administradora, en el entendido de que más allá de los factores ajenos a ésta, la misma cuenta con los mecanismos legales para demostrar su participación activa dentro de los Procesos Penales en procura de dar el impulso procesal adecuado y oportuno.

Al respecto, es pertinente establecer que las atribuciones que el artículo 149, en su inciso j) de la Ley Nº 65 de Pensiones, otorga como prerrogativa en el caso de autos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, para el inicio de los procesos judiciales, misma que no se limita a la interposición de las demandas, ya que dicha función y atribución tiene como finalidad el precautelar los intereses de los fondos administrados y de los asegurados, considerando además que el inciso v) del mismo artículo del cuerpo legal citado establece que, la Administradora tiene como función el prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficacia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Asimismo, la Administradora debe tener en cuenta que el artículo 106 del cuerpo legal referido supra, dispone de manera categórica la obligación de cobrar los montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario, el Interés por mora, el Interés incremental y recargos que correspondan, por lo cual siendo de conocimiento las disposiciones legales que son inherentes a la administración delegada, no se puede concebir la omisión al rol que debe desempeñar como actor dentro de los procesos judiciales que tiene como finalidad no solo el castigar al infractor, sino la recuperación de los aportes ilegalmente apropiados por el empleador.

Al respecto, la Administradora no desconoce el comportamiento que ha tenido con relación a los Procesos Penales objeto de imputación, por lo que la comisión de infracción a la normativa establecida en la Ley Nº 065 y los Decreto Supremo Nº 778, es evidente, en consideración a que la obligación y deber de cuidado que corresponde tener a la Administradora desde el inicio hasta su conclusión de los Procesos Penales del Sistema Integral de Pensiones, tiene carácter sustancial por cuanto la prerrogativa que establece la ley y su deber de apego a ésta, hace a la diligencia de un buen padre de familia.

A este efecto, es preciso aludir al tratadista Carlos Morales Guillen cuando señala: "…*el sentido de la expresión padre de familia, como la cuidadosa diligencia para conservar bienes o derechos ajenos. La regla concebida, está destinada al común, En el caso del párrafo II, referida a la actividad profesional, debe admitirse que la regla implica mayor exigencia en su observancia habida cuenta el nivel cultural del profesional que no es el del común, por lo cual importa un mayor grado de responsabilidad*". (Código Civil Segunda Edición – 2004).

De lo determinado por la Autoridad recurrida, se establece que los elementos que configuran las infracciones incurridas por la AFP, no han sido rebatidas por la recurrente y que dichas inobservancias son atribuibles a ésta en la omisión a la debida diligencia que corresponde dar a los Procesos Penales no solo por un carácter de cumplimiento a la norma, sino también por la finalidad que persiguen estos procesos penales que tienen incidencia en el Sistema de Pensiones y sus beneficiarios.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión de que, al haber la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fundamentado los elementos que configuran las infracciones incurridas por la administradora y que en su momento también consideró el suscrito al pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2013 de 19 de noviembre de 2013, en consideración a que el comportamiento de la Administradora importa inobservancia a sus obligaciones, corresponde confirmar la Resolución Administrativa impugnada.

Que, de conformidad con el artículo 43° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2013 de 23 de junio de 2014, que en Recurso de Revocatoria confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 452-2014 DE 01 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 072/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 072/2014

La Paz, 26 de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho Órgano de Fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 65/2014 de 21 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 124/2014 de 22 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 14 de julio de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, representada al efecto por su Gerente de Operaciones, Sr. Daniel Fernando Arce Sporn, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 0567/2011, otorgado en fecha 20 de junio de 2011 por ante Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014, que en Recurso de

Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2073/2014, con fecha de recepción 17 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de julio de 2014, notificado en fecha 28 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014.

Que, mediante auto de fecha 21 de julio de 2014, notificado en fecha 28 de julio de 2014, se puso en conocimiento del **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**, como tercer interesado, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014, interpuesto por **Seguros Illimani S.A. (SISA)**.

Que, mediante memorial presentado en fecha 12 de agosto de 2014, el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**, como tercer interesado, hizo presente sus alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DJ No. 414/2013, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante nota DJ No. 414/2013, presentada en fecha 28 de noviembre de 2013, el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** presentó su reclamo por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en contra de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, con el siguiente tenor:

> "…*El GAMLP (como cursa en antecedentes y que se adjunta a la presente) suscribió un Contrato GMLP-2708/2008 de 24/11/08, por Licitación Pública Internacional No. LPA-002/2007, "CONCESION DEL ASEO URBANO EN SECTORES DE LADERA DE LA CIUDAD DE LA PAZ - LADERA ESTE Y OESTE", con la empresa en calidad de CONCESIONARIO "CIUDAD LIMIPIA* (sic)*" Asociación Accidental, cuyo objeto hace referencia al Servicio De* (sic) *Aseo Urbano De* (sic) *La* (sic) *Ladera Oeste De* (sic) *La* (sic) *Ciudad De* (sic) *La Paz.*
>
> *Para el efectivo cumplimiento del Contrato el GAMLP (Concedente) conviene con la Empresa Contratista "CIUDAD LIMIPIA"* (sic) *Asociación Accidental (Concesionario), que ante el incumplimiento del Contrato "...El Concesionario garantiza el cumplimiento de las inversiones establecidas en el presente Contrato con la Póliza de Seguro No. 92-24- LPCS080041 por el monto de Bs. 374.187.00...", en cuya Póliza se*

inserta la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.

Ante el incumplimiento de la Empresa Concesionaria el G.A.M.L.P. (Beneficiario) requirió como es debido a Seguros Illimani S.A. la ejecución de la garantía (ejecutable a primer requerimiento) de carácter independiente del contrato; sin embargo la Aseguradora, mediante correspondencia de forma dilatoria, ineficaz e inoportuna, se niega al efectivo cumplimiento de los Contratos de Seguro y ejecución a la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Servicios Para Entidades Públicas, y a su adherida Cláusula (sic) *de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas.*

Sobre el requerimiento del GAMLP a la Empresa Aseguradora para la ejecución de la garantía.

Sobre el Requerimiento del GAMLP a la Aseguradora Seguros Illimani S.A. cabe señalar lo siguiente:

> *La Póliza No. 92-24-LPCS08000411 en la cual se encuentra inserta la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, guarda determinadas características, que hacen a este tipo de garantías, así expresa claramente:*
>
> *"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, RENOVABLE, Y DE EJECUCION A PRIMER REQUERIMIENTO", (Las cursivas y subrayado son nuestros). Es decir, la ejecución no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea el requerimiento del Asegurado o Beneficiario (GAMLP) a la Empresa Aseguradora Seguros Illimani S.A..*

El citado requerimiento lo hizo el GAMLP mediante oficio carta del GAMLP CITE DAG-UPC.OL.No. 3694/09 de techa 5/8/09 en la que solicita la ejecución de la póliza, a cuyo oficio Seguros Illimani responde (mediante oficio CITE DR 490/2009 de 19/8/09) solicitando para dar curso a la ejecución de la garantía la Resolución Administrativa *correspondiente; Resolución que presenta el GAMLP a la Aseguradora mediante CITE DAG-UPC Of. No. 3943/09 de 27/8/09, y recepcionada en fecha 25/8/09.*

Requerimiento de ejecución al cual la Aseguradora no dio curso, limitándose a responder con argumentos ambiguos y lo más importante, ajenos a la ejecución de la Póliza sin tomar en cuenta la naturaleza y carácter de la Clausula *(sic)* de Ejecución a Primer Requerimiento *inserta en la citada Póliza.*

2. *Al efecto, es de necesidad señalar la normativa expresa que regula la Clausula* (sic) *de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, y sus características:*

2.1. *Establece el D.S. el Decreto Supremo No. 26738 de 30/7/2 (sic):*

En su Considerando párrafo tercero:

"Que las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios aprobadas mediante Decreto Supremo No. 25964 de 21 de octubre de 2000 y modificadas por los Decretos Supremos No. 26144 y No. 26208, ***establecen la***

obligación de constituir garantías en las diferentes etapas de proceso de contratación *de bienes y servicios e interposición de recurso administrativos, mediante boletas de garantía bancarias o pólizas de seguro" - y continua –*

*"Que es necesario incorporar la "**garantía a primer requerimiento"** como instrumento de garantía válida para las diferentes etapas del proceso de adquisición de bienes y servicios e interposición de recursos administrativos. Por lo cual, **las entidades financieras bancarias tendrán la obligación irrevocable de pasar la cobertura a solo requerimiento del acreedor,** quedando cualquier responsabilidad a cargo del beneficiario y/o* (sic) *ordenante." (Las negrillas y subrayado son nuestros)*

Así, en su artículo UNICO establece:

"Se incorpora a los artículos 51 y 77 y numeral IV del Artículo 81 de las Normas Básicas del Sistema de administración de Bienes y Servicios aprobadas por el Decreto Supremo No. 25964 y modificadas por los Decretos Supremos No. 26144 y No. 26208, la "GARANTIA A PRIMER REQUERIMIENTO" **"** *otorgada por entidades financieras bancarias, como garantía vellida para los procesos de contratación de bienes y servicios e interposición de recursos administrativos. Alternativa a la boleta de garantía bancaria y/o póliza…***"**

Por lo señalado, la citada incorporación del Decreto Supremo a las NBSABS, no responde a un mero afán del Estado; sino a una omisión que se incurre no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional que redunda en perjuicio, respecto al daño que produce el impago o la demora en la ejecución de los seguros; causando daño a la economía del Estado; como en el caso presente.

2.2. *Las características del citado Seguro de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas son:*

El asegurador queda facultado a pagar a primer requerimiento.

De lo contrario no tiene razón de denominarse como tal, y de asegurar al beneficiario con este tipo de seguro. Así;

El asegurador paga contra la voluntad del afianzado, y esto es así ya que generalmente o casi siempre el Afianzado se va a "oponer al pago" y su cumplimiento no puede quedar al criterio del mismo, como ocurre en el presente caso, ante respuestas a nuestra petición incongruentes que realiza la Aseguradora, lo cual desvirtúa el seguro.

La facilidad de reclamación del beneficiario, que obviamente beneficia al GAMLP en el caso, y que obliga al Afianzado a la ejecución correcta del Contrato, ya que de convertirse el seguro en un trámite dilatorio y burocrático (como se está presentando en la ejecución del presente seguro) desvirtuaría a realizar la ejecución mediante este tipo de Pólizas a Primer Requerimiento, que finalmente no serían tales, tornándose en garantías ineficaces.

Independencia o autonomía de la obligación de pago asumida por el garante, constituyendo una obligación distinta y autónoma, desconectada de las vicisitudes que pueden afectarle, derivadas de la relación de base, como es el Contrato GMLP-2708/2008, por Licitación Pública Internacional No. LPA-002/2007 de CONCESION DEL

ASEO URBANO EN SECTORES DE LADERA DE LA CIUDAD DE LA PAZ.

Es decir en la independencia u autonomía de la obligación reside la naturaleza de la obligación ya que lo contrario provocaría justificar demostrando el incumplimiento del Afianzado para hacer efectivo el cobro de la Póliza; cuando en realidad la obligación primera del cumplimiento del pago por la ejecución de la Póliza es autónoma e independiente de la demostración del incumplimiento del Contratista o Afianzado. Demostrar el incumplimiento vuelve prácticamente al Seguro a Primer Requerimiento como un seguro cualquiera que se encuentre establecido en el Código de Comercio, sin cumplir la finalidad por la cual fue establecida.

Aseguramiento del beneficiario frente a los riesgos típicos como son el impago, ejecución tardía, fuerza mayor, etc.

En el presente caso, contrariamente se están produciendo efectivamente este tipo de riesgos por el cual el GAMLP se "encuentra" cubierto: es decir, no existe el pago efectivo del seguro con oportunidad, existe la ejecución tardía o más bien no existe ejecución alguna del Seguro.

Se entiende en este tipo de seguros que el siniestro se produce con el requerimiento de paso por el beneficiario. El asegurador queda facultado a pagar sin pedir documentación del siniestro y sin examinar si el requerimiento es justificado o no. El asegurador no puede oponer excepciones al asegurado.

Características, que constituyen a su vez el fundamento para la ejecución de la Póliza, y que hasta la fecha no se está produciendo por la negativa injustificada y contraria a ley de la Aseguradora, Seguros Illimani S.A., negándose al pago del Seguro que asciende a: Bs. 347.187.00 (TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE 00/100 BOLIVIANOS).

Por lo expuesto, como ejecutivo máximo de la entidad fiscalizadora en materia de seguros, solicito a su autoridad conmine a la Aseguradora a hacer efectivo el pago requerido por el GAMLP, como autoridad encargada de hacer cumplir la C.P.E. y leyes vigentes en materia de Seguros, sea en estricto cumplimiento del art. 43 de la Ley 1883, de 25/6/98…"

2. NOTA PE/2681/2013 DE 30 DE DICIEMBRE DE 2013.-

La Autoridad Reguladora, remitió a **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** las notas APS/DS/JTS/20796/2013 y APS/DS/JTS/21032/2013, poniendo en su conocimiento el reclamo efectuado por el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** y solicitando la remisión de la correspondiente documentación, así como un informe fundamentado y su posición sobre el referido reclamo.

Tales requerimientos han sido atendidos por parte de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, mediante la nota PE/2681/2013 de 30 de diciembre de 2013, la que a la letra señala:

"*…En relación al informe y posición con respecto al presente reclamo tenemos a bien señalar lo siguiente:*

1. La póliza de Seguro de Cumplimiento de Servicios Nº 92-94-LPCS080044 fue emitida por Seguros Illimani S.A. a favor de la Asociación Accidental "Ciudad Limpia", como

garantía del contrato de Servicios N° 2708/08 suscrito en fecha 24 de noviembre de 2008.

2. Hemos tenido conocimiento extraoficial que luego de la suscripción del contrato anteriormente relacionado se ha suscrito un contrato modificatorio al contrato administrativo de servicios Nª 2708/08 de fecha 12 de junio del año dos mil nueve, sin conocimiento de nuestra empresa.

3. De acuerdo a los condicionados generales de la póliza N° 92-24-LPCS080044, en su cláusula 4° Modificación del Contrato Principal: ***"Las modificaciones al Contrato Principal no previstas en el mismos, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas"***

4. El Contrato modificatorio de fecha 12 de junio de 2009 tiene por objeto modificar la cláusula Décimo Sexta del contrato principal: ***"Periodo de Implementación y Período de Ajuste*** (sic)***"****, contrato que no fue notificado al fiador; consiguientemente de acuerdo a los Artículos 910 y 942 del Código de Comercio la fianza ha quedado extinguida.*

5. Por otro lado se debe tener en cuenta que el aviso del "siniestro" fue comunicado a Seguros Illimani S.A. mediante nota cite: D.A.G. – U.P.C. Of N° 3694/09 de fecha 5 de agosto de 2009 y que el siniestro fue verificado -en realidad exteriorizado pues se produjo antes- en fecha 6 de Julio (sic) *de 2009 mediante el informe SIREMU/C-INF-AJ/0138/2009 de fecha 6 de julio de 2009, extremo que hace extemporáneo el reclamo del Municipio de La Paz en atención al artículo 1028 del Código de Comercio.*

6. A este extremo debe sumarse que el Municipio de La Paz al momento de dar aviso del siniestro incumplió con lo previsto al efecto por la cláusula de ejecución a primer requerimiento para entidades que señala: ***"La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda."***

7. Así mismo, y de conformidad a la documentación adjunta (Anexo 2), corresponde señalar que el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz ha demandado en la vía ordinaria civil a nuestra compañía por el cumplimiento de la póliza objeto de la presente nota, demostrando dicho accionar que el tema en cuestión es un tema claramente controvertido actualmente de competencia de los jueces ordinarios civiles…"

3. NOTA APS.EXT.DS/357/2014 DE 5 DE FEBRERO DE 2014.-

Mediante nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros instruyó a **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, le remita la

documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguro referido a la Póliza de Seguro Nº 92-24-LPCS0800411, bajo los siguientes argumentos:

> "…*Acusamos recibe de su nota PE 2681/13 por la informan* (sic) *su posición con relación a la ejecución de la póliza N° 92-24-LPCS0800411 perteneciente a la empresa "CIUDAD LIMPIA".*
>
> *Al respecto, de la evaluación de los documentos observamos que mediante nota CITE: D.A.G.-U.P.C. of N° 3694/09 el beneficiario cumple con el único requisito para la ejecución de la póliza N° 92-24-LPCS0800411 con cláusula de ejecución a primer requerimiento para entidades públicas.*
>
> *Por otra parte, recordamos a ustedes que la clausula* (sic) *de ejecución a primer requerimiento señala lo siguiente:*
>
> "…
>
> *Se establece asimismo que, en virtud a la presente Clausula* (sic) *de Ejecución a primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las clausulas* (sic) *4ta(Modificación* (sic) *al contrato principal) y 7ma (otras Cauciones) de las Condiciones Generales de la Póliza.*
>
> *En este sentido, en caso de siniestro, el Fiador indemnizara* (sic) *al Beneficiario el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares,* ***en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.***
>
> ***La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda. (LAS NEGRILLAS SON NUESTRAS)***
>
> …"
>
> *Tomando en cuenta lo precedentemente señalado su aseveración de que la modificación al contrato libera a la compañía de acuerdo a la clausula* (sic) *4ta del condicionado general queda rebatida, toda vez que la clausula* (sic) *de ejecución a primer requerimiento señala claramente que mencionada* (sic) *clausula* (sic) *queda sin aplicación alguna.*
>
> *Por otra parte, la clausula* (sic) *de ejecución a primer requerimiento señala que se deberá indemnizar al beneficiario 15 días después de reportado el incumplimiento, sin requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*
>
> *En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro…*"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 333-2014 DE 8 DE MAYO DE 2014.-

Toda vez que mediante nota PE 0215/2014 de 10 de febrero de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** solicitó se consigné el contenido de la nota APS.EXT.D./357/2014 en una Resolución Administrativa, lo mismo fue cumplido por la APS/DJ/DS/Nº 129-2014 de 21 de febrero de 2014; no obstante, la misma fue revocada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 308-2014 de 17 de abril de 2014, en razón que "*la* (…) *APS/DJ/DS/Nº 129-2014 de 21 de febrero de 2014 adolece de falta de fundamentación y motivación que vicia su validez* (…) *debiendo emitirse un nuevo acto administrativo debidamente fundamentado y motivado*".

Seguidamente, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de 8 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió: "***ELEVAR*** *a la categoría de Resolución Administrativa la carta* ***CITE: APS/EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014***", exponiendo al efecto, los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que mediante nota DJ Nº 414/2013 de 28 de noviembre de 2013, el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz hizo llegar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS reclamación sobre el incumplimiento en que estaría incurriendo Seguros Illimani S.A. como consecuencia de la falta de ejecución de la Póliza de Seguro, con Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, Nº 92-24-LPCS0800411 por el monto de Bs374.187.-, otorgada por la Asociación Accidental "Ciudad Limpia", como garantía del contrato de Servicios Nº 2708/08 suscrito en fecha 24 de noviembre de 2008.

Que mediante carta CITE: APS/DS/JTS/20796/2013, de 9 de diciembre de 2013, la APS corre en traslado el reclamo a Seguros Illimani S.A. instruyendo: i) la remisión del file de siniestro; ii) copia de la póliza de seguro; e iii) Informe fundamentado sobre la posición de la Entidad Aseguradora sobre el reclamo.

Que por carta CITE: PE/2681/2013 de 30 de diciembre de 2013, Seguros Illimani S.A. cumple en remitir copia completa del file del siniestro, copia de la Póliza de Seguro Nº 92-24-LPCS0800411 y su posición respecto al reclamo, señalando como hechos relevantes los siguientes:

> *Tener conocimiento extraoficial de que posterior a la suscripción del contrato afianzado se habría suscrito un contrato modificatorio, el 12 de junio de 2009, sin conocimiento de la Entidad Aseguradora por lo que conforme a la cláusula 4º de las condiciones generales de la póliza y los artículos 910 y 942 del Código de Comercio la fianza habría quedado extinguida.*
>
> *Que el aviso de siniestro fue comunicado a Seguros Illimani S.A. el 5 de agosto de 2009, sin embargo el mismo se había producido antes del 6 de julio de 2009, lo que hace extemporáneo el reclamo según lo determinado por el artículo 1028 del Código de Comercio.*

Que el G.AM.L.P. (sic) *al momento de dar el aviso de siniestro no cumplió con la previsión contenida en la cláusula de ejecución a primer requerimiento, es decir no presentó la nota de declaración de incumplimiento emitida y firmada por el RPC o la MAE.*
Informa además que el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz demandó en la vía ordinaria civil a dicha compañía, demostrando el accionar que el tema es claramente controvertido y de competencia de los jueces ordinarios civiles.

Que mediante Carta CITE: APS-EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expresó de manera textual lo siguiente:

"(…) Al respecto, de la evaluación de los documentos observamos que mediante nota CITE: D.A.G.-U.P.C. of. Nº 3694/09 el beneficiario cumple con el único requisito para la ejecución de la póliza Nº 92-24-LPCS0800411 con cláusula de ejecución a primer requerimiento para entidades públicas.

Por otra parte, recordamos que la cláusula de ejecución a primer requerimiento señala lo siguiente:

'Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las cláusulas 4ta (Modificación al contrato principal y 7ma. (otras cauciones) de las condiciones Generales de la Póliza.

En este sentido, en caso de siniestro, el Fiador indemnizará al Beneficiario el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda (…)"

Tomando en cuenta lo precedentemente señalado su aseveración de que la modificación al contrato libera a la compañía de acuerdo a la cláusula 4ta. del condicionado general queda rebatida, toda vez que la cláusula de ejecución a primer requerimiento señala claramente que (la) mencionada cláusula queda sin aplicación alguna.

Por otra parte, la cláusula de ejecución a primer requerimiento señala que se deberá indemnizar al beneficiario 15 días después de reportado el incumplimiento sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros Nº 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro (…)"

Mediante carta CITE: PE/0190/2014 de 10 de febrero de 2014, recepcionada en la APS el 11 del mismo mes y año, Seguros Illimani S.A. manifiesta:

> *"En consideración a la nota APS-EXT.DS/357/2014 (…) debemos reiterar que actualmente este caso se encuentra bajo la competencia de una autoridad judicial, instancia al que la misma entidad beneficiaria acudió por ser un hecho controvertido, tal como hemos informado a su Autoridad mediante nuestra nota PE/2681/2013 de 30 de diciembre de 2013.*
>
> *Debemos señalar que la entidad beneficiaria es quien a título personal ha instaurado la reclamación judicial, y por ende la declinación de competencia a una instancia judicial.*
>
> *Consiguiente y en aplicación de los artículos 8 y 9 del D.S. 27175, solicito a su Autoridad explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad sobre el presente caso.*
>
> *Asimismo aclaro a su Autoridad que cualquier controversia de hecho o derecho que se suscite entre nuestra empresa, los asegurados y/o beneficiarios deben ser resueltos en la vía arbitral. Dejando en claro que la interpretación de una norma aplicada a la ejecución (o) a la activación de una cobertura constituye precisamente una controversia de derecho (…)".*

Que finalmente y mediante nota CITE/PE 0215/2014 de 10 de febrero de 2014, presentada a la APS el 11 del mismo mes y año, Seguros Illimani S.A. solicita se consigne en Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada la carta CITE: APS-EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014.

CONSIDERANDO:

Que siendo lo anterior antecedente de la solicitud que hoy se atiende, deben manifestarse las siguientes consideraciones:

<u>Sobre la Competencia de la APS</u>.-

Son funciones y objetivos de la APS, conforme lo determinado por el artículo 41 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de entre otras las siguientes:

> *"c) Proteger a los asegurados, tomadores y* ***beneficiarios de seguros****;*
>
> > ***Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos****, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos"*

Que en función a dichos objetivos el artículo 12 de la citada norma establece que las Entidades Aseguradoras ***deberán*** ***cumplir con las siguientes obligaciones:***

> *"(…) a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, y.* (sic)
>
> *j) Presentar a la Superintendencia, a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero"*

Que complementando el inciso a) precitado, el numeral II del artículo 5 de la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado N° 365 de 23 de abril de 2013, determina:

> "***Artículo 5.- (Negación o Incumplimiento de Pago de la Indemnización)***
>
> ***II.*** *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a denuncia de la entidad beneficiaria o a instancia propia, verificará los hechos* ***y en su caso iniciará el correspondiente proceso sancionador por incumplimiento en el pago de la indemnización****.* ***Este proceso no admitirá deliberación respecto al contrato principal entre afianzado y beneficiario****".*

Que puede apreciarse entonces que, la competencia sancionatoria de la APS se abre cuando se han verificado los hechos y se presume que la entidad aseguradora no ha dado cumplimiento a alguno de los incisos contenidos en el artículo 12 de la Ley N° 1883, y en el caso específico a lo determinado por los incisos a) y j).

Que cuando la norma transcrita determina que el procedimiento administrativo sancionatorio no admitirá deliberación respecto al contrato principal entre el afianzado y beneficiario, lo hace para dejar claramente sentado que el conocimiento y resolución del contrato principal es de competencia de otra instancia que no es la APS, en el caso concreto y tratándose de un contrato administrativo suscrito por el Estado Plurinacional de Bolivia, mediante el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, el mismo está regulado por la Ley 1178 de 20 de julio de 1990, que dispone:

> ***Artículo 47°***
>
> *"Créase la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de todas las demandas que se interpongan con ocasión de los actos de los servidores públicos, de los distintos entes de derecho público* ***o de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos administrativos con el Estado****, por los cuales se determinen responsabilidades civiles definidas en el artículo 31° de la presente ley. Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza.*

Artículo 48°

No corresponden a la jurisdicción coactiva fiscal las cuestiones de índole civil no contempladas en el artículo 47° ni las de carácter penal, comercial o tributario atribuidos a la jurisdicción ordinaria y tributaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la administración pública, se atribuyen por ley a otras jurisdicciones.

Que asimismo el artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883 determina que el Órgano Regulador tiene las siguientes atribuciones:

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que el primer y segundo incisos, c) y d) del artículo 43 de la Ley 1883, se relacionan con el objetivo señalado en el inciso e) del artículo 41 de la norma citada, toda vez que la APS, en su atribución de supervisar las actividades de las Entidades bajo su jurisdicción, tiene el deber de velar porque estas cumplan con las obligaciones contenidas en el artículo 12 de la Ley N° 1883, artículos 2 y siguientes de la Ley N° 365, reglamentos y toda la normativa conexa.

Que la facultad contenida en el inciso t), es una cláusula abierta que permite se incorporen otras facultades no previstas en la norma para que la APS pueda dar estricto cumplimiento a sus funciones y objetivos; como lo son cumplir y hacer cumplir la Ley de Seguros y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos que redunden en una efectiva protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios de los seguros.

*Que lo anterior deja entrever con meridiana claridad que la competencia de la APS para solicitar que Seguros Illimani S.A. remita "**documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro"** deriva de los incisos c), d) y t) del artículo 43 de la Ley 1883, así como del artículo 2 y siguientes de la Ley N° 365.*

<u>Sobre la Prevención Judicial</u>

Que Seguros Illimani S.A. alega que al haber el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz interpuesto, por decisión propia, una demanda de puro derecho de cumplimiento de obligación ante la jurisdicción ordinaria el hecho nítidamente es controvertido y de competencia exclusiva y privativa del órgano jurisdiccional del Estado Plurinacional de Bolivia.

Que al respecto debe hacerse hincapié en que, el órgano fiscalizador regula la actividad aseguradora y como tal tiene competencia para sancionar a las Entidades bajo su supervisión por contravención al ordenamiento administrativo.

Que debe dejarse claramente establecido que en el caso presente, la APS con las competencias descritas anteriormente solicitó a Seguros Illimani S.A. "documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro", para establecer la existencia de una presunta contravención al ordenamiento administrativo, toda vez que de los antecedentes aportados tanto por el GAMLP y por la propia Entidad Aseguradora se advirtió que Seguros Illimani S.A. no había cumplido con la prestación convenida (ejecución de la póliza) por un lapso de 3 años y 1 mes; dicho de otro modo, el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz solicitó la ejecución de la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411 el 27 de agosto de 2009, mediante nota D-A.G.-U.P.C. of Nº 3942/09 adjuntando la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009, y después de 3 años y un mes interpuso la demanda de puro derecho de cumplimiento de la obligación.

Que conforme prevé el romano III del artículo 4 de la Ley Nº 365 de 23 de abril de 2013, concordante con el contenido de la Cláusula a Primer Requerimiento de la póliza en cuestión, aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 731 de 11 de septiembre de 2007:

> *"La entidad aseguradora* ***deberá*** ***hacer efectiva la indemnización de las pólizas de seguro de fianza en las que participen entidades del sector público en el plazo máximo de quince (15) días calendario computables a partir de la recepción del documento señalado*** *(original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento emitida y firmada alternativamente por el RPC o la MAE)"*

Que debe notarse que la norma al determinar ***DEBERÀ*** (sic)*, impone una obligación que no puede ser transigida por no ser potestativo de la Entidad aseguradora cumplir o no con la remisión de documentación que acredite el cumplimiento de la prestación convenida.*

Que por otra parte el numeral II del artículo 3 de la norma citada (Ley Nº 365), en concordancia con el artículo 6 de la Ley de Seguros Nº 1883 determina que "(…) Las entidades aseguradoras autorizadas a operar en seguros de fianza, ***deberán emitir las pólizas correspondientes con el respaldo de contragarantías siguiendo criterios de prudencia****".*

Que la cláusula de ejecución a primer requerimiento encuentra fundamento en el hecho (y así lo determina el artículo 4 de la Ley Nº 365) de que siendo la ejecución de dichas pólizas un derecho privativo de las entidades beneficiarias, con la única condición de presentar el documento que declare el incumplimiento, la Entidad Aseguradora no puede negarlo toda vez que el pago no compromete su propio patrimonio, sino que responde como fiador o garante del afianzado con las garantías que este le ha confiado para el caso de producirse el siniestro.

Que por ello el numeral IV del artículo 4 de la Ley N° 365 en total congruencia con lo determinado en el tercer parágrafo de la Cláusula 9 (Ejecución de la garantía) del Condicionado General de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas) menciona que:

> *"La determinación y documentos que sustentan la ejecución de las pólizas de seguros de fianzas, objeto de la presente Ley,* ***es de responsabilidad de la servidora o del servidor y de las servidoras y los servidores públicos ante el fiador y ante las autoridades competentes. LOS ACTOS O HECHOS QUE DERIVEN DE LA EJECUCIÓN INCONSISTENTE O INCORRECTA DE ESTAS PÓLIZAS, SERÁN SUJETOS A LAS RESPONSABILIDADES LEGALES RESPECTIVAS".***

Que finalmente y para cerrar este punto, habrá de hacerse referencia a que es obligación de la Compañía Aseguradora remitir la documentación que acredite el cumplimiento de la prestación convenida y es el deber de la APS hacerla cumplir, toda vez que como lo determina el numeral III del artículo 4 de la Ley N° 365, la obligación de ejecutar la póliza no se interrumpe por ***"****Ninguna circunstancia, requerimiento de información o documentación distinta a la establecida* ***o controversia entre las partes",*** *sin dejar de mencionar que la cláusula 14° del condicionado general al prever una controversia de derecho declara que ni aún "El arbitraje* ***afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva****".*

Que todo lo anotado lleva a la conclusión de que la compañía debió haber cumplido con la prestación convenida de manera inmediata a la solicitud del G.A.M.L.P. o más tardar dentro de los quince (15) días de reportado el incumplimiento, teniendo además a su favor el derecho establecido por la cláusula 11 (Subrogación) del Condicionado General que prevé que; "todo pago que efectúe el Fiador bajo los términos de la presente póliza, ***le da derecho para repetir contra el afianzado****, subrogándose por este simple hecho en las acciones y derechos del beneficiario y así lograr la devolución de la totalidad de los montos pagados además de los costos legales incurridos".*

Que el hecho de que el G.A.M.L.P. haya incoado un proceso demandado el cumplimiento de la obligación ante la justicia ordinaria, no inhibe a que la APS inicie un procedimiento administrativo sancionador, toda vez que el objeto de los procesos es distinto; es decir, uno persigue el cumplimiento de la obligación (pago de la indemnización), mientras que el otro persigue la imposición de una sanción por la vulneración de la Ley N° 1883; Ley N° 365, reglamentos y normas conexas.

Respecto a que el Contrato Principal fue modificado sin notificación al fiador y que por tanto la fianza quedó extinguida

Que de la lectura de la Cláusula 4ta. del condicionado general de la póliza N° 92-24-LPCS0800411 se determina que evidentemente, y como lo menciona la Entidad

Aseguradora, "Las modificaciones al contrato principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas".

Que no obstante lo anterior, la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, que hace parte de la mencionada póliza, textualmente menciona: "Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, ***quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las cláusulas 4ª (Modificación del Contrato Principal) y 7ª (Otras Cauciones) de las Condiciones Generales de la Póliza".***

Que lo argüido por Seguros Illimani S.A. quebranta el principio de buena fe toda vez que a sabiendas de la renuncia hecha al contenido del artículo 4to. del condicionado general, anotado en la Cláusula a Primer Requerimiento, ahora pretende oponerlo ante esta Autoridad como argumento para justificar su incumplimiento.

Que es más, la Comunicación Interna N° 136/2010 de 27 de agosto de 2010 evacuada por Patricia Reguerín, Gerente Comercial Nacional de Seguros Illimani S.A., determina que el reclamo realizado por el G.A.M.L.P. es indemnizable; sin embargo se observa que mediante carta CITE: DR 423/2010 de 12 de julio de 2010, con el fundamento contenido en el informe legal de 14 de junio de 2010 y ratificado mediante carta de 24 de agosto de 2010, se notificó a la Lic. Elba Gonzales López, Jefe de la Unidad de Procesos de Contratación del G.A.M.L.P. sobre la liberación de la Entidad Aseguradora de la obligación de indemnizar el siniestro, básicamente por dos causales, a saber: i) haber comunicado el siniestro fuera del plazo previsto por el artículo 1028 del Código de Comercio; y ii) por no haber comunicado oportunamente a Seguros Illimani S.A. con el contrato modificatorio.

Que como se demostró, la causal contenida en el inciso ii) del anterior párrafo no es de recibo por cuanto ni el G.A.M.L.P. ni el afianzado tenían la obligación de comunicar este hecho a Seguros Illimani S.A. toda vez que estaban exonerados de hacerlo, conforme lo determinado por la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento de la Póliza de Cumplimiento de Servicios N° 92-24-LPCS0800411, razón por demás para ratificar el contenido de la carta CITE: APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014 emitida por la APS sobre este aspecto.

Que con relación a la otra causal, la contenida en el inciso i) del antepenúltimo párrafo a continuación se pasa a su análisis.

Respecto a que el aviso de siniestro fue extemporáneo

Que previo al análisis del argumento, es necesario realizar la siguiente precisión:

Régimen legal aplicable a los seguros de caución para entidades públicas.

Que el artículo 1° del Código de Comercio determina: "El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial. ***En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto las del Código Civil"***

Que el Código de Comercio en los Títulos III y IV regula los contratos de seguros, teniéndose que, el Título III, del Capítulo II, Sección I está destinado al Seguro de Daños; la Sección II al Seguro de Incendio; la Sección II al Seguro de Transporte; la Sección IV al Seguro de Responsabilidad Civil; la Sección V al Seguro de Agricultura, la Sección VI al Seguro de Especies Animales; la Sección VII al Seguro de Crédito; la Sección VIII al Seguro de Crédito a las Exportaciones; la Sección IX a otras Modalidades de Seguros de Daños. A su vez el mismo título, Capítulo IV en las Secciones I, II y III está destinado al Seguro de Vida, de Vida en Grupo y Accidentes Personales; y finalmente el Título IV está destinado al Contrato de Seguro Marítimo.

Que si bien el Código de Comercio en los artículos 902 y siguientes hace referencia al tema de las fianzas comerciales, no es menos cierto que dicha norma no regula de manera expresa los seguros de caución, por ello la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobó los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al contado de las pólizas de: i) Cumplimiento de Contrato de Obra; ii) Cumplimiento de Contrato de Servicios; iii) Cumplimiento de contrato de suministros; iv) Buena Ejecución de Obra; y v) Correcta Inversión de anticipo, todas ellas para Entidades Públicas, de manera que no exista duda posible sobre su cumplimiento y ejecución.

Que queda palmariamente demostrado que la Regulación especial, expresa y propia de los seguros de caución para entidades públicas se encuentra plasmada en los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados por la Resolución Administrativa IS 731/2007, en la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado N° 365-2013 y en la Ley de Seguros N° 1883 en cuanto al registro, por tanto no puede invocarse el plazo establecido en el artículo 1028, que regula los seguros de daños, por cuanto, como ya se indicó, existen normas específicas que establecen los plazos y procedimientos de ejecución de las pólizas de fianzas para entidades y empresas públicas.

Que hecha la aclaración debe recordarse que la cláusula 12° del condicionado general de la póliza de seguro N° 92-24-LPCS0800411, menciona:

> ***"Cláusula 12ª Prescripción.- <u>LAS ACCIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN</u>*** *prescriben en dos (2) años a contar de la fecha del siniestro"*

Que esto quiere decir que, producido el siniestro, dentro de la vigencia de la póliza, el beneficiario cuenta con dos años a partir de su ocurrencia para ejercitar las acciones emergentes, entre las que, sin lugar a dudas, se encuentra la solicitud de ejecución de la póliza, lo que en el caso concreto se verificó al haberse producido el siniestro dentro de la vigencia de la póliza (27/08/2008 a 27/08/2009) como de manera detallada lo determina el Informe SIREMU/G-INF-AJ/0138/2009 de 6 de julio de 2009.

Que asimismo se verifica que mediante nota Cite: D.A.G. – U.P.C. Of. N° 3694/09, de 5 de agosto de 2009, el G.A.M.L.P. solicitó la ejecución de la póliza haciendo llegar la fotocopia legalizada de la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009 que declara el incumplimiento e instruye la ejecución de la póliza N° 92-24-LPCS0800411, a través del Cite D.A.G. – U.P.C. of N° 3943/09 de 27 de agosto de 2009, entregada a Seguros Illimani S.A. el 28 del mismo mes y año. Esto quiere decir que hizo

uso de las acciones emergentes del contrato de seguros dentro del plazo de los 2 años contados desde la ocurrencia del siniestro.

Que lo anterior revela de manera fehaciente que la entidad beneficiaria cumplió con los requisitos exigidos para que Seguros Illimani S.A. proceda con el cumplimiento de la prestación convenida en la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411, y hasta la fecha (a más de 3 años y 8 meses) aún no lo hizo.

CONSIDERANDO:

Que la Dirección de Seguros a través de los Informes Técnico APS/DS/JTS/274/2014 de 4 de abril de 2014 y Legal INF.DJ/Nº314/2014 de 2 de mayo de 2014, efectuó la evaluación de la solicitud, concluyendo que debe consignarse en Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada la carta CITE: APS/EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, conforme a lo solicitado por ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *en la nota CITE/PE 0215/2014 de 10 de febrero de 2014…*"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

5.1. Memorial de 2 de junio de 2014.-

En fecha 2 de junio de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014, con los mismos argumentos que después serán expuestos en oportunidad de su Recurso Jerárquico, conforme es relacionado infra.

5.2. Alegatos del tercer interesado.-

Por auto de fecha 3 de junio de 2014, la Autoridad Reguladora puso en conocimiento del **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**, el Recurso de Revocatoria interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014.

Por su efecto, mediante memorial de fecha 12 de junio de 2014, el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** presentó los alegatos que a continuación se transcriben:

"…***1º. SOBRE LA FACULTAD O COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS PARA CONTROLAR, FISCALIZAR ASI COMO SANCIONAR A LOS ENTES ASEGURADORES.***

La Aseguradora Seguros Illimani Sociedad Anónima, ante la Resolución emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha observado de forma reiterativa se explique la competencia en la que funda la ASP (sic) *para ejercer control, fiscalización e imponer sanciones.*

Como se ha mencionado precedentemente, Seguros Illimani S.A. interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/No.333-2014 de 8/5/2014, solicitando se pronuncie sobre su competencia, para la fiscalización, control y poder de sanción (lo reitera a lo largo del recurso en cada punto, concretamente lo realiza treinta veces).

Al respecto consideramos que el recurso interpuesto pretende denotar una supuesta ausencia de fundamentación; en principio ya la citada Resolución impugnada fundamenta y argumenta jurídicamente y de forma por demás suficiente su competencia, en su Primer, tercer considerando, cuarto considerando punto 1 y 2; sin embargo al efecto de responder el improcedente recurso de Revocatoria cabe responder y fundamentar como sigue:

Establece el art. 41 de la Ley de Seguros No. 1883, como *funciones y objetivos*, de la ASP (sic) (y así lo señala la misma Aseguradora en su recurso) que:

"La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros..." se constituye en un "...órgano que ***fiscaliza y controla*** ***las personas, entidades y actividades del sector de seguros*** *de la República," y "...tiene los siguientes objetivos:*

> *Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro.*
>
> *Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector y de la propia Superintendencia.*
>
> ***Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.***
>
> *Velar por la* ***publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones*** *en el mercado de seguros.*
>
> ***Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos."*** *(Las negrillas y subrayado nos corresponden).*

Como se puede advertir los preceptos legales señalados en el anterior punto, la ASP (sic) *se constituye en un órgano fiscalizador y contralor, que le impide abstraerse del conocimiento del presente caso; por el contrario es la ley que le impone como OBLIGACION la fiscalización y el conocimiento de casos como el que ha sido objeto de pronunciamiento, y en consecuencia a controlar el cumplimiento de la ley de parte de las empresas o instituciones que brindan los servicios de seguros entre otros; así como de su ejecución; si se ha procedido a la ejecución de pólizas, y en caso contrario los fundamentos jurídicos para la inejecución, que impidan el pago.*

En este sentido las competencias que ejerce la Autoridad de Fiscalización, las ejerce por estar establecidas en la Ley.

El constituirse en un órgano observador, o veedor como quiere hacer ver la Aseguradora a la Autoridad de Fiscalización, y poco más reducido a un simple espectador, de las actividades, sin poder contralor alguno; haría ***inútil e inoperante*** *la constitución de esta Autoridad por el Estado para, precisamente, la fiscalización, como lo señala la misma ley, y simplemente no tendría su razón de ser dentro del Sistema Bancario* (sic) *y de Seguros.*

Otra función y objetivo de la Autoridad de Fiscalización Control de Pensiones y Seguros es "La protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros".

Protección que se efectúa por la ASP (sic)*; a través precisamente de la fiscalización y control de las operaciones que efectúan los Seguros* (sic) *con los asegurados; como es precisamente el presente caso en el cual el GAMLP, se ve burlado en el*

cumplimiento por parte de la Aseguradora; que paradójicamente más que asegurar genera una "inseguridad" en las operaciones mercantiles que realiza incumpliendo con el "seguro" por el cual está cubierto el GAMLP, Seguro que en la realidad no se materializa por el incumplimiento de las leyes, la falta de seriedad y cumplimiento de obligaciones contraídas por la Aseguradora.

En este sentido ante el evidente incumplimiento de las leyes, la entidad Contralora tiene como función o competencia la de establecer la existencia o no del incumplimiento de leyes, y del Contrato de Seguro, determinar las responsabilidades y sanciones correspondientes, analizando a su vez la procedencia del seguro, analizando el contrato emitido por la Aseguradora, la Póliza, y sus condiciones, el cumplimiento de las condiciones, etc., que dé lugar a la sanción correspondiente.

2°. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y DE SUS REGLAMENTOS.

Asimismo la Autoridad de Fiscalización vigila y resguarda el cumplimiento de la ley de Seguros, y de sus reglamentos como lo establece el art. 41 en su inc. e) de la Ley de Seguros 1883.

*En este sentido, la Autoridad de Fiscalización al momento de efectuar el examen de las operaciones en materia de seguros; y aplicado al caso presente; debe velar por el **cumplimiento de las leyes**, y sus reglamentos; y no sólo eso, debe también establecer una CORRECTA APLICACIÓN de sus principios, políticas y objetivos.*

*En consecuencia el poder contralor y de fiscalización de la ASP, establecido por ley **le obliga** a realizar actos de fiscalización.*

Reiteramos una vez más, reducir la actuación de la ASP a un mero observador de los actos e irregularidades que se producen por las entidades que se encuentran bajo su control, como quiere hacer ver la entidad aseguradora, prácticamente cae en un despropósito, ya que no tendría razón de ser la creación de un ente regulador, hecho que lo subsumiría a realizar actos carentes de sentido o efectividad para su control.

3º. SOBRE EL SUPUESTO DOBLE JUZGAMIENTO.

- En principio la Aseguradora Seguros Illimani S.A.; considera que "...su Autoridad: "verificará los hechos"', interpolando ello al presente caso su Autoridad (y) deberá verificar si el incumplimiento con el contrato de seguro es evidente, como hemos visto el único ente capaz de impartir justicia y verificar ello es el Órgano Judicial, consecuentemente a fin de verificar los hechos, conforme manda la norma, su Autoridad deberá exigir el correspondiente pronunciamiento judicial o de órgano competente ejecutoriado..."

*Tal hecho simplemente, por decir lo menos, es carente de sentido común, ya que de qué servirá "verificar los hechos" para luego, esperar fallo del órgano judicial; **cuando la entidad contralora puede identificar si se infringió normas que son o puede ser independientes del cumplimiento de la obligación.***

Es preciso sin embargo que se tenga presente que Seguros Illimani incurre en un equívoco jurídico al considerar que solo el órgano judicial imparte justicia, toda vez que la autoridad administrativa, como lo es la Autoridad de Seguros y Pensiones, por supuesto imparte justicia "administrativa" misma que emerge de la competencia y

de sus atribuciones mismas que le habilitan para conocer y pronunciarse sobre las materias que dentro de su competencia- son puestas a su resolución; la decisión de la autoridad plasmada en una Resolución posee sin duda pues el carácter de sentencia en materia administrativa habilitando los procedimientos recursivos, mismos que por la propia acción de Seguros Illimani, se trata de dilucidar.

Es precisamente sobre la base de las atribuciones que poseen como Autoridad de Seguros y Pensiones que producida la fiscalización y advertida como fue la infracción o inobservancia a las condiciones y obligaciones que posee la Aseguradora en este caso Seguros Illimani. debe existir un pronunciamiento que reconduzca esta vulneración y obligue a los sujetos administrados a cumplir con las obligaciones y condiciones pactadas, en este caso con el Municipio de La Paz, de otra forma un razonamiento en contrario nos pondría ante la interrogante de ¿Cuál la utilidad de una entidad contralora que no controla?, prácticamente estaría vetada su función a la dependencia de un órgano judicial, y en concreto no tendría razón de ser la constitución de un ente contralor y fiscalizador.

- En igual sentido la parte Recurrente señala que "En el hipotético caso de que su Autoridad insista en la interpretación de dicha norma reflejada en la Resolución ahora impugnada y la justicia ordinaria dirimiera que la reclamación del GAMLP no es atendible, estaría causando un daño a la APS (sic), daño que por nuestra parte reclamaremos con las consiguientes responsabilidades por la función pública establecidas en la SAFCO y sus reglamentos."

Al efecto, cabe señalar lo que sigue:

Primero: La APS, emite sus resoluciones en estricto apego a la ley; y bajo el principio de especialidad rigiendo la ley especial sobre la general; aplica con preferencia la norma especial, y no podría ser de otro modo.

Segundo: ante el cumplimiento de la obligación por la Aseguradora; ésta puede oponer dentro del proceso civil la excepción perentoria de pago, o cumplimiento de la obligación; y en consecuencia tal acto procesal daría lugar a la conclusión del proceso; y/o en sentido contrario al desistimiento del proceso y el derecho que le asiste al GAMLP.

- ***SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL DOBLE JUZGAMIENTO.-***

Continuando con lo argumentado, cabe señalar que en el proceso por la vía ordinaria que sigue el GAMLP contra la Aseguradora, exige el cumplimiento de la obligación, y pago de daños y perjuicios ocasionados emergentes del incumplimiento de la obligación, ajenos a la sanción que establezca la ASP (sic). *(En este sentido en caso de cumplimiento por la aseguradora de la obligación, nos remitimos al siguiente inciso)*

Ante el cumplimiento de la obligación, la Aseguradora podrá oponer la excepción de pago; y cumplimiento de la obligación dentro del proceso ordinario; y/o alternativamente podrá el GAMLP desistir del proceso y derecho, que impedirán un supuesto doble juzgamiento.

No existe sentencia ejecutoriada en proceso ordinario, que haya sancionado por la misma causa a la Aseguradora, el GAMLP exige el cumplimiento de la obligación, la

ASP, sanciona a la Aseguradora por incumplimiento de leyes.

Asimismo, tomando en cuenta las diferentes materias, cabe señalar lo siguiente: al igual que se sigue un proceso por la vía penal, y en el mismo sentido por la vía civil; se debe recordar que por cuerda separada la ASP efectúa el control, y el GAMLP sigue por la vía civil el proceso por Incumplimiento de obligación.

En igual sentido, la Sentencia Constitucional SC. 0962/2010-R que pretende hacer valer la parte recurrente; efectivamente señala que:

> *"...En cuanto al alcance del principio non bis in ídem; es decir la prohibición de un doble proceso...En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ha sido absuelto o condenado} y el aspecto procesal o adjetivo (**nadie puede ser juzgado nuevamente** por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá, vulneración al non bis in ídem, **no solo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho**"*

En este sentido:

*Primero; nos preguntamos ¿Existió el pago de la obligación?, sin duda la respuesta es negativa; en consecuencia nadie está siendo "...**juzgado nuevamente** por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado" como refiere la sentencia constitucional citada.*

Segundo; en el proceso seguido por la vía civil ordinaria; no existe sentencia ejecutoriada; y por el que "nuevamente" el GAMLP o la ASP (sic) *le haya iniciado o le esté siguiendo "nuevo" proceso por la vía civil.*

Tercero; el GAMLP, persigue el cumplimiento de la obligación; y la ASP (sic)*, como órgano contralor fiscaliza el cumplimiento de leyes, por tanto no existiría un doble juzgamiento, o la prohibición señalada por la Aseguradora, como ya se fundamentó al respecto en el presente apartado.*

Cuarto: Es incongruente que efectivizado el cumplimiento de la obligación por la Aseguradora, el G.A.M.L.P. pretenda proseguir con la acción civil ¿para promover otro pago por la Póliza?; ya solo pensar en este cometido contradice el sentido común, y más aún, es difícil por no decir imposible, que la juzgadora, de lugar a "nuevo pago" de la obligación, cuando se demuestra el cumplimiento de la obligación y el pago efectuado.

En este entendido reiteramos una vez más, la Aseguradora puede oponer la excepción perentoria de pago o cumplimiento de pago que impide todo proceso ulterior y en consecuencia imposibilitaría, ahora sí, "un nuevo proceso".

4°. LA EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA PROCEDE EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LA LEY, QUE LA ASP (sic) ***ESTÁ EN LA FACULTAD Y COMPETENCIA DE FISCALIZAR Y CONTROLAR.***

Sobre el Requerimiento del GAMLP a la Aseguradora Seguros Illimani S.A. sobre la ejecución de la Póliza No. 92-24-LPCS08000411, en ésta se encuentra inserta la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, regulada por el Decreto Supremo No. 26738 de 30/7/2 (sic)*, que señala en su Considerando párrafo tercero:*

*"Que es necesario incorporar la **"garantía a primer requerimiento**" como instrumento de garantía válida para las diferentes etapas del proceso de adquisición de bienes y servicios e interposición .de recursos administrativos. Por lo cual, **las entidades financieras bancarias tendrán la obligación irrevocable de pagar la cobertura a solo requerimiento del acreedor**, quedando cualquier responsabilidad a cargo del beneficiario y/o* (sic) *ordenante (Las negrillas y subrayado son nuestros).*

Y así, en su artículo UNICO establece que:

"***Se incorpora a los artículos 51 y 77y numeral IV del Artículo 81 de las Normas Básicas del Sistema de administración de Bienes y Servicios aprobadas por el Decreto Supremo No. 25964 y modificadas por los Decretos Supremos No. 26144 v No. 26208, la "GARANTIA A PRIMER REQUERIMIENTO"*** *otorgada por entidades financieras bancarias, como garantía válida para los procesos de contratación de bienes y servicios e interposición de recursos administrativos. Alternativa a la boleta de garantía bancaria y/o póliza....*" (sic)

Por lo señalado, y al incorporarse la citada normativa dentro las NBSABS; la ASP (sic), *debe verificar el cumplimiento de la ley; así como verificar si se está dando estricto cumplimiento de la citada normativa; y proceder a emitir las resoluciones que le compete como órgano contralor, entre ellas exigir el cumplimiento de las leyes; y de establecer y emitir las sanciones correspondientes.*

En este entendido, la ASP (sic), *no hace más que resolver de acuerdo a su competencia, como órgano contralor y fiscalizador, remitiéndonos a su vez a lo señalado en el punto **I.1°. I.5°.** a fin de no ser reiterativos.*

En igual sentido, sobre el requerimiento realizado a la Aseguradora para la ejecución de la póliza, ésta señala que el GAMLP, lo requirió a destiempo dando incumplimiento a lo estipulado en la Póliza.

Sin embargo ya lo señalado claramente en el Considerando cuarto, punto 2 y especialmente punto 3 de la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS/No.333-2014 de 8/5/2014; inhiben al GAMLP, de cualquier fundamentación; sin embargo al efecto refiere el párrafo último de la Póliza, que:

> *"...que en virtud a la presente Clausula de Ejecución a Primer Requerimiento quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Clausulas 4ª. (Modificación del Contrato, Pirncipal* (sic)*) y 7ª. (Otras Cauciones) de las condiciones generales de la Póliza."*

Sin dejar de señalar el requerimiento que efectuó el GAMLP a la Aseguradora S.I.S.A. de forma insistente, exigiendo aquella una serie de requisitos ajenos a la modalidad del seguro pactado.

***5º**. Finalmente, en el apartado señalado como falta de fundamentación, hace una vez más referencia a la falta de competencia que tendría la ASP* (sic), *señalando el art. 41. (del que ya nos pronunciamos) y art. 43 de la Ley de Seguros.*

*Sobre este punto, remitiéndonos a su vez a lo expuesto en el punto **I.1°.** cabe a su vez señalar lo siguiente:*

Establece el art. 43 de la Ley de seguros que la ASP (sic) *como entidad contralora y*

fiscalizadora, tiene como atribuciones expresas:

"a) ***Otorgar, modificar y revocar las autorizaciones de funcionamiento y los registros de las personas sujetas a su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley y sus reglamentos.*

Autorizar el funcionamiento, fusión y modificación de estatutos de las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar la conformación de los márgenes de solvencia y reservas técnicas, así como la aplicación de las normas de inversión que establece la presente Ley.

Ordenar restricciones a la emisión de pólizas o renovación de las anteriores, cuando no se haya cumplido con los incrementos destinados a los márgenes de solvencia o con el mantenimiento de las reservas técnicas.

Establecer y actualizar métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros.

Ordenar la conciliación periódica de las cuentas de reaseguros.

Establecer el registro de corredores y reaseguradores que operen en el mercado nacional.

j) Determinar normas contables y establecer planes únicos de cuentas para las entidades aseguradoras y reaseguradoras por cada modalidad y para las personas intermediarías y auxiliares del seguro.

k) Ordenar inspecciones o auditorías, a las entidades y personas bajo su jurisdicción.

l) En caso necesario, disponer la intervención y disolución de las entidades bajo su jurisdicción y en caso necesario, fiscalizar la liquidación voluntaria o forzosa de las mismas.

m) Autorizar la cesión de cartera voluntaria entre entidades aseguradoras y reaseguradoras y disponerla cuando fuere obligatoria.

n) Elaborar las estadísticas técnicas y las biométricas y exigir su publicación.

o) Autorizar a las empresas de auditoría habilitadas para el mercado de seguros, así como fijar sus términos de referencia.

p) ***Llevar una central de riesgos, vinculada con la Asociación Sectorial y la Central de Riesgos del Sistema Bancario****.*

q) Publicar mensualmente los estados financieros de las entidades bajo su jurisdicción.

r) Proponer normas al Poder Ejecutivo.

s) ***Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de***

sus reglamentos.

t) ***Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.***

u) ***Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley****." (Las negrillas nos corresponden)*

*En este sentido la competencia, el poder fiscalizador y contralor de la ASP se traduce en la facultad de o****torgar*** (sic)***, modificar y revocar las autorizaciones de funcionamiento y los registros de las personas sujetas a su jurisdicción, cuando se verifique el incumplimiento de*** *leyes, o la contravención a las mismas, a través de la supervisión, inspección y* ***sanción****, por las actividades, pólizas de seguros y los* ***contratos*** *en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción; así como de llevar a cabo las disposiciones operativas para el cumplimiento de la ley de seguros, y toda aquella atribución que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones, como claramente lo señala la disposición art. 43 de la Ley de Seguros.*

Reiteramos una vez más, sin poder contralor alguno para sancionar a las entidades a su control haría ***inútil e inoperante la constitución de la*** *Autoridad De Fiscalización Y Control Social de Pensiones y Seguros* ***por el Estado.***

6°*. Finalmente en el Recurso se hace mención a la Jerarquía Constitucional, y referencia concreta a la Sentencia Constitucional No. 790/2012, sin fundamentar la misma, o lo realiza de forma incongruente, cuestión que nos inhibe pronunciarnos o responder sobre la misma.*

III. PETITORIO.

Por lo expuesto solicito a su Autoridad, se CONFIRME la Resolución APS/DJ/DS/No.333-2014 de 8/5/2014 debiendo en consecuencia mantenerse firme y subsistente lo dispuesto por su autoridad en pleno apego a la Ley…"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 452-2014 DE 1º DE JULIO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de 1º de julio de 2014, pronunciada dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió: "***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 333-2014 de 08 de mayo de 2014 que consignó en Resolución Administrativa la Carta APS-EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014*", por los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en tiempo hábil y oportuno de los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, en fecha 2 de junio de 2014, ***SEGUROS ILLIMANI S.A*** *presenta Recurso de Revocatoria alegando los extremos que a continuación se pasan a analizar:*

Sobre la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

La Entidad Aseguradora arguye que la APS debe "explicar de forma motivada de dónde deriva su competencia para inmiscuirse en un asunto que es claramente controvertido y de competencia de la Jurisdicción Ordinaria, es decir del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia; de dónde deriva su competencia para juzgar y pedir el pago de un siniestro nítidamente controvertido".

Que con carácter previo al análisis del argumento anterior, cabe señalar que la Carta CITE: APS-EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, elevada a la categoría de Resolución Administrativa, que hoy se impugna, señala de manera textual: ***"de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros Nº 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos, a partir de la recepción de la presente, <u>remita</u> a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro".***

Que de la simple lectura del texto transcrito puede inferirse que esta APS en ningún momento ha juzgado ni ha pedido el pago de obligación alguna, como de forma sagaz pretende hacer ver la Entidad Regulada. Es más, el recurso que hoy se analiza no es producto de un procedimiento administrativo sancionatorio, es decir de un juzgamiento en el que la APS después de constatar la vulneración al orden regulatorio de seguros haya impuesto una sanción a la entidad aseguradora; el recurso responde a la solicitud de Seguros Ilimani S.A. de elevar el requerimiento de la APS, contenido en el CITE: APS-EXT.DS/357/2014, a Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada.

Que debe tenerse presente que el procedimiento administrativo sancionador está conformado por tres (3) etapas dispuestas en los artículos 82, 83 y 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 y que las denuncias presentadas por los consumidores de seguros (asegurados o beneficiarios), previo al inicio de los procedimientos sancionadores, deben ser constatadas por el órgano de fiscalización; en este entendido el artículo 81 de la Ley mencionada dispone que: "los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente, organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias (…)".

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros cumpliendo lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 (etapa preliminar), con el propósito de investigar la verdad material respecto a la denuncia presentada por el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, requirió a Seguros Illimani S.A. documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguro, no significando ello que se haya pedido el pago de la obligación, como erradamente interpreta Seguros Illimani S.A.; dicho de otra manera no es lo mismo solicitar se remita documentación para su verificación que instruir el pago de la indemnización.

Que aclarado lo anterior se pasa a ratificar de manera in extensa el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 333-2014 de 8 de mayo de 2014, con relación a la competencia de la APS.

Que son funciones y objetivos de la APS, conforme lo determinado por el artículo 41 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de entre otras, las siguientes:

> *"c) Proteger a los asegurados, tomadores y* ***beneficiarios de seguros****;*

***Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos**, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos"*

*Que en función a dichos objetivos el artículo 12 de la citada norma establece que las Entidades Aseguradoras **deberán** **cumplir con las siguientes obligaciones:***

> *"(…) a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, y.*
>
> *j) Presentar a la Superintendencia, a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero"*

Que complementando el inciso a) precitado, el numeral II del artículo 5 de la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado Nº 365 de 23 de abril de 2013, determina:

> "***Artículo 5.- (Negación o Incumplimiento de Pago de la Indemnización)***
>
> ***II.** La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a denuncia de la entidad beneficiaria o a instancia propia, verificará los hechos **y en su caso iniciará el correspondiente proceso sancionador por incumplimiento en el pago de la indemnización**. **Este proceso no admitirá deliberación respecto al contrato principal entre afianzado y beneficiario**".*

Que puede apreciarse entonces que, la competencia sancionatoria de la APS se abre cuando se han verificado los hechos y se presume que la entidad aseguradora no ha dado cumplimiento a alguno de los incisos contenidos en el artículo 12 de la Ley Nº 1883.

*Que cuando la norma transcrita determina que el procedimiento administrativo sancionatorio no admitirá deliberación **respecto al contrato principal entre el afianzado y beneficiario**, lo hace para dejar claramente sentado que el conocimiento y resolución del contrato principal es de competencia de otra instancia que no es la APS, en el caso concreto y tratándose de un contrato administrativo suscrito por el Estado Plurinacional de Bolivia, mediante el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, el mismo está regulado por la Ley 1178 de 20 de julio de 1990, que dispone:*

> ***Artículo 47°***
>
> *"Créase la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de todas las demandas que se interpongan con ocasión de los actos de los servidores públicos, de los distintos entes de derecho público **o de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos administrativos con el Estado**, por los cuales se determinen responsabilidades civiles definidas en el artículo 31° de la presente ley. Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza.*
>
> ***Artículo 48°***
>
> *No corresponden a la jurisdicción coactiva fiscal las cuestiones de índole civil no contempladas en el artículo 47° ni las de carácter penal, comercial o*

tributario atribuidos a la jurisdicción ordinaria y tributaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la administración pública, se atribuyen por ley a otras jurisdicciones.

Que asimismo el artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883 determina que el Órgano Regulador, de entre otras, tiene las siguientes atribuciones, mismas que, por cierto, son privativas e indelegables según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley de Seguros N° 1883 (concordante con el artículo 5.II) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que determina que la competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio):

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción

d) Supervisar las actividades, ***pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción****.*

t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que el primer y segundo incisos, c) y d) del artículo 43 de la Ley 1883, se relacionan con el objetivo señalado en el inciso e) del artículo 41 de la norma citada, toda vez que la APS, en su atribución de fiscalizar y supervisar las actividades de las Entidades bajo su jurisdicción, tiene el deber de velar porque estas cumplan con las obligaciones contenidas en el artículo 12 de la Ley N° 1883, artículos 2 y siguientes de la Ley N° 365, reglamentos y toda la normativa conexa.

Que la facultad contenida en el inciso t), es una cláusula abierta que permite se incorporen otras facultades no previstas en la norma para que la APS pueda dar estricto cumplimiento a sus funciones y objetivos; como son cumplir y hacer cumplir la Ley de Seguros y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos que redunden en una efectiva protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios de los seguros.

*Que lo anterior deja entrever con meridiana claridad que la competencia de la APS para solicitar que Seguros Illimani S.A. remita "****documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro****" deriva de los incisos c), d) y t) del artículo 43 de la Ley 1883, así como del artículo 2 y siguientes de la Ley N° 365.*

Que en esta misma línea de pensamiento, respecto a la facultad de la APS para solicitar cuanta documentación considere pertinente para el cumplimiento de sus funciones (controladora, fiscalizadora y sancionadora), se expresa el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz en la respuesta al Recurso de Revocatoria interpuesto por Seguros Illimani S.A. cuando sobre el punto, textualmente manifiesta:

"(…) Seguros Illimani S.A. interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 333-2014 de 8 de mayo de 2014, solicitando se pronuncie sobre su competencia para la fiscalización, control y poder de sanción (lo reitera a lo largo del recurso en cada punto, <u>concretamente lo realiza treinta veces</u>).

Al respecto consideramos que el recurso interpuesto pretende denotar una supuesta ausencia de fundamentación; en principio ya la citada Resolución impugnada fundamenta y argumenta jurídicamente y de forma por demás suficiente su competencia, en su Primer, Tercer considerando, Cuarto considerando punto 1 y 2; y

sin embargo al efecto de responder el improcedente recurso de revocatoria, cabe fundamentar como sigue:

1.1. *Establece el artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883, como funciones y objetivos de la APS (y así lo señala la propia Aseguradora en su recurso) que:*

'La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (…)' se constituye en un '(…) órgano que ***fiscaliza y controla*** ***las personas, entidades y actividades del sector de seguros*** *de la República' y '(…) tiene los siguientes objetivos:*

> *Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradora, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro.*
>
> *Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector y de la propia Superintendencia.*
>
> ***Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros***
>
> *Velar por la* ***publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones*** *en el mercado de seguros.*
>
> ***Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos***.

1.2. *Como se puede advertir de los preceptos legales señalados en el anterior punto, la APS se constituye en un órgano fiscalizador y contralor, que le impide abstraerse del conocimiento del presente caso; por el contrario es la ley que le impone como OBLIGACIÓN la fiscalización y el conocimiento de casos como el que ha sido objeto de pronunciamiento, y en consecuencia a controlar el cumplimiento de la ley de parte de las empresas o instituciones que brindan los servicios de seguros entre otros; así como de su ejecución; si se ha procedido a la ejecución de pólizas, y en caso contrario los fundamentos jurídicos para la inejecución, que impidan el pago.*

En este sentido las competencias que ejerce la Autoridad de Fiscalización, las ejerce por estar establecidas en la Ley.

El constituirse en un órgano observador o veedor, como quiere hacer ver la Aseguradora a la Autoridad de Fiscalización, y poco más reducido a un simple espectador de las actividades, sin poder contralor alguno, haría ***inútil e inoperante*** *la constitución de esta Autoridad por el Estado para, precisamente, la fiscalización, como lo señala la misma ley, y simplemente no tendría razón de ser dentro del Sistema Financiero.*

1.3. *Otra función y objetivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es 'La protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros'.*

Protección que se efectúa por la APS a través, precisamente, de la fiscalización y control de las operaciones (contratos) que efectúan las Entidades de Seguros con los asegurados, como es el presente caso en el cual el GAMLP, se ve burlado en el cumplimiento por parte de la Aseguradora; que paradójicamente más que

asegurar genera una 'inseguridad' en las operaciones mercantiles que realiza incumpliendo con el 'seguro' por el cual está cubierto el GAMLP. Seguro que en la realidad no se materializa por el incumplimiento de las leyes, la falta de seriedad y cumplimiento de obligaciones contraídas por la Aseguradora.

En este sentido ante el evidente incumplimiento de las leyes, la entidad Contralora tiene como función o competencia la de establecer la existencia o no del incumplimiento de leyes, y del contrato de seguro, determinar las responsabilidades y sanciones correspondientes, analizando a su vez la procedencia del seguro, analizando el contrato emitido por la Aseguradora, la Póliza y sus condiciones, el cumplimiento de las condiciones, etc. que dé lugar a la sanción correspondiente

Asimismo la Autoridad de Fiscalización vigila y resguarda el cumplimiento de la Ley de Seguros y de sus reglamentos, como lo establece el artículo 41 inciso e) de la Ley de Seguros N° 1883.

En este sentido, la Autoridad de Fiscalización al momento de efectuar el examen de las operaciones en materia de seguros; y aplicando al caso presente, debe velar por el ***cumplimiento de las leyes*** *y sus reglamentos, y no sólo eso, debe también establecer una CORRECTA APLICACIÓN de sus principios, políticas y objetivos.*

En consecuencia el poder contralor y de fiscalización de la APS, establecido por Ley ***le obliga*** *a realizar actos de fiscalización.*

Reiteramos una vez más, reducir la actuación de la APS a un mero observador de los actos e irregularidades que se producen por las entidades que se encuentran bajo su control, como quiere hacer ver la entidad aseguradora, prácticamente cae en un despropósito, ya que no tendría razón de ser la creación de un ente regulador, hecho que lo subsumiría a realizar actos carentes de sentido o efectividad para su control.".

Que sobre el mismo punto de la competencia alega, también, la entidad recurrente que: "La Resolución ahora recurrida no resuelve el tema, sale por la tangente y lo único que hace es explicar la competencia de la APS en temas generales, jamás explica la competencia de la APS para inmiscuirse oficiosamente en un tema que está siendo ventilado en el órgano judicial".

Que respecto a la anterior afirmación, este órgano fiscalizador y también el G.A.M.L.P. se han pronunciado, líneas arriba, sobre la cuestión dejando establecido con meridiana claridad que la competencia de control, fiscalización y poder de sanción atribuidas a la APS mediante las normas citadas es irrenunciable, indelegable y de ejercicio obligatorio, razón suficiente para obligar al regulador a "inmiscuirse oficiosamente" o a denuncia de interesado en temas de su competencia.

Que al respecto, debe recordarse que las autoridades administrativas, cuando adoptan asuntos de su competencia deben observar las sentencias constitucionales, bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos; es decir, una sentencia constitucional será vinculante únicamente cuando los supuestos jurídicos y fácticos del caso al que se pretende aplicar presenten caracteres análogos.

Que en este entendido las SSCC N° AC 04/05-ECA de 16 de febrero y SC N° 803/06-R de 17 de agosto que refieren a los elementos a que está supeditada la aplicación de un precedente a un caso futuro, expresan:

*"(…) la aplicación de un precedente o su vinculación con un nuevo caso, **está supeditada a la regla de la analogía**, sobre la cual este Tribunal en el AC 0004/2005-ECA de 16 de febrero, manifestó lo siguiente: '(…) resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional prevista por el art. 44.1 de la LTC. Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las subreglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, **en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos**. En consecuencia, la aplicación del principio de **vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía**, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, **cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio (…)**" (el resaltado corresponde a la presente Resolución Administrativa).*

Que se ha realizado toda esta relación con el único fin de poner en conocimiento del regulado el contenido de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0541/2013 de 8 de mayo de 2013, que en un caso análogo al presente (no ejecución de Póliza de caución de Entidad Pública dentro del plazo dispuesto por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional) la ratio decidendi dispuso con carácter vinculante lo siguiente:

*"(…) En este contexto, **la APS, ante el incumplimiento de la normativa vigente tiene plena facultad de supervisar las actividades de pólizas de seguro como lo dispone el artículo 43 inciso d) de la Ley de Seguros y el de aplicar sanciones conforme el inciso u) de la misma norma, consiguientemente, la Autoridad codemandada actuó con plena competencia, ante la falta de ejecución de la póliza de garantía**, la (entidad aseguradora) fue sancionada por incumplimiento de sus deberes, en otras palabras, se le impuso una sanción conforme la norma prevista en la Ley de Seguros, acorde al desarrollo efectuado en el Fundamento Jurídico de la presente Sentencia Constitucional".*

Que la sentencia (sic) *Constitucional transcrita reafirma de manera insoslayable la plena competencia que tiene este órgano de fiscalización "para supervisar las actividades de pólizas de seguros", por ello cuando en el ejercicio de su función fiscalizadora y contralora advierte que las Entidades Aseguradoras han vulnerado normas del ordenamiento jurídico administrativo del mercado de seguros está facultada a iniciar procesos sancionatorios y en su caso aplicar las sanciones correspondientes.*

Que por tanto la solicitud contenida en la carta CITE: APS-EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, como ya fue explicado, tenía la finalidad de obtener documentos e información conducente a determinar si Seguros Illimani S.A. había cumplido o no con la prestación convenida, dentro del plazo previsto (15 días), en la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento de la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411 (cuyo texto único, uniforme y de pago al contado fue aprobado mediante Resolución Administrativa 731 de 11 de septiembre de 2013).

Que arguye también la recurrente que: "la APS no puede dejar de valorar que con el GAMLP mantenemos un proceso civil por el mismo e idéntico objeto establecido en la carta de reclamo que fue enviada y que dio origen a las notas supra relacionadas".

Que debe dejarse claramente establecido que en el caso presente, la APS con las competencias descritas anteriormente solicitó a Seguros Illimani S.A. "documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro", a efectos de establecer la existencia o no de una presunta contravención al ordenamiento administrativo, toda vez que de los antecedentes aportados tanto por el GAMLP y por la propia Entidad Aseguradora se advirtió que Seguros Illimani S.A. ***presuntamente*** *no habría cumplido con la prestación convenida (ejecución de la póliza) por un lapso de 3 años y 1 mes; dicho de otro modo, el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz solicitó la ejecución de la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411 el 27 de agosto de 2009, mediante nota D-A.G.-U.P.C. of Nº 3942/09 adjuntando la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009, y después de 3 años y un mes interpuso la demanda de puro derecho de cumplimiento de la obligación.*

Que conforme la Cláusula a Primer Requerimiento de la póliza en cuestión, aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, misma que al no haber merecido impugnación por ninguna entidad aseguradora se encuentran (sic) *firme y subsistente, menciona:*

> *"La entidad aseguradora* ***deberá*** ***hacer efectiva la indemnización de las pólizas de seguro de fianza en el plazo máximo de quince (15) días calendario computables a partir de la recepción del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento*** *emitida y firmada alternativamente por el RPC o la MAE".*

Que por otra parte el artículo 6 de la Ley de Seguros Nº 1883 determina que "(…) Las entidades aseguradoras autorizadas tendrán como única limitación para la suscripción de seguros de fianza, ***el contar con las garantías suficientes y el adecuado respaldo de reaseguro.****".*

Que la cláusula de ejecución a primer requerimiento encuentra fundamento en el hecho de que siendo la ejecución de dichas pólizas un derecho privativo de las entidades beneficiarias, con la única condición de presentar el documento que declare el incumplimiento, la Entidad Aseguradora no puede negarlo toda vez que el pago no compromete su propio patrimonio, sino que responde como fiador o garante del afianzado con las garantías que este le ha confiado para el caso de producirse el siniestro.

Que por ello el tercer parágrafo de la Cláusula 9 (Ejecución de la garantía) del Condicionado General de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas) menciona que:

> *"La determinación y documentos que sustentan la ejecución de las pólizas de seguros de fianzas, objeto de la presente Ley,* ***es de responsabilidad de la servidora o del servidor y de las servidoras y los servidores públicos ante el fiador y ante las autoridades competentes. LOS ACTOS O HECHOS QUE DERIVEN DE LA EJECUCIÓN INCONSISTENTE O INCORRECTA DE ESTAS PÓLIZAS, SERÁN SUJETOS A LAS RESPONSABILIDADES LEGALES RESPECTIVAS".***

Que también en este punto es importante referirse a que es obligación de la Compañía Aseguradora remitir la documentación que acredite el cumplimiento de la prestación convenida y es deber de la APS solicitar la documentación que estime pertinente a los fines de determinar el cumplimiento o no de dicha obligación, sin que esto presuponga invasión de competencia de otros órganos del Estado Plurinacional.

Que finalmente no puede dejarse de mencionar que la cláusula 14° del condicionado general de la póliza al prever la controversia de derecho declara que ni aún "El arbitraje ***afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva****".*

Que lo anotado, lleva a la conclusión de que la compañía tenía el deber de cumplir con la prestación convenida, de manera inmediata o más (sic) *tardar dentro del plazo de los quince (15) días establecidos en la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, teniendo además a su favor el derecho prescrito por la cláusula 11 (Subrogación) del Condicionado General que prevé que; "todo pago que efectúe el Fiador bajo los términos de la presente póliza,* ***le da derecho para repetir contra el afianzado****, subrogándose por este simple hecho en las acciones y derechos del beneficiario y así lograr la devolución de la totalidad de los montos pagados además de los costos legales incurridos".*

Que el hecho de que el G.A.M.L.P. haya incoado un proceso demandado el cumplimiento de la obligación ante la justicia ordinaria, no inhibe a que la APS con las facultades fiscalizadoras, contraloras y sancionadoras, que como se dijo son irrenunciables, indelegables y de ejercicio obligatorio, otorgadas por Ley y ratificadas por la Sentencia Constitucional Plurinacional 0541/2013 de 8 de mayo de 2013, solicite a Seguros Illimani S.A. (en fase preliminar a un procedimiento administrativo sancionatorio) ***documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro****, lo que de ninguna manera, como trata de hacer ver la Entidad Recurrente, significa que el órgano fiscalizador "este ordenando el pago del siniestro", "se esté inmiscuyendo en un tema de competencia del órgano jurisdiccional" o "de manera aberrante este imponiendo una sanción a Seguros Illimani S.A. sin procedimiento previo".*

Que en resumen la redacción de la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento es muy clara:

> *La indemnización procede de forma inmediata o a más tardar dentro de los 15 días.*

La Entidad Aseguradora no puede esperar que mediante un acto judicial se le pida el cumplimiento de la prestación; como tampoco puede esperar que mediante un acto extrajudicial, como son los emitidos por un tribunal arbitral, se le pida el cumplimiento de la obligación asumida. (sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial)

La única condición a la que está sometida la ejecución de la póliza, es la declaración de incumplimiento plasmada en una nota emitida y firmada alternativamente por el RPC o la MAE de la Entidad Pública.

Que por otra parte y con relación al argumento de que: "la APS en la Resolución recurrida soslaya nuestras peticiones y no da respuesta ni a la nota mediante la cual se solicita elevar a rango de resolución motivada y explicativa el acto administrativo contenido en la nota cite: APS.EXT-DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014 y soslaya por completo la nota Cite: PE/0190/2014 de fecha 10 de febrero de 2014 (…)"

Que las cartas a las que la entidad se refiere son las siguientes:

Carta CITE: PE/0190/2014 de 10 de febrero de 2014, recepcionada en la APS el 11 del mismo mes y año, donde Seguros Illimani S.A. manifiesta:

"En consideración a la nota APS-EXT.DS/357/2014 (…) debemos reiterar que actualmente este caso se encuentra bajo la competencia de una autoridad judicial, instancia al que la misma entidad beneficiaria acudió por ser un hecho controvertido, tal como hemos informado a su Autoridad mediante nuestra nota PE/2681/2013 de 30 de diciembre de 2013.

Debemos señalar que la entidad beneficiaria es quien a título personal ha instaurado la reclamación judicial, y por ende la declinación de competencia a una instancia judicial.

Consiguiente y en aplicación de los artículos 8 y 9 del D.S. 27175, solicito a su Autoridad explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad sobre el presente caso.

Asimismo aclaro a su Autoridad que cualquier controversia de hecho o derecho que se suscite entre nuestra empresa, los asegurados y/o beneficiarios deben ser resueltos en la vía arbitral. Dejando en claro que la interpretación de una norma aplicada a la ejecución (o) a la activación de una cobertura constituye precisamente una controversia de derecho (…)".

Carta CITE/PE 0215/2014 de 10 de febrero de 2014, presentada a la APS el 11 del mismo mes y año, Seguros Illimani S.A. solicitó se consigne en Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada la carta CITE: APS-EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014.

Que ambas cartas merecieron la atención y respuesta de la APS mediante la Resolución Administrativa que hoy se impugna, una solicitó se consigne en Resolución Administrativa el contenido de la nota APS-EXT.DS/357/2014 y así se hizo; la otra solicitó que la APS explique, de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad del caso y también así se hizo, por lo que no es evidente que "en la resolución recurrida se hayan "soslayado" las peticiones y no se hubieran respondido las mencionadas cartas.

2. Respecto al análisis específico de la Resolución AS/DJ/DS/N° 333-2014 de 8 de mayo de 2014

Que con relación al argumento contenido en el punto 1 por el que la entidad aseguradora de manera resumida alega que: "la APS señala que su competencia deriva del artículo 41 de la Ley de Seguros, concretamente cita los incisos c) y e) de dicha norma, sin embargo las normas citadas en dicho punto tal como se hallan redactadas en ningún momento facultan a la APS a inmiscuirse en el juzgamiento de un hecho que ya está siendo juzgado por el órgano judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. Mucho menos facultan a la APS a ordenar el cumplimiento de un contrato CONTROVERTIDO".

Que lo hasta aquí analizado ha explicado de manera por demás abundante la competencia de la APS para solicitar cuanta documentación considere pertinente que sustente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Que con relación al argumento contenido en el punto 2, mediante el cual Seguros Illimani menciona que: "La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia no faculta al Órgano Ejecutivo a juzgar temas controvertidos ni a impartir justicia entre los ciudadanos boliviano, ello es una facultad privativa del Órgano Judicial; la potestad de impartir justicia y en definitiva resolver una controversia es una facultad que corresponde únicamente al Órgano Judicial conforme lo establece el artículo 179 de la Carta Magna, inciso I".

Que esta APS nada tiene que objetar al respecto, nada más aclarar que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha juzgado temas controvertidos ni impartido justicia entre los ciudadanos, únicamente y en uso de sus atribuciones y competencias ha solicitado, como lo hace con cualquier regulado, que Seguros Illimani S.A. remita la documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros, hecho que de ninguna manera ingresa al ámbito de juzgar controversias ni impartir justicia entre los ciudadanos.

Que con relación al argumento contenido en el punto 3, en el que la recurrente manifiesta: "En el mismo orden de razonamiento el Título III – Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional – Capitulo Primero – Disposiciones Generales de la Carta Magna señala en su artículo 178 inciso I): 'La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos'. De donde claramente se desprende que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y ha sido delegada al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional, la APS bajo ningún pretexto puede forzar la Carta Magna y pretender impartir justicia, la Carta Magna no admite excepciones".

Que respecto a este argumento la APS tampoco tiene nada que objetar. Simplemente repetir la aclaración del punto anterior de que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha juzgado temas controvertidos ni impartido justicia entre los ciudadanos, únicamente y en uso de sus atribuciones y competencias ha solicitado, como lo hace con cualquier regulado, que Seguros Illimani S.A. remita la documentación que acredite el cumplimiento del

contrato de seguros, hecho que de ninguna manera ingresa al ámbito de juzgar controversias ni impartir justicia entre los ciudadanos.

Que con relación al argumento contenido en el punto 4, por el que la aseguradora menciona: "Asimismo en un accionar fuera de toda legalidad su Autoridad se refiere, a fin de fundamentar su competencia, a la Ley 365 de fecha 23 de abril de 2013 a la que le atribuye una suerte de ultra actividad. No olvide su autoridad que los hechos que pretende juzgar sin competencia alguna datan del año 2009 y la Ley es del año 2013, es decir que entre la Ley y el hecho concreto existen aproximadamente 4 años¡¡¡¡¡¡¡"

Que es cierto y evidente y por tanto se ratifica que la Ley 365 de 23 de abril de 2013 atribuye competencias a la APS en cuanto al tratamiento de las pólizas de fianzas para Entidades Públicas, lo que no significa, y así se tiene presente, que deba aplicase de manera "retroactiva" a un hecho producido con anterioridad a su vigencia. Al respecto conviene recordar que al presente no se ha iniciado ningún procedimiento administrativo sancionador contra Seguros Illimani S.A. por este tema, por lo que la APS no le ha dado ninguna aplicación "retroactiva" y mucho menos podría atribuir a dicha ley "una suerte de ultra actividad", como señala la recurrente, por cuanto la "ultraactividad" aludida solo se aplica a una norma derogada que sigue produciendo efectos y sobrevive para algunos casos concretos, que definitivamente no es el asunto que aquí se analiza.

Que con relación al argumento contenido en el punto 5 donde Seguros Illimani S.A expresa: "El extremo señalado en el punto anterior que de por sí ya es aberrante y atenta contra derechos y garantías constitucionales ha servido a su Autoridad para fundamentar las razones legales que se auto atribuye para impartir justicia e inmiscuirse en asuntos de otro órgano estatal, a fin de clarificar sus dudas sobre la interpretación que debe dar a dicha norma, su Autoridad debe necesariamente remitirse al texto constitucional que absolverá sus dudas sin necesidad de grandes elucubraciones legales. Su autoridad no es competente para ordenar el cumplimiento de ningún contrato, menos aún cuando el mismo es controvertido y sus emergencias y eventualidades están siendo juzgadas por otro órgano judicial".

Que con relación a este punto la Entidad Aseguradora debe remitirse al fundamento contenido en el punto 4 y a los argumentos analizados en la parte 1) de esta Resolución que versa sobre la competencia de la APS.

Que por otra parte recordar que conforme el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS se constituye en una instancia administrativa y no es parte en los procedimientos administrativos que origina, razón por la cual se reflexiona a Seguros Illimani S.A. sobre los términos utilizados en la redacción de sus recursos y se la insta a que en el futuro se dirija a esta Entidad con la altura que corresponde.

Que asimismo Seguros Illimani alega en los puntos 6 y 7 lo siguiente: "Cosa diferente sería que pese a un fallo judicial ejecutoriado nuestra institución se estuviera negando a dar cumplimiento al pago de la indemnización caso en el que se aplica lo previsto en el artículo 5 inciso II de la ley 365 de fecha 23 de abril de 2013, traída a colación

por su Autoridad en la Resolución objeto del presente recurso -NO ANTES- pues, caso contrario, ello se traduciría en una intención de direccionar los fallos judiciales y en una invasión de competencias privativas del órgano judicial.

La norma contenida en el artículo 5 inciso II de la Ley 365 es clara y señala que su Autoridad "verificará los hechos", interpolando ello al presente caso su Autoridad deberá verificar si el incumplimiento con el contrato de seguros es evidente, como hemos visto el único ente capaz de impartir justicia y verificar ello es el órgano judicial, consecuentemente a fin de "verificar los hechos" conforme manda la norma, su Autoridad deberá exigir el correspondiente pronunciamiento judicial o de órgano competente ejecutoriado que establezca dicho extremo como verdad jurídica inmutable e invariable, caso contrario su Autoridad está incumpliendo con la norma y la está interpretando de modo distinto al previsto en la CPE.

En el hipotético caso de que su Autoridad insista en la interpretación de dicha norma reflejada en la Resolución, ahora impugnada, y la justicia ordinaria dirimiera que la reclamación del G.A.M.L.P. no es atendible, estaría causando un daño a la APS. Daño que por nuestra parte reclamaremos con las consiguientes responsabilidades por la función pública establecidas en la Ley SAFCO y sus reglamentos".

Que la norma citada por la Entidad recurrente no necesita de interpretación alguna, es clarísima al determinar:

"Artículo 5. (NEGACIÓN O INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN)

> *Cumplidas las formalidades que establece la presente Ley, para la ejecución de las pólizas de seguro de fianzas, **la negación o incumplimiento de pago de la indemnización por la entidad aseguradora EN EL PLAZO PREVISTO**, determinará el registro de la operación como 'siniestro en mora' y la constitución de reservas especiales que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establecerá mediante reglamentación, sin perjuicio de otras medidas que correspondan.*
>
> *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a denuncia de la entidad beneficiaria o a instancia propia, verificará los hechos y en su caso iniciará el correspondiente proceso sancionador por incumplimiento en el pago de la indemnización. (…)"*

Que se reitera una vez más que la norma transcrita otorga competencia a la APS para iniciar procesos administrativos sancionadores a denuncia de los beneficiarios o a instancia propia por incumplimiento en el pago de la indemnización o de la prestación convenida, según lo determina el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883.

Que lógicamente y como también ya fue explicado, previa a la etapa de iniciación del procedimiento sancionador (artículo 82 de la Ley 2341), la Autoridad Administrativa debe verificar los hechos, acumulando cuanta documentación y prueba sea necesaria para la averiguación de la verdad material de los hechos, lo que trasuntado al caso concreto efectivamente sucedió, como de manera reiterada se ha explicado.

Que también sobre este tema el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz se ha pronunciado, mencionando:

"Tal hecho simplemente, por decir lo menos, es carente de sentido común, ya que de qué serviría "verificar los hechos" para luego, esperar fallo del, órgano judicial; ***cuando la entidad contralora puede identificar si se infringió normas que son o pueden ser independientes del cumplimiento de la obligación.***

Es preciso sin embargo que se tenga presente que Seguros Illimani incurre en un equívoco jurídico al considerar que sólo el órgano judicial imparte justicia, toda vez que la autoridad administrativa, como lo es la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por supuesto imparte "justicia administrativa" misma que emerge de la competencia y de sus atribuciones mismas que le habilitan para conocer y pronunciarse sobre las materias –que dentro de su competencia- son puestas a su resolución; la decisión de la autoridad plasmada en una Resolución posee sin duda pues el carácter de sentencia en materia administrativa habilitando los procedimientos recursivos, mismos que por la propia acción de Seguros Illimani S.A., se trata de dilucidar.

Es precisamente sobre la base de las atribuciones que posee como Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que producida la fiscalización y advertida como fue la infracción o inobservancia a las condiciones y obligaciones que posee la Aseguradora, en este caso Seguros Illimani S.A., debe existir un pronunciamiento que reconduzca esta vulneración y obligue a los sujetos administrados a cumplir con las obligaciones y condiciones pactadas, en este caso con el Municipio de La Paz, de otra forma un razonamiento en contrario nos pondría ante la interrogante de ¿Cuál la utilidad de una entidad contralora que no controla?, prácticamente estaría vetada su función a la dependencia de un órgano judicial, y en concreto no tendría razón de ser la constitución de un ente contralor y fiscalizador.

En igual sentido la parte en la que la recurrente señala que: 'En el hipotético caso de que su Autoridad insista en la interpretación de dicha norma reflejada en la Resolución, ahora impugnada, y la justicia ordinaria dirimiera que la reclamación del G.A.M.L.P. no es atendible, estaría causando un daño a la APS. Daño que por nuestra parte reclamaremos con las consiguientes responsabilidades por la función pública establecidas en la Ley SAFCO y sus reglamentos'.

Al efecto, cabe señalar lo que sigue:

Primero. La APS, emite sus resoluciones en estricto apego a la Ley; y bajo el principio de especialidad rigiendo la ley especial sobre la general; aplica con preferencia la norma especial, y no podría ser de otro modo.

Segundo. Ante el incumplimiento de la obligación por la Aseguradora; esta puede oponer dentro el proceso civil la excepción perentoria de pago, o cumplimiento de la obligación, y en consecuencia tal acto procesal daría lugar a la conclusión del proceso; y/o en sentido contrario al desistimiento del proceso y el derecho que le asiste al G.A.M.L.P.

Que con relación al argumento contenido en el punto 8, Seguros Illimani S.A. señala que lo anotado en la página 7 punto 2, párrafo segundo de la Resolución

Administrativa impugnada no guarda relación de correspondencia con la nota APS-EXT.DS/357/2014, veamos:

El segundo párrafo del punto 2) de la página 7 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/333-2014, textualmente señala:

"Que al respecto debe hacerse hincapié en que, el órgano fiscalizador regula la actividad aseguradora y como tal tiene competencia para sancionar a las Entidades bajo su supervisión por contravención al ordenamiento administrativo".

A su vez la nota APS-EXT.DS/357/2014, textualmente menciona:

"En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro".

Que contrario a lo aseverado por el recurrente, ambas citas no solo se relacionan sino que se complementan entre sí. A lo largo de toda esta Resolución Administrativa se ha incidido en el hecho de que la APS en el ejercicio de sus atribuciones contraloras, fiscalizadoras y sancionadoras tiene el deber de solicitar, en la etapa preliminar al inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio, todos los informes y documentos que considere pertinentes para la investigación de la verdad material de los hechos denunciados.

Que es necesario una vez más, referirse a que si bien la APS solicitó la documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros, en ningún momento exigió, dispuso o "pidió", como dice la recurrente, el pago de la indemnización. Aseverar lo contrario es tergiversar el contenido de la nota APS-EXT.DS/357/2014.

Que con relación al argumento contenido en el numeral 9, aclarar que la APS en ningún momento dio por sentado que el G.A.M.L.P. a momento de solicitar la ejecución de la póliza adjunto la Resolución Municipal que acredita el incumplimiento. Lo que la APS mencionó de manera textual es lo siguiente:

"Que debe dejarse claramente establecido que en el caso presente, la APS con las competencias descritas anteriormente solicitó a Seguros Illimani S.A. 'documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro', para establecer la existencia de una presunta contravención al ordenamiento administrativo, toda vez que de los antecedentes aportados tanto por el GAMLP y por la propia Entidad Aseguradora se advirtió que Seguros Illimani S.A. no había cumplido con la prestación convenida (ejecución de la póliza) por un lapso de 3 años y 1 mes; dicho de otro modo, el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz solicitó la ejecución de la póliza de seguro N° 92-24-LPCS0800411 el 27 de agosto de 2009, mediante nota D-A.G.-U.P.C. of N° 3942/09 adjuntando la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009, y después de 3 años y un mes interpuso la demanda de puro derecho de cumplimiento de la obligación".

Que la Resolución Administrativa, ahora impugnada, tomó como referente de la solicitud de ejecución de la póliza de seguro N° 92-24-LPCS0800411 la nota D-A.G.-U.P.C. of N° 3942/09 de 27 de agosto de 2009 por ser este el acto mediante el cual el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz dio cumplimiento al único requisito exigido

para la ejecución de la póliza; si bien la solicitud de ejecución data del 5 de agosto de 2009, no es sino hasta el 27 de agosto de 2009 que el G.A.M.L.P., dando cumplimiento a la solicitud de Seguros Illimani S.A., remitió una fotocopia legalizada de la Resolución Municipal N° 369/2009 de 26 de agosto de 2009.

Que con relación al argumento contenido en el numeral 10, que expresa: "Así también en el último párrafo contenido en la página 8 su autoridad trae a colación el numeral IV del artículo 4 de la Ley 365, bajo el entendido erróneo de que dicha responsabilidad le es vinculante únicamente a los funcionarios del G.A.M.L.P. olvidando que la propia APS, en el caso concreto, se está vinculando directamente con dicha responsabilidad al pedir el pago de una indemnización inconsistente e incorrectamente ejecutada".

Que una vez más se aclara que la nota APS-EXT.DS/357/2014 si bien solicita la remisión de la documentación que acredite el cumplimiento de la obligación en ningún momento pide a Seguros Illimani S.A. el pago de la indemnización, por lo demás huelgan comentarios.

Que con relación al argumento contenido en los numerales 11 y 12, la Entidad Recurrente menciona: "En la página 13 de la resolución ahora recurrida la APS ingresa nuevamente en impresiones legales, trae a colación citas contractuales contenidas en el contrato que vincula a nuestra entidad con el G.A.M.L.P. cuando en realidad la APS no tiene facultad alguna para analizar contratos y administrar justicia en cuanto a los mismos ni a las obligaciones en ellos contenidas ni dirimir conflictos entre las partes; -no tiene facultad para ordenar pago alguno de obligación alguna.

Asimismo el tercer párrafo de la R.A. recurrida señala (pág. 9): 'Que el hecho de que el G.A.M.L.P. haya incoado un proceso demandado el cumplimiento de la obligación ante la justicia ordinaria, no inhibe a que la APS inicie un procedimiento administrativo sancionador, toda vez que el objeto de los procesos es distinto; es decir, uno persigue el cumplimiento de la obligación (pago de la indemnización), mientras que el otro persigue la imposición de una sanción por la vulneración de la Ley N° 1883; Ley N° 365, reglamentos y normas conexas'. Al respecto señalar lo siguiente:

> *Conforme hemos anotado, NO ES EVIDENTE que hayamos incumplido la Ley N° 1883 y la Ley 365, reglamentos y normas conexas, para señalar semejante extremo la APS deberá muñirse de la resolución JUDICIAL correspondiente que señale que por nuestra parte hemos incumplido el contrato de seguros, con ello recién podrá iniciar un proceso sancionatorio ANTES NO. Las normas señaladas precedentemente refieren a un extremo jurisdiccional que debe ser verificado cual es el incumplimiento de un contrato, hasta la fecha no existe resolución judicial alguna que establezca dicho extremo y es obvio que la APS no es competente para establecer dicho extremo, menos para presuponerlo como lo está haciendo.*
>
> *Asimismo note su Autoridad que en la redacción del párrafo anterior la APS esta tergiversando el sentido real de todo este proceso, me explico: Su Autoridad señala que el objeto de los procesos que se ventila ante su Autoridad y el que se ventila en la justicia ordinaria son distintos, al respecto señala que la justicia ordinaria persigue el cumplimiento de una obligación*

*(pago de la indemnización) mientras que el proceso administrativo sancionatorio persigue la imposición de una sanción. Lo señalado por su Autoridad entonces está en franca contravención a lo establecido en la nota APS-EXT.DS/357/2014 y nos da la razón¡¡¡¡¡. Olvida acaso su Autoridad que la resolución ahora recurrida eleva a rango de Resolución dicha nota que señala: '**En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros Nº 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro (…)**'. Con lo que su autoridad no sólo se contradice sino que vulnera la consistencia de sus propios actos, por un lado reconoce que la potestad de exigir el cumplimiento de una obligación (contrato) pertenece al órgano judicial y que la APS solo tiene facultad para sancionar para luego con los actos administrativos que dieron lugar a este proceso señalar que solo le asiste potestad sancionatoria, consecuentemente la APS nos da la razón y jamás debió incluir en su nota APS-EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 dicha redacción. Lo que es peor conociendo que dicho cumplimiento de contrato de seguro (obligación) es nítidamente controvertido y no le compete y lo que es peor, siendo de su conocimiento que el cumplimiento de la obligación se halla en juicio y recién con el resultado del mismo se podrá establecer si hubo o no el incumplimiento que señala la APS".*

Que con relación a los alegatos transcritos, la entidad debe estarse a lo dispuesto por la vinculante Sentencia Constitucional 541/2013, citada ut supra.

Que con relación al argumento contenido en el numeral 13, la Entidad Aseguradora alega que el contenido del punto 3 de la resolución impugnada no compete ser analizado por la APS, pues los extremos inherentes al cumplimiento de las obligaciones (contratos) no le son atingentes pues corresponde a la justicia ordinaria.

Que el punto 3 de la Resolución impugnada, textualmente menciona:

"Respecto a que el Contrato Principal fue modificado sin notificación al fiador y que por tanto la fianza quedó extinguida

Que de la lectura de la Cláusula 4ta. del condicionado general de la póliza N° 92-24-LPCS0800411 'Las modificaciones al contrato principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas".

Que no obstante lo anterior, la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, que hace parte de la mencionada póliza, textualmente menciona: "Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, ***quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las cláusulas 4ª (Modificación del Contrato Principal) y 7ª (Otras Cauciones) de las Condiciones Generales de la Póliza".***

Que lo argüido por Seguros Illimani S.A. ***quebranta el principio de buena fe toda vez que a sabiendas de la renuncia hecha al contenido del artículo 4to. del condicionado general, anotado en la Cláusula a Primer Requerimiento, ahora pretende oponerlo ante esta Autoridad como argumento para justificar su incumplimiento***.

Que es más, la Comunicación Interna N° 136/2010 de 27 de agosto de 2010 evacuada por Patricia Reguerín, Gerente Comercial Nacional de Seguros Illimani S.A., determina que el reclamo realizado por el G.A.M.L.P. es indemnizable; sin embargo se observa que mediante carta CITE: DR 423/2010 de 12 de julio de 2010, con el fundamento contenido en el informe legal de 14 de junio de 2010 y ratificado mediante carta de 24 de agosto de 2010, se notificó a la Lic. Elba Gonzales López, Jefe de la Unidad de Procesos de Contratación del G.A.M.L.P. sobre la liberación de la Entidad Aseguradora de la obligación de indemnizar el siniestro, básicamente por dos causales, a saber: i) haber comunicado el siniestro fuera del plazo previsto por el artículo 1028 del Código de Comercio; y ii) por no haber comunicado oportunamente a Seguros Illimani S.A. con el contrato modificatorio.

Que como se demostró, la causal contenida en el inciso ii) del anterior párrafo no es de recibo por cuanto ni el G.A.M.L.P. ni el afianzado tenían la obligación de comunicar este hecho a Seguros Illimani S.A. toda vez que estaban exonerados de hacerlo, conforme lo determinado por la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento de la Póliza de Cumplimiento de Servicios N° 92-24-LPCS0800411, razón por demás para ratificar el contenido de la carta CITE: APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014 emitida por la APS sobre este aspecto".

Que a este respecto Seguros Illimani S.A. arguye que: "si bien es cierto que por imperio del contrato quedaron nulas las cláusulas 4ta. y 7ma. de la póliza, no es menos cierto que por nuestra parte jamás hemos renunciado al contenido de los artículos 910 del Código de Comercio y 942 del Código Civil y que jamás hemos estado al tanto de la ampliación de plazo que se dio en el contrato afianzado, lo que es peor el siniestro tuvo lugar en vigencia de dicha ampliación, sobre este punto la APS guarda silencio, exigimos que en el marco del derecho a la petición la APS se pronuncie sobre este punto".

Que sobre este punto la APS ha emitido ya un pronunciamiento, sin embargo vale la pena aclarar algunos aspectos relevantes:

> *La Cláusula 4° de las Condiciones Generales de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de contrato de servicios para Entidades Públicas, estipula:*
>
> *"**Cláusula 4°.- Modificación del contrato principal***
>
> *Las modificaciones al Contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al fiador y aprobadas expresamente por el mismo**, caso contrario este queda liberado de sus obligaciones <u>con relación a las modificaciones planteadas.</u>***

*Nótese que la norma exonera de la obligación al fiador **<u>únicamente con relación a las modificaciones</u>** y no así con relación al contrato principal.*

> *La cláusula 10, también, de las Condiciones Generales de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de contrato de servicios para Entidades Públicas, estipula:*
>
> *"**Cláusula 10°.- Vigencia, Renovación y Prórroga***
>
> *Otorgada la presente póliza, ésta adquiere el carácter de irrevocable hasta que se cumpla la vigencia de la misma, no pudiendo el fiador demandar su*

rescisión por causas imputables al Afianzado, ni quedar liberado de su obligación mientras esta póliza se encuentre vigente.

*En caso **de prórroga** concedida por el Beneficiario al Afianzado para el cumplimiento de la obligación principal, no es obligación del Fiador mantener la vigencia de la póliza de Garantía. El vencimiento de la presente póliza, por sí solo, no es causal de ejecución de la misma.*

*Toda renovación o **prórroga** del contrato principal debe ser previamente comunicada por escrito por el Beneficiario y/o Afianzado al Fiador, a fin de que este último tome conocimiento de dicho extremo, siendo privativo del Fiador consentir o no dicha prórroga, caso contrario la presente póliza se extingue dentro de los ocho (8) días siguientes, **salvo pacto contrario establecido por las partes**".*

Que evidentemente, como expresa la entidad aseguradora, hubo una renuncia a la Cláusula 4° Modificación del contrato principal más a no a la Cláusula 10° que establece la prórroga, corresponderá en todo caso al órgano judicial pronunciarse respecto a qué se entiende por modificación y qué se entiende por prorroga, o si ambas acepciones son sinónimas.

*Que en todo caso habrá de tenerse en cuenta que el contrato de seguro ha sido definido como: "un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva". Es **consensual** (art.928 C.Co.), en la medida en que se perfecciona y nace con el sólo consentimiento, desde el momento en que se realiza el acuerdo de voluntades entre el asegurador y el tomador sobre los elementos esenciales del contrato de seguros. Es **bilateral**, por cuanto las partes se obligan recíprocamente. Genera obligaciones para las dos partes contratantes: para el tomador, la de pagar la prima, y para el asegurador, la de asumir el riesgo y, por ende, la de pagar la indemnización si llega a producirse el evento que la condiciona. Es **oneroso** porque es un contrato que reporta beneficio o utilidad para ambas partes. El cargo del tomador es el del pago de la prima y el del asegurador es el pago de la prestación asegurada en caso de siniestro. Es **aleatorio** por cuanto en el contrato de seguros tanto el asegurado como el asegurador están sujetos a una contingencia que es la posible ocurrencia del siniestro. Es de **ejecución sucesiva**, puesto que las obligaciones a cargo de los contratantes se van desenvolviendo continuamente hasta su terminación. Es un contrato **principal** porque subsiste sin necesidad de otro contrato. Es un contrato **intuitu personae** en la medida que se realiza en consideración a la persona, según la condición moral del asegurado y la calidad de las cosas aseguradas. Es un contrato de **adhesión**, porque no hay discusión sobre el clausulado y condiciones entre las partes.*

Que la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en mencionar que el contrato de seguro, es un contrato especial de buena fe, por tanto, ambas partes en las afirmaciones relacionadas con el riesgo y las condiciones del contrato se sujetan a cierta lealtad y honestidad desde su celebración hasta la ejecución del mismo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 999 del C.Co. las declaraciones falsas o reticentes hechas con dolo o mala fe hacen nulo el contrato de seguro. En este caso el asegurado no tendrá derecho a la devolución de las primas pagadas. Esto

equivale a decir que el tomador o asegurado debe declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, puesto que ello constituye la base de la contratación. En caso de presentarse reticencias e inexactitudes en la declaración que conocidas por el asegurador lo hubieran retraído de contratar, se produce la nulidad relativa del seguro.

El asegurador también debe cumplir con el principio de buena fe evitando cláusulas que sean lesivas al asegurado, cumpliendo con la prestación asegurada a la ocurrencia del siniestro y comprometiéndose a declarar la inexactitud al momento en que la conozca y no esperar a la ocurrencia del siniestro para alegarla como una excepción al pago de la indemnización.

Que este principio de trascendental importancia está definido por el Diccionario Mapfre de Seguros, cuando dice: "la buena fe (uberrimae bonae fidei) como el principio básico y característico de todos los contratos que obliga a las partes a actuar entre sí con la máxima honestidad, no interpretando arbitrariamente el sentido recto de los términos recogidos en su acuerdo, ni limitando o exagerando los efectos que naturalmente se derivarían del modo en que los contratantes hayan expresado su voluntad y contraído sus obligaciones.

La buena fe, dice, tiene una especialísima importancia en el contrato de seguro. En cuanto al asegurado, este principio le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo que pretende asegurar, a fin de que el asegurador tenga una completa información que le permita decidir sobre su denegación o aceptación y, en este último caso, pueda aplicar la prima correcta, así como procurar evitar la ocurrencia del siniestro o, una vez producido, intentar disminuir sus consecuencias.

En cuanto al asegurador, la buena fe le exige facilitar al asegurado una información exacta de los términos en que se formaliza el contrato, ya que muy difícilmente puede aquel conocer o interpretar correctamente las condiciones de la póliza que se le presenten en el momento de su aceptación y firma y redactar con claridad el clausulado de las pólizas, de forma que el asegurado pueda conocer por sus propios medios el alcance de las condiciones a que se compromete".

Que en aplicación del principio de la buena fe, se puede concluir que este es un postulado de doble vía, que obliga a las partes a comportarse con probidad en el desarrollo de la relación contractual siendo esta una particularidad fundamental para efectos de interpretación de las cláusulas que lo rigen. Esta buena fe en el contrato de seguro, no sólo indica la manera como debe analizarse la conducta de las partes frente al cumplimiento de los deberes contractuales, sino también de algún modo la eficacia del mismo contrato.

Que con relación al argumento contenido en el numeral 14, Seguros Illimani S.A. menciona: "En cuanto a la aplicación del artículo 1028 del Código de Comercio que la APS realiza en el punto 4 de su alocución, ello merece una explicación en el marco del derecho a petición pues dicha norma se halla contenida en el Código de Comercio TITULO III -del Contrato de Seguro- Capítulo I Disposiciones Generales. Esa decir que dicha disposición general es aplicable a TODOS LOS CONTRATOS DE SEGURO SIN EXCEPCIÒN (sic)*".*

Que evidentemente el artículo 1028 del Código de Comercio (AVISO DEL SINIESTRO) menciona que "El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado. Este plazo no se aplica si se señala otro diferente en seguros específicos de este Título. ***Los términos señalados pueden ampliarse mediante cláusula del contrato pero no reducirse".***

Que este artículo debe necesariamente relacionarse con el artículo 1° del Código de Comercio que establece: ***"(ALCANCE DE LA LEY).*** *El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial.* ***En los casos no regulados expresamente,*** *se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil".*

Que el Código de Comercio en los Títulos III y IV regula los contratos de seguros, teniéndose que, el Título III, del Capítulo II, Sección I está destinado al Seguro de Daños; la Sección II al Seguro de Incendio; la Sección II al Seguro de Transporte; la Sección IV al Seguro de Responsabilidad Civil; la Sección V al Seguro de Agricultura, la Sección VI al Seguro de Especies Animales; la Sección VII al Seguro de Crédito; la Sección VIII al Seguro de Crédito a las Exportaciones; la Sección IX a otras Modalidades de Seguros de Daños. A su vez el mismo título, Capítulo IV en las Secciones I, II y III está destinado al Seguro de Vida, de Vida en Grupo y Accidentes Personales; y finalmente el Título IV está destinado al Contrato de Seguro Marítimo.

Que si bien el Código de Comercio en los artículos 902 y siguientes hace referencia al tema de las fianzas comerciales, no es menos cierto que dicha norma no regula de manera expresa los seguros de caución, por ello la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobó los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al contado de las pólizas de: i) Cumplimiento de Contrato de Obra; ii) Cumplimiento de Contrato de Servicios; iii) Cumplimiento de contrato de suministros; iv) Buena Ejecución de Obra; y v) Correcta Inversión de anticipo, todas ellas para Entidades Públicas, de manera que no exista duda posible sobre su cumplimiento y ejecución.

Que queda palmariamente demostrado que la Regulación especial, expresa y propia de los seguros de caución para entidades públicas se encuentra plasmada en los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados por la Resolución Administrativa IS 731/2007 y en la Ley de Seguros 1883, en cuanto al registro, por tanto el Código de Comercio no le es norma aplicable.

Que el mismo argumento de que: "Respecto a que las acciones emergentes de un contrato de seguros de caución prescriben a los dos años, la APS confunde el aviso de siniestro contenido en el artículo 1028 del Código de Comercio con el inicio de las acciones emergentes del contrato de seguro"

Que esta APS nada ha confundido simplemente ha citado que la cláusula 12° del condicionado general de la póliza de seguro N° 92-24-LPCS0800411, menciona:

> ***"Cláusula 12ª Prescripción.- <u>LAS ACCIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN</u>*** *prescriben en dos (2) años a contar de la fecha del siniestro"*

Que esto quiere decir que, producido el siniestro, dentro de la vigencia de la póliza, el beneficiario cuenta con dos años a partir de su ocurrencia para ejercitar las acciones

emergentes, entre las que, sin lugar a dudas, se encuentra la solicitud de ejecución de la póliza, lo que en el caso concreto se verificó al haberse producido el siniestro dentro de la vigencia de la póliza (27/08/2008 a 27/08/2009) como de manera detallada lo determina el Informe SIREMU/G-INF-AJ/0138/2009 de 6 de julio de 2009 y la propia Resolución Municipal Nº 369 de 26 de agosto de 2009, emitida 1 día antes del vencimiento de la Póliza, que declara el incumplimiento de la Sociedad Accidental Ciudad Limpia, misma que fue puesta en conocimiento de Seguros Illimani S.A. el 27 de agosto de 2009.

Con relación a la vulneración de Derechos y garantías constitucionales.

Prohibición al doble juzgamiento.- *La Entidad Aseguradora cita la Sentencia Constitucional SC 0962/2010-R de 17 de agosto que establece la prohibición de doble sanción y por ende doble juzgamiento, sin percatarse que dicha sentencia no es aplicable por cuanto el caso resuelto en ella no es análogo. Sin considerar además que la ratio decidendi expuesta menciona que habrá doble juzgamiento cuando una conducta fue sancionada o una persona que ya fue procesada con anterioridad; en el caso presente, recuerde Seguros Illimani S.A. que, no existe procedimiento administrativo sancionatorio ni lo ha existido y que sobre el proceso ordinario de puro derecho que sigue el G.A.M.L.P. contra Seguros Illimani S.A. tampoco ha recaído sentencia judicial que haya alcanzado calidad de cosa juzgada material; por tanto, la entidad no puede alegar la prohibición al doble juzgamiento.*

De igual manera el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz refiere:

" a) (…) cabe señalar que en el proceso por la vía ordinaria que sigue el G.A.M.L.P. contra la Aseguradora, exige el cumplimiento de la obligación, y pago de daños y perjuicios ocasionados emergentes del incumplimiento de la obligación, ajenos a la sanción que establezca la APS (En este sentido en caso de cumplimiento por la aseguradora de la obligación, nos remitimos al siguiente inciso).

Ante el cumplimiento de la obligación, la Aseguradora podrá oponer la excepción de pago; y cumplimiento de la obligación dentro del proceso ordinario; y/o alternativamente podrá el G.A.M.L.P. desistir del proceso y derecho, que impedirán un supuesto doble juzgamiento.

No existe sentencia ejecutoriada en proceso ordinario, que haya sancionado por la misma causa a la Aseguradora, el G.A.M.L.P. exige el cumplimiento de la obligación, la APS sanción a la Aseguradora por incumplimiento de leyes.

Asimismo, tomando en cuenta las diferentes materias, cabe señalar lo siguiente: al igual que se sigue un proceso por la vía penal, y en el mismo sentido por la vía civil; se debe recordar que por cuerda

separada la APS efectúa el control, y el G.A.M.L.P. sigue por la vía civil el proceso por Incumplimiento de la obligación.

En igual sentido, la Sentencia Constitucional SC 0962/2010-R que pretende hacer valer la parte recurrente, efectivamente señala que:

*"…En cuanto al alcance del principio non bis in idem; es decir la prohibición de un doble proceso …En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ha sido absuelto o condenado) y el aspecto procesal o adjetivo (**nadie puede ser juzgado nuevamente** por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá, vulneración al non bis in idem, **no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho'.***

En este sentido:

*Primero; nos preguntamos ¿Existió el pago de la obligación?, sin duda la respuesta es negativa; en consecuencia nadie está siendo '…**juzgado nuevamente** por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado' como refiere la sentencia constitucional citada.*

Segundo; en el proceso seguido por la vía civil ordinaria, no existe sentencia ejecutoriada; y por el que 'nuevamente' el G.A.M.L.P. o la APS haya iniciado o le esté siguiendo 'nuevo' proceso por la vía civil.

Tercero; el G.A.M.L.P. persigue el cumplimiento de la obligación; la APS, como órgano contralor fiscaliza el cumplimiento de leyes, por tanto no existiría doble juzgamiento, o la prohibición señalada por la Aseguradora, como ya se fundamentó al respecto en el presente apartado.

Cuarto; Es incongruente que efectivizado el incumplimiento de la obligación por la Aseguradora, el G.A.M.L.P. pretenda perseguir una acción civil ¿para promover otro pago por la póliza?, ya solo pensar en este cometido contradice el sentido común, y más aún, es difícil por no decir imposible, que la juzgadora, de lugar a 'nuevo pago' de la obligación, cuando se demuestra el cumplimiento de la obligación y el pago efectuado.

En este entendido reiteramos una vez más, la Aseguradora puede oponer la excepción perentoria de pago o cumplimiento de pago que impide todo proceso ulterior y en consecuencia imposibilitaría, ahora sí, 'un nuevo proceso'.

***Sanción sin proceso.-** Se alega que: "La nota ahora elevada a Resolución por la APS al introducir dicha redacción da por hecho que nuestra entidad ha incumplido el contrato de Seguro y que el G.A.M.L.P. ha cumplido con todos*

los requisitos legales y contractuales para el pago del siniestro, dicho proceder se traduce en una sanción inmotivada sin proceso y no prevista en la norma. (cita la Sentencia constitucional 1894/20914-R de 10 de diciembre).

Que como ya tantas veces se ha citado, la solicitud de documentación a las Entidades Aseguradoras de ninguna manera constituye una sanción que se haya impuesto sin previo procedimiento administrativo; la solicitud de documentación responde a la facultad que el inciso j) del artículo 12 otorga a la APS con el objeto de verificar de oficio o a denuncia de parte interesada la ***posible contravención*** *al ordenamiento jurídico administrativo regulador, por lo que la mención de la Sentencia Constitucional 1894/2004-R de 10 de diciembre de 2004 no es atinente al caso de análisis.*

3. Violación al principio de jerarquía normativa y primacía constitucional

Se alega que "la carta magna establece que la potestad de juzgar, impartir justicia y consecuentemente establecer el cumplimiento de contratos y obligaciones corresponde al Órgano Judicial, conforme hemos transcrito líneas arriba los artículos pertinentes, por lo que es lógico que si la APS halla alguna suerte de incongruencia que le llevaría a pensar que determinada norma le otorga facultades de dirimir asuntos litigiosos entre particulares y consecuentemente con ello establecer el cumplimiento de un contrato así sea de seguros, esta entidad debe remitirse a los preceptos básicos contenidos en la CPE y tomar una decisión amparada en la misma" (Cita la Sentencia Constitucional 790/2012 de 20 de agosto de 2012).

Que al respecto esta APS en ningún momento, ni en ninguna parte de la Resolución impugnada ni de la carta elevada a Resolución hace mención, ni siquiera de manera tangencial, de que le asiste la potestad de juzgar o impartir justicia en asuntos controvertidos, lo que no significa que en uso de las facultades que le otorga la Ley pueda fiscalizar y sancionar a las entidades bajo su regulación cuando encuentre que éstas en el ejercicio de la actividad aseguradora han contravenido las normas administrativas de seguros, por ello la cita de la Sentencia Constitucional 790/2012 no es atinada.

4) Derecho de Petición: *Durante todo el análisis contenido en la presente Resolución y en la Resolución impugnada se ha dado curso al derecho de petición, no pudiendo la entidad regulada aducir que esta APS no se ha pronunciado de manera por demás fundamentada y motivada sobre cada uno de los puntos alegados vulnerando el derecho a la petición, volver sobre lo analizado una y otra vez para dar satisfacción a Seguros Illimani S.A. significa llenar páginas y páginas con idénticos argumentos entrando en un círculo vicioso de nunca acabar.*

5) Falta de Motivación:

Que todos los argumentos contenidos en el presente punto ya han sido desarrollados por lo que no cabe volver a referirse a los mismos.

6) Falta de Competencia de la APS: *En este apartado la Entidad Aseguradora, hace mención una vez más a la falta de competencia de la APS, señalando los artículos 41 y 43 de la Ley de Seguros.*

Que sobre este punto el G.A.M.L.P. señala lo siguiente:

El artículo 43 de la Ley de Seguros establece que la APS tiene como atribuciones las siguientes:

Otorgar, modificar y revocar las autorizaciones de funcionamiento y los registros de las personas sujetas a su jurisdicción, *de acuerdo a la presente Ley sus reglamentos.*

Autorizar el funcionamiento, fusión y modificación de estatutos de las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción

Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar la conformación de los márgenes de solvencia y reservas técnicas, así como la aplicación de las normas de inversión que establece la presente Ley.

Ordenar restricciones a la emisión de pólizas o renovación de las anteriores, cuando no se haya cumplido con los incrementos destinados a los márgenes de solvencia o con el mantenimiento de las reservas técnicas.

Establecer y actualizar métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros.

Ordenar la conciliación periódica de las cuentas de reaseguros.
Establecer el registro de corredores y reaseguradores que operen en el mercado nacional.

Determinar normas contables y establecer planes únicos de cuentas para las entidades aseguradoras y reaseguradoras por cada modalidad y para las personas intermediarias y auxiliares del seguro.

Ordenar inspecciones o auditorías, a las entidades y personas bajo su jurisdicción.

En caso necesario, disponer la intervención y disolución de las entidades bajo su jurisdicción y en caso necesario, fiscalizar la liquidación voluntaria o forzosa de las mismas.

Autorizar la cesión de cartera voluntaria entre entidades aseguradoras y reaseguradoras y disponerla cuando fuere obligatoria.

Elaborar las estadísticas técnicas y las biométricas y exigir su publicación.

Autorizar a las empresas de auditoría habilitadas para el mercado de seguros, así como fijar sus términos de referencia.

Llevar una central de riesgos, vinculada con a Asociación Sectorial y la Central de Riesgos del Sistema Bancario

Publicar mensualmente los estados financieros de las entidades bajo su jurisdicción.

Proponer normas al Poder Ejecutivo

Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.

Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones

Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley

Que en este sentido la competencia, el poder fiscalizador y contralor de la APS se traduce en la facultad de ***otorgar, modificar y revocar las autorizaciones de funcionamiento y los registros de las personas sujetas a su jurisdicción, cuando se verifique el incumplimiento de*** *leyes, o la contravención a las mismas, a través de la supervisión, inspección y* ***sanción****, por las actividades, pólizas de seguros y los* ***contratos*** *en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción; así como de llevar a cabo las disposiciones operativas para el cumplimiento de la Ley de Seguros, y toda aquella atribución que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones, como claramente lo señala la disposición contenida en el artículo 43 de la Ley de Seguros.*

Reiteramos una vez más, sin poder contralor alguno para sancionar a las entidades bajo su control haría ***inútil e inoperante la constitución de la*** *Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros por el Estado".*

Que esta APS considera por todo lo expuesto precedentemente, que no merece abundar más sobre el tema de la competencia, pues esta ha sido ampliamente explicada a lo largo de la presente Resolución Administrativa.

Que finalmente el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz ha manifestado:

*"****La Ejecución de la Póliza procede en estricto cumplimiento de la Ley, que la APS está en la facultad y competencia de fiscalizar y controlar.***

Sobre el requerimiento del G.A.M.L.P. a la Aseguradora Seguros Illimani S.A. sobre la ejecución de la Póliza Nº 92-24-LPCS08000411, en ésta se encuentra inserta la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, regulada por el Decreto Supremo Nº 26738 de 30 de julio de 2002, que señala en su Considerando párrafo tercero:

*'Que es necesario incorporar la '****garantía a primer requerimiento'*** *como instrumento de garantía válida para las diferentes etapas del proceso de adquisición de bienes y servicios e interposición de recursos administrativos. Por lo cual,* ***las entidades financieras bancarias, tendrán la obligación irrevocable de pagar la cobertura a solo***

<u>requerimiento del acreedor</u> *quedando cualquier responsabilidad a cargo del beneficiario y/o ordenante'*

Y, así en su artículo UNICO establece que:

'***Se incorpora a los artículos 51 y 77 y numeral IV del artículo 81 de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios aprobadas por el Decreto Supremo Nº 25964 y modificadas por los Decretos Supremos Nº 26144 y Nº 26208, la 'GARANTIA A PRIMER REQUERIMIENTO'*** *otorgada por entidades financieras bancarias, como garantía válida para los procesos de contratación de bienes y servicios e interposición de recursos administrativos. Alternativa a la boleta de garantía bancaria y/o póliza…'.*

Por lo señalado, y al incorporarse la citada normativa dentro las NBSABS; la APS debe verificar el cumplimiento de la Ley, así como verificar si se está dando estricto cumplimiento de la citada normativa, y proceder a emitir las resoluciones que le compete como órgano contralor, entre ellas exigir el cumplimiento de las leyes; y de establecer y emitir las sanciones correspondientes.

En este entendido, la APS, no hace más que resolver de acuerdo a su competencia como órgano contralor y fiscalizador, remitiéndonos a su vez a lo ya señalado, a fin de no ser reiterativos.

En igual sentido, sobre el requerimiento realizado a la Aseguradora para la ejecución de la póliza, ésta señalado que el G.A.M.L.P., lo requirió a destiempo dando incumplimiento a lo estipulado en la Póliza.

Sin embargo ya lo señalado claramente en el Considerando cuarto, punto 2 y especialmente punto 3 de la Resolución Administrativa Nº APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de 8 de mayo de 2014, inhiben al G.A.M.L.P. de cualquier fundamentación; sin embargo al efecto refiere el párrafo último de la Póliza, que:

'…que en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4° (modificación del contrato principal) y 7° (otras cauciones) de las condiciones generales de la póliza'.

Sin dejar de señalar el requerimiento que efectuó el G.A.M.L.P. a la Aseguradora S.I.S.A. de forma insistente, exigiendo aquella una serie de requisitos ajenos a la modalidad del seguro pactado".

CONSIDERANDO:

Que por lo expresado a través del presente Acto Administrativo se llega a la conclusión de que Seguros Illimani S.A. no ha enervado los argumentos contenidos la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 333-2014 de 8 de mayo de 2014, debiendo procederse a su confirmatoria total…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

7.1. Memorial de 14 de julio de 2014.-

En fecha 14 de julio de 2014, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de 1º de julio de 2014,

argumentando lo siguiente:

"…***Análisis especifico*** (sic) ***de la Resolución Administrativa ahora recurrida***.-

1. ***<u>Imposibilidad fáctica de cumplir con lo ordenado por la APS – Se ha cumplido con la nota APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 enviando a dicho ente toda la documentación que cursa en Seguros Illimani respecto al tema contenido n</u>*** (sic) ***<u>dicha nota; la APS no puede obligar a Seguros Illimani S.A. a enviar documentación inexistente.-</u>*** *Resulta más que evidente que la APS está al tanto de que el GAMLP ha iniciado un proceso ordinario de cobranza contra Seguros Illimani S.A. resultando de igual modo, absolutamente lógico que la documentación requerida por la APS mediante nota APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014, no puede ser remitida a dicho ente debido a que la misma sencillamente no existe. La APS admite dicho extremo en varias oportunidades; cito:*

   La APS a fs. 9 ultimo (sic) *parágrafo de la RA ahora recurrida señala textualmente lo siguiente:* ***"Que lo anterior deja entrever con meridiana claridad que la competencia de la APS para solicitar que Seguros Illimani S.A. remita "documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro" deriva de los incisos c), d) y t) del artículo 43 de la Ley 1883, así como del articulo 2 y siguientes de la Ley No 365"*** *– Queda claro que la APS con la nota que ahora ratifica mediante la RA recurrida está siendo reiterativa en un hecho imposible, pues Seguros Illimani S.A. no tiene la documentación que requiere la APS, se ha dado cabal respuesta a la nota de la APS ahora elevada a resolución administrativa señalando al efecto que existe un proceso ordinario civil por el cual el GAMLP pretende, de forma extemporánea y forzada cobrar a Seguros Illimani S.A. un siniestro que fue tramitado por sus personeros, por decir lo menos, de manera desprolija y sin respetar las normas generales ni particulares que regulan dichas eventualidades, el hecho será puesto en conocimiento del Ministerio de Transparencia y de la Contraloría a fin de que la responsabilidad por la función pública de los funcionarios del GAMLP no sea hábilmente endosada a nuestra institución.*

   Así mismo a fs. 14 la APS señala: ***"Que también en este punto es importante referirse a que es obligación de la Compañía Aseguradora remitir <u>la documentación que acredite el cumplimiento de la prestación convenida</u> y es deber de la APS solicitar la documentación que estime pertinente a los fines de terminar el cumplimiento o no de dicha obligación, sin que esto presuponga invasión de competencias de otros órganos del Estado Plurinacional." –*** *Es sencillamente ilógico el accionar de la APS, a sabiendas de que existe un proceso ordinario que pretende la ejecución de la póliza objeto del presente caso la APS persiste en que se remita a dicho ente:* ***"<u>la documentación que acredite el cumplimiento de la prestación convenida</u>"*** *– Si la APS está al tanto del tantas veces citado proceso judicial pues se le adjuntaron copias del mismo, no es lógico que siga insistiendo en solicitar a Seguros Illimani S.A. documentación alguna que acredite el cumplimiento de la prestación convenida pues precisamente por dicho extremo es que nos hallamos en proceso ordinario con el GAMLP, señalar lo contrario es sencillamente insistir en un tema que de inicio se halla* (sic) *superado y que la APS debió sopesar correctamente a fin de no vernos involucrados en este ya tedioso proceso, de nulidades de resoluciones,*

notas que se elevan a rango de resolución, etc. Que (sic) *ocupan el tiempo de los funcionarios públicos innecesariamente.*

Así también señala la RA recurrida lo siguiente: ***"Que esta APS nada tiene que objetar al respecto, nada mas*** (sic) ***aclarar que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha juzgado temas controvertidos ni impartido justicia entre los ciudadanos, únicamente y en uso de sus atribuciones y competencias ha solicitado, como lo hace con cualquier regulado, que Seguros Illimani S.A. remita la documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros, hecho que de ninguna manera ingresa al ámbito de juzgar controversias ni impartir justicia entre los ciudadanos."*** *– Nuevamente la APS vuelve a insistir con el tema cuando es de pleno conocimiento de dicho ente estatal que nos hallamos en proceso judicial.* ***Así mismo corresponde aclarar que la APS no se ha limitado a únicamente, como señala, a pedir la documentación que refiere en la nota ahora elevada a rango de resolución sino QUE HA FIJADO UNA POSICION RESPECTO AL TEMA, BASTA UNA LECTURA DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA APS PARA DEJAR NOTORIAMENTE ESTABLECIDO QUE LA APS NO SOLO QUE HA SOLICITADO DICHA DOCUMENTACION SINO QUE SE HA DADO A LA TAREA DE ANALIZAR EL CASO A DETALLLE, OMITIR CIERTOS ASPECTOS DEL MISMO Y FIJAR UNA CLARA POSICION A FAVOR DEL GAMLP Y SUS NEGLIGENTES FUNCIONARIOS PUBLICOS*** (sic).

Así mismo la propia APS citando al ***GAMLP señala a fs. 30: "Primero; nos preguntamos ¿Existió el pago de la obligación?, sin duda la respuesta es negativa; ..."*** *En este sentido y en forma adicional a todo lo señalado, el propio GAMLP establece que la supuesta obligación que reclama no se le ha pagado, señala también que está en proceso judicial, de donde se desprende que la nota elevada a Resolución y la Resolución ahora impugnadas son sencillamente incorrectas pues de antemano la APS conoce que no HAY NI HUBO DOCUMENTOS DE PAGO pues sencillamente el siniestro no es atendible por errores del GAMLP cuya responsabilidad ahora se pretende endosar a Seguros Illimani S.A.*

La APS se contradice pues en las resoluciones recurridas no solo habla del derecho que le asiste a pedir cierta documentación sino que fija una posición respecto al tema para luego señalar que no está juzgando ni analizando el caso.- *Como podrá analizarse de una lectura de la resolución ahora recurrida, queda en evidencia palmaria que la APS se contradice y no solo pide y solicita documentación inexistente a Seguros Illimani S.A. sino que claramente toma una posición en contra de los argumentos esgrimidos por Seguros Illimani S.A. y a favor del GAMLP, análisis y argumentación que por propia redacción de la Resolución ahora recurrida NO SON OBJETO DE ESTE PROCESO, pues según la APS el presente proceso versa únicamente sobre la obligación que tendría Seguros Illimani S.A. de enviar cierta documentación a conocimiento del ente regulador; sin embargo la resolución ahora recurrida no guarda relación de conformidad y congruencia con dicho razonamiento introducido por la propia APS al tema en análisis, la APS vulnerando el principio de congruencia que fija ella misma (DICE QUE ESTE PROCES (sic) VERSA UNICMANTE (sic) SOBRE LA OBLIGACION DE SEGUROS REMITIR (sic) CIERTA DOCUMENTACION A LA APS) se da a la* tarea de emitir una *resolución de*

más de 35 páginas en la que no solo analiza dicho extremo sino que toma posición y analiza otros extremos alejado del tema objeto del proceso, según admite la propia APS. Consecuentemente la APS se ha apartado en su alocución del sentido y objeto requerido. Analiza la Póliza, las normas inherentes a la misma, analiza resoluciones de la APS a fin de apuntalar la posición del GAMLP, cuando en realidad debió referirse al objeto del proceso que es la explicación jurídica por la cual la APS solicita a un regulado documentación que no la tiene.

LA APS saca conclusiones de nuestra posición en su Resolución que jamás hemos tenido ni referido.- *Note su Autoridad que la APS a lo largo de la RA ahora recurrida cita varios extremos que por nuestra parte jamás hemos señalado, a fs. 11 establece que de nuestra posición estaríamos concluyendo que consideramos que la actuación de dicho ente estatal se reduce a la de un mero observador de los actos e irregularidades que se producen por las entidades que se encuentran bajo su control, extremo que jamás hemos señalado y que no gurda* (sic) *relación de afinidad con nuestros argumentos.*

Sobre la aplicación de la SCP 0541/2013 de fecha 8 de mayo de 2013.- *A fin de que no se pueda tergiversar el sentido real de la citada SCP la adjunto a fin de que pueda ser compulsada por las Autoridades superiores. Del contenido de la citada SCP se puede establecer que la misma resulta absolutamente inaplicable al caso pues versa sobre un recurso directo de nulidad que tiene la finalidad de analizar si cierto acto fue emitido por una autoridad administrativa con competencia plena o no. Esta SCP no analiza extremos como el que estamos analizando en el presente caso, no establece los siguientes extremos que debieron ser analizados para ser un caso análogo al presente y que también ha soslayado la APS:*

No analiza si la APS puede solicitar documentación inexistente a uno de sus administrados a sabiendas que la misma no existe.

No analiza si la APS puede determinar el incumplimiento de una póliza (CONTRATO) cuando dicho análisis por decisión propia del GAMLP ha sido sometido a la jurisdicción del órgano judicial.

No analiza cómo es que la APS puede determinar un incumplimiento con la póliza contrato cuando se halla pendiente de ser resulto precisamente dicho extremo por parte del Órgano Judicial de Bolivia

Otros extremos comprendidos en la presente resolución que hacen absolutamente inaplicable dicha SCP al caso especifico (sic).

Dicha sentencia constitucional analiza la competencia y no el caso especifico (sic) *y es inaplicable al caso, la adjunta a mayor abundamiento.*

Lamentable Tergiversación del contenido de la Póliza objeto del presente proceso.- *Note su Autoridad que la APS se ha dado a la tarea de tergiversar y cambiar el sentido real de la póliza y las clausulas* (sic) *de la misma, añadiendo comentarios que no se hallan contenidos en la misma; la APS da a entender que por nuestra parte habríamos renunciado al derecho que nos asiste contenido en el artículo 910 del*

Código de Comercio y 942 del Código Civil; nada más alejado de la realidad, el contenido de la Póliza jamás refiere a ello, no existe tal cosa; la APS omite el análisis de dichos artículos pues sabe que ingresar en el análisis de fondo se (sic) *los mismo* (sic) *dejaría sin argumentos a la APS para apoyar la posición del GAMLP y sus funcionarios que cometieron garrafales errores en el presente caso.*

Fundamentación General Jurídica del Recurso de Revocatoria (sic)**.-**

NO PODEMOS PERDER DE VISTA QUE TODAS LAS NOTAS REFERIDAS ANTERIORMENTE TIENEN COMO ORIGEN UN RECLAMO DE PAGO PRESENTADO ANTE LA APS POR EL GAMLP; INSTITUCION (sic) ***QUE MALICIOSAMENTE HA OMITIDO SEÑALAR QUE IDENTICO*** (sic) ***RECLAMO AL PRESENTADO ANTE LA APS ES DE CONOCIMIENTO DEL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. – Por lo que no es correcto ni verdadero que la APS sostenga que el objeto único de la resolución recurrida y de la nota elevada a rango de resolución sea únicamente la de solicitar documentación inexistente a Seguros Illimani S.A. sino que en los hechos dicho extremo ha sido rebasado por la propia APS y su insistencia en que remitamos documentación inexistente a su conocimiento, extremo que ha vulnerado el proceso pues la nota ahora elevada a rango de resolución fue respondida cavamente*** (sic) ***por Seguros Illimani S.A. en el sentido de que no sostenemos un proceso judicial con el GAMLP por supuesto incumplimiento en el pago de pólizas, consecuentemente es obvio que se ha dado respuesta a la APS en el contenido de la nota ahora elevada a rango de resolución que se recurre en el presente proceso.***

TAMPOCO PODEMOS PERDER DE VISTA QUE, HEMOS ADVERTIDO OPORTUNAMENTE A LA APS MEDIANTE NOTA EXPRESA Y ADJUNTANDO LA CORRESPONDIENTE DOCUMENTACION (sic) ***(PRUEBA QUE HAGO MIA EN EL PRESENTE RECURSO) QUE EL RECLAMO DEL GAMLP ANTE LA APS SE HALLA DUPLICADO PUES DICHA ENTIDAD MANTIENE UN PROCESO ORDINARIO CONTRA SEGUROS ILLIMANI S.A. MEDIANTE EL CUAL RECLAMA EL PAGO DE LOS MISMOS CONCEPTOS QUE DIERON LUGAR A LA NOTA RELACIONADA EN EL PUNTO; Antecedentes 1 – ES DECIR QUE EXISTE UN DOBLE JUZGAIENTO*** (sic) ***POR IDENTICOS*** (sic) ***CONCEPTOS UNO ADMINISTRATIVO Y OTRO JURISDICONAL*** (sic) ***UNO QUE SE LLEVA A CABO POR EL ORGANO*** (sic) ***EJECUTIVO Y OTRO POR EL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL EN CONTRA DE LA MISMA INSTITUCION*** (sic)**.**

La RA recurrida no da explicación alguna sobre este extremo, no explica cómo es que la APS puede dirimir el incumplimiento de un contrato para ser insistente en su pago como la ha sido la APS cuando el extremo judicial que avala dicho incumplimiento se halla pendiente de ser resuelto por el ORGANO (sic) ***JUDICIAL ¿?, extremo diametralmente diferente al contenido de la SCP 542/2013 que como descargo adjunta la APS en este punto.***

EN ESTE MARCO HEMOS PEDIDO A LA APS ELEVE A RANGO DE RESOLUCION SU NOTA la nota cite APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 EXTREMO QUE HA SUCEDIDO PERO CON UNA GRAVE FALENCIA JURIDICA (sic) ***– LA APS DEBIA MOTIVAR Y EXPLICAR DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO*** (sic) ***LAS RAZONES LEGALES QUE LE IMPULSARON A TOMAR LA DECISIÓN CONTENIDA EN LA NOTA QUE SE ELEVA A RANGO DE RESOLUCION. ES DECIR, DEBIA EXPLICAR POR QUE ORDENA EL PAGO DE UN SINIESTRO NITIDAMENTE*** (sic) ***CONTROVERTIDO CUANDO EL MISMO ES DE***

COMPETENCIA DEL ORGANO JURISDICONAL DEL ESTADO PRLURINACIONAL (sic) ***DE BOLIVIA - NO LO HIZO Y CON ELLO VULNERO*** (sic) ***DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES COMO ABORDARE*** (sic) ***MAS ADELANTE. PESE HA HABER REVOCADO INICIALMENTE LA PRIMERA RESOLUCION QUE EMITIO LA APS: PERSISTE LA FALTA DE CLARIDAD EN LOS CONCEPTOS LEGALES QUE PERMITIRIAN A LA APS INVADIR COMEPETENCIAS AJENAS QUE POR PROPIA VOLUNTAD EL GAMLP HA DECIDIDO SOMETER A LA JURISDICICON*** (sic) ***JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE LA PAZ.***

ASI MISMO VULNERANDO EL DERECHO A PETICION (sic) ***LA APS HA OMITIDO REFERIRSE HASTA LA FECHA A LA NOTA CITE: PE/0190/2014 de fecha 10 de febrero de 2014, nota que tenia*** (sic) ***la finalidad de que la APS en el marco de lo señalado en el articulo*** (sic) ***8 y 9 del D.S. No.- 27175 y enmarcándonos en el derecho a petición que goza de rango constitucional explique de forma motivada de donde deriva su competencia para inmiscuirse en un asunto que es claramente controvertido y de competencia de la Justicia Ordinaria. – PESE A QUE LA APS HA DECIDIDO REVOCAR SU RESOLUCION INICIAL, PERSISTE LA FALTA DE EXPLICACION LEGAL INHERENTE AL TEMA EN CUESTION – DE DONDE*** (sic) ***DERIVA LA COMPETENCIA DE LA APS PARA INMISCUIRSE EN UN TEMA YA DE COMPETENCIA DEL ORGANO JUDICIAL; DE DONDE*** (sic) ***DERIVA SU COMPETENCIA PARA JUZGAR U*** (sic) ***PEDIR EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION (CONTRATO) ?????? – LA RESOLUCION AHORA RECURRIDA NO RESUELVE DICHO TEMA, SALE POR LA TANGENTE Y LO UNICO*** (sic) ***QUE HACE ES EXPLICAR LA COMPETENCIA DE LA APS EN TEMAS GENERALES – JAMAS*** (sic) ***EXPLICA LA COMPETENCIA DE LA APS PARA INMISCUIRSE OFICIOSAMENTE EN UN TEMA QUE ESTA SIENDO VENTILADO EN EL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL !!!!!!! – TAMPOCO EXPLICA SU COMPETENCIA PARA IMPARTIR JUSTICIA Y ORDENAR EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.***

LA APS no puede perder de vista que pese a que se le ha informado que estamos en juicio con el GAMLP y se le ha adjuntado evidencia de dicho extremo e incluso el mismo GAMLP ha admitido dicho extremo, persiste en que se le envíe la constancia de pago del siniestro que reclama judicialmente el GAMLP, extremo que en los hechos deriva SIN LUGAR a duda EN QUE LA APS EN LA PRACTICA (sic) ***ESTA TRATANDO DE INDUCIR A SEGUROS ILLIMANI S.A. AL PAGO DE UN SINIESTRO QUE NO ES ATENDIBLE POR LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN EL PRESENTE MEMORIAL.***

SEÑALAR AHORA QUE LO UNICO (sic) ***QUE ESTA HACIENDO LA APS EN EL CASO ESPECIFICO ES SOLICITAR DOCUMENTACION*** (sic)***, NO ES REAL Y NO GURDA*** (sic) ***AFINIDAD CON LOS HECHO*** (sic) ***PUES A LA APS SE LE ADJUNTARON TODOS LOS DOCUMENTOS REQUERIDOS, QUE DEMUESTRAN QUE ES IMPOSIBLE QUE SE ADJUNTEN CONSTANCIAS DE PAGO PUES EATMS*** (sic) ***EN JUICIO; SIN EMBARGO LA APS HA PESISTIDO*** (sic) ***EN DICHO REQUERIMIENTO SIENDO INDUDABLE QUE LA APS PRETENDE INDUCIRNOS EN UN PAGO QUE NO CORRESPONDE Y CUYA DILUSIDACION*** (sic) ***SE HALLA BAJO COMPETENCIA DEL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL.***

EN RESUMIDAS CUENTAS LA APS NO HA DADO RESPUESTA AL OBJETO DEL ACTO RECURSIVO MEDIANTE EL CUAL HA DEJADO SIN EFECTO LA RA APS/DJ/DS/No 308 - 2014, PRONUNCIADO EN SU LUGAR LA RA AHORA RECURRIDA; PUES JAMAS EXPLICA COMO ES QUE LE COMPETE INMISCURSE (sic) ***EN UN TEMA QUE YA ES DE***

CONOCIMIENTO Y COMPETENCIA DEL ORGANO JUDICIAL. ??????????????????? – SOLICITANDO DOCUMENTOS INEXISTENTES Y HA SABIENDAS QUE LOS MISMOS NO EXISTEN POR EXISTIR UN PROCESO JUDICIAL.

EN CONSECUENCIA LA APS NO PUEDE DEJAR DE VALORAR QUE CON EL GAMLP MANTENEMOS UN PROCESO CIVIL POR EL MISMO E IDENTICO (sic) ***OBJETO ESTABLECIDO EN LA CARTA DE RECLAMO QUE FUE ENVIADA A LA APS POR EL GAMLP Y QUE DIO ORIGEN A LAS NOTAS SUPRA RELACIONADAS Y QUE A RAIZ DE DICHA CARAT*** (sic) ***QUE SOLICTA*** (sic) ***EL PAGO LA APS HA SIDO MAS QUE PERSISTENTE EN SOLICITAR A SEGUROS ILLIMANI S.A. ACREDITEMOS DICHO PAGO.***

EN RESUMIDAS CUENTAS LA APS EN LA RESOLUCION - RECURRIDA SOSLAYA NUETRAS (sic) *PETICIONES Y NO DA RESPUESTA NI A LA NOTA MEDIANTE LA CUAL SE SOLICTA* (sic) *ELEVAR A RANGO DE RESOLUCION* (sic) *MOTIVADA Y EXPLICATIVA EL ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN la nota cite APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 Y SOSLAYAPOR* (sic) *COMPLETO LA nota CITE: PE/O 190/2014 fecha 10 de febrero de 2014, nota que tenia* (sic) *la finalidad de que la APS en el marco de lo señalado en el articulo* (sic) *8 y 9 del D.S. No.- 27175, CONSIDEANDO* (sic) *LO ORDENADO EN LA NOTA APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014* ***EN EL MARCO ESPECIFICO*** (sic) ***DE LOS ANTECEDENTES EXPUESTOS QUE TRATA DE UN HECHO NITIDAMENTE*** (sic) ***CONTROVERTIDO DE COMPETENCIA EXCLUSIVA Y PRIVATIVA DEL ORGANO*** (sic) ***JURISDICONAL*** (sic) ***DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA POR DECISIÓN PROPIA DEL GAMLP.***

Consecuentemente se han vulnerado varias garantías y derechos que gozan de protección constitucional y se hallan amparados en normas específicas de relevancia primordial y que deben ser acatadas por la APS como paso a exponer:

La APS con la finalidad de explicar su competencia en el caso concreto y fundamentar el derecho que le asiste a inmiscuirse en un caso que es de competencia del órgano (sic) *judicial* (sic) *del Estado Plurinacional de Bolivia señala que su competencia deriva del artículo 41 de la Ley de Seguros 1883 de fecha 25 de julio de 1998, sin embargo las normas citadas en dicho punto tal como se hallan redactadas en ningún momento facultan a la APS a inmiscuirse en el juzgamiento de un hecho que ya está siendo juzgado por el órgano* (sic) *judicial* (sic) *del Estado Plurinacional de Bolivia. Mucho menos facultan a la APS a ordenar el cumplimiento de un contrato CONTROVERTIDO!!!!! consecuentemente la APS no ha absuelto en el marco de lo legal y jurídico la interrogante primigenia del objeto de este recurso – De donde deriva su facultad de ordenar el cumplimiento de un contrato (impartir justicia) y de que norma deriva su facultad y potestad legal para inmiscuirse en un hecho nítidamente controvertido cuya conocimiento ya es de competencia del Órgano Judicial – dicha explicación hasta la fecha se halla ausente.*

A estas alturas del proceso la APS no puede venir a señalar que su accionar solo se enmarca en la petición de documentación a Seguros Illimani S.A. pues dicho extremo no condice con sus actos, basta una rápida lectura de las diferentes notas y resoluciones que se han emitido en el presente proceso para concluir que la APS ha rebasado dicho objeto en demasía y que ha realizado análisis y conclusiones a priori alejados del objeto del proceso sin respaldo

jurídico alguno para dicho accionar pues como bien señala la APS esta entidad debió circunscribirse a explicar cuál es la razón por la que pide la acreditación de pago de un siniestro cuando sabe que el mismo se halla en juicio por supuesta falencia en el pago.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia no faculta al Órgano Ejecutivo a juzgar temas controvertidos ni a impartir justicia entre los ciudadanos bolivianos, ello es una facultad privativa del Órgano Judicial; la potestad de impartir justicia y en definitiva resolver una controversia es una facultad que corresponde únicamente al Órgano Judicial conforme lo establece claramente el artículo 179 de la Carta Magna Inc., (sic) *I.:* ***"Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley."****. – El solicitar que acreditemos un pago de una obligación que se halla en conocimiento del Órgano Judicial de Bolivia para determinar su procedencia o no antes de que dicho Órgano se pronuncie, es pretender suplir dicha función privativa del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia.*

En el mismo orden de razonamiento el Título III - Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional -Capitulo (sic) *Primero- Disposiciones Generales de la Carta Magna señala en su artículo 178 inc. I lo* (sic) *siguiente: "****Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos."*** *De donde claramente se desprende que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y ha sido delegada al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional, la APS bajo ningún pretexto puede forzar la Carta Magna y pretender impartir justicia, la Carta Magna no admite excepciones – lo solicitado por la APS en la nota elevada a rango de resolución sin que la APS haya revocado la misma es palmaria demostración de que la APS pretende que se pague dicho siniestro; es más ha hecho un análisis en derecho, incorrecto pero jurídico a nuestra entender, profundo del tema cuando dicho análisis corresponde a la fecha al Órgano Judicial del Estado.*

Así mismo en un accionar fuera de toda legalidad su Autoridad se refiere, a fin de fundamentar su competencia, a la Ley 365 de fecha 23 de abril de 2013 norma a la que le atribuye una suerte de retroactividad. No olvide su Autoridad que los hechos que pretende juzgar sin competencia alguna datan del año 2009 y la ley es del año 2013 es decir que entre la Ley y el hecho concreto existen aproximadamente 4 anos (sic) *!!!!!.*

El extremo señalado en el punto anterior que de por sí ya es aberrante y atenta contra derechos y garantías constitucionales ha servido a su Autoridad para fundamentar las razones legales que se auto atribuye para impartir justicia e

inmiscuirse en asuntos de otro órgano estatal; a fin de clarificar sus dudas sobre la interpretación que debe dar a dicha norma, su Autoridad debe necesariamente remitirse al texto constitucional que absolverá sus dudas sin necesidad de grandes elucubraciones legales, ***SU AUTORIDAD NO ES COMPETENTE PARA ORDENAR EL CUMPLIMIENTO DE NINGUN*** (sic) ***CONTRATO MENOS AUN CUANDO EL MISMO ES CONTROVERTIDO Y SUS EMERGENCIAS Y EVENTUALIDADES ESTAN SIENDO JUZGADAS POR EL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL. No basta ahora que su Autoridad señale que solo quiso solicitar documentación referida al pago del siniestro pues el contenido del proceso mismo nos remite a un escenario absolutamente diferente, su Autoridad analizo*** (sic) ***y tomo*** (sic) ***partida en el presente proceso y a pesar de que conoce y sabe que existe un proceso judicial que debe dilucidar el extremo que ahora se presenta, se alzo contra dicha potestad privativa del Órgano Judicial y mantuvo FIRME Y SUBSISTENTE LA NOTA QUE SOLITA*** (sic) ***ACREDITEMOS EL CUMPLIMIENTO DE UNA SUPUESTA OBLIGACION*** (sic) ***INEXISTETEN*** (sic) ***A NUSTRO*** (sic) ***JUICIO SUPLIENDO FACULTADES QUE NO LES COMPETE.***

Cosa muy diferente seria que pese a un fallo judicial ejecutoriado nuestra institución se estuviera negando a dar cumplimiento al pago de la indemnización caso en el que se aplica lo previsto en el articulo (sic) ***5 inciso II de la Ley 356 de fecha 23 de abril de 2013, traída a colación por su Autoridad en la Resolución objeto del presente recurso -NO ANTES- pues, caso contrario, ello se traduciría en una intención de direccionar los fallos judiciales y en una invasión de competencias privativas del órgano*** (sic) ***judicial*** (sic)**.**

La norma contenida en el articulo (sic) *5 inciso II de la Ley 365 es clara y señala:*

Señala que su Autoridad: ***"verificara*** (sic) ***los hechos****", interpolando ello al presente caso su Autoridad deberá verificar si el incumplimiento con el contrato de seguro es evidente, como hemos visto el único ente capaz de impartir justicia y verificar ello es el Organo* (sic) *Judicial, consecuentemente a fin de* ***"verificar los hechos"*** *conforme manda la norma, su Autoridad deberá exigir el correspondiente pronunciamiento judicial o de órgano competente ejecutoriado que establezca dicho extremo como verdad jurídica inmutable e invariable, caso contrario su Autoridad está incumpliendo con la norma y la está interpretando de modo distinto al previsto en la CPE.*

En el hipotético caso de que su Autoridad insista en la interpretación de dicha norma reflejada en la Resolución ahora impugnada y la justicia ordinaria dirimiera que la reclamación del GAMLP no es atendible, estaría causando un daño a la APS, daño que por nuestra parte reclamaremos con las consiguientes responsabilidades por la función pública establecidas en la Ley SAFCO, y sus reglamentos.

Así mismo la RA ahora recurrida señala (Pg. 7 punto 2. Parágrafo segundo): ***"Que al respecto debe hacerse hincapié en que, el órgano fiscalizador regula la actividad aseguradora y como tal tiene competencia para sancionar a las Entidades bajo su supervisión por contravención al ordenamiento administrativo."*** *– Por nuestra parte no discrepamos con lo señalado en el punto transcrito sin embargo lo señalado en este punto no guarda relación de*

*correspondencia con la nota APS/EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 pues dicha nota señala: "**En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el articulo** (sic) **12 inciso j) de la Ley de Seguros No 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de contrato de seguro."** – Es obvio que no discrepamos con la potestad sancionatoria de la APS en el ámbito de su competencia sin embargo lo que claramente señala la nota cuya parte pertinente hemos transcrito es que enviemos a la APS la constancia y acreditación del cumplimiento del contrato de seguro, extremo que difiere con la explicación contenida en la resolución ahora impugnada, señalando nuevamente que a la fecha no existe explicación alguna desde la perspectiva jurídica, inherente a la competencia que se auto atribuye la APS para pedir el cumplimiento de contrato de seguro y mantener la redacción de su nota IMPUGANADA* (sic) *QUE SOLICITA QUE SE ENVIE* (sic) *DOCUMETACION* (sic) *QUE ACREDITE EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. Explicación que exigimos en el marco de lo previsto al efecto por los artículos 8 y 9 del DS 27175 y en el marco del derecho a petición.*

*Así mismo la APS da por hecho un extremo que está siendo juzgado en un proceso de conocimiento y probanza por ante el Órgano Judicial: La APS da por cierto que el GAMLP a momento de solicitar la ejecución de la póliza **ADJUNTO*** (sic) ***LA RESOLUCION*** (sic) ***MUNICIPAL QUE ACREDITA EL INCUMPLIMIENTO EXTREMO QUE NO ES EVIDENTE Y SE HALLA SOMETIDO A JUZGAMIENTO POR ANTE EL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL REFLEJANDO QUE LA APS SE HALLA EQUIVOCADA Y NO GURDA*** (sic) ***LA ASIMETRIA*** (sic) ***DEBIDA PARA CON LOS ACTORES, DEMOSTRANDO UNA PARCIALIZACION*** (sic) ***PARA CON EL GAMLP ENTIDAD PUBLICA*** (sic) ***QUE NO REQUIERE DE LA AYUDA DE NADIE. – TAN ELOCUENTE ES DICHO EXTREMO QUE SOLICTO*** (sic) ***EN LA NOTA OBJETO DEL PRESENTE RECURSO QUE POR NUETRA*** (sic) ***PARTE ENVIEMOS LA CONTANCIA*** (sic) ***DE PAGO, EN UN ACCIONAR IMPARCIAL HUNIERA*** (sic) ***SOLICITADO UN INFORME Y EL ENVIO*** (sic) ***DE LA DOCUMENTACION*** (sic) ***RESPALDATORIA PERO NO LO HIZO: DIRECTAMENTE SIN REPARO PARA CON NORMA ALGUNA SOLIDCITO*** (sic) ***SE ENVIE*** (sic) ***LA DOCUMENTACION*** (sic) ***DE PAGO Y PESE A SABER QUE LA MISMA ES INEXISTENTE POR ESTAR EL CASO BAJO COMPETENCIA DEL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL PERSISTIO*** (sic) ***EN DICHO EXTREMO.***

En la resolución ahora recurrida la APS ingresa nuevamente en impresiones (sic) *legales, la APS trae a colación citas contractuales contenidos en el contrato que vincula a nuestra entidad con el GAMLP cuando en realidad la APS no tiene facultad alguna para analizar los contratos y administrar justicia en cuanto a los mismos ni a las obligaciones en ellos contenidas ni a dirimir conflictos entre las partes; – no tiene facultad para ordenar pago alguno de obligación alguna.*

CONSECUENTEMENTE LA APS JAMAS (sic) ***DEBIO*** (sic) ***INCLUIR EN SU NOTA APS/EXT. DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 LA SIGUINTE REDACCION*** (sic)***: "En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el articulo*** (sic) ***12 inciso j) de la Ley de Seguros No 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de***

fiscalización documentación que acredite el <u>cumplimiento de contrato de seguro</u>." *Lo que es peor conociendo que dicho cumplimiento de contrato de seguro (obligación) es nítidamente controvertido y no le compete y lo que es peor, siendo de su conocimiento que el cumplimiento de la obligación (CONTRATO DE SEGURO) se halla en juicio y recién con el resultado del mismo se podrá establecer si el incumplimiento que señala la APS.*

Señalar que la RA impugnada contiene una interpretación sesgada de lo que verdaderamente ocurrió, si bien es cierto que por imperio del contrato quedaron nulas las clausulas 4ta y 7ma. de la póliza, no es menos cierto que por nuestra parte jamás hemos renunciado al contenido de los artículos 910 del Código de Comercio y 942 del Código Civil y que jamás hemos estado al tanto de la ampliación de plazo que se dio en el contrato afianzado lo que es peor el siniestro tuvo lugar en vigencia de dicha ampliación; sobre estos puntos la APS gurda (sic) *silencio, exigimos que en el marco del derecho a petición, la APS se pronuncie sobre este punto.*

No existe previsión contractual alguna que señala que el GAMLP o el afianzado se hallen exonerados de dar cumplimiento a los artículos 910 del Código de Comercio y 942 del Código Civil; sencillamente la APS parece haber tomado parte en el asunto y pretende se pague un siniestro a ultranza con responsabilidad personal para con los firmantes de las resoluciones recurridas. Acaso pretende la APS que se paguen siniestros a ciegas, por contratos afianzados cuya vigencia sea modificada indefinidamente a espaldas de los aseguradores, eso es ir contra la industria aseguradora, para ese tipo de razonamientos no habrá reaseguro que acepte afianzar ese tipo de riesgos y el peligro para la industria aseguradora es incalculable. SENCILLAMENTE EL RAZONAMIENTO DE LA APS NO ES LOGICO (sic).

En cuanto a la aplicación del artículo 1028 del Código de Comercio que la APS realiza, ello merece una explicación en el marco del derecho a petición pues dicha norma se halla contenida en el Código de Comercio, TITULO (sic) *III – Del Contrato de Seguro – Capitulo* (sic) *I –* ***<u>Disposiciones Generales</u>*** *– Es Decir* (sic) *que dicha disposición general es aplicable a TODOS LOS CONTRATOS DE SEGURO SIN EXCEPCION* (sic)*, así exista norma particular al respecto. No entendemos de donde la APS saca semejante conclusión y pretende derogar la LEY con una RESOLUCION* (sic) *nada más absurdo, ello merece una explicación detallada en el marco de lo previsto al efecto por el derecho a petición explicación que se halla ausente, así mismo la APS señala, a fin de explicar que el reclamo fue oportuno, en el mismo punto en análisis, que de acuerdo a la clausula* (sic) *12 del condicionado general de las pólizas, LAS ACCIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CAUCION* (sic) *PRESCRIBEN A LOS DOS ANOS* (sic)*. Con lo que la APS confunde el Aviso del siniestro contenido en el artículo 1028 del Código de Comercio con el inicio de acciones emergentes del contrato de seguro. Este punto deberá ser aclarado por la APS pues no se entiende o es que la APS está intentando dar validez a ultranza al reclamo del GAMLP y situarlo como si hubiera sido realizado dentro de termino* (sic) *¿?. Recordemos que las resoluciones de la APS son*

antecedentes para otros casos y no pueden contener imprecisiones del calibre que presentan.

Consecuentemente se han vulnerad (sic) *derechos y garantías constitucionales como paso a exponer:*

1.- PROHIBICION (sic) ***AL DOBLE JUZGAMIENTO.-*** *En atención a este principio constitucional la SC 0962/2010-R de 17 de agosto, con relación a este principio constitucional, señaló:* ***"En cuanto al alcance del principio 'non bis in idem'; es decir, la prohibición de doble sanción*** *y* ***por ende doble juzgamiento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: '...El principio non bis in idem implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad. En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doble mente*** (sic) ***por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual va ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá vulneración al non bis in ídem, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho. Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa, o cuando se le impone una sanción administrativa y otra penal pese a existir las identidades antes anotadas (sujeto, hecho y fundamento)" (las negrillas y el subrayado son nuestras). Consecuentemente, la garantía jurisdiccional del non bis in ídem, podrá invocarse en caso de duplicidad de procesos o de sanciones, frente al intento de sancionar nuevamente a la misma persona, por los mismos hechos y bajo los mismos fundamentos."*** *– Consecuentemente y de acuerdo a los datos y antecedentes relatados estamos frente a un doble juzgamiento. Por un aparte la APS sin proceso alguno pretende impartir justicia sin tener la competencia para ello y ha establecido en la nota ahora elevada a rango de resolución que:* ***"En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el articulo*** (sic) ***12 inciso j) de la Ley de Seguros No 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de contrato de seguro."*** *– Soslayando que dicho extremo se halla bajo juzgamiento por ante el Órgano Judicial, el deber de cumplir o no el contrato siendo el mismo controvertido debe ser analizado por dicho órgano* (sic)*, la APS sin proceso alguno a* (sic) *establecido que debemos cumplir el contrato señala* (sic)*: "****remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de contrato de seguro."*** *Extremo que sin duda constituye un doble juzgamiento, una sanción sin proceso y una invasión de facultades que no competen a la APS.*

2.- SANCION (sic) ***SIN PROCESO.-*** *La nota ahora elevada a Resolución por la APS; nota APS/EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 contiene la siguiente redacción:* ***"En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el articulo*** (sic) ***12 inciso j) de la Ley de Seguros No. 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de contrato de seguro."*** *Es decir que la APS al introducir dicha redacción da por hecho que nuestra entidad ha incumplido el contrato de Seguro y*

que el GAMLP ha cumplido con todos los requisitos legales y contractuales para el pago del siniestro, dicho proceder se traduce ***en una sanción inmotivada sin proceso y no prevista en la norma.*** *Sin que por nuestra parte hayamos tenido la oportunidad de ejercitar el sagrado derecho a la defensa, la APS realiza una apreciación a priori que no explica ni fundamenta y la toma como verdad jurídica irrefutable, frente a dicha inmotivada aseveración jamás hemos podido ejercer defensa alguna, lo que es peor, dicha conclusión hecha a priori por la APS amerita una consecuencia* ***(SANCION*** (sic)***)*** *funesta para nuestra empresa, la misma que deriva en que debamos enviar a dicho ente estatal la acreditación del cumplimiento del contrato de seguro; sanción que nos es impuesta sin siquiera conocer los motivos de la administración, sin siquiera ser sometidos a proceso alguno en el que de manera formal y material podamos ejercer el derecho de defensa y controvertir la conclusión de la APS que arbitraria e inmotivadamente ha obtenido la APS. Al respecto la VINCULANTE Sentencia Constitucional Plurinacional Ha* (sic) *señalado:* ***"SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1894/2004-R Sucre, 10 de diciembre de 2004 III.3. Sobre la prohibición de sanción sin proceso legal Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal en la SC 313/2002-R, de 20 de marzo, indica que: "(...) cuando la Constitución establece que 'Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal' (art. 16.IV), está prohibiendo la imposición de toda sanción sin defensa de ahí que conforme a esto, toda sanción de índole penal impuesta sin la observancia de las reglas anteriores 'se tendrá por no existente e igualmente el procedimiento que la hubiere declarado'... En definitiva, el recurrente fue condenado sin haber sido oído y juzgado previamente en un proceso legal, contraviniendo así el mandato constitucional referido ut supra, situación que debió ser advertida por la autoridad judicial recurrida y al no haberlo hecho, incurrió en una omisión indebida que lesiona la garantía del debido proceso."*** *– Consecuentemente la APS ha juzgado de forma unilateral, como verdad un supuesto que invoca sin explicarlo ni motivarlo, conclusión obtenida de forma sumaria sin que exista derecho a la defensa nos ha condenado con la imposición de una sanción que tampoco se halla prevista en norma alguna cual es la de cumplir un contrato cuyo conocimiento se halla bajo competencia del órgano judicial. De lo señalado es obvio que la ASP ha actuado en evidente infracción a la norma y debe consecuentemente devolver legalidad a sus actos anulando y/o revocando el acto recurrido.*

3.- Violación al principio de la jerarquía normativa y primacía constitucional.- *Este es un principio que rige los actos administrativos, deriva del principio de legalidad y establece que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc. h) de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando establece que:* ***"La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes".***

Frente a cualquier duda que pueda presentarse sobre la aplicación de una norma nos debemos remitir necesariamente a la carta magna, la carta magna establece que la potestad de juzgar, impartir justicia y consecuentemente establecer el cumplimiento de contratos y obligaciones corresponde al Organo (sic) *Judicial, conforme hemos transcrito líneas arriba los artículos pertinentes, por lo que es lógico que si la APS halla alguna surte* (sic) *de incongruencia que le llevaría a pensar que determinada norma le*

otorga facultades de dirimir asuntos litigiosos entre particulares y consecuentemente con ello establecer el cumplimiento de un contrato así sea de seguro, esta entidad debe remitirse a los preceptos básicos contenidos en la CPE y tomar una decisión amparada en la misma, decisión que lógicamente llevara a la APS a apartarse de realizar consideraciones como la contenida en la nota ahora elevada a rango de resolución nota APS/EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 contiene la siguiente redacción: ***"En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el articulo*** (sic) ***12 inciso j) de la Ley de Seguros No. 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de contrato de seguro."***

*Al respecto la VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0790/2012 Sucre, 20 de agosto de 2012 señala: "…****el art. 410.11 de la CPE, que consagra el principio de supremacía constitucional, al señalar que la Constitución es la norma suprema de ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; precepto constitucional que hoy por hoy, resulta infringido por la disposición legal impugnada, la que si bien, conforme apunta el accionante, podía ser considerada conforme o compatible con la Constitución Política del Estado abrogada, en cuyo marco fue sancionada la Ley de Administración y Control Gubernamentales; empero, desde el momento en que por voluntad del constituyente, aprobada mediante referéndum de 2009, se introduce el principio contenido en el art. 324 de la CPE, de imprescriptibilidad de las deudas por daños económicos causados al Estado, la disposición legal en cuestión queda desfasada del nuevo orden constitucional vigente, produciéndose un típico caso de inconstitucionalidad sobreviniente, al haber establecido un régimen de prescripción de las acciones judiciales y obligaciones emergentes de la responsabilidad civil, que actualmente colisiona frontalmente, con un precepto supra legal, que establece exactamente lo contrario, el cual por lo demás tiene carácter de "norma constitucional- principio", que en todo caso prevalece y tiene primacía frente a una "norma legal-regla", como resulta ser el art. 40 de la LACG, por lo que a fin de depurar el ordenamiento jurídico del Estado, se hace necesaria su expulsión de dicho ordenamiento, para así dar vigencia plena al Estado Constitucional de Derecho Plurinacional y Comunitario, adoptado por el constituyente boliviano."*** *Del mismo modo la resolución impugnada en cuanto a la nota elevada a rango de Resolución colisiona con preceptos constitucionales; en este marco la Constitución política del Estado en su artículo 410 establece y consagra el principio constitucional referido a la primacía de la constitución* (sic) *teniendo un segundo rango la Ley y un tercer rango de prelación las demás disposiciones legales, todas deben tener uniformidad y correspondencia la una con la otra, una norma de menor grado no puede colisionar o contradecir una de superior jerarquía mucho menos una nota y ahora una resolución.*

4. VULNERACION (sic) ***DEL DERECHO A LA PETICION*** (sic)***.-*** *Entendemos Que* (sic) *el accionar de la APS ha vulnerado dicho derecho que goza de rango constitucional; frente a una petición realizada por el administrado, dicho ente ha decidido no dar respuesta alguna; ni positiva ni negativa a la petición formulada en dos ocasiones:*

> *Si bien la APS eleva a rango de Resolución la nota cite APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014,* ***JAMAS*** (sic) ***CUMPLE*** *con motivar o de manera alguna explicar y amparar desde la perspectiva jurídica la decisión adoptada en la citada nota,* ***NO***

EXPLICA NI MOTIVA CUALES (sic) ***SON LAS RAZONES LEGALES Y QUE NORMAS AMPARAN A LA APS PARA HABER ADOPTADO LA DECISIÓN CONTENIDA EN LA APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014; NO SE EXPLICAN LAS RAZONES LEGALES Y JURIDICAS*** (sic) ***QUE LA APS TIENE PARA INMISCUIRSE EN UN RECLAMO DE CONTENIDO IDENTICO*** (sic) ***QUE ES DE COMPETENCIA PRIVATIVA Y EXCLUSIVA DEL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA POR DECISION*** (sic) ***PROPIA DEL GAMLP; NO RELACIONA NI INTERPRETA PARA NADA QUE EXISTE UN PROCESO JUDICIAL POR IDENTICO*** (sic) ***CONCEPTO QUE EL QUE PROVOCO*** (sic) ***EL RECLAMO DEL GAMLP ANTE LA APS Y QUE PROVOCO*** (sic) ***LA NOTA CUYO CONTENIDO SE SOLITA*** (sic) ***SEA ELEVADO A RANGO DE RECOLUCION*** (sic) ***– NO SE ENTIENDE DE DONDE*** (sic) ***DERIVA LA POSTESTAD DE LA APS PARA SOLICITAR, DE FORMA IMPERATIVA, EL ENVIO*** (sic) ***DE DOCUMENTACION*** (sic) ***QUE ACREDITE EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION*** (sic) ***QUE SE HALLA EN JUICIO ANTE EL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL.***

Así mismo la APS ha decidido ***SOSLAYAR*** *y no tomar en cuenta la nota CITE: PE/O 190/2014 de fecha 10 de febrero de 2014, nota que tenia* (sic) *la finalidad de que la APS en el marco de lo señalado en el articulo* (sic) *8 y 9 del D.S. No.- 27175 y enmarcándonos en el derecho a petición que goza de rango constitucional explique de forma motivada de donde deriva su competencia para inmiscuirse en un asunto que es claramente controvertido y de competencia de la Justicia Ordinaria; explicando de donde deriva su facultad legal para pedir el cumplimiento de un contrato sin previo juzgamiento alguno.*

La APS ha adoptado una resolución en la que explica su competencia de manera general, sin embargo HA OMITIDO y ha OTORGADO NULA FUNDAMENTACION (sic) ***LEGAL a fin de explicar el caso especifico*** (sic)***: (1) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Organo*** (sic) ***Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato) (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano***(sic) ***judicial***(sic)***.***

Entienda su Autoridad que no buscamos se resuelva la solicitud que hacemos de forma positiva, tan solo queremos entender las razones de la APS para semejante comportamiento, petición que además se halla respaldada por las norma citadas y las VINCULANTES sentencias constitucionales.

La Jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la petición tiene e (sic) *siguiente alcance: SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0981/2012 Sucre, 5 de septiembre de 2012:* ***"El derecho a la petición. En el nuevo orden constitucional, el derecho de petición está reconocido en el art. 24 de la CPE, en el que se hace un desarrollo más amplio que en el art.*** *7* ***inc. h) de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrog*** (sic)***), señalando textualmente que este derecho puede ser ejercido: "...de manera individual o colectiva, sea oral o escrita...", generando una obligación, tanto para autoridades como para particulares, que consiste en otorgar una respuesta formal y pronta; es decir, responder en el menor tiempo y de forma clara. La SCP 0162/2012 de 14 de mayo, estableció que: "Por otra parte la doctrina constitucional, se refiere al derecho de petición como un derecho fundamental del ser humano que***

nace en un sistema social cualquiera que fuese el régimen político, lo que no significa un favor a las personas, sino un reconocimiento de un derecho natural que hoy forma parte de las garantías contenidas en la Constitución Política del Estado vigente, teniendo el Estado como función esencial garantizar su cumplimiento para 'vivir bien' (SC 0235/2010-R de 31 de mayo). De acuerdo a la norma constitucional, el derecho a la petición puede ser ejercido de manera oral o escrita, sin la exigencia de formalidades, pues sólo se requiere la identificación del peticionario. En cuanto a su contenido esencial, la Constitución Política del Estado hace referencia a una respuesta formal y pronta, entendiéndose que ésta, entonces debe ser escrita, dando una respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, dentro de los plazos previstos en las normas aplicables ó, a falta de éstas, en términos breves y razonables. Respecto al derecho de petición este Tribunal, a través de la SC 0310/2004-R de 10 de marzo, estableció que: '...en caso de alegarse la violación del derecho a formular peticiones, corresponde que el recurrente, demuestre los siguientes hechos: a) la formulación de una solicitud expresa en forma escrita; b) que la misma hubiera sido formulada ante una autoridad pertinente o competente; c) que exista una falta de respuesta en un tiempo razonable; y, d) se haya exigido la respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida y no existan otras vías para lograr la pretensión'. Empero, mediante la SC 1995/2010-R de 26 de octubre, se moduló la SC 0571/2010-R de 12 de julio, señalando que: '...el primer requisito señalado por dicha Sentencia, es decir, la formulación de una solicitud en forma escrita no es exigible, pues la Constitución expresamente establece que la petición puede ser escrita u oral. Con relación al segundo requisito que establece que la solicitud debe ser presentada ante autoridad competente o pertinente, se debe precisar que esta no es una exigencia del derecho de petición, pues aún cuando la solicitud se presente ante una autoridad incompetente, ésta tiene la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando, en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario; conclusión a la que se arriba por el carácter informal de! derecho a la petición contenido en la Constitución Política de! Estado, que exige como único requisito la identificación del peticionario, y en la necesidad que el ciudadano, encuentre respuesta y orientación respecto a su solicitud, en una clara búsqueda por acercar al administrado con el Estado, otorgándole a aquél un medio idóneo para obtener la respuesta buscada o, en su caso, la información sobre las autoridades ante quienes debe acudir, lo que indudablemente, fortalece el carácter democrático del Estado boliviano'. En ese entendido, cuando la petición es dirigida a un servidor público, éste debe orientar su actuación en los principios contemplados en el art. 232 de la CPE, entre otros, el principio de compromiso e interés social, eficiencia, calidad, calidez y responsabilidad. Respecto al tercer requisito, el mismo es compatible con el texto de la Constitución vigente, pues sólo si en un plazo razonable, o en el plazo previsto por las normas legales -si existiese- no se ha dado respuesta a la solicitud se tendrá por lesionado el derecho a la petición. Finalmente, el cuarto requisito, referido a que el peticionante debe haber reclamado una respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida, corresponde señalar que dicho requisito es exigible cuando dichos medios de impugnación estén previstos expresamente en el ordenamiento jurídico con dicho objetivo, es decir, resguardar el derecho de petición; a contrario sensu, no será exigible cuando no existan esos medios; pues, se entiende que este derecho -como se tiene señalado- busca acercar al

administrado al Estado, otorgando a la persona de un instrumento idóneo, expedito e inmediato para acudir ante el servidor público con la finalidad de requerir su intervención en un asunto concreto o de solicitar una determinada información o documentación que cursa en poder de esa autoridad. Lo señalado también se fundamenta en la naturaleza informal del derecho de petición y en el hecho que el mismo sea un vehículo para el ejercicio de otros derechos que requieren de la información o la documentación solicitada para su pleno ejercicio; por tal motivo, la respuesta solicitada debe ser formal y pronta, dando respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, dentro de un plazo razonable. Consecuentemente, para que la justicia constitucional ingrese al análisis de fondo de la presunta lesión al derecho de petición, es exigible: 1. La existencia de una petición oral o escrita; 2. La falta de respuesta material y en tiempo razonable a la solicitud; y, 3. La inexistencia de medios de impugnación expresos con el objetivo de hacer efectivo el derecho de petición' (SC 1434/2011-R de 10 de octubre). Rememorando la SC 0299/2006-R de 29 de marzo, respecto al derecho a petición en relación al silencio administrativo, concluyó que el derecho de petición "...no encuentra satisfacción en el silencio administrativo negativo, porque su contenido esencial y legal es el de generar una respuesta formal y motivada por escrito, que resuelva el fondo del asunto peticionado, sea notificado al peticionante y en el plazo de ley; por tanto, el silencio administrativo negativo no exime la responsabilidad de las autoridades administrativas por lesión del derecho a petición, afectación que puede ser reclamada en la vía de la jurisdicción constitucional, y también en la ordinaria, pudiendo el afectado por falta de respuesta acudir a la que corresponda de acuerdo a ley". Entendimiento compatible con lo previsto en el art. 24 de la CPE. "

Consecuentemente, la APS no ha dado cumplimiento a la ***VINCULANTE*** *Sentencia Constitucional citada; frente al requerimiento de Seguros Illimani S.A. contenido en las citadas notas el ente regulador* ***HA MANTENIDO SILENCIO****, dicho ilegal acto se halla contenido en la resolución ahora recurrida que no atiende el contenido material de las notas APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 y nota CITE: PE/0190/2014 de fecha 10 de febrero de 2014 conforme hemos relacionado.*

La Resolución ahora impugnada al igual que los actuados previos ha soslayado nuestras peticiones (es decir la misma no se ha resuelto) hasta la fecha no hemos recibido explicación alguna de los fundamentos legales que tiene la APS para acreditar su competencia en el caso concreto: ***(1) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Órgano Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato), (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano*** (sic) ***judicial*** (sic)**.** *hasta* (sic) *la fecha no hemos recibido una respuesta* ***FORMAL Y MOTIVADA*** *sobre nuestra petición de que la APS explique cual* (sic) *su competencia para inmiscuirse en un asunto que es probadamente y actualmente de competencia del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia, las respuestas requeridas sencillamente han sido* ***SOSLAYADAS – a la fecha no existe respuesta alguna a ninguno de nuestros requerimientos; SI BIEN LA APS HA ELEVADOA*** (sic) ***RANGO DE RESOLUCION*** (sic) ***LA NOTA REQUERIDA JAMAS*** (sic) ***HA JUNDAMENTADO*** (sic) ***NI MOTIVADO EL CONTENIDO DEL ACTO***

JURIDICO (sic) ***CONTENIDO EN LA CITADA NOTA NI HA HECHO CONOCER A ESTA EMPRESA EN CALIDAD DE ADMINISTRADA DE DONDE*** (sic) ***DERIVA SIU*** (sic) ***COMPETENCIA EN EL CASO ESPECIFICO*** (sic) ***Y CONSIDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS*** (sic) ***DEL CASO YA EXPUESTAS; No se ha explicado (1) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Órgano Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato) (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano*** (sic) ***judicial*** (sic) **..** (sic.)

Hechos estos que así expuestos denotan una flagrante vulneración al derecho a petición.

2.- FALTA DE MOTIVACION (sic)***.-*** *En el caso especifico* (sic) *no solo que se ha dado la falta de motivación en la resolución recurrida sino que la APS no se ha referido para nada a nuestros argumentos; si bien ha elevado a rango de resolución la nota APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 jamás a* (sic) *fundamentado los argumentos legales de la APS para haber adoptado la decisión contenida en dicha nota que solicita se remita LA ACREDITACION* (sic) *DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, NI HA EXPLICADO LO SIGUINTE* (sic)*:* ***(1) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Órgano Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato) (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano*** (sic) ***judicial*** (sic) **..** (sic.)

En consecuencia dicho acto constituye un acto inmotivado de su Autoridad el mismo que lesiona derechos y garantías constitucionales conforme la ***VINCULANTE*** *Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala:* ***"En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras)."****. – VINCULANTE Sentencia Constitucional que es plenamente aplicable a su Autoridad por imperio de los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 que señala que todo acto administrativo debe ser fundamentado; expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto así como la causa del mismo y el derecho aplicable, extremos que se hallan AUSENTES en la Resolución recurrida PUES EL TEMA ESPECIFICO* (sic) *CONSULTADO HA SIDO SOSLAYADO.*

Así mismo hacemos nuestra la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ - SIREFI No. 044/2013 de fecha 9 de julio de 2013 en la que en un caso idéntico al presente el Ministerio de Economía y Finanzas ha determinado entre otros como vulnerado el

derecho que asiste a los particulares y administrados a contar con un acto administrativo debidamente motivado y fundamentado.

LA APS PARECERIA (sic) ***QUE HA DECIDIDO APARTARSE DE LOS LINEAMIENTOS GENERALES IMPARTIDOS POR DICHO MINISTERIO Y DE LAS NORMAS LEGALES QUE AMPARAN EL ACCIONAR DE TODA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.***

3.- INCOMPETENCIA DE LA APS.- *Es claro colegir que en un caso como el que nos ocupa en el que existe un proceso civil sobre el mismo extremo que invoca el GAMLP; la APS debe explicar su competencia en el caso especifico* (sic) *dada la circunstancia del caso.*

Deberá explicar: ***(1) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Órgano Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato) (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano*** (sic) ***judicial*** (sic) ***.*** (sic.)

La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo ano (sic) *ha establecido claramente lo siguiente:* ***"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana..."(SIC)*** *– La competencia del ente regulador, en este caso de la APS se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad de seguros, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república –* ***MAXIME*** (sic) ***SI YA EXISTE UN PROCESO JUDICIAL SOBRE IDENTICO*** (sic) ***OBJETO QUE EL QUE RECLAMA EL GAMLP ANTE LA APS Y LA APS ESTA AL TANTO DE DICHO EXTREMO*** *–, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la* ***Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005 CUYO CONTENIDO DEBE RESPETAR LA APS POR NO REFERIRSE CIMPLEMENTE*** (sic) ***A TEMAS INHERENTES A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS SINO QUE VINCULAN A TODAS LAS AUTORIDADDES DE SUPERVICION*** (sic) ***DEL AMBITO*** (sic) ***FINANCIERO EN BOLIVIA.***

En este sentido, no es posible que la APS se limite, ***a fin de salir del paso****, a establecer la Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo ano* (sic) *regula únicamente la actividad de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras sino que debe relacionar las Resoluciones Jerárquicas que oponemos y explicar claramente su competencia para: ORDENAR EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO o* (sic) *ORDENAR SE REMITA LA CONSTANCIA DE SU CUMPLIMIENTO CUANDO DICHO EXTREMO ES DE COMPETENCIA DEL ORGANO* (sic) *JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA POR SER DE SU CONOCIMIENTO LA EXISTENCIA DE UN PROCESO JURISDICCIONAL, PRESENTADO PREVIAMENTE ANTE EL JUZGADO TERCERO DE PARTIDO EN*

LO CIVIL, CON IDENTICO (sic) *OBJETO AL RECLAMO EFECTUADO ANTE LA APS POR EL GAMLP.*

Así mismo y en el marco específico de la competencia que asiste a la APS solicito tener en cuenta los siguientes conceptos legales que expongo que solcito en virtud al derecho a petición sean interpretados por su Autoridad a momento de emitir la correspondiente resolución:

> *El artículo 5, parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que los órganos administrativos tengan competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.*
>
> *Teniendo en cuenta las previsiones legales señaladas y lo dispuesto por el artículo 979 del Código de Comercio, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura.*
>
> *De acuerdo a la técnica aseguradora, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal, acepta que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura y no sujeto a exclusiones; lo contrario implica la inobservancia de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden.*
>
> *Desde el momento en el que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización tiene un plazo de sesenta (60) días para proceder al pago, sólo si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros y no antes.*
>
> *Si la aseguradora no acepta el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura bajo las condiciones establecidas en la póliza) no se hubiese producido, en los términos previstos en la póliza y si el asegurado considera que se hubiese producido (como se puede advertir de los requerimientos efectuados por el Gobierno Autónomo Municipal de El Alto* (sic)*), la Ley de Seguros en su artículo 39 y las propias pólizas (condicionado general) contratadas por el citado ente público prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Conciliación y Arbitraje.*
>
> *La APS no puede atribuirse, si la competencia que ejerce no se le hubiese atribuido legal o reglamentaria, de acuerdo a lo previsto por el artículo 4 inciso c) y el artículo 5 parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley de Seguros y la cláusula décima cuarta de las Pólizas, por lo tanto, no puede actuar al margen del*

ordenamiento jurídico.

La APS tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora, como ocurre en materia bancaria o en otros sectores sujetos a regulación, teniendo en cuenta que las decisiones que asuma pueden incidir en el (sic) *resolución de una controversia de hecho o de derecho, lo que no ocurre en materia bancaria, hidrocarburífera, eléctrica y otros, ésta es la razón por la cual la Ley de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias.*

En la resolución ahora recurrida en los hechos la APS, ***está resolviendo una controversia de hecho y de derecho (SE SOLICTA*** (sic) ***EL ENVIO*** (sic) ***DE DOCUMENTACION*** (sic) ***QUE ACRDITE*** (sic) ***EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE SEGURO)****,* ***por lo tanto, está usurpando competencias que no le han sido atribuidas, afectando de nulidad de pleno de derecho la resolución recurrida, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso a) del parágrafo I del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo – y nuestra Carta Magna****, correspondiendo su revocatoria –* ***MAXIME*** (sic) ***CONSIDERANDO QUE IDENTICA*** (sic) ***RECLAMACION*** (sic) ***A LA CONTENIDA EN A*** (sic) ***NOTA DEL GAMLP REMITIDA A LA APS ES DE CONOCIMIENTO DEL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.***

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4, como hemos anotado, consagra los principios generales de la actividad administrativa; es decir, de la actividad que ejecuta la Administración Pública. Uno de estos principios, es precisamente el de sometimiento pleno a la ley, que está previsto en el inciso c) del citado artículo, lo que conlleva la obligación de la Administración Pública de circunscribir su actuación estrictamente a la ley.

Precisamente, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 5.1., al normar la competencia de los órganos públicos, dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

Por lo tanto, la Administración Pública, si pretende circunscribir su actuación a la legalidad, de acuerdo a lo previsto por el inciso c) del artículo 4 de la LPA, para dictar actos administrativos debe ser competente tal como lo exige el artículo 5.1 de la citada Ley y esta competencia o atribución de potestad debe atribuirse por la Constitución, la ley o el reglamento, en el presente caso no existe norma alguna que faculte a la APS a actuar de la manera que lo hizo con respecto al acto impugnado.

La atribución a la Administración Pública de una determinada competencia tiene que ser autorizada previamente por una norma, si esa norma previa falta o no existe, el órgano administrativo implicado en el mismo será manifiestamente incompetente para actuar. La competencia es la medida de potestad atribuida a cada órgano, de forma que no puede haber competencia si no hay previamente una potestad atribuida por la Constitución, la ley o el reglamento.

En la atribución de competencia concurren dos elementos, primero, la

declaración de competencia es siempre efecto de una declaración normativa (Constitución, ley o reglamento) y, segundo y en consecuencia, el ejercicio de la atribución en defecto o ausencia de dicha declaración implica una acción administrativa de facto no respaldable por el ordenamiento jurídico o una usurpación de funciones, en cualquiera de los dos casos se está en presencia una actuación por órgano manifiestamente incompetente como en el caso que nos ocupa.

La atribución de potestades a la Administración Pública tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución no es más que una consecuencia del sentido general del principio que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar, lege silente, la Administración carece de poderes, pues no tiene otro que los que la ley le atribuye.

El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Constitución, la ley y el decreto ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho.

Desde el punto de vista abstracto un poder jurídico indeterminado es una contradicción con el sistema de derecho, para el cual es consustancial la existencia de límites, un derecho ilimitado pondría en cuestión la totalidad del ordenamiento, porque esa ilimitación destruiría todos los demás derechos, los haría imposibles.

El principio de la tasa o mensurabilidad de toda y de cualquier competencia pública informa que no hay poderes administrativos ilimitados o globales, todos son y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito, tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente.

Finalmente, la Ley del Procedimiento Administrativo al normar el acto administrativo incluyó, en su artículo 31, las causales de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Uno de las causas o supuestos de nulidad de pleno derecho es la ausencia de competencia, extremo que deriva de nuestra Carta Magna; es decir, que son nulos los actos administrativos que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia.

La nulidad por vicio de incompetencia es el primero de los vicios de orden público de los actos administrativos. La falta de potestad es el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos y se halla sancionado con la nulidad conforme lo dispone nuestra Carta Magna.

Ahora bien, establecido como está que: i) la Administración Pública, en este caso la APS, debe actuar y, consecuentemente, dictar actos administrativos en el ámbito de su competencia, si pretende actuar legalmente; ii) la competencia sólo puede ser atribuida a la Administración Pública, en este caso a la APS, a través de la Constitución, la ley o el decreto supremo; iii) la atribución de potestades o competencias a la Administración Pública (APS) solo puede ser expresa y específica; es decir, que la atribución de una competencia se debe efectuar en concreto y determinado, porque no caben poderes inespecíficos,

indeterminados o totales; iv) si el órgano público, en este caso la APS, dicta un acto administrativo en ausencia de la atribución de competencia en forma expresa y específica, implica una acción administrativa de facto no respaldable por el ordenamiento jurídico y una usurpación de funciones, con lo cual, se está en presencia una actuación por órgano manifiestamente incompetente; y, v) la Administración Pública (APS) si actúa sin competencia en los términos expuestos, dictando un acto administrativo, genera la nulidad de pleno derecho del acto administrativo dictado conforme la carta magna en actual vigencia.

En el presente caso, se tiene:

> *La APS dicto* (sic) *la R.A. IMPUGNADA SIN EXPLICAR SU COMPETENCIA, SIN SENALAR* (sic) *DE DONDE* (sic) *DERIVA SU COMPETENCIA Y POTESTAD LEGAL PARA HABER DETERMINADO LO ESTABLECIDO EN LA NOTA APS.EXT.DS/357/2014 DE FECHA 5 DE FEBRERO DE 2014.*
>
> *Las funciones de la APS están previstas en el artículo 41 de la Ley N° 1883 de Seguros y son las siguientes:*
>
> > *Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarias y auxiliares del seguro.*
> >
> > *Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector y de la propia Superintendencia.*
> >
> > *Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.*
> >
> > *Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros.*
> >
> > *Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*
>
> ***Ninguna de las funciones señaladas en el articulo*** (sic) ***relacionado faculta a la APS a dictar la Resolución ahora impugnada, no establece dicha norma ni ninguna existente que la APS pueda invadir competencias que pertenecen a otro órgano del estado*** (sic) ***plurinacional*** (sic) ***de Bolivia. No existe norma alguna que establezca que la APS a pesar de conocer que existe un proceso judicial por idéntico concepto que el reclamado por el GAMLP ante la APS pueda soslayar dicho extremo y ordenar el cumplimiento de un contrato O EL ENVIO*** (sic) ***DE DOCUMENTACION*** (sic) ***QUE ACREDITE SU CUMPLIMIENTO QUE EN LAPRACTICA*** (sic) ***ES EXACTAMENTE LO MISMO. Ninguna de dicha normas*** (sic) ***faculta a la APS a intervenir en los siguientes asuntos ni explican la competencia de dicho ente estatal para explicar su competencia en: (1) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Órgano Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato) (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para***

pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano (sic) ***judicial*** (sic) **..** (sic.)

c. *Las atribuciones de la APS están previstas en el artículo 43 de la Ley N° 1883 de Seguros y son las siguientes:*

Otorgar, modificar y revocar las autorizaciones de funcionamiento y los registros de las personas sujetas a su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley y sus reglamentos.

Autorizar el funcionamiento, fusión y modificación de estatutos de las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Supervisar la conformación de los márgenes de solvencia y reservas técnicas, así como la aplicación de las normas de inversión que establece la presente Ley.

Ordenar restricciones a la emisión de pólizas o renovación de las anteriores, cuando no se haya cumplido con los incrementos destinados a los márgenes de solvencia o con el mantenimiento de las reservas técnicas.

Establecer y actualizar métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros.

Ordenar la conciliación periódica de las cuentas de reaseguros.

Establecer el registro de corredores y reaseguradores que operen en el mercado nacional.

Determinar normas contables y establecer planes únicos de cuentas para las entidades aseguradoras y reaseguradoras por cada modalidad y para las personas intermediarías y auxiliares del seguro.

Ordenar inspecciones o auditorías, a las entidades y personas bajo su jurisdicción.

En caso necesario, disponer la intervención y disolución de las entidades bajo su jurisdicción y en caso necesario, fiscalizar la liquidación voluntaria o forzosa de las mismas.

Autorizar la cesión de cartera voluntaria entre entidades aseguradoras y reaseguradoras y disponerla cuando fuere obligatoria.

Elaborar las estadísticas técnicas y las biométricas y exigir su publicación.

Autorizar a las empresas de auditoría habilitadas para el mercado de seguros, así como fijar sus términos de referencia.

Llevar una central de riesgos, vinculada con la Asociación Sectorial y la Central de Riesgos del Sistema Bancario.

Publicar mensualmente los estados financieros de las entidades bajo su jurisdicción.

Proponer normas al Poder Ejecutivo.

Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.

Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley.

En consecuencia se pueden obtener las siguientes conclusiones:

Dentro de las funciones, objetivos y atribuciones de la APS no se encuentra la de dictar resoluciones con el contenido y alcance establecidos en el Acto impugnado – Máxime considerando el caso especifico (sic) *de que el mismo asunto se halla en conocimiento del Organo* (sic) *Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. Por lo tanto, ni la Constitución, ni la ley ni el reglamento le ha atribuido a la APS la competencia expresa y específica de dilucidar controversias entre los particulares, controversias que anteladamente son de competencia del Órgano Judicial del Estado, con la evidente peligrosidad de que se dicten resoluciones contraria por parte del Estado.*

Si la APS tuviera la competencia de dilucidar asuntos controvertidos entre los particulares que se hallan sometidos anteladamente a la competencia del Organo (sic) *Judicial, esta atribución tendría que estar prevista en la Constitución, una Ley o un decreto supremo y, obviamente, no está.*

La función de la APS prevista en el inciso c) del artículo 41 de la Ley de Seguros, que es la de proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros, sólo se circunscribe a los alcances del artículo 38 y 39 de la Ley N° 1883 de Seguros.

La APS no puede pretender atribuirse las facultades atribuidas por ley a los Órganos Jurisdiccionales de Administración de Justicia y a los Órganos Arbitrales definidos por Ley.

5.- En el mismo marco de antecedentes y línea jurisprudencia hallan coincidencia los siguientes antecedentes.-

Los extremos inherentes al cumplimiento o incumplimiento de los contratos son atribución de la APS, ello ha sido ya tratado en varias resoluciones uniformes de los entes reguladores estatales, cualquier cuestión relativa al cumplimiento o incumplimiento de los contratos es potestad privativa y exclusiva de los jueces ordinarios y en su caso de los tribunales arbitrales, la APS no puede invadir competencias ajenas su (sic) *accionar se halla claramente delimitado por las normas que la regulan y en ningún caso puede interferir con competencias que no le corresponden. La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo ano* (sic) *ha establecido claramente lo siguiente:* ***"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las***

entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana..." (SIC) *– La competencia de la APS se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad aseguradora y de pensiones; cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república y de los tribunales arbitrales, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 (adjunta) en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005 (adjunta).*

A esto debe sumarse que el caso especifico (sic) *expuesto trata de un tema que anteladamente ha sido sometido a la competencia de los juzgados ordinarios por el propio GAMLP.*

<u>6.- Quebrantamiento del Principio de Uniformidad</u>.- *Una misma situación fáctica presentada ante el Estado Plurinacional de Bolivia, independientemente de ante que Organo* (sic) *sea presentada dicha situación no puede ameritar dos pronunciamientos; el Estado debe garantizar que los Órganos que lo componen, frente a un mismo extremo factico* (sic) *que se presenta guarde UNIFORMIDAD en el tratamiento que otorga a dicho extremo; no puede suceder que por un lado uno de los Órganos del Estado se pronuncie de una manera para que luego otro Órgano del Estado lo haga de forma diametralmente opuesta a dicho pronunciamiento. Lo señalado puede ocurrir en el presente caso pues un Órgano del Estado a través de la APS se ha atribuido una competencia que no le asiste y ha ordenado el cumplimiento de un contrato, cuando se le ha solicitado una explicación sobre su competencia ha soslayado otorgarla, y lo que es peor a* (sic) *emitido dicho acto administrativo a sabiendas de que el tema, anteladamente era de conocimiento de otro Órgano del Estado.*

Sencillamente lo ocurrido es aberrante y en los hechos trastoca seriamente principios básicos de la vida en democracia y del Estado de Derecho existiendo el riesgo cierto de que el Estado a través de sus Organos (sic) *se pronuncie de una manera específica y de otra en otro de sus Organos* (sic), *pues ha sucedido que un mismo hecho una misma situación está siendo dilucidad en el fondo por dos Organos* (sic) *estatales, necesaria e imperativamente uno de ellos es competente y el otro no lo es no puede existir una competencia concurrente en dos Órganos del Estado para administrar justicia y pedir el cumplimiento de un contrato, solo puede existir un Órgano competente del Estado no dos.*

Interpolando dicha situación inédita solicito a su Autoridad tomar en cuenta, en lo conducente la VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0170/2007-R Sucre, 21 de marzo de 2007 que señala: ***"la Corte Suprema debe guardar uniformidad en sus fallos dotando de seguridad jurídica a los litigantes, y si bien tiene facultad para cambiar su línea jurisprudencial, debe hacerlo cumpliendo con la fundamentación debida de manera que las partes en juicio no se sientan lesionados en sus derechos fundamentales, como en el caso presente en el que dos supuestos fácticos idénticos,***

son resueltos de forma diferente, contradictoria, sin que sea suficiente el esgrimir que se puede apartar de un falto aislado, olvidando que es el precedente en el caso concreto y que para modificarlo debe hacerlo a través de una fundamentación objetiva y razonable. Por lo relacionado, se constata que existe contradicción entre ambos Autos Supremos, cuyos supuestos fácticos son análogos, y sin embargo han sido resueltos de forma diferente, lo que constituye una vulneración no solo a la seguridad jurídica sino también al principio de igualdad y del debido proceso, conforme lo ha establecido este Tribunal, en la Sentencia Constitucional citada, y en la que se concluyó: "(…) al existir dos Resoluciones contradictorias pronunciadas sobre la misma problemática, se ha quebrantado incuestionablemente la seguridad jurídica, entendida como '(…) … …. (sic) ***toda vez que el hecho de que sea el mismo órgano jurisdiccional (la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia) el que defina de manera distinta dos problemáticas jurídicas iguales, esto es, la interpretación de los alcances de los preceptos jurídicos mencionados precedentemente, determina el quebrantamiento del principio constitucional aludido, lo que hace que sea aplicable al caso la tutela que brinda el art. 19 de la CPE; …***

En el caso que se examina, la falta de uniformidad de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, supone un quebrantamiento del orden jurídico por atentar contra la seguridad jurídica y el principio de igualdad al que todo ciudadano tiene derecho, debido a que quien debe definir el significado y alcance de las disposiciones que integran el derecho en sus distintas ramas es la Corte Suprema de Justicia; en cuyo mérito, la falta de uniformidad sobre la interpretación de la legalidad ordinaria, origina sin duda alguna inseguridad jurídica en el tratamiento y aplicación de las normas, ***por cuanto, la igualdad en la aplicación de la ley impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. "***

Así mismo este principio es aplicable al contenido mismo de la resolución ahora impugnada pues por un lado dicha resolución dice que el objeto de todo proceso sancionatorio es el de imponer una sanción y que el objeto de los procesos jurisdiccionales es el de hacer cumplir una sanción, consecuentemente no se entiende cómo es que no se deja sin efecto la nota elevada a resolución mediante la resolución constancia del cumplimiento de un contrato que conoce se halla en juzgamiento por ante el Órgano Judicial ?????

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso Jerárquico solicito a su Autoridad revocar el Acto impugnado dejando sin efecto la nota elevada a rango de resolución o en su defecto ordenar a la APS explicar punto por punto, a fin de no lesionar derecho y garantías constitucionales los extremos traídos a colación en el presente recurso especialmente los siguientes:

(1) De donde (sic) ***deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Órgano Judicial, (2) Cual*** (sic) ***es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde*** (sic) ***deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato) (4) De que*** (sic) ***norma deriva su competencia para***

pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano (sic) ***judicial*** (sic) **..** (sic)

Ello en el marco de lo establecido en la nota elevada a rango de resolución: nota APS/EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 contiene la siguiente redacción: ***"En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el articulo*** (sic) ***12 inciso j) de la Ley de Seguros No. 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de contrato de seguro." – Extremo que en la práctica tiene idéntico peso a pedir el cumplimiento de un contrato, especialmente cuando la APS persiste en su accionar a sabiendas de que dicha documentación no existe pues nos hallamos en juicio por dicho extremo***…"

7.2. Alegatos del tercer interesado.-

Mediante memorial presentado en fecha 12 de agosto de 2014, el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**, como tercer interesado, hizo presente sus alegatos, con contenido similar al de su memorial de fecha 12 de junio de 2014 (correspondiente al Recurso de Revocatoria) ya supra relacionado.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Dentro del proceso de contratación correspondiente a la Licitación Pública Internacional No. LPA-002/2007, el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** suscribió el contrato GMLP-2708/2008 de 24 de noviembre de 2008 con la Asociación Accidental "Ciudad Limpia", sobre concesión del servicio de aseo urbano en sectores de ladera (este y oeste) de la ciudad de La Paz.

En cumplimiento de los márgenes normativos que ello exige, la Asociación Accidental "Ciudad Limpia" (a los efectos que se señalan, la afianzada) presentó la Póliza de Seguro No. 92-24- LPCS080041, emitida por la fiadora **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, por el monto de Bs374.187.00.- (son trescientos setenta y cuatro mil ciento ochenta y siete 00/100 bolivianos), en favor del **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** (el beneficiario).

La póliza de referencia, en sus condiciones particulares, refiere que la fiadora se

compromete al pago de la suma garantizada, en caso de incumplimiento del contrato por parte de la afianzada, contra presentación del "*DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN INMEDIATA A PRIMER REQUERIMIENTO*".

Se infiere que ante el suceso del incumplimiento (la contingencia prevista), el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** solicitó la ejecución de la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411 el 27 de agosto de 2009, mediante nota D-A.G.-U.P.C. of Nº 3942/09, adjuntando al efecto la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009 (el *documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo*), no obstante lo cual, la fiadora **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** no salió al resarcimiento contratado conforme lo previsto en la póliza supra mencionada, circunstancia por la cual, el beneficiario presentó su reclamo contra la misma, por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, y mediante nota DJ No. 414/2013 presentada en fecha 28 de noviembre de 2013, solicitando se la conmine a efectivizar el pago en estricto cumplimiento del artículo 43° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros)

En la sustanciación del reclamo señalado, se produjo el intercambio de correspondencia entre el Ente Regulador (notas APS/DS/JTS/20796/2013 y APS/DS/JTS/21032/2013) y **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** (ídem PE/2681/2013), emitiendo el primero, en definitiva, la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, por el que instruye a la otra, para que en el plazo de tres días hábiles administrativos, le remita la documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguro referido.

En respuesta a ello, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, mediante nota PE 0215/2014 de 10 de febrero de 2014, solicita se consigne el contenido de la nota APS.EXT.DS/357/2014 en una Resolución Administrativa, lo que, sopesando la revocatoria inicial dispuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 308-2014 de 17 de abril de 2014 (en razón a una "*falta de fundamentación y motivación*", supra relacionada), dio lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014, y, habiéndose interpuesto Recurso de Revocatoria contra esta última, a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014, confirmatoria de la anterior, dando entonces lugar al Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

> **Código de Comercio:**
>
> "…***Art. 1028.- (AVISO DEL SINIESTRO)***. *El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado. Este plazo no se aplica si se señala otro diferente en seguros específicos de este Título. Los términos señalados pueden ampliarse mediante*

cláusula del contrato pero no reducirse.

No se puede invocar retardación u omisión del aviso cuando el asegurador o sus agentes, dentro del plazo indicado, intervengan en el salvamento o comprobación del siniestro al tener conocimiento del mismo por cualquier medio…"

Ley Nº 1883 de 25 junio de 1998 (de Seguros):

"…***ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*

> ***Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista*** (…)
>
> *…Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero* (…)
>
> …***Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos***.

Las entidades aseguradoras serán responsables de los contratos realizados en su nombre por los intermediarios del seguro con los asegurados, tomadores y beneficiarios de los mismos (…)

ARTÍCULO 41.- FUNCIONES y OBJETIVOS.- *La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos.*

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro.

b) Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector y de la propia Superintendencia.

c) ***Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros***.

d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros.

e) ***Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos***…"

Ley Nº 365 de 23 de abril de 2013 (de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas):

"…***Artículo 4. (EJECUCIÓN).***

La ejecución de las pólizas de seguro de fianzas en las que participen como beneficiarías entidades del sector público, es un derecho privativo de las entidades beneficiarías que será ejercido con la presentación única y exclusiva

del ejemplar original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada por el responsable correspondiente o la Máxima Autoridad Ejecutiva – MAE, de la entidad beneficiaria.

Para el caso de las pólizas de seguro de fianzas que garanticen la correcta inversión de anticipo, la ejecución se realizará por la parte no invertida o indebidamente invertida y no resarcida por el afianzado, debiendo en este caso la entidad beneficiaría presentar adicionalmente al documento señalado en el parágrafo anterior, el "Informe de Saldos a Favor o en Contra", elaborado por la misma entidad beneficiaria.

La entidad aseguradora deberá hacer efectiva la indemnización de las pólizas de seguro de fianza en las que participen entidades del sector público, en el plazo máximo de quince (15) días calendario computables a partir de la recepción del (los) documento(s) señalado(s) en los parágrafos precedentes del presente Artículo. Ninguna circunstancia, requerimiento de información o documentación distinta a la establecida en la presente Ley. o controversia entre las partes intervinientes en una Póliza de Seguro de Fianza, en la que participe como beneficiaria una entidad del sector público, condicionará o será causal de demora o suspensión de pago de la indemnización correspondiente.

La determinación y documentos que sustentan la ejecución de las pólizas de seguros de fianzas, objeto de la presente Ley. es responsabilidad de la servidora o del servidor y de las servidoras y los servidores públicos ante el fiador y ante las autoridades competentes. Los actos o hechos que deriven de la ejecución inconsistente o incorrecta de estas pólizas, serán sujetos a las responsabilidades legales respectivas.

Artículo 5. (NEGACIÓN O INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN).

Cumplidas las formalidades que establece la presente Ley. para la ejecución de las pólizas de seguros de fianzas, la negación o incumplimiento de pago de la indemnización por la entidad aseguradora en el plazo previsto, determinará el registro de la operación como "siniestro en mora" y la constitución de reservas especiales que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establecerá mediante reglamento, sin perjuicio de otras medidas que correspondan.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a denuncia de la entidad beneficiaría o a instancia propia, verificará los hechos y en su caso iniciará el correspondiente proceso sancionador por incumplimiento en el pago de la indemnización. Este proceso no admitirá deliberación respecto al contrato principal entre afianzado y beneficiario…"

Resolución Administrativa IS/Nº 751 de 11 de septiembre de 2007:

(Cláusula a Primer Requerimiento):

"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, RENOVABLE Y DE

EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO.

Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, ***quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4ª (Modificación del Contrato principal) y 7ª (Otras cauciones) de las Condiciones Generales de la Póliza***.

En este entendido, en caso de siniestro, el Fiador indemnizará al Beneficiario el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial alguno.

La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento*, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2. Irrecurribilidad de actos administrativos no definitivos.-

En la necesaria contextualización de la controversia, conviene señalar que la misma deviene -y radica en sí misma- en la determinación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que sale de la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, dirigida a **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, referida a que "*de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro* (de precedente referencia)".

Demás está decir que, es esa determinación la que ha dado origen -en su carácter sustancial- al proceso recursivo presente, en tanto y en cuanto, sobre lo mismo ha señalado el recurrente **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, que: "*la documentación requerida por la APS mediante nota APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014, no puede ser remitida a dicho ente debido a que la misma sencillamente no existe*" (Recurso Jerárquico de14 de julio de 2014).

Ahora, sobre lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros vaya a determinar con base en tal información, <u>resulta en una decisión competencial y privativa de la misma</u>, empero por ello mismo, corresponde aclarar de inicio, que **tal determinación, en los términos del artículo 27° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, al presente <u>no existe</u>**, por cuanto, si "*se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública* (…) ***que produce efectos jurídicos sobre el administrado***", debe concluirse que no es la disposición supra señalada, de la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, la que vaya a causar efectos jurídicos -vayan a ser favorables o contrarios- para **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**.

Empero fundamentalmente, debe considerarse para el caso, la disposición del artículo 56° de la misma Ley N° 2341, cuando en su parágrafo I establece, que: "*los recursos administrativos proceden* ***contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos***

administrativos que tengan carácter equivalente…", no pudiendo considerarse a la nota APS.EXT.DS/357/2014 en una de la característica señalada, al resultar en una disposición únicamente de orden investigativo, cuestionador e inquisitivo, estado en el cual no ocasiona efectos como los previstos en la norma precitada, correspondiendo dar razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cuando ha señalado que: "*únicamente y en uso de sus atribuciones y competencias ha solicitado, como lo hace con cualquier regulado, que Seguros Illimani S.A. remita la documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros, hecho que de ninguna manera ingresa al ámbito de juzgar controversias ni impartir justicia entre los ciudadanos*" (Res. Adm. APS/DJ/DS/N° 452-2014).

Corresponde se tenga presente que, más allá de la consecuencia que vaya a resultar de la existencia o inexistencia del resarcimiento contratado, el requerimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (independientemente de su evidente fundamento expreso, que se considera infra) está limitado a acreditar la presentación de una documentación determinada.

No obstante, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** ha preferido situarse en el escenario del proceso sancionatorio, de ahí que haga alusión (impertinentemente) a extremos propios de este último: "*potestad sancionatoria*", "*prohibición de imponer una doble sanción*", "*sanción inmotivada*", "*condena con la imposición de una sanción que tampoco se halla prevista en norma alguna*" o "*competencia para sancionar sin proceso*", sin que para ello hubiera caído en cuenta que, aún en el hipotético caso -dado haberse ya declarado que "*la documentación requerida* (…) *sencillamente no existe*"- que en la competencia privativa del Ente Regulador se determinara eventualmente dar inicio a un proceso sancionatorio, la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014 correspondería a la órbita de las diligencias preliminares, aquellas que se dan "*en forma* ***previa*** *al inicio de los procedimientos sancionadores*" (Ley 2341, Art. 81°, Par. I), destinadas a identificar a las personas "*presuntamente responsables de los hechos* ***susceptibles de iniciación del procedimiento***" (Rgmnto. Aprob. por DS 27175, Art. 65°, Par. I; las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), extremo que confirma el que no se trate la nota señalada de un acto administrativo que pueda causar perjuicio o agravio a los intereses del ahora recurrente, sino los eventuales actos administrativos posteriores, conforme lo permita la norma y haga a la decisión competencial del regulador.

Tal criterio debe imponerse, aun haciendo conjetura del carácter mas bien amplio (es decir, referido al orden procesal general antes que limitado al punitivo) de la *non bis in idem* a la que hace alusión el recurrente, por cuanto y conforme se ha visto, la nota APS.EXT.DS/357/2014, aún sopesado su carácter inquisitivo, no constituye proceso de ninguna naturaleza que pueda atacar, irritar o enervar al principio procesal señalado, siendo por ello pertinente dar razón nuevamente a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cuando en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014 ha señalado que:

> "…*el artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883 determina que el Órgano Regulador tiene las siguientes atribuciones:*
>
> *c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción*

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que el primer y segundo incisos, c) y d) del artículo 43 de la Ley 1883, se relacionan con el objetivo señalado en el inciso e) del artículo 41 de la norma citada, toda vez que la APS, en su atribución de supervisar las actividades de las Entidades bajo su jurisdicción, tiene el deber de velar porque estas cumplan con las obligaciones contenidas en el artículo 12 de la Ley N° 1883, artículos 2 y siguientes de la Ley N° 365, reglamentos y toda la normativa conexa.

Que la facultad contenida en el inciso t), es una cláusula abierta que permite se incorporen otras facultades no previstas en la norma para que la APS pueda dar estricto cumplimiento a sus funciones y objetivos; como lo son cumplir y hacer cumplir la Ley de Seguros y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos que redunden en una efectiva protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios de los seguros.

*Que lo anterior deja entrever con meridiana claridad que la competencia de la APS para solicitar que Seguros Illimani S.A. remita "**documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro"** deriva de los incisos c), d) y t) del artículo 43 de la Ley 1883, así como del artículo 2 y siguientes de la Ley N° 365…*"

Entonces, el requerimiento para que **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** "*remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro*", se acomoda a ese criterio y hace a las facultades propias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mismas que incluso son supérstites, para el caso de existir un proceso por ante los juzgados ordinarios de las características señaladas por el recurrente, en el entendido que las facultades regulatorias y disciplinarias del Ente Fiscalizador, recaen sobre actuaciones de los regulados que son permanentes y dinámicas, es decir, que no necesariamente se suspenden por la existencia de un proceso judicial y que por tanto, en tutela de los intereses de la colectividad (Ley 2341, Art. 4°, Inc. 'a'), aun se diera tal extremo, exigen la supervisión también permanente por parte de la Autoridad competente del Estado.

Asimismo y en el eventual extremo de que la nota APS.EXT.DS/357/2014 diera lugar a un proceso administrativo específico (sancionatorio o no), a tiempo de considerar la identidad de objeto que hace a las características que la doctrina señalada por el recurrente, en la tarea de determinar la infracción o no a la *non bis in idem*, debe tenerse presente que, las facultades de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros son esencialmente disciplinarias y regulatorias, extremos que no necesariamente son coincidentes con los de una demanda civil; es más y dado el interés que protegen ambos criterios (particulares los del proceso civil, frente a los colectivos del proceso administrativo), resultan *iuris tantum* distintos.

Queda claro entonces, que la expresión de agravios que **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** ha hecho valer contra la disposición de la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, en sus diversos recursos, no son -en tanto no exista una real disposición que afecte, lesione o amenace perjudicar sus derechos subjetivos o intereses legítimos- sino una manifestación de la susceptibilidad de la misma acerca de lo que a futuro (no ahora) pudiera dar lugar la sustanciación del requerimiento de documentación señalado, habida cuenta que: "*la misma sencillamente no existe*"

Comentario aparte merece la controversia particular que genera la actuación de la recurrente, en función del ya citado artículo 56º, parágrafo i, de la Ley Nº 2341, el que establece que: "*los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente,* ***siempre que dichos actos administrativos*** *a criterio de los interesados* ***afecten, lesionen o pudieran causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***" (en similar sentido el 37º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), afectación, lesión o perjuicio que, desde luego, están referidos a su carácter objetivo antes que a un criterio personal (dígase *la mera susceptibilidad*), y que *per se* no está determinada por una orden de remisión de determinada documentación, como la que hace al de autos. Sin embargo, también debe sopesar el carácter fundado de la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014 (conforme se analiza infra), el que sin embargo y conforme lo explicado, no influye en la determinación final del presente fallo.

Corresponde concluirse que, al no tratarse la nota APS.EXT.DS/357/2014 de un acto administrativo definitivo, nos e justifica la promoción de la actividad recursiva como lo ha hecho **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, extremo determinante para la decisión que consta en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.3. Carácter fundado de la nota APS.EXT.DS/357/2014.-

Sin perjuicio de lo supra señalado, la pretensión de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** está legítimamente fundada (sin que por ello cambie el carácter inatendible de su pretensión al no tratarse de un acto administrativo impugnable) en el contenido general -ya no sólo en el *in fine* párrafo dispositivo- de la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014, el que efectivamente hace a un fundamento, en líneas generales referido a: "*el beneficiario cumple con el único requisito*", "*la clausula* (sic) *de ejecución a primer requerimiento*", "*quedan nulas* (…) *las clausulas* (sic) *4ta* (…) *y 7ma* (…) *de las Condiciones Generales de la Póliza*", "*el Fiador indemnizara* (sic) *al Beneficiario* (…) *dentro de los 15 días* (…) *sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial*", "*la ejecución* (…) *no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación* (…) *de declaración de incumplimiento*", "*mencionada* (sic) *clausula* (sic) -se refiere a la 4ta del condicionado general- *queda sin aplicación alguna*".

Si bien, en líneas generales, en la decisión y no precisamente en el fundamento, radica la disposición acatable o la impugnable, se entiende que el la primera es resultado del segundo, por cuanto:

> "… *La tutela que otorga el Estado a través del proceso no se debe proveer de manera arbitraria, por el contrario las resoluciones que forman parte del proceso* (…) *deben tener una motivación, razonable y congruente.*

Esto implica no sólo que las resoluciones (…) *tengan los fundamentos de hecho y de derecho sino que esta motivación sea razonable, es decir que cumpla con los principios lógicos (control de Logicidad) y además que sean pronunciamientos congruentes*…" (Hurtado Reyes en *Cómo se puede manifestar la incongruencia en el proceso civil*).

Por consiguiente, entre las varias formas en las que se puede manifestar el principio de congruencia, se encuentra la coherencia y el carácter derivado entre las decisiones y sus fundamentos.

En tal sentido, la determinación de que se "*remita a este órgano de fiscalización documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro*" que sale de la nota APS.EXT.DS/357/2014, no puede sino, ser entendida como resultado de todo el fundamento que le precede, por lo que constando al presente en el tenor y contenido de la nota PE/2681/2013 de 30 de diciembre de 2013, del memorial de 2 de junio de 2014 (sobre Recurso de Revocatoria) y del memorial de 14 de julio de 2014 (sobre Recurso Jerárquico), entre otros, la posición de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, mal puede como mal podrá señalarse a futuro (en función de la eventual determinación que corresponda) en la conformidad y aceptación de esta, referida a tal fundamento.

Cabe dejar constancia que, por la naturaleza investigativa de la determinación de la nota APS.EXT.DS/357/2014 (a la que se ha hecho supra referencia), la misma subsiste formalmente sin necesidad del fundamento que señala: el requerimiento de que se remita la "*documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro*" no requiere para su existencia, de mayor justificación por cuanto no es el mismo el que vaya a ocasionar afectación, lesión o perjuicio a los derechos subjetivos o intereses legítimos de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, sino la determinación resultante (al presente aun inexistente) de la sustanciación de lo mismo.

En todo caso, así como en la nota APS.EXT.DS/357/2014 la Autoridad de Fiscalización y Control ha realizado la fundamentación que allí sale (y que en los términos del Recurso Jerárquico, es la motivación subjetiva que da origen a las sucesivas impugnaciones), tales justificativos se han prolongado en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014 y APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014, dando lugar a su vez a los alegatos que constan en los recursos interpuestos contra los mismos.

Por ello, sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, corresponde al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en su calidad de Autoridad Jerárquica, pronunciarse sobre los extremos siguientes, en tanto no hubieran sido ya considerados supra, empero desde una perspectiva mas bien general, a efectos de no desvirtuar la decisión que consta infra, fundamento que eventualmente será tenido en cuenta, en tanto sea inherente a la eventualidad supra señalada.

2.3.1. Inaplicabilidad de determinados criterios de los órdenes Civil y Comercial.-

Señala el Recurso Jerárquico, que:

"…***la APS da a entender que por nuestra parte habríamos renunciado al derecho que nos asiste contenido en el artículo 910 del Código de Comercio y 942 del Código Civil;***

nada más alejado de la realidad, el contenido de la Póliza jamás refiere a ello, no existe tal cosa (…)

…***si bien es cierto que por imperio del contrato quedaron nulas las clausulas 4ta y 7ma. de la póliza, no es menos cierto que por nuestra parte jamás hemos renunciado al contenido de los artículos 910 del Código de Comercio y 942 del Código Civil y que jamás hemos estado al tanto de la ampliación de plazo que se dio en el contrato afianzado lo que es peor el siniestro tuvo lugar en vigencia de dicha ampliación***…"

El alegato tiene que ver con lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido que:

"…*lo argüido por Seguros Illimani S.A.* ***quebranta el principio de buena fe toda vez que a sabiendas de la renuncia hecha al contenido del artículo 4to. del condicionado general, anotado en la Cláusula a Primer Requerimiento, ahora pretende oponerlo ante esta Autoridad como argumento para justificar su incumplimiento*** (…)

…*Nótese que la norma exonera de la obligación al fiador* ***<u>únicamente con relación a las modificaciones</u>*** *y no así con relación al contrato principal* (…)

…*La cláusula 10, también, de las Condiciones Generales de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de contrato de servicios para Entidades Públicas, estipula:* (…)

…*En caso* ***de prórroga*** *concedida por el Beneficiario al Afianzado para el cumplimiento de la obligación principal, no es obligación del Fiador mantener la vigencia de la póliza de Garantía. El vencimiento de la presente póliza, por sí solo, no es causal de ejecución de la misma.*

Toda renovación o ***prórroga*** *del contrato principal debe ser previamente comunicada por escrito por el Beneficiario y/o Afianzado al Fiador, a fin de que este último tome conocimiento de dicho extremo, siendo privativo del Fiador consentir o no dicha prórroga, caso contrario la presente póliza se extingue dentro de los ocho (8) días siguientes,* ***salvo pacto contrario establecido por las partes***…" (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 452-2014 de fecha 1º de julio de 2014).

Ampliando el fundamento, cabe aclarar que el artículo 910º del Código de Comercio está referido a que "*toda prórroga concedida para el cumplimiento de la obligación principal debe ser comunicada por el acreedor al fiador. En caso contrario, la fianza se extingue*…" y el 942º del Código Civil, que "*toda prórroga concedida por el acreedor al deudor principal, sin el expreso consentimiento del fiador, extingue la fianza*", resultando estas normas las que al presente el recurrente pretende hacer valer, para acusar una controversia que justifique su negativa a la ejecución de la póliza involucrada.

No obstante, el alegato de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** tropieza con tres inconvenientes:

1º: La coincidencia de la figura jurídica que involucran las nulas (por efecto del condicionado especial) cláusulas 4ta y 7ma. del condicionado general de la póliza,

con los artículos 910º del Código de Comercio y 942º del Código Civil, todos referidos a los efectos de la prórroga sobre la fianza.

2º: El carácter -doblemente- especial, entonces de aplicación preferente (frente a los Derechos Civil y Comercial), que importa la normativa de seguros de fianzas (correspondiente al Derecho de Seguros) con respecto a entidades y empresas públicas (inherente al Derecho Administrativo; dada su naturaleza, aun resulta este de aplicación preferente al Derecho de Seguros).

3º: La mención "*con relación a las modificaciones planteadas*" que sale de la cláusula 4ª de las Condiciones Generales de la Póliza, que aún no constara nula tal cual resulta al presente por efecto del condicionado especial, mantendría firme, vigente y subsistente la obligación en los términos originalmente contratados.

Extremos estos que permiten concluir, que así como nulos para el caso las cláusulas 4ª y 7ª del condicionado general de la póliza (por efecto del condicionado particular), así también inaplicables las previsiones de los artículos 910º del Código de Comercio y 942º del Código Civil, en razón a los criterios de concordancia y accesoriedad supra expresados.

Visto ello, empero amén de lo mismo, al haber reclamado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros buena fe en las actuaciones del recurrente **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, resulta haberse pronunciado correctamente, por cuanto, es evidente que "*a sabiendas de la renuncia hecha al contenido del artículo 4to. del condicionado general, anotado en la Cláusula a Primer Requerimiento, ahora pretende oponerlo ante esta Autoridad como argumento para justificar su incumplimiento*", extremo sobre el que en definitiva, al constar la existencia de una acción ordinaria civil, corresponderá dilucidarlo a la autoridad judicial en tanto lo mismo haga a su conocimiento.

2.3.2. Respecto a la competencia de la APS en la ejecución de la Póliza.-

Señala **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** en su Recurso Jerárquico, que: "*la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia no faculta al Órgano Ejecutivo a juzgar temas controvertidos ni a impartir justicia entre los ciudadanos bolivianos, ello es una facultad privativa del Órgano Judicial*"; no obstante, es el mismo recurrente quien después, al hacer transcripción del artículo179º, parágrafo I, se corrige a sí mismo, cuando dice "*existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley*".

Esto, porque estando establecido por el artículo 5º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), que: "*los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo*", y por el artículo 56º, parágrafo I, de la misma norma, que "*los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo*", habla de la facultad competencial de la Administración Pública de decidir una controversia (con el presupuesto de existir dos posiciones con respecto a la misma), con observancia de los principios y garantías jurisdiccionales que hacen a ello, fundamentalmente el derecho al debido proceso administrativo, conforme se encuentra fundamentalmente desarrollado -para el caso de Sistema de Regulación Financiera- en la

Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y los Decretos Supremos Nros. 27113 de 23 de julio de 2003 y 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En líneas generales, al ser el propio Estado quien resuelve estas controversias, cual conflictos de relevancia jurídica, a través de la Autoridad administrativa competente y mediante el uso de los mecanismos procesales previstos por la norma, no se puede sino concluir, en al existencia plena de la Jurisdicción Administrativa, la que además se encuentra universalmente reconocida; el hecho de que **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** se encuentre en ejercicio de uno de los recursos previstos por la norma (cual es el Recuso Jerárquico) da fe plena de tal extremo.

2.3.3. Observancia a la irretroactividad de la norma.-

Por otro lado, a tiempo de los alegatos que hacen a la controversia referida a la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (ya supra esclarecida y por tanto, sin perjuicio de lo mismo), se tiene lo también señalado en el Recurso Jerárquico, en sentido que:

> "…*su Autoridad se refiere* (…) *a la Ley 365 de fecha 23 de abril de 2013 norma a la que le atribuye una suerte de retroactividad. No olvide su Autoridad que los hechos que pretende juzgar sin competencia alguna datan del año 2009 y la ley es del año 2013 es decir que entre la Ley y el hecho concreto existen aproximadamente 4 anos* (sic)…"

Tal extremo hace referencia a lo señalado por el Ente Regulador, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de 8 de mayo de 2014, cuando señala:

> "…*la competencia de la APS para solicitar que Seguros Illimani S.A. remita* "***documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro"*** *deriva de los incisos c), d) y t) del artículo 43 de la Ley 1883, así como del artículo 2 y siguientes de la Ley Nº 365*…"

Se debe partir del principio de que: "*la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo*", contenido en el artículo 123° de la Constitución Política del Estado, por lo que en términos generales, no es posible aplicar un criterio normativo que date del año 2013, a un suceso del año 2009; asimismo, se tiene presente que el artículo 2° "*y siguientes*" de la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013 (de seguro de fianzas para entidades y empresas públicas), hacen a normas sustanciales en las que determinadas facultades de la Autoridad Reguladora, si bien específicas, se encuentran dispersas, de manera tal que determinar de ello "*la competencia de la APS para solicitar que Seguros Illimani S.A. remita* "*documentación que acredite el cumplimiento de su contrato de seguro*" resulta ciertamente dificultoso y determina una imprecisión en lo señalado por la Autoridad Reguladora.

No obstante, considerado el estado del reclamo interpuesto por el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz** en fecha 28 de noviembre de 2013 (nota DJ No. 414/2013) y en función de ello, dada la determinación que sale en la parte dispositiva de la presente Resolución

Ministerial Jerárquica (por los fundamentos que se han hecho constar supra), corresponderá a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dar observancia al precepto constitucional precitado, en las ulteriores cuanto eventuales actuaciones en las que le corresponda pronunciarse.

2.3.4. Prescindencia del aviso de siniestro.-

Señala también el Recurso Jerárquico, que:

> "…*En cuanto a la aplicación del artículo 1028 del Código de Comercio que la APS realiza,* (…) *dicha disposición general es aplicable a TODOS LOS CONTRATOS DE SEGURO SIN EXCEPCION* (sic) (…) *No entendemos de donde la APS saca semejante conclusión y pretende derogar la LEY con una RESOLUCION* (sic) (…) *así mismo la APS señala, a fin de explicar que el reclamo fue oportuno, en el mismo punto en análisis, que de acuerdo a la clausula* (sic) *12 del condicionado general de las pólizas, LAS ACCIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CAUCION* (sic) *PRESCRIBEN A LOS DOS ANOS* (sic). *Con lo que la APS confunde el Aviso del siniestro contenido en el artículo 1028 del Código de Comercio con el inicio de acciones emergentes del contrato de seguro*…"

Posición que compele a una relación sobre las posiciones concretas que han determinado tal controversia en concreto. Así:

- **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, a tiempo de atender las notas APS/DS/JTS/20796/2013 y APS/DS/JTS/21032/2013 (las que han hecho de su conocimiento el reclamo efectuado por el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**) mediante la nota PE/2681/2013 de 30 de diciembre de 2013 ha señalado:

  "…*el aviso del "siniestro" fue comunicado* (…) *mediante nota cite: D.A.G. - U.P.C. Of N° 3694/09 de fecha 5 de agosto de 2009 y que el siniestro fue verificado* (…) *en fecha 6 de Julio* (sic) *de 2009 mediante el informe SIREMU/C-INF-AJ/0138/2009* (…), *extremo que hace extemporáneo el reclamo del Municipio de La Paz en atención al artículo 1028 del Código de Comercio* (…)

  …*el Municipio de La Paz al momento de dar aviso del siniestro incumplió con lo previsto al efecto por la cláusula de ejecución a primer requerimiento para entidades que señala:* ***"La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación*** (…) ***de la nota de declaración de incumplimiento***…"

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 333-2014 de 8 de mayo de 2014, cuando resolvió: "***ELEVAR*** *a la categoría de Resolución Administrativa la carta* ***CITE: APS/EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014***", señaló que:

  "…*mediante carta CITE: DR 423/2010 de 12 de julio de 2010* (…) *se notificó a la Lic. Elba Gonzales López, Jefe de la Unidad de Procesos de Contratación del G.A.M.L.P. sobre la liberación de la Entidad Aseguradora de la obligación de indemnizar el*

siniestro, básicamente por dos causales, a saber: i) haber comunicado el siniestro fuera del plazo previsto por el artículo 1028 del Código de Comercio; y ii) por no haber comunicado oportunamente a Seguros Illimani S.A. con el contrato modificatorio (…)

…la causal contenida en el inciso ii) del anterior párrafo no es de recibo por cuanto ni el G.A.M.L.P. ni el afianzado tenían la obligación de comunicar este hecho a Seguros Illimani S.A. toda vez que estaban exonerados de hacerlo, conforme lo determinado por la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento (…)

…con relación a la otra causal, la contenida en el inciso i) (…) *se pasa a su análisis* (…)

…la Regulación especial, expresa y propia de los seguros de caución para entidades públicas se encuentra plasmada en los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados por la Resolución Administrativa IS 731/2007, en la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado Nº 365-2013 y en la Ley de Seguros Nº 1883 en cuanto al registro, por tanto no puede invocarse el plazo establecido en el artículo 1028, que regula los seguros de daños (…)

…la cláusula 12º del condicionado general de la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411, menciona:

> ***"Cláusula 12ª Prescripción.- <u>LAS ACCIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN</u>*** *prescriben en dos (2) años a contar de la fecha del siniestro"*

Que esto quiere decir que, producido el siniestro, dentro de la vigencia de la póliza, el beneficiario cuenta con dos años a partir de su ocurrencia para ejercitar las acciones emergentes, entre las que, sin lugar a dudas, se encuentra la solicitud de ejecución de la póliza, lo que en el caso concreto se verificó al haberse producido el siniestro dentro de la vigencia de la póliza (27/08/2008 a 27/08/2009) (…)

…mediante nota Cite: D.A.G. - U.P.C. Of. Nº 3694/09, de 5 de agosto de 2009, el G.A.M.L.P. solicitó la ejecución de la póliza haciendo llegar la fotocopia legalizada de la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009 que declara el incumplimiento e instruye la ejecución de la póliza Nº 92-24-LPCS0800411, a través del Cite D.A.G. – U.P.C. of Nº 3943/09 de 27 de agosto de 2009, entregada a Seguros Illimani S.A. el 28 del mismo mes y año. Esto quiere decir que hizo uso de las acciones emergentes del contrato de seguros dentro del plazo de los 2 años contados desde la ocurrencia del siniestro…"

- Ahora y conforme lo supra señalado, el Recurso Jerárquico de **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, refiere que el artículo 1028º del Código de Comercio "*es aplicable a TODOS LOS CONTRATOS DE SEGURO SIN EXCEPCION* (sic)", que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros "*pretende derogar la LEY con una RESOLUCION* (sic)"

y que, con el fin de explicar que el reclamo fue oportuno, la misma establece que "*LAS ACCIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CAUCION* (sic) *PRESCRIBEN A LOS DOS ANOS* (sic)", con lo que confunde "*el Aviso del siniestro contenido en el artículo 1028 del Código de Comercio con el inicio de acciones emergentes del contrato de seguro*".

A efectos de dilucidar los extremos señalados, conviene transcribir el contendido del mencionado artículo 1028º, primera parte: "*El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado*".

Entonces, en la lógica del recurrente, el siniestro no cumplió con serle comunicado hasta el tercer día de su suceso, haciendo inviable su resarcimiento, a lo que el Regulador opone que por efecto de la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, tal obligación se encontraba extinguida, y que en todo caso, sólo correspondía al **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**, dar observancia a la cláusula 12ª del condicionado general de la póliza de seguro Nº 92-24-LPCS0800411, que refiere que "*las acciones emergentes de un contrato de seguro de caución prescriben en dos (2) años a contar de la fecha del siniestro*", extremo este último plenamente cumplido (y sobre le que no recae la controversia).

Como se observa, el extremo determinante para esclarecer la controversia radica en establecer lo que al efecto señala la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, es decir, si es evidente que "*ni el G.A.M.L.P. ni el afianzado tenían la obligación de comunicar este hecho a Seguros Illimani S.A. toda vez que estaban exonerados de hacerlo*".

En tal sentido y remitida la cuestionante a la compulsa de la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, se tiene que la misma, en lo conducente, establece expresamente, que:

> "…*La ejecución de la póliza,* ***no estará sujeta a ninguna otra condición*** *que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad púbica que corresponda*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Para el caso, el **Gobierno Autónomo Municipal de La Paz**, mediante nota D.A.G. - U.P.C. Of. Nº 3694/09 de 5 de agosto de 2009, solicitó la ejecución de la póliza, presentando al efecto la fotocopia legalizada de la Resolución Municipal 369/2009 de 26 de agosto de 2009 que declara el incumplimiento (extremos que tampoco se encuentran en controversia), constituyendo ello la púnica condición requerida, con prescindencia del aviso de siniestro al que se refiere el artículo 1028º del Código de Comercio.

Al respecto, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, al señalar que "*pretende derogar la LEY con una RESOLUCION* (sic)", sugiere que por jerarquía normativa, sería inaplicable la disposición de la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007 -enfrentada al artículo 1028º del Código de Comercio-, que aprueba los textos únicos y uniformes de las pólizas

"*para las contrataciones estatales*", en las que va incluida la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.

No obstante, la aparente antinomia entre el artículo 1028º del Código de Comercio y la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento aprobada por la Resolución Administrativa IS/No. 731, se resuelve por sencillo criterio de especialidad, plenamente válido en Derecho, en sentido que rige sobre la norma general la norma específica, y para el caso, la Resolución Administrativa última nombrada constituye la regulación especial, expresa y propia de los seguros de caución para entidades públicas.

Debe tenerse presente que los textos único y uniformes aprobados (con toda competencia por el Ente Regulador, extremo tampoco incontrovertido) mediante la Resolución Administrativa IS/No. 731, están dirigidos a -lo que la misma denomina- *contrataciones estatales*, las que se conoce, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho Administrativo (Ley Nº 2341, Art. 2º), amén que este extremo no ha sido materia de impugnación alguna.

En tal sentido, una norma como la Resolución Administrativa IS/No. 731, resulta una expresión material de la relación existente entre dos ramas del Derecho, cuales son el Derecho Administrativo y el Derecho de Seguros; no obstante, teniendo en cuenta el principio de que *el interés público tiene primacía sobre el interés privado*, y que **legalmente** "*el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad*" (ídem, Art. 4º, Inc. 'a'), se debe expresar concluyentemente, que la Resolución Administrativa IS/No. 731 corresponde más a la órbita del Derecho Administrativo que a la del Derecho de Seguros, razón por la que en definitiva, es inaplicable al caso el criterio sobre jerarquía normativa sugerido por el recurrente.

2.3.5. Debida observancia de principios, derechos y garantías fundamentales.-

SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA) en su Recurso Jerárquico, hace referencia también a que en su contra, habrían sido vulnerados una serie de principios, derechos y garantías fundamentales, haciendo mención precisa y específica a los de *prohibicion* (sic) *al doble juzgamiento* (*non bis in idem*), de *sanción sin proceso* (*nullum poena sine iuditio*), de *jerarquía normativa y primacía constitucional*, del *derecho de petición*, de *motivación*, de *competencia* (de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) y de *uniformidad*.

De los señalados y conforme puede evidenciarse de su lectura, **todos ya han sido supra analizados en el tenor de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme ha sido pertinente y atinente considerarlos en función de los agravios concretos conforme han sido expuestos y evaluados**, inclusive en lo referido a los derechos de petición y de motivación; no obstante sobre estos dos últimos, en razón de su trascendencia, es posible aún determinadas precisiones, cuando **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** ha alegado extremos como los siguientes:

> "…***VULNERACION*** (sic) ***DEL DERECHO A LA PETICION*** (sic)**.-** (…)
>
> *… frente al requerimiento de Seguros Illimani S.A. contenido en las citadas notas el ente regulador* ***HA MANTENIDO SILENCIO****, dicho ilegal acto se halla contenido en la*

resolución ahora recurrida que no atiende el contenido material de las notas APS.EXT.DS/357/2014 de fecha 5 de febrero de 2014 y nota CITE: PE/0190/2014 de fecha 10 de febrero de 2014 conforme hemos relacionado (…)

(1) De donde (sic) *deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Organo* (sic) *Judicial, (2) Cual* (sic) *es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde* (sic) *deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato), (4) De que* (sic)*norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano* (sic) *judicial* (sic) (…)

…***FALTA DE MOTIVACION*** (sic)**.-** (…)

…jamás a (sic) *fundamentado los argumentos legales de la APS para haber adoptado la decisión contenida en dicha nota que solicita se remita LA ACREDITACION* (sic) *DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, NI HA EXPLICADO LO SIGUINTE* (sic)*: (1) De donde* (sic) *deriva su facultad para inmiscuirse en un hecho que se halla bajo juzgamiento del Organo* (sic) *Judicial, (2) Cual* (sic) *es su competencia para sancionar sin proceso, (3) De donde* (sic) *deriva su facultad para juzgar y ordenar el cumplimiento de una obligación (contrato), (4) De que* (sic)*norma deriva su competencia para pedir se envíe la acreditación de cumplimiento de una obligación cuando conoce que dicho extremo está siendo juzgado por el órgano* (sic) *judicial* (sic) …"

Entonces, de la revisión del expediente, corresponde establecer que la suscrita Autoridad Jerárquica no ha evidenciado infracción a los derechos de petición y fundamentación, el primero -según lo referencia el Recurso Jerárquico- en relación a la nota PE/0190/2014 de fecha 10 de febrero de 2014 (presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, por cuanto, la nota APS.EXT.DS/357/2014 de 5 de febrero de 2014 (emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), a tiempo de atender a la otra (conforme se ha relacionado supra), lo hace en el sentido integral que corresponde a la problemática planteada, conforme la entiende el Ente Regulador, en cuya lógica queda desvirtuada la posición del ahora recurrente; mas éste prefiere su percepción propia sobre extremos puntuales, que no han sido desatendidos, sino que en función de la controversia principal, han perdido trascendencia.

En demostración de ello a las reiteradísimas cuatro preguntas que eleva el recurrente (conforme a la transcripción precedente) y que en esa lógica le resultan fundamentales, resultan estar referidas a la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros para conocer de la ejecución de la póliza controvertida, no obstante la existencia de una demanda ordinaria civil con referencia a la misma, o al estado actual del proceso (que determina no existir en los hechos un juzgamiento ni una orden de cumplimiento, menos aún la imposición de una sanción) y que, conforme consta en el tenor de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, han sido ya plenamente contestadas en Derecho, sin necesidad de ingresar a una precisión acerca de las mismas.

A este respecto, es pertinente traer a colación, lo determinado por el ex Tribunal Constitucional, ahora Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia 2212/2010-R de

19 de noviembre de 2010, la que a su vez se remite a la 0742/2010-R de 26 de julio de 2010, para determinar, en lo que interesa al caso, que:

> "…*La doctrina y jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el particular señala al debido proceso como aquella garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas, siendo la motivación de los hechos, un instrumento para erradicar la arbitrariedad del poder y fortalecer el Estado Democrático de Derecho. Deviniendo en consecuencia la necesidad de fundamentar las decisiones judiciales.*
>
> *Sobre el particular tenemos la SC 0012/2006-R de 4 de enero, al hacer referencia a la exigencia de que la decisión judicial sea fundamentada, precisó, que: 'La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo,* ***ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión****; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución…'. Razonamiento ratificado por las SSCC 0112/2010-R de 10 de mayo y 0147/2010-R entre otras*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremos que plenamente satisfechos dentro del caso presente, deben tenerse en cuenta, especialmente en lo referido a la alegada (cuanto inexistente) falta de motivación en los actos del *ad quo*.

Asimismo y en lo que en concreto hace al alegado derecho de petición, al que se refiere el artículo 24°, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado de la siguiente manera: "*toda persona tiene derecho a la petición* (…) *y a la obtención de respuesta formal y pronta*", **lo que de ninguna manera quiere decir que esa respuesta debe tener, forzosamente, el contenido exacto que pretende el peticionante**; en todo caso, sea que admita la pretensión o la rechace, la respuesta debe encontrarse debida y suficientemente motivada y fundamentada (extremo que, conforme se ha visto, sí se ha cumplido).

Lo mismo ha sido explicado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005, bajo el siguiente tenor:

> "…*El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución* (…)
>
> …*se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la constitución así como*

asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de intereses general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, ***no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración****, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición* ***es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración****, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa."*

"Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central de derecho."

"Es así que la Ley N° 2341 de 23 de abril, Ley de Procedimiento Administrativo; en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública" reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: "formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente" y "obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

En definitiva, los alegatos expresados por **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** a este respecto, son infundados.

2.3.6. Aplicación especial de la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.-

En su Recurso Jerárquico, **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** describe el procedimiento normal de resarcimiento de una contingencia, según lo dictan "*la Ley de Seguros* (…) *y las propias pólizas (condicionado general) contratadas*", mencionado al efecto lo siguiente:

"…***las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura*** (…)

…***cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico-legal, acepta que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura y no sujeto a exclusiones; lo contrario implica la inobservancia de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden*** (…)

…***sólo si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros y no antes.***

Si la aseguradora no acepta el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura bajo las condiciones establecidas en la póliza) no se

hubiese producido, en los términos previstos en la póliza y si el asegurado considera que se hubiese producido (como se puede advertir de los requerimientos efectuados por el Gobierno Autónomo Municipal de El Alto (sic)***),*** (…) ***las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje,*** (…) ***si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje;*** (…) ***las controversias de derecho*** (…) ***por la vía del arbitraje***(…)

…***La APS no puede atribuirse*** (…) ***la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley de Seguros y la cláusula décima cuarta de las Pólizas, por lo tanto, no puede actuar al margen del ordenamiento jurídico.***

La APS tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora, como ocurre en materia bancaria o en otros sectores sujetos a regulación, teniendo en cuenta que las decisiones que asuma pueden incidir en el (sic) ***resolución de una controversia de hecho o de derecho*** (…)

…***En la resolución ahora recurrida en los hechos la APS, está resolviendo una controversia de hecho y de derecho (SE SOLICTA*** (sic) ***EL ENVIO DE DOCUMENTACION QUE ACRDITE*** (sic) ***EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE SEGURO), por lo tanto, está usurpando competencias que no le han sido atribuidas*** (…) ***correspondiendo su revocatoria - MAXIME CONSIDERANDO QUE IDENTICA*** (sic) ***RECLAMACION*** (sic) ***A LA CONTENIDA EN A*** (sic) ***NOTA DEL GAMLP REMITIDA A LA APS ES DE CONOCIMIENTO DEL ORGANO*** (sic) ***JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA…"***

Conforme se evidencia de la transcripción anterior, el recurrente **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)**, prescinde de considerar la *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento* que, cláusula como tal, conforma la controvertida póliza No. 92-24-LPCS08000411 y que desde luego debe también ser aplicable al caso.

Cabe advertir que, conforme se ha establecido supra, el estado actual del proceso no ha determinado aún un conflicto de relevancia jurídica sobre el que deba pronunciarse la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (sea rechazándolo, o sea admitiéndolo y luego resolviéndolo), por tanto las consideraciones presentes son genéricas y abstractas, en función al contenido teórico de los alegatos, empero sin ingresar a su evaluación de fondo.

Con observancia de ello, es pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-082/2013 de 27 de noviembre de 2013, el que en lo referido a los textos únicos y uniformes aprobados por la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007 (entonces exponiendo criterios aplicables tanto a la *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas*, como a la *de Ejecución a primer Requerimiento para Entidades Públicas*) ha señalado:

> "…*las pólizas de seguro con Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas* (aquí léase también *de Ejecución a primer Requerimiento para Entidades Públicas*), *encuentran su fundamento normativo en la Resolución*

Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, norma especial que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación "del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo (aquí léase también *del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda*)".

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, "la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado", hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, ***no se supedite su indemnización a mayor trámite****, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de* ***la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento***" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La misma Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-082/2013 amplía el criterio:

"…*Lo anterior no importa impertinencia o impracticabilidad de determinados fallos (judiciales o administrativos), que sobrevinientemente lleguen a establecer una realidad diferente a la que ha resultado del pronto resarcimiento, emergente del sencillo cumplimiento de la Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas* (aquí léase también *de Ejecución a primer Requerimiento para Entidades Públicas*), *sino que en un plano de estricta justicia, quien resultare afectado por ello, puede hacer valer sus derechos por la vía que corresponda* (…)

…*si el resarcimiento en cumplimiento de la Cláusula no era procedente, de manera total por no haber sucedido la contingencia o por no haberse cumplido los requisitos para ello, o de manera parcial por resultar que la liquidación del monto resarcible no corresponde al monto efectivamente resarcido, no le está impedido a la aseguradora afectada, iniciar el reclamo correspondiente, por lo que el resarcimiento efectivo, obligatorio e inmediato, es independiente de conciliar y reembolsar lo que pudiera establecer una eventual liquidación posterior* (…)

…Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad con la que ha sido implementada la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007) y en especial, la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas (aquí léase también la *de Ejecución a primer Requerimiento para Entidades Públicas*) *aprobada por la misma…*"

Por consiguiente, tanto el recurrente **SEGUROS ILLIMANI S.A. (SISA)** como la Autoridad Recurrida, deberán tener en cuenta los fundamentos precitados, para el caso de que eventualmente y según se desarrolle el proceso, correspondan considerarse los criterios de aplicabilidad de las normas contenidas en la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007, con el carácter especial que importa, al que se ha hecho supra referencia.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que el proceso recursivo presente se ha desarrollado en base a una nota de requerimiento de determinada documentación, que como tal, no causa perjuicio o agravio a los intereses del ahora recurrente (sino los eventuales actos administrativos posteriores, conforme lo permita la norma y haga a la decisión competencial del regulador), no obstante y por lo mismo, no correspondía dar lugar a la promoción de actividad recursiva alguna, por cuanto, no está reservada para la misma el conocimiento de actos administrativos no definitivos.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 333-2014 de fecha 8 de mayo de 2014 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitir la nueva Resolución Administrativa que corresponda, observando el estado del proceso.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 431-2014 DE 24 DE JUNIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 073/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 073/2014

La Paz, 26 de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó -con excepción para un cargo- la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de fecha 23 de abril de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 66/2014 de 24 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 128/2014 de 27 de octubre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 14 de julio de 2014, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente General, señor Alejandro Fabián Ybarra Carrasco, conforme consta en el Testimonio Poder N° 428/2009 de 7 de diciembre de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 34 del

Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Ariane Antelo Cabruja, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó -con excepción para un cargo- la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de fecha 23 de abril de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2092/2014, con fecha de recepción 18 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de julio de 2014, notificado en fecha 28 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota APS/EXT.DE/686/2014 de 10 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó con doce (12) cargos a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme la siguiente redacción:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, comunicamos a usted que como resultado de la verificación de la adecuada exposición, valuación e integridad de los saldos que se exponen en las cuentas de reaseguros, administrativas y cuentas relacionadas al 31 de mayo de 2012 se advirtieron las siguientes presuntas infracciones administrativas que habría cometido* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.:***
>
> ***<u>CARGO Nº 1</u>.-Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*
>
> *Conforme lo establecido por el PUC la Subcuenta "Entregas con Cargo de Cuenta" (Código 103.02M03) representa '(…) derechos administrativos derivados de entregas de efectivo a funcionarios de la entidad, con cargo a rendición de cuentas documentada, en plazos preestablecidos'.*

De la evaluación al saldo de la subcuenta mencionada, se estableció que existen operaciones que no cumplen con el concepto descrito, las que se detallan a continuación:

A) "Cuentas Varias por Cobrar DLLS" – Sucursal La Paz (Código 10302M030104) expone inadecuadamente saldo por Bs660.867.-, equivalente a $us.96.336, correspondiente a primas pendientes de cobro por pólizas suscritas con el Grupo Bercant, ENDE Andina, Embajada Americana y Dirección de Medio Ambiente entre otros.

Conforme lo establecido en el Plan Único de Cuentas, dicho concepto debió registrarse en la cuenta técnica "Primas por Cobrar (Código 102.01).

Se evidenció asimismo, que dicha política se mantiene desde meses anteriores, lo cual tiene incidencia en la exposición de cuentas técnicas, consecuentemente en la Previsión para Primas por Cobrar.

B) "Anticipos Varios" – Oficina Central (Código 10302M030106), mantiene registrados desembolsos de efectivo por anticipos y pagos a cuenta del Proyecto Costa Rica, que datan desde la gestión 2011, cuyo saldo al 31 de mayo de 2012 asciende a Bs190.829.-, equivalente a $us27.818.-, sin contar con documentos que formalicen importes entregados y políticas administrativas para la recuperación de dichos fondos y/o para el descargo correspondiente; consecuentemente existe inadecuada valuación y exposición del activo y de los resultados del ejercicio debido a que no se cuenta con el registro de previsión por incobrabilidad o gasto correspondiente que afecte a los resultados del período en que se originaron.

CARGO Nº 2.-Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su aplicación inadecuada que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la verificación de los registros contables de los Gastos Pagados por Anticipado, "Prensa" (Código 10702M050201), se estableció que la Entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, las observaciones se detallan a continuación:

- *Seguro Asistencia Médica – Personal Compañía por Bs32.537.-, debe registrarse en la subcuenta "Seguros para el Personal" (Código 107.02M04).*

- *Reparaciones y compra de repuestos por Bs12.261.-, debe registrarse en la subcuenta "Almacenes" (Código 107.02M07).*

- *Pagos a la Bolsa de Valores por Bs11.097.-, debe registrarse en la subcuenta "Administración Cartera de Inversión" (Código 107.02M09).*

CARGO Nº 3.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

En la cuenta "Gastos Pagados por Anticipado" se registran inadecuadamente pagos por participaciones de beneficios y publicidad compartida ya consumidas, las mimas que son diferidas e imputadas al gasto en forma mensual.

Estas operaciones distorsionan la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados. Los movimientos observados se detallan a continuación:

Fecha Operación	Descripción	Debe Bs.	Haber Bs.
25/01/2012	PAGO FEE PUBLICIDAD COMPARTIDA ZURICH 3ER. TRIM. 2011	67.333.03	0.00
30/01/2012	PAGO FEE PUBLICIDAD COMPARTIDA VITALICIA 3ER. TRIM. 2011	157.166.37	0.00
31/01/2012	FEE PUBLICIDAD COMPARTIDA 3ER. TRIM. NACIONAL VIDA	0.00	43.610.53
29/02/2012	PUBLICIDAD COMPARTIDA FEE 3ER. TRIM. 2011	0.00	16.444.44
31/03/2012	**AMORTIZ.** FEE PUBLIC. COMPART. ZURICH-VITALICIA-NACIONAL	0.00	164.444.43
	HECHO POSTERIOR		
14/06/2012	PAGO FEE PUBLICIDAD COMPARTIDA ZURICH 1ER TRIMESTRE 2012	207.445.44	
14/06/2012	PAGO FEE PUBLICIDAD COMPARTIDA VITALICIA 1ER TRIMESTRE 2012	244.202.90	
14/06/2012	PAGO FEE PUBLICIDAD COMPARTIDA NACIONAL 1ER TRIMESTRE 2012	265.032.81	
Subtotal Publicidad Compartida		941.180.55	224.499.40
Saldo Amortizar al 30/06/2012		**716.681.15**	
31/01/2012	PARTICIPACIÓN DE BENEFICIOS COOPERATIVA JERUSALEN OCTUBRE/2010-0CTUBRE/2011	127.317.00	0.00
31/01/2012	PAGO PARTICIPACIÓN DE BENEFICIOS BANCO UNIÓN ENERO/2009 – ENERO/2011	603.902.61	0.00
29/02/2012	PATICIPACIÓN DE BENEFICIOS BANCO UNIÓN GESTIÓN 2009-2011	0.00	54.900.24
29/02/2012	PARTICIPACIÓN BENEFICIOS COOPERATIVA JERUSALEN GESTIÓN 2010	0.00	11.574.27
30/03/2012	PARTICIPACIÓN BENEFICIOS BANCO UNIÓN GESTIÓN 2009-2011	0.00	549.002.37
30/03/2012	PARTICIPACIÓN BENEFICIOS COOPERATIVA JERUSALEN GESTIÓN 2010	0.00	115.742.73
03/05/2012	PAGO PARTICIPACIÓN BENEFICIOS BANCO UNIÓN POL.8011 GESTIÓN 2009	357.881.40	
Subtotal Participación de Beneficios		1.089.101.01	731.219.61
Saldo Amortizar al 31/05/2012		**357.881.40**	

CARGO Nº 4.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

De la verificación de los registros contables de Cuentas por Pagar, se estableció que la Entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, las presuntas observaciones se detallan a continuación:

- *"Luz y Agua" (Código 20302M0601) por Bs34.300.-, corresponde a la provisión por servicios de Auditoría Externa por el período 2011-2012, dicho concepto conforme lo establecido en el PUC debe registrarse en la subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401).*

- *"Material de Escritorio" (Código 20302M1001) por Bs2.117.-, corresponde a cuentas por pagar por: reparaciones, viáticos, movilidad, refrigerios entre otros, mismos que cuentan con cuentas específicas conforme al PUC.*

- *"Auditoría Externa" (Código 20302M1401), mantiene registrados varios conceptos, los cuales debieron exponerse conforme la nomenclatura aprobada en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad:*

  - Pasajes Aéreos por Bs25.007, debe registrarse en la subsubcuenta "Pasajes" (Código 203.02M1101).

  - Material de escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs16.526.-, deben registrarse en sus cuentas específicas de acuerdo a su origen.

  - Comisiones por cobranza de primas por Bs54.858.- Fundación Sartawi, debe registrarse en la subcuenta "Comisiones por Cobranza de Primas" (Código 203.02M09).

<u>CARGO Nº 5</u>.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

La subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401) expone inadecuadamente saldos correspondientes a reservas técnicas, desvirtuando la exposición de Estados Financieros cuyo detalle se cita a continuación:

- *Bs274.102.- corresponde a la reversión de cheques como consecuencia de obligaciones con médicos, laboratorios, clínicas y farmacias, por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad; y por obligaciones con entidades financieras y otros beneficiarios por siniestros por pagar del ramo de desgravamen hipotecario y vida en grupo.*

- *Bs65.773.- corresponde a obligaciones con la Red de Médicos Oasis y servicios médicos ambulatorios por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad.*

Asimismo se estableció que inadecuadamente el gasto por estas obligaciones se reconocen en la cuenta Comisiones a Corredores de Seguros-Salud o Enfermedad (Código 509.02M934701) en lugar de la cuenta Siniestros Liquidados y Pagados (Código 511.01).

<u>CARGO Nº 6</u>.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

De la revisión de los registros contables al Ciclo de Reaseguro a través de la cuenta corriente, se estableció que la Entidad Aseguradora no se adecúa al proceso previsto en el PUC ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros. Las observaciones se detallan a continuación:

a) *Inadecuadamente se exponen movimientos de Reaseguro Facultativo en las cuentas 202.10 -202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" y 102.10 -102.11 "Deudores – Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" – Contratos Automáticos.*

b) *Los derechos técnicos con el reasegurador no son registrados en las cuentas 102.10 – 102.11 "Deudores – Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras"*

c) *Las obligaciones técnicas con el reasegurador no son registradas en las cuentas 202.10 – 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras".*

d) *Las obligaciones técnicas correspondientes a contratos facultativos con SCOR VIE GROUP, son efectuadas a través de cuentas administrativas "Cuentas por Pagar" (Código 203.02).*

<u>CARGO Nº 7</u>.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

Los registros contables elaborados por la Entidad Aseguradora, de Cesiones al Reaseguro, no se adecúan al proceso previsto en el PUC, ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, por lo que, debe adecuarse los siguientes registros contables a la normativa vigente, conforme se detalla a continuación:

- *El registro de cesiones por contratos proporcionales facultativos-extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, se registran en la cuenta "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras-Operaciones Automáticas" (Código 507.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

- *Los gastos por impuestos sobre remesas al exterior son asumidos por la Entidad; sin embargo, inadecuadamente se registra en la cuenta de gasto "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras – Operaciones Automáticas" (Código 507.01) y no en la cuenta "Impuestos Fiscales y Municipales" (Código 521.04).*

CARGO Nº 8.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

De la revisión efectuada se estableció que la Entidad Aseguradora:

- *El costo técnico-financiero por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con Entidades de Reaseguro, se registró en la cuenta "Pagos Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

- *El pago por el costo técnico-financiero de contrato de exceso de pérdida correspondiente a las Gestiones 2009-2010 se registró en la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02) en lugar de registrar en la cuenta "Resultados Acumulados" (Código 307.02).*

CARGO Nº 9.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

La Entidad Aseguradora realizó estimación de ingresos por participación de utilidades de las Gestiones 2008 y 2009 con los Reaseguradores Munchener, Scor y Hanover por $us306.584.-, equivalente a Bs2.103.166, registrando en cuentas de ingreso; sin embargo, según conciliación de saldos efectuado en marzo de 2012, la participación confirmada asciende a $us38.559, equivalente a Bs264.515.-.

La diferencia entre lo registrado y confirmado por el reasegurador inadecuadamente se difiere al gasto en forma mensual en lugar de su registro por el importe total en la cuenta "Resultados Acumulados". Al 31 de mayo de 2012 el importe no registrado asciende a $us124.770.- equivalente a Bs855.923.

Esta operación distorsiona la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados expuestos en Estados Financieros.

CARGO Nº 10.- Incumplimiento al inciso i), subpunto 3.2. del punto 3 del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 764/2008 de 30 de septiembre de 2008, *por mantener cesiones con el reasegurador sin documentación de respaldo.*

Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. mensualmente efectúa pagos a SCOR VIE GROUP por colocaciones facultativas en el ramo de Desgravamen Hipotecario.

Por lo que se establece lo siguiente:

- *Las colocaciones mensuales no cuentan con el respaldo y evidencia del slip y contrato de reaseguro.*
- *No cuentan con información respecto a las pólizas sujetas a colocación facultativa*
- *No presentó estados de cuenta o evidencia de conciliaciones de saldos trimestrales y pagos efectuados al Reasegurador por las Gestiones 2011 y 2012 por $us352.985.- y $us191.897.-, respectivamente.*
- *No existe evidencia de aceptación de los pagos por parte del reasegurador*

Lo descrito ocasiona incertidumbre sobre todo el proceso de colocación de Reaseguro Facultativo en el Ramo de Desgravamen Hipotecario.

CARGO Nº 11.- Incumplimiento del artículo 30 de la Ley de Seguros Nª 1883 y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo Nº 25201, *por omitir registrar reservas técnicas.*

En el ramo de salud o enfermedad, se mantiene la política de efectuar la recepción de facturas por servicios de clínicas, laboratorios, farmacias y honorarios médicos hasta los primeros días del mes siguiente a su emisión, registrándose únicamente en Estados Financieros el 13% de las mismas en la cuenta "Provisión Crédito Fiscal" (Código 203.02M140102) para su declaración al Servicio de Impuestos Nacionales, posteriormente en los meses subsiguientes se registra el siniestro previo a la evaluación del caso y/o al momento de efectuar el pago, ocasionando omisión del registro de obligaciones técnicas en el mes de origen de la liquidación y subestimación de los resultados, desvirtuando la evaluación de cumplimiento de recursos de inversión.

La operativa expuesta contraviene lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley de Seguros y, 11 y 14 del Decreto Supremo 25201 que disponen que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente la reserva de siniestros pendientes.

Al 31 de mayo de 2012 el saldo expuesto en la subsubcuenta Provisión Crédito Fiscal (Código 203.02M140102) alcanza a Bs266.668.- correspondiente a la Gestión 2012 y gestiones anteriores, estableciendo una omisión por "Siniestros por Pagar" de Bs2.051.292.

CARGO Nº 12.- Incumplimiento del inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros Nº 1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social*, al haber efectuado préstamos de dinero a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.*

"Cuentas Varias por Cobrar" – Sucursal La Paz (Código 10302M030104) registra el préstamo por Bs2.744.000.- equivalente a $us400.000.- a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. efectuado en fecha 8 de marzo de 2012, operativa que no

cuenta con contrato de préstamo y políticas administrativas para su recuperación, consecuentemente dicha operativa distorsiona la actividad principal de la Entidad que es otorgar cobertura de riesgo a Seguros de Personas, el saldo al 31 de mayo de 2012 ascendía a Bs1.372.000-equivalente a $us200.000.-

Debe además manifestarse, que durante la gestión 2011, la compañía efectuó transferencias y movimientos de efectivo a favor de Alianza Compañía de Seguros Generales S.A. por Bs694.000.- sin documentación legal de respaldo, el detalle es como sigue:

Cuentas Varias por Cobrar Dlls - Santa Cruz (Código 1-03-02-2-03-01-04)

Fecha	Cbte.	Descripción	Debe Bs.	Haber Bs.	Debe $us.	Haber $us.
28/02/2011	D-3	Traspaso de Fondos Alianza Generales del 25.02.11 a regul.	694.000		100.000	
15/03/2011	D-1	Devolución Alianza Generales Traspaso de fondos del 25.02.11		692.000		100.000

Simplemente como antecedente, y no por considerarse conducta reincidente conforme a los términos contenidos en el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2008, se tiene que mediante Resolución Administrativa ASFI N° 191/2011 de 25 de febrero de 2011 la entidad fue sancionada por contravenir el inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 por haber realizado actividades distintas a su giro al efectuar transferencias para cubrir requerimientos de inversión y otros movimientos de dinero en calidad de préstamo a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A, prohibición que nuevamente se habría vulnerando al 31 de mayo de 2012.

*En consecuencia **NOTIFICAMOS** a usted en su condición de representante legal de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, con los señalados cargos, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota DL AV 014/2014 de 8 de abril de 2014, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** respondió a la nota APS/EXT.DE/676/2014 recibida en fecha 18 de marzo de 2014, presentando los siguientes descargos:

"…***CARGO N° 1.- Incumplimiento a* lo previsto *en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado* mediante *Resolución* Administrativa**

SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, por su inadecuada aplicación que desvirtúa* la exposición de sus Estados *Financieros, por su *inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros conforme lo establecido por el PUC la Subcuenta "Entregas con cargo de cuenta" (código 103.02M03) representa "(...) derechos administrativos derivados de entregas de efectivo a funcionarios de la entidad, con cargo a rendición de cuentas documentada, en plazos preestablecidos"*

- *"Cuentas Varias por Cobrar DLLS' - Sucursal La Paz (Código 10302M030104) expone inadecuadamente saldo por Bs.660.867.-, equivalente a $us.96.336, correspondiente a primas pendientes de cobro por pólizas suscritas con el Grupo Bercant, ENDE Andina, Embajada Americana y Dirección de Medio Ambiente entre otros*

  Conforme su autoridad podrá corroborar, en atención a la nota ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,*** *procedimos a la regularización del importe en cuestión, gestionando la cancelación total de las primas pendientes de cobro por el monto de Bs. 660.867 (Seiscientos Sesenta Mil Ochocientos Sesenta y Siete 00/100 Bolivianos), hecho que se puede ser comprobado al 30.11.2012, remitiendo asimismo para su debida consideración copia del libro mayor contable con los movimientos de esta cuenta, misma que fue depurada en su totalidad, (Ref. folio 1y 2).*

- *"Anticipos Varios" - Oficina Central (Código 10302M030106), mantiene registrados desembolsos de efectivo por anticipos y pagos a cuenta del Proyecto Costa Rica, que datan desde la gestión 2011, cuyo saldo al 31 de mayo de 2012 asciende a Bs 190.829.-, equivalente a $us 27.818.-, sin contar con documentos que formalicen importes entregados y políticas administrativas para la recuperación de dichos fondos y/o para el descargo correspondiente; consecuentemente existe inadecuada valuación y exposición del activo y de los resultados del ejercicio debido a que no se cuenta con el registro de previsión por incobrabilidad o gasto correspondiente que afecte a los resultados del período en que se originaron.*

  Al respecto manifestar que al 31.05.2012, esta cuenta se encontraba compuesta por una serie de erogaciones destinadas a cubrir los gastos de viaje para la organización de un nuevo proyecto encarado por la nuestra entidad, no obstante y atendiendo las recomendaciones emitidas por su autoridad, en fecha 31.07.2012 se procedió al castigo de Bs. 190.829.- (Ciento Noventa Mil, Ochocientos Veintinueve 00/100 Bolivianos) correspondientes a los desembolsos efectuados, según comprobante de diario N° 38, mayor contable de la cuenta, mismo que se adjunta (Ref. folio 3)

<u>CARGO N° 2.</u>- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la verificación de 1os registros contables de los Gastos Pagados por Anticipado, "Prensa" (Código 10702M050201), se estableció que la entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de exposición de Estados Financieros, las observaciones se detallan a continuación:

- *Seguro Asistencia Médica - Personal Compañía por Bs 32.537.-, debe registrarse en la subcuenta "Seguros para el Personal" (Código 107.02M04)*

- *Reparaciones y compra de repuestos por Bs 12.261., debe registrarse en la subcuenta "Almacenes" (Código 107.02M07).*

- *Pagos a la Bolsa de Valores por Bs 11.097.-, debe registrarse en la subcuenta "Administración Cartera de Inversión, (Código 107.02M09).*

De conformidad a lo dispuesto mediante su nota ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012****, todos los saldos expuestos en el Código 10702M050201 fueron amortizados y regularizados al 31/10/2012, registrando los conceptos por su naturaleza y origen, en cuentas de resultados, situación que su autoridad podrá validar en el detalle de movimientos contables de esa cuenta, para tal fin adjuntamos libro mayor auxiliar. (Ref. folios 4,5,6,7,y 8)*

CARGO N° 3.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

En la cuenta "Gastos Pagados por Anticipado, se registran inadecuadamente pagos por participaciones de beneficios y publicidad compartida ya consumidas, las mimas que son diferidas e imputadas al gasto en forma mensual.

Estas operaciones distorsionan la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados, conforme un detalle de movimientos detallados.

Sobre el particular manifestar que al 31.10.2012, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. regularizó la observación cargando a cuentas de resultados, la totalidad de los saldos pendientes que se tenían por diferir, según se muestra en el libro mayor auxiliar adjunto. (Ref. folios 4,5,6,7,y 8)

CARGO N° 4.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la verificación de los registros contables de Cuentas por Pagar, se estableció que la Entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, las presuntas observaciones se

detallan a continuación:

- *"Luz y Agua'* (sic) *(Código 20302M0601) por Bs 34.300.-, corresponde a la provisión por servicios de Auditoria Externa por el periodo 2011-2012, dicho concepto conforme lo establecido en el PUC debe registrarse en la subcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401).*

  Conforme lo sugerido mediante ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, al 31.10.2012.*** *Se procedió a la reclasificación de los Bs. 34.300.- (Treinta y Cuatro Mil, Trescientos 00/100 Bolivianos) al código 20302M1401 Auditoría Externa, para su verificación adjuntamos libro mayor auxiliar de la cuenta como respaldo. (Ref. folios 9 y 10)*

- *"Material de Escritorio" (Código 20302M1001) por Bs 2.177.-, corresponde a cuentas por pagar por: reparaciones, viáticos, movilidad, refrigerios entre otros, mismos que cuentan con cuentas específicas conforme al PUC.*

  Siguiendo la lógica expuesta. Se procedió a la regularización de los Bs. 2.117 (Dos Mil, Ciento Diecisiete 00/100 Bolivianos) importe que correspondía a la provisión temporal de obligaciones administrativas contraídas por la administración y reposición de caja chica, para su validación adjuntamos libro mayor auxiliar de la cuenta 20302M1001. (Ref. folios 11,12 y 13)

- *"Auditoria Externa" (Código 20302M1401), mantiene registrados varios conceptos, los cuales debieron exponerse conforme la nomenclatura aprobada en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad:*

  - *Pasajes Aéreos por Bs 25.007, debe registrarse en la subcuenta "Pasajes" (Código 203.02M1101).*

    El origen de estos registros corresponde a los pagos realizados con tarjeta de crédito, por el concepto de gastos en la compra de pasajes aéreos, contra cuenta del pasivo que se registra temporalmente hasta el pago definitivo por el consumo total del periodo.

    Este procedimiento obedece a que las entidades bancarias efectúan el corte de servicios hasta el día 20 de cada mes, lo que nos obliga a provisionar la obligación hasta la emisión del extracto y vencimiento correspondiente, ya no existe una obligación por la compra de pasajes, sino por el pendiente que contrajimos con la entidad financiera.

  - *Material de escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs 16.526.-, deben registrarse en sus cuentas específicas de acuerdo a su origen.*

    Si bien el PUC contempla códigos específicos para conceptos tales como material de escritorio, publicaciones, fotocopias, etc. La compañía registra en este código otros conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC,

tales como pagos con tarjeta de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados, entre otros.

- *Comisiones por cobranza de primas por Bs 54.858.- Fundación Sartawi, debe registrarse en la subcuenta "Comisiones por Cobranza de Primas" (Código 203.02M09).*

  Se procedió a la reclasificación de los saldos que componían la cuenta 20302M14, tal cual se podrán advertir en los movimientos del libro mayor auxiliar de la cuenta 203.02M09, apropiando adecuadamente dicho concepto al 30.11.2012. (Ref. folio 14)

CARGO N° 5.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

La subcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401) expone Inadecuadamente saldos correspondientes reservas técnicas, desvirtuando la exposición de Estados Financieros cuyo detalle se cita a continuación:

- *Bs 274.102.- corresponde a la reversión de cheques como consecuencia de obligaciones con médicos, laboratorios, clínicas y farmacias, por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad; y por obligaciones con entidades financieras y otros beneficiarios por siniestros por pagar del ramo de desgravamen hipotecario y vida en grupo.*

  Se procedió a la reclasificación contable de los cheques revertidos del código 20302M1401 al código 20201M93 - Siniestros por pagar, tal como se sugiere en el Informe/APS/DS/JCF/221/2012; se adjunta comprobantes de respaldo. (Ref. folios 15, 16, 17, 18,19, 20 y 21)

- *Bs 65.773.- corresponde a obligaciones con la Red de Médicos Oasis y servicios médicos ambulatorios por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad.*

  Los Bs. 65.773.- (Sesenta y Cinco Mil Setecientos Setenta y Tres 00/100 Bolivianos), no corresponde a siniestros por pagar como se expresa en el cargo; el monto se refiere al pago de Honorarios pactados según contrato con la empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda.

CARGO N° 6.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la revisión de los registros contables al Ciclo de Reaseguro a través de la cuenta corriente, se estableció que la entidad Aseguradora no se adecúa al proceso previsto en el PUC ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros. Las observaciones se detallan a continuación:

a) Inadecuadamente se exponen movimientos de Reaseguro Facultativo en las cuentas 202.10 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" y 102.10 -102.11 "Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" - Contratos Automáticos

Se realizó la reclasificación contable de los movimientos de reaseguro facultativo a la cuenta contable 20211M02 Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras - Contratos Facultativos, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folios 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29)

b) Los derechos técnicos con el reasegurador no son registrados en las cuentas 102.10 102.11 "Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras"

En atención a vuestra nota ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,*** *se ejecutó la reclasificación contable de los derechos técnicos con los reaseguradores en las cuentas contables 102.10 - 102.11 Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folios 22, 23, 24L 25, 26, 27, 28 y 29)*

c) Las obligaciones técnicas con el reasegurador no son registradas en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras"

Se efectuó la reclasificación contable de las obligaciones técnicas con los reaseguradores en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folio 9). (Ref. folios 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29)

d) Las obligaciones técnicas correspondientes a contratos facultativos con SCOR VIE GROUP, son efectuadas a través de cuentas administrativas "Cuentas por Pagar" (Código 203.02)

Cabe manifestar que una vez detectado el error, registramos los derechos con el reasegurador en la cuenta contable 102.10 - 102.11 y nuestras obligaciones técnicas en la cuenta contable 202.10 – 202.11.

<u>CARGO N° 7.-</u> Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

Los registros contables elaborados por la Entidad Aseguradora, de Cesiones al Reaseguro, no se adecúan al proceso previsto en el PUC, ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, por lo que, debe adecuarse los siguientes registros contables a la normativa vigente, conforme se detalla a continuación:

- *El registro de cesiones por contratos proporcionales facultativos extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, se registran en la cuenta "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras-Operaciones Automáticas" (Código 507.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

  Verificado el error, registramos las cesiones de reaseguro diferenciando los contratos facultativos en la cuenta contable 507.02 y los automáticos en la cuenta contable 507.01

- *Los gastos por impuestos sobre remesas al exterior son asumidos por la entidad; sin embargo, inadecuadamente se registra en la cuenta de gasto "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras Operaciones Automáticas" (Código 507.01) y no en la cuenta "Impuestos Fiscales y Municipales" (Código 521.04).*

  Al respecto manifestar que conforme lo establece la Ley N° 843 sobre el Impuesto a las Utilidades, se considera a este impuesto como una retención sobre las actividades parcialmente realizadas en el país, alícuota determinada que asciende al 2.5% asumida por el reasegurador.

<u>CARGO N° 8.-</u> Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 21 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la revisión efectuada se estableció que la entidad Aseguradora:

- *El costo técnico-financiero por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con Entidades de Reaseguro, se registró en la cuenta "Pagos Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

- *El registro del contrato pactado con Scor Global Life SE sobre exceso de pérdida en caso de evento catastrófico, efectivamente fue contabilizado en la cuenta "Pago Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), apoyados en el concepto que expone el PUC de esta cuenta: "Costos técnico-financieros por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, que tiene como propósito coadyuvar al sistema de administración de seguros, a través de ¡a cobertura de cartera de siniestros por exceso de pérdida o siniestralidad".*

- *El pago por el costo técnico-financiero de contrato de exceso de pérdida correspondiente a las Gestiones 2009-2010 se registró en la cuenta "Contratos*

Facultativos" (Código 507.02) en lugar de registrar en la cuenta "Resultados Acumulados" (Código 307.02).

Con el debido respeto señor Director y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desdé la gestión 2009 y subsecuentes.

CARGO Nº 9.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

La Entidad Aseguradora realizó estimación de ingresos por participación de utilidades de las Gestiones 2008 y 2009 con los Reaseguradores Munchener, Scor y Hanover por $us 306.584.-, equivalente a Bs 2.103.166, registrando en cuentas de ingreso; sin embargo, según conciliación de saldos efectuado en marzo de 2012, la participación confirmada asciende a $us 38.559, equivalente a Bs. 264.515-.

La diferencia entre lo registrado y confirmado por el reasegurador inadecuadamente se difiere al gasto en forma mensual en lugar de su registro por el importe total en la cuenta "Resultados Acumulados". Al 31 de mayo de 2012 el importe no registrado asciende a $us. 124.770.-equivalente a Bs 855.923.

Esta operación distorsiona la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados expuestos en Estados Financieros.

Al igual que en el acápite anterior señor Director y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes.

CARGO N° 10.- Incumplimiento al inciso i), subpunto 3.2. del punto 3 del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 764/2008 de 30 de septiembre de 2008, *por mantener cesiones con el reasegurador sin documentación de respaldo.*

Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. mensualmente efectúa pagos a SCOR VIE GROUP por colocaciones facultativas en el ramo de Desgravamen Hipotecario.

Por lo que se establece lo siguiente:

- *Las colocaciones mensuales no cuentan con el respaldo y evidencia del slip y contrato de reaseguro.*
- *No cuentan con información respecto a las pólizas sujetas a colocación*

facultativa.

- *No presentó estados de cuenta o evidencia de conciliaciones de saldos trimestrales y pagos efectuados al Reasegurador por las Gestiones 2011 y 2012 por $us 352.985.- y $us 191.897.-, respectivamente.*
- *No existe evidencia de aceptación de los pagos por parte del reasegurador.*

Lo descrito ocasiona incertidumbre sobre todo el proceso de colocación de Reaseguro Facultativo en el Ramo de Desgravamen Hipotecario.

Sobre el punto referido, manifestar señor Director que nuestra entidad ya presentó los descargos respectivos, a través de un proceso sancionatorio iniciado a nuestra entidad por tales observaciones; por ello bajo el principio del non bis in ídem, solicitamos que el presente cargo sea desestimado.

***CARGO N° 11.- Incumplimiento del artículo 30 de la Ley de Seguros N° 1883 y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201**, por omitir registrar reservas técnicas.*

En el ramo de salud o enfermedad, se mantiene la política de efectuar la recepción de facturas por servicios de clínicas, laboratorios, farmacias y honorarios médicos hasta los primeros días del mes siguiente a su emisión, registrándose únicamente en Estados Financieros el 13% de las mismas en la cuenta "Provisión Crédito Fiscal" (Código 203.02M140102) para su declaración al Servicio de Impuestos Nacionales, posteriormente en los meses subsiguientes se registra el siniestro previo a la evaluación del caso y/ o al momento de efectuar el pago, ocasionando omisión del registro de obligaciones técnicas en el mes de origen de la liquidación y subestimación de los resultados, desvirtuando la evaluación de cumplimiento de recursos de inversión.

La operativa expuesta contraviene lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley de Seguros y, 11 y 14 del Decreto Supremo 25201 que disponen que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente la reserva de siniestros pendientes.

Al 31 de mayo de 2012 el saldo expuesto en la subcuenta Provisión Crédito Fiscal (Código 203.02M140102) alcanza a Bs 266.668.-correspondiente a la Gestión 2012 y gestiones anteriores, estableciendo una omisión por "Siniestros por Pagar" de Bs 2.051.292.

Dadas nuestra gestión comercial con nuestro cliente la Embajada Americana a la fecha de la inspección efectuábamos tal procedimiento a fin de utilizar el crédito IVA de las notas fiscales correspondientes al ramo de Asistencia Médica familiar, hecho que se extinguió con la finalización de nuestro contrato con el cliente mencionado.

***CARGO N° 12.- Incumplimiento del inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social,** al haber efectuado préstamos de dinero a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.*

"Cuentas Varias por Cobrar" - Sucursal La Paz (Código 10302M030104) registra el

préstamo por Bs.2.744.0 equivalente a $us 400.000.- a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. efectuado en fecha 8 de marzo de 2012, operativa que no cuenta con contrato de préstamo y políticas administrativas para su recuperación, consecuentemente dicha operativa distorsiona la actividad principal de la Entidad que es otorgar cobertura de riesgo a Seguros de Personas, el saldo al 31 de mayo de 2012 ascendía a Bs1.372.0 equivalente a $us 200.000.-

Mediante depósito de fecha 13.09.2012, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros procedió a la devolución de los $us. 200.000.- (Doscientos Mil 00/100 Dólares Americanos), situación que su autoridad podrá evidenciar conforme adjunto del mayor contable de dicha regularización, así mismo señalar que al 31.12.2012 no exponemos saldos vinculados por este objeto. (Ref. folio 30)

No obstante lo mencionado y haber su autoridad verificado dicha observación en su oportunidad, nuestra entidad aseguradora ya habría sido objeto de un proceso por el mismo cargo, en tal sentido y en estriba aplicación al principio del non bis in ídem, solicitamos respetuosamente pueda valorar lo expuesto de tal *manera que se proceda a desestimar el presente cargo.*

Finalmente cabe informar a su autoridad, que luego de emitido el informe sobre la Fiscalización Técnico Financiera a nuestros Estados Financieros al 31/05/2012, mismo que nos fuera remitido a través del ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,*** *fueron ya subsanadas las observaciones mencionadas precedentemente detectadas hasta el 30/11/2012; solicitando en tal sentido, a su autoridad pueda considerar los extremos señalados, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa en el proceso sancionatorio iniciado…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 314-2014 DE 23 DE ABRIL DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de 23 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expuso la fundamentación siguiente:

"…***CONSIDERANDO:***

Que mediante nota CITE: DL AV Nº 014/2014 de 08 de abril de 2014, ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *presenta los descargos que a continuación se analizarán:*

Descargo al Cargo N°1.- *La Entidad manifiesta:*

a. *"Conforme su autoridad podrá corroborar, en atención a la nota CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, procedimos a la regularización del importe en cuestión, gestionando la cancelación total de las primas pendientes de cobro por el monto de Bs660.867.- (Seiscientos Sesenta Mil Ochocientos Sesenta y Siete 00/100 Bolivianos), hecho que puede ser comprobado al 30.11.2012, remitiendo asimismo para su debida consideración copia del*

libro mayor contable con los movimientos de esta cuenta, misma que fue depurada en su totalidad, (Ref. folio 1 y 2).

b. *Al respecto manifestar que al 31.05.2012, esta cuenta se encontraba compuesta por una serie de erogaciones destinadas a cubrir los gastos de viaje para la organización de un nuevo proyecto encarado por nuestra Entidad, no obstante y atendiendo las recomendaciones emitidas por su autoridad, en fecha 31.07.2012 se procedió al castigo de Bs.190.829.- (Ciento Noventa Mil Ochocientos Veintinueve 00/100 Bolivianos) correspondientes a los desembolsos efectuados, según comprobante de diario N° 38, mayor contable de la cuenta, mismo que se adjunta (Ref. folio 3)".*

Evaluación APS

a. *La Entidad reconoce la observación revelando que gestionó el cobro de primas pendientes y que efectuó su regularización, adjuntado como respaldo el libro mayor de la cuenta "Cuentas Varias por Cobrar DLLS" al 30 de noviembre de 2012, de su revisión se verificó que al 30 de junio de 2012 se acreditó el saldo observado de Bs660.867.-; no obstante, no presentó los asientos de ajuste y/o mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debitó el saldo; asimismo, se verificó que hasta el 30 de septiembre de 2012 se continuó registrando saldos relacionados al Club Bercant, Embajada Americana, Pólizas de Vida en Grupo Entel y Visión Mundial los cuales fueron depurados al 30 de noviembre de 2012.*

b. *La Entidad acepta la observación y revela que procedió al castigo de Bs190.829.- correspondiente a erogaciones destinadas a cubrir los gastos de viaje, para la organización de un nuevo proyecto en Costa Rica, adjuntado como respaldo el libro mayor de la cuenta "Anticipos Varios DLLS" al 30/11/12, en la cual se observa el registro del Comprobante de Diario N° 38 de fecha 31 de julio de donde se acreditó Bs190.829.-; no obstante, no presentó el asiento de ajuste y/o mayor de la cuenta contra la cual se debitó el saldo ajustado, así como documentos que formalicen los importes entregados y/o políticas administrativas para la recuperación de dichos fondos.*

Que conforme lo revelado, y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo N° 1, al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por inadecuada aplicación debido a que en la Subcuenta "Entregas con Cargo de Cuenta" (Código 103.02M03) se registran operaciones que no cumplen con su concepto.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), inciso d) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de*

sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:. (sic) ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que habiendo la Entidad Aseguradora procedido a regularizar las observaciones y no habiendo daño ni reincidencia, en observancia al principio de proporcionalidad corresponde la aplicación de la sanción de amonestación.

Descargo al Cargo N°2.- *La Entidad manifiesta:*

> *"De conformidad a lo dispuesto mediante su nota* ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012****, todos los saldos expuestos en el Código 10702M050201 fueron amortizados y regularizados al 31/10/2012, registrando los conceptos por su naturaleza y origen, en cuentas de resultados, situación que su autoridad podrá validar en el detalle de movimientos contables de esa cuenta, para tal fin adjuntamos libro mayor auxiliar. (Ref. folios 4, 5, 6, 7 y 8)".*

Evaluación APS

La Entidad reconoce la observación e informa que efectuó las amortizaciones y regularizaciones pertinentes al 31/10/12, registrando los conceptos por su naturaleza y origen en cuentas de resultados, adjuntando como respaldo el libro mayor de la subsubcuenta "Prensa Local" (Código 107.02.1.05.02.01) al 30/11/12, de su revisión se verificó que conforme las glosas explicativas estos importes fueron amortizados hasta el 31de octubre de 2012 y que los saldos fueron depurados al 30 de noviembre de 2012; no obstante, no presentó los asientos de ajuste que respalden dichas regularizaciones o mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debitó el saldo.

Conforme lo revelado, y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación, debido a que las operaciones correspondientes a Gastos pagados por anticipado no son registradas conforme su origen en las subsubcuentas establecidas para tal efecto.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), inciso d) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento*

en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:. (sic) ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que habiendo la Entidad Aseguradora procedido a regularizar las observaciones y no habiendo daño ni reincidencia, en cumplimiento al principio de proporcionalidad corresponde la aplicación de la sanción de amonestación.

<u>Descargo al Cargo N° 3</u>.- *La Entidad manifiesta:*

> *"…Sobre el particular manifestar que al 31.10.2012, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. regularizó la observación cargando a cuentas de resultados, la totalidad de los saldos pendientes que se tenían por diferir, según se muestra en el libro mayor auxiliar adjunto. (Ref. folios 4, 5, 6, 7 y 8)…".*

<u>Evaluación APS</u>

La Entidad acepta la observación mencionando que, efectuó los ajustes de la totalidad de los saldos pendientes que se tenían por diferir a cuentas de resultados al 31/10/12, adjuntando como respaldo el libro mayor de la subsubcuenta "Prensa Local" (Código 107.02.1.05.02.01) al 30/11/12; de su revisión se verificó que los importes observados fueron acreditados en fechas 30 de julio de 2012 y 29 de septiembre de 2012, respectivamente, mediante comprobante contable 7D y que los movimientos efectuados por el mismo concepto durante la gestión fueron depurados al 30 de noviembre de 2012, no obstante, no presentó los asientos de ajuste que respalden dichas regularizaciones y/o mayores que permitan establecer la cuenta contra las cuales se debitaron dichos saldos.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación, debido al registro de gastos consumidos en la cuenta "Gastos Pagados por Anticipado -Prensa" (Código 10702M050201) y reconociendo el gasto de forma mensual, ocasionando subvaluación de resultados.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), incisos d) y e) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:.* (sic) ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…* ***e)*** *Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

*Que **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** al haber omitido los gastos, subestimó los resultados de los Estados Financieros por lo que corresponde se aplique una sanción de multa en grado mínimo de 784UFV's.*

Descargo al Cargo N°4.- *La Entidad manifiesta*

- ***Luz y Agua (Código 20302M0601) por Bs34.300.-***

  *"Conforme lo sugerido mediante **CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, al 31.10.2012**. Se procedió a la reclasificación de los Bs. 34.300.- (Treinta y Cuatro Mil Trescientos 00/100 Bolivianos) al Código 20302M1401 Auditoría Externa, para su verificación adjuntamos libro mayor auxiliar de la cuenta como respaldo. (Ref. Folios 9 y 10)".*

- ***Material de Escritorio (Código 20302M1001) por Bs2.177.-***

  "Siguiendo la lógica expuesta. Se procedió a la regularización de los Bs2.117.- (Dos Mil, Ciento Diecisiete 00/100 Bolivianos) importe que correspondía a la provisión temporal de obligaciones administrativas contraídas por la administración y reposición de caja chica, para su validación adjuntamos libro mayor auxiliar de la cuenta 20302M1001. (Ref. folios 11, 12 y 13)".

- ***Auditoría Externa (Código 20302M1401).***

  - ***Pasajes Aéreos por Bs25.007.-***

    "El origen de estos registros corresponde a los pagos realizados con tarjeta de crédito, por el concepto de gastos en la compra de pasajes aéreos, contra cuenta del pasivo que se registra temporalmente hasta el pago definitivo por el consumo total del periodo.

    Este procedimiento obedece a que las Entidades bancarias efectúan el corte de servicios hasta el día 20 de cada mes, lo que nos obliga a provisionar la obligación hasta la emisión del extracto y vencimiento correspondiente, ya no existe una obligación por la compra de pasajes, sino por el pendiente que contrajimos con la Entidad financiera".

  - ***Material de Escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs16.526.-***

    "Si bien el PUC contempla Códigos específicos para conceptos tales como material de escritorio, publicaciones, fotocopias, etc. La compañía registra en este Código otros conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC, tales como pagos con tarjeta de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados, entre otros".

  - ***Comisiones por cobranza de primas por Bs 54.858.- Fundación Sartawi***

    "Se procedió a la reclasificación de los saldos que componían la cuenta 20302M14, tal cual se podrán advertir en los movimientos del libro mayor

auxiliar de la cuenta 203.02M09, apropiando adecuadamente dicho concepto al 30.11.2012. (Ref. folio 14)"

<u>Evaluación APS</u>

- ***Luz y Agua – Cód. 20302M0601****. La Entidad reconoce la observación remitiendo el libro mayor de las subsubcuentas "Servicios por Pagar DLLS" (Código 20302M060101) y "Auditoría Externa" (Código 20302M140101); de su revisión se verificó que el importe observado fue debitado en fecha 31 de octubre de 2012 mediante comprobante contable 5D y que no existen movimientos efectuados por el mismo concepto hasta el 30 de noviembre de 2012.*

- ***Material de Escritorio – Cód. 20303M1001****. La Entidad aceptó la observación y revela que el importe corresponde a la provisión temporal de obligaciones administrativas y reposición de caja chica, adjuntando como respaldo el libro mayor de la subsubcuenta "Material de Escritorio" (Código 203.02.1.10.01.01) al 30 de noviembre de 2012; de su revisión se verificó que el importe observado fue acreditado en fecha 11 de junio de 2012 mediante comprobante contable 381 OP y que los movimientos efectuados por el mismo concepto durante la gestión fueron depurados al 30 de noviembre de 2012; no obstante, no presentó los asientos de ajuste que respalden dichas regularizaciones y/o mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debitaron dichos saldos.*

- ***Auditoría Externa – Cód. 20302M10401***

  - ***Pasajes Aéreos por Bs25.007.-***

La Entidad no presentó ningún documento de descargo; no obstante, argumenta que el registro corresponde a pagos realizados con tarjetas de crédito por la adquisición de pasajes aéreos, contabilizados temporalmente en la cuenta observada, hasta el momento de su pago a la Entidad Financiera. Al respecto, el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad establece que todas las transacciones que generan obligaciones administrativo financieras, contraídas con Entidades Bancarias deben ser registradas en la cuenta "Entidades Financieras" (Código 203.01M), motivo por el cual los argumentos presentados no desvirtúan la observación.

  - ***Material de Escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs16.526.-***

La Entidad no presentó ningún documento de descargo; no obstante, argumenta que registra en este Código conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC, hallándose entre ellos pagos con tarjetas de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados. Al respecto, el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad contempla cuentas específicas para los importes observados como ejemplo cuentas por pagar por: tarjetas de crédito en la cuenta "Préstamos Bancarios" (Código 203.01M01), publicaciones en la cuenta "Publicidad y

Propaganda" (Código 203.02M03) y fotocopias en la cuenta "Papelería e Impresos" (Código 203.02M1002), motivo por el cual los argumentos presentados no desvirtúan la observación.

- ***Comisión Cobranzas de Primas por Bs54.858.- – Fundación Sartawi.***

La Entidad reconoce la observación y adjunta el libro mayor de la subsubcuenta "Comisiones por Cobranza de Primas" al 30 de noviembre de 2012; de su verificación se estableció que las comisiones de octubre de 2012 se encuentran registradas en dicha subsubcuenta; no obstante, no remitió asientos de reclasificación del importe observado, conforme recomendaciones de esta Autoridad de Fiscalización.

Por lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación, debido a que las operaciones correspondientes a Cuentas por Pagar no son registradas conforme su origen en las subsubcuentas establecidas para tal efecto.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), incisos d) y e) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establecen: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:.* (sic) ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…… **e)** Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que la conducta negligente de la Entidad Aseguradora al haber omitido el registro de las reservas técnicas ha ocasionado que se desvirtúe el cumplimiento de los Recursos de Inversión, por lo que en base al principio de proporcionalidad corresponde la aplicación de la sanción de multa en el tope del rango mínimo, establecido en 10.000UFV's.

<u>Descargo al Cargo N°5</u>.- *La Entidad manifiesta*

- *Bs274.102.- se procedió a la reclasificación contable de los cheques revertidos del Código 20302M1401 al Código 20201M93 - Siniestros por Pagar, tal como se sugiere en el Informe /APS/DS/JCF/221/2012; se adjunta comprobantes de respaldo. (Ref. folios 15, 16, 17, 18,19, 20 y 21).*

- *Los Bs65.773.- (Sesenta y Cinco Mil Setecientos Setenta y Tres 00/100 Bolivianos), no corresponde a siniestros por pagar como se expresa en el cargo; el monto*

se refiere al pago de honorarios pactados según contrato con la empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda.

<u>Evaluación APS</u>

De la evaluación realizada a los descargos presentados para el Cargo 5, se estableció que:

- *La Entidad reconoce la observación y revela que efectuó la reversión correspondiente, adjuntando como respaldo los comprobantes de reclasificación 14D y 31D de 31 de octubre de 2012 por un total de Bs48.989,65.- de la subsubuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401) a la cuenta "Siniestros por Pagar - Seguros de Personas" (Código 20201M93), quedando pendiente la regularización y respaldo de Bs225.113,06.- conforme recomendaciones efectuadas por esta Autoridad de Fiscalización.*

- *La Entidad no efectuó el asiento de ajuste recomendado por esta Autoridad de Fiscalización, argumentando que el importe observado corresponde al pago de honorarios pactados, según contrato con la Empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda. Al respecto, se debe señalar que dichos honorarios se originan a consecuencia de la atención a asegurados, por lo tanto se constituyen en siniestros en el ramo de Salud o Enfermedad; en ese sentido, los argumentos presentados no desvirtúan lo observado.*

Asimismo, la Entidad no efectuó alegaciones ni remitió descargos que desvirtúen el registro inadecuado de pago por honorarios a la Red de Médicos Oasis, en la cuenta de Comisiones a Corredores de Seguros – Salud y Enfermedad (Cód. 509.02M934701).

Conforme lo expuesto y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008*** *por su inadecuada aplicación, debido al registro de reservas técnicas en cuentas administrativas, subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401).*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), inciso d) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:* ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que estando pendientes regularizaciones y descargos conforme se explicó corresponde se aplique una sanción de multa en grado mínimo de 784.-UFV's.

Descargo al Cargo N°6.- *La Entidad manifiesta*

a) Se realizó la reclasificación contable de los movimientos de reaseguro facultativo a la cuenta contable 20211M02 Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras - Contratos Facultativos, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folios 22 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29).

b) En atención a vuestra nota CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, se ejecutó la reclasificación contable de los derechos técnicos con los reaseguradores en las cuentas contables 102.10 - 102.11 Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folios 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29).

c) Se efectuó la reclasificación contable de las obligaciones técnicas con los reaseguradores en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folio 9). (Ref. folios 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29).

d) Cabe manifestar que una vez detectado el error, registramos los derechos con el reasegurador en la cuenta contable 102.10 - 102.11 y nuestras obligaciones técnicas en la cuenta contable 202.10 y 202.11.

Evaluación APS

a) *La Entidad reconoce la observación y revela que efectuó las regularizaciones correspondientes, adjuntando como respaldo el Estado de Cuenta de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 202.11M02) al 30 de noviembre de 2012; de su revisión se verificó el registro de cesiones al reaseguro facultativo a partir de 31 de julio de 2012; no obstante, no presento asientos de reclasificación de las cuentas observadas al 31 de mayo de 2012.*

b) *La Entidad acepta la observación y revela que efectuó las regularizaciones correspondientes, adjuntando como respaldo los Estados de Cuenta de las cuentas "Deudores – Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" (Código 102.10 – 102.11) al 30/11/12; de su revisión se verificó el registro de derechos técnicos con los reaseguradores a partir del mes de junio de 2012.*

c) *La Entidad acepta la observación y revela que efectuó las regularizaciones correspondientes, adjuntando como "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" (Código 202.10 - 202.11) al 30 de noviembre de 2012; respaldo los Estados de Cuenta de las cuentas de su revisión se verificó el registro de obligaciones técnicas con los reaseguradores a partir del mes de junio de 2012.*

d) *La Entidad no presentó ningún documento de descargo, que desvirtúe la observación.*

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación en el registro de las cuentas de reaseguro a través de la cuenta corriente.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), inciso d) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:.* (sic) ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que no habiendo la Entidad Aseguradora presentado ningún documento de descargo que acredite que los derechos con el reasegurador y las obligaciones técnicas, correspondientes a contratos facultativos con SOCR VIE GROUP, efectuadas en cuentas administrativas hayan sido regularizados, corresponde se aplique una sanción de multa en grado mínimo de 784 UFV's.

Descargo al Cargo N°7.- *La Entidad manifiesta:*

> *"Verificado el error, registramos las cesiones de reaseguro diferenciando los contratos facultativos en cuenta contable 507.02 y los automáticos en la cuenta contable 507.01.*
>
> *Al respecto manifestar que conforme lo establece la Ley N° 843 sobre el Impuesto a las Utilidades, se considera a este impuesto como una retención sobre las actividades parcialmente realizadas en el país, alícuota determinada que asciende al 2.5% asumida por el reasegurador".*

Evaluación APS.-

- *La Entidad acepta la observación y revela que fue regularizada, no obstante, no presento Estados de Cuenta y/o ajustes contables que respalden la regularización.*

- *El argumento expuesto por la Entidad se considera aceptable, motivo por el cual se desestima la observación.*

Conforme lo anotado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica parcialmente el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero***

***de 2008**, al punto uno, por su inadecuada aplicación en el registro de las cesiones por contratos proporcionales facultativos extranjeros.*

*Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), inciso d) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves,** sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:.* (sic) ***d)** Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que no habiendo la Entidad Aseguradora presentado la documentación de respaldo sobre la regularización de las observaciones, en cumplimiento del principio de proporcionalidad corresponde la aplicación de la sanción de multa en el rango mínimo de 784UFV's.

Descargo al Cargo N°8.- *La Entidad manifiesta:*

- ***El costo técnico financiero por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con Entidades de Reaseguros, se registró en la cuenta "Pagos Operaciones No proporcionales" (Código 516.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (código 507.02)***

  El registro del contrato pactado con Scor Global Life SE, sobre exceso de pérdida en caso de evento catastrófico, efectivamente fue contabilizado en la cuenta "Pago Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), apoyados en el concepto que expone el PUC de esta cuenta: "Costos técnico-financieros por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con Entidades de reaseguro, que tienen como propósito coadyuvar al sistema de administración de seguros, a través de la cobertura de cartera de siniestros por exceso de pérdida o siniestralidad".

- ***El pago por el costo técnico-financiero de contrato de exceso de pérdida correspondiente a las gestiones 2009-2010 se registró en la cuenta "Resultados Acumulados" (Código 307.02)***

  Con el debido respeto señor Director y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes.. (sic)*".*

Evaluación APS

La Entidad no presentó ningún documento de respaldo, argumentando que el registro contable del contrato de exceso de pérdida fue contabilizado en la cuenta "Pago Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01). Asimismo, de la revisión a

los estados financieros y documentos que cursan en esta autoridad se estableció que la Entidad efectuó el registro del pago de contratos de exceso de perdida en dicha cuenta en el mes de julio de 2012, por lo que se desestima el cargo.

Conforme lo revelado se desestima el cargo por ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008****.*

Descargo al Cargo N°9.- *La Entidad manifiesta:*

> *"Al igual que en el acápite anterior señor Director y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes".*

Evaluación APS

La Entidad acepta la observación y argumenta que la misma no amerita ajuste considerando el tiempo transcurrido.

De la evaluación a los Estados Financieros al 31 de julio de 2012, se estableció que se efectuó un ajuste contable por el importe observado con cargo a la cuenta de gasto "Anulación ajuste sobre primas cedidas operaciones automáticas" (Código 516.02) y no contra la cuenta "Resultados de Gestiones Anteriores" (Código 307.02).

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica ***el Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008****, por su inadecuada aplicación, debido al diferimiento de gastos conocidos en forma mensual, ocasionando subvaluación de resultados.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano I), incisos d) y e) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establecen: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo:.* (sic) ***d)*** *Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público……* ***e)*** *Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al público…".*

Que toda vez que la conducta negligente no ha causado daño ni es reiterativa, corresponde se aplique una sanción de multa en grado mínimo de 784UFV's.

Descargo al Cargo N°10.- *La Entidad manifiesta:*

> *"Sobre el punto referido, manifestar señor Director que nuestra Entidad ya presentó los descargos respectivos, a través de un proceso sancionatorio iniciado a nuestra Entidad por tales observaciones; por ello bajo principio del non bis in idem, solicitamos que el presente cargo sea desestimado".*

Evaluación APS

La Entidad acepta la observación argumentando que esta Autoridad de Fiscalización inicio anteriormente proceso sancionatorio por el mismo cargo sin mencionar el número y la fecha del presunto acto administrativo; no obstante, de acuerdo a antecedentes que cursan en la Dirección de Seguros de la APS se estableció que no existen resoluciones sancionatorias contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por el cargo notificado.

Por otra parte cabe mencionar, que esta Autoridad de Fiscalización mediante CITE: APS/DS/JTS/130/2013 solicito el respaldo de las operaciones con SCOR VIE GROUP por colocaciones facultativas en el ramo de Desgravamen Hipotecario. En respuesta, mediante CITE: AV-004/2013 de 28 de febrero de 2013, la Entidad remitió documentos de respaldo que corresponden a contratos automáticos con Scor Global Life Americas Reinsurance y no a las operaciones de contrato facultativo con SCOR VIE GROUP y pagos efectuados por las Gestiones 2011 y 2012 por US$352.985.- y US$191.897.- respectivamente.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica ***Incumplimiento al inciso i), subpunto 3.2 del punto 3 del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 764/2008 de 30 de septiembre de 2008,*** *por mantener cesiones con el reasegurador SCOR VIE GROUP sin documentación de respaldo.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del romano II), inciso d) del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones graves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a Ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil (200.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Distorsión, falsedad o* ***contradicción*** *en los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público ".*

Que habiendo la Entidad Aseguradora omitido la remisión de la documentación solicitada, ocasiona incertidumbre sobre el proceso de colocación del Reaseguro Facultativo en el Ramo de Desgravamen Hipotecario, por ello y en observancia al principio de proporcionalidad corresponde la aplicación de la sanción de multa en grado mínimo de 80.000.—UFV's.

Descargo al Cargo N°11.- *La Entidad manifiesta:*

"Dada nuestra gestión comercial con nuestro cliente la Embajada Americana a la fecha de la inspección efectuábamos tal procedimiento a fin de utilizar el crédito IVA de las notas fiscales correspondientes al ramo de Asistencia Médica Familiar, hecho que se extinguió con la finalización de nuestro contrato con el cliente mencionado".

Evaluación APS

La Entidad acepta la observación y revela que esta se debió a la inadecuada operatoria en el reconocimiento de las notas fiscales de su cliente Embajada Americana del ramo de "Asistencia Médica Familiar", el cual se extinguió con la finalización del contrato, no obstante, no presento documentos de regularización por la omisión de registro de siniestros, ni documentos que respalden dicha aseveración.

Conforme lo anotado y ante la inexistencia de documentos que desvirtúen el cargo al 31 de mayo de 2012, se ratifica el ***incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 30 de la Ley de Seguros 1883 y los Artículos 11 y 14 del Decreto Supremo 25201****, por omitir el registro de las obligaciones técnicas en el mes de origen de la liquidación y subestimar los resultados desvirtuando de esta manera la evaluación de cumplimiento de recursos de inversión.*

Que dicha conducta se adecúa a la previsión sancionatoria del inciso m) del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones graves****, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil (200.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Distorsión, falsedad o* ***contradicción*** *en los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público*

Que la omisión del registro de obligaciones técnicas en el mes de origen de la liquidación ha producido la subestimación de los resultados, desvirtuando la evaluación de cumplimiento de recursos de inversión, por lo que corresponde se aplique una sanción de multa en grado mínimo de 80.000.- UFV's.

Descargo al Cargo N°12.- *La Entidad manifiesta que:*

"Mediante depósito de fecha 13.09.2012, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros procedió a la devolución de los $us. 200.000.- (Doscientos Mil 00/100 Dólares Americanos), situación que su autoridad podrá evidenciar conforme adjunto del mayor contable de dicha regularización, asímismo señalar que al 31.12.2012 no exponemos saldos vinculados por este objeto. (Ref. folio 30).

No obstante lo mencionado y haber su autoridad verificado dicha observación en su oportunidad, nuestra Entidad aseguradora ya habría sido objeto de un proceso por el mismo cargo, en tal sentido y en estricta

aplicación al principio del non bis in idem, solicitamos respetuosamente pueda valorar lo expuesto de tal manera que se proceda a desestimar el presente cargo.

Finalmente cabe informar a su autoridad, que luego de emitido el informe sobre la Fiscalización Técnico Financiera a nuestros Estados Financieros al 31/05/2012, mismo que nos fuera remitido a través del CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, fueron subsanadas las observaciones mencionadas precedentemente detectadas hasta el 30/11/2012; solicitando en tal sentido, a su autoridad pueda considerar los extremos señalados, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa en el proceso sancionatorio iniciado".

<u>Evaluación APS</u>

La Entidad acepta la observación argumentando que en fecha 13 de septiembre de 2012 Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. procedió a la devolución del saldo observado de US$200.000.-equivalente a Bs1.372.000.-, adjuntando como respaldo el libro mayor de la cuenta "Cuentas Varias por Cobrar DLLS" al 30 de noviembre de 2012, en la cual se observa que en fecha al 30 de septiembre de 2012 se acreditó el saldo observado de Bs1.372.000.-; no obstante, no presentó asientos de ajuste que permitan establecer la cuenta contra la cual se debitó el saldo ni el contrato que respaldaba el préstamo otorgado; asimismo, se verificó que durante la gestión se realizaron otros préstamos, así se tiene que el 31 de julio de 2012 existe un préstamo por US$90.000.- equivalente a Bs617.400.- y al 31 de agosto de 2012 otro por US$58.123,68.- equivalente a Bs398.728,44.- que fueron cancelados hasta el 30 de septiembre de 2012.

Por otra parte, la Entidad indica que, al haber sido objeto de un proceso sancionatorio se proceda a desestimar el cargo; al respecto, cabe aclarar que la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 191/2011 de 25 de febrero de 2011 estuvo referida a préstamos anteriores, similares al cargo notificado actualmente, lo que no significa que la actual observación este referida al mismo hecho y que por ello deba considerarse que se ha producido un non bis in idem.

La política utilizada por ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *de otorgar préstamos, como se hizo notar ya en la Nota de Cargos, constituye un hecho reiterativo.*

Que por lo expuesto se ratifica el ***incumplimiento a lo dispuesto en el inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros Nº 1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social****, al haber efectuado préstamos de dinero a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. …"*

Con base en tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de 23 de abril de 2014 dispone:

"…***PRIMERO.- DECLARAR IMPROBADOS*** *el cargo N° 7 de manera parcial y el Cargo N° 8 en su totalidad.*

SEGUNDO.- SANCIONAR *a* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *con* ***AMONESTACIÓN*** *por los cargos N° 1 y 2, conforme lo analizado en la parte considerativa.*

TERCERO.- IMPONER *a* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. SANCION DE MULTA****, conforme a los criterios analizados en la parte considerativa, por los siguientes cargos:*

Cargo N° 3.- *784.-UFV's (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).*

Cargo N° 4.- *10.000 UFV's (Diez Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)*

Cargo N° 5.- *784.-UFV's (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).*

Cargo N° 6.- *784.-UFV's (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).*

Cargo N° 7.- *En la parte pertinente, 784.-UFV's (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).*

Cargo N° 9.- *784.-UFV's (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).*

Cargo N° 10.- *80.000.-UFV's (Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)*

Cargo N° 11.- *80.000.-UFV's (Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)*

CUARTO.- *En cuanto al* ***cargo N° 12 EFECTUAR*** *una severa llamada de atención a* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *al haberse verificado que de manera recurrente realiza operaciones financieras que exceden su objeto social único, por lo que de repetirse la conducta infractora la Entidad Aseguradora será sancionada con multa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 26 de mayo de 2014, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de fecha 23 de abril de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…***7. Fundamentación***

7.1. Inaplicabilidad del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros de la APS por Declaratoria de Inconstitucionalidad.

Señor Director, como es de su conocimiento cualquier forma de sanción que se pretenda aplicar en contra de una entidad regulada, debe cumplir estrictamente con los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 28º.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la enunciación anteriormente expuesta, halla sentido en el contenido del presente Recurso de Revocatoria, debido a que el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, ha dispuesto mediante la Sentencia Constitucional 0394/2014 del 25 de febrero de 2014, la inconstitucionalidad del Reglamento de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, toda vez que la misma se basa en el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, lo cual motiva su inaplicabilidad y en consecuencia la imposibilidad de que seamos sancionados por dicho instrumento legal que está perturbado y eliminado del proceso positivo por determinación de la máxima instancia de control de constitucionalidad de nuestro país.

En esta parte es importante el tomar en cuenta que la Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, en su parte considerativa, se apoya estrictamente en las previsiones legales descritas en el artículo 52 de la Ley de Seguros.

En ese sentido, la Sentencia Constitucional al eliminar del tráfico jurídico el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, ha abrogado tácitamente todas las disposiciones legales de menos jerarquía que le son contrarias, es por ello que el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, que fuera aprobado por la Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, había sido ABROGADO, toda vez que su parte considerativa, revela en forma clara y precisa que todo el documento está sustentado en el artículo 52: Ley 1883 que fuera declarado inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia.

7.2. <u>Inexistencia de Fundamentación de la Resolución e Inexistencia de Tasación Regulatoria.</u>

Señor Director, con el objetivo de procurar el cumplimiento del debido proceso dentro del trámite sancionatorio que se intenta en contra de la entidad que

*representó importante poner en su atención que todos los descargos, presentados, merecen contrastación y valoración jurídica (TASACIÓN PROBATORIA Y REGULATORIA) y sólo "**DE COMENTARIO**" por parte de la APS, sino que por el contrario, se considera que es deber de la entidad pública el motivar y fundamentar sus conclusiones, toda vez que el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2/2014 del 23 de abril de 2014, y a los largo del análisis de los **DOCE CARGOS A EXCEPCIÓN DEL CARGO 7** que fuera desestimado en su totalidad. Los demás han tenido una débil fundamentación regulatoria por parte de la APS, lo cual motiva a solicitar que cada uno de los descargos presentados, en caso de que no sea valedero para la entidad reguladora, se deberá cumplir con el PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL que implica que toda afirmación por parte de la entidad pública, deben ser respaldada en alguna normatividad en específico.*

Señor Director, en virtud de los argumentos descritos en el contenido del presente recurso dan cuenta que la omisión de pronunciamientos expresos y reales en la que incurre la APS, hace que su resolución sea totalmente carente de fundamentación y motivación.

*Al respecto, en forma respetuosa debemos manifestar que en la profusa jurisprudencia del Derecho Administrativo Sancionador se han desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia administrativa comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)". Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la **fundamentación y motivación** de las resoluciones. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: 1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos de juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ¡lícito o contravención que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta. En caso de co procesados* (sic), *se debe individualizar, para cada uno, los hechos, !as pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "(...) es así que una resolución que no contenga toda la fundamentación y motivación es una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001 -R, entre otras, que señala "la motivación de los autos, sentencias y resoluciones se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso; motivación que en el caso del Auto Inicial Sancionatorio. Consiguientemente, aplicando los principios informadores*

del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por un Órgano Administrativo como la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y c e derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios re prueba ***Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes.***[1]

("[1] *La Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007*".)

Como se puede apreciar las reglas del debido proceso son aplicables ce manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, a APS tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho o constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencia Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001 -R, mínimamente debe contener:

- *La especificidad de los hechos objeto del proceso.*
- *Elementos de juicio.*
- *Descripción y valoración clara de la prueba.*
- ***Verificación de todos los hechos y circunstancias suscitados en una determinada operación.***

En el presente caso, es evidente que la Resolución de la APS ha fracturado las normas constitucionales anteriormente instituidas vía jurisprudencia, toda vez que en todo el contenido de la resolución sancionatoria, omite totalmente el referirse en forma precisa a los aspectos relativos descritos en los descargos de ALIANZA VIDA y proceder a realizar un análisis sobre los DOCE CARGOS impuestos a nuestra entidad (salvo el cargo 7), lo cual genera la nulidad de dicha resolución sancionatoria.

7.3. <u>Ratifica contenido de descargo técnico de primera instancia.</u>

Por otra parte, señor Director, con el objetivo de acudir en fiel amparo de nuestro Derecho de Petición, solicitamos que la APS se pronuncie fundamentadamente sobre todos y cada uno de los siguientes extremos técnicos, que no han sido debidamente valorados en la fase de primera instancia regulatoria:

<u>CARGO Nº 1</u>,- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros conforme lo establecido por el PUC la Subcuenta "Entregas con cargo de cuenta" (código 103.02M03) representa "(...) derechos administrativos derivados de entregas de efectivo a funcionarios de la entidad, con cargo a rendición de cuentas documentada, en plazos preestablecidos"*

De la evaluación al saldo de la subcuenta mencionada, se estableció que existen operaciones que no cumplen con el concepto descrito, las que se detallan a continuación:

- *"Cuentas Varias por Cobrar DLLS'* (sic) *- Sucursal La Paz (Código 10302M030104) expone inadecuadamente saldo por Bs. 660.867.-, equivalente a Sus. 96.336, correspondiente a primas pendientes de cobro por pólizas suscritas con el Grupo Bercant, ENDE Andina, Embajada Americana y Dirección de Medio Ambiente entre otros Conforme su autoridad podrá corroborar, en atención a la nota* ***CiTE: APS/DS/JCF/8140/2012****, procedimos a la regularización del importe en cuestión, gestionando la cancelación total de las primas pendientes de cobro por el monto de Bs. 660.867 (Seiscientos Sesenta Mil Ochocientos Sesenta y Siete 00/100 Bolivianos), hecho que se puede ser comprobado al 30.11.2012, remitiendo asimismo para su debida consideración copia del libro mayor contable con los movimientos de esta cuenta, misma que fue depurada en su totalidad, (Ref. folio 1y 2).*

- *"Anticipos Varios" - Oficina Central (Código 10302M030106), mantiene registrados desembolsos de efectivo por anticipos y pagos a cuenta del Proyecto Costa Rica, que datan desde la gestión 2011, cuyo saldo al 31 de mayo de 2012 asciende a Bs 190.829.-, equivalente a $us 27.818.-, sin contar con documentos que formalicen importes entregados y políticas administrativas para la recuperación de dichos fondos y/o para el descargo correspondiente; consecuentemente existe inadecuada valuación y exposición del activo y de los resultados del ejercicio debido a que no se cuenta con el registro de previsión por incobrabilidad o gasto correspondiente que afecte a los resultados del período en que se originaron.*

  Al respecto manifestar que al 31.05.2012, esta cuenta se encontraba compuesta por una serie de erogaciones destinadas a cubrir ¡os gastos de viaje para la organización de un nuevo proyecto encarado por la nuestra entidad, no obstante y atendiendo las recomendaciones emitidas por su autoridad, en fecha 31.07.2012 se procedió al castigo de Bs. 190.829.- (Ciento Noventa Mil, Ochocientos Veintinueve 00/100 Bolivianos) correspondientes a los desembolsos efectuados, según comprobante de diario N° 38, mayor contable de la cuenta, mismo que se adjunta (Ref. folio 3)

CARGO Nº 2.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la verificación de los registros contables de los Gastos Pagados por Anticipado, "Prensa" (Código 10702M050201), se estableció que la entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de exposición de Estados Financieros, las observaciones se detallan a continuación:

- *Seguro Asistencia Médica - Personal Compañía por Bs 32.537.-, debe registrarse en la subcuenta "Seguros para el Personal" (Código 107.02M04)*

- *Reparaciones y compra de repuestos por Bs 12.261., debe registrarse en la subcuenta "Almacenes" (Código 107.02M07).*
- *Pagos a la Bolsa de Valores por Bs 11.097-, debe registrarse en la subcuenta "Administración Cartera de Inversión, (Código 107.02M09).*

De conformidad a lo dispuesto mediante su nota ***CITE: APS/D3/JCF/8140/2012,*** *todos los saldos expuestos en el Código 10702M0502G1 fueron amortizados y regularizados al 31/10/2012, registrando los conceptos por su naturaleza y origen, en cuentas de resultados, situación que su autoridad podrá validar en el detalle de movimientos contables de esa cuenta, para tal fin adjuntamos libro mayor auxiliar. (Ref. folios 4,5,6,7,y 8)*

CARGO N° 3.- Incumplimiento a lo previsto en el Pian Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su_inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

En la cuenta "Gastos (sic) *Pagados por Anticipado, se registran inadecuadamente pagos por participaciones de beneficios y publicidad compartida ya consumidas, las mimas que son diferidas e imputadas al gasto en forma mensual.*

Estas operaciones distorsionan la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados, conforme un detalle de movimientos detallados. Sobre el particular manifestar que al 31.10.2012, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. regularizó la observación cargando a cuentas de resultados, la totalidad de los saldos pendientes que se tenían por diferir, según se muestra en el libro mayor auxiliar adjunto. (Ref. folios 4,5,6,7,y 8).

CARGO N° 4.- Incumplimiento a lo previsto en el Pian Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su_inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros De la verificación de los registros contables de Cuentas por Pagar, se estableció que la Entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, las presuntas observaciones se detallan a continuación:*

- *"Luz y Agua'* (sic) *(Código 20302M0601) por Bs 34.300.-, corresponde a la provisión por servicios de Auditoría Externa por el periodo 2011-2012, dicho concepto conforme lo establecido en el PUC debe registrarse en la subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401).*

  Conforme lo sugerido mediante ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, al 31,10.2012.*** *Se procedió a la reclasificación de los Bs. 34.300.- (Treinta y Cuatro Mil, Trescientos 00/100 Bolivianos) al código 20302M1401 Auditoria Externa, para su verificación adjuntamos libro mayor auxiliar de la cuenta como respaldo. (Ref. folios 9 y 10)*

- *"Material de Escritorio" (Código 20302M1001) por Bs 2.177 -, corresponde a cuentas por pagar por: reparaciones, viáticos, movilidad, refrigerios entre otros, mismos que cuentan con cuentas específicas conforme al PUC. Siguiendo la lógica expuesta. Se procedió a la regularización de los Bs. 2.117*

(Dos Mil, Ciento Diecisiete 00/100 Bolivianos) importe que correspondía a la provisión temporal de obligaciones administrativas contraídas por la administración y reposición de caja chica, para su validación adjuntamos libro mayor auxiliar de la cuenta 20302M1001. (Ref. folios 11,12 y 13).

"Auditoría Externa" (Código 20302M1401), mantiene registrados varios conceptos, los cuales debieron exponerse conforme la nomenclatura aprobada en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad:

- *Pasajes Aéreos por Bs 25.007, debe registrarse en la subsubcuenta "Pasajes" (Código 203.02M1101).*

  El origen de estos registros corresponde a los pagos realizados con tarjeta de crédito, por el concepto de gastos en !a compra de pasajes aéreos, contra cuenta del pasivo que se registra temporalmente hasta el pago definitivo por el consumo total del periodo.

  Este procedimiento obedece a que las entidades bancarias efectúan el corte de servicios hasta el día 20 de cada mes, lo que nos obliga a provisionar la obligación hasta la emisión del extracto y vencimiento correspondiente, ya no existe una obligación por la compra de pasajes, sino por el pendiente que contrajimos con la entidad financiera.

- *Material de escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs 16.526.-, deben registrarse en sus cuentas específicas de acuerdo a su origen.*

  Si bien el PUC contempla códigos específicos para conceptos tales como material de escritorio, publicaciones, fotocopias, etc. La compañía registra en este código otros conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC, tales como pagos con tarjeta de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados, entre otros.

- *Comisiones por cobranza de primas por Bs 54.858.- Fundación Sartawi, debe registrarse en la subcuenta "Comisiones por Cobranza de Primas" (Código 203.02M09).*

  Se procedió a la reclasificación de los saldos que componían la cuenta 20302M14, tal cual se podrán advertir en los movimientos del libro mayor auxiliar de la cuenta 203.02M09, apropiando adecuadamente dicho concepto al 30.11.2012. (Ref. folio 14)

***<u>CARGO N° 5</u>.- incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008**, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

La subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401) expone Inadecuadamente saldos correspondientes a reservas técnicas, desvirtuando la exposición de Estados Financieros cuyo detalle se cita a continuación:

- *Bs 274.102.- corresponde a la reversión de cheques como consecuencia de obligaciones con médicos, laboratorios, clínicas y farmacias, por siniestros por*

pagar del ramo de salud y enfermedad; y por obligaciones con entidades financieras y otros beneficiarios por siniestros por pagar del ramo de desgravamen hipotecario y vida en grupo.

Se procedió a la reclasificación contable de los cheques revertidos del código 20302M1401 al código 20201M93 - Siniestros por pagar, tal como se sugiere en el Informe/APS/DS/JCF/221/2012; se adjunta comprobantes de respaldo. (Ref. folios 15,16,17,18,19,20,21 y 22).

- *Bs 65.773.- corresponde a obligaciones con la Red de Médicos Oasis y servicios médicos ambulatorios por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad.*

  Los Bs. 65.773.- (Sesenta y Cinco Mil Setecientos Setenta y Tres 00/100 Bolivianos), no corresponde a siniestros por pagar como se expresa en el cargo; el monto se refiere ai pago de Honorarios pactados según contrato con la empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda.

***CARGO N° 6**.- **Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008**, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la revisión de los registros contables al Ciclo de Reaseguro a través de la cuenta corriente, se estableció que la entidad Aseguradora no se adecúa al proceso previsto en el PUC ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros. Las observaciones se detallan a continuación:

a) Inadecuadamente se exponen movimientos de Reaseguro Facultativo en las cuentas 202.10 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" y 102.10 -102.11 "Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" - Contratos Automáticos

   Se realizó la reclasificación contable de los movimientos de reaseguro facultativo a la cuenta contable 20211M02 Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras - Contratos Facultativos, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012.

b) Los derechos técnicos con el reasegurador no son registrados en las cuentas 102.10 102.11 "Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras"

   *En atención a vuestra nota **CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,** se ejecutó la reclasificación contable de los derechos técnicos con los reaseguradores en las cuentas contables 102.10 - 102.11 Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012.*

c) Las obligaciones técnicas con el reasegurador no son registradas en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras"

Se efectuó la reclasificación contable de las obligaciones técnicas con los reaseguradores en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras, se adjunta Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folio 9).

d) *Las obligaciones técnicas correspondientes a contratos facultativos con SCOR VIE GROUP, son efectuadas a través de cuentas administrativas "Cuentas por Pagar" (Código 203.02)*

Cabe manifestar que una vez detectado el error, registramos los derechos con el reasegurador en la cuenta contable 102.10 - 102.11 y nuestras obligaciones técnicas en la cuenta contable 202.10 -202.11.

CARGO Nº 7.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado v actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

Los registros contables elaborados por la Entidad Aseguradora, de Cesiones al Reaseguro, no se adecúan al proceso previsto en el PUC, ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, por lo que, debe adecuarse los siguientes registros contables a la normativa vigente, conforme se detalla a continuación:

- *El registro de cesiones por contratos proporcionales facultativos extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, se registran en la cuenta "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras-Operaciones Automáticas" (Código 507.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

  Verificado el error, registramos las cesiones de reaseguro diferenciando los contratos facultativos en la cuenta contable 507.02 y los automáticos en la cuenta contable 507.01.

- *Los gastos por impuestos sobre remesas al exterior son asumidos por la entidad; sin embargo, inadecuadamente se registra en la cuenta de gasto "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras Operaciones Automáticas" (Código 507.01) y no en la cuenta "Impuestos Fiscales y Municipales" (Código 521.04).*

  Al respecto manifestar que conforme lo establece la Ley N° 843 sobre el Impuesto a las Utilidades, se considera a este impuesto como una retención sobre las actividades parcialmente realizadas en el país, alícuota determinada que asciende al 2.5% asumida por el reasegurador.

CARGO N° 8.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la revisión efectuada se estableció que la entidad Aseguradora:

- *El costo técnico-financiero por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con Entidades de Reaseguro, se registró en la cuenta "Pagos*

Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).

El registro del contrato pactado con Scor Global Life SE sobre exceso de pérdida en caso de evento catastrófico, efectivamente fue contabilizado en la cuenta "Pago Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), apoyados en el concepto que expone el PUC de esta cuenta: "Costos técnico-financieros por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, que tiene como propósito coadyuvar al sistema de administración de seguros, a través de la cobertura de cartera de siniestros por exceso de pérdida o siniestralidad".

- *El pago por el costo técnico-financiero de contrato de exceso de pérdida correspondiente a las Gestiones 2009-2010 se registró en la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02) en lugar de registrar en la cuenta "Resultados Acumulados" (Código 307.02).*

  Con el debido respeto señor Director y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes.

CARGO Nº 9.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

La Entidad Aseguradora realizó estimación de ingresos por participación de utilidades de las Gestiones 2008 y 2009 con los Reaseguradores Munchener, Scor y Hanover por Sus 306.584.-, equivalente a Bs 2.103.166, registrando en cuentas de ingreso; sin embargo, según conciliación de saldos efectuado en marzo de 2012, la participación confirmada asciende a Sus 38.559, equivalente a Bs. 264.515-.

La diferencia entre lo registrado y confirmado por el reasegurador inadecuadamente se difiere al gasto en forma mensual en lugar de su registro por el importe total en la cuenta "Resultados Acumulados". Al 31 de mayo de 2012 el importe no registrado asciende a Sus. 124.770.-equivalente a Bs 855.923.

Esta operación distorsiona la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados expuestos en Estados Financieros.

Al igual que en el acápite anterior señor Director y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, ***resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones*** *anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes.*

CARGO N° 10.- Incumplimiento al inciso i), subpunto 3.2. del punto 3 del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 764/2008 de 30 de septiembre de 2008, *por mantener cesiones con el reasegurador sin documentación de respaldo.*

Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. mensualmente efectúa pagos a SCOR VIE GROUP por colocaciones facultativas en el ramo de Desgravamen Hipotecario.

Por lo que se establece lo siguiente:

- *Las colocaciones mensuales no cuentan con el respaldo y evidencia del slip y contrato de reaseguro.*
- *No cuentan con información respecto a las pólizas sujetas a colocación facultativa.*
- *No presentó estados de cuenta o evidencia de conciliaciones de saldos trimestrales y pagos efectuados al Reasegurador por las Gestiones 2011 y 2012 por $us 352.985.- y $us 191.897.-, respectivamente.*
- *No existe evidencia de aceptación de los pagos por parte del reasegurador.*

Lo descrito ocasiona incertidumbre sobre todo el proceso de colocación de Reaseguro Facultativo en el Ramo de Desgravamen Hipotecario.

Sobre el punto referido, manifestar señor Director que nuestra entidad ya presentó los descargos respectivos, a través de un proceso sancionatorio iniciado a nuestra entidad por tales observaciones; por ello bajo el principio del non bis in Ídem, solicitamos que el presente cargo sea desestimado.

CARGO Nº 11.- Incumplimiento del artículo 30 de la Ley de Seguros Nº 1883 y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201, *por omitir registrar reservas técnicas.*

En el ramo de salud o enfermedad, se mantiene la política de efectuar la recepción de facturas por servicios de clínicas, laboratorios, farmacias y honorarios médicos hasta los primeros días del mes siguiente a su emisión, registrándose únicamente en Estados Financieros el 13% de las mismas en la cuenta "Provisión Crédito Fiscal" (Código 203.02M140102) para su declaración al Servicio de Impuestos Nacionales, posteriormente en los meses subsiguientes se registra el siniestro previo a la evaluación del caso y/o al momento de efectuar el pago, ocasionando omisión del registro de obligaciones técnicas en el mes de origen de la liquidación y subestimación de los resultados, desvirtuando la evaluación de cumplimiento de recursos de inversión.

La operativa expuesta contraviene lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley de Seguros y, 11 y 14 del Decreto Supremo 25201 que disponen que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente la reserva de siniestros pendientes.

Al 31 de mayo de 2012 el saldo expuesto en la subcuenta Provisión Crédito Fiscal (Código 203.02M140102) alcanza a Bs 266.668.-correspondiente a la Gestión 2012 y gestiones anteriores, estableciendo una omisión por "Siniestros por Pagar" de Bs 2.051.292.

Dadas nuestra gestión comercial con nuestro cliente la Embajada Americana a la fecha de la inspección efectuábamos tal procedimiento a fin de utilizar el crédito IVA de las notas fiscales correspondientes al ramo de Asistencia Médica familiar, hecho que se extinguió con la finalización de nuestro contrato con el cliente mencionado.

CARGO N° 12.- Incumplimiento del inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros N°

1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social, *al haber efectuado préstamos de dinero a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.*

"Cuentas Varias por Cobrar" - Sucursal La Paz (Código 10302M030104) registra el préstamo por Bs. 2.744.000 - equivalente a $us 400.000.- a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. efectuado en fecha 8 de marzo de 2012, operativa que no cuenta con contrato de préstamo y políticas administrativas para su recuperación, consecuentemente dicha operativa distorsiona la actividad principal de la Entidad que es otorgar cobertura de riesgo a Seguros de Personas, el saldo al 31 de mayo de 2012 ascendía a Bs 1.372.000.- equivalente a Sus 200.000.-

Mediante depósito de fecha 13.09.2012, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros procedió a la devolución de los $us. 200.000.- (Doscientos Mil 00/100 Dólares Americanos), situación que su autoridad podrá evidenciar conforme adjunto del mayor contable de dicha regularización, así mismo señalar que al 31.12.2012 no exponemos saldos vinculados por este objeto. (Ref. Folio 30).

No obstante lo mencionado y haber su autoridad verificado dicha observación en su oportunidad, nuestra entidad aseguradora ya habría sido objeto de un proceso por el mismo cargo, en tal sentido y en estricta aplicación al principio del non bis in Ídem, solicitamos respetuosamente pueda valorar lo expuesto de tal manera que se proceda a desestimar el presente cargo.

Finalmente cabe informar a su autoridad, que luego de emitido el informe sobre la Fiscalización Técnico Financiera a nuestros Estados Financieros al 31/05/2012, mismo que nos fuera remitido a través del ***CITE: APS/D5/JCF/8140/2012,*** *fueron ya subsanadas las observaciones mencionadas precedentemente detectadas hasta el 30/11/2012; solicitando en tal sentido, a su autoridad pueda considerar los extremos señalados, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa en el proceso sancionatorio iniciado.*

8. <u>Petitorio.</u>

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^{0} 314/2014 del 23 de abril de 2014, por corresponder en Derecho y por la imposibilidad de penalizar a la empresa dada la argumentación expuesta en el contenido del presente recurso de Revocatoria.*
2. *Proceder a fundamentar y motivar la resolución que resuelva la revocatoria, aplicando el Principio de Verdad Material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.*
3. *Se explique, fundamente y motive con amplitud, sobre la existencia de la Sentencia Constitucional No. Sentencia Constitucional 0394/2014 del 25 de febrero de 2014, por la cual se determina la INCONSTITUCIONALIDAD del Reglamento de Sanciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 431-2014 DE 24 DE JUNIO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de 24 de junio de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, se dispone: "***ACEPTAR*** *el recurso de revocatoria interpuesto por ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/314-2014 de 23 de abril de 2014, en lo que respecta al Cargo No. 9, desestimando el mismo*" y "***CONFIRMAR*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 314-2014 de 23 de abril de 2014 en su integridad a excepción de lo dispuesto para el cargo N° 9*", por los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el tiempo hábil y oportuno de los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *presentó Recurso de Revocatoria en base a los argumentos que a continuación se pasan a analizar:*

1. INAPLICABILIDAD DEL REGLAMENTO DE SANCIONES DEL SECTOR DE SEGUROS DE LA APS POR DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Que con relación a este punto la entidad arguye que al haber el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional dispuesto, mediante la Sentencia Constitucional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, la inconstitucionalidad del artículo 52 de la Ley de Seguros N° 1883, abrogó tácitamente las disposiciones legales de menor jerarquía, como la Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003, lo cual motiva su inaplicabilidad y en consecuencia la imposibilidad de que sancione con dicho instrumento legal.

Que revisada la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014 se evidencia que el Tribunal Constitucional declaró la INCONSTITUCIONALIDAD de las siguientes frases contenidas en el artículo 52 de la Ley de Seguros:

1) *Incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales;*
2) *Infracciones insubsanables; y*
3) *Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento*

Que las frases citadas (remarcadas en gris) declaradas como inconstitucionales, de manera específica, hacen a las siguientes infracciones y sanciones:

- ***<u>INFRACCIONES</u>***

  "INFRACCIONES INSUBSANABLES' (sic).- *Corresponden al 'incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales' como resultado de culpa o*

dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros".

- ***<u>SANCIONES</u>***

  "REVOCATORIA (sic) ***DE AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO***

  Corresponde a la comisión de 'infracciones insubsanables'. 'Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento"

Que puede apreciar entonces que lo contenido en el artículo 52 de la Ley de Seguros, que no sean las frases declaradas inconstitucionales, se mantiene incólume y su aplicación y cumplimiento es de obligatoria observancia.

Que igual manera el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional declaró, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 de 25 de febrero de 2014, la INCONSTITUCIONALIDAD de los artículos 10 en su primer párrafo y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa IS 602 de 24 de septiembre de 2003.

Que para mejor comprensión se ha resaltado en gris la parte de los artículos que quedó sin aplicabilidad por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad:

"Artículo 10.- (Infracciones insubsanables)

Las infracciones insubsanables son calificadas como tales por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Resolución Administrativa expresa, en el marco de lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Seguros y se sujetan al tratamiento legalmente vigente.

No se aplica el procedimiento sancionatorio establecido en el presente reglamento a las infracciones calificadas como insubsanables por la Ley de Seguros y disposiciones legales conexas"

Artículo 14.-

La revocatoria de la autorización de funcionamiento se aplicará cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable, de acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones sancionables, de conformidad a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Seguros"

Que de las normas transcritas puede apreciarse, de manera insoslayable, que tanto la parte del artículo 52 de la Ley de Seguros como los artículos 10 y 14 de la Resolución administrativa IS 602, declarados inconstitucionales, guardan estrecha relación entre sí; ambas normas regulan las infracciones insubsanables y la revocatoria de autorización de funcionamiento; normas que por efecto de la

Sentencia Constitucional 394/2014 han sido expulsadas del ordenamiento jurídico de seguros, quedando como ya se indicó, firme y subsistente la parte del artículo 52 de la Ley de Seguros y los artículos 1 al 9, segunda parte del artículo 10, artículos 11 al 13 y los artículos 15 al 23 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, que al no haber sido cuestionados no merecieron análisis ni pronunciamiento alguno por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, siendo en consecuencia un instrumento idóneo para aplicar sanciones a los regulados que, en ejercicio de su actividad, incumplan la normativa administrativa regulatoria del sector de seguros.

2. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTACION DE LA RESOLUCIÓN E INEXISTENCIA DE TASACIÓN REGULATORIA.

Que respecto a este argumento la APS considera que la Resolución Administrativa impugnada cumple a cabalidad con los elementos del debido proceso, mencionado por la Entidad Aseguradora; toda vez que desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, con la emisión de la nota cargos se hizo una relación de hechos que dan cuenta que la imputación fue el resultado de la verificación realizada por el órgano de fiscalización respecto a la adecuada exposición, valuación e integridad de los saldos que se exponen en las cuentas de: (1) reaseguros y; (2) administrativas y cuentas relacionadas al 31 de mayo de 2012.

Que asimismo la Resolución impugnada no sólo que refiere a los hechos, sino que los subsume a la normativa legal vigente para determinar la materialización de la infracción y de manera posterior impone la sanción correspondiente conforme a la calificación legal que la Resolución Administrativa IS 602 otorga a la conducta; vale decir que la actuación de la APS estuvo encuadrada en el marco de la legalidad toda vez que señaló de manera clara y precisa (1) la hipótesis normativa vulnerada y (2) la norma que determina, en caso de incumplimiento, la consecuencia o sanción a imponerse.

Que la Entidad Aseguradora alega que todo el contenido de la Resolución Administrativa sancionatoria omite referirse en forma precisa a los aspectos descritos en los descargos de Alianza Vida y no procede a realizar un análisis de los DOCE CARGOS, impuestos a la entidad (salvo el cargo 7), razón por la que considera se habría generado la nulidad de la resolución sancionatoria

Que a efecto de la verificación del alegato anterior, a continuación se pasa a realizar un análisis detenido respecto a los 12 cargos, con el propósito de determinar si lo aseverado por la Entidad Aseguradora es o no correcto.

Que en dicho entendido se tiene:

CARGO Nº 1.- (…)

Evaluación de la APS al Recurso de Revocatoria

- *El Plan Único de Cuentas establece que la Subcuenta "Entregas con Cargo de Cuenta" (Código 103.02M03) registra '(…) derechos administrativos derivados*

de entregas de efectivo a funcionarios de la Entidad, con cargo a rendición de cuentas documentada, en plazos preestablecidos, no obstante al 31/05/12 se registro en esa cuenta Primas por Cobrar (cuenta técnica) ocasionando inadecuada exposición de los estados financieros a esa fecha.

La Entidad aceptó la observación y revela que esta fue regularizada a través de la gestión del cobro de primas pendientes, para tal efecto adjuntó como respaldo el libro mayor de la cuenta "Cuentas Varias por Cobrar DLLS" al 30/11/12, de su revisión se verifico que el 30/06/12 se regularizo (sic) el saldo observado de Bs660.867.-; relacionados al Club Bercant, Embajada Americana, Pólizas de Vida en Grupo Entel y Visión Mundial no obstante, no presentó los asientos de ajuste y/o mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debito el saldo.

Adicionalmente, se verifico que hasta el 30/09/12 se mantuvo la misma política contable, los cuales fueron depurados al 30/11/12.

- *El Plan Único de Cuentas estipula en el concepto y norma de la subcuenta Entregas con Cargo de Cuenta (código 103.02M03) que la entidad establecerá políticas administrativas internas para las rendiciones de cuentas por efectivo desembolsado, determinando concepto, importe y plazos, no obstante al 31/05/12 la entidad no contaba con documentos que formalicen importes entregados y políticas administrativas para la recuperación de dichos fondos y/o para el descargo correspondiente ocasionando inadecuada exposición de las cuentas por cobrar y consecuentemente de los estados financieros a esa fecha.*

  La entidad aceptó la observación y reveló que procedió al castigo de Bs190.829.- correspondiente a erogaciones destinadas a cubrir los gastos de viaje para la organización de un nuevo proyecto en Costa Rica, adjuntado como respaldo el libro mayor de la cuenta "Anticipos Varios DLLS" al 30/11/12, de su revisión se verifico que en fecha 31/07/12 se registro el Comprobante de Diario Nº 38 en el que se acredita Bs190.829.-no obstante, no presentó el asiento de ajuste y/o mayor de la cuenta contra la cual se debito el saldo.

  Conforme lo revelado, y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación.*

CARGO Nº 2.- (…)

Evaluación de la APS al Recurso de Revocatoria

El Plan Único de Cuentas establece el concepto, norma y naturaleza de la subcuentas de la cuenta Gastos Pagados por Anticipado (Código 10702M), no

obstante la Entidad al 31/05/12 no registró las operaciones conforme su concepto y origen, debido a que las transacciones relacionadas a "Seguros para el Personal" (Código 107.02M04),"Almacenes" (Código 107.02M07) y "Administración Cartera de Inversión" (Código 107.02M09), fueron registradas en la subcuenta "Prensa" (Código 10702M050201), ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros a esa fecha.

La Entidad aceptó la observación y reveló que efectuó las amortizaciones y regularizaciones pertinentes al 31/10/12, registrando los conceptos por su naturaleza y origen en cuentas de resultados, adjuntando como respaldo el libro mayor de la subsubcuenta "Prensa Local" (Código 107.02.1.05.02.01) al 30/11/12, de su revisión se verifico que conforme las glosas explicativas estos importes fueron amortizados hasta el 31/10/12 y que los saldos fueron depurados al 30/11/12, no obstante, no presentó los asientos de ajuste que respalden dichas regularizaciones o mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debito el saldo.

Conforme lo revelado, al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación, debido a que las operaciones correspondientes a Gastos pagados por anticipado no se registraron conforme su concepto y origen en las subcuentas establecidas para tal efecto.*

CARGO Nº 3.- (…)

Evaluación de la APS al Recurso de Revocatoria

El Plan Único de Cuentas en el concepto establece que la cuenta Gastos Pagados por Anticipado (código 107.02) corresponde a pagos efectuados en forma anticipada por la prestación de servicios y adquisición de bienes que serán imputados a resultados a medida que se realicen, no obstante al 31/05/12 los servicios de publicidad y participación de beneficios ya ejecutados y pagados, fueron reconocidos como Gastos Pagados por Anticipado sujetos a diferimiento mensual, ocasionando distorsión y subvaluación de los resultados consecuentemente exponiendo inadecuadamente los Estados Financieros a esa fecha.

La Entidad aceptó la observación revelando que efectuó los ajustes de los saldos pendientes que se tenían por diferir, a cuentas de resultados al 31/10/12, adjuntando como respaldo el libro mayor de la subsubcuenta "Prensa Local" (Código 107.02.1.05.02.01) al 30/11/12, de su revisión se verifico que, los importes observados fueron acreditados en fechas 30/07/12 y 29/09/12, respectivamente mediante comprobante contable 7D y que los movimientos efectuados por el mismo concepto durante la gestión fueron depurados al 30/11/12, no obstante, no presentó los asientos de ajuste que respalden dichas regularizaciones y/o

mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debito dichos saldos.

Conforme lo revelado, y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación, debido al registro de gastos ejecutados y pagados en la cuenta "Gastos Pagados por Anticipado -Prensa" (Código 10702M050201).*

CARGO Nº 4.- (…)

Evaluación de la APS al Recurso de Revocatoria

- ***Luz y Agua – Cód. 20302M0601***.

  El Plan Único de Cuentas estipula que las obligaciones administrativas pendientes por servicios básicos de energía eléctrica, suministros de agua y comunicación, vitales para el desarrollo de las actividades de la entidad deben registrarse en la subcuenta Servicios (código 203.02M06), no obstante al 31/05/12 la entidad en esta subcuenta registró la provisión por servicios de Auditoría Externa por el período 2011-2012 por Bs34.300.- ocasionando inadecuada exposición los estados financieros a esa fecha.
  La Entidad aceptó la observación, para lo cual remitió el libro mayor de las subsubcuentas "Servicios por Pagar DLLS" (Código 20302M060101) y "Auditoría Externa" (Código 20302M140101), de su revisión se verifico que el importe observado fue debitado en fecha 31/10/12 mediante comprobante contable 5D y que no existen movimientos efectuados por el mismo concepto hasta el 30/11/12.

- ***Material de Escritorio – Cód. 20303M1001***.

  El Plan Único de Cuentas estipula que las obligaciones administrativas por adquisición al crédito de artículos y productos de oficina, para el desarrollo de las actividades operativas y administrativas de la entidad.deben (sic) *registrarse en la subcuenta Utiles y Papelería (código 203.02M10), no obstante al 31/05/12 la entidad en esta subcuenta registró cuentas por pagar por: reparaciones, viáticos, movilidad, refrigerios entre otros, por Bs2.117.- ocasionando inadecuada exposición los estados financieros a esa fecha.*

  La Entidad aceptó la observación y reveló que el importe corresponde a la provisión temporal de obligaciones administrativas y reposición de caja chica, adjuntando como respaldo el libro mayor de la subsubcuenta "Material de Escritorio" (Código 203.02.1.10.01.01) al 30/11/12, de su revisión se verifico que el importe observado fue acreditado en fecha 11/06/12 mediante comprobante contable 381 OP y que los movimientos efectuados por el

mismo concepto durante la gestión fueron depurados al 30/11/12, no obstante, no presentó los asientos de ajuste que respalden dichas regularizaciones y/o mayores que permitan establecer la cuenta contra la cual se debito dichos saldos.

- ***Auditoría Externa – Cód. 20302M1401***

El Plan Único de Cuentas estipula que las obligaciones administrativas por servicios profesionales que requiere la entidad en forma de asistencia de gestión o como parte integrante en la elaboración de informes económicos, técnicos, financieros y legales. deben registrarse en la subcuenta Servicios Profesionales Externos (código 203.02M14), no obstante al 31/05/12 la entidad en esta subcuenta registró cuentas por pagar por Pasajes Aéreos por Bs25.007.-Material de escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs16.526.- Comisiones por cobranza de primas por Bs54.858.- ocasionando inadecuada exposición los estados financieros a esa fecha.

- *Pasajes Aéreos por Bs25.007.-*

La Entidad no aceptó la observación, no obstante, argumentó que el registro corresponde a pagos realizados con tarjetas de crédito por la adquisición de pasajes aéreos. Al respecto, el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad establece que todas las transacciones que generan obligaciones administrativo financieras, contraídas con Entidades Bancarias deben ser registradas en la cuenta "Entidades Financieras" (Código 203.01M), motivo por el cual los argumentos presentados no desvirtúan la observación.

- *Material de Escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs16.526.-*

La Entidad no aceptó la observación, no obstante, argumentó que registra en esta cuenta conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC, hallándose entre ellos pagos con tarjetas de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados. Al respecto, el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad contempla cuentas específicas para los importes observados como ejemplo cuentas por pagar por: tarjetas de crédito en la cuenta "Préstamos Bancarios" (Código 203.01M01), publicaciones en la cuenta "Publicidad y Propaganda" (Código 203.02M03) y fotocopias en la cuenta "Papelería e Impresos" (Código 203.02M1002), motivo por el cual los argumentos presentados no desvirtúan la observación.

- *Comisión Cobranzas de Primas por Bs54.858.- – Fundación Sartawi.*

La Entidad aceptó la observación y adjunta el libro mayor de la subcuenta "Comisiones por Cobranza de Primas" al 30/11/12, de su verificación se estableció que las comisiones de octubre de 2012 se encuentran registradas en dicha subcuenta, no obstante, no remitió asientos de reclasificación del

importe observado, conforme recomendaciones de esta Autoridad de Fiscalización.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación, debido a que las operaciones correspondientes a Cuentas por Pagar no son registradas conforme su origen en las subcuentas y subsubcuentas establecidas para tal efecto.*

CARGO Nº 5.- (…)

Evaluación APS

De la evaluación realizada a los descargos presentados en el Cargo 5, se estableció que:

- *Conforme el Plan Único de Cuentas las obligaciones administrativas por servicios profesionales que requiere la entidad en forma de asistencia de gestión o como parte integrante en la elaboración de informes económicos, técnicos, financieros y legales deben ser reconocidas en la subcuenta Servicios Profesionales Externos (código* ***203.02M14****), no obstante la entidad al 31/05/12 registro en esta obligaciones técnicas emergentes de los contratos de seguros por la ocurrencia de siniestros, ocasionando subvaluación de reservas técnicas de Bs274.102.-, consecuentemente inadecuada exposición de los estados financieros a esa fecha.*

  La Entidad aceptó la observación y revela que efectuó la reversión correspondiente, adjuntando como respaldo los comprobantes de reclasificación 14D y 31D de 31/10/12, de su revisión se determino que la instrucción de esta Autoridad de Fiscalización se cumplió parcialmente, debido a que se reclasificó Bs48.989,65.- de la subsubuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401) a la cuenta "Siniestros por Pagar - Seguros de Personas" (Código 20201M93), quedando pendiente la regularización y presentación de respaldo de Bs225.113,06.-

- *Conforme el Plan Único de Cuentas las obligaciones administrativas por servicios profesionales que requiere la entidad en forma de asistencia de gestión o como parte integrante en la elaboración de informes económicos, técnicos, financieros y legales deben ser reconocidas en la subcuenta Servicios Profesionales Externos (código 203.02M14), no obstante la entidad al 31/05/12 registro en esta obligaciones técnicas emergentes de los contratos de seguros por la ocurrencia de siniestros, ocasionando subvaluación de reservas técnicas de Bs65.773.-, consecuentemente inadecuada exposición de los estados financieros a esa fecha.*

Asimismo el Plan Único de cuentas establece que los costos de producción por comisiones a corredores de seguros, deben ser registrados en la cuenta Comisiones a Corredores de Seguros (Cód. 509.02M), no obstante la entidad al 31/05/12 registro en esta pagos por la indemnización de siniestros por Bs65.773, ocasionando inadecuada exposición de los estados financieros a esa fecha.

La Entidad no acepto la observación por lo que no efectuó el asiento de reclasificación recomendado por esta Autoridad de Fiscalización, argumentando que el importe registrado corresponde al pago de honorarios pactados según contrato con la Empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda. Al respecto, estos honorarios se originaron a consecuencia de la atención a asegurados, por lo tanto se constituyen en siniestros del ramo de Salud o Enfermedad.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008*** *por su inadecuada aplicación, debido al registro de siniestros en cuentas no habilitadas para tal efecto: subsubcuenta "Servicios Profesionales Externos - Auditoría Externa" (Código 20302M1401) y "Comisiones a Corredores de Seguros - Salud o Enfermedad" (Código 509.02M934701*

CARGO Nº 6.- (…)

Evaluación APS

a) El Plan Único de Cuentas en la descripción de las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" y 102.10 -102.11 "Deudores – Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" discrimina subcuentas específicas por tipo de contrato (Automáticos, Facultativos y no Proporcionales), no obstante la Entidad al 31/05/12 registró transacciones relacionadas a contratos facultativos en la subcuenta "Contratos Automáticos", ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros a esa fecha.

La Entidad aceptó la observación y revela que efectuó las regularizaciones correspondientes, adjuntando como respaldo el Estado de Cuenta de la subcuenta "Contratos Facultativos" (Código 202.11M02) al 30/11/12, de su revisión se verifico el registro de cesiones al reaseguro facultativo a partir de 31/07/12, no obstante, no presento asientos de reclasificación de las cuentas observadas al 31/05/12.

b) El Plan Único de Cuentas establece que el registró de las cuentas "Deudores – Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" (Código 102.10 – 102.11) determinan derechos técnicos y operativos por reembolso de siniestros

y costos de reaseguro pasivo, de acuerdo a contratos nacionales y extranjeros suscritos para tal efecto, no obstante al 31/05/12 la Entidad registro en esta obligaciones y derechos técnicos y operativos, ocasionando inadecuada exposición de las cuentas de reaseguro y consecuentemente de los estados financieros a esa fecha.

La Entidad aceptó la observación y revela que efectuó las regularizaciones correspondientes, adjuntando como respaldo los Estados de Cuenta de las cuentas "Deudores – Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" (Código 102.10 – 102.11) al 30/11/12, de su revisión se verificó el registro de derechos técnicos con los reaseguradores a partir del mes de junio de 2012.

c) El Plan Único de Cuentas establece que el registró de las cuentas "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" (Código 202.10 - 202.11) determina obligaciones técnicas y operativas por cesiones de primas, costos y productos de reaseguro pasivo, de acuerdo a contratos de reaseguro nacional y extranjero suscritos para tal efecto, no obstante al 31/05/12 la entidad registro en esta derechos como obligaciones técnicas y operativas, ocasionando inadecuada exposición de las cuentas de reaseguro y consecuentemente de los estados financieros a esa fecha.
La Entidad aceptó la observación y revela que efectuó las regularizaciones correspondientes, adjuntando como respaldo los Estados de Cuenta de las cuentas "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" (Código 202.10 - 202.11) al 30/11/12, de su revisión se verificó el registro de obligaciones técnicas con los reaseguradores a partir del mes de junio de 2012.

d) Conforme el Plan Único de Cuentas las obligaciones administrativas contraídas por la entidad, en el desarrollo de sus actividades. deben ser reconocidas en la cuenta Cuentas por Pagar (código 203.02M), no obstante la entidad al 31/05/12 registro en esta obligaciones técnicas emergentes de operaciones de reaseguro a través contratos facultativos con SCOR VIE GROUP, ocasionando inadecuada exposición en las cuentas de reaseguros y administrativas, consecuentemente en los estados financieros a esa fecha.

La Entidad acepto la observación argumentando que una vez detectado el error, registró los derechos con el reasegurador en la cuenta contable 102.10 - 102.11 y nuestras obligaciones técnicas en la cuenta contable 202.10 y 202.11, no obstante no remitió ningún documento de respaldo ni reclasificación de los importes observados.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008,*** *por su inadecuada aplicación.*

CARGO Nº 7.- (…)

Evaluación APS.-

- *El Plan Único de Cuentas establece que la dispersión de riesgos a un conjunto de entidades de reaseguro, en virtud a contratos automáticos extranjeros, suscritos para tal efecto, deben registrase en la cuenta "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras - Contratos Automáticos" (Código 507.01), no obstante la Entidad al 31/05/12 en esta cuenta registró transacciones relacionadas a contratos facultativos, ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros a esa fecha.*

  La Entidad aceptó la observación y revela que fue regularizada, no obstante, no presento Estados de Cuenta y/o ajustes contables que respalden la regularización.

- *De acuerdo a informes a APS/DS/JCF/ 112/2014 y INF.DJ/297/2014 de 15/04/14 y 21/04/14 respectivamente se desestimó el cargo.*

  Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica parcialmente el ***Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008****, por su inadecuada aplicación, al registrar en la cuenta Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras - Contratos Automáticos" cesiones al reaseguro por contratos facultativos extranjeros.*

CARGO Nº 8.- *Conforme informes a APS/DS/JCF/ 112/2014 y* (sic) *INF.DJ/297/2014 de 15/04/14 y 21/04/14 respectivamente se desestimó el cargo.*

CARGO Nº 9.- (…)

Evaluación APS

En el mes de marzo de 2012 el reasegurador confirmó a la entidad una participación de utilidades de US$38.559.-, equivalente a Bs264.515.-, correspondiente a las gestiones 2008 y 2009, al respecto la entidad durante estas gestiones estimó una participación de utilidades de US$306.584.-, equivalente a Bs2.103.166.-, registrando en cuentas de ingreso, la diferencia que debió ser ajustada al gasto en el mes de la confirmación, inadecuadamente fue diferida al gasto de forma mensual ocasionando su subvaluación y consecuentemente inadecuada exposición de Estados Financieros al 31/05/12.

De acuerdo a la Norma de Contabilidad N°11 sobre Información Esencial Requerida para una Adecuada Exposición de Estados Financieros emitida por el

Consejo Técnico Nacional de Auditoria y Contabilidad (CTNAC) establece en el punto 4.5 que los gastos deben ser medidos sobre bases confiables y reconocidos en cuanto se los conoce, no obstante para el presente caso la entidad no reconoció el gasto en el mes de marzo del 2012, sino que este fue diferido en los meses subsiguientes, incumpliendo con dicha norma.

Al respecto el Plan Único de Cuentas y Manual de Cuentas en su punto 4.1 Políticas Contables, establece que los estados financieros, deberán ser elaborados de conformidad con la Ley de Seguros, Decretos Reglamentarios, Resoluciones y Normas emitidas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (ahora APS), lo dispuesto en el presente Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad; disposiciones legales en vigencia, Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Bolivia, y en su caso, Normas Internacionales de Contabilidad; considerando el orden de prelación descrito.

No obstante lo señalado el cargo se desestima debido a que en la nota de cargo no se especificó que el incumplimiento correspondía a la inadecuada aplicación de políticas contables descritas en el punto 4.1 del Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad emitido mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008.

Conforme lo revelado se desestima ***el Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 180/08 de 27 de febrero de 2008***.

CARGO Nº 10.- (…)

Evaluación APS

La Resolución Administrativa IS Nº 764/2008 de 30 de septiembre de 2008 que aprueba Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo que en el inciso i), subpunto 3.2. punto 3 Obligaciones y responsabilidad de las aseguradoras, del artículo único establece que:

Las empresas de seguros deberán efectuar conciliaciones con el reaseguro local y extranjero por lo menos cada tres meses.

- *En el caso de contratos automáticos la conciliación del cuadro de cesiones y siniestros, o de los estados de cuenta según correspondan, se efectuará al cierre del trimestre.*

- *Las colocaciones facultativas, deberán conciliar los estados de cuenta por cada cesión, cada trimestre así como por reembolso y/o cargo de siniestros por mantener cesiones con el reasegurador sin documentación de respaldo.*

- *Las conciliaciones deberán contener evidencia de la aceptación del reasegurador o corredor.*

No obstante la entidad no presentó documentación que sustente el proceso de colocación de Reaseguro Facultativo en el Ramo de Desgravamen Hipotecario, incumpliendo con dicha disposición al 31/05/12.

De la evaluación a los descargos presentados, la Entidad argumentó que esta Autoridad de Fiscalización inicio anteriormente proceso sancionatorio por el mismo cargo, sin embargo de acuerdo a antecedentes que cursan en esta Dirección se estableció que no existen resoluciones sancionatorias a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por el cargo notificado.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos y argumentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***Incumplimiento al inciso i), subpunto 3.2 del punto 3 del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 764/2008 de 30 de septiembre de 2008,*** *por mantener cesiones facultativas con el reasegurador SCOR VIE GROUP sin documentación de respaldo.*

CARGO Nº 11.- (…)

Evaluación APS

La Entidad aceptó la observación y argumentó que esta se debió a la inadecuada operatoria en el reconocimiento de las notas fiscales de su cliente Embajada Americana del ramo de "Asistencia Médica Familiar", el cual se extinguió con la finalización del contrato, no obstante, no presento documentos de regularización por la omisión de registro de siniestros, ni documentos que respalden dicha aseveración.

Conforme lo revelado y ante la inexistencia de documentos que desvirtúen el cargo al 31/05/12, se ratifica el ***incumplimiento a*** *lo dispuesto en el Artículo 30 de la Ley de Seguros 1883 y los Artículos 11 y 14 del Decreto Supremo 25201, por registrar únicamente en Estados Financieros el 13% de los siniestros liquidados del ramo de salud o enfermedad en la cuenta "Provisión Crédito Fiscal" (Código 203.02M140102) y no constituir reservas técnicas en los meses que se originaron ocasionando subestimación de reservas técnicas consecuentemente inadecuada exposición de Estados Financieros a esa fecha.*

CARGO Nº 12.- (…)

Evaluación APS

La política utilizada por ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *de otorgar préstamos, como se hizo notar ya en la Nota de Cargos, constituye un hecho reiterativo.*

Que por lo expuesto se ratifica el ***incumplimiento a*** *lo dispuesto en el* ***inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros Nº 1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social****, al haber efectuado préstamos de dinero a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.*

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidas no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/314-2014 de 23 de abril de 2014, a excepción del Cargo No. 9 que debe ser desestimado y el Cargo No. 7 que debe ser confirmado parcialmente. Respecto a los demás cargos corresponde su confirmación…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 14 de julio de 2014, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de 24 de junio de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***7. <u>Fundamentación</u>***

Sobre el particular corresponde poner en su atención que bajo la lectura técnica que realizamos como entidad regulada, consideramos que la decisión asumida por la APS en la instancia de la revocatoria es totalmente improcedente desde el punto de vista legal y no realiza una revisión profunda de los descargos presentados, aspecto que nos motiva a acudir a la instancia jerárquica.

En ese sentido, nuevamente desarrollamos la argumentación que no ha sido debidamente valorada por la APS, con el objetivo de provocar una revisión exhaustiva y que se proceda al levantamiento de los descargos contenidos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 431/2014 del 24 de junio de 2014.

7.1. <u>Inaplicabilidad del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros de la APS por Declaratoria de Inconstitucionalidad.</u>

Señor Ministro, como es de su conocimiento cualquier forma de sanción que se pretenda aplicar en contra de una entidad regulada, debe cumplir estrictamente con los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

> ***ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo). - Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:***
>
> *a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;*
>
> *b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;*

c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;

d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;

e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,

f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la enunciación anteriormente expuesta, halla sentido en el contenido del presente Recurso Jerárquico, debido a que el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, ha dispuesto mediante la Sentencia Constitucional 0394/2014 del 25 de febrero de 2014, la inconstitucionalidad del Reglamento de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, toda vez que el mismo se basa en el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, lo cual motiva su inaplicabilidad y en consecuencia la imposibilidad de que seamos sancionados por dicho instrumento legal que está perturbado y eliminado del proceso positivo por determinación de la máxima instancia de control de constitucionalidad de nuestro país.

En esta parte es importante el tomar en cuenta que la Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, en su parte considerativa, se apoya estrictamente en las previsiones legales descritas en el artículo 52 de la Ley de Seguros.

En ese sentido, la Sentencia Constitucional al eliminar del tráfico jurídico el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, ha abrogado tácitamente todas las disposiciones legales de menos jerarquía que le son contrarias, es por ello que el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, que fuera aprobado por la Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, habría sido ABROGADO, toda vez que su parte considerativa, revela en forma clara y precisa que todo el documento está sustentado en el artículo 52: (sic) *Ley N° 1883 que fuera declarado inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia.*

En esa parte, es de especial atención el hecho de que la APS en la actualidad está utilizando un reglamento que está por fuera del marco legal y constitucional, motivo por el cual dicho documento ya no puede ser utilizado para el procesamiento de sanciones al interior del Sector Regulado, pero en forma totalmente ilegal, aún se lo está utilizando, no obstante el pronunciamiento expreso por parte de la Máxima Instancia de Control Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia.

7.2. <u>Inexistencia de Fundamentación de la Resolución e Inexistencia de Tasación Regulatoria</u>.

Señor Ministro, resulta necesario poner en su atención que todos los descargos, presentados, merecen una contrastación y valoración jurídica (TASACION PROBATORIA Y REGULATORIA) y no sólo ***"<u>DE COMENTARIO</u>"*** *por parte de la APS, sino que por el contrario, se considera que es deber de la entidad pública el motivar y*

fundamentar sus conclusiones, toda vez que el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 314- 2/2014 del 23 de abril de 2014, y a lo largo del análisis de los ***DOCE CARGOS A EXCEPCIÓN DEL CARGO 7*** *que fuera desestimado en su totalidad. Los demás han tenido una débil fundamentación regulatoria por parte de la APS, lo cual motiva a solicitar que cada uno de los descargos presentados, en caso de que no sea valedero para la entidad reguladora, se deberá cumplir con el PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL que implica que toda afirmación por parte de la entidad pública, deben ser respaldada en alguna normatividad en específico. En virtud de los argumentos descritos en el contenido del presente recurso dan cuenta que la omisión de pronunciamientos expresos y reales en la que incurre la APS, hace que su resolución sea totalmente carente de fundamentación y motivación.*

Al respecto, en forma respetuosa debemos manifestar que en la profusa jurisprudencia del Derecho Administrativo Sancionador se han desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia administrativa comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)". Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la ***fundamentación y motivación*** *de las resoluciones. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: 1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos de juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ilícito o contravención que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta. En caso de co procesados* (sic), *se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "[...] es así que una resolución que no contenga toda la fundamentación y motivación es una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos, sentencias y resoluciones se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso; motivación que en el caso del Auto Inicial Sancionatorio. Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por un Órgano Administrativo como la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba.* ***Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de***

pruebas o los criterios expuestos por las partes. [1]

("[1] *La Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007*".)

Como se puede apreciar las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, la APS tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001-R, mínimamente debe contener:

- *La especificidad de los hechos objeto del proceso.*
- *Elementos de juicio.*
- *Descripción y valoración clara de la prueba.*
- ***Verificación de todos los hechos y circunstancias suscitados en una determinada operación.***

En el presente caso, es evidente que la Resolución de la APS ha fracturado las normas constitucionales anteriormente instituidas vía jurisprudencia, toda vez que en todo el contenido de la resolución sancionatoria, omite totalmente el referirse en forma precisa a los aspectos relativos descritos en los descargos de ALIANZA VIDA y proceder a realizar un análisis sobre los DOCE CARGOS impuestos a nuestra entidad (salvo el cargo 7), lo cual genera la nulidad de dicha resolución sancionatoria.

7.3. <u>Ratifica contenido de descargo técnico de primera instancia</u>.

Por otra parte, solicitamos que en la instancia jerárquica se pronuncie sobre todos y cada uno de los siguientes extremos técnicos, que no han sido debidamente valorados por la APS:

<u>CARGO N° 1</u>.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros conforme lo establecido por el PUC la Subcuenta "Entregas con cargo de cuenta" (código 103.02M03) representa "(...) derechos administrativos derivados de entregas de efectivo a funcionarios de la entidad, con cargo a rendición de cuentas documentada, en plazos preestablecidos"*

De la evaluación al saldo de la subcuenta mencionada, se estableció que existen operaciones que no cumplen con el concepto descrito, las que se detallan a continuación:

- *"Cuentas Varias por Cobrar DLLS'* (sic) *- Sucursal La Paz (Código 10302M030104) expone inadecuadamente saldo por Bs.660.867.-, equivalente a $us. 96.336, correspondiente a primas pendientes de cobro por pólizas*

*suscritas con el Grupo Bercant, ENDE Andina, Embajada Americana y Dirección de Medio Ambiente entre otros Conforme su autoridad podrá corroborar, en atención a la nota **CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,** procedimos a la regularización del importe en cuestión, gestionando la cancelación total de las primas pendientes de cobro por el monto de Bs. 660.867 (Seiscientos Sesenta Mil Ochocientos Sesenta y Siete 00/100 Bolivianos), hecho que se puede ser comprobado al 30.11.2012, al remitir para su debida consideración copia del libro mayor contable con los movimientos de esta cuenta, misma que fue depurada en su totalidad. (Ref. folio 1 y 2).*

- *"Anticipos Varios" - Oficina Central (Código 10302M030106), mantiene registrados desembolsos de efectivo por anticipos y pagos a cuenta del Proyecto Costa Rica, que datan desde la gestión 2011, cuyo saldo al 31 de mayo de 2012 asciende a Bs 190.829.-, equivalente a $us 27.818.-, sin contar con documentos que formalicen importes entregados y políticas administrativas para la recuperación de dichos fondos y/o para el descargo correspondiente; consecuentemente existe inadecuada valuación y exposición del activo y de los resultados del ejercicio debido a que no se cuenta con el registro de previsión por incobrabilidad o gasto correspondiente que afecte a los resultados del período en que se originaron.*

  Al respecto manifestar que al 31.05.2012, esta cuenta se encontraba compuesta por una serie de erogaciones destinadas a cubrir los gastos de viaje para la organización de un nuevo proyecto encarado por la nuestra entidad, no obstante y atendiendo las recomendaciones emitidas por su autoridad, en fecha 31.07.2012 se procedió al castigo de Bs. 190.829.- (Ciento Noventa Mil, Ochocientos Veintinueve 00/100 Bolivianos) correspondientes a los desembolsos efectuados, según comprobante de diario N° 38, mayor contable de la cuenta, mismo que se adjuntó en su oportunidad. (Ref. folio 3)

CARGO N° 2.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la verificación de los registros contables de los Gastos Pagados por Anticipado, "Prensa" (Código 10702M050201), se estableció que la entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de exposición de Estados Financieros, las observaciones se detallan a continuación:

- *Seguro Asistencia Médica **-** Personal Compañía por Bs 32.537.-, debe registrarse en la subcuenta "Seguros para el Personal" (Código 107.02M04)*
- *Reparaciones y compra de repuestos por Bs 12.261., debe registrarse en la subcuenta "Almacenes" (Código 107.02M07).*
- *Pagos a la Bolsa de Valores por Bs 11.097.-, debe registrarse en la subcuenta "Administración Cartera de Inversión, (Código 107.02M09).*

*De conformidad a lo dispuesto mediante su nota **CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,** todos los saldos expuestos en el Código 10702M050201 fueron amortizados y regularizados al*

31/10/2012, registrando los conceptos por su naturaleza y origen, en cuentas de resultados, situación que su autoridad podrá validar en el detalle de movimientos contables de esa cuenta, habiendo adjuntado para tal fin copia del libro mayor auxiliar. (Ref. folios 4,5,6,7 y 8)

***CARGO N° 3.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de** 2008, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

En la cuenta "Gastos Pagados por Anticipado, se registran inadecuadamente pagos por participaciones de beneficios y publicidad compartida ya consumidas, las mimas que son diferidas e imputadas al gasto en forma mensual.

Estas operaciones distorsionan la naturaleza de la cuenta, ocasionando subvaluación de los resultados, conforme un detalle de movimientos detallados.

Sobre el particular manifestar que al 31.10.2012, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. regularizó la observación cargando a cuentas de resultados, la totalidad de los saldos pendientes que se tenían por diferir, según se muestra en el libro mayor auxiliar adjunto en su oportunidad. (Ref. folios 4, 5, 6, 7, y 8) .

***CARGO N° 4.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008,** por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros*

De la verificación de los registros contables de Cuentas por Pagar, se estableció que la Entidad Aseguradora no registra las operaciones conforme su origen ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, las presuntas observaciones se detallan a continuación:

- *"Luz y Agua'* (sic) *(Código 20302M0601) por Bs 34.300.-, corresponde a la provisión por servicios de Auditoría Externa por el periodo 2011- 2012, dicho concepto conforme lo establecido en el PUC debe registrarse en la subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401).*

  *Conforme lo sugerido mediante **CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, al 31.10.2012.** Se procedió a la reclasificación de los Bs. 34.300.- (Treinta y Cuatro Mil, Trescientos 00/100 Bolivianos) al código 20302M1401 Auditoria Externa, habiendo adjuntado para su verificación libro mayor auxiliar de la cuenta como respaldo. (Ref. folios 9 y 10)*

- *"Material de Escritorio" (Código 20302M1001) por Bs 2.177.-, corresponde a cuentas por pagar por: reparaciones, viáticos, movilidad, refrigerios entre otros, mismos que cuentan con cuentas específicas conforme al PUC.*

- *Siguiendo la lógica expuesta. Se procedió a la regularización de los Bs. 2.117 (Dos Mil, Ciento Diecisiete 00/100 Bolivianos) importe que correspondía a la provisión temporal de obligaciones administrativas contraídas por la administración y reposición de caja chica, para su validación adjuntamos en su oportunidad libro mayor auxiliar de la cuenta 20302M1001.* (Ref folios 11,12

y 13)

- *"Auditoría Externa" (Código 20302M1401), mantiene registrados varios conceptos, los cuales debieron exponerse conforme la nomenclatura aprobada en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad:*

  - *Pasajes Aéreos por Bs 25.007, debe registrarse en la subsubcuenta "Pasajes" (Código 203.02M1101).*

    El origen de estos registros corresponde a los pagos realizados con tarjeta de crédito, por el concepto de gastos en la compra de pasajes aéreos, contra cuenta del pasivo que se registra temporalmente hasta el pago definitivo por el consumo total del periodo.

    Este procedimiento obedece a que las entidades bancarias efectúan el corte de servicios hasta el dia 20 de cada mes, lo que nos obliga a provisionar la obligación hasta la emisión del extracto y vencimiento correspondiente, ya no existe una obligación por la compra de pasajes, sino por el pendiente que contrajimos con la entidad financiera.

  - *Material de escritorio, publicaciones, hospedaje, fotocopias entre otros por Bs 16.526.-, deben registrarse en sus cuentas específicas de acuerdo a su origen.*

    Si bien el PUC contempla códigos específicos para conceptos tales como material de escritorio, publicaciones, fotocopias, etc. La compañía registra en este código otros conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC, tales como pagos con tarjeta de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados, entre otros.

  - *Comisiones por cobranza de primas por Bs 54.858.- Fundación Sartawi, debe registrarse en la subcuenta "Comisiones por Cobranza de Primas" (Código 203.02M09).*

    Se procedió a la reclasificación de los saldos que componían la cuenta 20302M14, tal cual se podrán advertir en los movimientos del libro mayor auxiliar de la cuenta 203.02M09, apropiando adecuadamente dicho concepto al 30.11.2012. (Ref folio 14)

<u>CARGO N° 5</u>.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

La subsubcuenta "Auditoría Externa" (Código 20302M1401) expone Inadecuadamente saldos correspondientes a reservas técnicas, desvirtuando la exposición de Estados Financieros cuyo detalle se cita a continuación:

- *Bs 274.102.- corresponde a la reversión de cheques como consecuencia de obligaciones con médicos, laboratorios, clínicas y farmacias, por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad; y por obligaciones con entidades financieras y otros beneficiarios por siniestros por pagar del ramo de*

desgravamen hipotecario y vida en grupo.

Se procedió a la reclasificación contable de los cheques revertidos del código 20302M1401 al código 20201M93 - Siniestros por pagar, tal como se sugiere en el Informe/APS/DS/JCF/221/2012; se adjuntó comprobantes de respaldo. (Ref. folios 15,16,17,18,19,20,21 y 22)

- *Bs 65.773.- corresponde a obligaciones con la Red de Médicos Oasis y servicios médicos ambulatorios por siniestros por pagar del ramo de salud y enfermedad.*

  Los Bs. 65.773.- (Sesenta y Cinco Mil Setecientos Setenta y Tres 00/100 Bolivianos), no corresponde a siniestros por pagar como se expresa en el cargo; el monto se refiere al pago de Honorarios pactados según contrato con la empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda.

CARGO N° 6.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la revisión de los registros contables al Ciclo de Reaseguro a través de la cuenta corriente, se estableció que la entidad Aseguradora no se adecúa al proceso previsto en el PUC ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros. Las observaciones se detallan a continuación:

a) Inadecuadamente se exponen movimientos de Reaseguro Facultativo en las cuentas 202.10 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras" y 102.10 -102.11 "Deudores **-** *Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras"* **-** *Contratos Automáticos*

   Se realizó la reclasificación contable de los movimientos de reaseguro facultativo a la cuenta contable 20211M02 Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras - Contratos Facultativos, se adjuntó Estados de Cuentas al 30.11.2012.

b) Los derechos técnicos con el reasegurador no son registrados en las cuentas 102.10 102.11 "Deudores - Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras"

   En atención a vuestra nota ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,*** *se ejecutó la reclasificación contable de los derechos técnicos con los reaseguradores en las cuentas contables 102.10- 102.11 Deudores Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales - Extranjeras,* ***se adjuntó Estados de Cuentas al 30.11.2012.***

c) Las obligaciones técnicas con el reasegurador no son registradas en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a Compañías Nacionales-Extranjeras"

   Se efectuó la reclasificación contable de las obligaciones técnicas con los reaseguradores en las cuentas 202.10 - 202.11 "Reaseguros Cedidos a

Compañías Nacionales-Extranjeras, se adjuntó Estados de Cuentas al 30.11.2012. (Ref. folio 9).

d) *Las obligaciones técnicas correspondientes a contratos facultativos con SCOR VIE GROUP, son efectuadas a través de cuentas administrativas "Cuentas por Pagar" (Código 203.02)*

Cabe manifestar que una vez detectado el error, registramos los derechos con el reasegurador en la cuenta contable 102.10 - 102.11 y nuestras obligaciones técnicas en la cuenta contable 202.10 -202.11.

CARGO N° 7.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008*, por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

Los registros contables elaborados por la Entidad Aseguradora, de Cesiones al Reaseguro, no se adecúan al proceso previsto en el PUC, ocasionando inadecuada exposición de Estados Financieros, por lo que, debe adecuarse los siguientes registros contables a la normativa vigente, conforme se detalla a continuación:

- *El registro de cesiones por contratos proporcionales facultativos extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, se registran en la cuenta "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras-Operaciones Automáticas" (Código 507.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

  Verificado el error, registramos las cesiones de reaseguro diferenciando los contratos facultativos en la cuenta contable 507.02 y los automáticos en la cuenta contable 507.01

- *Los gastos por impuestos sobre remesas al exterior son asumidos por la entidad; sin embargo, inadecuadamente se registra en la cuenta de gasto "Reaseguros Cedidos a Compañías Extranjeras Operaciones Automáticas" (Código 507.01) y no en la cuenta "Impuestos Fiscales y Municipales" (Código 521.04).*

  Al respecto manifestar que conforme lo establece la Ley N° 843 sobre el Impuesto a las Utilidades, se considera a este impuesto como una retención sobre las actividades parcialmente realizadas en el país, alícuota determinada que asciende al 2.5% asumida por el reasegurador.

CARGO N° 8.- Incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008, *por su inadecuada aplicación que desvirtúa la exposición de sus Estados Financieros.*

De la revisión efectuada se estableció que la entidad Aseguradora:

- *El costo técnico-financiero por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con Entidades de Reaseguro, se registró en la cuenta "Pagos Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), en lugar de la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02).*

El registro del contrato pactado con Scor Global Life SE sobre exceso de pérdida en caso de evento catastrófico, efectivamente fue contabilizado en la cuenta "Pago Operaciones No Proporcionales" (Código 516.01), apoyados en el concepto que expone el PUC de esta cuenta: "Costos técnico-financieros por contratos no proporcionales extranjeros, suscritos con entidades de reaseguro, que tiene como propósito coadyuvar al sistema de administración de seguros, a través de la cobertura de cartera de siniestros por exceso de pérdida o siniestralidad".

- *El pago por el costo técnico-financiero de contrato de exceso de pérdida correspondiente a las Gestiones 2009-2010 se registró en la cuenta "Contratos Facultativos" (Código 507.02) en lugar de registrar en la cuenta "Resultados Acumulados" (Código 307.02).*

  Con el debido respeto Señor Ministro y dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes.

CARGO N° 10.- Incumplimiento al inciso i), subpunto 3.2. del punto 3 del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 764/2008 de 30 de septiembre de 2008, *por mantener cesiones con el reasegurador sin documentación de respaldo.*

Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. mensualmente efectúa pagos a SCOR VIE GROUP por colocaciones facultativas en el ramo de Desgravamen Hipotecario.

Por lo que se establece lo siguiente:

- *Las colocaciones mensuales no cuentan con el respaldo y evidencia del slip y contrato de reaseguro.*
- *No cuentan con información respecto a las pólizas sujetas a colocación facultativa.*
- *No presentó estados de cuenta o evidencia de conciliaciones de saldos trimestrales y pagos efectuados al Reasegurador por las Gestiones 2011 y 2012 por $us 352.985.- y $us 191.897.-, respectivamente.*
- *No existe evidencia de aceptación de los pagos por parte del reasegurador.*

Lo descrito ocasiona incertidumbre sobre todo el proceso de colocación de Reaseguro Facultativo en el Ramo de Desgravamen Hipotecario.

Sobre el punto referido, manifestar señor Ministro que nuestra entidad ya presentó los descargos respectivos, a través de un proceso sancionatorio iniciado a nuestra entidad por tales observaciones; por ello bajo el principio del non bis in idem, solicitamos que el presente cargo sea desestimado.

CARGO N° 11.- Incumplimiento del artículo 30 de la Ley de Seguros N° 1883 y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201, *por omitir registrar reservas técnicas.*

En el ramo de salud o enfermedad, se mantiene la política de efectuar la recepción

de facturas por servicios de clínicas, laboratorios, farmacias y honorarios médicos hasta los primeros días del mes siguiente a su emisión, registrándose únicamente en Estados Financieros el 13% de las mismas en la cuenta "Provisión Crédito Fiscal" (Código 203.02M140102) para su declaración al Servicio de Impuestos Nacionales, posteriormente en los meses subsiguientes se registra el siniestro previo a la evaluación del caso y/ o al momento de efectuar el pago, ocasionando omisión del registro de obligaciones técnicas en el mes de origen de la liquidación y subestimación de los resultados, desvirtuando la evaluación de cumplimiento de recursos de inversión.

La operativa expuesta contraviene lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley de Seguros y, 11 y 14 del Decreto Supremo 25201 que disponen que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente la reserva de siniestros pendientes.

Al 31 de mayo de 2012 el saldo expuesto en la subcuenta Provisión Crédito Fiscal (Código 203.02M140102) alcanza a Bs 266.668.-correspondiente a la Gestión 2012 y gestiones anteriores, estableciendo una omisión por "Siniestros por Pagar" de Bs 2.051.292.

Dadas nuestra gestión comercial con nuestro cliente la Embajada Americana a la fecha de la inspección efectuábamos tal procedimiento a fin de utilizar el crédito IVA de las notas fiscales correspondientes al ramo de Asistencia Médica familiar, hecho que se extinguió con la finalización de nuestro contrato con el cliente mencionado.

CARGO N° 12.- Incumplimiento del inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social, *al haber efectuado préstamos de dinero a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.*

"Cuentas Varias por Cobrar" - Sucursal La Paz (Código 10302M030104) registra el préstamo por Bs. 2.744.000.- equivalente a $us 400.000.- a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. efectuado en fecha 8 de marzo de 2012, operativa que no cuenta con contrato de préstamo y políticas administrativas para su recuperación, consecuentemente dicha operativa distorsiona la actividad principal de la Entidad que es otorgar cobertura de riesgo a Seguros de Personas, el saldo al 31 de mayo de 2012 ascendía a Bs 1.372.000.- equivalente a $us 200.000.-

Mediante depósito de fecha 13.09.2012, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros procedió a la devolución de los $us. 200.000.- (Doscientos Mil 00/100 Dólares Americanos), situación que su autoridad podrá evidenciar conforme adjunto del mayor contable de dicha regularización, así mismo señalar que al 31.12.2012 no exponemos saldos vinculados por este objeto. (Ref Folio 30).

No obstante lo mencionado y haber su autoridad verificado dicha observación en su oportunidad, nuestra entidad aseguradora ya habría sido objeto de un proceso por el mismo cargo, en tal sentido y en estricta aplicación al principio del non bis in idem, solicitamos respetuosamente pueda valorar lo expuesto de tal manera que se proceda a desestimar el presente cargo.

Finalmente cabe informar a su autoridad, que luego de emitido el informe sobre la Fiscalización Técnico Financiera a nuestros Estados Financieros al 31/05/2012, mismo que nos fuera remitido a través del ***CITE: APS/DS/JCF/8140/2012,*** *fueron ya*

subsanadas las observaciones mencionadas precedentemente detectadas hasta el 30/11/2012; solicitando en tal sentido, a su autoridad pueda considerar los extremos señalados, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa en el proceso sancionatorio iniciado.

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar Parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 431/2014 del 24 de junio de 2014, dejando subsistente la resolutiva primera de la resolución recurrida a través de la cual se desestima el cargo Nro. 9 y revocando la resolutiva segunda en relación a la confirmación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 314/2014 del 23 de abril de 2014.*
2. *Se explique, fundamente y motive con amplitud, sobre la existencia de la Sentencia Constitucional N° 0394/2014 del 25 de febrero de 2014, por la cual se determina la INCONSTITUCIONALIDAD del Reglamento de Sanciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Dentro del Plan Operativo de Actividades 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros llevó adelante la fiscalización a cuentas determinadas al 31 de mayo de 2012 correspondientes a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, conforme a los resultados que salen en el informe APS/DS/JCF/221/2012 de 22 de agosto de 2012.

Según concluye el informe precitado, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** no expuso razonablemente sus saldos de las cuentas Administrativas y Reaseguro, en sus Estados Financieros, motivo por el cual, mediante nota APS/EXT.DE/686/2014 de 10 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** con los doce cargos que allí constan.

Presentados contra los mismos los descargos de la nota DL AV 014/2014 de 8 de abril de 2014, dieron lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de fecha 23 de abril

de 2014, así como a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014, toda vez que contra la primera y mediante memorial de fecha 26 de mayo de 2014, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** hubo interpuesto Recurso de Revocatoria.

Toda vez que la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014, la Autoridad Reguladora confirmó -con excepción para un cargo- la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, dio lugar a la presentación del Recurso Jerárquico, el mismo que pasa a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas que hacen al caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley de Seguros Nº 1883 de 25 junio de 1998.-**

  "…***ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)

  j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero.

  k) Presentar estados financieros mensual y anualmente. Estos últimos con dictamen de auditor independiente, adicionalmente, las entidades especializadas en Seguros de Vida deberán acompañar dictamen de actuario matemático independiente. Ambos dictámenes deberán ser emitidos por personas registradas en la Superintendencia (…)

  n) Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos.

  Las entidades aseguradoras serán responsables de los contratos realizados en su nombre por los intermediarios del seguro con los asegurados, tomadores y beneficiarios de los mismos (…)

  ARTÍCULO 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.

  Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

  a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (…)

  h) Realizar actividades distintas a su giro…"

- **Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003.-**

"…***Articulo 16. (Infracciones Leves)***

I. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos. ochenta y cuatro (784). ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes conductas:

a) Incumplimiento en la presentación de documentos financieros – contables, técnicos y legales requeridos por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante mandato administrativo o exigible reglamentariamente.

b) Incumplimiento en la presentación de los Reportes de Operación Sospechosa, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento legal vigente.

c) Incumplimiento en la presentación de balances, estados de cuentas, límites de producción y siniestro y todo tipo de información estadística y contable.

d) Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia al Estado o al público.

e) Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a lo Superintendencia. al Estado o al público.

f) Incumplimiento de plazos de cualquier índole establecidos normativamente.

g) Incumplimiento de pago de aporte (s) de supervisión y multas.

h) No caución de cargos, cuando las personas naturales o jurídicas sujetas a regulación se encontraren obligadas.

i) No comunicación dentro de las 48 horas de haber asumido conocimiento, de la transferencia de acciones por los accionistas, o de cualquier otra situación o transacción que altere su naturaleza, propiedad u obligaciones con terceros.

j) Incumplimiento de registro de las modificaciones en las condiciones de operación.

k) Insuficiencias en la presentación de documentos constitutivos y orgánicos.

l) Apertura de sucursales, agencias u oficinas, distintas a su oficina central, sin previo registro en la Superintendencia.

m) Uso de pólizas, anexos, cláusulas adicionales y otros no registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o prohibidos por ella.

n) Otorgar coberturas o beneficios adicionales no registrados en la Superintendencia junto a la póliza registrada.

o) Comercialización de pólizas aprobadas por la ex – Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros y no registradas en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, dentro el plazo previsto reglamentariamente.

p) Incumplimiento en la emisión, entrega y/o plazo de entrega de los Certificados de Cobertura Individual a los asegurados o tomadores del seguro, de acuerdo a reglamentación.

q) Omitir o modificar el número de registro otorgado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en la (s) póliza (s) comercializadas.

r) Publicar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.

II. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40 001) ni mayor a setenta y (sic) *ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:*

a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente.

b) Irregularidades en los documentos emitidos por la sociedad, presentados o registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

c) Irregularidades en los documentos constitutivos y orgánicos de la sociedad presentados o registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

d) Irregularidades en los balances, estados de cuentas, partes de producción y siniestros y todo tipo de información estadística y contable.

e) Incumplimiento en el pago de la indemnización de los daños y pérdidas o el cumplimiento de la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, dentro del marco establecido por el artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1833 de Seguros.

f) No registro de reasegurador o corredor extranjero para los contratos de reaseguro y otros que impliquen obligaciones en la asunción de riesgos y otorgamiento de coberturas, cuya obligación de registro se encuentra determinada reglamentariamente.

Artículo 17.- (INFRACCIONES GRAVES)

Se consideran como infracciones graves sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001) ni mayor a (200.001) doscientas mil uno Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: (…)

g) Efectuar actos que generen conflictos de interés o competencia desleal o incurrir en conflictos de interés, actos o situaciones de competencia desleal…"

- **Manual de cuentas para las Entidades Aseguradoras (vigente mediante Resolución Administrativa IS-Nº 189/00 de 10/05/2000 y modificado mediante Resolución Administrativa IS/Nº180/08 de 27/02/2008).-**

"…***DISPOSICIONES GENERALES***

El Plan Único de Cuentas y las disposiciones del Manual de Contabilidad, deberán ser aplicadas por las entidades aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros, corredores de reaseguros y auxiliares del seguro, según lo dispuesto en los artículos 4 y 43 inciso j) de la Ley de Seguros de la República de Bolivia N°1883 de 25 de junio de 1998.

El Plan Único de Cuentas, constituye una estructura contable básica que debe ser implementada según políticas administrativas, hasta alcanzar el nivel de sucursales. El sistema de codificación piramidal, es flexible en forma horizontal y vertical, sin embargo, el crecimiento vertical está condicionado a una aprobación expresa para el mercado en su conjunto.

Las entidades aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros, corredores de reaseguros y auxiliares del seguro, no podrán utilizar nuevas cuentas, subcuentas o subsubcuentas sin la previa autorización de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – Intendencia de Seguros; sin embargo, podrán aperturar las cuentas analíticas que consideren necesarias para un mejor registro y control de sus operaciones…"

2.2. Alcance de la impugnación.-

En función al Recurso Jerárquico de 14 de julio de 2014, interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, corresponde dejar constancia que, el mismo está compuesto por dos alegatos genéricos -que recaen sobre la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 431-2014, entendida en su carácter general-: "7.1. *Inaplicabilidad del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros de la APS por Declaratoria de Inconstitucionalidad*" y "7.2. *Inexistencia de Fundamentación de la Resolución e Inexistencia de Tasación Regulatoria*", así como por la serie de alegatos, agrupados en el numeral 7.3, a los que la recurrente califica de técnicos, y que corresponden a cada uno de los cargos específicos, según los mismos generen las controversias que allí se señalan.

Consiguientemente, pasan a analizarse en ese mismo orden.

2.2.1. Alegatos generales contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014.-

2.2.1.1. Vigencia del Reglamento de Sanciones para el Sector Seguros.-

Señala el Recurso Jerárquico, que:

"…*el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, ha dispuesto mediante la Sentencia Constitucional 0394/2014 del 25 de febrero de 2014, la inconstitucionalidad del Reglamento de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, toda vez que el mismo se basa en el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, lo cual motiva su inaplicabilidad y en consecuencia la imposibilidad de que seamos sancionados por dicho instrumento legal que está perturbado y eliminado del proceso positivo por determinación de la máxima instancia de control de constitucionalidad de nuestro país…*"

Al respecto, toda vez que tal alegato es, por su mérito, el mismo que se interpusiera a tiempo del Recurso de Revocatoria de 26 de mayo de 2014 (supra relacionado), consta la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expresada en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014, de la que es posible extractar que:

> "…*revisada la Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014* (…) *el Tribunal Constitucional declaró la INCONSTITUCIONALIDAD de las siguientes frases contenidas en el artículo 52 de la Ley de Seguros:* (…)
>
> …*Incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales;*
>
> …*Infracciones insubsanables; y*
>
> …*Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento* (…)
>
> …*entonces que lo contenido en el artículo 52 de la Ley de Seguros, que no sean las frases declaradas inconstitucionales, se mantiene incólume y su aplicación y cumplimiento es de obligatoria observancia*…"

Así someramente resumido el criterio del Ente Regulador, aún es posible ampliar el mismo, en sentido que la precitada Sentencia Constitucional 0394/2014 de fecha 25 de febrero de 2014, resolvió declarar:

> "…*1° La INCONSTITUCIONALIDAD del art. 52 de la Ley de Seguros, en las frases:*
>
> *"incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales", infracciones insubsanables"; y "Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento"*.
>
> *2° La INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 10 en su primer párrafo y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS 602 de 24 de septiembre de 2003*…"

Lo que no señalan, ni la recurrente ni la Recurrida, es que sobre tal Sentencia Constitucional, pesa su complementación en el Auto Constitucional Plurinacional 0009/ 2014-ECA de 28 de abril de 2014, fundado en que "*los demás artículos del Reglamento de Sanciones señalado, no fueron objeto de control de constitucionalidad*", para terminar por resolver que:

> "…*La declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 10 párrafo primero y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, dispuesto en el punto segundo de esta Sentencia Constitucional Plurinacional,* ***no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de los demás artículos del Reglamento referido***"…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ello tiene que ver con lo establecido por el artículo 78° (*efectos de la sentencia*), de la Ley N° 254 de 5 de julio de 2012 (del Código Procesal Constitucional), el que en su parágrafo II, numeral 4, señala: "*La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada* ***tendrá efecto derogatorio*** *de los Artículos o* ***parte de éstos***, ***sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad*** *y* ***seguirán vigentes los restantes***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo tanto, la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, sólo alcanza al párrafo primero del artículo 10°, y al artículo 14°, del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, no así a los restantes artículos, los que se mantienen subsistentes, vigentes y firmes, entre ellos, sus artículos 16°, incisos a), d) y e), y 17°, inciso d), en los que se fundamentan las sanciones impuestas dentro del caso del autos, determinando sea inatendible el alegato sobre la inaplicabilidad, señalado por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

2.2.1.2. Fundamentación y Tasación.-

El Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, establece también que:

> "…*es deber de la entidad pública el motivar y fundamentar sus conclusiones, toda vez que el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 314- 2/2014 del 23 de abril de 2014* (…) *han tenido una débil fundamentación regulatoria por parte de la APS, lo cual motiva a solicitar que cada uno de los descargos presentados, en caso de que no sea valedero para la entidad reguladora, se deberá cumplir con el PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL* (…) *los argumentos descritos en el contenido del presente recurso dan cuenta que la omisión de pronunciamientos expresos y reales en la que incurre la APS, hace que su resolución sea totalmente carente de fundamentación y motivación*…"

Tal alegato compele a revisar, en principio, los alcances teóricos que hacen a una pretensión de esta naturaleza, correspondiendo recurrir a lo que señala la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, en sentido que:

> "…*Los recurrentes, ahora accionantes, consideran lesionados los derechos de su representada, por cuanto las Resoluciones dictadas por las autoridades recurridas, hoy demandadas, no contienen una fundamentación clara, precisa y congruente,* (…)
>
> *La SC 0742/2010-R de 26 de julio, ha establecido que: "La doctrina y jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el particular señala al debido proceso como aquella garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas, siendo la motivación de los hechos, un instrumento para erradicar la arbitrariedad del poder y fortalecer el Estado Democrático de Derecho. Deviniendo en consecuencia la necesidad de fundamentar las decisiones judiciales.*
>
> *Sobre el particular tenemos la SC 0012/2006-R de 4 de enero, al hacer referencia a la*

exigencia de que la decisión judicial sea fundamentada, precisó, que: ´La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución…´. Razonamiento ratificado por las SSCC 0112/2010-R de 10 de mayo y 0147/2010-R entre otras (…)

En la problemática presente, los accionantes consideran lesionados los derechos de su representada, por cuanto las Resoluciones dictadas por las autoridades demandadas, no contienen una fundamentación clara; sin embargo, se advierte que se ha justificado, fundamentado y motivado las decisiones asumidas en cuanto a la excepción de incompetencia, condición ésta que no conlleva a la infracción de los derechos alegados de vulnerados, ya que se constata la cita de preceptos legales aplicables y fundamentos de derecho que apoyan su determinación, por ello, si bien - como sostiene la jurisprudencia glosada precedentemente- ***no es necesario una fundamentación extensa; sin embargo, la misma para que sea satisfecha, puede inclusive ser breve pero con una exposición concisa y razonable, que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez y Vocales demandados a tomar la decisión****; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución. "Siendo el fin de toda motivación, la justificación de la decisión judicial que no es otra cosa que la expresión de la convicción y estado de certeza formado en la mente del juzgador, que posteriormente se expresa en una resolución, la cual dependerá de una correcta motivación con suficiente argumentación suficiente y coherente para que sea considerada una resolución justa y de calidad, que de ser sometidas a los recursos que la ley prevé esta pueda mantenerse firme" (SC0742/2010-R); situación que se dio en este caso, por cuanto las Resoluciones impugnadas gozan de la motivación, coherencia y fundamento en cuanto a la problemática planteada, por lo cual no amerita la otorgación de la tutela solicitada…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Quedando con esto claro que, no es necesario que la fundamentación de una resolución sea amplia, como mal sugiere la recurrente, sino que el contenido de la misma sea concisa y suficiente, lo que hace pertinente rescatar determinadas características, conforme hagan al interés presente, que salen de las Resoluciones Administrativas que forman parte del proceso de autos.

I. Fundamentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014.-

La revisión de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 (ya supra transcrita), permite evidenciar que la misma ha relacionado cada uno de los cargos y los ha

motivado, estableciendo pertinentemente las razones para la decisión tomada, además de su subsunción con la normativa infringida, así como la tasación (extrañada ahora por la recurrente) de la sanción impuesta en los casos que corresponda, en función a su expuesto análisis de la gravedad de la infracción, conforme a la clasificación adoptada por el Reglamento de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003 del 24 de octubre de 2003, cuya mención **PARA CADA CASO** es expresa.

En efecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, a tiempo de "***DECLARAR IMPROBADOS*** *el cargo N° 7 de manera parcial y el Cargo N° 8 en su totalidad*", de amonestar a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** "*por los cargos N° 1 y 2, conforme lo analizado en la parte considerativa*", y de multar -en diversa cuantía según el grado de gravedad de las infracciones cometidas- los cargos Nros. 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 y 11, hace una exposición de fundamentos **CARGO POR CARGO**, estableciendo sus circunstancias como el efecto de los descargos presentados para cada caso, como en su mérito, el criterio específico de aplicación de la sanción, conforme corresponda al tenor de lo determinado por el Reglamento aprobado por la Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003.

No obstante y en excepción a ello, llama la atención que, habiendo formulado expresamente el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, la sanción de amonestación para los cargos N° 1 y N° 2, su artículo cuarto disponga "*En cuanto al* ***cargo N° 12 EFECTUAR*** *una severa* ***llamada de atención*** (…) *al haberse verificado que de manera recurrente realiza operaciones financieras que exceden su objeto social único, por lo que de repetirse la conducta infractora la Entidad Aseguradora será sancionada con multa*", debiéndose entender que se trata en concreto -también- de una amonestación, toda vez que el artículo 11° del Reglamento aprobado por la Resolución Administrativa IS Nro. 602/2003, define que "*por amonestación se entenderá una* ***llamada de atención***" (las negrillas son insertas, para ambos casos, en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Toda vez que el mismo artículo 11° prevé dos grados en la sanción de amonestación (entre leve y grave), el carácter *severo* al que se refiere el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, parece acomodarse al grado de severo (no señalado por la ahora recurrida), lo que a su vez sugiere que las amonestaciones dispuestas por el artículo segundo, deben corresponder a la de leve; no obstante, todo este análisis resulta de una presunción del suscrito, antes que de una claridad que debiera ser aportada por el acto administrativo sancionatorio.

Dentro de tal presupuesto, debe concluirse que el pronunciamiento del Regulador a este respecto, sí adolece de una justificación adecuada, máxime cuando señala que:

> "…*La Entidad acepta la observación argumentando que en fecha 13 de septiembre de 2012* (…) *procedió a la devolución del saldo observado de US$200.000.- equivalente a Bs1.372.000.-, adjuntando como respaldo el libro mayor de la cuenta "Cuentas Varias por Cobrar DLLS" al 30 de noviembre de 2012* (…) *no obstante, no presentó asientos de ajuste que permitan establecer la cuenta contra la cual se debitó el saldo ni el contrato que respaldaba el préstamo otorgado; asimismo, se verificó que durante la gestión se realizaron otros préstamos* (…) *que fueron cancelados hasta el 30 de septiembre de 2012* (…)

…la Entidad indica que, al haber sido objeto de un proceso sancionatorio se proceda a desestimar el cargo; al respecto, cabe aclarar que la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 191/2011 de 25 de febrero de 2011 estuvo referida a préstamos anteriores (…) *lo que no significa que la actual observación esté referida al mismo hecho y que por ello deba considerarse que se ha producido un non bis in idem.*

La política (…) *de otorgar préstamos* (…) *constituye un hecho reiterativo* (…)

…se ratifica el ***incumplimiento a lo dispuesto en el inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros Nº 1883 por realizar actividades distintas al giro de su objeto social***…"

Resulta de lo anterior que, en cuanto al cargo N° 12, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así como no ha establecido justificadamente la gravedad al incumplimiento del artículo 14º, inciso h), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), tampoco ha incidido en su valoración, según lo dispone la norma, acerca de la actitud reiterativa (reincidente) de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, por tanto, no ha concluido indubitablemente, en las razones que le llevaron a tomar la decisión de "***EFECTUAR*** *una severa* ***llamada de atención***".

No obstante, independientemente del tratamiento que en Derecho le correspondía a tal extremo, no puede el mismo adquirir mayor trascendencia al presente, por cuanto, rige para el Derecho Administrativo la *non reformatio in peius*, principio que, conforme al artículo 63º, parágrafo II de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), determina que "*la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso*".

Recuérdese que con respecto a ello, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 1863/2010-R 25 de octubre de 2010, ha dicho que:

"…*La "reformatio in peius", es una máxima derivada del principio de defensa y se traduce en la prohibición de que la administración revoque o modifique un acto recurrido, menos aún, para agravar la sanción; razonar de forma diversa, daría lugar a la coacción a los procesados, quienes se verían compelidos a la no presentación de recursos administrativos bajo la amenaza cierta de aplicárseles una sanción mayor; consecuentemente, se puede concluir que en autos, el Tribunal Jerárquico, ha transgredido el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso*."

Queda claro por ello, que la exigencia referida a la fundamentación precisa extrañada, en lo que hace al cargo N° 12, no tendría como efecto, sino retrotraer los trámites, los que de igual manera no podrían imponer una sanción más gravosa que la actual de amonestación, por lo que en definitiva, en ejercicio del principio de economía procesal, queda únicamente confirmar la decisión del *ad quo*, el que sin embargo deberá tener presente los extremos señalados.

II. Fundamentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014.-

De la revisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014, que en su artículo segundo, confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/314-2014,

se establece que la misma, de acuerdo a la técnica propia que corresponde a una resolución de esta naturaleza, se encuentra también debidamente fundamentada.

No obstante y al hacer al Recurso de Revocatoria precedente, también los extremos alegados, en concreto referidos al cargo N° 12, entonces en cuanto a la cuestión de rito, la insuficiente fundamentación señalada en el numeral supra precedente, subsiste en tanto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se ha ratificado en su determinación anterior.

Tales extremos dan lugar a que el suscrito, ratifique también su posición ya señalada, en lo que respecta al cargo N° 12.

Por otra lado, en lo que respecta a la decisión del artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014, se tiene presente que la misma consiste en desestimar la sanción referida al cargo N° 9, no dejando de llamar la atención que, a efectos de ello, se ha pronunciado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por "***ACEPTAR*** *el Recurso de Revocatoria*", forma que así expuesta, no se halla dentro de las previstas por el artículo 43°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, lo que sin embargo, ahora en ejercicio del principio de taxatividad, no trasciende mayormente sobre la clara decisión de desestimar el cargo.

2.2.2. Alegatos específicos.-

Corresponde aclarar que, de los doce (12) cargos inicialmente imputados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la notificación de cargos, se desestimaron los cargos Nº 8, a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, y N° 9, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014); no obstante, el Recurso Jerárquico, en cuanto al cargo N° 8 señala que:

> "…*dada la complejidad de efectuar la regularización a fondo, y más aun considerando el tiempo transcurrido, resultaría inviable efectuar un ajuste de resultados a gestiones anteriores; toda vez que ello involucraría ajustes en todos los Estados Financieros desde la gestión 2009 y subsecuentes*…"

Ahora, si se revisa el precedente Recurso de Revocatoria, se establece que el fundamento referido a la impugnación al cargo N° 8, es exactamente el mismo que el actual, sin que en ambos casos hubiera tenido en cuenta la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que tal cargo se encuentra desestimado desde el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014.

Por consiguiente, se evidencia que la impugnación contra el cargo N° 8 resulta en un acto irazonado e injustificado, sobre el que al presente no corresponde mayor consideración, en el entendido que (en el estado actual del proceso), no le irroga a la recurrente agravio o perjuicio alguno, que justifique la promoción de la actividad recursiva, circunstancia igual para el cargo N° 9, por lo que sobre los mismos no cabe lugar a mayor análisis.

En cuanto al cargo N° 7, el mismo ha sido declarado *improbado* "*de manera parcial*" por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, extremo por el que, dentro de ese límite, es considerado, analizado y resuelto en la oportunidad presente.

En tal contexto, la recurrente manifiesta (respecto a la decisión correspondiente a los cargos

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 12) que la Autoridad Reguladora no habría efectuado una debida valoración de sus alegatos técnicos, extremo que compele se pase a continuación, a efectuar un análisis de lo determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en función de cada cargo, a los fines de dar razón o rechazar, los fundamentos de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme sigue a continuación.

Al cargo Nº 1.-

La recurrente, en sus alegatos, manifiesta haber dado cumplimiento a lo instruido por la Autoridad Reguladora, habiendo procedido a efectuar la regularización contable, gestionando la cancelación total de las primas pendientes de cobro y efectuando el castigo por incobrabilidad por el total (Bs190.829.-) de lo observado.

No obstante y dando razón a la Autoridad Reguladora, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** utilizó cuentas incorrectas para el registro de las partidas observadas, por cuanto:

- Las primas pendientes de cobro debieron ser registradas en la cuenta *Primas por Cobrar* (Código 102.01) y no -como se hizo- en *Cuentas Varias por Cobrar DLLS* (Código 103.02M030104); es decir, que al existir una cuenta específica para el registro de primas por cobrar, debió utilizarse la misma, ya que al ser el giro del negocio la negociación de seguros, las primas cobradas por ella se convierten en una información importante, que inciden en una serie de indicadores sobre el desempeño de la aseguradora y sobre la previsión de primas por cobrar.
- En la cuenta *Anticipos Varios - Oficina Central* (Código 103.02M030106), se registraron anticipos y otros pagos a cuenta del Proyecto Costa Rica, por un importe de Bs190.829.- que datan de la gestión 2011, de los cuales, la Autoridad Reguladora no evidenció la existencia de documentación que respalde las políticas administrativas internas para las rendiciones de cuentas, y que incluya su concepto, importe y plazos, tal como dispone el Manual de Cuentas.

  La recurrente manifiesta en sus descargos, que se procedió a castigar el 100% del importe señalado, por ser irrecuperable, no obstante, ello sirva para dar razón a la Autoridad Reguladora, en sentido de haber "*ocasionado una inadecuada exposición de las cuentas por cobrar y consecuentemente de los estados financieros a esa fecha*", al haber mantenido como cuenta por cobrar una partida irrecuperable.

Si bien la recurrente informa haber procedido a la regularización de las partidas observadas, de la forma que se describió en el párrafo precedente, dichas acciones no son suficientes para enervar los cargos, toda vez que, mas bien, demuestran el inequívoco incumplimiento de los criterios contables establecidos en el Manual de Cuentas para las partidas observadas, quedando subsistente la sanción impuesta.

Al cargo Nº 2.-

La recurrente manifiesta que las partidas registradas en la cuenta *Gastos Pagados por anticipado "Prensa"*, Código 10702M050201, "*fueron amortizados y regularizados al 31/10/12,*

registrando los conceptos por su naturaleza y origen, en cuentas de resultados, situación que su autoridad podrá validar en el detalle de movimientos contables de esa cuenta".

Tal declaración resulta en una aceptación tácita al cargo, máxime si no se han presentado al respecto mayores argumentos que puedan enervarlo.

En tal sentido, al haber efectuado los registros originales en la cuenta *Gastos pagados por Anticipado "Prensa"*, código 10702M050201, resulta que se ha incumplido lo dispuesto en el Manual de Cuentas, toda vez que, existiendo cuentas específicas para el registro de esos conceptos, determina no existir argumentos reales que desvirtúen el cargo, correspondiendo la sanción que le ha sido impuesta.

Al cargo Nº 3.-

La recurrente manifiesta haber regularizado la observación al 31 de octubre de 2012, cargando a resultados la totalidad de los gastos pendientes de amortización, sin que lo mismo constituya una objeción real al cargo.

Tal como la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros manifestara, a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014, el haber registrado gastos consumidos cual si estos fueran diferidos, ha generado una distorsión en los estados financieros, al subvaluar las cuentas de resultado y sobrevaluar las cuentas de balance.

En tal sentido, corresponde la aplicación de la sanción establecida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de 23 de abril de 2014.

Al cargo Nº 4.-

Como descargo, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** manifiesta que efectuó los ajustes contables para las observaciones referidas a:

- Luz y agua (Código 20302M0601)
- Material de escritorio (Código 20303M1001)
- Auditoría Externa (Código 20302M1401), en cuanto a las comisiones por cobranza de primas.

Sin embargo, para las observaciones respecto a Auditoría Externa (Código 20302M1401), inherente a pasajes aéreos y material de escritorio, la recurrente no admite el cargo, por cuanto:

- Sobre **los pasajes aéreos** señala que: "*El origen de estos registros corresponde a los pagos realizados con tarjeta de crédito, por el concepto de gastos en la compra de pasajes aéreos, contra cuenta del pasivo que se registra temporalmente hasta el pago definitivo por el consumo total del periodo.*

  Este procedimiento obedece a que las Entidades bancarias efectúan el corte de servicios hasta el día 20 de cada mes, lo que nos obliga a provisionar la obligación hasta la emisión del extracto y vencimiento correspondiente, ya no existe una obligación por la compra de pasajes, sino por el pendiente que contrajimos con la Entidad financiera".

- Acerca del **material de escritorio**, dice**:** "*Si bien el PUC contempla Códigos específicos para conceptos tales como material de escritorio, publicaciones, fotocopias, etc. La compañía registra en este Código otros conceptos que no se encuentran contemplados en el PUC, tales como pagos con tarjeta de crédito, saldos por reembolsar, depósitos no identificados, entre otros*".

A este respecto, el Manual de Cuentas, en cuanto a las cuentas específicas para el registro de las partidas observadas, como parte de gastos de Auditoría externa (incluidas las referidas a pasajes aéreos y material de escritorio), establece su forma de aplicación, en cuyo mérito, no es admisible lo manifestado por la recurrente, toda vez que resulta evidente la inadecuada aplicación, debido a que las operaciones correspondientes a Cuentas por Pagar **no han sido registradas (conforme su origen), en las subcuentas y subsubcuentas establecidas para tal efecto**.

En tal sentido, la recurrente no ha desvirtuado el cargo, justificando la sanción que al presente consta en su contra.

Al cargo Nº 5.-

El alegato de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, importa su reconocimiento con referencia a los siniestros por pagar y por obligaciones con entidades financieras, al haber efectuado la reclasificación contable de cheques revertidos por Bs274.102.- .

Con relación a que el importe de Bs65.773.- no correspondería a siniestros por pagar, sino al pago de honorarios pactados contractualmente con la empresa Oasis de Salud Santa Cruz Ltda., no correspondiendo -a su decir- su reclasificación, lo mismo no desvirtúa el cargo, por cuanto, como bien lo manifiesta la Autoridad Reguladora, "*estos honorarios se originaron a consecuencia de la atención a asegurados, por lo tanto se constituyen en siniestros del ramo de Salud o Enfermedad*".

Entonces, al registrar Siniestros por Pagar dentro de "*Auditoría Externa*" definitivamente se ha incumplido con lo dispuesto en el Manual de Cuentas, por cuanto, los siniestros por pagar son partidas técnicas que afectan a las *reservas técnicas*, mismas que tienen un tratamiento especial, que exigen el cumplimiento de determinados límites, los que han sido afectados, así como la exposición de los estados financieros, debido a la subvaluación ocasionada por el incorrecto registro contable sancionado.

Por lo tanto, la recurrente no ha logrado desvirtuar el cargo, justificando la aplicación de la sanción determinada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº314-2014.

Al cargo Nº 6.-

La recurrente señala que para todas las observaciones, ha efectuado las reclasificaciones contables, correspondientes al imputado incumplimiento a lo previsto en el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, empero sin presentar argumentación concreta que pueda desvirtuar el cargo.

Entonces, los alegatos del Recurso Jerárquico no sirven para irritar el cargo, por lo que corresponde mantenerse el mismo, así como la sanción que por ello ha sido impuesta.

Al cargo Nº 7.-

ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA manifiesta que, con relación a las *cesiones por contratos proporcionales facultativos-extranjeros*, los mismos fueron reclasificados a la cuenta correspondiente, en virtud a lo observado por la Autoridad Reguladora.

Tal conducta importa, necesariamente, aceptación del efectivo suceso del cargo imputado y sancionado.

Corresponde aclararse que, con relación a los impuestos asumidos por remesas al exterior, la observación fue desvirtuada a tiempo de la nota de cargos, y así señalada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por lo que el estado actual del cargo sancionado, está limitado a lo supra señalado.

Al cargo Nº 10.-

En su descargo, la recurrente ha manifestado que: "*nuestra Entidad ya presentó los descargos respectivos, a través de un proceso sancionatorio iniciado a nuestra Entidad por tales observaciones; por ello bajo principio del non bis in idem, solicitamos que el presente cargo sea desestimado*".

Al respecto, la Autoridad Reguladora ha dejado pertinente constancia, que: "*de acuerdo a antecedentes que cursan en esta Dirección se estableció que no existen resoluciones sancionatorias a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por el cargo notificado*", determinando no ser evidente lo señalado por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y por tanto, no habiéndose desvirtuado el cargo, correspondiendo mantener el mismo así como la sanción por su efecto impuesta.

Al cargo Nº 11.-

En su descargo, la recurrente alega que:

> "…*Dada nuestra gestión comercial con nuestro cliente la Embajada Americana a la fecha de la inspección efectuábamos tal procedimiento a fin de utilizar el crédito IVA de las notas fiscales correspondientes al ramo de Asistencia Médica Familiar, hecho que se extinguió con la finalización de nuestro contrato con el cliente mencionado*…"

Conforme se puede apreciar de tal argumento, el mismo apenas resulta en una explicación del porqué efectuó el registro de la manera observada, y no una fundamentación para desvirtuar el cargo, resultando en una aceptación de la comisión del ilícito imputado y sancionado.

El incorrecto registro contable tiene incidencia en el registro de las obligaciones técnicas, debido a que al no registrarse en el mes en que se dieron los hechos (se registraba al mes siguiente), genera una subvaluación de los resultados, mostrando cifras incorrectas en los recursos de inversión y, obviamente, en los límites fijados para dichas inversiones.

Por lo tanto, corresponde la ratificación de la sanción impuesta por la evidente comisión del cargo.

Al cargo Nº 12.-

ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA argumentó que:

> "…*La Entidad manifiesta que Mediante depósito de fecha 13.09.2012, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros procedió a la devolución de los $us. 200.000.- (Doscientos Mil 00/100 Dólares Americanos)* (…)
>
> …*cabe informar a su autoridad, que luego de emitido el informe sobre la Fiscalización Técnico Financiera a nuestros Estados Financieros al 31/05/2012, mismo que nos fuera remitido a través del CITE: APS/DS/JCF/8140/2012, fueron subsanadas las observaciones mencionadas precedentemente detectadas hasta el 30/11/2012; solicitando en tal sentido, a su autoridad pueda considerar los extremos señalados, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa en el proceso sancionatorio iniciado.*"

Entonces, al haber cumplido la ahora la recurrente, con la regularización de las partidas observadas, resulta inequívocamente estar aceptando el cargo; en todo caso, no existe un alegato real que sirva para desvirtuar el cargo.

Amén de ello, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** alude a la existencia de un proceso anterior por el mismo cargo, con respecto a lo que la Autoridad Reguladora ya hizo notar que:

> "…*la entidad fue sancionada por contravenir el inciso h) del artículo 14 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998 por haber realizado actividades distintas a su giro al efectuar transferencias para cubrir requerimientos de inversión y otros movimientos de dinero en calidad de préstamo a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A, prohibición que nuevamente se habría vulnerado al 31 de mayo de 2012*…"

Resulta de esto, entonces, que el hecho alegado por la recurrente, es diverso del que motiva el cargo N° 12, no existiendo con respecto al mismo, infracción a la *non bis in ídem* (es decir, doble procesamiento por un mismo hecho).

Entonces, no se ha desvirtuado el cargo, por lo que corresponde su ratificación y el de la sanción impuesta, no obstante de llamar la atención la aparente reincidencia que pesa sobre el mismo y sobre lo que no existe determinación alguna.

Las apreciaciones hasta aquí vertidas, corresponden al carácter sustancial de la sanción al cargo, en función de su impugnación actual, por cuanto, en lo que hace a su cualidad adjetiva, corresponde reiterar lo supra señalado (en oportunidad de considerar en acápite aparte, los Fundamentos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014), en sentido de haber quedado en evidencia, el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha establecido justificadamente, la gravedad al incumplimiento del artículo 14º, inciso h), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros); tampoco ha incidido en su valoración, según lo dispone la norma, acerca de la actitud reiterativa (reincidente) de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, por tanto, no ha concluido indubitablemente, en las razones que le llevaron a tomar la sanción de: "*llamada de atención*", lo que pierde en trascendencia por economía procesal y por aplicación de la *non reformatio in peius* (extremos ya supra desarrollados).

Queda claro por ello, que la exigencia referida a la fundamentación precisa extrañada, en lo que hace al cargo N° 12, no tendría como efecto, sino retrotraer los trámites, los que de igual manera no podrían imponer una sanción más gravosa que la actual de amonestación, por lo que en definitiva, queda únicamente confirmar la decisión del *ad quo*.

Conclusión referida a los alegatos específicos.-

Entonces y con excepción a lo señalado respecto a la sanción para el cargo N° 12 (únicamente en lo concerniente a su aspecto de forma), los alegatos no alcanzan a desvirtuar los cargos, resultando -en líneas generales y amén de determinadas menciones específicas, así hechas constar- en declaraciones que, lejos de irritarlos, los confirman, al resultar en aceptaciones del suceso efectivo de las conductas después sancionadas.

Por todo lo expuesto, se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha efectuado una correcta valoración de los descargos y así también ha fundamentado su decisión, en clara contraposición a lo manifestado por la recurrente, en sentido de que no habrían sido valorados a tiempo de la imposición (o del desestimado) de las sanciones que consta en obrados.

CONSIDERANDO:

Que, por el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha llegado a la conclusión de que la Autoridad Reguladora, ha realizado una correcta adecuación de la norma cierta y existente al supuesto de hecho; no obstante, en la imposición de las sanciones, se observa una inexistencia de fundamentación suficiente para el caso del cargo N° 12, lo que sin embargo pierde en trascendencia, vistos los principios de economía y de la *non reformatio in peius*.

Que, amén de lo determinado por el suscrito (conforme sale en la parte dispositiva infra del presente fallo), se extrañan en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014, las correspondientes medidas correctivas por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que hagan a las infracciones sancionadas, tendentes a subsanar los varios incumplimientos por parte de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS**

SOCIEDAD ANÓNIMA: al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, aprobado y actualizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180/08 de 27 de febrero de 2008 (cargos Nros. 1, 2, 3, 4 ,5 6 y 7), al inciso i), subpunto 3.2. del punto 3, del artículo único del Texto Ordenado del Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 764/2008 de 30 de septiembre de 2008 (cargo N° 10), al artículo 30 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros (cargo N° 11), a los artículos 11° y 14° del Decreto Supremo N° 25201 (ídem), y al inciso h) del artículo 14° de la Ley N° 1883 (cargo N° 12), extremo que se tiene como una omisión en la actuación del Fiscalizador

Que, asimismo no deja de llamar la atención que, en un anterior Recurso Jerárquico, en concreto, el interpuesto por Seguros Provida S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 361-2014 de 21 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hubiera dispuesto **una medida regulatoria**, tendiente a subsanar la infracción que se sancionaba mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014 de 20 de febrero de 2014, comportamiento que no guarda conformidad ni uniformidad con La actuación sancionatoria de la misma Autoridad dentro del caso de autos, en el que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 314-2014 de 23 de abril de 2014, se limita a imponer las sanciones, empero no dispone ninguna medida correctiva que sirva para subsanar las mismas, determinando que los efectos de las conductas infractoras subsistan, al no existir medida alguna por la que se le constriña a subsanarlas.

Que tal extremo gana en especial trascendencia si se tiene en cuenta que, así como el cargo N° 1 con el que se sancionó **pecuniariamente** a Seguros Provida S.A. en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2014, está referido al otorgamiento irregular de *préstamos*, el cargo N° 12 del caso de autos, tiene igual causa, es decir, "*realizar actividades distintas al giro de su objeto social, al haber efectuado préstamos de dinero*", por lo que no se explica la incoherencia en la conducta del Ente Regulador, de limitarse ahora a una llamada de atención, máxime considerado el elemento agravante reincidencia, supra mencionado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN TOTAL de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 431-2014 de fecha 24 de junio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó -con excepción para un cargo- la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 314-2014 de fecha 23 de abril de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por haber omitido disponer las medidas correctivas a las infracciones sancionadas, así como por haber dispuesto una sanción de *severa llamada de atención* para el cargo N° 12, sin el debido fundamento para lo mismo, prescindiendo incluso del elemento "*reincidencia*" que ella misma había hecho constar a tiempo de justificar su imposición.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 453-2014 DE 01 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 074/2014 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 074/2014

La Paz, 26 de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 067/2014 de 27 de octubre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 129/2014 de 28 de octubre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 09 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 23 de julio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por su Gerente Regional Sr. Milán Grover Rosales Vera, tal como lo acredita el

Testimonio Poder N° 610/2007, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo del Dr. Ildefonso Núñez López, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros).

Que, mediante nota APS-EXT.DJ/2197/2014, con fecha de recepción 28 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 30 de julio de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de fecha 01 de julio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES PREVIOS.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Mediante nota AP/DJ/DPC/N° 2985/2010 de 14 de octubre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 09 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos, no inició el Proceso Ejecutivo Social dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora.

Sustanciados los cargos, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, resolvió:

- Sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** con una multa de $us100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95

y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a mil treinta y ocho (1.038) casos, iniciados fuera de plazo.

- Desestimar ciento cuarenta y seis (146) casos a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**.

Resolución Administrativa contra la que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en fecha 06 de junio de 2011, interpuso Recurso de Revocatoria y ante su confirmación parcial, que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, el Recurso Jerárquico respectivo.

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2012 de 15 de mayo de 2012, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, inclusive, bajo los siguientes argumentos.

"…1.2. De la violación al derecho a la defensa.-

BBVA Previsión AFP S.A., señala que el órgano regulador le hubiera ocasionado indefensión, ya que a la hora de la notificación de cargos, no se precisó el archivo AGM (Archivo General de Mora) utilizado, dando lugar a que el recurrente no pueda presentar descargos, en razón a que no tenía conocimiento pleno de la información contenida en el archivo sobre el cual estaba imputando, es más señala que a lo largo del proceso, la APS, confunde los archivos AGM.

Al respecto, se tiene que:

- *Mediante Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010, la Entidad Reguladora inició el proceso con la información que contenía el Archivo General de Mora (AGM) remitido por la AFP mediante nota PREV-CO-1200-09-10 de* ***20 de septiembre de 2010****.*

- *BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-OP-1559/12/2010 de 14 de diciembre de 2010, presentó sus descargos en función al Archivo General de Mora* ***02201008.AGM.***

- *Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011 (fs. 320), la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, señala que utilizó la información reportada en el Archivo General de Mora* ***02201009.AGM****.*

- *A solicitud de la AFP en el Recurso de Revocatoria, la Entidad Reguladora mediante Auto de fecha 11 de julio de 2011, aclaró a la Administradora de Fondos de Pensiones que el AGM evaluado es el remitido mediante nota PREV-CO-1200-09-10 de* ***20 de septiembre de 2010.***

- *Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señala que los casos sancionados en primera instancia, son los mismos que fueron obtenidos bajo el archivo* ***02201008.AGM***.

Importa precisar conforme se tiene determinado en el artículo Séptimo de la Resolución Administrativa SPVS IP Nº 005 de 06 de enero de 2003, el AGM debe ser enviado a la Entidad Reguladora hasta el día 15 de cada mes, conteniendo la información de la mora determinada al día 10 del mismo mes, correspondiente al ***cierre del mes anterior****. El plazo de envió de archivos fue ampliado hasta el 20 de cada mes o día hábil anterior conforme se determina en el punto 2 de la Circular IP-DPC-038/2003 de 14 de abril de 2003.*

De lo trascrito se tiene que si bien al inicio del proceso sancionador la APS no establece de manera clara el AGM utilizado, sin embargo, ya dentro del Recurso de Revocatoria la Entidad Reguladora emitió Auto de fecha 11 de julio de 2011, aclarando a la AFP que el AGM evaluado, es el reportado a través de la nota PREV-CO-1200-09-10 de ***20 de septiembre de 2010,*** *aperturando nuevo término de prueba para que el recurrente presente documentación de acuerdo al AGM señalado.*

Que el hecho de que el Ente regulador haya aperturado nuevo término de prueba y haya especificado el AGM utilizado, ha dado lugar al saneamiento del acto conforme lo establece el Artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no existiendo por ende ninguna vulneración al derecho a la defensa y debido proceso a la hora de sancionar al recurrente.

Por último, es importante que el recurrente considere que, el archivo remitido por la AFP el 20 de septiembre de 2010, contenía la información correspondiente al cierre del mes anterior (agosto de 2010), sin embargo, independientemente del archivo utilizado por la Entidad Reguladora para establecer la sanción, desde el inicio del presente proceso hasta el fin, la APS sancionó por incumplimiento al inicio del Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días calendario a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora, por lo que el archivo utilizado para establecer la sanción no tiene mayor incidencia en los cargos sancionados, ya que los casos imputados en la Nota de Cargos son los mismos que sancionó la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/484-2011.

1.3. Del levantamiento de Cargos.-

La recurrente señala que la Entidad Reguladora realizó el levantamiento de cargos, sin embargo, no presentó ningún descargo y en ningún momento los observó, debido a que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, recién se da a conocer a la AFP los periodos observados por cada empleador, ya que en la nota de cargos solo existen números de identificación del empleador.

Efectivamente la Nota de Cargos sólo haría referencia a los números de identificación de empleadores, y en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, únicamente señalaría el periodo más antiguo de mora, número de periodos en mora y monto de la mora, sin embargo, tal como lo señala la Entidad

Reguladora en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, se levantaron de manera total o parcial y se ratificaron casos, en función a la información y documentación integral remitida por el regulado dentro de los Autos posteriores al Recurso de Revocatoria, por lo que es evidente que la APS realizó la evaluación de los casos levantados y sancionados, con la información y documentación remitida como descargo por la AFP.

De la misma manera la AFP presenta el siguiente argumento:

> *"Esa situación queda demostrada con levantamiento de cargos en los Anexos A, B, y D de la R.A. APS/DJ/DPC/0484-2011 con el solo hecho de solicitar información adicional a la AFP, otra prueba plena de la indefensión es el caso del NIT 4765816015 por lo siguiente:*
>
> - *La AP observa el caso del empleador NIT 4765816015, indicando que los periodos observados se encuentran en el archivo 02201008AGM.*
> - *La AFP verifica en archivo y observa que solo tiene deuda para el periodo 200812 por un monto de 56.31, el delta para dicho periodo es 57.80.*
> - *La AP no considera el descargo sosteniendo que la deuda es mayor al delta, y en la R.A. 56, indica que el monto de la deuda es de 234.10 por el periodo 201001 (R.A. 56 cuadro 6 Corr.2). Monto de deuda que estaba reportado en el archivo 02201007AGM y no en el 02201008AGM."*

Al respecto, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056 de 25 de febrero de 2011, la Entidad Reguladora ratifica el cargo del NIT 4765816015 a fs. 312, debido a que el caso no se adecuaba a la Descuadratura Menor en Recaudación (64.7DMR).

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011 la APS señala a fs. 890 lo siguiente:

> *"Con relación al ejemplo correspondiente al NIT 4765816015, el regulado presentó descargos para dicho caso, sin embargo de la evaluación realizada por el regulador se estableció la insuficiencia de los mismos, debido a que la mora no se encausaba a un valor menor a una descuadratura menor, por lo que el señalado caso fue objeto de sanción…"*

Asimismo, en la mencionada Resolución Administrativa (fs. 880) la Entidad Reguladora levantó el cargo por el NIT 4765816015, debido a que el monto de la mora es menor a la descuadratura.

Del análisis del presente punto, no existe ninguna indefensión como señala el recurrente, más bien los cargos referidos por la AFP fueron levantados, al determinar que la mora es menor a la descuadratura en función a la documentación remitida por la AFP.

1.4. De la obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los 120 días.-

La AFP señala que el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, no establece desde que momento debe computarse el plazo de los ciento veinte (120) días para el inicio de la cobranza judicial, simplemente hace referencia en la ampliación de plazo y si bien deroga toda norma contraria como lo es la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, la misma no fue complementada o reemplazada por nueva normativa, más al contrario es citada en todas las observaciones y sanciones realizadas por la AP y la APS, con quien siempre se corroboró la interpretación de la vigencia del plazo de 30 días para acreditar las planillas y a partir de la identificación de la mora se empieza a computar el plazo de los 120 días de la gestión de cobro.

Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, que determinó:

> *"…En atención al argumento vertido, esta instancia jerárquica no puede entender que a más de diez años de haberse emitido la norma de cobranza, la AFP siga haciendo incorrectas aplicaciones de la norma, intentando eludir así el cumplimiento de sus obligaciones como Administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y representante de los Afiliados.*

Por lo que, corresponderá transcribir las normas para un mejor conocimiento de la recurrente tal como se procede:

- ***El Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 establece:***

  "ARTÍCULO 7.- (PROCEDIMIENTOS DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA). *Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.*

  La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social."

  "ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL). *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469."*

- ***El Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 amplia la gestión de cobro tal como sigue:***

  "ARTICULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

Asimismo, importará traer a colación el precedente administrativo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, que determinó:

"…Tal como la norma lo indica, el legislador estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador, para la interposición del Proceso Ejecutivo Social, correspondiendo ahora establecer con precisión el momento en el que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado proceso.

En este contexto, el artículo 21, párrafo segundo de la Ley de Pensiones N° 1732 dispone "Estos pagos se realizaran dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrán exceder de treinta (30)días calendario a partir del día en que devengan los sueldos salarios de sus trabajadores o empleadores. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley…"

Por lo que queda claro que el empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1mes) de devengado el sueldo, por lo que a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Asimismo corresponde referirnos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de Cobro) que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobros, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de 90 días de iniciada la mora, por lo que no ***existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los 120 días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra…"***

De lo transcrito queda claro que la AFP, debe realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de los 120 días y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, tiene ***la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social*** *o incluso antes, conforme lo determina el parágrafo segundo del artículo 7 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, al determinar que la gestión de cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.*

Situación que a su vez nos lleva al precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2012 que determina:

"El plazo de los 120 días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, corresponde a la obligación impuesta ***a las Administradoras de Fondos de Pensiones como representantes de sus Afiliados*** *en el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en razón a que el objeto de tal proceso no está en sólo lograr una sentencia favorable, sino principalmente en la recuperación de las contribuciones en mora de manera oportuna, de manera tal que los asegurados no resulten perjudicados a tiempo de acceder a una prestación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por*

lo que en definitiva, el plazo de los 120 días corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.

Entonces, el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, se entiende clara e inequívocamente como una infracción a la normativa regulatoria en materia de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones…"

Del análisis ut supra se tiene que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social es de ciento veinte (120) días calendario de la fecha de inicio de mora o agotada la Gestión de Cobro y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social.

1.5. En cuanto a la supuesta discrecionalidad por parte del ente Regulador.-

La AFP señala que existiría discrecionalidad, por parte del Ente Regulador, ya que en algunos casos considera el periodo de marzo/2010 como fuera de plazo, y en otros casos que el mismo periodo estaría dentro de plazo.

Que a Fs. 883 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, habría determinado lo siguiente:

"Los 13 casos levantados que se encuentran descritos en el Cuadro Nº 2, responden a lo siguiente:

- *Los periodos de mora posteriores a 2010 03 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*
- *Los casos que fueron levantados para el periodo 2010 03, corresponden a aquellos casos para los que el Regulado remitió documentación que demostraba que la mora ha sido regularizada por el Empleador dentro de los 120 días…"*
- *Se ratifica el cargo para el periodo 2010 03, debido a que el regulado no remitió la documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días…"*

De lo transcrito se tiene que el Ente Regulador se hubiera pronunciado primero en sentido de que los periodos de mora posteriores a marzo/2010, abril/2010, mayo/2010, junio/2010, etc., fueron levantados debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días calendario.

Que en los casos levantados que corresponden al periodo de marzo/2010, la AFP hubiera presentado prueba de descargo que demostraba que la mora ha sido regularizada por el Empleador dentro de los 120 días.

Por último y en los casos en los que se ratificó el cargo por el periodo marzo/2010, la AFP no hubiera remitido prueba de descargo o que la misma refleja que la regularización de la mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.

De lo expuesto, no existe ninguna discrecionalidad por parte del órgano regulador como refiere el recurrente, ya que el levantamiento total o parcial correspondiente al periodo marzo/2010, se realizó en función a la documentación remitida por el recurrente, en la que se demuestra que la mora fue regularizada por el empleador dentro de los 120 días calendario.

1.6. En cuanto a la calificación de una infracción de gravedad máxima.-

La AFP señala que no existiría una infracción de gravedad máxima, debido a que en el presente caso no se configuran los elementos constitutivos de la misma, como ser: a) dolo, b) beneficio propio o de terceros o c) daño a terceros.

a) En cuanto a la existencia de dolo.-

La APS en su análisis determinó lo siguiente:

> *"…En ese sentido se tiene que en el presente caso, la conducta del regulado se ha visto* ***expresada de manera premeditada porque la AFP actuó de manera deliberada (y no dolosa), es decir conociendo el deber normativo que tenía impuesto y soslayando las consecuencias que el antijurídico acarreaba, al omitir dar inicio al PES en el plazo que le señala la norma****. Además hay que tomar en cuenta que, la inejecución de la norma lleva a deducir un grado determinado de reflexión, más aun cuando se tiene que el regulado ya fue sancionado, como elemento agravante de la conducta.*
>
> *En efecto, quien para cometer la infracción con premeditación debe ser consciente del deber vulnerado al cual estaba obligado a cumplir, pero además las consecuencias que ello acarrea. En el presente caso, no era algo extraño y que no pudiera saber la AFP de que con los aportes realizados al SSO se constituyen en el principal soporte financiero del sistema de pensiones a nivel general y a nivel particular la fuente para que un Afiliado o Derechohabientes puedan acceder a una prestación o pago que responda en proporción a las Contribuciones que le fueron tenidas por el Empleador moroso. En ese sentido, no es admisible como la AFP antes de la notificación con cargos, conociendo reflexivamente lo señalado anteriormente, tenga periodos en mora inclusive de principios del inicio del SSO…"*

De lo precedentemente citado se tiene que la APS haría referencia a que existió dolo en cuanto al incumplimiento de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de los 120 días calendario, confundiendo así la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con el análisis del dolo, no haciendo en ningún momento una correcta evaluación de que si la AFP actuó de manera consciente y de manera premeditada a momento de no iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, o si este hecho se debió a la negligencia de la AFP.

b) En cuanto a la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-

La APS determinó lo siguiente:

"…Dentro del análisis realizado se pudo verificar la información remitida por el regulado dentro del procesos sancionatorio, y por medio de los cuales se pudo establecer y ratificar el cargo de 2925 Afiliados, quienes se encuentran afectados por la deuda del Empleador y la falta de diligencia de la AFP al momento de cumplir su deber de iniciar el Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días, cuyo detalle se encuentran el Anexo 1 de la presente Resolución Administrativa.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, se resume los casos tanto de Empleadores como de Afiliados que se encuentran afectados..."

Por otro lado, si bien, la AFP refiere que las acreditaciones por períodos en mora posteriores a la otorgación de prestaciones y pagos (jubilación, retiros mínimos, etc.) pueden ser devueltos a los Afiliado o sus Derechohabientes; sin embargo la AFP no considera que el impacto de una falta de recuperación oportuna de adeudos en plazo, genera que el Afiliado tenga un límite en lo que se refiere al número de cuotas que se debieron adquirir, al valor cuota del momento, para financiar una prestación, sin perjuicio de aquellos casos en los que por esos periodos faltantes de recuperación se hubiera rechazado un beneficio del SSO.

Es por eso que, la recuperación de los adeudos si depende de la gestión eficiente y diligente del regulado, quien una vez desarrollada la gestión administrativa debe iniciar el PES, previendo evitar que el Afiliado se encuentre descoberturado a momento de sufrir una contingencia, por falta de recuperación de la mora, por tanto sí afecta al Afiliado la conducta imputada al regulado…."

Por lo expuesto precedentemente, los actos fundamentados emitidos por el regulador encuentran congruencia al establecer que con el inicio de la gestión de cobro judicial diligente constriñe al Empleador a cumplir con sus obligaciones en mora y consecuentemente al pago íntegro y oportuno de la prestación.

Con relación a las cuatro (4) variables adicionales señaladas por la AFP, es decir, Tramo de la Relación Laboral, Temporalidad, Coincidencia y Cualidad de la Mora, es importante señalar que el análisis efectuado por la ex AP y actual APS, ha considerado las variables señaladas por el regulado, tomando en cuenta para este efecto que se han identificado cada uno de los Afiliados por cada Empleador por el cual se ha afectado al afiliado por no iniciar la recuperación de aportes, de otra manera no se explica como la R.A.056-2011 en su anexo detalla todos los NUA de Afiliados y el Empleador por el cual se identificó la infracción.

Asimismo, es importante considerar la contradicción en los argumentos presentados por el regulado al señalar: "Cualidad de Mora (CUM), para precisar sólo el tipo de deuda que sí incluye al afiliado (sic) excluyendo la deuda real por defecto y deuda

por suspensión indebida de jubilados y extranjeros que no afectará en el cálculo del ***salario base"*** *(las negrillas son nuestras).*

Lo que quiere decir que el regulado acepta tácitamente que en todos los casos que uno o varios aportes que no hubieran ingresado a la Cuenta Individual del Afiliado, ***afectan el cálculo del salario base****, por consiguiente dañan el monto y la prestación que éste percibe en función al cálculo de su salario base.*

Por otra parte, la administradora, de acuerdo al principio de verdad material, pese a los requerimientos realizados por esta Autoridad de información, no remite documentación o información que permita corroborar el tramo laboral (bajas de afiliados) de los Afiliados identificados, los cuales se encuentran en el anexo de la R.A.056-2011, no cuenten con periodos comprometidos en los periodos identificados con mora con los empleadores por los cuales fueron identificados.

En cuanto al daño, la APS señalaría que existiría daño en 2925 Afiliados, sin embargo del análisis anterior no se establece de manera clara si el Salario Base de los 2925 Afiliados se hubiese visto afectado a momento de percibir una prestación, por lo que el Ente Regulador deberá especificar en cada caso el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada.

Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, determinó en cuanto a la calificación de gravedad máxima:

"…Que, importa el análisis de la norma, en la que la Autoridad Fiscalizadora debe enmarcarse para la calificación de la gravedad, es así que debemos revisar el Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, que en su artículo 286 determina:

*"****(CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD)****. Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*

a) Gravedad máxima*: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor* ***con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.***

b) Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces de la lectura de la norma tenemos, que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Los elementos configuradores de la gravedad máxima son:

a) Que la acción u omisión se haya producido con premeditación o de forma dolosa,
b) Que haya resultado beneficio propio o de terceros o causado daño a terceros.

Por ello se analizará cada uno de los elementos para la determinación de la gravedad máxima:

a) En cuanto a la premeditación o dolo.-

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el dolo como:" En acepción genérica engaño fraude, simulación "…En el Derecho Penal constituye dolo la resolución ***libre consiente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por ley…****"*

Francisco Carrara a su vez, define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Para Jiménez de Asúa, existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, ***con conciencia de que se quebranta el deber****, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.*

En cuanto a la intencionalidad, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala referente a la intención deliberada, hecho a sabiendas, con propósito reflexivo (…) Así, el acto intencional es previsto y querido Intencionalmente mediando conciencia y voluntad al obrar con una finalidad o propósito (intencionalmente).

De lo expuesto tenemos que tanto el dolo y la intencionalidad se entienden como sinónimos, ya que para que exista una acción u omisión dolosa o intencional, debe existir el elemento constitutivo de la voluntad, es decir (elemento volitivo) de cometer una infracción a sabiendas de su ilicitud o reprochabilidad.

De lo expuesto la APS, confunde la obligación que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en los plazos previstos en la norma, con el elemento del dolo, siendo que en ningún momento el Ente Regulador ha demostrado de manera fehaciente, que en los 2925 casos, la AFP no hubiera dado inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales ***de manera premeditada o dolosa****, situación que emerge de la falta de fundamentación que otorga la APS,*

transgrediendo el derecho del regulado de conocer las razones por las que se le impone la sanción y su cuantía.

b) En cuanto a la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-

Previamente debe aclararse que la APS, fundamenta en principio su resolución en el sentido de que existiría daño o perjuicio en términos generales. Al respecto no se debe olvidar que el daño debe ser real y material, no pudiendo la APS determinar daño por ideas generales, encontrándose obligada a precisar la repercusión evidente que se tiene por la falta de recuperación de aportes tanto en cifras como en casos concretos…."

Por lo tanto, si bien se enuncia daño, el mismo no ha sido debidamente fundamentado, cual en derecho corresponde, debiendo la Entidad Reguladora, en el marco del debido proceso proceder en consecuencia.

De lo anterior, se ha podido evidenciar que el presente proceso fue viciado de anulabilidad, al no fundamentar el Ente Regulador, cada uno de los elementos configuradores que se requieren para calificar la infracción de gravedad máxima, hecho que da lugar a la indefensión del regulado, quien se ve desprovisto de la debida fundamentación, como una garantía que otorga el procedimiento administrativo, conforme lo determinan los principios de legalidad, proporcionalidad y debido proceso.

Que en este sentido la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009.

"…El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento administrativo, implicando que la administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso

"..Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "*
>
> *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"*

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los Principios de motivación y congruencia, de Sometimiento Pleno a la Ley y Debido Proceso, conforme se tiene explicado en el Considerando anterior, aspecto que necesariamente debe ser enmendado por la instancia inferior.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente…"

2. ACTUACIONES PREVIAS A LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE RESUELVE EL RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante Auto de fecha 12 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, instruyó a la Administradora de Fondos de Pensiones, que remita: 1) El detalle de todos los empleadores que habrían regularizado la mora y que fue reportada en el AGM remitido el 20 de septiembre 2010, 2) El detalle de todos los Afiliados/Asegurados que habrían solicitado una prestación y/o beneficio y 3) La información de los Afiliados/Asegurados que hubieran solicitado retiros.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), con nota PREV-COB-218/07/2012 de 02 de julio de 2012, solicita la ampliación del plazo en veinte (20) días hábiles administrativos, para la elaboración de los informes requeridos, solicitud que es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de

Pensiones y Seguros, mediante Auto de 05 de julio de 2012, sin embargo, debido a que dicho plazo no fue suficiente para que la Administradora de Fondos de Pensiones procese la información y elabore los informes necesarios, mediante nota PREV-COB-269/08/2012 de 09 de agosto de 2012, la recurrente, solicitó nuevamente la ampliación del plazo, en diez (10) días administrativos, la cual fue aceptada por la Entidad Reguladora mediante Auto de 10 de agosto de 2012.

Con nota PREV-COB-296/08/2012 de 23 de agosto de 2012, la Administradora de Fondos de Pensiones, remitió la información solicitada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señalando que el archivo AGM de 20 de septiembre de 2010 instruido por la Entidad Reguladora, no contiene el saldo actual de la mora.

En tal sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 21 de septiembre de 2012, solicitó reprocesar la información requerida, así como el recálculo de la prestación y/o beneficio, considerando lo siguiente:

1. Realizar el cálculo de la prestación y/o beneficio, tomando en cuenta los periodos de cotización recuperados como mora y que no hubieran ingresado como parte del cálculo original de la pensión.

2. Reportar el cálculo original con el que la AFP otorgó la pensión a los Asegurados y el nuevo cálculo realizado en el numeral 1.

3. Reportar el número de cuotas recuperadas por concepto de mora, en función al AGM remitido el 20 de septiembre de 2010 y los periodos de cotización detallados en el Anexo I del Auto notificado el 19 de junio de 2012.

4. Verificar si con la mora recuperada, los Asegurados reportados en el Anexo 4 del Auto notificado el 19 de junio de 2012, podrían acceder al pago de una prestación.

Mediante Autos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fechas 12 de noviembre de 2012, 17 de enero de 2013, 26 de marzo de 2013, 31 de mayo de 2013, 22 de julio de 2013, 22 de agosto de 2013, 10 de octubre de 2013, 31 de octubre de 2013, 17 de diciembre de 2013, 21 de febrero de 2014 y 21 de marzo de 2014, la Entidad Reguladora, con el fin de considerar todos los elementos que hacen a la valoración de lo requerido en el marco de sus competencias y garantizar el derecho del regulado a poder brindar la información de manera adecuada para que la APS pueda fundar una determinación definitiva, otorgó plazos prudenciales para que la Administradora de Fondos de Pensiones, remita la información necesaria y corrija o complemente la información enviada.

En atención a dichos Autos, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, mediante notas: PREV-COB-353/10/2012 de 11 de octubre de 2012, PREV-COB-469/12/2012 de 18 de diciembre de 2012, PREV-COB-78/02/2013 de 26 de febrero 2013, PREV-COB-199/05/2013 de 02 de mayo de 2013, PREV-COB-262/05/2013 de 27 de mayo de 2013, PREV-COB-332/07/2013 de 04 de julio de 2013, PREV-COB-340/07/2013 de 22 julio de 2013, PREV-COB-440/07/2013 de 13 de septiembre de

2013, PREV-COB-539/10/2013 de 30 de octubre de 2013, PREV-COB-575/11/2013 de 15 de noviembre de 2013, PREV-COB-28/01/2014 de 27 de enero de 2014, PREV-COB-03/2014 de 17 de marzo de 2014 y PREV-COB-135/04/2014 de 16 de abril de 2014, solicitó ampliaciones de plazo para remitir la información y adecuar sus procesos y aclaraciones a las observaciones realizadas de la información enviada, así como el envío de la información solicitada.

Mediante Auto de 19 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pone a la vista el expediente correspondiente al presente proceso administrativo sancionatorio, por incumplimiento al plazo para el inicio de los Procesos Ejecutivo Social.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 453-2014 DE 01 DE JULIO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014, resolvió:

> ***"…ÚNICO.-*** *Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 056-2011 de 25 de febrero de 2011 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, modificándose la parte resolutiva de la siguiente manera:*
>
> *"**PRIMERO.-** Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS – P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a un mil catorce (1.014) casos detallados en el **ANEXO 3**, adjunto a la presente Resolución Administrativa.*
>
> *Se levanta parcialmente doscientos once (211) casos a BBVA Previsión AFP S.A., detallados en el **ANEXO 2** de la presente Resolución Administrativa.*
>
> *Se levanta veinticuatro (24) casos detallados en el **ANEXO 1**, adjunto a la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***SEGUNDO.-** Se determina que para setecientos setenta y dos (772) Afiliados/Asegurados correspondientes a treinta y cinco (35) de los un mil catorce (1.014) casos sancionados, se ha ocasionado daño. El detalle de casos y su cuantificación se encuentra en **ANEXO 4**, adjunto a la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***TERCERO.-** La obligación de BBVA Previsión AFP S.A. de recuperar la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones…"*

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

"…3. <u>DE LOS FUNDAMENTOS TÉCNICO - JURÍDICOS:</u>

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 02 de junio de 2011 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

3.1 Violación al Derecho del Debido Proceso y al Derecho a la Defensa.-

BBVA Previsión AFP S.A., señala:

"…la Constitución Política del Estado en su artículo 117 establece la garantía fundamental que está relacionada con el debido proceso, al expresar claramente que nadie puede ser condenado sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. El debido proceso supone el cumplimiento de todos los procedimientos establecidos en las formas descritas por la Ley, siendo un deber de la autoridad sujetarse a dicho procedimiento garantizando el derecho a la defensa.

En concordancia con las garantías constitucionales citadas, la Ley (sic) 2341 Ley de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 (LPA), establece que la Administración Pública debe ajustar sus actos administrativos a los Principios Generales de la Actividad Administrativa descritos en el Artículo 4. dentro de los que se destacan:

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;

e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;

f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;

g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;

h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;

p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

Asimismo, BBVA Previsión AFP S.A. expone:

"La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sanciona a esta Administradora de Fondos de Pensiones en base a la información contenida en el Archivo General de Mora enviado el 20 de septiembre de 2010 con Cite PREV-CO-1200-09-10, (Archivo fuente conocido como el AGM de agosto 2010). Al respecto, es importante manifestar que en cumplimiento a las disposiciones administrativas emitidas por el regulador (Resolución Administrativa N° SPVS-IP-005 de 06 de enero de 2003 y Circular SPVS-IP-DC-096/2000 de 24 de agosto de 20,cc,,c00 (sic)), el 20 de septiembre de 2010 con (sic) Cite PREV-CO-1200-09-10 se remitió la información actualizada al 31 de agosto de 2010 en los archivos: AGM0231_08_2010.SRC, 02201008.AGM y 02201008.AHM, extremo que se demuestra por lo siguiente:

1. *Al revisar los archivos electrónicos enviados.*

2. *Al verificar la normativa que establece el nombre del archivo en el cual se envía el AGM,*

3. *Verificando el tenor de la carta remitida en esa fecha que manifiesta: "Adjunto a la presente tengo a bien enviar el CD conteniendo el "Archivo de Mora" con información al 31 de agosto del 2010"; de donde se extracta el nombre del archivo 02201008.AGM, donde "02" es el código de la AFP; "2010" es el año del AGM reportado; "08" es el periodo a cuyo último día se realiza el corte se envía el reporte es decir "agosto".*

Siguiendo el Procedimiento Sancionatorio (PS), iniciado por la AP con la Nota de Cargo AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010 (NC), la AFP presentó descargos con la información contenida en el archivo 02201008.AGM (el subrayado es nuestro) tal como indicó inicialmente la AP, empero el ente regulador impone una sanción económica basándose esta vez en función a un 2do. Archivo fuente como es el 02201009.AGM; conocido como el AGM de Septiembre 2010 y enviado según la AP por la AFP el 20 de septiembre 2010; finalmente, al enumerar los detalles de los casos observados en los cuadros 2, 10, 13 la AP menciona valores e información que corresponde a un 3er. Archivo fuente; el archivo 02201009AGM conocido como el AGM de Julio 2010 y sobre éste ratifica los cargos, este hecho se demuestra en el cuadro N° 1 adjunto al presente recurso en calidad de prueba.

En conclusión, claramente se observa un manejo incorrecto de tres (3) archivos fuentes por parte de la AP, utilizando un archivo (AGM de julio 2010) para generar cargos y solicitando erróneamente a la AFP descargos en base a otro archivo (AGM de Agosto 2010) Y finalmente, empleando otros dos (2) archivos diferentes (AGM de

Septiembre 2010 Y AGM de Julio 2010) para evaluar los descargos presentados por la AFP y luego sancionarla en base otros valores.

Lo manifestado en el párrafo precedente es reconocido por la AP en el inciso a) del tercer considerando de la Resolución Sancionatoria (RS) que manifiesta:

"De los mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos identificados en la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010, la Administradora reportó que del total de casos, nueve (9) no se encontraban en el Archivo General de Mora "02201008,AGM" incurriendo en error ya que la Nota de Cargos emitida por esta Autoridad utilizó la información del AGM "02201009.AGM" enviada en fecha 20 de septiembre de 2010; sin embargo, una vez realizada la revisión correspondiente se evidenció que dichos casos no se encontraban en el AGM, de los cuales se tiene el siguiente detalle: ... "

La AP, reconoce plenamente este hecho al levantar cargos de casos que ellos mismos observaron inicialmente en el AGM de Agosto 2010 y luego no encontraron en ese mismo archivo; tal como lo comunica en los cuadros N°1, N° 3 Y N° 9 de la RS. De no haber cambio de archivos, jamás podrían darse las diferencias que la AP identifica y luego determina eliminar, levantando para ello los cargos.

La confusión de la AP tras un irregular manejo de la información para la NC, para los descargos presentados por la AFP y para la sanción, demuestra el incumplimiento de su deber de actuar con el cuidado exigible en el PS, impidiendo que la AFP presente descargos, lo que se traduce en un acto administrativo que violenta el derecho constitucional a la defensa, porque se le ha privado del derecho de presentar los descargos idóneos a los cargos por la información errónea de la AP sobre el archivo base de los cargos, violentando además el derecho al debido proceso, definido como " ... el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley".

…la AP en el PS no se ciñó a los principios definidos en la LPA de: sometimiento pleno a la ley, de la verdad material, de buena fe, de imparcialidad, de legalidad y presunción de legitimidad, de jerarquía normativa: de proporcionalidad y la CPE artículo 171.

De acuerdo a la doctrina "la seguridad jurídica" es una "condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio" este concepto que debió ser asumido por la AP en el presente PS porque tiene el deber de proveer seguridad jurídica a los regulados asegurando el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la CPE y LPA.

El principio la buena fe es la confianza del regulado a los actos y decisiones del regulador dentro del PS que permita el fiel reflejo de la verdad material en torno a sus actos administrativos, lo que hace que las decisiones y precedentes emanados del proceso deben estar sometidos a la Ley en todas las decisiones o resoluciones pronunciadas.

Dentro del marco jurídico referido, se presume que los actos administrativos de la AP son legales y legítimos y que cumplió con las reglas del debido proceso, es decir, el derecho del regulado de ser oído y exponer la razón de su defensa. La AFP presentó de buena fe los descargos a la NC exponiendo las explicaciones necesarias, la AP se pronunció mediante una resolución fundamentada en la que consideró y utilizó tres (3) archivos completamente diferentes (02201007.AGM, 02201008.AGM y 02201009.AGM) durante el PS y no así la información objeto del PS contenida en el archivo 022010.08.AGM enviado el 20 de septiembre de 2010; violentando el derecho a la defensa y al debido proceso, que en el presente caso no es otra cosa que la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad fiscalizadora para demandar que los cargos presentados sean analizados en virtud al principio de la verdad material a objeto de lograr, previo proceso, una decisión que modifique dicha situación jurídica; como es el caso de los casos observados que no se encuentran en el archivo 02201009.AGM utilizando para realizar los cargos según la AP, que en función al cuadro 1 se muestran con número de periodos y monto de deuda "0".

Otro ejemplo de la indefensión y la confusión de la AP se encuentra en las consideraciones de los casos con deuda menor al delta donde al analizar los descargos presentados por la AFP en el NIT 4765816015, la AP afirma que la deuda del periodo 201001 por un monto de Bs, 234.10 se encuentra en el archivo utilizado por la AP, es decir el archivo 02201009.AGM. Sin embargo, la misma se encontraba solucionada y reportada en el Archivo Histórico de Mora en el archivo 02201008.AHM al 31 de agosto del 2010, que se envió conjuntamente al AGM enviado en fecha 20 de septiembre de 2010."

Al respecto, cabe apuntar que el punto 3.4 de la Circular SPVS-IP-DC 096/2000 de 24 de agosto de 2000, establece: "El Archivo General de Mora contendrá la <u>información referente a la Gestión de Cobro y a los Procesos Ejecutivo Sociales de los empleadores que se mantienen en Mora</u> (el subrayado es nuestro). Los empleadores que pagaron el total de la deuda declarada en mora, o demostraron el pago oportuno, la baja temporal, etc. deben ser transferidos a un archivo histórico, denominado Archivo Histórico de Mora, con toda la información generada en el Archivo General de Mora."

Por lo tanto, el "Archivo General de Mora", tiene el objeto de control de <u>todo el proceso seguido desde la detección de las contribuciones en mora, presunta o efectiva, hasta la aclaración o pago de éstas</u>, en el que las AFP deben registrar las distintas etapas por las que pasa el procedimiento de Gestión de Cobro y la Cobranza Judicial, el mismo tiene un carácter acumulativo, lo que implica, que la Mora que no sea regularizada permanecerá en cada uno de los envíos que realiza la AFP del Archivo General de Mora, durante el tiempo que ésta se encuentre vigente. Así por ejemplo, un Empleador

puede acumular periodos en mora, y estos deben ser reportados en el Archivo General de Mora, con la información de las gestiones de cobranza y los Procesos Ejecutivos Sociales.

No obstante, considerando lo expuesto por el Regulado en el Recurso de Revocatoria interpuesto a la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, referente al Archivo General de Mora, en el marco de los establecido en el artículo 31 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y considerando que BBVA Previsión AFP S.A., presentó descargos con la información contenida en el archivo 02201008.AGM, en función a la Nota de Cargos, se reconoce y se utilizó dicho archivo a objeto de verificar la información y documentación dentro del Proceso Sancionatorio, dentro del Recurso de Revocatorio.

Lo señalado en el anterior párrafo obedece también se aclaró (sic) *en Auto de 11 de julio de 2011, señalando el AGM referido es el remitido mediante nota Cite: PREV-CO-1200-09-10 de fecha 20 de septiembre de 2010, recepcionado por esta Autoridad en fecha 21 de septiembre de 2010.*

También dicha aclaración fue reiterada en Auto de 25 de agosto de 2011, mediante el cual se expuso que el Recurso de Revocatoria manifiesta lo siguiente: "el 20 de septiembre de 2010 con Cite PREV-CO-1200-09-10 se remitió la información actualizada al 31 de agosto de 2010 en los archivos: AGM0231_ 08_2010.SRC, 02201008.AGM y 02201008.AHM." y que, el nombre del archivo del AGM extrañado es el remitido mediante nota Cite: PREV-CO-1200-09-10 de fecha 20 de septiembre de 2010.

Esta situación también es reconocida y aceptada por la Administradora de acuerdo al siguiente detalle:

- *Nota PREV-OP-1001/10/2011* ***de 01 de agosto de 2011,*** *la Administradora señala: "…Dentro del plazo ampliado de los diez (10) días hábiles administrativos, tengo a bien remitir a su autoridad (sic) la información argumentada dentro del Recurso de Revocatoria en el formato requerido por su autoridad, (sic) en base al archivo 02201008.AGM".*

- *Nota PREV-OP-1480/10/2011* ***de 12 de octubre de 2011,*** *la Administradora señala: "…Dentro del plazo ampliado por el Auto de fecha 12 de septiembre de 2011, tengo a bien remitir a su autoridad (sic) la información argumentada dentro del Recurso de Revocatoria en el formato requerido por su autoridad, (sic) en base al archivo 02201008.AGM".*

La AFP presentó sus descargos, en función a la nota de cargos, y esta Autoridad reconoce los mismos, motivo por el que lo que en ningún momento se le ha privado al regulado del derecho de presentar los descargos idóneos a los cargos, y mucho menos esta Autoridad violentó el derecho al debido proceso, definido por el regulado como: "... el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley".

En cuanto a la supuesta ***<u>vulneración de algunos principios que rigen la actividad</u>*** *administrativa, corresponde hacer referencia a lo expresado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera* ***(SIREFI)****, la cual establece lo siguiente:*

> *"Respecto al* ***derecho a la defensa*** *…* (sic) *En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos".*
>
> *"El* ***debido proceso*** *administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no puede ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse."*

Por su parte la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

> *"La* ***seguridad jurídica*** *apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos."*

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007, dice:

> *"La **presunción de inocencia**, por ello, es un principio plenamente aplicable en el campo de las infracciones y sanciones administrativas, se constituye como una presunción iuris tantum, que exige que toda acusación sea acreditada con la prueba de los hechos en que se fundamentan y la simple instrucción o realización de una investigación o comunicaciones respecto de incumplimientos normativos no constituye una infracción a dicha garantía, pues en la misma se dota al individuo todas las herramientas para ejercitar su defensa."*

De acuerdo a los lineamientos establecidos por la instancia superior, los principios administrativos aplicables y en atención al orden normativo vigente, corresponde señalar que esta Autoridad se ha enmarcado dentro de la norma constitucional y procesal administrativa vigente, considerando que el presente caso fue iniciado como consecuencia de advertir que la AFP no inició el PES dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora; siendo por tanto objeto de sanción, previa evaluación oportuna de descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A.

En conclusión a esta parte, corresponde sobrecogernos a lo que se tiene determinado por la R.M.J.026/2012, la cual ha concluido lo siguiente:

> *"... el hecho de que el Ente regulador haya aperturado nuevo término de prueba y haya especificado el AGM utilizado, ha dado lugar al **saneamiento** del acto…, **no existiendo por ende ninguna vulneración al derecho a la defensa y debido proceso** a la hora de sancionar al recurrente.*
>
> *Por último, es importante que el recurrente considere que, el archivo remitido por la AFP el 20 de septiembre de 2010, contenía la información correspondiente al cierre del mes anterior (agosto de 2010), sin embargo, independientemente del archivo utilizado por la Entidad Reguladora para establecer la sanción, desde el inicio del presente proceso hasta el fin, la APS sancionó por incumplimiento al inicio del Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días calendario a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora, por lo que **el archivo utilizado para establecer la sanción no tiene mayor incidencia en los cargos sancionados**, ya que los casos imputados en la Nota de Cargos son los mismos que sancionó la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/484-2011." (Las negrillas son nuestras)*

En la segunda instancia de este proceso, se tiene que el regulado ha presentado impugnación contra la decisión del regulador, la cual al ser objeto de evaluación ha precisado la emisión de determinados pronunciamientos previos al presente, a efectos de considerar y tener por evaluados todos los aspectos que señala la AFP, para así contar con los elementos suficientes para el pronunciamiento definitivo.

*Con respecto al supuesto **derecho de defensa** vulnerado, aquello no es evidente en razón a que esta Autoridad ha garantizado éste desde el momento en que se*

presentaron los descargos y aclaraciones que hizo el regulado, donde se consideraron para establecer los casos que fueron objeto de sanción y aquellos que fueron excluidos, tomando en cuenta el AGM expresado en la imputación de cargos. En ese sentido, no se tiene ningún caso sancionado en la R.A.056-2011 que no haya estado reportado en el AGM previsto en la imputación.

Asimismo se debe considerar que, la participación del regulado con la información proporcionada fue importante, para que este pueda defenderse y en especial para el regulador, quien pudo afirmar la infracción para aquellos que fueron sancionados, en razón a los reportes del AGM remitidos por la AFP, los cuales si bien corresponden incluso a otros períodos; sin embargo no es menos cierto que, cada uno registra el estado de cobranza de la mora, la cual sólo era modificable cuando el Empleador haya cumplido con el pago de las Contribuciones adeudadas; mientras tanto, el AGM lógicamente y de manera periódica seguiría reportando la mora hasta que esta pueda ser extinguida. En ese entendido, no constituye restricción al derecho a la defensa, vulneración al debido proceso ni la seguridad jurídica, aquellos reportes de mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) enviados por el regulado distintos al archivo 02201008.AGM, considerando que mientras la deuda no sea pagada ésta continuó reportándose en los envíos remitidos al regulador.

Por otro lado y como se dijo anteriormente, los casos considerados para el inicio del presente proceso fueron obtenidos del archivo 02201008.AGM, y que los otros reportes, fueron vistos sólo con la finalidad de verificar la situación de la mora y su subsistencia, pero no para determinar la infracción de los casos sancionados. Por lo que no hubo ningún manejo incorrecto del AGM, como erróneamente lo expresa el regulado y que esto vulneraría su derecho a la defensa, pues los casos analizados y posteriormente sancionados responden a aquellos previstos en los cargos.

Sobre lo anterior y en respeto íntegro al derecho de defensa, el regulado debe considerar lo que se tiene establecido en la R.M.J.026/2012:

> *"… si bien al inicio del proceso sancionador la APS no establece de manera clara el AGM utilizado, sin embargo, ya dentro del Recurso de Revocatoria la Entidad Reguladora emitió Auto de fecha 11 de julio de 2011, aclarando a la AFP que el AGM evaluado, es el reportado a través de la nota PREV-CO-1200-09-10 de* ***20 de septiembre de 2010****, aperturando nuevo termino de prueba para que el recurrente presente documentación de acuerdo al AGM señalado.*
>
> *Que el hecho de que el Ente regulador haya aperturado nuevo término de prueba y haya especificado el AGM utilizado, ha dado lugar al saneamiento del acto conforme lo establece el Artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no existiendo por ende ninguna vulneración al derecho a la defensa y debido proceso a la hora de sancionar al recurrente."*

Por tanto, la ***seguridad jurídica*** *fue garantizada en el proceso, toda vez que se tuvo un pronunciamiento definitivo (R.A.056-2011) en base a la certeza jurídica al momento de determinar los casos sancionados, los cuales fueron evaluados, definidos y determinados en cada uno de los un mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos, de los cuales fueron levantados ciento cuarenta y seis (146) casos; dejando atrás cualquier expectativa o*

indefinición de algún caso y sus connotaciones, prueba de ello es que la misma AFP no explica de manera clara y precisa en qué casos se ha vulnerado la seguridad jurídica.

En ese entendido, no es admisible que la seguridad jurídica se haya visto vulnerada, pues en aplicación de la norma, la verdad material y en Buena Fe, los casos que se sancionaron se encontraban en el reporte del archivo 02201008.AGM, los cuales incumplían la norma imputada; demostrando de esta manera legalidad y legitimidad de la decisión asumida por el regulador.

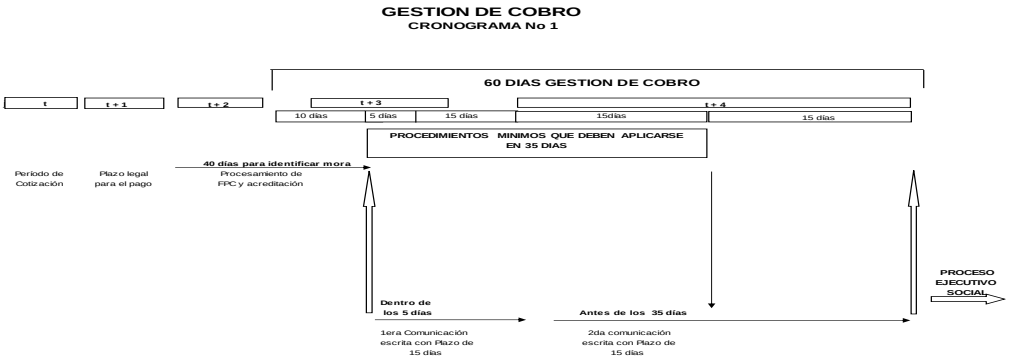
Por otro lado la ***presunción de inocencia****, en ningún momento fue puesta en duda por el Ente Regulador durante todo el proceso, en razón a que antes de la emisión R.A.056-2011 siempre se consideró al regulado sin responsabilidad hasta no demostrarse lo contrario, lo cual requirió la acumulación de los elementos probatorios necesarios para poder evaluar (verdad material) y determinar o no la infracción a través de aclaraciones y reportes complementarios, siendo estos utilizados por el regulado como un medio más para defenderse y desligarse de los hechos atribuidos como infracción en amplia defensa. En ese entendido, si bien se ha determinado con precisión la infracción, y sancionado la misma; sin embargo y considerando la impugnación presentada por BBVA Previsión AFP S.A. la presunción de inocencia obviamente se mantiene hasta que el presente proceso adquiera la calidad de cosa juzgada.*

En conclusión, no existe afectación al Proceso Sancionatorio ni al regulado, siendo que los casos ratificados R.A.056-2011 de 25 de febrero de 2011, son los mismos que son obtenidos bajo el ***archivo 02201008.AGM.*** *Asimismo, como se tiene fundamentado ninguno de los principios señalados por la AFP fueron vulnerados.*

3.2 Cómputo del plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

BBVA Previsión AFP S.A., señala:

> *"La AP aplica un criterio diferente a la forma de cálculo de los días calendarios para el inicio de la gestión de cobro judicial, observando que el periodo moroso de marzo 2010 debió haber sido demandado el 29/08/10, sin considerar los primeros 30 días que están asignados por Norma a la identificación de la mora. En concordancia con el DS N° 25722 de 31 de marzo de 2000, la ex SPVS en el ejercicio de las facultades legales otorgadas por el Artículo 49 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, emitió la Resolución Administrativa - SPVS - P No. 259, de 23 de Junio de 2000 (RA 259/2000), misma que en sus artículos 9 y 13 que disponen:*
>
> > *"NOVENO.- (PROCESO EJECUTIVO SOCIAL) Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 230 de la Ley 1732 de Pensiones y 950 del Decreto Supremo 24469". "DECIMOTERCERO.- (CRONOGRAMA) Con el fin de facilitar la comprensión de la cronología que sigue el procedimiento de gestión de cobro y aclaración, se acompaña como parte de la presente Resolución, el cronograma N° 1".*



La RA 259/2000 tuvo por objeto regular, aclarar y facilitar la comprensión de la cronología de la gestión de cobro, mostrando y estableciendo que el periodo de los 60 días indicados en el Art.9 del DS 25722 ampliado a 120 días por el DS. 26131, se inicia a partir del 1° día del periodo t+3; es decir pasado 2 meses después de la fecha devengo del periodo. (Donde el periodo t = periodo de cotización; t + 1 es el plazo de pago; t + 2 = periodo de identificación de la mora)

A la fecha, la norma que regula la gestión de cobro (Administrativo y Judicial) no fue modificada por el ente regulador, en consecuencia, su cumplimiento es obligatorio para todas las entidades reguladas por la AP, conforme dispone la LPA y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27115.

Analizando la información contenida en el envío del 20 de septiembre de 2010 a la AP y aplicando la RA 259/2000 se tiene que el periodo marzo/2010 corresponde al periodo "t": el mes de abril/2010 "t+1" es el plazo establecido para el pago de contribuciones, en este sentido el periodo "t+2" corresponde al mes de mayo/2010, mes en el que se procede a la acreditación de aportes y desde el día 1er día del periodo t+3, es decir el 01 de junio de 2010, corre el plazo de 120 días para la gestión de cobro.

De lo expuesto se colige que el plazo para iniciar el Proceso Ejecutivo Social del periodo marzo/2010, venció el fecha 28 de septiembre de 2010 inclusive. Además de la Normativa vigente, como prueba fehaciente de la validez del criterio anterior, la AP en anteriores fiscalizaciones realizadas manejó un criterio coincidente y reconoció claramente que el plazo para el inicio de la gestión de cobro judicial corre a partir del periodo t+3, es decir desde la identificación de la deuda, como prueba de ello se trascribe las partes pertinentes de la correspondencia intercambiada:

1.- Nota AP/DPC/C0/2152 de fecha 28 de julio de 2010 en la cual se revisó el AGM de mayo 2010 en el párrafo segundo indica:

"Al respecto, se ha evidenciado que en el reporte enviado existen Empleadores en Mora sin emisión de Nota de Debito (sic)*, asimismo, no existe reporte que por los periodos evidenciados, la AFP hubiese iniciado el correspondiente Proceso Ejecutivo Social - PES o hubiese ampliado el monto de la Demanda* ***una vez transcurridos 120 días de identificada la Mora****". (Las negrillas son de regulado)*

2.- Nota AP/DF/564/2009 de fecha 12 de agosto de 2009, en la fiscalización de empresa con Mora mayor a 120 días en el cálculo de los días de retraso en el inicio del Proceso Ejecutivo Social se aplica los 120 días tomando como Plazo para Inicio PES según la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a partir del periodo t+3 y es mas en la misma observación hace referencia al D.S. 26131, lo cual se demuestra en el cuadro 2 con el cálculo de los días de retrazo (sic) según la Observación 2 de la nota AP/DF/564/2009.

En los dos casos anteriores se evidencia que el ente regulador aplicó hasta antes de la presente Sanción, el sistema de cálculo establecido en la RA 259/2000, Y a partir de la fecha de fiscalización, objeto del PS, aplica un nuevo criterio extra legal que no está en la Normativa y además diferente al que el SSO estuvo aplicando con la validación de la AP.

La AP en el ejercicio de las facultades legales conferidas tiene la obligación de realizar fiscalizaciones bajo los preceptos legales y las disposiciones administrativas emitidas, es mas en el ejercicio de la función fiscalizadora debe actuar garantizando a los regulados el precepto constitucional de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica implica que el ente regulador debe sostener un solo criterio técnico para los actos fiscalizados, no puede pensar de una manera en una primera fiscalización y de manera contraria en la siguiente, mucho menos cuando las disposiciones legales y administrativas que regulan esos actos no han sufrido modificación alguna.

La AP en su calidad de ente regulador tiene el deber de brindar seguridad- jurídica a los regulados y de actuar bajo parámetros razonablemente previsibles conforme establece la ley, la seguridad jurídica que debe brindar es fundamental, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación y fiscalización pone en riesgo la estabilidad de los servicios, pues la AFP quedaría sometida a los cambiantes criterios de la AP, dificultando las actividades que desarrolla.

La AP tiene el deber de actuar cumpliendo el principio de igualdad, por que (sic) no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por el mismo ente regulador, lo que implica que debe actuar con racionalidad y universalidad de para resolver los PS, caso contrario vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a situaciones jurídicas idénticas o análogas, como es el caso del cómputo del plazo de los 120 días para el inicio del cobro judicial de las contribuciones en mora.

La RS lesiona derechos de la AFP establecidos en el ordenamiento jurídico vigente y en tal sentido no puede ser considera ajustada a derecho, por cuanto el respeto de la Ley y de los derechos fundamentales es una condición de validez de todos los actos administrativos de la AP.

Los actos administrativos violatorios de los derechos consagrados en las leyes carecen de legitimidad y validez legal.

Al respecto, el Artículo 1°.- (Ampliación de la gestión de cobro) del Decreto Supremo N° 26131, 30 de marzo de 2001 establece: "Se amplía, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000".

Por consiguiente, el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000 señala: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la Mora (el subrayado es nuestro) o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469".

Por lo descrito en los dos (2) párrafos anteriores, se extrae que el cómputo de los ciento veinte días empieza desde el inicio de la mora.

Es importante señalar también que, la Resolución Administrativa No. 259/2000 fue emitida con anterioridad al Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, por tanto lo establecido en el Decreto Supremo antes mencionado se convierte en norma vigente que regula el plazo que tienen las AFP para iniciar la acción procesal por recuperación de aportes en mora.

La definición del inicio de la Mora se encuentra descrita en el artículo 21° obligaciones y derechos del Empleador, de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, que establece: "…Estos pagos se realizarán dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrá exceder de treinta (30) días calendario a partir del día en que devengan los sueldos o salarios de sus trabajadores o empleados. ***Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en Mora*** *y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente ley" (Las negrillas son nuestras).*

Por otro lado, la Circular SPVS-IP 074/99 de 29 de junio de 1999 establece: "Con relacion al pago de contribuciones al SSO, se establece que el plazo será hasta el último día del mes siguiente de devengado en salario. Por consiguiente, el primer día del mes siguiente aquel en que vence el plazo, el Empleador se contituye en mora."

De lo señalado, en los párrafos anteriores, se establece que las AFP tienen hasta ciento veinte (120) días calendario a partir de la fecha de inicio de la mora, para cumplir con la obligación de iniciar, en ese período, la acción procesal por recuperación de aportes.

El análisis anterior se ve con el respaldo de las innumerables Resoluciones Jerárquicas emitidas por la instancia jerárquica, en particular la ***R.M.J.026/2012****, la cual ha refrendado nuevamente lo siguiente:*

"Del análisis ut supra se tiene que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social es de ciento veinte (120) días calendario de la fecha de inicio de mora o agotada la Gestión de Cobro y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social."

3.3 Del análisis de los casos ratificados en la R.A.056-2011

En la evaluación integral del presente caso, respecto a Empleadores en Mora con más de ciento veinte (120) días sin inicio del correspondiente PES, en la R.A.056-2011, se ratificaron un mil treinta y ocho (1038) casos que encuentran resumidos en el siguiente Cuadro:

Cuadro N° 1

N°	*Casuísticas según información remitida por BBVA Previsión AFP S.A.*	*Casuísticas identificadas en función a la Verificación y Análisis de la Ex AP (APS)*
1	*Empleadores cuyo periodo observado más antiguo corresponde al mes marzo/2010* ***(Punto 3.3.1)***	*Casos regularizados en forma posterior Mayor a 120 días*
2	*Mora observada cuyo valor es menor a Descuadraturas Menores en Recaudación (DMR)* ***(Punto 3.3.2)***	*Casos mayores al DMR los cuales no corresponde*
3	*Mora en procesos de conciliación, acreditación y regularización con el Empleador* ***(Punto 3.3.3)***	*Casos con deuda regularizada de forma extemporánea*
4	*Empleadores observados con deuda mayor a 120 días con inicio de PES* ***(Punto 3.3.4)***	*Procesos Ejecutivos Sociales iniciados de forma extemporánea.*

3.3.1. Períodos observados más antiguos que se encontraban en Gestión Administrativa. (Empleadores cuyo periodo observado más antiguo corresponde al mes marzo/2010)

Por lo expuesto en el punto 3.2 de la presente resolución, y del análisis realizado se concluye que la AFP debió iniciar la acción procesal dentro del periodo que contempla los ciento veinte (120) días calendario, es decir que para el periodo marzo de 2010, ***la AFP debió iniciar el PES hasta el día 29 de agosto de 2010****.*

En este sentido y considerando que la información del AGM debe contener los cambios ocurridos en la cobranza de la Mora en Gestión de Cobro y PES de cierre del mes anterior, es decir 30 de septiembre de 2010, el AGM debió contener la información del PES del periodo marzo de 2010.

Por tanto, del análisis de la información y documentación integral remitida por el regulado dentro de los autos posteriores al Recurso de Revocatoria y por lo señalado en el mismo recurso, se pudo identificar que de la ***totalidad de los 105*** *casos que fueron ratificados en R.A.056-2011, para* ***13 casos se levanta*** *los cargos (Cuadro N° 2), para* ***52***

casos parcialmente *se levanta (Cuadro N° 3) y para* ***40 casos se ratifica*** *el cargo (Cuadro N° 4),*
(…)

Los 13 casos levantados descritos en el Cuadro N° 2, responden a lo siguiente:

- *Los periodos de Mora posteriores a 201003 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*

- *Los casos que fueron levantados para el periodo 201003, corresponden a aquellos casos para los que el Regulado remitió documentación que demostraba que la Mora habría sido regularizada por el Empleador dentro de los 120 días.*

(…)

Los 52 casos ratificados parcialmente que se encuentran descritos en el Cuadro N° 3, responden a lo siguiente:

- *Los periodos de Mora posteriores a 201003 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*

- *Se ratifica el cargo para el periodo 201003, debido a que el regulado no remitió la documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la Mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.*

(…)

- *Se ratifica el cargo para el periodo 201003, debido a que el regulado no remite documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la Mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.*

3.3.2. Mora observada cuyo valor es menor a Descuadraturas Menores en Recaudación (DMR)

En el Recurso de Revocatoria Contra la R.A.56-2011, interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el regulado señala argumentos como descargos sobre los dos (2) casos que en dicha Resolución se ratificó los cargos, debido a que la Mora no se encausaba a un valor menor a una descuadratura menor, por tanto y del análisis realizado se pudo determinar que, para un ***(1) caso****, el monto de la Mora es menor a una descuadratura, motivo por el que* ***se levanta*** *el cargo para el NIT 4765816015. (Cuadro N° 5).*

*Para el segundo caso, el empleador con NIT 1028499029 cuenta con dos periodos adeudados, (****199901*** *y* ***200708****). El monto de la Mora del periodo 199901 de acuerdo a la información contenida en el archivo 02201008.AGM es menor a una descuadratura, motivo por el que* ***se levanta*** *el cargo para dicho periodo, no obstante el monto de*

*Mora para el periodo 200708 es mayor a una descuadratura, motivo por el que **se ratifica** el cargo para dicho periodo. (Cuadro N° 6). Por tanto, se levanta parciamente el cargo para dicho Empleador.*
(…)

3.3.3. Mora en procesos de conciliación, acreditación y regularización con el Empleador.

En la R.A.056-2011, se identificaron trescientos diecinueve (319) casos por los cuales no se inició el PES dentro del plazo establecido, y que la AFP señalo a que los mismos se encontrarían en conciliación, acreditación y regularización con el Empleador.

*Al respecto y de los descargos presentados por la AFP, **se levanta** diez **(10)** casos (Cuadro N° 7), se **ratifica** doscientos cincuenta y uno **(251)** casos (Cuadro N° 8) y se **levantan parcialmente** cincuenta y ocho **(58)** casos (Cuadro N° 9).*
(…)

3.3.4. Empleadores observados con deuda mayor a 120 días con inicio del PES.

*Para la R.A.056-2011, se verificaron 612 empleadores con sus respectivas Notas de Débito y memoriales de inicio de demanda. Al respecto, del análisis realizado se pudo identificar que para los seiscientos doce **(612)** casos señalados, los Procesos Ejecutivos Sociales fueron **iniciados de forma extemporánea**.*

No obstante a ello, se verificó la documentación presentada como descargo por la AFP en los autos señalados en el presente informe, y se logró identificar lo siguiente:

- *Los periodos de Mora posteriores a 201003 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*

- *Se ratifica el cargo para el periodo 201003, debido a que el regulado no remitió la documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la Mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.*

- *Se levantan periodos en función a la documentación remitida por el regulado.*

*Por lo descrito se **levanta** parcialmente el cargo para cien **(100)** casos (Cuadro N° 10) y **ratifica** el cargo de quinientos doce **(512)** casos (Cuadro N° 11).*
(…)

Como corolario a esta parte del análisis, es importante señalar que todos los descargos presentados por la AFP hasta la emisión del presente acto administrativo, fueron evaluados con la especificidad correspondiente a cada caso, en atención los lineamientos y fundamentos de la R.M.J.026/2012, para lo cual se tienen casos ratificados, casos que se levantan total y parcialmente; claro está en virtud a la verdad

material aplicada, consistente en los antecedentes, información y documentación proporcionada en el proceso por la AFP.

Por tanto, y sobrecartándonos al pronunciamiento emitido por la instancia jerárquica, se concluye que no ha existido indefensión como señala el recurrente, ni vulneración del debido proceso y defensa consecuentemente; pues más bien de la nueva evaluación del caso se tienen nuevos casos que corresponden levantar y para otros ratificando la sanción, precisando el hecho infractor y el daño generado.

1.4. En cuanto a la supuesta discrecionalidad por parte del ente Regulador.-

La AFP señala que existiría discrecionalidad, por parte del Ente Regulador, ya que en algunos casos considera el periodo de marzo/2010 como fuera de plazo, y en otros casos que el mismo periodo estaría dentro de plazo.

Al respecto, la R.M.J.026/2012 hace una lectura de lo señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011, concluyendo que no existe ninguna discrecionalidad por parte del órgano regulador como refiere el recurrente, ya que el levantamiento total o parcial correspondiente al periodo marzo/2010, se realizó en función a la documentación remitida por el recurrente, en la que se demuestra que la Mora fue regularizada por el empleador dentro de los 120 días calendario.

1.5. Sobre la calificación de la infracción dolosa y de la gravedad máxima

La AFP señala que no existiría una infracción de gravedad máxima, debido a que en el presente caso no se configuran los elementos constitutivos de la misma, como ser: a) dolo, b) beneficio propio o de terceros o e) daño a terceros.

Sobre la calificación de la gravedad de la sanción y el dolo, la R.M.J.026/2014 ha señalado lo siguiente:

> *"… la APS haría referencia a que existió dolo en cuanto al incumplimiento de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de los 120 días calendario, confundiendo Así la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con el análisis del dolo, no haciendo en ningún momento una correcta evaluación de que si la AFP actuó de manera consciente y de manera premeditada a momento de no iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, o si este hecho se debió a la negligencia de la AFP.*
> *… …*
> *Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, determinó en cuanto al a calificación de gravedad máxima:*
>
> *"…Que, importa el análisis de la norma, en la que la Autoridad Fiscalizadora debe enmarcarse para la calificación de la gravedad, es así que debemos revisar el Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, que en su artículo 286 determina:*
>
> *"**(CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).** Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*

a) Gravedad máxima: *cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor* ***con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.***

b) Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido acusados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve: cuando la infracción o los actos o omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima: cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces de la lectura de la norma tenemos, que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Los elementos configuradores de la gravedad máxima son:

a) Que la acción u omisión se haya producido con premeditación o de forma dolosa.

b) Que haya resultado beneficio propio o de terceros o causado daño a terceros.

Por ello se analizará cada uno de los elementos para la determinación de la gravedad máxima.

a) En cuanto a la premeditación o dolo.-

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el dolo como: "En acepción genérica engaño fraude, simulación "…En el Derecho Penal constituye dolo la resolución libre consiente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por ley…"

Francisco Carrara a su vez, define al dolo la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Para Jimenez de Asúa, existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

En cuanto a la intencionalidad, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala referente a la intención deliberada, hecho a sabiendas con propósito reflexivo (…) Así, el acto intencional es previsto y querido intencionalmente mediando conciencia y voluntad al obrar con una finalidad o propósito (intencionalmente).

De lo expuesto tenemos que tanto el dolo y la intencionalidad se entienden como sinónimos ya que para que exista una acción u omisión dolosa o intencional, debe existir el elemento constitutivo de la voluntad, es decir (elemento volitivo) de cometer una infracción a sabiendas de su ilicitud o irreprochabilidad.

De lo expuesto la APS, confunde la obligación que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en los plazos previstos en la norma, con el elemento dolo, siendo que en ningún momento el Ente Regulador ha demostrado de manera fehaciente, que en los 2925 casos, la AFP no hubiera dado inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales ***de manera premeditada o dolosa****, situación que emerge de la falta de fundamentación que otorga la APS, transgrediendo el derecho del regulado de conocer las razones por las que se le impone la sanción y su cuantía."*

Que antes de desarrollar el presente punto es necesario tener claro lo que dicta el último pronunciamiento jerárquico emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para este caso, para lo cual se ha realizado una nueva evaluación factico - jurídica, adecuando el hecho a la descripción típica, con el fin de generar objetividad en la calificación de la infracción con gravedad máxima, efectuando para tal efecto el debido relacionamiento entre conducta antijurídica y la norma que sanciona la misma.

Ahora bien, para una mejor comprensión de la conducta del infractor, es necesario remitirse a los componentes generales de la infracción administrativa:

a) El tipo objetivo; constitutivo de la definición misma de la infracción o descripción objetiva de determinados estados y procesos que deben constituir base de la responsabilidad criminal. En materia administrativa se tiene presente la tipificación abierta, es decir limitada al deber del regulado que tiene como obligación establecida por norma.

En el caso que ahora nos ocupa, en la imputación de cargos se constatado la vulneración al deber normativo que le exigía a la AFP iniciar el PES dentro de los ciento veinte (120) días calendario de haber ingresado en mora el empleador, para los casos imputados hasta la emisión de la Nota de Cargos.

La normativa que se tiene infringida es la siguiente: los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de

marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS – P No. 259 de 23 de junio de 2000.

b) El tipo subjetivo; está manifestado por la intención o el conocimiento de lo antijurídico. Las infracciones dolosas están conformadas por el dolo, entendido como el conocimiento y/o voluntad de realizar el tipo objetivo.

Para la Norma Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina, se tienen tres las clases de dolo:

1. *Dolo directo.- Suele identificarse con la intención o propósito. La finalidad del sujeto que actúa con dolo directo coincide exactamente con la producción del resultado (p. ej., un terrorista quiere matar a un coronel. Para ello pone una bomba en su automóvil).*
2. *Dolo indirecto.- La finalidad del sujeto no es producir el resultado, pero éste se asume como consecuencia necesaria de lo querido (p. ej., el terrorista no quiere matar al chófer del coronel, pero sabe que para conseguir su propósito –matar al coronel con la bomba- tiene que producir inevitablemente también la muerte de su chófer).*
3. *Dolo eventual.- La finalidad del sujeto que actúa con dolo eventual no es producir el resultado, pero reconoce la posibilidad de que éste se produzca y no obstante sigue actuando u omitiendo (p. ej., el terrorista sabe que la bomba puede estallar en mitad de la calle matando a peatones –resultado que puede o no producirse y que no desea-, pero a pesar de ello coloca la bomba). El sujeto no quiere producir un resultado, pero* ***considera que éste es de probable producción****.*

En virtud a lo anteriormente expresado, a fin de establecer la responsabilidad y determinar la adecuación de la conducta típica de la AFP a la infracción imputada, es preciso analizar el caso considerando como sigue a continuación.

Que, efectuada la conceptualización legal y doctrinal de la infracción administrativa incurrida por la AFP, es preciso establecer que una conducta es contraria a la norma no sólo cuando existe una acción u omisión típica y antijurídica reprochable y culpable que produce un resultado; es decir, no sólo el acto humano que puede ser de acción u omisión y que esté descrito o considerado como infracción por norma y sea reprochable a su autor por culpa o dolo además de producir un resultado que puede ser de lesión; si no que además debe analizarse y determinarse que en esa acción típica y antijurídica exista un nexo o relación de causalidad entre la culpa y el resultado, concretamente determinar si ese resultado producido que puede ser de lesión emerge directamente de la acción culpable o dolosa.

Ahora bien, los fundamentos que motivan la calificación de la gravedad de la sanción máxima en el presente caso, circundan sobre el ***dolo eventual*** *y no negligencia, para lo cual es necesario realizar las precisiones jurídicas que ayudarán a mejor comprender la tipicidad administrativa (adecuación de la conducta antijurídica a las definiciones normativas sancionatorias -de tipo y de calificación-).*

En ese sentido, se tiene que para el dolo, el componente cognoscitivo y volitivo se expresa con la representación de que posiblemente o con seguridad se habrían de realizar las circunstancias objetivas del tipo. Es decir que, esta clase de dolo se da con la representación del infractor de las circunstancias y de las consecuencias bajo las cuales ocurre la dirección voluntaria del movimiento corporal o la falta de este. La voluntad exige el conocimiento, por lo que no existe ninguna voluntad sin conocimiento.

Es así que, en concordancia con las citas de autores realizadas en la R.M.J.026/2012, el dolo implicará pues que el sujeto que produzca un resultado típicamente antijurídico, lo haga con conciencia de que se quebranta el deber; es decir también con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior.

Para consolidar conceptos y caracteres del dolo eventual, los tratadistas han señalado sobre el respecto lo siguiente:

El tratadista Claus Roxin señala sobre lo anterior: "… la delimitación del dolus eventualis en relación con la imprudencia consciente no puede prescindir de parámetros normativos de valoración. … Más bien, el juicio sobre si el autor – así sea bajo una emergencia y de manera eventual – se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos de los hechos, relevantes para la actitud de dicho autor. Es decir, al momento de la valoración normativa respecto al actuar del agente, se ha de tener en cuenta todo el curso físico y psíquico que lo llevó a introducirse dentro de la negación del bien jurídico amparado.

Todo análisis ha de desarrollarse considerando además de la posibilidad de la producción de un resultado, de las circunstancias en que esta decisión se ha materializado en el tiempo.".

Para el autor Inegeborg Puppe: "actúa con dolus eventuales quien establece un "peligro calificado" de que se produzca el resultado, o sea un llamado "peligro de dolo". Un peligro de dolo es aquel que solamente colocaría un autor razonable cuando se conforme con la producción del resultado, lo haga suyo, etc."

Finalmente David Alan Castillo, concluye que "… es de señalar que la aceptación a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refieren a la aceptación del resultado dañoso, sino únicamente de la conducta capaz de producirlo. En situaciones especial y masivamente peligrosas el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido, es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento; en consecuencia, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos. En consecuencia, en el comportamiento a titulo (sic) *de dolo eventual, el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado de aprobación o de indiferencia del agente con relación al resultado; se considera suficiente que respecto a su probable realización, el agente se haya conformado con que se produzca."*

En ese sentido, la doctrina comparte en que, para que una conducta pueda catalogarse como dolo eventual debe considerarse algunos parámetros que lo distinguen de la negligencia o imprudencia, como ser; para el dolo eventual debe distinguirse de la culpa, sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustancien el pronóstico del resultado. En cambio en la negligencia o imprudencia el autor no es consciente de los factores de riesgo del hecho.

Para considerar una culpa debiera existir la creencia de que el peligro no va a concretarse o materializarse. Asimismo, los tratadistas señalan que para la culpa el sujeto no ha calculado la realización del tipo legal o del resultado y, además confía imprudentemente en que evitará lo que se había representado como posible o tiene la esperanza de que no suceda.

Ahora bien, en el presente caso de autos se tiene que, la norma imputada impone un ***deber*** *al regulado desde que éste estuvo al manejo, dirección y administración del SSO (desde 1997), respecto a la forma y oportunidad en que debió realizar la gestión de cobranza judicial de adeudos; más aun considerando su experiencia y los resultados perjuiciosos al sistema de pensiones, omitiendo este deber.*

La omisión resulta ser la abstención de realizar esa acción que se tiene ordenada por norma, la cual obliga a alguien que tiene las obligaciones preestablecidas, la ejecución de un acto. No hacer lo que manda la norma, es el indicativo de vulneración al deber jurídico, sabiendo que el imperativo y sus consecuencias negativas son de conocimiento previo del infractor, por la experiencia en el rubro.

*Por ejemplo en materia ordinaria, para el caso del Incumplimiento de Deberes establecido en materia penal, el hecho radica en que el funcionario omite, rehusa hacer o retarda algún acto propio de su función. Este tipo penal no prevé la culpa o negligencia del autor, pues sanciona la conducta o el retardo en el cumplimiento de los actos de una autoridad; enmarca su conducta a este tipo penal el funcionario público que omite, rehúsa o retarda algún acto propio de su función, al que está obligado en ejercicio precisamente del cargo o función que desempeña. De igual forma en la Conducta Antieconómica, define que el que hallándose en el ejercicio de cargos de responsabilidad en instituciones, causare por mala administración o dirección técnica, daños al patrimonio del Estado, será sancionado. El sujeto activo de este delito tiene que necesariamente ejercer cargo de responsabilidad en el manejo y por su irresponsabilidad cause daño. (****AUTO SUPREMO: No. 537 Sucre, 06 de noviembre de 2010****).*

Del párrafo precedente se puede considerar que para aquellas conductas antijurídicas en las cuales el autor haya vulnerado su deber de administrar correctamente al que estaba obligado, implica sanción, porque éste no puede argüir desconocimiento de la norma; asimismo, se tiene que la sanción es agravada cuando la irresponsabilidad causa daño.

Que el elemento voluntad en el incumplimiento del regulado al deber jurídico, se da también en que éste ya tenía conocimiento anterior del hecho por haber sido sancionado en anteriores oportunidades por ese mismo hecho. Lo anterior denota que, la AFP era consciente de sus actos ante el incumplimiento de la norma y que, el desatender el imperativo sale del marco simple del descuido o negligencia, cuando por el servicio que presta muy bien conocía sobre las consecuencias de esa inactividad aunque no las hubiera querido; sin embargo continuó con esa actitud prolongada dirigida por la voluntad pasiva y consciente de no iniciar el PES, hasta que el regulador le iniciará el proceso sancionatorio.

En ese comprendido y siguiendo la línea del precedente jerárquico, se tiene que para el presente caso el dolo (eventual), se ha visto expresado por la voluntad del regulado de no tener la intención de iniciar los PES, a ello respalda aquellos elementos facticos (sic), *como el haberlos iniciado recién una vez que el regulador imputó con cargos, pese a que la AFP ya conocía de los periodos en mora sin acción judicial por el reporte continuo que hacía al regulador mediante el envío del AGM, advirtiéndose inclusive periodos antiguos del SSO plenamente identificados y sin gestión de cobranza judicial.*

Asimismo, la actitud dolosa del regulado se ha visto refrendada porque sabía del alcance de esta por: la experiencia en el servicio, de haber sido sancionado anteriormente por el mismo hecho, de las circunstancias y gestiones administrativas y judicial para la cobranza de la mora, de las consecuencias de no cobrar en el sistema de pensiones y en los Asegurados y Derechohabientes al ser la misma AFP quien otorga prestaciones y pagos acorde al saldo acumulado que se tuviera acreditado en el Estado de Ahorro Previsional. Por tanto, al regulado no le es un hecho desconocido o haber sido dejado al descuido de sus obligaciones y las consecuencias que genera su omisión; sino la desatención voluntaria y perjudicial de la AFP.

Como otros elementos que llevan a esta Autoridad a considerar la existencia de dolo, son los siguientes:

- *La AFP desde el momento en que registra al empleador, realiza un seguimiento directo a éste (mes a mes), para verificar el pago de Contribuciones y si las mismas se hallan en mora, a través de las planillas respectivas*

- *La AFP una vez identificada la mora del empleador aplica el procedimiento administrativo de cobranza por el plazo que la da la norma, para luego plantear la acción judicial correspondiente.*

- *Por otro lado, la AFP sabe el estado de la mora de empleador para lo cual una vez vencido determinados plazos debe emitir la Nota de Débito respectiva que establece montos y sirva para inicio de la acción judicial*

- *Sin perjuicio, la AFP sabe periódicamente sobre el estado de la mora de los empleadores e iniciar los PES cuando corresponda, en merito a que remite mensualmente el AGM; y que muchos casos de empleadores ya se tenían reportados en anteriores AGM pero que seguían sin inicio de la acción judicial.*

- *Otra forma en que la AFP tiene conocimiento de la infracción es la emisión de notas al empleador con mora, siendo la segunda la que conmina bajo apercibimiento del inicio de la acción legal.*

En ese sentido, queda refrendado que la AFP según la infracción imputada, tenía conocimiento del deber, pero también de la consecuencia de su inacción, porque sabe también que en base a los aportes se de (sic) *determina la otorgación de prestaciones y su monto. Entonces, para los casos objeto del presente proceso, la AFP sabia* (sic) *del estado de cobranza de la mora pero no tuvo la voluntad de iniciar los PES, considerando el plazo que le da la norma para hacerlo.*

Además hay que tomar en cuenta que, la inejecución de la norma lleva a deducir el grado determinado de reflexión en este caso, de quien tiene el control y voluntad de iniciar o no el PES.

Un último elemento a considerar es la comisión que percibe la AFP por el servicio de administración, el cual incluye el inicio y tramitación de los procesos judiciales para la recuperación de adeudos. En ese comprendido se entiende que, la AFP para varios de los casos imputados, hasta después de iniciado el presente proceso, no erogó los recursos correspondientes para el inicio del PES, pero los cuales recibió como comisión; lo que significa que hubo beneficio propio.

En ese comprendido, el conocimiento de la AFP del riesgo y el perjuicio de la conducta infringida, deriva en el indicativo de dolo. Por lo que para el presente caso, la AFP al saber perfectamente su obligación y el no realizarla (iniciar los PES), con esta conducta asumió el riesgo que ello acarrea y el perjuicio que ocasiona expresado objetivamente en la presente resolución. Asimismo, no es menos cierto que la AFP ha percibido la comisión por el servicio que presta, pero aun así no ha iniciado el PES para recuperar los adeudos al sistema de pensiones, sino después de instaurado el presente proceso.

Por otro lado, se debe recordar que la AFP viene administrando el SSO por más de diez años, como bien lo expresa la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012 que señala: "esta instancia jerárquica no puede entender que a más de diez años de haberse emitido la norma de cobranza la AFP siga haciendo incorrectas aplicaciones de la norma, intentando eludir así el cumplimiento de sus obligaciones como Administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y representante de los Afiliados.", por lo que se concluye que ésta (AFP) conocía el alto grado de probabilidad con que la omisión que se realiza produciría o no el resultado; es decir, cuando la omisión fue realizada de forma tal que la probabilidad de producción del resultado sea alta, estamos ante un dolo eventual. Por el contrario, si la probabilidad fuera ínfima, estaríamos ante la denominada culpa consciente con representación.

Para una mejor objetividad de que la AFP tuvo presente el alto grado de probabilidad y conocimiento de la omisión incurrida y sus consecuencias que provoca a los Asegurados, está anteriormente fue ya sancionada y con proceso en firme por la misma conducta y normativa, como por ejemplo en las siguientes Resoluciones Ministeriales

Jerárquicas: SG-SIREFI RJ 076/2008 de 16-12-2008 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°066/2012 de 20-11-2012.

Finalmente, habiendo establecido con meridiana claridad el carácter doloso (eventual) de la conducta sancionada a la AFP, es preciso para tal efecto suponer que todas las modalidades de dolo deben recibir exactamente el mismo tipo de sanción.

A manera de ilustración, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, mediante el Auto Supremo 103/2011 de 07 de abril de 2011 que declaró improcedente el Recurso de Casación, en voto disidente del Ministro Teófilo Tarquino Mujica, en lo que relaciona al presente caso de autos, señala:

> *"… Lo importante es que el sujeto tenga capacidad de comprender y de dirigir. El que reúne esas dos condiciones se hace dolosamente culpable. También es dolosamente culpable el que sólo ha tenido conciencia de la criminalidad de su acto, aunque intencionalmente no haya querido directamente ese resultado. …*
>
> *Por otra parte corresponde destacar que la segunda parte del citado artículo 14 del Código Penal prevé el dolo eventual que se presenta cuando el resultado ha sido previsto por el agente, no querido pero admitido por éste, lo que significa que este se presentará cuando el autor haya obrado sin confiar en que la relación del tipo no tendría lugar y no haya hecho nada para evitarla.*
>
> *Estas precisiones de orden doctrinal y normativo resultan necesarias, en el criterio de que la normativa prevista en el citado art.14 del Código Penal, ha sido demostrada ampliamente a lo largo del sub lite, por las acciones desplegadas por los procesados, empero no ha merecido el suficiente análisis ni valoración en la sentencia pronunciada por el inferior, que concluyó erróneamente que los actos imputados como delitos fueron cometidos culposamente y que el comportamiento de los imputados es atribuible a la negligencia, impericia y falta de previsión, creando una sentido incongruencia en el fallo apelado."*

1.6. Sobre la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-

*En cuanto al daño, la R.A.56-2011 establece que existe daño para **5238** Afiliados/Asegurados; sin embargo considerando los argumentos presentados por la AFP por medio del Recurso de Revocatoria, la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 ratifica que se identificó daño para **2925** casos y se levantan cargos para 2313 casos.*

Sobre lo anterior, la R.M.J.026/2012 expresa que no se establece de manera clara si el Salario Base de los 2925 Afiliados/Asegurados se hubiese visto afectado a momento de percibir una prestación, por lo que señala que se deberá especificar en cada caso el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada.

Al respecto, es importante señalar que los 2925 Asegurados corresponden a un grupo de Empleadores que se encuentran en Mora y que, la AFP incumplió el plazo establecido

para iniciar la Cobranza Judicial, siendo evidente que los Asegurados fueron afectados, considerando no solamente el hecho de que el monto pueda afectar al Salario Base, sino más bien al Capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual del Asegurado.

En los casos de ***Pensión de Vejez/Jubilación****, el Capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual al momento en que el regulado efectuó el cálculo de la prestación fue menor y el monto transferido/traspasado para el pago de la pensión fue menor.*

Lo señalado en el anterior párrafo, tiene su respaldo en el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 25293 de 30 de enero de 1999 que señala, que una vez convenido un contrato de MVV, el capital acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado será transferido, por la AFP, directamente al patrimonio de la cuenta MVV en la AFP con la que el Afiliado o sus derechohabientes hubieran firmado contrato. De igual manera, una vez convenido un contrato de SV por el Afiliado o sus derechohabientes, la AFP deberá traspasar directamente a la Entidad Aseguradora el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado.

Por lo que se obtiene, que el Capital Acumulado traspasado a la cuenta MMV o a la Entidad Aseguradora de los casos con Jubilación de los 2925 Asegurados que son identificados como parte del daño, fue menor al que habría sido traspasado, debido a la mora de los Empleadores por los cuales la AFP no inicio en plazo el proceso judicial correspondiente.

En concordancia a lo señalado en el párrafo precedente, es importante mencionar que el Decreto Supremo Nº 25293 define a la Unidad Vitalicia, la cual es una cuota del patrimonio de la cuenta MVV y en su artículo 8 señala que a la firma del contrato de MVV, el contratante adquiere un número determinado de UV, el mismo que es constante hasta el término final del contrato. El número de UV que adquiere el contratante depende de lo siguiente:

a) ***<u>El capital acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado/Asegurado.</u>***

b) El factor de descuento actuarial calculado para el afiliado y sus derechohabientes.

c) El precio de la UV al momento de suscribir el contrato.

Por otro lado, si bien la AFP refiere que las Acreditaciones por períodos en Mora posteriores a la otorgación de prestaciones y pagos (jubilación, retiros mínimos, etc.) pueden ser devueltos a los Afiliados/Asegurados o sus Derechohabientes; la AFP no considera el impacto de una falta de recuperación oportuna de adeudos en plazo, que genera que el Afiliado tenga un límite en lo que se refiere al número de Unidades Vitalicias/cuotas que se debieron adquirir para financiar la prestación de Jubilación, sin perjuicio de aquellos casos en los que por esos períodos faltantes de recuperación se hubiera rechazado un beneficio de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Es por eso que, la recuperación de los adeudos sí depende de la gestión eficiente y diligente del regulado, quien una vez desarrollada la gestión administrativa debe iniciar el PES, previendo evitar que el Afiliado/Asegurado se encuentre descoberturado a momento de sufrir una contingencia, por falta de recuperación de la mora, por tanto, sí afecta al Afiliado/Asegurado la conducta imputada al regulado.

Asimismo, se retoma el hecho de que la AFP tiene hasta ciento veinte (120) días calendario de la fecha de inicio de la mora, la obligación de iniciar, en ese período, la acción procesal. En el evento de no iniciar el correspondiente proceso dentro del mismo plazo compromete la recuperación de la mora, considerando que a mayor tiempo el Empleador tiende a no reconocer su deuda, debido a que los recursos retenidos a los Asegurados y los suyos como Empleador, pudieron ser comprometidos para pagar pasivos de la empresa, afectando la Cuenta Individual/Cuenta Personal Previsional del Afiliado/Asegurado al momento que éste solicite una prestación de la Seguridad Social de Largo Plazo.

La AFP, no puede valerse del concepto "correcto funcionamiento del SSO" y olvidar su papel importante de buen padre de familia, considerando que los aportes adeudados por los Empleadores corresponden por derecho a los Afiliados afectados.

Por otro lado, los aportes en Mora afectan en la cuantía del monto de la pensión con Saldo Acumulado obtenida del cálculo matemático actuarial realizado por la AFP, lo cual a la larga se traduce en la capacidad de ganancia de estas Pensiones y si bien a la fecha los Asegurados pueden retirar su dinero vía Retiros Mínimos, Retiro Final o solicitar un Recálculo de su Pensión, la AFP olvida que se trata del dinero de los Asegurados, y que los mismos desean se les otorgue una pensión conforme las retenciones que su Empleador efectuó por ellos, así como beneficiarse de las prestaciones que les otorga la Seguridad Social de Largo Plazo y que la misma no se vea afectada por aportes en Mora no cobradas oportunamente por la AFP conforme establece la norma.

Asimismo, es importante resaltar que los Asegurados podrán retirar su dinero vía Retiros Mínimos, Retiro Final o solicitar un Recálculo de su Pensión, con su Capital Acumulado, en la medida que la AFP materialice la recuperación de la mora, entre tanto, los Asegurados para quienes la AFP no recupere la mora, se verán dañados, no pudiendo gozar del dinero que les corresponde por Ley y por la falta de la oportuna gestión de Cobro Judicial.

El iniciar la Gestión de Cobro Judicial dentro de los 120 días de iniciada la mora, más la diligencia de la AFP al llevar los procesos judiciales, conllevan a la recuperación de los Aportes.

Asimismo es importante señalar que debido a que el Saldo Acumulado de estos Asegurados es transferido al Fondo de Vejez (MMV), en una cuantía menor a la que debió haber correspondido, la Rentabilidad de este fondo fue afectada, traduciéndose en una pensión menor para todos los Asegurados y Derechohabientes jubilados bajo la modalidad de MVV.

Sin perjuicio a lo señalado y considerando que el regulado señala que las herramientas informativas para los cálculos de Prestaciones de la Administradora han sido modificados en función a los parámetros establecidos en la Ley Nº 065 de Pensiones, y que los beneficios otorgados antes del 10 de diciembre de 2010 corresponden a Prestaciones calculadas en función de los parámetros establecidos por la Ley 1732, la misma que a la fecha se encuentra "abrogada" impidiendo que se pueda contar con la cuantificación del daño causado por el incumplimiento por parte de la AFP en el plazo para el inicio de los Proceso Ejecutivos Sociales, esta Autoridad a objeto de cumplir con lo establecido por el SIREFI y cuantificar el daño por cada caso, emitió el Auto de 26 de marzo de 2013, solicitando la siguiente información:

1.7. Sobre la verificación de la infracción y el daño.-

De lo señalado, y de la información remitida por la AFP más los descargos correspondientes en el Recuso de Revocatoria, se tiene lo siguiente:

1.7.1. <u>Empresas Ratificadas.-</u>

Es menester señalar que de las evaluaciones efectuadas a los descargos presentados dentro el Recurso de Revocatoria a la R.A.056-2011, ***de los 1038*** *Empleadores con cargos ratificados se levantan 24 casos* ***(ANEXO 1)****, por tanto se ratifica el cargo para* ***1014*** *empleadores* ***(ANEXO 3)****. En el* ***ANEXO 2****, se encuentra detallado casos que fueron levantados parcialmente.*

1.7.2. <u>Del daño y económico ocasionado a Afiliados/Asegurados con Prestaciones.</u>

Sobre el respecto, la AFP señala:

> *"El criterio que la AP utiliza para imputar a la AFP de la deuda, se basa en el hecho de haber iniciado las acciones legales después de los 120 días de la identificación de la mora, situación que de acuerdo a la APS determina la incobrabilidad de los aportes, aspecto que tiene una incidencia relativa a la hora de recuperar los aportes por las siguientes razones:*
>
> 1. *El inicio del PES, dentro o fuera de plazo, no garantiza de manera alguna la automática recuperación de aportes, pues se trata solo de una etapa más de la Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora iniciado con la Gestión de Cobro Administrativo; en este sentido, un retraso en el inicio de la gestión judicial es determinante en el resultado de la Gestión, prueba de ello es que existen PES iniciados en plazo, que no consiguen su propósito cual es recuperación de mora.*
>
> 2. *La conciliación con empleadores que han manifestado su decisión de pagar su deuda y vinieron trabajando con la AFP tuvo sus resultados positivos, pues la mayoría de los casos regularizó su deuda, consiguiendo entonces el fin que persigue la AFP, que es la recuperación efectiva del aporte Como (sic) es el caso de los que ya tenían su deuda regularizada a la fecha de respuesta a la nota AP/DJ/DPC/2985/2010.*

3. *Hay evidencia de casos que presentaron algún retraso en el inicio del PES y sin embargo ya fueron regularizados, es decir que no tiene validez el criterio fatalista de que no se recuperará la deuda por ese retraso.*

4. *El Decreto Supremo 25722 prevé la suscripción de Convenio de Contribuciones en Mora hasta un plazo de un año con la consiguiente suspensión del PES y en caso de incumplimiento del convenio: prevé el inicio o reinicio de las acciones judiciales; entendemos que no se puede asumir que la recuperación futura estará fatalmente determinada por la suspensión formal del PES.*

No existe daño económico por el retraso en el inicio del PES, ni correlación con la posibilidad de recuperación que pueda demostrarse concreta y científicamente.

Al respecto, cabe aclarar a BBVA Previsión AFP S.A. que los aportes en Mora afectan en la cuantía del monto de la pensión con Saldo Acumulado obtenida del cálculo matemático actuarial realizado por la AFP, lo cual a la larga se traduce en la capacidad de ganancia de estas pensiones y si bien a la fecha los Asegurados pueden retirar su dinero vía Retiros Mínimos, Retiro Final o solicitar un Recálculo de su Pensión, la AFP olvida que se trata del dinero de los Asegurados, y que los mismos desean se les otorgue una pensión conforme las retenciones que su Empleador efectuó por ellos, así como beneficiarse de las prestaciones que les otorga la Seguridad Social de Largo Plazo y que la misma no se vea afectada por aportes en Mora no cobradas oportunamente por la Administradora conforme establece la norma.

Asimismo, es importante resaltar que, los ***Asegurados que podrán retirar su dinero vía Retiros Mínimos, Retiro Final o solicitar un Recálculo de su Pensión, con su Capital Acumulado, lo efectuarán en la medida que la AFP materialice la recuperación de la mora; entre tanto, los Asegurados para quienes la AFP no recupere la mora, se verán afectados****, no pudiendo gozar del dinero que les corresponde por Ley y por la falta de la oportuna gestión de Cobro Judicial.*

El recuperar los montos en mora al iniciar la Gestión de Cobro Judicial dentro de los 120 días de iniciada la mora, depende de la diligencia de la AFP, y no de los descuidos de los mismos, por tanto, el argumento presentado por la AFP al señalar que el inicio del PES, dentro o fuera de plazo, no garantiza de manera alguna la automática recuperación de aportes, pues se trata sólo de una etapa más de la Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora iniciado con la Gestión de Cobro Administrativo; no es válido.

La AFP señala que la conciliación de la AFP con los Empleadores tuvo sus resultados positivos y que la mayoría de los casos regularizó su deuda, pues este hecho demuestra que la temprana gestión del regulado puede conseguir que la Mora sea regularizada, este hecho no solamente va con el tema de la conciliación, sino también va acompañado con el inicio y seguimiento de la Cobranza Judicial, es decir, sí la AFP hubiera iniciado los Procesos Judiciales dentro de lo establecido en la norma, también hubiese conseguido regularizar (sic) *mora.*

Asimismo el regulado señala que hay evidencia de casos que presentaron algún retraso en el inicio del PES y que los mismos ya fueron regularizados, no obstante no señala que los mismos fueron iniciados como producto de la nota de cargos que dio inicio al presente Proceso Administrativo Sancionatorio, lo que involucra que sin esa detonante, estos asegurados permanecerían afectados por la falta de cumplimiento a lo establecido en la normativa señalada en el cargo.

Otro hecho importante para señalar, es que al momento de la solicitud de una prestación se revisan los Estados de Cuenta Individual/Estados de Ahorro Previsional, momento en el que la AFP ya cuenta con la información necesaria como para determinar los casos de Asegurados cuyo Empleador se encuentra en Mora, no obstante pese a ello la AFP, de manera irresponsable, para algunos casos tuvo que esperar la notificación de la nota de cargos para iniciar la gestión de cobro judicial, afectando de esta manera al Asegurado, habiendo tenido el conocimiento previo, pudiendo iniciar el Proceso Ejecutivo Social, y no dejar a los Asegurados aún más desamparados.

Cabe señalar que la gestión de Mora oportuna, tiende a suprimir la "pereza" en el pago por parte de algunos empleadores, que necesitan estímulos permanentes para abonar sus obligaciones. Cuanto mayor es el tiempo de mora, tanto más difícil resulta la recuperación de la misma.

En este sentido, es importante aclarar que el regulado reconoce haber iniciado Procesos Ejecutivos Sociales de manera posterior a los 120 días establecidos de acuerdo a norma, y con ello se ratificaron los cargos correspondientes, asimismo dicho incumplimiento compromete a la recuperación de los aportes de los Afiliados/Asegurados.

Asimismo es importante señalar que debido a que el Saldo Acumulado de estos Asegurados es transferido al Fondo de Vejez (MMV), en una cuantía menor a la que debió haber correspondido, la Rentabilidad de este fondo fue afectada, traduciéndose en una pensión menor para todos los Asegurados y Derechohabientes jubilados bajo la modalidad de MVV.

El no cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, sin que las mismas sean debidamente gestionadas en forma oportuna, provocan que el deudor pueda llegar en casos a la imposibilidad económica de resolver el pago y; asimismo afecta a la personas que al solicitar una prestación se ven perjudicadas por no contar en su Cuenta Individual/Cuenta Personal Previsional con los aportes que le correspondían, lo que sin duda se convierte en un daño al Afiliado/Asegurado al momento de solicitar y contar con una prestación de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Asimismo la AFP señala que esta Autoridad "…afirma que se ha causado daño económico a los afiliados que han trabajado en alguna empresa deudora y ahora perciben una pensión de jubilación…" lo cual es evidente, y también indica que "…conceptualmente se entiende que un Afiliado ha alcanzado la calidad de jubilado, gracias al correcto funcionamiento del SSO, es decir que todos los requisitos exigidos por

la normativa vigente fueron cumplidos. Por consiguiente, si el factor Mora no afectó el derecho del afiliado de recibir una pensión de jubilación, en consecuencia no puede hablarse de un daño económico causado al afiliado jubilado ya que éste percibe una pensión de jubilación…". No obstante, se aclara que la pensión que está percibiendo el Asegurado se encuentra afectada por la mora del Empleador, es decir, el monto que está percibiendo es menor al monto que efectivamente le corresponde recibir, por tanto, sí existe el daño al Asegurado. En este punto es importante aclarar que esta Autoridad instruyó a la AFP a medir el daño ocasionado a los Asegurados partiendo de la recuperación de Mora de los Asegurados y efectuando un recálculo de la pensión en función a la prestación que corresponda, no obstante la AFP señaló que no es posible procesar la información bajo los parámetros de la antigua Ley (1732) haciendo aparentar una imposibilidad técnica.

Asimismo la AFP señala que: "…si se analiza el factor Mora desde el punto de vista del cálculo de la prestación y el saldo en la cuenta individual, la normativa que regula el SSO prevé la devolución de todos los aportes recuperados y acreditados en fecha posterior a la prestación de jubilación a través de Retiros Mínimos, por consiguiente, tampoco existe daño económico", para lo cual corresponde señalar al regulado que si bien los aportes de mora recuperados por la AFP tienen la opción de ser devueltos a los Asegurados cuentan con una Pensión de Vejez/Pensión de Jubilación, no es menos cierto que el monto de Retiros Mínimos no tiene el carácter vitalicio que tiene la pensión de jubilación y por otro lado, sólo podrá efectivizarse la devolución al Asegurado del dinero mediante Retiros Mínimos una vez que la AFP materialice la recuperación de la mora, en tanto, los Asegurados están siendo dañados económicamente.

*Así por ejemplo, en el **ANEXO 5**, se evidencia casos de Asegurados que a la fecha la AFP no efectivizó la regularización de la mora, por los cuales aún la AFP está afectando al Asegurado, sin mencionar los nuevos casos que van solicitando una prestación y los cuales también se verán perjudicados.*

Así también la AFP señala: "Las gestiones de cobro de pagos en defectos no impedirán que la AFP realice el cálculo de Salario Base, considerando en el mismo los Totales Ganados reportados en el Estado de Cuenta (sic)", no obstante, como se señaló, independientemente de ello, la mora no recuperada afecta al saldo Acumulado y por tanto, al cálculo de una Pensión.

Por lo expuesto, queda claro el impacto que tiene la incidencia de no iniciar en el plazo previsto los procesos judiciales, se traducen en el daño económico al Asegurado, por tanto, los argumentos presentados por la AFP están desvirtuados cuando señala que no existe daño al Afiliado/Asegurado.

*De los **1014 Empleadores** ratificados, y considerando los descargos presentados dentro del Recurso de Revocatoria a la R.A.056-2011, se identificó a **2925 Asegurados** a los cuales la AFP habría **causado daño**, no obstante considerando los argumentos presentados dentro del Recurso Jerárquico y lo señalado por la R.M.J.026/2012, que dispone que el Ente Regulador debe especificar por cada caso el daño señalado, se sostiene lo siguiente:*

*a) De los 2925 casos con daño, esta Autoridad procedió a identificar y cuantificar la cantidad de Contribuciones recuperadas por la AFP una vez que ésta inició la cobranza mediante el Proceso Judicial, y se evidencia que **de los 2925 Asegurados con Prestación**, para **773** Asegurados la AFP **recuperó la mora** correspondientes a las Contribuciones a la Seguridad Social de largo plazo.*

*b) De los **773** Asegurados detallados en el párrafo anterior, **772** Asegurados accedieron a una Prestación de **jubilación** y un Asegurado a una Prestación de **Invalidez**.*

*c) Es importante señalar que **773** casos de Asegurados, corresponden a **35** Empleadores de los **1014** ratificados, y de los cuales se evidencia que existen casos que la AFP **inició el PES** de manera **posterior a la notificación** de cargos*

(…)

*d) Es importante resaltar que para los **772** Asegurados, **la transferencia del Saldo Acumulado** de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual a la Cuenta MVV o a las Entidades Aseguradoras fue menor, afectando al Asegurado en la prestación como tal, es decir, que para estos casos al menos **Bs25,636.89 no fueron transferidos** a la MVV o a las Entidades Aseguradoras, evidenciándose de esta manera el daño ocasionado por la AFP a los Asegurados. Esto sin considerar la rentabilidad que pudo ganar el mismo dentro del Fondo de Ahorro Previsional/Fondo de la Cuenta Individual, ni el interés por Mora recuperado que de acuerdo a la información proporcionada por la AFP este monto para los 772 Asegurados asciende a Bs29,893.58.*

*e) La **cuantificación del daño** expuesto para los 772 Asegurados, se encuentra detallado* (sic) *caso por caso en el **ANEXO 4** del presente acto administrativo, **no obstante, cabe recalcar que esta Autoridad procedió a esta cuantificación debido a que la AFP señaló imposibilidad técnica para determinar el daño** dentro de la prestación como tal.*

*Es importante señalar que dicha cuantificación se enmarca a lo que efectivamente la AFP recuperó, sin embargo **existe otro grupo** de Asegurados por los cuales la Administradora aún no recuperó los montos de mora, quienes también estarían siendo dañados y que por la naturaleza de la tipología de la Deuda, para estos casos el Daño no puede ser cuantificado aún. Estos casos de Asegurados se encuentran detallados en el **ANEXO 5** del presente acto.*

Asimismo, es menester señalar que si bien a la fecha existe la posibilidad de que estos Asegurados puedan acceder a un recálculo de la Pensión, este hecho no compensa el costo de oportunidad que tiene el dinero en el tiempo, y no solamente debemos referirnos en el valor adquisitivo sino en Asegurados que fallecen y ya no pueden beneficiarse del dinero que les corresponde.

f) *El único caso con prestación de Invalidez, corresponde al CUA 27184596, el Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional también se vio afectado.*

g) *Sin perjuicio a lo citado precedentemente, se debe hacer hincapié que el daño inicialmente identificado, corresponde a casos que fueron reportados en una primera instancia por la AFP, no obstante, BBVA Previsión AFP S.A., dentro de la respuesta efectuada con nota PREV-COB-28/01/2014 de 27 de enero de 2014, reportó* ***906 casos*** *de Asegurados* ***nuevos*** *que habrían solicitado alguna prestación y que a su vez la AFP recuperó la mora.*

Estos 906 casos de Asegurados se encuentran clasificados de acuerdo a la prestación solicitada de acuerdo a lo siguiente:

Detalle	Total	Jubilación	Muerte	Invalidez
Nuevos casos reportados por la AFP	**906**	568	228	110

Por tanto, cuantificando el daño ocasionado al capital (sin tomar en cuenta intereses) del saldo de la Cuenta Personal Previsional, se refleja en el siguiente cuadro.

Detalle	Total	Jubilación	Muerte	Invalidez
Cuantificación del Daño por nuevos casos reportados por la AFP (En Bs.)	4.890,11	4.453,09	326,09	437,02

A continuación, se resume los casos tanto de Empleadores como de Afiliados/Asegurados que se encuentran afectados.

Nº	Casuísticas según información remitida por BBVA Previsión AFP S.A.	Causticas identificadas en función a la verificación y análisis de las EX AP (APS)	Cargos Ratificados en la RA 056/2011	Casos (Empleadores Levantados) considerando Descargo de Recurso	Empleadores Ratificados parcialmente considerando Descargo de Recurso	Empleadores Ratificados considerando Descargo de Recurso	(Total Empleadores) Ratificados parcial y totalmente	Daño Económico Afiliados RA 056/2011	Afiliados Ratificados Considerando descargo del Recurso
A	Empleadores cuyo periodo más antiguo corresponde al mes de marzo/2010	Casos regularizados en forma posterior a 120 días	**105**	13	52	40	**92**	16	2
B	Mora observada cuyo valor es menor a Descuadraturas Menores en recaudación (DMR)	Casos Mayores al DMR, los cuales no corresponde	**2**	1	1	0	**1**	2	0
C	Mora en Procesos de conciliación, acreditación y regulación con el Empleador	Casos con deuda regularizada de forma extemporánea	**319**	10	58	251	**309**	565	169

D	*Empleadores observados con deuda mayor a 120 días con inicio de Proceso Ejecutivo Social (PES)*	*Procesos Ejecutivos Sociales iniciados de forma extemporánea*	***612***	*0*	*100*	*512*	***612***	*4655*	*2754*
			1038	*24*	*211*	*803*	*1014*	*5238*	*2925*

1.8 Sobre los resultados del análisis.-

De la evaluación y el análisis realizado a la documentación de descargo remitida por BBVA Previsión AFP S.A., en consideración al Recurso de Revocatoria de 06 de junio de 2011 y demás documentación e información correspondiente al presente proceso, se tienen las siguientes conclusiones:

- ✓ *Se levanta* (sic) ***24*** *casos más de los 1038 casos sancionados por la R.A.056-2011.*

- ✓ *Se ratifica* (sic) ***1014*** *casos de los 1038 casos sancionados por la R.A.056-2011.*

- ✓ *Se levanta* (sic) *parcialmente* ***211*** *más de los 1038 casos sancionados por la R.A.056-2011.*

- ✓ *Se ratifica* (sic) *a 2925 Afiliados/Asegurados de los 5238 Afiliados/Asegurados detallados en el anexo adjunto la por la R.A.056-2011, a quienes se habría ocasionado Daño Económico, que corresponden a los* ***1014*** *casos de Empleadores ratificados.*

- ✓ *Se levanta* (sic) *a 2313 Afiliados/Asegurados, de los 5238 Afiliados/Asegurados detallados en el anexo adjunto la por la R.A.056-2011, en consideración a los descargos y documentación remitida por la AFP.*

- ✓ *El* ***daño efectivo*** *para* ***772*** *Afiliados/Asegurados, para quienes la AFP no efectuó la recuperación de la mora correspondiente a 35 Empleadores en plazo, asciende a Bs25,636.89 (sólo capital) sin tomar en cuenta la rentabilidad que pudo haber ganado este dinero en las Cuentas Personales Previsionales.*

- ✓ *Adicionalmente, de los 2925 Afiliados/Asegurados se identificó a otros 906 Afiliados/Asegurados a quienes también la Administradora causo Daño y que corresponden a los 1014 Empleadores ratificados.*

La cuantificación del daño para los 906 Asegurados es de Bs 4.890,11.

- ✓ *La cuantificación del daño se orientó hacia la recuperación de mora, debido a que la AFP señaló imposibilidad técnica como para reprocesar las prestaciones.*

1.6. Sobre la obligación de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora.-

La Disposición Tercera de la R.A.056-2011, establece lo siguiente:

*"**TERCERO.-** La obligación de BBVA Previsión AFP S.A. de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad, conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones."*

Al respecto, corresponde señalar que dicha obligación está relacionada a la obligatoriedad que establece la normativa imputada, la cual expresa la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice aquel que está obligado a hacer o no hacer algo, extremando todas las precauciones, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de las acciones u omisiones de la AFP, en lo particular en el inicio del PES, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora, situación que fue incumplida por BBVA Previsión AFP S.A.

*En ese entendido, la normativa vigente establece niveles de diligencia específicos para la AFP, así en la recuperación de adeudos al SSO existe la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado hasta la finalización del PES, buscando lograr su recuperación total, como representante de los Asegurados y los Fondos que administra y representa y no sufran las consecuencias de su inoperancia; y llevaría consigo consecuencias jurídicas que acarrean **responsabilidad** para el regulado.*

*Bajo ese comprendido, la AFP debe iniciar el PES para la recuperación de las Contribuciones en mora al SSO, y **son las entidades obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad**, realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que no necesariamente significa garantizar la recuperación efectiva de los adeudos.*

De lo anterior, se concluye que, existen elementos para modificar la Disposición Tercera de la R.A.056-2011, decisión que será expresada en la parte resolutiva del presente acto administrativo…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 23 de julio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014, con los siguientes argumentos:

"…Por Resolución Ministerial Jerárquica R.M.J. N° 26/2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene el deber de resolver el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 056-2011 de 25 de febrero de 2011, en cuanto a la calificación de infracción de gravedad máxima de la Sanción, realizando una correcta evaluación sobre la conducta de la AFP, si esta fue consciente y de manera premeditada o si se debió a negligencia de la AFP, es decir, debe establecer con meridiana claridad y sin que exista duda razonable que, el inicio los Procesos Ejecutivos Sociales fuera del plazo establecido en la Resolución 259/2000 se

debe a una "conducta premeditada o dolosa que hubiese causado beneficio propio o de terceros o cause daño a los Afiliados al SSO".

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene el deber constitucional de iniciar, desarrollar y concluir un proceso sancionatorio conforme a los preceptos constitucionales. La CPE reconoce los derechos y las garantías fundamentales, y se constituye en la norma procesal por excelencia.

La CPE en el Título IV describe las garantías jurisdiccionales y las acciones de defensa, entre ellos destacan el debido proceso, el principio de inocencia, y que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

Asimismo, por mandato del artículo 203 de la Constitución Política del Estado y el artículo 15 de la Ley N° 254 de 05 de julio de 2012, la APS tiene el deber de seguir todo razonamiento y entendimiento de la jurisprudencia constitucional sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional N° 1963/2013 de 04 de noviembre de 2013 manifiesta:

> *"El debido proceso, indudablemente se encuentra relacionado con la presunción de inocencia, debiendo señalarse que el debido proceso, tiene una triple dimensión: principio, derecho y garantía, aspecto que fue determinado en las SSCC 1145/2010-R, 0702/2011-R, cuyo alcance y razonamiento ha sido reiterado en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0169/2012 y 0425/2012, entre otras.*
>
> *Así, la jurisprudencia constitucional, ha establecido que el debido proceso tiene una triple vertiente, toda vez que debe ser considerado como un principio, un derecho y una garantía. Principio, porque está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal, ello supone que se convierte en una directriz de la administración de justicia que debe ser observada por todas las autoridades y servidores públicos encargados de ejercitar la potestad punitiva del Estado, tanto en el ámbito punitivo como en todo el sistema administrativo sancionador.*
>
> *Derecho, porque es predicable respecto de todas las personas, vincula a todos los órganos de poder y se encuentra reconocido como un derecho humano por los instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.1), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 26) como en los instrumentos internacionales se encuentra reconocido como un derecho humano.*
>
> *Garantía, de carácter normativo constitucional, que se constituye en un mecanismo protector dentro de los procesos judiciales o administrativos a través del cual se proscribe la presunción de culpabilidad.*

En el ordenamiento jurídico boliviano, la presunción de inocencia con su triple valor, se encuentra reconocida por Norma Suprema al señalar en su art. 116.I que: "Se garantiza la presunción de inocencia **…"** *cuyo contenido ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional de la siguiente forma:*

Concordante con lo señalado, la SC 0011/2000-R de 3 de marzo, determinó lo siguiente: "...este principio constitucional de presunción de inocencia se constituye en una garantía del debido proceso; protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrían dar margen al prejuzgamiento y a condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba al acusador, vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso, y que los jueces dicten sentencia condenatoria siempre que exista plena prueba ,(sic) *o sea,*(sic) *cuando no haya duda sobre la culpabilidad del encausado demostrada por todos los medios de prueba , dentro de un proceso en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa..."*

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, la SC 0239/2010-R de 31 de mayo, puntualizó: "...está prevista como una garantía por el art. 116.I de la CPE, y que definitivamente significa un estado constitucional que parte de la buena fe, al considerar que toda persona es inocente entre tanto no exista en su contra sentencia condenatoria ejecutoriada...". Al respecto, la SC 0360/2007-R de 8 de mayo, que toma el razonamiento de la SC 0173/2004-R de 4 de febrero, señaló que es la: '...garantía de todo aquel contra quien pesa una acusación, para ser considerado inocente mientras no se compruebe su culpabilidad a través de medios de prueba legítimamente obtenidos, dentro de un debido proceso'".

Así, la presunción de inocencia como parte del debido proceso es extensible a todo proceso –judicial o administrativo-. Con este razonamiento se pronunciaron las SC 0405/2011-R de 18 de abril y la SCP 0255/2012 de 29 de mayo, siendo que la última, señaló lo siguiente: "...la presunción de inocencia ha sido configurada como garantía constitucional, en el art. 116 de la CPE, cuando establece: 'I. Se garantiza la presunción de inocencia...'. Por su parte, los pactos internacionales también contemplan el principio con un contenido más o menos similar al establecido en la normativa boliviana. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.II, que 'Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley'. En similares términos lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 11 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8.2, normativa que compone el bloque de constitucionalidad. La presunción de inocencia, como componente de la garantía del debido proceso, también debe entenderse extensible a todo proceso -sea administrativo o judicial- cuya consecuencia sea la aplicación de una sanción o determinación de responsabilidades a cargo de determinada persona".

La Sentencia Constitucional N° 1241/2012 del Tribunal Constitucional Plurinacional expresa; (sic)

"El art. 116.I de la CPE establece: "Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado". La SC 1667/2010-R de 25 de octubre, señaló: "El principio de presunción de inocencia, como se tiene dicho, es la vertiente procesal del principio de culpabilidad, y está expresamente consagrado como garantía en el art. 16.I de la CPE. También se encuentra previsto, como derecho, en el art. 14. 2 del PIDCP, que establece que: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley", y en el art. 8.2 de la CADH que determina que 'Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad'."
(...)

El principio de presunción de inocencia también se aplica en el ámbito administrativo sancionador, conforme lo determina la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) en el art. 74: 'En concordancia con la prescripción constitucional se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo'...
(...)

En ese entendido, para que la administración imponga una sanción administrativa, debe haber destruido la presunción de inocencia, demostrándose, en consecuencia, la culpabilidad de la persona....".

III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2012 de 15 de mayo de 2012, en su Artículo Único resolvió Anular la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, inclusive debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica. Dicha Resolución Ministerial Jerárquica puntualizo (sic) *y fundamento* (sic) *lo siguiente:*

"1.6. En cuanto a la calificación de una infracción de gravedad máxima.-
(…)

a) En cuanto a la existencia del dolo.-
(…)

De lo precedentemente citado se tiene que la APS haría referencia a que existió dolo en cuanto al incumplimiento de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de los 120 días calendario, confundiendo así la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con el análisis del dolo, no haciendo en ningún momento una correcta evaluación de que si la AFP actuó de manera consciente y de manera premeditada a momento de no iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, o si este hecho se debió a la negligencia de la AFP.

b) En cuanto a la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-
(…)

En cuanto al daño, la APS señalaría que existiría daño en 2925 Afiliados, sin embargo del análisis anterior no se establece de manera clara si el Salario Base de los 2925 Afiliados se hubiese visto afectado a momento de percibir una prestación, por lo que el Ente Regulador deberá especificar en cada caso el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada.
(…)"

A decir, (sic) *la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2012, a* (sic) *dispuesto se emita* (sic) *nueva Resolución Administrativa en* (sic) *donde debiera fundamentarse y demostrar el DOLO de la AFP para no iniciar el proceso judicial en los 120 días en cada uno de los casos acusados y, principalmente ESPECIFICAR EN CADA CASO EL DAÑO OCASIONADO Y SI LA PRESTACIÓN DENTRO DE LOS 2925 SE HUBIERA VISTO AFECTADA. Sin embargo la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453/2014 de 01 de julio de 2014, no ha cumplido con lo dispuesto en la citada Resolución Ministerial Jerárquica; es decir, no ha demostrado el DOLO de la AFP menos aun* (sic) *ESPECIFICAR el daño ocasionado dentro de cada uno de los 2925 afiliados. Conforme pasamos a exponer a continuación:*

CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN DOLOSA Y DE LA GRAVEDAD MÁXIMA.-

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453/2014 de 01 de julio de 2014 expone en forma doctrinaria el Dolo y en forma genérica la conducta de la AFP, y en base a dichos argumentos doctrinarios y generales pretende erradamente demostrar la existencia del Dolo de la AFP (1.5. Sobre la calificación de la infracción dolosa y de la gravedad máxima. Ver R.A. 453/2014);(sic)

La citada Resolución Administrativa en su parte resolutiva (SEGUNDO) dispone que para 772 afiliados correspondientes a treinta y cinco (35) casos, de 1.014 casos sancionados, se ha ocasionado daño.

Señor Ministro, tal y conforme la R.A. 453/2014 indica, 772 afiliados corresponden a un total de 35 casos, en consecuencia se entiende que existirían 35 casos por los cuales no se habría iniciado la gestión judicial de cobro. A cuyo efecto la R. A. 453/2014, en cumplimiento de la R.M.J. SIREFI 026/2012, debió haber demostrado que en cada uno de éstos 35 casos existió el Dolo de la AFP para no iniciar la Gestión Judicial de Cobro, hecho que no ha sido demostrado; mas (sic) *por el contrario, dicha resolución Administrativa, se limita a exponer conceptos doctrinarios del Dolo y explicar genéricamente la conducta de la AFP. Es decir que, en base a una exposición doctrinaria del Dolo y generalizando la conducta de la AFP, pretende demostrar que existió Dolo en cada uno de los 35 casos por los cuales supuestamente no se habría iniciado la Gestión Judicial de Cobro. Conforme a la Doctrina del Derecho Penal, para la existencia del delito deben concurrir los siguientes elementos esenciales: la acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, y punibilidad, la inconcurrencia de*

cualquiera de ellos hace inexistente el delito y por tanto de imposible aplicación la penal (sic). *El juicio de reproche penal exige doctrinalmente el análisis de las condiciones que debe reunir el autor para que pueda ser considerado culpable y consiguientemente se le imponga una pena. Ahora bien, la adecuación de una conducta a un tipo penal puede tener o no tener el elemento subjetivo del Dolo, y para identificar la concurrencia del Dolo ésta se evidencia de la valoración del material probatorio producido en el juicio. Bajo el entendido expresado se colige que, la AFP si llegara* (sic) *a incumplir alguna de sus obligaciones legales, está enmarcando su conducta en un tipo legal que es reprochable con una sanción, la cual puede ser calificada en:*

a) Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado. (Ver. Art. 286 D.S. 24469)

Conforme se puede apreciar el Dolo, al igual que en la norma penal, se constituye en un elemento que debe ser identificado dentro de la infracción o que es lo mismo dentro del caso; es decir que, cuando la AFP enmarque su conducta en un tipo legal que acaeciera una sanción, dicha conducta puede o no tener el elemento subjetivo del Dolo, a cuyo efecto el Dolo debe ser plenamente identificado dentro de la infracción cometida. Y para el caso que nos ocupa, el Dolo debe ser identificado en cada uno de los 35 casos acusados por la APS en la R. A. 453/2014, en los cuales supuestamente se hubiese causado daño a 772 afiliados.

El Dolo es el elemento subjetivo del tipo penal, que debe ser identificado, atendiendo esta realidad la Resolución Ministerial Jerárquica N° 026/2012 ordeno (sic) *que se especifique la existencia del Dolo, y tratándose específicamente de 35 casos en los cuales supuestamente se hubiese causado daño a 772 afiliados, la R. A. 453/2014 debe identificar la existencia del Dolo en cada uno de los 35 casos acusados y no generalizar la conducta de la AFP y, pretender que esta sea aplicable a todos los casos que supuestamente no se habrían iniciado la Gestión Judicial de Cobro. A decir, siendo el Dolo un elemento enteramente subjetivo su concurrencia se evidencia de la valoración del material probatorio producido en cada determinado caso.*

Vemos un claro ejemplo en BBVA Previsión AFP S.A., que inicia procesos penales por apropiación indebida de aportes en contra de diferentes empleadores y, en cada uno

de los casos que se demanda se debe especificar y demostrar la existencia del Dolo en el empleador; es decir, no podríamos generalizar doctrinariamente lo que es el Dolo mas (sic) *la conducta de un empleador y, pretender que se acepte la existencia del Dolo en todos los casos específicos en los cuales demanda la AFP. Siendo más ejemplifico* (sic), *si un individuo da muerte a 20 personas, en este hecho puede existir el Dolo en solo 10 muertes o en las 20, para identificar el Dolo en todas las muertes se debe demostrar caso por caso en forma específica la existencia del Dolo.*

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453/2014 de 01 de julio de 2014 indica que:

"Para la Norma Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina, se tienen tres las clases de dolo:

1. Dolo directo.- Suele identificarse con la intención o propósito. La finalidad del sujeto que actúa con dolo directo coincide exactamente con la producción del resultado (p. ej., un terrorista quiere matar a un coronel. Para ello pone una bomba en su automóvil).

2. Dolo indirecto.- La finalidad del sujeto no es producir el resultado, pero éste se asume como consecuencia necesaria de lo querido (p. ej., el terrorista no quiere matar al chófer del coronel, pero sabe que para conseguir su propósito -matar al coronel con la bomba- tiene que producir inevitablemente también la muerte de su chófer).

3. Dolo eventual.- La finalidad del sujeto que actúa con dolo eventual no es producir el resultado, pero reconoce la posibilidad de que éste se produzca y no obstante sigue actuando u omitiendo (p. ej., el terrorista sabe que la bomba puede estallar en mitad de la calle matando a peatones - resultado que puede o no producirse y que no desea-, pero a pesar de ello coloca la bomba). El sujeto no quiere producir un resultado, pero ***considera que éste es de probable producción."***

Y por ultimo (sic) *dicha resolución concluye en que la infracción administrativa incurrida por la AFP circundaría sobre el Dolo Eventual; posteriormente dicha resolución señala que:*

"En ese comprendido y siguiendo la línea del precedente jerárquico, se tiene que para el presente caso el dolo (eventual), se ha visto expresado por la voluntad del regulado de no tener la intención de iniciar los PES, a ello respalda aquellos elementos tácticos, como el haberlos iniciado recién una vez que el regulador imputó con cargos, pese a que la AFP ya conocía de los periodos en mora sin acción judicial por el reporte continuo que hacia al regulador mediante el envío del AGM, advirtiéndose inclusive periodos antiguos del SSO plenamente identificados y sin gestión de cobranza judicial."

Como se puede apreciar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453/2014 de 01 de julio de 2014, describe que el dolo se ha visto expresado por la voluntad de no tener la intención de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales (PES); esta identificación genérica del Dolo no puede ser aceptada para cada uno de los 35 casos correspondiente a 772 afiliados a los que supuestamente se habría causado daño, toda vez que el supuesto de no haber iniciado dentro de los 120 días un PES corresponde a la adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción, y en dicha adecuación puede concurrir el Dolo

o Negligencia indistintamente en cada caso en donde supuestamente no se hubiese iniciado el PES. Toda vez que al tratar específicamente el Dolo, la APS debe identificar la existencia del mismo en cada uno de los 35 casos por los cuales supuestamente no se habría iniciado la Gestión Judicial de Cobro. Reiterando nuevamente que, para el caso que nos ocupa se debió identificar la existencia del Dolo en cada uno de los 35 casos que se acusa de no haber iniciado los PES.

La R.A. 453/2014 señala: "Como otros elementos que llevan a esta Autoridad a considerar la existencia de dolo, son los siguientes:

La AFP desde el momento en que registra al empleador, realiza un seguimiento directo a éste (mes a mes), para verificar el pago de Contribuciones y si las mismas se hallan en mora, a través de las planillas respectivas.

La AFP una vez identificada la mora del empleador aplica el procedimiento administrativo de cobranza por el plazo que le da la norma, para luego plantear la acción judicial correspondiente.

Por otro lado, la AFP sabe el estado de la mora del empleador para lo cual una vez vencidos determinados plazos debe emitir la Nota de Débito respectiva que establece montos y sirva para inicio de la acción judicial.

Sin perjuicio, la AFP sabe periódicamente sobre el estado de la mora de los empleadores e iniciar los PES cuando corresponda, en momento a que remite mensualmente el AGM; y que muchos casos de empleadores ya se tenían reportados en anteriores AGM pero que seguían sin inicio de la acción judicial.

Otra forma en que la AFP tiene conocimiento de la infracción es la emisión de notas al empleador con mora, siendo la segunda la que conmina bajo apercibimiento del inicio de la acción legal."

Como se puede apreciar estos elementos señalados por la R.A. 453/2014 no se refieren específicamente a ni uno de los 35 casos que se acusan e identifican en el ANEXO 4 de dicha resolución. Es decir, la R.A. discrimino (sic) *a 772 afiliados correspondientes a 35 casos en los cuales se hubiera causado daño de un total de 1.014 casos sancionados, y sin embargo en ninguno de todos esos casos identificó el elemento subjetivo del Dolo.*

Se debe entender que, hipotéticamente hablando: CASO 1.- si (sic) *la AFP en el año 2001 no inicio* (sic) *un Proceso Ejecutivo Social al empleador "Aserradero Pinto" dentro de los 120 días que éste incurrió en mora, la AFP esta* (sic) *enmarcando su conducta a un tipo descrito en la norma y ésta infracción se encuentra sujeta a sanción. CASO 2.- si* (sic) *la AFP en el año 2010 no inicio* (sic) *un Proceso Ejecutivo Social al empleador "Carnicería Moya" dentro de los 120 días que éste incurrió en mora, la AFP esta* (sic) *enmarcando su conducta a un tipo descrito en la norma y ésta infracción se encuentra sujeta a sanción. Dentro de la infracción cometida en el caso 1 la AFP pudo tener una conducta Dolosa y dentro del caso 2 la AFP pudo haber tenido una conducta negligente; la APS debe identificar el Dolo en cada uno de los casos toda vez que las condiciones en las cuales acaecieron las infracciones corresponden a diferente tiempo*

y espacio, es decir, una infracción acaeció en condiciones ajustadas al año 2001 y la otra en el año 2010; todo esto porque el Dolo al ser un elemento enteramente subjetivo su concurrencia se evidencia de la valoración del material probatorio producido en el juicio. Y por el contrario todas las pruebas recopiladas, expuestas y fundamentadas por la R.A. 453/2014 identifican una negligencia por parte de la AFP., y de ninguna manera Dolo.

Según la Doctrina, en la Culpa Conciente (sic) *o con Representación, el sujeto al llevar a cabo su acción, es conciente* (sic) *del peligro de la misma y del posible resultado lesivo que puede producir, pero no acepta tal resultado, sino que confía en que a través de sus habilidades personales evitará el mismo. Va de suyo que será reprochable su actitud negligente, pero ese reproche será más atenuado ya que no se ha propuesto ir en contra de bien jurídico alguno. El que actúa con Dolo Eventual programa su conducta dirigida a un fin (secundario), que incluye el resultado, que puede o no consumarse; por su parte el que actúa con Culpa Conciente* (sic) *emboza sus actos creyendo que de la manera en que los lleva a cabo, el resultado no sucederá;* (sic)

La AFP en todos los casos en los cuales su conducta pudiera tipificarse legalmente con una sanción por no haber iniciado la Gestión Judicial de Cobro, tiene su tipicidad el elemento de la Culpa Conciente (sic), *ya que si bien conoce la norma positiva, confía en que todos los actos de Gestión Administrativa de Cobro tendrán resultado y no se lesionará bien jurídico alguno, es decir, la AFP no acepta el resultado de su omisión ya que confía que a través de sus habilidades (Gestión Administrativa de Cobro) evitara* (sic) *el resultado. Esto se puede apreciar ya que la AFP no ha limitado su Gestión Administrativa de Cobro a lo ordenado por la norma Administrativa (envío de 2 cartas. Ver R.A. SPVS-259/2000) sino que además realiza una gestión telefónica de cobro es decir ha conformado un departamento específico encargado de llamar en forma individual a todo empleador que incurre en mora con la finalidad de fortalecer el Cobro.*

SOBRE LA EXISTENCIA DE BENEFICIO PROPIO O TERCEROS.

La APS fundamenta la existencia del beneficio propio manifestando: "El último elemento a considerar es la comisión que percibe la AFP por el servicio de administración, el cual incluye el inicio y tramitación de los procesos judiciales para la recuperación de adeudos. En ese comprendido se entiende que, la AFP para varios de los casos imputados, hasta después de iniciado el presente proceso, no erogó los recursos correspondientes para el inicio del PES, pero los cuales recibió como comisión, lo que significa que hubo beneficio propio." Asimismo, manifiesta que, **"...***el conocimiento del riesgo y el perjuicio de la conducta infringida, deriva en el indicativo de dolo por lo que para el presente caso la AFP al saber perfectamente su obligación y el no realizarla (iniciar PES), con esta conducta asumió el riesgo que ello acarrea y el perjuicio que ocasiona expresado objetivamente en la presente resolución. Asimismo no es menos cierto que la AFP ha percibido la comisión por el servicio que presta, pero aún así no ha iniciado el PES para recuperar los adeudos al sistema de pensiones, sino después de instaurado el presente proceso."*

Cabe mencionar que, la Ley N° 1732 en su Artículo 32 establece las comisiones que perciben las AFP en retribución a los servicios que prestan. Ninguna de ellas está referida a la gestión de cobranza judicial, motivo por el que no se puede mencionar el cobro de comisión por este concepto.

Entendemos que la comisión a la que hace referencia la Resolución Confirmatoria es aquella que se encuentra reglamentada por la Resolución Administrativa SPVS-IP RA 241/99 de 19 de agosto de 1999, la que en su artículo 6 que dispone: "ARTICULO 6. (COMISIONES).- El cargo en la Cuenta Individual de la comisión por el servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, deberá ser simultáneo a la acreditación de la misma, la Cotización Mensual, la Cotización Adicional y los Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales si los hubiere, con abono a la cuenta de pasivo Comisiones por Pagar Cuentas Individuales. Esta operación será considerada como una disminución de cuotas del patrimonio del FCI. El valor de cuota a utilizar para realizar el cargo en la Cuenta Individual, por concepto de comisión, deberá ser el de cierre del día anterior a la fecha de acreditación."

Conforme a la disposición administrativa que reglamenta el cobro de la comisión, se establece que, las AFP cobran comisión de manera simultánea a momento de realizar la acreditación de las contribuciones en la Cuenta Individual del Afiliado. En el caso que nos ocupa, a la fecha de inicio del proceso sancionatorio esta Administradora no cobró comisión alguna por mandato expreso de la norma reglamentaria y en consecuencia queda desvirtuada la fundamentación de la Resolución Confirmatoria con referencia al beneficio propio.

SOBRE LA EXISTENCIA DE DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS.

La APS fundamenta el daño causado manifestando: "...,es importante señalar que los 2925 Asegurados corresponden a un grupo de Empleadores que se encuentran en Mora y que, la AFP incumplió el plazo establecido para iniciar la Cobranza Judicial, siendo evidente que los Asegurados fueron afectados, considerando no solamente el hecho de que el monto pueda afectar al Salario Base, sino más bien al Capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual del Asegurado..", "En los casos de ***Pensión de Vejez/Jubilación,*** *el capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual al momento en que el regulado efectuó el cálculo de la prestación fue menor y el monto transferido/traspasado para el pago de la pensión fue menor.", "... el Capital Acumulado traspaso a la MVV o a la Entidad Aseguradora de los casos con jubilación de los 2925 Asegurados que son identificados como parte del daño, fue menor al que habría sido traspasado, debido a la mora de los Empleadores por las cuales la AFP no inicio* (sic) *en el plazo el proceso judicial correspondiente.",* ***"...*** *la AFP no considera el impacto de una falta de recuperación oportuna de adeudos en plazo, que genera que el Afiliado tenga un límite en lo que se refiere al número de Unidades Vitalicias/cuotas que se debieron adquirir para financiar la prestación de jubilación,* ***...", "...*** *la AFP olvida que se trata de dinero de los Asegurados, y que los mismos desean se les otorgue una pensión conforme las retenciones que su Empleador efectuó por ellos, así como beneficiarse de las prestaciones que les otorga la Seguridad*

Social de Largo Plazo y que la misma no se vea afectada por aportes en Mora no cobradas oportunamente por la AFP conforme establece la norma.".

Como se puede apreciar, la APS omite el deber de cumplir la Resolución Ministerial Jerárquica R.M.J. 026/2012, porque no determina el supuesto daño ocasionado a los Afiliados a través del establecimiento del Salario Base de Cálculo de los 2.925 casos conforme se le tiene ordenado por la Autoridad de mayor jerarquía.

La APS simple y llanamente fundamenta el daño a terceros enunciando conceptos generales con referencia a que, el daño no únicamente puede afectar al monto del Salario Base, sino más bien al Capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional, aspecto que la Resolución Ministerial Jerárquica R.M.J. 026/2012, en ninguno de sus considerandos y fundamentos expresa algo al respecto, por el contrario, ordena a que la APS establezca el Salario Base de Cálculo de cada uno de los Afiliados, deber que no es cumplido por la APS.

El Anexo 4 de la Resolución Confirmatoria, documento en el que supuestamente establece y demuestra el daño económico ocasionado a terceros, en ninguna de sus casillas figura el Salario Base de Cálculo de cada Afiliado, por el contrario, es un detalle en el que se describe: NUA/CUA, Tipo de Identificación, Número de Identificación, Periodos, Fecha de Pago, Valor de Cuota, Cuenta Personal Previsional Capital (producto de la recuperación de mora) (Bs), Cuenta Personal Previsional Interés por Mora (producto de la recuperación de mora) (Bs).

El Anexo 4 se interpreta técnicamente como un simple detalle en el que se disgrega (sic) *los Aportes e intereses de las contribuciones en mora recuperados por la AFP de manera individualizada por Afiliado, para ello tomamos como ejemplo el caso N° 1 con CUA 306460, describe que la AFP recupero* (sic) *Bs. 84.85 por concepto de cotización del diez (10) por ciento y Bs 154.14 (ciento cincuenta y cuatro 14/100 bolivianos) por concepto de interés, mas* (sic) *no demuestra que al no haberse considerado el Total Ganado de los periodos recuperados se afectó el Salario Base de Cálculo, en consecuencia no demuestra al daño ocasionado y no cumple lo ordenado por la Resolución Ministerial Jerárquica 026/2012.*

La APS en su calidad de Regulador tiene por función y atribución legal el deber de asegurar la correcta aplicación del (sic) *normativa jurídica que regula la Seguridad Social a Largo Plazo y en cumplimiento de esa atribución debe demostrar de manera técnica, real e individual el daño ocasionado a terceros, no sólo con el cálculo del Salario Base de Cálculo, sino que también debe demostrar que con las cotizaciones que no fueron recuperadas oportunamente por la AFP cuantas Unidades Vitalicias hubiera adquirido el Afiliado y monetizar el daño ocasionado causado a la pensión de jubilación.*

Por mandato expreso del artículo 33 de la Ley N° 1732, el cobro de intereses de las Contribuciones en mora se realiza determinando la tasa que tenga un mayor rendimiento entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancaria. El precepto legal citado es el fundamento que desvirtúa el supuesto daño

económico que se habría ocasionado a los Fondos de Pensiones y a los Afiliados, pues los intereses cobrados se acreditan en la Cuenta Individual del Afiliado, son una compensación a los rendimientos que hubiesen generado los aportes cobrados.

Se debe considerar a la vez que la normativa que regula el SSO prevé la devolución de todos los aportes acreditados en fecha posterior a la prestación de jubilación de un Afiliado/Asegurado a través de Retiros Mínimos, para ello se cita las Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 artículo Primero numeral 7 y Resolución Administrativa N° 229/2008 numeral III (Trámites de Retiros Mínimos posteriores a una prestación) inciso b). La normativa jurídica vigente que regula el Sistema Integral de Pensiones también norma los Retiros Mínimos y Retiro Final a través de los artículos 81 de la Ley N° 065 y el Decreto Supremo N° 1888 artículo 2 numeral XVII.

Por consiguiente, queda desvirtuado el supuesto daño económico ocasionado a los Afiliados porque los aportes recuperados por la cobranza judicial se realizan con el cálculo de la tasa de interés que establece el artículo 33 de la Ley N° 1732, mismos que se acreditan a la Cuenta Individual del Asegurado (Cotización e Interés) y que hasta el momento de la generación del pago del Retiro Mínimo también siguen generando rendimientos dentro del FCI.

CONCLUSIÓN.

Por todo lo expuesto queda demostrado que la R. A. AP/DJ/DPCF/N° 453/2014 de 01 de julio de 2014, no ha dado cumplimiento a los Fundamentos ordenados por la R.M.J.N°26/2012; toda vez que la impugnada resolución:

1. *No ha identificado específicamente la existencia del Dolo en cada uno de los 35 casos en los que supuestamente se habría causado daño a 772 afiliados, de 1.014 casos sancionados; por los cuales supuestamente no se habría iniciado el Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días. Ya que todos sus fundamentos redundan en la generalidad de una conducta, lo cual imposibilita la identificación del Dolo.*
2. *No ha demostrado la existencia de beneficio Propio o de Terceros; primero, porque no advirtió que la comisión recibida por la AFP es cobrada simultáneamente con la acreditación de los aportes, de donde se colige que, los aportes que pudieran encontrarse en mora no son sujetos a comisión ya que aun* (sic) *no se encuentran acreditados. Y segundo, no identifica quienes serian* (sic) *los terceros beneficiados.*
3. *No demuestra el supuesto daño ocasionado a los 772 afiliados que acusa; ya que los cuadros de su ANEXO 4 no reproducen la incidencia que pudiera tener, en el Salario Base de cada uno de los 772 afiliados, el no haber iniciado el Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días. Simplemente el ANEXO 4 se limita a identificar el valor cuota, la mora recuperada y los 772 afiliados, es decir, no señala cual fue el Salario Base de cada afiliado y, cuanto hubiera sido el Salario Base si se hubiese contado con los aportes en mora, y también cuantificar esa diferencia si existiera. Ya que esa cuantificación de la diferencia es la esencia del fundamento ordenado por la R.M.J.N°26/2012.*

***PETITORIO*.**

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LA SANCIÓN DE MÁXIMA GRAVEDAD ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPCF/N° 453/2014 de 01 de julio de 2014, porque la APS no cumplió con lo ordenado por su Autoridad mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2012 y no demostró objetivamente la existencia de los elementos del tipo para atribuir la sanción establecida en el artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo N° 24469, así como por contravenir los principios que regulan la actividad administrativa y sancionadora determinados en los artículos 4 y 74 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, protegidos por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 116 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, y por ende, la potestad sancionadora dispuesta en el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

2)(sic) *Declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 056/2011 de 25 de febrero de 2011, por haber impuesto una sanción que contraviene los principios constitucionales consagrados en los artículos 116 y 117 de la Constitución Política del Estado y los principios que regulan la actividad administrativa y sancionadora determinados en los artículos 4 incisos c) y p), 72, 73, y 77 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, excediendo la potestad sancionadora dispuesta en el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota AP/DJ/DPC/N° 2985/2010 de 14 de octubre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), notificó con cargos a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 09 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo

Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos, no inició el Proceso Ejecutivo Social dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora.

Presentados y evaluados los descargos respectivos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, resolvió:

- Sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** respecto a mil treinta y ocho (1.038) casos, iniciados fuera de plazo, con una multa de $us100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

- Desestimar ciento cuarenta y seis (146) casos a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**.

En fecha 06 de junio de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso Recurso de Revocatoria.

Emergente de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, modificándose la parte resolutiva de la siguiente manera:

> "…***PRIMERO.-*** *Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS – P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a un mil catorce (1.014) casos detallados en el* ***ANEXO 3****, adjunto a la presente Resolución Administrativa.*
>
> *Se levanta parcialmente doscientos once (211) casos a BBVA Previsión AFP S.A., detallados en el* ***ANEXO 2*** *de la presente Resolución Administrativa.*
>
> *Se levanta veinticuatro (24) casos detallados en el* ***ANEXO 1****, adjunto a la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Se determina que para setecientos setenta y dos (772) Afiliados/Asegurados correspondientes a treinta y cinco (35) de los un mil catorce (1.014) casos sancionados, se ha ocasionado daño. El detalle de casos y su cuantificación se encuentra en* ***ANEXO 4****, adjunto a la presente Resolución Administrativa.*

TERCERO.- *La obligación de BBVA Previsión AFP S.A. de recuperar la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones…"*

En tal sentido, en fecha 23 de julio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presentó el Recurso Jerárquico respectivo, mismo que pasa a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio se debe establecer que el Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** se encuentra referido a que el Ente Regulador debe iniciar, desarrollar y concluir el proceso sancionatorio, conforme los preceptos constitucionales, en el marco del respeto a las garantías jurisdiccionales y las acciones de defensa, destacándose entre ellos el debido proceso y la presunción de inocencia, bajo la premisa de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

Bajo ese marco, la recurrente hace cita de las sentencias Constitucionales N° 1963/2013 de 04 de noviembre de 2013 y N° 1241/2012 que hablan del debido proceso y la presunción de inocencia respectivamente.

Por otra parte hace referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI 026/2012 de 15 de mayo de 2012, en la que manifiesta que la APS tiene el deber de resolver el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 056-2011, considerando la correcta evaluación sobre la conducta que habría incurrido la AFP, sí esta fue consciente y de manera premeditada o se debió a la negligencia en el inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales fuera de plazo y que dicha conducta premeditada o dolosa hubiese causado beneficio propio, de terceros o se habría causado daño a los Afiliados.

Asimismo, señala que la APS debió fundamentar y demostrar el dolo en el que habría incurrido la AFP, al no iniciar los procesos judiciales dentro de los 120 días, para cada uno de los casos imputados y principalmente especificar el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada, dichos antecedentes forman parte de la fundamentación de la Administradora en el caso de autos, por lo que a continuación se desarrolla el siguiente análisis.

2.1. De la calificación de la infracción dolosa y de la gravedad máxima.-

Al respecto la AFP señala que:

"*La citada Resolución Administrativa en su parte resolutiva (SEGUNDO) dispone que para 772 afiliados correspondientes a treinta y cinco (35) casos, de 1.014 casos sancionados, se ha ocasionado daño.*

(…), *en consecuencia se entiende que existirían 35 casos por los cuales no se habría iniciado la gestión judicial de cobro. A cuyo efecto la R. A. 453/2014, en*

cumplimiento de la R.M.J. SIREFI 026/2012, debió haber demostrado que en cada uno de éstos 35 casos existió el Dolo de la AFP para no iniciar la Gestión Judicial de Cobro, hecho que no ha sido demostrado; mas (sic) *por el contrario, dicha resolución Administrativa, se limita a exponer conceptos doctrinarios del Dolo y explicar genéricamente la conducta de la AFP. Es decir que, en base a una exposición doctrinaria del Dolo y generalizando la conducta de la AFP, pretende demostrar que existió Dolo en cada uno de los 35 casos por los cuales supuestamente no se habría iniciado la Gestión Judicial de Cobro* (…) *Ahora bien, la adecuación de una conducta a un tipo penal puede tener o no tener el elemento subjetivo del Dolo, y para identificar la concurrencia del Dolo ésta se evidencia de la valoración del material probatorio producido en el juicio. Bajo el entendido expresado se colige que, la AFP si llegara* (sic) *a incumplir alguna de sus obligaciones legales, está enmarcando su conducta en un tipo legal que es reprochable con una sanción*…".

De lo señalado por la Administradora, se evidencia que ésta refiere a las valoraciones que no habrían sido tomadas en cuenta por la APS para identificar el elemento del Dolo, caso por caso de los 35 en cuestión, en los que se hubieran producido daño y que hacen a una sanción de gravedad máxima.

Al respecto, se advierte que la AFP, no desconoce la infracción en la que ha incurrido al no haber iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales de cobro dentro del plazo establecido para el efecto, por lo que se puede concluir la existencia de infracciones a las disposiciones legales y normativas expresadas en la Resolución Administrativa Sancionatoria, bajo ese contexto, los agravios que manifiesta la Administradora, están circunscritas específicamente a la calificación de la gravedad en este caso a la gravedad máxima impuesta por el Ente Regulador y muy particularmente a los 35 casos señalados de 1.014 casos sancionados, refiriendo además que la APS no identificó el daño ocasionado.

Por lo que, revisado el expediente administrativo se tiene que la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014, concluye después de una relación de citas de tratadistas que refieren al dolo eventual, señalando que:

"…*Ahora bien, los fundamentos que motivan la calificación de la gravedad de la sanción máxima en el presente caso, circundan sobre el* ***dolo eventual*** *y no negligencia, para lo cual es necesario realizar las precisiones jurídicas que ayudarán a mejor comprender la tipicidad administrativa (adecuación de la conducta antijurídica a las definiciones normativas sancionatorias -de tipo y de calificación-).*
(…)

En ese sentido, la doctrina comparte en que, para que una conducta pueda catalogarse como dolo eventual debe considerarse algunos parámetros que lo distinguen de la negligencia o imprudencia, como ser; para el dolo eventual debe distinguirse de (sic) *la culpa, sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustancien el pronóstico del resultado. En cambio en la negligencia o imprudencia el autor no es consciente de los factores de riesgo del hecho.*

(…)

Ahora bien, en el presente caso de autos se tiene que, la norma imputada impone un ***deber*** *al regulado desde que éste estuvo al manejo, dirección y administración del SSO (desde 1997), respecto a la forma y oportunidad en que debió realizar la gestión de cobranza judicial de adeudos; más aun considerando su experiencia y los resultados perjuiciosos al sistema de pensiones, omitiendo este deber.*

La omisión resulta ser la abstención de realizar esa acción que se tiene ordenada por norma, la cual obliga a alguien que tiene las obligaciones preestablecidas, la ejecución de un acto. No hacer lo que manda la norma, es el indicativo de vulneración al deber jurídico, sabiendo que el imperativo y sus consecuencias negativas son de conocimiento previo del infractor, por la experiencia en el rubro.
(…)

Que el elemento voluntad en el incumplimiento del regulado al deber jurídico, se da también en que éste ya tenía conocimiento anterior del hecho por haber sido sancionado en anteriores oportunidades por ese mismo hecho. Lo anterior denota que, la AFP era consciente de sus actos ante el incumplimiento de la norma y que, el desatender el imperativo sale del marco simple del descuido o negligencia, cuando por el servicio que presta muy bien conocía sobre las consecuencias de esa inactividad aunque no las hubiera querido; sin embargo continuó con esa actitud prolongada dirigida por la voluntad pasiva y consciente de no iniciar el PES, hasta que el regulador le iniciará el proceso sancionatorio.

En ese comprendido y siguiendo la línea del precedente jerárquico, se tiene que para el presente caso el dolo (eventual), se ha visto expresado por la voluntad del regulado de no tener la intención de iniciar los PES, a ello respalda aquellos elementos facticos (sic)*, como el haberlos iniciado recién una vez que el regulador imputó con cargos, pese a que la AFP ya conocía de los periodos en mora sin acción judicial por el reporte continuo que hacía al regulador mediante el envío del AGM, advirtiéndose inclusive periodos antiguos del SSO plenamente identificados y sin gestión de cobranza judicial.*

Asimismo, la actitud dolosa del regulado se ha visto refrendada porque sabía del alcance de esta por: la experiencia en el servicio, de haber sido sancionado anteriormente por el mismo hecho, de las circunstancias y gestiones administrativas y judicial para la cobranza de la mora, de las consecuencias de no cobrar en el sistema de pensiones y en los Asegurados y Derechohabientes al ser la misma AFP quien otorga prestaciones y pagos acorde al saldo acumulado que se tuviera acreditado en el Estado de Ahorro Previsional. Por tanto, al regulado no le es un hecho desconocido o haber sido dejado al descuido de sus obligaciones y las consecuencias que genera su omisión; sino la desatención voluntaria y perjudicial de la AFP.
(…)

En ese sentido, queda refrendado que la AFP según la infracción imputada, tenía conocimiento del deber, pero también de la consecuencia de su inacción, porque sabe también que en base a los aportes se de (sic) *determina la otorgación de prestaciones y*

su monto. Entonces, para los casos objeto del presente proceso, la AFP sabia (sic) *del estado de cobranza de la mora pero no tuvo la voluntad de iniciar los PES, considerando el plazo que le da la norma para hacerlo.*
(…)

Un último elemento a considerar es la comisión que percibe la AFP por el servicio de administración, el cual incluye el inicio y tramitación de los procesos judiciales para la recuperación de adeudos. En ese comprendido se entiende que, la AFP para varios de los casos imputados, hasta después de iniciado el presente proceso, no erogó los recursos correspondientes para el inicio del PES, pero los cuales recibió como comisión; lo que significa que hubo beneficio propio.
(…)

Para una mejor objetividad de que la AFP tuvo presente el alto grado de probabilidad y conocimiento de la omisión incurrida y sus consecuencias que provoca a los Asegurados, está anteriormente fue ya sancionada y con proceso en firme por la misma conducta y normativa, como por ejemplo en las siguientes Resoluciones Ministeriales Jerárquicas: SG-SIREFI RJ 076/2008 de 16-12-2008 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°066/2012 de 20-11-2012.

Finalmente, habiendo establecido con meridiana claridad el carácter doloso (eventual) de la conducta sancionada a la AFP, es preciso para tal efecto suponer que todas las modalidades de dolo deben recibir exactamente el mismo tipo de sanción…"

De lo desarrollado, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se puede colegir que establece elementos que configurarían las acciones de la administradora a una acción dolosa eventual, refiriendo principalmente que siendo de su conocimiento el estado de cobranza de la mora, no tuvo la voluntad de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) conociendo también las consecuencias que ésta actitud conlleva, es decir, según la APS el perjuicio o daño al Afiliado o Asegurado, indicando en ese sentido que dichas actitudes no pueden constituirse en negligencia. Asimismo, señala que la Administradora conoce dichos aspectos habiéndosele sancionado por estas infracciones en anteriores oportunidades

Por otra parte, se puede advertir que el Ente Regulador, señala que la omisión de la AFP deviene de la inacción que se tiene ordenada por norma y por otra parte argumenta que el elemento voluntad en el incumplimiento del regulado al deber jurídico, se da también porque ya tenía conocimiento del hecho por haber sido sancionado anteriormente, sin referir si éste último es agravante a lo determinado por la disposición legal de inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales.

Los fundamentos expresados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2012, son claros al señalar que: "*De lo precedentemente citado se tiene que la APS haría referencia a que existió dolo en cuanto al incumplimiento de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de los 120 días calendario, confundiendo así la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con el análisis del dolo, no haciendo en ningún momento una correcta evaluación de que si la AFP actuó de manera consciente y de*

manera premeditada a momento de no iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, o si este hecho se debió a la negligencia de la AFP.", en ese sentido y adicionalmente a las citas de los tratadistas señalados por la APS en la Resolución sujeta a impugnación se debe traer a colación el entendimiento relacionado al dolo expresado en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1406/2014 de 07 de julio de 2014, que refiere:

> "*Unidad de propósito o el aprovechamiento de una similar ocasión: lo que significa que* ***el dolo debe ser total, unitario y debe abarcar, desde el inicio, al hecho total, es decir al "resultado total"****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

En ese sentido es preciso señalar que la calificación de gravedad establecida por el Decreto Supremo N° 24469 y que a la letra dice:

> "***(CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*
>
> ***a) Gravedad máxima:*** *cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor* ***con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros…"*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Entonces se puede concluir que los elementos configuradores de la gravedad máxima son:

a) Que la acción u omisión se haya producido con premeditación o de forma dolosa,
b) Que haya resultado beneficio propio o de terceros o causado daño a terceros

Bajo ese contexto, de forma relacionada se trae a colación los lineamientos establecidos referidos a la falta de relación causa y efecto en el Auto Supremo N° 455/2005 de 14 de noviembre de 2005, que señala:

> "*Se consideran defectos absolutos cuando en la resolución, sea sentencia o Auto de Vista, no existen razones ni criterios sólidos que fundamenten los alcances de la resolución basados en normas sustantivas, adjetivas penales o que correspondan a Convenios Tratados Internacionales, porque genera incertidumbre e inseguridad jurídica a los sujetos procesales* (…) *En el caso de Autos se evidencia "ausencia de dolo" en el actuar de la procesada y, sobre todo "falta de relación de causa y efecto" entre la acción de la imputada y el daño patrimonial sufrido…*".

En ese sentido y siendo congruente con los criterios emitidos por los tratadistas enunciados por la APS y la línea jurisprudencial descrita, el dolo debe guardar estrecha relación con la intención premeditada y el resultado que se persigue, aspecto que la Autoridad recurrida debe tomar en cuenta dentro de su análisis para demostrar la existencia del dolo, pero no de manera teórica y general, sino caso por caso, aspectos no tomados en cuenta por la Entidad Reguladora, reiterando nuevamente a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el deber de dar la precisión o certeza de que el no inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales es consciente y premeditada por parte de la AFP y que el

resultado ha sido provocado desde su inicio hasta el hecho o resultado total, evitando incurrir en la falta de tipicidad.

No obstante lo anterior, es importante señalar que la recurrente ya conoce el pronunciamiento de esta Instancia Jerárquica, respecto al tiempo transcurrido de la norma de cobranza, expresada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, a esto se debe referir, que llama la atención la concurrencia en las infracciones durante el periodo de administración que lleva la AFP, ésta no haya adoptado los controles necesarios y las instancias para impedir la recurrencia que no hacen que otra cosa que contravenir la normativa, siendo pertinente que mientras esté vigente su administración debe incorporar alertas tempranas, de este modo evitar incurrir en infracciones a los dispositivos que son imperativos de cumplimiento como Administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y representante de los Afiliados.

De lo precedentemente citado, se puede concluir que la APS no ha determinado con precisión y claridad, la premeditación y el resultado que se ha producido por la demora en el inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales, mismos que deben ser de análisis conforme los fundamentos y elementos que configuran a la gravedad máxima determinada por la Entidad Reguladora.

2.2. En cuanto a la existencia de beneficio propio.-

La APS al respecto a la existencia de beneficio propio, refiere:

> *"…En cuanto al daño, la R.A.56-2011 establece que existe daño para **5238** Afiliados/Asegurados; sin embargo considerando los argumentos presentados por la AFP por medio del Recurso de Revocatoria, la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 ratifica que se identificó daño para **2925** casos y se levantan cargos para 2313 casos.*
>
> *Sobre lo anterior, la R.M.J.026/2012 expresa que no se establece de manera clara si el Salario Base de los 2925 Afiliados/Asegurados se hubiese visto afectado a momento de percibir una prestación, por lo que señala que se deberá especificar en cada caso el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada.*
>
> *Al respecto, es importante señalar que los 2925 Asegurados corresponden a un grupo de Empleadores que se encuentran en Mora y que, la AFP incumplió el plazo establecido para iniciar la Cobranza Judicial, siendo evidente que los Asegurados fueron afectados, considerando no solamente el hecho de que el monto pueda afectar al Salario Base, sino más bien al Capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual del Asegurado.*
>
> *En los casos de **Pensión de Vejez/Jubilación**, el Capital Acumulado de la Cuenta Personal Previsional/Cuenta Individual al momento en que el regulado efectuó el cálculo de la prestación fue menor y el monto transferido/traspasado para el pago de la pensión fue menor.*

Lo señalado en el anterior párrafo, tiene su respaldo en el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 25293 de 30 de enero de 1999 que señala, que una vez convenido un contrato de MVV, el capital acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado será transferido, por la AFP, directamente al patrimonio de la cuenta MVV en la AFP con la que el Afiliado o sus derechohabientes hubieran firmado contrato. De igual manera, una vez convenido un contrato de SV por el Afiliado o sus derechohabientes, la AFP deberá traspasar directamente a la Entidad Aseguradora el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado.

Por lo que se obtiene, que el Capital Acumulado traspasado a la cuenta MVV o a la Entidad Aseguradora de los casos con Jubilación de los 2925 Asegurados que son identificados como parte del daño, fue menor al que habría sido traspasado, debido a la mora de los Empleadores por los cuales la AFP no inicio (sic) *en plazo el proceso judicial correspondiente.*
(…)

Es por eso que, la recuperación de los adeudos sí depende de la gestión eficiente y diligente del regulado, quien una vez desarrollada la gestión administrativa debe iniciar el PES, previendo evitar que el Afiliado/Asegurado se encuentre descoberturado a momento de sufrir una contingencia, por falta de recuperación de la mora, por tanto, sí afecta al Afiliado/Asegurado la conducta imputada al regulado.

(…)

La AFP, no puede valerse del concepto "correcto funcionamiento del SSO" y olvidar su papel importante de buen padre de familia, considerando que los aportes adeudados por los Empleadores corresponden por derecho a los Afiliados afectados.

"*…la AFP olvida que se trata del dinero de los Asegurados, y que los mismos desean se les otorgue una pensión conforme las retenciones que su Empleador efectuó por ellos, así como beneficiarse de las prestaciones que les otorga la Seguridad Social de Largo Plazo y que la misma no se vea afectada por aportes en Mora no cobradas oportunamente por la AFP conforme establece la norma.*

Asimismo, es importante resaltar que los Asegurados podrán retirar su dinero vía Retiros Mínimos, Retiro Final o solicitar un Recálculo de su Pensión, con su Capital Acumulado, en la medida que la AFP materialice la recuperación de la mora, entre tanto, los Asegurados para quienes la AFP no recupere la mora, se verán dañados, no pudiendo gozar del dinero que les corresponde por Ley y por la falta de la oportuna gestión de Cobro Judicial.

(…)
Asimismo, es importante resaltar que, los ***Asegurados que podrán retirar su dinero vía Retiros Mínimos, Retiro Final o solicitar un Recálculo de su Pensión, con su Capital Acumulado, lo efectuarán en la medida que la AFP materialice la recuperación de la mora; entre tanto, los Asegurados para quienes la AFP no recupere la mora, se verán***

afectados, *no pudiendo gozar del dinero que les corresponde por Ley y por la falta de la oportuna gestión de Cobro Judicial.*

(…)
La AFP señala que la conciliación de la AFP con los Empleadores tuvo sus resultados positivos y que la mayoría de los casos regularizó su deuda, pues este hecho demuestra que la temprana gestión del regulado puede conseguir que la Mora sea regularizada, este hecho no solamente va con el tema de la conciliación, sino también va acompañado con el inicio y seguimiento de la Cobranza Judicial, es decir, sí la AFP hubiera iniciado los Procesos Judiciales dentro de lo establecido en la norma, también hubiese conseguido regularizar (sic) *mora.*

(…)
El no cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, sin que las mismas sean debidamente gestionadas en forma oportuna, provocan que el deudor pueda llegar en casos a la imposibilidad económica de resolver el pago y; asimismo afecta a la personas que al solicitar una prestación se ven perjudicadas por no contar en su Cuenta Individual/Cuenta Personal Previsional con los aportes que le correspondían, lo que sin duda se convierte en un daño al Afiliado/Asegurado al momento de solicitar y contar con una prestación de la Seguridad Social de Largo Plazo.

(…)
"*…No obstante, se aclara que la pensión que está percibiendo el Asegurado se encuentra afectada por la mora del Empleador, es decir, el monto que está percibiendo es menor al monto que efectivamente le corresponde recibir, por tanto, sí existe el daño al Asegurado. En este punto es importante aclarar que esta Autoridad instruyó a la AFP a medir el daño ocasionado a los Asegurados partiendo de la recuperación de Mora de los Asegurados y efectuando un recálculo de la pensión en función a la prestación que corresponda, no obstante la AFP señaló que no es posible procesar la información bajo los parámetros de la antigua Ley (1732) haciendo aparentar una imposibilidad técnica.*

(…)
Por lo expuesto, queda claro el impacto que tiene la incidencia de no iniciar en el plazo previsto los procesos judiciales, se traducen en el daño económico al Asegurado, por tanto, los argumentos presentados por la AFP están desvirtuados cuando señala que no existe daño al Afiliado/Asegurado.

La recurrente al respecto señala:

"*…La APS fundamenta la existencia del beneficio propio manifestando: "El último elemento a considerar es la comisión que percibe la AFP por el servicio de administración, el cual incluye el inicio y tramitación de los procesos judiciales para la recuperación de adeudos. En ese comprendido se entiende que, la AFP para varios de los casos imputados, hasta después de iniciado el presente proceso, no erogó los recursos correspondientes para el inicio del PES, pero los cuales recibió como comisión, lo que significa que hubo beneficio propio." Asimismo, manifiesta que,* **"…***el*

conocimiento del riesgo y el perjuicio de la conducta infringida, deriva en el indicativo de dolo por lo que para el presente caso la AFP al saber perfectamente su obligación y el no realizarla (iniciar PES), con esta conducta asumió el riesgo que ello acarrea y el perjuicio que ocasiona expresado objetivamente en la presente resolución. Asimismo no es menos cierto que la AFP ha percibido la comisión por el servicio que presta, pero aún así no ha iniciado el PES para recuperar los adeudos al sistema de pensiones, sino después de instaurado el presente proceso."

Cabe mencionar que, la Ley N° 1732 en su Artículo 32 establece las comisiones que perciben las AFP en retribución a los servicios que prestan. Ninguna de ellas está referida a la gestión de cobranza judicial, motivo por el que no se puede mencionar el cobro de comisión por este concepto.

Entendemos que la comisión a la que hace referencia la Resolución Confirmatoria es aquella que se encuentra reglamentada por la Resolución Administrativa SPVS-IP RA 241/99 de 19 de agosto de 1999, la que en su artículo 6 que dispone: "ARTICULO 6. (COMISIONES).- El cargo en la Cuenta Individual de la comisión por el servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, deberá ser simultáneo a la acreditación de la misma, la Cotización Mensual, la Cotización Adicional y los Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales si los hubiere, con abono a la cuenta de pasivo Comisiones por Pagar Cuentas Individuales. Esta operación será considerada como una disminución de cuotas del patrimonio del FCI. El valor de cuota a utilizar para realizar el cargo en la Cuenta Individual, por concepto de comisión, deberá ser el de cierre del día anterior a la fecha de acreditación."

Conforme a la disposición administrativa que reglamenta el cobro de la comisión, se establece que, las AFP cobran comisión de manera simultánea a momento de realizar la acreditación de las contribuciones en la Cuenta Individual del Afiliado. En el caso que nos ocupa, a la fecha de inicio del proceso sancionatorio esta Administradora no cobró comisión alguna por mandato expreso de la norma reglamentaria y en consecuencia queda desvirtuada la fundamentación de la Resolución Confirmatoria con referencia al beneficio propio…"

De lo precedentemente visto, se debe poner énfasis entre la relación del hecho que en el caso de autos se encuentran circunscritas en el no inicio de Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los 120 días que establece la norma, y las consecuencias que conlleva esta inatención.

Bajo ese contexto, se puede evidenciar del análisis que efectuó la APS, en base a los criterios emitidos en la Resolución Ministerial Jerárquica, no son suficientes para identificar el daño y menos aún un desarrollo de la fundamentación legal que respalde cada caso, limitándose el Ente regulador a una presunción, cuando señala aspectos normativos que apuntan a un posible daño que puedan sufrir los Afiliados o Asegurados, refiriéndose a que si no se recupera la mora se verán afectados los Asegurados, lo cual es irrefutable, pero que no hace al caso de autos, ya que no se conoce si la inacción de la AFP es la que originó la dicha afectación.

En lo que respecta a la comisión que percibe la AFP, por el servicio de administración, el cual califica la APS como beneficio propio por parte del Administradora, se encuentra enteramente fuera de contexto, ya que dentro de su relación fáctica del supuesto beneficio propio, no detalla cual es la cuantía y en qué medida hubiera beneficiado a la AFP dicho comportamiento, tomando en cuenta que este hecho vendría a significar el resultado de lo que APS califica como dolo, más aún si tomamos en cuenta que las contribuciones no recuperadas no han sido acreditadas, por lo tanto no ha podido acceder la AFP a la comisión.

Por lo anterior, se colige que la Autoridad recurrida no ha establecido el beneficio propio que hubiese obtenido la AFP por la falta de inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de plazo.

2.3. En cuanto a la existencia de daño causado a terceros.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no determinó el supuesto daño ocasionado a los Afiliados a través del establecimiento del Salario Base de los 2925 casos conforme fue ordenado por esta instancia jerárquica.

Al respecto, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026-2012 de 15 de mayo de 2012, respecto al daño causado a terceros, determinó que:

> "…*no se establece de manera clara si el Salario Base de los 2925 Afiliados, se hubiere visto afectado a momento de percibir una prestación, por lo que el Ente Regulador deberá especificar en cada caso el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada*…"

A este efecto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha limitado el análisis a las explicaciones respecto a la cuantificación del supuesto daño, que vendría a ser consecuencia del no inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de plazo, sin establecer y fundamentar caso por caso el daño ocasionado a los Afiliados o Asegurados, considerándose éstos insuficientes ya que no guardan congruencia con la sanción impuesta, debido a que no se determina con precisión si la desatención busca como resultado el daño ocasionado a terceros (Afiliados o Asegurados).

Por lo cual es de vital importancia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cumpla con el análisis bajo los criterios establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica supra citada.

En lo que respecta a la afectación al Capital Acumulado en la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, señalado por la APS, de igual manera corresponde que la Entidad Reguladora considere el daño ocasionado caso por caso, bajo los mismos parámetros a tomarse con relación a la afectación en el cálculo del Salario Base.

De lo anterior es evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y

Seguros, no ha realizado un adecuado análisis, haciendo una relación de supuestos fácticos que no precisan con claridad la gravedad por la que se impone la sanción, desviando su atención a justificar la inacción por parte de la Administradora en los plazos establecidos en la normativa para el inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales, infracción que es evidente y que la AFP no desconoce.

Sin embargo, es preciso dar certeza y seguridad dentro del caso de Autos a los componentes que configuran la sanción, evitando violentar las garantías al debido proceso, a este efecto se trae a colación lo señalado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0678/2014 de 8 de abril de 2014, referido al debido proceso donde establece:

> "*El debido proceso es el derecho de toda persona a un juicio justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; además, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (SSCC 0418/2000-R 1276/2001-R y 0119/2003-R, 0902/2010-R y 1756/2011-R; y las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 1023/2013 y 1439/2013, entre otras)*.
>
> *La SCP 1439 de 19 de agosto, asumiendo el entendimiento de la SC 0999/2003-R de 16 de julio, respecto del debido proceso vinculado con la realización del valor justicia en el procedimiento, refirió que: "…el debido proceso está ligado a la búsqueda del orden justo*. ***No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, respetando los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna****; pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes*".(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En consecuencia, se concluye que la APS deberá proceder a un análisis basados en la sana crítica y valoración razonada, conforme a los fundamentos esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2012 de 15 de mayo de 2012 y las que se encuentran insertas en la presente, por cuanto importa velar por un debido proceso y otorgar seguridad jurídica al administrado o regulado.

No obstante lo anterior, corresponde ratificar los argumentos vertidos en la Resolución Ministerial Jerárquica supra citada, mismas que no han sido tomadas en cuenta por la Entidad recurrida, debiendo dar una correcta aplicación en el marco de los fundamentos esgrimidos.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación, congruencia y debido proceso, conforme se tiene desarrollado en el caso de autos.
Que, de lo anterior que el acto administrativo emitido por el Ente regulador no goza de plena validez, encontrándose viciada por afectación al procedimiento y los derechos consagrados al recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 453-2014 de 01 de julio de 2014, inclusive, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 056-2011 de 25 de febrero de 2011, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por no dar cumplimiento a lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2012 de 15 de mayo de 2012 y generar dilación innecesaria.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 490/2014 DE 09 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 075/2014 DE 12 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR PARCIALMENTE - ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 075/2014

La Paz, 12 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, revocó parcialmente y confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014 de fecha 7 de mayo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 068/2014 de 7 de noviembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 134/2014 de 14 de noviembre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 30 de julio de 2014, **CONESA KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, representada por su Gerente de Reaseguro, Sra. Ximena Graciela Tapia Terrazas, presentó ante el despacho del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, su Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº

490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, revocó parcialmente y confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014 de fecha 7 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, por su mérito, mediante providencia de fecha 4 de agosto de 2014, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros dispuso que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, eleve el expediente correspondiente a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014, contra la cual interpusiera el Recurso Jerárquico **CONESA KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2300/2014 de fecha 11 de agosto de 2014 y presentada en fecha 13 de agosto del mismo año, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014, contra la cual interpusiera el Recurso Jerárquico **CONESA KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, por el que además consta que, la legitimación de su Gerente de Reaseguro, Sra. Ximena Graciela Tapia Terrazas, para representarla, devine del Poder Nº 372/2014, de 5 de junio de 2014, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 02 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Tania Lizzet Loayza Altamirano.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de agosto de 2014, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, mismo que fue notificado el 25 de agosto de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, notificada en fecha 31 de marzo de 2014 a **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS**, con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la misma, conforme al texto siguiente:

> "…*En relación a la* ***"Evaluación de la Carpeta del Cliente Bisa Seguros y Reaseguros S.A. que contiene la Nota de Cobertura N° 2012-111-682 del ramo de Responsabilidad Civil, donde el asegurado es Kieffer & Asociados".***
>
> > ***<u>CARGO 1</u>. CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.*** *realizó una cotización de reaseguro para KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE SEGUROS de acuerdo a la nota N° PROD. 2554/2012 recibida el 5 de octubre de 2012 (extremo apoyado por la existencia de varios e-mails verificados), actitud que contraviene lo señalado en* ***el artículo 22 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"OBJETO SOCIAL ÚNICO:-*** (sic) *...Los corredores de reaseguros deberán tener objeto social único consistente en la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes,*

sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora o reaseguradora".

CARGO 2. *Dentro de la documentación proporcionada por* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES*** *DE* ***REASEGUROS S.A.,*** *no se encuentra autorización expresa para el cobro de primas por parte de los Reaseguradores, aspecto que incumple lo determinado en* ***el artículo 24 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que determina:* ***"PROHIBICIÓN.-*** *los corredores de seguros y reaseguros están prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia o cobrar primas, salvo autorización expresa del asegurador o del reasegurador, en su caso".*

CARGO 3. *No se encuentra respaldos de la evaluación y asesoramiento a la cedente respecto a la solvencia del Reasegurador Berkley LAC, evento que denota incumplimiento del* ***artículo 23.2.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que señala: "Son obligaciones del corredor de reaseguros:* ***a)*** *Informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores, con los cuales intermediará el reaseguro".*

CARGO 4. ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.*** *emitió la Nota de Cobertura 2012-111-682 que estipula 7 días para aviso de siniestro, sin considerar que para este caso existían dos reaseguradores con plazos distintos; 5 y 7 días para aviso de siniestro, por lo que la probabilidad de que la cedente incurra en reclamo extemporáneo es alta pues en un supuesto, estará dentro del plazo (7 días) pero en otro caso, estará fuera de plazo (5 días) respecto de una misma póliza.*

Estas diferencias de plazo no informadas ni puestas en conocimiento de la cedente Credinform, importa incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que determina:* ***"****Son obligaciones del corredor de reaseguros:* ***...b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el reaseguro.*

CARGO 5*. No se encuentra en la información proporcionada por la corredora de reaseguros, la aclaración del cálculo de la prima bruta realizado en la Nota de Debito N° N2012-111-682-0, que incluye como base imponible para el impuesto a las Remesas del 2.5% la comisión de $us. 5.999.*

Esta conducta supone incumplimiento del ***artículo 11 de la Resolución Administrativa IS N° 046/1999 de 31 de marzo de 1999*** *que señala:* ***"(EVIDENCIA DE COTIZACIONES Y OTROS).*** *Los corredores de seguros y reaseguros deberán mantener un archivo por cada cliente, en el cual mantengan mínimamente información pertinente a: cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes".*

<u>CARGO 6</u>. *No se encuentra, dentro de la documentación proporcionada a la comisión de fiscalización, documentación que acredite el envío de la Nota de Cobertura original a la ceden te en el plazo no mayor de 120 días de iniciada la vigencia, por lo que se asume el no envío del documento y por ende, el incumplimiento del plazo anterior.*

Esta actitud supone incumplimiento del ***numeral 2.1.iii) de la Resolución Administrativa N°764/2008 de 30 de septiembre de 2008****, que señala:* ***"Obligaciones que deben cumplir las Corredoras de Reaseguros: ... iii)*** *La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser la del corredor de reaseguros que efectivamente efectúe la colocación con los reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímile del placing slip".*

En relación a la ***"Evaluación de la Carpeta del Cliente Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. que contiene la Nota de Cobertura N° 2013/761/635 del ramo Riesgos Políticos, Terrorismo y Sabotaje (Automático) donde se asegura la Cartera":***

<u>CARGO 7</u>. *No se encuentra, dentro de la documentación proporcionada a la comisión de fiscalización, evidencia que acredite el envío de la Nota de Cobertura original en el plazo no mayor de 120 días de iniciada la vigencia, por lo que se asume el no envío del documento y por ende, el incumplimiento del plazo anterior.*

Esta actitud supone incumplimiento del ***numeral 2.1.iii) de la Resolución Administrativa N°764/2008 de 30 de septiembre de 2008****, que señala:* ***"Obligaciones que deben cumplir las Corredoras de Reaseguros: ... iii)*** *La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser la del corredor de reaseguros que efectivamente efectúe la colocación con los reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímile del placing slip".*

En relación a la ***"Evaluación de la Carpeta del Cliente Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. que contiene la Nota de Cobertura N° 2012/028/338 del ramo Incendio, donde el asegurado es Y.P.F.B. Refinación:***

<u>CARGO 8</u>. *No se encuentra dentro de la documentación proporcionada a la comisión de fiscalización documentación que acredite el envió* (sic) *a la cedente la nota de cobertura original en el plazo no mayor de 120 días de iniciada la vigencia, por lo que se asume el no envío, del documento y por ende, el incumplimiento del plazo anterior.*

Esta actitud supone incumplimiento del ***numeral 2.1.iii) de la Resolución Administrativa N°764/2008 de 30 de septiembre de 2008****, que señala:*

"Obligaciones que deben cumplir las Corredoras de Reaseguros: ... iii) *La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser ¡a del corredor de reaseguros que efectivamente: efectúe la colocación con los reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímile del placing slip".*

CARGO 9. *Se encuentran e-mails de fechas 01 de junio de 2012 y de fecha 05 de junio de 2012 emitidos por Ximena Tapia dirigidos a Luis Fernando Trigo Cuellar, mediante los cuales, comunica Primas Netas de Reaseguro y que deben realizar un ajuste a la Prima Neta de Reaseguro $us. 1.578.300, respecto del cual, no se encuentra ningún respaldo ni comunicación del reasegurador.*

Lo anterior refleja posible incumplimiento del ***artículo 11 de la Resolución Administrativa IS N° 046/99 de 31 de marzo de 1999,*** *que señala:* ***"(EVIDENCIA DE COTIZACIONES Y OTROS).*** *Los corredores de seguros y reaseguros deberán mantener un archivo por cada cliente, en el cual mantengan mínimamente información pertinente a: cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes".*

CARGO 10. *No se encuentra dentro de la documentación proporcionada, elementos que permitan identificar que la corredora de reaseguros hubiera cumplido la obligación de informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará* (sic) *los reaseguros.*

En efecto, del relevamiento realizado al rating de los reaseguradores considerados en los respaldos de reaseguro, se puede identificar que la colocación realizada para el Riesgo de YPFB-Refinación con los reaseguradores Eurasia, IJSC "INGOSSTRAKH", no cumplen con la calificación mínima requerida en normativa vigente.

Hecho que presupone el incumplimiento al ***artículo 23.2.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de*** *1998, que establece: "****2.*** *Son obligaciones del corredor de reaseguros:* ***a)*** *Informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro".*

CARGO 11. *La nota de cobertura N°2012/028/2012 emitida por* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.,*** *no incluye el total de Reaseguradores conforme los respaldos de Reaseguro.*

Hecho que incumpliría el ***numeral 2.2.i), apostrofe*** (sic) ***segundo de la Resolución Administrativa SPVS/IS/N°764/2008 de 30 de septiembre de 2008,*** *que señala:* ***"Calidad de las corredoras de reaseguros. I)*** *Las corredoras de reaseguros para ofrecer servicios al mercado nacional deberán cumplir con las siguientes condiciones: ... * Toda nota de cobertura emitida por un corredor de*

reaseguros obligatoriamente, deberá consignar el listado de reaseguradores que suscriben el riesgo (security) respectivo, acorde al punto 1.1.".

CARGO 12. *De la revisión a los respaldos del reasegurador "PICC" no se encuentra la proporción de su participación en el riesgo.*

Por lo que se presume que la corredora de reaseguros incumplió ***el artículo 11 de la Resolución administrativa IS/N°46/1999 de 31 de marzo de 1999,*** *que determina:* ***"(EVIDENCIA DE COTIZACIONES Y OTROS).*** *Los corredores de seguros y reaseguros deberán mantener un archivo por cada cliente, en el cual mantengan mínimamente información pertinente a: cotizaciones, coberturas, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes".*

CARGO 13. *No se evidenció, la Autorización para el Cobro de Primas o Siniestros por parte de* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.,*** *por lo que se presume incumplimiento del* ***artículo 24 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "PROHIBICIÓN.- Los corredores de seguros y reaseguros están prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia o cobrar primas, salvo autorización expresa del asegurador o del reasegurador, en su caso".*

Del relevamiento a la Nota de Cobertura N° 2012/028/338 del Ramo Incendio, donde el Asegurado es YPFB Refinación, en relación a los respaldos de los Reaseguradores proporcionados por ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.,*** *se ha evidenciado varias diferencias, conforme se detalla a continuación:*

CARGO 14. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2987510b firmada por Munchener Ruckversicherung, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles.*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N⁰ 1883 de 25 de junio*** *de* ***1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros:*** *...* ***b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y*

precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".

CARGO 15*. La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD290000b firmada por Partner Reinsurance Europe PLC, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

Esta diferencia implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 16. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2978514b con tachadura y sobre escritura PD298751b firmada por HARDY, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

b) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 17. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2987525b con tachadura y sobre escritura PD298752b firmada por Jubilee, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se*

encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles.*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998****, que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a. la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión; verificado que la. nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 18. *El Placing Slip identificado con el N°: CIB2012BJT 143 sellado por PICC Property and Casualty Company Limited, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado Deducibles,*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998****, que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor' de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 19. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1190 LW144699H firmada por New India Assurance Company Ltd, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución y no otorga 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *Encontrarnos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°*

2012/028/338.

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 20. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD29S7513b firmada por Atrium, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera, detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 21. *La Nota de Cobertura identificada con el #F2275-12 que continúa con las instrucciones del UMR: B1185 PD290000b firmada por Agnew international Inc., difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

Esta diferencia implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 22. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2987510b firmada por Millennium Consortium y Chaucer, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado Deducibles,*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del artículo ***23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "***2***. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ...* ***b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 23. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD298759b firmada por Swiss Reinsurance Company, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles,*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota e cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b) Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 24. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2987525b Sellada por Howden Insurance Brokers Limited donde identifica al reasegurador IJSC "INGOSSTRAKH", difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado bases de indemnización en caso de reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles*

d) *Encontramos una cobertura de Sus. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 25. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2987525b Sellada por Howden Insurance Brokers Limited donde identifica al reasegurador IJSC "INGOSSTRAKH", no cuenta con las firmas correspondientes del reasegurador y se encuentra que el mismo no cuenta con la calificación mínima de BBB según Standard and Poor's para operar como Reasegurador en el mercado de reaseguro.*

Este aspecto implica el incumplimiento del ***artículo 9 de la Resolución Administrativa IS/No. 046 de 31 de marzo de 1999*** *que dispone que los corredores de reaseguro deberán efectuar colocaciones de reaseguros a empresas de reaseguros que den cumplimiento a todos los aspectos contemplados en el Reglamento de Reaseguro Pasivo.*

CARGO 26. *La Nota de Cobertura identificada como UMR: B1185 PD297856b con tachadura y sobre escritura PD298758b firmada por NOVAE, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución y no otorga 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de Sus. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la. nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 27. *La Nota de Cobertura identificada como UMR: B1185 PD290000b firmada por Partner Reinsurance Europe PLC y Prestige Assurance PLC, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

Esta diferencia implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada, y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 28. *La Nota de Cobertura identificada como UMR: B1185 PD2987511b firmada por Hannover Re, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

Esta diferencia implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 29. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD2987510b firmada por Munchener Ruckversicherung y Scor Global P&C, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como*

establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.

b) *En el apartado bases de indemnización en caso de reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles.*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del artículo ***23.2.b)*** *de* ***la*** *Ley* ***N° 1883*** *de* ***25*** *de junio de* ***1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 30. *La Nota de Cobertura identificada como UMR: B1185 PD2987510b firmada por Munchener Ruckversicherung, Millennium y International General Insurance Co Ltd, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles.*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del artículo ***23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece: "2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 31. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD298758b firmada por ACE Global Markets Energy y Star Underwriting y la Nota de*

Cobertura identificada con el UMR: B1185PD2987510B firmada por CCR TM, difieren en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria.*

c) *Se encuentra diferencias en la traducción del apartado Deducibles,*

d) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ...b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 32. *La Nota de Cobertura identificada como UMR: B1185 PD290000b firmada por Eurasia, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

Esta diferencia implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

CARGO 33. *La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1190 LC144699H firmada por RSA, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338:*

a) *Excluye Líneas de Transmisión y Distribución y no otorga 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338.*

b) *Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras*

menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338.

El conjunto de estas diferencias implica incumplimiento del ***artículo 23.2.b) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece:* ***"2. Son obligaciones del corredor de reaseguros: ... b)*** *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro".*

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.*** *con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que se le concede el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente cartel, a objeto de que presente descargos (en riguroso orden de imputación), pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, la APS emitirá la resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota N.Ref.: C014-0705 de fecha de 22 de abril de 2014, **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, remitió a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los descargos detallados a continuación:

"…***EVALUACIÓN CARPETA KIEFFER & ASOCIADOS - CORREDORES DE SEGUROS:***

CARGO 1*: De acuerdo al artículo 22 de la Ley No. 1883, en el que se menciona que los corredores de reaseguros deberán tener Objeto Social Único, consistente en la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes, sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora o reaseguradora.*

En este caso y de acuerdo a la Resolución Administrativa IS/No. 046/99, en la que se menciona que todos los corredores de seguros y reaseguros, como requisito para mantener su autorización de funcionamiento deberán contar con una Póliza de Errores y Omisiones, emitida por una compañía de seguros, no menciona en ninguna parte que no puedan hacer las consultas y/o cotizaciones de su propia póliza en forma directa con los corredores de reaseguro para poder contar con la cobertura que les ofrezca las mejores condiciones en beneficio propio.

CARGO 2: *Prohibición: Los corredores de seguros y reaseguros están prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia o cobrar primas, salvo autorización expresa del asegurador o del reasegurador en su caso.*

Adjunto envío la carta enviada por los reaseguradores autorizando el permiso para efectuar el cobro de las primas, lo que implica que la corredora no asumió ningún riesgo y que se limitó a cobrar la prima previa la autorización correspondiente.

CARGO 3*: Respaldos de la evaluación y asesoramiento de la cedente para la solvencia del Reasegurador.*

Siguiendo el reglamento de Reaseguro Pasivo, que dice: Las entidades de seguro autorizadas para operar en Bolivia, solo podrán efectuar cesiones de riesgos, correspondientes a seguros voluntarios u obligaciones, a reaseguradores cuya calificación de riesgo será como mínimo equivalente a Standard and Poor's (S&P) "BBB" y que además sean sujetas a supervisión en su país de origen.

En el caso de Berkley LAC - Berkley Company, su calificación es:

A.M. Best Company : A+ (04/01/2013)

Standard and Poor's : A+ (24/09//2012)

Se encuentra por encima de los mínimos requeridos que requiere la APS.

Los mecanismos para brindar el asesoramiento no se reducen a la emisión de documentos pueden prestarse de diferentes maneras, por lo tanto, la corredora ha dado el asesoramiento requerido.

CARGO 4.

Plazos Kieffer & Asociados.

Considerando que el reasegurador líder Chartis es el que otorga los cinco días para aviso de siniestro, el segundo reasegurador es seguidor, por lo que sigue las condiciones del Líder, trabajándose con cinco días para aviso de siniestro.

CARGO 5.

Aclaración del cálculo de la prima bruta realizada en la Nota de Debito No.2012-111-682-00 Considerando que el impuesto a las remesas es un tributo directo por la compañía de seguros y nosotros como intermediarios no estamos obligados a pagar a no ser que la compañía cedente nos transfiera estos fondos para efectuar el pago.

Efectivamente, el artículo 11 de la R.A. N° 46/1999 de 31 de marzo de 1999 dispone que se deba mantener un archivo de cada cliente, en el cual se mantengan mínimamente la información referente a cotizaciones, por lo tanto, de su lectura se

concluye que la citada previsión no establece como se tiene que realizar las cotizaciones, con lo cual, no se ha vulnerado norma alguna.

CARGO 6. *Documentación que acredite el envío de la Nota de Cobertura original a la cedente.*

Las notas de cobertura emitidas por el corredor de reaseguros han sido enviadas dentro del plazo establecido, confirmando la colocación de la cuenta.

EVALUACIÓN A LA CARPETA CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. - XL TERRORISMO

CARGO 7. *Documentación que acredite el envío de la Nota de cobertura original a la cedente.*

Las notas de cobertura emitidas por el corredor de reaseguros han sido enviadas dentro del plazo establecido, confirmando la colocación de la cuenta.

EVALUACIÓN CARPETA Y.P.F.B. REFINACIÓN

CARGO 8. *Documentación que acredite el envío de la Nota de Cobertura original a la cedente*

Las notas de cobertura emitidas por el corredor de reaseguros han sido enviadas dentro del plazo establecido, confirmando colocación de la cuenta.

CARGO 9. *Documentación respaldatoria que acredite la reducción en tasas.*

Adjunto a la presente remito los correos que fueron enviados a los reaseguradores solicitando se pueda gestionar un descuento en las primas.

Adicionalmente se encuentra la respuesta de reaseguradores en la cual confirman la negociación con reaseguradores autorizando la misma.

CARGO 10. *Solvencia de los reaseguradores que participan en la cuenta.*

Adjunto los respaldos de las calificaciones correspondientes a los reaseguradores:

Eurasia: Calificación AM Best B++

IJSC Ingosstrakh: Calificación: S&P BBB

CARGO 11. *No incluye el total de los reaseguradores que participan en la cuenta.*

En la nota de cobertura de Cobertura emitida por los corredores de reaseguros se detallan parte de los reaseguradores que participan en la cuenta, y posteriormente se ha enviado el detalle completo de los reaseguradores y las notas de cobertura emitidas por ellos.

CARGO 12. *Participación de los reaseguradores PICC.*

La nota de cobertura enviada por los reaseguradores se envió a la cedente, en la misma se confirma la participación y las coberturas.

CARGO 13. *Autorización para el cobro de Primas o siniestros por parte de Conesa Kieffer & Asociados*

Adjunto a la presente envío la carta firmada por el corredor de reaseguros ubicado en Inglaterra autorizando el manejo y cobreo (sic) *de primas y/o siniestros de las cuentas que tenemos trabajando con ellos.*

CARGO 14. *Nota de Cobertura UMR:B1185PD2987510b - Munchener Ruckversicherung*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletíons Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00".

CARGO 15. *Nota de Cobertura UMR:B1185PD290000b - Partner Reinsurance Europe PLC*

a) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo 'Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to Sus. 25.000.000.00.

CARGO 16. *Nota de Cobertura UMR:B1185PD2978514b – Hardy*

a) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletíons Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

b) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

CARGO 17. *Nota de Cobertura UMR:B1185PD2987525b - Jubilee.*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de Sus 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones origínales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

***CARGO 18**. Nota de Cobertura CIB2012bj1143 - PICC.*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de Sus 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection

***CARGO 19**. Nota de Cobertura UMR:B1190LW144699H - New India Assurance Company*

a) El límite que se menciona de Sus 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

b) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

***CARGO 20**. Nota de Cobertura UMR:B1185PD2987513b-Atrium.*

a) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

b) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

CARGO 21. *Nota de Cobertura UMR:B1185PD290000b - Adnew International Inc.*

a) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

CARGO 22*. Nota de Cobertura UMR:B1185 PD2987510b - Millenium Consortium Chaucer*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection

CARGO 23*. Nota de Cobertura UMR; B1185 PD298759b - Swiss Reinsurance Company.*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection

CARGO 24*. Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987525b - IJSC Ingosstrakh*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales, bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection

***CARGO 26**. Nota de Cobertura: UMR B1185 PD297856b – Novae*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) El límite que se menciona de Sus 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

***CARGO 27**. Nota de Cobertura UMR:B1185PD290000b - Partner Reinsurance Europe PLC y Prestige*

a) El límite que se menciona de Sus 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

***CARGO 28**. Nota de Cobertura UMR:B1185PD2987511b - Hannover Rerance*

a) El límite que se menciona de Sus 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

***CARGO 29.** Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987510b - Munchener Re – Scor Global*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection.

***CARGO 30**. Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987510b - Munchener Re – Millenium-*

IGIC.

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection

***CARGO 31**. Nota de Cobertura UMR: B1185 PD298758b - Ace Global - Star Underwriting*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) ***Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles*** (sic) ***emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas.***

c) Tanto el asegurado como la compañía cedente, cuentan con la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, teniendo conocimiento de las condiciones y coberturas otorgadas*

d) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection

***CARGO 32**. Nota de Cobertura UMR:B1185PD290000b – Eurasia*

a) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00."

***CARGO 33.** Nota de Cobertura: UMR B1190 LC144699H – RSA*

a) Adjunto el acuerdo del reasegurador líder, acordando el cambio.

b) El límite que se menciona de $us 25.000.000.000 se incluye dentro de las condiciones originales bajo "Automatic Additions/Deletions Clause", including Refurbishment, Construction and Erection up to $us. 25.000.000.00.

"En razón de la documentación y los alegatos que se presentan y exponen puntualmente de acuerdo a lo siguiente, se solicita que el órgano de regulación dicte la correspondiente resolución administrativa dejando sin efecto los cargos formulados…"

3. RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 330-2014 DE 7 DE MAYO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 330-2014 de 7 de mayo de 2014, expone los siguientes razonamientos:

"…***CONSIDERANDO***

Que entrando al análisis de los elementos substanciales se establecen los siguientes aspectos jurídicos y técnicos de relevancia:

Que la APS al ser el ente fiscalizador y de control de las actividades de pensiones y seguros, dentro de las atribuciones asignadas en el artículo 43 de la precitada ley, se encuentra el de emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de dicha Ley y de sus reglamentos.

Que en tal sentido y en uso de sus funciones y atribuciones, emitió las Resoluciones Administrativas IS No. 046/99 de 31 de marzo de 1999, mediante la cual aprobó el Reglamento de Corredores y Seguros y Reaseguros y la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 30 de septiembre de 2008, aprobando el Reglamento de Seguro Pasivo.

Que los artículos 9 y 11 del Reglamento de Corredores y Seguros y Reaseguros, establecen lo siguiente:

ARTICULO 9. (COLOCACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS)

…Los Corredores de Reaseguros deberán efectuar las colocaciones de reaseguros a empresas de reaseguros que den cumplimiento a todos los aspectos contemplados en el Reglamento de Reaseguros Pasivo.

AETICULO (sic) *11. (EVIDENCIA DE COTIZACIONES Y OTROS)*

Los Corredores de Seguros y de Reaseguros deberán mantener un archivo por cada cliente, en el cual mantengan mínimamente información pertinente a: cotizaciones, cobertura, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes.

Los numerales 2.1.iii), 2.2.i) del Texto ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, establecen lo siguiente:

2.1.iii) La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser la del corredor de reaseguros que efectivamente efectúe la colocación con los

reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente, en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímil del placing slip.

*2.2.i) Las corredoras de reaseguros para ofrecer servicios al mercado nacional deberán cumplir con las siguientes condiciones: … ***** Toda nota de cobertura emitida por un corredor de reaseguros obligatoriamente, deberá consignar el listado de reaseguradores que suscriben el riesgo (security) respectivo, acorde al punto 1.1.".*

CONSIDERANDO

Que respecto a los argumentos esgrimidos por CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A., en base al Informe Técnico de evaluación de descargos INF.DS.JTS/334/2014 se tiene lo siguiente:

Al Cargo 1.- *En relación al primer cargo, en primer lugar se debe aclarar al supervisado, que la notificación de cargos no está observando las acciones u operativa de Kieffer & Asociados en su calidad de asegurado.*

La entidad observada es Conesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros en su calidad de Corredor de Reaseguros.

En este entendido, la normativa es clara cuando refiere en ***el artículo 22 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998****, que establece: "****OBJETO SOCIAL ÚNICO:-*** *…Los corredores de reaseguros deberán tener objeto social único consistente en la intermediación entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes, sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora o reaseguradora".*

Al respecto, se recuerda adicionalmente que la nota No. PROD. 2554/2012 de fecha 05 de octubre de 2014 enviada por Kieffer y Asociados Corredores de Seguros a Conesa Kieffer & Asociados S.A., refiere lo siguiente:

> *"Ref.: Solicitud cotización*
> *Póliza de responsabilidad Civil Profesional*
> *Gestión 2012-2013*
> *Sres. Kieffer & asociados S.A.-Corredores de Seguros"*

Que asimismo, se puede evidenciar del contenido de la misma que el broker de seguros, solicita la cotización de la renovación de la póliza de Responsabilidad Civil Profesional mencionada en la referencia de acuerdo a las condiciones del slip de cotización que adjunta, además de incluir documentación adicional para fines consiguientes, lo que no debió generar a Conesa Kieffer más de una nota haciendo conocer al Broker de seguros que su solicitud no es procedente al no estar autorizados para la realización de cotizaciones a Brokers de seguros ó (sic) *asegurados.*

Que conforme se pudo evidenciar adicionalmente, se encontraron entre otros, e-mail de fecha 8 de octubre de 2012 emitido por la funcionaria Ximena Tapia (Conesa Kieffer & Asociados) el cual es dirigido a Jorge Andres Gil funcionario de Chartis Insurance y otros personeros, comunicando que de acuerdo a requerimiento del asegurado Kieffer & Asociados, adjunta remite información relacionada con la renovación de la Gestión 2012-2013, para lo cual adjuntó el formulario debidamente firmado y fechado, además de los estados Financieros correspondientes a la gestión.

Que al respecto, se hace notar que la referencia del mencionado e-mail consigna lo siguiente: "Cotización: Kieffer & Asociados – Corredores de Seguro – Ref.: E012 – 2217"

También, se encontró e-mail de fecha 29 de octubre de 2012, emitido por Jorge Andres Gil, dirigido a Ximena Tapia que establece lo siguiente: "…De acuerdo con la información suministrada y a nuestro compromiso, adjuntamos los términos y condiciones de renovación para el periodo 2012 – 2013."

Que por otro lado, se debe hacer notar que la entidad supervisada cuenta con una póliza de errores y omisiones que otorga la cobertura Responsabilidad Civil Profesional para Corredor de Reaseguros, siendo su principal función cubrir el riesgo de Responsabilidad Civil inherente al ejercicio de su actividad como Corredor de Reaseguros.

Que el realizar actividades extraordinarias no establecidas en normativa vigente como parte de su objeto social único, que es la de intermediar entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes, expone a la Corredora de Reaseguros a no tener cobertura en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional en el presente caso, considerando que el procedimiento observado no concuerda con un procedimiento estándar o establecido en sus manuales que se utilice para la intermediación de reaseguro.

Que en este entendido, refiriéndonos a las actividades no comprendidas en la actividad y objeto social único autorizado, ***se evidencia el incumplimiento a su objeto social único.*** *Por lo tanto, se ratifica el cargo por incumplimiento a su objeto social único.*

Al Cargo 2.- *En relación al presente caso, como se refiere en el cargo comunicado al supervisado, lo que se está observando es el no haberse encontrado la autorización expresa para el cobro de primas por parte de los Reaseguradores.*

Que haciendo una evaluación práctica, lo que se está requiriendo es el respaldo para haber debitado y acreditado flujos bancarios en la cuenta 202.18 (Recaudaciones por Cuenta de Terceros) del Plan Único de Cuentas, que de manera específica establece el siguiente concepto: "Son obligaciones de los corredores de seguros y reaseguros a favor de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y que según contrato expreso, el intermediario se encuentra facultado al cobro de primas y siniestros en nombre de las mismas; este hecho origina que se originen pasivos pendientes de pago."

Que como se puede apreciar la observación establecida en el artículo 24 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, determina: ***"PROHIBICIÓN****.- los corredores de seguros y reaseguros están prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia* ***o cobrar primas. Podrán cobrar primas solamente cuando se encuentren autorizados mediante disposición expresa del asegurador o del reasegurador en su caso****".*

Que al respecto, la entidad supervisada ha presentado nota emitida por la entidad ***Berkley LAC*** *mediante la cual autoriza a la firma Conesa Kieffer & Asociados S.A. a efectuar el cobro de primas y/o siniestros correspondientes a los negocios colocados una vez sea confirmada la orden en firme, hecho que se ha verificado y al no encontrarse fecha de firma en el documento,* ***se considera razonablemente aceptable el descargo.***

Que por otro lado, teniendo en cuenta el respaldo emitido por la entidad New Hampshire Insurance Company, mismo que certifica que se ha autorizado a la firma Conesa Kieffer & Asociados S.A. corredores de reaseguros de Bolivia para efectuar el cobro de primas, documento que consigna la fecha 22 de abril de 2014, en este último caso se puede evidenciar que la certificación se ha obtenido de manera posterior a la de la ejecución de las operaciones de remesas, mismas que requerían previa autorización.

Que sin embargo de ello, en el cuerpo principal de la precitada nota la New Hampshire Compañy establece llo (sic) *siguiente:*

"Por medio de la presente ***confirmamos que se ha autorizado*** *a la Firma Conesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros en Bolivia, para efectuar el cobro de primas correspondientes del siguiente negocio y para la vigencia indicada, de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en la Nota de Cobertura correspondiente y cuyo pago se ha realizado de conformidad con la misma.*
Asegurado: Kieffer y Asociados – Corredores de Seguros
Nora de Cobertura: Reference: 4130-12 – New Hampshire (Nota adjunta)
Inicio de Vigencia: 07/12/2012: 16h00
Prima 100%: USD 36,000
Descuentos totales; 20%
Participación New Hampshire: 51% parte del 100%
Esperando todo quede en orden, enviamos un cordial saludo."
Reference #: 4130.1-12 Date: 4/22/14

Que notemos que New Hampshire Compañy, ***"CONFIRMA"****, es decir, ratifica su voluntad previamente consentida en la realización de un negocio pactado. Asimismo establece que* ***"HA AUTORIZADO"*** *es decir, en uso de la gramática del lenguaje, se refiere a la acción en tiempo pretérito perfecto, dicho de otro modo; expresa una acción(s) realizada(s) en el pasado y que perduran hasta el presente. Por lo que podemos evidenciar que la autorización otorgada a Comesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros, para cobrar primas correspondiente a ese negocio pactado fue previa a la fecha signada en su nota (04/22/14).*

Que en tal sentido corresponde señalar que el parágrafo II del artículo 88 (Instrucción) de la Sección V referida a la PRUEBA del Capítulo II, Sección II del Título III del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo No. 27113 de 25 de julio de 2003 es claro al establecer que "La admisión y producción de pruebas se sujetará a criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo. En la duda sobre su admisibilidad y pertinencia, se estará a favor de su admisión y producción". Consecuentemente la nota emitida por New Hampshire Insurance Company a favor de Conesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros, en virtud de los principios de; buena fe, verdad material, informalismo y en aplicación de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, corresponde aceptar dicha prueba a favor del administrado.

Que por lo precedentemente señalado, corresponde aceptar los descargos, fundamentos y prueba presentada y producida por Conesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros, ***desestimando el cargo****.*

Al Cargo 3.- *En relación al presente cargo, la entidad supervisada ha demostrado con documentación que el rating correspondiente al Reasegurador Berkley LAC cumple con el rating mínimo requerido para operar en el mercado de reaseguros en el Estado Plurinacional de Bolivia.*

Que en tal sentido en virtud del principio de buena fe, verdad material, informalismo y en aplicación de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, corresponde aceptar los descargos expuestos por el administrado y ***desestimar el cargo****.*

Al Cargo 4.- *En relación al presente cargo, en virtud de los principios de; buena fe, verdad material, informalismo y en aplicación de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, corresponde aceptar los descargos expuestos por el administrado y* ***desestimar el cargo****, tomando en cuenta que se considerará para el caso las condiciones establecidas por el reasegurador líder.*

Al Cargo 5.- *De la evaluación realizada al descargo presentado por el supervisado, se considera razonablemente aceptable el argumento presentado, mismo que refiere el no encontrarse la previsión de cómo realizar las cotizaciones.* ***En este entendido, se desestima el cargo.***

Al Cargo 6.- *De la evaluación a los argumentos presentados por el supervisado, se ha podido evidenciar que el corredor de reaseguros que realizó la colocación efectivamente con los reaseguradores fue Conesa Kieffer & Asociados.*

Que en este entendido, se ha podido evidenciar que ha cumplido con el envio (sic) *de la nota de cobertura sobre la cual se emitió la póliza local,* ***por lo que se desestima el cargo****.*

Evaluación de la Carpeta del Cliente Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. que contiene la Nota de Cobertura Nº 2013/761/635 del ramo Riesgos Políticos, Terrorismo y Sabotaje (Automático) donde se asegura la Cartera

Al Cargo 7.- *De la evaluación a los argumentos presentados por el supervisado, es necesario aclarar que el numeral 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado por Resolución Administrativa No. 764/2008 de 30 de septiembre de 2008, señala: "Obligaciones que deben cumplir las Corredoras de Reaseguros: …iii) La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser la del corredor de reaseguros que efectivamente efectúe la colocación con los reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímile del placing slip".*

Que en el presente punto, el corredor de reaseguros que efectivamente efectuó la colocación con los reaseguradores, no fue Conesa Kieffer & Asociados, sino fue el Broker Chesterfield Insurance Brokers Limited conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR B0142B121325.

Que en este entendido, no se encuentra ninguna documentación que permita acreditar que Conesa Kieffer & Asociados hubiera cumplido con el envío de la documentación identificada con el UMR B0142B121325 (Placing Slip original emitido por el Broker que efectivamente realizó la colocación con los reaseguradores que suscribieron el riesgo) a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. En este entendido, ***se confirma el cargo formulado.***

Evaluación de la Carpeta del Cliente: Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., que contiene la Nota de Cobertura N° 2012/028/338 del Ramo Incendio, donde el Asegurado es YPFB Refinación

Al Cargo 8.- *De la evaluación a los argumentos presentados por el supervisado, es necesario aclarar que el numeral 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado por Resolución Administrativa No. 764/2008 de 30 de septiembre de 2008, señala: "Obligaciones que deben cumplir las Corredoras de Reaseguros: … iii) La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser la del corredor de reaseguros que efectivamente efectúe la colocación con los reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímile del placing slip".*

Que en el presente caso, el corredor de reaseguros que efectivamente efectuó la colocación con los reaseguradores, no fue Conesa Kieffer & Asociados, sino fueron los siguientes: 1) Howden Insurance Brokers Limited conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR B1185PD2987510b, 2) Continental Insurance Brokers Limited conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR CIB2012BJ1143, 3) L.A.R & SON conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR

B1190LW144699H, 4) Agnew International Inc. conforme se evidencia la Nota de cobertura #F2275-12.

Que en este entendido, no se encuentra ninguna documentación que permita acreditar que Conesa Kieffer & Asociados hubiera cumplido con el envío de la documentación identificada con el UMR B1185PD2987510b, UMR CIB2012BJ1143, UMR B1190LW144699H y #F2275-12 (Placings Slips originales emitidos por los Brokers que efectivamente realizaron la colocación con los reaseguradores que suscribieron el riesgo) a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. En este entendido, ***se confirma el cargo formulado.***

Al Cargo 9.- *De acuerdo a documentación presentada por el supervisado, en virtud de los principios de; buena fe, verdad material, informalismo y en aplicación de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, corresponde aceptar los descargos expuestos por el administrado y* ***desestimar el cargo formulado****.*

Al Cargo 10.- *En relación al presente cargo, se aclara que el cargo formulado corresponde al incumplimiento al* ***artículo 23.2.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "****2.*** *Son obligaciones del corredor de reaseguros:* ***a)*** *Informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro".*

Que en el marco de lo requerido en normativa específica vigente se refiere al seguimiento, evidencias y notificaciones, establecidas en los artículos 10 y 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa No. 46/1999, que en lo relevante instruyen la existencia de notificaciones efectuadas a sus clientes, cotizaciones y colocaciones.

Que en relación a la evaluación de los argumentos presentados por Conesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros, si bien el reasegurador Eurasia, cumplen con la calificación calificación (sic) *mínima de riesgo, pero IJSC INGOSSTRAKH no, ya que su calificación de riesgo es de "BBB-", sin embargo recordemos que el cargo formulado fue por no evidenciarse documentación mediante la cual el reasegurador haya informado a la compañía aseguradora respecto de la solvencia y capacidad de los reaseguradores con lo que intermediará el reaseguro.*

Que en este entendido, se puede evidenciar que la entidad supervisada no presentó ningún documento que acredite haber cumplido con la normativa vigente, por lo cual, ***se ratifica el cargo formulado****.*

Al Cargo 11.- *En relación al presente cargo, el siguiente cuadro muestra el security consignado en la nota de cobertura identificada con el No. 2012/028/338, en relación a los reaseguradores que amparan el riesgo en los respaldos de reaseguro:*

Reaseguradores que Respaldan la Colocación	***Reaseguradores Detallados en la Nota de Cobertura N° 2012/028/338***
Munchener Ruckversicherung-Geselischaft	*Partner Re*
Partner Reinsurance Europe PLC	*Navigators 9129*
Swiss reinsurance (sic) *Compañy Ltd*	*Chauser*

Eurasia Insurance company (sic)	*Swiss Re*
Internatioanl General Insurance Co.	*IGI*
Scor Global P&C	*Eurasia*
PICC Property and Casualty Company Limited	*Prestige*
Prestige Assurance PLC	*PICC*
Millenium Consortium (Loyd's (sic) *Syndicate 9129)*	*Scor*
Chauser (Lloyd's Syndicate 1084)	*Münich Re*
Ace Global Markets	*CV Star*
Starr Underwriting Agents Limited	*ACE*
Atrium (Loyd's syndicate (sic) *609)*	*Hannover*
Hardy (Lloyd's Syndicate 382)	*Royal Sun Allianz*
Hannover Re	
The New India Assurance Company Ltd	
Jubilee (Lloyd's Syndicate 5820)	
Novae (Lloyd's Syndicate 2007)	
Royal Sun Alliance	
Agnew International Inc. (Intermediario)	
CCR reinsurance (sic) *Company*	
Ingosstrakh Insurance Company Limited	

Como se puede observar, el corredor de reaseguro no consignó el listado de reaseguradores que suscriben el riesgo. Por lo que, ***se ratifica el cargo formulado****.*

Al Cargo 12.- *Conforme lo referido por el supervisado, se ha procedido a revisar la documentación proporcionada a la comisión de fiscalización, de lo que se evidenció de manera razonable la participación del Reasegurador PICC en 1.5%, por lo que en virtud del principio de buena fe, verdad material, informalismo y en aplicación de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, corresponde aceptar los descargos expuestos por el administrado y* ***desestimar el cargo formulado****.*

Al Cargo 13.- *En relación al presente, como refiere el cargo formulado, lo que se observó es el no haberse encontrado la autorización expresa para el cobro de primas por parte de los Reaseguradores.*

Que haciendo una evaluación práctica, lo que se está requiriendo es el respaldo para haber debitado y acreditado flujos bancarios en la cuenta 202.18 (Recaudaciones por Cuenta de Terceros) del Plan Único de Cuentas, que de manera específica establece el siguiente concepto: "Son obligaciones de los corredores de seguros y reaseguros a favor de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y que según contrato expreso, el intermediario se encuentra facultado al cobro de primas y siniestros en nombre de las mismas; este hecho origina que se originen pasivos pendientes de pago."

Que como se puede apreciar la observación establecida en ***el artículo 24 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998****, determina:* ***"PROHIBICIÓN****.- los corredores de seguros y reaseguros están prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia* ***o cobrar primas. Podrán cobrar primas solamente cuando se encuentren autorizados mediante disposición expresa del asegurador o del reasegurador en su caso****".*

Que en relación, a los respaldos presentados por la supervisada, que muestran la autorización del Broker de reaseguros Howden, se aclara que lo requerido en

normativa vigente es la autorización del asegurador o del reasegurador en su caso, en el presente caso el bróker no es el reasegurador ni cuenta con autorización de los reaseguradores para otorgar tal autorización.

Que en este entendido, se puede evidenciar que la entidad supervisada ha incumplido lo establecido en la normativa vigente. Por lo que ***se ratifica el cargo formulado****.*

Al Cargo 14.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, es preciso hacer notar que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad supervisada ***incumplió la normativa vigente.***

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones originales de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está*

referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido, ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 15.- *En relación al presente cargo, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones originales de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo formulado.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Al Cargo 16.-

a) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

b) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, ***el supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un*

siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a) y b).***

Al Cargo 17.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, ***el supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) y c) *En relación a los presentes incisos, es necesario hacer notar que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad supervisada ***incumplió la normativa vigente.***

c) d) (sic) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las*

condiciones de la póliza original, en este entendido, ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 18.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.
El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el supervisado incumplía la normativa vigente y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, es preciso hacer notar que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad supervisada incumplió la normativa vigente.

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al*

apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido, ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 19.-

a) *En relación al presente, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el supervisado incumplía la normativa vigente y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.

b) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, es necesario precisar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a) y b).***

Al Cargo 20.-

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a) y b).***

Al Cargo 21.-

a) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, es necesario precisar que lo observado es al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo formulado.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Al Cargo 22.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el supervisado incumplía la normativa vigente y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, se tiene que hacer notar al supervisado que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 23.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, se tiene que hacer notar al supervisado que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad supervisada ***incumplió la normativa vigente.***

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 24.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el supervisado incumplía la normativa vigente y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, se tiene que hacer notar al supervisado que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad supervisada incumplió la normativa vigente, sin embargo, este hecho ***no generó efectos negativos o significativos para la entidad cedente****.*

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 25.- *Se puede apreciar que el efecto que genera este incumplimiento es significativo para la cedente porque de acuerdo a la propia documentación remitida por Conessa Kieffer, se pudo evidenciar que el reasegurador IJSC "INGOSSTRAKH" no cumple con la calificación de riesgo mínima aceptable en el reglamento de reaseguro pasivo, al contar con una calificación internacional de BBB- según Estándar & Poors.*

Es menester aclarar que la calificación de riesgo es una opinión independiente, objetiva, y técnicamente fundamentada, acerca de la solvencia y seguridad del reasegurador y su capacidad de pago de siniestros en términos y plazos pactados

Considerando que el hecho de que el reasegurador no cumpla con lo requerido en normativa, genera que la entidad aseguradora que asume el riesgo localmente, deba realizar posibles recolocaciones, reservas y/o comunicaciones a su asegurado para subsanar esta deficiencia, o en su caso, de suscitarse un siniestro tenga que afrontar la proporción cedida al reasegurador con su propio patrimonio. Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado****.*

Al Cargo 26.-

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a) y b).***

Al Cargo 27.-

a) En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido, ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Al Cargo 28.-

a) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Al Cargo 29.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, se tiene que hacer notar al supervisado que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad ***supervisada incumplió la normativa vigente.***

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 30.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un*

siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, se tiene que hacer notar al supervisado que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad ***supervisada incumplió la normativa vigente.***

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 31.- *De la evaluación a los argumentos y documentación adjunta presentada por el supervisado, se tiene lo siguiente:*

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *y* ***c)*** *En relación a los presentes incisos, se tiene que hacer notar al supervisado que la observación se centra en el incumplimiento de ilustrar de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato* (sic) *el seguro.*

Al respecto, y conforme comunica el supervisado, el asegurado tenía conocimiento de la nota de cobertura en ingles (sic) *emitida directamente por los reaseguradores, hecho que si bien permite evidenciar que el incumplimiento del supervisado no generó efectos negativos para la cedente, no permite evidenciar que la entidad observada hubiera de alguna manera cumplido la normativa vigente y/o hubiera subsanado lo observado.*

En este entendido, se evidencia que la entidad ***supervisada incumplió la normativa vigente.***

d) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

Al Cargo 32.-

a) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es*

utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.

Al Cargo 33.-

a) *En relación al presente inciso, se evidencia la presentación de copia de endoso N°004 por parte de supervisado mismo que se identifica con el UMR B1185 PD2987510.*

En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir de la fecha 30 de junio de 2012.

El endoso mencionado previamente establece: "(sic) *Excluding Transmission and Distribution lines, except those on or within 1000 feet of insured's premises.*

En este entendido, se puede apreciar que a la fecha de evaluación, el ***supervisado incumplía la normativa vigente*** *y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro.*

b) *En relación al presente inciso, se ha podido verificar que lo referido por el supervisado, se refiere a lo estipulado como condiciones de la póliza original, sin embargo, se debe hacer notar que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original, en este entendido,* ***se ratifica el cargo.*** *Este incumplimiento puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.*

Consecuentemente por lo previamente mencionado, ***se ratifica el cargo formulado en los incisos a), b), c) y d).***

CONSIDERANDO

Que la Ley de Seguros No. 1883 otorga atribuciones y facultades al ente regulador, entre ellas la descrita en el inciso s) del artículo 43; s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos. Por lo que amparada en dicha facultad, el ente regulador emitió las Resoluciones Administrativas IS No. 046/99 de 31 de marzo de 1999, mediante la cual aprobó el Reglamento de Corredores y Seguros y Reaseguros y la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 30 de septiembre de 2008, aprobando el Reglamento de Seguro Pasivo.

Los artículos 9 y 11 del Reglamento de Corredores y Seguros y Reaseguros, establecen lo siguiente:

ARTICULO 9. (COLOCACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS)

…Los Corredores de Reaseguros deberán efectuar las colocaciones de reaseguros a empresas de reaseguros que den cumplimiento a todos los aspectos contemplados en el Reglamento de Reaseguros Pasivo.

AETICULO (sic) *11. (EVIDENCIA DE COTIZACIONES Y OTROS)*

Los Corredores de Seguros y de Reaseguros deberán mantener un archivo por cada cliente, en el cual mantengan mínimamente información pertinente a: cotizaciones, cobertura, franquicias, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes.

Los numerales 2.1.iii), 2.2.i) del Texto ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, establecen lo siguiente:

2.1.iii) La nota de cobertura sobre la cual se emite la póliza local debe ser la del corredor de reaseguros que efectivamente efectúe la colocación con los reaseguradores que suscriben el riesgo. La respectiva nota de cobertura original, debe ser enviada a la cedente, en un plazo no mayor a 120 días de iniciada la vigencia, pudiendo emitirse la póliza local con un facsímil del placing slip.

2.2.i) Las corredoras de reaseguros para ofrecer servicios al mercado nacional deberán cumplir con las siguientes condiciones: … "Toda nota de cobertura emitida por un corredor de reaseguros obligatoriamente, deberá consignar el listado de reaseguradores que suscriben el riesgo (security) respectivo, acorde al punto 1.1.".

Que tales disposiciones regulatorias, establecen la obligatoriedad de las entidades reaseguradoras dar cumplimiento a todas y cada una de las normas regulatorias en materia de reaseguros, bajo conminatoria de la aplicación de la posible sanción en caso de incumplimiento.

Que podemos observar con meridiana claridad por las normas citadas precedentemente, se evidencia que la conducta infraccional se encuentra tipificada en los artículos 22, 24, 23.2.a) y b) de la Ley de Seguros No. 1883; los artículos 9 y 11 del Reglamento para Corredores de Seguros y Corredores de Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS/No. 046/1999 de 31 de marzo de 1999 y el punto 2.2.i), 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento del Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 20 de septiembre de 2008.

Que por lo precedentemente establecido, tomando en cuenta los argumentos, descargos, pruebas presentadas y producidas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador por CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS mediante nota N.Ref.: C014 – 0705 de 22 de abril de 2014, la cual ha sido evaluada de acuerdo a los principios de buena fe, legalidad, verdad material, etc., que rigen a actividad administrativa, haciendo uso de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, ha podido desvirtuar los cargos No. 2, 3,

4, 5, 6, 9 y 12 formulados mediante nota APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, debiendo declararlos improbados.

Que contrariamente, los Cargos 1, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33 no han podido ser enervados por la compañía por lo que se concluye que ha infringido lo determinado en el artículo 22 y 23. Punto 2 inciso a) y 24 de la Ley de Seguros 1883, los artículos 22, 24, 23.2.a) y b); los artículos 9 y 11 del Reglamento para Corredores de Seguros y Corredores de Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS/No. 046/1999 de 31 de marzo de 1999 y el punto 2.2.i), 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento del Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 20 de septiembre de 2008, por lo que corresponde la imposición de la respectiva sanción de acuerdo a lo precedentemente establecido.

CONSIDERANDO

Que la APS en observancia de las responsabilidades otorgadas por ley, efectuó la fiscalización a intermediarios de seguros e inspección técnica al Reaseguros al 31 de marzo de 2013 advirtiendo varias observaciones por parte de CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS en la colocación de reaseguro para Kieffer & Asociados Corredores de Seguros.

Que los cargos formulados en contra de CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS en observancia a los principios generales que rigen la actividad administrativa, como es el Principio de Verdad Material, establecido en el inc. d) del artículo 4 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, el cual determina que; (sic) *la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, la APS dentro del presente caso de autos, ha buscado la verdad material.*

Que al respecto de la verdad material, la doctrina establece que: "La garantía constitucional de la defensa en juicio exige, fundamentalmente, que la parte interesada tenga la oportunidad de exponer sus defensas y ofrecer las pruebas que hacen a su cargo. Además, se ha establecido que la necesidad de aclarar suficientemente ciertos aspectos del caso, se vincula no solo con el hecho del recurrente a que se produzca la prueba pertinente ofrecida por el mismo, sino con los principios de instrucción e instrucción de oficio, verdad material y legalidad objetiva que rigen en el procedimiento administrativo". (Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Ciudad Argentina, Pag. 461)

Que la APS realizó un análisis de los argumentos esgrimidos por la empresa, así como la prueba presentada y producida, compulsando los antecedentes de hecho y de derecho conforme las reglas de la sana crítica, por lo que emitió los Informe INF.DS.JTS/334/2014 y INF.DJ/320/2014 de 30 de abril y 7 de mayo de 2014, respectivamente, concluyendo que por los argumentos, descargos, pruebas presentadas y producidas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador por CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS

mediante nota N.Ref.: C014 – 0705 de 22 de abril de 2014, la cual ha sido evaluada de acuerdo a los principios de buena fe, legalidad, verdad material, etc., que rigen a actividad administrativa, haciendo uso de las reglas de la sana crítica o valoración razonada de la prueba, ha podido desvirtuar los cargos No. 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 12 formulados mediante nota APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, debiendo declararlos improbados.

Que contrariamente, los Cargos 1, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33 no han podido ser enervados por la compañía por lo que se concluye que ha infringido lo determinado en los artículos 22, 24, 23.2.a) y b); los artículos 9 y 11 del Reglamento para Corredores de Seguros y Corredores de Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS/No. 046/1999 de 31 de marzo de 1999 y el punto 2.2.i), 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento del Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 20 de septiembre de 2008, por lo que corresponde la imposición de la respectiva sanción de acuerdo a lo precedentemente establecido.

Que se evidencia que CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS, incumplió con la obligación y responsabilidad establecidas en los artículos 22, 24, 23.2.a) y b) de la Ley de Seguros No. 1883; los artículos 9 y 11 del Reglamento para Corredores de Seguros y Corredores de Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS/No. 046/1999 de 31 de marzo de 1999 y el punto 2.2.i), 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento del Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 20 de septiembre de 2008, por lo que ante la infracción comprobada, corresponde la aplicación de los incisos e) y f) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.

Que otros argumentos esgrimidos por CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS no son conducentes a la materia del presente caso de autos, por lo que no ameritan mayores consideraciones de orden legal.

CONSIDERANDO

Que una adecuada tarea de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros implica el análisis de la conducta de cada caso concreto, para determinar la sanción a imponer, sin olvidar que dentro los márgenes o rangos de sanciones que determina la Ley existe una potestad discrecional típica o reglada, es decir, el regulador tiene la libertad de elegir de entre los montos que la norma establece el que se adecúe más a la conducta, respetando desde luego los principios de razonabilidad, buena fe, y, si el objeto de la sanción es adecuada al fin requerido por la Ley de Seguros N° 1883.

Que los incisos e) y f) del romano I) del artículo 16 de la Ley de Seguros N° 1883, a los que se adecúa la sanciones de las conductas acusadas de infracción, prevé que:

> *"Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos*

ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), las siguientes conductas:

e) *Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al público.*

f) *Incumplimiento de plazos de cualquier índole establecidos normativamente".*

Que puede apreciarse que el artículo transcrito contiene ínsita una discrecionalidad reglada; que no implica una actuación al margen de la Ley pues sólo por mandato legal y dentro de los límites establecidos por ella, pueden existir actuaciones discrecionales. Dicho de otro modo es la propia Ley quien otorga a la APS la facultad de elegir la multa a imponer para una infracción leve de entre 784 a 39.186 Unidades de Fomento a la Vivienda.

Que García de Enterría explica que: "La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración"

Que debe recordarse que el artículo 52 de la Ley de Seguros determina que las Infracciones leves, corresponden al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiaros u otros terceros; es decir que para que una infracción sea leve únicamente debe presentarse como requisito la culpa en cualquiera de sus elementos: vale decir negligencia, imprudencia o impericia.

Que cabe asimismo manifestar que en el caso concreto, las fiscalizaciones que efectúa la APS, tienen como finalidad velar porque las colocaciones de reaseguros que efectúan las empresas corredoras de seguros y de reaseguros, cumplan con la normativa técnica y legal regulatoria para que las mismas no perjudiquen a los asegurados, reasegurados, tomadores o beneficiarios del seguro; así como evitar que en el mercado se produzca competencia desleal o que la propia entidad reaseguradora ponga en riesgo su solvencia al realizar ofertas que excedan su capacidad.

Que en función a lo anterior se pasa a continuación a graduar la sanción de cada uno de los 26 cargos probados, siempre bajo la premisa de que se trata de infracciones leves y que la sanción corresponde al rango mínimo es decir; amonestación o multa entre 784.- a 39.186UFV's.. (sic)

Cargos No. 1.- *Considerando que se ha demostrado el incumplimiento al objeto social único de la Corredora de Reaseguro al haber efectuado cotizaciones para un*

intermediario de seguros, corresponde se aplique la sanción de multa más baja en el rango mínimo, equivalente a 784.—Unidades de Fomento a la Vivienda.

Cargos 7 y 8.- *Si bien en estos cargos concurre el elemento culpa, se pudo evaluar que la falta de entrega de la Nota de Cobertura en el plazo establecido en la normativa regulatoria de 120 días de iniciada la vigencia, tal hecho no generó efectos sustanciales, correspondiendo por tanto se aplique la sanción de multa más baja en el rango mínimo, equivalente a 784.—Unidades de Fomento a la Vivienda* ***para cada uno de los cargos****.*

Cargos No. 10 y 11.- *En estos cargos, como en los casos anteriores también se presenta el elemento culpa; sin embargo de la evaluación se pudo establecer que la falta de dar información sobre la calificación que tienen los reaseguradores con los que operan no permitió se verifique si cumplen con la calificación mínima de riesgo "BBB", por lo que corresponde se aplique la sanción de multa más baja en el rango mínimo equivalente a 784.—Unidades de Fomento a la Vivienda* ***para cada uno de los cargos****.*

Cargos No. 13.- *En este cargo, también se presenta el elemento culpa, no obstante, se pudo establecer que no generaron efectos sustanciales por lo que corresponde se aplique la sanción de multa más baja en el rango mínimo, equivalente a 784.—Unidades de Fomento a la Vivienda.*

Cargo No. 25.- *En este cargo, CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS, no presentó ningún descargo, por que se presume que implícitamente aceptó el cargo formulado. Sin embargo cabe mencionar que el hecho de que el reasegurador no cumpla con lo requerido en normativa, genera que la entidad aseguradora que asume el riesgo localmente, deba realizar posibles recolocaciones, reservas y/o comunicaciones a su asegurado para subsanar esta deficiencia, o en su caso, de suscitarse un siniestro tenga que afrontar la proporción cedida al reasegurador con su propio patrimonio. Consecuentemente, dada la significancia de la infracción y como en los casos anteriores también se presenta el elemento culpa; al establecerce que la empresa IJSC INGOSSTRAKH no cumple con la calificación mínima de riesgo "BBB", corresponde se aplique la sanción de multa dentro del rango mínimo equivalente a 20.000.—Unidades de Fomento a la Vivienda.*

Cargos No. Cargos Nos. 14, 15. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33.- *En estos cargos, como en los casos anteriores también se presenta el elemento culpa; no obstante, la inclusión del endoso N° 004 por parte del supervisado genera la subsanación posterior a la notificación de cargos disminuyendo los efectos en caso de siniestro, pero no elimina el hecho de que al momento de la evaluación, el supervisado incumplía la normativa vigente y de haberse suscitado un siniestro durante el período anterior a la emisión del endoso se hubiera afectado significativamente la cobertura del seguro. Asimismo, el modificar los límites establecidos para la cobertura CAR/EAR (obras menores) puede generar interpretaciones distintas a la hora de suscitarse un siniestro, considerando que el*

documentado observado es utilizado por la cedente como respaldo para la emisión de la póliza al asegurado.

Estas modificaciones exponen de manera importante la interpretación de los respaldos de reaseguro exponiendo la aplicación de la cobertura al momento de suscitarse un siniestro, por lo que corresponde se aplique la sanción de multa dentro del rango mínimo equivalente a 2.000.—Unidades de Fomento a la Vivienda ***para cada uno de los cargos****.*

CONSIDERANDO

Que corresponde establecer que en un sentido amplio, la sanción se conceptúa como un medio del que se vale el legislador para asegurar la eficacia de la norma y en un sentido estricto, se entiende que es la consecuencia dañosa que se imputa a la violación de una norma. Al respecto la doctrina es clara al establecer que: "La sanción administrativa es el evento dañoso, impuesto por un órgano estatal, actuando en función administrativa, como consecuencia de la violación de un deber impuesto por la norma". Lorenzo de Viega Jaimey Susana. Sanciones Administrativas. Editorial Montevideo. 1996, pág. 8

Que la actividad administrativa es ejercida a través de potestades que otorga el Estado a un órgano de la administración pública, entre éstas se encuentra la potestad sancionadora, la cual es reconocida expresamente en nuestra economía jurídica a través del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, que establece lo siguiente:

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, y normas aplicables.

Que así también el artículo 73 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo establece: "I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares"

CONSIDERANDO

Que por todo lo expuesto, se concluye que CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS ha desvirtuado en parte los cargos formulados en su contra.

CONSIDERANDO

Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso m), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:* ***e)*** *Errores u omisiones en la calidad de los contenidos de la información debida a la Superintendencia, al Estado o al público,* ***f)*** *Incumplimiento de plazos de cualquier índole establecidos normativamente…"*

En mérito a tales considerandos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 330/2014 de 7 de mayo de 2014, resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Declarar* ***IMPROBADOS*** *los Cargos Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 12 formulados mediante nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014 contra* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS****, por presuntamente haber incumplido lo dispuesto en los artículo 23.2.a), 23.2.b) y 24 de la Ley de Seguros No. 1883 y los artículos 11, del Reglamento para Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 046/1999 de 31 de marzo de 1999 y el numeral 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 30 de septiembre de 2008.*

SEGUNDO.- *Declarar* ***PROBADOS*** *los Cargos Nos.* ***1, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33****, formulados mediante nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014 contra* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS****, al haber incumplido lo dispuesto en el numeral 2.1.iii) y 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 30 de septiembre de 2008; el artículo 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 046/1999 de 31 de marzo de 1999 y los artículos 23 y 24 de la Ley de Seguros No. 1883.*

TERCERO.- SANCIONAR A CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS *de la siguiente manera:*

Por el cargo 1.- *con una multa en Bolivianos equivalente a 784 UFV´s (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.e) de la Resolución Administrativa*

IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por infringir lo determinado en el artículo 22 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998.

***Por los cargos 7 y 8 de la Nota de Cargos**, con una multa en Bolivianos equivalente a 784 UFV´s (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por cada cargo, por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.f) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por infringir lo determinado en el numeral 2.1.iii) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 30 de septiembre de 2008, al no haber enviado la Nota de Cobertura dentro del plazo previsto en la normativa regulatoria.*

***Por los cargos 10 y 11 de la Nota de Cargos**, con una multa en Bolivianos equivalente a 784 UFV´s (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por cada cargo, por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.e) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por infringir lo determinado en el artículo 23.2.a) de la Ley de Seguros No. 1883 y el en el numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764 de 30 de septiembre de 2008.*

***Por el cargo 13.-** con una multa en Bolivianos equivalente a 784 UFV´s (Setecientos Ochenta y Cuatro 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.a) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por infringir lo determinado en el artículo 24 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998.*

***Por el cargo 25 de la Nota de Cargos**, con una multa en Bolivianos equivalente a 20.000 UFV´s (Veinte Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.e) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por infringir lo determinado en el artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 046 de 31 de marzo de 1999, al haber efectuado la colocación de reaseguro con un reasegurador que no cumplía con la calificación mínima de riesgo "BBB".*

***Por los cargos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Nota de Cargos**, con una multa en Bolivianos equivalente a 2.000 UFV´s (Dos mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por cada cargo, al adecuarse su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.I.e) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por infringir lo determinado en artículo 23.2.b) de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998.*

***CUARTO.-** La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. No. 865 en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución sancionatoria.*

CUARTO.- CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo precedente, copia de la boleta que acredite el cumplimiento de la sanción…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota Ref.: C014-0986 de fecha 10 de junio de 2014, **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** presentó Recurso de Revocatoria contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 330-2014 de 7 de mayo de 2014, con los siguientes alegatos:

"…***II.3- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS interpone el presente recurso administrativo de revocatoria contra la RA N° 330/2014, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.3.1. ILEGALIDAD DE LA SANCIÓN IMPUESTA

Cargo N° 1

En el artículo segundo del acto administrativo recurrido se declara probado el cargos N° 1 formulado, mediante la nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, al haber incumplido lo dispuesto en el numeral 2.1.iii) y 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008; el artículo 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 046/1999 y los artículos 23 y 24 de la Ley de Seguros.

Al respecto:

- El numeral 2.1 iii) y 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008 norma la nota de cobertura y la calidad de las corredoras de reaseguro en lo referente a la póliza de errores y omisiones, la nota de cobertura, la supervisión de las corredoras extranjeras sujetas a supervisión y no sujetas a supervisión en su país de origen.

- La Ley de Seguros en su artículo 23 norma las obligaciones de los corredores de reaseguros, disponiendo que estas son las siguientes: a) Informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro, b) Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificando que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el reaseguro; c) Comunicar a la entidad reaseguradora cualquier modificación del riesgo de que hubiese tenido conocimiento o información, dentro las 24 horas siguientes; d) Comunicar a la Superintendencia cualquier evento que pudiera modificar las condiciones de su autorización de funcionamiento; e)

Guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga, siendo responsable civil y en su caso, penalmente, de los daños que ocasione; y, f) Acreditar ante la Superintendencia solvencia moral y profesional.

- La Ley de Seguros en su artículo 24 determina que los corredores de reaseguros están prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia o cobrar primas, salvo autorización expresa del asegurador o del reasegurador, en su caso.

- El artículo 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros norma la "evidencia de cotizaciones y otros" y dispone que los corredores de reaseguros deban mantener, un archivo por cliente que contenga información sobre cotizaciones, franquicias, coberturas, colocaciones, reclamos y otros aspectos relevantes.

De la revisión de los antecedentes de la resolución recurrida se advierte que el órgano de regulación afirma que la observada es Conesa Kieffer & Asociados S.A. Corredores de Reaseguros en su calidad de corredor de reaseguros y hace referencia a la nota N° PROD. 2554/2012 enviada por la corredora de seguros Kieffer y Asociados solicitando la cotización de la renovación de la póliza de responsabilidad civil profesional y, finalmente, la APS concluye Conesa Kieffer & Asociados debió responder que su solicitud no era procedente al no estar autorizado para la realización de cotizaciones a asegurados y que, sin embargo, respondió bajo una línea diferente, realizando actividades extraordinarias no establecidas en la norma como parte de su objeto único que es la de intermediar entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes.

De la revisión de las actuaciones del órgano de regulación, los recurrentes nos encontramos absolutamente confundidos, por las siguientes razones:

- *Primero, porque aparentemente se sanciona a CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS por haber respondido a las solicitudes del futuro asegurado (de acuerdo a las exposiciones realizadas por la APS en el acto administrativo recurrido) y que esta acción generaría que la recurrente no hubiese cumplido con su objeto social, pero esta afirmación última puede estar mal interpretada dada la redacción utilizada por la APS que es inteligible.*

  Ahora bien, existe una duda razonable que tiene CONESA KIEFFER &ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS, que revisó el artículo 2 de la resolución administrativa sancionatoria que señala que se declara probado el cargo N° 1 por haber infringido las siguientes disposiciones reglamentarias y legales el numeral 2.1 iii) y 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008; el artículo 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 046/1999 y los artículos 23 y 24 de la Ley de Seguros. Sin embargo, todos estos preceptos reglamentarios y legales ***no sancionan el incumplimiento del objeto social****, no existiendo congruencia y afectando el derecho de defensa del actual recurrente al no permitirle conocer*

las razones ciertas de la sanción.

Por lo expuesto, se solicita que se disponga la aplicación de lo dispuesto por el Art. 36.I de la Ley de Procedimiento Administrativo, al incumplirse lo dispuesto por los incisos b) y c) del artículo 28 de la citada disposición, al momento de dictar la resolución administrativa recurrida.

Segundo, si la APS concluye que la actividad que realizó la actual recurrente incumple el objeto social, tiene la obligación de revisar de manera íntegra el artículo 22 de la Ley de Seguros que señala que "Los corredores de seguros deberán tener objeto social único consistente en la realización de intermediación en seguros privados sin mantener contrato de agencia o vínculo que suponga afección con ninguna entidad aseguradora".

Este precepto explicita tres condicionante para incumplirlo: 1) Que, el corredor de seguros deba tener objeto social único consistente en la realización de intermediación en seguros privados, 2) que la actividad señalada la deba realizar sin mantener contrato de agencia o vínculo y 3) que si existe este contrato de agencia o vínculo deba suponer la afección de alguna entidad aseguradora.

En el presente caso, la APS no ha explicado como concurren estas 3 condicionantes, por lo tanto, ha incurrido en la infracción del inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, del artículo 72 y del artículo 73.1 de la citada disposición legal. Por lo expuesto, también se solicita la revocatoria de la citada disposición.

Cargos N° 10 y N° 11

La APS, a través de la nota de cargos N° Ref.: C014-0705 de 22 de abril de 2014, inició el procedimiento sancionatorio contra la corredora de reaseguro CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS, por no haber informado sobre la solvencia del reasegurador (Ingosstrakh) que participan en la cuenta; y, por no haber incluido el total de los reaseguradores en la nota de cobertura.

Al respecto, se debe considerar lo siguiente:

- *El numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008 dispone que la nota de cobertura debe consignar el listado de reaseguradores.*

- *La Ley de Seguros en su artículo 23 norma las obligaciones de los corredores de reaseguros, una de éstas la prevista en el inciso a) señala que es la de "informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro".*

La conducta del recurrente efectivamente fue la de no incluir en el listado de

reaseguradores de la nota de cobertura al reasegurador Ingosstrakh, omitiendo informar de su inclusión a la reaseguradora. Por lo expuesto, se debe observar que el actual recurrente incurrió en una inobservancia que ha generado la infracción de dos normas legales concurrentes (el numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo y el artículo 23 de la Ley de Seguros), pero la conducta a sancionarse es una sola, por lo tanto, la sanción a imponerse debe ser una sola, de lo contrario se incurriría en la infracción del inciso e) del artículo 26 del D.S. N° 27113 y del inciso b) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado que la manifestación de la voluntad administrativa se sujetará a la razonabilidad, debiendo los servidores públicos valorar razonablemente las circunstancias de hecho y la norma jurídica aplicable al caso y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico y la causa y los hechos que sustentan la decisión del órgano de regulación.

Finalmente, debe considerarse que el artículo 23 (obligación de información) de la Ley de Seguros ha sido, también, reglamentada por el numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que establece la obligación de información sobre la solvencia de los reaseguradores.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada.

Cargo 13

La resolución administrativa recurrida señala que el actual recurrente ha cobrado las primas de los reaseguradores sin haber obtenido la autorización expresa.

La APS ha sancionado al corredor de reaseguros sin tener en cuenta el funcionamiento técnico del reasegurador a nivel mundial y el funcionamiento del corretaje de reaseguros en Londres.

Dentro de la normativa vigente en el mercado de Londres, el mercado de Lloyd's únicamente puede ser contactado a través de un corredor registrado con esa institución sin que corredores foráneos puedan contactar reaseguradores de forma directa.

Adicionalmente, al crear el vínculo con el corredor de Lloyd's, en este caso Howden Insurance Brokers, a través de la orden de colocación, estos actúan en forma comprensiva para el total de la orden de colocación creando un contrato legal entre la cedente, el intermediario, el corredor en Londres y los reaseguradores suscribiendo el contrato de reaseguro.

Por la normativa vigente en el mercado de seguros inglés así como las connotaciones legales que acarrearía un procedimiento distinto, el corredor de Londres actúa como parte indispensable en el contrato de reaseguro, transfiriendo a ellos el cobro de primas y demás procedimientos administrativos para la ejecución del contrato acordado.

Dentro de las potestades transferidas al corredor de Lloyd's se encuentra la de administrar la forma del cobro de prima en la manera que ellos consideren conveniente, siendo estos siempre responsable por la prima devengada a los reaseguradores.

Conesa Kieffer & Asociados trabajó con Howden Insurance Brokers, para acercarse a los sindicatos de Lloyd's y reaseguradores que tienen su base de operaciones en Europa y este fue de acuerdo a la legislación inglesa y a las bases técnicas de reaseguramiento que impera en los sindicatos de Lloyd's de Londres.

Por lo expuesto, al haberse explicitado que Howden Insurance Brokers ha dado la autorización al ahora recurrente para cobrar las primas debido a que tenía la potestad para hacerlo se advierte que el ahora recurrente, ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley de Seguros, a través de una interpósita persona.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la sanción impuesta.

<u>Cargos 14 al 33, con excepción del cargo 25</u>

De la revisión de la resolución administrativa recurrida se advierte que los cargos 14 al 33 (previstos en la nota de cargos N° Ref.: CO14-0705 de 22 de abril de 2014, que fueron declarados probados en el artículo segundo de la resolución administrativa recurrida y que fueron sancionados en el artículo tercero de la citada resolución administrativa) obedecen a una sola conducta, la emisión de una sola Nota de Cobertura extendida que ha dado origen a un solo contrato de reaseguro sujeto a diversos endosos. Bajo la misma línea de análisis técnico de reaseguro expuesto en el acápite que antecede (cuándo se analizaba el cargo N° 13), se advierte que Conesa Kieffer & Asociados Corredora de Reaseguros S.A. trabajó con Howden Insurance Brokers, para acercarse a sindicatos de Lloyds y reaseguradores que tienen su base de operaciones en Europa, teniendo ***UN SOLO CONTRATO DE SEGUROS por el mismo diente, adjuntamos la copia de la Nota de Cobertura de los Corredores de Reaseguro****, confirmando que si bien se han acercado a varios reaseguradores pero el asegurado es el mismo.*

Conesa Kieffer & Asociados Corredores de Reaseguros S.A. trabajó exclusivamente con Howden Insurance Brokers para la colocación completa de la orden de reaseguro de esta cuenta con potestad completa para contactar sindicatos de Lloyd's y reaseguradores internacionales como ellos vieran conveniente; creando ello UN SOLO CONTRATO DE REASEGUROS para dicha colocación la cual queda establecida en la Nota de Cobertura de Howden Insurance Brokers (adjunta). No existe una relación directa entre CK&A y los reaseguradores ya que la colocación se encuentra realizada por el corredor de Lloyd's (Howden). El haber contactado de forma directa y/o individual a los reaseguradores crea un incumplimiento en el contrato de reaseguro con consecuencias catastróficas.

La conducta del recurrente efectivamente fue la de no observar que el reasegurador

incurrió en un error en el sublímite asegurado en una de las coberturas del contrato de reaseguro, error que ha sido subsanado con efecto retroactivo a la emisión de la nota de cobertura.

Por lo expuesto, solo se puede concluir que la conducta a sancionarse es una sola, por lo tanto, la sanción a imponerse debe ser una sola, de lo contrario se incurriría en la infracción del inciso e) del artículo 26 del D.S. N° 27113 y del inciso b) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado que la manifestación de la voluntad administrativa se sujetará a la razonabilidad, debiendo los servidores públicos valorar razonablemente las circunstancias de hecho y la norma jurídica aplicable al caso y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico y la causa y los hechos que sustentan la decisión del órgano de regulación.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada.

Además de lo anterior expuesto, que desvirtúa la base para que los cargos sean repetitivos, los cargos mismos tienen las siguientes observaciones:

a) Adjuntamos la nota de los Corredores de Reaseguro en Londres, en la cual confirman que por un error involuntario se consideró 100 pies, siendo lo solicitado 1000 pies. Dentro del principio aplicable en seguros de la buena fe y en el entendido que se trata de un error involuntario, los reaseguradores confirman que la cobertura es para los 1000 pies en forma retroactiva.

b) y c) Las notas de cobertura que son enviadas por los reaseguradores en idioma Ingles (sic), *no pueden ser traducidas literalmente, porque pueden generar distorsión y/o malentendido en la cobertura otorgada, razón por la cual se debe de dar sentido y legalidad siendo lo más explícito posible para evitar complicaciones futuras. Una traducción literal puede ocasionar un perjuicio legal por no dar sentido a las cláusulas y textos.*

d) Dentro las condiciones originales bajo "Automatic additions/deletions clause $us. 25.000.000" la cobertura de Obras menores está incluida con el límite asegurado requerido. Si bien la póliza cuenta con un sublímite inicial para CAR/EAR distinto, el mismo reflejaba las construcciones en curso; sin embargo, la cláusula de inclusiones y exclusiones (que es inclusive de CAR/EAR) otorga la ampliación del límite a US$25 millones que es lo que se reflejó en la documentación y por ende cumple con las condiciones de cobertura presentadas a la compañía cedente.

<u>PETITORIO</u>

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente recurso de revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. Admita el presente recurso de revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del

Decreto Supremo N° 27113.

2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 330-2014 de 7 de mayo de 2014, por los fundamentos expuestos***…"

5. RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 490-2014 DE 9 DE JULIO DE 2014.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014 de fecha 7 de mayo de 2014, con los fundamentos que se transcriben seguidamente:

"…***CONSIDERANDO***

Que expuestos de esta manera los argumentos del recurso de revocatoria de ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS****, corresponde su análisis en aplicación del Principio de la Sana Crítica o Valoración Razonada de la Prueba, y entrando al análisis de los elementos sustanciales, en atención a los argumentos expresados, se deben hacer las siguientes consideraciones legales y técnicas:*

Al Cargo No. 1.-

La recurrente hace referencia al artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 que declara probado el cargos No.1 formulado, mediante la nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, al haber incumplido lo dispuesto en el numeral 2.1.iii) y 2.2.i) del Texto Ordenado de Reglamento de Reaseguro pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N°764 de 30 de septiembre de 2008; el artículo 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado aproado por la Resolución Administrativa IS N°046/1999 y los artículos 23 y 24 de la Ley de Seguros. Sin embargo, todos estos preceptos reglamentarios y legales, no sancionan el incumplimiento del objeto social.

En caso de ratificar el incumplimiento de su objeto social, la APS tiene la obligación de revisar de manera íntegra el artículo 22 de la Ley de Seguros, haciendo mención a tres condiciones para incumplirlo; 1) Que el corredor de seguros deba tener objeto social único consistente en la realización de intermediación en seguros privados, 2) Que la actividad señalada la deba realizar sin mantener contrato de agencia o vínculo y 3) que si existe este contrato de agencia o vínculo deba suponer la afección de alguna entidad aseguradora.

La APS no ha explicado cómo concurren estas 3 condicionantes, incurriendo en la infracción del inciso e) del artículo 28, 72 y 73.I de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Al respecto, esta Autoridad debe hacer las siguientes aclaraciones, el cargo se refiere al artículo 22 de la Ley de Seguros, en la parte que se refiere a los Corredores de Reaseguros, en este entendido, se considera que no es necesario que el supervisado incumpla la totalidad del contenido del artículo referido, y solo basta identificar como el presente caso un elemento específico y eso determinará que lo haya incumplido.

En el presente caso y como se lo notificó mediante nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014, realizó una cotización de reaseguro para Kieffer & Asociados Corredores de Seguros como se evidencia en la nota N°PROD.2554/2012 y otra documentación que se tuvo por conveniente evaluar. En el presente caso, claramente cuando se revisa la normativa se puede evidenciar que Kieffer & Asociados Corredores de Seguros no es ni una aseguradora cedente ni un reasegurador aceptante, por lo cual, se considera que el recurrente incumplió normativa descrita.

Contrastados los antecedentes cursantes en el expediente del presente procedimiento administrativo sancionador, se advierte que el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014, resuelve declarar probados, entre otros, el cargo No. 1 formulado mediante nota EPS-EXT.DE/553/2014, al haber incumplido lo dispuesto en el numeral 2.1.iii) y 2.2.i) del Texto Ordenado de Reglamento de Reaseguro pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N°764 de 30 de septiembre de 2008; el artículo 11 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado aproado por la Resolución Administrativa IS N°046/1999 y los artículos 23 y 24 de la Ley de Seguros. Sin embargo el cargo No. 1 formulado a CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS en la precitada nota de cargos, fue por presuntamente incumplir lo determinado en el artículo 22 de la Ley de Seguros No. 1883, es decir, por efectuar actividades distintas a su objeto social único, por lo que observamos que no existe una correlación entre el cargo formulado y la sanción impuesta, vulnerando el principio de congruencia procesal, por lo que se deberá aceptar los descargos efectuados por la recurrente, revocando el cargo No. 1 así como la sanción impuesta.

Al Cargo No. 7.-

La recurrente no presentó ningún descargo, argumento ni presento o produjo prueba que evaluar, tendientes a enervar el Cargo No. 7 así como la sanción impuesta, por lo que se ratifica el mismo.

Sin embargo, es necesario establecer que, el corredor de reaseguros que efectivamente efectuó la colocación con los reaseguradores, no fue Conesa Kieffer & Asociados, sino fue el Broker Chesterfield Insurance Brokers Limited conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR B0142B121325.

En este entendido, y como se evidencia de los antecedentes cursantes en el expediente, no se encuentra ninguna documentación o prueba que permita acreditar que Conesa Kieffer & Asociados hubiera cumplido con el envío de la documentación identificada con el UMR B0142B121325 (Placing Slip original emitido por el Broker que

efectivamente realizó la colocación con los reaseguradores que suscribieron el riesgo) a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.

En tal sentido, se confirman los artículos segundo y tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014 en lo que refiere al cargo 7.

Al Cargo No. 8.-

La recurrente no presentó ningún descargo, argumento ni presento o produjo prueba que evaluar, tendientes a enervar el Cargo No. 7 así como la sanción impuesta, por lo que se ratifica el mismo.

Sin embargo, es necesario establecer que en el presente caso, el corredor de reaseguros que efectivamente efectuó la colocación con los reaseguradores, no fue Conesa Kieffer & Asociados, sino fueron los siguientes: 1) Howden Insurance Brokers Limited conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR B1185PD2987510b, 2) Continental Insurance Brokers Limited conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR CIB2012BJ1143, 3) L.A.R & SON conforme se evidencia el placing slip identificado con el UMR B1190LW144699H, 4) Agnew International Inc. conforme se evidencia la Nota de cobertura #F2275-12.

En este entendido, y como se evidencia de los antecedentes cursantes en el expediente, no se encuentra ninguna documentación o prueba que permita acreditar que Conesa Kieffer & Asociados hubiera cumplido con el envío de la documentación identificada con el UMR B1185PD2987510b, UMR CIB2012BJ1143, UMR B1190LW144699H y #F2275-12 (Placings Slips originales emitidos por los Brokers que efectivamente realizaron la colocación con los reaseguradores que suscribieron el riesgo) a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.

En tal sentido, se confirman los artículos segundo y tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014 en lo que refiere al cargo 8.

Al Cargo No. 10.-

Es menester efectuar las siguientes consideraciones, conforme los argumentos expuestos:

La nota de cobertura es un documento que establece los términos y condiciones que fija el reasegurador.

Cuando el supervisado se refiere al numeral 2.2. i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la R.A. N°764/2008, hace referencia a la norma específica que establece la inclusión de la lista de los reaseguradores que respaldan la nota de cobertura.

Asimismo, cuando se refiere al artículo 23 obligaciones de los corredores de reaseguros inciso a) de la Ley de Seguros, sobre la obligación de informar a la cedente sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores, esta Autoridad hace énfasis en el hecho que la nota de cobertura tiene por objeto establecer los términos y condiciones fijados por el reasegurador, y no así el incluir una información y/o referencia a la solvencia de los reaseguradores que suscriben el riesgo, en cuyo caso la norma referida debería incluir dicho extremo, elemento que no es así, pues de la simple lectura de la norma referida notamos que: "…Toda nota de cobertura emitida por un corredor de reaseguro obligatoriamente ***deberá consignar el listado de reaseguradores*** *que suscriben el riesgo (Security)…" (Las negrillas son de la APS). Es decir, que sea el listado que identifique a los reaseguradores, sin que eso represente mayor información como es la de comunicar a la cedente que el reasegurador cuenta con la capacidad y solvencia suficiente en el marco de normativa vigente.*

En este entendido, lo que la APS pretende aclarar, es que el hecho de comunicar la capacidad y solvencia y plasmar el listado de reaseguradores en la nota de cobertura son hechos y eventos distintos, como que la entidad puede haber cumplido uno y el otro no, en un caso hipotético, la entidad emite una nota de cobertura incluyendo el listado de los reaseguradores que suscriben el riesgo, sin embargo, omitió el hecho de comunicar que algún reasegurador no cumplía con la capacidad y solvencia, el hecho de incluir el listado de reaseguradores en la nota de cobertura, no implica el hecho de haber comunicado a la entidad cedente o de presumir que sabe o cuenta con la información sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores.

En tal sentido, se confirman los artículos segundo y tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014 en lo que refiere al cargo 10.

Al Cargo No. 11.-

En relación al presente cargo, cabe también hacer las siguientes consideraciones, conforme a los argumentos expuestos:

La nota de cobertura es un documento que establece los términos y condiciones que fija el reasegurador.

Cuando el supervisado se refiere al numeral 2.2. i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la R.A. N°764/2008, hace referencia a la norma específica que establece la inclusión de la lista de los reaseguradores que respaldan la nota de cobertura.

Asimismo, cuando se refiere al artículo 23 obligaciones de los corredores de reaseguros inciso a) de la Ley de Seguros, sobre la obligación de informar a la cedente sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores.

Esta Autoridad hace énfasis en el hecho que la nota de cobertura tiene por objeto establecer los términos y condiciones fijados por el reasegurador, y no así el incluir una

información y/o referencia a la solvencia de los reaseguradores que suscriben el riesgo, en cuyo caso la norma referida debería incluir dicho extremo, elemento que no es así, pues la simple lectura de la norma referida refiere lo siguiente: "…Toda nota de cobertura emitida por un corredor de reaseguro obligatoriamente ***deberá consignar el listado de reaseguradores*** *que suscriben el riesgo (Security)…". (Las negrillas son de la APS). Es decir, el listado que identifique a los reaseguradores, sin que eso represente mayor información como es la de comunicar a la cedente que el reasegurador cuenta con la capacidad y solvencia suficiente en el marco de normativa vigente.*

En este entendido, lo que la APS pretende aclarar, es que el hecho de comunicar la capacidad y solvencia y plasmar el listado de reaseguradores en la nota de cobertura son hechos y eventos distintos, como que la entidad puede haber cumplido uno y el otro no, en un caso hipotético, la entidad emite una nota de cobertura incluyendo el listado de los reaseguradores que suscriben el riesgo, sin embargo, omitió el hecho de comunicar que algún reasegurador no cumplía con la capacidad y solvencia, el hecho de incluir el listado de reaseguradores en la nota de cobertura, no implica el hecho de haber comunicado a la entidad cedente o de presumir que sabe o cuenta con la información sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores.

En relación al presente cargo, el siguiente cuadro aclara que no incluyó en el security de su nota de cobertura identificada con el No. 2012/028/338, no solamente al reasegurador Ingosstrakh, sino otros como se puede apreciar:

Reaseguradores que Respaldan la Colocación	***Reaseguradores Detallados en la Nota de Cobertura N° 2012/028/338***
Munchener Ruckversicherung-Geselischaft	*Partner Re*
Partner Reinsurance Europe PLC	*Navigators 9129*
Swiss reinsurance (sic) *Compañy Ltd*	*Chauser*
Eurasia Insurance company (sic)	*Swiss Re*
Internatioanl General Insurance Co.	*IGI*
Scor Global P&C	*Eurasia*
PICC Property and Casualty Company Limited	*Prestige*
Prestige Assurance PLC	*PICC*
Millenium Consortium (Loyd's (sic) *Syndicate 9129)*	*Scor*
Chauser (Lloyd's Syndicate 1084)	*Münich Re*
Ace Global Markets	*CV Star*
Starr Underwriting Agents Limited	*ACE*
Atrium (Loyd's syndicate (sic) *609)*	*Hannover*
Hardy (Lloyd's Syndicate 382)	*Royal Sun Allianz*
Hannover Re	
The New India Assurance Company Ltd	
Jubilee (Lloyd's Syndicate 5820)	
Novae (Lloyd's Syndicate 2007)	
Royal Sun Alliance	
Agnew International Inc. (Intermediario)	
CCR reinsurance (sic) *Company*	
Ingosstrakh Insurance Company Limited	

A lo aseverado por la recurrente respecto a que por ambos cargos la APS debería imponer una sola sanción, cabe recordar que mediante nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014, el ente regulador formuló dos cargos de manera independiente, además si bien es cierto que ambos cargos fueron producto de un mismo hecho

generador, no es menos cierto que ambos cargos fueron por diferente figuras infraccionales y diferentes normas regulatorias, por lo que contrariamente a lo que infiera la recurrente, ambos cargos son independientes, consecuentemente deben tener cada uno una sanción independiente.

En tal sentido, se confirman los artículos segundo y tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014 en lo que refiere al cargo 11.

Al Cargo No. 13.-

Las partes en el contrato de reaseguro son el asegurador y el reasegurador.

Dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 24 de la Ley de Seguros No. 1883/1998, el corredor de reaseguros no puede cobrar primas, salvo se encuentren autorizados de manera expresa por el asegurador o del reasegurador en su caso.

La normativa no se encuentra en incompatibilidad con las funciones y/o funcionamiento del mercado reasegurador o sus operadores. Así como refiere la recurrente para llegar a los reaseguradores del Lloyd's se lo hace a través de brokers, en este entendido, de la misma forma la recurrente debió requerir una autorización de los reaseguradores si iba a cobrar primas de terceros, o en su defecto debió haber comunicado a la cedente las coordenadas bancarias de los reaseguradores o bróker encargado de cobrar dicha remesa, evitando de esa manera el riesgo operacional de mantener en sus estados financieros recursos de terceros.

Si bien es cierto que para llegar al mercado de Lloyd's se tiene que ir a través de Brokers registrados para operar en ese mercado, y como en toda organización grande cuentan con reglamentación operativa, sin embargo, la recurrente debe considerar que está autorizado para intermediar entre la entidad aseguradora y los reaseguradores aceptantes, y el hecho de realizar actividades prohibidas y/o sin autorización, generan responsabilidades individuales donde en cualquier desfase de plazos los directos afectados son el asegurador y los reaseguradores aceptantes que son las partes del contrato de reaseguro.

Por otro lado, a través de la orden de colocación no se crea un contrato legal entre la cedente, el intermediado, el corredor en Londres y los reaseguradores suscribiendo el contrato de reaseguro, considerando lo descrito de manera previa referido a las partes del contrato de reaseguro.

En tal sentido, se confirman los artículos segundo y tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014 en lo que refiere al cargo 13.

A los cargos 14 al 33, excepto el 25.-

En relación a los argumentos expuestos por la recurrente, es necesario efectuar las siguientes consideraciones:

Los cargos probados corresponden a una serie de conductas que permiten evidenciar la omisión de la obligación de ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro.

Al respecto, se hace notar que la recurrente tenía pleno conocimiento de cada respaldo de reaseguro emitido por los brokers y reaseguradores que participaron en el proceso de colocación del riesgo. Asimismo, la distinción entre el efecto que genera la diferencia contenida en la nota de cobertura, en relación a las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro, esto afecta de manera independiente y proporcionalmente a la cobertura originalmente suscrita por la cedente.

En este sentido, si bien como refiere la recurrente, emitió una sola nota de cobertura, esta es resultado de varias omisiones identificadas en la nota de cobertura y respaldos de reaseguro que se deberían haber comunicado a la entidad cedente.

Por otro lado, haciendo referencia a los incisos que la recurrente observó, se proceden a evaluar de la siguiente manera:

a) La recurrente es responsable ante la aseguradora por las colocaciones que realice en el mercado de reaseguros, así como la cedente es responsable ante el asegurado por los riesgos asumidos, en este entendido, cualquier omisión y/o deficiencia en el proceso de colocación de los riesgos en los mercados de reaseguro, es responsabilidad de Conesa Kieffer & Asociados Corredores de Reaseguros S.A.

   Por otro lado, en efecto la recurrente presentó respaldo de reaseguro que opera de manera retroactiva, el cual no refiere a error involuntario de nadie, salvo lo comunicado en el presente.

   En relación al endoso, se evidencia que el mismo muestra una modificación que aplica a partir del 30 de junio de 2012, de manera retroactiva.

   El hecho de haber presentado un respaldo de reaseguro que opera de manera retroactiva cuando hablamos de riesgos, solamente hace que se haya subsanado la observación a partir de la emisión de dicho respaldo, lo cual quiere decir que en caso de haberse suscitado un siniestro en una fecha anterior a la emisión del descargo presentado, dicha pérdida no hubiera estado amparada por el reasegurador en las proporciones de las diferencias encontradas.

   En este entendido, no se está desechando o invalidando la documentación presentada como descargo, lo que se hace es considerar dicho documento para disminuir la gravedad de la omisión, considerando que el mismo, como se refirió

de manera previa no impide o invalida el hecho que desde el momento de la suscripción de los riesgos hasta la emisión del respaldo (Endoso).

b) y c) En relación al argumento presentado por la recurrente, en efecto esta Autoridad considera que los documentos enviados por los reaseguradores, no pueden ser traducidos literalmente por los efectos que pueden generar, sin embargo, las traducciones en el proceso de emisión de la nota de cobertura a la cedente debería ser concordante con los respaldos de reaseguro emitidos por los reaseguradores u otro que los emita, así como con las condiciones del seguro contratado por el asegurado, salvo sea aceptado por el asegurado o la cedente retenga el riesgo conforme a normativa vigente.

En el presente caso, no se encuentra argumento o justificativo que la recurrente refiera que permita desestimar el cargo.

d) En relación a los argumentos expuestos por la recurrente, se establecen las siguientes consideraciones:

Efectivamente, se ha requerido una cobertura para nuevas adquisiciones durante toda la vigencia, incluyendo bienes en remodelación, construcción y montaje hasta USD 25.000.000 los cuales serán ajustados al final de la vigencia, sin embargo, lo que se está observando no es ese límite.

Al respecto, lo que se está observando es la cobertura para obras menores en construcción y montaje incluida por el supervisado en la nota de cobertura hasta USD25.000.000, cuando los reaseguradores otorgan respaldos de USD10.000.000 y USD15.000.000, como lo ha podido apreciar la recurrente en este sublímite.

En este entendido, se reitera que lo observado está referido al apartado sublímites que como se podrá apreciar afecta directamente a los alcances en la cobertura de CAR/EAR (obras menores) conforme las condiciones de la póliza original.

Finalmente, se considera que el supervisado no ha presentado documentación y/o argumentos que permitan desestimar los cargos.

En tal sentido, se confirman los artículos segundo y tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014 en lo que refiere a los cargos del 14 al 33 excepto el 25.

Al cargo No. 25.-

La recurrente no expuso ningún descargo, argumento ni presento o produjo prueba que evaluar, tendientes a enervar el Cargo No. 25 así como la sanción impuesta, por lo que se ratifica el mismo.

Sin embargo, es necesario precisar que el efecto que genera este incumplimiento es significativo para la cedente porque, se pudo evidenciar que el reasegurador IJSC

"INGOSSTRAKH" no cumple con la calificación de riesgo mínima aceptable en el reglamento de reaseguro pasivo.

Considerando que el hecho de que el reasegurador no cumpla con lo requerido en normativa, genera que la entidad aseguradora que asume el riesgo localmente, deba realizar posibles recolocaciones, reservas y/o comunicaciones a su asegurado para subsanar esta deficiencia.

En este entendido, la recurrente incumplió la normativa vigente.

CONSIDERANDO

Que tanto los argumentos expuestos por la recurrente, así como la prueba producida, lo único que tratan de lograr es deslindar su responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas, al realizar actividades que no están dentro de su objeto social único, infringiendo lo determinado en los artículos 22, 23 de la Ley de Seguros No. 1883, así como lo determinado en los numerales 2.1.iii), 2.2.i) de la Resolución Administrativa No. 764/2008 de 30 de septiembre de 2008 y los artículo 9 y 11 de la Resolución Administrativa IS No. 046/99 de 31 de marzo de 1999, además que dichos argumentos no son concretos al objeto del presente recurso, ya que si bien por el principio de sometimiento pleno a la ley, establecido en la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, la Administración debe asegurar a los administrados el debido proceso, que es concebido como el derecho que tienen las partes a exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos, sin embargo no es menos cierto que dichos argumentos y pruebas deben estar orientadas a enervar los cargos formulados, por lo que al contrario de lo que ésta establece, sí hay elementos suficientes que corroboran ese hecho.

Que de la valoración de los fundamentos expuestos por la recurrente, de acuerdo a lo establecido en el numeral IV del artículo 47 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, se establece que los mismos son parcialmente conducentes para revocar y/o modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014, de acuerdo a lo siguiente:

Para el cargo No. 1.- Revocar el Cargo No. 1, ya que no existe una correlación entre el cargo formulado y la sanción impuesta.

Para los Cargos 14 al 33, excepto el 25.- Se debe confirmar la sanción impuesta mediante el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014.

Respecto a los demás cargos y sanción establecidos mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014, no existe mérito para su revocatoria, debiendo por el contrario ser confirmada en su integridad…"

Con base en tal fundamento, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014, resuelve:

"…***PRIMERO.- REVOCAR*** *parcialmente el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014, en lo que refiere al cargo No. 1, desestimando dicho cargo.*

SEGUNDO.- CONFIRMAR *la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS/No. 330-2014 de 7 de mayo de 2014, en lo que refiere a los cargos del 14 al 33 excepto el 25 del artículo segundo.*

TERCERO.- CONFIRMAR *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/330-2014 de 7 de mayo de 2014 en su integridad a excepción de lo dispuesto en los artículos precedentes.*

CUARTO.- *Efectuar la devolución de la multa impuesta mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/330-2014 de 7 de mayo de 2014, respecto al Cargo No. 1…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de julio de 2014, **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, a cuyo efecto, expuso los alegatos que se transcriben a continuación:

"***…II.3.1 ILEGALIDAD DE LA SANCIÓN IMPUESTA A TRAVÉS DE LA R.A. N° 330/2014 REVOCADA PARCIALMENTE POR LA R.A.*** *N° 490/2014*

<u>Cargos Nº 10 y Nº 11</u>

La APS, a través de la nota de cargos N° Ref.: C014-0705 de 22 de abril de 2014, inició el procedimiento sancionatorio contra la corredora de reaseguro CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS, por no haber informado sobre la solvencia del reasegurador (Ingosstrakh) que participan en la cuenta; y, por no haber incluido el total de los reaseguradores en la nota de cobertura.

Al respecto, se debe considerar lo siguiente:

- *El numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado por la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008 dispone que la nota de cobertura debe consignar el listado de reaseguradores.*

- *La Ley de Seguros en su artículo 23 norma las obligaciones de los corredores de reaseguros, una de éstas la prevista en el inciso a) señala que es la de "informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro".*

La conducta del recurrente efectivamente fue la de no incluir en el listado de reaseguradores de la nota de cobertura al reasegurador Ingosstrakh, omitiendo

informar de su inclusión a la reaseguradora. Por lo expuesto, se debe observar que el actual recurrente incurrió en una inobservancia que ha generado la infracción de dos normas legales concurrentes (el numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo y el artículo 23 de la Ley de Seguros), pero la conducta a sancionarse es una sola, por lo tanto, la sanción a imponerse debe ser una sola, de lo contrario se incurriría en la infracción del inciso e) del artículo 26 del D.S. N° 27113 y del inciso b) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado que la manifestación de la voluntad administrativa se sujetará a la razonabilidad, debiendo los servidores públicos valorar razonablemente las circunstancias de hecho y la norma jurídica aplicable al caso y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico y la causa y los hechos que sustentan la decisión del órgano de regulación.

Finalmente, debe considerarse que el artículo 23 (obligación de información) de la Ley de Seguros ha sido, también, reglamentada por el numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que establece la obligación de información sobre la solvencia de los reaseguradores.

Por lo expuesto se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada a través del presente recurso jerárquico y consiguientemente la revocatoria de la R.A. N° 330-2014, en lo que respecta al cargo N° 10.

<u>Cargo 13</u>

> *La resolución administrativa recurrida señala que el actual recurrente a* (sic) *cobrado las primas de los reaseguradores sin haber obtenido la autorización expresa.*
>
> *La APS ha sancionado al corredor de reaseguros sin tener en cuenta el funcionamiento técnico del reasegurador a nivel mundial y el funcionamiento del corretaje de reaseguros en Londres.*
>
> *Dentro de la normativa vigente en el mercado de Londres, el mercado de Lloyd's únicamente puede ser contactado a través de un corredor registrado con esa institución sin que corredores foráneos puedan contactar reaseguradores de forma directa. Adicionalmente, al crear el vínculo con el corredor de Lloyd's, en este caso Howden Insurance Brokers, a través de la orden de colocación, estos actúan en forma comprensiva para el total de la orden de colocación creando un contrato legal entre la cedente, el intermediario, el corredor en Londres y los reaseguradores suscribiendo el contrato de reaseguro.*
>
> *Por la normativa vigente en el mercado de seguros inglés así como las connotaciones legales que acarrearía un procedimiento distinto, el corredor de Londres actúa como parte indispensable en el contrato de reaseguro, transfiriendo a ellos el cobro de primas y demás procedimientos administrativos para la ejecución del contrato acordado. Dentro de las potestades transferidas*

al corredor de Lloyd's se encuentra la de administrar la forma del cobro de prima en la manera que ellos consideren conveniente, siendo estos siempre responsable por la prima devengada a los reaseguradores.

Conesa Kieffer & Asociados trabajó con Howden Insurance Brokers, para acercarse a los sindicatos de Lloyd's y reaseguradores que tienen su base de operaciones en Europa y este fue de acuerdo a la legislación inglesa y a las bases técnicas de reaseguramiento que impera en los sindicatos de Lloyd's de Londres.

Por lo expuesto, al haberse explicitado que Howden Insurance Brokers ha dado la autorización al ahora recurrente para cobrar las primas debido a que tenía la potestad para hacerlo se advierte que el ahora recurrente ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley de Seguros, a través de una interpósita persona.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada a través del presente recurso jerárquico y consiguientemente la revocatoria de la R.A. N° 330-2014, en lo que respecta al cargo N° 13.

<u>Cargos 14 al 33, con excepción del cargo 25</u>

De la revisión de la resolución administrativa recurrida se advierte que los cargos 14 al 33 (previstos en la nota de cargos N° Ref.: C014-0705 de 22 de abril de 2014, que fueron declarados probados en el artículo segundo de la resolución administrativa recurrida y que fueron sancionados en el artículo tercero de la citada resolución administrativa) obedecen a una sola conducta, la emisión de una sola Nota de Cobertura extendida que ha dado origen a un solo contrato de reaseguro sujeto a diversos endosos.

Bajo la misma línea de análisis técnico de reaseguro expuesto en el acápite que antecede (cuándo se analizaba el cargo N° 13), se advierte que Conesa Kieffer & Asociados Corredora de Reaseguros S.A. trabajó con Howden Insurance Brokers, para acercarse a sindicatos de Lloyd's y reaseguradores que tienen su base de operaciones en Europa, teniendo ***UN SOLO CONTRATO DE SEGUROS por el mismo cliente, adjuntamos la copia de la Nota de Cobertura de los Corredores de Reaseguro,*** *confirmando que si bien se han acercado a varios reaseguradores pero el asegurado es el mismo.*

Conesa Kieffer & Asociados Corredores de Reaseguros S.A. trabajó exclusivamente con Howden Insurance Brokers para la colocación completa de la orden de reaseguro de esta cuenta con potestad completa para contactar sindicatos de Lloyd's y reaseguradores internacionales como ellos vieran conveniente; creando ello UN SOLO CONTRATO DE REASEGUROS para dicha colocación la cual queda establecida en la Nota de Cobertura de Howden Insurance Brokers (adjunta). No existe una relación directa entre CK&A y los reaseguradores ya que la colocación se encuentra realizada por el corredor de Lloyd's (Howden). El haber contactado de

forma directa y/o individual a los reaseguradores crea un incumplimiento en el contrato de reaseguro con consecuencias catastróficas.

La conducta del recurrente efectivamente fue la de no observar que el reasegurador incurrió en un error en el sublimité asegurado en una de las coberturas del contrato de reaseguro, error que ha sido subsanado con efecto retroactivo a la emisión de la nota de cobertura.

Por lo expuesto, solo se puede concluir que la conducta a sancionarse es una sola, por lo tanto, la sanción a imponerse debe ser una sola, de lo contrario se incurriría en la infracción del inciso e) del artículo 26 del D.S. N° 27113 y del inciso b) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento r- Administrativo, dado que la manifestación de la voluntad administrativa se sujetará a la razonabilidad, debiendo los servidores públicos valorar razonablemente las circunstancias de hecho y la norma jurídica aplicable al caso y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico y la causa y los hechos que sustentan la decisión del órgano de regulación.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada y consiguientemente de la R.A. N° 490/2014 de acuerdo a lo precedentemente expuesto.

Además de lo anterior expuesto, que desvirtúa la base para que los cargos sean repetitivos, los cargos mismos tienen las siguientes observaciones:

a) Adjuntamos la nota de los Corredores de Reaseguro en Londres, en la cual confirman que por un error involuntario se consideró 100 pies, siendo lo solicitado 1000 pies. Dentro del principio aplicable en seguros de la buena fe y en el entendido que se trata de un error involuntario, los reaseguradores confirman que la cobertura es para los 1000 pies en forma retroactiva.

b) y c) Las notas de cobertura que son enviadas por los reaseguradores en idioma Ingles (sic)*, no pueden ser traducidas literalmente, porque pueden generar distorsión y/o malentendido en la cobertura otorgada, razón por la cual se debe de dar sentido y legalidad siendo lo más explícito posible para evitar complicaciones futuras. Una traducción literal puede ocasionar un perjuicio legal por no dar sentido a las cláusulas y textos.*

d) Dentro las condiciones originales bajo "Automatic additions/deletions clause $us.25.000.000" la cobertura de Obras menores está incluida con el límite asegurado requerido. Si bien la póliza cuenta con un sublímite inicial para CAR/EAR distinto, el mismo reflejaba las construcciones en curso; sin embargo, la cláusula de inclusiones y exclusiones (que es inclusive de CAR/EAR) otorga la ampliación del límite a US$25 millones que es lo que se reflejó en la documentación y por ende cumple con las condiciones de cobertura presentadas a la compañía cedente.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada a través del presente recurso jerárquico y consiguientemente la revocatoria de la R.A. N° 330-2014, en lo que respecta a los cargo 14 al 33, con excepción del cargo 25.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 52, 53 y 54 del Decreto Supremo N° 27175, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

i) Admita el presente recurso jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 490-2014 DE 9 DE JULIO DE 2014.

ii) Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso jerárquico disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490- 2014 de 9 de julio de 2014 y consiguientemente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014 de 7 de mayo de 2014 y consiguientemente de la, por los fundamentos expuestos…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe PS/DS/JCF/269/2013 (informe técnico APS/DS/JTS/992/2013) de 12 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros inició la Fiscalización a Intermediarios de Seguros (FIS) – Cuentas Determinadas e Inspección Técnica a Reaseguro, en base a la información técnica y a los Estados Financieros al 31 de marzo de 2013, de **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS**, de cuyo resultado se establecieron las treinta y tres infracciones a las que se refiere la nota APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014 (conforme han sido mencionadas en la relación supra).

A la sustanciación de las mismas y en trámite de sustanciación de los descargos opuestos por la ahora recurrente mediante la nota N.Ref.: C014-0705 de 22 de abril de 2014, el Ente Regulador pronunció la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014 de 7 de mayo de 2014, la que recurrida de Revocatoria mediante la nota Ref.: C014-0986 de 10 de junio de 2014, dio lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de 9 de julio de 2014,

determinó en definitiva, la interposición del Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Corresponde en principio dejar constancia, que habiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputado a **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, por la probable comisión de los treinta y tres cargos (del 1 al 33) que constan en la nota APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 330/2014 de 7 de mayo de 2014 ha resuelto: "*declarar **IMPROBADOS** los Cargos Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 12*" y, por consiguiente "*declarar **PROBADOS** los Cargos Nos. 1, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33*".

Por su parte, a tiempo de revocar parcialmente la anterior, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2014 dispuso desestimar el cargo N° 1; no obstante, su parte dispositiva resulta de difícil discernimiento, cuando confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 330/2014 "*en lo que refiere a los cargos del 14 al 33 excepto el 25 del artículo segundo*" y "*a excepción de lo dispuesto en los artículos precedentes*", resultando esclarecedora su parte considerativa, al señalar que "*respecto a los demás cargos y sanción establecidos mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 330-2014, no existe mérito para su revocatoria, debiendo por el contrario ser confirmada en su integridad*", lo que determina que, en definitiva y **al presente, las sanciones impuestas por el Ente Fiscalizador recaen sobre los cargos Nros. 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33**.

Ahora bien y conforme lo supra relacionado, así como el Recurso de Revocatoria (nota Ref.: C014-0986 de 10 de junio de 2014) de **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, está limitado a los cargos Nros. 1 -al presente desestimado-, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33, por la mención expresa de recurrir "*con excepción del cargo 25*", el Recurso Jerárquico (memorial de 30 de julio de 2014), está referido -sólo- a los cargos Nros. 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 (con renovada mención de "*con excepción del cargo 25*").

Lo anterior determina que, en observancia del artículo 63°, parágrafo II, primera parte, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que dice que "*la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*…", **las controversias que hacen al Recurso Jerárquico que se conoce al presente, están referidas -sólo- a 22 cargos (los Nros. 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33)**.

Ello por cuanto, no existe impugnación ni expresión de agravio alguno, referida a los desestimados cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 12, ni sobre los sancionados cargos Nros. 7, 8 y 25, por lo que ésta instancia jerárquica, considera que las decisiones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, referidas a estos once cargos, no le irrogan a **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta (en su caso).

Por consiguiente, no existiendo pretensión de la recurrente con referencia a dispuesto para los cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12 y 25, dada la inexistencia de impugnación sobre los mismos en el Recurso Jerárquico, en observancia del artículo 58º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de los agravios sí expresados con respecto a los restantes 22 cargos.

En tal sentido, se tiene presente que el acápite II.3.1 del Recurso Jerárquico, divide al mismo en tres subcapítulos, intitulados a su turno: "*Cargos N° 10 y N° 11*", "*Cargo 13*" y "*Cargos 14 al 33, con excepción del cargo 25*", por lo que es con observancia de tal estructura y en el mismo orden, que pasan a tratarse a continuación.

2.1. Fundamentos presentados contra los cargos N° 10 y N° 11.-

Alega **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*La APS* (…) *inició el procedimiento sancionatorio* (…) ***por no haber informado*** *sobre la solvencia del reasegurador (Ingosstrakh) que participan en la cuenta;* ***y, por no haber incluido el total de los reaseguradores en la nota de cobertura*** (…)
>
> …*La conducta del recurrente efectivamente fue la de no incluir en el listado de reaseguradores de la nota de cobertura al reasegurador Ingosstrakh, omitiendo informar de su inclusión a la reaseguradora* (…) *incurrió en una inobservancia que ha generado la infracción de dos normas legales concurrentes* (…) *pero la conducta a sancionarse es una sola, por lo tanto, la sanción a imponerse debe ser una sola* (…)
>
> …*el artículo 23 (obligación de información) de la Ley de Seguros ha sido, también, reglamentada por el numeral 2.2.i) del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que establece la obligación de información sobre la solvencia de los reaseguradores*…"

Esto compele a revisar la nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, que: "*en relación a la "Evaluación de la Carpeta del Cliente Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. que contiene la Nota de Cobertura N° 2012/028/338 del ramo Incendio, donde el asegurado es Y.P.F.B. Refinación*", establece que:

> "…***CARGO 10.*** *No se encuentra* (…) *elementos que permitan identificar que la corredora de reaseguros hubiera cumplido la obligación de informar a la entidad aseguradora sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará* (sic) *los reaseguros* (…)
>
> …***CARGO 11.*** *La nota de cobertura N°2012/028/2012 emitida por* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.,*** *no incluye el total de Reaseguradores conforme los respaldos de Reaseguro*…"

A este respecto, en el planteamiento de **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES**

DE REASEGUROS, la misma reconoce que efectivamente no incluyó al reasegurador Ingosstrakh Insurance Company en el listado de reaseguradores de la nota de cobertura (lo que haría al cargo N° 11), con lo que al mismo tiempo, resultó estar omitiendo informar sobre la solvencia y capacidad de la misma a la reaseguradora (cargo N° 10); en tal lógica, la nota de cobertura, al margen de cualquier otra utilidad técnica, serviría además de informe a la entidad aseguradora.

Sin embargo, tal presupuesto pasa por alto que:

- Mientras el artículo 23°, numeral 2, inciso 'a', de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros (supuestamente infringido en el caso del cargo N° 10), prescribe la obligación de informar a la entidad aseguradora, acerca de "***la solvencia y capacidad de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro***"

- El artículo único, numeral 2, sub numeral 2.2, inciso i), segunda condición, de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764/2008 de 30 de septiembre de 2008 (ídem, en el caso del cargo N° 11), establece la obligación de consignar en la nota de cobertura "***el listado de reasegurados que suscriben el riesgo (security) respectivo***".

En este entendido, la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2014 bien ha señalado que:

> "…*la nota de cobertura tiene por objeto establecer los términos y condiciones fijados por el reasegurador, y no así el incluir una información y/o referencia a la solvencia de los reaseguradores que suscriben el riesgo* (…)
>
> …*el hecho de comunicar la capacidad y solvencia y* (sic) *plasmar el listado de reaseguradores en la nota de cobertura son hechos y eventos distintos, como que la entidad puede haber cumplido uno y el otro no* (…)
>
> …*no incluyó en el security de su nota de cobertura identificada con el No. 2012/028/338, no solamente al reasegurador Ingosstrakh, sino otros*…"

Al respecto último, la confirmatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2014 presenta un cuadro sobre "*Reaseguradores que Respaldan la colocación* -y- *Reaseguradores Detallados en la Nota de Cobertura N° 2012/028/338*", cuyo contenido no es objeto de observación alguna por parte de la recurrente, de manera tal que, para el primer caso (*Reaseguradores que Respaldan la colocación*) hace mención de 22 empresas, y para el segundo (*Reaseguradores Detallados en la Nota de Cobertura*) de 14, determinando sean 8 las empresas reaseguradoras que, sin embargo de respaldar la colocación, no se encuentran detallados en la Nota de Cobertura.

Entonces para el caso, conforme lo ha propuesto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resulta que en la Nota de Cobertura se han consignado solo 14 empresas reaseguradoras, cuando en realidad debieron ser las 22 que respaldan la colocación, implicando entonces, infracción al artículo único, numeral 2, sub numeral 2.2, inciso i), segunda condición, de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764/2008; empero

además y en el planteamiento del Regulador, sobre ninguna de esas 22 empresas, ni siquiera alguna de las 14 consignadas en la Nota de Cobertura, se ha informado su solvencia y capacidad a la entidad aseguradora, en infracción al artículo 23°, numeral 2, inciso 'a', de la Ley N° 1883, de Pensiones, determinando claramente resultar las conductas que importan (cargos Nº 10 y Nº 11), en hechos distintos y no así una sola conducta sancionable, como mal lo alega **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**.

Para ello además, téngase presente que de la compulsa de ambas imputaciones, resulta palmariamente evidente que, lo que debió informarse en el tenor del cargo N° 10, es "***la solvencia y capacidad*** (adjetivo calificativo) ***de los reaseguradores con los cuales intermediará el reaseguro***", extremo diverso del -solo- "***listado de reasegurados*** (nombre o sustantivo) ***que suscriben el riesgo (security) respectivo***" que debió consignarse en la nota de cobertura, según lo señala el cargo N° 11.

Empero fundamentalmente y dado su carácter formal, la actividad de "***informar a la entidad aseguradora*** *sobre la solvencia y capacidad de los reaseguradores*", es esencialmente diversa de la de **incluir en la nota de cobertura** "*el total de Reaseguradores*", siendo impertinente el pretender establecer una inexistente sinonimia entre ambas (en cuanto a que *informar*, sería para el caso, lo mismo que *consignar*), puesto que de ninguna manera configuran la misma conducta o, en los términos del artículo 117°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, "*el mismo hecho*".

Por consiguiente, el alegato de **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** en este sentido, es inadmisible.

2.2. Autorización para el cobro de primas (cargo Nº 13).-

Señala también el Recurso Jerárquico, que:

> "…*Conesa Kieffer & Asociados trabajó con Howden Insurance Brokers, para acercarse a los sindicatos de Lloyd's y reaseguradores que tienen su base de operaciones en Europa y este fue de acuerdo a la legislación inglesa y a las bases técnicas de reaseguramiento que impera en los sindicatos de Lloyd's de Londres* (…)
>
> …*Howden Insurance Brokers ha dado la autorización al ahora recurrente para cobrar las primas debido a que tenía la potestad para hacerlo se advierte que el ahora recurrente ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley de Seguros, a través de una interpósita persona*…"

Corresponde incidir en lo que al efecto dispone el cargo N° 13; así:

> "…***CARGO 13.*** *No se evidenció, la Autorización para el Cobro de Primas o Siniestros por parte de* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.,*** *por lo que se presume incumplimiento del* ***artículo 24 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *que establece: "PROHIBICIÓN.- Los corredores de seguros y reaseguros están*

prohibidos de asumir riesgos por cuenta propia o cobrar primas, salvo autorización expresa del asegurador o del reasegurador, en su caso…"

Toda vez que el alegato es reiterativo del expresado a tiempo del Recurso de Revocatoria de fecha 10 de junio de 2014, sobre el mismo en concreto, se ha pronunciado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, con el siguiente fundamento:

"…*la recurrente debió requerir una autorización de los reaseguradores si iba a cobrar primas de terceros, o en su defecto debió haber comunicado a la cedente las coordenadas bancarias de los reaseguradores o bróker encargado de cobrar* (…) *evitando de esa manera el riesgo operacional de mantener en sus estados financieros recursos de terceros* (…)

…*el hecho de realizar actividades prohibidas y/o sin autorización, generan responsabilidades individuales donde en cualquier desfase de plazos los directos afectados son el asegurador y los reaseguradores aceptantes que son las partes del contrato de reaseguro* (…)

…*a través de la orden de colocación no se crea un contrato legal entre la cedente, el intermediado, el corredor en Londres y los reaseguradores…*"

A este respecto, se tiene presente lo establecido en el artículo único, acápite 2.1, inciso i), de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, en sentido que la Corredora de Reaseguros es responsable de las colocaciones que efectúe, por cuyo efecto, le corresponde velar porque las mismas no sean contrarias a la legislación vigente, es decir, mercado regulado tal cual es el de seguros, se debe respetar lo normado para el mismo.

Por consiguiente, la controversia presente radica en determinar si la autorización de Howden Insurance Brokers era suficiente para el Cobro de Primas o Siniestros de los restantes reaseguradores involucrados, al resultar estos "*sindicatos de Lloyd's*", conforme lo señala **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, para lo que además ha aclarado que:

"…***Por la normativa vigente en el mercado de seguros inglés*** *así como las connotaciones legales que acarrearía un procedimiento distinto,* ***el corredor de Londres actúa como parte indispensable en el contrato de reaseguro, transfiriendo a ellos el cobro de primas*** *y demás procedimientos administrativos para la ejecución del contrato acordado. Dentro de las potestades transferidas al corredor de Lloyd's se encuentra la de administrar la forma del cobro de prima en la manera que ellos consideren conveniente, siendo estos siempre responsable por la prima devengada a los reaseguradores* (…)

…***este fue de acuerdo a la legislación inglesa*** *y a las bases técnicas de reaseguramiento que impera en los sindicatos de Lloyd's de Londres*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

Presupuesto que, sin embargo, no es *per se* contrario a lo preceptuado por el supra relacionado artículo único, acápite 2.1, inciso i), de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764: el hecho de que los reasegurados europeos se hubieran regido por la normativa inglesa (como sugiere la recurrente) no determina en sí mismo una contrariedad a la legislación patria vigente.

El Ente Regulador prefiere pasar por alto tal extremo y da por hecho, ante la inexistencia expresa de autorizaciones expresas de los reaseguradores involucrados, para el cobro realizado por **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS**, que esta asumió los riesgos de las operaciones controvertidas; no obstante, prescinde de analizar -sea para su aceptación o para su rechazo- si, como señala ha señalado la recurrente, la autorización de Howden Insurance Brokers importa las autorizaciones extrañadas.

El suscrito tiene presente que el reaseguro, como práctica comercial legítima, tiene un origen supra legal, por cuanto, como contrato de naturaleza mediadora, se rige por los pactos voluntariamente establecidos entre las partes, siempre que no vulneren los límites establecidos a la autonomía de la voluntad.

Se trata, de un contrato que la doctrina ha calificado como uno atípico y con características propias, que no por ello puede dejar de estar regulado, empero entendiendo que la regulación observa su dinámica propia para el cumplimiento de su finalidad, como características esenciales, dinámica que en la práctica conlleva frecuente y comúnmente, la concurrencia de operadores internacionales y con respecto a los cuales, se recalca, no porque se rijan por una normativa foránea, conlleva automáticamente una inobservancia a la legislación patria vigente.

En definitiva y para el caso, no queda claro si la autorización que ha dado Howden Insurance Brokers para el cobro de las primas en favor de los reaseguradores involucrados, es válida y suficiente a los fines del artículo 24° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1883 (de Seguros), por tanto, si evidentemente existe (o no) infracción al mismo, y esto, porque habiendo alegado el extremo **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** ya a tiempo de su Recurso de Revocatoria, no ha merecido su análisis por parte del Ente Regulador, quien se ha limitado a considerar la inexistencia de autorizaciones expresas de los reaseguradores señalados, sin considerar los extremos concretos a los que ha hecho referencia el recurrente.

Tal circunstancia importa infracción al principio del debido proceso, en cuanto a la fundamentación que debe hacer a las Resoluciones Administrativas y que adolece la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, extremo que justifica la decisión que al respecto consta en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.3. Fundamentos presentados contra los cargos Nros. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33.-

Por último, alega también el Recurso Jerárquico, que:

> "…*los cargos 14 al 33* -a excepción del N° 25 por disposición de la propia recurrente, conforme lo supra señalado- (…) *obedecen a una sola conducta, la emisión de una sola Nota de Cobertura extendida que ha dado origen a un solo contrato de reaseguro sujeto a diversos endosos* (…)
>
> …*Conesa Kieffer & Asociados Corredora de Reaseguros S.A. trabajó con Howden Insurance Brokers, para acercarse a sindicatos de Lloyd's y reaseguradores que tienen su base de operaciones en Europa, teniendo* ***UN SOLO CONTRATO DE SEGUROS por el mismo cliente*** (…)
>
> …*la colocación completa de la orden de reaseguro de esta cuenta con potestad completa para contactar sindicatos de Lloyd's y reaseguradores internacionales como ellos vieran conveniente; creando ello UN SOLO CONTRATO DE REASEGUROS para dicha colocación la cual queda establecida en la Nota de Cobertura de Howden Insurance Brokers* (…) *No existe una relación directa entre CK&A y los reaseguradores ya que la colocación se encuentra realizada por el corredor de Lloyd's (Howden). El haber contactado de forma directa y/o individual a los reaseguradores crea un incumplimiento en el contrato de reaseguro con consecuencias catastróficas.*
>
> *La conducta del recurrente efectivamente fue la de no observar que el reasegurador incurrió en un error en el sublimite asegurado en una de las coberturas del contrato de reaseguro, error que ha sido subsanado con efecto retroactivo a la emisión de la nota de cobertura.*
>
> *Por lo expuesto, solo se puede concluir que la conducta a sancionarse es una sola*…"

Cabe recordar que, los cargos señalados en el presente acápite, corresponden al relevamiento de la "*Nota de Cobertura N° 2012/028/338 del Ramo Incendio, donde el Asegurado es YPFB Refinación, en relación a los respaldos de los Reaseguradores proporcionados por* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.***", de cuyo efecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros: "*ha evidenciado varias diferencias*", según se mencionan y detallan en la nota APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014.

En tal sentido, toda vez que sobre el alegato es reiterativo del expresado a tiempo del Recurso de Revocatoria de fecha 10 de junio de 2014, sobre el mismo se ha pronunciado el Ente Regulador en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, con el fundamento extractado a continuación:

> "…*Los cargos probados corresponden a una serie de conductas que permiten evidenciar la omisión de la obligación de ilustrar a la cedente de manera detallada y*

precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro (…)

…la recurrente tenía pleno conocimiento de cada respaldo de reaseguro emitido por los brokers y reaseguradores que participaron en el proceso de colocación del riesgo. (…) *la distinción entre el efecto que genera la diferencia contenida en la nota de cobertura, en relación a las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro* (…) *afecta de manera independiente y proporcionalmente a la cobertura originalmente suscrita por la cedente.*

En este sentido, si bien como refiere la recurrente, emitió una sola nota de cobertura, esta es resultado de varias omisiones identificadas en la nota de cobertura y respaldos de reaseguro que se deberían haber comunicado a la entidad cedente (…)

…La recurrente es responsable ante la aseguradora por las colocaciones que realice en el mercado de reaseguros, así como la cedente es responsable ante el asegurado por los riesgos asumidos, en este entendido, cualquier omisión y/o deficiencia en el proceso de colocación de los riesgos en los mercados de reaseguro, es responsabilidad de Conesa Kieffer & Asociados Corredores de Reaseguros S.A. (…)

…El hecho de haber presentado un respaldo de reaseguro que opera de manera retroactiva cuando hablamos de riesgos, solamente hace que se haya subsanado la observación a partir de la emisión de dicho respaldo (…)

…lo que se hace es considerar dicho documento para disminuir la gravedad de la omisión, considerando que el mismo, como se refirió de manera previa no impide o invalida el hecho que desde el momento de la suscripción de los riesgos hasta la emisión del respaldo (Endoso) (…)

…los documentos enviados por los reaseguradores, no pueden ser traducidos literalmente por los efectos que pueden generar, sin embargo, las traducciones en el proceso de emisión de la nota de cobertura a la cedente debería ser concordante con los respaldos de reaseguro emitidos por los reaseguradores u otro que los emita, así como con las condiciones del seguro contratado por el asegurado, salvo sea aceptado por el asegurado o la cedente retenga el riesgo conforme a normativa vigente (…)

…se ha requerido una cobertura para nuevas adquisiciones durante toda la vigencia, incluyendo bienes en remodelación, construcción y montaje hasta USD 25.000.000 los cuales serán ajustados al final de la vigencia, sin embargo, lo que se está observando no es ese límite.

Al respecto, lo que se está observando es la cobertura para obras menores en construcción y montaje incluida por el supervisado en la nota de cobertura hasta

USD25.000.000, cuando los reaseguradores otorgan respaldos de USD10.000.000 y USD15.000.000…"

En este sentido, la recurrente alega que el documento que dio origen a las observaciones que salen de los cargos del N° 14 al N° 33 ("*con excepción del cargo 25*") fue la Nota de Cobertura N° 2012/028/338, por cuyo efecto -conforme expresa- debiera existir un sólo cargo y consiguientemente una sola sanción, no así las varias que el Ente Regulador establece a su turno, en la nota APS-EXT.DE/553/2014 y en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014.

Al respecto, el análisis presente tiene en cuenta los elementos planteados por el recurrente (la Compañía Aseguradora firmó un solo contrato de reaseguro) y por la Autoridad recurrida (las Notas de Cobertura derivadas tenían especificaciones distintas de la Nota de Cobertura fundamental), y que independientemente que exista la participación de un bróker internacional (Howden Insurance Brokers), **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** es responsable, ante la Aseguradora, del cumplimiento a lo establecido en el artículo 23°, numeral 2, inciso b), de la Ley N° 1883, de Seguros, sancionado por el presente, y que señala que "*Son obligaciones del corredor de reaseguros:* (…) *Ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro*".

En tal sentido, se habla de diecinueve infracciones que el Ente Regulador señala de diversas, en tanto que las Notas de Cobertura con los diferentes Reaseguradores han sido individualizadas, empero que **CONESA KIEFFER & ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS** -como base de su impugnación- entiende como una sola.

Aquí conviene rescatar el relevamiento ("*a la Nota de Cobertura N° 2012/028/338 del Ramo Incendio, donde el Asegurado es YPFB Refinación, en relación a los respaldos de los Reaseguradores proporcionados por* ***CONESA KIEFFER & ASOCIADOS CORREDORES DE REASEGUROS S.A.***") de las conductas sancionadas, conforme son mencionadas por la nota de cargos APS-EXT.DE/553/2014 de 18 de marzo de 2014, conforme a la relación siguiente, cargo por cargo:

14	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987510b firmada por Munchener Ruckversiche-rung, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies (nota de cobertura N° 2012/028/338)
		b	En Bases de Indemnización en Caso de Reclamo: diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentran diferencias en la traducción del apartado deducibles
		d	Cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338
15	Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1185 PD290000b firmada por Partner Reinsurance Europe PLC, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338: a) Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338		
16	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2978514b tachada y sobrescrita PD298751b difiere	a	Cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338

	con nota de cobertura N° 2012/028/338:	b	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 como señala la nota de cobertura N° 2012/028/338
17	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987525b tachada y sobrescrita PD298752b, difiere con nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 como señala la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En Bases de Indemnización en Caso de Reclamo: diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles
		d	Cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338
18	El Placing Slip identificado con el N°: CIB2012BJT 143 sellado por PICC Property and Casualty Company Limited, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338:	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado Deducibles
		d	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
19	Nota de Cobertura UMR: B1190 LW144699H firmada por New India Assurance Company Ltd, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución y no otorga 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
20	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD29S7513b firmada por Atrium, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338
21	Nota de Cobertura #F2275-12 que continúa con las instrucciones del UMR: B1185 PD290000b firmada por Agnew international Inc., difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338: cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338		
22	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987510b firmada por Millennium Consortium y Chaucer, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado Deducibles
		d	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
23	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD298759b firmada por Swiss Reinsurance Company, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles

		d	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota e cobertura N° 2012/028/338
24	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987525b Sellada por Howden Insurance Brokers Limited donde identifica al reasegurador IJSC "INGOSSTRAKH", difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado bases de indemnización en caso de reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles
		d	Encontramos una cobertura de Sus. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338
26	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD297856b tachada y sobrescrita PD298758b firmada por NOVAE, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución y no otorga 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de Sus. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
27	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD290000b firmada por Partner Reinsurance Europe PLC y Prestige Assurance PLC, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338: cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338		
28	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987511b firmada por Hannover Re, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338: Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338		
29	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987510b firmada por Munchener Ruckversicherung y Scor Global P&C, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado bases de indemnización en caso de reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles
		d	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338
30	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD2987510b firmada por Munchener Ruckversicherung, Millennium y International General Insurance Co Ltd, difiere con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado deducibles
		d	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us. 25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
31	Nota de Cobertura UMR: B1185 PD298758b firmada por ACE Global Markets Energy y Star Underwriting, y Nota de Cobertura UMR: B1185PD2987510B firmada por CCR TM, difieren con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución, excepto aquellos que están en o dentro de 100 pies de los predios del asegurado y no 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	En el apartado Bases de Indemnización en Caso de Reclamo, se encuentran diferencias de traducción en refinerías, edificios, propiedades y activos fijos, equipo electrónico y rotura de maquinaria
		c	Se encuentra diferencias en la traducción del apartado Deducibles
		d	Encontramos una cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
32	Nota de Cobertura como UMR: B1185 PD290000b firmada por Eurasia, difiere con la nota de cobertura		

	N° 2012/028/338: cobertura de $us. 10.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338		
33	La Nota de Cobertura identificada con el UMR: B1190 LC144699H firmada por RSA, difiere en lo siguiente con la nota de cobertura N° 2012/028/338	a	Excluye Líneas de Transmisión y Distribución y no otorga 1.000 pies como establece la nota de cobertura N° 2012/028/338
		b	Encontramos una cobertura de $us. 15.000.000 para CAR/EAR (obras menores) y no así de $us.25.000.000 como establece la nota de cobertura N°2012/028/338

Conforme se evidencia de la relación gráfica precedente, las conductas referidas por la nota de cargos, si bien en varios casos coincidentes, son en líneas generales, varias y diversas, sin que para ello exista mayor justificativo por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuanto a su imputada relación con el artículo 23°, numeral 2, inciso b), de la Ley N° 1883, de Seguros: el Ente Regulador no explica el cómo las acusadas diferencias entre la Nota de Cobertura fundamental y las Notas de Cobertura derivadas, pueden importar el no "*ilustrar a la cedente de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de reaseguro, su interpretación y su extensión, verificado que la nota de cobertura contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro*".

Asimismo, queda clara en la exposición de la Resolución Administrativa impugnada, la posición del Ente Regulador en sentido que las Notas de Cobertura derivadas, no respaldan las obligaciones asumidas por la Nota de Cobertura principal; no obstante, la sola referencia de las diferencias existentes entre ambas (conforme han sido supra detalladas) no puede servir para la conclusión referida, por cuanto, debe más bien establecerse si el concurso de la generalidad de las Notas de Cargos derivadas -antes que un análisis caso por caso que, obviamente, siempre concluirá en su insuficiencia- da lugar a que se encuentren efectivamente coberturadas las obligaciones señaladas, o en caso de no ser así, el fundamento técnico a lo mismo (recuérdese el alegato del Recurso Jerárquico, en sentido que: "*bajo "Automatic additions/deletions clause $us.25.000.000" la cobertura de Obras menores está incluida con el límite asegurado requerido*"), extremos que se extrañan en las actuaciones impugnadas que conforman al proceso, es decir, la fundamentación y la implicancia que sobre el caso ha correspondido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Al respecto, es pertinente citar el precedente administrativo de regulación financiera, señalado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, que señala que:

> "…*al haberse emitido la resolución impugnada sin la debida fundamentación jurídica, se ha omitido un parte esencial que debe contener todo acto administrativo y que tiene que ver con el principio del debido proceso, a objeto de que los recurrentes e inclusive el tercero interesado, puedan conocer con certeza todos los fundamentos que lo motivaron, y de esta manera ejerza de forma irrestricta su derecho a la defensa.*
>
> *La doctrina uniformemente ha establecido que la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a efectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser*

sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

En este contexto el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales, careciendo los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados…"

Asimismo, respecto a los alegatos en sentido que: "*Las notas de cobertura que son enviadas por los reaseguradores en idioma Ingles* (sic)*, no pueden ser traducidas literalmente*", se observa que ni el Ente Regulador ni la entidad recurrida, exponen clara y concretamente argumentos específicos sobre cuáles los aludidos términos, frases u oraciones, que debieron o no ser traducidos literalmente, además de tampoco señalar cómo la traducción observada importaría un conflicto de relevancia jurídica.

Estos extremos no pueden sino, dar lugar a la decisión que sale en la parte resolutiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto a los descargos presentados por la recurrente, referidos a la retroactividad en la cobertura del reaseguro (1000 pies en lugar de 100 pies), si bien dicha retroactividad se puede desprender de la nota enviada por los Corredores de Reaseguro en Londres, también es evidente lo argumentado por la Autoridad Reguladora al respecto, cuando señala que hasta el 30 de junio de 2012 -de haberse dado el siniestro-, la Aseguradora se encontraba sin cobertura por las diferencias señaladas, por lo que el incumplimiento se dio hasta dicha fecha.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente administrativo, ha llegado a la conclusión que, correspondiendo el Recurso Jerárquico a los mismos tres alegatos contenidos en el Recurso de Revocatoria precedente, sólo en el caso del primero (impugnación correspondiente a los cargos N° 10 y N° 11) la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha realizado un correcto análisis de la norma aplicable al caso, extrañándose lo mismo en los dos restantes (en cuanto al cargo N° 13 por una parte, y a los cargos Nros. del 14 al 33 -con excepción del cargo N° 25- por la otra), sobre los que pesa la inexistencia de fundamentación pertinente y suficiente, conforme lo visto.

Que, en el contexto el artículo 36° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, el defecto de forma importa una infracción al ordenamiento jurídico que debe dar lugar a la anulabilidad de los actos administrativos, cuando resulten indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el

Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la Resolución impugnada, con alcance parcial cuando ratifique en parte y modifique parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que, de conformidad con el artículo 44º del mismo Reglamento, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas podrá ANULAR la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministerio de Economía y Finanzas Publicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, revocó parcialmente y confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 330-2014 de fecha 7 de mayo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, únicamente en cuanto a sus artículos primero y cuarto, y a su artículo tercero, en su integridad a excepción de lo que corresponda al cargo N° 13.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2014 de fecha 9 de julio de 2014 **inclusive,** únicamente en cuanto a sus artículos segundo y tercero, este último en lo que corresponda al cargo N° 13, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 505/2014 DE 24 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPCF/N° 076/2014 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 076/2014

La Paz, 16 de diciembre de 2014

VISTOS:

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37° del Decreto Supremo N° 071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a conocer y resolver, de manera fundamentada, los Recursos Jerárquicos de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 794 de 02 de septiembre de 2014 el Ministro de Economía y Finanzas Públicas Luis Alberto Arce Catacora delega al Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal Jaime Duran Chuquimia, a efectos de que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Mario Guillen Suárez, en la tramitación del Proceso Recursivo, la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexo, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica, de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas.

CONSIDERANDO:

Que, el Recurso Jerárquico es interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez contra la Resolución ASFI N° 505/2043 de 24 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución ASFI N° 734/2013 de 04 de noviembre de 2013.

Que, de acuerdo al Memorial de Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez contra la Resolución ASFI N° 505/2043 de 24 de julio de 2014, se señala que ….

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a memorial de Recurso Jerárquico interpuesto, se señala que la ahora recurrida Resolución ASFI Nº 505/2014 ha sido dictada en función a la orden emitida por la Sentencia Nº 290/2013 de 02 de agosto de 2013 pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia dentro del proceso contencioso administrativo seguido por mi persona contra el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, fallo que declaró probada la demanda y en su mérito se revocó la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No 22/2012 de 18 de abril así como la Resolución ASFI/No 767/2011 de 07 de noviembre emitida por la Autoridad de

Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ordenándose a esta última entidad que emita una nueva resolución motivada y fundamentada conforme al recurso de revocatoria que fuera deducido por mi persona.

Que, la Sentencia No 290/2013 de 02 de agosto de 2013 emitida por el Tribunal Supremo de Justicia en su ratio decidendi señaló que "De la lectura del recurso de revocatoria y la Resolución ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre, que confirmó las resoluciones impugnadas, se evidencia que la autoridad recursiva no se pronunció con relación a los argumentos esgrimidos en el recurso planteado, no expuso los motivos que sustentan su decisión, no expuso los hechos establecidos en función a la problemática a efectos de que el administrado a momento de conocer la decisión del administrador lea y comprenda la misma mencionando posteriormente que "(...) la autoridad recursiva no se pronunció sobre todos y cada uno de los motivos y puntos establecidos en el recurso jerárquico; si bien el administrador en ambas instancias recursivas identificó los puntos de agravio de los recursos en cuestión, sin embargo, no desarrollan, menos fundamentan los aspectos cuestionados de las resoluciones recurridas, incumpliendo lo establecido en los Arts. 28 y 30 de la Ley Nº 2341, preceptos que las autoridades recurridas en instancia administrativa tenían la obligación de pronunciarse respecto a los puntos controvertidos, resolver las alegaciones efectuadas por el recurrente en sus actos impugnatorios. En el caso de autos, lo referente al carácter subsanable o insubsanable de las infracciones atribuidas a HP Brokers SRL, siendo que es obligación de la autoridad administrativa resolver los puntos establecidos como objetos de controversias, señalando claramente si las infracciones graves de la Corredora tienen posibilidad de enmienda o corrección y si el mismo causó daño económico o perjuicio a los asegurados como establece el Art. 52 de la Ley Nº1883 en los términos expresados en el recurso de revocatoria y reiterada en el recurso jerárquico. Concluyendo la Sentencia que "Del análisis precedente, este Tribunal Supremo de Justicia concluye que el MEFP al pronunciar la Resolución impugnada ha incurrido en conculcación de normas legales, realizando una incorrecta aplicación e interpretación en su fundamentación jurídica, que no se ajusta a derecho (...)"

Ahora bien, de la lectura detenida de la Resolución ASFI Nº 505/2014 se puede apreciar que la misma incurre en un claro incumplimiento al fallo supremo antes mencionado por cuanto de manera persistente y tozuda la ASFI insiste en señalar que supuestamente "no tendría competencia" para verificar la existencia de daño económico o perjuicio que forman parte de las Infracciones Insubsanables indicando la ASFI que para tal fin necesita un pronunciamiento de "autoridad competente", sin tampoco determinarse si las infracciones pueden ser o no subsanadas a la fecha.

Que, dicha aseveración es contraria a lo resuelto en la Sentencia No 290/2013 por cuanto la misma claramente ordenó que la ASFI señale "si las infracciones graves de la Corredora tienen posibilidad de enmienda o corrección y si el mismo causó daño económico o

Perjuicio a los asegurados, como establece el Art. 52 de la Ley 1883 en los términos expresados en el recurso de revocatoria y reiterada en el recurso jerárquico entonces correspondía a la ASFI el ingresar al fondo del tema y no desviarse nuevamente alegando supuestas faltas de competencias.

Que, esta situación es violatoria del debido proceso así como de principio de seguridad jurídica por cuanto de manera abierta se ha incumplido un fallo judicial emitido por el Tribunal Supremo de Justicia.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con lo señalado por el impetrante, nuevamente la ASFI, de manera escueta e inmotivada, cuando ingresa a analizar el alcance del Art. 52 de la Ley de Seguros relativo a la comisión de infracciones insubsanables simplemente se limita a señalar que "no se cuenta con el elemento fundamental para la configuración de las infracciones insubsanables ya que debe ser la instancia competente la que determine el daño o perjuicio ocasionado".

Que, sobre esta errónea afirmación, debemos partir señalando que la ASFI curiosamente, después de varios años de procedimiento administrativo, pretende ahora desprenderse de su competencia señalando que "a través de otras vías legales o instancias debe determinarse la existencia de daño o perjuicio para que puedan configurarse las infracciones insubsanables", situación que no es jurídicamente correcta porque de acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros, en la parte correspondiente a las infracciones insubsanables, si bien es cierto que la configuración del tipo infraccional hace referencia a que debe concurrir, entre otras cosas, daño económico o perjuicio al asegurado, no es menos cierto que la mencionada Ley "en ningún momento o lugar ha dispuesto que estas situaciones deban ser verificadas en el ámbito extra administrativo, es decir, ante otro tipo de autoridad no administrativa". Es más, el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como Funciones y Objetivos del órgano regulador "Cumplir y hacer cumplir /a presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos", debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para "Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley, y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente menciona que "Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia".

Que, a partir de ello, y efectuando una correcta interpretación sistemática y teleológica, entonces podemos apreciar que el legislador ha conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y cumplir con el texto de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI no puede alegar que el "daño económico o

perjuicio" que forma parte de las infracciones insubsanables debe ser calificado por otras vías legales o instancias por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa. Además que debe quedar en claro que no se ha solicitado al órgano administrativo que ordene resarcimiento económico alguno, sino simplemente que establezca si la conducta de la Corredora ocasionó o no algún tipo de daño o perjuicio al asegurado para que así pueda establecerse si se reúnen los requisitos para que las infracciones sean declaradas insubsanables.

Que, en ese sentido, la ASFI una vez más de manera incorrecta pretende distorsionar los hechos del presente procedimiento administrativo intentando hacer creer falsamente que mi persona estada buscando obtener un "resarcimiento por daños y perjuicios", aspecto que no es real ni evidente en virtud a que a lo largo de este tiempo "mi persona solo ha venido solicitando se de cumplimiento con la ley y nada más, es decir, reitero, en ningún memorial o petición suscrita por mi persona se ha impetrado reparación o resarcimiento económico alguno" como ahora pretende hacer creer la ASFI y utilizar este argumento para dejar de pronunciarse acerca de la conducta de HP Brokers SRL.

Que debe también observarse una evidente vulneración a la jurisprudencia administrativa por parte de la ASFI puesto que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre en lo que respecta a la aplicación de sanciones ha desarrollado que: "Por otra parte, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión; aspecto que ha sido omitido por el regulador.

Que, es más, se debe ilustrar a la ASFI señalándole que la doctrina administrativa ha expresado que el Principio de Proporcionalidad debe ser tendente a "adecuar la sanción administrativa a la realidad del perjuicio causado de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate".

Que, entonces, olvida la ASFI que en materia administrativa el órgano puede determinar válidamente si la conducta de uno de sus regulados o administrados ha provocado un daño g un perjuicio (no para su resarcimiento económico obviamente pero sí para determinar el grado de responsabilidad administrativa del mismo), caso contrario la potestad sancionadora de la administración se vería reducida y sería ineficaz.

Que, por otra parte, la ASFI indica que "el daño no se habría demostrado puesto que el derecho a la cobertura del seguro se encuentra en discusión en la vía arbitral".

Que, en cuanto a esta aseveración, es sorprendente que la ASFI acuda a mencionar situaciones que no tienen relación con el presente procedimiento por cuanto la vía arbitral en ningún momento está siendo utilizada para determinarse la "cobertura del seguro" como falsamente aduce el regulador y por otra parte "el hecho de existencia de cobertura o no de la póliza 600055 no tiene relación alguna con los incumplimientos de HP BROKERS SRL a quien se le formularon cargos por falta de asesoramiento e ilustración a los asegurados durante la vigencia del seguro", situación ajena a si existió o no cobertura.

Que, puede apreciarse entonces que la ASFI actúa de forma desorientada al pretender buscar cualquier tipo de argumento o justificación, sin sustento alguno, para no cumplir con su labor sancionatoria administrativa. Ahora bien, una vez desvirtuadas las afirmaciones inconsistentes de la ASFI, y habiendo quedado en claro que el órgano regulador tiene plena capacidad y potestad jurídica para determinar la existencia de daño o perjuicio a los fines de calificar correctamente la comisión de infracciones insubsanables; en el presente caso corresponde remitirnos nuevamente al Art. 52 De La Ley De Seguros (Norma legal de aplicación preferente) el cual determina los tipos de infracciones y sanciones a ser impuestas dentro de este mercado estableciendo lo siguiente:

"INFRACCIONES Y SANCIONES- Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia:

INFRACCIONES LEVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.
INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales corno resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

INFRACCIONES INSUBSANABLES. Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

SANCIONES. De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarás, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:
AMONESTACION. Corresponderá a la comisión de una infracción leve.

MULTAS. Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave.

SUSPENSION TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES. Corresponderá a la comisión de una infracción grave.

REVOCATORIA DE LA ATORIZACION DE FUNCIONAMIENTO. Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento".

CONSIDERANDO:

Que, como se ha señalado, el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como Funciones y Objetivos del órgano regulador "Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos", debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para "Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley, y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente establece que 'Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia.

Que, a partir de lo anterior, y efectuando una correcta interpretación sistemática y teleológica, podemos apreciar que el legislador ha conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y así cumplir con el texto de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI no puede alegar que el "daño económico o perjuicio" (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por otras "instancias legales" por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa. Además que debe quedar en claro que no se ha solicitado al órgano administrativo que ordene "resarcimiento económico" alguno, sino simplemente que establezca si la conducta de la Corredora ocasionó o no algún tipo de daño o perjuicio al asegurado para que así pueda establecerse si se reúnen los requisitos para que las infracciones sean declaradas insubsanables.

Que, en ese sentido, la ASFI incurre en una franca violación de los artículos antes mencionados al desconocerlos abiertamente por cuanto tanto la Ley de Seguros así como la Resolución Administrativa IS Nº 153/2001 (Reglamento de Sanciones en el que la ASFI se apoya) "confieren la potestad directa al órgano regulador para determinar la existencia de los requisitos o elementos que conforman las infracciones administrativas para luego imponer la sanción correspondiente" (donde se encuentra el verificar la existencia de daño o perjuicio cuando se trata de infracciones insubsanables como además lo ha ordenado la

Sentencia 290/2013 del Tribunal Supremo de Justicia). Dicha situación se torna más evidente cuando el Art. 1° del señalado Reglamento de Sanciones (en el cual se basa la ASFI indica que "La presente norma regula la aplicación de las sanciones previstas por la Ley de Seguros, cuya imposición está a cargo de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (...)", donde el Art. 10 del señalado reglamento hace referencia a la revocatoria de la autorización de funcionamiento cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable. Entonces, la ASFI no puede aducir que los elementos "existencia de daño o perjuicio" tienen que ser determinados por "otras instancias" por cuanto ello significaría negar su propia competencia reguladora, administrativa y sancionadora.

CONSIDERANDO:

Que, de la lectura de la Resolución ASFI Nº 505/2014, se puede observar que la ASFI, al intentar justificar que las infracciones y la sanción impuesta contra HP Brokers SRL, ingresan dentro de la categoría de "graves", pretende dar aplicación exclusiva a la Resolución Administrativa IS Nº 153/2001 (Reglamento de Sanciones), desconociéndose el principio de legalidad administrativa.

Que, se evidencia que la ASFI no ha considerado que LA LEY DE SEGUROS, (y no una simple resolución administrativa o reglamento de sanciones) debió haber sido aplicada a este caso (Cargos 1 y 2) puesto que ha sido la Ley la que ha establecido el "marco previamente reglado" (praeceptum legís y sandio legis); conforme paso a detallar:

a) Siguiendo los Cargos 1 y 2 que han sido imputados y comprobados contra HP Brokers SRL, ha quedado claro que las infracciones administrativas cometidas por esta Corredora NO PUEDEN SER ENMENDADAS, CORREGIDAS O SUBSANADAS.

b) Como se tiene anotado en el punto 1 del presente el Art. 52 de la Ley de Seguros es lo suficientemente claro al expresar los tipos de infracciones y las sanciones correspondientes para cada caso, pudiendo comprobarse que cuando la comisión de dichas infracciones son de naturaleza insubsanable, como en el presente tema, la única sanción que establece la ley (e inclusive el reglamento de sanciones) es la revocatoria de la autorización de funcionamiento y nada más, no existiendo posibilidad alguna de elegir la sanción en las infracciones insubsanables porque la Ley no otorga a la ASFI esa posibilidad.

c) Bajo estricta observancia del principio de legalidad administrativa, el Art. 52 de la Ley de Seguros es por demás claro al mencionar que cuando se presentan infracciones insubsanables la sanción aplicable es la revocatoria de la autorización de funcionamiento y nada más, no existiendo para este tipo de infracciones insubsanables la imposición de otro tipo de sanciones y menos su adecuación como "graves" o determinadas al mejor criterio de la autoridad administrativa.

d) Dentro de las infracciones insubsanables, ha quedado demostrado que en materia administrativa el órgano regulador tiene competencia y facultades para determinar si la conducta infractora ha producido un daño económico

perjuicio al administrado o usuario a los fines de determinar la correcta calificación de las infracciones (no para disponer un resarcimiento económico como mal entiende la ASFI), extremo que ha sido pasado por alto por la ASFI entidad que, con el único afán de evitar pronunciarse en el fondo de la controversia, intenta desnaturalizar el procedimiento administrativo sancionatorio haciendo creer que mi persona estaría buscando un "resarcimiento monetario en la vía administrativa", extremo que es completamente falso Además que, con los fundamentos antes desarrollados, ha quedado demostrado que la conducta de la Corredora me ha ocasionado daños al igual que perjuicios así como también se tiene comprobado que su actuación ha sido al menos culposa; elementos que dan lugar a que se configure la conducta como infracción insubsanable. Recordemos nuevamente que la doctrina administrativa ha señalado que la sanción administrativa y la proporcionalidad debe ser tendente a "adecuada sanción administrativa a la realidad del perjuicio causado de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate.

e) Entonces, la ley de seguros no le otorga un margen de Elección a la ASFI por cuanto la única sanción para infracciones insubsanables es la revocatoria de la autorización de funcionamiento y nada más. En consecuencia, la ASFI aplica equivocada y distorsionadamente la Resolución Administrativa IS Nº 153/2001 y vulnera el principio de legalidad al no dar cumplimiento estricto a la calificación de la infracción como insubsanable y a la imposición de la sanción para este tipo infracción al que es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

f) Finalmente, y si bien es cierto que la Ley de Seguros en su Art. 52 señala también que las sanciones administrativas se aplicarán en rangos establecidos por reglamento como señala la ASFI; no se debe perder de vista que la propia Resolución Administrativa IS Nº 153/2001 (Reglamento de Sanciones de Seguros en el que se apoya la ASFI) en su Art. 2, literal d), determina también la aplicación de la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento; por lo que, si la ASFI intenta utilizar el Reglamento de Sanciones (apartándose de la Ley) pues entonces también bajo esta normativa corresponde sancionar a HP Brokers SRL con la revocatoria de su autorización de funcionamiento al haber incurrido en acciones insubsanables. Nótese nuevamente aquí que ni la Ley de Seguros ni el Reglamento de Sanciones le confieren a la ASFI el poder elegir la sanción (menos calificar la infracción como "grave") puesto que, reitero una vez más, cuando una infracción es insubsanable (como en este caso) solo corresponde sancionar con la revocatoria de la autorización de funcionamiento, situación que no ha sido analizada por la ASFI.

Que, la Resolución ASFI Nº 505/2014 incumple los principios de proporcionalidad y de tipicidad para tratar de justificar la calificación de las infracciones de HP Brokers SRL como "graves" y mantenerla aplicación de la errónea sanción. En consecuencia, existe una clara violación a los principios de tipicidad y proporcionalidad en los que ha incurrido nuevamente la ASFI al haber emitido la Resolución ASFI No. 505/2014.

CONSIDERANDO:

Que, la Resolución Administrativa IS 257/2000 instrumenta el Reglamento de Seguros Colectivos al cual pertenece la Póliza 600055 que dio origen a los incumplimientos de HP Brokers SRL al ser un seguro de vida colectivo (seguro de personas).

Que, el penúltimo párrafo del Art. 3 de la Resolución Administrativa IS 257/2000, con meridiana claridad dispone que "La comercialización de Seguros Colectivos podrá ser intermediada de forma voluntaria por un Corredor de Seguros autorizado por la SPVS, En tal caso, para todos los efectos, el cliente del corredor de seguros es el Asegurado', de acuerdo a la definición prevista en el artículo dos del presente reglamento, correspondiendo al corredor, asistir a su cliente en todo lo relacionado a las coberturas contratadas así como el trámite de reclamo para la indemnización por siniestros. El corredor de seguros responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades descritas anteriormente "y de acuerdo a las definiciones que establece el Art. 2 del mencionado Reglamento, se entiende por Asegurado" "En los seguros de personas, es la persona Mica que está expuesta al riesgo cubierto por el seguro. Se encuentran entre ellas de forma enunciativa mas no limitativa las personas naturales que han contraído un crédito en una entidad financiera, realizando un depósito, o efectuando cualquier operación financiera y que requiera su adhesión al seguro"

Que, a partir de lo anterior, se aprecia que el impetrante y su fallecida esposa al ser parte de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario 600055 asume la caridad de asegurado al ser la persona física expuesta a riesgo (muerte o invalidez) encontrándose aquellos que han efectuado cualquier operación financiera (préstamo de dinero o líneas de crédito). Entonces, según el Reglamento cuando el Corredor de Seguros no asiste a su cliente respecto a todo lo relacionado a las coberturas contratadas dicho Corredor responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades antes indicadas.

Que, en el caso en particular, la ASFI al haber ratificado los Cargos 1 y 2 contra HP Brokers SRL ha demostrado sin lugar a equivocaciones que dicha Corredora NUNCA ME ASESORO NI ILUSTRO acerca de los temas relativos a la Póliza 600055 en lo que se refiere, entre otras cosas, el hecho de no haberme asistido respecto a las coberturas emergentes de la Póliza

antes mencionada. Así, si la ASFI llegó a dicha determinación (al margen de la sanción impuesta que ahora se encuentra en discusión) debió también ordenar la afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de HP Broker; SRL, sin embargo y a pesar que en reiteradas oportunidades (incluyendo en mi Recurso de Revocatoria) mi persona solicitó ello, la ASFI sin fundamento alguno se rehusó a dar curso a esta legítima petición y de forma inconsistente en la Resolución ASFI 505/2014 solo atina a mencionar que dicha petición de afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de la Corredora "no es inherente al presente proceso y que la reguladora carece de competencia"

Que, a partir lo ya expresado, la errónea y equivocada postura que asume la ASFI por cuanto, primero la Resolución Administrativa 15 257/2000 es un reglamento administrativo cuyo cumplimiento obviamente compete al órgano administrativo que en este caso (y por excusa de la Autoridad de Pensiones y Seguros) correspondía ser aplicado por la ASFI; en segundo lugar si la ASFI ha determinado categóricamente que HP Brokers SRL incumplió su obligación de asesorar e ilustrar al asegurado (mi esposa y mi persona) acerca de las condiciones del seguro contenido en la Póliza 600055 en lo referente a las coberturas contratadas y otros aspectos, pues debió aplicarse el penúltimo párrafo del Art. 3 de la Resolución Administrativa IS 257/2000 disponiéndose la afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de la Corredora; y en tercer lugar la ASFI comete nuevamente el error de pretender dar a entender que "no tiene competencia", sobre lo cual habría que preguntar a esta entidad ¿entonces quien es competente para hacer cumplir reglamentos administrativos? ¿será, según el desorientado criterio de la ASFI, una autoridad judicial la que deba hacer cumplir una norma exclusivamente administrativa?; pues por lo menos la ASFI debería haber tenido la gentileza de explicar que autoridad debe hacer cumplir esto, claro que señalando el artículo y la norma que expresamente indique que el órgano administrativo no es competente.

Que, se ha llegado a establecer una nueva violación normativa en la que la ASFI incurre, situación que deberá ser corregida por el órgano jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, siguiendo los fundamentos de la Sentencia Constitucional 1365/20054, *"la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno con vencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables*

al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcálidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió", extremo que fuera complementado por la Sentencia Constitucional 0871/2010 la misma que estableció que *"Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales; b) debe contener una exposición clara de los aspectos Tácticos pertinentes: c) debe describir de manera exoren /os supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto; d) debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las panes procesales; e) debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada; y, f) debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la detemtinación del nexo de causalidad antes señalado'*

Que, por su parte, el Art. 28, literal e), de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa y el fundamento por el cual dicho acto deberá, además, expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

Que, en el presente caso, de la revisión pormenorizada tanto de la Resolución ASFI 505/2014 así como de los fundamentos contenidos en el Recurso de Revocatoria se puede apreciar que la ASFI, una vez más, ha incurrido en una evidente falta de motivación por lo siguiente:
Claramente a la ASFI se le ha solicitado, no solo en mi Recurso de Revocatoria sino en varias oportunidades anteriores, que explique y fundamente en que medida la Corredora podría subsanar las infracciones que le fueron atribuidas en los Cargos 1 y 2; situación sobre la cual, hasta la fecha, el órgano regulador no emite pronunciamiento alguno que satisfaga la garantía del debido proceso en cuanto a la motivación de las resoluciones administrativas.
Así, el órgano regulador, a su conveniencia, en la Resolución 505/2014 solo saca a relucir un elemento nuevo nunca antes mencionado cual es que la existencia de daño o perjuicio al administrado (para determinarse la configuración de infracciones insubsanables) debe ser averiguado por la "instancia correspondiente", extremo que según la ASFI la relevaría de determinar si las infracciones de HP Brokers SRL son o no posibles de ser subsanadas, extremo ilegal por cuanto la Autoridad está obligada a resolver los puntos objetos de controversias y no sobrepasarlos con argumentos nuevos nunca antes mencionados.

Que, la ASFI NO HA FUNDAMENTADO adecuadamente el por qué en la Resolución ASFI No. 505/2014 sigue insistiendo en catalogar las infracciones de HP Brokers SRL como "graves" a sabiendas que para adoptar esta figura las infracciones deben ser posibles de enmendarse o subsanarse conforme indica el Art. 52 de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI, para sustentar su posición debería señalar si las infracciones de la Corredora llenen posibilidad de enmienda o corrección extremo que hasta ahora (como se dijo en el punto anterior) no la hace.

Que, del mismo modo, si la ASFI señala que las infracciones de HP Brokers SRL son "graves" y si nos remitimos al Artículo 52 de la Ley de Seguros, dicha norma señala: "INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad v que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros:. nótese entonces que siguiendo el argumento de la ASFI si la infracción es grave por ende se entendería que se han configurado todos los elementos de la misma donde entre ellos se encuentra la "existencia de daño económico o perjuicio al asegurado"; Empero, CONTRADICTORIAMENTE (y de forma antijurídica) la ASFI señala en la Resolución ASFI No. 505/2014 que los daños y perjuicios "deben averiguarse por otras instancias".

Que, la ASFI ingresa en otra contradicción al emitir la Resolución ASFI Nº 505/2014 ya que primero señala expresamente que. "( ) este Órgano de/a Administración Pública resolvió cada caso, ejercitando el poder que le ha sido conferido, (..) de acuerdo con el grado de culpabilidad del administrado de acuerdo a lo contemplado en la *Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/ Nº 38/2005 (…) y posteriormente la ASFI trascribe la jurisprudencia administrativa contenida* en la citada Resolución Jerárquica de 15 de septiembre la cual menciona también que 'Por otra parte, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión". Entonces, y no obstante que la propia ASFI señala que "ha cumplido con sus potestades sancionatorias" aplicando inclusive la jurisprudencia administrativa que señala que las Autoridades Administrativas deben verificar (para aplicar sanciones) la existencia de los PERJUICIOS CAUSADOS; de manera inaudita e insólita (además de contradictoria) la ASFI señala que esta situación sería materia de "otros ámbitos" y competencias legales, extremo que no guarda la coherencia debida y que comprueba que las acciones del órgano regulador pretenden eludir el cumplimiento de la ley.

Que, la ASFI señala en la Resolución ASFI Nº 505/2014 que "el daño no se habría demostrado puesto que el derecho a la cobertura del seguro se encuentra en discusión en la vía arbitral";

empero en ninguna parte fundamenta que elemento de juicio o prueba documental respalda dicha afirmación; además que tampoco motiva nada en cuanto a que el hecho de existencia de cobertura o no de la póliza 600055 no tiene relación alguna con los incumplimientos de HP Brokers Srl. a quien se le formularon cargos mg falta de asesoramiento e ilustración a los asegurados durante la vigencia del seguro, situación ajena a si existió o no cobertura.

Que, la ASFI no ha motivado ni fundamentado el porqué, a sabiendas de haberse determinado los incumplimientos normativos en los que incurrió la Corredora, no se ha procedido (al margen de la sanción) a determinarse la afectación de su Póliza de Errores y Omisiones, por cuanto la Resolución ASE! 505/2014 solo atina a mencionar que dicha petición de afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de la Corredora no es inherente al presente proceso y que la reguladora carece de competencia", cuando claramente el Art. 3 de la Resolución Administrativa IS 257/2000, dispone que "La comercialización de Seguros Colectivos podrá ser intermediada de *forma voluntaria por un Corredor de Seguros autorizado por la SPVS. En tal caso, para todos los efectos, el cliente del corredor de seguros es el Asegurado', de acuerdo a la definición prevista en el artículo dos del presente reglamento, correspondiendo al corredor* asistir a su cliente en todo lo relacionado a las coberturas contratadas*_así como el trámite de reclamo para la indemnización por siniestros. El corredor de seguros responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades descritas anteriormente*" situación que al provenir de un acto administrativo propio del sector de seguros es por lógica que su cumplimiento le corresponde al Órgano Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Petitorio efectuado por el Recurrente se solicita remitir el expediente administrativo al Ministerio de Economía Finanzas Públicas con la finalidad de que el órgano jerárquico efectúe un nuevo análisis motivado, efectuando una correcta compulsa y valoración de antecedentes y pruebas, y se emita Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual SE REVOQUE PARCIALMENTE la Resolución ASFI No. 505/2014 de 24 de julio y en su mérito SE IMPONGA A HP BROKERS SRL LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO al encontrarse comprobadas las infracciones INSUBSANABLES en las que ha incurrido la Corredora correspondientes a los Cargos 1 y 2; debiendo también disponerse la afectación de su Póliza de Errores y Omisiones.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPCF N° 002/2014 de 04 de noviembre de 2014, a efecto de considerar y analizar cuidadosamente las pruebas y documentación que conforman el expediente administrativo, se amplía el plazo hasta un máximo de

noventa (90) días hábiles administrativos para resolver el Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI Nº 505/2014 de 24 de julio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorial de 11 de septiembre de 2014 y memorial de reiteración de 25 de noviembre de 2014, Luis Artemio Lucca Suárez solicita se conceda fecha y hora para exposición oral de fundamentos.

Que, mediante Auto de fecha 10 de diciembre de 2014, en atención al Memorial de Apersonamiento y Solicitud de exposición oral de fundamentos y su reiteración, se señala Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos para el día 12 de diciembre de 2014 a horas 16:30 en las oficinas de Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad Fiscal.

Que, habiéndose practicado las Notificaciones de ley a las partes, se llevó adelante Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos con la presencia de Luis Artemio Lucca Suárez asistido de su abogado, Omar Pinto en representación de HP Brokers. En la referida Audiencia la parte solicitante, fundamentó los argumentos esgrimidos en su Memorial de Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorial de fecha 11 de abril de 2014, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., realiza una exposición de antecedentes legales de los procesos que tiene y que tuvo con Luis Artemio Lucca Suárez, vinculados a la presente causa, y en el cual solicitan se tenga presente los hechos y fundamentos jurídicos mencionados señalando que la presunta búsqueda de justicia administrativa por parte de Luis Artemio Lucca Suárez ha sido ya agotada en todas las instancias y que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., ha venido soportando dicha presión desde más de diez años.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión, análisis y evaluación de los antecedentes, argumentos de hecho y derecho, elementos probatorios y demás documentación aportada al presente proceso por las Partes intervinientes se tiene por un lado que Luis Artemio Lucca Suarez ha expresado una serie de extremos cuyo argumento principal sería la infracción de la Leu de Seguros, sin embargo, también es evidente que a lo largo de la sustanciación del presente proceso el Recurrente Luis Artemio Lucca Suarez, adicionalmente presentó exposiciones y fundamentaciones argumentativas que si bien ilustran el petitorio del recurrente, se sustentan principalmente en juicios de valor.

Que, HP Brokers Srl., no habría brindado mayor pronunciamiento en referencia a los elementos contenidos en la Resolución ASFI N° 505/2014, ni en referencia a los extremos

contenidos en el Memorial de interposición de Recurso Jerárquico presentado por Luis Artemio Lucca Suarez.

Que, de la revisión y análisis de la Resolución ASFI N° 505/2043 de 24 de julio de 2014 que Confirma Totalmente la Resolución ASFI N° 656/2011 de 08 de septiembre de 2011 y la Resolución Administrativa Complementaria ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, fundamenta de manera insuficiente técnica y jurídicamente su parte Resolutiva.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento legal vigente;

RESUELVE:

PRIMERO. Se ANULA la Resolución ASFI N° 505/2043 de 24 de julio de 2014, que Confirma Totalmente la Resolución ASFI N° 656/2011 de 08 de septiembre de 2011 y la Resolución Administrativa Complementaria ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, emitir una nueva Resolución debidamente motivada y fundamentada.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BANCO FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 616/2014 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 077/2014 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 077/2014

La Paz, 17 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO FORTALEZA S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 616/2014 de 04 de septiembre de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02 de julio de 2014, y rechazó la solicitud de suspensión de la aplicación del citado informe, actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 069/2014 de 19 de noviembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 138/2014 de 20 de noviembre de 2014, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 24 de septiembre de 2014, **BANCO FORTALEZA S.A.,** representado legalmente por su Gerente General, señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, conforme consta en el Testimonio de Poder Nº 685/2014, otorgado

en fecha 21 de diciembre de 2012, por ante Notaría de Fe Pública Nº 064 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Rodrigo Calcina Quisbert, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014 de 04 de septiembre de 2014., que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02 de julio de 2014, y rechazó la solicitud de suspensión de la aplicación del informe.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-148181/2014, con fecha de recepción 29 de septiembre de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014 de 04 de septiembre de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 02 de octubre de 2014, la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, admite el Recurso Jerárquico interpuesto por BANCO FORTALEZA S.A., contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014 de 04 de septiembre de 2014.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-157696/2014 presentada en fecha 14 de octubre de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió documentación complementaria en atención a la carta MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 046/2014, emitida por el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.

Que, mediante Auto de 27 de octubre de 2014 el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, dispone la suspensión de la obligación de ejecutar las determinaciones de la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, emergente del informe ASFI/DSR I/R-101497/2014. Ambas de 02 de julio de 2014 y de la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014 hasta la conclusión del proceso en la vía administrativa.

Que, en fecha 25 de noviembre de 2014, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos solicitada por el **BANCO FORTALEZA S.A.**, mismos que guardan relación con el memorial de Recurso Jerárquico interpuesto, haciendo énfasis en los aspectos técnicos que llevaron a la impugnación a las determinaciones de la ASFI.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 02 de julio de 2014.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR I/R-101704/2014, emergente del informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 ambas de 02 de julio de 2014, remite al **BANCO FORTALEZA S.A.**, por la que dispone:

> "*Para su conocimiento se remite una copia del Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, que contiene los resultados de la inspección Ordinaria de Riesgo de*

Crédito efectuada al Banco, con corte al 31 de marzo de 2014.

Al respecto, con el objeto de regularizar las observaciones señaladas en dicho informe, la entidad a su cargo deberá presentar hasta el 5 de agosto de 2014, un Plan de Acción, donde se establezcan las medidas correctivas a ser adoptadas, el cronograma de implementación, incluyendo las fechas y los responsables de su cumplimiento. Para tal efecto, se adjunta la "Matriz de Observaciones" la cual deberá remitirse debidamente llenada y firmada por la Gerencia General y la Presidencia a su cargo.

Asimismo, el Banco deberá exponer en los estados financieros al 31 de julio de 2014, una previsión genérica total por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad de $us3,719,944.48 (TRES MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO 48/100 DÓLARES AMERICANOS), producto de las deficiencias explicadas en el punto 2.6 del mencionado informe, por lo que la entidad deberá remitir, hasta el 5 de agosto de 2014, las papeletas contables correspondientes.

Con relación a las observaciones reiterativas de la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito, con corte al 31 de mayo de 2010, descrita en el cuerpo del informe adjunto, se instruye subsanar las mismas hasta el 5 de agosto de 2014, debiendo remitir un informe de Auditoría Interna que certifique su cumplimiento.

De igual manera, la Unidad de Auditoría Interna deberá realizar la revisión de la Base de Cartera de Créditos con el fin de establecer el correcto registro, clasificación y ponderación de las operaciones de crédito, aspectos observados en el punto 2.9 del informe citado en el primer párrafo, hasta el 5 de agosto de 2014.

Por otra parte, el Directorio deberá remitir un informe, con relación a los Créditos de Vivienda Social, observado en el punto 2.7 del citado informe, hasta el 5 de agosto de 2014.

Finalmente, la entidad a su cargo deberá remitir copia legalizada del Acta de la reunión del Directorio del Banco, que evidencie que se tomó conocimiento de la presente carta y del informe de inspección adjunto, misma que deberá incluir el compromiso del Directorio y de la Gerencia General, para cumplir con el cronograma de implementación de las medidas correctivas antes citadas".

2. NOTA BF/GG/EXT-115/2014 DE 11 DE JULIO DE 2014.-

El BANCO FORTALEZA S.A., mediante nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se consigne en Resolución los actos administrativos emitidos por el Ente Regulador, señalando:

"Mediante la presente, acusamos recibo de su carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de fecha 2 de julio de 2014 recepcionada en fecha 7 del mes en curso en nuestras oficinas, la misma que se relaciona con el tema citado en referencia.

Al respecto, comunicamos a su Autoridad nuestro total desacuerdo con las determinaciones contenidas en el Informe emitido por la Comisión que llevó a cabo la inspección citada, sin haber llegado a sostener una reunión técnica entre ambas partes en la que se pueda discutir caso por caso las observaciones establecidas.

Es en este sentido, que solicitamos a ese Órgano Regulador, en el marco de lo establecido por el artículo 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, tenga a bien elevar a rango de Resolución el INFORME/ASFI/DSR I/R 101497/2014 y la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 ambos del 2 de julio del arto en curso, para fines que nuestra Entidad considere pertinentes".

3. NOTA ASFI/DSR I/R-113250/2014 DE 23 DE JULIO DE 2014.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, responde a la solicitud efectuada por el **BANCO FORTALEZA S.A.**, bajo los siguientes argumentos:

"*Nos referimos a la nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, mediante la cual el Gerente General del Banco que preside, manifiesta su total desacuerdo con las determinaciones contenidas en el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 y la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, ambos de 2 de julio de 2014, referidos a los resultados de la Inspección Ordinaria de Riesgo Crediticio realizada en esa entidad con fecha de corte al 31 de marzo de 2014, solicitando elevar los mismos a rango de Resolución, bajo el argumento de que no se habría llegado a sostener una reunión técnica entre ambas partes para discutir caso por caso las observaciones establecidas por este Órgano de Supervisión.*

Al respecto, con relación a su solicitud de elevar a rango de resolución el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 y la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, ambos de 2 de julio de 2014, se aclara que los informes emitidos por esta Autoridad de Supervisión, según lo dispuesto por el parágrafo II del Artículo 48 de la Ley N° 2341, tienen carácter facultativo y no obligan a la Autoridad Administrativa a resolver conforme a ellos. Esta disposición, es también considerada en los precedentes administrativos (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 058/2012) cuando menciona: "... de ninguna manera constituye un acto administrativo, sino un parecer, un dictamen o una opinión técnica idónea, de ninguna manera con carácter o contenido normativo o dispositivo susceptible de impugnación...".

En referencia a la aseveración del señor Nelson Hinojosa, expresada en la nota citada en el párrafo inicial, en el sentido de que no se llevaron a cabo reuniones técnicas con el objeto de que se puedan discutir caso por caso las observaciones efectuadas durante el proceso de inspección a esa entidad, esta Autoridad de Supervisión las rebate y rechaza enfáticamente, ¡en razón a que el Banco Fortaleza S.A. a través de sus ejecutivos y el mismo Gerente General participaron de distintas reuniones, tal como se detalla a continuación en forma cronológica:

- *En la ciudad de Santa Cruz de la Sierra el día 6 de junio de 2014*

- *En la ciudad de La Paz, el día 9 de junio de 2014*

- *En instalaciones de ASFI, los días 24, 26 y 27 de junio de 2014*

Adicionalmente, se le hace conocer que el Gerente General del Banco no se presentó a la reunión fijada para el día 30 de mayo de 2014, en la ciudad de Cochabamba, no obstante la agenda definida con anticipación.

Por todo lo señalado anteriormente, se establece la falta de sustento legal y fáctico del contenido de la nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, por lo que no corresponde elevar a rango de resolución administrativa el Informe interno ASFI/DSR I/R-101497/2014 ni la carta que lo soporta ASFI/DSR I/R-101704/2014, ambos de 2 de julio de 2014"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial de fecha 05 de agosto de 2014, **BANCO FORTALEZA S.A.,** interpone recurso de revocatoria contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 y la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 ambas de 02 de julio de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"***2.Recurso de Revocatoria***

El pasado 24 de julio el Banco FORTALEZA S.A. fue notificado con la carta ASFI / DSR I / R - 113250/2014 de 23 de julio de 2014, la cual rechaza sin argumento legal alguno la solicitud de la entidad a la que represento de elevar a categoría de resolución administrativa tanto el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 relativo a la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014 como la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014, ambos notificados el 7 de julio de 2014.

De acuerdo al artículo 20, parágrafo II, del Reglamento (sic) Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en caso de que la autoridad niegue la solicitud de elevar a categoria de resolución administrativa o no se pronuncie en el plazo previsto, el interesado podrá interponer recurso de revocatoria contra el acto administrativo que motivó su solicitud.

El parágrafo III de este mismo artículo, señala que el plazo para interponer el recurso correrá a partir desde el momento de la negativa; por tanto, al amparo de los artículos 46 y 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, dentro del plazo establecido por el artículo 48 del mismo reglamento, en legal representación del Banco FORTALEZA SA., interpongo ***recurso de revocatoria*** *contra el informe y la carta citados anteriormente.*

2.1. Antecedentes

2.1.1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, dentro del trámite signado con el*

número T-617134, emitió el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 relativo a la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014. Este informe fue de conocimiento del Directorio del BANCO FORTALEZA S.A. por carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014, notificado el 7 de julio de 2014 y firmada por la Directora Ejecutiva a.i. de la ASFI, Lenny T. Valdivia Bautista, y por el Director de Supervisión de Riesgos I, Renán Villegas Albarracín. Esta nota, más allá de constituir un oficio de atención para la remisión del precitado informe, contiene ciertas instrucciones a la entidad financiera a la que represento, como ser. la presentación de un Plan de Acción hasta el 5 de agosto de 2014 estableciendo la adopción de ciertas medidas correctivas; la exposición de los estados financieros al 31 de julio de 2014 conteniendo una previsión genérica por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad de $us. 3.719.944,48; la subsanación de las observaciones de la Inspección Ordinaria de Riesgo con corte al 31 de mayo de 2010; y, finalmente, la instrucción para que la Unidad de Auditoria Interna realice la revisión de la Base de Cartera de Créditos.

2.1.2. *BANCO FORTALEZA S.A., una vez conocida la nota y el informe, expresó su desacuerdo con el contenido de ambos documentos y solicitó a la ASFI, amparado en el artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, que eleve a categoría de resolución administrativa tanto el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 como la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, petición que la hizo el 11 de julio de 2014 mediante carta BF/GG/EXT-115/2014.*

2.1.3. *Sin embargo, la ASFI respondió negativamente a esta solicitud, en su nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014 (notificada en el Banco Fortaleza S.A. el día 24 de julio de 2014), señalando que los informes 'tienen carácter facultativo y no obligan a la Autoridad Administrativa a resolver conforme a ellos"-, que se desarrollaron tres reuniones con la entidad; y que además el Gerente General del Banco Fortaleza SA., no asistió a una reunión fijada para el día 30 de mayo. Por estas razones, concluye la nota, 'se establece la falta de sustento legal y fáctico" de la solicitud del Banco Fortaleza S.A., por lo que no corresponde elevar a rango de resolución administrativa ni el informe interno ni la carta que lo soporta.*

3. Razones por la» cuales el Banco Fortaleza S.A Impugna el informe de ta ASFI v la carta de presentación

3.1. Solicitud de suspensión de la ejecución del acto administrativo.

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo establece que ciertos actos administrativos de "menor jerarquía' o de orden operativo son obligatorios para el administrado si son objeto de notificación o publicación (artículo 19).

Para que estos actos sean recurribles, el artículo 20, que lleva como denominación ***"Obligación*** *de pronunciarse*, señala lo siguiente:*

I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de 5 días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución debidamente fundada y motivada.

II. El Superintendente Sectorial ***deberé emitir Resolución Administrativa*** *en el plazo de diez días*

hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o no de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud."

Como se puede apreciar de la lectura de esta norma, la autoridad que reciba la solicitud del administrado no puede denegar la misma, ya que lo que se pretende es precisamente impugnar ciertos 'actos administrativos de menor jerarquía', que son los descritos en el artículo 19 de este Reglamento, y que en el caso presente se traducen en el informe y la carta de la ASFI citados varias veces en este memorial.

3.2. Equivocada invocación del articulo 48 parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo

La ASFI, en su nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014 que es objeto de la presente impugnación, rechaza la solicitud del Banco Fortaleza de elevar a categoría de resolución administrativa el informe de inspección ordinaria de riesgo de crédito (con corte al 31 de marzo de 2014) y la carta con la cual lo remite, con el siguiente argumento: que los informes tienen carácter facultativo y no obligan a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos. Lamentablemente en su nota de rechazo no existe ninguna referencia al artículo 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero además existe una errada invocación de este artículo, dado que el mismo se refiere al carácter de los informes. Precisamente el artículo 20 del Reglamento lo que permite al administrado es a impugnar este tipo de actos, para lo cual éstos deben previamente ser elevados a categoría de resolución administrativa.

Lo que ha hecho el Banco Fortaleza ha sido precisamente cumplir con el procedimiento establecido en el Reglamento para poder impugnar ciertos actos administrativos de menor jerarquía, y la ASFI, al denegar injustificadamente nuestro pedido, no solamente nos pone en una situación de indefensión, sino que básicamente está rechazando de manera ilegal e infundada un derecho que le asiste al administrado.

Pero aún en el caso de que la ASFI tuviera razón, en sentido de que los informes son facultativos y las autoridades bien podrían apartarse de sus recomendaciones, cabe señalar que en el caso presente ese argumento no tiene mayor asidero, dado que la ASFI ha emitido la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014 fundándose en el informe ASFI/DSR I/R- 101497/2014 relativo a la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014; por tanto, la autoridad siguió las recomendaciones del informe, dejando de tener sentido el condicional futuro que precisamente el artículo 48 parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo establecen. En dicha nota la ASFI señala una serie de mandatos al Banco Fortaleza S.A., con los cuales la entidad sujeta a supervisión no está necesariamente de acuerdo. Es dentro de estas condiciones, y toda vez que se cumplen todos los presupuestos de los artículos 19 y 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo - en particular porque existen órdenes, directivas

3.3. Argumentos que desvirtúan las conclusiones del Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo Crediticio al 31 de marzo de 2014

i) Matriz de Atributos (Decodificador cartera masiva)

En anteriores inspecciones al Banco Fortaleza S.A., la Comisión de Inspección de la ASFI, tenía el procedimiento siguiente: presentaba al Banco los criterios o puntos de control que serían

evaluados en la revisión de la cartera de créditos bajo la denominación de "Matriz de Atributos', con la finalidad de poder evaluar e interpretar de forma conjunta los lineamientos de las políticas de crédito.

La Comisión que realizaba esta labor comunicaba los aspectos normativos que no estaban considerados en las políticas y procedimientos del Banco, con el objetivo de establecer observaciones de carácter general, a fin de no considerarlas como desvíos al proceso crediticio. Asimismo, como constancia de que dicho procedimiento hubiera sido cumplido, se requería la firma de los ejecutivos del Banco así como del encargado de visita de inspección.

Pero en esta ocasión, la Comisión de Inspección obvió el procedimiento antes citado, lo cual puso al Banco Fortaleza S.A. en una situación de total desconocimiento e indefensión, ya que desconocía los criterios a los cuales iba a estar sujeto en el proceso de evaluación. De este modo, en las diferentes reuniones donde se discutían las observaciones iniciales, el encargado de visita, ante la solicitud de que se especifique cual era el criterio de evaluación, manifestaba que se encontraba en la normativa en actual vigencia sin precisar la citada normativa, o en su defecto indicaba que era "criterio de esta Autoridad'.

ii) Muestra de Cartera

El numeral 2, artículo 3º, Sección 3, Capítulo IV, Título II, Libro 3º de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece que se debe determinar, ***con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar*** *y* ***bajo criterios estadísticos,*** *por medio de procedimientos informáticos u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos.*

Con la única finalidad de conocer el alcance de la inspección, dado que las muestras obtenidas por la Comisión de Inspección, a criterio del Banco Fortaleza SA, no respondían a universos homogéneos[1], se solicitó en reunión, en la cual estaba presente la Directora Ejecutiva de ASFI, que se pueda aclarar los criterios utilizados para su obtención, solicitud de mereció una rotunda negativa, bajo el criterio de que no se pueden cuestionar los procedimientos de la ASFI, haciendo alusión inclusive, a que la entidad no tenía la capacidad de analizar dichas muestras.

A este efecto, se presenta el siguiente cuadro donde se puede establecer que la mayor parte de las observaciones realizadas a la muestra consumo-vivienda son justamente operaciones de consumo (caracterizados por montos bajos), que castigan a la cartera de vivienda (cartera con mayor saldo).

Observaciones por Tipo de Cartera Categoría "Consumo - Vivienda'

Etapas del Proceso Crediticio	Tipo de Muestra		Total de desvíos
	Consumo	Vivienda	
SOLICITUD	3	1	4
CAPACIDAD DE PAGO	17	2	19
APROBACION	2	-	2
SEGUIMIENTO	1	-	1

La muestra de consumo y vivienda responde a dos estratos de la cartera totalmente diferente, tanto en saldos promedios como en plazos de imposición de la deuda.

Por otra parte, la muestra de créditos PYME y Microcréditos considera un estrato de la cartera que originó con criterios de crédito empresarial y fue reclasificada como cartera con calificación automática a partir de diciembre de 2013.

Total Desvíos	**23**	**3**	**26**

Por otra parte, en la revisión del informe de inspección, el Banco Fortaleza S.A. trató de replicar los saldos del cuadro contenido en el inciso 1.2, Capítulo I del cuerpo del Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, relativo a la muestra obtenida de la cartera de créditos, sin éxito, motivo por el cual se desconoce si la muestra obtenida responde o no a criterios estadísticos para su determinación. Dicha diferencia se expone a continuación:

Muestra de la Cartera de Créditos[2]

Tipo de Muestra	Número Operaciones	Saldo ASFI	Saldo s/Banco	Diferencias
Microcrédito - PYME	104	872	794	78
Consumo - Vivienda	103	841	785	56

Expresado en Miles de dólares

iii) Presentación de Resultados

El Informe de Inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, establece que los resultados finales de la inspección fueron puestos a conocimiento de ejecutivos del Banco Fortaleza S.A. Lamentablemente esta afirmación no corresponde a la verdad, ya que el servidor público de la ASFI comisionado para la visita se limitó a presentar las observaciones en forma parcial, solicitando a los Ejecutivos de la entidad a la que represento descargar el resto en forma escrita sin dar lugar a una reunión de discusión caso por caso.

Cabe aclarar, que en reuniones sostenidas con la Comisión de Inspección sólo se discutieron algunas observaciones relativas a la evaluación del proceso crediticio de la cartera sujeta a la determinación de previsiones genéricas, no habiéndose discutido las observaciones relativas a la Gestión del Riesgo de Crédito que realiza el Banco, las cuales fueron simplemente presentadas por escrito, sin que las mismas fueran tratadas en dichas reuniones pese a que los ejecutivos del Banco

Fortaleza S.A. insistieron en su tratamiento.

Por otra parte, con carta ASFI/DSR I/R-113250/2014 recibida por el Banco el 24 de julio de 2014, la ASFI manifiesta al Presidente del Directorio del Banco Fortaleza S.A. que el Gerente General no se presentó a la reunión fijada para el 30 de mayo de 2014, en la ciudad de Cochabamba. Sin embargo, omite considerar que dicha reunión no se llevó a cabo debido a que las observaciones de la cartera de créditos a ser tratadas no fueron entregadas con la anterioridad establecida por el encargado de visita, quien determinó que la reunión se llevaría a cabo a horas 10:00, para lo cual debía hacer entrega de las observaciones con 24 horas de anticipación, de forma tal que el Banco tenga el tiempo suficiente de revisar las mismas. En los hechos la entrega recién se produjo a horas 21:00 del 29 de mayo de 2014, lo cual imposibilitaba una correcta revisión de las observaciones y mucho menos realizar la logística de desplazar al Gerente General a esa ciudad. Dicha situación fue oportunamente comunicada al Director de Supervisión de Riesgos I - a horas 22:00 del mismo día -, quien aceptó que la discusión se la efectúe el lunes 2 de junio de 2014, en instalaciones del Banco Fortaleza S.A. en la ciudad de La Paz.

La citada carta de la ASFI sostiene también que se llevaron a cabo reuniones técnicas en instalaciones del ente fiscalizador los días 24, 26 y 27 de junio de 2014, en las cuales se discutieron aspectos técnicos de la Inspección realizada. Sin embargo, me permito rechazar vehementemente esta afirmación, ya que en esas reuniones los ejecutivos de la ASFI negaron enfáticamente evaluar caso por caso las observaciones determinadas por el encargado de visita, lo que origina indefensión total del supervisado.

Finalmente, los problemas de comunicación antes citados se generaron a raíz de la forma y trato que impartió el encargado de visita en la tercera reunión realizada en la ciudad de La Paz, oportunidad en la que criterios de respaldo a las observaciones se alejaron de una argumentación técnica así como de la tecnología crediticia del Banco Fortaleza S.A., obligando a la Gerencia a suspender la reunión y acudir a instancias ejecutivas de la ASFI, las cuales se limitaron a solicitar descargos por escrito del resto de las observaciones pendiente de discusión, sin otorgar al Banco el beneficio de la duda ante el comportamiento de citado encargado.

iv) Solicitud de Información

Entre la documentación que la Comisión de Inspección asevera que el Banco Fortaleza no habría entregado, se señalan los siguientes:

• Cartas de Gerencia y Designación del Responsable para Interactuar con la Comisión. Sin embargo ambas se encontraban en Secretaria de Gerencia General desde el 23 de mayo de 2014.

• Planilla Salarial al 31 de marzo de 2014. El informe de Inspección señala que al no haber proporcionado esta documentación se ha "incumplido" lo dispuesto por el artículo 30, Sección2, Capítulo II, Titulo II, Libro T de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, así como el inciso a), Parágrafo I, artículo 31 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros, que establece que los funcionarios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que realicen inspecciones, controles o cualquier acto de supervisión en una entidad financiera sometida a supervisión tendrá la facultad de: "Recabar de la entidad financiera cuanta información sea necesaria para cumplir

el fin de la supervisión". Lo que no menciona el informe, es que en entrevista con el Gerente División Riesgos, éste preguntó al encargado de visita el motivo por el cual, se estaba efectuando dicho requerimiento en el marco del alcance de la inspección[3], limitándose dicho encargado a manifestar que no era necesario su entrega ya que la referida documentación iba a ser extractada del reporte de anexos semestrales remitidos a ASFI, aspecto que claramente pone en evidencia la discrecionalidad en la forma de efectuar observaciones.

v) Forma inusual de requerimiento de información

*El numeral 3, artículo único, Sección 1, Capítulo **I,** Titulo **II,** Libro 7° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece lo siguiente: "La Comisión de Inspección solicitará por escrito la documentación necesaria para realizar su trabajo, debiendo la institución (el Banco) ponerla a disposición en el plazo máximo de 24 horas". Sin embargo, el requerimiento de carpetas de crédito no fue realizado bajo este procedimiento, ya que la Comisión utilizó una modalidad más parecida a una requisitoria o intervención, ya que la misma fue obtenida directamente del catastro de la entidad, de modo no propio de requerimiento de información que realizan los entes administrativos, sino más bien análogos a las pesquisas penales de autoridades policiales o del Ministerio Público.*

Al respecto cabe señalar que la Comisión de Inspección no respectó el procedimiento de seguridad del Banco Fortaleza .S.A (Manual de Procedimientos de Custodia y Administración de Carpetas) para la entrega de información, incrementado de esta forma la exposición al riesgo operativo de la entidad.

Finalmente, la Comisión enfáticamente especificó que cualquier carpeta de créditos que no se entregue a momento de este inusual requerimiento no sería tomada en cuenta convirtiéndose en un desvío a políticas y procedimientos de la entidad.

vi) Aplicación de Tecnologías de otras Entidades de Intermediación financiera (EIF) y otras Observaciones impuestas sin justificación técnica.

*El numeral 2, artículo 3°, Sección 3, Capítulo IV, Título II. Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece que se debe determinar, con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar y bajo criterios estadísticos, por medio de procedimientos informático u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos **y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos, entre ellas la falta de cualquiera de las siguientes:***

a) Verificación domiciliaría y laboral, y ficha de datos actualizada, incluyendo documentos de identidad;

b) Comprobación de la fuente de ingresos y la estimación razonable de la capacidad de pago;

c) Verificación de los antecedentes de pago de deudas en Entidades del Sistema Financiero y con otros acreedores, cerciorándose que el cliente no mantiene operaciones vencidas, en ejecución o castigadas;

d) Verificación de que el garante del cliente no tiene deudas en mora en las EIF y con otros acreedores, cuenta con la verificación laboral y domiciliaria respectiva y cumple con la documentación básica de identificación;

e) Verificación, cuando corresponda, de la existencia de garantías perfeccionadas su adecuada valorización y de las medidas adoptadas para su protección y estado de conservación de las garantías;

f) Evidencia de que los créditos que eventualmente no cumplan con los requisitos establecidos en las políticas crediticias, hayan sido aprobados siguiendo los procedimientos de excepción pertinentes;

g) Documentación requerida por su política crediticia, tanto de la solicitud, aprobación como del contrato y las garantías;

h) Evidencia del seguimiento periódico sobre el domicilio, la situación financiera, actividad del cliente y destino del crédito de acuerdo a sus políticas;

i) Verificación para el caso de créditos de consumo, de la aplicación de las políticas específicas para créditos de consumo mencionadas en los incisos e) y f) del presente Artículo; Verificación para el caso de créditos refinanciados, de la aplicación de la política para créditos refinanciados mencionada en el inciso c) del presente Artículo.

En la determinación de las observaciones a la muestra de la Cartera de Créditos seleccionada, la Comisión utilizó criterios basados en tecnologías crediticias de otras EIF, alejándose de la tecnología aplicada por el Banco (Política y Reglamento de Créditos).

Sobre el particular, ante el justo reclamo realizado por el Banco, en reuniones sostenidas en instalaciones de la ASFI, personal de esa institución nos manifestó verbalmente que se habrían realizado observaciones similares a otras instituciones financieras y que éstas habrían aceptado las mismas, por lo que le correspondía al Banco Fortaleza S.A. hacer lo propio. Justificando haber realizado las mismas bajo el criterio de "sana práctica". Como se mencionó en párrafos ulteriores la normativa en actual vigencia en ningún punto establece que, para la estimación de la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos, se deban considerar ***sanas prácticas*** *de otorgación y administración de créditos de la industria, dado que de ser así se estaría hablando de una sola tecnología crediticia aplicable para todo el Sistema de Intermediación Financiera, aspecto que es inviable más aún en las Microfinanzas. Por lo expuesto, queda demostrada la parcialidad con cual el equipo de inspección efectuó su labor de supervisión.*

Asimismo, cuando se realizaron los descargos a dichas observaciones, el Banco de forma insistente solicitó se explique los motivos por los cuales la Comisión consideraba que las mismas "Generaban Riesgo (término que inclusive no se encuentra definido en la normativa en actual vigencia; pero es utilizado como sinónimo de desvío), no habiendo merecido respuesta alguna tal requerimiento, salvo la actitud poco profesional del encargado de visita al manifestar que era "criterio de esta Autoridad".*

El siguiente cuadro muestra las observaciones que generaron las desviaciones y la consiguiente previsión genérica que injustamente se quiere imponer al Banco:

Etapas del Proceso Crediticio	Muestras Estadísticas Consumo	Microcrédito	Total desvíos.
	Vivienda	PYME	
SOLICITUD	4	3	7
CAPACIDAD DE PAGO	19	16	35
APROBACION	2	0	2
SEGUIMIENTO	1	4	5
Total Desvíos	26	23	49

Observaciones que no corresponden, dado que ASFI no argumenta técnicamente la validez de las mismas:

Etapas del Proceso Crediticio	Muestras Estadísticas Consumo-Vivienda	Microcrédito-PYME	Total desvíos
SOLICITUD	3	3	6
CAPACIDAD DE PAGO	4	11	15
SEGUIMIENTO	0	2	2
Total Desvíos	7	16	23

El detalle de los casos, con la debida justificación se anexa al presente documento.

3.4., Base legal para impugnar

Tanto el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 relativo a la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014 como la carta ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014 son plenamente impugnables, dado que así está previsto en los artículos 19 y 20 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175. El hecho de que la ASFI haya rechazado la solicitud del Banco Fortaleza S.A. de elevar ambos actos administrativos de menor jerarquía a categoría de resolución administrativa, no los constituye en irrecurribles, precisamente porque el parágrafo II del precitado artículo 20 del Reglamento señala de manera expresa que, en caso de negativa de la autoridad, el interesado puede recurrir de todas maneras, computándose en este caso el plazo desde la notificación de la negativa.

Es en base a esta disposición, y naturalmente a los artículos pertinentes a la impugnación de los actos en sede administrativa, que el Banco Fortaleza S.A. presenta este recurso de revocatoria

4. Petitorio

En consideración de las argumentaciones expuestas en el presente memorial, al amparo de lo dispuesto por la Ley No. 2042 de Procedimiento Administrativo y los artículos 19, 20, 46 y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su autoridad que acepte el presente ***recurso*** *de* ***revocatoria*** *y que revoque en su totalidad el contenido de la carta ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, y del Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 relativo a la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014, debiéndose emitir un nuevo informe de la inspección ordinaria de riesgo de crédito al 31 de marzo de 2014, el cual debería tomar en cuenta las observaciones planteadas en el presente recurso y subsanar las deficiencias y omisiones que se presentaron en el informe impugnado*".

5. CARTA CIRCULAR ASFI/DSR I//CC-4689/2014 DE 19 DE AGOSTO DE 2014.-

Con Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014, La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dispone el ajuste del patrimonio neto al 31 de julio de 2014 del **BANCO FORTALEZA S.A.**, señalando lo siguiente:

"*Adjunto a la presente el cálculo del patrimonio neto de la entidad a su cargo al 31 de julio de 2014, vigente a partir del 20 de agosto del presente año, que debe ser utilizado para el cómputo de relaciones y limites que hagan referencia al patrimonio neto y el control diario de suficiencia patrimonial en función a activos ponderados por riesgo, que deberán ser reportados a este Órgano Supervisor, conforme a los anexos y plazos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

El cálculo se ha efectuado utilizando la información remitida por su entidad al Sistema de Información Financiera (SIF) al mes de julio de 2014, conforme al reglamento aprobado con Resolución SB No 004/2009 de enero de 2009 Asimismo según el artículo 4° de dicho Reglamento, esta Autoridad de Supervisión podrá recalcular el presente patrimonio en el intermedio del periodo de vigencia.

Finalmente, de existir ajustes que sean de conocimiento de la entidad financiera, es responsabilidad de su administración, reconocerlos e incorporarlos en los estados financieros, en cumplimiento de prácticas contables y normas legales vigentes, así como implementar las medidas administrativas que el caso requiera."

6. NOTA BF/GG/EXT-145/2014 DE 25 DE AGOSTO DE 2014, DEL BANCO FORTALEZA S.A.-

La Entidad Bancaria mediante nota BF/GG/EXT-145/2014 de 25 de agosto de 2014, solicitó al Ente Regulador la consignación en Resolución Administrativa la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014, bajo los argumentos siguientes:

"El pasado día 22 de agosto del año en curso el BANCO FORTALEZA S.A. ha recibido la carta circular/ASFI/DSR-I/CC-4689/2014 de 19 de agosto del presente año (aunque sin contemplar destinatario), mediante la cual hace conocer "el cálculo de patrimonio neto de la entidad a su cargo al 31 de julio de 2014", mismo que debe ser utilizado para el cómputo de relaciones y limites que hagan referencia al patrimonio neto y el control diario de la suficiencia patrimonial de una entidad bancaria, en este caso del BANCO FORTALEZA S.A.

Para dicho cálculo la ASFI se ha basado en el informe de inspección ordinaria de riesgo de crédito al 31 de marzo de 2014, cuyos resultados fueron dados a conocer a nuestro banco mediante carta ASFI/DSR I/R - 101704/2014, aunque la ASFI omite referirse en esta ocasión a ambos documentos en los que precisamente la ASFI instruye que el BANCO FORTALEZA S.A. exponga en sus estados financieros al 31 de julio de 2014 una previsión genérica por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad la suma de Sus.3.719.944,48; esta suma aparece en el rubro "Capital Primario Inicial", bajo el concepto "déficit de previsiones de activos, no sujetos a cronograma", aunque expuesta en moneda nacional (Bs.22.090.257.-).

Como es de su conocimiento, el BANCO FORTALEZA S.A ha presentado un Recurso de Revocatoria precisamente en contra de la nota e informe señalados en el párrafo anterior; en dicho recurso hemos pedido de manera explícita a su Autoridad que revoque ambos instrumentos en su totalidad, lo que implica que el BANCO FORTALEZA S.A. se encuentra a la espera de la expedición de la resolución correspondiente el Recurso de Revocatoria y por tanto no ha aceptado una instrucción de realizar la previsión genérica por la suma mencionada.

Resulta por consiguiente inexplicable que la Autoridad Fiscalizadora instruya a nuestro banco a realizar el recálculo de su patrimonio, dejando de lado un concepto que está en plena etapa de impugnación en sede administrativa y ejerciendo BANCO FORTALEZA un recurso que la Constitución y la ley le franquean. Por lo expuesto, en término hábil solicito a usted que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se eleve a categoría de resolución administrativa la circular/ASFI/DSR-I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014 y su anexo, que es un acto administrativo de menor jerarquía."

7. MEMORIAL PRESENTADO EL 26 DE AGOSTO DE 2014, POR EL BANCO FORTALEZA S.A.-

El **BANCO FORTALEZA S.A.**, mediante memorial de fecha 26 de agosto de 2014, ha manifestado lo siguiente:

(…)

EL DEBIDO PROCESO, UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL INELUDIBLE

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 2170/2013 señala con claridad, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) ha establecido QUE todo servidor público en el Estado Plurinacional, cuando ejerce potestad administrativa, entre

ellas la potestad sancionadora de la administración pública, debe partir de las normas constitucionales y sus principios, atendiendo el nuevo modelo de Estado que los sustentan. De manera explícita se refiere a las sentencias constitucionales 140/2012 y 142/2012 que hacen referencia los límites del ejercicio de la potestad sancionadora que "encuentra una barra de contención en el respeto de garantías mínimas, siendo una de ellas el debido proceso " Precisamente la SCP referida se ocupa en el apartado III.4 del principio al debido proceso y su aplicación al ámbito administrativo sancionador. Y de manera expresa señala que la Administración no debe proceder de puro arbitrio, sino que debe cumplir determinadas condiciones para ser constitucionales, "observando las garantías básicas de orden material y formal" señala el TCP. El debido proceso, dice el órgano de control de constitucionalidad "debe ser observado no sólo en la vía judicial, sino en toda la esfera administrativa sancionadora"

En esa misma línea, el TCP determina que el debido proceso debe garantizar al administrado una defensa efectiva, permitiendo ser escuchado, presentar pruebas, impugnar y derecho a la doble instancia.

En el caso que nos ocupa, BANCO FORTALEZA S.A observa con sorpresa que la ASFI ha realizado una valoración subjetiva en el Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014, y haciendo uso de una vía de impugnación administrativa nuestro Banco ha presentado un Recurso de Revocatoria, precisamente aguardando que la propia MAE de la ASFI, autoridad que emitirá la resolución dentro de dicho recurso, realice un nuevo análisis, reexamine la tarea encargada a funcionarios de inferior jerarquía (inspectores) y luego de una adecuada compulsa de antecedentes corrija los actos que en nuestro criterio vulneran nuestros derechos. El artículo 56 de la Ley 2341 es muy elocuente al señalar que "los recursos administrativos proceden contra toda clase de resoluciones de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados, afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos "

Ocurre que en este caso la ASFI emite la nota circular No/ASFI/DSR-I/CC-4689/2014 de 19 de agosto del presente año mediante la cual hace conocer "el cálculo de patrimonio neto de la entidad a su cargo al 31 de julio de 2014", mismo que debe ser utilizado para el cómputo de relaciones y límites que hagan referencia al patrimonio neto y el control diario de la suficiencia patrimonial de una entidad bancaria, en este caso del BANCO FORTALEZA S.A. En otras palabras, en plena etapa recursiva (impugnación administrativa del Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo Crediticio) se nos obliga, sin mayor derecho a la defensa y sin cumplir las reglas del debido proceso a los que se refiere la extensa Sentencia Constitucional ya citada, a previsionar un monto de Bs 22.090.257.- (Veintidós millones noventa mil doscientos cincuenta y siete 00/100 bolivianos afectando seriamente el Coeficiente de Adecuación Patrimonial (CAP) con las consecuencias que ello conlleva para una entidad bancaria.

DERECHO DE IMPUGNACION DE ACTOS EN VIA ADMINISTRATIVA

En la SCP 2170, el TCP incorpora en su ratio decidendi consideraciones por demás claras y

taxativas en relación al derecho que tiene todo administrado (sea persona física o jurídica) de impugnar en sede administrativa los actos de la administración. La SCP referida transcribe fallos del sistema interamericano (CIDH), principios a los que el Estado Boliviano se ha adherido al punto que el Pacto de San José de Costa Rica forma parte del bloque de constitucionalidad, así lo reafirma el TCP.

Al BANCO FORTALEZA S.A, el administrado, le ha sorprendido en sumo grado que la ASFI haya pretendido negar el derecho a la impugnación de un acto administrativo (Informe de Inspección Ordinaria 101497/2014 y Carta 101704/2014 de 2 de julio de 2014) ¿O es que se pretende que dichos actos que vulneran nuestros derechos no son recurribles? ¿O es que dicho Informe que prevé nuevas obligaciones (como que luego se instruye que el BANCO FORTALEZA S.A. exponga en sus estados financieros al 31 de julio de 2014 una previsión genérica por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad) no es impugnable? ¿No vivimos acaso en un Estado de Derecho?

El TCP cita un fallo de la CIDH -caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica de 2 de julio de 2004- en el que se ha dejado sentado que "el derecho de recurrir busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona " pero dice además que "independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida". Esto es precisamente lo que BANCO FORTALEZA S.A pide y clama: que se le permita exponer sus fundamentos y que en la vía del recurso de revocatoria la autoridad, en este caso ASFI, cumpliendo además una sentencia de carácter vinculante dictada por el TCP realice un examen de la decisión recurrida ya que toda vía de impugnación de una decisión administrativa (cualquiera fuera ésta) es un "pilar básico , no solo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática" siguiendo el razonamiento del TCP.
De ahí que resulta difícil comprender que en lugar de someter el Informe de Inspección en cuestión a una compulsa de antecedentes y valoración jurídica en el Recurso de Revocatoria, la ASFI pretenda ahora que BANCO FORTALEZA S.A cumpla una obligación que precisamente nuestra entidad la rechaza y la impugna. Un total despropósito y un claro incumplimiento de una sentencia vinculante del máximo órgano de control de constitucionalidad en el país que además genera enormes riesgos y enormes perjuicios a nuestro banco. La paradoja es tal que un Informe de Inspección relativa a riesgo crediticio provoca y genera mayor riesgo, como lo expondremos más adelante.

NORMA MÁS FAVORABLE AL ADMINISTRADO

Siempre siguiendo el criterio de la jurisprudencia constitucional vinculante nos encontramos con que la SCP objeto de análisis determina que en virtud al principio de interpretación pro persona (pro homine) y al de interpretación conforme a los Pactos Internacionales, "los jueces y tribunales tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión ", Lo más lógico en el caso particular que nos ocupa era que la ASFI suspenda la ejecución del Informe y carta impugnados hasta mientras se agote la vía administrativa, pero en un claro sesgo

diametralmente opuesto a la sentencia constitucional aludida la ASFI pretende aplicar sin más su decisión impugnada y obliga a nuestra entidad mediante la carta circular/ASFI/DSR-I/CC-4689/2014 de 19 de agosto pasado a realizar una previsión genérica 6 veces más alta que la previsión instruida por su Autoridad luego de la inspección de Riesgo Crediticio al 31 de Mayo de 2010, (2010/ Sus.499.790 ; 2014/ Sus.3.719.944,48) y lo peor de todo, sin criterio técnico sustentable y sin cumplir los criterios jurisprudenciales del TCP.

Queda aún más claro el criterio del TCP cuando indica en su SCP que "cuando se hizo referencia al derecho a recurrir, se dejó establecido que el mismo no sólo se aplica en el ámbito judicial, sino también en la vía administrativa", señalando que los medios de impugnación previstos en sede administrativa "deben asegurar la eficacia material de los derechos fundamentales procesales".

*Conviene remarcar de manera precisa que al declarar la INCONSTITUCIONALIDAD de la última parte del artículo 47.1 del D.S 27175 que señala "**demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida",** el TCP ha determinado que no puede rechazarse un recurso administrativo menos intentar que se cumpla una orden, instrucción u obligación en contra de un administrado (en este caso BANCO FORTALEZA S.A) sin que antes se agoten los medios de impugnación. Lamentablemente ASFI pretende aquello, en contra del criterio del TCP y del bloque de constitucionalidad, pretende que cumplamos una obligación de realizar previsión genérica por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad en la suma de Bs 22.090.257.- pese a que BANCO FORTALEZA S.A ha presentado un Recurso de Revocatoria precisamente en contra de la nota e informe señalados abundantemente lo que implica que nuestro Banco se encuentra a la espera de la expedición de la resolución correspondiente el Recurso de Revocatoria y por tanto no puede aceptar una instrucción de realizar la previsión genérica por la suma mencionada (suma irreal y abusiva). Dicha obligación carece de sustento y por tanto resulta inexplicable que la autoridad fiscalizadora obligue a nuestro banco a realizar el recálculo de su patrimonio, dejando de lado un concepto básico: al estar en plena etapa de impugnación en sede administrativa y ejerciendo BANCO FORTALEZA un recurso que la Constitución y la ley le franquean la ASFI no puede obligar al cumplimiento de un acto impugnado.*

GRAVES PERJUICIOS EN CIERNES

Además de todo lo señalado en este memorial, BANCO FORTALEZA S.A hace constar que existen graves perjuicios que se toman en inminentes de continuar ASFI con su instrucción referida al recálculo de su patrimonio. Se afecta seriamente el CAP, con lo que se prevén efectos dañinos a la salud patrimonial de un Banco como BANCO FORTALEZA S.A con consecuencias en nuestros clientes que basan en la confianza y solidez de un banco sus decisiones y operaciones financieras.

Colocan a nuestra entidad al límite de ingresar a un índice patrimonial irreal por un claro abuso e incumplimiento de funcionarios de ASFI y por un análisis sesgado y subjetivo en el Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014. La ASFI siempre se ha caracterizado por cuidar la salud financiera del sistema en su

conjunto y de las entidades en particular, ¿por qué en este caso nos coloca en una situación de claro riesgo? ¿Quién nos compensará luego los daños y perjuicios ocasionados?

El artículo 40 del Reglamento del ex SIREFI permite la suspensión de un acto administrativo impugnado cuando el mismo pudiere causar o generar daños y perjuicios irreparables. Este es precisamente el caso presente, pues BANCO FORTALEZA S.A. quedará expuesto a enormes perjuicios si no se suspende la ejecución del acto impugnado.
Perjuicios como:

- *Limitar el realizar operaciones de Cartera de Créditos*
- *Limitar los Márgenes de Captaciones de Fondos.*
- *Disminuye las Utilidades que al cierre de Gestión pueden ser reinvertidas para fortalecer el Patrimonio del Banco.*
- *Se inmovilizan los fondos que podrían estar dirigidos a la Cartera de Créditos donde se generarían ingresos financieros al Banco.*

PETITORIO

Por todo lo expuesto pido a su autoridad que en aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos en la Sentencia Constitucional Plurinacional 2170/2013 y por lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto Supremo 25175 de 15 de septiembre de 2003, SUSPENDER la aplicación del Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito (Informe ASFI/DSR I/R- 101497/2014) mientras dure la fase administrativa de impugnación (recurso de revocatoria y eventualmente jerárquico), ya que, más allá de no tener legalidad esa exigencia, el artículo 84 del Código Procesal Constitucional señala que los servidores públicos están obligados a cumplir las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional señalando los efectos en caso de incumplimiento. Además del grave riesgo de provocar daños y perjuicios irreparables en caso que ASFI, apartándose de la Sentencia Constitucional y de los principios que de ella emanan no suspenda la aplicación de la pretendida exposición en nuestros estados financieros al 31 de julio de 2014 de una "previsión genérica por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad' como ha señalado en la Circular ASFI/DSR-I/CC- 4689/2014 de 19 de agosto de 2014, carta circular que también se ha solicitado sea elevada a Resolución Administrativa para su correspondiente impugnación.

8. AUTO DE FECHA 28 DE AGOSTO DE 2014, EMITIDA POR LA ASFI.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Auto de fecha 28 de agosto de 2014 determinó que:

"***ÚNICO.-*** *Disponer la acumulación de los trámites (T-534575, T-617134), correspondientes al informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, las cartas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 2 y 23 de julio de 2014, respectivamente, la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014, la carta BF/GG/EXT-145/2014 de 25 de agosto de 2014, el memorial de 26 de agosto de 2014, presentados por el Banco Fortaleza S.A., al memorial de Recurso de Revocatoria presentado el 5 de*

agosto de 2014, por tener identidad de interés y objeto".

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

"…*Que, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, señala en el inciso e) del artículo 62 que en el procedimiento la Autoridad Administrativa tiene el deber y la facultad de proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza y objeto, admitan acumulación.*

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2003, determina en su artículo 44 que el órgano administrativo que inicie un trámite o procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer de oficio o a instancia de parte su acumulación a otro u otros procedimientos cuando éstos tengan idéntico interés y objeto.

Que, la acumulación de procedimientos responde al principio de unidad procesal que a la vez implica un sistema de seguridad formal, que por razones de economía y eficacia debe ser respetado, si se pretende que la Administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación.

Que, la formación de un único expediente administrativo garantiza el ya señalado principio de la unidad procesal que resguarda toda actuación administrativa en procura de evitar la dualidad de pronunciamiento y garantizar la economía procesal evitando la dispersión del procedimiento administrativo.

Que, en este marco, el Banco Fortaleza S.A., ya inició un procedimiento recursivo a través del memorial de recurso de revocatoria presentado contra el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, las cartas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 2 y 23 de julio de 2014, respectivamente.

Que, en tal sentido, la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014 y la carta BF/GG/EXT-145/2014 de 25 de agosto de 2014, el memorial de 26 de agosto de 2014, presentada por el BANCO FORTALEZA S.A., así como el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, las cartas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 2 y 23 de julio de 2014, respectivamente, revisten de identidad de interés y objeto al tratarse de la instrucción de esta Autoridad de Supervisión de realizar una previsión genérica.

Que, con la finalidad de dar cumplimiento a la normativa vigente y considerando la identidad de objeto e interés que reviste dicho procedimiento, corresponde unificar la tramitación de los procesos en un solo procedimiento".

9. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 350/2014 DE 23 DE MAYO DE 2014.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014 de 04 de septiembre de 2014, mediante la cual resolvió:

"…***PRIMERO.-*** ***CONFIRMAR*** *en todas sus partes la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014.*

SEGUNDO.- *Declarar* ***IMPROCEDENTE*** *el Recurso de Revocatoria interpuesto contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, al no constituir un acto administrativo conforme lo establece el parágrafo II del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.*

TERCERO.- ***RECHAZAR*** *la solicitud de suspensión de la aplicación del informe de inspección ordinaria de riesgo de crédito ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, al no cumplirse los supuestos contenidos en el artículo 40 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003*".

Determinación fundamentada bajo los siguientes argumentos:

"…*Que, con carácter previo, corresponde a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del debido proceso consagrado en el parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el principio de sometimiento pleno a la Ley y principio de legalidad previstos en el artículo 4 incisos c) y g) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, contextualizar el Auto de Acumulación de fecha de 28 de agosto de 2014.*

Que, en ese sentido el artículo 44 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, dispone que la Autoridad podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otro u otros procedimientos cuando estos tengan idéntico interés y objeto.

Que, en ese marco la formación de un expediente administrativo, garantiza el principio de la unidad procesal que resguarda que toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el inciso k) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, con el objeto de evitar una dispersión innecesaria del procedimiento administrativo.

Que, "la acumulación de procedimientos responde al principio de unidad procesal. Siguiendo la doctrina del Derecho Administrativo, cualquier actuación que se inicie ya sea de oficio por parte de la administración o a solicitud de parte, implica la formación de un expediente administrativo que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un sistema de seguridad formal, que por razones de economía y eficacia debe ser respetando si se pretende que la administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación", así se desprende de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005.

Que, en este marco, el Banco Fortaleza S.A., ya inició un procedimiento recursivo a través

del memorial de recurso de revocatoria presentado contra el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, las cartas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 2 y 23 de julio de 2014, respectivamente.

Que, en tal sentido, la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014 y la carta BF/GG/EXT-145/2014 de 25 de agosto de 2014, el memorial de 26 de agosto de 2014 presentada por el BANCO FORTALEZA S.A., así como el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, las cartas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 2 y 23 de julio de 2014, respectivamente, revisten de identidad de interés y objeto al tratarse de la instrucción de esta Autoridad de Supervisión de realizar una previsión genérica.

Que, con la finalidad de dar cumplimiento a la normativa vigente y considerando la identidad de objeto e interés que reviste dicho procedimiento, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Auto de fecha 28 de agosto de 2014, resolvió disponer la acumulación de los trámites (T-534575, T-617134), correspondientes al informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, las cartas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 2 y 23 de julio de 2014, respectivamente, la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014, la carta BF/GG/EXT-145/2014 de 25 de agosto de 2014, el memorial de 26 de agosto de 2014, presentados por el Banco Fortaleza S.A., al memorial de Recurso de Revocatoria presentado el 5 de agosto de 2014, por tener identidad de interés y objeto.

CONSIDERANDO:

Que, previo al análisis de fondo del presente Recurso de Revocatoria presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, corresponde contextualizar el rechazo de elevar a resolución el informe de inspección ASFI/DASR I/R-101497/2014, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- *De acuerdo al Plan Operativo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para la gestión 2014, se realizó una visita de inspección al Banco Fortaleza S.A., con fecha de corte al 31 de marzo de 2014, con el objeto de evaluar la gestión de riesgo de crédito.*

En ese sentido, se efectuó desde el 19 de mayo al 13 de junio de 2014, el trabajo de campo en la oficina central del Banco Fortaleza S.A. ubicada en la ciudad de La Paz, Sucursales de Santa Cruz y Cochabamba, cuyos resultados de la inspección se encuentran en el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, el cual concluye señalando lo siguiente:

"La entidad ha implementado medidas correctivas orientadas a la gestión de Riesgo de Crédito, sin embrago, de la valoración efectuada a dicha gestión, se evidencia que existen deficiencias relacionadas con la Estrategia Comercial, estructura Organizacional, Políticas y Procedimientos, Unidad de Riesgos y Unidad de Auditoria Interna, que se constituyen en inobservancias a la normativa vigente, según se detalló en el cuerpo del presente informe. Por lo expuesto se recomienda instruir al Banco lo siguiente:

1. *Presente un Plan de Acción, de acuerdo con el formato establecido en la Matriz de Observaciones, que especifique las medidas correctivas a ser adoptadas para subsanar las observaciones descritas en el cuerpo del presente informe, además del cronograma de su implementación, incluyendo las fechas y los responsables de su cumplimiento.*

2. *Remita los respaldos correspondientes sobre la corrección de las observaciones reiterativas de la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito, con corte al 31 de mayo de 2010, descritas en el cuerpo del informe.*

3. *Remita copia de las papeletas contables que certifiquen la constitución de la previsión genérica por factores de riesgo adicional a la morosidad, determinada en el punto 2.6 del presente informe.*

4. *Remita un informe del Directorio sobre lo establecido en el parágrafo I, artículo 4 del Decreto Supremo N° 1842, con relación a los Créditos de Vivienda Social, observado en el punto 2.7 del presente informe.*

5. *La Unidad de Auditoría Interna deberá realizar la revisión de la Base de Cartera de Créditos con el fin de establecer el correcto registro, clasificación y ponderación de las operaciones de crédito, aspectos observados en el punto 2.9 del presente informe.*

6. *Remitir copia legalizada del Acta de la Reunión del Banco, que evidencie que el presente informe fue puesto en conocimiento de dicha instancia, misma que deberá incluir el compromiso del Directorio y de la Gerencia General para cumplir con el cronograma de implementación de las medidas correctivas que serán definidas en el Plan de Acción".*

En este sentido, el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, no constituye un acto administrativo, sino un dictamen o una opinión técnica idónea no susceptible de impugnación, ya que no obliga a la propia Autoridad administrativa a resolver conforme a ellos.
En este marco, cabe señalar que de acuerdo al artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Es así, que los informes de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 86/2007 de 17 de octubre de 2007, "Son actuaciones emitidas al interior de la administración que tienen por objeto, en determinadas circunstancias, el efectuar los análisis técnicos y/o jurídicos respecto a algún trámite o procedimiento administrativo".

En ese sentido, los informes no son propiamente actos administrativos ya que conforme lo establece el parágrafo II del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341

de 23 de abril de 2002, "Salvo disposición legal en contrario, los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos".

Concordante con lo señalado, el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, no constituye un acto administrativo, sino un dictamen o una opinión técnica idónea no susceptible de impugnación, ya que no obligan a la propia Autoridad administrativa a resolver conforme a ellos.

Ahora bien, el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, es un documento de uso interno emitido por funcionarios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dirigido a la Máxima Autoridad, siendo dicha autoridad la única con facultades declarativas, dispositivas o decisorias para determinar el cumplimiento de determinadas medidas.

En la misma línea, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 058/2012 de 5 de octubre de 2012, señala que: "El informe como tal, tiene por naturaleza una de las tantas operaciones intelectuales que son menester realizar para dictar la Resolución a la que corresponde y que bien podría será realizada por la propia Autoridad, toda vez que "los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos" (Art. 48, Par. II N° 2341 de Procedimiento Administrativo), pero que de ninguna manera constituye un acto administrativo, sino un parecer, un dictamen o una opinión técnica idónea, de ninguna manera con carácter o contenido normativo o dispositivo que sea susceptible de impugnación.

En ello se concluye, porque el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que la competencia es uno de los elementos esenciales del acto administrativo (Ser dictado por autoridad competente) y el artículo 17, parágrafo I del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es más específico conforme lo exige la materia, cuando señala que la Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora..., emitida por las Superintendencias del SIREFI aquí léase la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en virtud al artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados.

En ese sentido, queda claro que como documento de uso interno de una entidad pública, un informe está en definitiva dirigido a la máxima autoridad de tal entidad, por cuanto, es ella la única que tiene facultades declarativas, dispositivas o decisorias sobre los temas materia de su competencia, resultando tal competencia irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio (artículos 5°, Par. II, y 27° de la Ley N° 2341), determinando que las actuaciones administrativas de las servidoras y servidores públicos subordinados no adquieran la calidad de actos administrativos, por cuanto son "nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley" (Art. 122°, Constitución Política del Estado).

Entonces, corresponde a la máxima autoridad, dentro de la actividad intelectual necesaria para la toma de decisión que importa la Resolución, considerar los datos

contenidos en el informe, para su examen y aplicación dentro de los alcances del mencionado artículo 48°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo..."

De la valoración e interpretación de lo expuesto, se advierte que el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, no es propiamente un acto administrativo, siendo inadmisible impugnar el mismo por cuanto solo son impugnables las Resoluciones Administrativas.

En tal sentido, sólo cuando el contenido de un informe sea incorporado a la decisión de la máxima autoridad administrativa y sirve para fundamentar la decisión, se puede recurrir el mismo.

- *En relación a que se habría causado indefensión al recurrente al no haber elevado a la categoría de Resolución el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, cabe señalar que según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la indefensión significa "Desamparo carencia de protección, situación de la parte a quien se niega en forma total o se regatean los medios procesales de defensa de modo especial, el de ser oída por el juzgador y del patrocinio del letrado".*

En el presente caso, se advierte los siguientes extremos:

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuó una visita de inspección al Banco Fortaleza S.A., cuyos resultados se encuentran en el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014.*

- *Con el objeto de regularizar las observaciones establecidas en el citado informe de inspección, mediante nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio se remitió una copia del mismo al Banco Fortaleza S.A.*

- *No obstante lo citado, en atención a la nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, la cual señala que no corresponde elevar a rango de resolución administrativa el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014.*

- *En ese sentido, el recurrente mediante memorial de 5 de agosto de 2014, presenta recurso de revocatoria.*

Por lo expuesto, se advierte que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impedido que el recurrente presente recurso de revocatoria, toda vez que mediante memorial de 5 de agosto de 2014, interpone dicho recurso el cual versa sobre temas relacionados con el informe ASFI/DSR I/R-101704/2014 y las notas ASFI/DSR I/R-101704/2014 y ASFI/DSR I/R-113250/2014, ***aspectos que serán considerados y evaluados por esta Autoridad de Supervisión a tiempo de substanciar el presente recurso.***

En ese orden, contrario sensu a lo que afirma el recurrente no se ha causado indefensión al Banco Fortaleza S.A. toda vez que esta Autoridad de supervisión mediante la presente resolución considera el recurso interpuesto en el marco del debido proceso y el derecho

a la defensa.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- ***En relación al inciso i), Matriz de Atributos***

De acuerdo a la Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 23/2007 de 1 de marzo de 2007, "las inspecciones consisten en exámenes sistémicos y planificados que efectúa la autoridad administrativa con el fin de obtener mayores elementos de hecho y de derecho que le permitan adoptar una decisión dentro de un procedimiento.

En general las inspecciones conllevan la realización de los siguientes actos: a) la programación de la inspección; b) el desarrollo de la inspección; c) el informe en conclusiones posterior; e) el seguimiento a las medidas adoptadas a consecuencia de la inspección…"

En ese sentido, considerando que la inspección consiste en un examen sistémico y planificado es necesario contar con una matriz de atributos, la cual se constituye en un programa de trabajo cuyo objeto es evaluar el cumplimiento del proceso crediticio de la muestra seleccionada, por lo que de acuerdo al Manual Dinámico de Supervisión de Riegos aprobado mediante Resolución Administrativa SB/04/2009 de 12 de enero de 2009, vigente al momento de la inspección, se entiende por matriz como "La Evaluación Individual, se constituye en un programa de trabajo para evaluar el cumplimiento del proceso crediticio de la muestra seleccionada. Previamente a la inspección, se determinarán atributos para cada etapa del proceso crediticio definidos en las políticas y procedimientos de la EIF, que podrían generar riesgo a la entidad ante incumplimientos".

Es así que el Manual Dinámico de Supervisión de esta Autoridad de Supervisión, es un programa de trabajo de uso interno, por lo que no se establece la obligatoriedad de presentarlo al recurrente, ya que los aspectos a ser evaluados son de conocimiento de la misma entidad a ser inspeccionada, por lo que en ningún momento se colocó al recurrente en estado de indefensión.

Concordante con lo señalado, las entidades de intermediación financiera deben tener un procedimiento donde se verifique varios aspectos a tiempo de evaluar un crédito, dichos aspectos se encuentran detallados en el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la Recopilación de Nomas para Servicios Financieros que establece: "Determinar, con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar y bajo criterios estadísticos, por medio de procedimientos informáticos u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos, entre ellas la falta de cualquiera de las siguientes:

a) Verificación domiciliaria y laboral, y ficha de datos actualizada, incluyendo

documentos de identidad;

b) Comprobación de la fuente de ingresos y la estimación razonable de la capacidad de pago;

c) Verificación de los antecedentes de pago de deudas en entidades del sistema financiero y con otros acreedores, cerciorándose que el cliente no mantiene operaciones vencidas, en ejecución o castigadas;

d) Verificación de que el garante del cliente no tiene deudas en mora en las EIF y con otros acreedores, cuenta con la verificación laboral y domiciliaria respectiva y cumple con la documentación básica de identificación;

e) Verificación, cuando corresponda, de la existencia de garantías perfeccionadas, su adecuada valorización y de las medidas adoptadas para su protección y estado de conservación de las garantías;

f) Evidencia de que los créditos que eventualmente no cumplan con los requisitos establecidos en las políticas crediticias, hayan sido aprobados siguiendo los procedimientos de excepción pertinentes;

g) Documentación requerida por su política crediticia, tanto de la solicitud, aprobación como del contrato y las garantías;

h) Evidencia del seguimiento periódico sobre el domicilio, la situación financiera, actividad del cliente y destino del crédito de acuerdo a sus políticas;

i) Verificación para el caso de créditos de consumo, de la aplicación de las políticas específicas para créditos de consumo mencionadas en los incisos e) y f) del presente Artículo;

j) Verificación para el caso de créditos refinanciados, de la aplicación de la política para créditos refinanciados mencionada en el inciso c) del presente Artículo."

Asimismo, el referido artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° establece que: "Las EIF que operen con créditos PYME calificados por días mora, de vivienda, consumo y/o microcrédito, ***deben constituir y mantener*** *una previsión genérica cuando su administración crediticia presente factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad e inadecuadas políticas para la reprogramación de operaciones de créditos. La previsión genérica solo puede ser disminuida previa autorización de ASFI".*

ASFI, en sus visitas de inspección, puede evaluar la administración crediticia de la EIF con la finalidad de verificar si existe la presencia de factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad e inadecuadas políticas para la reprogramación de operaciones y en consecuencia la necesidad de constituir una previsión genérica por riesgo adicional".

En base a las consideraciones expuestas queda claro que las disposiciones señaladas precedentemente, son de aplicación obligatoria para todas las entidades de intermediación financiera que cuenten con licencia de funcionamiento emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en estricta sujeción a la Ley N° 393 de Servicios Financieros, al Código de Comercio y demás disposiciones vigentes sobre la materia, por lo que el recurrente, debe incluir en sus políticas y/o procedimientos para la otorgación de créditos, mínimamente las actividades señaladas en los incisos a) a la j) del

numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

- ***En relación al inciso ii), Muestra de Cartera***

En el presente caso, la muestra de la cartera de créditos, fue extraída de la información reportada por el Banco Fortaleza S.A., a la Central de Información Crediticia (CIC) al 31 de marzo de 2014, estableciendo el periodo de desembolso del 1 de junio de 2010 al 31 de marzo de 2014, según el siguiente cuadro:

En dólares americanos (unidades)

Tipo de Crédito	Saldo de Cartera al 31.03.2014 otorgada desde el 01.06.2010	
	N° de Operaciones	Saldo
MICROCRÉDITO	13,009	674,842,363.64
PYME	1,088	128,386,676.30
CONSUMO	4,515	146,846,276.69
VIVIENDA	938	158,657,815.24
Total Muestra	**19,550**	**1,108,733,132**

En tal sentido, la muestra determinada por esta Autoridad de Supervisión, se la obtuvo con criterios estadísticos de selección aleatoria, considerando que las operaciones a ser evaluadas tengan la misma probabilidad de ser elegidas, aspecto concordante con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Título II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

En este marco, la Autoridad de Supervisión seleccionó una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar considerando los siguientes criterios estadísticos:

1. *Nivel de Confianza (90%)*

2. *Tamaño de Población: 13,009 operaciones de Microcrédito, 1,088 operaciones Pyme días mora, 4,515 Créditos de Consumo y 938 operaciones de Vivienda.*
3. *Tasa de desviación tolerable: 5%*

Obteniendo como resultado 104 operaciones de Microcrédito y Pyme y 103 operaciones de Vivienda y Consumo, haciendo un total de 207 operaciones.

CRITERIOS ESTADÍSTICOS		MICROCRÉDITO	PYME	CONSUMO	VIVIENDA
Nivel de Confianza	90%				
Tamaño de Población		13,009	1,088	4,515	938
Tasa de desviación tolerable	5%				

En ese sentido, bajo los citados criterios de selección se advierte que las muestras determinadas son representativas de los universos a los que corresponden, estableciéndose la aplicación de técnicas estadísticas para la elección aleatoria de las operaciones a ser evaluadas, donde cada una tiene la misma probabilidad de ser seleccionada, además de considerar un nivel de confianza del 90%.

Adicionalmente, cabe señalar que la muestra conjunta de créditos de Vivienda y Consumo, tienen las siguientes características comunes:

1. *Cuentan con una misma Tecnología Crediticia para la evaluación de la capacidad de pago para ambos tipos de crédito tomando en cuenta actividades dependientes e independientes.*

2. *El crédito de consumo es complementario a las operaciones de vivienda y la evaluación de la capacidad de pago se la efectúa bajo los mismos principios, donde en algunos casos un mismo deudor puede mantener operaciones de vivienda y consumo a la vez en la medida que su capacidad de pago así lo permita.*

3. *Al momento de estructurar la operación, las únicas diferencias relevantes entre estos tipos de créditos son el destino del crédito y en algunos casos el plazo, constituyéndose la evaluación de la capacidad de pago en el factor determinante para la otorgación del crédito.*

De acuerdo a lo citado precedentemente se advierte que las poblaciones objeto de la muestra representan razonablemente características homogéneas y complementarias entre sí.

Por otra parte, cabe señalar que los saldos obtenidos por el recurrente correspondientes a la muestra seleccionada, donde existirían posibles diferencias, no cuentan con sustento técnico, por cuanto esta Autoridad de Supervisión cuenta con la información reportada periódicamente por el Banco sobre su portafolio de crédito, aspectos que han sido considerados en la inspección efectuada.

- ***En relación al inciso iii), Presentación de Resultados***

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para la gestión 2014, efectuó una visita de inspección al Banco Fortaleza S.A., con fecha de corte al 31 de marzo de 2014.

Es así, que producto de la inspección efectuada, surgieron observaciones a la entidad las cuales fueron comunicadas mediante notas con fecha de recepción en los mes (sic)*a mayo y junio de 2014, por los ejecutivos del Banco, conforme a lo descrito en el siguiente cuadro:*

FECHA	SUCURSAL	FUNCIONARIO EIF	TIPO DE OBSERVACIÓN
26/05/2014	LA PAZ	LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS)	BASE DE CARTERA (MEDIO MAGNÉTICO)
29/05/2014	COCHABAMBA	LIC. MARCO MONJE (GERENTE REGIONAL COCHABAMBA)	CARTERA MASIVA COCHABAMBA
04/06/2014	SANTA CRUZ	LIC. LUCIO BAKOVIC (GERENTE REGIONAL SANTA CRUZ)	CARTERA MASIVA SANTA CRUZ
05/06/2014			
11/06/2014	LA PAZ	LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS)	CARTERA MASIVA LA PAZ, ORURO, TARIJA, CHUQUISACA, COCHABAMBA, SANTA CRUZ.
12/06/2014			
11/06/2014	LA PAZ	LIC. JAVIER CACHI (AUDITOR INTERNO)	AUDITORÍA INTERNA
12/06/2014	LA PAZ	LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS)	UNIDAD DE RIESGOS
13/06/2014	LA PAZ	LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS)	ESTRATEGIA, ESTRUCTURA Y POLÍTICAS

Por ello, a efectos de conocer los descargos y/o explicaciones a las observaciones planteadas, se sostuvieron reuniones con ejecutivos del Banco Fortaleza S.A., en instalaciones de dicha entidad y en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de acuerdo al siguiente detalle:

FECHA	REUNIÓN	LUGAR	FUNCIONARIOS EIF
06/06/2014	DISCUSIÓN CARTERA MASIVA SANTA CRUZ	SANTA CRUZ	LIC. NELSON HINOJOSA (GERENTE GENERAL) LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS) LIC. BORIS UGRINOVIC (GERENTE REGIONAL LA PAZ)
09/06/2014	DISCUSIÓN CARTERA MASIVA SANTA CRUZ, COCHABAMBA, LA PAZ, ORURO, TARIJA, CHUQUISACA	LA PAZ	LIC. NELSON HINOJOSA (GERENTE GENERAL) LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS) LIC. BORIS UGRINOVIC (GERENTE REGIONAL LA PAZ)
11/06/2014	DISCUSIÓN OBSERVACIONES AUDITORÍA INTERNA Y FIRMA DE OBSERVACIONES	LA PAZ	LIC. JAVIER CACHI (AUDITOR INTERNO)
12/06/2014	DISCUSIÓN OBSERVACIONES UNIDAD DE RIESGOS Y FIRMA DE RECIBIDO DE LAS OBSERVACIONES	LA PAZ	LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS)
24/06/2014	DISCUSIÓN OBSERVACIONES DE LA CARTERA MASIVA	LA PAZ (ASFI)	LIC. NELSON HINOJOSA (GERENTE GENERAL) LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS) LIC. BORIS UGRINOVIC (GERENTE REGIONAL LA PAZ)
27/06/2014	DISCUSIÓN OBSERVACIONES DE LA CARTERA MASIVA	LA PAZ (ASFI)	LIC. NELSON HINOJOSA (GERENTE GENERAL) LIC. MARCO TARIFA (GERENTE DE RIESGOS) LIC. BORIS UGRINOVIC (GERENTE REGIONAL LA PAZ)

Por su parte, la Comisión de Inspección presentó las observaciones (en medio magnético el 26 de mayo de 2014) sobre la gestión del riesgo de crédito referidas a la estrategia comercial, estructura organizacional, políticas y procedimientos para la colocación de créditos y de la base de cartera al Gerente de División de Riesgos, cuya recepción consta el 13 de junio de 2014.

En el mismo sentido, con relación a los desvíos y/o incumplimientos en la otorgación y administración de la cartera de créditos calificada de forma automática, cabe señalar que el recurrente proporcionó sus descargos por escrito y de manera verbal, aspecto que fue considerado, por cuanto se levantaron las observaciones comunicadas, conforme se describe en el siguiente cuadro:

DETALLE		N° DE OBS.
A	N° DE OBSERVACIONES COMUNICADAS AL BANCO SOBRE LA CARTERA EVALUADA (CRÉDITOS PYME, MICROCRÉDITOS, CONSUMO Y VIVIENDA)	85
B	N° DE OBSERVACIONES LEVANTADAS EN LAS REUNIONES CON EJECUTIVOS DEL BANCO (ARGUMENTOS Y EXPLICACIONES VERBALES)	30
C	N° DE OBSERVACIONES LEVANTADAS POR LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR ESCRITO (*)	6
(A-B-C)	TOTAL OBSERVACIONES QUE GENERAN RIESGO CREDICIO 26 OBSERVACIONES A LA MUESTRA CONSUMO Y VIVIENDA 23 OBSERVACIONES A LA MUSTRA MICROCRÉDITOS Y PYME	49

(*) El 16 de junio de 2014 el Banco presentó por escrito 55 descargos a las observaciones planteadas por esta Autoridad de Supervisión, los cuales fueron revisados en su totalidad por el Encargado de Visita de la Inspección llegándose a levantar 6 observaciones.

Posteriormente, mediante nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al recurrente una copia del informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, con el objeto de regularizar las observaciones señaladas en dicho informe.

En consecuencia, se advierte que las observaciones efectuadas por la Comisión de Inspección relativo a la Cartera Masiva (Pyme, Microcrédito, Consumo y Vivienda) así como a la Matriz General (Evaluación de la Gestión del Riesgo de Crédito) fueron notificadas al recurrente, comunicándoles en forma escrita y verbal, aspecto por el cual

el Banco Fortaleza S.A., presento descargos mismos que fueron revisados, tomado en cuenta y valorados por la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiero a cuyo efecto levantó 36 observaciones, así se desprende del Anexo I del informe de inspección ASFI/DSR IO/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014.

- ***En relación al inciso iv), Solicitud de Información***

Con el fin de transmitir a la Comisión de Inspección la visión estratégica institucional, así como los principales aspectos relacionados con la gestión de riesgo de crédito la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSR I/R-73222/2014 de 14 de mayo de 2014, solicitó documentación relativa a la entidad.

En ese orden el recurrente no proporcionó a la Comisión de Inspección dichos documentos solicitados en el Anexo 2 y 3 de la referida nota ASFI/DSR I/R-73222/2014, aspecto por el cual nuevamente se solicitó en fecha 13 de junio de 2014, la documentación faltante.

Posteriormente, a través de nota de 21 de mayo de 2014, se solicitó planilla de sueldos al 31 de marzo de 2014, información que no fue remitida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera.

Expuesto lo anterior, se advierte que el recurrente no ha proporcionado información solicitada, aspecto que hasta la fecha no fue subsanado (sic).

- ***En relación al inciso v), Forma Inusual de Requerimiento de Información***

Los incisos a), c) y d) del artículo 31 de la Ley de Servicios Financieros N° 393 de 21 de agosto de 2013, disponen que la Directora Ejecutiva o el Director Ejecutivo y los funcionarios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que realicen inspecciones, controles o cualquier acto de supervisión en una entidad financiera, sometida a supervisión podrán recabar de la entidad financiera cuanta información sea necesaria para cumplir con el fin de la supervisión.

Concordante con lo señalado el numeral 1 del artículo único del Reglamento para Visitas de Inspección contenido en el Capítulo I, Título II, Libro 7° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en las visitas de inspección podrá realizar todos los exámenes que considere necesarios con o sin previo aviso.

El parágrafo II del artículo 31 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "A tiempo de señalarse lugar, fecha y hora de realización de la inspección las Superintendencias identificaran los aspectos que deberán ser establecidos en dicho acto o que serán motivo de informe. Durante la inspección, el operador o interesado, que será debidamente notificado con la respectiva providencia, podrá formular las aclaraciones u observaciones que correspondan, las mismas que serán consignadas en los documentos que se emitan a consecuencia de la inspección.

De igual manera, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 23/2007 de 1 de marzo de 2007, ha sentado el siguiente precedente: "en la mayoría de los casos, las inspecciones conllevan un elemento de sorpresa con relación a la empresa u operador sujeto a inspección, con el fin de encontrar la información en un estado natural sin que haya sido objeto de modificación por parte del inspeccionado y para permitirle a la autoridad administrativa ingresar a conocer la documentación y actividades normales y rutinarias de la empresa. No obstante esto no contradice la posibilidad que la autoridad administrativa comunique con antelación al operador o empresa la realización de la inspección. En todo caso, esa decisión la adoptará la autoridad administrativa de acuerdo a las circunstancias del caso".

Analizando el procedimiento llevado a cabo en la inspección efectuada al Banco Fortaleza S.A., se advierte que mediante nota ASFI/DSR I/R-73222/2014 de 14 de mayo de 2014, se notificó que a partir de fecha 19 de mayo de 2014, se ha previsto realizar una visita de inspección a la entidad, con el objeto de evaluar la gestión de riesgo de crédito. Asimismo, se detalla la información requerida, la cual deberá ser entregada a la comisión. Adicionalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero comunicó en la reunión inicial de la inspección el procedimiento de requerimiento y entrega de las carpetas de crédito sujetas a revisión, explicándose que la documentación contenida en las carpetas son el sustento de las operaciones que fueron aprobadas y desembolsadas las cuales deberían estar disponibles.

Aplicando el razonamiento de la doctrina, de la jurisprudencia y el contenido de las normas citadas se tiene que las mismas facultan a la Autoridad de Supervisión del Sistema recabar de la entidad supervisada cuanta información sea necesaria con el objeto de que la Autoridad de Supervisión cuente con elementos que le permitan obtener convicción respecto a la inspección realizada.

- ***En relación al inciso vi) Aplicación de Tecnologías***

Al respecto, el artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros (RNSF), establece que; "Las EIF que operen con créditos PYME calificados por días mora, de vivienda, consumo y/o microcrédito, ***deben constituir y mantener*** *una previsión genérica cuando su administración crediticia presente factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad e inadecuadas políticas para la reprogramación de operaciones de créditos. La previsión genérica solo puede ser disminuida previa autorización de ASFI".*

ASFI, en sus visitas de inspección, puede evaluar la administración crediticia de la EIF con la finalidad de verificar si existe la presencia de factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad e inadecuadas políticas para la reprogramación de operaciones y en consecuencia la necesidad de constituir una previsión genérica por riesgo adicional".

En ese sentido, para la aplicación de la previsión genérica por riesgo adicional, se debe considerar lo señalado en el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para

la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros el cual establece que: "Determinar, con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar y bajo criterios estadísticos, por medio de procedimientos informáticos u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos, entre ellas la falta de cualquiera de las siguientes:

a) Verificación domiciliaria y laboral, y ficha de datos actualizada, incluyendo documentos de identidad;
b) Comprobación de la fuente de ingresos y la estimación razonable de la capacidad de pago;
c) Verificación de los antecedentes de pago de deudas en entidades del sistema financiero y con otros acreedores, cerciorándose que el cliente no mantiene operaciones vencidas, en ejecución o castigadas;
d) Verificación de que el garante del cliente no tiene deudas en mora en las EIF y con otros acreedores, cuenta con la verificación laboral y domiciliaria respectiva y cumple con la documentación básica de identificación;
e) Verificación cuando corresponda, de la existencia de garantías perfeccionadas, su adecuada valorización y de las medidas adoptadas para su protección y estado de conservación de las garantías;
f) Evidencia de que los créditos que eventualmente no cumplan con los requisitos establecidos en las políticas crediticias, hayan sido aprobados siguiendo los procedimientos de excepción pertinentes;
g) Documentación requerida por su política crediticia, tanto de la solicitud, aprobación como del contrato y las garantías;
h) Evidencia del seguimiento periódico sobre el domicilio, la situación financiera, actividad del cliente y destino del crédito de acuerdo a sus políticas;
i) Verificación para el caso de créditos de consumo, de la aplicación de las políticas específicas para créditos de consumo mencionadas en los incisos e) y f) del presente Artículo;
j) Verificación para el caso de créditos refinanciados, de la aplicación de la política para créditos refinanciados mencionada en el inciso c) del presente Artículo."

Por lo expuesto, cabe señalar que las disposiciones citadas son de aplicación obligatoria para todas las entidades de intermediación financiera que cuenten con licencia de funcionamiento emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en estricta sujeción a la Ley de Servicios Financieros N° 393, al Código de Comercio y demás disposiciones vigentes sobre la materia.

En el presente caso, la entidad tuvo conocimiento de las observaciones efectuadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero las cuales fueron objeto de descargo del recurrente, mismas que fueron analizadas, valoradas por la Autoridad de Supervisión, así se desprende del Anexo I que forma parte del informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014.

Consecuentemente, el Banco Fortaleza S.A., debe incluir en sus políticas y/o

procedimientos para la otorgación de créditos, mínimamente las actividades señaladas en los incisos a) a la j) del numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la RNSF, requisitos que son de cumplimiento obligatorio.

En este marco, el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere profesionalidad, en el entendido de que presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que esta constreñido, siendo una de estas obligaciones, precisamente, el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial la observancia de las prohibiciones y limitaciones a las que esta (sic) *sometido, por cuanto el servicio que presta es en definitiva un servicio público.*

En virtud a lo antedicho se tiene, que el argumento esgrimido por el recurrente no es válido ni mucho menos aceptable, por cuanto su calidad de profesional y especialidad no permite lugar a confusión ni incorrectas interpretaciones, contrario sensu, le obliga actuar con la máxima diligencia como un "bonus" o "diligens pater familias".

CONSIDERANDO:

Que, en el marco del debido proceso que conforma el principio de sometimiento pleno a la Ley previsto en el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, es necesario traer a colación el memorial presentado por el recurrente el 28 de agosto de 2014, mediante el cual solicita se suspenda la aplicación del informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014, ya que caso contrario el Banco quedaría expuesto a los siguientes perjuicios:

- *Limitar el realizar operaciones de cartera de créditos.*
- *Limitar los márgenes de captaciones de fondos.*
- *Disminuye las utilidades que al cierre de gestión pueden ser reinvertidas para fortalecer el patrimonio del banco.*
- *Se inmovilizan los fondos que podrán estar dirigidos a la cartera de créditos donde se generarían ingresos financieros al banco.*

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- ***En relación a Limitar el Realizar Operaciones de Cartera de Créditos.***

Al respecto, cabe señalar los siguientes aspectos:

a. El artículo 456 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, dispone lo siguiente:

I. Una entidad de Intermediación Financiera podrá conceder créditos que no se encuentren debidamente garantizados a un prestatario o grupo prestatario hasta el cinco por ciento (5%) del capital regulatorio.

II. Parágrafo II: Una entidad de Intermediación Financiera, no podrá conceder o mantener créditos con un solo prestatario o grupo prestatario que en su conjunto exceda el veinte por ciento (20%) del capital regulatorio.

b. Al 31 de julio de 2014, el Banco Fortaleza S.A. no expone en sus estados financieros las previsiones determinadas en visita de inspección de riesgo de crédito al 31 de marzo de 2014, las cuales fueron originadas por las deficiencias identificadas en la otorgación y administración de créditos de vivienda, consumo, microcrédito y pymes.

En este sentido, en el marco de lo establecido en el artículo 1, Sección 3, Capítulo I, Título VI, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, el Patrimonio Neto de la entidad de intermediación financiera fue ajustado al 31 de julio de 2014, debido a que el banco no cumplió con la instrucción de esta Autoridad de Supervisión de contabilizar en la Subcuenta 139.08 (Previsión genérica para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional), la previsión establecida en la inspección por Bs22,090,257, situación que origina el siguiente ajuste:

ENTIDAD FINANCIERA : BANCO FORTALEZA S.A.	**PATRIMONIO NETO AL 31.07.2014**	
Valores al cierre del mes de:31/07/2014	**Sin contabilización de las previsiones por parte del Banco (Con ajuste ASFI)**	**Con contabilización de las previsiones por parte del Banco (Sin ajuste ASFI)**
Vigencia a partir del :20/08/2014		
CAPITAL PRIMARIO INICIAL	**183,569,269**	**183,569,269**
Déficit de previsiones de activos, no sujetas a cronograma	**22,090,257**	-
Productos financieros devengados por cobrar no castigados correspondientes a créditos con incumplimiento al cronograma original de pagos por más de 90 días y de créditos calificados en las categorías D, E y F.	**2,291**	-
Pérdidas acumuladas y pérdidas de la gestión	-	(3,742,266)
CAPITAL PRIMARIO DESPUÉS DE AJUSTES	**161,476,721**	**179,827,003**
CAPITAL SECUNDARIO DESPUÉS DE AJUSTES	**-**	**-**
Cálculo del Patrimonio Neto		
CAPITAL PRIMARIO DESPUÉS DE AJUSTES	161,476,721	179,827,003
CAPITAL SECUNDARIO DESPUÉS DE AJUSTES	-	-
Inversiones en empresas de servicios financieros, burós de información crediti-	10,000,284	10,000,284
PATRIMONIO NETO	**151,476,437**	**169,826,719**

Como podrá apreciarse en el cuadro precedente, la entidad de intermediación financiera, al no contabilizar la previsión genérica para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional al 31 de julio de 2014, ocasionó una deducción mayor de Bs18,350,282 a su patrimonio neto.

- ***En relación a Limitar los Márgenes de Captación de Fondos***

Respecto del Límite de financiamiento con otra entidad financiera el artículo 460 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, establece:

Una entidad de intermediación financiera, podrá recibir créditos de otras entidades de intermediación financiera hasta una vez su capital regulatorio, el que podrá ampliarse hasta dos (2) veces el capital regulatorio de la entidad bajo autorización expresa de ASFI.

En este marco, de acuerdo al cuadro precedente se advierte que la entidad de

intermediación financiera, al no contabilizar la previsión genérica para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional al 31 de julio de 2014, ocasionó una deducción mayor de Bs18,350,282 a su patrimonio neto. De lo contrario el efecto sólo sería de Bs3,742,266.

- ***En relación a Disminuir las Utilidades que al Cierre de Gestión Pueden Ser Reinvertidas para Fortalecer el Patrimonio del Banco***

La generación de utilidades liquidas anuales y su correspondiente distribución es responsabilidad y atribución de la entidad de intermediación financiera, las cuales deben ser certificadas por auditores externos, deducidas la reserva legal y otras que pudieran estar establecidas en los estatutos, y siempre que con su reparto no dejaren de cumplir las relaciones legales establecidas en la presente Ley y normas regulatorias de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

El Manual de Cuentas para Servicios Financieros establece que el registro de las previsiones genéricas para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional se contabiliza con cargo a la subcuenta 431.02 "Cargos por Previsión genérica para incobrabilidad de cartera por factores de riesgo adicional", dicho registro tiene el objeto de cubrir pérdidas esperadas por factores de riesgo adicional de manera transitoria, puesto que la misma dinámica de la subcuenta de la subcuenta 139.08 "Previsión genérica para incobrabilidad de cartera por factores de riesgo adicional", permite que las mismas puedan ser liberadas (disminuir), cuando se identifique que la estimación actual de previsiones fuese menor a la contabilizada, en función a lo determinado por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en tal caso la disminución de previsiones implica un ingreso que se debe contabilizar en la subcuenta 532.02 "Disminución de previsión genérica para incobrabilidad de cartera por factores de riesgo adicional".

Consecuentemente, la constitución y la disminución de las previsiones generaran gastos e ingresos, de cuya relación las utilidades de una entidad se incrementan o disminuyen.

En ese sentido, la entidad de intermediación financiera, al no contabilizar la previsión genérica para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional al 31 de julio de 2014, ocasionó una deducción mayor en Bs18.350.282 a su patrimonio neto.

Asimismo, cabe aclarar que el ajuste del Patrimonio Neto por la citada previsión no es una medida definitiva, puesto que dicho ajuste puede quedar sin efecto una vez que el Banco contabilice la cobertura de la previsión antes mencionada.

- ***En relación a que se Inmovilizan los Fondos que Podrían estar Dirigidos a la Cartera de Créditos donde se Generarían Ingresos Financieros al Banco***

Previsión genérica:

La contabilización de la previsión genérica por riesgo adicional a la morosidad, relacionada a la cartera de créditos, contabilizada en el grupo 139.00 (Previsión Genérica

para Incobrabilidad de Cartera por Factores de Riesgo Adicional), no constituye una erogación o desembolso de montos de dinero o flujo de efectivo real.

El objeto de los montos registrados en las citadas subcuentas componentes del citado grupo es la de cubrir pérdidas estimadas por factores de riesgo adicional, según lo dispuesto en el régimen de previsiones del "Reglamento para la Evaluación y Calificación de la Cartera de Créditos".

La dinámica de la subcuenta 139.08 (Previsión genérica para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional) del Manual de Cuentas para Entidades Financieras, establece que podrán debitarse (reversión), por la disminución de la previsión, si la estimación actual fuese menor a la contabilizada, según lo dispuesto en el régimen de previsiones del "Reglamento para la Evaluación y Calificación de la Cartera de Créditos".

Las previsiones por incobrabilidad de cartera, registradas en los balances de las entidades, surgen como cálculo de los importes necesarios para la cobertura del riesgo de crédito. Es decir, un adecuado nivel de previsiones permite valorar apropiadamente la cartera de créditos y por ende los activos de la entidad. Las previsiones específicas recogen el deterioro de activos directamente identificados como dañados y la previsión genérica que está relacionada con toda la cartera de créditos, refleja la evaluación colectiva de deterioro por grupos de activos y debe ser entendida como una previsión que refleja las pérdidas inherentes que se han producido en la cartera de créditos, pero que todavía no se han manifestado. Esta previsión se configura como gasto que recoge el deterioro de las carteras de crédito y por tanto necesario para su correcta valoración.

Que, en este marco en relación a los fundamentos del ***BANCO FORTALEZA S.A.****, referidas a la imposición de límites, disminución de utilidades e inmovilización de fondos dirigidos a la cartera de créditos, por el recálculo de su patrimonio neto al 31 de julio de 2014, por déficit de previsiones, no sujetas a cronograma, por la no constitución de previsiones genéricas de la cartera de créditos instruida con carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014, el informe técnico ASFI/DSR I/R-135584/2014 de 3 de septiembre de 2014, concluye señalando los siguientes aspectos:*

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no impuso ni instruyó límites a la colocación de créditos, captación de recursos del público, reinversión de utilidades ni la inmovilización de fondos, mediante el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014 y la Carta Circular/ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014.*

Asimismo, se aclara que los límites de endeudamiento, ya se encuentran establecidos en la Ley N° 393 de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, correspondiéndole a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la supervisión y control de su cumplimiento, en función a nivel patrimonial de la entidad.

- *La Previsión Genérica para cartera de créditos, contabilizada en los estados financieros de la entidad se constituye en una reserva, cuyo único propósito es de cubrir las posibles pérdidas por factores de riesgo adicional.*

Asimismo, la constitución de previsiones no implica la erogación o desembolso de efectivo.

- *Los efectos por la reducción de su patrimonio neto señalado por el Banco Fortaleza S.A., originado en la omisión del registro de las previsiones genéricas de su cartera de créditos, son de exclusiva responsabilidad de la administración de la entidad.*

- *Es así que, los supuestos perjuicios señalados por el recurrente tienen carácter especulativo, por lo que su materialización se encuentra sujeta a la diligencia y responsabilidad con la que sus administradores gestionen la entidad.*

- *Cabe recalcar que si el Banco contabilizara el monto de previsión instruida, el efecto en el patrimonio neto solamente es de Bs3,742,266.*

- *Si bien la contabilización de previsiones genéricas para incobrabilidad de cartera por Factores de Riesgo Adicional tiene efecto transitorio en los gastos del Banco, se debe aclarar que la regularización de las deficiencias establecidas en la inspección origina la reversión de dichas previsiones, generando ingreso para las entidades.*

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el recurrente respecto a los supuestos perjuicios que podrían generarse al aplicar las medidas establecidas en el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014, han sido analizadas, valoradas y tomadas en cuenta por esta Autoridad de Supervisión a través de los informes técnicos ASFI/DSR I/R-129097/2014 de 22 de agosto y ASFI/DSR I/R-135584/2014 de 3 de septiembre de 2014 e informe legal ASFI/DAJ/R-135434/2014 de 3 de septiembre de 2014, aspecto por el cual no corresponde suspender la instrucción contenida en el citado informe de inspección, por cuanto no se cumplen los supuestos señalados en el artículo 40 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

(…)

Que, el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece que: "Determinar, con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar y bajo criterios estadísticos, por medio de procedimientos informáticos u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos, entre ellas la falta de cualquiera de las siguientes:

a) Verificación domiciliaria y laboral, y ficha de datos actualizada, incluyendo documentos de identidad;
b) Comprobación de la fuente de ingresos y la estimación razonable de la capacidad de pago;
c) Verificación de los antecedentes de pago de deudas en entidades del sistema financiero y con otros acreedores, cerciorándose que el cliente no mantiene

operaciones vencidas, en ejecución o castigadas;

d) Verificación de que el garante del cliente no tiene deudas en mora en las EIF y con otros acreedores, cuenta con la verificación laboral y domiciliaria respectiva y cumple con la documentación básica de identificación;

e) Verificación, cuando corresponda, de la existencia de garantías perfeccionadas, su adecuada valorización y de las medidas adoptadas para su protección y estado de conservación de las garantías;

f) Evidencia de que los créditos que eventualmente no cumplan con los requisitos establecidos en las políticas crediticias, hayan sido aprobados siguiendo los procedimientos de excepción pertinentes;

g) Documentación requerida por su política crediticia, tanto de la solicitud, aprobación como del contrato y las garantías;

h) Evidencia del seguimiento periódico sobre el domicilio, la situación financiera, actividad del cliente y destino del crédito de acuerdo a sus políticas;

i) Verificación para el caso de créditos de consumo, de la aplicación de las políticas específicas para créditos de consumo mencionadas en los incisos e) y f) del presente Artículo;

j) Verificación para el caso de créditos refinanciados, de la aplicación de la política para créditos refinanciados mencionada en el inciso c) del presente Artículo."

CONSIDERANDO:

Que, los informes técnicos ASFI/DSR I/R-129097/2014 de 22 de agosto y ASFI/DSR I/R-135584/2014 de 3 de septiembre de 2014 y legal ASFI/DSR I/R-135434/2014 de 3 de septiembre de 2014, señalan que el Banco Fortaleza S.A., no desvirtuó las consideraciones expuestas en el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014…"

10. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 24 de septiembre de 2014, **BANCO FORTALEZA S.A.,** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014 de 04 de septiembre de 2014, bajo los siguientes argumentos:

"…***2.1. Antecedentes***

2.1.1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI realizó la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014, signando este trámite con el número T-617134, y emitió el Informe ASFI/DSR I/R- 101497/2014, el cual fue puesto a conocimiento del Directorio del BANCO FORTALEZA S.A. mediante nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014. Esta nota contiene ciertas instrucciones a la entidad financiera a la que represento, como ser: la presentación de un Plan de Acción hasta el 5 de agosto de 2014 estableciendo la adopción de ciertas medidas correctivas; la exposición de los estados financieros al 31 de julio de 2014 conteniendo una previsión genérica por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad de $us. 3.719.944,48; la subsanación de las observaciones de la Inspección Ordinaria de Riesgo con corte al 31 de mayo de 2010; y, finalmente, la instrucción para que la Unidad de Auditoría Interna realice la revisión de la Base de Cartera de Créditos.*

2.1.2. *El BANCO FORTALEZA S.A., una vez conocida la nota y el informe, expresó su desacuerdo con el contenido de ambos documentos y solicitó a la ASFI, amparado en el artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, que eleve a categoría de resolución administrativa tanto el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 como la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, petición que la hizo el 11 de julio de 2014 mediante carta BF/GG/EXT-115/2014.Sin embargo, la ASFI respondió negativamente a esta solicitud, en su nota ASFI/DSR I/R- 113250/2014 de 23 de julio de 2014 (notificada en el Banco Fortaleza S.A. el día 24 de julio de 2014), señalando que los informes "tienen carácter facultativo y no obligan a la Autoridad Administrativa a resolver conforme a ellos". Por estas razones, concluye la nota, "se establece la falta de sustento legal y táctico" de la solicitud del Banco Fortaleza S.A., por lo que no corresponde elevar a rango de resolución administrativa ni el informe interno ni la carta que lo soporta.*

2.1.3. *Ante esta negativa, el BANCO FORTALEZA S.A. presentó recurso de revocatoria en contra tanto del informe como de la carta de remisión del mismo, que se señalan líneas arriba, recurso que fue presentado en la ASFI en fecha 5 de agosto de 2014.*

Durante la tramitación del recurso de revocatoria, la ASFI hace conocer a la entidad el cálculo del patrimonio neto al 31 de julio de 2014, deduciendo de su capital primario un total de Bs22.092.548, monto que se desprende del informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, que se encuentra impugnado; esta determinación la hace conocer por carta circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014. El BANCO FORTALEZA S.A. nuevamente solicita que esta carta circular sea elevada a categoría de resolución administrativa. Posteriormente, el 28 de agosto de 2014, la entidad solicita la suspensión de la aplicación del informe de inspección mientras dure la etapa administrativa. Ante este memorial, la ASFI emite el Auto de 28 de agosto disponiendo la acumulación de los trámites.

2.1.4. *Finalmente, en fecha 4 de septiembre de 2014 la autoridad fiscalizadora emite la Resolución ASFI No. 616/2014 - la cual se notificó a la entidad a la que represento en fecha 11 de septiembre de 2014 - resolviendo el recurso de revocatoria del siguiente modo:*

i) Confirma en todas sus partes la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014.

ii) Declara improcedente el recurso de revocatoria interpuesto contra el Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, "al no constituir un acto administrativo".

iii) Rechaza la solicitud de suspensión de la aplicación del informe de inspección ordinaria de riesgo de crédito, mencionado en el punto anterior, "al no cumplirse los supuestos contenidos en el artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo".

Mediante el presente memorial impugno la citada Resolución ASFI No. 616/2014 de 4 de septiembre de 2014, en la vía del recurso jerárquico.

3. Argumentos legales que fundan la impugnación de BANCO FORTALEZA S.A.

3.1. No hay razón para declarar improcedente el recurso de revocatoria contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014.

La ASFI ha resuelto, en el segundo punto de la resolución que es objeto del presente recurso, declarar IMPROCEDENTE el recurso planteado contra el informe. Pretende ampararse para ello en el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo que dice que se considera acto administrativo toda declaración, disposición o decisión de la administración, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, ya que, en su criterio, no obliga a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos. Y, sin base legal alguna, considera que los informes son de "uso interno".

Sin embargo, la autoridad fiscalizadora no ha tenido en cuenta:

i) Que el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014no constituye un criterio "facultativo", dado que ha sido la base y fundamento de la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014, también impugnada en el recurso de revocatoria y en el presente recurso. Tanto el informe como la carta contienen instrucciones dirigidas a la entidad a la que represento. La propia Resolución que es objeto del presente recurso lo reconoce: "...se remitió al Banco Fortaleza S.A. para su conocimiento el informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, instruyéndose los aspectos siguientes..." (página 2). Una instrucción - o mejor dicho varias - no tiene nada de facultativo, dado que si la entidad no cumple esas instrucciones es sujeto de sanciones.

ii) Para declarar improcedente un recurso de revocatoria solamente se reconocen dos causas: o que se haya interpuesto fuera del plazo señalado o que el recurrente no haya cumplido con los requisitos exigidos. Partamos del hecho de que no ha habido una presentación fuera de plazo, entonces se entendería que el recurrente no cumplió con los requisitos exigidos. ¿Cuáles son éstos? Tratándose de actos administrativos de menor jerarquía, que fueron objeto de notificación, a los que se requiere el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, lo que correspondía era solicitar que éstos sean elevados a categoría de resolución administrativa, debidamente fundada y motivada "para interponer los recursos administrativos", como señala el artículo 20 del mismo Reglamento. Eso es exactamente lo que hizo el Banco Fortaleza S.A. cuando así lo solicitó a su autoridad, mediante solicitud escrita de 11 de julio de 2014. Ante la negativa, infundada de la ASFI, se aplica lo dispuesto por el parágrafo II del mismo artículo, ya que dice de manera expresa que, en caso de negativa de la autoridad, el interesado ***podrá interponer el recurso de revocatoria,*** *computándose en este caso el plazo desde la notificación de la negativa. Ésta es la base legal, y naturalmente a los artículos pertinentes a la impugnación de los actos en sede administrativa, que permitía al Banco Fortaleza S.A. presentar recurso de revocatoria tanto contra la carta como contra el informe tantas veces señalados.*

iii) Se debe señalar también que la ASFI no señala cuál es la base legal que le da categoría a los informes como documentos de "uso interno". Más allá de esta omisión, está claro que al menos el informe ASFI/DSR I/R- 101497/2014 no tiene este carácter, dado

que un documento de "uso interno" fue notificado a una entidad supervisada, con lo que se disipa esa presunta caracterización. Pero resulta más contradictorio que la ASFI afirme lo siguiente en su resolución:"... sólo cuando el contenido de un informe ***sea incorporado a la decisión de la máxima autoridad administrativa*** *y* ***sirve para fundamentar la decisión,*** *se puede recurrir el mismo". Eso es precisamente lo que aconteció en el presente caso, ya que el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 sirvió para fundamentar tanto la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 2 de julio de 2014 como la carta circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014, mediante las cuales la ASFI establece instrucciones a BANCO FORTALEZA S.A., siendo, por tanto, todos estos instrumentos - incluido el informe - plenamente recurribles, a la luz de la normativa que rige los procedimientos administrativos y recursivos, pero también según opinión de la propia ASFI; como acabamos de demostrar.*

iv) *Finalmente, en el último considerando de la Resolución que impugno, la ASFI señala textualmente que: "...el Banco Fortaleza S.A. no desvirtuó las consideraciones expuestas en el informe de inspección ASFI/DSR I/R- 101497 de 2 de julio de 2014". Es decir, que el informe puede ser desvirtuado y por tanto, eventualmente revocado, por consiguiente, resulta no sólo inaceptable sino básicamente ilegal que la ASFI haya declarado improcedente la impugnación contra dicho informe, cuando lo que correspondía era confirmarlo o revocarlo, aspecto que por sí mismo es una causal de anulabilidad de su decisión expresada en la Resolución ASFI No. 616/2014.*

3.2 Ilegal rechazo de la solicitud de suspensión

Es necesario considerar que si bien una de las características del acto administrativo es la ejecutoriedad, en virtud del cual el acto administrativo produce sus efectos inmediatamente a partir de su notificación al administrado, ello no significa la negación de derecho del administrado a que la ejecución quede suspendida en tanto esté abierta la vía de impugnación. De hecho, el artículo 40 del D.S. 27175 prevé la ***posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo*** *en dos casos:*

a) Cuando exista la posibilidad de ***irrogar al recurrente daños graves*** *y,*

b) ***Cuando la suspensión*** *no derive en una grave perturbación del* ***interés general o de los derechos de terceros.***

La finalidad de esta norma es paralizar los efectos de una resolución administrativa y continuar con la fase de impugnación (recursos administrativos) sin que su ejecución cause daños irreversibles al administrado ni a terceros. Si bien la valoración de estos supuestos estaba en manos de la autoridad, ya que la norma le otorga este margen de discrecionalidad, se entiende que la autoridad debía obrar con un criterio de razonabilidad, se debió tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia SCP 2170-2013, por la cual estableció el siguiente criterio: "(...) de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad -de conformidad al entendimiento asumido por la SC110/2010-R- y que, además deben ser observados por los jueces y tribunales de justicia, más aún por el máximo tribunal de justicia constitucional

*(control de convencionalidad), se llega a la conclusión que la exigencia de cancelar previamente la sanción impuesta para hacer efectivo el derecho a recurrir y el acceso a la justicia, constituyen una violación al dichos derechos y, en consecuencia, al derecho-garantía del debido proceso". En consecuencia, la suspensión de la ejecución no es ilegal, es legalmente posible y permitida, y la negativa - bajo la figura de "rechazo" - de la ASFI a este justo pedido del BANCO FORTALEZA S.A.-no sólo que es un derecho reconocido por el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, sino que se complementa con lo declaración de inconstitucionalidad de la frase "**demostrar el cumplimiento de la obligación** o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida" del artículo 47, parágrafo I. En esta S.C. no se hace más que reconocer la injusticia que englobaba la denominada cláusula solve et repete y que ya había sido reconocido por los Tribunales Constitucionales de varios países (Colombia, Perú, Italia, entre otros), en la Convención Americana de Derechos Humanos e incluso en el Proyecto de Código Tributario para Latinoamérica.*

Antes de que este requisito fuese declarado inconstitucional, el administrado que quería recurrir una Resolución Administrativa debía cumplir con la obligación (no necesariamente pecuniaria, como es el presente caso) o pagar la sanción pecuniaria impuesta, lo que derivaba inevitablemente en una limitación al derecho a recurrir.
En conclusión, al haberse declarado inconstitucional esta disposición, las dos causales de suspensión de la ejecución de un acto administrativo previstos en el artículo 40 del D.S. 27175 se convierten en dos supuestos particularizados, pero que de ninguna manera se constituyen en la única forma de suspensión de la ejecución de un acto administrativo, puesto que el administrado, en ejercicio de su derecho a recurrir (precautelado por el artículo 180, II de la CPE, aplicable también a materia administrativa), ya no necesita demostrar el cumplimiento de la obligación impuesta en la Resolución Administrativa recurrida. Lamentablemente la Resolución de la ASFI no hace ninguna mención a esta Sentencia Constitucional, a pesar de que el recurso de revocatoria la invocó expresamente.

Cabe señalar también que dentro de la parte declarada inconstitucional del artículo 47, I del D.S. 27175 está la que señala demostrar el cumplimiento de la obligación...", en razón de lo cual, mientras dure la vía impugnatoria, al BANCO FORFTALEZA S.A. se le reconoce el derecho a no ejecutar inmediatamente la obligación ("instrucciones") impuesta en el Informe de Inspección ASFI/DSR I/R- 101497/2014 de 2 de julio de 2014, precautelando de esta manera que no se provoquen daños irreparables al recurrente (no se debe olvidar que la cosa juzgada se produce solamente cuando no existe ya la posibilidad de impugnar una determinada resolución).

El artículo 40 del D.S. 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, establece lo siguiente:

*I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. **No obstante,** tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o **a solicitud del recurrente la Superintendencia que dictó la resolución** podrá, **fundando su decisión,** suspender la ejecución del acto mientras se*

agote la vía administrativa.

Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que ***razonablemente*** *exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.*

Por otro lado, el artículo 47, parágrafo I de la misma norma establece:

Artículo 47°.- (Procedencia)

II. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, ***demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida,*** *salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40° del presente Reglamento.*

La autoridad jerárquica deberá valorar el criterio de inflexibilidad de la ASFI que de manera discrecional considera que "los supuestos contenidos en el artículo 40 del Reglamento" no se han cumplido, afirmación por demás discutible; por lo que, sin perjuicio de tramitarse el asunto principal, solicito a la autoridad jerárquica decretar la suspensión de la ejecución de las instrucciones de la ASFI mientras dure la vía administrativa, reservándose el Banco el derecho de realizar las acciones legales que mejor convengan a sus intereses, al haber generado con esta ilegal y arbitraria disposición de ASFI, daños al crecimiento en las operaciones de crédito principalmente, y consecuentemente en los ingresos de la Entidad , que sostienen sus utilidades y su capitalización que la reducción patrimonial ha ocasionado.

3.3 Argumentos que desvirtúan las conclusiones del Informe de Inspección Ordinaria de Riesgo Crediticio al 31 de marzo de 2014

i) Matriz de Atributos (Decodificador cartera masiva)

En ocasión de presentar el recurso de revocatoria el BANCO FORTALEZA S.A. observó que la Comisión de Inspección obvió el procedimiento que utilizaba la ASFI en inspecciones ordinarias a las entidades financieras, cuando presentaba a la entidad los criterios o puntos de control que serían evaluados en la revisión de la cartera de créditos bajo la denominación de "Matriz de Atributos", con la finalidad de poder evaluar e interpretar de forma conjunta los lineamientos de las políticas de crédito. La Comisión que realizaba esta labor comunicaba los aspectos normativos que no estaban considerados en las políticas y procedimientos del Banco, con el objetivo de establecer observaciones de carácter general, a fin de no considerarlas como desvíos al proceso crediticio. Asimismo, como

constancia de que dicho procedimiento hubiera sido cumplido, se requería la firma de los ejecutivos del Banco .Este procedimiento permitía que la entidad conozca los criterios a los cuales iba a estar sujeto en el proceso de evaluación.

ASFI, en la resolución que resuelve el recurso jerárquico, vuelve a desarrollar la teoría del "uso interno", esta vez para referirse al Manual Dinámico de Supervisión, y concluye señalando que no se establece la obligatoriedad de presentarlo al recurrente. Esta afirmación contenida en la página 12 de la resolución impugnada es una clara demostración de que el BANCO FORTALEZA S.A. estuvo en una situación de indefensión, ya que fue sometida a un procedimiento sin conocer las reglas del mismo.

Al respecto, ASFI en la mencionada Resolución establece que, como parte del Manual Dinámico de Supervisión de Riesgos aprobado mediante Resolución Administrativa SB/04/2009 de 12/01/2009, "... se determinarán atributos para cada etapa del proceso crediticio definidas en las Políticas y Procedimientos de la EIF, que podrían generar Riesgo a la Entidad ante incumplimientos". Sobre el particular, el citado manual establece claramente que los atributos son resultado de la evaluación de políticas y procedimientos propios de la entidad que generan riesgo, por lo que su comunicación al Banco era de vital importancia de forma tal de definir correctamente los puntos de control a ser verificados por ASFI, lo cual confirma el nivel de indefensión al cual el BANCO FORTALEZA S.A. estaba expuesto desde un inicio.

Asimismo, dicha resolución, centra su análisis en que el Banco Fortaleza S.A., debe tener un procedimiento donde se verifique varios aspectos a tiempo de evaluar un crédito, dichos aspectos se detallan en el numeral 2, artículo 3, sección 3, capítulo IV, Título II, libro 3º de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros. No obstante lo mencionado, la ASFI en su informe de inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02/07/2014, no determina observaciones relativas a que las Políticas y Procedimientos de Crédito del Banco incumplan con los incisos a) a la j) de la citada Normativa; de esto se infiere, que las referidas Políticas y Procedimientos de Crédito se ajustan a los lineamientos de la Normativa antes citada. Conclusión que fundamenta la necesidad del conocimiento previo de la mencionada "Matriz de Atributos".

A mayor abundamiento, se adjunta al presente en anexo 1, la "Matriz de Atributos" presentada al Banco en la inspección ordinaria de Riesgo de Crédito, con fecha de corte al 31/05/2010, en la cual claramente se muestran los atributos que fueron objeto de evaluación debidamente firmada por Ejecutivos del Banco (entonces Fondo Financiero Privado Fortaleza). Finalmente, como prueba de lo anteriormente citado se solicita respetuosamente a su Autoridad, pueda requerir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, certifique si en otras Entidades de Intermediación Financiera, se ha presentado la "Matriz de Atributos" a efectos de sustentar el procedimiento que fue omitido en nuestro caso.

ii) Muestra de Cartera

La ASFI no ha respondido ni desvirtuado las observaciones que respecto a este punto planteó el BANCO FORTALEZA S.A. en la presentación del recurso de revocatoria,

oportunidad en la que citó el numeral 2, artículo 3º, Sección 3, Capítulo IV, Título II, Libro 3º de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, que establece que se debe determinar, ***con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar y bajo criterios estadísticos,*** *por medio de procedimientos informáticos u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos.*
En la Resolución ASFI N° 616/2014 de 04/09/2014, motivo del presente acto administrativo, se señala que "En el presente caso, la muestra de cartera de crédito, fue extraída de la información reportada por el Banco Fortaleza S.A. a la Central de Información Crediticia (CIC) al 30/03/2014, estableciendo el siguiente cuadro".

Solo de la inspección visual, del ciado cuadro se puede establecer que las carteras de Consumo y Vivienda, estas no presentan en conjunto una distribución homogénea, pues claramente la cartera de Consumo que registra un saldo de Cartera menor a la Cartera de Vivienda, se encuentra atomizada en 4.8 veces las operaciones de esta última.

Asimismo, dicha Resolución señala que: "En tal sentido, la muestra determinada por esta Autoridad de supervisión, se la obtuvo con criterios estadísticos de selección aleatoria, considerando que las operaciones a ser evaluadas tengan la misma probabilidad de ser elegidas, aspecto concordante con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, contenido en el Capítulo IV, Título II, Libro 3° de la Recopilación de Norma (sic)para Servicios Financieros". Lo antedicho, vulnera flagrantemente la Norma citada, pues esta (sic) en ningún momento establece que la muestra debe ser obtenida de las operaciones crediticias otorgadas por el banco, si no, muy por el contrario, La Norma prescribe: "…determinar con base en la revisión de una muestra representativa de ***prestatarios*** *elegidos al azar y bajo criterios establecidos…"*

De igual manera, la referida Resolución considera que: "en este marco la Autoridad de Supervisión, seleccionó una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar, considerando los siguientes criterios estadísticos:

1. *Nivel de Confianza (90%).*
2. *Tamaño de Población (13,009 operaciones de Microcrédito, 1,088 operaciones Pyme días mora, 4,515 créditos de Consumo y 938 operaciones de Vivienda.*
3. *Tasa de desviación tolerable: 5%.*

Obteniendo como resultado 104 operaciones de Microcrédito y Pyme y 103 operaciones de Vivienda y Consumo, haciendo un total de 207 operaciones... ...en ese sentido, bajo los criterios de selección se advierte que las muestras determinadas son representativas a los universos a los que corresponden, estableciéndose la aplicación de técnicas estadísticas para la elección aleatoria de las operaciones a ser evaluadas, donde cada una tiene la misma probabilidad de ser seleccionada, además de considerar un nivel de confianza del 90%...''.Lo cual, aparte de confirmar que la muestra fue obtenida sobre la

base de operaciones desembolsadas y no de deudores, no señala las fórmulas estadísticas en las que estos datos fueron utilizados, mismas que deberían definir, ya sea el tamaño muestral o en su defecto que tan homogéneo es el universo sujeto a muestreo, ni mucho menos se hace referencia a un análisis de distribución de las citadas carteras que permitan evaluar los criterios, por los cuales, se unificaron las carteras de Microcrédito y Pyme así como las de Consumo y Vivienda. Asimismo, no establece técnicamente el por qué se utilizó un nivel de confianza del 90%, ni mucho menos a los factores que generan la decisión de este nivel de confianza.

Por otra parte, se señala que "...la muestra conjunta de créditos Vivienda y Consumo, tienen las siguientes características comunes:

1. *Cuentan con la misma Tecnología Crediticia para la evaluación de la capacidad de pago para ambos tipos de crédito tomando en cuenta actividades dependientes e independientes.*
2. *El crédito de Consumo es complementario a las operaciones de Vivienda y la evaluación de la capacidad de pago se la efectúa bajo los mismos principios, donde en algunos casos un mismo deudor puede mantener operaciones de vivienda y consumo a la vez en la medida que su capacidad de pago así lo permita.*
3. *Al momento de estructurar la operación, las únicas diferencias relevantes entre estos tipos de créditos son el destino de crédito y en algunos casos el plazo, constituyéndose la evaluación de la capacidad de pago en el factor determinante para la otorgación del crédito.*

De acuerdo a lo citado precedentemente, se advierte que las poblaciones objeto de la muestra representan razonablemente características homogéneas y complementarias entre sí."

Dicha afirmación, carece de sustento técnico pues, en el caso que nos ocupa, la homogeneidad de estos tipos de cartera de crédito, no es resultado de la Tecnología Crediticia del Banco, sino al contrario de los diferentes productos financieros que éste ofrece, donde toman relevancia justamente los plazos y montos de la operación, aspecto que no fue tomado en cuenta por ASFI, entidad que se limita, de forma reiterada, a manifestar que la capacidad de pago es la que homogeniza un universo.

Asimismo, no obstante que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero manifiesta que las actividades dependientes e independientes son parte de la Tecnología Crediticia para la evaluación de deudores, sin importar el tipo de crédito, no toma en cuenta este hecho al seleccionar la muestra, la cual se sesgó al tipo de crédito, sin evaluar la homogeneidad de la unión de los universos de créditos de Consumo y Vivienda.

Además cabe señalar, que la cartera Pyme calificada por días mora, a partir de enero de 2014, sufrió un cambio en cuanto a la forma de su calificación, habiendo el Banco determinado, en cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 6, Sección 2, Capitulo II, Titulo II, Libro 3º de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, que parte de esta

cartera fuese cambiaba de ser calificada por criterios empresariales a días mora (en función al saldo total del deudor de $us30.000 a $us100.000), aspecto que, aparte de ser de conocimiento de la comisión de inspección, tampoco fue considerado por ASFI al momento de determinar sus muestras.

Consecuentemente, no se dice ni una palabra respecto a la solicitud que planteó la entidad a la que represento, a la Directora Ejecutiva de ASFI para que se pueda aclarar los criterios utilizados para su obtención, solicitud que mereció una rotunda negativa, bajo el criterio de que "no se pueden cuestionar los procedimientos de la ASFI", haciendo alusión inclusive, a que la entidad no tenía la capacidad de analizar dichas muestras. No obstante que las muestras obtenidas por la Comisión de Inspección, a criterio del Banco Fortaleza S.A., no respondían a universos homogéneos[2].

Por esta razón, insistimos en el siguiente cuadro donde se puede establecer qué la mayor parte de las observaciones realizadas a la muestra consumo- vivienda son justamente operaciones de consumo (caracterizados por montos bajos y plazos cortos), que castigan a la cartera de vivienda (con mayor saldo), según lo expuesto en el siguiente cuadro.

Observaciones por Tipo de Cartera Categoría "Consumo - Vivienda"

Etapas del Proceso Crediticio	Tipo de Muestra		Total desvíos
	Consumo	Vivienda	
SOLICITUD	3	1	4
CAPACIDAD DE PAGO	17	2	19
APROBACION	2	-	2
SEGUIMIENTO	1	-	1
Total Desvíos	23	3	26

Finalmente, de la revisión del informe de inspección, el Banco Fortaleza S.A. trató de replicar los saldos del cuadro contenido en el inciso 1.2, Capítulo I del cuerpo del Informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, relativo a la muestra obtenida de la cartera de créditos, sin éxito, motivo por el cual se desconoce si la muestra obtenida responde o no a criterios estadísticos para su determinación. Dicha diferencia se expone a continuación:

Muestra de la Cartera de Créditos[3]

Tipo de Muestra	Número Operaciones	Saldo s/ASFI	Saldo s/Banco	Diferencias
Microcrédito - PYME	104	872	794	78
Consumo - Vivienda	103	841	785	56

Expresado en miles de dólares

Limitándose ASFI, a señalar que lo mencionado anteriormente carecería de sustento técnico, por cuanto ASFI cuenta con la información reportada periódicamente por el Banco sobre su portafolio de créditos, aspectos que han sido considerados en la Inspección citada. Omitiendo de esta forma, efectuar opinión sobre las diferencias antes citadas y recogidas directamente del informe de inspección, objeto del presente.

iii) Presentación de Resultados

El Informe de Inspección ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 2 de julio de 2014, establece que los resultados finales de la inspección fueron puestos a conocimiento de ejecutivos del Banco Fortaleza S.A. Lamentablemente esta afirmación no corresponde a la verdad, ya que el servidor público de la ASFI comisionado para la visita se limitó a presentar las observaciones en forma parcial, solicitando a los Ejecutivos de la entidad a la que represento descargar el resto en forma escrita sin dar lugar a una reunión de discusión caso por caso.

Cabe aclarar, que en reuniones sostenidas con la Comisión de Inspección sólo se discutieron algunas observaciones relativas a la evaluación del proceso crediticio de la cartera sujeta a la determinación de previsiones genéricas, no habiéndose discutido las observaciones relativas a la Gestión del Riesgo de Crédito que realiza el Banco, las cuales fueron simplemente presentadas por escrito, sin que las mismas fueran tratadas en dichas reuniones pese a que los ejecutivos del Banco Fortaleza S.A. insistieron en su tratamiento.

Por otra parte, con carta ASFI/DSR I/R-113250/2014 recibida por el Banco el 24 de julio de 2014, la ASFI manifiesta al Presidente del Directorio del Banco Fortaleza S.A. que el Gerente General no se presentó a la reunión fijada para el 30 de mayo de 2014, en la ciudad de Cochabamba. Sin embargo, omite considerar que dicha reunión no se llevó a cabo debido a que las observaciones de la cartera de créditos a ser tratadas no fueron entregadas con la anterioridad establecida por el encargado de visita, quien determinó que la reunión se llevaría a cabo a horas 10:00, para lo cual debía hacer entrega de las observaciones con 24 horas de anticipación, de forma tal que el Banco tenga el tiempo suficiente de revisar las mismas. En los hechos la entrega recién se produjo a horas 21:00 del 29 de mayo de 2014, lo cual imposibilitaba una correcta revisión de las observaciones y mucho menos realizar la logística de desplazar al Gerente General a esa ciudad. Dicha situación fue oportunamente comunicada al Director de Supervisión de Riesgos I - a horas 22:00 del mismo día -, quien aceptó que la discusión se la efectúe el lunes 2 de junio de 2014, en instalaciones del Banco Fortaleza S.A. en la ciudad de La Paz.

La citada carta de la ASFI sostiene también que se llevaron a cabo reuniones técnicas en instalaciones del ente fiscalizador los días 24, 26 y 27 de junio de 2014, en las cuales se discutieron aspectos técnicos de la Inspección realizada. Sin embargo, me permito rechazar vehementemente esta afirmación, ya que en esas reuniones los ejecutivos de la ASFI negaron enfáticamente evaluar caso por caso las observaciones determinadas por el encargado de visita, lo que origina indefensión total del supervisado.

Finalmente, los problemas de comunicación antes citados se generaron a raíz dela forma y trato que impartió el encargado de visita en la tercera reunión realizada en la ciudad de La Paz, oportunidad en la que criterios de respaldo a las observaciones se alejaron de una argumentación técnica, así como de la tecnología crediticia del Banco Fortaleza S.A., obligando a la Gerencia a suspender la reunión y acudir a instancias ejecutivas de la ASFI, las cuales se limitaron a solicitar descargos por escrito del resto de las observaciones pendientes de discusión, sin otorgar al Banco el beneficio de la duda ante el comportamiento de citado encargado.

Sobre lo expuesto ASFI en la Resolución ASFI N° 616/2014 de 04/09/2014, manifiesta aspectos que se alejan de la realidad y no hacen referencia a los criterios vertidos en el proceso revocatorio a la carta ASFI/DSR I/R101704/2014, así como del informe de inspección ASFI/DSR I/R101497/2014, ambos de 02/07/2014.

Finalmente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la citada Resolución, manifiesta que "...las observaciones efectuadas por la Comisión de Inspección relativo a la Cartera Masiva (Pyme, Microcrédito, Consumo y Vivienda), así como Matriz General (Evaluación de la Gestión de Riesgo de Crédito), fueron notificadas al recurrente comunicándoles en forma escrita y verbal, aspecto por el cual el Banco Fortaleza S.A., presento (SIC) descargos mismos que fueron revisados, tomado (SIC) en cuenta y valorados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a cuyo efecto levantó 36 observaciones, así se desprende del Anexo I del informe de inspección ASFI/DSR IO/R-101497/2014 (SIC) de 02/07/2014", aclarando que de esas 36 observaciones que fueron levantadas provienen de un universo total de observaciones de 85 (42.4%), de las cuales 30 fueron levantadas en reuniones con Ejecutivos del Banco hasta el momento en que el Encargado de visita no aceptara la argumentación técnica realizada por Ejecutivos del Banco. Lo mencionado, demuestra que no se otorgó a la Entidad que represento, el espacio necesario para la argumentación de la no procedencia de las observaciones.

iv) Solicitud de Información

Entre la documentación que la Comisión de Inspección asevera que el Banco Fortaleza no habría entregado, se señalan los siguientes:

- *Cartas de Gerencia y Designación del Responsable para Interactuar con la Comisión. Sin embargo ambas se encontraban en Secretaria de Gerencia General desde el 23 de mayo de 2014.Planilla Salarial al 31 de marzo de 2014.*

- *Planilla Salarial al 31 de marzo de 2014. El informe de Inspección señala que al no haber proporcionado esta documentación se ha "incumplido" lo dispuesto por el artículo 30, Sección2, Capítulo II, Título II, Libro 7° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, así como el inciso a), Parágrafo I, artículo 31 de la Ley N° 393 de Servicios Financieros, que establece que los funcionarios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que realicen inspecciones, controles o cualquier acto de supervisión en una entidad financiera sometida a supervisión tendrá la facultad de: "Recabar de la entidad financiera cuanta información sea necesaria para cumplir el fin de la supervisión". Lo que no menciona el informe, es que en entrevista con el Gerente División*

Riesgos, éste preguntó al encargado de visita el motivo por el cual, se estaba efectuando dicho requerimiento en el marco del alcance de la inspección[4], limitándose dicho encargado a manifestar que no era necesario su entrega ya que la referida documentación iba a ser extractada del reporte de anexos semestrales remitidos a ASFI, aspecto que claramente pone en evidencia la discrecionalidad en la forma de efectuar observaciones.

v) Forma inusual de requerimiento de información

El numeral 3, artículo único, Sección 1, Capítulo I, Título II, Libro 7° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece lo siguiente: "La Comisión de Inspección solicitará por escrito la documentación necesaria para realizar su trabajo, debiendo la institución (el Banco) ponerla a disposición en el plazo máximo de 24 horas". Sin embargo, el requerimiento de carpetas de crédito no fue realizado bajo este procedimiento, ya que la Comisión utilizó una modalidad más parecida a una requisitoria o intervención, ya que la misma fue obtenida directamente del catastro de la entidad, de modo no propio de requerimiento de información que realizan los entes administrativos, sino más bien análogos a las pesquisas penales de autoridades policiales o del Ministerio Público.

Al respecto cabe señalar que la Comisión de Inspección no respectó el procedimiento de seguridad del Banco Fortaleza .S.A (Manual de Procedimientos de Custodia y Administración de Carpetas) para la entrega de información, incrementado de esta forma la exposición al riesgo operativo de la entidad.

La Comisión enfáticamente especificó que cualquier carpeta de créditos que no se entregue a momento de este inusual requerimiento, no sería tomada en cuenta convirtiéndose en un desvío a políticas y procedimientos de la entidad.

No se pone en duda, la vigencia de la Ley N° 393 ni de la Normativa en actual vigencia, mediante las cuales se faculta a servidores públicos de ASFI que al momento de realizar sus actos de Supervisión requieran cuanta información sea necesaria a fin de cumplir con los objetivos de la Supervisión, no obstante de ello cuando se realizó la consulta al Director de Supervisión de Riesgos I, el motivo por el cual se estaba aplicando este inusual procedimiento al Banco, éste se limitó a señalar que era potestad de la Autoridad requerir información.

vi) Aplicación de Tecnologías de otras Entidades de Intermediación financiera (EIF) y otras Observaciones impuestas sin justificación técnica.

*El numeral 2, artículo 3°, Sección 3, Capítulo **IV,** Título **II.** Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros establece que se debe determinar, con base en la revisión de una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar y bajo criterios estadísticos, por medio de procedimientos informático u otros orientados a lograr un mayor alcance, la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos con las políticas crediticias y procedimientos establecidos **y/o con sanas prácticas de otorgación y administración de créditos, entre ellas la falta de cualquiera de las siguientes:***

a) Verificación domiciliaria y laboral, y ficha de datos actualizada, incluyendo documentos de identidad;
b) Comprobación de la fuente de ingresos y la estimación razonable de la capacidad de pago;
c) Verificación de los antecedentes de pago de deudas en Entidades del Sistema Financiero y con otros acreedores, cerciorándose que el cliente no mantiene operaciones vencidas, en ejecución o castigadas;
d) Verificación de que el garante del cliente no tiene deudas en mora en las EIF y con otros acreedores, cuenta con la verificación laboral y domiciliaria respectiva y cumple con la documentación básica de identificación;
e) Verificación, cuando corresponda, de la existencia de garantías perfeccionadas su adecuada valorización y de las medidas adoptadas para su protección y estado de conservación de las garantías;
f) Evidencia de que los créditos que eventualmente no cumplan con los requisitos establecidos en las políticas crediticias, hayan sido aprobados siguiendo los procedimientos de excepción pertinentes;
g) Documentación requerida por su política crediticia, tanto de la solicitud, aprobación como del contrato y las garantías;
h) Evidencia del seguimiento periódico sobre el domicilio, la situación financiera, actividad del cliente y destino del crédito de acuerdo a sus políticas;
i) Verificación para el caso de créditos de consumo, de la aplicación de las políticas específicas para créditos de consumo mencionadas en los incisos e) y f) del presente Artículo; Verificación para el caso de créditos refinanciados, de la aplicación de la política para créditos refinanciados mencionada en el inciso c) del presente Artículo.

En la determinación de las observaciones a la muestra de la Cartera de Créditos seleccionada, la Comisión utilizó criterios basados en tecnologías crediticias de otras EIF, alejándose de la tecnología aplicada por el Banco (Política y Reglamento de Créditos).

Sobre el particular, ante el justo reclamo realizado por el Banco, en reuniones sostenidas en instalaciones de la ASFI, personal de esa institución nos manifestó verbalmente que se habrían realizado observaciones similares a otras instituciones financieras y que éstas habrían aceptado las mismas, por lo que le correspondía al Banco Fortaleza S.A. hacer lo propio. Justificando haber realizado las mismas bajo el criterio de "sana práctica". Como se mencionó en párrafos ulteriores la normativa en actual vigencia en ningún punto establece que, para la estimación de la frecuencia de casos en los que existan desviaciones o incumplimientos, se deban considerar ***sanas prácticas*** *de otorgación y administración de créditos de la industria, dado que de ser así se estaría hablando de una sola tecnología crediticia aplicable para todo el Sistema de Intermediación Financiera, aspecto que es inviable más aún en las Microfinanzas. Por lo expuesto, queda demostrada la parcialidad con cual el equipo de inspección efectuó su labor de supervisión.*

Asimismo, cuando se realizaron los descargos a dichas observaciones, el Banco de forma insistente solicitó se explique los motivos por los cuales la Comisión consideraba que las mismas "Generaban Riesgo" (término que inclusive no se encuentra definido en la

normativa en actual vigencia; pero es utilizado como sinónimo de desvío), no habiendo merecido respuesta alguna tal requerimiento, salvo la actitud poco profesional del encargado de visita al manifestar que era "criterio de esta Autoridad".

El siguiente cuadro muestra las observaciones que generaron las desviaciones y la consiguiente previsión genérica que injustamente se quiere imponer al Banco:

Etapas del Proceso Crediticio	Muestras Estadísticas		Total desvíos
	Consumo-Vivienda	Microcrédito-PYME	
SOLICITUD	4	3	7
CAPACIDAD DE PAGO	19	16	35
APROBACION	2	0	2
SEGUIMIENTO	1	4	5
Total Desvíos	26	23	49

Observaciones que no corresponden, dado que ASFI no argumenta técnicamente la validez de las mismas:

Etapas del Proceso Crediticio	Muestras Estadísticas		Total desvíos
	Consumo-Vivienda	Microcrédito-PYME	
SOLICITUD	3	3	6
CAPACIDAD DE PAGO	4	11	15
SEGUIMIENTO	0	2	2
Total Desvíos	7	16	23

El detalle de los casos con la debida justificación se anexa al presente documento.

ASFI no ha respondido, ni desvirtuado las observaciones que respecto a este punto planteó el Banco Fortaleza S.A., en la presentación del Recurso de Revocatorio, limitándose a mencionar que "...el recurrente presta un servicio público...", así como que los argumentos vertidos por el Banco no son válidos ni mucho menos aceptables "...por cuanto su calidad de profesional y especialidad no permite tugara confusión ni incorrectas interpretaciones...".

4. Petitorio

En consideración de las argumentaciones legales expuestas en el presente memorial, al amparo de lo dispuesto por la Ley No. 2042 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52 y 53del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003,interpongo ante

*su autoridad **recurso jerárquico** contra la Resolución ASFI No. 616/2014 de 4 de septiembre de 2014, solicitando que dentro del plazo establecido en el artículo55 parágrafo I del citado reglamento remita el presente recurso con todos sus antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para que lo resuelva **revocando** en su totalidad la resolución impugnada.*

Otrosí.- *Se adjunta al presente recurso, el Testimonio de Poder N° 685/2012 de fecha 21 de diciembre de 2012, otorgado a favor de Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, ante Notaría de Fe Pública N° 064 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Rodrigo Calcina Quisbert.*

Otrosí Primero.- *Amparado en lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento, pero ante todo en el razonamiento de la Sentencia Constitucional SCP 2170-2013, solicito a la autoridad jerárquica dejar en suspenso, mientras sea agotada la vía administrativa, tanto las instrucciones contenidas en el informe ASFI/DSR I/R- 101497/2014 relativo a la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 31 de marzo de 2014 como en la carta ASFI / DSR I / R - 113250/2014 de 23 de julio de 2014; asimismo, dejar en suspensión la instrucción de la carta circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014.*

Otrosí Segundo.-*De conformidad a lo dispuesto por el artículo 55 parágrafo I del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el ex SIREFI, su autoridad se servirá elevar en el plazo de tres días hábiles, todo el expediente organizado de manera cronológica, con todos los antecedentes debidamente foliados y ordenados, ante la autoridad jerárquica, en particular debe adjuntar al expediente los informes técnicos ASFI/DSR I/R-129097/2014 de 22 de agosto de 2014 y ASFI/DSR I/R-135584/2014 de 3 de septiembre de 2014, así como el informe legal ASFI/DAJ/R-135434/2014 de 3 de septiembre de 2014.*

Otrosí Tercero. *Adjunta en calidad de anexo la "Matriz de Atributos" presentada al Banco en la inspección ordinaria de Riesgo de Crédito, con fecha de corte al 31/05/2010, en la cual claramente se muestran los atributos que fueron objeto de evaluación debidamente firmada por Ejecutivos del Banco (entonces Fondo Financiero Privado Fortaleza).*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1.- ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 02 de julio de 2014, que adjunta el informe ASFI/DRS I/R-101497/2014 de la misma fecha, dispuso entre otros que el **BANCO FORTALEZA S.A.**, efectué la regularización de las observaciones contenidas en el informe citado, señalando se presente un plan de acción hasta, el 05 de agosto de 2014.

Del mismo modo en la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014 mencionada, instruye exponer en los estados financieros al 31 de julio de 2014, una previsión genérica total por **factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad** por $us. 3.719.944.48 (TRES MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO 48/100 DÓLARES AMERICANOS), debiendo remitir la entidad hasta el 05 de agosto de 2014, las papeletas contables.

El **BANCO FORTALEZA S.A.**, a través de la nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, solicita al Ente Regulador, en el marco del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, que la carta **ASFI/DSR I/R-101704/2014** y el informe **ASFI/DRS I/R-101497/2014,** actos administrativos supra citados **se consignen en Resolución**.

La Autoridad recurrida, a la solitud efectuada por el **BANCO FORTALEZA S.A.**, emitió la carta ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, refiriendo principalmente a que los informes emitido por ese Ente Regulador de acuerdo al parágrafo II del artículo 48 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo tienen carácter facultativo y no obligan a la Autoridad Administrativa a resolver conforme a ellos, haciendo cita como precedente administrativo a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 058/2012, concluyendo que por la falta de sustento legal y fáctico a la nota de la Entidad, no corresponde elevar a rango de Resolución el informe interno ni la carta que la soporta.

Cabe mencionar, que la ASFI no refiere a que si la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, que según la Autoridad recurrida soporta al informe en cuestión, provoca o no efectos jurídicos obligatorios al regulado, una vez notificado con dicho acto.

El **BANCO FORTALEZA S.A.**, ante dicha negativa expresada en la carta ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, en fecha 05 de agosto de 2014, interpone Recurso de Revocatoria solicitando se revoque ésta, así como el informe de riesgo crediticio con corte al 31 de marzo de 2014.

Por su parte la ASFI en fecha 19 de agosto de 2014, emite la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014, que en su anexo ajusta el cálculo del patrimonio neto del Banco, al 31 de julio de 2014, consecuente a este hecho el Administrado solicita mediante nota BF/GG/EXT-145/2014 de 25 de agosto de 2014, se eleve la Carta Circular citada a rango de Resolución, toda vez que se encuentra en curso el recurso de revocatoria proceso donde se encuentra controvertido el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 y la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014.

Asimismo, el Banco presentó a la ASFI, memorial en fecha 28 de agosto de 2014, por el que solicita suspender la aplicación del informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, haciendo cita de la Sentencia Constitucional Plurinacional 2170/2013, en la que particularmente hace referencia la entidad, al principio del debido proceso.

Posterior a dicho antecedente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite el Auto de 28 de agosto de 2014, por el cual determina acumular los trámites (T-534575 y T-617134), que aglutinan los actuados dentro del caso de autos, más la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014, unificando su tramitación dentro de un solo proceso administrativo.

Dado lo anterior, mediante Resolución ASFI N° 616/2014 de 04 de septiembre de 2014, Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó confirmar la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, declarando improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02 de julio de 2014 y negando la suspensión de su aplicación, motivo por el cual **BANCO FORTALEZA S.A**., interpone el presente Recurso Jerárquico.

Cabe hacer notar que la ASFI, no menciona dentro de sus determinaciones la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 02 de julio de 2014, que adjunta el informe de inspección con corte al 31 de marzo de 2014.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del Análisis al Recurso Jerárquico.-

En el marco de las disposiciones legales que hacen al procedimiento administrativo, se debe hacer referencia previamente a los presupuestos facticos de la impugnación y sus valoraciones efectuadas por el Ente Regulador, tomado en cuenta principalmente los principios que rigen a la administración pública y las garantías constitucionales establecidas por el Estado Plurinacional de Bolivia. En ese sentido, pasamos a citar y analizar los antecedentes relevantes dentro del caso de autos:

2.2. Sobre la razón para no declarar improcedente el recurso de revocatoria contra el informe ASFI/DRS I/R-101497/2014.-

La Entidad recurrente señala que, según la ASFI los informes no obligan a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos, y que sin base legal considera que son de uso interno, de igual manera indica que el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02 de julio de 2014, es la base y fundamento de la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014, misma que contienen instrucciones que obligan a ejecutarlas y que el incumplimiento de estas se encuentra sujetas a sanciones.

Por otra parte, el **BANCO FORTALEZA S.A.**, refiere a que realizó su accionar conforme lo establecido en los artículos 19 y 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para solicitar se consignen los actos administrativos de menor jerarquía en Resolución Administrativa y que ante la negativa de la autoridad, el interesado puede interponer el recurso de revocatoria, siendo ésta la base legal que permitió al Banco, presentar el recurso de revocatoria contra la nota y el informe supra citados.

Asimismo, argumenta el Banco que, la ASFI no señala cual la base legal que le da categoría de uso interno a los informes, pero que sin embargo, se encuentra claro que el informe en cuestión, es decir, ASFI/DSR I/R-101497/2014, no goza de ese carácter, ya que éste fue notificado a la Entidad, del mismo modo refiere que la Resolución sujeta a impugnación, contradice su posición al señalar que solo cuando el informe sea incorporado y sirva para fundamentar la decisión de la máxima autoridad, se puede recurrir el mismo, mencionando el Banco que eso es lo que

sucedió, dado que dicho informe fundamenta la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 y la Carta Circular ASFI/DSR I/CC-4689/2014 de 19 de agosto de 2014, que establecen instrucciones para esa entidad y que por lo tanto son recurribles dichos actos.

Por su parte, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a los argumentos esgrimidos por el recurrente señala, que el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02 de julio de 2014, en concordancia con el parágrafo II, artículo 48, de la Ley de Procedimiento Administrativo, no constituye un acto administrativo, sino un dictamen o una opinión técnica idónea y no susceptible impugnación, señalando además que es un documento de uso interno **y que se encuentran dirigidos a la Máxima Autoridad,** siendo dicha autoridad la única con las facultades declarativas dispositivas o decisorias, **para determinar el cumplimiento de determinadas medidas.**

Del mismo modo señala, que el informe en cuestión no es propiamente un acto administrativo y que en consecuencia es inamisible su impugnación y que solo son recurribles las Resoluciones Administrativas, **y además que sólo cuando el contenido de un informe se encuentre incorporado y sirva para fundamentar la decisión, se puede recurrir el mismo**.

Ahora bien, de lo visto dentro de los antecedentes del expediente administrativo que hace al caso de autos, las fundamentaciones y argumentos vertidos por el **BANCO FORTALEZA S.A.,** y la Autoridad recurrida en sus distintos acápites, se puede observar lo siguiente:

El Banco, al haber sido notificado con la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 02 de julio de 2014, que adjunta el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, también de la misma fecha, se vio advertido de que las determinaciones adoptadas por la ASFI, causaban efectos que incidían sus legítimos derechos, dado que consideraron que la nota y el informe de inspección de riesgo de crédito con corte al 31 de marzo de 2014, había observado ciertas deficiencias relacionadas a la cartera de créditos y que la ASFI tomó determinaciones sin habérselas tratado previamente con el Banco, conforme se puede advertir de la nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, por la que manifiesta su total desacuerdo con los resultados del informe ASFI/DSR I/R-101497/2014, por no haberse realizado una reunión técnica entre ambas partes para discutir las observaciones determinadas por la ASFI.

A ese efecto, la Entidad solicitó en el marco del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, se eleve a Resolución Administrativa la nota y el informe antes citados, teniendo como respuesta una negativa por parte del Ente Regulador, a través de la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014, misma que dentro de sus valoraciones y argumentaciones refiere a que el informe tiene carácter facultativo y no obliga a la autoridad a fallar conforme a ellos, de lo vertido se observa que la ASFI, solo hace referencia al informe, omitiendo referirse y haciendo de lado la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014, que según la ASFI, es el soporte de dicho informe, al respecto, se puede advertir que la citada la nota, remitida a la Entidad, representa o llega a constituirse en un acto administrativo que causa efectos obligatorios sobre el administrado, tomando en cuenta que, dispone se adopten ciertas medidas de regularización, entre las que se encuentra la previsión genérica adicional por factores de riego de incobrabilidad por un monto de $us. 3.719.944.48.

Bajo ese entender, la nota supra mencionada, constituyese en un acto de menor jerárquica en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo

para el SIREFI, en consecuencia mereció la atención ineludible por parte de la Autoridad Administrativa, a lo solicitado por el Banco, sin embargo, se ha pretendido eludir la misma, haciendo solo referencia al informe en su negativa de consignación en Resolución, como se puede apreciar el Ente Regulador se apartó de un diligente análisis, debiendo haber contemplado básicamente el principio de sometimiento pleno a la ley, con la finalidad de asegurar al administrado un debido proceso, evitando dilaciones indebidas que no hacen otra cosa que demostrar inobservancia a los principios que rigen la actividad administrativa, en ese sentido es conveniente referir el entendimiento de la jurisprudencia desarrollada en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, relacionada al debido proceso:

> "…*Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...)* ***comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos****" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo.* ***No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna****, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes*…" (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Bajo ese contexto, el Ente Regulador al momento de emitir la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014, ha dado la validez al informe de inspección de riesgo crediticio con corte al 31 de marzo de 2014, al considerarlo o ser fuente para la emisión de dicha nota, que entre otros, dispone una previsión genérica total por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad.

Por lo precedentemente citado, se colige que la ASFI, no ha efectuado una valoración razonada de los extremos expuestos por el recurrente en sus pretensiones, provocando impedimento al ejercicio que tiene el administrado de impugnar los actos administrativos que puedan afectar su legítimo derecho, por lo que el Ente Regulador, deberá consignar el acto administrativo de menor jerarquía en Resolución, conforme las disposiciones legales aplicables establecen, correspondiendo al Banco actuar acorde a lo que concierna en derecho.

2.4. Respecto a los argumentos sobre el informe de inspección.-

2.4.1. Respecto a la Matriz de Atributos.-

La recurrente, manifiesta que la comisión de inspectores de la Autoridad Reguladora no habría puesto en conocimiento de ella los criterios o puntos de control a ser evaluados en la revisión de cartera de créditos, como lo sabrían hacer en anteriores inspecciones, además que se comunicaba al Banco aspectos normativos que no estaban en sus políticas y procedimientos a fin de que las mismas no sean consideradas como desvíos al proceso crediticio haciendo firmar a los ejecutivos del Banco como constancia de ello, lo que habría permitido que le entidad conozca los criterios a los cuales estaría sujeto en la referida evaluación, cosa que no habría sucedido en la inspección motivo del presente recurso, toda vez que la Autoridad Reguladora refiere en la Resolución Administrativa, que el Manual Dinámico de Supervisión es de "uso interno" por lo que no correspondería su presentación al regulado. Así también observan que no se les hizo conocer de todas las observaciones encontradas con antelación a la presentación del referido informe. Este hecho, a decir de la recurrente, le habría generado indefensión.

Al respecto, el Manual Dinámico de Supervisión, en su Capítulo IV, Riesgo de Crédito, en cuanto se refiere a la Supervisión *in situ*, numeral 4.2.2., hace referencia al Memorando de Planificación del cual forman parte La Matriz de Evaluación General y la Matriz de Evaluación Individual (Matriz de atributos a que hace referencia la recurrente), que son parte del Memorando de Planificación, las mismas que son referidos en el inciso e) de dicha normativa:

> *"(…)*
>
> **e) *Programas y Cuestionarios***
>
> *Los supervisores asignados coordinarán con el Encargado de Visita la adecuación de los programas de trabajo y cuestionarios a ser utilizados en la EIF supervisada.*
>
> *Para efectuar la evaluación de la administración y gestión de riesgo de crédito los programas de las tareas definidas a realizar están en formato de matrices, una de evaluación general y otra de evaluación individual.*
>
> *La Matriz de Evaluación General (Anexo 4-2), se constituye en un programa de trabajo para evaluar la gestión crediticia y verificar que ésta se encuentre acorde con sanas prácticas y principios crediticios, conteniendo las siguientes áreas de evaluación: estrategia comercial, estructura organizacional, políticas, procesos y procedimientos crediticios, sistema de información gerencial, Unidad o Función de Riesgo Crediticio y Auditoria Interna. La misma podrá ser complementada con cuestionarios. (Anexos: 4-3 al 4-7).*
>
> *La Matriz de Evaluación Individual (Anexo 4-8), se constituye en un programa de trabajo para evaluar el cumplimiento del proceso crediticio de la muestra seleccionada. Previamente a la inspección, se determinarán atributos para cada etapa del proceso crediticio definidos en las políticas y procedimientos de la EIF, que podrían generar riesgo a la entidad ante incumplimientos.*
>
> *Los programas son lineamientos o guías generales del trabajo que consisten en la*

descripción de procedimientos y pasos necesarios a realizar en la ejecución de las tareas, debiendo responder al tipo y al perfil de riesgo de la entidad y a los objetivos de la inspección."

De lo que se puede observar que no existe en parte alguna de la normativa que el memorando de Planificación, así como alguno de sus componentes (Matriz de atributos, entre ellos), deba ser firmado, en el presente caso, por ejecutivos del Banco, es más, en los incisos f) y g) de la misma normativa, se puede apreciar que la revisión y aprobación del Memorando de Planificación y la divulgación del mismo se da al interior de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y no con la participación de terceros, como se puede apreciar de la transcripción de los referidos incisos:

"*(…)*

f) Revisión y aprobación del Memorando de Planificación

El Memorando de Planificación deberá ser revisado por el Encargado de Riesgo de Crédito y el Jefe de División, para su posterior aprobación por el Intendente de Supervisión de Riesgos.

Paralelamente al proceso de elaboración y aprobación del Memorando de Planificación, se debe llenar el formulario electrónico del Sistema de Planificación y Seguimiento de Inspecciones para su respectiva autorización.

g) Divulgación del Memorando de Planificación

Una vez aprobado el Memorando de Planificación deberá ser puesto en conocimiento de todos los supervisores que conforman el equipo de trabajo, debiendo éstos firmar el documento en señal de constancia."

Asimismo, se debe agregar que dentro de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, en su Libro 7°, Título II, Capítulo I, Sección 1, establece los aspectos generales y alcance de las visitas de inspección, en la que claramente establece en su numeral 1) del artículo Único de dicha norma, que: "*ASFI podrá realizar todos los exámenes que considere necesarios con o sin previo aviso*", normativa que es de conocimiento general y abierto a los regulados del sistema financiero.

De lo hasta aquí expuesto, se colige que no existe la obligatoriedad, por parte del personal de la Autoridad Reguladora, de poner en conocimiento de la entidad regulada, y mucho menos requerir la firma de sus ejecutivos, en constancia de haber cumplido procedimientos de consensuar o establecer en coordinación con ellos, criterios de evaluación en las diferentes inspecciones pues es una atribución de la Entidad Reguladora el definir los procedimientos y alcance del trabajo a realizar en función al objetivo del mismo, incluyendo acciones sorpresivas como los arqueos de caja, inventarios de documentos, etc. que, por el fin que buscan los mismos, de ninguna manera pueden ser avisados o comunicados previamente pues pierden su esencia misma y no permiten obtener el resultado esperado.

Por su parte, la Autoridad Reguladora manifestó, en la resolución Administrativa ASFI N° 616/2014 de 4 de septiembre de 2014, lo siguiente:

"De acuerdo a la Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 23/2007 de 1 de marzo de 2007, "las inspecciones consisten en exámenes sistémicos y planificados que efectúa la autoridad administrativa con el fin de obtener mayores elementos de hecho y de derecho que le permitan adoptar una decisión dentro de un procedimiento.

En general las inspecciones conllevan la realización de los siguientes actos: a) la programación de la inspección; b) el desarrollo de la inspección; c) el informe en conclusiones posterior; e) el seguimiento a las medidas adoptadas a consecuencia de la inspección…"

En ese sentido, considerando que la inspección consiste en un examen sistémico y planificado es necesario contar con una matriz de atributos, la cual se constituye en un programa de trabajo cuyo objeto es evaluar el cumplimiento del proceso crediticio de la muestra seleccionada, por lo que de acuerdo al Manual Dinámico de Supervisión de Riegos aprobado mediante Resolución Administrativa SB/04/2009 de 12 de enero de 2009, vigente al momento de la inspección, se entiende por matriz como "La Evaluación Individual, se constituye en un programa de trabajo para evaluar el cumplimiento del proceso crediticio de la muestra seleccionada. Previamente a la inspección, se determinarán atributos para cada etapa del proceso crediticio definidos en las políticas y procedimientos de la EIF, que podrían generar riesgo a la entidad ante incumplimientos".

Es así que el Manual Dinámico de Supervisión de esta Autoridad de Supervisión, es un programa de trabajo de uso interno, por lo que no se establece la obligatoriedad de presentarlo al recurrente, ya que los aspectos a ser evaluados son de conocimiento de la misma entidad a ser inspeccionada, por lo que en ningún momento se colocó al recurrente en estado de indefensión."

Sin embargo de lo mencionado, es importante que la entidad regulada conozca el objetivo de la inspección o visita *in situ*, el mismo que, en el presente caso, fue comunicado a la entidad recurrente mediante nota ASFI/DSR I/ R-73222 / 2014, de la siguiente manera:

"En el marco de lo establecido en la Ley N°393 de Servicios Financieros, esta Autoridad de Supervisión dentro del Programa de Operaciones Anual de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, ha previsto realizar una visita de inspección a la entidad a su cargo, a partir del 19 de mayo de 2014, ***con el objetivo de evaluar la gestión de Riesgo de Crédito****.*

Para tal propósito, con el fin de transmitir a la Comisión de Inspección la visión estratégica institucional, así como los principales ***aspectos relacionados con la gestión de riesgo de crédito****, el Banco debe preparar una presentación a ser desarrollada el día martes 20 de mayo de 2014, a horas 9:00 a.m. en instalaciones de su Oficina Central, por sus principales ejecutivos,* ***que considere como mínimo los aspectos que se detallan en el Anexo 1****.*

Los resultados del trabajo a realizarse serán considerados durante la visita de inspección, con el funcionario que designe la Gerencia a su cargo, designación que deberá ser comunicada por escrito a la Comisión de Inspección, según formato contenido en el Anexo 2.

Por otra parte, ***en el Anexo 3 se detalla la información inicial requerida****, la cual deberá ser entregada a la citada comisión al inicio de la visita. La documentación adicional que se considere necesaria será solicitada durante la inspección…"*

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo que se puede observar que la entidad recurrente tuvo conocimiento, desde antes de realizarse la inspección o visita *in situ*, de cuál era el objetivo de la inspección y la documentación, por lo menos principal, a ser revisada, por lo que mal puede argumentar que "*estuvo en una situación de indefensión, ya que fue sometida a un procedimiento sin conocer las reglas del mismo*" pues no se les tomó de sorpresa toda vez que se les comunicó anticipadamente de la visita y se cumplió con la etapa previa a la inspección, como ya se demostró.

En conclusión, además de que la normativa es clara y precisa al enunciar las atribuciones de la ASFI y la metodología de supervisión que se le faculta, ésta puede o no realizar las inspecciones con o sin previo aviso al regulado, pues la intención no es solo coordinar las tareas que está supervisando, sino controlar y supervisar el apego a la normativa reguladora y las políticas de la entidad en cumplimiento a dicha normativa y las sanas prácticas en lo que representa la intermediación financiera, más aún, cuando esta actividad significa, de acuerdo a la Ley de Servicios Financieros, una función social y que uno de los objetivos principales de regulación y supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la de proteger los ahorros del público, por tanto en el accionar de la ASFI no existió o no se provocó indefensión alguna.

2.4.2. Respecto a la Muestra de la Cartera y los criterios utilizados para su determinación.-

La recurrente manifiesta que no existe justificación válida de parte de la Autoridad Reguladora que respalde la determinación de la muestra (aspecto cuantitativo) ya que no se mencionan los criterios técnicos que habrían aplicado en la determinación de la misma, así como tampoco fundamenta los criterios que llevaron a agrupar u homogenizar "*las carteras de Microcrédito y Pyme, así como las de Consumo y Vivienda. Asimismo, no establece técnicamente el por qué se utilizó un nivel de confianza del 90%, ni mucho menos a los factores que generan la decisión de este nivel de confianza.*", cuestionando los fundamentos vertidos por la Autoridad Reguladora al respecto.

Por otro lado, la recurrente, cuestiona la respuesta de la Autoridad Reguladora relativo a que "*no se pueden cuestionar los procedimientos de la ASFI*" que habría recibido por la solicitud efectuada respecto a que se le presenten los criterios de selección de la muestra.

Es necesario describir la normativa respecto al alcance del trabajo de inspección y a la determinación de la muestra, por ello, transcribimos lo dispuesto en el Manual Dinámico de Supervisión, Capítulo IV:

"***4.2.2 Supervisión in situ***

En concordancia con la estrategia global de la SBEF, se define un cronograma general y el tipo de visitas de inspección, ***cuyo alcance se define en función al grado de riesgo identificado, poniendo énfasis en las áreas que demanden mayor atención respecto a los desvíos identificados****. El cronograma llega a formar parte del Plan*

Operativo Anual (POA) de las intendencias de supervisión.

Las visitas de campo constituyen uno de los pilares importantes del proceso de supervisión y comprende las siguientes etapas:

4.2.2.1 Planificación

Las actividades de supervisión de campo se inician con la planificación de las visitas de inspección. En esta etapa se determinará la estrategia, objetivos, procedimientos, tiempo y recursos a utilizar en la inspección, considerando lo siguiente:

(…)

c) ***Selección de muestras***

<u>En función al grado de riesgo identificado y las áreas que demanden mayor atención respecto a los desvíos determinados</u>*, se podrá generar una muestra estadística y/o inducida.*

Para la generación de muestras se cuenta con el programa informático MuestrasXP.

c.1 Muestra estadística: El programa permite elegir entre los siguientes criterios de selección:

Para la cartera comercial, realizar una muestra estadística con tres niveles de confianza de los Sistemas de Control Interno de la entidad financiera basado en la metodología en función a un muestreo proporcional al tamaño:

- *Nivel 1 (63%, Buen sistema de control interno)*
- *Nivel 2 (86%, Adecuado sistema, con algunos fallas)*
- *Nivel 3 (95%, Débil sistema de control interno)*

Para la cartera masiva, realizar una muestra estadística con tres niveles de confianza según una distribución normal, ***<u>donde cada prestatario u operación</u>*** *tiene la misma probabilidad de ser elegido:*

- *Nivel 1 (Probabilidad de superar el error muestral: 16%)*
- *Nivel 2 (Probabilidad de superar el error muestral: 2%)*
- *Nivel 3 (Probabilidad de superar el error muestral: 0%)*

c.2 Muestra Inducida. El programa permite elegir entre los siguientes criterios de selección:

- *Calificación en categorías de riesgo A, B o C en la entidad y D a H en el sistema.*
- *5% o más montos vencidos con calificación A, B o C en la entidad.*
- *Montos en ejecución con calificación menor a F en la entidad.*
- *Mejora calificación en el último año.*
- *Aumenta el riesgo en más de un 50% en el último año.*

> *Nuevo en la entidad.*

> *Entidad tiene más del 80 % del riesgo en el sistema.*

> *Con reprogramaciones, calificado < C*

*Asimismo, **<u>sobre la base de datos de la cartera de créditos se podrán seleccionar otros prestatarios en forma inducida, con criterios adicionales</u>** (grupos económicos, créditos sujetos a seguimiento, etc.)*

La generación de muestras concluye con la creación de cédulas individuales por deudor, incluidas en la herramienta Sistema de Apoyo a la Supervisión (SAS), para su respectiva evaluación en la EIF."

(Las negrillas y subrayado fueron insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De la norma transcrita, se puede apreciar que el alcance (la amplitud que se da a los procedimientos, es decir, la intensidad y profundidad con que se aplican éstos) de la labor de inspección se determina en función al grado de riesgo identificado, vale decir que la Autoridad Reguladora podrá establecer la aplicación de mayores procedimientos de auditoría en función a lograr el objetivo de, en este caso, la inspección.

Para lograr el referido objetivo, la Autoridad reguladora, dado que no puede efectuar una revisión del 100% de la Cartera de Créditos (por factores de tiempo y personal), debe extractar una Muestra de ella y de la revisión y evaluación de esta, sobre la base de los resultados obtenidos, inferir sobre el total de la cartera de Créditos o Universo.

En el entendido de que la muestra determina el grado de confiabilidad que concederemos a los resultados obtenidos, es importante que dicha muestra **sea representativa, válida y confiable**.

La determinación de la Muestra, tal como la norma supra transcrita lo señala, debe responder a determinados criterios, que de acuerdo a lo indicado por la Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014, para el presente caso, fueron los siguientes:

*"En el presente caso**, <u>la muestra de la cartera de créditos, fue extraída de la información reportada por el Banco Fortaleza S.A., a la Central de Información Crediticia (CIC) al 31 de marzo de 2014</u>**, estableciendo el periodo de desembolso del 1 de junio de 2010 al 31 de marzo de 2014, según el siguiente cuadro:*

En dólares americanos (unidades)

Tipo de Crédito	Saldo de Cartera al 31.03.2014 otorgada desde el 01.06.2010	
	N° de Operaciones	Saldo
MICROCRÉDITO	13,009	674,842,363.64
PYME	1,088	128,386,676.30
CONSUMO	4,515	146,846,276.69
VIVIENDA	938	158,657,815.24
Total Muestra	**19,550**	**1,108,733,132**

En tal sentido, la muestra determinada por esta Autoridad de Supervisión, se la obtuvo con criterios estadísticos de selección aleatoria, considerando que las operaciones a ser evaluadas tengan la misma probabilidad de ser elegidas, aspecto concordante con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Título II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros.

En este marco, la Autoridad de Supervisión seleccionó una muestra representativa de prestatarios elegidos al azar considerando los siguientes criterios estadísticos:

1. *Nivel de Confianza (90%)*

2. *Tamaño de Población: 13,009 operaciones de Microcrédito, 1,088 operaciones Pyme días mora, 4,515 Créditos de Consumo y 938 operaciones de Vivienda.*

3. *Tasa de desviación tolerable: 5%*

Obteniendo como resultado 104 operaciones de Microcrédito y Pyme y 103 operaciones de Vivienda y Consumo, haciendo un total de 207 operaciones.

CRITERIOS ESTADÍSTICOS		MICROCRÉDITO	PYME	CONSUMO	VIVIENDA
Nivel de Confianza	90%				
Tamaño de Población		13,009	1,088	4,515	938
Tasa de desviación tolerable	5%				

En ese sentido, bajo los citados criterios de selección se advierte que las muestras determinadas son representativas de los universos a los que corresponden, estableciéndose la aplicación de técnicas estadísticas para la elección aleatoria de las operaciones a ser evaluadas, donde cada una tiene la misma probabilidad de ser seleccionada, además de considerar un nivel de confianza del 90%."

Una observación que se debe efectuar en esta parte del análisis, a la Autoridad Reguladora, que sale del texto, supra transcrito, es que utiliza los términos "prestatario" y "operación" como sinónimos, siendo que no necesariamente es así, pues un prestatario puede obtener o realizar más de una operación de crédito, lo cual tiene incidencia en temas cuantitativos como es la determinación de la Muestra, por lo que debe tener mayor cuidado al tiempo de fundamentar sus actuaciones y revisar la norma ya que la

misma utiliza ambos términos, sin embargo no queda claro, en la misma, si son sinónimos o no.

Independientemente de ello, para el presente caso, no tiene mayor relevancia en la incidencia de los resultados ya que se observa que la muestra fue realizada en consideración a la cantidad de operaciones y no de prestatarios, y como ya se dijo, ambos términos son utilizados en el Manual Dinámico de Supervisión, como se puede apreciar en el texto arriba transcrito, por lo que no es cierta la aseveración del recurrente en sentido de que la norma establece que la muestra se tome en base a los "prestatarios" y no "operaciones".

Entrando ya a la consideración de la muestra, debemos señalar que la misma arrojó los siguientes datos:

- Para **Microcrédito y Pyme**, **104** casos
- Para créditos de **Consumo y Vivienda**, **103** casos
- **Total** de la muestra, **207** casos

Los criterios estadísticos, en los cuales se basó la Autoridad Reguladora, para determinar la misma, son:

- Nivel de **Confianza**, **90**%
- Tasa de **desviación**, **5**%

Como es conocido, el nivel de confianza es generado como consecuencia de un trabajo de gabinete, en este caso, sobre la base de la información proporcionada periódicamente, por la entidad regulada, a la Autoridad Reguladora, que luego, con la aplicación de fórmulas estadísticas se determina la muestra, lo que en sus argumentaciones también expone la Autoridad Reguladora.

Sin embargo, **no da una explicación de cómo es que se llegó al 90% de Nivel de Confianza** dado que ésta es una variable importante en la determinación de la muestra ni menciona cuál la fórmula y los criterios estadísticos utilizados en la determinación de la Muestra, limitándose a mencionar, lo siguiente:

> *"Obteniendo como resultado 104 operaciones de Microcrédito y Pyme y 103 operaciones de Vivienda y Consumo, haciendo un total de 207 operaciones….*
>
> *…En ese sentido, bajo los citados criterios de selección se advierte que **las muestras determinadas son representativas de los universos a los que corresponden**, estableciéndose la aplicación de **técnicas estadísticas** para la elección aleatoria de las operaciones a ser evaluadas, donde cada una tiene la misma probabilidad de ser seleccionada, además de considerar un nivel de confianza del 90%."*
>
> (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En relación a los Universos, en el presente caso, serían, por un lado, la suma de operaciones de Microcrédito y Pyme y, por otra, Consumo y Vivienda, fundamentando lo siguiente, en sentido del porqué la segunda agrupación, dado que la primera no fue observada por el recurrente en su Recurso:

"Adicionalmente, cabe señalar que ***la muestra conjunta de créditos de Vivienda y Consumo, tienen las siguientes características comunes****:*

1. *Cuentan con una misma Tecnología Crediticia para la evaluación de la capacidad de pago para ambos tipos de crédito tomando en cuenta actividades dependientes e independientes.*

2. *El crédito de consumo es complementario a las operaciones de vivienda y la evaluación de la capacidad de pago se la efectúa bajo los mismos principios, donde en algunos casos un mismo deudor puede mantener operaciones de vivienda y consumo a la vez en la medida que su capacidad de pago así lo permita.*

3. *Al momento de estructurar la operación, las únicas diferencias relevantes entre estos tipos de créditos son el destino del crédito y en algunos casos el plazo,* ***constituyéndose la evaluación de la capacidad de pago en el factor determinante para la otorgación del crédito****.*

De acuerdo a lo citado precedentemente ***se advierte que las poblaciones objeto de la muestra representan razonablemente características homogéneas y complementarias entre sí****.*

Por otra parte, cabe señalar que los saldos obtenidos por el recurrente correspondientes a la muestra seleccionada, donde existirían posibles diferencias, no cuentan con sustento técnico, por cuanto esta Autoridad de Supervisión cuenta con la información reportada periódicamente por el Banco sobre su portafolio de crédito, aspectos que han sido considerados en la inspección efectuada."

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo que se advierte que la Autoridad Reguladora justifica la agrupación que realizó (específicamente de créditos de consumo y de vivienda), señalando que la evaluación **de la capacidad de pago** es la que determina la otorgación del crédito en ambos tipos de créditos, por lo que, en conclusión, en base a ese criterio ambos tipos de créditos son homogéneos.

Al respecto, es necesario efectuar las siguientes consideraciones:

1. La Muestra, entendida como un subconjunto del Universo, seleccionada de tal forma, que sea representativa del Universo en estudio, obteniéndose con el fin de investigar alguna o algunas de las propiedades de aquel del cual procede. En otras palabras es una parte del Universo que sirve para representarlo.
2. El Universo, entendido como el conjunto de, en este caso, créditos de los cuales se quiere efectuar una revisión.
3. Cuanto mayor sea la Muestra, será más representativa y arrojará datos más precisos respecto al conjunto de los casos (Universo) y viceversa.
4. Mientras más homogéneo sea el Universo, la Muestra será más confiable y representativa y viceversa.

En tal sentido, para poder obtener una muestra que sea representativa y cuyos resultados sean válidos y confiables, debemos tener un Universo lo más homogéneo posible y que la cantidad de la Muestra tenga el tamaño, o número, suficiente de manera tal que los resultados que arroje tengan un mínimo de error posible respecto de la población. Resulta obvio señalar que mientras menos homogéneo el Universo, menos representativa será la muestra y con mayor grado de dispersión, si la muestra es pequeña o no representativa.

Con tales consideraciones, efectuamos el análisis de la muestra obtenida por la Autoridad Reguladora:

- 104 créditos para el grupo de Microcrédito y Pyme, sobre un Universo de 14.097 créditos (0,74%).
- 103 créditos, para el grupo de Consumo y Vivienda, sobre un Universo de 5.453 créditos (1,89%).

Considerando que la normativa para Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, establece que si en la entidad regulada existen "*factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad e inadecuadas políticas para la reprogramación de operaciones de créditos*", deben constituir y mantener una previsión genérica (numeral 2, artículo 3º, Sección 3, Capítulo IV, Título II, Libro 3º de la Recopilación de Normas).

Por lo tanto, cualquier desviación o incumplimiento con las políticas crediticias y procedimientos establecidos, detectados en **la muestra**, es considerado para la determinación de la previsión, es decir que su efecto será cuantificado en términos monetarios que, contablemente hablando, afectarán los gastos o egresos, disminuyendo el resultado y por ende el patrimonio de la sociedad regulada. De lo que se establece que a mayor desviación o incumplimiento detectado en la muestra, mayor monto de la previsión a ser constituida.

Es ésta la importancia de establecer el nivel de desviaciones en la evaluación del riesgo en la cartera de créditos, amén de otros factores inherentes a la regulación, es decir que para la entidad regulada un mayor nivel de desvíos significa un mayor efecto, negativo, en su patrimonio, que de acuerdo a la normativa vigente, le puede afectar al nivel de operaciones de cartera, nivel de captación de fondos, entre otros.

En resumen, considerando que los resultados de la evaluación del riesgo crediticio a través de la **revisión de una muestra** de la cartera de créditos tiene, o puede tener, un efecto negativo en el patrimonio de la entidad regulada y como consecuencia de ello, en sus operaciones, es necesario que dicha muestra sea lo más representativa de tal manera que los resultados que su revisión arroje, sean válidos y confiables, por ello es de suma importancia que dicha muestra sea determinada con la mayor precisión posible y para lograr tal cometido, como ya se demostró ut supra, el Universo debe ser lo más homogéneo posible. En el presente caso tal condición no fue cumplida dado que se efectuó una agrupación de diferentes tipos de créditos, diferencia que la propia Entidad Reguladora establece en el artículo 2º, Sección 2, Capítulo IV, Título II, Libro 3º, al establecer cuatro tipos de créditos (Microcrédito , Pyme, Consumo y Vivienda).

Para el caso presente, se debe hacer notar que los créditos de consumo y vivienda tienen sus propias características que los diferencian uno del otro, como por ejemplo el plazo, la

garantía, el riesgo y el grado de morosidad, por lo que no pueden ser considerados homogéneos.

Po todo lo manifestado, **los resultados obtenidos de la** revisión de la mencionada **Muestra, no pueden ser considerados válidos ni confiables** para cada tipo de crédito, pues, como se verá en el siguiente punto de análisis, generan una serie de desviaciones.

2.4.3. Respecto a los resultados de la revisión y evaluación de la Muestra de la Cartera.-

El recurrente, en relación a la inexistencia de homogeneidad en la Muestra obtenida, específicamente en cuanto a la agrupación que hizo la Autoridad Reguladora de créditos de consumo y vivienda, manifiesta lo siguiente:

> *"Por esta razón, insistimos en el siguiente cuadro donde se puede establecer **que la mayor parte de las observaciones realizadas a la muestra consumo- vivienda son justamente operaciones de consumo** (caracterizados por montos bajos y plazos cortos), **que castigan a la cartera de vivienda** (con mayor saldo), según lo expuesto en el siguiente cuadro.*
>
> *Observaciones por Tipo de Cartera Categoría "Consumo - Vivienda"*

Etapas del Proceso Crediticio	Tipo de Muestra		Total desvíos
	Consumo	Vivienda	
SOLICITUD	3	1	4
CAPACIDAD DE PAGO	17	2	19
APROBACIÓN	2	-	2
SEGUIMIENTO	1	-	1
Total Desvíos	23	3	26

(…)"

De lo expuesto, se puede apreciar que de 26 observaciones, que llevaron a generar la previsión para el grupo muestral de créditos de consumo y vivienda, 3 (12%) corresponden a vivienda y 23 (88%) a consumo, es decir que por 23 desviaciones encontradas en créditos de consumo, también, se castigó con la previsión a la cartera de créditos de vivienda, con lo que nuevamente se aprecia que el no efectuar una adecuada homogeneidad en el Universo, en este caso de créditos, genera la determinación de una Muestra que no es representativa y que, peor aún, lleva a incoherencias en los resultados, pues de haber extractado Muestras por tipo de crédito, que tienen características más homogéneas, la cantidad de desvíos encontrados en cada uno de ellos lograría generar una previsión más precisa y por ende, una cobertura del riesgo también con la misma característica.

En tal sentido, las observaciones o desvíos encontrados en la inspección del presente caso, no cuentan con un adecuado respaldo debido a que, como ya se dijo, no se conoce la fórmula estadística aplicada ni la fundamentación de los criterios estadísticos utilizados para la determinación del Universo, lo que no permite establecer el valor representativo de la

misma, sin embargo, del análisis efectuado ut supra, se concluye que las desviaciones encontradas y que fundaron la previsión genérica no guardan coherencia con el objetivo de la previsión que es proteger a la entidad regulada del riesgo al que estaría sometida por tales desviaciones y si, tales desviaciones, no representan de manera adecuada las desviaciones de cada tipo de crédito, entonces la previsión establecida, en base a ellas, tampoco será la adecuada.

2.4.4. Respecto a la tecnología crediticia empleada para la evaluación de los créditos.-

La recurrente, observa que la Autoridad Reguladora habría aplicado Tecnología crediticia distinta a la empleada y desarrollada por la propia recurrente, lo cual le llevó a establecer las desviaciones referidas en el informe de inspección, en cuestión.

La Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 616/2014, hace referencia a que las entidades financieras, en la otorgación de créditos, deben dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Servicios Financieros, "*Consecuentemente, el Banco Fortaleza S.A., debe incluir en sus políticas y/o procedimientos para la otorgación de créditos, mínimamente las actividades señaladas en los incisos a) a la j) del numeral 2 del artículo 3 de la Sección 3 del Reglamento para la Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos contenido en el Capítulo IV, Titulo II, Libro 3° de la RNSF, requisitos que son de cumplimiento obligatorio*.".

Si bien lo manifestado por la Autoridad Reguladora es evidente, también debe considerar que el cumplimiento de lo exigido en la referida normativa, debe ser evaluado para cada tipo de crédito, además de considerar el impacto que tendrían, en la capacidad de pago, determinados ítems no significativos, en cada tipo de crédito y no aplicar de forma genérica a todos los casos.

Como ejemplo de lo manifestado, podemos mencionar algunos casos de los señalados en el cuadro de "OBSERVACIONES A LA CARTERA MASIVA" adjunto al informe ASFI/DSR I/R-101704/2014, donde se detallan las cuarenta y nueve (49) desvíos establecidos por la Autoridad Reguladora, en la inspección:

- La no consideración del costo del SOAT dentro del flujo de caja del prestatario, debería ser evaluada en su verdadero impacto en la capacidad de pago y no proceder a observar simplemente de manera mecánica, dado que dicho costo no es relevante como lo sería el no considerar el costo de la gasolina, para el caso de un transportista (observación Nº 2 del cuadro referido).

- El hecho de que el certificado de trabajo tenga una antigüedad de algo más de siete meses en relación a la fecha de desembolso, no es determinante para establecer una previsión, pues debe considerarse la existencia de procedimientos alternativos de verificación posteriores, pues la existencia de un certificado de trabajo con fecha de emisión cercana a la del desembolso, tampoco da certidumbre, futura, de continuidad laboral. (observación Nº 17 del cuadro referido).

- De la siguiente observación "*No existe sustento y/o explicación del costo de producción por plato de comida (majadito, milanesa, alitas de pollo y panza)*", llama la atención que se exija un costeo por tipo de plato, dado que el cálculo, en este tipo de negocios, se lo realiza de manera global (observación Nº 19 del cuadro referido).

Por lo tanto, es necesario que la Autoridad Reguladora efectúe una labor más objetiva, al tiempo de efectuar la evaluación del riesgo crediticio de las entidades reguladas, evitando las consideraciones subjetivas.

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro del proceso de inspección de acuerdo a los antecedentes del expediente administrativo que cursa en esta instancia jerárquica, ha desviado su enfoque a una negativa o rechazo al recurso de revocatoria contra el informe ASFI/DSR I/R-101497/2014 de 02 de julio de 2014, eludiendo aspectos trascendentales que hacen a la actividad administrativa en la atención de la solicitud efectuada por el **BANCO FORTALEZA S.A.,** mediante nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, y el pronunciamiento que la Autoridad Administrativa debió emitir, por cuanto importaba observar en el caso de autos, uno de estos aspectos como es el principio de congruencia, en este sentido, se debe hacer mención a la línea jurisprudencial desarrollada en la Sentencia Constitucional 0486/2010-R de 5 de julio de 2010, que expresa:

> "*De esa esencia, deriva a su vez **la congruencia** como principio característico del debido proceso, **entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto**; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y **su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume**. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes*".

Bajo ese mismo entender, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004, ha señalado:

"*En el conocimiento, tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, **las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherente, respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados** o en su caso imputados y la resolución final.*

*Es en ese contexto que la Resolución Administrativa definitiva dictada por la autoridad respectiva no puede contener hechos distintos **ni omitir ninguna de las solicitudes o pretensiones formuladas por la persona que ha solicitado se de inicio a un determinado***

procedimiento administrativo, debiendo las mismas ser resueltas en un mismo acto administrativo" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo anterior, y en comparación con la actuación del Ente Regulador en la caso de autos, no guarda correspondencia lo expresado en la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, con la solicitud efectuada por el Banco, en ese sentido, no solo se ha omitido un pronunciamiento integro a la petición efectuada por el recurrente, sino que también ha provocado la imperfección al debido proceso, mismo que se encuentra reconocido en una triple dimensión, como un principio, un derecho y una garantía, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe reconducir o encausar su accionar a lo observado.

Que, en mérito a lo anterior, se llegan a las siguientes conclusiones:

Que, la solicitud efectuada por el BANCO FORTALEZA S.A., mediante nota BF/GG/EXT-115/2014 de 11 de julio de 2014, no ha merecido por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, una respuesta clara precisa ni coherente con la petición formulada.

Que, la nota ASFI/DSR I/R-113250/2014 de 23 de julio de 2014, emitida por la ASFI, carece de motivación, fundamentación y congruencia con la solicitud efectuada por la Entidad, debiendo como entidad reguladora de control y fiscalización, regir su actuación, con observancia a las formas propias de cada trámite, a los fines de hacer efectivo el derecho de los administrados a ser escuchados, a asumir defensa y más aún a observar las garantías constitucionales, a efectos que no se vulneren éstas, principalmente en lo referido al debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y en especial los derechos consagrados del recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la carta ASFI/DSR I/R-101704/2014, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitir Resolución Administrativa,

ajustándola a derecho, tomando en cuenta los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Llamar la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por no elevar a Resolución Administrativa la nota ASFI/DSR I/R-101704/2014 de 02 de julio de 2014, ante la solicitud del **BANCO FORTALEZA S.A.,** conforme lo determina el artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

ARTÍCULO TERCERO.- Conforme lo dispone el artículo 17 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, es obligación de la Administración Pública, cuando determine una obligación, dictar Resolución Administrativa expresa debidamente fundamentada.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 628/2014 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 078/2014 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2014

La Paz, 24 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 072/2014 de 2 de diciembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 139/2014 de 25 de noviembre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 30 de septiembre de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Jefe Nacional de Prestaciones y Servicio al Cliente Sr. Luís Fernando Telchi Vallejos, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 2834/2013 de 5 de septiembre 2013 ante Notaria de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2821/2014, con fecha de recepción del 3 de octubre de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de octubre de 2014, que se tiene por notificado a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en fecha 15 de octubre de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014.

CONSIDERANDO

Que, en principio y por sus características, corresponde traer a colación los antecedentes adjetivos del proceso administrativo, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/1063/2014 de 8 de Abril de 2014, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con los siguientes cargos:

"…***II. IMPUTACIÓN DE*** (sic) ***CARGO.***

De la revisión de la documentación y del análisis de la normativa específica, se tiene la siguiente observación de orden legal:

CARGO.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 11 del Procedimiento para Asegurados y derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de Pago aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011, por parte de BBVA Previsión AFP S.A. en veintiocho (28) casos, por no presentar al momento de la fiscalización, las Cartas de Aceptación o Rechazo que comuniquen al Asegurado que para acceder a un incremento en su pensión de jubilación, debían realizar la devolución de los retiros efectuados, en las que además se evidencie la comparación y recálculo de pensión.

El detalle de los veintiocho (28) casos observados es el siguiente:

N°	CUA	NOMBRE
1	36019173	SALINAS CASTRO GILDO
2	100363180	LOPEZ CASTILLO FLORENTINO
3	32345574	GUTIERREZ SUNAGUA ACENCIO

N°	CUA	NOMBRE
15	6026059	CONDORI QUISPE WALDO
16	38484869	MAMANI MAMI GERMAN
17	100423747	HUAYTA CHOQUE VICENTE

N°	CUA	NOMBRE
4	37821921	GONZALES TORRALBA MARIO
5	38406861	HUANCA TORREZ EDMUNDO
6	100308651	ESPINOZA ALCON SILVERIO
7	36098000	COLQUE FLORES JUAN DE DIOS
8	100557089	YUJRA HUANCA CELESTINO
9	37947758	SUXO MAMANI JUAN
10	36844858	LAURA NINA DAVID
11	500000490	CONTRERAS PINTO CRISTINA
12	32581105	NINA MAMANI HILARION
13	27054299	TELLEZ PEREZ TEOFILO
14	37173029	MARQUEZ QUISBERT HILARION

N°	CUA	NOMBRE
18	100340258	GUIBARRA ILLANES FRANCISCO HUMBERTO
19	27184882	FLORES CRUZ ROMAN
20	32716436	MAMANI MORA JUAN
21	32806139	PANIAGUA CARDENAS POLICARPIO
22	16884929	RISCO CONDORI ANTONIO
23	36175316	MAMANI MAMANI DANIEL
24	37873076	CAMPOS TORREZ GLADYS EUGENIA
25	100310965	DELGADO GARCIA MARIA LUZ
26	18133010	SALVATIERRA LEAÑOS LEONOR
27	7874790	FLORES CONDORI ZACARIAS
28	6205847	CORDOVA RAMOS SEVERO

III.- NORMATIVA INFRINGIDA.

A mayor abundancia, la norma infringida se detalla a continuación:

Procedimiento para Asegurados y derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de Pago aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011.

"ARTÍCULO 11.- (CARTA DE ACEPTACIÓN O RECHAZO).- *I. La carta de aceptación o rechazo deberá informar al Solicitante que la AFP ha efectuado los cálculos y comparación de pensión sobre la base de la información y documentación que cursa en la AFP o Entidad Aseguradora.*

II. Adicionalmente, en función a los resultados de la comparación de pensiones, la carta de aceptación o rechazo indicará:

a) Que accede a una Pensión Solidaria de Vejez o Pensión de Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria es equivalente a ____Bs., por lo que corresponde que suscriba la Declaración de Fracción Solidaria, o
b) Que accede a un incremento de Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM de ____ Bs. con el Saldo Acumulado en su CPP; y que corresponde se suscriba la Declaración de Fracción de Saldo Acumulado, o
c) Que accede a un incremento de Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM de ____ Bs. con el Saldo Acumulado en su CPP; y que adicionalmente, accede a una Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria es equivalente a ____ Bs., por lo que corresponde se suscriba la Declaración de Fracción de Saldo Acumulado y la Declaración de de (sic) *Fracción Solidaria, o*
d) Que accede a un incremento de Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM de ____ Bs. con el Saldo Acumulado en su CPP; y que adicionalmente, podría acceder a una Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria es equivalente a ____ Bs., si devolviera los retiros efectuados de la CPP más su rentabilidad. En este caso corresponde se suscriba la Declaración de Fracción de Saldo Acumulado.
e) El rechazo a su trámite debido a que su Pago de CCM o Pensión de Jubilación es de monto más alto que la Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de ésta, o

f) *El rechazo a su trámite debido a que ha efectuado retiros de su CPP y por lo tanto no puede acceder a pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de ésta. Si devolviera los retiros efectuados de CPP más su rentabilidad, podría acceder a una Pensión Solidaria de Vejez, cuya Fracción Solidaria sería equivalente a Bs. o Pensión por Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria que se le otorgaría sería equivalente a Bs. …"*

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) mediante nota PREV-PR-JUB 770/2014 de 14 de mayo de 2014, solicita la ampliación del plazo de 10 días hábiles administrativos para la presentación de los descargos, el cual es otorgado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 20 de mayo de 2014.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV PR JUB 852/2014 de 27 de mayo de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** presentó los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"...En respuesta a su nota de referencia, tengo a bien presentar los siguientes descargos:

1. *En los casos de los CUAs 500000490, 100363180, 37821921, 100308651, 37947758, 37173029, 100340258, 37873076, 7874790, 36019173, 32581105, 6026059, 38484869, 32716436, 32806139 y 36844858, los mismos acceden a recalculo de Pensión, empero ninguno de los Asegurados se apersonó por nuestras oficinas de Atención al Cliente, en este sentido se efectuó publicación en prensa para el apersonamiento de dichos Asegurados (Anexo 1).*

2. *En los casos de los CUAS 100557089, 100310965, 27184882, 16884929, 6205847, 27054299, 18133010, no corresponde notificar con la Carta de Aceptación o Rechazo establecida por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, en virtud a que las pensiones que perciben son mayores a las pensiones recalculadas por mandato de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 033-2011 de 23 de Mayo de 2011, para lo cual se efectuaron publicaciones en prensa para que se apersonen por nuestras oficinas a fin de iniciar tramite que corresponda.*

3. *En el caso de los CUAS 32345574, 38406861, 36098000, 100423747, 36175316 no corresponde notificar con la carta de aceptación o rechazo establecida por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, en virtud a que las mismas no cumplen con los requisitos para acceder a una Pensión Solidaria de Vejez conforme el Artículo 13 de la Ley N° 065, es decir que no cuentan con 120 aportes diez* (sic), *para cual se efectuaron publicaciones en prensa para que se apersonen por nuestras oficinas a fin de iniciar tramite* (sic) *que corresponda…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 421-2014 DE 23 DE JUNIO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, resolvió lo siguiente:

*"…**PRIMERO.- I.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el cargo imputado en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1063/2014 de 08 de abril de 2014, con una multa en Bolivianos equivalente a $US. 7.000,00 (SIETE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 11 del Procedimiento para Asegurados y Derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de Pago aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, por no presentar las cartas de aceptación o rechazo en los veintiocho (28) casos imputados en los que además se estableció la existencia de daño económico a los Solicitantes.*

***II.** Además de la multa determinada, BBVA Previsión AFP S.A. en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles administrativos, deberá regularizar el procedimiento observado efectuando los cálculos y comparación de pensión sobre la base de la información y documentación que cursa en la AFP y notificar a los veintiocho (28) Solicitantes con las Cartas de Aceptación o Rechazo. Resultado* (sic) *de este procedimiento deberá regularizar la situación de los Solicitantes de conformidad a normativa vigente*

***III.** Concluida la regularización dispuesta en el anterior parágrafo, deberá informar a esta Autoridad sobre el cumplimiento de la misma en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:
(…)

Que en base a lo expuesto por la AFP en su nota PREV PR JUB 852/2014 de 02 de junio de 2014 y de la revisión de la documentación de respaldo remitida (publicaciones y cartas de notificación de incremento de pensión), se evidencia lo siguiente:

Para dieciséis (16) casos la AFP afirma que: "(…) los mismos acceden a recalculo (sic) de Pensión, empero ninguno de los Asegurados se apersonó por nuestras oficinas de Atención al Cliente, en ese sentido se efectuó publicación en prensa para el apersonamiento de dichos Asegurados (…)"; al respecto, la Administradora remite copia de las notas de "Notificación de Incremento de Pensión" y fotocopia de cuatro publicaciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

	Fecha		***Publicación***	
CUA	***Nota***	***Sello AFP***	***Fechas***	***Medios***

500000490	17/06/2011			
100363180	17/06/2011			
37821921	17/06/2011			
100308651	14/03/2012			
37947758	17/06/2011			
37173029	17/06/2011			
100340258	17/06/2011			
37873076	13/09/2013	30/05/2014	11 y 25/05/2014	El Día y Página Siete
7874790	02/10/2013			
36019173	17/06/2011			
6026059	13/04/2012			
38484869	05/11/2013			
32716436	17/06/2011			
32806139	13/08/2011			
36844858	13/06/2011			
32581105	15/11/2012	02/06/2014		

Al respecto, en primera instancia se debe considerar que, en el descargo la AFP afirma que los dieciséis (16) casos "(…) acceden a recalculo (sic) de Pensión"; sin embargo, esta situación no fue comunicada a los Solicitantes, ya que la AFP no emitió la Carta de Aceptación o Rechazo, lo que representa una contradicción entre las gestiones realizadas por la AFP y el cumplimiento de la norma, más aún cuando los Solicitantes efectuaron la reposición de aportes, sin haber sido formalmente comunicados, ya que, como afirma la AFP, "(…) ninguno de los Asegurados se apersonó por nuestras oficinas de Atención al Cliente", en este sentido, tanto la documentación remitida, como las aclaraciones realizadas por la AFP, no justifican el incumplimiento del procedimiento establecido en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011, ya que, como prevé la norma, antes que el Solicitante realice la reposición de aportes, la AFP debió informar a los Solicitantes que efectuó los cálculos y comparación de pensión; adicionalmente, en función de los resultados de la comparación de pensión, debió identificar y señalar en la Carta de Aceptación o Rechazo, el inciso bajo el cual el Solicitante accedería al incremento.

Asimismo, esta situación, además del incumplimiento de la norma, constituye un doble perjuicio económico a los Solicitantes, ya que:

- *En base a la afirmación de la AFP, los dieciséis Solicitantes "acceden a recalculo (sic) de Pensión", reposición que fue realizada por los mismos sin una notificación formal de la AFP.*

- *Actualmente no se encuentran beneficiados por la Pensión Solidaria de Vejez, para aquellos casos en que correspondía.*

Por otra parte, la AFP confunde la emisión de la "Notificación de Incremento de Pensión", con la Carta de Aceptación o Rechazo que establece la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, misma que establece los puntos que debe informar a los Solicitantes; además, las copias de las notas de "Notificación de Incremento de Pensión" que la AFP remitió, no presentan evidencia de

haber sido entregadas a los Asegurados, simplemente llevan el sello de la propia AFP del 30 de mayo 2014 para quince (15) casos y un (1) caso del 02 de junio de 2012, lo cual no genera efecto legal ni probatorio alguno respecto a lo que exige la norma vulnerada.

De igual forma, las publicaciones remitidas por la AFP, corresponden al 11 y 25 de mayo de 2014, es decir que fueron realizadas con posterioridad al inicio del Proceso Sancionatorio que se sustancia, y a discreción de la AFP, ya que no corresponde a ningún procedimiento normado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011.

Para siete (7) casos, la AFP afirma que "(…) no corresponde notificar con la Carta de Aceptación o Rechazo (…)"; sin embargo, los Solicitantes han efectuado la reposición de los aportes a la Cuenta Personal Previsional, lo que permite evidenciar que ***la AFP no es consistente entre la respuesta remitida y las gestiones realizadas****; asimismo, la AFP habría comunicado importes a devolver, antes de efectuar los cálculos y comparaciones establecidos en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011, ya que de haber efectuado oportunamente los mismos y emitido (sic) la Carta de Aceptación o Rechazo,* ***los Solicitantes no habrían efectuado la devolución de los aportes****, situación que representa un daño económico a los Solicitantes.*

Asimismo, bajo estas circunstancias, si la AFP habría realizado los cálculos y las comparaciones señaladas en la normativa, la Carta de Aceptación o Rechazo se habría enmarcando (sic) *en el inciso e) del artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011, que está orientado para aquellos casos que, de acuerdo con la afirmación de la AFP, "(…) las pensiones que perciben son mayores a las pensiones recalculadas (…)", quedando claro que sí correspondía que la AFP emita las Cartas de Aceptación o Rechazo.*

Por otra parte, respecto a la afirmación de la AFP que señala: "(…) para (sic) cual se efectuaron publicaciones en prensa para que se apersonen por nuestras oficinas a fin de iniciar tramite (sic) que corresponda", permite evidenciar que fueron realizadas con posterioridad al inicio del presente Proceso Sancionatorio y a discreción de la AFP, ya que no corresponde a ningún procedimientos (sic) normado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011.

Para cinco (5) casos, BBVA Previsión AFP S.A. afirma que "(…) no corresponde notificar con la carta de aceptación o rechazo (…), en virtud a que las mismas ***no cumplen con los requisitos para acceder a una Pensión Solidaria de Vejez*** *conforme el Artículo 13 de la Ley N° 065, es decir que no cuentan con 120 aportes (…)" (las negrillas son nuestras); sin embargo, la respuesta de la AFP es totalmente contradictoria con la situación de los Solicitantes, ya que, si la AFP hubiese cumplido con todos los procedimientos establecidos en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011 y notificado con la Carta de Aceptación o Rechazo, los Solicitantes se habrían enterado oportunamente que no cumplen con la densidad de aportes y de esta forma,* ***no habrían efectuado la reposición de los aportes a la Cuenta Personal Previsional****, lo que representa daño económico para los Solicitantes.*

Además, el artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011, establece: "I. ***La carta de aceptación o rechazo deberá informar al Solicitante que la AFP ha efectuado los cálculos y comparación*** *de pensión sobre la base de la información y documentación que cursa en la AFP o Entidad Aseguradora" (las negrillas son nuestras), lo que representa, en base a los procedimientos establecidos en la citada Resolución, informar el resultado de los cálculos para la comparación de pensión, establecidos en el artículo 4 de la misma norma, que señala: "Hasta el día décimo quinto (15) hábil administrativo de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá calcular:*

a) La Fracción del Saldo Acumulado.
b) El Referente Salarial de Vejez.
c) ***La Densidad de Aportes*** *(las negrillas son nuestras)".*

En virtud al análisis técnico de los descargos, se concluye que los argumentos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., para los veintiocho (28) casos imputados en el cargo, no justifican el incumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, por no informar a los Solicitantes con la Carta la Aceptación o Rechazo sobre el acceso a un incremento en su pensión de jubilación.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad a lo anteriormente expresado y con el objeto de establecer la sanción respectiva, después de haberse verificado la existencia de infracción administrativa, corresponde realizar el análisis de la proporcionalidad para el establecimiento de la sanción respectiva, debiendo considerarse a tal efecto la valoración razonada de la prueba y la sana critica.

Que el punto III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), señala:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley, y normas derivadas aplicadas, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.*

El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida***.**

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión."*

Que con el objeto de que exista simetría entre la infracción y la sanción a ser impuesta considerados por el principio de proporcionalidad, a continuación se verifica el cumplimiento de los parámetros que se deben considerar:

a) *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63, parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI". Consecuentemente, el hecho de que BBVA Previsión AFP S.A. no cumpla con el procedimiento de enviar a los Solicitantes, las cartas de Aceptación o Rechazo, constituye un incumplimiento e infracción al ordenamiento administrativo, específicamente a lo dispuesto en el artículo 11 del procedimiento para Asegurados y Derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de pago aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011.*

b) *El hecho se encuentra comprobado en los veintiocho (28) casos observados durante la fiscalización, imputados posteriormente, en los que la AFP no ha demostrado que las cartas fueron emitidas y notificadas a los Solicitantes en su momento debido, conforme prevé el artículo 11 del Procedimiento para Asegurados y Derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de Pago, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011; cartas en las que la AFP debía informar al solicitante sobre los cálculos y comparación de pensión sobre la base de la información y documentación de cada Asegurado.*

c) *Los descargos presentados por la Entidad Gestora han sido valorados, de acuerdo a lo cual se confirma la existencia de la contravención imputada en los casos antes señalados.*

Que respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se tiene lo siguiente:

a) *Se ha verificado que el incumplimiento al procedimiento en los veintiocho (28) casos imputados, ha sido ocasionado de manera culposa, en el entendido de que no existió dolo en la comisión de la infracción, sino más bien negligencia por no remitir la carta de aceptación o rechazo prevista por el artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011, aspecto que no sólo se constituye en una simple falta procedimental, sino que ha generado perjuicio económico a dieciséis (16) Solicitantes, que realizaron la reposición y que no obstante de ello, actualmente no perciben la Pensión Solidaria de Vejez, en los restantes doce (12) casos se observa que realizaron la devolución de los aportes y este aspecto les ocasionó daño, porque aún cuando devolvieron aportes retirados, no cumplen con los requisitos para acceder a una Pensión Solidaria de Vejez;* ***b)*** *El incumplimiento de la normativa por parte de BBVA Previsión AFP S.A., ha generado un daño económico a los Solicitantes, por la negligencia de la AFP por no cumplir los pasos procedimentales establecidos en la normativa****;*** ***c)*** *No existe reincidencia.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica (sic) y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño."

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"b) Infracción calificada como gravedad media de cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que habiéndose verificado la existencia de las contravenciones administrativas imputadas, de acuerdo al artículo 75 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde determinar la sanción, en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 12 de agosto de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN***

Ilegalidad de La Resolución Sancionatoria.

1. *El Artículo 1° de la Constitución Política del Estado define a Bolivia además como un Estado de Derecho. De este precepto constitucional se colige que la concepción de Estado de derecho se sustenta en un gobierno de leyes y no de hombres, y que tiene como finalidad eliminar la arbitrariedad en las reglas de convivencia, garantizando el respeto a la ley.*

2. *El Estado de derecho impone que el poder público y la convivencia social de los ciudadanos están sometidos a la Constitución Política del Estado a través del principio de constitucionalidad (Artículo 410 numeral II), con el que concuerda el principio de legalidad (Artículos 109 numeral II y 116 numeral II), lo que supone la nulidad de las acciones vinculadas a medidas de hecho o vías de hecho por el Estado y/o los particulares.*

3. *Los principios de constitucionalidad y legalidad son fundamentales en el Derecho público, porque regulan que todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad y jurisdicción de la Ley y no a la libre voluntad de las personas.*

4. *La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes. Asimismo, el artículo 410 ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones, a su sometimiento total a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y como tal, goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, fundamento jurídico constitucional por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene el deber de actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.*

5. *La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización), inciso b), establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".*

6. *La Ley N° 065, los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778, 822, 1570 y demás disposiciones jurídicas complementarias vigentes, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las sanciones, tampoco define su forma de aplicación y por último, no establece sanciones, sean pecuniarias o no, para las faltas y contravenciones al SIP.*

7. *La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 421/2014, sustenta la tipificación, gravedad y tipo de sanción en los artículos 286, 287 y 291 del Decreto Supremo N° 24469, Reglamento a la Ley N° 1732, de 17 de enero de 1997.*

6.(sic)*La Ley N° 065, de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, manda y ordena: "Artículo 198. (DEROGACIONES Y ABROGACIONES). I. <u>Se abroga la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley</u>. II. Se derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, así como las siguientes disposiciones de la Ley N° 1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros: a) El último párrafo del Artículo 36. b) El segundo párrafo del Artículo 6.*

7. *El sustento jurídico de la Resolución Sancionatoria se encuentra abrogado por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065, es decir, que la disposición jurídica que califica el grado de infracción y la forma de aplicación de la sanción no tiene vigencia alguna a partir del 10 de diciembre de 2010.*

8. *Es más, al estar abrogada la Ley N° 1732, se entiende que el Decreto Supremo N° 24469 también se encuentra abrogado, por ser éste su reglamento.*

9. *La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando*

éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables".

10. *En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".*

11. *De los preceptos constitucionales y legales precedentemente citados, se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, lo que no ocurre en la Sanción que se impugna.*

12. *La Ley N° 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.*

13. *La Ley N° 065 en su artículo 197 dispone: "Reglamentación. El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia". A más de tres (3) años de vigencia del Sistema Integral de Pensiones, el Órgano Ejecutivo no ha emitido ninguna disposición jurídica que reglamente el Régimen de Sanciones en el Sistema Integral de Pensiones.*

14. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 421/2014, de 23 de junio de 2014, violenta al principio de seguridad jurídica como parte de la garantía y principio constitucional al Debido Proceso, dispuesto por el artículo 115 de la Constitución Política del Estado.*

15. *La Constitución Política del Estado en su Artículo 203 dispone: "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno".*

16. *En su concordancia, el Artículo 15 numeral II de la Ley N° 254, Código Procesal Constitucional, dispone: "Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares".*

17. *Asimismo, el Artículo 36, inciso: 8 de la citada Ley dispone: "La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".*

18. *Es de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones que dentro de la Acción de Amparo deducida por esta AFP en contra del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ésta última como tercera interesada, sobre violación de derechos y garantías constitucionales, el Tribunal de Garantías Constitucionales a través de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, concedió la tutela*

del derecho reclamado con el razonamiento constitucional siguiente: "Este Tribunal tiene presente que la Ley N° 065 no establece cuales son las conductas que serán consideradas como infracciones ni las sanciones a las cuales estarían sujetas, tampoco se ha previsto que el Órgano Ejecutivo y menos la APS, puedan aplicar el régimen de sanciones que establecía la anterior Ley de Pensiones, este Tribunal dentro de lo que establece el derecho constitucional, interpreta que dentro del principio de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico se dicta La (sic) *anterior Ley de Pensiones, la misma que expresamente está regulada por el DS 24469, es más el artículo primero de este Decreto Reglamentario señala que regula la Ley de Pensiones 1732, entonces el sustento jurídico que le da vida jurídica a este Decreto Supremo, es la Ley de Pensiones anterior y si la Ley abrogada por la Ley No. 065, todas las disposiciones legales inferiores que reglamentaban a la Ley N° 1732, quedan también sin efecto en la interpretación que hace este Tribunal de Garantías Constitucionales."*

19. *Por mandato del parágrafo V del Artículo 130 de la Constitución Política del Estado: "La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley".*

20. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha momento de emitir cualquier tipo de resolución, tiene el deber constitucional de adoptar el razonamiento y entendimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, referidas a la inaplicabilidad del Régimen de Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, para infracciones y contravenciones, cometidas por las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción, del Sistema Integral de Pensiones.*

21. *El Estado a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014 de 12 de junio de 2014, cumpliendo el deber constitucional de aceptar el carácter vinculante de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, revocó una Sanción a esta Administradora, manifestando: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y en estricto cumplimiento a la determinación del Tribunal Jurisdiccional (de mayor jerarquía a la sede administrativa), y a la conclusión que llega el mismo -transcrita ut supra-, sobre la inexistencia de sustento normativo vigente, que determine la imposición de una sanción ante una infracción a la actual normativa de pensiones, es que debe proceder con la revocatoria de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,..."*

22. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como autoridad de menor jerarquía que el Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, tiene el deber actuar conforme lo hace el citado Ministerio, aplicando el razonamiento de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014, caso contrario, está violentando las garantías constitucionales como el debido proceso, la Seguridad Jurídica. Asimismo, violenta los Principios Generales de la Administración Pública establecidos en el*

Artículo 4 de la Ley N° 2341, como ser el Principio de sometimiento pleno a la Ley y el principio de legalidad.

23. *Advertida la falta de notificación de las cartas de aceptación o rechazo para este grupo de veintiocho (28) Asegurados, y con la finalidad de regularizar la observación se procedió a notificar a éstos mediante Publicaciones realizadas en los periódicos de circulación nacional "El DIA" y "Página SIETE" de fechas 11 de mayo de 2014 (primera publicación), 25 de mayo de 2014 (segunda publicación), conforme se evidencia en las publicaciones adjuntas.*

24. *Es importante manifestar que de los veintiocho (28) casos, dieciséis Asegurados acceden a una recalificación de pensión de jubilación, asimismo, en siete casos no corresponde el cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez ni la notificación, en virtud a que las pensiones que perciben son superiores al valor de la Pensión Solidaria de Vejez calculada, por último, cinco casos no corresponde el recálculo ni la notificación porque no cumplen los requisitos de edad y/o no tienen ciento veinte (120) aportes.*

25. *A la fecha, pese a la notificación practicada los Asegurados no se presentaron en nuestras oficinas para iniciar los trámites de recálculo de Pensión, el Retiro final, según corresponda.*

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad resuelva este Recurso Administrativo disponiendo la Revocatoria Total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421/2014, de 23 de junio de 2014, conforme lo dispone el art. 43-b del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, porque la misma no tiene de un sustento normativo vigente y no cumple con los presupuestos legales establecidos por la Constitución Política del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 628-2014 DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 421-2014 de 23 de junio de 2014, con los argumentos siguientes:

"…CONSIDERANDO*:*
(…)

Que en ese sentido, es necesario considerar los fundamentos expuestos por el recurrente en el Recurso de Revocatoria interpuesto el 12 de agosto de 2014, que señalan lo siguiente:

"***FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN***

Ilegalidad de La Resolución Sancionatoria.

1. *El Artículo 1° de la Constitución Política del Estado define a Bolivia además como un Estado de Derecho. De este precepto constitucional se colige que la concepción de **Estado de derecho** se sustenta en un gobierno de leyes y no de hombres, y que tiene como **finalidad** eliminar la arbitrariedad en las reglas de convivencia, **garantizando el respeto a la ley.***

2. *El **Estado de derecho** impone que el **poder público** y la convivencia social de los ciudadanos **están sometidos a la Constitución Política del Estado** a través del **principio de constitucionalidad** (Artículo 410 numeral II), con el que concuerda el **principio de legalidad** (Artículos 109 numeral II y 116 numeral II), lo que supone la nulidad de las acciones vinculadas a medidas de hecho o vías de hecho por el Estado y/o los particulares.*

3. *Los principios de constitucionalidad y legalidad son fundamentales en el Derecho público, porque regulan que todo ejercicio del **poder público debe estar sometido a la** voluntad y **jurisdicción de la Ley** y no a la libre voluntad de las personas.*

4. *La **Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes.** Asimismo, el artículo 410 ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones, a su sometimiento total a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y como tal, goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, fundamento jurídico constitucional por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene el deber de actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas." (las negrillas son nuestras)*

De lo anteriormente señalado, se advierte que el recurrente hace referencia a la importancia del Estado de Derecho, el Principio de Legalidad y el Sometimiento Pleno a la Ley.

Al respecto, cabe reiterar lo (sic) contenido en el primer considerando de la presente resolución, de acuerdo al cual el artículo 45 de la Constitución Política del Estado, señala que la dirección, control y administración de la seguridad social, corresponde al Estado; la cual se regirá bajo las leyes y los principios de Universalidad, Integralidad, Equidad, Solidaridad, Unidad de Gestión, Economía, Oportunidad, Interculturalidad y Eficacia

De acuerdo a la estructura organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, es el organismo de fiscalización establecido mediante Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, como ente competente en la regulación, control, supervisión y sancionador (en su caso) del sector de pensiones, por lo que su competencia emana de la Constitución Política del Estado, de las leyes y normas reglamentarias que regulan el sector de pensiones.

Asimismo, es conveniente indicar que de conformidad al artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la competencia atribuida a este órgano administrativo de regulación, es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio.

En ese sentido, las facultades de controlar y sancionar de la APS, establecidas por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, tienen una base constitucional y en función a ello, ésta Autoridad en cumplimiento de sus atribuciones, realizó actividades de fiscalización y control del cumplimiento de deberes de la AFP, en cuanto al Pago de la Pensión Solidaria de Vejez a Asegurados con reposición de aportes a su Cuenta Personal Previsional; y, ante la advertencia de indicios de incumplimiento normativo ejerció su potestad sancionatoria y determinó el inicio formal del proceso sancionatorio mediante Nota de Cargos APS-EXT.DE/1063/2014 de 08 de abril de 2014.

Que el recurso, continúo señalando lo siguiente:

"(...)

5. *La Ley N°065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización), inciso b), establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular,* ***controlar y sancionar*** *a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".*

6. ***La Ley N°065****, Decretos Supremos Reglamentarios N° 778, 822, 1570* ***y demás disposiciones*** *jurídicas complementarias vigentes, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las sanciones, tampoco define su forma de aplicación y por último,* ***no establece sanciones****, sean pecuniarias o no, para las faltas y contravenciones al SIP.*

7. *La* ***sanción*** *impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 421/2014, sustenta la tipificación, gravedad y tipo de sanción en los artículos 286, 287 Y 291 del* ***Decreto Supremo N° 24469****, Reglamento a la Ley N° 1732, de 17 de enero de 1997.*

6. ***La Ley N° 065****, de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, manda y ordena: "Artículo 198, (DEROGACIONES Y ABROGACIONES), I. Se* ***abroga la Ley N° 1732****, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley. II. Se derogan todas las* ***disposiciones contrarias*** *a la presente Ley, así como las siguientes disposiciones de la Ley N° 1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros: a) El último párrafo del Artículo 36. b) El segundo párrafo del Artículo 6.*

7. *El* ***sustento jurídico de la Resolución Sancionatoria*** *se encuentra abrogado por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065, es decir, que la disposición jurídica que califica el grado de infracción y la forma de aplicación de la sanción* ***no tiene vigencia*** *alguna a partir del 10 de diciembre de 2010.*

8. *Es más,* ***al estar abrogada la Ley N° 1732, se entiende que el Decreto Supremo N° 24469 también se encuentra abrogado,*** *por ser éste su reglamento.*

9. *La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad",* ***Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa,*** *conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables".*

10. *En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral 11 establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".*

11. *De los preceptos constitucionales y legales precedentemente citados, se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "****principio de legalidad****", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, lo que no ocurre en la Sanción que se impugna.*

12. *La Ley N° 065 establece la* ***ultractividad*** *del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.*

13. *La Ley N° 065 en su artículo 197 dispone: "Reglamentación. El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia" A más de tres (3) años de vigencia del Sistema Integral de Pensiones, el* ***Órgano Ejecutivo no ha emitido ninguna disposición jurídica que reglamente el Régimen de Sanciones en el Sistema Integral de Pensiones.***

14. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 421/2014, de 23 de junio de 2014, violenta al principio de seguridad jurídica como parte de la garantía y principio constitucional al* ***Debido Proceso****, dispuesto por el artículo 115 de la Constitución Política del Estado"* (las negrillas son nuestras).

Los anteriores puntos, cuestionan la validez y vigencia del régimen sancionador.

Al respeto, esta Autoridad difiere de lo sostenido por la AFP, la cual no ha considerado que el artículo 198 en el parágrafo I de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señala expresamente que "...abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas la disposiciones contrarias a la presente Ley." (el subrayado es nuestro).

En el entender de esta Autoridad, el Régimen Sancionatorio comprendido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y la AFP en su recurso no argumentó y mucho menos probó que así fuese. Por tanto, se concluye que no siendo contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dicho régimen se encuentra vigente y su aplicación es válida.

Respecto a la existencia de una supuesta ultractividad del Decreto Supremo N° 24469, es preciso señalar que esta Autoridad considera que en la misma no se ha producido, pues como bien se sabe, para que exista ultraactividad, se debe tratar de una ley abrogada o derogada que continúe produciendo efectos y que sobrevive para casos concretos.

Con relación a la alusión, al principio de legalidad que significa que los actos y comportamientos de la administración, deben estar justificados en una Ley previa, se debe indicar que los actos emitidos por esta Autoridad, son pronunciados en consideración, a las funciones y atribuciones conferidas por la Constitución Política del Estado Plurinacional y la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, de donde emanan sus atribuciones de controlar y sancionar a las entidades sujetas a su jurisdicción, por el incumplimiento de la normativa vigente, lo que ha sucedido en el presente caso y con lo cual, se verifica el cumplimiento a dicho precepto jurídico.

Asimismo, cabe señalar que en la tramitación del proceso, se cumplieron con todas la etapas del procedimiento sancionador consideradas por Ley, dentro de las cuales, la AFP ejercitó su derecho a la defensa y los descargos aportados, fueron evaluados conforme al cuerpo normativo vigente, de lo que se desprendió la verificación de la infracción imputada y la imposición de la sanción respectiva, con lo que se demuestra, el cumplimiento al principio del debido proceso.

Por lo anteriormente señalado, se considera que esta Autoridad actúo dentro del marco de la ley.

Que continuando con los argumentos que se analizan, la AFP ha señalado lo siguiente:

"(...)

15. *La Constitución Política del Estado en su **Artículo 203** dispone: "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno."*

16. *En su concordancia, el Artículo 15 numeral II de la Ley N° 254, Código Procesal Constitucional dispone: "Las razones jurídicas de la decisión, en **las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional** Plurinacional constituyen jurisprudencia y **tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público**, legisladores, autoridades, tribunales y particulares".*

17. *Asimismo, el Artículo 36, inciso: 8 de la citada Ley dispone: "La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".*

18. *Es de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones que dentro de la **Acción de Amparo** deducida por esta AFP en contra del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ésta última como tercera interesada, sobre violación de*

derechos y garantías constitucionales, ***el Tribunal de Garantías Constitucionales a través de la Resolución Constitucional N° AC -11/2014 de 18 de marzo de 2014, concedió la tutela del derecho reclamado*** *con el razonamiento constitucional siguiente: "Este Tribunal tiene presente que la Ley N° 065 no establece cuales son las conductas que serán consideradas como infracciones ni las sanciones a las cuales estarían sujetas, tampoco se ha previsto que el Órgano Ejecutivo y menos la APS, puedan aplicar el régimen de sanciones que establecía la anterior Ley de Pensiones, este Tribunal dentro de lo que establece el derecho constitucional, interpreta que dentro del principio de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico se dicta la anterior Ley de Pensiones, la misma que expresamente está regulada por el DS 24469, es más el artículo primero de este Decreto Reglamentario señala que regula la Ley de Pensiones 1732, entonces el sustento jurídico que le da vida jurídica a este Decreto Supremo, es la Ley de Pensiones anterior y si la Ley abrogada por la Ley No. 065, todas las disposiciones legales inferiores que reglamentaban a fa* (sic) *Ley N" 1732, quedan también sin efecto en la interpretación que hace este Tribunal de Garantías Constitucionales."*

19. *Por mandado del parágrafo V del Articulo 130 de la Constitución Política del Estado: "****La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación.*** *En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley".*

20. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha* (sic) *momento de emitir cualquier tipo de resolución, tiene el deber constitucional de* ***adoptar el razonamiento y entendimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, referidas a la inaplicabilidad del Régimen de Sanciones*** *del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, para infracciones y contravenciones, cometidas por las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción, del Sistema Integral de Pensiones.*

21. *El Estado a través de la* ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014*** *de 12 de junio de 2014, cumpliendo el deber constitucional de* ***aceptar el carácter vinculante de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014*** *de 18 de marzo de 2014, revocó una Sanción a esta Administradora, manifestando: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y en estricto cumplimiento a la determinación del Tribunal Jurisdiccional (de mayor jerarquía a la sede administrativa), y a la conclusión que llega el mismo -transcrita ut supra-, sobre la inexistencia de sustento normativo vigente, que determine la imposición de una sanción ante una infracción a la actual normativa de pensiones, es que debe proceder con la revocatoria de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,..."*

22. *La* ***Autoridad*** *de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como autoridad de menor jerarquía que el Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas,* ***tiene el deber actuar conforme lo hace el citado Ministerio****,* ***aplicando*** *el razonamiento de*

*la **Resolución Constitucional N° AC-11/2014**, caso contrario, está violentando las garantías constitucionales como el debido proceso, la Seguridad Jurídica. Asimismo, violenta los Principios Generales de la Administración Pública establecidos en el Artículo 4 de la Ley N° 2341, como ser el Principio de sometimiento pleno a la Ley y el principio de legalidad" (las negrillas son nuestras).*

Los anteriores puntos están relacionados a la Resolución Constitucional N° AC-11/2014 y a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014 de 12 de junio de 2014. Respecto a dichos argumentos cabe indicar lo siguiente:

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley N° 254 de 05 de julio de 2012, se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad.

En ese sentido, siendo que al presente no hay una Resolución Final en firme, de carácter vinculante y cumplimiento obligatorio, emitido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que determine la inconstitucionalidad del Régimen de Sanciones contenido en el Decreto Supremo N° 24469, por lo que se entiende que se halla vigente.

La Acción de Amparo Constitucional a la que hace referencia el recurrente, fue promovida por la AFP en un caso concreto, la cual de acuerdo al artículo 38 del Código Procesal Constitucional, junto a sus antecedentes, fue elevada de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

A la fecha, esta Autoridad no tiene conocimiento de que dicho Tribunal hubiese emitido la Resolución Final al respecto y su determinación final, no es prudente que la AFP manifieste que el Régimen de Sanciones contenido por el Decreto Supremo N° 24469 no es aplicable, como fundamento principal para evitar la imposición de una sanción en el presente proceso sancionatorio que enfrenta como consecuencia de la inobservancia de las disposiciones reglamentarias del sector de pensiones.

*En cuanto a los efectos de la Resolución de la Acción de Amparo Constitucional, debemos indicar que el artículo 40 del Código Procesal Constitucional señala que: "I. **Las resoluciones** determinadas por una Jueza, Juez o Tribunal **en Acciones de defensa**, **serán ejecutadas inmediatamente**, sin perjuicio de su **remisión para revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional**, en el plazo establecido en el presente Código" (las negrillas son nuestras).*

Entonces, en el caso que hace mención la AFP, si el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014 de 12 de junio de 2014, en cumplimiento de la Resolución N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, procedió a la revocatoria de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es debido a que las resoluciones emitidas por el Tribunal en Acciones de Defensa, como lo fue el amparo constitucional, son para el caso en concreto y son de ejecución inmediata, como

señala el artículo 40 del Código Procesal Constitucional, el cual fue transcrito en el anterior párrafo y no es debido a otro factor.

Por tanto, no es sensato que la AFP quiera equiparar una resolución emitida por un Tribunal de Garantías con una Resolución emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, porque no tienen la misma calidad y si bien, los efectos son inmediatos para el caso particular, todavía falta el pronunciamiento de la máxima instancia, donde se encuentra en revisión.

En ese sentido se considera necesario que la AFP verifique que existen diferencias entre ambos actuados, así como en sus efectos. Enumeramos algunas: 1) La Resolución de la Acción de Amparo Constitucional fue emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz que tiene sede en La Paz, donde se llevó a cabo la audiencia de amparo y no así, por el Tribunal Constitucional Plurinacional que tiene sede en Sucre. 2) El tipo de acto que emite el Tribunal que conoció la Acción de Amparo Constitucional, se denomina Resolución; y, el acto que emite el Tribunal Constitucional Plurinacional, se denomina Resolución Final o Sentencia Constitucional. 3) Las Resoluciones son revisables por el Tribunal Constitucional Plurinacional y pueden ser confirmadas o revocadas; en cambio, las Sentencias Constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no son revisables.

Por lo señalado, esta Autoridad, aunque de menor jerarquía, como ha señalado la AFP, cumple con las previsiones constitucionales y en ese sentido, se encuentra a la espera de las resultas del Tribunal Constitucional Plurinacional, que confirme o revoque la Resolución Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, para el caso que hace referencia la AFP, la cual al no ser una resolución emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no tiene el alcance del mencionado articulado y el razonamiento jurídico plasmado en la merituada resolución, tampoco constituye jurisprudencia vinculante; por tanto aún no es aplicable el artículo 203 de la Constitución Política del Estado y tampoco el artículo 15 numeral II del Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley N° 254 de 05 de julio de 2012.

Para concluir con el presente asunto, es preciso traer a colación que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, respecto a la validez del Régimen Sancionatorio contemplado por el Decreto Supremo N° 24469, ha emitido criterio mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2014 de 06 de mayo de 2014, señalando lo siguiente:

"2.3. De la ausencia de reglamento sancionatorio.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene la atribución de fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo –transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones-, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, abrogó la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, por lo tanto no existe un marco reglamentario sancionador actual y

vigente aplicable al incumplimiento a infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la señalada Ley N° 065 de Pensiones, toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ha perdido vigencia.

Al respecto, corresponde traer a colación lo determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 04 de julio de 2013, que señala:

"...A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por el artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente a la letra señala.

> *"...Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). El Organismo de Fiscalización –se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones. (...)*
>
> *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Publica de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

*Entonces en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por...nuestra Constitución Política del Estado,...la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "...****abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*

Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten ***contrarias*** *a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

En ese sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

> *"...Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas la obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios,* ***en el marco*** *de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre d e2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*
>
> *Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."..."*

Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado."

De lo anterior, se verifica que esta Autoridad está plenamente facultada a ejercer las atribuciones conferidas por Ley, respecto a controlar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, dentro de las que se encuentra la AFP recurrente. Asimismo, el Ente que ejerce tuición sobre esta Autoridad a la cual, el recurrente le reconoce jerarquía, ha determinado y establecido un razonamiento lógico en cuanto al régimen sancionatorio indicando que, no es una disposición contraria a los preceptos de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, por lo que resulta aplicable.

Finalmente, se resalta un aspecto importante reconocido por la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica y es relativa a que la aplicación del merituado régimen sancionatorio, constituye una garantía de que esta Autoridad no habrá de obrar en base a criterios discrecionales o arbitrarios en contra de los sancionados, lo cual debería ser considerado favorablemente por el recurrente.

Que por otro lado, el recurso interpuesto por la AFP, en cuanto al cargo imputado, por el que se impuso la sanción económica, ha señalado lo siguiente:

"(...)

23. *Advertida la falta de notificación de las cartas de aceptación o rechazo para este grupo de veintiocho (28) Asegurados, y con la finalidad de regularizar la observación se procedió a notificar a éstos mediante Publicaciones realizadas en los periódicos de circulación nacional "EL DÍA" y "Página SIETE" de fechas 11 de mayo de 2014 (primera publicación), 25 de mayo de 2014 (segunda publicación), conforme se evidencia en las publicaciones adjuntas.*

24. *Es importante manifestar que de los veintiocho (28) casos, dieciséis Asegurados acceden a una recalificación de pensión de jubilación, asimismo, en siete casos no corresponde el cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez ni la notificación, en virtud a que las pensiones que perciben son superiores al valor de la Pensión Solidaria de Vejez calculada, por último, cinco casos no corresponde el recálculo ni la notificación porque no cumplen los requisitos de edad y/o no tienen ciento veinte (120) aportes.*

25. *A la fecha, pese a la notificación practicada los Asegurados no se presentaron en nuestras oficinas para iniciar los trámites de recálculo de Pensión, el Retiro final, según corresponda."*

Respecto al argumento presentado en la impugnación, relacionada al cargo imputado específico, se tiene lo siguiente:

De acuerdo con la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, la AFP tenía la obligación de efectuar la verificación del cumplimiento de requisitos, cálculo de la Densidad de Aportes, del Referente Salarial, verificación de la existencia de Saldo Acumulado o de retiros de la Cuenta Personal Previsional (CPP), efectuar la comparación de la pensión y ***comunicar el resultado de los mismo en la Carta de Aceptación o Rechazo****, para los Asegurados y Derechohabientes que en abril de 2011, se encontraban con pago o pensión en curso de pago en el Sistema Integral de Pensiones (SIP).*

Asimismo, el Artículo 11, inciso d) de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, establece que en la Carta de Aceptación o Rechazo, se comunique a los Asegurados que hubiesen efectuado retiros de la CPP y cumplen con los requisitos y cálculos para acceder a un incremento de la Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM y adicionalmente a una Pensión Solidaria de Vejez, pueden hacerlo si devolvieran los retiros efectuados más su rentabilidad, por lo que los Asegurados no tenían que devolver los retiros realizados, antes de que la AFP les comunique con la Carta de Aceptación o Rechazo.

En este sentido, las afirmaciones de la AFP en el Recurso de Revocatoria permiten confirmar el Cargo imputado, ya que evidencia que la Administradora, en su oportunidad, no ha cumplido con el procedimiento establecido en la citada Resolución, toda vez que señalan: "(…) Advertida la ***falta de notificación de las cartas de aceptación o rechazo*** *para este grupo de veintiocho (28) Asegurados (…)*

(…) ***dieciséis*** *Asegurados* ***acceden a una recalificación de pensión*** *de jubilación, asimismo, en* ***siete casos no corresponde*** *el cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez ni la notificación, en virtud a que las pensiones que perciben son superiores al valor de la*

Pensión Solidaria de Vejez calculada, por último, ***cinco casos no corresponde*** *el recálculo ni la notificación porque no cumplen los requisitos de edad y/o no tienen ciento veinte (120) aportes" (las negrillas son nuestras), situación que no justifica el incumplimiento a la normativa antes señalada; toda vez que la AFP, no sólo no ha comunicado a los Asegurados con la respectiva Carta de Aceptación o Rechazo, sino que todos estos Asegurados han efectuado la devolución de los retiros efectuados de la Cuenta Personal Previsional.*

Respecto a los dieciséis (16) casos, para los que la AFP afirma: "(…) dieciséis Asegurados acceden a una recalificación de pensión de jubilación (…)", esta situación se constituye en un doble perjuicio, ya que, si bien podrían acceder a la recalificación de la pensión (situación no fue comunicada por la AFP) y ya han efectuado la devolución de los retiros efectuados y a la fecha, no se encuentran percibiendo el beneficio que les correspondería, por lo que la AFP ha incumplido el artículo 11, inciso d) de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, lo que confirma el Cargo imputado.

Con relación al grupo de siete (7) casos, para los que la AFP afirma: "(…) siete casos no corresponde el cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez ni la notificación, en virtud a que las pensiones que perciben son superiores al valor de la Pensión Solidaria de Vejez calculada (…), se evidencia que la AFP ha generado un perjuicio para los Asegurados, toda vez que los mismos ya han efectuado la devolución de los retiros efectuados de la CPP, mientras que en base a los cálculos y comparaciones que realizó la AFP, estos Asegurados se encuentran percibiendo pensiones superiores respecto al cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez que podrían llegar a recibir, situación que no fue comunicada por la AFP, vulnerando el artículo 11, inciso e) de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, lo que confirma el Cargo imputado a la AFP.

Para a (sic) *los cinco (5) casos que de acuerdo con lo señalado en el Recurso presentado por la AFP, "(…) no corresponde el recálculo ni la notificación porque no cumplen los requisitos de edad y/o no tienen ciento veinte (120) aportes", se evidencia que la respuesta de la AFP es totalmente contradictoria con la situación de los Solicitantes, ya que, si la AFP hubiese cumplido con todos los procedimientos establecidos en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011 y notificado con la Carta de Aceptación o Rechazo, los Solicitantes se habrían enterado oportunamente que no cumplen con la densidad de aportes y de esta forma,* ***no habrían efectuado la reposición de los aportes a la Cuenta Personal Previsional****, lo que representa daño económico para los mismos, confirmando el Cargo imputado.*

Además, se aclara que el Artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, establece: "I. ***La carta de aceptación o rechazo deberá informar al Solicitante que la AFP ha efectuado los <u>cálculos y comparación</u>*** *de pensión sobre la base de la información y documentación que cursa en la AFP o Entidad Aseguradora" (el subrayado y las negrillas son nuestros), lo que representa, en base a los procedimientos establecidos por la norma citada, que la Administradora debió informar el resultado de los* ***cálculos*** *para la*

comparación de pensión, establecidos en el Artículo 4 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, que señala: "Hasta el día décimo quinto (15) hábil administrativo de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá calcular:

a) La Fracción del Saldo Acumulado.
b) El Referente Salarial de Vejez.
*c) **La Densidad de Aportes**" (las negrillas son nuestras).*

*Asimismo, BBVA Previsión AFP S.A. en el recurso presentado, textualmente señala: "(…) con la finalidad de **regularizar la observación** se procedió a notificar a éstos mediante Publicaciones realizadas en los periódicos de circulación nacional "El DIA" y "Página SIETE" de fechas 11 de mayo de 2014 (primera publicación), 25 de mayo de 2014 (segunda publicación), conforme se evidencia en las publicaciones adjuntas (…)" (las negrillas son nuestras); se evidencia que la AFP reconoce el cargo imputado y con conocimiento de su falta, ha buscado la forma de regularizar esta observación mediante la publicación de estos casos en dos (2) periódicos de circulación nacional ("El DIA" y "Página SIETE"); procedimiento que no se encuentra contemplado en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011; por lo que fue realizado de forma discrecional por la AFP y con posterioridad al inicio del presente proceso sancionatorio, ya que la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1063/2012 de 08 de abril de 2014, fue notificada a la AFP el 05 de mayo de 2014, mientras que las publicaciones remitidas por la AFP a esta Autoridad corresponden al 11 y 25 de mayo de 2014.*

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente y considerando, que esta Autoridad ha instruido en la disposición primera, parágrafo II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, la regularización de los casos señalados en la Nota de Cargos, queda pendiente además la notificación a los Asegurados, la cual se considera que debe ser efectuada mediante nota dirigida al interesado, para una mejor y eficaz gestión de la AFP como un buen padre de familia.

De todo lo anteriormente expuesto, se concluye que los argumentos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., para los veintiocho (28) casos del presente Cargo, no justifican el incumplimiento a lo establecido en el Artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, por no informar al Asegurado con la Carta la Aceptación o Rechazo para acceder a un incremento en su pensión de jubilación.

CONSIDERANDO:

Que por lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución, se llega a la conclusión, que el recurrente en su impugnación no ha presentado argumentos válidos y suficientes, que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS. Consecuentemente, debe confirmarse el acto recurrido, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, de acuerdo a lo

previsto por el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 30 de septiembre de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A)** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, argumentado lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN***

<u>Ilegalidad de La</u> (sic) ***<u>Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 628-2014</u>***

1. *El Artículo 1° de la Constitución Política del Estado define a Bolivia además como un Estado de Derecho. De este precepto constitucional se colige que la concepción de Estado de derecho se sustenta en un gobierno de leyes y no de hombres, y que tiene como finalidad eliminar la arbitrariedad en las reglas de convivencia, garantizando el respeto a la ley.*

2. *El Estado de derecho impone que el poder público y la convivencia social de los ciudadanos están sometidos a la Constitución Política del Estado a través del principio de constitucionalidad (Artículo 410 numeral II), con el que concuerda el principio de legalidad (Artículos 109 numeral II y 116 numeral II), lo que supone la nulidad de las acciones vinculadas a medidas de hecho o vías de hecho por el Estado y/o los particulares.*

3. *Los principios de constitucionalidad y legalidad son fundamentales en el Derecho público, porque regulan que todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad y jurisdicción de la Ley y no a la libre voluntad de las personas.*

4. *La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes. Asimismo, el artículo 410 ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones, a su sometimiento total a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y como tal, goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, fundamento jurídico constitucional por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene el deber de actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.*

5. *La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del Órgano de Fiscalización), inciso b), establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo*

su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

6. *La Ley N° 065, los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778, 822, 1570 y demás disposiciones jurídicas complementarias vigentes, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las sanciones, tampoco define su forma de aplicación y por último, no establece sanciones, sean pecuniarias o no, para las faltas y contravenciones al SIP.*

7. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 628-2014 nuevamente pretende dar legitimidad a la sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 421/2014, que sustenta la tipificación, gravedad y tipo de sanción en los artículos 286, 287 y 291 del Decreto Supremo N° 24469, Reglamento a la Ley N° 1732, de 17 de enero de 1997, normativas que se encuentran abrogadas.*

8. *La Ley N° 065, de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, manda y ordena: "Artículo 198. (DEROGACIONES Y ABROGACIONES). I. Se abroga la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley. II. Se derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, así como las siguientes disposiciones de la Ley N° 1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros: a) El último párrafo del Artículo 36. b) El segundo párrafo del Artículo 6.*

9. *El sustento jurídico de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 628-2014, al igual que la R.A. 421/2014, se encuentra abrogado por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065, es decir, que la disposición jurídica que califica el grado de infracción y la forma de aplicación de la sanción no tiene vigencia alguna a partir del 10 de diciembre de 2010.*

10. *Es más, al estar abrogada la Ley N° 1732, se entiende que el Decreto Supremo N° 24469 también se encuentra abrogado, por ser éste su reglamento.*

11. *La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables".*

12. *En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".*

13. *De los preceptos constitucionales y legales precedentemente citados, se concluye que toda Resolución Administrativa debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, lo que no ocurre en la Resolución que se impugna.*

14. *La Ley N° 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.*

15. *La Ley N° 065 en su artículo 197 dispone: "Reglamentación. El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia". A más de tres (3) años de vigencia del Sistema Integral de Pensiones, el Órgano Ejecutivo no ha emitido ninguna disposición jurídica que reglamente el Régimen de Sanciones en el Sistema Integral de Pensiones.*

16. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 628-2014 al igual que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 421/2014, violenta al principio de seguridad jurídica como parte de la garantía y principio constitucional al Debido Proceso, dispuesto por el artículo 115 de la Constitución Política del Estado.*

17. *La Constitución Política del Estado en su Artículo 203 dispone: "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.*

18. *En su concordancia, el Artículo 15 numeral II de la Ley N° 254, Código Procesal Constitucional, dispone: "Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares".*

19. *Asimismo, el Artículo 36, inciso: 8 de la citada Ley dispone: "La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".*

20. *Es de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones que dentro de la Acción de Amparo deducida por esta AFP en contra del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ésta última como tercera interesada, sobre violación de derechos y garantías constitucionales, el Tribunal de Garantías Constitucionales a través de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, concedió la tutela del derecho reclamado con el razonamiento constitucional siguiente: "Este Tribunal tiene presente que la Ley N° 065 no establece cuales son las conductas que serán consideradas como infracciones ni las sanciones a las cuales estarían sujetas, tampoco se ha previsto que el Órgano Ejecutivo y menos la APS, puedan aplicar el régimen de sanciones que establecía la anterior Ley de Pensiones, este Tribunal dentro de lo que establece el derecho constitucional, interpreta que dentro del principio de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico se dicta La* (sic) *anterior Ley de Pensiones, la misma que expresamente está regulada por el DS 24469, es más el artículo primero de este Decreto Reglamentario señala que regula la Ley de Pensiones 1732, entonces el sustento jurídico que le da vida jurídica a este Decreto Supremo, es la Ley de Pensiones anterior y si la Ley abrogada por la Ley No. 065, todas las disposiciones legales inferiores que reglamentaban a la Ley N° 1732, quedan también sin efecto en la interpretación que hace este Tribunal de Garantías Constitucionales."*

21. *Por mandado del parágrafo V del Artículo 130 de la Constitución Política del Estado: "La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley".*

22. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha momento de emitir cualquier tipo de resolución, tiene el deber constitucional de adoptar el razonamiento y entendimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, referidas a la inaplicabilidad del Régimen de Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, para infracciones y contravenciones, cometidas por las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción, del Sistema Integral de Pensiones.*

23. *El Estado a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014 de 12 de junio de 2014, cumpliendo el deber constitucional de aceptar el carácter vinculante de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014 de 18 de marzo de 2014, revocó una Sanción a esta Administradora, manifestando: "Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y en estricto cumplimiento a la determinación del Tribunal Jurisdiccional (de mayor jerarquía a la sede administrativa), y a la conclusión que llega el mismo -transcrita ut supra-, sobre la inexistencia de sustento normativo vigente, que determine la imposición de una sanción ante una infracción a la actual normativa de pensiones, es que debe proceder con la revocatoria de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,..."*

24. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene el deber actuar conforme lo hace el citado Ministerio, aplicando el razonamiento de la Resolución Constitucional N° AC-11/2014, caso contrario, está violentando las garantías constitucionales como el debido proceso, la Seguridad Jurídica. Asimismo, violenta los Principios Generales de la Administración Pública establecidos en el Artículo 4 de la Ley N° 2341, como ser el Principio de sometimiento pleno a la Ley y el principio de legalidad.*

25. *Advertida la falta de notificación de las cartas de aceptación o rechazo para este grupo de veintiocho (28) Asegurados, y con la finalidad de regularizar la observación se procedió a notificar a éstos mediante Publicaciones realizadas en los periódicos de circulación nacional "El DIA" y "Página SIETE" de fechas 11 de mayo de 2014 (primera publicación), 25 de mayo de 2014 (segunda publicación), conforme se evidencia en las publicaciones adjuntas.*

26. *Es importante manifestar que de los veintiocho (28) casos, dieciséis Asegurados acceden a una recalculo de pensión de jubilación, asimismo, en siete casos no corresponde el cálculo de la Pensión Solidaría de Vejez ni la notificación, en virtud a que las pensiones que perciben son superiores al valor de la Pensión Solidaria de Vejez calculada, por último, cinco casos no corresponde el recálculo ni la*

notificación porque no cumplen los requisitos de edad y/o no tienen ciento veinte (120) aportes.

27. *A la fecha, pese a la notificación practicada los Asegurados no se presentaron en nuestras oficinas para iniciar los trámites de recálculo de Pensión, el Retiro final, según corresponda.*

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, y ratificando los fundamentos del Recurso de Revocatoria presentado, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica disponiendo la Revocatoria de la Resolución Administrativa ***APS/DJ/DFP/N° 628-2014 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2014 y LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio…"***

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En cumplimiento a la Orden de Fiscalización DFP/OF/025/2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realizó la revisión del Pago de la Pensión Solidaria de Vejez a Asegurados con reposición de aportes en su Cuenta Personal Previsional en **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, cuyo resultado consta en el Informe Técnico DFP/T/001-2014 de 2 de abril de 2014.

Emergente de ello, mediante nota APS-EXT.DE/1063/2014 de 8 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó con un Cargo a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** por indicios de incumplimiento al artículo 11 del Procedimiento para Asegurados y Derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de pago, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°033-2011 de 23 de mayo de 2011, en veintiocho (28) casos, por no presentar al momento de la fiscalización, las Cartas de Aceptación o Rechazo que comuniquen al Asegurado que, para acceder a un incremento en su pensión de jubilación, debían realizar la devolución de los retiros efectuados, en las que además se evidencie la comparación y recálculo de pensión.

Presentados y evaluados los descargos respectivos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, resolvió sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A)**, por el cargo imputado en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1063/2014 de 08 de abril de 2014, con una multa en Bolivianos equivalente a $US. 7.000,00 (SIETE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

Tal decisión fue confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, emergente de que en fecha 12 de agosto de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la decisión inicial del Ente Regulador.

Ante tal determinación en fecha 30 de septiembre de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A)** presentó el Recurso Jerárquico respectivo, mismo que pasa a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, importa revisar la normativa aplicable al caso de autos como sigue:

- **LEY N° 2341 DE 23 DE ABRIL DE 2002:**

  "…***Artículo 5. (COMPETENCIA).*** *I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.*

  II. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y sólo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente Ley…"

- **LEY N° 065 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2010:**

  "…Artículo 149.- (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*
  (…)

  i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados
  (…)

  v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"

*"…**Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).** El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:*
(…)

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…"

2.2. Del régimen sancionador.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A) señala en su Recurso Jerárquico, que el régimen sancionador correspondiente a la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones se encontraría abrogado, por no haber sido expresamente ratificado por disposición legal posterior, como ocurre con otras disposiciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que fueron ratificadas y se vienen cumpliendo en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, haciendo referencia al agravio con relación a la vulneración de principios constitucionales y administrativos por aplicación de un régimen abrogado para la aplicación de sanciones.

Conforme se evidencia de tal relación, no hace mayor énfasis a la controversia presente, la efectiva ocurrencia de la conducta sancionada, a la que en todo caso y en cumplimiento del artículo 63º, parágrafo II, primera parte, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) se la tiene por evidente, sino, en el sentido ritual, si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene facultades para sancionar ello; y en su sentido de mérito, si tal comportamiento constituye uno típico y congruente con la norma específica que -a decir del Ente Regulador- lo sanciona.

En función de ello, corresponden las consideraciones siguientes.

2.2.1. Facultad sancionatoria del Ente Regulador en materia de pensiones.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A) señala en su Recurso Jerárquico, que en el presente proceso existió una vulneración de principios de constitucionalidad, legalidad y procedimiento administrativo, toda vez que al encontrarse abrogada la Ley N° 1732 de Pensiones, por mandato del artículo 198 de la Ley N° 065 de Pensiones, el Decreto Supremo N° 24469 y las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014 y APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, también se encuentran abrogados, asimismo, argumenta que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no consideró la Acción de Amparo en contra del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, que es de carácter vinculante, violentando así los derechos y garantías constitucionales.

Al respecto, corresponde citar el precedente de regulación financiera contenido en la

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2013 de 4 de julio de 2013, que señala:

> "…*A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> > "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
> >
> > *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…****abroga la Ley Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*
>
> *Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten* ***<u>contrarias</u>*** *a la Ley Nº 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198º, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*
>
> *En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)*** *no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

> *"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios,* ***en el marco*** *de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*
>
> *Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación…"*

Bajo la misma línea de entendimiento, corresponde traer a colación el precedente enunciado en la Resolución Ministerial Jerárquica N° 053/2014 de 28 de agosto de 2014; que expresa:

> "*…el alegato presentado por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *en este sentido, no es atendible, toda vez que en los términos del artículo 198°, parágrafo I, de la Ley N° 065, de Pensiones, el régimen sancionatorio previsto por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley mencionada.*
>
> *Asimismo, llama la atención que a más de tres años de la emisión de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la Administradora de Fondos de Pensiones recurrente, pretenda eludir su responsabilidad argumentando que no se ha dado inicio al periodo de transición, periodo que se ha iniciado tácitamente desde la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, cuyo objeto -establecido en su artículo 1°- consiste en "establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado", para cuya materialización se dispone, a través de la parte in fine del artículo 6° del citado cuerpo legal, que los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y representados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.*
>
> *En ese entendido, si bien el artículo 174° de la Ley N° 065, de Pensiones, determina que sea mediante Decreto Supremo que se establezca el periodo de transición <u>para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo</u>, dicho periodo sólo determina el inicio de las actividades de dicha Gestora, en tanto se*

cumpla la transferencia prevista en los artículos 175°, 176° y 179° de la Ley N° 065, así como otros elementos reglamentarios necesarios a la misma y demás temas inherentes al mismo, que posibilitarán el inicio de las actividades señaladas.

Situación distinta prevé el artículo 177° (Continuidad de servicios), siempre de la Ley N° 065, el que a los efectos pertinentes conviene traer a colación:

> *"Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…"*

Conforme se evidencia de la lectura anterior, la norma prevé que las obligaciones, prestaciones y todo lo referente al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, no queden en una situación de incertidumbre, en tanto se procede a su transferencia a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, sino que, como denotan los artículos 175° y 176° de la misma Ley, está sujeta a un periodo de transición durante el cual, la Gestora al no operar aún como representante y administradora de los fondos que componen el Sistema Integral de Pensiones, en el transcurso del periodo de transición proceda a la revisión de la información transferida por las Administradoras de Fondos de Pensiones, aspecto por el cual, a través del artículo 177° siguiente, se determinó la continuidad de la prestación de los servicios propios al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, con carácter transitorio, por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el marco de la Ley N° 1732, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Consiguientemente, si bien es cierto que no se ha materializado el artículo 174° de la Ley N° 065 (es decir, no se ha emitido un Decreto Supremo que establezca lo que la recurrente califica de "mentado" periodo de transición y que dé inicio a las actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo), no menos cierto es, que el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por las Administradoras de Fondos de Pensiones con el Estado Boliviano, aún se encuentra plenamente vigente en cuanto a sus derechos emergentes del mismo y, en lo que interesa, las obligaciones.

Tal el caso del cobro de comisión por los servicios prestados para la administración y otorgamiento temporal de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, al que de acuerdo a lo determinado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013 de 19 de noviembre de 2013, tienen derecho las Administradoras de Fondos de Pensiones.

En tal sentido, bajo la errada lógica de no aplicación de la norma del Decreto Supremo N° 24469 planteada por ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *(por los motivos que señala), la misma no tendría derecho al cobro de dicha comisión…"*

En función de los alegatos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** corresponde subsumirnos en los fundamentos de los precedentes supra citados, lo que sin embargo de hacer innecesaria mayor consideración al respecto, amerita rechazar la interpretación que sale del Recurso Jerárquico, en sentido de sugerir la concurrencia de una acción de inconstitucionalidad.

En definitiva, el alegato por vulneración de principios constitucionales y administrativos por aplicación de un régimen abrogado para la aplicación de sanciones del Recurso Jerárquico, es inadmisible.

2.3 De la imputación del Cargo.-

A efectos de ingresar al análisis, en cuanto a la imputación del cargo por el que se impuso la sanción económica, importa previamente relacionar el caso conforme se procede a continuación:

a) La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fecha 8 de abril de 2014, imputó con un cargo a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** por incumplimiento a lo establecido en el artículo 11 del Procedimiento para Asegurados y Derechohabientes con Pago o Pensiones en curso de pago, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, por no presentar las cartas de aceptación o rechazo de veintiocho (28) casos, en los que además se estableció la existencia de daño económico a los Solicitantes.

b) De los veintiocho (28) casos, la Administradora de Fondos de Pensiones, señala que dieciséis (16) Asegurados acceden a un recálculo de Pensión de Jubilación, siete (7) casos perciben una pensión mayor a las pensiones recalculadas y cinco (5) casos no corresponde el recálculo, ni la notificación porque no cumplen los requisitos de edad y/o no cuentan con ciento veinte (120) aportes.

c) Debido a la falta de notificación de las cartas de aceptación y rechazo para este grupo de veintiocho (28) casos y con la finalidad de regularizar la observación realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** procede con la notificación a éstos, mediante Publicaciones realizadas en los periódicos de circulación nacional "EL DÍA" y "Página SIETE" en fechas 11 de mayo de 2014 y 25 de mayo del 2014.

Ahora bien, es importante señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de fecha 23 de mayo de 2011, estableció el procedimiento para la identificación y revisión de Asegurados o Derechohabientes que en el mes de abril de 2011 se encontraban con pago o pensión en curso de pago en el Sistema Integral de Pensiones y que podían acceder a un incremento de Pensión de Jubilación, el cual debió ser aplicado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** quien tenía la

obligación de identificar los casos en curso de pago, calcular la Fracción de Saldo Acumulado, calcular el Referente Salarial de Vejez, calcular la Densidad de Aportes, verificar el cumplimiento de requisitos, la existencia de Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, la existencia de retiros y efectuar la comparación de la pensión, para posteriormente comunicar el resultado a los Asegurados o Derechohabientes, mediante la "Carta de Aceptación o Rechazo", establecida en el artículo 11 de la mencionada Resolución Administrativa, que determina:

> ***"…ARTÍCULO 11.- (CARTA DE ACEPTACIÓN O RECHAZO).-*** *I. La carta de aceptación o rechazo* ***deberá informar al Solicitante que la AFP ha efectuado los cálculos y comparación de pensión*** *sobre la base de la información y documentación que cursa en la AFP o Entidad Aseguradora.*
>
> *II. Adicionalmente, en función a los resultados de la comparación de pensiones, la carta de aceptación o rechazo indicará:*
>
> *a)* ***Que accede a una Pensión Solidaria de Vejez*** *o Pensión de Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria es equivalente a ____Bs., por lo que corresponde que suscriba la Declaración de Fracción Solidaria, o*
>
> *b)* ***Que accede a un incremento de Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM*** *de ____ Bs. con el Saldo Acumulado en su CPP; y que corresponde se suscriba la Declaración de Fracción de Saldo Acumulado, o*
>
> *c)* ***Que accede a un incremento de Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM*** *de ____ Bs. con el Saldo Acumulado en su CPP; y que adicionalmente,* ***accede a una Pensión Solidaria de Vejez*** *o Pensión por Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria es equivalente a ____ Bs., por lo que corresponde se suscriba la Declaración de Fracción de Saldo Acumulado y la Declaración de de* (sic) *Fracción Solidaria, o*
>
> *d)* ***Que accede a un incremento de Pensión de Jubilación/Vejez o Pago de CCM*** *de ____ Bs. con el Saldo Acumulado en su CPP; y que adicionalmente,* ***podría acceder a una Pensión Solidaria de Vejez*** *o Pensión por Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria es equivalente a ____ Bs.,* ***si devolviera los retiros efectuados*** *de la CPP más su rentabilidad. En este caso corresponde se suscriba la Declaración de Fracción de Saldo Acumulado.*
>
> *e)* ***El rechazo a su trámite debido a que su Pago de CCM o Pensión de Jubilación es de monto más alto que la Pensión Solidaria de Vejez*** *o Pensión por Muerte derivada de ésta, o*
>
> *f)* ***El rechazo a su trámite debido a que ha efectuado retiros de su CPP y por lo tanto no puede acceder a pensión Solidaria de Vejez*** *o Pensión por Muerte derivada de ésta.* ***Si devolviera los retiros efectuados de CPP más su rentabilidad, podría acceder a una Pensión Solidaria de Vejez,*** *cuya Fracción Solidaria sería*

equivalente a ____ Bs. o Pensión por Muerte derivada de ésta, cuya Fracción Solidaria que se le otorgaría sería equivalente a ____ Bs…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Subsumiéndonos al caso de autos, se tiene que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** no realizó la notificación a veintiocho (28) Asegurados con la Carta de Aceptación o Rechazo, en la que se comunique que pueden o no acceder a un incremento en su Pensión de Jubilación, la cual debió ser emitida una vez realizadas las verificaciones establecidas en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011.

Sobre el particular, corresponde señalar lo siguiente:

- Respecto a dieciséis (16) casos, la Administradora de Fondos de Pensiones señaló que acceden al recálculo de Pensión, pero que ninguno de los Asegurados se apersonó por sus oficinas, por lo que en fechas 11 de mayo de 2014 y 25 de mayo de 2014, se efectuó la publicación en los periódicos de circulación nacional: "El Día" y "Página Siete", comunicando a los Asegurados que se apersonen a efectos de regularizar sus trámites.

  Para estos dieciséis (16) Asegurados, es evidente que no se cuenta con las Cartas de Aceptación por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** comunicando a los Asegurados que pueden acceder al incremento de su Pensión de Jubilación y para lo cual deben realizar la devolución de los retiros efectuados.

  Asimismo, tal como señala la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, existió en estos casos, doble perjuicio, ya que si bien los Asegurados podían acceder a la recalificación de la pensión (la cual no fue comunicada), los mismos efectuaron sin ninguna comunicación formal, la devolución de los retiros en la Cuenta Personal Previsional y a la fecha no se encuentran percibiendo el beneficio que les correspondería.

- Así también, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A)** señala que en siete (7) casos, no les corresponde el cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez, ni la notificación, debido a que las pensiones que perciben son superiores al valor de la Pensión Solidaria de Vejez calculada.

  La recurrente no consideró que para estos casos debió emitir la Carta de rechazo, establecida en el inciso e) de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 33-2011 de 23 de mayo de 2011, que señala:

  "…e) El rechazo a su trámite debido a que su Pago de CCM o Pensión de Jubilación es de monto más alto que la Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de ésta…"

De los antecedentes que se tiene en el expediente, en estos siete (7) casos, no existe la comunicación de rechazo informando a los Asegurados respecto al cálculo efectuado y la comparación de pensión realizada y en la que se informe que se encuentran percibiendo pensiones superiores respecto al cálculo de la Pensión Solidaria de Vejez que podrían llegar a recibir.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en estos casos, los Asegurados efectuaron la devolución de los aportes retirados de su Cuenta Personal Previsional, lo cual no correspondía ya que tal como se señaló, los mismos se encuentran percibiendo una pensión mayor a la pensión recalculada en función al procedimiento establecido mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011, generando por lo tanto perjuicio a los Asegurados.

- Finalmente, la recurrente argumenta que en cinco (5) casos, no corresponde el recálculo, ni la notificación, porque no cumplen los requisitos de edad y/o no tienen ciento veinte (120) aportes para acceder a una Pensión Solidaria de Vejez, sin embargo, de los antecedentes del caso de autos, se tiene que los Asegurados efectuaron la reposición de los aportes retirados a la Cuenta Personal Previsional.

  Si **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** hubiese comunicado oportunamente a los Asegurados que no cumplían los requisitos para acceder a una Pensión Solidaria de Vejez, los mismos no hubiesen efectuado la reposición de los montos retirados, tal como ocurrió.

Del análisis realizado, es evidente que existió incumplimiento por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** toda vez que no informó y notificó a los Asegurados respecto a los cálculos y la comparación de pensión efectuados, mediante la "Carta de Aceptación o Rechazo" establecida en el artículo 11 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011.

Si bien, tal como señala la recurrente, los Asegurados no se presentaron en sus oficinas, era responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, prestar los servicios con diligencia, prontitud y eficiencia, debiendo agotar todas las gestiones necesarias, a fin de comunicar y notificar a los Asegurados respecto a la posibilidad que tenían a un incremento o no en su Pensión de Jubilación.

Asimismo, de la documentación que cursa en el expediente, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** remitió cartas de "Notificación de Incremento de Pensión", las cuales no cuentan con la firma o fecha de recepción por parte de los Asegurados, sin embargo, tal como señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, la recurrente "*…confunde la emisión de la "Notificación de Incremento de Pensión", con la Carta de Aceptación o Rechazo que establece la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011, misma que establece los puntos que debe informar a los Solicitantes…*", por

lo tanto, al no contar con documentación que respalde la notificación de la Carta de Aceptación o Rechazo de los casos sancionados, es evidente que existió una vulneración a la norma por parte de la recurrente.

De igual manera, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** señala en su Recurso Jerárquico que: "…*advertida la falta de notificación de las cartas de aceptación o rechazo para este grupo de veintiocho (28) Asegurados, y con la finalidad de regularizar la observación, se procedió a notificación a éstos mediantes publicación realizada en los periódicos de circulación nacional "EL DÍA" y "Página SIETE" de fechas 11 de mayo de 2014 (primera publicación) y 25 de mayo de 2014 (segunda publicación)*…", sin embargo, la recurrente no considera que dicha publicación no se encuentra normada en el procedimiento establecido mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 033-2011 de 23 de mayo de 2011 y que fueron efectuadas de manera posterior al inicio del presente proceso, por lo tanto, es evidente que la Administradora de Fondos de Pensiones, en su oportunidad no cumplió con el procedimiento establecido para el efecto.

Finalmente, se puede establecer la existencia de un perjuicio a los Asegurados, quienes efectuaron la devolución de los aportes en la Cuenta Personal Previsional, sin tener conocimiento si los mismos accedían o no a un incremento de Pensión de Jubilación, ya que si la Administradora de Fondos de Pensiones hubiese comunicado de manera oportuna el resultado de los cálculos efectuados, la verificación de requisitos y la comparación de pensiones, no hubiese existido el perjuicio ocasionado en los veintiocho (28) casos sancionados.

Por consiguiente, de la revisión realizada y los antecedentes que cursan en el proceso, sí existió incumplimiento a la normativa vigente por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** por lo tanto el alegato presentado en su Recurso Jerárquico es improcedente.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes cursantes en el expediente, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha realizado una correcta valoración de los mismos, así como también ha aplicado correctamente la normativa que le es inherente al de autos, toda vez que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A),** no informó, ni notificó a los Asegurados, a través de las Cartas de Aceptación o Rechazo, respecto a un incremento o no en su Pensión de Jubilación, ocasionando que los Asegurados sin tener conocimiento del mismo, realicen la devolución de los retiros efectuados en la Cuenta Personal Previsional.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y

Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 628-2014 de 9 de septiembre de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 421-2014 de 23 de junio de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 529-2014 DE 28 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 079/2014 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR PARCIALMENTE - ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2014

La Paz, 24 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 071/2014 de 27 de noviembre de 2014, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 141/2014 de 28 de noviembre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota AA.GG.-6980/2014, presentada en fecha 19 de agosto de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, representada legalmente por su Gerente de Renta Dignidad, Lic. Felipe Daniel Murguía Aillón, y por su Gerente de Seguros Previsionales, Sr. Luis Fernando Gonzáles Torres, tal como acreditan los Testimonios de Poder Nº 270/2012 y N° 269/2012, ambos otorgados en fecha 6 de julio de 2012 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz N° 091, a cargo del Dr. Jorge

Manuel Cañedo Durán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2388/2014 de fecha 22 de agosto de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de fecha 28 de julio de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de agosto de 2014, notificado el 3 de septiembre de 2014, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de fecha 28 de julio de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS APS-EXT.DE/1108/2014 DE 11 DE ABRIL DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS.EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI,** con los siguientes cargos:

"…***II. IMPUTACIÓN DE CARGOS***

Habiéndose evidenciado la existencia de presuntos incumplimientos a la normativa reglamentaria emitida por el Ente Regulador, se tienen las siguientes observaciones de orden legal:

Cargo Nº 1

Existen indicios de incumplimiento al ordenamiento administrativo, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, a lo dispuesto en el Caso 2, Numeral 8 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 268-2009 de 31 de diciembre de 2009, al advertir que en doce (12) pagos no reportó correctamente los registros producto de la redistribución del pago en exceso a la Beneficiaria Balvina Sirpa de Guarachi con NUB 220910451, dando lugar a que figuren pagos dobles por los periodos agosto/2011 a julio/2012.

El detalle de los casos es el siguiente:

N°	Conteo Pagos	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Monto [Bs.]	Fecha Pago	Tipo de registro
1	1	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201108	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	2	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201108	200	12/01/2012	EFECTIVO
2	3	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201109	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN

	4	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201109	200	12/01/2012	EFECTIVO
3	5	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201110	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	6	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201110	200	12/01/2012	EFECTIVO
4	7	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201111	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	8	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201111	200	12/01/2012	EFECTIVO
5	9	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201112	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	10	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201112	200	28/01/2012	EFECTIVO
6	11	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201201	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	12	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201201	200	22/03/2012	EFECTIVO
7	13	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201202	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	14	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201202	200	22/03/2012	EFECTIVO
8	15	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201203	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	16	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201203	200	23/04/2012	EFECTIVO
9	17	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201204	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	18	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201204	200	21/05/2012	EFECTIVO
10	19	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201205	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	20	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201205	200	26/06/2012	EFECTIVO
11	21	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201206	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	22	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201206	200	23/07/2012	EFECTIVO
12	23	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201207	200	17/05/2010	REDISTRIBUCIÓN
	24	220910451	373555	SIRPA		GUARACHI	BALVINA	21/05/1931	201207	200	21/09/2012	EFECTIVO

Cargo N° 2

Existen indicios de incumplimiento al ordenamiento administrativo, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, a lo dispuesto en los incisos b) y c) del artículo 12 del Procedimiento para el Pago de la Renta Dignidad aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y una de las obligaciones señaladas en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato suscrito entre la ex-SPVS y la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, al advertir que en cuarenta y cuatro casos (44) casos la Entidad Gestora efectuó en doble oportunidad pagos de la Renta Dignidad a un Beneficiario por un mismo periodo (…)

Cargo N° 3

Existen indicios de incumplimiento al ordenamiento administrativo, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, a lo dispuesto en el Caso 2, Numeral 6 "Pago en Exceso" del Anexo 1 de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 268-2009 de 31 de diciembre de 2009, al advertir que la Entidad Gestora no aplicó correctamente la

redistribución de pagos, debido a que procedió al pago de la Renta Dignidad por el periodo de marzo/2011 al Beneficiario Wilson Rafael Quinteros Torres con NUB 220049910, siendo que correspondía considerarse dicho periodo como parte de la redistribución del monto cobrado en exceso.

N°	Conteo Pagos	NUB	Doc.Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Monto [Bs.]	Fecha Pago
1	1	220049910	2211762	QUINTEROS	TORRES		WILSON RAFAEL	23/10/1946	201103	150	06/03/2012
	2	220049910	2211762	QUINTEROS	TORRES		WILSON RAFAEL	23/10/1946	201103	150	07/08/2009

Cargo N° 4

Existen indicios de incumplimiento al ordenamiento administrativo, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, por efectuar veintidós (22) pagos de Renta Dignidad antes del cronograma establecido en el artículo 30 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 (…)

Cargo N° 5

Existen indicios de incumplimiento al ordenamiento administrativo, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, a lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y al artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007 por no controlar la prescripción del beneficio de la Renta Dignidad en doscientos treinta y uno (231) casos y proceder al pago cuando estos se hallaban prescritos…"

1. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota AA.GG.-3653/2014 de 21 de abril de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** solicita ampliación de plazo de diez (10) días hábiles administrativos con el fin de presentar los respaldos necesarios, plazo que es otorgado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 29 de abril de 2014.

Con nota AA.GG.-4396/2014 de fecha 15 de mayo de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"…Mediante la presente, de acuerdo a (sic) *nota APS-EXT.DE/1108/2014 con referencia a la notificación de cargos por infracción* (sic) *identificadas en el pago de la Renta Dignidad 2012, tenemos a bien comunicar lo siguiente:*

Cargo N° 1.- (…)

*Sobre el caso de la beneficiaria **Balvina Sirpa Guarachi,** comunicamos a su Autoridad que de acuerdo a lo instruido en nota AP/DPNC/10158/2011, se efectuó la redistribución de pagos de 2.400Bs., en los periodos **agosto/2010** a **julio/2011**, sin embargo se tomaron periodos de compensación adicionales, los cuales son **agosto/2011** a **julio/2012**, estos periodos fueron reportados mediante nota AAGG-1452/2011 en el archivo **03110209.PRD.***

Posteriormente se detectó este hecho, procediéndose a corregir anulando los pagos redistribuidos y rehabilitándose en entidades financieras por los periodos ***agosto/2011*** *a* ***julio/2012.*** *Los registros de eliminación fueron reportados mediante nota AA.GG.-2366/2012.*

Cargo N° 2.- (…)

Treinta y seis (36) casos, no presentan pagos dobles, debido a que existe (sic) *comprobantes de deposito* (sic) *al Fondo de Renta Universal de Vejez, asimismo estos procesos de reversión fueron comunicados oportunamente a su Autoridad. Se adjuntan copias de las notas en las que se comunicaron las reversiones.*

El caso del NUB 220043268 (1 caso), no presenta pagos dobles, debido (sic) *que la EPI SENASIR realizo* (sic) *la anulación de la solicitud de desembolso mediante nota SENASIR UTI 0057/2012. En este sentido, debido a que no se procedio* (sic) *a realizar el desembolso para el registro observado, solicitamos la anulación respectiva.*

Siete (7) registros, NUB 700223177, NUB 900256774, 700159302, 300124542 y 220413415, fueron revertidos al Fondo de Renta Universal de Vejez. Adjunto se remite copia del deposito (sic).

Cargo N° 3 (…)

Sobre el caso del beneficiario ***Wilson Rafael Quinteros,*** *comunicamos a su Autoridad que de acuerdo a lo instruido en nota* ***AP/DPNC/11197/2010,*** *se efectuó la redistribución de pagos de 750 Bs., en los periodos* ***noviembre/2010*** *a* ***marzo/2011,*** *sin embargo, debido a un problema de sincronización en el proceso de redistribución de pagos, el periodo* ***marzo/2011*** *fue efectivo en las entidades financieras en fecha 06/03/2012. Al respecto, se procedió a compensarlo en el periodo* ***marzo/2012****. Esto fue informado a su Autoridad en nota AA.GG.-02365/20112, sin embargo la eliminación del registro inicial no fue reportado, regularizando este hecho mediante nota AAGG-3718/2014 en el archivo* ***03140422.PRD.***

Cargo N° 4 (…)

Para los diecisiete (17) casos con fechas de pago entre enero y abril de 2012, se trata de beneficiarios para los cuales su Autoridad modificó la fecha de nacimiento en una actualización. Debido a que las instrucciones de su nota APS/DPNC/10134/2012 se encontraban en proceso de implementación, no se actualizaron las fechas de inicio de los periodos pendientes de pago para que fueran consistentes con el día de cumpleaños del beneficiario, permaneciendo los mismos habilitados unos días antes de lo que establece el cronograma.

Para los cinco (5) casos con fechas de pago en mayo de 2012, todos corresponden a la actualización de la BDRD de fecha 26 de abril de 2012. El origen es una falla de sincronización entre nuestra Asociación y Síntesis, debido a que el día anterior (25 de

abril) se habían generado los pagos del periodo abril 2012 para todos los beneficiarios, pero no se cargó la respuesta de Síntesis hasta después de haber cargado la actualización de la BDRD, por lo que no se reenviaron los registros de pago cuya fecha de inicio había cambiado.

Desde mayo 2012 estas situaciones no se presentan debido a los ajustes implementados. Hacemos notar que en ningún caso se ocasionó daño al FRUV ni al beneficiario.

Cargo N° 5 (…)

Sesenta y siete (67) casos corresponden a periodos que inicialmente se encontraban pagados en Instituciones Financieras. Los Beneficiarios presentaron una denuncia de suplantación y luego del proceso llevado a cabo, se logró la recuperación de estos pagos, procediendo a la reversión de los periodos con denuncia de suplantación, para su posterior habilitación y cobro por parte de los beneficiarios. Hacemos notar que durante la gestión 2012, no existía ninguna normativa para efectuar restricciones en la habilitación de estos pagos, aparte de que en todos estos casos existió un reembolso de los recursos por parte de cajeros responsables, destinados para proceder al pago de la Renta Dignidad de los Beneficiarios suplantados. Se observa que no existió daño al FRUV ni al Beneficiario. Más aún, si no se hubiera procedido con el pago a las personas afectadas, se hubiera configurado una situación de daño al Beneficiario que nuestra Asociación no podía permitir. Se adjunta a la presente el detalle de los 67 casos.

Diecisiete (17) casos, corresponden a periodos inicialmente desembolsados a las EPI. Sin embargo los mismos al no ser efectivos procedieron a ser revertidos con retraso por parte de dichas Instituciones. Posteriormente estos periodos se habilitaron para el cobro de la Renta Dignidad a través de entidades financieras, debido a que mientras estuvieron en su periodo de vigencia normal, el beneficiario estuvo materialmente impedido de efectuar el cobro, ya que no se disponía de información de la EPI acerca de la efectivización o reversión del pago. Se adjunta el detalle de los 17 casos.

Treinta y dos (32) casos corresponden a un desbloqueo masivo IAR instruido por la Circular APS/DPNC-39/2011, recibida en nuestra Asociación en fecha 11 de julio de 2011. Esta Circular establecía que se debía colocar el bloqueo IAR a todos los beneficiarios con 13 periodos consecutivos sin cobrar. La anterior Circular sobre este tema, AP/DPNC-11/2011, establecía que el bloqueo IAR se colocaba a los beneficiarios con 6 periodos consecutivos sin cobrar. Al ponerse en vigencia la Circular 39/2011, todos los beneficiarios con bloqueo IAR y más de 6 pero menos de 13 periodos consecutivos sin cobrar, debían habilitarse inmediatamente. Una vez habilitados los registros de los beneficiarios, se procedió de manera automatizada a generarse los pagos pendientes. En aquellos casos en que los beneficiarios tenían fecha de primera solicitud, se debían generar los pagos con los criterios de prescripción de la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, por lo que todos los periodos no generados, desde un año antes de la fecha de la primera solicitud hasta el periodo mayo 2011 se generaron con fecha de inicio 12 de julio de 2011 y fecha de prescripción 11 de julio de 2012. De esta manera, las fechas de prescripción de los periodos observados han sido establecidas de acuerdo a

normativa vigente en este momento y por tanto han sido pagadas correctamente a los beneficiarios. Se adjunta el detalle de los casos.

Doce (12) casos corresponden a desbloqueo de bloque preventivo (IAP), colocado por motivo de que se requería verificar la documentación del beneficiario contra la documentación de pagos efectuados con anterioridad. La documentación requerida se obtuvo mediante regularización de pagos observados. Una vez habilitados los registros de los beneficiarios, se procedió de manera automatizada a generarse los pagos pendientes. En aquellos casos en que los beneficiarios tenían fecha de primera solicitud, se debían generar los pagos con los criterios de prescripción de la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, por lo que todos los periodos no generados, desde un año antes de la fecha de la primera solicitud hasta el periodo agosto 2011 se generaron con fecha de inicio 21 de octubre de 2011 y fecha de prescripción 20 de octubre de 2012. Puesto que las fechas de prescripción de los periodos observados han sido establecidas de acuerdo a la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, las mismas han sido pagadas correctamente a los beneficiarios. Se adjunta el detalle de los casos.

Tres (3) casos, correspondientes al NUB 220693104, se deben a un desbloqueo de bloqueo IAR efectuado en fecha 08 de agosto de 2011, finalizado el 12 de agosto de 2011. Una vez habilitado el registro del beneficiario, se procedió de manera automatizada a generarse los pagos pendientes. Puesto que el beneficiario tenía fecha de primera solicitud (20 de noviembre de 2009), se debían generar los pagos con los criterios de prescripción de la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, por lo que todos los periodos no generados, desde un año antes de la fecha de la primera solicitud hasta el periodo junio 2011 se generaron con fecha de inicio 12 de agosto de 2011 y fecha de prescripción 11 de agosto de 2012. Puesto que las fechas de prescripción de los periodos observados han sido establecidas de acuerdo a la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, las mismas han sido pagadas correctamente al beneficiario.

Seis (6) casos, correspondientes al NUB 900253010, se deben a una actualización del registro efectuada por su Autoridad en fecha 31 de marzo de 2011. Puesto que dicha actualización establecía que el beneficiario tenía fecha de primera solicitud (25 de febrero de 2009), se debían generar los pagos con los criterios de prescripción de la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, por lo que todos los periodos no generados, desde un año antes de la fecha de la primera solicitud se generaron con fecha de inicio 31 de marzo de 2011 y fecha de prescripción 30 de abril de 2012. Esta operación afectó a los periodos 20102 hasta 20107 solamente, ya que los periodos 201008 a 201102 ya habían sido generados con anterioridad y correspondía mantener sus fechas de inicio y prescripción. Puesto que las fechas de prescripción de los periodos observados han sido establecidas de acuerdo a la Resolución Administrativa N° 191/2009, Art. 3, las mismas han sido pagadas correctamente al beneficiario.

Cincuenta y tres (53) casos, corresponden a periodos de pago ya revertidos por deposito (sic) *al Fondo de Renta Universal de Vejez, mas* (sic) *comisiones, informado* (sic) *a su Autoridad con nota AA.GG.-8134/2012. Se adjunta el detalle de los 53 casos, copia de la nota y del comprobante de depósito.*

Veintisiete (27) casos, corresponde (sic) *a periodos pagados en base a lo instruido por la Resolución Administrativa N° 191/2009, articulo* (sic) *3, considerando que tenían una fecha de primera solicitud informada por su Autoridad, lo cual establecía que se debían habilitar los periodos de pago con distintos plazos de prescripción. Se adjunta el detalle de los 33* (sic) *casos.*

El caso del NUB 220541621, que contiene un (1) pago, corresponde a un periodo afectado por la redistribución de pagos instruida en nota APS/DPNC/10948/12 de fecha 26/10/12 (Se adjunta copia). A la fecha de recepción de la instrucción el periodo 201109 estaba vigente y por eso fue empleado en la redistribución.

El caso del NUB 220320967, comprende el pago de tres (3) periodos, habilitados de acuerdo a instrucción (sic) *APS/DPNC/10940/12 de fecha 23/10/12. Se adjunta copia de su nota de instrucción.*

El caso del NUB 900251539, que comprende el pago de dos (2) periodos, fue rehabilitado debido (sic) *que se realizó la reversión del periodo inicialmente pagado por Entidad Financiera, esta reversión inicial fue reportada mediante nota AAGG-11454/2011 con archivo 03111103 corregido.PRD. Puesto que durante el periodo de vigencia original el beneficiario estuvo materialmente impedido de efectuar el cobro, se rehabilitaron los pagos con vigencia extendida.*

El caso del NUB 300144980, que comprende el pago de ocho (8) periodos, corresponde a periodos de pago afectados por la redistribución de pagos instruida en nota APS/DPNC/10931/12 e informada a su Autoridad en nota AAAGG-11403/2012. Realizado un nuevo análisis del caso por motivo de la presente notificación de cargos, se establece que al momento de la redistribución los periodos 201102 a 201108 debían considerarse prescritos y por tanto se debía aplicar la misma desde el periodo 201109 en adelante. Se envia (sic) *la nota AA.GG.-4432/2014 con las respectivas eliminaciones e inserciónes* (sic) *de los registros de pago afectados. Se debe aclarar que, puesto que estos pagos son resultado de una redistribución, no existió daño al FRUV ni al beneficiario, el cual al presente se encuentra con bloqueo IAI sin trámite de desbloqueo solicitado…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 DE 29 DE MAYO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expuso los fundamentos siguientes:

"...***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los descargos y argumentos expuestos por el regulado, aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, conforme lo que sigue:

Cargo N° 1 (…)

La Entidad Gestora indica que en el caso de la señora Balvina Sirpa de Guarachi procedió a la redistribución de Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIVIANOS) en los periodos agosto/2010 a julio/2011, sin embargo tomó periodos de compensación adicionales, admitiendo de esta manera que cometió un error al redistribuir por segunda vez el monto excedente y reportando a ésta Autoridad dicha redistribución que afectaron los periodos de agosto/2011 a julio/2012, mismos que se encontraban habilitados para cobro a través de las Entidades Financieras.

Producto de la falta de control en el proceso de redistribución, se registraron en la base de datos pagos dobles por los periodos agosto/2011 a julio/2012, los cuales posteriormente fueron reportados como eliminaciones a objeto de regularizar los registros, quedando en evidencia la negligencia por parte de la Entidad Gestora al reportar registros de pagos que no correspondían.

Asimismo, corresponde señalar que no existe daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez.

Por lo expuesto, se mantiene el incumplimiento por infracción a la norma, expresado en el Cargo N° 1 para los doce (12) pagos Renta Dignidad observados.

Cargo N° 2 (…)

Del análisis efectuado a los descargos presentados por la Entidad Gestora y la documentación adjunta, se advierte lo siguiente:

- *Existen treinta y dos (32) pagos (casos 1 al 32 del Anexo 1), que fueron pagados por segunda vez; de los cuales la Entidad Gestora remite copia de los comprobantes de reembolso al Fondo de Renta Universal de Vejez efectuados por los mismos Beneficiarios en fechas anteriores a la emisión de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de fecha 11 de abril de 2014 y cuyo reporte fue efectuado de igual manera.*

- *Existen once (11) pagos (casos 33 al 43 del Anexo 1) que fueron pagados por segunda vez; de los cuales la Entidad Gestora remite copia de los comprobantes de reembolso al Fondo de Renta Universal de Vejez efectuados por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, en fechas anteriores a la emisión de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de fecha 11 de abril de 2014 y cuyo reporte fue efectuado de igual manera.*

- *Existe un (1) pago (caso 44 del Anexo 1) en el cual la Entidad Gestora demuestra que no existió el desembolso para pago de la Renta Dignidad por el periodo noviembre/2011 al Beneficiario Mamerto Goyochea, quedando como único pago, el efectuado a través de la Entidad Financiera. En tal sentido se levanta la observación para este pago.*

De lo expuesto, se advierte que si bien actualmente los registros ya fueron regularizados y reembolsados al Fondo de Renta Universal de Vejez los montos

pagados por segunda vez por un mismo periodo, es evidente que la Entidad Gestora en su momento no prestó adecuadamente los servicios de pago ni controló los pagos de Renta Dignidad que ya se hubieran efectuado ocasionando que se paguen por segunda vez.

En tal sentido, se mantiene el incumplimiento por infracción a la norma, expresado en el Cargo N° 2 para cuarenta y tres (43) pagos de Renta Dignidad observados.

Cargo N° 3 (…)

Del análisis efectuado a los descargos presentados por la Entidad Gestora, se advierte que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI procedió a la redistribución del monto cobrado en exceso de Bs750,00 (SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 BOLIVIANOS) en los periodos de noviembre/2010 a marzo/2011 cuyo último reporte fue remitido a esta Autoridad en el archivo 03110331.PRD; sin embargo, por problemas en la sincronización en los procesos internos de la Entidad Gestora, el periodo de marzo/2011 fue efectivamente pagado en fecha 06 de marzo de 2012, casi un año después de realizada la redistribución.

Verificada la base de datos se observa que el periodo de marzo/2011 afectado por la redistribución y cobrado a través de la Entidad Financiera, fue nuevamente redistribuido en el periodo de marzo/2012 y reportado en el archivo 03130106.PRD y la eliminación del periodo observado (marzo/2011), fue reportada mediante nota AA.GG.- 3718/2014 de 22 de abril de 2014, es decir en fecha posterior a la emisión de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de fecha 11 de abril de 2014.

De lo expuesto, se observa que si bien los registros que figuran en la base de datos actualmente se encuentran regularizados y que no existe daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez por tratarse de registros de redistribución, queda en evidencia que la redistribución del monto cobrado en exceso no fue considerado en su totalidad y oportunamente, ocasionando inobservancia en la adecuada aplicación de los procedimientos de regularización de pagos en exceso.

En tal sentido, se mantiene el incumplimiento por infracción a la norma, expresado en el Cargo N° 3 para el pago correspondiente al periodo de marzo/2011 al Beneficiario Wilson Rafael Quinteros Torres con NUB 220049910.

Cargo N° 4 (…)

Con respecto a este cargo, corresponde informar que los pagos efectuados con anterioridad a la fecha de cumpleaños de los Beneficiarios se identificaron una vez iniciados los procesos de validación de los pagos de la Renta Dignidad, en este entendido la Entidad Reguladora instruyó mediante nota AP/DPNC/10828/10 de fecha 26 de julio de 2010 dar estricto cumplimiento al inciso a) del artículo 30 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 062 de 21 de enero de 2008, correspondiendo adecuar su aplicación informática.

En respuesta, la Entidad Gestora informó mediante nota AA.GG. – 7008/2010 de fecha 10 de septiembre de 2010 que para el estricto cumplimiento del cronograma la modificación en su aplicación estaría vigente a partir del mes de septiembre 2010.

Ante la persistencia de este error, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emitió la nota APS/DPNC/10134/2012 de fecha 16 de febrero de 2012, mediante la cual reitera la instrucción de efectuar la modificación y ajustes necesarios a la aplicación utilizada para la actualización de información de Beneficiarios de la Renta Dignidad a objeto de que no existan pagos antes del cronograma, debiendo estar implementada dicha modificación para los pagos correspondientes al periodo de marzo/2012; asimismo se instruyó remitir informe sobre el cumplimiento del ajuste requerido. Sin embargo la Entidad Gestora no remitió informe alguno, motivo por el cual ésta Autoridad emitió la nota APS/DPNC/10972/2012 de 08 de noviembre de 2012 reiterando la remisión del mencionado informe.

En respuesta la Entidad Gestora remitió la nota AA.GG.-1940/2013 de 26 de febrero de 2013, mediante la cual informa que los ajustes necesarios se efectuaron y el problema con la actualización de la información fue resuelta hasta mayo de 2012.

De lo descrito se puede advertir que, la Entidad Gestora actuó negligentemente con respecto a la instrucción realizada por ésta Autoridad mediante nota AP/DPNC/10828/10 de fecha 26 de julio de 2010 con relación a los ajustes que debía efectuar a su aplicación, haciendo caso omiso de dicha instrucción hasta febrero de 2012, fecha en la cual la Entidad Reguladora reitera la instrucción.

Por lo expuesto, se mantiene el incumplimiento por infracción a la norma expresado en el Cargo N° 4 para los veintidós (22) pagos de Renta Dignidad observados.

Cargo N° 5 (…)

Revisada la documentación presentada por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, se puede evidenciar lo siguiente:

Casos en los que se levanta la observación:

a) Existen sesenta y siete (67) pagos de Renta Dignidad (Anexo 2) que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora, corresponden a casos que inicialmente fueron pagados dentro del plazo establecido; sin embargo a causa de las denuncias de suplantación que presentaron los Beneficiarios y debido a que los montos pagados fueron devueltos al Fondo de Renta Universal de Vejez, procedieron a habilitar los pagos nuevamente para los Beneficiarios.

Al respecto, verificada la documentación que cursa en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, las denuncias por cobro suplantado fueron presentadas con anterioridad a la prescripción del pago de los periodos observados, demostrando que los Beneficiarios intentaron efectuar los cobros dentro del plazo establecido. Asimismo, de acuerdo a los comprobantes de

depósito se advierte que los montos pagados inicialmente fueron devueltos al Fondo de Renta Universal de Vejez, en este sentido se efectuó un nuevo cálculo de la prescripción considerando la fecha en la que se efectuó el depósito al FRUV, siendo esta fecha a partir de la cual se contaba con fondos para los pagos.

b) *Existen diecisiete (17) pagos de Renta Dignidad (Anexo 3) que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponden a pagos que fueron inicialmente abonados a las EPI (Entidades Proveedoras de Información) y posteriormente revertidos, procediendo a la habilitación del pago por Entidad Financiera.*

   Al respecto, la Entidad Gestora puso a disposición de los Beneficiarios los pagos de Renta Dignidad por un (1) año a partir de la fecha de habilitación del pago en las Entidades Financieras, en aplicación de lo establecido en el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009.

c) *Existen veinte veintiséis (26) pagos de Renta Dignidad (Anexo 4) que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora los montos corresponden a la aplicación del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009.*

   Verificada la información que cursa en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, se puede advertir que para los periodos observados los Beneficiarios cuentan con solicitudes que fueron presentadas durante la vigencia del derecho y los mismos fueron pagados en plazo, conforme a la fecha en la que fueron habilitados.

d) *Existe un (1) pago de Renta Dignidad que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponde a un pago afectado por redistribución instruida mediante nota APS/DPNC/10948/2012 de 26 de octubre de 2012.*

   Verificada la información que cursa en la APS se advierte que la señora Juana Choque Rocha tenía un cobro de Bs200,00 (DOSCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) mismo que fue comunicado a la Entidad Gestora para que efectúe la redistribución en fecha 26 de octubre de 2012, fecha en la cual se encontraba vigente el periodo de septiembre/2011, por consiguiente la Entidad Gestora procedió a utilizar este periodo para asignarle el monto cobrado en exceso.

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Monto [Bs.]	Fecha Pago
1	220541621	2542616	CHOQUE	ROCHA		JUANA	13/05/1951	201109	200	07/11/2012

e) *Existen tres (3) pagos de Renta Dignidad, en los que se ha verificado que es correcta la afirmación de la Entidad Gestora respecto a que fueron habilitados conforme a la nota APS/DPNC/10940/2012 de 23 de octubre de 2012, en tal sentido se levanta la observación.*

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Monto [Bs.]	Fecha Pago
1	220320967	1516106	CHAVEZ	TABORGA		YOLANDA	16/09/1947	200801	200	31/10/2012

2	220320967	1516106	CHAVEZ	TABORGA		YOLANDA	16/09/1947	200802	200	31/10/2012
3	220320967	1516106	CHAVEZ	TABORGA		YOLANDA	16/09/1947	200803	200	31/10/2012

f) Existen siete (7) pagos de Renta Dignidad que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponden a la aplicación del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009.

Revisada la información que cursa en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, se advierte que la Entidad Gestora para el devengamiento de pagos, consideró las fechas enviadas cuando se produjeron los bloqueos de los registros, debiendo considerarse para la aplicación del procedimiento las fechas que se remitieron cuando los registros fueron habilitados.

No obstante, se observa que en todos los casos los Beneficiarios iniciaron solicitudes en las fechas que fueron consideradas por la Entidad Gestora para la estimación del devengamiento de pagos. Dichas solicitudes fueron solucionadas una vez que se remitió la habilitación de los registros; en tal sentido, les correspondía a los Beneficiarios efectuar los cobros por estos periodos:

N	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Fecha Pago	Fecha de solicitud enviada con estado IBL	Fecha de solicitud enviada con estado APT	Fecha de habilitación
1	300395510	798700	SAMUR		ALISS	MARGARITA	29/03/1950	201011	13/11/2012	17/11/2011	02/10/2012	17/10/2012
2	300395510	798700	SAMUR		ALISS	MARGARITA	29/03/1950	201012	13/11/2012	17/11/2011	02/10/2012	17/10/2012
3	300395510	798700	SAMUR		ALISS	MARGARITA	29/03/1950	201101	13/11/2012	17/11/2011	02/10/2012	17/10/2012
4	600031748	1623743	REYES	VEGA		GUILLERMO	10/02/1950	201012	28/11/2012	13/12/2011	03/10/2012	25/10/2012
5	600031748	1623743	REYES	VEGA		GUILLERMO	10/02/1950	201101	28/11/2012	13/12/2011	03/10/2012	25/10/2012
6	700012249	3959317	AGUERO	GALIAN		ENRIQUES TRANSITO	16/12/1950	201012	23/11/2012	22/11/2011	24/10/2012	08/11/2012
7	700012249	3959317	AGUERO	GALIAN		ENRIQUES TRANSITO	16/12/1950	201101	23/11/2012	22/11/2011	24/10/2012	08/11/2012

Casos en los que se mantiene la observación:

g) Existen treinta y dos (32) pagos de Renta Dignidad (Anexo 5) que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponden a un desbloqueo masivo IAR (Inactivo por cobro rezagado) en cumplimiento a la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011.

La mencionada Circular modificó la cantidad de periodos consecutivos no cobrados que debían existir para que la Entidad Gestora proceda con el bloqueo IAR, de seis (6) a trece (13) periodos; en tal sentido, procedió al desbloqueo de los Beneficiarios que contaban con más de seis (6) periodos y menos de trece (13) periodos no cobrados.

Al momento del desbloqueo, la Entidad Gestora habilitó pagos pendientes de cobro que no correspondían, considerando para ello la fecha de solicitud remitida anteriormente por ésta Autoridad y tomando como fecha de habilitación para el

cálculo de la prescripción el 12 de julio de 2012 (día siguiente a la notificación de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011).

Conforme al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, el devengamiento no podrá exceder un máximo de 12 periodos ***anteriores a la fecha de solicitud****, mismos que prescribirán en un (1) año a partir de la fecha de habilitación del registro en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad.*

Revisados los casos observados, se advierte que en los treinta y dos (32) pagos de Renta Dignidad ya había sido estimado previamente el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad, tomando para ello las fechas de solicitud a las que hace referencia la Entidad Gestora y que habilitaban los periodos señalados en la columna denominada "Periodos Habilitados" del Anexo 5, concluyendo de esta forma con lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009. Los periodos observados en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 no se encuentran dentro del rango de periodos habilitados.

Asimismo, es evidente que la habilitación de periodos de pago de la Renta Dignidad efectuados por la Entidad Gestora en aplicación de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011, no fue procesada en virtud a solicitudes presentadas por los Beneficiarios, por lo tanto el proceso automatizado al que hace referencia la Entidad Gestora, incurrió en un error al tomar la fecha de solicitud que previamente había sido remitida por la APS en la habilitación de cada registro, y mediante la cual ya fueron habilitados los periodos que en esa oportunidad correspondían.

En tal sentido, la Entidad Gestora amplió injustificadamente la prescripción y la cantidad de periodos habilitados en estos treinta y dos (32) pagos.

h) Existen doce (12) pagos de Renta Dignidad (Anexo 6) que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponden a registros que fueron bloqueados con estado (IAP) a objeto de verificar la documentación y que al momento de habilitarlos aplicaron el procedimiento establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009.

Sin embargo, se pudo verificar que con anterioridad al bloqueo IAP ya se habían considerado las fechas de solicitud para estimar el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad, habilitando los periodos señalados en la columna denominada "Periodos Habilitados" del Anexo 6, concluyendo de esta forma con lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009. Los periodos observados en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 no se encuentran dentro del rango de periodos habilitados.

i) Existen tres (3) pagos de Renta Dignidad que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponden a un Beneficiario con solicitud de desbloqueo por cobro rezagado de fecha 08 de agosto de 2011.

Sin embargo, la fecha en la que la Entidad Gestora suscribió el Formulario de Desbloqueo IAR (08/08/2011), habilitaba los periodos a partir de julio/2010, por lo tanto los pagos por los periodos abril/2010 a junio/2010 no debían ser efectuados.

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Fecha Pago	Monto a reponer (Bs.)	Comisión a devolver (Bs.)
1	220693104	248970	MAMANI		CONDORI	CELESTINA	07/04/1926	201004	07/08/2012	200,00	7,44
2	220693104	248970	MAMANI		CONDORI	CELESTINA	07/04/1926	201005	07/08/2012	200,00	7,44
3	220693104	248970	MAMANI		CONDORI	CELESTINA	07/04/1926	201006	07/08/2012	200,00	7,44
TOTAL										**600,00**	**22,32**

j) Existen dos (2) pagos de Renta Dignidad que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora corresponden a periodos que fueron pagados inicialmente cuando éstos se encontraban vigentes; sin embargo debido a que fueron revertidos estos fueron habilitados nuevamente.

Al respecto, la Entidad Gestora no presenta descargos que aclaren los motivos por los cuales se revirtieron los pagos iniciales.

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Fecha Pago	Monto a reponer (Bs.)	Comisión a devolver (Bs.)
1	900251539	2520628	QUISPE	IGNACIO	COLQUE	MATILDE	07/03/1949	200903	20/03/2012	200,00	7,44
2	900251539	2520628	QUISPE	IGNACIO	COLQUE	MATILDE	07/03/1949	200904	20/03/2012	200,00	7,44
TOTAL										**400,00**	**14,88**

k) Existen ocho (8) pagos de Renta Dignidad en los cuales la Entidad Gestora acepta expresamente que se tratan de redistribuciones efectuadas en periodos que se encontraban prescritos.

Asimismo, corresponde señalar que tratándose de redistribuciones no existe daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez y que actualmente la Entidad Gestora procedió a la regularización de los registros; sin embargo, es evidente que al momento de aplicar la redistribución de pagos por cobros en exceso, la Entidad Gestora no efectuó los controles necesarios con relación a la prescripción de los periodos de Renta Dignidad, en tal sentido se mantiene la observación en los ocho (8) pagos de Renta Dignidad observados.

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Fecha Pago	Monto (Bs.)
1	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201102	07/11/2012	150
2	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201103	07/11/2012	150

3	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201104	07/11/2012	150
4	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201105	07/11/2012	150
5	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201106	07/11/2012	150
6	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201107	07/11/2012	150
7	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201108	07/11/2012	150
8	300144980	799151	PERICON	MORALES		GERMAN	11/10/1948	201109	07/11/2012	150

l) Existen cincuenta y tres (53) pagos de Renta Dignidad (Anexo 7) que de acuerdo al informe de la Entidad Gestora los montos pagados, intereses y comisiones fueron reembolsados al Fondo de Renta Universal de Vejez e informados a esta Autoridad mediante nota AA.GG.- 8134/2012 de 09 de agosto de 2012.

Al respecto, se verificó que los cincuenta y tres (53) pagos de Renta Dignidad observados forman parte del total de casos reportados en la nota AA.GG.- 8134/2012 de 09 de agosto de 2012, sin embargo, si bien en dicha nota se comunica que los pagos, intereses y comisiones fueron reembolsados al Fondo de Renta Universal de Vejez, no existiendo de esta forma daño al FRUV ni a los Beneficiarios, no se demuestra que la infracción no haya sido cometida, en tal sentido se mantiene la observación en los cincuenta y tres (53) pagos de Renta Dignidad observados.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad a lo anteriormente expresado y con el objeto de establecer la sanción respectiva, en los casos en que se verificó la existencia de infracción administrativa, corresponde realizar el análisis de la preterintencionalidad y la proporcionalidad, en base a lo que sigue:

- ***Para el Cargo N° 2:***

La preterintencionalidad en los cuarenta y tres (43) casos de los cuarenta y cuatro (44) imputados se ha visto expresada, en el hecho de que el regulado, no consideró las disposiciones reglamentarias las cuales debe observar a efecto de prestar sus servicios de manera adecuada. En ese sentido, debió verificar que los Beneficiarios se encontraban debidamente habilitados para el cobro de la Renta Dignidad y no realizar pagos dobles.

Al incumplir la normativa, incurre no sólo en inobservancia de una disposición legal que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, relativa a que producto de haber realizado pagos de la Renta Dignidad, a un mismo Beneficiario en más de una oportunidad, ocasionó que se erogue dinero del FRUV en una proporción mayor a la que correspondía.

- ***Para el Cargo N° 4:***

La preterintencionalidad en los veintidós (22) casos imputados se materializa en el incumplimiento de disposiciones reglamentarias vigentes, de acuerdo a las cuales, debió haber realizado los ajustes necesarios en su aplicación, con el objeto de prestar sus servicios de manera adecuada y realizar el pago de la Renta Dignidad de acuerdo al cronograma establecido por norma.

Al incumplir la normativa, incurre no sólo en inobservancia de una disposición legal que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que es erogar dineros del FRUV cuando no corresponde, sin justificativo y exponerse a que el derecho del cobro no se concrete, por un acontecimiento natural como es el fallecimiento de cualquier Beneficiario, poniendo en riesgo los recursos del FRUV innecesariamente.

Que habiéndose confirmado el carácter preterintencional de las infracciones imputadas en los Cargos N° 2 y 4 y, verificada la existencia de contravenciones a la normativa, imputadas en los Cargos N° 1, 3 y 5 corresponde el establecimiento de las sanciones respectivas, debiendo considerarse a tal efecto la valoración razonada de la prueba y la sana critica, así como los criterios de calificación de gravedad establecidos por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y finalmente, lo previsto por el principio de proporcionalidad.

Que el punto III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), señala:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley, y normas derivadas aplicadas, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.

El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren*

previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida***.**

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión."*

Que con el objeto de que exista simetría entre la infracción y la sanción a ser impuesta considerados por el principio de proporcionalidad, a continuación se verifica el cumplimiento de los parámetros que se deben considerar, para cada cargo en forma específica:

Cargo N° 1:

a) *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." Consecuentemente, el hecho de que el Ente Gestor no reportara correctamente, los registros producto de la redistribución del pago en exceso a la Beneficiaria Balvina Sirpa de Guarachi con NUB 220910451, dando lugar a pagos dobles en los periodos de agosto/2011 a julio/2012, constituye un incumplimiento e infracción al ordenamiento administrativo, específicamente a lo dispuesto en el Caso 2, Numeral 8 del Anexo I de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 268-2009 de 31 de diciembre de 2009.*

b) *El hecho se encuentra comprobado, respecto a los doce (12) pagos, en los que posterior a la redistribución, el Ente Gestor, reportó los pagos dobles como eliminaciones, a objeto de regularizar los registros; regularizaciones que no serían necesarias si hubiera pagado correctamente.*

c) *Los descargos presentados por el regulado han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa imputada en los doce (12) pagos observados. Asimismo, se considera la ausencia de daño económico a Beneficiarios o al Fondo de Renta Universal de Vejez.*

Cargo N° 2:

a) *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de*

septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." Consecuentemente, el hecho de que el Ente Gestor hubiese efectuado pagos dobles de la Renta Dignidad a un mismo Beneficiario, constituye un incumplimiento e infracción al ordenamiento administrativo, específicamente a lo dispuesto por el artículo 12 incisos b) y c) de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 062 de 21 de enero de 2008, así como a la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por el Ente Gestor y la ex-SPVS.

b) *El hecho se encuentra comprobado, en cuarenta y tres (43) casos de los cuarenta y cuatro (44) imputados, por las copias de los comprobantes de reembolso al FRUV, remitidos por el Ente Gestor, en los que se verifica que los montos indebidamente pagados fueron reembolsados por la entidad en once (11) casos y en los treinta y dos (32) restantes, por los Beneficiarios, antes del inicio del presente proceso.*

c) *Los descargos presentados por el regulado han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa imputada en cuarenta y tres (43) casos de los cuarenta y cuatro (44) imputados. Asimismo, se considera la ausencia de daño económico a Beneficiarios o al Fondo de Renta Universal de Vejez.*

Cargo N° 3

a) *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." Consecuentemente, el hecho de que el Ente Gestor no aplicara correctamente la redistribución de pagos y pagase el periodo de marzo/2011 al Beneficiario Wilson Rafael Quinteros Torres con NUB 220049910, constituye un incumplimiento e infracción al ordenamiento jurídico administrativo, dispuesto por el caso 2, Numeral 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 268-2009 de 31 de diciembre de 2009.*

b) *El hecho se encuentra comprobado, en el registro de redistribución del monto cobrado en exceso y la eliminación del periodo observado y reportado por el Ente Gestor en fecha 22 de abril de 2014 mediante nota AA.GG.- 3718/2014, de manera posterior a la notificación con cargos.*

c) *Los descargos presentados por el Ente Gestor han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa imputada.*

Cargo N°4

a) *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." Consecuentemente, el hecho de que el Ente Gestor efectuara pagos de Renta Dignidad, antes del cronograma de pago establecido, constituye un incumplimiento e infracción al ordenamiento jurídico administrativo, contemplado por el artículo 30 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 062 de 21 de enero de 2008.*

b) *El hecho se encuentra comprobado, con las siguientes notas de correspondencia mantenidas con el Ente Gestor en las cuales se solicitaba solucionar un problema de actualización: AP/DPNC/10828/10 de 26 de julio de 2010, APS/DPNC/10134/2012 de 16 de febrero de 2012, APS/DPNC/10972/2012 de 08 de noviembre de 2012.*

c) *Los descargos presentados por el Ente Gestor han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa imputada.*

Cargo N° 5:

a) *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." Consecuentemente, el hecho de que el Ente Gestor no controlara la prescripción del beneficio de la Renta Dignidad y procediera a su pago cuando se hallaba prescrito, constituye un incumplimiento al ordenamiento administrativo, según lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y al artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007.*

b) *El hecho se encuentra comprobado en ciento diez (110) casos de doscientos treinta y un (231) imputados, conforme el análisis técnico realizado previamente y que ha sido desarrollado en el anterior considerando.*

c) *Los descargos presentados por la Entidad Gestora han sido valorados, de acuerdo a lo cual se confirma la existencia de la contravención imputada en los casos antes señalados.*

Que respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se tiene lo siguiente:

- ***Para el Cargo N° 1***: ***a)*** *Se ha determinado que los actos en los doce (12) pagos, han sido causados por falta de control en el proceso de redistribución y sin*

intencionalidad; ***b)*** *El incumplimiento de deberes del Ente Regulado ocasiona que se realicen regularizaciones en los registros, como consecuencia de la negligencia demostrada,* ***c)*** *No existe reincidencia.*

- ***Para el Cargo N° 2****:* ***a)*** *Se ha determinado que la existencia de preterintencionalidad en los cuarenta y tres (43) casos, en los que se determinó la existencia de pagos dobles y se desestima la observación en el caso del Beneficiario Mamerto Goyochea;* ***b)*** *El incumplimiento observado ocasionó que se eroguen dineros innecesariamente;* ***c)*** *Existe reincidencia toda vez que el hecho imputado, fue sancionado anteriormente mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 978-2013 de 30 de octubre de 2013, imputado como Cargo N° 1.*

- ***Para el Cargo N° 3****:* ***a)*** *Se ha determinado que la redistribución cobrada en exceso por el Beneficiario Wilson Rafael Quinteros Torres, ha sido causada por falta de control en el proceso de redistribución, pero sin que se advierta intencionalidad;* ***b)*** *El incumplimiento de deberes del Ente Regulado ocasiona que se realicen regularizaciones en el registro, como consecuencia de la negligencia demostrada,* ***c)*** *No existe reincidencia.*

- ***Para el Cargo N° 4****:* ***a)*** *Se ha determinado que el pago antes de cronograma en veintidós (22) casos, ha sido causado por negligencia y falta de control en el proceso de habilitación de pagos de Renta Dignidad;* ***b)*** *El incumplimiento de deberes del Ente Regulado no ha ocasionado daño alguno verificable;* ***c)*** *Existe reincidencia toda vez que el hecho imputado, fue sancionado anteriormente mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 978-2013 de 30 de octubre de 2013, imputado como Cargo N° 4.*

- ***Para el Cargo N° 5****:* ***a)*** *Se ha determinado que el pago prescrito del beneficio de la Renta Dignidad, verificado en los casos establecidos en el anterior Considerando, ha sido ocasionado de manera culposa en el entendido de que no existió dolo en la comisión de la infracción, sino más bien negligencia en ciento diez (110) casos, de los cuales cuarenta y nueve (49) ocasionaron daño al FRUV;* ***b)*** *El incumplimiento de deberes del Ente Regulado ocasiona que se eroguen recursos del FRUV cuando no correspondía;* ***c)*** *Existe reincidencia, toda vez que la conducta imputada ha sido sancionada como Cargo N° 5 en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 978-2013 de 30 de octubre de 2013.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997

Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica (sic) *y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

> *"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.*
>
> *c) Gravedad leve: cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*
>
> *d) Gravedad levísima: cuando la contravención haya sido sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficiarios del SSO y en general para ningún Afiliado."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

> *"a) Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada como gravedad levísima.*
>
> *b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

> *"b) Infracción calificada como gravedad media de cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses.*
>
> *c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."*
>
> *d) Infracción calificada como gravedad levísima: No sujeta a multa pecuniaria."*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que habiéndose verificado la existencia de las contravenciones administrativas imputadas, de acuerdo al artículo 75 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde determinar la sanción, en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad…"

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, resolvió:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI, por el* ***Cargo N° 1*** *de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, con Amonestación, por incumplimiento a lo dispuesto en el Caso 2, Numeral 8 del Anexo I de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 268-2009 de 31 de diciembre de 2009, en el caso de la Beneficiaria Balvina Sirpa de Guarachi.*

SEGUNDO.- I. *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI, por el* ***Cargo N° 2*** *de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo dispuesto en los incisos b) y c) del artículo 12 del Procedimiento para el Pago de la Renta Dignidad aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y a la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato suscrito con la ex-SPVS, en cuarenta y tres (43) casos en que se evidenció la existencia de pagos dobles.*

II. *Además de la multa determinada, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI deberá reponer al Fondo de Renta Universal de Vejez - FRUV el monto correspondiente a las comisiones que hubiera cobrado por los cuarenta y tres (43) casos que constan en el Anexo 8.*

III. *Desestimar el cargo imputado en cuanto al Beneficiario Mamerto Goyochea.*

TERCERO.- *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI, por el* ***Cargo N° 3*** *de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, con Amonestación, por incumplimiento a lo dispuesto en el Caso 2, Numeral 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa AP/DPNC/N° 268-2009 de 31 de diciembre de 2009, en el caso del Beneficiario Wilson Rafael Quinteros Torres con NUB 220049910.*

CUARTO.- *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI, por el* ***Cargo N° 4*** *de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, en veintidós (22) casos,*

detallados en el Anexo 9, en los que realizó el pago de la Renta Dignidad antes del cronograma establecido.

QUINTO.- I. *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI, por el* ***Cargo N° 5*** *de la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, con una multa de en Bolivianos equivalente a $us6.000,00 (SEIS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y al artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007, por pagar el beneficio de la Renta Dignidad en ciento diez (110) casos, detallados en el Anexo 10, cuando estos se hallaban prescritos, de los cuales, en cuarenta y nueve (49) casos se estableció la existencia de daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez.*

II. *Además de la multa determinada, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA - SAFI deberá reponer al Fondo de Renta Universal de Vejez - FRUV los montos pagados por concepto de Renta Dignidad más el monto correspondiente a las comisiones que hubiera cobrado en cuarenta y nueve (49) casos detallados en el Anexo 11.*

III. *Desestimar el cargo imputado en los ciento veintiún (121) casos restantes de los sancionados.*

SEXTO.- *La sanción de Amonestación impuesta en los Cargos 1 y 3 deberá ser considerada por el Ente Gestor como antecedente, para futuros procesos sancionatorios de similares características.*

SÉPTIMO.- *Las reposiciones por concepto de pago de la Renta Dignidad y comisiones señaladas para los Cargos N° 2 y 5, deberán ser depositadas en la Caja de Ahorros en moneda nacional N° 1-5979204 del Banco Unión, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

OCTAVO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota AA.GG.-5676/2014, presentada el 27 de junio de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, **únicamente en lo que se refiere al cargo Nº 5**, con los siguientes alegatos:

"…*Observamos que los 49 casos en los que su Autoridad establece que existió daño económico al FRUV, fueron pagados de acuerdo a lo establecido por la normativa vigente en el momento de la habilitación y luego en el momento del pago de los mismos, por lo que no es evidente la existencia del mencionado daño económico y no corresponden la sanción ni la calificación de gravedad fijados a nuestra Asociación.*

Los 49 casos de desglosan en cuatro observaciones distintas:

- *32 casos habilitados por desbloqueo masivo IAR de acuerdo a la Circular 39-2011.*
- *12 casos habilitados por desbloqueo IAP con documentación obtenida por regularización de pagos observados.*
- *3 casos habilitados por un desbloqueo IAR al NUB 220693014.*
- *2 casos habilitados por reversión efectuada del NUB 900251539.*

***Con relación al desbloqueo masivo IAR de 32 casos**, instruido por la Circular APS/DPNC-39/2011, en el Análisis del Descargo efectuado en la R.A. 384-2014, inciso (g), páginas 16 y 17, su Autoridad razona de la siguiente manera:*

> *Al momento del desbloqueo, la Entidad Gestora habilitó pagos pendientes de cobro que no correspondían, considerando para ello la fecha de solicitud remitida anteriormente por ésta Autoridad y tomando como fecha de habilitación para el cálculo de la prescripción el 12 de julio de 2012 (día siguiente a la notificación de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011).*

*Entendemos que su Autoridad se está refiriendo a la **fecha de inicio** 12 de julio de **2011**, día siguiente a la notificación de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011. La **fecha de prescripción** correspondiente para los pagos habilitados es el **11 de julio de 2012**, como lo indicamos en nuestra nota de descargo AAGG-4396/2014. Su Autoridad continúa así:*

> *Conforme al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, el devengamiento no podrá exceder un máximo de 12 periodos anteriores a la fecha de solicitud, mismos que prescribirán en un (1) año as* (sic) *partir de la fecha de habilitación del registro en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad.*
>
> *Revisados los casos observados, se advierte que en los treinta y dos (32) pagos de Renta Dignidad ya había sido estimado previamente el devangamiento de pagos de la Renta Dignidad, tomando para ello las fechas de solicitud las que hace referencia la Entidad Gestora y que habilitaban los periodos señalados en la columna "Periodos Habilitados" del Anexo 5, concluyendo de esta forma con lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009. Los periodos observados en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014 no se encuentran dentro del rango de períodos habilitados.*
>
> *Asimismo, es evidente que la habilitación de periodos de pago de la Renta Dignidad efectuados por la Entidad Gestora en aplicación de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 8 de julio de 2011, no fue procesada en virtud a solicitudes*

presentadas por los Beneficiarios, por lo tanto el proceso automatizado al que hace referencia la Entidad Gestora, incurrió en un error al tomar la fecha de solicitud que previamente había sido remitida por la APS en la habilitación de cada registro, y mediante la cual ya fueron habilitados los periodos que esa oportunidad correspondían.

La "fecha de solicitud" que se utiliza para implementar lo establecido en la R.A. 191-2009 está definida en la misma Resolución Administrativa en su Art. 4° y consiste en la "fecha de primera solicitud" que es reportada en las actualizaciones de registros de la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad (BDRD) remitidas por la APS a nuestra Asociación. Los 32 registros observados conservaban esa fecha al 12 de julio de 2011, por lo que la misma debía ser tomada en cuenta para determinar la habilitación de los periodos de pago faltantes de acuerdo la R.A. 191-2009. Ahora bien, su Autoridad, en fecha 3 de abril de 2012, remitió la nota de aclaración APS/DPNC/10286/2012 que dice:

> *En tal sentido, a efectos de aplicar adecuadamente el control sobre la prescripción de los pagos de la Renta Dignidad y en cumplimiento al artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, la Asociación Accidental La Vitalicia - Bisa SAFI deberá calcular el devengamiento mayor a doce meses, considerando la fecha de solicitud del último registro de actualización enviado por la APS, controlando que dicha actualización tenga un estado de habilitación y además exista alguna modificación en cuanto a Cédula de Identidad, tipo de documento, nombres, apellidos o fecha de nacimiento.*
>
> *Las actualizaciones de registro remitidas por la APS, que no cumplan las condiciones indicadas anteriormente, no deben generar el recálculo de la vigencia de los periodos de Renta Dignidad.*

Esta carta de aclaración es consistente con lo argumentado por su Autoridad en el análisis efectuado en la R.A. 384-2014, ya que la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 sólo cambiaba el estado de los beneficiarios afectados y no los restantes datos que impliquen aplicar los plazos de vigencia modificados establecidos por la R.A. 191-2009. Sin embargo, la aclaración es de fecha 3 de abril de 2012, una fecha posterior al 11 de julio de 2011, fecha de recepción de la Circular APS/DPNC/N° 39- 2011 y asimismo la fecha en la que se generaron los pagos observados. Hasta el 3 de abril de 2012, nuestra Asociación calculó los plazos de vigencia de todos los pagos generados de acuerdo a lo establecido por la R.A. 191-2009, siempre y cuando el beneficiario contara con fecha de primera solicitud; desde el 3 de abril de 2012, sólo se calculan plazos de vigencia modificados si el beneficiario tiene además modificaciones de datos de identificación en la última actualización remitida por la APS.

Su Autoridad consideró necesaria la aclaración de la nota APS/DPNC/10286/2012 debido a que la misma no estaba expresada en la R.A. 191-2009. Se debe considerar, por tanto, el principio establecido en el Art. 123 de la Constitución Política del Estado:

> *Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo (...)*

Lo cual implica también que los criterios complementarios de la nota APS/DPNC/10286/2012 no se pueden aplicar retroactivamente a ningún pago habilitado antes del 3 de abril de 2012 en cumplimiento de la R.A. 191-2009, y específicamente a los 32 pagos sancionados en la R.A. 384-2014, que por tanto se efectuaron en cumplimiento de la normativa vigente

***Con relación a 12 casos de desbloqueo de bloqueo preventivo IAP**, la situación es similar. Su Autoridad en el Análisis del Descargo efectuado en la R.A. 384-2014, inciso (h), página 18, expresa lo siguiente:*

> *Sin embargo, se pudo verificar que con anterioridad al bloqueo IAP ya se habían considerado las fechas de solicitud para estimar el devengamiento de Pagos de Renta Dignidad, habilitando los periodos señalados en la columna denominada "Periodos Habilitados" den* (sic) *Anexo 6, concluyendo de esta forma con lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009. Los periodos observados en la Nota de Cargos APS-EXTDE/1108/2014 no se encuentran dentro del rango de periodos habilitados.*

En este caso los pagos fueron habilitados el 21 de octubre de 2011, con vigencia desde esa fecha hasta el 20 de octubre de 2012. Los registros de los beneficiarios contaban con fecha de primera solicitud, por lo que, para los pagos habilitados, se aplicaron los criterios de vigencia modificada establecidos en la R.A. 191-2009. De haber existido en ese momento la aclaración de la nota APS/DPNC/10286/2012, la vigencia se habría calculado con los criterios regulares del D.S. 29400, ya que sólo se modificó el estado de los registros de los beneficiarios sin existir una actualización de datos de identificación de los mismos. Sin embargo, la aclaración no existía, no se puede aplicar retroactivamente, y los pagos fueron habilitados de acuerdo a la normativa vigente en ese momento, por lo que no corresponde la sanción establecida en la R.A. 384-2014.

***Similar análisis ocurre con los 3 casos de desbloqueo IAR del NUB 220693014**. Su Autoridad en el Análisis del Descargo efectuado en la R.A. 384-2014, inciso (i), página 18, expresa lo siguiente:*

> *Sin embargo, la fecha en la que la Entidad Gestora suscribió el formulario de Desbloqueo IAR (08/08/2011), habilitaba los periodos a partir de julio/2010, por lo tanto, los pagos por los periodos abril/2010 a junio/2010, no debían ser efectuados.*

De acuerdo a lo establecido por la R.A. 191-2009, se empleó la fecha de (sic) *primera solicitud registrada por la APS con la beneficiaria, 20 de noviembre de 2009; por lo que todos los pagos no generados para la beneficiaria, desde un año antes de la fecha de primera solicitud hasta el periodo junio 2011, se generaron con la vigencia modificada establecida por la R.A. 191-2009, vale decir, con vigencia desde el 12 de agosto de 2011 hasta el 11 de agosto de 2012. Hasta marzo 2010, los pagos se generaron mensualmente con la vigencia regular establecida por el D.S. 29400. Desde abril 2010, cuando se colocó el bloqueo IAR, los pagos no se generaron y el registro permaneció en ese estado hasta la finalización del trámite de desbloqueo (12 de agosto de 2011).*

Una vez desbloqueado (sic), *todos los periodos faltantes, pero específicamente los periodos observados (abril, mayo y junio de 2010) se generaron con la vigencia modificada establecida por la R.A. 191-2009, reiteramos, porque la beneficiaria tenía registrada fecha de primera solicitud.*

De haber existido en ese momento la aclaración de la nota APS/DPNC/10286/2012, la vigencia se habría calculado con los criterios regulares del D.S. 29400, ya que sólo se modificó el estado del registro de la beneficiaria sin existir una actualización de datos de identificación. Sin embargo, la aclaración no existía, no se puede aplicar retroactivamente, y los pagos fueron habilitados de acuerdo a la normativa vigente en ese momento, por lo que no corresponde la sanción establecida en la R.A. 384-2014.

***Finalmente, para los 2 casos habilitados por reversión del NUB 900251539**, corresponden a dos pagos registrados originalmente con fecha 21 de mayo de 2009, los cuales fueron observados como pagos con defecto. Hechas las gestiones, la entidad financiera no logró realizar la regularización y más bien efectuó el reembolso en fecha 7 de octubre de 2011. Dicha reversión fue informada a su Autoridad con la nota AAGG-11454/2011 de fecha 4 de noviembre de 2011. Del análisis del caso y de las boletas de pago disponibles, nuestra Asociación determinó que el pago de fecha 21 de mayo de 2009 probablemente no había sido efectuado a la beneficiaría, por lo que correspondía habilitar su reposición, toda vez que la entidad financiera había efectuado el reembolso. De esta manera, en fecha 20 de marzo de 2012, la beneficiaría efectuó el cobro de los periodos marzo y abril de 2009 junto con los periodos de enero y febrero de 2012.*

Considerando que ha existido un reembolso al FRUV y no se podía perpetuar un eventual daño a la beneficiaría, toda vez que existió la correspondiente reparación, consideramos que este caso no implica ningún daño al FRUV, por lo que no corresponde la sanción establecida por la R.A. 384-2014.

Petitorio

En atención al presente Recurso de Revocatoria, solicitamos respetuosamente a su Autoridad, la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 DE 28 DE JULIO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014; los argumentos que presenta para ello, son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que en principio, es preciso señalar que el proceso administrativo sancionatorio, ha sido sustanciado con pleno sometimiento a la ley y por ende, dentro de un marco de

legalidad, propicio para la presentación de toda la prueba de descargo que pueda ofrecer y producir la Entidad Gestora.

Que con relación a los argumentos vertidos por la Entidad Gestora en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 28 de noviembre de 2013 en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 978-2013 de 30 de octubre de 2013, cabe indicar lo siguiente:

<u>Análisis de los argumentos de impugnación</u>

a) Con referencia a los treinta y dos (32) pagos de Renta Dignidad que corresponden a un desbloqueo masivo IAR (Inactivo por cobro rezagado) en cumplimiento a la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011.

La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en primera instancia señala que para los treinta y dos (32) casos observados tomaron como "fecha de solicitud" la que consignaban los registros al 12 de julio de 2011 (día siguiente de la notificación con la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011), dando cumplimiento al artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009.

Al respecto, corresponde citar los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009, mismos que establecen lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 2°.- (DEVENGAMIENTO).** Los Beneficiarios no registrados en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad, cobraran el beneficio de la Renta Dignidad una vez que se encuentren registrados, teniendo derecho al devengamiento conforme a lo siguiente:*
…
II. Será suspendida la prescripción y se considerará el pago devengado de los periodos vigentes a la fecha en que presentó su solicitud, siempre y cuando la solicitud se trate de alta modificación o desbloqueo de registro, conforme al Artículo siguiente.

***ARTÍCULO 3°.- (DEVENGAMIENTO MAYOR A 12 MESES).** El devengamiento mayor a 12 periodos será considerado individualmente por cada caso, de acuerdo a la primera solicitud efectuada por el Beneficiario a partir del 01 de febrero de 2008, en cualquiera de los siguientes casos:*

a) Cuando el Beneficiario hubiera iniciado la solicitud en la Entidad de Captura de Datos.

b) Cuando el Beneficiario hubiera iniciado la solicitud en cualquier Entidad Gestora de la Renta Dignidad, mediante el Formulario de Reclamo correspondiente.

En aplicación a la prescripción establecida en el Artículo 26 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, el devengamiento no podrá exceder de un máximo de 12 periodos anteriores a la fecha de solicitud. Asimismo, dichos

periodos devengados prescribirán en 1 año a partir de la fecha de la habilitación del registro en la Base de Datos de la Renta Dignidad.

ARTÍCULO 4°.- (ESTIMACIÓN DEL DEVENGAMIENTO). *En el proceso de actualización, la SPVS deberá verificar la fecha de la primera solicitud en el registro de solicitudes efectuadas en la ECD como las recibidas por las Entidades Gestoras.*

La mencionada fecha será reportada por la SPVS a la Entidad Gestora en el proceso regular de actualización, cuando corresponda incluyendo ese dato al final de registro de acuerdo a la estructura de datos establecida en la Resolución Administrativa/SPVS/N° 1000 de 22 de diciembre de 2008… "

De los artículos anteriormente transcritos, se puede evidenciar que la fecha de solicitud a la que hace referencia la norma se trata de la fecha en la que el Beneficiario efectuó una solicitud de actualización a través de la Entidad de Captura de Datos o un reclamo para el pago de la Renta Dignidad. Los periodos habilitados con esta fecha de solicitud son 12 periodos anteriores a la misma y cuya prescripción es de 1 año a partir de la fecha de habilitación.

Para los treinta y dos (32) casos observados, la primera "fecha de solicitud" remitida a la Entidad Gestora por esta Autoridad correspondiente a un trámite específico, generó el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad concluyendo de esta manera con el procedimiento establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 para ese trámite.

Posterior a la emisión de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011, la APS no remitió en ningún caso alguna actualización que corresponda a una modificación o desbloqueo de registro conforme al parágrafo II. del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y a través de la cual se haya enviado una "fecha de solicitud" correspondiente a un nuevo trámite.

La Entidad Gestora consideró la "fecha de solicitud" consignada en los registros al 12 de julio de 2011 (día siguiente de la notificación con la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011), sin tomar en cuenta que dicho trámite ya había finalizado, dando lugar de esta manera a pagos de la Renta Dignidad con prescripción mayor a la que correspondía.

El devengamiento de pagos de la Renta Dignidad reglamentada por la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009, fue emitida concordante con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, ambas normativas tienen como fin establecer límites en el pago de la Renta Dignidad, y no así disponer una vigencia indefinida.

Ante la aseveración de la Entidad Gestora sobre la aplicación retroactiva de los criterios señalados en la nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012, corresponde indicar que los treinta y dos (32) casos observados ***no*** *fueron evaluados*

en el cumplimiento de la misma, porque fue emitida con posterioridad a los pagos observados. Por lo que su observación no corresponde.

La nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012 se emitió posteriormente, a efectos de aclarar lo dispuesto previamente en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009, cuyo parágrafo II del artículo 2 dispone que la ***prescripción será suspendida*** *y se considerará el pago devengado de los periodos vigentes a la fecha en que presentó su solicitud,* ***siempre y cuando la solicitud se trate de alta, modificación o desbloqueo de registro****.*

En el proceso de control que efectúa esta Autoridad, se verificó la aplicación indebida del artículo previamente citado, siendo que la Entidad Gestora tomaba para el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad y para el cálculo de la prescripción, la información remitida por esta Autoridad que no correspondía específicamente a una de las condiciones que debían cumplirse para suspender la prescripción (alta, modificación o desbloqueo). El inciso b) artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008 establece claramente que "Modificación", se da cuando se establezca que la información del documento de identidad presentado por el Beneficiario tiene diferencias con la información que registra la BDRD. ***(Diferencias en cuanto a fecha de nacimiento, número del documento de identidad, nombres y apellidos)****.*

Asimismo, corresponde señalar que el procedimiento aplicado por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI conlleva el riesgo de habilitar el pago de periodos prescritos ante cualquier desbloqueo efectuado por la Entidad Gestora en los casos en los que los Beneficiarios hubieran realizado alguna solicitud de actualización o desbloqueo en algún momento, ocasionando con ello daño al FRUV (Fondo de Renta Universal de Vejez).

Por lo señalado, se puede concluir que la Entidad Gestora no aplicó correctamente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y su accionar, demuestra que ha dado lugar a que se efectúen pagos prescritos.

Aplicar la fecha de una primera solicitud en todos los trámites que realice el Beneficiario conllevaría a que los pagos de la Renta Dignidad sean imprescriptibles y el alejamiento a la idea rectora establecida por el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 que señala que el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad, prescribe en un (1) año, sin considerar que la normativa señala que el devengamiento mayor a doce (12) meses será considerado individualmente a partir de una solicitud o reclamo presentado por el Beneficiario (artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009).

Asimismo, es importante mencionar que si a criterio de la Entidad Gestora la mencionada resolución, necesitaba una aclaración para su correcta aplicación, el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, le otorgaba el derecho de solicitar la aclaración y complementación debida oportunamente. No

habiendo sucedido aquello, esta Entidad de Regulación entiende que no existió duda alguna en cuanto a lo Reglamentado.

La emisión posterior de la nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012, no es aplicable a los casos analizados y su cumplimiento no fue observado en el cargo imputado, por lo que la argumentación respecto a la nota indicada tampoco corresponde, considerando además que la nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012, así como la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, no puede modificar el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 o desnaturalizar lo previsto por ella, en ese sentido y por jerarquía normativa, se debe mantener la idea central que el derecho a solicitar el pago del beneficio de la Renta Dignidad prescribe en un año y la Entidad Gestora es la responsable de realizar el control debido para evitar pagos prescritos.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la Entidad Gestora no son suficientes para desestimar el incumplimiento en los treinta y dos (32) pagos de Renta Dignidad observados (Anexo 1).

b) Con referencia a los doce (12) pagos de Renta Dignidad que corresponden a registros que fueron bloqueados con estado (IAP), la Entidad Gestora tomó como fecha de actualización el 21 de octubre de 2011, fecha en la cual procedió con el desbloqueo de los registros.

Al respecto, corresponde señalar que esta fecha no correspondía a un proceso de actualización en el cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS hubiera enviado la fecha en la que el Beneficiario habría solicitado la actualización a través de la Entidad de Captura de Datos o efectuado algún reclamo para el pago de la Renta Dignidad, tal como establece el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009. Asimismo, al igual que en los anteriores casos, la "fecha de solicitud" considerada por la Entidad Gestora correspondía a un proceso ya concluido.

En tal sentido, los argumentos presentados por la Entidad Gestora no son suficientes para desestimar el incumplimiento en los doce (12) pagos de Renta Dignidad observados (Anexo 2).

c) Con referencia a los tres (3) pagos de Renta Dignidad que corresponden a una Beneficiaria con solicitud de desbloqueo por cobro rezagado de fecha 08 de agosto de 2011, la Entidad Gestora tomó como fecha de actualización para el cálculo de la prescripción la fecha en la cual se habilitó el registro (12 de agosto de 2011), a partir de la cual computó un (1) año, finalizando la vigencia de los periodos habilitados el 11 de agosto de 2012, este cálculo se encontraba en el marco de lo establecido el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009. Sin embargo, al momento de verificar los periodos que debían habilitarse, la Entidad Gestora no consideró la fecha en la que la Beneficiaria realizó su reclamo por cobro rezagado en fecha 08 de agosto de 2011, fecha que habilitaba los periodos recién a partir de julio/2010.

Corresponde aclarar que en el caso de cobros rezagados, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no tiene conocimiento de la fecha en la que los Beneficiarios efectúan su reclamo, al ser este un procedimiento que se ejecuta directamente e íntegramente en la Entidad Gestora sin intervención de esta Autoridad, por lo que esta información no se envía a la Entidad Gestora en un proceso de actualización. En tal sentido, la Entidad Gestora no debió omitir la fecha en la se realizó el reclamo por cobro rezagado por parte de la Beneficiaria y tomar como fecha de solicitud el 20 de noviembre de 2009, fecha que fue remitida por esta Autoridad en una anterior actualización y cuya habilitación fue efectuada fecha 04 de diciembre de 2009 y no así el 12 de agosto de 2011.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la Entidad Gestora no son suficientes para desestimar el incumplimiento en los tres (3) pagos de Renta Dignidad observados.

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Fecha Pago	Monto a reponer (Bs.)	Comisión a devolver (Bs.)
1	220693104	248970	MAMANI		CONDORI	CELESTINA	07/04/1926	201004	07/08/2012	200,00	7,44
2	220693104	248970	MAMANI		CONDORI	CELESTINA	07/04/1926	201005	07/08/2012	200,00	7,44
3	220693104	248970	MAMANI		CONDORI	CELESTINA	07/04/1926	201006	07/08/2012	200,00	7,44
TOTAL										**600,00**	**22,32**

d) Con referencia a los dos (2) pagos de Renta Dignidad que corresponden a pagos con defecto registrados originalmente el 21 de mayo de 2009 y que fueron revertidos por la Entidad Financiera al FRUV al no ser regularizados, la Entidad Gestora indica que procedió a habilitarlos ante la probabilidad de que los pagos iniciales no habrían sido efectuados a la Beneficiaria.

Al respecto, el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece:

> ***"ARTÍCULO 20.- (PRESCRIPCIÓN DEL PAGO). El derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad**, prescribirá en un (1) año, computable a partir del último día del mes en que haya correspondido su pago, sin que esto signifique la pérdida del derecho al beneficio." (las negrillas son nuestras).*

Para el presente caso, el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad por los periodos marzo/2009 y abril/2009, según la normativa citada y el cronograma de pagos establecido, prescribía el 30 de abril de 2010 y 31 de mayo de 2010, respectivamente.

Al no existir solicitud alguna por parte de la Beneficiaria, no se evidencia que hubiera intentado ejercer su derecho al cobro de la Renta Dignidad dentro del año establecido por norma y que posibilite la ampliación de la vigencia de dichos periodos.

Asimismo, corresponde señalar que el daño económico al FRUV subsiste siendo que se efectuó el pago de la Renta Dignidad por los periodos marzo/2009 y abril/2009 mismos que se encontraban prescritos y por los cuales actualmente no existe reembolso al FRUV.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la Entidad Gestora no son suficientes para desestimar el incumplimiento en los dos (2) pagos de Renta Dignidad observados:

Nº	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido Casada	Nombres	Fecha Nacimiento	Periodo	Fecha Pago	Monto a reponer (Bs.)	Comisión a devolver (Bs.)
1	900251539	2520628	QUISPE	IGNACIO	COLQUE	MATILDE	07/03/1949	200903	20/03/2012	200,00	7,44
2	900251539	2520628	QUISPE	IGNACIO	COLQUE	MATILDE	07/03/1949	200904	20/03/2012	200,00	7,44
TOTAL										400,00	14,88

Que finalmente es importante señalar que, la Entidad Gestora no ha demostrado la inexistencia de daño en los pagos de periodos de Renta Dignidad prescritos que ha realizado, por lo que se confirma la existencia de daño económico en cuarenta y nueve (49) casos (Anexo 3) que fueron previamente analizados y que forman parte de los ciento diez (110) casos sancionados por el Cargo N° 5 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 384-2014 de 29 de mayo de 2014, advirtiendo que para los sesenta y un (61) casos restantes, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no presentó ningún argumento en el Recurso de Revocatoria revisado.

CONSIDERANDO:

Que el ente regulador llega a la conclusión, que el recurrente en su impugnación no ha presentado prueba suficiente que permita modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.

Que consecuentemente, corresponde confirmar el acto recurrido, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, de acuerdo a lo previsto por el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota AA.GG.-6980/2014 presentada el 19 de agosto de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 529-2014 de 28 de julio de 2014, **únicamente en lo que se refiere al cargo Nº 5**, alegando lo siguiente:

"…Conforme al Art. 66 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 y en apego a lo dispuesto por el Art. 52 y siguientes del Decreto

Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, interponemos Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de fecha 28 de julio de 2014, que confirma en su totalidad la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de fecha 29 de mayo de 2014.

Solicitamos respetuosamente a su Autoridad, se remitan los antecedentes de este Recurso al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros para que se consideren los fundamentos de orden estrictamente legal que se pasan a exponer a continuación.

Cargo N° 5

Multa por el equivalente en bolivianos de USD 6,000.- (seis mil 00/100 dólares americanos), por infracción a lo establecido en el articulo (sic) *5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y el artículo 20 del D.S. N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, por parte de la Asociación Accidental LA* (sic) *Vitalicia - BISA SAFI, por pagar el beneficio de la Renta Dignidad en ciento diez casos (110), cuando estos se hallaban prescritos, de los cuales en cuarenta y nueve (49) se estableció la existencia de daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV).*

Además de la multa determinada, se establece que Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI debe reponer al FRUV los montos pagados por concepto de Renta Dignidad, mas (sic) *el monto correspondiente a las comisiones que hubiera cobrado en los cuarenta y nueve casos observados.*

Desarrollo

Observamos que los 49 casos en los que la APS establece que existió daño económico al FRUV, fueron pagados de acuerdo a lo establecido por la normativa vigente en el momento de la habilitación y luego en el momento del pago de los mismos, por lo que no es evidente la existencia del mencionado daño económico y no corresponden la sanción ni la calificación de gravedad fijados a nuestra Asociación.

Los 49 casos de desglosan en cuatro observaciones distintas:

- *32 casos habilitados por desbloqueo masivo IAR de acuerdo a la Circular 39-2011.*
- *12 casos habilitados por desbloqueo IAP con documentación obtenida por regularización de pagos observados.*
- *3 casos habilitados por un desbloqueo IAR al NUB 220693014.*
- *2 casos habilitados por reversión efectuada del NUB 900251539.*

Con relación al desbloqueo masivo IAR de 32 casos, *instruido por la Circular 39-2011, en el Recurso de Revocatoria AAGG-5676/2014 de fecha 27 de junio de 2014, nuestra Asociación explica que la habilitación de los pagos observados como prescritos fue consecuencia de la combinación de los procedimiento establecidos en la R.A. 191-2009 y del desbloqueo de registros instruido por la Circular 39-2011.*

En los considerandos de la R.A. 529-2014, páginas 10 y 11, la APS indica:

Para los treinta y dos (32) casos observados, la primera "fecha de solicitud" remitida a la Entidad Gestora por esta Autoridad correspondiente a un trámite específico, generó el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad concluyendo de esta manera con el procedimiento establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 para este trámite.

Posterior a la emisión de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011, la APS no remitió en ningún caso alguna actualización que corresponda a una modificación o desbloqueo de registro conforme al parágrafo II del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y a través del cual se haya enviado una "fecha de solicitud" correspondiente a un nuevo trámite.

La Entidad Gestora consideró la "fecha de solicitud" consignada en los registros al 12 de julio de 2011 (día siguiente de la notificación con la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011), sin tomar en cuenta que dicho trámite ya había finalizado, dando lugar de esta manera a pagos de la Renta Dignidad con prescripción, mayor a la que correspondía.

El devengamiento de pagos de la Renta Dignidad reglamentada por la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009, fue emitida concordante con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007; ambas normativas tienen como fin establecer límites en el pago de la Renta Dignidad, y no asís (sic) *disponer una vigencia indefinida.*

Ante la aseveración de la Entidad Gestora sobre la aplicación retroactiva de los criterios señalados en la nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012 se emitió posteriormente, a efectos de aclarar lo dispuesto previamente en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 de 25 de marzo de 2009, cuyo parágrafo II del artículo 2 dispone que la prescripción será suspendida y se considerará el pago devengado de los periodos vigentes a la fecha en (sic) *presentó su solicitud, siempre y cuando la solicitud se trate de alta, modificación o desbloqueo de registro.*

En el proceso de control que efectúa esta Autoridad, se verificó la aplicación indebida del artículo previamente citado, siendo que la Entidad Gestora tomaba para el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad y para el cálculo de la prescripción, la información remitida por esta Autoridad que no correspondía específicamente a una de las condiciones que debían cumplirse para suspender la prescripción (alta, modificación o desbloqueo). El Inciso b) del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008 establece claramente que "Modificación", se da cuando se establezca que la información del documento de identidad presentado por el Beneficiario tiene diferencias con la información que registra la BDRD. (Diferencias en cuanto a fecha de nacimiento, número de documento de identidad, nombres y apellidos).

Al momento de aplicarse la Circular 39-2011, existía un grupo de beneficiarios que tenía el bloqueo IAR (Inactivo por Cobro Rezagado), pero por la aplicación de la Circular,

dichos beneficiarios debían desbloquearse y por tanto volverse a generar los pagos de Renta Dignidad pendientes para que procedan al cobro respectivo. Aquellos beneficiarios que, por tanto, fueron desbloqueados IAR y además tenían "fecha de primera solicitud" reportada por la APS, determinaron la generación de pagos devengados con los criterios de vigencia establecidos por la R.A. 191-2009.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4° la R.A. 191-2009, la forma de instruir la aplicación de los artículos 2° y 3° de la misma Resolución Administrativa en la habilitación de pagos de Renta Dignidad, es mediante el reporte de una "fecha de primera solicitud", que la APS comunica a la Entidad Gestora en los archivos semanales de actualización de la BDRD. A pesar de lo que dice la APS en la cita anterior. En la R.A. 191-2009 no se establece que ese criterio se deba aplicar sólo en el momento de la actualización, por lo que nuestra Asociación utilizaba la referencia de la "fecha de primera solicitud" para todos los pagos nuevos generados a partir de esa actualización. Ahora bien, esto no implica que los pagos se generan con vigencia indefinida, ya que los pagos devengados se generaron y habilitaron una sola vez con la vigencia calculada en el momento de la generación.

La APS advirtió que existía el riesgo de que se habiliten periódicamente pagos con vigencia extendida, para beneficiarios a los cuales dicha vigencia no correspondía, en eventual vulneración del Art. 20 del D.S. 29400; por lo cual dicha Autoridad emitió la carta de complementación APS/DPNC/10286/2012 de fecha 3 de abril de 2012. Aclaramos que hasta ese momento, nuestra Asociación calculaba las vigencias extendidas de acuerdo a lo expresamente establecido por la R.A. 191-2009, por lo que el riesgo encontrado por la APS correspondía a la redacción de dicha Resolución y no así a una aplicación indebida de parte de nuestra Asociación. Si la APS consideraba que la R.A. 191-2009 era suficientemente precisa, no hubiera requerido emitir la carta de complementación APS/DPNC/10286/2012.

De haber existido la aclaración de la nota APS/DPNC/10286/2012 al momento de aplicarse la Circular 39-2011, los pagos devengados de los beneficiarios desbloqueados se habrían generado con los criterios de vigencia normales del Art. 20 del D.S. 29400, ya que no se trataría de una modificación de datos de los beneficiarios afectados. Sin embargo, la APS no puede asumir que nuestra Asociación debía haber actuado de esa manera sin haberse efectuado la aclaración, ya que los criterios establecidos por la R.A. 191-2009 no son suficientes para aplicar tal deducción.

Con relación a 12 casos de desbloqueo de bloqueo preventivo IAP, *la situación es similar, ya que sin la complementación de la nota APS/DPNC/10286/2012, la normativa de la R.A. 191-2009 es aplicable mientras exista "fecha de primera solicitud" de un beneficiario y se deban devengar pagos de periodos anteriores a la fecha en la que se produce la habilitación de los pagos, sin poderse considerar que se trata de un proceso ejecutable una sola vez y que por tanto ya estaba concluido. Al igual que en el caso anterior, la APS no puede asumir que nuestra Asociación debió devengar los pagos con vigencia de acuerdo al plazo estándar del D.S. 29400 sin haberse efectuado la complementación, ya que los criterios establecidos por la R.A. 191-2009 no son suficientes para aplicar tal deducción.*

En los 3 casos de desbloqueo IAR del NUB 220693014, *nuestra Asociación estaba obligada por el artículo 4° de la R.A. 191-2009 a aplicar la "fecha de primera solicitud" reportada por la APS en la generación de los pagos devengados para la beneficiaria y no así la fecha en la que se efectuó el trámite de desbloqueo IAR en nuestras oficinas. Nuevamente decimos, de haber existido en ese momento la complementación de la nota APS/DPNC/10286/2012, la vigencia se habría calculado con los criterios regulares del D.S. 29400, ya que sólo se modificó el estado del registro de la beneficiaria sin existir una actualización de datos de identificación. Así como razonamos en los casos anteriores, la APS no puede asumir que nuestra Asociación debió devengar los pagos con vigencia de acuerdo al plazo estándar del D.S. 29400 sin haberse efectuado la complementación, ya que los criterios establecidos por la R.A. 191-2009 no son suficientes para aplicar tal deducción.*

Finalmente, para los 2 casos habilitados por reversión del NUB 900251539, *reiteramos que la entidad financiera efectuó el reembolso de los pagos, los cuales de acuerdo a nuestro análisis debían rehabilitarse para ser cobrados por la beneficiaria. Debido a que existió reembolso al FRUV, no es correcto considerar que se ocasionara daño económico a dicho Fondo. Más aún, debido a que existió la reparación que debía favorecer a la beneficiaría afectada, nuestra Asociación actuó con criterio de buen correspondiente destinatario.*

El criterio vertido por la APS en la R.A. 529-2014 carece de consistencia con el objeto de la normativa invocada, ya que no se puede asegurar que la beneficiaria no haya intentado ejercer su derecho al cobro de la Renta Dignidad de un período determinado; solamente que dicha beneficiaria no ha presentado reclamo por el pago de dicho periodo. En caso que el Ministerio de Economía ratifique la opinión de la APS, la consecuencia será que reembolsos efectuados al FRUV por las entidades financieras no serán rehabilitados para los beneficiarios a no ser que los mismos presenten reclamos.

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a usted proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de fecha 29 de mayo de 2014, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En cumplimiento a la normativa vigente, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** (Entidad Gestora) reportó los Pagos de Renta Dignidad realizados en la gestión 2012, con respecto a lo cual, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realizó la validación respectiva e identificó elementos susceptibles de observación.

Por consiguiente, mediante nota APS-EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, el Ente Regulador notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI,** con cinco Cargos, de los cuales, el N° 5 (**único controvertido al presente**) está referido a la existencia de indicios de incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, y al artículo 20° del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007, por haber habilitado y pagado periodos prescritos del beneficio de Renta Dignidad en doscientos treinta y uno (231) casos.

Con nota AA.GG.-4396/2014 de fecha 15 de mayo de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** presenta sus descargos, emergente de lo cual, en fecha 29 de mayo de 2014, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a la Entidad Gestora, en cuanto al **Cargo N° 5** -entre otros- con una multa en bolivianos, equivalente a $us6.000,00 (Seis mil 00/100 Dólares Americanos), por incumplimiento a la normativa vigente en ciento diez (110) casos, de los cuales, **en cuarenta y nueve (49) casos se estableció la existencia de daño económico al FRUV**, disponiéndose la reposición respectiva y desestimando el cargo imputado con respecto a los restantes ciento veintiún (121) casos.

En fecha 27 de junio de 2014 y mediante nota AA.GG.-5676/2014, la Entidad Gestora presentó Recurso de Revocatoria, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, que confirma la anterior, determinando a su vez que, mediante nota AA.GG.-6980/2014, presentada el 19 de agosto de 2014, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** interponga el Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación lo establecido en normativa vigente aplicable al caso de autos, conforme se procede a continuación:

- **Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007:**

  "…***ARTÍCULO 20.- (PRESCRIPCIÓN DEL PAGO).*** *El derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad, prescribirá en un (1) año, computable a partir del último día del mes en que haya correspondido su pago, sin que esto signifique la pérdida del derecho al beneficio...*"

- **Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 191 de 25 de marzo de 2009:**

"…***ARTÍCULO 2°.- (DEVENGAMIENTO).*** *Los Beneficiarios no registrados en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad, cobrarán el beneficio de la Renta Dignidad una vez que se encuentren registrados, teniendo derecho al devengamiento conforme a lo siguiente:*

I. Si la persona de 60 o más años de edad no se encuentra registrada en la BDRD, accederá a la Renta Dignidad una vez que el registro se encuentre habilitado para el pago, el devengamiento incluirá periodos desde que el Beneficiario cumplió con la edad de sesenta (60) años o más que haya correspondido su pago y la fecha de presentación de la solicitud de alta.

II. Será suspendida la prescripción y se considerará el pago devengado de los periodos vigentes a la fecha en que presentó su solicitud, siempre y cuando la solicitud se trate de alta, modificación o desbloqueo de registro, conforme al Artículo siguiente.

ARTÍCULO 3°.- (DEVENGAMIENTO MAYOR A 12 MESES). *El devengamiento mayor a 12 periodos será considerado individualmente por cada caso, de acuerdo a la primera solicitud efectuada por el Beneficiario a partir del 1 de febrero de 2008, para alta de registro, modificación de datos o desbloqueo de registro conforme a la Resolución Administrativa SPVS/IP/175 de fecha 27 de febrero de 2008, en cualquiera de los siguientes casos:*

a) Cuando el Beneficiario hubiera iniciado la solicitud en la Entidad de Captura de Datos.

b) Cuando el Beneficiario hubiera iniciado la solicitud en cualquier Entidad Gestora de la Renta Dignidad, mediante el Formulario de Reclamo correspondiente.

En aplicación a la prescripción establecida en el Artículo 26 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, el devengamiento no podrá exceder de un máximo de 12 periodos anteriores a la fecha de solicitud. Asimismo, dichos periodos devengados prescribirán en 1 año a partir de la fecha de la habilitación del registro en la Base de Datos de la Renta Dignidad.

ARTÍCULO 4°.- (ESTIMACIÓN DEL DEVENGAMIENTO). *En el proceso de actualización, la SPVS deberá verificar la fecha de la primera solicitud en el registro de solicitudes efectuadas en la ECD como las recibidas por las Entidades Gestoras.*

La mencionada fecha será reportada por la SPVS a la Entidad Gestora en el proceso regular de actualización, cuando corresponda incluyendo ese dato al final de registro de acuerdo a la estructura de datos establecida en la Resolución Administrativa SPVS/N° 1000 de 22 de diciembre de 2008, con el formato "AAAAMMDD" y longitud de 8 caracteres. La remisión de dicha información será a partir de la siguiente

actualización a la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad, luego de emitida la presente Resolución Administrativa.

ARTÍCULO 5°.- (RESPONSABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN Y DEVENGAMIENTO). *La Entidad Gestora es responsable de controlar la prescripción del beneficio de la Renta Dignidad, en el marco de lo establecido en el Artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y la presente Resolución Administrativa…*"

- **Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 8 de julio de 2011:**

"*… El artículo 28 inciso f) del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y artículo 12 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, establecen que* ***la Entidad Gestora es responsable de realizar el control preventivo relativo al pago de la Renta Dignidad y revisar la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad****, a fin de encontrar duplicidades, incoherencias o datos inválidos, debiendo bloquear dichos registros previamente al pago de la Renta Dignidad* (…)

En el marco de las normas citadas, mediante la presente Circular se establecen controles en el pago de la Renta Dignidad, para aquellos Beneficiarios que no cobraron el beneficio en un plazo determinado, de acuerdo a lo siguiente: (…)

2. *Los registros de los Beneficiarios que* ***no hubieran cobrado la Renta Dignidad durante trece (13) periodos consecutivos, deberán ser inhabilitados con bloqueo interno de la Entidad Gestora.***

Para dichos casos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, de conformidad a lo establecido en el Artículo 14° de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, ***autoriza a la Entidad Gestora el uso del estado bloqueo preventivo "IAR"****, el mismo que se describe a continuación:*

a) ***Código del Nuevo Estado de Bloqueo:*** *"IAR"*

b) ***Descripción:*** *"Inactivo por cobro Rezagado"*

c) ***Causa:*** ***Bloqueo por seguridad*** *que se realiza a todos los registros que encontrándose habilitados para cobrar, no lo hicieron durante trece (13) periodos consecutivos.*

d) ***Solución:*** ***El Beneficiario debe entregar a la Entidad Gestora*** *los siguientes documentos:*

- ***Carta de solicitud de desbloqueo*** *indicando el motivo del retraso en el cobro. Una copia de la misma deberá ser devuelta al interesado debidamente sellada como constancia de recepción.*

- ***<u>Fotocopia del Documento de Identidad del Beneficiario</u>****, la misma que deberá estar sellada y rubricada por el Funcionario de Servicio al Cliente de la Entidad Gestora, como constancia de la exigencia del documento de identidad original en el momento de presentar la solicitud de desbloqueo.*

  La (sic) *Funcionario de Servicio al Cliente de la Entidad Gestora deberá verificar que los citados documentos correspondan al Beneficiario que está solicitando el desbloqueo.*

  Cuando el Beneficiario se encuentre impedido de realizar personalmente el trámite, siempre y cuando no se trate de una solicitud de pago a domicilio, un representante del Beneficiario debe entregar a la Entidad Gestora, adicionalmente a los documentos mencionados, lo siguiente:

- *Fotocopia de documento de identidad del representante del Beneficiario.*

- *Registro Domiciliario o Certificado de vivencia del Beneficiario, emitido por la Autoridad de la Localidad donde reside.*

e) ***Plazo de Solución:*** *En un plazo de diez (10) días calendario, la Entidad Gestora deberá realizar el desbloqueo del registro según corresponda…*" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

2.2. Del Cargo N° 5 recurrido.-

En principio, debe dejarse en claro la determinación del artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que: "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente…*"

A este respecto, corresponde hacer notar que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** no ha impugnado en oportunidad alguna, los artículos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto (referidos a los Cargos N° 1, N° 2, N° 3 y N°4, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014), por lo que se debe colegir que las determinaciones actuales referidas a los mismos, no le irrogan a la recurrente, agravio o perjuicio alguno, y que en consecuencia, la recurrente ha asumido incontrovertidamente las decisiones referidas a los mismos, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

El extremo anterior determina que la impugnación actual se encuentre circunscrita a la infracción sancionada para el Cargo N° 5, empero es aún posible limitar el mismo, en cuanto la imputación original prevista por la Nota de Cargos APS.EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, que establecía la presumible infracción "*en doscientos treinta y uno (231) casos*", sobre los cuales, el artículo quinto de la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, ha dicho: "*en cuarenta y nueve (49) casos se estableció la existencia de daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez*", extremo confirmado (entre otros) por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, siendo esos cuarenta y nueve (49) casos a los que únicamente se

refiere el Recurso Jerárquico que consta de la nota AA.GG.-6980/2014, presentada el 19 de agosto de 2014.

En tal sentido, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** señala en su Recurso Jerárquico, que los cuarenta y nueve (49) casos correspondientes al Cargo N° 5, en los que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros estableció la existencia de daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez, fueron pagados de acuerdo a lo establecido en normativa vigente, en el momento de la habilitación y del pago respectivo, por lo que -a decir de la recurrente- no existió daño económico, no correspondiendo por lo tanto la sanción impuesta, ni la gravedad calificada por la Entidad Reguladora.

Por lo que, corresponde a esta instancia realizar el análisis de los cuarenta y nueve (49) casos que hacen a la impugnación, conforme son planteados por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI,** y cuyo detalle es el siguiente:

- Treinta y dos casos (32) casos habilitados por desbloqueo masivo IAR (Inactivo por Cobro Rezagado)
- Doce (12) casos habilitados por desbloqueo IAP (Inactivo Preventivo)
- Tres (3) casos habilitados del NUB 220693014.
- Dos (2) casos habilitados del NUB 900251539.

2.2.1. De los 32 casos habilitados por desbloqueo masivo en estado IAR.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, señaló que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** "…*habilitó pagos pendientes de cobro que no correspondían,… tomando como fecha de habilitación para el cálculo de la prescripción el 12 de julio de 2012* (sic) *día siguiente a la notificación de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011)…",* toda vez que en los treinta y dos (32) casos, ya se había considerado previamente el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad, en base a solicitudes presentadas por los Beneficiarios y reportadas por la Autoridad Fiscalizadora, que habilitaban periodos correspondientes a esa oportunidad y que son diferentes a los periodos observados en la Nota de Cargos APS-EXT.DE/1108/2014, con respecto a los cuales, no existen solicitudes presentada por los Beneficiarios.

Por su parte, la Entidad Gestora argumenta en su Recurso Jerárquico, que la habilitación de los treinta y dos (32) pagos observados como prescritos por la Entidad Reguladora, son consecuencia de la <u>combinación</u> **de los procedimientos** establecidos en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y **del desbloqueo de registros instruido por la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 8 de julio de 2011**.

Asimismo, señala que al momento de aplicar la Circular precitada, existía un grupo de Beneficiarios con bloqueo IAR (Inactivo por Cobro Rezagado), pero una vez emitida la misma **debieron desbloquearse y por lo tanto, volver a generar los pagos de Renta Dignidad pendientes**, para que se proceda al cobro respectivo, aplicando para ello lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191, toda vez que dichos Beneficiarios contaban con *fecha de primera solicitud* reportada por la Entidad Reguladora, debido a que la señalada

Resolución Administrativa (SPVS/IP N° 191) no establecía claramente los criterios que se debían considerar, lo cual fue aclarado de manera posterior por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPNC/10286/2012 de 3 de abril de 2012, demostrando –según la recurrente- que no se contaban con procedimientos claros, por lo tanto no correspondía la sanción impuesta.

En el análisis del caso y de la lectura de la normativa transcrita *ut supra*, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, establece que: "…*el devengamiento mayor a 12 periodos, será considerado individualmente caso por caso,* ***de acuerdo a la primera solicitud efectuada por el Beneficiario*** *… para la* ***alta de registro, modificación de datos o desbloqueo de registro****, … a) Cuando el* ***Beneficiario hubiera iniciado la solicitud*** *en la Entidad de Captura de Datos o b) Cuando el* ***Beneficiario hubiera iniciado la solicitud*** *en cualquier Entidad Gestora de la Renta Dignidad,* ***mediante el Formulario de Reclamo*** *correspondiente*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), cuya fecha debe ser verificada y reportada por la Entidad Reguladora a la Entidad Gestora, en el proceso regular de actualización.

Subsumiéndonos al caso de autos, se tiene que en fecha 12 de julio de 2011, una vez notificada con la Circular APS/DPNC/N° 39-2011, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** realizó el desbloqueo masivo de treinta y dos (32) registros que se encontraban en estado IAR y que contaban con más de seis (6) y menos de trece (13) periodos consecutivos sin cobrar, habilitándolos inmediatamente y generando los pagos pendientes de cobro de manera automatizada. Para ello, tomó en cuenta solicitudes de actualización, presentadas anteriormente por los Beneficiarios, en base a las cuales, habilitó periodos diferentes a los observados en el caso de autos.

No obstante, no contaba para ello con una solicitud por parte de cada Beneficiario (según corresponda), ni un reporte remitido por la Entidad Reguladora.

Al respecto, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** debió verificar si los diversos casos, cumplían las condiciones establecidas, en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, que exige: i) que el devengamiento mayor a doce periodos debe ser considerado individualmente por cada caso (no así masivamente como lo hizo la Entidad Gestora), ii) que se **cuente con una solicitud presentada por los Beneficiarios en la Entidad de Captura de Datos o la Entidad Gestora**, iii) **si los periodos a ser levantados no estaban prescritos**, y iv) la verificación de si efectivamente correspondía aplicar tal devengamiento.

La recurrente señala que los casos involucrados fueron habilitados, aplicando el devengamiento determinado en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, debido a que contaban con una **fecha de primera solicitud**; sin embargo, la Entidad Gestora no considera que dichas *fechas de primeras solicitudes*, corresponden a solicitudes efectuadas por los Beneficiarios y reportadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros con anterioridad (solicitudes presentadas entre la gestión 2008 a la gestión 2010) y que sirvieron para habilitar **periodos previos** (entre 2008 al 2010) a los periodos observados en el Cargo N° 5 de **febrero/2011 a mayo/2011**.

Así, en fecha 12 de julio de 2011, la recurrente habilitó los treinta y dos (32) casos, los que en el entender del Ente Regulador, se relacionan de la siguiente manera:

- Un (1) caso correspondiente al mes de **febrero/2011**, fue cobrado en **julio/**2012, cuando habría prescrito en **marzo/2012.**

- Dieciséis (16) casos cuyos periodos observados corresponden al mes de **marzo/2011**, fueron cobrados en **junio/2012** y **julio/2012,** cuando habrían prescrito en **abril/2012**.

- Catorce (14) casos cuyos periodos observados corresponden al mes de **abril/2011,** fueron cobrados en **junio/2012 y julio/2012**, cuando habrían prescrito en **mayo/2012**.

- Un (1) caso correspondiente al mes de **mayo/2011**, cobrado en **julio/**2012, habría prescrito en **junio/2012.**

Entonces, bajo la lógica de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, todos los periodos habilitados por la Entidad Gestora, a la fecha de cobro por parte de los Beneficiarios, se encontraban prescritos, en virtud a lo establecido en el artículo 26° del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, señalando a tal efecto, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014, que: "*posterior a la emisión de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 08 de julio de 2011, la APS no remitió en ningún caso alguna actualización que corresponda a una modificación o desbloqueo de registro conforme al parágrafo II, del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y a través de la cual se haya enviado una "fecha de solicitud" correspondiente a un nuevo trámite*".

Por su parte, la Entidad Gestora justifica su conducta al argumentar que la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 no establecía claramente los criterios que debían considerarse, y que mediante nota APS/DPNC/10286/2012 de 3 de abril de 2012, recién la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió la aclaración correspondiente, fecha última señalada a partir de la cual efectuó el cálculo de los plazos, considerando que el Beneficiario cuente con una modificación de datos en la última actualización remitida por la Entidad Reguladora.

A este respecto, la referida nota APS/DPNC/10286/2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 3 de abril de 2012, señala lo siguiente:

> "…*En el marco de lo establecido en el artículo 3° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, el devengamiento mayor a 12 periodos será considerado individualmente por cada caso, de acuerdo a la primera solicitud efectuada por el Beneficiario a partir del 1 de febrero de 2008. Asimismo, el artículo 4° de la mencionada norma, establece que la APS reportará a la Entidad Gestora la fecha de solicitud del Beneficiario en los procesos regulares de actualización.*
>
> *En tal sentido, a efectos de aplicar adecuadamente el control sobre la prescripción de los pagos de la Renta Dignidad y en cumplimiento al artículo 20 del Decreto Supremo N°*

29400 de 29 de diciembre de 2007, la Asociación Accidental La Vitalicia - Bisa SAFI deberá calcular el devengamiento mayor a doce meses, considerando la fecha de solicitud del último registro de actualización enviado por la APS, controlando que dicha actualización tenga un estado de habilitación y además exista alguna modificación en cuanto a Cédula de Identidad, tipo de documento, nombres, apellidos o fecha de nacimiento.

Las actualizaciones de registro remitidas por la APS, que no cumplan las condiciones indicadas anteriormente, no deben generar el recálculo de la vigencia de los periodos de Renta Dignidad…"

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, estableció que:

"*…En el proceso de control que efectúa esta Autoridad, se verificó la aplicación indebida del artículo previamente citado, siendo que la Entidad Gestora* ***tomaba para el devengamiento de pagos de la Renta Dignidad y para el cálculo de la prescripción, la información remitida por esta Autoridad que no correspondía específicamente a una de las condiciones que debían cumplirse para suspender la prescripción*** *(alta, modificación o desbloqueo). El inciso b) artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008 establece claramente que la "Modificación", se da cuando se establezca que la información del documento de identidad presentado por el Beneficiario tiene diferencias con la información que registra la BDRD.* ***(Diferencias en cuanto a fecha de nacimiento, número del documento de identidad, nombres y apellidos)****.*

Asimismo, corresponde señalar que el procedimiento aplicado por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI ***conlleva el riesgo de habilitar el pago de periodos prescritos ante cualquier desbloqueo efectuado por la Entidad Gestora*** *en los casos en los que los Beneficiarios hubieran realizado alguna solicitud de actualización o desbloqueo en algún momento, ocasionando con ello daño al FRUV (Fondo de Renta Universal de Vejez).*

Por lo señalado, se puede concluir que la Entidad Gestora no aplicó correctamente la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y su accionar, ***demuestra que ha dado lugar a que se efectúen pagos prescritos****.*

Aplicar la fecha de una primera solicitud en todos los trámites que realice el Beneficiario ***conllevaría a que los pagos de la Renta Dignidad sean imprescriptibles*** *y el alejamiento a la idea rectora establecida por el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 que señala que el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad, prescribe en un (1) año, sin considerar que la normativa señala que el devengamiento mayor a doce (12) meses será considerado individualmente a partir de una solicitud o reclamo presentado por el Beneficiario (artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009).*

Asimismo, es importante mencionar que si a criterio de la Entidad Gestora la mencionada resolución, necesitaba una aclaración para su correcta aplicación, el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, le otorgaba el derecho de solicitar la aclaración y complementación debida oportunamente. No habiendo sucedido aquello, esta Entidad de Regulación entiende que no existió duda alguna en cuanto a lo Reglamentado.

La emisión posterior de la nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012, no es aplicable a los casos analizados y su cumplimiento no fue observado en el cargo imputado, por lo que la argumentación respecto a la nota indicada tampoco corresponde, considerando además que la nota APS/DPNC/10286/2012 de fecha 03 de abril de 2012, así como la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, no puede modificar el artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 o desnaturalizar lo previsto por ella, en ese sentido y por jerarquía normativa, se debe mantener la idea central que el derecho a solicitar el pago del beneficio de la Renta Dignidad prescribe en un año y la Entidad Gestora es la responsable de realizar el control debido para evitar pagos prescritos…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De ello, resulta evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPNC/10286/2012 de 3 de abril de 2012, efectuó de manera posterior una aclaración a la aplicación de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, sin embargo, el argumento presentado por la recurrente es inatendible, toda vez que del análisis realizado ut supra, la misma establece claramente las condiciones que se deben cumplir para considerar la aplicación de devengamiento de periodos prescritos, mismos que no fueron considerados por la Entidad Gestora, mucho más sí, como señala la Entidad Reguladora, considerar la fecha de una primera solicitud efectuada con anterioridad y cuyo proceso ya finalizó, conllevaría a que los pagos de Renta Dignidad, sean imprescriptibles, situación que no cuenta con ningún respaldo legal.

Amén de ello, resulta controversial la aplicación que de la Circular APS/DPNC/N° 39-2011 de 8 de julio de 2012 ha realizado la ahora recurrente, por cuanto no queda claro cual la facultad para que en el sugerido cumplimiento de la misma hubiera procedido al levantamiento del bloqueo cuando conforme lo señalado lo mismo no se encuentra expresamente autorizado por la Circular precitada, ni por norma alguna, extremo sobre el que tampoco la Autoridad Reguladora, realiza un fundamento que dé lugar a que la imputación y ulterior sanción resulten justificadas, determinando a su vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014 se encuentre en ese sentido, sin el debido fundamento.

Al respecto, la Sentencia Constitucional 0871/2010-R de 10 de agosto de 2010, ha referido que:

"*…Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales; b) debe*

contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes; c) debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto; d) debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales; e) debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada; y, f) debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado".

En consecuencia, queda claro que la determinación sancionatoria que hace al caso de autos y en lo referido a estos treinta y dos (32) casos, adolece de la suficiente fundamentación.

Consiguientemente, la imputación sustanciada no ha sido concluyentemente evidenciada a los fines de la sanción impuesta, extremo que no puede, sino, dar lugar a la nulidad de obrados, empero únicamente en lo limitado a los treinta y dos (32) casos que hacen a la controversia presente, conforme sale en la parte dispositiva infra, y a los fines de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Servicios, realice una valoración de los alegatos de la recurrente y pronuncie de ello, lo que corresponda.

2.2.2. De los 12 casos habilitados por desbloqueo del estado IAP.-

La Entidad Gestora, dándole al presente una connotación similar a la del alegato anterior, señala en su Recurso Jerárquico, que sin la complementación contenida en la nota APS/DPNC/10286/2012 de 3 de abril de 2012 a la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2011, es aplicable el desbloqueo de los casos en estado IAP, mientras exista la "*fecha de primera solicitud*" de un Beneficiario y se deban devengar pagos de periodos anteriores a la fecha en la que se produce la habilitación de los mismos, sin considerar si se trata de un proceso concluido.

En tal contexto, tal como señala la recurrente, el desbloqueo de los doce (12) casos que se encontraban en estado IAP, requería compulsar la documentación del Beneficiario contra la documentación de pagos efectuados con anterioridad; entonces, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, a través de la regularización de pagos observados, en fecha **20 de octubre de 2011** habilitó los doce (12) registros, y el **21 de octubre de 2011** procedió, de manera automatizada, a generar los pagos pendientes, considerando el devengamiento establecido mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y tomando en cuenta que todos los casos contaban con una primera fecha de solicitud.

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, señaló que los doce (12) casos fueron habilitados considerando las fechas de solicitud presentadas por los Beneficiarios anteriormente y que correspondían a periodos distintos a los sancionados en el Cargo N° 5, en cuya relación que consta en su Anexo 6, presentó el siguiente detalle:

"(…)

N°	NUB	Doc. Id.	Apellido Paterno	Apellido Materno	Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Fecha Pago	Fecha de Solicitud enviada a la EG	Fecha de Habilitación	Periodos Habilitados en virtud a la Solicitud	Periodo Observado	Monto (Bs.)	Comisión a devolver (Bs.)
1	900279105	10718585	GUTIÉRRES	GUITIAN		PÁNFILO	07/09/1948	20/04/2012	23/06/2010	15/07/2010	200905-201006	201101	200	7,44
2	220052308	2390554	CHIPANA		APAZA	JUANA	21/09/1947	10/07/2012	21/09/2010	18/11/2011	200908-201109	201101	200	7,44
3	220052308	2390554	CHIPANA		APAZA	JUANA	21/09/1947	10/07/2012	21/09/2010	18/11/2011	200908-201109	201102	200	7,44
4	220052308	2390554	CHIPANA		APAZA	JUANA	21/09/1947	10/07/2012	21/09/2010	18/11/2011	200908-201109	201103	200	7,44
5	220052308	2390554	CHIPANA		APAZA	JUANA	21/09/1947	10/07/2012	21/09/2010	18/11/2011	200908-201109	201104	200	7,44
6	220052308	2390554	CHIPANA		APAZA	JUANA	21/09/1947	10/07/2012	21/09/2010	18/11/2011	200908-201109	201105	200	7,44
7	220004920	234560	LOPEZ	RIVERA		NORMA	01/05/1945	08/08/2012	22/04/2008	09/09/2010	200801-201008	201101	200	7,44
8	220004920	234560	LOPEZ	RIVERA		NORMA	01/05/1945	08/08/2012	22/04/2008	09/09/2010	200801-201008	201102	200	7,44
9	220004920	234560	LOPEZ	RIVERA		NORMA	01/05/1945	08/08/2012	22/04/2008	09/09/2010	200801-201008	201103	200	7,44
10	220004920	234560	LOPEZ	RIVERA		NORMA	01/05/1945	08/08/2012	22/04/2008	09/09/2010	200801-201008	201104	200	7,44
11	220004920	234560	LOPEZ	RIVERA		NORMA	01/05/1945	08/08/2012	22/04/2008	09/09/2010	200801-201008	201105	200	7,44
12	220004920	234560	LOPEZ	RIVERA		NORMA	01/05/1945	08/08/2012	22/04/2008	09/09/2010	200801-201008	201106	200	7,44
TOTAL													2400	89,28

…"

De la información detallada supra, corresponde realizar el siguiente análisis:

- Respecto al NUB 900279105, la fecha de solicitud enviada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a la Entidad Gestora, es del **23 de junio de 2010**, que habilita los periodos de **mayo/2009 a junio/2010**. Toda vez que el periodo sancionado en el Cargo N° 5 corresponde al mes de **enero/2011**, es evidente que la solicitud presentada el 23 de junio de 2010, no contempla dicho periodo, por lo tanto no correspondía que la recurrente considere dicha solicitud para habilitar el periodo de enero/2011, el cual se pagó en fecha **20 de abril de 2012**, a más de los doce (12) meses previstos en la norma.

- De igual manera con relación al NUB 220004920, la fecha de solicitud enviada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a la Entidad Gestora, corresponde al **22 de abril de 2008**, la cual habilitó los periodos de **enero/2008 a agosto/2010**. Considerando que los periodos observados y sancionados en el Cargo N° 5 se refieren a periodos posteriores a dichas fechas (**de enero/2011 a junio/2011**), no correspondía que en fecha 20 de octubre de 2011, la Entidad Gestora los habilite y de curso al pago en fecha **8 de agosto de 2012**.

En tal sentido, es evidente que para los NUB 900279105 y 220004920, existió un incumplimiento por parte de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI,** a lo establecido en normativa vigente, ocasionando daño al Fondo de Renta Universal de Vejez, toda vez que realizó retiros de dicho Fondo para dar curso al pago de periodos prescritos.

Sin embargo, respecto a los cinco (5) casos que hacen al NUB 220052308, correspondiente a la Beneficiaria Juana Chipana de Apaza, que se mencionan en los numerales del 2 al 6 del

Anexo 6 precitado (y *supra* transcrito), la fecha de solicitud reportada por la Entidad Reguladora es del **21 de septiembre de 2010**, cuyo registro fue habilitado en fecha **18 de noviembre de 2011,** por los periodos de **agosto/2009 a septiembre/2011**, toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó en el Cargo N° 5 a la recurrente por habilitar los periodos de **enero/2011 a mayo/2011**, resulta evidente que los mismos se encuentran dentro de los periodos habilitados y reportados a la Entidad Gestora, por lo que corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emita el pronunciamiento respecto a estos cinco (5) casos, a fin de determinar si corresponde o no su sanción, y si los mismos ocasionaron o no daño al Fondo de Renta Universal de Vejez.

Este extremo da lugar al pronunciamiento que consta en la parte dispositiva infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, en cuanto constituye un aspecto sustancial que no ha sido correctamente valorado por el Ente Regulador en la determinación del ilícito que se pretende sancionar; empero además, trasciende a los ciento diez (110) casos a los que se refieren los parágrafos I y II del artículo quinto, de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, por cuanto, conforme consta del primer nombrado, la sanción pecuniaria "*en Bolivianos equivalente a $us6.000,00 (SEIS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*", resulta un monto global "*por pagar el beneficio de la Renta Dignidad en ciento diez (110) casos, detallados en el Anexo 10, cuando estos se hallaban prescritos, de los cuales, en cuarenta y nueve (49) casos se estableció la existencia de daño económico al Fondo de Renta Universal de Vejez*", extremo que compele a establecer los cuestionamientos siguientes:

- La Resolución Administrativa sancionatoria, no ha justificado el criterio por el cual establece una sanción general y amplia a los ciento diez (110) casos subsistentes del Cargo N° 5 (de los doscientos treinta y un (231) originales), sin diferenciar el grado de correspondencia entre los sesenta y uno (61) de los que se dice que no han causado daño económico, y los cuarenta y nueve (49) que, *contrario sensu*, se dice que sí; en tal sentido, la indeterminación concreta del grado de responsabilidad y la correspondiente sanción, importaría una infracción al principio de proporcionalidad, y esencialmente, al de debida fundamentación, en cuanto resulta que sin mayor fundamento, se estaría imponiendo una sanción igual, tanto a los casos que generaron daño económico, como a los que no.

- Empero además, conforme al razonamiento supra, entre los cuarenta y nueve (49) casos en los que el Ente Regulador señala la existencia de daño económico, se encuentran aquellos cinco que hacen al NUB 220052308 (Beneficiaria Juana Chipana de Apaza), y con respecto a los cuales la Entidad Reguladora no ha emitido el debido pronunciamiento (analizado supra) sobre si corresponde o no su sanción, y si los mismos ocasionaron o no daño al Fondo de Renta Universal de Vejez.

Entonces, al determinar el parágrafo I, artículo quinto, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014, la sanción en el monto global señalado y por tanto, vista la determinación del presente fallo, se debe concluir en la inviabilidad de una confirmación a la multa impuesta en la cuantía señalada, toda vez que la misma resulta sin la debida fundamentación, bajo los criterios que salen de la Resolución presente, al haberse impuesto

en base de aquellos del Ente Regulador de los supra se ha concluido en su insuficiencia, extremos que también trascienden en la decisión del suscrito.

Finalmente, respecto al argumento presentado por la recurrente, con relación a la aclaración emitida por la Autoridad Reguladora mediante nota APS/DPNC/10286/2012 de 3 de abril de 2012, dicho justificativo no corresponde admitirse, por cuanto, como se señaló precedentemente, si bien dicha nota fue remitida con posterioridad a los casos sancionados, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, establece claramente que, para aplicar el devengamiento de periodos prescritos, se debió considerar la primera solicitud efectuada por el Beneficiario para la alta del registro, la modificación de datos o el desbloqueo, a través de un Formulario de Reclamo, ya sea que hubiera sido presentada en la Entidad de Captura de Datos o en las Entidades Gestoras, mismo que debe ser verificado y reportado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo cual no ocurrió en el caso de autos.

2.2.3. Del caso de la Beneficiaria Celestina Mamani Condori (NUB 220693104).-

En el caso de la Beneficiaria Celestina Mamani Condori, la recurrente señala en su Recurso Jerárquico, que en cumplimiento al artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, aplicó la *fecha de primera solicitud* reportada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la generación de los pagos devengados, y no así la fecha en la que se efectuó el trámite de desbloqueo IAR (Inactivo por Cobro Rezagado) en sus oficinas.

Asimismo, señala nuevamente que, de haber existido en ese momento la complementación de la nota APS/DPNC/10286/2012, la vigencia se habría calculado con los criterios regulares del Decreto Supremo N° 29400, ya que -a decir de la recurrente- los criterios establecidos por la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191-2009 no son suficientes para aplicar tal deducción.

De los antecedentes con los que se cuenta en el expediente de autos, se tiene que los pagos de Renta Dignidad de la Beneficiaria, se generaron mensualmente hasta marzo/2010, considerando la vigencia establecida por el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 de doce (12) meses; sin embargo, **a partir de abril/2010 el registro de la Beneficiaria se bloqueó en estado IAR**.

Posteriormente en fecha **8 de agosto de 2011**, la Beneficiaria suscribió el Formulario de Desbloqueo, cuya actualización finalizó el **12 de agosto de 2011** y habilitó los pagos **a partir de julio/2010.** Dicha actualización fue realizada considerando lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, que señala que: "*…el devengamiento no podrá exceder de un máximo de 12 periodos anteriores a la fecha de solicitud...*".

La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI,** señala que la Beneficiaria contaba con pagos pendientes de cobro por los periodos de **abril/2010 a junio/2010,** por lo tanto, considerando una solicitud presentada con anterioridad (en fecha **20 de noviembre de 2009)**, habilitó los periodos de abril/2010 a junio/2010, dando curso al pago el **7 de agosto de 2012,** a más de los doce (12) meses establecido en normativa vigente.

Como se puede observar, la recurrente no efectuó correctamente la habilitación del registro y el pago de los periodos de **abril/2010 a junio/2010**, a la Beneficiaria Celestina Mamani Condori, toda vez que para dichos periodos, no se cuenta con una solicitud de alta, de modificación o de desbloqueo, efectuada por la Beneficiaria, ni reportada por la Entidad Reguladora, por lo tanto, no correspondía que la Entidad Gestora considere una solicitud efectuada con anterioridad y que habilitó periodos diferentes a los sancionados en el Cargo N° 5 (abril/2010 a junio/2010), para aplicar el devengamiento establecido mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009, debido a que a la fecha de cobro por parte de la Beneficiaria, los mismos ya se encontraban prescritos.

Consiguientemente y bajo los términos ya expresados, es importante recalcar que de aplicarse el criterio señalado por la recurrente, considerando una solicitud efectuada anteriormente para habilitar otros periodos, daría lugar a que los pagos de Renta Dignidad sean imprescriptibles; por lo tanto, es evidente que existió incumplimiento por parte de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** a la norma vigente, ocasionando daño al Fondo de Renta Universal de Vejez, debido a que realizó retiros de dicho Fondo para dar curso al pago de un Benefició que a la fecha de cobro se encontraba prescrito.

Ahora bien, respecto a la aclaración remitida con posterioridad por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPNC/10286/2012, de igual manera que en los casos anteriores, dicho justificativo no corresponde atenderse, por cuanto, la norma claramente establece las condiciones que se deben cumplir para aplicar o no, el devengamiento de periodos prescritos; asimismo, se vuelve a mencionar que si la Entidad Gestora consideraba que los criterios establecidos no eran suficientes o claros, de manera oportuna debió solicitar la aclaración respectiva.

2.2.4. Del caso de la Beneficiaria Matilde Quispe Ignacio de Colque (NUB 900251539).-

Conforme se tiene en los antecedentes, los dos pagos de Renta Dignidad de la Beneficiaria Matilde Quispe Ignacio de Colque, correspondientes a los periodos de **marzo/2009 a abril/2009**, fueron pagados inicialmente en fecha **21 de mayo de 2009**, cuando éstos estaban vigentes, sin embargo, de acuerdo a lo señalado por la Entidad Gestora, mediante nota AA.GG.-5676/2014 de 27 de junio de 2014 dichos pagos fueron observados como Pago por Defecto.

Realizadas las gestiones correspondientes, la Entidad Financiera realizó la regularización, efectuando el reembolso en fecha **7 de octubre de 2011**, toda vez que -a decir de la recurrente- la Beneficiaria se encontraba impedida de efectuar el cobro, habilitó el pago de los periodos de marzo/2009 y abril/2009, que fueron cobrados el **20 de marzo de 2012**, junto con los periodos de enero/2012 y febrero/2012.

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, señaló que el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad de marzo/2009 y abril/2009, según lo establecido en el artículo 20° del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, **prescribían el 30 de abril de 2010 y 31 de mayo de 2010**, respectivamente, y al no existir una

solicitud por parte de la Beneficiaria, no se evidencia que la misma hubiese intentado ejercer su derecho al cobro de la Renta Dignidad dentro del año establecido por norma y que posibilite la ampliación de vigencia de dichos periodos.

Ahora, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, en su Recurso Jerárquico, señala lo siguiente:

> "…***para los 2 casos habilitados por reversión del NUB 900251539,*** *reiteramos que la entidad financiera efectuó el reembolso de los pagos, los cuales de acuerdo a nuestro análisis debían rehabilitarse para ser cobrados por la beneficiaria. Debido a que existió reembolso al FRUV, no es correcto considerar que se ocasionara daño económico a dicho Fondo. Más aún, debido a que existió la reparación que debía favorecer a la beneficiaría afectada, nuestra Asociación actuó con criterio de buen correspondiente destinatario.*
>
> *El criterio vertido por la APS en la R.A. 529-2014 carece de consistencia con el objeto de la normativa invocada, ya que no se puede asegurar que la beneficiaria no haya intentado ejercer su derecho al cobro de la Renta Dignidad de un período determinado; solamente que dicha beneficiaria no ha presentado reclamo por el pago de dicho periodo. En caso que el Ministerio de Economía ratifique la opinión de la APS, la consecuencia será que reembolsos efectuados al FRUV por las entidades financieras no serán rehabilitados para los beneficiarios a no ser que los mismos presenten reclamos*…"

Al respecto, es evidente que la Entidad Financiera efectuó el reembolso de los pagos correspondientes a los periodos de marzo/2009 y abril/2009, sin embargo, la Entidad Gestora debió realizar la revisión respectiva, a fin de verificar si dichos periodos cumplían con las condiciones establecidas en normativa vigente y no se encontraban prescritos, más aún, al no existir una solicitud por parte de la Beneficiaria, no correspondía que los mismos sean habilitados para su pago.

2.2.5. Conclusión al alegato referido a la existencia de daño económico.-

Por todo el análisis efectuado, se concluye que evidentemente sí existió incumplimiento sancionado, por parte de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, en los casos que componen el Cargo N° 5 de la nota APS.EXT.DE/1108/2014 de 11 de abril de 2014, con excepción de los cinco casos que hacen al NUB 220052308 (Beneficiaria Juana Chipana de Apaza) y que se mencionan en los numerales del 2 al 6, del Anexo 6 del cargo señalado, toda vez que para estos, se cuenta con una fecha de solicitud enviada por la Entidad Reguladora en fecha 21 de septiembre de 2010, habilitando el pago para los periodos de **agosto/2009 a septiembre/2011**, por lo tanto siendo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó en el Cargo N° 5, la habilitación y pago de los periodos de **enero/2011 a mayo/2011**, al encontrarse los mismos dentro de los periodos habilitados por la solicitud reportada el 21 de septiembre de 2010, conforme consta en la parte dispositiva infra, corresponde que la Entidad Reguladora emita pronunciamiento respecto a estos cinco (5) casos, a fin de determinar si corresponde su sanción, en función de si los mismos ocasionaron o no daño al Fondo de Renta Universal de Vejez.

2.3. La sanción establecida.-

Emergente de ello y en consideración a lo señalado por la recurrente, en sentido que no correspondería "*la sanción ni la calificación de gravedad fijados a nuestra Asociación*", expresión que, en el contexto general de los alegatos concretos del Recurso Jerárquico y siempre en lo referido a los cuarenta y nueve (49) casos controvertidos del Cargo N° 5, se encuentra ya esclarecida en el tenor supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

No obstante de ello (y de no existir mayor alegato específico al respecto), no está demás dejar constancia que, a tiempo de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, entonces en su debida oportunidad procesal, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al valorar los descargos ofrecidos en función de las imputaciones notificadas, ya moduló las conductas infractoras (aunque con omisiones supra relacionadas) a efectos de su subsunción en la norma sancionatoria, conforme consta de la transcripción siguiente de sus partes pertinentes:

> "…*verificada la existencia de contravenciones a la normativa, imputadas en los Cargos* (…) *5 corresponde el establecimiento de las sanciones respectivas, debiendo considerarse a tal efecto la valoración razonada de la prueba y la sana critica, así como los criterios de calificación de gravedad establecidos por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y finalmente, lo previsto por el principio de proporcionalidad* (…)
>
> …*con el objeto de que exista simetría entre la infracción y la sanción a ser impuesta considerados por el principio de proporcionalidad, a continuación se verifica el cumplimiento de los parámetros que se deben considerar, para cada cargo en forma específica:* (…)
>
> …***Cargo N° 5:***
>
> *a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." Consecuentemente, el hecho de que el Ente Gestor no controlara la prescripción del beneficio de la Renta Dignidad y procediera a su pago cuando se hallaba prescrito, constituye un incumplimiento al ordenamiento administrativo, según lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 191 de 25 de marzo de 2009 y al artículo 20 del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007.*
>
> *b) El hecho se encuentra comprobado en ciento diez (110) casos de doscientos treinta y un (231) imputados, conforme el análisis técnico realizado previamente y que ha sido desarrollado en el anterior considerando.*

c) Los descargos presentados por la Entidad Gestora han sido valorados, de acuerdo a lo cual se confirma la existencia de la contravención imputada en los casos antes señalados.

Que respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se tiene lo siguiente: (…)

*…**Para el Cargo N° 5**: **a)** Se ha determinado que el pago prescrito del beneficio de la Renta Dignidad, verificado en los casos establecidos en el anterior Considerando, ha sido ocasionado de manera culposa en el entendido de que no existió dolo en la comisión de la infracción, sino más bien negligencia en ciento diez (110) casos, de los cuales cuarenta y nueve (49) ocasionaron daño al FRUV; **b)** El incumplimiento de deberes del Ente Regulado ocasiona que se eroguen recursos del FRUV cuando no correspondía; **c)** Existe reincidencia, toda vez que la conducta imputada ha sido sancionada como Cargo N° 5 en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 978-2013 de 30 de octubre de 2013*(…)

…el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve: cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor (…)

…Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala: (…)

…b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"b) Infracción calificada como gravedad media de cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses…"

Tal hecho debiera permitir establecer que, en líneas generales, los criterios técnico-normativos utilizados por el Ente Fiscalizador, para la imposición de la sanción, son correctos y pertinentes con respecto a la infracción en la que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** ha incurrido.

Sin embargo, los cinco casos que hacen al NUB 220052308 (Beneficiaria Juana Chipana de Apaza) y que se mencionan en los numerales del 2 al 6 del Anexo 6, del Cargo Nº 5, para los que -conforme lo visto- la fecha de solicitud habilitaba al pago para los periodos de agosto/2009 a septiembre/2011, determinan que por sencillo ejercicio del principio de proporcionalidad, al sancionar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, por cuarenta y nueve (49) casos del Cargo N° 5, en los que se encuentran incluidos los cinco (5) casos tantas veces mencionados, la cuantía de la sanción correspondiente a tal cargo, queda aún sujeta a lo que resulte de los extremos ahora señalados.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo, en cuanto se refiere a la fundamentación del mismo y a la sanción establecida.

Sin embargo, *contrario sensu* y en excepción a lo anterior, no hizo un correcto análisis respecto a los treinta y dos (32) casos señalados en el numeral 2.2.1. debido a la falta de fundamentación, con relación a la habilitación y posterior pago de los mismos, y los pagos efectuados al NUB 220052308 (Beneficiaria Juana Chipana de Apaza), respecto a los periodos pagados de enero/2011 a mayo/2011, por encontrarse los mismos habilitados por la solicitud reportada el 21 de septiembre de 2010, lo que compele a la Entidad Reguladora, a emitir pronunciamiento respecto a los casos señalados, a fin de determinar si corresponde su sanción, en función de si los mismos ocasionaron o no daño al Fondo de Renta Universal de Vejez.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada, con alcance parcial cuando ratifique en parte y modifique parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que asimismo, de conformidad con el artículo 44º del mismo Reglamento, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el artículo único de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 529-2014 de 28 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a excepción de lo correspondiente al Cargo N° 5.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 384-2014 de 29 de mayo de 2014, **inclusive,** únicamente en lo correspondiente al Cargo N° 5, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir, por cuerda separada, nueva Resolución Administrativa conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 518-2014 DE 25 DE JULIO DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 080/2014 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

REVOCAR PARCIAMENTE – ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 080/2014

La Paz, 29 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 072/2014 de 2 de diciembre de 2014 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 143/2014 de 3 de diciembre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de agosto de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por su Gerente General Sr. Julio Antonio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°

518-2014 de 25 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2369/2014, con fecha de recepción del 21 de agosto de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014.

Que, mediante proveído emitido el 26 de agosto de 2014, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, requirió que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** subsane la omisión de la firma del representante legal de la recurrente, en el memorial de Recurso Jerárquico, mismo que fue regularizado por la Administradora de Fondos de Pensiones, con memorial presentado el 2 de septiembre de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 5 de septiembre de 2014, notificado a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 11 de septiembre de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014.

Que, en fecha 19 de septiembre de 2014, conforme fuera solicitada a tiempo del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** y señalada a tiempo del Auto de Admisión de 5 de septiembre de 2014, se recibió en audiencia la Exposición Oral de Fundamentos de la misma**.**

CONSIDERANDO:

Que, en principio y por sus características, corresponde traer a colación los antecedentes adjetivos del proceso administrativo, conforme se procede a continuación:

1. NOTA APS-EXT.DE/844/2014 DE 14 DE MARZO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS-EXT.DE/844/2014 de 14 de marzo de 2014, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con los siguientes cargos:

"…***II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.***

Cargo N° 1.

Se evidenció que en el caso correspondiente al ***CUA 3008712*** *Futuro de Bolivia S.A. AFP dispuso el acceso al Derechohabiente a los recursos del Saldo Acumulado de la Asegurada fallecida, vía Retiro Final, cuando correspondía otorgar Pensión por Muerte, pues éste financiaba una Pensión por Muerte igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional.*

Cargo N° 2.

*Se comprobó que en el caso del **CUA 26408338**, Futuro de Bolivia S.A. AFP autorizó el acceso a los Derechohabientes al Saldo Acumulado del Asegurado fallecido vía Retiro Final, cuando correspondía otorgar Pensión por Muerte, pues cumplía los requisitos para acceder a la misma, siendo ésta de monto mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional.*

Cargo N° 3.

*Se evidenció que el caso correspondiente al **CUA 27238908**, Futuro de Bolivia S.A. AFP otorgó a los Derechohabientes, Retiro Final utilizando el Saldo Acumulado del Asegurado fallecido; sin embargo, correspondía el acceso a Pensión por Muerte, pues cumplía los requisitos para acceder a la misma, toda vez que financiaba una Pensión por Muerte igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional.*

III.- NORMATIVA INFRINGIDA.

Las normas infringidas se detallan a continuación:

- *El inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece:*

  "c) Gestionar y pagar las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos conforme la presente Ley y sus reglamentos".

- *El artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, señala:*

  "El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:

  a) Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad, no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP y no financie una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del salario mínimo nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.
  b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.
  c) Independientemente de la edad, cuando el Asegurado sea declarado inválido con cincuenta por ciento (50%) o más de grado de invalidez y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez.
  d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez.

e) Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales.
f) Que hubiera suscrito un Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio en el SSO, y tuviera aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación.
g) Que sea rentista del Sistema de Reparto".

- *El artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012:*

  "Los Asegurados y Derechohabientes que no accedan a Prestación de Vejez, Prestación Solidaria de Vejez, o Pensión por Muerte derivada de éstas en ninguna de las dos (2) fechas señaladas en el parágrafo III del artículo 4 anterior, podrán acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, y Pago Temporal de CCM, cuando corresponda"…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.GALC.0895/2014 de 24 de abril de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** presentó los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"…I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

En principio y como ya lo hemos venido señalando en anteriores comunicaciones al regulador, nos preocupa la vigencia de la norma sobre sanciones que se pretende utilizar.

1. ***De la facultad sancionadora de la APS.-*** *Debe quedar claro que nuestra administradora no desconoce ni pone en tela de juicio las facultades, competencias y atribuciones que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) para fiscalizar y sancionar, cuando corresponda, a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -transitoriamente las AFP-; ya que conforme a lo establecido por el artículo 168, inciso b), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS se encuentran precisamente las de* ***"Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo,*** *Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción,* ***de acuerdo a la presente Ley,*** *Ley de Seguros* ***y los reglamentos correspondientes"*** *(las negrillas y subrayado son nuestros) sino por el contrario, lo que se observa por constituir una vulneración a los derechos y garantías constitucionales de las AFP, es que no existe un marco reglamentario sancionador vigente, aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -asumidas como ya se refirió, transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.*

2. ***<u>De la abrogación del régimen sancionatorio establecido en el D.S. 24469</u>***.- *La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en su artículo 198, parágrafo I, señala que:* ***"Se abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley." (las negrillas son nuestras) debiendo entenderse cabalmente que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y, por consiguiente, supone también la abrogación automática del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 reglamento de la Ley de Pensiones, dado que este Decreto Supremo nace a la vida jurídica con el siguiente objeto: "****ARTÍCULO 1. (OBJETO).*** *El presente Decreto Supremo tiene por objeto reglamentar la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 (Ley de Pensiones)"; entonces por simple lógica jurídica se tiene que abrogada la Ley 1732, su Decreto reglamentario, al carecer de objeto independiente o autónomo, también ha quedado abrogado, mas* (sic) *aun si se considera que* ***la ley tiene por naturaleza un carácter histórico, es decir tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica.***

   En ese contexto se puede observar que el inicio de la vigencia de la nueva Ley de Pensiones, es decir la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, está regida por dos características: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar que ésta inicia su vigencia desde la fecha de su publicación en cuanto a la administración del Sistema Integral de Pensiones que se crea en dicha Ley; y en cuanto a la Irretroactividad de la ley, esta se sujeta al principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado por el cual se establece que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".

   Con las anotaciones arriba expresadas, su Autoridad fácilmente podrá colegir, que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 se encuentra abrogado y no es aplicable al incumplimiento de obligaciones o comisión de infracciones en que pudiese incurrir la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, - transitoriamente las AFP- en el marco de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, porque carece de una norma reglamentaria que precisamente regule la imposición de sanciones por dichas infracciones o por el incumplimiento de obligaciones, constituyéndose entonces su aplicación en una franca vulneración al derecho del debido proceso, y a los principios de legalidad y seguridad jurídica, lesionando los derechos subjetivos e intereses legítimos de nuestra AFP, situación jurídica que ya fue reconocida en Acción de Amparo Constitucional que es de conocimiento público.

3. ***<u>De la continuidad de servicios</u>***.- *De acuerdo a lo establecido por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas*

mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, ***así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarías del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…"*** *(las negrillas son nuestras). Del marco normativo vigente se desprenden dos hechos importantes: el primero que las AFP deben continuar prestando sus servicios al encontrarse vigente su contrato de prestación de servicios suscrito en el marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996; y segundo, que los servicios prestados en el marco de la nueva ley de pensiones, se efectúan asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo el marco normativo aplicable, el vigente, y no el abrogado.*

II. REQUISITOS O CONDICIONES DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VEJEZ Y/O SOLIDARIA DE VEJEZ; Y COMPARACIÓN DE PENSIONES:

Toda vez que los tres casos objeto de imputación de cargos no cumplen con los requisitos de cobertura para acceso a una pensión por invalidez o muerte derivada de riesgo común por mora del empleador, conviene recapitular la normativa vigente para el acceso a la pensión de vejez/solidaria de vejez; y las pensiones por muerte derivadas de las mismas:

1. ***Acceso a la pensión de vejez.-*** *Conforme a lo señalado por los artículos 8 y 10 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, se tiene que:*

   "Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO). *El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*
   a) Independientemente de su edad, siempre y cuando no haya realizado aportes al Sistema de Reparto y financie con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:
   i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
   ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
   iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

   b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:
   i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
   ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
   iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

   c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con

una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes."

*"**Artículo 10 (PENSIÓNPOR MUERTE Y GASTOS FUNERARIOS).** Los Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, previo cumplimiento de requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento…".*

De la norma transcrita se tiene que nuestra AFP debe verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso a un Pensión de Vejez para cada Asegurado(a), a una fecha determinada; y cumplidas dichas condiciones otorgar la prestación por muerte derivada de la misma, que no es otra cosa que aplicar los porcentajes establecidos por norma.

2. ***Acceso a la pensión Solidaria de vejez.-*** *Conforme a lo señalado por los artículos 13 y 23 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, se tiene que:*

*"**Artículo 13 (REQUISITOS).** Para acceder a la Prestación Solidaria de Vejez el Asegurado deberá cumplir conjuntamente los siguientes requisitos;*

a) Tener al menos cincuenta y ocho (58) años de edad.
b) Contar con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos.
c) Cumplir con las demás determinaciones de la presente Ley y sus reglamentos. "

*"**Artículo 23 (PENSIÓN POR MUERTE Y GASTOS FUNERARIOS).** Los Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión Solidaria de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, previo cumplimiento de requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento…".*

De la norma transcrita se tiene que nuestra AFP debe verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso a una Pensión de (sic) *Solidaria de Vejez para cada Asegurado(a), a una fecha determinada; y cumplidas dichas condiciones otorgar la prestación por muerte derivada de la misma, que no es otra cosa que aplicar los porcentajes establecidos por norma.*

3. ***Comparación de pensiones.-*** *El artículo 167, parágrafo II, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 establece con claridad que:*

*"Para la comparación determinada en el parágrafo anterior, **la Gestora previamente deberá verificar el cumplimiento de requisitos de acceso a cada una de las pensiones,** considerando **además** que la Pensión Base no podrá ser inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente" (las negrillas son nuestras).*

Lo expresado en la norma, fuera de la claridad en cuanto a la verificación previa de condiciones de acceso a cada una de las prestaciones, encuentra asidero en el

hecho de que conforme a lo establecido en el artículo 105, parágrafo IV. del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, no se pueden emitir Declaraciones de Pensión de Vejez o Declaraciones de Pensión por Muerte, por un monto de Pensión Base menor al sesenta (60%) por ciento del Salario Mínimo Nacional vigente a la fecha de solicitud de pensión; lo que no significa que este hecho se constituya en una condición de acceso a una pensión de vejez/solidaria de vejez derivada de muerte.

*Lo aseverado supra es concordante con lo establecido por el artículo 23 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011 que en la parte pertinente refiere que "…**la AFP comparara*** (sic) ***únicamente las Pensiones por Muerte, en las que el Asegurado cumple requisitos y otorgará la pensión más alta…"*** *(las negrillas son nuestras).*

III. DESCARGOS:

Sin perjuicio de todo lo expresado en el numeral I. anterior, que estamos seguros será de consideración previa y necesaria; y dentro del marco del principio administrativo de la buena fe; y con la necesaria recapitulación normativa efectuada en el numeral II., pasamos a expresar lo siguiente con relación a los cargos que se nos imputan:

Cargo N° 1.

Se nos imputa la infracción de lo dispuesto por el artículo 149, inciso c) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011; y, del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 para el ***CUA 3008712,*** *porque nuestra AFP hubiera dispuesto el acceso al Derechohabiente a los recursos del Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional de la Asegurada, cuando correspondía otorgar pensión por muerte, toda vez que ésta financiaba una Pensión por Muerte igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional.*

Descargos al Cargo N° 1.-

Para el trámite de Pensión por Muerte de nuestra Asegurada Patricia Machicado Oblitas, se verificó que la misma cumplía conjuntamente los requisitos establecidos por el artículo 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428/2012 de 19 de junio de 2012; por lo que en conformidad al artículo 4 del Anexo I de la citada Resolución Administrativa, se procedió a realizar primero el cálculo del monto de la pensión y luego la verificación de acceso a Pensión por Muerte derivada de Vejez a fechas 10 de diciembre de 2010; y 1° de junio de 2012, considerando que la Asegurada no contaba con la edad y el número (sic) *de aportes necesarios para considerar una eventual pensión por muerte derivada de solidaria de vejez, obteniéndose los siguientes resultados:*

Cálculo considerando como fecha de solicitud el 10/12/2010:

- *Referente Salarial:* *Bs 8.152,69*
- *Monto Salarial Referencial:* *Bs 4.891,61*
- *Precio de la Unidad de Vejez:* *125,788766*
- *Salario Mínimo Nacional:* *Bs 679,50*
- *Saldo Cuenta Individual:* *Bs 94.991,43*
- *Unidades de Vejez:* *25,02567074*
- ***Fracción Saldo Acumulado:*** *Bs 3.147,95*
- ***Pensión Total:*** ***Bs 3.147,95***

Cálculo considerando como fecha de solicitud, el 10/12/2010(sic)***:***

- *Referente Salarial:* *Bs 9.190,05*
- *Monto Salarial Referencial:* *Bs 5.514,03*
- *Precio de la Unidad de Vejez:* *129.856841*
- *Salario Mínimo Nacional:* *Bs 1.000,00*
- *Saldo Cuenta Individual:* *Bs 105.069,87*
- *Unidades de Vejez:* *24,64845882*
- ***Fracción Saldo Acumulado:*** *Bs 3.200,77*
- ***Pensión Total:*** ***Bs 3.200,77***

Al no ser aplicable la comparación de pensión establecida por el artículo 167, parágrafo II, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, en virtud a que la Asegurada no cumple requisitos de acceso a una pensión por muerte derivada de riesgos por mora del empleador; ni la comparación dispuesta por el artículo 4, parágrafo II, inciso c) del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012, nuestra Administradora determinó que la Asegurada no cumplía con ninguna de las condiciones de acceso establecidas en los tres (3) incisos del artículo 8 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010; y en consecuencia los derechohabientes podían acogerse a lo dispuesto por el artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, por el cual se permite que éstos (los derechohabientes) de manera voluntaria accedan al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones: "d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez". Normativa concordante con lo establecido por el artículo 2, inciso c), numeral 3.; y artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.

<u>Cargo N° 2.</u>

Se nos imputa la infracción de lo dispuesto por el artículo 149, inciso c) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, artículo 172 del Reglamento de Desarrollo

Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011; y, del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 para el ***CUA 26408338,*** *porque nuestra AFP hubiera dispuesto el acceso al Derechohabiente a los recursos del Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, cuando correspondía otorgar pensión por muerte, toda vez que ésta financiaba una Pensión por Muerte igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional.*

Descargos al Cargo N° 2.

Para el trámite de Pensión por Muerte de nuestro Asegurado Mario René Zurita Jaldín, se verificó que el mismo cumplía conjuntamente los requisitos establecidos por el artículo 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428/2012 de 19 de junio de 2012; por lo que en conformidad al artículo 4 del Anexo I de la citada Resolución Administrativa, se procedió a realizar primero el cálculo del monto de la pensión y luego la verificación de acceso a Pensión por Muerte derivada de Vejez a fechas 10 de diciembre de 2010; y 1° de junio de 2012, considerando que el Asegurado no contaba con la edad y el número (sic) *de aportes necesarios para considerar una eventual pensión por muerte derivada de solidaria de vejez, obteniéndose los siguientes resultados.*

Cálculo considerando como fecha de solicitud el 10/12/2010:

- *Referente Salarial:* *Bs 8.352,63*
- *Monto Salarial Referencial:* *Bs 5.011,58*
- *Precio de la Unidad de Vejez:* *125,788766*
- *Salario Mínimo Nacional:* *Bs 679,50*
- *Saldo Cuenta Individual:* *Bs 113.899,11*
- *Unidades de Vejez:* *4,64572895*
- ***Fracción Saldo Acumulado:*** *Bs 584,38*
- ***Pensión Total:*** ***Bs 584,38***

Cálculo considerando como fecha de solicitud, el 01/06/2012:

- *Referente Salarial:* *Bs 9.415,43*
- *Monto Salarial Referencial:* *Bs 5.649,26*
- *Precio de la Unidad de Vejez:* *129.856841*
- *Salario Mínimo Nacional:* *Bs 1.000,00*
- *Saldo Cuenta Individual:* *Bs 125.983,62*
- *Unidades de Vejez:* *4,75444539*
- ***Fracción Saldo Acumulado:*** *Bs 617,40*
- ***Pensión Total:*** ***Bs 617,40***

Al no ser aplicable la comparación de pensión establecida por el artículo 167, parágrafo II, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, en virtud a que el Asegurado no cumple requisitos de acceso a una pensión por muerte derivada de riesgos por mora del empleador; ni la comparación dispuesta por el artículo 4, parágrafo II, inciso c) del

Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012, nuestra Administradora determinó que el Asegurado no cumplía con ninguna de las condiciones de acceso establecidas en los tres (3) incisos del artículo 8 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010; y en consecuencia los derechohabientes podían acogerse a lo dispuesto por el artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, por el cual se permite que éstos (los derechohabientes) de manera voluntaria accedan al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones: "d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez". Normativa concordante con lo establecido por el artículo 2, inciso c), numeral 3.; y artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.

Cargo N° 3.

Se nos imputa la infracción de lo dispuesto por el artículo 149, inciso c) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011; y, del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 para el ***CUA 27238908****, porque nuestra AFP hubiera dispuesto el acceso al Derechohabiente a los recursos del Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, cuando correspondía otorgar pensión por muerte, toda vez que ésta financiaba una Pensión por Muerte igual o mayor al sesenta: por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional.*

Descargos al cargo N° 3.

Para el trámite de Pensión por Muerte de nuestro Asegurado Félix Alberto Zeballos Urdanivia, se verificó que el mismo cumplía conjuntamente los requisitos establecidos por el artículo 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428/2012 de 19 de junio de 2012; por lo que en conformidad al artículo 4 del Anexo I de la citada Resolución Administrativa, se procedió a realizar primero el cálculo del monto de la pensión y luego la verificación de acceso a Pensión por Muerte derivada de Vejez a fechas 10 de diciembre de 2010; y 1° de junio de 2012, considerando que el Asegurado no contaba con la edad y el número (sic) *de aportes a fecha 10 de diciembre de 2010, ni con los aportes necesarios a fecha 01 de junio de 2012 para considerar una eventual pensión por muerte derivada de solidaria de vejez; obteniéndose los siguientes resultados.*

Cálculo considerando como fecha de solicitud el 10/12/2010:

- *Referente Salarial: Bs 9.826,00*
- *Monto Salarial Referencial: Bs 5.895,60*
- *Precio de la Unidad de Vejez: 125,788766*

- *Salario Mínimo Nacional:* *Bs 679,50*
- *Saldo Cuenta Individual:* *Bs 97.769,12*
- *Unidades de Vejez:* *5,13045723*
- ***Fracción Saldo Acumulado:*** *Bs 645,35*
- ***Pensión Total:*** ***Bs 645,35***

Cálculo considerando como fecha de solicitud, el 10/12/2010(sic)***:***

- *Referente Salarial:* *Bs 9.415,43*
- *Monto Salarial Referencial:* *Bs 5.649,26*
- *Precio de la Unidad de Vejez:* *129,856841*
- *Salario Mínimo Nacional:* *Bs 1.000,00*
- *Saldo Cuenta Individual:* *Bs 125.983,62*
- *Unidades de Vejez:* *4,75444539*
- ***Fracción Saldo Acumulado:*** *Bs 617,40*
- ***Pensión Total:*** ***Bs 617,40***

Al no ser aplicable la comparación de pensión establecida por el artículo 167, parágrafo II, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, en virtud a que el Asegurado no cumple requisitos de acceso a una pensión por muerte derivada de riesgos por mora del empleador; ni la comparación dispuesta por el artículo 4, parágrafo II, inciso c) del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012, nuestra Administradora determinó que el Asegurado no cumplía con ninguna de las condiciones de acceso establecidas en los tres (3) incisos del artículo 8 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010; y en consecuencia los derechohabientes podían cogerse (sic) *a lo dispuesto por el artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, por el cual se permite que éstos (los derechohabientes) de manera voluntaria accedan al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones: "d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez". Normativa concordante con lo establecido por el artículo 2, inciso c), numeral 3.; y artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.*

<u>IV. CONCLUSIONES:</u>

Conforme su Autoridad podrá colegir, nuestra administradora ha dado cumplimiento cabal al marco normativo vigente para el acceso a Retiro Final en favor de los Derechohabientes de aquellos Asegurados que NO contaban con una pensión por riesgo por mora de sus empleadores, desvirtuándose entonces el incumplimiento a los artículos el artículo 149, inciso c) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011; y, del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.

Finalmente y como un necesario colofón a la presente nota, nos permitimos reiterar que ese órgano regulador debe analizar nuestros descargos en el marco del principio de verdad material que se contrasta con la verdad formal (que muchas veces no es lo real) y tomando en cuenta el principio del derecho administrativo de buena fe y cooperación, que deben primar en las relaciones entre reguladores y regulados toda vez que nuestra AFP obró tomando en cuenta la normativa vigente al momento de la otorgación del beneficio, y con la conformidad y/o aceptación de los derechohabientes…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 337-2014 DE 9 DE MAYO DE 2014.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 337-2014 de 9 de mayo de 2014, resolvió lo siguiente:

"…PRIMERO.- I.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes Cargos:*

a) Cargo N° 1 *correspondiente al* ***CUA 3008712****, con multa en bolivianos equivalente a $US500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.* ***b) Cargo N° 2*** *correspondiente al* ***CUA 26408338****, con multa en bolivianos equivalente a $US500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.* ***c) Cargo N° 3*** *correspondiente al* ***CUA 27238908****, con multa en bolivianos equivalente a $US500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.*

SEGUNDO.- *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"

Los argumentos de la Resolución Administrativa son los siguientes

"…CONSIDERANDO:

Que conforme los argumentos señalados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Entidad Reguladora señala que no desconoce las atribuciones conferidas al Organismo de Fiscalización, referentes a fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social. Al respecto, es evidente que el inciso a) del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que una de las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, es la siguiente: "a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos". Por otro lado, también hace referencia a que no hubiera un marco reglamentario sancionador vigente, aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, asumidas como ya se refirió transitoriamente por las AFP, reglamentación que conforme a lo señalado por el artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.

Que asimismo, la Administradora señala también que: "…la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulado (sic) *de forma expresa y, por consiguiente, supone también la abrogación automática del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 reglamento de la Ley de Pensiones…". Asimismo expresa que: "… el Decreto Supremo N° 24469……..no es aplicable al incumplimiento de obligaciones o comisión de infracciones en que pudiese incurrir la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, -transitoriamente las AFP- en el marco de la vigencia de la Ley N° 065….., porque carece de una norma reglamentaria que precisamente regule la imposición de sanciones por dichas infracciones o por el incumplimiento de obligaciones, constituyéndose entonces su aplicación en una franca vulneración al derecho del debido proceso, y a los principios de legalidad y seguridad jurídica, lesionando los derechos subjetivos e intereses legítimos de nuestra AFP, situación jurídica que ya fue reconocida en Acción de Amparo Constitucional que es de conocimiento público".*

Que conforme prevé la parte final del artículo 37: "…La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI", es importante mencionar que respecto al caso presente, se cuenta con precedentes administrativos que se constituyen determinaciones definitivas, refiriéndonos específicamente a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2014 de 06 de mayo de 2014, la cual establece:

> *"La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene la atribución de fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo –transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, abrogó la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, por lo tanto no existe un marco reglamentario sancionador actual y vigente aplicable al incumplimiento a infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la señalada Ley N° 065 de Pensiones, toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ha perdido vigencia.*

Al respecto, corresponde traer a colación lo determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 04 de julio de 2013, que señala:

> *"…A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> ***"…Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN)**. El Organismo de Fiscalización –se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones: (…)*
>
> *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por…nuestra Constitución Política del Estado,…la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por el contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b) extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar al Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*

En ese sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

(FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que (sic) de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, ***en el marco*** *de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."…"

Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado".

Que considerando los descargos de la Administradora en cuanto a la supuesta vulneración al derecho del debido proceso, a los principios de legalidad y seguridad jurídica, los cuales lesionarían sus derechos subjetivos e intereses legítimos y que dicha situación jurídica estaría reconocida por una Acción de Amparo Constitucional, no tiene aplicación en el presente proceso, considerando que éste se inició por la infracción de la Administradora a una norma que no tiene relación alguna con la Acción de Amparo que la Administradora señala, por lo que el presente Acto Administrativo expresa la decisión de la Autoridad Reguladora con alcance particular, es decir para el caso concreto.

*Que en referencia a lo señalado en el párrafo anterior, el parágrafo I del artículo 17 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "**I.** Para los fines de este Reglamento, resolución administrativa es aquel acto administrativo que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular****, emitida por las Superintendencias del SIREFI en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados" (las negrillas son nuestras).*

Que respecto a la Acción de Amparo Constitucional a la cual hace mención la Administradora en sus descargos, es necesario señalar que a la fecha dicha Acción se encuentra en Revisión tal como prevé el artículo 64 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que claramente establece: "En las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Cumplimiento y Popular, las resoluciones serán elevadas en revisión de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo sin que por ello se suspenda su ejecución".

Que por tanto, conforme establece el artículo 5 del mismo cuerpo legal: "Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad".

Que en ese sentido y conforme prevé el referido cuerpo legal, el presente Acto Administrativo debe considerarse legítimo pues se encuentra conforme a Ley, es decir se ajusta a derecho en todas sus partes, debiendo presumirse por tanto que el Régimen de Sanciones establecido en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 no es contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, pues a la fecha no existe ninguna norma legal que así lo establezca, consecuentemente, no existe vulneración alguna al derecho del debido proceso ni a los principios de legalidad y seguridad jurídica, argumentos que equivocadamente pretende hacer valer la Administradora en sus descargos.

Que conforme las normas legales señaladas anteriormente, es obligación de la Administradora dar cumplimiento al artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que establece: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición…".

Que en el caso presente, la obligación de la Administradora se refiere a gestionar y pagar las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos conforme lo prevé la norma y a prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, tal como lo disponen los incisos c) y v) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, respectivamente; sin embargo, dicha obligación no fue cumplida por la Entidad Regulada, pues en los tres (3) Cargos imputados otorgó el Saldo Acumulado del Asegurado fallecido a sus Derechohabientes vía Retiro Final, considerando que según establece la norma, les correspondía una Pensión por Muerte.

Que por otro lado, es importante mencionar que el parágrafo II del artículo 45 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, establece que la Seguridad Social se presta bajo los principios de ***universalidad****, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de*

gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con ***control*** *y participación social.*

Que en ese sentido, es importante resaltar que de acuerdo al "Principio de Universalidad", ***todas las personas deben participar de los beneficios del sistema de seguridad social****.* ***La función de la seguridad social es proteger al ser humano como tal****, dentro de una determinada colectividad social, es un derecho subjetivo público. Por otro lado, el acceso a la seguridad social es un derecho humano, es un derecho inherente al ser humano por el solo hecho de serlo. Además, en tanto está reconocido por el derecho positivo, se califica desde el punto de vista técnico jurídico, como un derecho fundamental de rango constitucional.*

Que de acuerdo al libro "Principios de Derecho Administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas", los principios del Derecho Administrativo se constituyen en el instrumento para la correcta aplicación de las normas y sirven de guía de interpretación, debiendo el operador de justicia inspirarse en dichos principios para realizar una correcta interpretación. La doctrina revela a su vez, que los principios cumplen una función de integración, toda vez que asumen el rol de fuente formal del derecho.

Que finalmente, no se puede dejar de lado el hecho de que la actividad administrativa está destinada exclusivamente a servir los intereses de la colectividad, es decir, garantizar el interés público más allá del interés individual, esto en aplicación del "Principio Fundamental" establecido en el inciso a) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, que señala: "El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad". En el caso concreto, la Autoridad Reguladora en su rol de velar por los intereses de los Asegurados del Sistema Integral de Pensiones – SIP y ante el evidente incumplimiento de la Administradora referida al hecho de haber otorgado el Saldo Acumulado de los Asegurados fallecidos vía Retiro Final cuando correspondía otorgarles una Pensión por Muerte, debe asegurar la correcta aplicación de su principios, políticas y objetivos, así como controlar y sancionar a la Entidad Regulada.
(…)

Que conforme los argumentos señalados por la Administradora para el ***Cargo N° 1****, es necesario mencionar que evidentemente la Asegurada no cumplía los requisitos de acceso a una Pensión de Invalidez por mora del Empleador (LAB), así como tampoco cumplía los requisitos para acceder a una Pensión Solidaria de Vejez, toda vez que la Asegurada falleció a los cincuenta y cinco (55) años de edad.*

Que sin embargo, para verificar el acceso de los Derechohabientes a una posible Pensión por Muerte derivada de Vejez (PxMv) se debe verificar que el monto de pensión que se financia con el Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional de la Asegurada, a las dos fechas preestablecidas en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, sea al menos el sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente, requisito que se cumple de acuerdo a los cálculos efectuados por la Administradora. En esta situación, la Comparación de

Pensiones es directa porque de las tres posibles Pensiones, la más conveniente es la PxMv, ya que la Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez y Pensión por Muerte derivada de Riesgos se asumen con valor cero en este caso, por lo que no corresponde analizar lo establecido en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, o más específicamente el inciso d) al que hace referencia la AFP, puesto que los Derechohabientes cumplen los requisitos para acceder a una PxMv.

Que no encuentra justificativo lo referido por la Administradora al mencionar que no es aplicable la Comparación de Pensión establecida en el artículo 167 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, ni en el inciso c) parágrafo II del artículo 4 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, toda vez que un monto de Pensión (en este caso la PxMv) al ser comparado con otros dos: (Pensión por Muerte derivada de Riesgos y derivada de Solidaria de Vejez, que para este caso asumen un valor cero por incumplimiento de requisitos), la PxMv resulta ser la más alta y por tanto la más conveniente para los Derechohabientes.
(…)

Que respecto a lo señalado por la Administradora (haciendo referencia a los descargos presentados para el **Cargo N° 2**)*, la Entidad Regulada establece que los montos de Pensión ascienden a Bs584,38 (Quinientos Ochenta y Cuatro 38/100 Bolivianos) y Bs617,40 (Seiscientos Diecisiete 40/100 Bolivianos) al 10 de diciembre de 2010 y 01 de junio de 2012, respectivamente; montos con los cuales los Derechohabientes hubiesen accedido a una Pensión por Muerte de monto mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente a dichas fechas, correspondientes a Bs679,50 (Seiscientos setenta y nueve 50/100 Bolivianos) y Bs1.000,00 (Un mil 00/100 Bolivianos), respectivamente.*

> *La AFP, al igual que en el caso precedente señala "Al no ser aplicable la comparación de pensión establecida por el artículo 167, parágrafo II del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, en virtud a que el Asegurado no cumple requisitos de acceso a una pensión por muerte derivada de riesgos por mora del empleador (sic); ni la comparación dispuesta en el Artículo 4, parágrafo II inciso c) del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012, nuestra Administradora determinó que la Asegurada no cumplía con ninguna de las condiciones de acceso establecidas en los tres (3) incisos del artículo 8 de la ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010; y en consecuencia los derechohabientes (sic) podían acogerse a los dispuesto por el artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, por el cual se permite que éstos (los derechohabientes (sic)) de manera voluntaria accedan al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones…" y cita el inciso d) del mencionado artículo, "Normativa concordante con lo establecido por el artículo 2, inciso c), numeral 3.; y artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de junio de 2012.".*

*Que considerando los argumentos de la Administradora señalados para el **Cargo N° 2**, éstos reiteran lo señalado en el **Cargo N° 1**, por lo que corresponde ratificar el análisis realizado para el primer Cargo. Sin embargo, es necesario aclarar que los "Requisitos de Acceso" que menciona la Administradora y que se encuentran establecidos en el artículo 8 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, se refieren a "Condiciones de Acceso" para que un **Asegurado vivo reciba una Prestación de Vejez**, por lo que no corresponde a los tres (3) casos imputados, pues éstos se refieren a **Asegurados fallecidos**, diferencia que necesariamente debe ser tomada en cuenta.*
(…)

*Que como se puede evidenciar, respecto al **Cargo N° 3** Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta a manera de descargo, los mismos argumentos que en los dos (2) anteriores casos, con la salvedad que en los montos de Pensión calculados por la Administradora a las dos fechas establecidas, ésta determina que los montos de la Pensión Total alcanzan a Bs645.35 (Seiscientos Cuarenta y Cinco 35/100 Bolivianos) y Bs617,40 (Seiscientos Diecisiete 40/100 Bolivianos), al 10 de diciembre de 2010 y al 01 de junio de 2012, respectivamente.*

Que de los montos de pensión determinados se concluye que para ambas fechas establecidas, los Derechohabientes accedían a una Pensión por Muerte derivada de Vejez en un monto mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente, por lo que no correspondía otorgar a los Derechohabientes el acceso al Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.

Que a partir del análisis realizado a los descargos de la Administradora, se puede evidenciar que para los tres (3) casos imputados, correspondía que los Derechohabientes accedieran a una PxMv y no a todo el Saldo Acumulado del Asegurado fallecido en un sólo pago. Sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP otorgó a los Derechohabientes, el acceso al Saldo Acumulado vía Retiro Final, previa suscripción de un documento de conformidad.

Que el acceso al Saldo Acumulado vía Retiro Final y la falta de conocimiento de los Derechohabientes en cuanto a las ventajas y desventajas en la otorgación de este Beneficio, tuvo como consecuencia que éstos no consideraran algunos aspectos al emitir su conformidad, como es el caso referido al acceso al Seguro de Salud, derecho que hubieran tenido si la Administradora procedía a la asignación de la PxMv, por lo que se puede evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP no actuó con diligencia, oportunidad, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Que por tanto, en mérito al análisis y evaluación realizada por la Entidad Reguladora, se concluye que los argumentos y descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP no son suficientes para levantar el Cargo imputado en su contra, por lo que corresponde establecer sanción.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que, Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó los descargos suficientes que desvirtúen los Cargos

imputados en su contra, se ratifica el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido las normas referentes a la otorgación de PxMv, habiendo otorgado el Saldo Acumulado del Asegurado a los Derechohabientes vía Retiro Final, en lugar de otorgar una Pensión de pago mensual.

Que conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en el Cargo presente, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".*

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI

RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad, refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

a) *Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.*

b) *La infracción se encuentra plenamente probada, pues se evidenció que en los tres (3) Cargos imputados correspondientes a los* ***CUA 30008712, 26408338*** *y* ***27238908****, Futuro de Bolivia S.A. AFP dispuso el acceso a los Derechohabientes a los recursos del Saldo Acumulado de los Asegurados fallecidos, vía Retiro Final, cuando correspondía otorgar la PxMv.*

c) *En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, tuvo como consecuencia que los Derechohabientes no puedan tener acceso a la PxMv, que en el caso de hijos no inválidos los hubiera beneficiado protegiéndolos hasta la mayoría de edad y en el caso del cónyuge hasta su fallecimiento; sin perjuicio del Seguro de Salud.*

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece:

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

a) *La normativa establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones están obligadas a gestionar y pagar las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos conforme la Ley y sus reglamentos, así como el Asegurado o sus Derechohabientes accedan de manera voluntaria al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla las condiciones establecidas a tal efecto. La Administradora en este caso, otorga el acceso al Saldo Acumulado de la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados fallecidos a sus Derechohabientes, vía Retiro Final. Sin embargo, en dicha omisión de la norma, no se ha generado ningún daño al Fondo, puesto que los recursos dispuestos eran de propiedad de los Asegurados fallecidos y en consecuencia de sus Derechohabientes.*

b) *En el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, ocasionó que los Derechohabientes no puedan tener la PxMv y los beneficios que de ella emergen, habiendo ocasionado asimismo, que no cuenten con acceso a un Seguro de Salud ante cualquier eventualidad.*

c) *No se cuenta con un antecedente de reincidencia sobre el presente caso.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición,…".

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica (sic) *y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor.

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses"…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 25 de junio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, argumentando lo siguiente:

"…II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:

A tiempo de ratificar y sobrecartarnos in extenso en los fundamentos expresados en nuestra nota de descargo FUT.APS.GALC.08952014 de fecha 24 de abril de 2014 con relación a éste acápite, y toda vez que su Autoridad ha señalado en los considerandos de la Resolución que se recurre que: "...Que respecto a la Acción de Amparo Constitucional a la cual hace mención la Administrador en sus descargos, es necesario señalar que a la fecha dicha Acción se encuentra en Revisión (sic) *tal como prevé el artículo 64 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 Ley del Tribunal constitucional* (sic) *Plurinacional, el plazo de veinticuatro horas...". Para luego señalar en el párrafo siguiente que: "...por tanto, conforme el artículo 5 del mismo cuerpo legal..." se presumiría la constitucionalidad del controvertido decreto* (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

Del razonamiento sesgado efectuado por su Autoridad, conviene efectuar las siguientes aclaraciones con Base a normativa vigente:

a) El Artículo 198 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 abrogó la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996; bajo ese contexto, su Autoridad no deberá perder de vista que el artículo 1° del Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997, tiene como objeto reglamentar la Ley N° 1732, por lo que por nuestra parte no se hace necesario hacer mayores comentarios.

b) El Artículo 40, parágrafo I del Código Procesal Constitucional, con relación a las Acciones de Amparo Constitucional señala con meridiana claridad que: "...Las resoluciones determinadas por una Jueza, Juez o Tribunal en Acciones de Defensa, ***serán ejecutadas inmediatamente, sin perjuicio de su remisión, para***

***revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional**, en el plazo establecido en el presente Código" (el resaltado es nuestro).*

c) Dejar más que en claro, que nuestra Administradora NO ha promovido una acción de Inconstitucionalidad Concreta, y hasta donde conocemos su Autoridad no la ha promovido de Oficio, por lo que llama la atención lo expresado por su Autoridad con relación a que se presumiría la constitucionalidad del merituado Decreto Supremo 24469, cuando la controversia está centrada, no en su constitucionalidad, sino en su vigencia, no sólo en lo que toca al procedimiento punitivo a aplicarse, sino en su integridad.

En ese contexto, en el presente caso y como en todos los que se encuentran tramitándose en sede administrativa, se puede evidenciar que la APS no cuenta con la competencia formal ni material, en lo que respecta, a sancionar por supuestas infracciones en la tramitación de las solicitudes de retiro (sic) *Final otorgadas a los derechohabientes de asegurados que no cumplen las condiciones de acceso a una pensión por recargo originado por la mora de sus empleadores.*

III. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA CON RELACIÓN A LOS CARGOS IMPUTADOS Y SANCIONADOS:

En mérito al razonamiento y análisis efectuado por su Autoridad con relación a nuestros descargos, expresado de la siguiente manera: "Que sin embargo, para verificar el acceso de los derechohabientes a una posible pensión (sic) *por Muerte Derivada de Vejez (PxMv) se debe verificar que el monto de la pensión que se financia con el Saldo Acumulado de la cuenta personal previsional*(sic)*..., a las dos fechas preestablecidas en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012,* ***sea al menos el sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente,*** *requisito que se cumple de acuerdo a los cálculos efectuados por la Administradora. En esta situación, la Comparación de Pensión es directa porque de las tres posibles Pensiones, la más conveniente es la PxMv, ya que la Pensión por Muerte derivada de Solidaria de vejez* (sic) *y pensión* (sic) *por Muerte derivada de riesgos se asume con valor cero en este caso, por lo que no corresponde analizar lo establecido en el artículo 172 del decreto* (sic) *Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, o más específicamente el inciso d) al que hace referencia la AFP,* ***puesto que los derechohabientes cumplen los requisitos para acceder a una PxMv"*** *(las negrillas son nuestras).*

Sobre el particular razonamiento, su Autoridad no ha referido cual la normativa legal vigente aplicable al caso de Autos por la cual se establezca que el único requisito para acceder a una pensión (sic) *por Muerte Derivada de Vejez (PxMv) sea financiar una pensión de al menos el sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente, extremo que vicia la Resolución recurrida toda vez que vulnera el* (sic) *principios de congruencia que a decir de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0049/2013 de, 11 de enero de 2013, por la cual se cita y establece: "La SC 0486/2010-R de 5 de julio, establece y concatena el debido proceso con el principio de congruencia, refiriéndose a los siguientes aspectos señalados en dicha sentencia: "*(sic)*La Constitución Política del Estado, en consideración a la naturaleza y los*

elementos constitutivos del debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía; es decir, está reconocido por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, un principio procesal y una garantía de la administración de justicia. De ello, se desprende el debido proceso como derecho fundamental autónomo, indirecto o garantía, que a decir de Carlos Bernal Pulido en «El Derecho de los Derechos»: «(sic) *El derecho fundamental al debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse (...) es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el estado democrático...".*

En el caso de autos, al extrañarse el marco normativo que se constituiría en la base para la imputación de los cargos y su respectiva sanción, no sólo se ha vulnerado el principio de congruencia, sino que junto a él, la debida fundamentación y la seguridad jurídica que la Constitución Política del Estado garantiza a todos los estantes y habitantes del nuestro Estado Plurinacional, razonamiento así entendido en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que: "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición****, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras).*

Sin perjuicio, de lo expresado conviene recordar nuevamente cuál el marco normativo aplicable para verificar el cumplimento de condiciones y requisitos de acceso a una prestación en el Sistema Integral de Pensiones

1. ***<u>Acceso a la pensión de vejez</u>.****- Conforme a lo señalado por los artículos 8 y 10 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, se tiene que:*

   Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO). *El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*

   a) Independientemente de su edad, siempre y cuando no haya realizado aportes al Sistema de Reparto y financie con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:
   i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
   ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
   iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

   b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el_derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta

Personal Previsional:
i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes."

"Artículo 10 (PENSIÓN POR MUERTE Y GASTOS FUNERARIOS). *Los_Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, previo cumplimiento de requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento...".*

De la norma transcrita se tiene que nuestra AFP debe verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso a un Pensión de Vejez para cada Asegurado(a), a una fecha determinada; y cumplidas dichas condiciones otorgar la prestación por muerte derivada de la misma, que no es otra cosa que aplicar los porcentajes establecidos por norma.

2. ***Acceso a la pensión Solidaria de vejez***(sic)**.-** *Conforme a lo señalado por los artículos 13 y 23 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, se tiene que:*

"Artículo 13 (REQUISITOS). *Para acceder a la Prestación Solidaria de Vejez el Asegurado deberá cumplir conjuntamente los siguientes requisitos:*

a) Tener al menos cincuenta y ocho (58) años de edad.
b) Contar con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos.
c) Cumplir con las demás determinaciones de la presente Ley y sus reglamentos."

*"**Artículo 23 (PENSIÓN POR MUERTE Y GASTOS FUNERARIOS).*** *Los Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión Solidaria de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, previo cumplimiento de requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento...".*

De la norma transcrita se tiene que nuestra AFP debe verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso a una Pensión de (sic) *Solidaria de Vejez para cada Asegurado(a), a una fecha determinada; y cumplidas dichas condiciones otorgar la prestación por muerte derivada de la misma, que no es otra cosa que aplicar los porcentajes establecidos por norma.*

3. ***Comparación de pensiones.-*** *El artículo 167, parágrafo II, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley 065 aprobado mediante Decreto Supremo 0822 de 16 de marzo de 2011 establece con claridad que:*

"Para la comparación determinada en el parágrafo anterior, ***la Gestora previamente***

deberá verificar el cumplimiento de requisitos de acceso a cada una de las pensiones, *considerando* ***además*** *que la Pensión Base no podrá ser inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente" (las negrillas son nuestras).*

Lo expresado en la norma, fuera de la claridad en cuanto a la verificación previa de condiciones de acceso a cada una de las prestaciones, encuentra asidero en el hecho de que conforme a lo establecido en el artículo 105, parágrafo IV del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, no se pueden emitir Declaraciones de Pensión de Vejez o Declaraciones de Pensión por Muerte, por un monto de Pensión Base menor al sesenta (60%) por ciento del Salario Mínimo Nacional vigente a la fecha de solicitud de pensión; lo que no significa que este hecho se constituya en una condición de acceso a una pensión de vejez/solidaria de vejez derivada de muerte(sic).

*Lo aseverado supra es concordante con lo establecido por el artículo 23 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011 que en la parte pertinente refiere que "…****la AFP comparara*** (sic) ***únicamente las Pensiones por Muerte, en las que el Asegurado cumple requisitos*** *y otorgará la pensión más alta..." (las negrillas son nuestras).*

V. PETITORIO:

Tomando en cuenta los argumentos expresados por nuestra Administradora de Fondos de Pensiones y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de fecha 09 de mayo de 2014, disponiendo en consecuencia el archivo de obrados.

Otrosí.- *A efectos de conocer providencias, señalamos domicilio legal en el segundo piso del Centro Empresarial "K2", sito en la Av. 6 de Agosto, N° 2624, de la zona San Jorge de la Ciudad de La Paz..."*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 518-2014 DE 25 DE JULIO DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, con los argumentos siguientes:

"*…Que respecto a los argumentos de la Administradora, es necesario recordar y reiterar a esta Entidad, lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030 de 06 de mayo de 2014, en consideración a lo establecido en la parte última del artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003:*

"(…)

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene la atribución de fiscalizar,

supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo –transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, abrogó la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, por lo tanto no existe un marco reglamentario sancionador actual y vigente aplicable al incumplimiento a infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la señalada Ley N° 065 de Pensiones, toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ha perdido vigencia.

Al respecto, corresponde traer a colación lo determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 04 de julio de 2013, que señala:

> *"…A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> ***"…Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN)**. El Organismo de Fiscalización –se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-tiene las siguientes funciones y atribuciones: (…)*
>
> *b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Entonces, **<u>en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones</u>**, así sea que "por…nuestra Constitución Política del Estado,…la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente. (las negrillas y el subrayado son nuestros).*

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **<u>contrarias</u>** a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por el contrario, en el diccionario, se*

entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar al Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.

En ese sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que (sic) de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

"…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, ***en el marco*** *de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación."…"

Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado".

Que respecto a lo expresado por la Administradora en cuanto a lo establecido en el parágrafo I del artículo 40 del Código Procesal Constitucional, esta Autoridad no desconoce la normativa en materia constitucional, por el contrario al presente cumple a cabalidad todo lo que expresamente se encuentra dispuesto en esta materia y deberá cumplir asimismo, todo lo que se disponga a través de sus instancias correspondientes de manera oportuna, es decir, en el tiempo preciso que así lo prevea la normativa

establecida al respecto, tal como lo dispone el artículo 8 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 del Tribunal Constitucional Plurinacional, que señala: "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno".

Que por otro lado, es necesario recordar a la Entidad Regulada lo establecido el artículo 64 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que claramente establece: "En las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Cumplimiento y Popular, ***las resoluciones serán elevadas en revisión*** *de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo sin que por ello se suspenda su ejecución". (las negrillas son nuestras).*

Que en ese sentido, en las disposiciones emitidas por el Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de La Paz, dentro de las Acciones de Amparo Constitucional interpuestas contra esta Autoridad, determinaron dejar sin efecto actos administrativos, objeto de impugnación, y disponiendo una nueva emisión de éstos de acuerdo a los fundamentos expuestos en las Resoluciones de Amparo Constitucional, habiéndose dado cumplimiento inmediato a lo establecido en dicha disposiciones judiciales.

Que a la fecha, el proceso constitucional referido al régimen de sanciones actualmente se encuentra en revisión en el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme establece la norma, sin que al momento exista Sentencia Constitucional firme que establezca claramente una decisión definitiva de esta instancia, por lo que es pertinente considerar el artículo 5 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 del Tribunal Constitucional Plurinacional, que establece lo siguiente: "Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad".

Que por tanto, la presunción de constitucionalidad referida en la norma precitada, no es una simple conclusión de esta Entidad Reguladora, tal como se refiere la Administradora en su Recurso de Revocatoria al señalar que: "…se presumiría la constitucionalidad del controvertido Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997", si no (sic) *que conforme los argumentos vertidos por la Administradora, es pertinente aclarar la normativa que rige la materia.*

Que la AFP en su impugnación también ha señalado lo siguiente: "Dejar más que en claro, que nuestra Administradora NO ha promovido una acción de Inconstitucionalidad Concreta, y hasta donde conocemos su Autoridad no la promovido de Oficio, por lo que llama la atención lo expresado por su Autoridad con relación a que se presumiría la constitucionalidad del merituado Decreto Supremo No. 24469, cuando la controversia está cerrada, no en su constitucionalidad, sino en su vigencia, no sólo en lo que toca al procedimiento punitivo a aplicarse, sino en su integridad". Al respecto, corresponde aclarar al regulado que, evidentemente se tiene conocimiento de que Futuro de Bolivia S.A. AFP no habría planteado acción de constitucionalidad alguna, como el Amparo Constitucional o una Acción de Inconstitucionalidad Concreta contra el régimen sancionatorio para el sector de pensiones, sino la otra AFP.

Por otro lado, es necesario reiterar que, cuando se hizo alusión a la normativa constitucional relativa a la presunción de constitucionalidad, aquello fue en el sentido de que si bien el pronunciamiento de la Acción de Amparo de la otra AFP observaría la vigencia del régimen sancionatorio; sin embargo no es menos cierto que la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional establece que, son las Sentencias Constitucionales las cuales luego de realizar la revisión de la resolución emitida por el Tribunal de Amparo, las que tienen carácter de ser obligatorias y vinculantes; en ese comprendido al no haber al presente pronunciamiento firme del Tribunal Constitucional Plurinacional, que de por cerrado el asunto a la controversia sobre el citado régimen, es posible considerar aún el concepto de la presunción señalado en la resolución de primera instancia.

Que continuando con el Recurso de Revocatoria, Futuro de Bolivia S.A. AFP se refiere a lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *En ese contexto, en el presente caso y como en todos los que se encuentran tramitándose en sede administrativa, se puede evidenciar que la APS no cuenta con la competencia formal ni material, en lo que respecta, a sancionar por supuestas infracciones en la tramitación de las solicitudes de retiro (sic) Final otorgadas a los derechohabientes de asegurados (sic) que no cumplen las condiciones de acceso a una pensión por recargo (sic) originado por la mora de sus empleadores (sic)".*

Que respecto al argumento de la Administradora, referente a la sanción establecida por supuestas infracciones en la tramitación de las solicitudes de retiro, es necesario aclarar que los tres (3) casos objeto de la sanción establecida mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014, no corresponden a solicitudes de Retiro Final, constituyéndose más bien en casos que por estar con Recargos impagos antes del 10 de diciembre de 2010 y cumplir lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa 428-2012 de 19 de junio de 2012, podrían acogerse a uno de los beneficios alternativos establecidos en dicha Resolución Administrativa, dentro de los cuales figura el acceso al ***Saldo Acumulado vía Retiros Mínimos o Retiro Final, <u>como última alternativa</u> luego de verificar que no se accede a ninguna pensión****.*

Que finalmente y refiriéndonos a la supuesta "Vulneración de Principios Constitucionales y Administrativos por Aplicación de un Régimen Abrogado para la Aplicación de Sanciones", la cual es objeto de impugnación por la Administradora en el Punto II del Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, nos ratificamos y sobrecartamos en el resto de los fundamentos establecidos mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014.

Que por tanto, de manera previa y con el objeto de continuar con el análisis de los argumentos expresados por la Administradora mediante su memorial de Recurso de Revocatoria, es necesario citar lo establecido en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 11 de marzo de 2011, modificado por el parágrafo XVII del artículo 2 del Decreto

Supremo N° 1888 de fecha 04 de febrero de 2014, respecto a los requisitos para Acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final:

"…El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad o más, y no cumpla requisitos de acceso a una Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez;
b) Para el inciso a) anterior, aplicarán las reducciones de edad por tiempo de trabajo insalubre;
c) Tenga aportes efectuados con posterioridad al otorgamiento de la Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez;
d) Tenga Cotizaciones Adicionales no utilizadas para acceder a Pensión de Vejez o Pensión Solidaria de Vejez;
e) Independientemente de la edad, cuando el Asegurado sea declarado inválido con cincuenta por ciento (50%) o más de grado de invalidez y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez;
f) <u>Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez;</u>
g) Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales;
h) Hubiera suscrito un Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio en el Seguro Social Obligatorio – SSO, y tuviera aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación;
i) Sea rentista del Sistema de Reparto." (el subrayado es nuestro).

Que como se puede evidenciar a través de la norma citada, en cuanto a Asegurados fallecidos existen únicamente dos (2) casuísticas para que sus Derechohabientes accedan al Saldo Acumulado (SA) de su Cuenta Personal Previsional (CPP), las cuales son las siguientes:

1. *El inciso g), el cual se refiere que el Asegurado fallecido hubiera generado derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos (PxMr) y tuviera además Cotizaciones Adicionales. Para los tres (3) casos que forman parte de la sanción impuesta, los Asegurados no habrían generado el derecho a PxMr toda vez que sus trámites se encuentran con Recargos impagos por sus Empleadores, por lo que dicho inciso g) no puede ser aplicable a los tres (3) casos imputados, en cuanto se refiere a acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final.*

2. *El inciso f), que se debería cumplir para acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final, es el referido a la edad del Asegurado a la fecha de fallecimiento (menor de 58 años) y que además no cumpla los requisitos de cobertura por Riesgos ni acceso a una*

Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez. Si bien en los tres (3) casos los Asegurados eran menores de cincuenta y ocho (58) años al momento de fallecer, y como se mencionó en el párrafo anterior, ninguno cumplía los requisitos para acceder a una Pensión derivada de Riesgos, pero todos cumplían los requisitos para que los Derechohabientes perciban una PxMv. Por tanto, conforme este inciso, los Derechohabientes no podían acceder a Retiro Final, tal como lo estableció la Administradora.

(…)

Que tal como se puede evidenciar de la transcripción de las normas consignadas por la Administradora en su Recurso de Revocatoria, la Entidad Regulada hace mención a los artículos 8, 10, 13 y 23 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, los cuales se refieren a las condiciones de acceso a la Prestación de Vejez; Pensión por Muerte y Gastos Funerarios; requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez; y Pensión por Muerte y Gastos Funerarios, respectivamente.

Que al respecto y tal como ya se estableció mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014, ***los requisitos de acceso establecidos en los artículos 8 y 10 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se refieren a requisitos de acceso para que un Asegurado vivo reciba una Prestación de Vejez, los cuales no corresponden a los tres (3) casos sancionados mediante la referida Resolución Administrativa, debido a que éstos se constituyen en Asegurados fallecidos.***

Que en relación a los artículos 10 y 23 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, también citados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, es necesario mencionar que esta normativa si bien se refiere al tipo de Pensión que recibirían los Derechohabientes de Asegurados fallecidos sin Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, no tiene mayor relevancia dentro del presente proceso, toda vez que la infracción de la Administradora objeto de imputación, está referido al incumplimiento de lo establecido en los artículos 167 y 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, este último modificado por el artículo 2, parágrafo XVII del Decreto Supremo N° 1888 de fecha 04 de febrero de 2014.

(…)

Que conforme lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso de Revocatoria, esta Autoridad coincide en la parte señalada por la Administradora referente a que ninguna Pensión debe ser de monto menor al 60% del Salario Mínimo Nacional vigente, pues así se encuentra establecido en el parágrafo II del artículo 167 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, razón por la cual se justifica el hecho de que tampoco se puedan emitir Declaraciones de Pensión por valores menores.

Que por otro lado, en relación a lo expresado en cuanto a la Comparación de Pensiones, la misma debe realizarse únicamente con las Pensiones a las que el Asegurado tendría acceso por haber cumplido con los requisitos establecidos por norma, pues no tendría sentido alguno realizar dicha comparación con aquellas Pensiones en las que el Asegurado no tendría posibilidad de acceso, toda vez que en el

caso de constituirse una de éstas en la mayor, no se la podría otorgar al Asegurado, incumpliendo de esta manera lo establecido en la norma vigente.

Que en este sentido, refiriéndonos a los tres (3) casos objeto de imputación y sanción en el presente proceso, es determinante el hecho referido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP infringió la normativa vigente, pues por un lado, no debía ignorar que estos casos específicamente se refirieren a Asegurados fallecidos y por otro, al pretender que los Asegurados fallecidos cumplan los mismos requisitos de acceso que los Asegurados vivos, situación que de ninguna manera es aceptable debido a que la condición de un Asegurado vivo no es definitiva pues tiene la posibilidad de efectuar más aportes conforme transcurre el tiempo, o en su caso, simplemente esperar a cumplir la edad para acceder a una Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez. Por el contrario, la situación de un Asegurado fallecido es definitiva ya que lógicamente no puede realizar más aportes y la edad a su fallecimiento no variará.

Que lo expresado en el párrafo anterior se demuestra y confirma en el hecho de que la Administradora reconoce haber tratado los tres (3) casos sancionados como si fueran Asegurados vivos, tal como se puede evidenciar de la nota FUT.APS.JR 0712/2013 de fecha 04 de abril de 2013, a través de la cual Futuro de Bolivia S.A AFP señala lo siguiente:

> *"…tenemos a bien detallar los descargos y/o justificaciones correspondientes a cada caso…*
>
> ***4. Mario René Zurita Jaldín CUA 26408338***
>
> *La verificación de acceso a la Pensión por Muerte derivada de vejez o solidaria de vejez (sic), se realizó en función a lo que determina el Artículo 8 y Artículo 13 de la Ley N° 065 de Pensiones (bajo el criterio considerado), por dicha razón el caso del asegurado (sic) fallecido no cumplía requisitos y se procedió a realizar la notificación a los derechohabientes (sic), a acceso de pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, conforme lo notificado los derechohabientes (sic) en fecha 24/08/2012, retiran todo el saldo cumulado (sic) del asegurado (sic) que asciende a Bs 126.713,79 (sic).*
> *…*
>
> ***7. Patricia Machicao Oblitas CUA: 30008712***
>
> *El caso de la asegurada (sic) de referencia corresponde a un trámite de pensión por muerte (sic), una vez realizado el cálculo de pensión por muerte derivada de vejez o solidaria de vejez (sic), se verifico (sic) que no cumplía requisitos de acceso (**bajo el criterio considerado, como asegurado vivo**). Por consiguiente se notificó al único derechohabientes (sic) de la asegurada (sic), el Sr. Jesús Guillermo Machicao Méndez, que puede acceder al pago de Retiros mínimos o Retiro Final, conforme lo notificado el Sr. Machicao en fecha 24/08/2012, retira todo el saldo acumulado (sic) de la asegurada (sic) que asciende a Bs 105.646,41 (sic). (La negrilla es nuestra).*
> *…*

9. Félix Alberto Zeballos Urdanivia CUA: 27238908

*El caso del asegurado de referencia corresponde a un trámite de pensión por muerte (sic), una vez realizado el cálculo de pensión por muerte derivada de vejez o solidaria de vejez (sic), se verifico (sic) que no cumplía requisito de acceso (**bajo el criterio considerado, como asegurado vivo**). Por consiguiente se notificó a los derechohabientes (sic) del asegurado (sic), que pueden acceder al pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, conforme lo notificado, en fecha 24/09/2012, retiran todo el saldo acumulado (sic) del asegurado (sic) que asciende a Bs 109.444,51 (sic). (las negrillas son nuestras).*

CONSIDERANDO:

*Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente al haberse evidenciado que en los tres (3) casos con **CUA 30008712, 26408338** y **27238908**, dispuso el acceso de los Derechohabientes a los recursos del Saldo Acumulado de los Asegurados fallecidos, vía Retiro Final, cuando correspondía otorgar la Pensión por Muerte derivada de Vejez (PxMv).*

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia S.A. AFP hubiera previsto el hecho de que se ocasione un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que los Derechohabientes no puedan tener acceso a la PxMv y a todos los beneficios que de ella emergen, algunos de vital importancia como es el caso de contar con acceso a un Seguro de Salud.

Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado el daño ocasionado a los Derechohabientes de los Asegurados fallecidos.

Que por tanto, en mérito al análisis de los argumentos, antecedentes y normativa referida anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, a lo establecido en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado descargos y argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337 – 2014 de 09 de mayo de 2014. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuenta con el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de agosto de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, argumentado lo siguiente:

"…***I. ANTECEDENTES:***

Mediante nota APS.EXT-DE./844/2014 de fecha 14 de marzo de 2014 se inició un procedimiento administrativo sancionatorio contra nuestra AFP, imputándonos cargos por supuesto incumplimiento a la normativa de Pensiones en la otorgación de Retiro Final a Derechohabientes de Asegurados Fallecidos.

Nuestra Administradora, en el ejercicio a la defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, presentó sus descargos mediante nota FUT.APS.GALC.0895/2014 de fecha 24 de abril de 2014; sin embargo, y sin considerar la integralidad de nuestros descargos y fundamentos, y prescindiendo totalmente de las garantías del debido proceso en lo que toca a la seguridad jurídica, congruencia y debida fundamentación, su Autoridad emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de fecha 09 de mayo de 2014; dicha resolución al ser lesiva a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos fue objeto de recurso de revocatoria, sin embargo de ello, la misma bajo argumentos, reiterativos e igualmente incongruentes, ha emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, confirmado la ya citada R.A. APS/DJ/DPC/INT 172-2014 de 25 de julio de 2014, misma que al mantener inalterable su ratio decidendi, causa agravio a nuestra AFP, y amerita sea revocada conforme a los fundamentos que a continuación se exponen, no sin antes hacer referencia necesaria al antecedente relativo a la vigencia del régimen sancionador correspondiente a la abrogada Ley N° 1732, que encontraría abrogado por no haber sido expresamente ratificado por disposición legal posterior, como ocurre con otras

disposiciones del D.S. 24469 que fueron ratificadas y se vienen cumpliendo en el marco de la nueva Ley de Pensiones No. 065, aspecto que fue objeto de una Acción de Amparo Constitucional cuyo fallo reconoció precisamente esa situación del procedimiento sancionador.

II. FALTA DE TIPICIDAD E INCONGRUENCIA EN LA IMPUTACIÓN DE CARGOS POR PRESENTACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE DEMANDAS FUERA DE PLAZO:

Su Autoridad a (sic) *imputado y sancionado a nuestra Administradora por el supuesto incumplimiento a lo establecido por el inciso c) del artículo 149 de la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010, artículo 172 del Decreto Supremo 0822 de 16 de marzo de 2011 y artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, estableciendo entre sus argumentos que "...al respecto y tal como ya se estableció mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014,* ***los requisitos de acceso establecidos en los artículos 8 y 10 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se refieren a requisitos de acceso para que un Asegurado vivo reciba una Prestación de Vejez, los cuales no corresponden a los tres (3) casos sancionados mediante la referida resolución Administrativa, debido a que éstos de constituyen en Asegurados fallecidos...";*** *para luego señalar más adelante que la cita que hace nuestra AFP de los artículo 10 y 23 de la Ley n°* (sic) *065 DE* (sic) *10 de diciembre de 2010 "...no tiene mayor relevancia dentro del presente proceso, toda vez que la infracción de la Administradora objeto de imputación, está referido al incumplimiento de lo establecido en los artículo 167 y 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011...". Afirmación de por sí incongruentes* (sic)*, toda vez que como se podrá colegir de la nota de cargos y el resuelve primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014, se nos ha imputado como norma infringida* ***el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, Artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y Artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012,*** *pero hacemos notar que ni siquiera se ha establecido en la nota de cargos, ni en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014, cuál de los incisos del citado artículo es el que se hubiera infringido, debiendo suponer que se hace referencia al inciso f).*

Más allá de que un Asegurado vivo pueda seguir efectuando aportes y cumplir requisitos de una prestación de Vejez y/o Solidaria de Vejez en el futuro, la norma ha establecido con claridad las condiciones de acceso a una prestación, condiciones que deben verificarse en un momento determinado del tiempo (fecha de solicitud); y de dicho cumplimiento de condiciones, emanan los derechos que les correspondan a los derechohabientes; por lo que carece de asidero legal la afirmación de la APS en el sentido de que nuestra AFP habría pretendido exigir a los derechohabientes el cumplimiento de condiciones de acceso para Asegurados Vivos.

En todo caso, las condiciones de acceso a pensiones por muerte derivadas de vejez (sic) *del Sistema Integral de Pensiones, cuyo contenido a entender de la APS no se encontraría inserto en la Ley de pensiones* (sic) *N° 065 -prescindiendo de lo establecido en los art.* (sic) *10 y 23 de la citada ley-; fue incorporada al SIP por la APS mediante la CIRCULAR APS/DPC/DJ/N° 40-2013 de 04 de marzo del 2013, por la cual se establece*

que "...el único requisito de acceso que se debe cumplir es que la Pensión Base a la que se aplican los porcentajes de derechohabientes, no sea inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional conforme señala el parágrafo II del artículo 167 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011".

Sin perjuicio de lo expresado por dicha Circular, que por cierto fue emitida EX POST al procesamiento de las tres solicitudes motivo de la controversia, conviene aclarar que el artículo 167, parágrafo II, del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley (sic) *065 aprobado mediante Decreto Supremo 0822 de 16 de marzo de 2011 establece con claridad que:*

> *"Para la comparación determinada en el parágrafo anterior,* ***la Gestora previamente deberá verificar el cumplimiento de requisitos de acceso a cada una de las pensiones****, considerando* ***además*** *que la Pensión Base no podrá ser inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente" (las negrillas son nuestras).*

Lo expresado en la norma, fuera de la claridad en cuanto a la verificación previa de condiciones de acceso a cada una de las prestaciones, encuentra asidero en el hecho de que conforme a lo establecido en el Artículo 105, parágrafo IV del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, no se pueden emitir Declaraciones de Pensión de Vejez o Declaraciones de Pensión por Muerte, por un monto de Pensión Base menor al sesenta (60%) por ciento del Salario Mínimo Nacional vigente a la fecha de solicitud de pensión; lo que no significa que este hecho se constituya en una condición de acceso a una pensión por muerte derivada de vejez/solidaria de vejez (sic)*, como mal entiende la APS.*

Lo aseverado supra es concordante con lo establecido por el artículo 23 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011 que en la parte pertinente refiere que "... la AFP comparara (sic) *únicamente las Pensiones por Muerte, en las que el Asegurado cumple requisitos y otorgará la pensión más alta..." (las negrillas son nuestras).*

III. PETITORIO:

Sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso, los antecedentes del caso y en conformidad con el artículo 53 del Decreto Supremo 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, autoridad a la cual respetuosamente solicitamos disponga la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de fecha 25 de julio de 2014 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de marzo de 2014, con el consecuente archivo de obrados.

Otrosí.- *Admitido que sea el presente Recurso, tengo a bien solicitar a la Autoridad Jerárquica que resolverá el presente Recurso Jerárquicos que, en conformidad a lo establecido por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se sirva fijar día y hora para que se reciba la exposición oral de los fundamentos de nuestro recurso.*

Más otrosí.- *A efectos de conocer providencias, señalo domicilio legal en el 2do. Piso del Centro Empresarial "K2", sito en la Av. 6 de Agosto N° 2624 de la zona San Jorge de la Ciudad de La Paz…"*

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 19 de septiembre de 2014, conforme fuera solicitada a tiempo del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** y señalada a tiempo del Auto de Admisión de 5 de septiembre de 2014, se recibió a la misma, en audiencia de Exposición Oral de Fundamentos**.**

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aprobó el "Procedimiento para el uso del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado Inválido o Fallecido, que no cumple con los requisitos de cobertura para acceder a una Pensión de Invalidez o Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común debido a la mora del Empleador, cuyo trámite hubiera sido iniciado antes del 10 de diciembre de 2010 y a la fecha se encuentre sin pago y con proceso de cobro judicial de Recargos".

En la evaluación realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, del cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012 (citada supra), la Entidad Reguladora observó que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** infringió la normativa referida.

En tal sentido, mediante nota APS-EXT.DE/844/2014 de 14 de marzo de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó con cargos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, por indicios de incumplimiento al inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios (Reglamento aprobado

por el Decreto Supremo N° 0822) y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones, dispuso el acceso a los Derechohabientes, al Saldo Acumulado de los Asegurados fallecidos, vía Retiro Final, cuando correspondía otorgarles la Pensión por Muerte, toda vez que financiaban una Pensión por Muerte igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional, en los siguientes casos:

- **Cargo N° 1.-** Correspondiente al CUA 30008712
- **Cargo N° 2.-** Correspondiente al CUA 26408338
- **Cargo N° 3.-** Correspondiente al CUA 27238908

Presentados y evaluados los descargos respectivos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, resolvió sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** con una multa en bolivianos equivalente a $US500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por cada Cargo, haciendo un total de $US1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES).

Tal decisión fue confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, emergente de que en fecha 25 de junio de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la decisión inicial del Ente Regulador.

Ante tal determinación en fecha 18 de agosto de 2014, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presentó el Recurso Jerárquico respectivo, mismo que pasa a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, importa revisar la normativa aplicable al caso de autos como sigue:

- **Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.-**

  Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de éstas y otros Beneficios (Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822).-

  "…ARTÍCULO 167.- (COMPARACIÓN DE PENSIONES).
  (…)

  I. *Al fallecimiento del Asegurado, la Gestora deberá comparar las Pensiones por*

Muerte a las que los Derechohabientes accederían, considerando lo siguiente:

a. En el caso que el Asegurado hubiere fallecido teniendo menos de cincuenta y ocho (58) años de edad, se comparará la Pensión por Muerte derivada de Riesgos y la Pensión por Muerte derivada de Vejez.
(…)

II. *Para la comparación determinada en el parágrafo anterior, la Gestora previamente deberá verificar el cumplimiento de requisitos de acceso a cada una de las pensiones, considerando además que la Pensión Base no podrá ser inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente.*

III. *La comparación deberá realizarse sobre la Pensión Base que le hubiera correspondido al Asegurado. Una vez determinada la pensión más favorable para los Derechohabientes, ésta será pagada en los porcentajes de asignación que correspondan…"*

- **Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012:**

"…***ARTÍCULO 2.- (BENEFICIOS ALTERNATIVOS).-*** *I. Los Asegurados inválidos y Derechohabientes de Asegurados fallecidos que no tengan cobertura de Riesgo Común debido a la mora del Empleador y cumplan con los requisitos señalados en el artículo 3 siguiente, podrán acceder, a los Beneficios siguientes:*
(…)
c) Cuando el Asegurado no tenga una CCM o teniendo una, ésta no se encuentre registrada, el Asegurado o Derechohabiente podrán acceder a:

1. Prestación de Vejez o Solidaria de Vejez según corresponda, siempre que cumpla con los requisitos de acceso al SIP.
2. Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez, según corresponda, siempre que cumpla con los requisitos de acceso del SIP.
3. Si no cumple con los requisitos de acceso al a Prestación de Vejez, Prestación Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas en ninguna de las dos fechas indicadas en el artículo 4 siguiente, el Asegurado o Derechohabientes podrán acceder a Retiros Mínimos/Retiro Final con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado…"

"…ARTÍCULO 4.- (IDENTIFICACIÓN Y CÁLCULO DE PENSIONES).- *I. En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificadas con la presente norma, las AFP procederán a:*

a) Identificar a los Asegurados o Derechohabientes que al 1° de junio de 2012 cumplen con los requisitos señalados en el artículo 3 anterior.

b) Determinar el Beneficio al que pudieran acceder conforme al o señalado en el artículo 2 anterior.

II. Para propósitos de determinar si el Asegurado o Derechohabiente accede a la Pensión de Vejez, Prestación Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas, las AFP deberán:

a) Determinar el monto de Pensión de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Vejez a la que el Asegurado o Derechohabiente pudiera acceder.
b) Determinar el monto de Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez que le correspondería al Asegurado o Derechohabiente en función a la Densidad de Aportes del Asegurado.
c) Comparar las pensiones determinadas en los incisos a) y b) anteriores, cuando corresponda.
d) Determinar la pensión de monto mayor a la que el Asegurado o Derechohabiente accedería una vez efectuada la comparación señalada en el inciso c) anterior.

III. Los cálculos determinados en el parágrafo II. Anterior deberán ser determinados a las dos (2) siguientes fechas de solicitud y considerando los datos del Asegurado o Derechohabiente que consigna la solicitud de pensión que dio origen al Recargo:

a) 1° de junio de 2012 y
b) 10 de diciembre de 2010

IV. En los casos de Asegurados o Derechohabientes que se encuentren con Pago Temporal de CCM de monto menor a la Pensión de Invalidez o Pensión por Muerte que les correspondería en el Seguro de Riesgo Común, para determinar la Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas conforme a los incisos a) y b) del parágrafo II. Anterior, la AFP deberá actualizar nuevamente la CCM a la fecha de solicitud.

Para estos casos, la AFP deberá verificar que la pensión a la que acceda el Asegurado o Derechohabiente con el nuevo monto de la CCM actualizado sea mayor al monto de Pago Temporal de CCM que venía recibiendo…"

"…ARTÍCULO 6.- (RETIROS MÍNIMOS Y RETIRO FINAL).- *Los Asegurados y Derechohabientes que no accedan a Prestación de Vejez, Prestación Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas en ninguna de las dos (2) fechas señaladas en el parágrafo III. del artículo 4 anterior, podrán acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, y Pago Temporal de CCM, cuando corresponda…"*

2.2. Del régimen sancionador.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico, que el régimen sancionador correspondiente a la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se encontraría abrogado por no haber sido expresamente ratificado por disposición legal posterior, como ocurre con otras disposiciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que fueron ratificadas y se vienen cumpliendo en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, aspecto que fue objeto de una Acción de Amparo Constitucional cuyo fallo

reconoció precisamente esa situación del procedimiento sancionador.

Al respecto, corresponde traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2013 de 4 de julio de 2013, que señala:

> "…*A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:*
>
> > "…***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).*** *El Organismo de Fiscalización* -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- *tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)
> >
> > *c) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y* ***sancionar a*** *la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras* ***entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…"*
> > *(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que "por… nuestra Constitución Política del Estado,… la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia", o que "por imperio de la propia Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "…****abroga la Ley Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones*** *y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", como lo señala la recurrente.*
>
> *Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten* ***<u>contrarias</u>*** *a la Ley Nº 065), en particular, habiendo sido señalado "el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones", cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo "Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo", y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198º, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsa de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.*
>
> *En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO***

DE BOLIVIA S.A. AFP) *no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.*

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2013, que a la letra se pronuncia:

"*…Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios,* ***en el marco*** *de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación…"

Concluyendo que:

"*…Por lo señalado, no corresponde el argumento presentado por* ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),*** *toda vez que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su aplicación constituye una garantía para el regulado…*".

En ese marco, es evidente que no corresponde el argumento presentado por la recurrente, toda vez que el régimen sancionador establecido por el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, resultando oportuno reiterar que queda clara la legitimidad sancionatoria por la que se encuentra investida el Órgano Regulador, en la aplicación de las disposiciones rectoras del Reglamento mencionado, para procesar al regulado y en caso de corresponder sancionarlo.

En consecuencia resulta impertinente que pese a que la recurrente conoce los dispositivos legales supra citados y los criterios establecidos en los precedentes administrativos instituidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, pretenda al presente cambiar de argumento y no otorgar vigencia, ni aplicabilidad al Decreto Supremo Nº 24469.

Por otra parte, una vez más se debe recordar a la Administradora de Fondos de Pensiones, tomar en cuenta lo determinado por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que señala:

> "…*Las Administradoras de Fondos de Pensiones* ***continuarán realizando todas las obligaciones*** *determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido hasta que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, inicie sus actividades y asuma la administración del Sistema Integral de Pensiones, las obligaciones y atribuciones establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y sus reglamentos aplicables, deben ser asumidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, en el marco de la Ley vigente y su Decreto Reglamentario que hace operativo el régimen sancionador, es decir, aquella norma que identifica la concurrencia del actor en el caso de autos, a determinado comportamiento en el marco de sus atribuciones y obligaciones plasmadas en la ley, sancionando acciones que fragmenten dichas disposiciones sustantivas, que a la fecha gozan de constitucionalidad y es firme en derecho.

Por lo tanto, el alegato presentado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en este sentido, no corresponde, toda vez que el régimen sancionatorio previsto por el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, no es contrario a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

2.2. Del acceso a los Beneficios alternativos del Sistema Integral de Pensiones.-

A efectos de ingresar al análisis de fondo, importa previamente hacer una relación de los antecedentes de cada uno de los Cargos sancionados, conforme se procede a continuación:

a) **Cargo N° 1 - CUA 30008712** – Asegurada Patricia Machicao Oblitas.-

En fecha 15 de diciembre de 2003, la Asegurada Patricia Machicao Oblitas, presentó su Solicitud de Pensión por Invalidez y debido a que en fecha 29 de mayo de 2005 la Asegurada falleció, su padre (único Derechohabiente acreditado) suscribió en fecha 17 de noviembre de 2005, la Solicitud de Pensión por Muerte.

A causa del incumplimiento en el pago de las cotizaciones, por parte de su Empleador Lloyd Aéreo Boliviano, la Asegurada y posteriormente el Derechohabiente, no pudieron acceder a la Pensión por Invalidez y a la Pensión por Muerte respectivamente, por no cumplir los requisitos de cobertura, derivando el trámite en Recargos.

En tal sentido, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en cumplimiento a la normativa vigente, inició el Proceso Ejecutivo Social respectivo.

b) **Cargo N° 2: CUA 26408338** – Asegurado Mario René Zurita Jaldín.-

El Asegurado Mario René Zurita Jaldín falleció en fecha 7 de noviembre de 2008, en tal sentido, la cónyuge y sus tres hijos, suscribieron la Solicitud de Pensión por Muerte en fecha 30 de agosto de 2010.

Debido al incumplimiento en el pago de las cotizaciones, por parte de su Empleador Koller Becerra – Maat St Almaraz, los Derechohabientes no pudieron percibir la Pensión por Muerte, por incumplimiento a los requisitos de cobertura para acceder a una Pensión por Muerte, cuyo trámite derivó en Recargos y se inició el Proceso Ejecutivo Social respectivo.

c) **Cargo N° 3: CUA 27238908** – Asegurado Félix Alberto Zeballos Urdanivia.-

Al fallecimiento del Asegurado Félix Alberto Zeballos Urdanivia en fecha 15 de agosto de 2003, la cónyuge y un hijo, suscribieron la Solicitud de Pensión por Muerte en fecha 19 de octubre de 2004.

Toda vez que su Empleador Hilbo S.A. no efectuó el pago de las cotizaciones, ello ocasionó que los Derechohabientes no cumplan los requisitos de cobertura y no puedan acceder a la Pensión por Muerte, derivando el trámite en Recargos y el respectivo Proceso Ejecutivo Social.

Una vez emitida la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2011 de 19 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó el cálculo de Pensiones, con el propósito de determinar si los Derechohabientes, en los tres casos (CUA's 30008712, 26408338 y 27238908), podían acceder a alguna Pensión, determinando la Administradora de Fondos de Pensiones, que ninguno cumplía los requisitos establecidos para acceder a una Pensión por Muerte derivada de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, dando curso por lo tanto, al pago de Retiro Final a los Derechohabientes.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** toda vez que la Entidad Reguladora, estableció que los tres (3) casos sancionados, cumplían requisitos para que los Derechohabientes accedan a una Pensión por Muerte derivada de Vejez y no correspondía que accedan al Capital Acumulado a través del pago de Retiro Final.

Ahora bien, compulsados los antecedentes, corresponde determinar si **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** actuó conforme a lo establecido en norma al otorgar el pago de Retiro Final a los

Derechohabientes o si correspondía que accedan a una Pensión por Muerte tal como señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

De la norma transcrita ut supra, se tiene que los tres casos (CUA's 30008712, 26408338 y 27238908) cumplen las condiciones establecidas en el Anexo 1 - "Procedimiento para el uso del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado inválido o fallecido que no cumpla con los requisitos de cobertura para Pensión de Invalidez o Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común debido a la mora del Empleador, y cuyo trámite hubiera sido iniciado antes del 10 de diciembre de 2010 y a la fecha se encuentre sin pago", aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, toda vez que:

- Las Solicitudes de Pensión por Muerte, fueron suscritas antes del 10 de diciembre de 2010.
- Los Recargos se encuentran en Proceso Judicial de Cobro.
- No cuentan con Compensación de Cotizaciones Mensual
- Ninguno de los casos se encuentra con Pago de Pensión por orden judicial
- Transcurrió más de dos (2) meses entre la fecha de inicio del proceso judicial de cobro de Recargo y el 1° de junio de 2012.

En tal sentido, en aplicación al artículo 4 del Anexo 1 aprobado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, la Administradora de Fondos de Pensiones debió:

a) Realizar dos cálculos a fecha 10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012.

b) Determinar el monto de Pensión de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Vejez a la que el Asegurado o Derechohabiente pudiera acceder.

c) Determinar el monto de Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, que le correspondería al Asegurado o Derechohabiente en función a la Densidad de Aportes del Asegurado.

d) Comparar las Pensiones determinadas en los incisos a) y b) anteriores, cuando corresponda.

e) Determinar la pensión de monto mayor a la que el Asegurado o Derechohabiente accedería una vez efectuada la comparación señalada en el inciso c) anterior.

Con respecto a los puntos señalados, corresponde analizar cada uno de ellos conforme procede a continuación:

2.2.1. De la determinación del monto de Pensión por Muerte derivada de Vejez.-

El artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que el Asegurado podrá acceder a la Prestación de Vejez, siempre y cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

a) **Independientemente de la edad**, siempre y cuando el Asegurado **no cuente con aportes al Sistema de Reparto** y con el Saldo Acumulado en Cuenta Personal Previsional, financie una **pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez**, Gastos Funerarios y Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

b) A los **cincuenta y cinco (55) años hombres** y cincuenta (50) mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto, que le generen derecho a una **Compensación de Cotizaciones** y financie con ésta **más el Saldo Acumulado** en su Cuenta Personal Previsional, una **Pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez**, Gastos Funerarios y Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

c) A partir de los **cincuenta y ocho (58) años de edad**, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una **Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos** y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondiera.

Asimismo, el artículo 10 de la Ley N° 065 de Pensiones, señala que los Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, **previo cumplimiento de requisitos establecidos** en dicha ley y sus reglamentos.

En función a la norma señalada y a la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** procedió al cálculo de la Pensión por Muerte derivada de Vejez, al **10 de diciembre de 2010** y al **1° de junio de 2012**, obteniendo los siguientes datos para cada caso:

a) CUA 30008712 – Asegurada Patricia Machicao Oblitas:

	10 de diciembre de 2010	**1° de junio de 2012**
Referente Salarial de Vejez	Bs 8.152,69	Bs 9.190,05
Monto Salarial Referencial	Bs 4.891.61	Bs 5.514,03
Salario Mínimo Nacional	Bs 679,50	Bs 1.000,00
Fracción de Saldo Acumulado	Bs 3.147,95	Bs 3.200,77
Pensión de Vejez	**Bs 3.147,95**	**Bs 3.200,77**

b) CUA 26408338 – Asegurado Mario René Zurita Jaldín:

	10 de diciembre de 2010	**1° de junio de 2012**
Referente Salarial de Vejez	Bs 8.352,63	Bs 9.415,43
Monto Salarial Referencial	Bs 5.011.58	Bs 5.649,26
Salario Mínimo Nacional	Bs 679,50	Bs 1.000,00
Fracción de Saldo Acumulado	Bs 584,38	Bs 617,40
Pensión de Vejez	**Bs 548,38**	**Bs 617,40**

c) CUA 27238908 – Félix Alberto Zeballos Urdanivia:

	10 de diciembre de 2010	**1° de junio de 2012**
Referente Salarial de Vejez	Bs 9.826,00	Bs 11.076,43
Monto Salarial Referencial	Bs 5.895,60	Bs 6.645,85
Salario Mínimo Nacional	Bs 679,50	Bs 1.000,00
Fracción de Saldo Acumulado	Bs 645,35	Bs 649,73
Pensión de Vejez	**Bs 516,28**	**Bs 454,81**

Con los resultados obtenidos, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** determinó que en los tres (3) casos los Derechohabientes no pueden acceder a la Pensión por Muerte derivada de Vejez, toda vez que a las fechas de cálculo (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012), ninguno de los Asegurados cumplen con las condiciones de acceso establecidas en el artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones, ya que la Pensión de Vejez obtenida en todos los casos, es menor al sesenta por ciento (60%) del Referente Salarial de Vejez calculado.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala que para verificar el acceso de los Derechohabientes a una posible Pensión por Muerte derivada de Vejez, únicamente se debe verificar que el monto de Pensión que financia con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado a las dos fechas establecidas mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, sea de al menos el sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente, requisito que se cumple en los tres casos sancionados, debiendo por lo tanto los Derechohabientes, acceder a una Pensión por Muerte derivada de Vejez.

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, la Entidad Reguladora señala lo siguiente:

> "…*Que al respecto y tal como ya se estableció mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014,* ***los requisitos de acceso establecidos en <u>los artículos 8 y 10 de la Ley N° 065</u> de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, <u>se refieren a requisitos de acceso para que un Asegurado vivo</u> reciba una Prestación de Vejez, los cuales no corresponden a los tres (3) casos sancionados mediante la referida Resolución Administrativa, debido a que éstos se constituyen en Asegurados fallecidos.***
> (…)
>
> *Que en este sentido,* ***<u>refiriéndonos a los tres (3) casos objeto de imputación y sanción</u>*** *en el presente proceso, es determinante el hecho referido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP infringió la normativa vigente, pues por un lado, no debía ignorar que estos casos específicamente* ***<u>se refirieren a Asegurados fallecidos</u>*** *y por otro, al pretender que los Asegurados fallecidos cumplan los mismos requisitos de acceso que los Asegurados vivos, situación que de ninguna manera es aceptable debido a que la condición de un Asegurado vivo no es definitiva pues tiene la posibilidad de efectuar más aportes conforme transcurre el tiempo, o en su caso, simplemente esperar a cumplir la edad para acceder a una Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez. Por el contrario, la situación*

*de **un Asegurado fallecido** es definitiva ya que lógicamente **no puede realizar más aportes y la edad a su fallecimiento no variará**…"*
(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sobre el particular, la recurrente argumenta en su Recurso Jerárquico que más allá de que un Asegurado vivo pueda seguir efectuando aportes y cumplir requisitos de una prestación de Vejez en el futuro, la norma ha establecido con claridad las condiciones de acceso a una Prestación de Vejez, que deben verificarse en un momento determinado del tiempo (fecha de solicitud); y de dicho cumplimiento de condiciones, emanan los derechos que les correspondan a los Derechohabientes; por lo que carece de asidero legal la afirmación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, respecto a que en los tres casos, la Administradora de Fondos de Pensiones, exigió el cumplimiento de condiciones de acceso para Asegurados Vivos, no así para Asegurados fallecidos, criterio que no se encontraría inserto en la Ley N° 065 de Pensiones, y fue incorporado de manera posterior al procesamiento de los casos, a través de la Circular APS/DPC/DJ/N° 40-2013 de 4 de marzo de 2013, notificada a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** el 5 de marzo de 2013, la cual señala que:

"…I. Con relación a Pensiones por Muerte derivadas de Vejez del Sistema Integral de Pensiones, se recuerda a las AFP lo siguiente:

*Considerando que los Asegurados fallecidos ya no pueden efectuar Contribuciones al SIP, y por consiguiente su Densidad de Aportes y Saldo Acumulado en cuotas no puede incrementarse, el único requisito de acceso que se debe cumplir es que la Pensión Base a la que se aplican los porcentajes de Derechohabientes, **no sea inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional** conforme señala el parágrafo II del artículo 167 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sobre el particular, de los cálculos realizados por la recurrente al 10 de diciembre de 2010 y al 1° de junio de 2012, es evidente que el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, en ninguno de los casos, financia una Pensión de Vejez, mayor al sesenta por ciento (60%) del Referente Salarial de Vejez.

Asimismo, si bien en el caso de Asegurados fallecidos, los mismos no pueden incrementar el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional y por lo tanto el único requisito para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Vejez que éstos debieran cumplir, es que la Pensión Base a la que se aplican los porcentajes de Derechohabientes, no sea Inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, a tiempo de sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** no consideró que al 19 de junio de 2012 (fecha de emisión de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012) y a las dos fechas de cálculo y verificación de cumplimiento de requisitos establecidas (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012), la Circular APS/DPC/DJ/N° 40-2013 de 4 de marzo de 2013, no se encontraba vigente, por lo tanto la Administradora de Fondos de Pensiones, no podía considerar para los trámites

observados y sancionados, como único requisito, el que la Pensión Base no sea menor al sesenta por ciento (60%) de un Salario Mínimo Nacional vigente.

En tal sentido, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** efectuó los cálculos al 10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012, considerando para la verificación del cumplimiento de requisitos, lo establecido en el artículo 8 y 10 de la Ley N° 065 de Pensiones, así como lo determinado en el parágrafo II del artículo 167 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, que señala que para la comparación de Pensiones la Administradora de Fondos de Pensiones debe: i) verificar el cumplimiento de requisitos de acceso a las pensiones, es decir que los montos de Pensión que financian los Asegurados con su Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, sean mayores al sesenta por ciento (60%) del Referente Salarial de Vejez, y además que ii) la Pensión Base no sea inferior al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente, determinando que en ninguno de los cálculos realizados, los Derechohabientes del Asegurado fallecido, pueden percibir una Pensión por Muerte derivada de Vejez.

Ahora bien, con relación a lo señalado por la Entidad Reguladora, respecto a que la edad del fallecimiento del Asegurado no variará, dicha afirmación no corresponde, toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no puede olvidar que las condiciones de acceso, se deben verificar a una fecha determinada, fechas que en el caso de autos, son aquellas establecidas en el parágrafo III del artículo 4 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012 (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012), debiendo considerarse también que todas las variables se consideraron a dichas fechas, como ser: la edad, el Referente Salarial, el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, etc., y que en el evento de no cumplir con los requisitos, la norma prevé pagos alternativos para el acceso por parte de los Derechohabientes, al Capital Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.

Por todo lo señalado, no corresponde la sanción establecida a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** toda vez que los cálculos realizados por la recurrente, fueron efectuados en virtud a la normativa vigente a la fecha de cálculo, determinando que en ningún caso, los Derechohabientes cumplen los requisitos para acceder a una Pensión por Muerte derivada de Vejez.

2.2.2. De la determinación del monto de Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez.-

El artículo 13 de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que el Asegurado podrá acceder a la Prestación Solidaria de Vejez, siempre y cuando cumpla conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Tener **al menos cincuenta y ocho (58) años** de edad.

b) Contar con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos.

c) Cumplir con las demás determinaciones establecidas en la Ley y sus reglamentos.

Asimismo, el artículo 23 de la Ley N° 065, determina que los Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión Solidaria de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, **previo cumplimiento de requisitos** establecidos en la Ley y sus reglamentos.

Subsumiéndonos al caso de autos, se tiene que la Administradora de Fondos de Pensiones, señaló en su Recurso Jerárquico que **se debe verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso** a la Pensión Solidaria de Vejez para cada Asegurado, **a una fecha determinada** y cumplidas dichas condiciones otorgar la Prestación por Muerte derivada de la misma, a los Derechohabientes, en los porcentajes de asignación que les corresponda.

Sobre el particular, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, estableció que en los tres (3) casos sancionados, la Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, se debe asumir con un valor de cero (0), toda vez que **los Asegurados fallecieron antes de cumplir los cincuenta y ocho años (58) años de edad** y **no cumplen los requisitos** para acceder a dicha pensión.

De lo señalado precedentemente, la norma establece claramente que los Derechohabientes del Asegurado fallecido sin Pensión Solidaria de Vejez, percibirán la Pensión por Muerte derivada de la misma, **siempre y cuando cumplan los requisitos** establecidos para el efecto (artículo 13 de la Ley N° 065 de Pensiones).

Si bien, tal como señala la Entidad Reguladora, los Asegurados fallecieron antes de cumplir los cincuenta y ocho años (58) años de edad, corresponde recordar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, que en el caso de autos, las condiciones de acceso (al igual que en el punto anterior) se debieron verificar a una de las fechas establecidas en el parágrafo III del artículo 4 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012 (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012).

En tal sentido, en función a la fecha de nacimiento de los Asegurados y a las fechas de cálculo determinadas (10 de junio de 2010 y 1° de junio de 2012), es evidente que los Asegurados fallecidos (a fecha de cálculo) no cumplen los requisitos supra citados para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, ya que a dichas fechas los Asegurados hubiesen contado con menos de cincuenta y ocho (58) años de edad, salvo el cálculo realizado al 1° de junio de 2012 para el CUA 27238908, donde el Asegurado Félix Alberto Zeballos, al 1° de junio de 2012, hubiese contado con cincuenta y ocho (58) años de edad, como se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

CUA	Fecha de Nacimiento	Al 10/12/2010	Al 01/06/2012
30008712	21/01/1955	55	57
26408338	07/09/1958	52	55
27238908	24/05/1954	56	58

Por lo anterior, corresponde que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determine si en el caso del CUA 27238908, los Derechohabientes, pueden acceder

o no a una Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, verificando si al 1° de junio de 2012, cumplen los requisitos establecidos en normativa vigente para el efecto.

Finalmente corresponde señalar que evidentemente ninguno de los casos (excepto el señalado ut supra), cumple los requisitos establecidos en norma para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, tal como argumentan la recurrente como la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2.2.3. De la comparación de las Pensiones a las que acceden los Derechohabientes.-

En virtud al artículo 23 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011 transcrito precedentemente y de conformidad con el artículo 167 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, la Administradora de Fondos de Pensiones debía comparar únicamente las **Pensiones por Muerte, en las que el Asegurado cumple los requisitos** y otorgar a los Derechohabientes la pensión cuyo monto sea el más alto.

Del análisis realizado precedentemente e independientemente de que los montos determinados sean mayores al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente, es evidente que a la fecha de cálculo, los **Asegurados** no cumplen los requisitos establecidos en normativa, por lo tanto los Derechohabientes no pueden acceder a la Pensión por Muerte derivada de Vejez y/o Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, excepto tal como se señaló el CUA 27238908, del cual corresponde a la Autoridad Fiscalizadora analizar si los Derechohabientes -del Asegurado- pueden o no acceder a una de las prestaciones señaladas.

En tal sentido, no correspondía que la Administradora de Fondos de Pensiones, otorgue a los Derechohabientes una Pensión por Muerte derivada de Vejez, ni una Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, por lo tanto, en cumplimiento a la norma, la Administradora de Fondos de Pensiones, debió verificar si los tres casos cumplen o no uno de los requisitos de acceso al pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, conforme lo establece la Ley N° 065 de Pensiones y sus reglamentos vigentes, tal como se pasa a analizar.

2.2.4. Del acceso a Retiros Mínimos o Retiro Final.-

El artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, determina que los Asegurados o Derechohabientes que no accedan a una Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de estas, en ninguna de las dos fechas de cálculo establecidas en el parágrafo III del artículo 4 del mismo Anexo 1 (1° de junio de 2012 y 10 de diciembre de 2010), podrán acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.

Para tal efecto, el artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, aplicable y vigente a las fechas cálculo establecidas en el parágrafo III del artículo 4 del Anexo 1 aprobado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 (10 de diciembre de 2010 y 01 de junio de 2012), señala las condiciones que deben cumplir los Asegurados para acceder a Retiros Mínimos o Retiro

Final, las cuales se analizan una a una para el caso de autos, como sigue:

a) Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad, no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP, no financie una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

c) Independientemente de la edad, cuando el Asegurado sea declarado inválido con cincuenta por ciento (50%) o más de grado de invalidez y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez.

d) Hubiera **fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad** y **no cumpla los requisitos de cobertura** para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez.

e) **Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos** y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales.

f) Que hubiera suscrito un Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio en el SSO, y tuviera aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación.

g) Que sea rentista del Sistema de Reparto.

Analizados los incisos, a), b), c), e), f) y g) del artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, los tres casos sancionados, no cumplen los requisitos para acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final, ya que i) son Asegurados fallecidos, ii) no son Asegurados vivos declarados inválidos, iii) no generaron una Pensión por Muerte derivada de Riesgos y no cuentan con Cotizaciones Adicionales, iv) no cuentan con un Contrato de Jubilación, ni aportes posteriores a la fecha de solicitud y v) no son rentistas del Sistema de Reparto.

Sin embargo, en función a los cálculos realizados en virtud al parágrafo III del artículo 4 del Anexo 1 aprobado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, en fechas 10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012, los tres casos sancionados pueden acceder al pago de Retiros Mínimos o Retiro Final en función al **inciso d)** del señalado artículo 172, toda vez que son menores de cincuenta y ocho (58) años de edad y del análisis realizado ut supra, no cumplen requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez, excepto el

cálculo realizado al 1° de junio de 2012 para el CUA 27238908, en la que el Asegurado cuenta con cincuenta y ocho (58) años de edad a dicha fecha.

Por lo tanto, en cumplimiento al artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, debido a que los Derechohabientes no acceden a una Pensión por Muerte derivada de Vejez o Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, en ninguna de las fechas establecidas en el parágrafo III del artículo 4, correspondía que los Derechohabientes accedan a Retiros Mínimos o Retiro Final con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, como ocurrió en el presente caso.

No obstante lo referido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, señaló lo siguiente:

> "…*es necesario citar lo establecido en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 11* (sic) *de marzo de 2011,* ***modificado por el parágrafo XVII del artículo 2 del Decreto Supremo N° 1888 de fecha 04 de febrero de 2014****, respecto a los requisitos para Acceder* (sic) *a Retiros Mínimos o Retiro Final…*"
>
> "…*Que como se puede evidenciar a través de la norma citada,* ***en cuanto a Asegurados fallecidos existen únicamente dos (2) casuísticas para que sus Derechohabientes accedan al Saldo Acumulado (SA) de su Cuenta Personal Previsional (CPP)****, las cuales son las siguientes:*
>
> 1. *El inciso* ***g)****, el cual refiere que el Asegurado fallecido hubiera generado derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos (PxMr) y tuviera además Cotizaciones Adicionales. Para los tres (3) casos que forman parte de la sanción impuesta, los Asegurados no habrían generado el derecho a PxMr toda vez que sus trámites se encuentran con Recargos impagos por sus Empleadores, por lo que dicho inciso g) no puede ser aplicable a los tres (3) casos imputados, en cuanto se refiere a acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final.*
>
> 2. *El inciso* ***f)****, que se debería cumplir para acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final, es el referido a la edad del Asegurado a la fecha de fallecimiento (menor de 58 años) y que además no cumpla los requisitos de cobertura por Riesgos ni acceso a una Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez. Si bien en los tres (3) casos los Asegurados eran menores de cincuenta y ocho (58) años al momento de fallecer, y como se mencionó en el párrafo anterior, ninguno cumplía los requisitos para acceder a una Pensión derivada de Riesgos, pero todos cumplían los requisitos para que los Derechohabientes perciban una PxMv. Por tanto, conforme este inciso, los Derechohabientes no podían acceder a Retiro Final, tal como lo estableció la Administradora…*"
>
> (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Como se puede evidenciar, la Entidad Reguladora hace referencia a una norma **modificada en la gestión 2014**, relacionada a los requisitos establecidos en el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 11 de marzo de 2011, modificada mediante

el Decreto Supremo N° 1888 de 04 de febrero de 2014, por lo que se puede inferir que el Ente Regulador, hace alusión a normativa que no viene al caso de autos, toda vez que estos tres CUA´s merecen un tratamiento en base a la normativa vigente al momento de efectuar los dos cálculos (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012), por tanto la mencionada Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/N° 518-2014), hace la valoración de los hechos a una disposición posterior, a los supuestos fácticos discernidos, por lo cual la posición de la Entidad Reguladora, no guarda congruencia en sus considerandos que llevan a una decisión con disposiciones normativas que no han sido motivo de notificación dentro de los cargos imputados y que importan en el ratio (argumentos que invocan el derecho vigente para ratificar su posición) de la Resolución Administrativa, que confirma la Resolución sancionatoria, bajo ese parámetro se debe hacer mención a la línea jurisprudencial inserta en la Sentencia Constitucional 0486/2010 de 05 de julio de 2010, respecto a la congruencia la misma que señala:

"…III.4.1.Debido proceso y ***congruencia***

La Constitución Política del Estado, en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía; es decir, está reconocido por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, un principio procesal y una garantía de la administración de justicia. De ello, se desprende el debido proceso como derecho fundamental autónomo, indirecto o garantía, que a decir de Carlos Bernal Pulido en "El Derecho de los Derechos": "El derecho fundamental al debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse (…) es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el estado democrático…".

La naturaleza de aplicación y ejercicio del debido proceso, es parte inherente a la actividad procesal, tanto judicial como administrativa, pues nuestra Ley Fundamental instituye al debido proceso como:

1)Derecho fundamental: Para proteger al ciudadano de los posibles abusos de las autoridades, originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.

2)Garantía jurisdiccional: Asimismo, constituye una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso; como la motivación de las resoluciones, la defensa, la pertinencia, la congruencia, de recurrir, entre otras, y que se aplican a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías

jurisdiccionales inherentes al debido proceso, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en el proceso, en aplicación y resguardo del principio de igualdad.

De esa esencia, deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como ***la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva: sino que además, debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes****...*"
(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En tal sentido no corresponde lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya que los Derechohabientes accedieron al Pago de Retiros Mínimos, antes de la emisión del señalado Decreto Supremo N° 1888, correspondiendo por lo tanto aplicar para el caso de autos, lo determinado en el artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

Finalmente, del argumento presentado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, respecto a que el acceso al pago de Retiro Final y la falta de conocimiento de los Derechohabientes, tuvo como consecuencia que éstos no tengan acceso al Seguro de Salud, en virtud al análisis realizado, los Derechohabientes no podían acceder a una Pensión por Muerte de Riesgos, una Pensión por Muerte derivada de Vejez, ni a una Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, por lo tanto, en cumplimento a la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2014 de 19 de junio de 2012, correspondía que los Derechohabientes accedan al pago de Retiro Final, tal como fue otorgado por la Administradora de Fondos de Pensiones.

2.3. De la falta de tipicidad.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala en su Recurso Jerárquico lo siguiente:

"*…de la nota de cargos y el resuelve primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 09 de mayo de 2014, se nos ha imputado como norma infringida* ***el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, Artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y Artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012****, pero hacemos notar que* ***ni siquiera se ha establecido en la nota de cargos, ni en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014, cuál de los incisos del citado artículo es el que se hubiera infringido, debiendo suponer que se hace referencia al inciso f)****…*"
(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota de Cargos APS-EXT.DE/844/2014 de 14 de marzo de 2014 y Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, señaló que la normativa infringida por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** es la siguiente:

- El inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que señala:

  "...***ARTÍCULO 149. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES).*** *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*
  (…)

  c) Gestionar y pagar las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos conforme la presente Ley y sus reglamentos…"

- El artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, señalado supra.

- El artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, que determina:

  "…ARTÍCULO 5.- (PENSIÓN DE VEJEZ, PENSIÓN SOLIDARIA DE VEJEZ Y PENSIÓN POR MUERTE DERIVADA DE ÉSTAS).- I. *Los Asegurados y Derechohabientes que cumplan los requisitos de acceso a* (sic) *Prestación de Vejez, Prestación Solidaria de Vejez o Pensión por Muerte derivada de éstas según corresponda, en ambas de las fechas señaladas en el parágrafo III. del articulo* (sic) *4 anterior, podrán elegir la fecha de solicitud a partir de la cual acceder a la prestación o pensión según corresponda*…"

Del análisis realizado precedentemente, se tiene que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** cumplió con verificar los requisitos de cobertura y la determinación del pago que les correspondía a los Derechohabientes, no existiendo por lo tanto infracción al inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de Pensiones, ya que gestionó y efectuó el pago conforme a la normativa vigente, asimismo, no existe incumplimiento al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, toda vez que no correspondía que los Derechohabientes accedan a la Pensión por Muerte derivada de Vejez, ni a la Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, debido a que con el Capital Acumulado en la Cuenta Personal de los Asegurados, no financian una Pensión por Muerte derivada de las mismas, excepto como se señaló precedentemente, el caso del CUA 27238908, que debe ser analizado por la Entidad Reguladora.

Ahora bien, con relación al incumplimiento del artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (conforme se señaló en el numeral anterior), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, señala que para Asegurados fallecidos, el parágrafo XVII del artículo 2 del Decreto Supremo N° 1888 de

fecha 04 de febrero de 2014, establece dos casuísticas, para que los Derechohabientes accedan al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado a través de Retiros Mínimos o Retiro Final:

> "…*El inciso **g)**, el cual refiere que el Asegurado fallecido hubiera generado derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos (PxMr) y tuviera además Cotizaciones Adicionales. Para los tres (3) casos que forman parte de la sanción impuesta, los Asegurados no habrían generado el derecho a PxMr toda vez que sus trámites se encuentran con Recargos impagos por sus Empleadores, por lo que dicho inciso g) no puede ser aplicable a los tres (3) casos imputados, en cuanto se refiere a acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final*…"
>
> "…*El inciso **f)**, que se debería cumplir para acceder a Retiros Mínimos o Retiro Final, es el referido a la edad del Asegurado a la fecha de fallecimiento (menor de 58 años) y que además no cumpla los requisitos de cobertura por Riesgos ni acceso a una Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez. Si bien en los tres (3) casos los Asegurados eran menores de cincuenta y ocho (58) años al momento de fallecer, y como se mencionó en el párrafo anterior, ninguno cumplía los requisitos para acceder a una Pensión derivada de Riesgos, pero todos cumplían los requisitos para que los Derechohabientes perciban una PxMv. Por tanto, conforme este inciso, los Derechohabientes no podían acceder a Retiro Final, tal como lo estableció la Administradora*…"

Conforme lo expuesto precedentemente, no corresponde aplicar al caso de autos, lo establecido por el Decreto Supremo N° 1888 de 4 de febrero de 2014, toda vez que el mismo fue emitido en fecha posterior al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, debiendo por lo tanto aplicarse lo determinado en el inciso d) del artículo 172 del Reglamento citado, no existiendo infracción por parte de la recurrente a dicha disposición normativa, a excepción como se señaló, del CUA 27238908, que debe ser de un nuevo análisis a la concurrencia de los hechos y la normativa aplicable.

Como efecto de lo anterior, corresponde traer a colación la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional que mediante Sentencia Constitucional 0498/2011-R de 25 de abril de 2011, señala respecto a la tipicidad, lo siguiente:

> *"El art. 73.I de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) (Principio de Tipicidad) señala que: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y II Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".*
>
> *La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege,* ***evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido***

<u>proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad</u>."

Asimismo la Sentencia Constitucional 0333/2011-R, de 01 de abril de 2011, señala:

> ***"III.I. El debido proceso y su trascendencia constitucional.- La SC 1863/2010-R de 25 de octubre, señala: "El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal'. (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159)."*** *En el mismo sentido halla coincidencia la también VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2287/2010-R Sucre, 19 de noviembre de 2010 que establece:* ***"3) Se denuncia la falta de tipicidad en la falta atribuida; sin embargo, la potestad punitiva de un tribunal administrativo disciplinario se basa en el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse ninguna conducta ni imponer sanción alguna cuando la misma no está establecida en la ley vale decir que el Tribunal Sumariante no puede imponer sanciones de manera arbitraria o discrecional sino debe aplicar una sanción regulada por ley de acuerdo con el tipo de falta cometida."***

Resultado de lo anterior, debe concluirse que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha realizado una correcta determinación de las actuaciones imputadas a la Administradora de Fondos de Pensiones, como tampoco en la consecuente subsunción del derecho o de las disposiciones normativas que señala como infringidas, por cuanto y amén que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, sí dio cumplimiento al inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de Pensiones, al artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, no correspondiendo aplicar al presente caso (como lo ha hecho el Ente Regulador), lo establecido por la Circular APS/DPC/DJ/N° 40-2013 de 4 de marzo de 2013 y el Decreto Supremo N° 1888 de 4 de febrero de 2014, toda vez que los mismos fueron emitidos en fecha posterior a los cálculos establecidos en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012 (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012) y el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, resultando que en los casos sancionados, la recurrente aplicó la normativa vigente a dichas fechas, por lo que en cuanto a ellos, no se incurrió en infracción a dicho artículo (con excepción al caso correspondiente al CUA 27238908).

A este respecto, la imputación de los cargos no es clara, por cuanto, el Ente Regulador no ha señalado de qué forma la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera incumplido con la norma que señala, dando lugar a una falta de apreciación y de sana crítica respecto a los hechos observados, y determinando que sea el Ente Regulador el que incurra en infracción a los principios de tipicidad y de congruencia (en cuanto al fundamento que recién es hecho constar a tiempo de la confirmación de la sanción, y no de la imputación,

cuando correspondía), toda vez que, conforme lo establecido, la conducta de la ahora recurrente, reiterando que no ha infraccionado la norma señalada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por otra parte, manteniendo la misma perspectiva de análisis, las determinaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, carecen de motivación, debido a que se aparta de un razonamiento lógico que mereció identificar las observaciones sometiéndolas a derecho o ley establecida, bajo ese entender se hace referencia a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0694/2014 Sucre, 10 de abril de 2014, marca como línea jurisprudencial lo siguiente:

> "…*que el debido proceso: "…exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente* ***cuando un Juez omite la motivación de una Resolución****, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo, cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión" aspecto que también impele a conceder la tutela por dicha omisión.*

De igual manera la Sentencia Constitucional Plurinacional 0993/2014 de 05 de junio de 2014, señala:

> "…*III.1. El contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a* ***una resolución motivada*** *en el Estado Constitucional de Derecho: Jurisprudencia reiterada.*
>
> ***La motivación es una exigencia constitucional de las resoluciones -judiciales y administrativas*** *o cualesquiera otras, expresadas en una resolución en general, sentencia, auto, etc.,- porque se viola la garantía del debido proceso (art. 115.I de la CPE), sin ella. El contenido esencial a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada fue desarrollado en la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, y complementado por la SCP 0100/2013 de 17 de enero, teniendo en cuenta las finalidades que persigue este derecho fundamental.*
> (…)
>
> *Sobre el segundo contenido, es decir, lograr el convencimiento de las partes de que la resolución no es arbitraria, sino por el contrario, observa: el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia, en la SCP 2221/2012, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado las formas en las que puede manifestarse la arbitrariedad, señalando que: "…la arbitrariedad puede estar expresada en: b.1) una 'decisión sin motivación', o extiendo esta es b.2) una 'motivación arbitraria'; o en su caso, b.3)* ***una "motivación insuficiente****", desarrollando más adelante, el contenido de cada una de ellas.*

"b.1) Por ejemplo, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.), no da razones (justificaciones) que sustenten su decisión, traducido en las razones de hecho y de derecho, estamos ante la verificación de una 'decisión sin motivación', debido a que 'decidir no es motivar'. La "justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub índice [asunto pendiente de decisión]'.

b.2) Del mismo modo, verbigracia, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.) sustenta su decisión con fundamentos y consideraciones meramente retóricas, basadas en conjeturas que carecen de todo sustento probatorio o jurídico alguno, y alejadas de la sumisión a la Constitución y la ley, se está ante una 'motivación arbitraria'. Al respecto el art. 30.II de la Ley del Órgano Judicial (LOJ) 'Obliga a las autoridades a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, es escrito cumplimiento de las garantías procesales'.

En efecto, un supuesto de ***'motivación arbitraria' es cuando una decisión coincide o deviene de la valoración arbitraria, irrazonable de la prueba o, en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso (SC 0965/2006-R), que influye, en ambos casos, en la confiabilidad de las hipótesis fácticas (hechos probados) capaces de incidir en el sentido, en los fundamentos de la decisión.*** *Es decir, existe dependencia en cómo cada elemento probatorio fue valorado o no fue valorado, para que se fortalezca o debilite las distintas hipótesis (premisas) sobre los hechos y, por ende, la fundamentación jurídica que sostenga la decisión.*
(…)

b.3) De otro lado, cuando una resolución no justifica las razones por las cuales omite o se abstiene de pronunciar sobre ciertos temas o problemas jurídicos planteados por las parte III.1. El contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada en el Estado Constitucional de Derecho: Jurisprudencia reiterada.

La motivación es una exigencia constitucional de las resoluciones -judiciales y administrativas *o cualesquiera otras, expresadas en una resolución en general, sentencia, auto, etc.,- porque se viola la garantía del debido proceso (art. 115.I de la CPE), sin ella. El contenido esencial a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada fue desarrollado en la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, y complementado por la SCP 0100/2013 de 17 de enero, teniendo en cuenta las finalidades que persigue este derecho fundamental.*
(…)

Sobre el segundo contenido, es decir, lograr el convencimiento de las partes de que la resolución no es arbitraria, sino por el contrario, observa: el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia, en la SCP 2221/2012, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado las formas en las que puede manifestarse la arbitrariedad, señalando que: "…la arbitrariedad puede estar expresada en: b.1) una 'decisión sin motivación', o

extiendo esta es b.2) una 'motivación arbitraria'; o en su caso, b.3) una 'motivación insuficiente'", desarrollando más adelante, el contenido de cada una de ellas. (…)

Más adelante, la misma SCP 2221/2012, concluyó que las tres formas en las que puede manifestarse la arbitrariedad "…son un tema que corresponderá analizar en cada caso concreto, debido a qué sólo en aquéllos supuestos en los que se advierta claramente que la resolución es un mero acto de voluntad, de imperium, de poder, o lo que es lo mismo de arbitrariedad, expresado en decisión sin motivación o inexistente, decisión arbitraria o decisión insuficiente, puede la justicia constitucional disponer la nulidad y ordenar se pronuncie otra resolución en forma motivada". (Las negrillas son inserta en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que se colige que las determinaciones de la Entidad Reguladora, además de argumentar disposiciones legales en la Resolución Administrativa que confirma la sanción y que no hacen al caso de autos, como es el Decreto Supremo N° 1888 de 4 de febrero de 2014, las supuestas infracciones se han desviado, debido a un análisis fuera de contexto por supuestos fácticos, al referir requisitos que no hacen al caso de autos, conforme la norma así lo expresa (artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822), como ser los dos primeros casos y respecto al tercer caso, corresponde para el cálculo realizado en fecha 1° de junio de 2012, una valoración con información y fundamentación que respalde la supuesta infracción.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes cursantes en el expediente, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha realizado una adecuada subsunción de los hechos al derecho, así como también no ha aplicado correctamente la normativa que le es inherente al caso de autos, toda vez que a las fechas de cálculo establecidas en normativa (10 de diciembre de 2010 y 1° de junio de 2012), los Derechohabientes no podían acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado a través de una Pensión por Muerte derivada de Vejez o una Pensión por Muerte derivada de Solidaria de Vejez, por incumplimiento a los requisitos de cobertura y correspondía otorgar el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, por lo tanto no existió incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al artículo 172 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 0822, ni al artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 428-2012 de 19 de junio de 2012, salvo el cálculo realizado al 1° de junio de 2012 para el CUA 27238908, que debe ser analizado por la Entidad Reguladora. Consecuentemente corresponde revocar lo determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en los CUA's 30008712, 26408338 y el cálculo realizado al 10 de diciembre de 2010 para el CUA 27238908 y anular del Cargo tercero, respecto al cálculo efectuado el 1° de junio de 2012 (CUA 27238908), para una determinación conforme a derecho.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la Revocatoria de la Resolución impugnada, pudiendo ser con alcance parcial o total.

Que, asimismo, de conformidad con el artículo 44º del mismo Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **anular** la Resolución recurrida, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 518-2014 de 25 de julio de 2014, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 337-2014 de 9 de mayo de 2014, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejando sin efecto el inciso a) y b) del Resuelve Primero y el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa sancionatoria, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la notificación con cargos, en cuanto inciso c) del Resuelve Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 337-2014 de 9 de mayo de 2014, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 518-2014 de 25 de julio de 2014, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 614-2014 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2014

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 081/2014 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2014

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2014

La Paz, 29 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, aclarada por Auto de 17 de septiembre de 2014, que en Recurso de Revocatoria, resolvió revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014, aclarada por auto de 19 de mayo de 2014, todos los actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 73/2014 de 9 de diciembre de 2014, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 145/2014 de 10 de diciembre de 2014, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota PREV-CG - 0845/2014, presentada en fecha 7 de octubre de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por su Gerente Regional, Sr. Milán Rosales Vera, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 610/2007, otorgado en fecha 22 de

junio de 2007 por ante Notaría de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, que en Recurso de Revocatoria, resuelve Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014.

Que, mediante nota APS-EXT.DE/2864/2014, con fecha de recepción del 10 de octubre de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 15 de octubre de 2014, notificado a **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** en fecha 22 de octubre de 2014, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

En principio, debe dejarse constancia del proceso administrativo sancionatorio seguido contra **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, a quien mediante Notificación de Cargos APS/DJ/DPC/2362/2012 de 29 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó por la comisión de la infracción siguiente:

> "…*Se ha verificado que BBVA Previsión AFP S.A., ha utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para resarcirse de los pagos de pensiones realizados por recargos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, que se encontraban en curso de pago con recursos propios de la AFP, por determinación firme del Tribunal de Amparo y desde las siguientes fechas:*

CUA	***Fecha primer pago***
27223723	*10 jun/08*
6888951	*29 ene/09*
4669541	*31 ago/05*
10502944	*15 mar/07*

> *La utilización de los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado un menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad del señalado Fondo, perteneciente a los Asegurados, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones*…"

Posteriormente, dentro del trámite sancionatorio señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 392-2012 de 8 de junio de 2012 sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con la multa en bolivianos equivalente a $us.5.001,00.-, por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las Administradoras de Fondos de Pensiones, y los artículos 6° y 149°, incisos o) y v), de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.

En fecha 13 de agosto de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presentó Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 418-2013 de 24 de abril de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 392-2012 de 8 de junio de 2012, contra la cual a su vez, y mediante nota PREV-OP-0792/2013 presentada en fecha 16 de mayo de 2013, interpone Recurso Jerárquico, el que tocó conocer al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en su calidad de Autoridad Jerárquica, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 059/2013 de 23 de septiembre de 2013, y que resolvió: "***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº418-2013 de 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº392-2012 de 8 de junio de 2012*", decisión que se justifica en los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-***

2.1. Normativa Imputada y sancionado.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, corresponde previamente determinar el campo de decisión, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha imputado cargos y sancionado a la AFP, y que ha merecido la impugnación en instancia jerárquica.

Es así que la imputación se restringe a que BBVA Previsión AFP S.A., habría utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para resarcirse de los pagos de pensiones realizados por recargos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, que se encontraban en curso de pago con recursos propios de la AFP, por determinación del Tribunal de Amparo.

La contravención refiere al:

- *Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP:*

"…*8.6 <u>Pago de Prestaciones u Beneficios</u>*

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de

mensualidades vitalicias variables según corresponda de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias…"

- *Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones:*

  "Artículo 6 (PATRIMONIO AUTÓNOMO Y ADMINISTRACIÓN). *Cada uno de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.*

  Los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y representados por la Gestora de la Seguridad Social de Largo Plazo.

- ***Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES).*** *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

  (…)
  o) Mantener el patrimonio y los registros contables de los Fondos que administra en forma independiente a los propios.
  (…)
  v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia."

Quedando determinados los hechos y la normativa imputada, que mereció el proceso sancionatorio, ahora debe pasarse a compulsar los argumentos presentados por BBVA Previsión S.A. AFP en instancia jerárquica.

2.2. En cuanto al resarcimiento de las Pensiones de Invalidez pagadas con recursos de la Administradora de Fondos de Pensiones.-

De los antecedentes que se cuenta en el expediente, se tienen cuatro trámites de Pensión por Invalidez de Asegurados sin cobertura por mora del Empleador, que derivaron en Recargos conforme lo establece el inciso b) del artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

De acuerdo a lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante el Informe Técnico INF/DPC/PB/N° 047-2012 de 28 de febrero de 2012, BBVA Previsión AFP S.A. cumpliendo lo determinado en las Sentencias Constitucionales 1805/2010-R, 2733/2010-R, 0980/2005-R y 0653/2010-R, pagó las pensiones correspondientes a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes Vélez y Jorge Lara Balderrama, ***con recursos propios*** *y posteriormente procedió al resarcimiento de los montos pagados, con recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, motivo por el cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a la Administradora de Fondos de Pensiones.*

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que en el presente caso, correspondía aplicar el mismo razonamiento jurisprudencial generado por la Sentencia

Constitucional N° 1649/2011, ya que se encuentra jurídicamente claro que la obligación legal de pagar las pensiones de Riesgo Común corresponden únicamente a la Cuenta de Siniestralidad, por lo tanto corresponde que quien lo hubiera hecho en su lugar, sea resarcido sin mayor trámite.

Sobre el particular, queda claro que BBVA Previsión AFP S.A. dio curso al pago de la Pensión de Invalidez por Riesgo Común, de los cuatro casos (motivo de controversia), en función a lo determinado por el Tribunal Constitucional, y que tiempo después sin mayor trámite, haya procedido a "resarcirse" el monto total pagado por ésta AFP (con recursos propios), elemento fáctico por el cual la propia AFP no ha presentado argumentación alguna, sino por el contrario restringe su fundamentación al derecho que ella gozaría de resarcirse, al existir -según argumenta- una Sentencia Constitucional que determina la fuente de financiamiento de este tipo de pensiones.

Es así que siguiendo la línea de razonamiento esgrimida, tenemos que tanto la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones en su artículo 22, como la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones en su artículo 6, establecen clara e inequívocamente que los Fondos de Pensiones ***son patrimonios autónomos y diversos de las Administradoras de Fondos de Pensiones****, siendo por lo tanto indivisos que no se puede dividir, imprescriptibles al no perder sus características principales ni siquiera con el paso del tiempo, inafectables o inembargables entendiéndose que estos están excluidos de la ejecución y no pueden ser embargados* ***y sólo pueden disponerse*** *de conformidad a la Ley, es decir cuando cumplan los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Pensiones y disposiciones reglamentarias.*

Situación que pone en evidencia innegable, que no existe la posibilidad que la AFP de ***mutuo propio*** *pueda tocar o afectar los Fondos (específicamente para el caso de autos, la entonces denominada Cuenta Colectiva de Siniestralidad) para* ***resarcirse****. Esta situación, sin lugar a dudas transgrede la esencia misma de la Ley y el Contrato de Prestación de Servicios al que se encuentra obligada, ya que se está disponiendo de recursos confiados a dicha entidad para su Administración y que por esencia son inafectables, y por lo tanto no pueden ser utilizados de manera unilateral bajo ningún concepto, como ha ocurrido en el caso de autos.*

La permisión de afectar los Fondos significaría que las Cuentas Personales Previsionales, los Fondos Colectivos (hoy administrados por la AFP transitoriamente) están sujetos a la discreción de la AFP, situación que no condice con la normativa aplicable y la propia Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Sin embargo, conforme ha expresado la recurrente, la misma fundamenta ese acto discrecional en el derecho expresado en la Sentencia Constitucional N° 1649/2011 en cuanto a la fuente de financiamiento de las pensiones, sin embargo olvida, que en el presente proceso, no se está cuestionando el cumplimiento de las Sentencias Constitucionales o la fuente de financiamiento para el pago de las pensiones, ***sino la utilización discrecional de dineros del Fondo Colectivo de Riesgos****, para el resarcimiento de pagos de pensión que realizaba la Administradora de Fondos de Pensiones con recursos propios.*

Es así que congruentemente con lo anterior y se puede concluir que las Sentencias Constitucionales (del caso de autos) emitidas a favor de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes Vélez y Jorge Lara Balderrama, ***ni mucho menos la Sentencia Constitucional Nº 1649/2011****, aplicada como precedente por la recurrente, establecen que la Administradora de Fondos de Pensiones, deba* ***afectar el Fondo Colectivo de Riesgo para resarcirse por los pagos de pensión efectuados con recursos propios.***

Que el hecho de que la recurrente haya afectado los Fondos demuestra que no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia y contravino la normativa imputada, ya que al utilizar los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, ha ocasionado un menoscabo y daño patrimonial al Fondo y por ende a su rentabilidad, por lo cual el argumento presentado es infundado.

2.3. De los demás argumentos presentados.-

Si bien, en el numeral anterior se ha compulsado la esencia del proceso sancionatorio y su impugnación, determinando de forma precisa el campo de decisión y la correcta aplicación de la sanción, impera en cumplimiento al procedimiento administrativo, realizar la compulsa de los demás argumentos presentados.

2.3.1. De la retroactividad de las Sentencias Constitucionales.-

La recurrente afirma a su vez que ésta habría procedido a resarcirse de la Cuenta de Siniestralidad, los recursos utilizados, para los pagos de pensiones por Riesgo Común de los Sres. Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, ello dando cumplimiento de la Sentencia Constitucional N° 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, misma que aplicaría ***de manera retroactiva*** *conforme dicta la jurisprudencia constitucional dada mediante Sentencias N° 1426/2005-R de 8 de noviembre de 2005, N° 0076/2005 de 13-10-2005, por lo que en el presente caso no existiría infracción.*

Al respecto, importa traer a colación las Sentencias Constitucionales, citadas por la recurrente, que en esencia determinan:

> *"…La jurisprudencia en el tiempo*
>
> *La doctrina y la jurisprudencia comparada han señalado de manera uniforme que el principio de irretroactividad no es aplicable al ámbito de la jurisprudencia, debido a que ésta sólo precisa el sentido y alcances de las normas, sin modificar o crear un nuevo texto legal. En este sentido, la norma interpretada por el juez no se constituye en una nueva disposición legal, por cuanto la autoridad judicial no crea, mediante la interpretación, normas jurídicas diferentes.*
>
> *Conforme al entendimiento anotado, lo que un considerable número de Constituciones prohíbe es la* ***aplicación retroactiva de la ley y no así de la jurisprudencia y en consecuencia, es posible aplicar un nuevo entendimiento***

jurisprudencial a casos pasados, siempre y cuando -claro está que- la disposición interpretada exista al momento de producirse los hechos.

Ahora bien, es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: ***1. la cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material*** *y 2. la jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este último caso, no se pueden aplicar en forma retroactiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aludida, conforme lo ha establecido la SC 101/2004 "…como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo…"*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo establecido por el Tribunal Constitucional, queda demostrado que efectivamente la jurisprudencia constitucional, puede ser aplicada a casos pasados, sin embargo es el propio Tribunal que pone excepciones a la presente regla, cual es que en ***ningún caso podrá aplicarse la retroactividad de la jurisprudencia para los casos que se encuentren en calidad de cosa juzgada.***

Que en el caso de autos, los trámites de Pensión de Invalidez por Riesgo Común de los señores Fernando Herrera Aguilera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes Vélez y Jorge Lara Balderrama, tienen pronunciamientos constitucionales definitivos a través de las Sentencias Constitucionales: 1805/2010-R, 2733/2010-R, 0980/2005-R y 0653/2010-R, respectivamente, las cuales resolvieron el derecho social de los beneficiarios y dispusieron que BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de las pensiones que les corresponde.

Por lo que, BBVA Previsión AFP S.A. en cumplimiento a las Sentencias Constitucionales emitidas, realizó el pago de pensiones ***con recursos propios,*** *sentencias que conforme a la Constitución Política del Estado en su Art. 203 de la CPE, y artículo 42 de la Ley no admiten recurso alguno, por lo tanto con calidad de cosa juzgada.*

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, nótese que la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, no puede ser considerada como descargo al referir que la AFP hubiera procedido a resarcirse en cumplimiento de la Sentencia en razón a que:

1. *El Tribunal Constitucional emitió las siguientes Sentencias Constitucionales:*

   a) N° 0980/2005-R de fecha ***19 de agosto de 2005****, a favor del Asegurado Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541,*

   b) N° 0653/2010-R de fecha ***19 de julio de 2010****, a favor del Asegurado Jorge*

Marcelo Lara Balderrama con CUA 10502944.

*c) N° 1805/2010 de fecha **25 de octubre de 2010**, a favor del señor Fernando Rafael José Herrera Aguilera con CUA 27223723*

*d) N° 2733/2010-R de fecha **6 de diciembre de 2010**, a favor de Ramiro Martínez con CUA 6888951.*

*La Sentencia Constitucional 1649/2011-R citada por la recurrente, fue emitida el **21 de octubre de 2011**, en fecha posterior a las decisiones asumidas por los Tribunales de Amparo señaladas precedentemente.*

2. *Si bien la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, en la vía de complementación determinó que la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a Riesgo Común, en ninguna parte de la misma, se hace alusión a que la AFP, **para casos similares anterior y que tienen calidad de cosa juzgada, <u>PUEDA RESARCIRSE</u> las pensiones que fueron pagadas con sus recursos propios de la cuenta del Fondo Colectivo de Riesgos.***

De lo expuesto se tiene entonces que, la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, más allá de la retroactividad aplicable, no podría ser considerada por la AFP como fundamento para su actuar discrecional y de esta manera, dar curso a la devolución de pagos efectuados con recursos propios, comprobándose la existencia del incumplimiento a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al haberse constatado que BBVA Previsión APS. S.A, ha utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para resarcirse Pensiones por Invalidez que ésta hubiera pagado, sin contar con el respaldo legal suficiente.

2.3.2. De la inexistencia de cosa juzgada.-

La recurrente señala que la Sentencia N° 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, debe ser aplicada al caso de autos, en razón a que el proceso administrativo sancionatorio, no tendría la calidad de cosa juzgada y por lo tanto la misma respalda el actuar de la AFP.

Al respecto y para que una Sentencia Constitucional pueda servir de precedente y vinculante al caso de autos, el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia Constitucional Plurinacional 0358/2012 de 22 de junio de 2012, ha señalado:

> *"…Que, es cierto que una **Sentencia Constitucional es un precedente obligatorio y con aplicabilidad a casos futuros por analogía**, sin embargo para citársela debe tenerse en cuenta no sólo los fundamentos jurídicos del fallo (en el que se expresa el razonamiento del Tribunal), **sino también debe considerarse el conjunto fáctico o hechos concretos que se han producido en el caso que motiva la interposición de un recurso, que tengan semejanza con los hechos y conclusiones a las que llegó el Tribunal en la Sentencia a la que se hace referencia**" (las negrillas son añadidas). (SC1422/2002-R de 22 de noviembre).*

En ese sentido, la SC 0502/2003-R de 15 de abril, sostuvo: "Por regla general se tiene que una Sentencia Constitucional constituye un precedente obligatorio que por ***analogía se debe aplicar a casos futuros; pero para que esta regla se efectivice, se debe tomar en cuenta que tanto en el caso anterior como en el nuevo deben concurrir (…) los hechos concretos o el conjunto fáctico…"*** *(Las negrillas nos corresponden).*

Asimismo, la SC 1781/2004-R de 16 de noviembre (sic), estableció que "…la doctrina constitucional contemporánea le otorga [a la jurisprudencia] un lugar esencial como fuente directa del Derecho, por lo que se constituye en vinculante y obligatoria para el resto de los órganos del poder público, particularmente para jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, cuya base y fundamento es la fuerza de la cosa juzgada constitucional que le otorga el Constituyente a las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional, tanto en su parte resolutiva o decisum, como en sus fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutiva, de forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquéllos, es decir la ratio decidendi o razón de la decisión…".
(…)

Por otro lado, el Tribunal Constitucional por medio de la SC 0058/2002, de 8 de julio (sic), manifestó lo siguiente:

"…la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales…"

De lo transcrito, se tiene que no todas las Sentencias Constitucionales pueden ser aplicadas a todos los casos, ni de manera directa, ya que el requisito esencial para que la misma pueda ser aplicada dentro de un caso específico, es que existan ***características análogas*** *tanto de hecho como de derecho, con el precedente a aplicar.*

Que en el caso de autos y revisada la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, se tiene que:

- *Mediante Dictamen N° 3574/2007 de 23 de agosto de 2007, emitido por el Tribunal Médico de Calificación, se estableció que el señor Ronald Erick José Buchón Conzelman, contaba con sesenta por ciento (60%) de pérdida de la capacidad laboral, de origen Común por Enfermedad, cuya fecha de invalidez corresponde al 29 de mayo de 2007.*

- *BBVA Previsión AFP S.A. no pudo dar curso al pago de la Pensión de Invalidez que le*

corresponde al Asegurado, ya que no cumple con los requisitos establecidos en norma por mora del Empleador, motivo por el cual la AFP inició el Proceso Ejecutivo Social contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A.

- *El Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que la falta de cancelación de los aportes que fueron deducidos del salario de los trabajadores, no puede afectar el pago de una renta de invalidez u otro beneficio de largo plazo, porque de lo contrario, se suspenderían los derechos fundamentales de los beneficiarios, como es el pago de sus pensiones y su derecho a la salud.*

- *Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve APROBAR la Resolución 133 de 20 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz y en consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada, ordenando que BBVA Previsión AFP S.A. pague la Pensión de Invalidez del Asegurado, con el Fondo de Siniestralidad, en la subcuenta correspondiente a Riesgo Común.*

*Sin embargo, en el **caso de autos** los hechos son los siguientes:*

- *El presente proceso corresponde a una sanción impuesta a BBVA Previsión AFP S.A por incumplimiento a normativa vigente, específicamente al Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en razón a que la recurrente hubiera resarcido con el Fondo Colectivo de Riesgos, el pago de las Pensiones de Invalidez de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944.*

*De lo referido, se tiene que no existe un **caso** similar donde los hechos sean **análogos**, por lo que la sentencia no puede ser aplicada al caso de autos, en razón a que como bien lo señala el Ente Regulador, la misma corresponde a un escenario legal y procesal diferente donde los hechos son distintos conforme ya se analizó ut supra.*

Ahora bien en cuanto a que no existiría cosa juzgada en razón a que las pensiones o beneficios se seguirían pagando y el proceso sancionador no se habría concluido, se tiene que la recurrente confunde el derecho ya definido por los Tribunales de Amparo y confirmadas por el Tribunal Constitucional con que la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 deba ser aplicada al presente caso.

Esta aseveración se realiza en virtud a que el derecho y quien debería pagar quedo definido ya a través de Sentencias Constitucionales iniciales, conforme fuera aplicado por la propia AFP a lo largo de los años. Asimismo, dicha determinación, ya adquirió la calidad de cosa juzgada, al tenor del Art. 203 de la Constitución Política del Estado y artículo 42 de la Ley del Tribunal Constitucional.

El profesor Eduardo J. Couture, ha señalado que la autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando

ha adquirido carácter definitivo. Es inimpugnable, en cuanto la Ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia.

El propio Tribunal Constitucional en la SC 0038/2012 de 26 de marzo de 2012, ha señalado: "La cosa juzgada en materia constitucional asegura que merced a la ***identidad de objeto, sujetos y causa, la decisión no pueda ser modificada ni alterada de manera ulterior****; en ese contexto, para evitar duplicidad de fallos y por ende para prevenir el peligro de alteración de fallos con calidad de cosa juzgada, en resguardo de una eficaz seguridad y certeza jurídica, existe una prohibición de activación ulterior de mecanismos de tutela con identidad de objeto sujeto y causa".*

Por lo que, y en base a lo desarrollado líneas arriba, ya en el presente caso, no existe Sentencia Constitucional ***que permita a la AFP afectar los Fondos a efectos de resarcirse por pensiones pagadas por ésta con sus propios recursos.***

2.5. En cuanto a la vulneración al principio de Seguridad Jurídica y el Debido Proceso.-

La recurrente señala que se le hubiera vulnerado el derecho al debido proceso y el principio a la seguridad jurídica, sin embargo, omite cumplir con la obligación de expresar de qué manera se le habrían vulnerado éstos, hecho que hace que esta instancia Jerárquica no pueda emitir un pronunciamiento sobre el particular, sin perjuicio de señalar de manera general algunos aspectos.

En cuanto al debido proceso, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado a través de la SC 0160/2010-R de 17 de mayo de 2010, lo siguiente:

> *"…reiterando la jurisprudencia, señaló que el debido proceso:"…ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales". En cuanto a la obligatoriedad de su respeto, este Tribunal a través de la SC 0119/2003-R de 28 de enero, sostuvo que: "…el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales…".*

De lo expresado por el Tribunal Constitucional, se tiene que en el presente caso no existe una vulneración al principio del debido proceso, en razón a que se ha iniciado un proceso sancionador a consecuencia de haberse determinado una infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, proceso que a su vez ha cumplido con el principio de legalidad y se ha desarrollado conforme a derecho, respetando en todo momento el debido proceso

y consecuentemente el derecho a la defensa de la recurrente, lo cual puede ser constatado de la abundante prueba presentada por la recurrente como descargo, así como del uso de la vía recursiva.

Ahora bien, en cuanto a la Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional N° 0070/2010-R de 3 de mayo de 2010, estableció que:

> *"…la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad…".*

Entonces la importancia de la Seguridad Jurídica en un proceso sancionatorio, radica en garantizar un proceso justo, en el cual la persona tenga certidumbre frente a las decisiones adoptadas por la Administración, por lo tanto, es evidente que en el presente proceso no existe ninguna vulneración al principio de Seguridad Jurídica.

Por último y en cuanto a la aplicación de los precedentes de la Ex Superintendencia General del SIREFI y los de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, se tiene que a diferencia de lo señalado por la recurrente, ésta no debe olvidar que en la práctica del derecho administrativo, la existencia de casos análogos y con supuestos fácticos similares, se constituye en obligación de la administración seguir su precedente anterior, y ello justamente hace que se garantice y prevalezca el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, por lo que, los precedentes emitidos, si son obligatorios y consecuentemente vinculantes para las instancias inferiores u órganos reguladores…"

2. RESOLUCIÓN AA.C N° 08/2014-SSA-I DE 4 DE ABRIL DE 2014.-

La Sala Social Administrativa Primera del Tribunal Departamental de Justica de La Paz, constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales, conoció la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra el suscrito Ministro y contra el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por cuanto, a su criterio:

> *"…se habrían violado garantías constitucionales, derechos fundamentales y principios procesales como el derecho al debido proceso en sus componentes a la legalidad y a la seguridad jurídica; pese a haber presentado los respectivos descargos de ley; sin embargo se emitió la Resolución Sancionadora APS/DJ/DPC/No. 392-2012, que dispone sancionar a BBVA PREVISIÓN AFP. SA.; dicha determinación fue recurrida mediante Recurso de Revocatoria y ratificada que fue, se la impugnó mediante Recurso Jerárquico, el cual mereció la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 059/2013,*

que ratifica totalmente la resolución impugnada…" (según se describe en la Res. AA.C N° 08/2014-SSA-I de 4 de abril de 2014).

Por efecto de ello y no obstante los informes presentados por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la Sala Social Administrativa Primera del Tribunal Departamental de Justica de La Paz, pronunció su Resolución AA.C N° 08/2014-SSA-I de 4 de abril de 2014, por la que:

"…***CONCEDE*** *la acción de amparo constitucional a instancias de Milán Grover Rosales Verá* (sic)*, en representación de la Administradora de Fondos de Pensiones "BBVA PREVISIÓN AFP SA contra el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas; y el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, Lic. Luis Alberto Arce Catacora;* ***disponiendo dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012****, disponiendo se dicte nueva resolución en apego a los lineamientos de la presente resolución, y la Constitución Política del Estado…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resolución que se fundamenta en lo siguiente:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que el accionante, a través de la presente acción de amparo constitucional pide se anule la Resolución Final Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392-2012 de 8-06-2012 inclusive, ordenando que al emitir sus fallos las autoridades accionadas, lo hagan respetando el derecho al debido proceso; señalando: "El contrato cursante a fs. 29 a 167, reza en el punto 8.6.: "<u>Pago de Prestaciones y Beneficios</u>.- La AFP pagara (sic) *y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes únicamente con los recursos de FCC del Fondo de Capitalización Individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad de riesgo profesional y de la cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidad vitalicias variables* (sic)*, según corresponda de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias". Como se puede ver, la AFP, solo puede pagar pensiones con los dineros del Fondo de Pensiones; la polémica esta que, en que, en que* (sic)*, la APS, cree que en los cuatro casos pagados por la AFP, con sus propios recursos Pensiones* (sic)*, NO CUMPLIERON LOS REQUISISTOS EXIGIDOS POR LEY, y que por ello, resulta ilegal que, se pueda resarcir los montos de las pensiones pagadas por la AFP, con su patrimonio propio; pero, SI los fallos judiciales determinan que SI CUMPLE los requisitos dispuestos por Ley,".*

Que de la revisión de actuados acompañados en la presente acción de amparo constitucional, se tiene que a fs. 483-450 cursa Resolución Sancionatoria Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392-2012, de 8-06-2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que conforme a la Jurisprudencia el poder judicial (sic) *sea mediante Tribunal Constitucional Plurinacional ya ha sentado Presente* (sic) *de que en los casos en que el trabajador hubiese hecho los aportes y cumpla los requisitos el incumplimiento del*

empleador en depositar los aportes en los entes aseguradores no enerva el derecho del trabajador y/o beneficiario por lo que siendo un precedente jurisprudencial constitucional dicho extremo es indiscutible en el caso de autos y en cualquier otro análogo, en cuyo caso las A.F.P.s, tienen la obligación de pagar las pensiones correspondientes dispuestas por ley: situación que, como señala el accionante, no está en discusión en la presente, acción.

Que en cuanto a quien debe pagar, está claro que al momento debe ser la A.F.P., pero en su calidad de administrador de los dineros del Fondo de Pensiones, como su mismo nombre lo dice, obligación que en su momento pasara (sic) *a manos de una nueva administración, como lo será la Gestora Pública en aplicación de la Ley 065 del Sistema Integral de Pensiones de 10 de Diciembre de 2010, sobre el fondo a utilizarse habiendo realizado las aclaraciones precedentes, de un análisis integral del contrato entre A.F.P. y el Estado representado por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, se colige que para el pago de pensiones en cualquiera de sus formas la Administradora de Fondos de Pensiones, está obligada en* (sic) *hacerlo de los recursos del Fondo de Pensiones de la cuenta que corresponda; en el caso de autos del Fondo de Riesgo Común y ratifica la determinación asumida por la APS., en este tema ha sido parte importante del debate; al respecto, se considera que no debería haber controversia alguna, puesto que, el Tribunal Constitucional en lo SC 0020/2003- R de 28 de febrero, ha momento de declarar constitucional normas jurídicas que supuestamente restringían el derecho de los afiliados por el incumplimiento patronal, ya* (sic) *dado luces quedando aclarada dicha problemática.*

Qué en cuanto a quien debe pagar, está claro que al momento debe ser la A.F.P., pero en su calidad de administrador de los dineros del Fondo de Pensiones, como su mismo nombre lo dice, obligación que pasará a manos de una nueva administración, como lo será la Gestora Pública en aplicación de la Ley 065 del Sistema Integral de Pensiones de 10 de Diciembre de 2010; asimismo, sobre el fondo a utilizarse habiendo realizado las aclaraciones precedentes, de un análisis integral del contrato entre A.F.P. y el Estado representado por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, se colige que para el pago de pensiones en cualquiera de sus formas la Administradora de Fondos de Pensiones, está obligada en hacerlo de los recursos del Fondo de Pensiones de la cuenta que corresponda; en el caso de autos del Fondo de Riesgo Común, situación verificable como se dijo con el contrato suscrito y además reclamada por el accionante en diferentes memoriales.

Que en cuanto a la (sic) *cosa juzgada constitucional se tiene claro que cuando un trámite constitucional revisado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, termina con la emisión de una resolución definitiva posteriormente adquiere la calidad de Cosa Juzgada Constitucional, por lo tanto, inalterable y sin recurso ulterior sin embargo el tema del caso de autos no tiene nada que ver con el tema de fondo sustanciado para la concesión de garantías constitucionales por las que se ordena el pago de pensiones a los beneficiarios; sino que se trata de cuestiones sobrevinientes emergentes en la ejecución de las sentencias constitucionales, las que se dan en la fase de ejecución de fallos constitucionales, mismas que pueden ser tanto en la vía administrativa o judicial en cuyo caso, estas cuestiones que se dan en la ejecución de fallos correspondiente al*

proceso sancionatorio administrativo que tiene que resolverse en apego como manda la Constitución Política del Estado, las leyes del estado (sic) *y la jurisprudencia constitucional, toda vez que un proceso sancionador en curso, no tiene la calidad de cosa juzgada sino hasta la resolución del recurso jerárquico y como tampoco lo tienen las cuestiones inherentes sobrevinientes a la emisión de Sentencias Constitucionales a no ser que estas cuestiones específicas, como quien* (sic) *es el responsable del pago a que* (sic) *fondo debe utilizar y hayan sido aclaradas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la emisión de Sentencias jurisprudenciales aplicable al caso por analogía. Aclarando además que las Jurisprudencias constitucionales tienen carácter retroactivo y pueden aplicarse a cualquier proceso ya sea administrativo y/o judicial, en curso que no se haya concluido y no tenga calidad de casa juzgada para la resolución de los conflictos y la emisión correspondiente de sus resoluciones como en el caso de autos se dio en sentido de que los lineamientos jurisprudenciales sobrevinientes, que aclara que* (sic) *fondos se debe utilizar en estos casos, debe ser considerado por el tribunal que lleva un determinado proceso, situación que no se dio en el presente caso al emitir las diferentes resoluciones, constatándose que, se violó el derecho a un debido proceso, en cuanto a la motivación conforme lo señalan los Arts. 115 y 116 y 119 de la Constitución Política del Estado…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 312-2014 DE 22 DE ABRIL DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de fecha 22 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el cargo imputado con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.*

SEGUNDO.- I. *Se dispone que BBVA Previsión AFP S.A. en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios al Fondo Colectivo de Riesgos, los recursos utilizados para el resarcimiento correspondiente a Bs2,143,900.82 (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos), más su rentabilidad a fecha de reposición.*

II. *Copia original del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuada la reposición.*

TERCERO.- I. *La multa señalada, deberá ser depositada por la AFP en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

CUARTO.- *Se determina la suspensión de lo dispuesto en el PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la presente resolución administrativa, hasta que el Tribunal Constitucional en revisión emita el pronunciamiento respectivo.*

QUINTO.- *La AFP deberá continuar con el pago correspondiente a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, conforme a la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 emitida por el Tribunal de Amparo Constitucional, hasta el pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional Plurinacional.*

SEXTO.- *Dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012 en atención a lo resuelto por el Tribunal de Amparo Constitucional en la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014.*

SÉPTIMO.- *La presente Resolución Administrativa entrará en vigencia con la notificación de la presente…*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los fundamentos de BBVA Previsión AFP S.A. en sus descargos y demás actuaciones, dentro del término señalado y en el marco de lo establecido por el Decreto Supremo N° 27175, se procedió al análisis de los argumentos expuestos por el regulado, y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba, se realizó el análisis (…)

…***A. "SITUACIÓN DE LOS CASOS IMPUTADOS"*** (…)

…El 14 de febrero de 2012, mediante nota APS/DPC/1111/2012, la APS instruye a la AFP remita el detalle de fechas y montos del resarcimiento con la respectiva documentación respaldatoria, imprescindiblemente.

El 01 de marzo de 2012, con nota PREV-OP-0329/2012, la AFP envía copia de los Comprobantes N° 1129512 y N° 1129360 ambos de 21 de octubre de 2011, "…correspondiente a la transferencia de Cuotas del Fondo RC M/N a Prestaciones por Pagar (prestaciones por invalidez RC) y de las Prestaciones por Pagar (prestaciones por invalidez RC) a Cuentas de Desembolso M/N (Bco. Ganadero – Devolución a la Administradora por resarcimiento de pagos de Riesgos Prof.) por Bs2,143,900.82". (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos).

De lo anterior resulta que, de los cuatro (4) casos con Recargo no pagado por el Empleador y con pensión en curso de pago, según datos de la AFP, ésta se ha resarcido sin el debido respaldo normativo Bs2,143,900.82 (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos) correspondiente a recursos del Fondo Colectivo de Riesgos.

B. "NORMATIVA RELATIVA AL CARACTER DE LAS CUENTAS DEL SIP." (…)

…BBVA Previsión AFP S.A. no consideró que el artículo 6 de la Ley de Pensiones señala que, los recursos que componen los Fondos del Sistema Integral de Pensiones sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley. En ese entendido, si bien la AFP en atención a las determinaciones constitucionales estaba cumpliendo con la obligación de pagar las cuatro (4) Pensiones de invalidez; sin embargo no se encuentra facultada por Ley para que ésta pueda resarcirse con el Fondo Colectivo de Riesgos por los pagos efectuados, pues ello vulnera la normativa de pensiones, las cuales no establecen otro tipo de disposición de sus Fondos sino aquellos determinados en norma.

De la revisión a los cuatro (4) casos comprendidos en el Cargo imputado, ninguno cumple los requisitos para contar con una pensión de invalidez por mora del Empleador.

Se deja en claro que la utilización y disposición de los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos se supedita al cumplimiento de requisitos determinados por Ley.

Además, la AFP debe tener presente que es la entidad llamada por Ley a mantener el patrimonio íntegro de los Fondos que administra y de forma independiente a los propios, debiendo para tal efecto resguardarlos con el cuidado exigible de un buen padre de familia y disponerlos únicamente cuando lo permita la norma.

C. "ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA AFP, NOTAS PREV-OP-0843/2012 y PREV-OP-0765/2012 (…)

…El artículo 8 de la Ley N° 1732, establecía los requisitos que los Asegurados deben cumplir para acceder a las Prestaciones de invalidez por Riesgo Común.

Por su parte, el artículo 33 de la mencionada Ley establecía que, si el Asegurado hubiese sido declarado inválido o hubiera fallecido durante el periodo en el que el Empleador no pagó la prima respectiva y éste por tanto no cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley, el Empleador deberá pagar el Recargo correspondiente para pagar la Prestación que le hubiera correspondido al Asegurado si éste hubiera cumplido los requisitos de cobertura antes mencionados.

El artículo 22 de la misma Ley N° 1732 (ahora reflejado en el artículo 6 de la Ley No.065) establece que, los Fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP, siendo cada uno de éstos indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie, y que los bienes que componen dichos fondos sólo pueden disponerse de conformidad con la Ley.

En este sentido, la Ley N° 1732 y su demás norma reglamentaria establecían que para acceder a la Prestación de Invalidez, ***el Asegurado debe cumplir con los requisitos de cobertura establecidos****, y que la utilización de recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) están destinados a pagar Prestaciones a* ***aquellos Asegurados que cumplan con los requisitos de cobertura*** *establecidos en la Ley N° 1732.*

Sobre el respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un proceso de tutela constitucional de derechos sociales estableciendo lo siguiente:

> *"****cuando el afiliado o derechohabiente cumple con las condiciones y los requisitos señalados por el art.8 de la LP*** *concordante con el art.27 de su Decreto Supremo Reglamentario,* ***surge*** *para estos* ***el derecho a la seguridad social****, es decir, el derecho de contar con las prestaciones de largo plazo bajo los preceptos de la Ley de Pensiones y su Decreto Supremo Reglamentario," (Las negrillas son nuestras) (SC 0652/2010-R).*

- ***"La Ley N° 1732 constituida bajo los principios de solidaridad y oportunidad, el Estado desde su concepción en fecha 29-11-1996, estaba en la obligación de pagar pensiones a afiliados y beneficiarios sin cobertura por mora del Empleador".-***

La AFP señala que la Sentencia Constitucional 020/2003 no genera una norma de aplicación a futuro, sino que interpreta el verdadero espíritu de la Ley N° 1732 desde su vigencia en 1996, por lo que la AFP podía pagar pensiones a Asegurados aunque el Empleador esté en mora, y utilizar la Cuenta Colectiva de Siniestralidad sin siquiera pedir autorización al Ente Regulador para efectuar los pagos que supuestamente corresponderían a los Asegurados.

Sobre lo anterior, se recuerda nuevamente al regulado que los cuatro (4) casos se encontraban impagos debido a que el Asegurado no cumplía con los requisitos de cobertura debido a la mora del Empleador, y que la AFP se encontraba pagando con sus propios recursos en razón a pronunciamientos constitucionales que le ordenaban el pago de esas pensiones.

Con respecto al proceso de inconstitucionalidad presentado contra el Decreto Supremo N° 26701, la AFP señala que base de la Resolución del Tribunal Constitucional es que los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto no son contrarios a lo establecido en los artículos 8, 10, 15 y 33 de la Ley N° 1732 como sostenía el impugnador, sino que por el contrario son un complemento concordante con la Ley N° 1732.

Lo que la AFP no menciona en sus descargos presentados ni en los alegatos expuestos, es que el artículo 2 del Decreto Supremo N°26701, se refiere exclusivamente a casos, en los cuales los Empleadores ya pagaron las Contribuciones más los intereses correspondientes en fecha previa al 31 de octubre de 2001, vale decir previa emisión del mencionado Decreto Supremo, lo que implica que tanto las cotizaciones mensuales con destino a la Cuenta Individual como las primas correspondientes a Riesgo Común y Riesgo Profesional ya fueron pagadas, no generándose por tanto ningún desequilibrio

financiero a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales, y por consiguiente no era contradictorio con lo establecido en los artículos 8, 10, 15 y 33 de la Ley N° 1732, tal como menciona la Resolución del Tribunal Constitucional.

Lo establecido en el artículo 2 del mencionado Decreto, es básicamente la Liberación de Recargos que hoy en día se encuentra operativizada y en plena vigencia, y que contempla otorgar cobertura a un Asegurado, cuyas primas han sido pagadas con retraso incluida su rentabilidad.

Adicionalmente, es importante señalar que a fecha de promulgación del mencionado Decreto Supremo (10 de julio de 2002), no se contaba con la reglamentación para los Recargos, y por consiguiente con la Liberación de Recargos.

Por su parte, el artículo 1 del mencionado Decreto Supremo señala el acceso a las Prestaciones de Invalidez y Muerte por Riesgo Profesional, siempre y cuando se establezca la relación de dependencia laboral del Asegurado, aún si el Empleador no hubiera pagado las primas correspondientes.

En este caso, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26701 ratifica lo ya establecido en el artículo 10 de la Ley N° 1732, ya que esta situación se comprueba con el hecho de que la mencionada Ley no establece ningún tipo de Recargo para los casos de Riesgo Profesional, toda vez que la sola dependencia laboral generaría el derecho a la Prestación de Invalidez o Muerte del Asegurado con una invalidez calificada o fallecido.

Como se puede apreciar, lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 26701, corresponde a casos diferentes a los que son objeto del presente proceso sancionatorio seguido contra BBVA Previsión AFP S.A., dado que en el presente caso se tiene por imputado el cargo con relación a casos de Riesgo Común.

- ***"Utilización de la Cuenta de Siniestralidad ahora llamada Fondo de Riesgos".***

Con relación al tema de la utilización de los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, la AFP alega que los Fondos de Riesgos tanto Común como Profesional, para pagar beneficios, no exigen correspondencia entre aporte y beneficio, por lo que no son colectivos sino esencialmente solidarios.

Al respecto, esta aseveración da a entender que los servicios prestados por el regulado se realizan en desconocimiento de la norma vigente, expresando de esta manera falta de cuidado exigible de un buen padre de familia.

En ese sentido, se deja en claro que la Seguridad Social de corto y largo plazo son sistemas de prestación y contraprestación, vale decir que el Asegurado puede acceder a las diferentes Prestaciones en la medida que efectúe sus Contribuciones, es decir que el pago de las primas no genera por sí solo el derecho a cobrar una Pensión, sino que este derecho se hará efectivo cuando además de pagar las primas también se cumplan todos los requisitos establecidos en la normativa exigidas para hacerlo (SC 0652/2010-R). El Fondo Colectivo de Riesgos no es propiedad individual de ningún Asegurado, sino de "todos" los Asegurados. De igual forma, el seguro de Riesgo Común al igual que el seguro de Riesgo Profesional son efectivamente seguros solidarios, lo que significa que "todos" aportan un porcentaje (prima) de sus salarios, para el pago de Pensiones para "algunos" Asegurados que se invalidan o fallecen cumpliendo los

requisitos de cobertura. En otras palabras, al ser solidarios los seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional, significa que los Asegurados que aportan a dicho seguro y nunca acceden a una prestación del mismo, son solidarios con aquellos que si acceden a una Prestación, aún si han aportado sobre montos menores inclusive.

- ***"Que, la AFP no tiene la obligación de erogar para el pago de pensiones de cualquier naturaleza, dineros de su patrimonio; sino que está obligada a pagar estas pensiones sólo con recursos del fondo de pensiones". -***

Como bien señala la AFP, esta Autoridad ya ha indicado que el pago de las Prestaciones del Sistema Integral de Pensiones de todos aquellos Asegurados que cumplen con los requisitos de acceso y/o requisitos de cobertura, se efectúa con cargo a los Fondos de Pensiones, conforme establece la Ley N° 065.

De igual manera ya ha sido expresado, que los casos objeto del resarcimiento por parte de la AFP que se encuentran con pago de Pensión pese a no cumplir con los requisitos de cobertura señalados en la Ley N° 065, obedecen a órdenes judiciales que no son competencia de esta Autoridad.

- ***"Que la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, estaba obligada a reglamentar el procedimiento de reposición en caso de utilizarse el Fondo de Pensiones para el pago de pensiones a Asegurados sin cobertura por mora del Empleador; obligación que se mantiene hasta la fecha por parte de la actual APS".***

La AFP argumenta que la legislación ya preveía situaciones como el caso en cuestión, prueba de lo cual serían los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Supremo N° 26701 de 10 de julio de 2002. Sin embargo, dicha aseveración ya ha sido desvirtuada en el análisis y evaluación de los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N° 26701, analizados precedentemente.

En cuanto al artículo 3, toda vez que como establece el artículo 10 de la Ley N° 1732, el derecho a la Prestación de Riesgo Profesional se genera desde el inicio de la relación laboral y hasta 6 meses de concluida la misma, el pago de dichas prestaciones correspondía hacerse con recursos de la Cuenta de Riesgos Profesionales. De igual manera, toda vez que el Empleador ya había pagado la totalidad de las Contribuciones adeudas más los intereses antes del 1° de noviembre de 2001, el pago de las pensiones por RC correspondía hacerse con recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

Con respecto a la reglamentación por parte de la ex SPVS, el artículo 3 señala que la ex SPVS establecerá los mecanismos de reposición de los recursos de las cuentas, y el artículo 5 establece que reglamentará aquellos aspectos necesarios para la aplicación del Decreto, por lo que la ex SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999 y Resolución Administrativa SPVS-IP N° 816 de 03 de octubre de 2002, estableció el procedimiento para la acreditación de aportes e intereses de Contribuciones efectuadas de forma posterior a la fecha en que correspondía su pago conforme a normativa vigente, así como para el cálculo del Salario Base y las bases para la transferencia a las Entidades Aseguradoras.

- ***"Fundamento errado de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 258-2012 de 27 de abril de 2012, del proceso administrativo iniciado mediante Cite APS/DJ/DPC/Nº***

3541/2011 de 23 de septiembre de 2011, cursante en obrados como prueba de descargo".-

Al respecto, corresponde aclarar al regulado que los actos administrativos a los cuales hace mención corresponden a otro proceso administrativo, por lo que los argumentos o criterios sobre los pronunciamientos emitidos que tuviera en su contra, podían ser argüidos en aquel proceso y no en el presente, por tener diferente identidad en el objeto y causa.

D. "EL CONTRATO DE SERVICIOS SUSCRITO ENTRE LA EX SPVS Y LA AFP." (…)

…Se debe recordar a la AFP que el contrato suscrito entre la ex SPVS y la AFP, es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, ***la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones****, las Normas Reglamentarias y el Contrato,* ***sin excepción alguna****. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y de Riesgos Profesionales y de la Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables, de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias. Por lo que se concluye que la AFP olvida que esta determinación se halla subordinada como la misma cláusula lo indica "a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias".*

E. "CON RELACIÓN A LOS INFORMES PERICIALES Y LA SOLICITADA REGULACIÓN".

Evaluado los informes periciales a los cuales hace referencia el regulado se tiene que, los mismos no establecen con precisión un entendimiento concreto y preciso respecto a los criterios que establece la norma en lo relativo al uso legal de las cuentas de la seguridad social de largo plazo, hecho por el que ahora se procesa al regulado; lo que ha dado lugar a que los dos informes periciales presentados apunten en conclusión a que la AFP estaría facultada a poder utilizar la Cuenta de Siniestralidad para aquellos casos con pronunciamiento constitucional que no exprese necesariamente el fondo para pagar la pensión, cuando por norma ésta sólo puede disponerse conforme a Ley.

Por otro lado, el regulado debía tener presente que, conforme a norma la Ley N° 065, los Fondos de Pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP, por lo que éstos sólo pueden disponerse conforme a norma.

En lo que hace a aquellos aspectos relativos a determinaciones emanadas por el Órgano Judicial (Tribunal de Amparo), se concluye que los mismos corresponden a otra jurisdicción con todas las connotaciones y efectos que de ella emanan, siendo el ámbito de competencia de esta Autoridad únicamente el administrativo.

F. "DAÑO ECONOMICO AL FONDO COLECTIVO DE RIESGOS" (…)

…El artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberá incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las

normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Lo anterior también halla respaldo en el parágrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 el cual señala que, la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado que BBVA Previsión AFP S.A. al utilizar los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para resarcirse pagos que venía realizando como consecuencia de determinaciones del Tribunal de Amparo para los casos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, sin el respaldo legal correspondiente, ha generado daño patrimonial al saldo y la rentabilidad del Fondo Colectivo de Riesgos, razón por la cual corresponde la reposición, salvo determinación judicial posterior y firme que determine lo contrario.

Que por otro lado, es evidente la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de los Tribunales de Amparo en los casos ahora imputados, como la limitación para el uso de recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para el pago de pensiones que no cumplen los requisitos establecidos en norma. En ese comprendido, el hecho del regulado de resarcirse montos pagados por pensiones de invalidez de cuatro (4) Asegurados en virtud de una determinación constitucional denota culpa y responsabilidad por esta acción, la cual se constituye en infracción administrativa; pues no existe normativa para tal operación en soslayo y desatención a la norma vigente, obviando de esta manera el regulado el daño económico y objetivo ocasionado, el cual asciende al reportado por la misma AFP.

La culpa de la AFP se ha visto plasmada porque al momento de resarcirse con los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, comprendía plenamente los efectos y consecuencias que esta acción acarreaba, pero pese a ello los utiliza.

Asimismo, la conducta antijurídica de BBVA Previsión AFP S.A. descrita en el párrafo anterior demuestra la falta de cuidado exigible que tiene la AFP como un buen padre de familia, al disponer de los recursos de un fondo cuyo uso se supedita al cumplimiento de requisitos establecidos por norma.

En virtud a lo expuesto en los puntos anteriores, se establece que BBVA Previsión AFP S.A. no ha presentado fundamentos ni respaldo suficiente que permita levantar el cargo imputado, razón por la cual corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que en esta parte del presente acto administrativo es necesario referirse a la Acción de Amparo Constitucional planteada por BBVA Previsión AFP S.A. interpuesto contra el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, el cual fue dilucidado en primera instancia por el Tribunal de

Amparo Constitucional, que emitió la Resolución AA.C. Nº 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 (…)

…en un inicio, es importante dejar en claro que esta Autoridad por determinación expresa del artículo 168 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, en apego a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y de acuerdo a la Ley de Pensiones.

Que a su vez, en virtud del inciso a) del artículo 168 de la Ley Nº 065, esta Autoridad se halla con la función de cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que en ese sentido, la APS en su función de control y supervisión de los Fondos que administra BBVA Previsión AFP S.A. ha advertido la vulneración deliberada a la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, detallado en el cargo imputado; es decir porque el regulado habría actuado antijurídicamente al resarcirse pagos ordenados por la jurisdicción constitucional con recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, los cuales según la norma vigente de pensiones sólo pueden ser dispuestos cuando el Asegurado haya tenido un incidente por Riesgo Común y cumpla requisitos establecidos por la Ley de Pensiones.

Que la definición constitucional de "Presunción de Legitimidad", prevista por el artículo 5 de la Ley No.027, refiere que toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado se presumen legítimos, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad.

Que en ese sentido se comprende que, la Ley No.065 gozaría de legitimidad al no haber sido observada por resolución constitucional, y que si la misma ha sido infringida por la AFP por el resarcimiento realizado con recursos del Fondo Colectivo de Riesgos sin la autorización legal, objeto principal del presente proceso, se entiende que la misma fue vulnerada. Asimismo en el presente proceso, no se discute quien es la entidad encargada del pago de la pensión ni la fuente de financiamiento referente a los casos Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944; sino el hecho del resarcimiento no autorizado.

Que en lo referente a la materia estrictamente constitucional, la Ley No.027 de 06 de julio de 2010, establece que la justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de la constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

Que esta Autoridad tiene presente las competencias y alcances de las determinaciones de la justicia constitucional, las cuales según la materia son de atención también en el ámbito administrativo.

Que de la misma manera, es una realidad lo que se tiene resuelto por el Tribunal de Amparo Constitucional, que por mandato del artículo 8 de la Ley No.027 se tiene que las decisiones de la justicia constitucional son de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

Que en lo particular, el pronunciamiento del Tribunal de Amparo Constitucional emitido mediante la Resolución AA.C. Nº 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014, como uno de los aspectos centrales ha señalado en sus fundamentos que, la Administradora para el pago de las pensiones debe utilizar los recursos de los Fondos de Pensiones, dando a conocer que, esta situación ya habría sido aclarada por una sentencia constitucional anterior.

Que en ese entendido, esta Autoridad se halla consciente del escenario legal del presente caso y de los fundamentos emitidos en la Resolución AA.C. Nº 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014, provenientes del contralor de la constitucionalidad, es decir toma en cuenta sus fundamentos; pero así también, no deja de ser cierto y relevante que conforme al procedimiento constitucional, la acción de amparo concedida a la AFP se halla actualmente en revisión en el Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que muy bien podría confirmar o revocar la determinación asumida por el Ad Quo. En ese comprendido, corresponderá tomar las medidas de cautela necesarias.

Que en virtud a lo anterior y considerando que lo resuelto por el Tribunal de Amparo Constitucional en primera instancia dispone dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No.392/2012; dicho mandato es atendido por esta Autoridad con la emisión de la resolución conforme a la norma procesal prevista por la Ley de Procedimiento Administrativo y sus reglamentos para el sector financiero, tomándose en cuenta lo establecido en la Resolución AA.C. Nº 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 pero también lo que determina la Ley de Pensiones vigente.

Que finalmente, con respecto a la fuente para el pago de pensiones, la Resolución AA.C. Nº 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 ha señalado que: "…se colige que para el pago de pensiones en cualquiera de sus formas la Administradora de Fondos de Pensiones, está obligada en hacerlo de los recursos del Fondo de Pensiones de la cuenta que corresponda; en el caso de autos del Fondo de Riesgos Común y ratifica la determinación asumida por la APS. (sic) en este tema ha sido parte importante del debate; al respecto, se considera que no debería haber controversia alguna, puesto que, el Tribunal Constitucional en la SC 0020/2003-R de 28 de febrero, ha momento de declarar constitucional normas jurídicas que supuestamente restringían el derecho de los afiliados por el incumplimiento patronal, ya dado luces quedando aclarada dicha problemática.". Sin perjuicio del lineamiento transcrito anteriormente, y tal como se dijo antes, es importante tener la prudencia necesaria a efectos de no irrogar perjuicio a la AFP, los Asegurados ni al Sistema mismo de pensiones, considerando que dichas determinaciones asumidas por el Tribunal de Amparo se hallan en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional; por lo que si bien se podría expresar sobre la disponibilidad o no de los Fondos para el pago de pensiones, también es prudente definir las obligaciones emergentes de la infracción administrativa; sin embargo por cautela y

seguridad jurídica éstas deben quedar en suspenso mientras el Ad Quem constitucional emita el pronunciamiento elevado en revisión, el cual una vez resuelto gozará de la firmeza y certeza para todos los efectos legales correspondientes…"

4. AUTO DE 19 DE MAYO DE 2014.-

Por memorial presentado en fecha 12 de mayo de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** solicitó la aclaración y complementación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/ N° 312/2014, con los fundamentos siguientes:

"…1. De acuerdo a la normativa vigente las resoluciones de los Tribunales de Amparo Constitucional son de cumplimiento obligatorio e inmediato, puesto que restablecen derechos y garantías constitucionales vulneradas. La Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, que ordenó la nulidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392-2012, disponiendo al mismo tiempo que la APS, emita nueva resolución conforme los argumentos de la Resolución de Garantías Constitucionales, sin que, dicho Tribunal de Amparo haya determinado ninguna medida precautoria de suspensión de la nueva resolución

2. Aclare en base a que norma jurídica la APS como obligada al cumplimiento de Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I se ha tomado la atribución de establecerse a sí misma medidas precautorias como la suspensión de los efectos de la nueva resolución administrativa hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional emita el fallo final sobre la resolución de acción de amparo constitucional.

3. Si la suspensión referida en el punto cuarto, es con carácter suspensivo del proceso hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie o por el contrario se entiende que siguen corriendo los plazos para impugnación.

4. Aclare la modificación en la tipificación de la sanción alterando los fundamentos de la Notificación con cargos realizada según nota APS/DJ/DPC/2362/2012; lo que desvirtúa la claridad y objetividad meridiana del Tribunal de Amparo; toda vez que, resulta explícitamente modificada la tipificación de la sanción con reverencia a la resolución sancionatoria inicial APS/DJ/DPC/392/2012 que deja sin efecto, y sin embargo no debemos perder de vista que resultó la base del presente proceso.

5. Explicar en forma clara y detallada para mejor entendimiento de éste Regulado lo que su Autoridad quiere decir en el Art. Quinto: "conforme a la Resolución AA.C Nro. 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 emitida por el Tribunal de Amparo...", si la APS no está aplicado los fundamentos de dicha resolución en la Resolución Administrativa ahora sujeta a la presente solicitud de aclaración.

6. Por lo aseverado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312- 2014 cuando menciona "Asimismo en el presente proceso, no se discute quien es la entidad encargada del pago de la pensión ni la fuente de financiamiento referente a los casos...", explicar jurídica, clara y objetivamente; cual es según su Autoridad, la fuente indiscutible de financiamiento de dichas PENSIONES, tomando en consideración la

posición adoptada en los fallos jurisprudenciales de Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia…"

En su mérito, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 19 de mayo de 2014, declara procedente la solicitud de aclaración y rechaza la de complementación "*de acuerdo a los términos expuestos en la parte considerativa*", bajo los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

…la R.A.312-2014 en el resuelve SEXTO ha dejado expresamente sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012, en atención estricta a lo resuelto por el Tribunal de Amparo Constitucional en la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014. A su vez por prudencia y evitar irrogar algún daño o perjuicio a la AFP o al SIP, conforme a las facultades otorgadas por el Procedimiento Administrativo y su reglamento, se ha determinado la suspensión de algunas disposiciones.

Que por otro lado, siguiendo los lineamientos establecidos en la decisión de amparo constitucional para el caso concreto, la R.A.312-2014 en el resuelve QUINTO tiene instruido a la AFP continuar con el pago correspondiente a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, conforme a los lineamientos de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 emitida por el Tribunal de Amparo Constitucional, hasta el pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional Plurinacional; sin perjuicio de los plazos impugnatorios a aplicarse en la vía administrativa.

Que por otro lado, la determinación del Tribunal de Amparo Constitucional, ha dejado sin efecto únicamente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012, quedando subsistente la nota de cargos y su tipificación normativa, la cual tras demostrarse en proceso su vulneración ha derivado en la sanción dispuesta en la R.A.312-2014. Por tanto no corresponde el argumento de la AFP de que se haya modificado la tipificación de la infracción durante el presente proceso.

Que finalmente, por disposición de la Ley de Pensiones la entidad encargada de la administración y pago de las prestaciones es la AFP, por lo que no quepa duda sobre el respecto. Asimismo, la Ley de Pensiones establece los requisitos legales para contar con una pensión y sus fuentes para el pago de éstas. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a otra esfera del derecho las determinaciones asumidas por el órgano de la constitucionalidad, sobre las cuales esta Autoridad no tiene competencia.

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, quedan por atendidas las aclaraciones solicitadas por BBVA Previsión AFP S.A., más no así la complementación en razón a que la R.A.312-2014 señala expresamente los términos resueltos en el presente proceso…"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

5.1. Nota PREV-CG-0826/2014 de 11 de junio de 2014.-

Mediante nota PREV-CG-0826/2014, presentada en fecha 11 de junio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014, aclarada por auto de 19 de mayo de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***III. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS***. *Como se demostrará, Resolución* (sic) *Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, de 22-04-2014, y Auto Complementario de 19-05-2014, agravia los derechos de BBVA PREVISION AFP. SA., con serias violaciones al principio de seguridad jurídica como parte de la garantía y principio constitucional al Debido Proceso, dispuesto por el art. 115 de la C.P.E.; por: 1. No acatar una resolución de Amparo Constitucional de manera cabal.*

En este entendido se hace procedente el presente Recurso de Revocatoria y toca fundamentar la impugnación en base a lo siguiente:

De manera preliminar, conviene recordar, algunas normas legales, constitucionales y criterios jurisprudenciales en relación a las infracciones en el caso de autos:

El art. 130 de la C.P.E., dispone: con respecto a la aplicación inmediata: "... V. La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley".

El art. 115 de la C.P.E., dispone con respecto al debido proceso: "CAPITULO PRIMERO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES. ... art. 115. ... II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

El art. 116 de la C.P.E., dispone con respecto al debido proceso: "CAPITULO PRIMERO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES. ... art. 116. ... I. ... en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado".

El art. 4 de la Ley 2341, dispone: "Principios Generales de la Actividad Administrativa) (sic). *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: ...c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso*".

El art. 15 de la Ley 254, dispone: "I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general. II. II. (sic) *Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares*".

El art. 36, inciso: 8 de la ley (sic) *254 dispone: "La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".*

El art. 179 (bis) del Código Penal dispone: "(DESOBEDIENCIA A RESOLUCIONES EN PROCESOS DE HABEAS CORPUS Y AMPARO CONSTITUCIONAL). El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos (2) a seis (6) años y con una multa de cien (100) a trescientos (300) días".

***Sobre el Principio de Seguridad Jurídica y el Derecho a un Debido Proceso**.-*

Al respecto, corresponde recordar lo siguiente:

La SC-1281/2010-R, de 26-09-2011, apunta:

*"III.2. El debido proceso como un instrumento jurídico de protección **garantiza que el proceso**, judicial o **administrativo, sea justo** y que se desarrolle dentro del marco de las normas prescritas en el ordenamiento jurídico, bajo ese razonamiento se pronunció la SC 2264/2010-R de 19 de noviembre, al indicar: "Entendido el debido proceso como '...un instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, lo que implica que la naturaleza del debido proceso está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, como un principio procesal y como una garantía de la administración de justicia...' (SSCC 0014/2010-R, y, 0068/2010-R, entre otras), se infiere que esos derechos fundamentales subjetivos se confieren a las partes para que, en igualdad de condiciones y oportunidades, posibiliten la eficacia de su pretensión dentro del proceso; de acuerdo a la SC 0295/2010-R de 7 de junio, el derecho a la defensa constituye: «...un instituto integrante de la garantía del debido proceso. Al respecto„ ya se ha establecido que este derecho tiene dos connotaciones: la primera, es el derecho a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, y la segunda, es el derecho a tener conocimiento y acceso a los actuados e Impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido».*

*En base a la jurisprudencia citada, se confirma que **el derecho a la- defensa implica el ejercicio de otras potestades durante el proceso** penal, permitiendo a las partes valerse de los medios legales efectivos a través de los cuales, en igualdad de condiciones, puedan oponer sus pretensiones, siendo comunicadas oportunamente de los actos procesales que ameriten su presencia o pronunciamiento, sin dilaciones indebidas y al amparo de los principios que rigen la intervención de los sujetos procesales".*

III.3. "Seguridad jurídica"

....(...) Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: «...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, ***implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal;*** *por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras,* ***precisas*** *y determinadas,* ***en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización*** *de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...»", (lo resaltado nos pertenece)".*

En aplicación de la normativa y jurisprudencia citada precedentemente, se tiene que dejar claro que a pesar de que la APS tenga un criterio diferente a la AFP; en este estado de cosas, es simplemente irrelevante; cuando se tiene Resolución de Amparo mediante la que, se ha arribado a la conclusión que, la APS no tenía razón en sus fundamentos base de las sanciones; y sin embargo de ello, esquivando las determinaciones de un Tribunal de Amparo, reitera sus fundamentos equivocados para volver a sancionar a la AFP; por tanto, la controversia en la presente impugnación ya no versa en rebatir los criterios que tiene la APS para sancionar a la AFP; cuando ha quedado demostrado por un Tribunal de Garantías Constitucionales mediante Resolución de Amparo Constitucional, que la APS no solo estaba equivocada; sino que, por el contrario, se establece judicialmente que la APS, es trasgresora de derechos y garantías constitucionales; o sea, que, al sancionar a la AFP con fundamentos equivocados, lo ha hecho violando sus derechos y garantías constitucionales y a pesar de ello; a sabiendas que se ha demostrado que estaba equivocada; a sabiendas que tiene que tiene que cumplir con la Ley y la Constitución; y a sabiendas que tiene que cumplir lo ordenado por el Poder Judicial; simplemente por no admitir que ha perdido con sus criterios garrafalmente equivocados; por no admitir y aceptar hidalgamente que ha errado en el manejo legal y constitucional del caso, no lo hace y mantiene sus criterios equivocados para nuevamente sancionar a la AFP, y en ese estado de las cosas, la presente impugnación se circunscribe a este aspecto: (sic)

En ese entendido, se pasa a detallar lo dispuesto por el Tribunal de Amparo al emitir la Resolución AA C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, en comparación a los fundamentos de la APS.

1. *Sobre la obligación de pagar pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes.*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "Que conforme a la jurisprudencia, el poder judicial, sea mediante el Tribunal Constitucional Plurinacional ya ha sentado presente de que en los casos en que el trabajador hubiese hecho los aportes y cumpla los requisitos, el incumplimiento del empleador en depositar los aportes en los entes aseguradores no enerva el derecho del trabajador y/o beneficiario por lo que siendo un precedente

jurisprudencial constitucional dicho extremo es indiscutible en el caso de autos y en cualquier caso análogo, en cuyo caso las AFPs., tienen la obligación de pagar las pensiones correspondientes dispuestas por ley; situación que, como señala el accionante, no está en discusión en la presente acción" (el subrayado es nuestro); haciendo hincapié en que, en cuestiones absolutamente claras queda solamente cumplirlas, no se discute ni se acciona en contra.

Sin embargo, la APS:

Mantiene su criterio de que, esas pensiones solo deben ser pagadas cuando el Asegurado ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley de Pensiones. Ignorando supinamente jurisprudencia constitucional.

2. *Sobre quién debe pagar las pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes.*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "...está claro que al momento debe ser la A.F.P., pero en su calidad de administrador de los Dineros (sic) *del Fondo de Pensiones, como su mismo nombre lo dice, obligación que en su momento pasará a manos de una nueva administración, como lo será la Gestora Pública...*

   Sin embargo, la APS anota:

   Cuando el empleador no ha cancelado los aportes, no se tiene cumplidos los requisitos y en cuyo caso la AFP, no puede utilizar los dineros del fondo de pensiones y tiene que pagar con su patrimonio; contrariamente a lo dispuesto por el Tribunal de Amparo.

3. *Sobre el fondo a utilizarse para pagar las pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes:*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "… sobre el fondo a utilizarse habiendo realizado las aclaraciones precedentes de un análisis integral del contrato entre la AFP. y el Estado representado por la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, se colige que para el pago de pensiones en cualquiera de sus formas la Administradora de Fondos de Pensiones, está obligada en hacerlo de los recursos del Fondo de Pensiones de la cuenta que corresponda; en el caso de autos del Fondo de Riesgo Común y ratifica la determinación asumida por la APS., en este tema ha sido parte importante del debate; al respecto, se considera que no debería haber controversia alguna, puesto que, el Tribunal Constitucional en la SC 0050/2003-R de 28 de febrero, ha (sic) *momento de declarar constitucional normas jurídicas que supuestamente restringían el derecho de los afiliados por el incumplimiento patronal, ya ha dado luces quedando aclarada dicha problemática".*

Sin embargo, la APS anota:

Que, cuando el empleador no ha cancelado los aportes, no se tiene cumplidos los requisitos y en cuyo caso la AFP, no puede utilizar los dineros (sic) *del fondo de pensiones y tiene que pagar con su patrimonio; contrariamente a lo dispuesto por el Tribunal de Amparo.*

4. *Sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional en este caso, aclara cuales son los fondos* (sic) *se debe utilizar cuando se pagan pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes:*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "... Aclarando además que las Jurisprudencias Constitucionales tienen carácter retroactivo y pueden aplicarse a cualquier proceso ya sea administrativo y/o judicial, en curso, que no se haya concluido y no tenga calidad de cosa juzgada para la resolución de los conflictos y la emisión correspondiente de sus resoluciones como en el caso de autos se dio en sentido de que los lineamientos jurisprudenciales sobrevinientes, que aclara que fondos se debe utilizar en estos casos, debe ser considerado por el tribunal que lleva un determinado proceso, situación que no se dio en el presente caso al emitir las diferentes resoluciones... ".

   Sin embargo, la APS no mencionó nada al respecto y eludió la aclaración solicitada; pero, al mismo tiempo, sin considerar las pruebas de descargo, simplemente sancionó a la AFP.; claro está, con el simple argumento de MEDIDA PRECAUTORIA.

5. *Sobre la nulidad de la Resolución APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012.*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "… disponiendo dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012 disponiendo se dicte nueva resolución en apego a los lineamientos de la presente resolución, y la Constitución Política del Estado''.

   Sin embargo, la APS, si bien es cierto que anula la Resolución APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012; no emite nueva resolución conforme los lineamientos emitidos por la Resolución AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014; y cree que, basta con declarar la nulidad para tener por cumplido una Resolución de Amparo; con el simple pretexto de adoptar una medida precautoria; olvidándose que, el Tribunal de Amparo ordenó que se emita de manera inmediata nueva resolución EN APEGO A LINEAMIENTOS DE LA RESOLUCIÓN AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014, que al final daban crédito a todas las bases de defensa de la AFP; sin embargo, la Resolución ahora impugnada, no resuelve conforme los lineamientos de la Resolución AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014; sino, mantiene su criterio a título de MEDIDA PRECAUTORIA y con dicho criterio ilegal, en una actitud de

contumacia, vuelve a sancionar a la AFP y ordenar la reposición del monto resarcido; en contra absoluto del entendimiento del Tribunal de Amparo y en contra de la Ley que, no condiciona de ningún modo el cumplimiento material a la previa revisión del Tribunal Constitucional Plurinacional.

6. *Sobre el cumplimiento inmediato y obligatorio de las Resoluciones de Amparo Constitucional.*

   El art. 130 de la C.P.E., anota:

   "130 de la C.P.E., dispone: con respecto a la aplicación inmediata: "... V. La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley"

   El art. 36 de la Ley 254, dispone:

   "La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".

   El art. 179 (bis) del Código Penal anota:

   "(DESOBEDIENCIA A RESOLUCIONES EN PROCESOS DE HABEAS CORPUS Y AMPARO CONSTITUCIONAL). El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos (2) a seis (6) años y con una multa de cien (100) a trescientos (300) días"

   Sin embargo, la APS anota:

   "...Sin perjuicio del lineamiento transcrito anteriormente – haciendo referencia a la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-l, de 4-04-2014, emitida por el Tribunal de Amparo-, y tal como se dijo antes. Es importante tener la prudencia necesaria a efectos de no irrogar perjuicio a la AFP, los Asegurados ni al Sistema mismo de pensiones, considerando que dichas determinaciones asumidas por el Tribunal de Amparo se halla en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional; por lo que, si bien se podría expresar sobre la disponibilidad o no de los Fondos para el pago de pensiones, también es prudente definir las obligaciones emergentes de la infracción administrativa; sin embargo por cautela y seguridad jurídica éstas deben quedar en suspenso mientras el Ad Quem constitucional emita el pronunciamiento elevado en revisión, el cual una vez gozará de la firmeza y certeza para todos los efectos legales correspondientes"; lo que demuestra que, se hizo caso omiso a los lineamientos de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-l, de 4-

04- 2014; con el pretexto que, la misma está en revisión; cuando de manera clara la norma dispone que, es de cumplimiento inmediato; sin ningún tipo de condicionamiento ni espera hasta que el Tribunal Constitucional revise dicha resolución.

Con lo que, se advierte que la APS, no ha cumplido con lo determinado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, y con esta actitud, ha violado e infringido las siguientes normas: art. 115, 116 y 130 de la C.P.E.; art. 4 de la Ley 2341; art. 15 y 3-8, de la Ley 254.

Como se puede ver, en ningún caso, la APS, al momento de emitir la nueva RA APS/DJ/DPC/N° 312-2014, ha asimilado los lineamientos, precisiones y conclusiones a las que, el Tribunal de Garantías ha arribado y por tanto, con otros fundamentos se ratificó en su determinación de sancionar nuevamente a la AFP; o mejor dicho, haciendo simplemente referencia a lo mencionado por el Tribunal de Amparo y de manera contraria mantiene su criterio equivocado para sancionar a la AFP, con fundamentos y criterios totalmente distintos a los vertidos en la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014 (…)

V. PETITORIO. *Por lo expuesto, a V.A. se solicita:*

1. Se tenga por interpuesto el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No.312-2014, de 22-04-2014 y con el Auto de Aclaración y Complementación de 19-05-2014 y por cumplida la obligación conforme lo determina el art. 47 del D.S. 27175.

2. Que, en base a la fundamentación de agravios, y en cumplimiento y concordancia de la determinación del Poder Judicial, se disponga la Revocatoria Total de la Resolución Administrativa (sic) *Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 312-2014, de 22 04-2014 y con el Auto de Aclaración y Complementación de 19-05-2014, conforme lo dispone el art.43-b del D.S.27175; declarando concordante con el lineamiento del poder judicial* (sic), *el SOBRESEIMIENTO de las supuestas transgresiones acusadas.*

Entre otras cosas.- Se tenga por cumplido (sic) *la obligación dispuesta por el art. 47-I del D.S. 27175…*"

5.2. Sustanciación del Recurso de Revocatoria.-

Mediante nota PREV-CG-0827/2014, presentada el 12 de junio de 2014 y bajo la referencia: "*Complementa nota PREV-CG-0826/2014*", **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** acredita la personería de su representante legal para interponer el Recurso, adjuntando el Testimonio de Poder N° 610/2007 (notaria: Dra. Juan Mery Ortíz Romero) otorgado a su Gerente General, Sr. Idelfonso Nuñez López.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 9 de julio de 2014, dispone que:

"…*BBVA Previsión AFP S.A. deberá en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos explicar de manera fundamentada los siguientes puntos:*

- *Respecto a los puntos 2 y 3. señalados en el Recurso de Revocatoria, la AFP debe aclarar el sentido y propósito de los argumentos, al presumirse contradicción en estos.*

- *Expresar el entendimiento que tiene la AFP sobre la Sentencia Constitucional 0652/2010-R de 19 de julio de 2010, respecto al caso de autos y las sentencias tiene aludidas en su impugnación*…"

En atención a lo mismo, mediante nota PREV-CG-0833/2014 presentada el 31 de julio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** explica y fundamenta lo siguiente:

"…***II. CUMPLE LO ORDENADO.*** *Fundamentar nuevamente el accionar de la AFP, por más que ya lo ha hecho y lo refuerce en esta nota, no tiene ningún sentido, si no se atiende fundamentos, ni se preserva los fundamentos de la justicia constitucional, al extremo de incumplir resoluciones que deben ser acatadas sin discusión de manera inmediata. Sin embargo cumplimos lo ordenado, conforme lo siguiente:*

1. *"Respecto a los puntos 2 y 3, señalados en el Recurso de Revocatoria", la AFP simplemente ha recordado a la APS, cual ha sido el entendimiento del Tribunal de Garantías en la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014;*

   2) Que esas pensiones las debe pagar la AFP, pero, como administrador y persona de derecho público, no como privado
   3) El fondo a utilizarse a ese efecto, son con los recursos del fondo de pensiones, aclarando que para el caso concreto, sea del Fondo de Riesgo Común

   A pesar que la APS, está obligada a adoptar dichos criterios para emitir la nueva resolución final, no lo ha hecho, y por tanto, se ha violado la garantía a un debido proceso que tiene la AFP, en cuanto al principio de seguridad jurídica; cuando la conducta correcta de la APS, era acatar el criterio del Tribunal de Amparo, como intérprete competente de la Ley y la Constitución y en función a ese entendimiento, sin discusión alguna, resolver concordantemente. Si la APS, hubiera actuado utilizando la interpretación del Tribunal de Amparo, no habría duda que, no correspondería sanción alguna contra la AFP, sino, por el contrario, debería de ponderar su labor y dar por bien hechas las acciones tomadas; por lo tanto, el sentido es simplemente demostrar que, la APS, no ha acatado de manera sustancial un fallo emitido por un Tribunal de Garantías Constitucionales y el propósito es que, a pesar que la AFP no tiene esperanza de que la APS, modifique su conducta extrema al no acatar un fallo judicial; intentar que lo haga en virtud al valor de la justicia y modifique su accionar y dando por bien hecho lo realizado por la AFP, determinando inclusive el sobreseimiento de las injustas acusaciones.

2. *"Expresar el entendimiento que tiene la AFP sobre la Sentencia Constitucional 0652/2010-R de 19 de julio de 2010, respecto al caso de autos y las sentencias tiene*

aludidas en su impugnación". Es necesario aclarar que, (sic) *que la AFP, no ha utilizado como base de defensa o impugnación la SC-0652/2010, de 19-07-2010; sin embargo de ello, la APS, ordena a la AFP, explicar el entendimiento de la SC-0652/2010; por lo que, aun siendo un tanto incomoda la orden de la APS, con el ánimo de colaborar en su función, se expresa lo siguiente:*

La SC-0652/2010, tiene varias cosas que citar que, son aplicables al caso de autos, como, el principio pro homine, por el que, la APS, estaba y esta obligada a adoptar acciones que resulten más favorables a los derechos de la AFP en calidad de administrado o interpretar las normas en sentido más amplio para la administradora (AFP), de tal manera que, la interpretación de la APS debería de haber sido la menos gravosa a los derechos ya tutelados por un Tribunal de Garantías; sin embargo la APS, pretende que la AFP, se pronuncie sobre los efectos de las Sentencias Constitucionales relacionadas a la Revocatoria o Confirmación de una Resolución de Tribunal de Garantías, para lo que, se tiene:

- Que en caso que, el Tribunal Constitucional revoque la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, se mantendría firme y subsistente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012, de 8-06-2012 y la AFP; lo considere justa o injusta, deberá asumir tal determinación.

- Que en caso que, el Tribunal Constitucional confirme la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, la APS, debería de emitir nueva Resolución Final, en base a los lineamentos de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, aún cuando la considere injusta, deberá asumir tal determinación sin discusión alguna y sin esquivar su cumplimiento; cosa que ya debería de haber sido operada de manera inmediata, sin condicionarla a la revisión por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Si la APS hubiera emitido una Resolución Final con los fundamentos de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, determinando el sobreseimiento de la AFP, devuelto las multas impuestas, dar por bien hechas las conciliaciones correspondientes y dejado que la AFP, pague, con recursos del fondo de pensiones; en caso de revocatoria, manteniendo firme la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392- 2012, de 8-06-2012, ordenar a la AFP, nuevamente el depósito de las multas y todo lo determinado en dicha Resolución Administrativa. Y no sancionar a la AFP, NUEVAMENTE, EN EL MISMO CASO Y POR LO MISMO, después de la emisión de la Resolución AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014, como emergencia de la concesión de la tutela.

***III. PETITORIO**. Por lo expuesto, a V.A. se solicita:*

1. Se tenga por cumplido con el Auto de 9-07-2014.

2. Se reitera la solicitud para que en base a la fundamentación de agravios, y en cumplimiento y concordancia de la determinación del Poder Judicial, se disponga la Revocatoria Total de la Resolución Administrativa Resolución Administrativa

APS/DJ/DPC/N° 312-2014, de 22-04-2014 con el Auto de Aclaración y Complementación de 19-05-2014, conforme lo dispone el art. 43-b del D.S. 27175; declarando concordante con el lineamiento del poder judicial, el SOBRESEIMIENTO de las supuestas transgresiones acusadas…"

6. RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 614-2014 DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2014.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "*revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014*" por los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

De la verificación de los Requisitos de Forma

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo: "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviere interpuesto fuera de término, no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables, o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley".

Que a su vez el artículo 48 de la misma norma determina: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada."

Que de las normas transcritas se infiere que deben cumplirse requisitos para admisión del Recurso de Revocatoria.

Que de la revisión del memorial de interposición del Recurso de Revocatoria de BBVA Previsión AFP S.A., se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N" 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera habría causado a sus derechos o intereses legítimos la R.A.312-2014.

Que por otro lado, se verificó que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto dentro de plazo dispuesto por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

De los Fundamentos Técnico - Jurídicos de fondo

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 11 de junio de 2014 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente (…)

Que en función a los fundamentos de BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado y demás actuaciones, dentro del término señalado y en el marco de lo establecido por el Decreto Supremo N° 27175, se procedió al análisis técnico de los argumentos expuestos, conforme a lo siguiente.

Que BBVA Previsión AFP S.A. hace mención a una serie de supuestas vulneraciones a los derechos constitucionales, como ser el Debido Proceso y a la Seguridad Jurídica, haciendo mención a disposiciones normativas como precedentes constitucionales, de los cuales esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no desconoce y, por el contrario ha tenido presente y aplicado durante todo el presente proceso administrativo sancionatorio.

Que sin perjuicio de lo aludido por la AFP y para un mejor entendimiento de la inexistencia de infracción a los derechos del regulado en proceso, se tienen los siguientes pronunciamientos:

- *La Resolución Jerárquica SG S1REFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, ha establecido lo siguiente:*

  "Respecto al ***derecho a la defensa****… En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos".*

  "El ***debido proceso*** *administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no puede ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse.*

- *La Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:*

*"La **seguridad jurídica** apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefensión jurídica. Lo contrarío, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos.*

- *La Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007, dice:*

  *"La **presunción de inocencia,** por ello, es un principio plenamente aplicable en el campo de las infracciones y sanciones administrativas, se constituye como una presunción iuris tantum, que exige que toda acusación sea acreditada con la prueba de los hechos en que se fundamentan y la simple instrucción o realización de una investigación o comunicaciones respecto de incumplimientos normativos no constituye una infracción a dicha garantía, pues en la misma se dota al individuo todas las herramientas para ejercitar su defensa. ".*

De acuerdo a los lineamientos establecidos por la instancia superior administrativa, que señala los principios administrativos aplicables y acordes al orden normativo constitucional; corresponde señalar que esta Autoridad se ha enmarcado dentro de la norma vigente, considerando que el presente proceso sancionatorio fue iniciado en el ámbito administrativo, como consecuencia de advertir que la AFP ha utilizado Recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para resarcirse pagos de pensiones realizados a Asegurados que no cumplen requisitos legales.

Que en ese sentido, es deber de la APS proteger a los Asegurados y los Fondos del SIP, pues conforme a la Ley de Pensiones se establece que una de las obligaciones del Regulador es el cumplir y hacer cumplir la normativa de pensiones, la cual no ha sido objetada de inconstitucionalidad.

Que la AFP debe comprender que el Tribunal de Garantías (de primera instancia) en ningún momento ha dispuesto dejar sin efecto todo el proceso sancionatorio, por el contrario, únicamente ha retrotraído el proceso únicamente hasta la resolución de sanción; por lo que se reconoce de esta manera la competencia de esta Autoridad de control y sanción, cuando corresponda y, así lo tiene expresado con la emisión de la resolución de primera instancia.

Que asimismo, al ordenar el Tribunal de Amparo Constitucional se emita nuevamente resolución que defina el proceso administrativo, aquello significa regirse a los plazos y procedimiento que tiene establecido el proceso administrativo.

Que respecto al concepto "aplicación inmediata" expresado por el regulado en su

impugnación respecto a la determinación emitida por el Tribunal de Amparo, la AFP debe entender que el señalado concepto debe responder bajo las formas que tiene establecidas el procedimiento que rige el proceso sancionatorio. En ese sentido, la emisión de la nueva resolución debe ser conforme el plazo que se tiene y el procedimiento de notificación establecido por la Ley No.2341 y su reglamento.

Que por lo expuesto anteriormente, conforme a los antecedentes que se tiene para el presente proceso, en estricta observancia a la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 dada en lectura el 07 de abril de 2014, se ha emitido en plazo la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014.

Que por otra parte se tiene que, la infracción a la normativa de pensiones en el presente caso, afecta a los Asegurados y los Fondos de Pensiones, por lo que antes de la determinación de responsabilidades, corresponde aplicar el debido proceso para que el regulado asuma defensa, respetando todos los argumentos que pueda presentar la AFP, los cuales fueron evaluados a la luz de la norma aplicable de pensiones y los hechos ocurridos, para posteriormente imponer la sanción y obligación correspondiente.

Que en ese sentido, la falta de observancia a la normativa de pensiones y no procesar estas conductas que la vulneran, sí se constituirían como una señal de inseguridad jurídica. En el presente caso, de acuerdo a los argumentos de la AFP de observar la potestad de esta Autoridad para imputar y sancionar su incorrecto accionar relacionado al resarcimiento arbitrario de pagos con recursos del Fondo de Riesgos, significa buscar deslindarse de responsabilidades establecidas por el marco legal de pensiones, a las cuales la AFP está atada como administrador de los Fondos y representante de los Asegurados.

Que por tanto, el accionar antijurídico de la AFP imputado en los cargos genera inseguridad jurídica, porque vulnera las disposiciones legales que le imponen la forma en que debe desenvolverse.

Que por otro lado, es evidente que entre la AFP y la APS pueden existir criterios y visiones diferentes sobre el presente caso, pero en lo que no hay diferencia es en lo que establece la norma vigente de pensiones, a la cual tanto el Regulador como el regulado no deben soslayar. En ese comprendido, sin perjuicio de lo dispuesto por el Tribunal de Amparo para el caso concreto, es real que la Ley de Pensiones está vigente así como sus disposiciones relativas al cargo sancionado.

Que el mismo pronunciamiento del Tribunal de Amparo ha señalado que: "…, en cuyo caso las A.F.P.s (sic), tienen la obligación de ***pagar las pensiones correspondientes dispuestas por ley****; situación que, como señala el accionante, no está en discusión en la presente acción." (Las negrillas y subrayado son nuestros). En ese sentido, la AFP dentro del ámbito administrativo de sus funciones y obligaciones, debe pagar conforme dispone la Ley (requisitos), lo contrario significa la vulneración a la señalada norma de pensiones y por la cual esta Autoridad se halla en el deber de hacerla cumplir.*

Que por otro (sic) *parte, al indicar el regulado en el recurso que la APS sería la*

transgresora de derechos y garantías constitucionales, de la evaluación de este argumento se concluye que la AFP con esta actitud busca desconocer el ordenamiento jurídico de pensiones al cual está obligado a someterse, el cual se halla sin pronunciamiento firme de la autoridad competente en contrario.

Que en ese entendido, se recuerda a la AFP que la Constitución Política del Estado en el artículo 410 con meridana claridad ha establecido que:

> "***Artículo 410.*** *I.* ***Todas las personas. naturales y jurídicas****, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones,* ***se encuentran sometidos*** *a la presente Constitución.*
>
> *II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.* ***La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía****, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:*
>
> 1. *Constitución Política del Estado.*
> 2. *Los tratados internacionales*
> 3. ***Las leyes nacionales****, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena*
> 4. ***Los decretos, reglamentos y demás resoluciones*** *emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes." (Las negrillas y subrayado son nuestros).*

Que sobre la disposición anterior, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0560/2013 de 20 de mayo de 2013, ha expresado además que: "..., el Estado se basa en la idea que donde hay sociedad hay derecho, de lo que deriva la existencia de normas que regulan las relaciones humanas, así como la organización de la sociedad, la toma de decisiones, los poderes públicos y las limitaciones de estos; teoría de la que no escapa el Estado, ya que el art. 1 de la CPE, dispone que Bolivia es un Estado Social de Derecho, por lo que ***todos sus habitantes están sometidos a los principios de legalidad*** *y a las garantías jurisdiccionales, a la legitimidad popular de los órganos estatales, a la representación política, a la igualdad jurídica, a la libertad y al sometimiento a la ley de gobernantes y gobernados.*

Los valores que la Constitución consagra, son la libertad, la igualdad y la justicia, los que deben impregnar todos los derechos y garantías, el accionar de las autoridades y en definitiva todo nuestro ordenamiento jurídico, puesto que por mandato del art. 410 de la CPE, ***al ser la Constitución la ley suprema, las demás normas encuentran en ella su sustrato y sus límites.****"* (Las negrillas y subrayado son nuestros).

Que en virtud a lo anteriormente expuesto, la AFP no puede desconocer el ordenamiento jurídico sobre el cual debe desenvolverse. Para una mejor apreciación de lo señalado, la Sentencia Constitucional Plurinacional 1281/2010-R de 26 de i septiembre de 2011, ha establecido lo siguiente:

"III. 3. "Seguridad Jurídica"

... (...) Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señalo que: «... la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, ***implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal;*** *por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas,* ***en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización*** *de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...»".*

Que BBVA Previsión AFP S.A. en otra parte del Recurso de Revocatoria presentado, plantea seis (6) puntos, a los cuales se sobrecarta al análisis anterior en lo que corresponda y, puntualmente al referirse de la siguiente manera:

A los puntos 1 y 2.- *"Sobre la obligación de pagar pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes."*

"Sobre quién debe pagar las pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes. "

El marco legal, constitucional y vigente (de pensiones), al cual se halla atado como administrador el regulado para el pago de pensiones y su fuente financiera, es el siguiente:

La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones:

"Artículo 6 (PATRIMONIO AUTÓNOMO Y ADMINISTRACIÓN*). Cada uno de* ***los Fondos*** *del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y* ***sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.***

Los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán ***administrados*** *y representados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones: ...*

o) ***Mantener el patrimonio*** *y los registros contables* ***de los Fondos*** *que administra en forma independiente a los propios.*

Artículo 186 (INAFECTABILIDAD DE LOS FONDOS). *Los recursos de* ***los Fondos*** *administrados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo* ***no podrán ser afectados para el pago de Prestaciones o Pensiones en las que el Asegurado no cumpla con los requisitos de cobertura y/o por el incumplimiento del pago de Contribuciones*** *de los Asegurados Independientes o* ***del empleador.*** *Esta inafectabilidad no incluye las prestaciones o pagos que pueda acceder el Asegurado con las*

contribuciones efectivamente aportadas, previo cumplimiento de requisitos." (Las negrillas y el subrayado son nuestros).

Refrenda lo anterior, el lineamiento establecido por la Sentencia Constitucional 0652/2010-R de 19 de julio de 2010, la cual ha determinado lo siguiente:

"En este marco normativo, ***cuando el afiliado o derechohabiente cumple con las condiciones y los requisitos señalados por el art.8 de la LP*** *concordante con el art.27 de su Decreto Supremo Reglamentario,* ***surge*** *para estos* ***el derecho a la seguridad social,*** *es decir, el derecho de contar con las prestaciones de largo plazo bajo los preceptos de la Ley de Pensiones y su Decreto Supremo Reglamentario, así como con las prestaciones de corto plazo previstas por el Código de Seguridad Social; lo que implica, que por una parte, emerge el derecho de contar con el pago de la pensión por haber sido beneficiado con la prestación de invalidez por riesgo común y por otra, con la atención médica, especializada, quirúrgica, hospitalaria y suministro de medicamentos, etc.* (sic), *que requiera el estado del enfermo, en el ente gestor de salud que corresponda. (Las negrillas son nuestras).*

Ahora bien, del análisis realizado hasta esta parte se tiene que, bajo el entendimiento normativo y de la Sentencia Constitucional 0652/2010-R, está claro que el Asegurado debe cumplir los requisitos señalados por norma para poder acceder al pago de la prestación con recursos que la Ley de Pensiones prevé; no siendo objeto de discusión lo que se tiene determinado en sede constitucional.

A los puntos 3 y 4.- *"Sobre el fondo a utilizarse para pagar las pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes:" "Sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional en este caso, aclara cuales son los fondos (sic) se debe utilizar cuando se pagan pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes:".*

Al respecto, corresponde sobrecartarse a lo que tiene dispuesto por la Ley N° 065 en su artículo 6, que establece que los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituyen como un patrimonio autónomo, indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y sólo pueden disponerse de conformidad a la Ley de Pensiones. Asimismo, el artículo 186 de la misma Ley expresa que, los recursos de los Fondos administrados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo no podrán ser afectados para el pago de Prestaciones o Pensiones en las que el Asegurado no cumpla con los requisitos de cobertura y/o por el incumplimiento del pago de Contribuciones de los Asegurados Independientes o del Empleador.

Sin perjuicio de lo anterior, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312- 2014 de 22 de abril de 2014, por determinación constitucional ha resuelto que, para el presente caso, la AFP deba continuar con el pago correspondiente a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, conforme a la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 emitida por el Tribunal de Amparo Constitucional.

Así lo tiene refrendado el mismo Tribunal de Amparo Constitucional, cuando éste señala expresamente y de forma juiciosa en su parte considerativa que, lo evaluado en audiencia es sólo para: en el caso de autos...".

Por otro lado, dar un entendimiento genérico y vinculante al pronunciamiento del Tribunal de Amparo no es correcto, hasta tanto no se resuelva la revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional. En virtud a lo anterior es que se tenía en suspenso (lo que no es igual a desconocer derechos) lo resuelto en el PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312- 2014 de 22 de abril de 2014.

Finalmente, debe quedar claro a la AFP que si una solicitud cumple con los requisitos que establece la normativa de pensiones vigente, entonces debe aplicar ésta y otorgar la prestación conforme corresponde, financiando la misma con los recursos del fondo de pensiones respectivo.

A los puntos 5 y 6.- *"Sobre la nulidad de la Resolución APS/DJ/DPC/No.392/2012, de 8/06/2012*

"Sobre el cumplimiento inmediato y obligatorio de las Resoluciones de Amparo Constitucional."

Resulta evidente que el Tribunal de Amparo Constitucional ha dejado sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012; pues en atención a ello, esta Autoridad en apego a las determinaciones de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I emite nueva Resolución Administrativa en plazo y procedimiento amparado en la Ley de Procedimiento Administrativo y su Reglamento para el sector financiero, en la que se dispone que la AFP continúe con el pago correspondiente a los Asegurados Femando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, conforme a la Resolución constitucional señalada anteriormente.

Que tanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014 y la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012, no versan en su naturaleza sobre aspectos normativos, como erróneamente pretende hacer ver la AFP, sino por la determinación de haber cometido infracciones a la normativa de pensiones. Pues con la determinación judicial no se ha dejado sin efecto normativa alguna de pensiones, refiriendo por el contrario su razonamiento a la fuente para el pago de pensiones de cuatro (4) casos en particular; por lo que la supuesta actitud de "contumacia" utilizada por la AFP, resulta ser un exceso, cuando se tiene comprobada la responsabilidad administrativa de la AFP al vulnerar la normativa de pensiones.

Que por otra parte, la AFP ha hecho referencia al artículo 179 del Código Penal, dando a entender que la APS no ha atendido la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I emitida por el Tribunal de Amparo Constitucional; al respecto, el argumento de la AFP resulta ser falaz considerando que con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014, reemplaza aquella resolución que fue dejada sin efecto (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012), disponiendo que la AFP pague las pensiones de los cuatro (4) casos acorde a los lineamientos de la

señalada resolución judicial y que, al advertir vulneración a la normativa administrativa de pensiones (vigente y legitima) establece su sanción.

Que por tanto, no se evidencia que esta Autoridad haya desobedecido la resolución del Tribunal de Amparo Constitucional, por el contrario dentro de sus competencias ha obrado conforme a la normativa vigente de pensiones, las facultades que le otorga el Procedimiento Administrativo y conforme a los alcances de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I.

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, BBVA Previsión AFP SA. no ha presentado argumentos técnicos que permitan desestimar los fundamentos establecidos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014.

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de los fundamentos expresados anteriormente, se tiene que la recurrente en el Recurso de Revocatoria ha expresado que la APS tiene que cumplir lo ordenado por el Tribunal de Amparo Constitucional; en ese sentido señala que la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 4-04-2014 habría determinado que para el pago de pensiones en cualquiera de sus formas, la AFP está obligada a hacerlo con los recursos del Fondo de Riesgo Común, quedando por tanto aclarada la problemática. Finalmente expresa que, la decisión que concedió la Acción de Amparo Constitucional debe ser ejecutada inmediatamente.

Que al respecto, el Tribunal de Amparo Constitucional, mediante Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 concedió la acción de Amparo Constitucional a BBVA Previsión AFP S.A. y dejó sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014 (…)

Que previo a desarrollar analíticamente lo transcrito anteriormente, se deja en claro que, la APS por determinación expresa del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, en apego a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y de acuerdo a la Ley de Pensiones.

Que asimismo, en virtud del inciso a) del artículo 168 de la Ley N° 065, esta Autoridad se halla con la función de cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que en ese sentido, la APS como instancia técnica ha constatado la vulneración de la AFP a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al resarcirse pagos realizados con recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, los cuales según la norma vigente de pensiones sólo pueden ser dispuestos cuando el Asegurado haya cumplido requisitos establecidos por la Ley de Pensiones.

Que por otro lado, esta Autoridad tiene presente los alcances de las decisiones de la

justicia constitucional, las cuales según la materia son de atención también en el ámbito administrativo.

Que conforme al artículo 8 de la Ley N° 027 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, las decisiones de la justicia constitucional son de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

Que en el caso en particular, se tiene el pronunciamiento del Tribunal de Amparo Constitucional emitido por la Sala Social Administrativa Primera de La Paz, estableciendo los fundamentos que refrendan la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014, que resuelve en primera instancia los aspectos reclamados por la AFP.

Que en ese sentido, en consideración a los fundamentos y decisión asumida por la Sala Social Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida en Tribunal de Amparo Constitucional en su Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014, esta Autoridad se remite a la determinación señalada a los fines de la decisión que sale en su parte dispositiva.

Que asimismo, es importante traer a colación sobre una situación similar a la presente, cuyo precedente se ve expresado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014 de 12 de junio de 2014, que refiere:

> *"Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y en estricto cumplimiento a la determinación del Tribunal Jurisdiccional (de mayor jerarquía a la sede administrativa), y a la conclusión que llega el mismo - transcrita ut supra-, sobre la inexistencia de sustento normativo vigente,... , es que debe proceder con la revocatoria de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sin perjuicio del criterio técnico legal de este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, que ha evidenciado un incumplimiento…"*

Que por lo expuesto precedentemente, esta Autoridad ante la existencia de las determinaciones del Órgano Jurisdiccional, provenientes del Tribunal de Amparo Constitucional que resuelven aspectos relativos al presente caso de autos, le corresponde revocar la Resolución Administrativa de primera instancia.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del presente proceso administrativo sancionatorio y los demás actuados correspondientes a la etapa recursiva, el Ente Regulador llega a la conclusión de que se tienen elementos que permiten modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014, en consecuencia, se revoca la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Revocatoria, en el marco del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003…"

7. AUTO DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2014.-

Por nota PREV-CG-0841/2014 de fecha 10 de septiembre de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP**

S.A.) solicitó la aclaración y complementación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, con los fundamentos siguientes:

"…Está claro que, la APS, mantiene una posición interpretativa de la Constitución y la Ley y que la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, de 22-04-2014, es simplemente en cumplimiento a la determinación de la autoridad judicial, lo que, nos parece más razonable; sin embargo, en la parte resolutiva, simplemente se revoca la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, olvidándose de determinar con el mismo criterio de cumplimiento de las determinaciones de la autoridad judicial, resolver también el Sobreseimiento de las sanciones en contra de la AFP, tal cual, se ha solicitado y los demás aspectos con relación a las multas impuestas, como al accionar de la AFP hasta ahora, y de aquí hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional revise la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-i, de 4-04-2014; tal cual la APS, de manera específica y desarrollada lo hace al emitir sus sanciones.

En ese sentido, conforme lo determina el art. 43-b, del D.S. 27175, el alcance de la revocatoria atañe al pronunciamiento en el fondo del asunto; o sea, sobre la responsabilidad o no del procesado.

Por otro lado, entre los fundamentos de la APS, para resolver la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, de 22-04-2014, se encuentra la Resolución Ministerial Jerárquica MEFF7VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2014 de 12 de junio de 2014, que hace mención a lo siguiente: "... es que debe proceder con la revocatoria de la sanción impuesta... sin perjuicio del criterio legal de este Ministerio...", refiriéndose también al pronunciamiento en el fondo, sobre la responsabilidad o no del procesado; por lo que, corresponde la siguiente solicitud.

Por lo dicho, se solicita que aclare y complemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, de 2-09-2014; con lo siguiente:

1. *Se determine también de manera expresa, conforme la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014; la revocatoria de la R.A. APS/DJ/DPC/N° 392-2012, de 8-06-2012.*

2. *Se determine también de manera expresa de la sanción impuesta por la APS a la AFP, en el punto Primero-I de la R.A. APS/DJ/DPC/N° 392- 2012, de 8-06-2012, vigente hasta la fecha; y por consiguiente se determine el SOBRESEIMIENTO de las acusaciones en contra de la AFP.*

3. *Se determine también de manera expresa, en favor de la AFP, la devolución de las multas impuestas por la APS, en el punto Primero- de la R.A. APS/DJ/DPC/N° 392-2012, de 8-06-2012, vigente hasta la fecha.*

4. *Se determine también de manera expresa, en favor de la AFP, la reposición del monto dispuesto por la APS, en el punto Primero-II de la R.A. APS/DJ/DPC/N° 392-2012, de 8-06-2012, vigente hasta la fecha.*

5. *Se determine de manera expresa que mientras el Tribunal Constitucional Plurinacional*

revise la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA- I, de 4-04-2014, la AFP, pague las pensiones de los casos en controversia en el presente caso de autos, con dineros del fondo de pensiones…"

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 17 de septiembre de 2014, declara procedente la solicitud de aclaración y rechaza la de complementación "*de acuerdo a los términos expuestos en la parte considerativa*", bajo los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que BBVA Previsión AFP S.A. señala que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la parte resolutiva simplemente revoca la resolución de primera instancia, sin resolver el sobreseimiento de las sanciones como el accionar de la Administradora. Sobre el respecto, corresponde aclarar que, la determinación de fondo asumida por el Ente Regulador se enmarca dentro de las formas en que la Administración puede pronunciarse respecto al Recurso de Revocatoria; para el presente caso revocando la resolución de primera instancia y sus disposiciones que de ella emergen, en consideración a la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014 emitida por el Tribunal de Amparo Constitucional emitido por la Sala Social Administrativa Primera de La Paz. Por otro lado, en lo que refiere al término "sobreseimiento" utilizado por la AFP, el mismo no corresponde a la terminología procesal aplicable que prevé el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

Que con relación a la solicitud de aclaración a cinco puntos observados por la AFP de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 02 de septiembre de 2014, se tiene lo siguiente:

- *A los puntos 1, 2, 3 y 4.- En la vía de aclaración, no corresponde complementación alguna, en razón a que una probable revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012 y todos sus efectos, no es posible toda vez que dicho acto administrativo por disposición del Tribunal de Amparo Constitucional emitido por la Sala Social Administrativa Primera de La Paz, Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 04 de abril de 2014, fue dejado sin efecto.*

  Asimismo, corresponde dejar en claro que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014, fue revocada totalmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 02 de septiembre de 2014, por lo que la AFP debe ceñirse a los alcances y efectos jurídicos de esta decisión.

  Sin perjuicio a lo anterior, se recuerda a la AFP que durante el proceso sancionatorio se ha constatado la vulneración a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al resarcirse pagos realizados con recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, los cuales según la norma vigente de pensiones sólo pueden ser dispuestos cuando el Asegurado haya cumplido requisitos establecidos por la Ley de Pensiones; pero que

por el pronunciamiento de la justicia constitucional se tienen asumidas al presente las determinaciones administrativas que son de su conocimiento.

Respecto al término "sobreseimiento" utilizado por la AFP, el mismo no corresponde a la terminología procesal que prevé el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

- *Con respecto al Punto 5, se recalca al regulado que por disposición de la Ley de Pensiones la entidad encargada de la administración y pago de las prestaciones es la AFP, por lo que no queda duda sobre el respecto. Asimismo, la Ley de Pensiones establece los requisitos legales para contar con una pensión y sus fuentes para el pago de éstas. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a otra esfera del derecho las determinaciones asumidas por el órgano de la constitucionalidad, sobre las cuales esta Autoridad no tiene competencia.*

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, quedan por atendidas las aclaraciones solicitadas por BBVA Previsión AFP S.A., más no así la complementación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 02 de septiembre de 2014…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota PREV-CG-0845/2014 de fecha 7 de octubre de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso Jerárquico de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, aclarada por auto de 17 de septiembre de 2014, argumentando lo siguiente:

"…***III. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS***.

Como se demostrará, la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, de 2-09-2014,*** *a pesar de haber revocado la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, de 22-04-2014; en el fondo, mantiene los efectos de la Resolución 312- 2014, por la que, nuevamente se determina sancionar a la AFP, y al mismo tiempo tomar la medida precautoria de dejar sin efecto las sanciones impuestas hasta que, el Tribunal Constitucional Plurinacional emita pronunciamiento respectivo.*

Una vez, interpuesto el correspondiente Recurso de Revocatoria, contra la Resolución 312-2014; argumentando que, no bastaba que hayan anulado la R.A. 392/2012, y emitido una nueva Resolución; sino, que, se tenía que cumplir en el fondo lo dispuesto por el Tribunal de Amparo, solicitando la Revocatoria Total de la R.A. 312/2014. Mediante la Resolución 614/2014; se dispone la Revocatoria de la R.A. 312/2014; y parecería que, se da a lo solicitado en el Recurso de Revocatoria; sin embargo, sí, se dio curso a la Revocatoria Total, se extraña que, en dicha resolución no se libere a AFP de pena y culpa y se pronuncie de manera expresa sobre detalles de la sanción, como cuando lo hace al condenar a la AFP, como referirse a las multas impuestas que deberían de ser

absueltas; incumpliendo además la disposición de la Resolución de Amparo AAC 08/2014-SSA-I del 04/04/2014, de dictar una nueva resolución en apego a la misma.

Por otro lado, se tiene que, la R.A. 312-2014, anula o deja sin efecto la R.A. APS/DJ/DPC/No. 392-2012; y al revocarse la misma sin mayor aclaración, implicaría que, la R.A. 392; sigue vigente; pues, en la parte resolutiva, no hace referencia a que, se mantiene sin efecto la R.A. 392/2012; lo que prácticamente es una burla; cuando en aplicación del principio de derecho sancionador non reformatio in peius, la revocatoria que se solicitó en el recurso de revocatoria y supuestamente se dio curso, no debe de perjudicar nunca al que impugna y ponerle en una situación peor de la que, estaba al momento de la impugnación; pues, al simplemente revocar la R.M. 312/2014, lo que contraria la garantía constitucional a un debido proceso; esto demostrable por el Auto de Enmienda y Complementación de 17-09-2014, mediante el que, la ASP (sic)*, se resiste en aclarar que, la AFP, está libre de todo* (sic) *pena y culpa por no utilizar la palabra "sobreseimiento", que no está en el diccionario de la APS.*

En todo caso, se mantiene de una u otra forma; los efectos de la sanción generada por la R.A. APS/DJ/DPC/No. 392-2012 y se mantiene el incumplimiento a las órdenes emitidas por Tribunal de Garantías-Constitucionales y lo único que, se advierte es que, la APS, hace un gran esfuerzo en buscar palabras y pretextos para simplemente no cumplir con lo ordenado por autoridad judicial competente, en este caso, no cumplir con una Resolución de Tribunal de Amparo.

En ese orden de cosas, todavía se extraña que, la APS, cumpla con lo determinado en fecha 4-04-2013 por la Sala Social Administrativa Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales.

En consecuencia, al mantenerse todavía los efectos, de la Resolución inicial sancionatoria, y que, aún, la R.A., 614/2014, no ha revertido en los hechos, se tiene nuevamente que, hacer referencia a lo determinado por el Tribunal y el incumplimiento de la APS.

Por lo que, sobre el punto, conviene recordar, algunas normas legales, constitucionales y criterios jurisprudenciales en relación a las infracciones en el caso de autos:

El art. 130 de la C.P.E., dispone: con respecto a la aplicación inmediata: "... V. La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley".

El art. 115 de la C.P.E., dispone con respecto al debido proceso: "CAPÍTULO PRIMERO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES. ... art. 115. ... II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

El art. 116 de la C.P.E., dispone con respecto al debido proceso: "CAPÍTULO PRIMERO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES. ... art. 116. ... I.... en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado".

El art. 4 de la Ley 2341, dispone: "Principios Generales de la Actividad Administrativa) (sic). *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: ...c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso".*

El art. 15 de la Ley 254, dispone: "I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general. II. II. (sic) *Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares".*

El art. 36, inciso: 8 de la ley (sic) *254 dispone: "La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".*

El art. 179 (bis) del Código Penal dispone: "(DESOBEDIENCIA A RESOLUCIONES EN PROCESOS DE HABEAS CORPUS Y AMPARO CONSTITUCIONAL). El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos (2) a seis (6) años y con una multa de cien (100) a trescientos (300) días".

Sobre el Principio de Seguridad Jurídica y el Derecho a un Debido Proceso.-

Al respecto, corresponde recordar lo siguiente:

La SC-1281/2010-R, de 26-09-2011, apunta:

"III.2. El debido proceso como un instrumento jurídico de protección ***garantiza que el proceso****, judicial o* ***administrativo, sea justo*** *y que se desarrolle dentro del marco de las normas prescritas en el ordenamiento jurídico, bajo ese razonamiento se pronunció la SC 2264/2010-R de 19 de noviembre, al indicar: "Entendido el debido proceso como '...un instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, lo que implica que la naturaleza del debido proceso está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, como un principio procesal y como una garantía de la administración de justicia...' (SSCC 0014/2010-R, y, 0068/2010-R, entre otras), se infiere que esos derechos fundamentales subjetivos se confieren a las partes para que, en igualdad de condiciones y oportunidades, posibiliten la eficacia de su pretensión dentro del proceso; de acuerdo a la SC 0295/2010-R de 7 de junio, el derecho a la defensa*

constituye: «...un instituto integrante de la garantía del debido proceso. Al respecto,, ya se ha establecido que este derecho tiene dos connotaciones: la primera, es el derecho a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, y la segunda, es el derecho a tener conocimiento y acceso a los actuados e Impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido».

En base a la jurisprudencia citada, se confirma que ***el derecho a la- defensa implica el ejercicio de otras potestades durante el proceso*** *penal, permitiendo a las partes valerse de los medios legales efectivos a través de los cuales, en igualdad de condiciones, puedan oponer sus pretensiones, siendo comunicadas oportunamente de los actos procesales que ameriten su presencia o pronunciamiento, sin dilaciones indebidas y al amparo de los principios que rigen la intervención de los sujetos procesales".*

III.3. "Seguridad jurídica"

....(...) Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: «...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, ***implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal;*** *por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras,* ***precisas*** *y determinadas,* ***en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización*** *de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...»", (lo resaltado nos pertenece)".*

En aplicación de la normativa y jurisprudencia citada precedentemente, se tiene que dejar claro que a pesar de que la APS tenga un criterio diferente a la AFP; en este estado de cosas, es simplemente irrelevante; cuando se tiene Resolución de Amparo mediante la que, se ha arribado a la conclusión que, la APS no tenía razón en sus fundamentos base de las sanciones; y sin embargo de ello, esquivando las determinaciones de un Tribunal de Amparo, reitera sus fundamentos equivocados para volver a sancionar a la AFP; por tanto, la controversia en la presente impugnación ya no versa en rebatir los criterios que tiene la APS para sancionar a la AFP; cuando ha quedado demostrado por un Tribunal de Garantías Constitucionales mediante Resolución de Amparo Constitucional, que la APS no solo estaba equivocada; sino que, por el contrario, se establece judicialmente que la APS, es trasgresora de derechos y garantías constitucionales; o sea, que, al sancionar a la AFP con fundamentos equivocados, lo ha hecho violando sus derechos y garantías constitucionales y a pesar de ello; a sabiendas que se ha demostrado que estaba equivocada; a sabiendas que tiene que tiene que cumplir con la Ley y la Constitución; y a sabiendas que tiene que cumplir lo ordenado por el Poder Judicial; simplemente por no admitir que ha perdido con sus criterios garrafalmente equivocados; por no admitir y aceptar hidalgamente que ha errado en el manejo legal y constitucional del caso, no lo hace y mantiene sus criterios equivocados para

nuevamente sancionar a la AFP, y en ese estado de las cosas, la presente impugnación se circunscribe a este aspecto: (sic)

En ese entendido, se pasa a detallar lo dispuesto por el Tribunal de Amparo al emitir la Resolución AA C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, en comparación a los fundamentos de la APS.

1. *Sobre la obligación de pagar pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes.*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "Que conforme a la jurisprudencia, el poder judicial, sea mediante el Tribunal Constitucional Plurinacional ya ha sentado presente de que en los casos en que el trabajador hubiese hecho los aportes y cumpla los requisitos, el incumplimiento del empleador en depositar los aportes en los entes aseguradores no enerva el derecho del trabajador y/o beneficiario por lo que siendo un precedente jurisprudencial constitucional dicho extremo es indiscutible en el caso de autos y en cualquier caso análogo, en cuyo caso las AFPs., tienen la obligación de pagar las pensiones correspondientes dispuestas por ley; situación que, como señala el accionante, no está en discusión en la presente acción" (el subrayado es nuestro); haciendo hincapié en que, en cuestiones absolutamente claras queda solamente cumplirlas, no se discute ni se acciona en contra.

   Sin embargo, la APS:

   Mantiene su criterio de que, esas pensiones solo deben ser pagadas cuando el Asegurado ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley de Pensiones. Ignorando supinamente jurisprudencia constitucional.

2. *Sobre quién debe pagar las pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes.*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "...está claro que al momento debe ser la A.F.P., pero en su calidad de administrador de los Dineros (sic) *del Fondo de Pensiones, como su mismo nombre lo dice, obligación que en su momento pasará a manos de una nueva administración, como lo será la Gestora Pública...*

   Sin embargo, la APS anota:

   Cuando el empleador no ha cancelado los aportes, no se tiene cumplidos los requisitos y en cuyo caso la AFP, no puede utilizar los dineros del fondo de pensiones y tiene que pagar con su patrimonio; contrariamente a lo dispuesto por el Tribunal de Amparo.

3. *Sobre el fondo a utilizarse para pagar las pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes:*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "…sobre el fondo a utilizarse habiendo realizado las aclaraciones precedentes de un análisis integral del contrato entre la AFP. y el Estado representado por la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, se colige que para el pago de pensiones en cualquiera de sus formas la Administradora de Fondos de Pensiones, está obligada en hacerlo de los recursos del Fondo de Pensiones de la cuenta que corresponda; en el caso de autos del Fondo de Riesgo Común y ratifica la determinación asumida por la APS., en este tema ha sido parte importante del debate; al respecto, se considera que no debería haber controversia alguna, puesto que, el Tribunal Constitucional en la SC 0050/2003-R de 28 de febrero, ha (sic) *momento de declarar constitucional normas jurídicas que supuestamente restringían el derecho de los afiliados por el incumplimiento patronal, ya ha dado luces quedando aclarada dicha problemática".*

   Sin embargo, la APS anota:

   Que, cuando el empleador no ha cancelado los aportes, no se tiene cumplidos los requisitos y en cuyo caso la AFP, no puede utilizar los dineros (sic) *del fondo de pensiones y tiene que pagar con su patrimonio; contrariamente a lo dispuesto por el Tribunal de Amparo.*

4. *Sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional en este caso, aclara cuales son los fondos* (sic) *se debe utilizar cuando se pagan pensiones cuando el trabajador cumple con los requisitos, aunque el empleador no cumpla con el pago de aportes:*

   El Tribunal de Amparo anotó:

   "...Aclarando además que las Jurisprudencias Constitucionales tienen carácter retroactivo y pueden aplicarse a cualquier proceso ya sea administrativo y/o judicial, en curso, que no se haya concluido y no tenga calidad de cosa juzgada para la resolución de los conflictos y la emisión correspondiente de sus resoluciones como en el caso de autos se dio en sentido de que los lineamientos jurisprudenciales sobrevinientes, que aclara que fondos se debe utilizar en estos casos, debe ser considerado por el tribunal que lleva un determinado proceso, situación que no se dio en el presente caso al emitir las diferentes resoluciones...".

   Sin embargo, la APS no mencionó nada al respecto y eludió la aclaración solicitada; pero, al mismo tiempo, sin considerar las pruebas de descargo, simplemente sancionó a la AFP.; claro está, con el simple argumento de MEDIDA PRECAUTORIA.

5. *Sobre la nulidad de la Resolución APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012.*

El Tribunal de Amparo anotó:

"…disponiendo dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012 disponiendo se dicte nueva resolución en apego a los lineamientos de la presente resolución, y la Constitución Política del Estado".

Sin embargo, la APS, si bien es cierto que anula la Resolución APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012; no emite nueva resolución conforme los lineamientos emitidos por la Resolución AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014; y cree que, basta con declarar la nulidad para tener por cumplido una Resolución de Amparo; con el simple pretexto de adoptar una medida precautoria; olvidándose que, el Tribunal de Amparo ordenó que se emita de manera inmediata nueva resolución EN APEGO A LINEAMIENTOS DE LA RESOLUCIÓN AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014, que al final daban crédito a todas las bases de defensa de la AFP; sin embargo, la Resolución ahora impugnada, no resuelve conforme los lineamientos de la Resolución AA.C. N° 08/2014- SSA-I, de 4-04-2014; sino, mantiene su criterio a título de MEDIDA PRECAUTORIA y con dicho criterio ilegal, en una actitud de contumacia, vuelve a sancionar a la AFP y ordenar la reposición del monto resarcido; en contra absoluto del entendimiento del Tribunal de Amparo y en contra de la Ley que, no condiciona de ningún modo el cumplimiento material a la previa revisión del Tribunal Constitucional Plurinacional.

6. *Sobre el cumplimiento inmediato y obligatorio de las Resoluciones de Amparo Constitucional.*

El art. 130 de la C.P.E., anota:

"130 de la C.P.E., dispone: con respecto a la aplicación inmediata: "... V. La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley"

El art. 36 de la Ley 254, dispone:

"La resolución que conceda o deniegue respectivamente la tutela solicitada, será emitida oralmente en la audiencia e inmediatamente ejecutada. Su lectura implicará la notificación a las partes que también la recibirán por escrito, mediante copia legalizada".

El art. 179 (bis) del Código Penal anota:

"(DESOBEDIENCIA A RESOLUCIONES EN PROCESOS DE HABEAS CORPUS Y AMPARO CONSTITUCIONAL). El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos (2) a seis (6) años y con una multa de cien (100) a trescientos (300) días"

Sin embargo, la APS anota:

"...Sin perjuicio del lineamiento transcrito anteriormente -haciendo referencia a la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04-2014, emitida por el Tribunal de Amparo-, y tal como se dijo antes. Es importante tener la prudencia necesaria a efectos de no irrogar perjuicio a la AFP, los Asegurados ni al Sistema mismo de pensiones, considerando que dichas determinaciones asumidas por el Tribunal de Amparo se halla en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional; por lo que, si bien se podría expresar sobre la disponibilidad o no de los Fondos para el pago de pensiones, también es prudente definir las obligaciones emergentes de la infracción administrativa; sin embargo por cautela y seguridad jurídica éstas deben quedar en suspenso mientras el Ad Quem constitucional emita el pronunciamiento elevado en revisión, el cual una vez gozará de la firmeza y certeza para todos los efectos legales correspondientes"; lo que demuestra que, se hizo caso omiso a los lineamientos de la Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I, de 4-04- 2014; con el pretexto que, la misma está en revisión; cuando de manera clara la norma dispone que, es de cumplimiento inmediato; sin ningún tipo de condicionamiento ni espera hasta que el Tribunal Constitucional revise dicha resolución.

7. *Con lo que, se advierte que la APS, no ha cumplido con lo determinado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, y con esta actitud, ha violado e infringido las siguientes normas: art. 115, 116 y 130 de la C.P.E.; art. 4 de la Ley 2341; art. 15 y 3-8, de la Ley 254.*

IV. PETITORIO. *Por lo expuesto, a V.A. se solicita:*

1. *Se tenga por interpuesto el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, de 2-09-2014 y contra el Auto de 17-09-2014 y se remita el mismo ante la autoridad Jerárquica.*

2. ***A la Autoridad Jerárquica:*** *Que, en base a la fundamentación de agravios, se disponga la Revocatoria Total de la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, de 2-09-2014*** *y auto de 17-09-2014, dejándolos sin efecto conforme el art. 43-II-b y 44 del D.S. 271175; como sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, de 22-04-2014 y su Auto de Aclaración y Complementación de 19-05-2014 y sin efecto la R.A. APS/DJ/DPC N° 392-2012; y pronunciándose sobre el fondo determine pero, sea sujeto de declarar el SOBRESEIMIENTO de las supuestas transgresiones acusadas; sobreseimiento que en otras palabras, implica, disponer que, la AFP, no tiene ninguna responsabilidad en cuanto a las acusaciones y se le libere de las sanciones administrativas impuestas...*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye, en contralor administrativo

de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Notificación de Cargos APS/DJ/DPC/2362/2012 de 29 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por haber "*utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para resarcirse de los pagos de pensiones realizados por recargos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944* (…) *sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado un menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad del señalado Fondo, perteneciente a los Asegurados, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones*".

Dentro del trámite sancionatorio emergente de ello, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 392-2012 de 8 de junio de 2012, se impuso a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** una multa en bolivianos equivalente a $us.5.001,00.-, determinando que en fecha 13 de agosto de 2013, la Administradora de Fondos de Pensiones presente Recurso de Revocatoria contra la misma, resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 418-2013 de 24 de abril de 2013, que confirma la Resolución Administrativa anterior, y contra la cual a su vez y mediante nota PREV-OP-0792/2013, presentada en fecha 16 de mayo de 2013, interpusiera Recurso Jerárquico, el que tocó resolver al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en su calidad de Autoridad Jerárquica, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 059/2013 de 23 de septiembre de 2013, la que dispuso: "***CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº418-2013 de 24 de abril de 2013*".

No obstante, mediante Resolución AA.C N° 08/2014-SSA-I de 4 de abril de 2014 y en trámite de Acción de Amparo Constitucional interpuesta por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra las precitadas determinaciones administrativas, la Sala Social Administrativa Primera del Tribunal Departamental de Justica de La Paz, constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales, resolvió conceder la referida Acción, "*disponiendo dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 392/2012, de 8/06/2012, disponiendo se dicte nueva resolución*".

Consiguientemente, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de fecha 22 de abril de 2014, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió, entre otros, "*sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el cargo imputado con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES)*",

decisión que aún admitió la aclaración que sale del auto de 19 de mayo de 2014,"*de acuerdo a los términos expuestos en la parte considerativa*" del mismo.

Por su efecto, mediante nota PREV-CG-0826/2014, presentada en fecha 11 de junio de 2014, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, el que mereció –favorablemente- la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "*revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014*", disposición que fue aclarada por el auto de 17 de septiembre de 2014 "*de acuerdo a los términos expuestos en la parte considerativa*".

El extremo dio lugar al Recurso Jerárquico que consta en la nota PREV-CG-0845/2014 de fecha 7 de octubre de 2014, presentada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación la normativa vigente aplicable al caso de autos como sigue:

- **Constitución Política del Estado:**

  "…***Artículo 115.*** *I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.*

  II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

  Artículo 116*. I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.*

  II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible (…)

  Artículo 119. *I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.*

  II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios…"

- **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones).-**

  "…***Artículo 5 (FONDOS DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES).*** *En el Sistema Integral de Pensiones se administrarán los siguientes Fondos:*

I. En el Régimen Contributivo, el Fondo de Ahorro Previsional, el Fondo de Vejez y el Fondo Colectivo de Riesgos.

a) Fondo de Ahorro Previsional estará compuesto por las Cuentas Personales Previsionales.

b) El Fondo de Vejez estará compuesto con los recursos del Saldo Acumulado de los Asegurados, que acceden a la Prestación de Vejez o Prestación Solidaria de Vejez, u originan el derecho a la Pensión por Muerte derivada de éstas.

c) El Fondo Colectivo de Riesgos estará compuesto con los recursos provenientes de las primas por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

Artículo 6 (PATRIMONIO AUTÓNOMO Y ADMINISTRACIÓN). *Cada uno de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.*

Los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y representados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo…"

"…Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). *La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:* (…)

o) Mantener el patrimonio y los registros contables de los Fondos que administra en forma independiente a los propios (…)
…v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"

"…Artículo 186 (INAFECTABILIDAD DE LOS FONDOS). *Los recursos de los Fondos administrados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo no podrán ser afectados para el pago de Prestaciones o Pensiones en las que el Asegurado no cumpla con los requisitos de cobertura y/o por el incumplimiento del pago de Contribuciones de los Asegurados Independientes o del empleador. Esta inafectabilidad no incluye las prestaciones o pagos que pueda acceder el Asegurado con las contribuciones efectivamente aportadas, previo cumplimiento de requisitos…"*

2.2. Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312/2014.-

En principio, cabe rescatar lo señalado por el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en sentido que "*la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*", y para el caso, se tiene que la controversia hecha presente por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), tiene un contenido meramente adjetivo, al cual por ello, debe circunscribirse el presente pronunciamiento.

Efectivamente, el agravio expresado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** está referido a que:

> "…*la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, de 2-09-2014*** (…) *mantiene los efectos de la Resolución 312-2014* (…)
>
> …*la R.A. 312-2014, anula o deja sin efecto la R.A. APS/DJ/DPC/No. 392-2012; y al revocarse la misma sin mayor aclaración, implicaría que, la R.A. 392; sigue vigente* (…)
>
> …*la ASP* (sic)*, se resiste en aclarar que, la AFP, está libre de todo* (sic) *pena y culpa por no utilizar la palabra "sobreseimiento", que no está en el diccionario de la APS*…"

Así resumido el alegato, no puede sino concluirse en la injustificada sugerencia por parte de la recurrente, de existir en el pronunciamiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, una contravención disimulada a un fallo constitucional, cual si existiera alguna intencionalidad elusiva o una infracción maliciosa para burlar o perjudicar los intereses de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** extremo sobre el que no existe evidencia de ninguna clase, considerando las determinaciones formuladas en la parte resolutiva.

Lo que en verdad consta del Recurso Jerárquico, es una mala lectura por parte de la recurrente, de las sucesivas determinaciones (Resolución AA.C. N° 08/2014-SSA-I de 4 de abril de 2014 y Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014) que hacen al tema de la controversia, extremo que se concluye al resultar el mismo, más bien inspirado en una exagerada susceptibilidad, antes que en una real afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, en infracción a lo previsto por el artículo 37° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Tal conclusión es posible, por cuanto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 **revoca** la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014, entonces en los términos del artículo 43°, parágrafo I, inciso b, del Decreto Supremo N° 27175, "*dejándola sin efecto*" (y ante la falta de mayor mención), con carácter total, lo que no puede sino importar que la generalidad de disposiciones contenidas en la misma han cesado en sus efectos jurídicos, por cuanto la Autoridad, en una legítima actuación unilateral -eso sí, a pedido de parte-, ha decidido contradecir su anterior declaración (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014), negándole relevancia y **extinguiendo el acto administrativo hasta ese entonces existente**.

Entonces, es injustificado alegar que "*la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014, de 2-09-2014*** (…) *mantiene los efectos de la Resolución 312-2014*", por cuanto, tal extremo es jurídicamente incorrecto.

Asimismo, señalar que al encontrarse inmersa en la revocada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014 (artículo sexto), una especial declaración de: "*dejar sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 08 de junio de 2012*", deduciendo de ello, sin mayor lógica -menos aún jurídica-, quedar revocada también esta última decisión, sin tener en cuenta lo señalado por el Ente Regulador, en sentido que el merituado *sin efecto* es emergente de "*lo resuelto por el Tribunal de Amparo Constitucional en la Resolución AA.C N° 08/2014-SSA-I*" (ídem), instancia que ya lo dispusiera expresamente y con respecto a la cual, no hay precepto administrativo que pueda *implicar* (como mal sugiere la recurrente) "*que, la R.A. 392 sigue vigente*"; simplemente, ello no hace a las competencias y atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Antes más bien -y en lo ritual-, se evidencia que al haber decidido: "*revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312/2014*", la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha actuado legítima y legalmente, por cuanto, tal forma de resolución se encuadra a lo previsto por el artículo 43° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 (concretamente a su parágrafo I, inciso 'b'), norma que establece las "*Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria*", y que en ninguna parte hace mención a la figura jurídica del *sobreseimiento*, la que sin ser exclusivamente de orden penal, no corresponde a la órbita del Derecho Administrativo Sancionatorio, resultando por ello impertinente la pretensión de una declaratoria expresa en tal sentido hecha presente por la recurrente, máxime cuando la norma señalada prescribe claramente las únicas alternativas posibles para la generalidad de casos que se sustancian por la vía administrativa en materia de regulación financiera, determinando que el pronunciamiento del Ente Regulador a tal efecto resulta suficiente, y por tanto, ratificando el carácter infundado de la impugnación.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, tratándose de una controversia de carácter formal, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que en el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho una correcta aplicación de la norma.

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR TOTALMENTE la resolución impugnada, cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 614-2014 de 2 de septiembre de 2014, aclarada por auto de 17 de septiembre de 2014, que

en Recurso de Revocatoria, resolvió revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 312-2014 de 22 de abril de 2014, aclarada por auto de 19 de mayo de 2014, todos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

ESTADÍSTICAS

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS - UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA - GESTION 2014

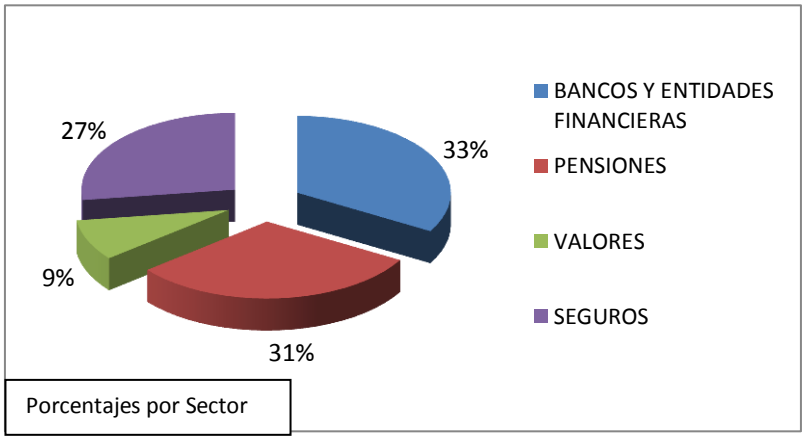
Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
1	ASFI	SANDRA ASBUN DE ZALAQUETT	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 001/2014	17/01/2014	ANULAR
2	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2014	17/01/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
3	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 003/2014	21/01/2014	ANULAR
4	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2014	21/01/2014	REVOCAR TOTALMENTE
5	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "EL PAURO" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 005/2014	07/02/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
6	ASFI	BANCO DE CREDITO DE BOLIVIA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2014	07/02/2014	ANULAR
7	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2014	07/02/2014	ANULAR
8	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 008/2014	10/02/2014	ANULAR
9	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2014	10/02/2014	REVOCAR PARCIALMENTE
10	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2014	12/02/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
11	ASFI	COOPERATIVA DE CREDITO CERRADA "LA TRINIDAD" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2014	20/02/2014	ANULAR
12	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2014	26/02/2014	ANULAR
13	ASFI	EMPRESA CONSTRUCTORA COMBONI ASOCIADOS S.R.L.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2014	26/02/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
14	APS	SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2014	10/03/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
15	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "MONTERO" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 015/2014	11/03/2014	ANULAR
16	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 016/2014	11/03/2014	ANULAR
17	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2014	18/03/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
18	APS	ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 018/2014	02/04/2014	ANULAR
19	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2014	04/04/2014	ANULAR
20	ASFI	ASOCIACION ACCIDENTAL "CONSORCIO BICENTENARIO"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2014	09/04/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
21	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO "SAN ANTONIO" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2014	09/04/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
22	ASFI	SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 022/2014	14/04/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
23	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2014	16/04/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
24	ASFI	SERVICIOS FINANCIEROS ANGELIAS S.R.L.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2014	21/04/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
25	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO "JERUSALEN" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2014	25/04/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
26	APS	PREVISION BBVA AFP S.A. Y FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2014	05/05/2014	CONFIRMAR PARCIALMENTE
27	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2014	05/05/2014	CONFIRMAR PARCIALMENTE -ANULAR
28	ASFI	BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2014	06/05/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
29	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPCF/Nº 029/2014	07/05/2014	ANULAR
30	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2014	08/05/2014	ANULAR
31	ASFI	INFOCRED SERVICIOS DE INFORMACION CREDITICIA BIC S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2014	09/05/2014	REVOCAR TOTALMENTE
32	APS	PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2014	16/05/2014	ANULAR
33	ASFI	MONICA ZAPATA ARAMAYO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2014	19/05/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
34	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2014	20/05/2014	ANULAR
35	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2014	20/05/2014	ANULAR
36	APS	PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 036/2014	22/05/2014	ANULAR
37	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2014	09/06/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
38	APS	WALTER PEDRO GONZALES PEÑARANDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 038/2014	12/06/2014	REVOCAR TOTALMENTE
39	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 039/2014	12/06/2014	REVOCAR TOTALMENTE
40	APS	KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE SEGUROS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 040/2014	12/06/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
41	APS	PREVISION BBVA AFP S.A. Y FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 041/2014	20/06/2014	ANULAR
42	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "MADRE Y MAESTRA" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2014	20/06/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
43	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A. Y NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 043/2014	24/06/2014	ANULAR
44	ASFI	BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2014	26/06/2014	REVOCAR TOTALMENTE
45	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 045/2014	26/06/2014	ANULAR
46	ASFI	BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 046/2014	27/06/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
47	ASFI	MARY NERY BALCAZAR,CELINA CHAVEZ VDA. DE VIERA,MAXIMO CORDOVA VALVERDE,MIGUEL EGUEZ AGUILERA,MARIA DINA GALVIZ, JUAN SALAS MENDEZ, JUAN GRUICH RAMOS - CONSEJEROS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "FATIMA"LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 047/2014	27/06/2014	ANULAR
48	APS	AON RE BOLIVIA S.A. CORREDORA DE REASEGUROS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 048/2014	27/06/2014	ANULAR
49	ASFI	LISSETH GUTIERREZ PATZI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2014	18/08/2014	REVOCAR TOTALMENTE
50	ASFI	BANCO UNION S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 050/2014	18/08/2014	ANULAR
51	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "EL BUEN SAMARITANO" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 051/2014	19/08/2014	ANULAR
52	ASFI	COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2014	25/08/2014	ANULAR
53	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 053/2014	28/08/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
54	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2014	02/09/2014	ANULAR
55	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SAN ANTONIO LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 055/2014	02/09/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
56	ASFI	VICTOR OTTO LEON ROMERO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2014	02/09/2014	ANULAR
57	APS	FERNANDO MONJE CAMPOS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2014	16/09/2014	ANULAR
58	ASFI	BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2014	22/09/2014	REVOCAR PARCIALMENTE -ANULAR
59	APS	SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2014	22/09/2014	ANULAR
60	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CRUZ DEL ORIENTE" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2014	16/10/2014	REVOCAR TOTALMENTE
61	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIA "CREDISUR" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2014	16/10/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
62	APS	CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 062/2014	16/10/2014	DECLARAR IMPROCEDENTE
63	APS	PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2014	16/10/2014	REVOCAR TOTALMENTE
64	ASFI	TECNOLOGIA CORPORATIVA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 064/2014	17/10/2014	ANULAR
65	APS	YENNY YOVANNA FERNANDEZ CHIRI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2014	17/10/2014	ANULAR
66	APS	SEGUROS PROVIDA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2014	17/10/2014	ANULAR
67	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2014	29/10/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
68	APS	BEATRIZ LUCY ANTEQUERA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2014	30/10/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
69	ASFI	DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD LA PAZ S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 069/2014	10/11/2014	CONFIRMAR PARCIALMENTE
70	ASFI	BETTY ROJAS VDA. DE ARRAZOLA Y KURTH ROLAND HOFFMANN BARRIENTOS - COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN PEDRO" LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2014	26/11/2014	REVOCAR PARCIALMENTE - ANULAR
71	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 071/2014	26/11/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
72	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 072/2014	26/11/2014	ANULAR
73	APS	ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 073/2014	26/11/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
74	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 074/2014	26/11/2014	ANULAR
75	APS	CONESA KIEFFER Y ASOCIADOS S.A. CORREDORES DE REASEGUROS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 075/2014	12/12/2014	CONFIRMAR PARCIALMENTE - ANULAR
76	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPCF/Nº 076/2014	16/12/2014	ANULAR
77	ASFI	BANCO FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 077/2014	17/12/2014	ANULAR
78	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 078/2014	24/12/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE
79	APS	ASOCIACION ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2014	24/12/2014	CONFIRMAR PARCIALMENTE - ANULAR
80	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 080/2014	29/12/2014	REVOCAR PARCIALMENTE - ANULAR
81	APS	PREVISION BBVA AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2014	29/12/2014	CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSF – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2014

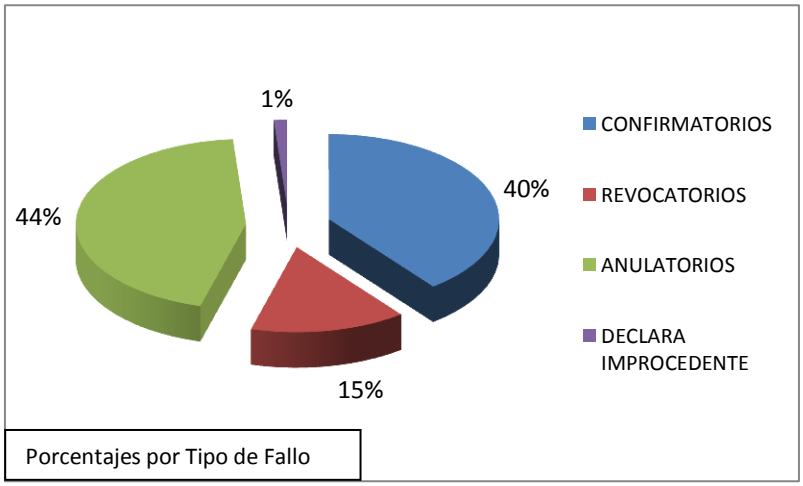
RECURSOS JERÁRQUICOS POR SECTOR RESUELTOS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS GESTIÓN 2014

ENTIDAD	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	27
PENSIONES	25
VALORES	7
SEGUROS	22
TOTAL	**81**



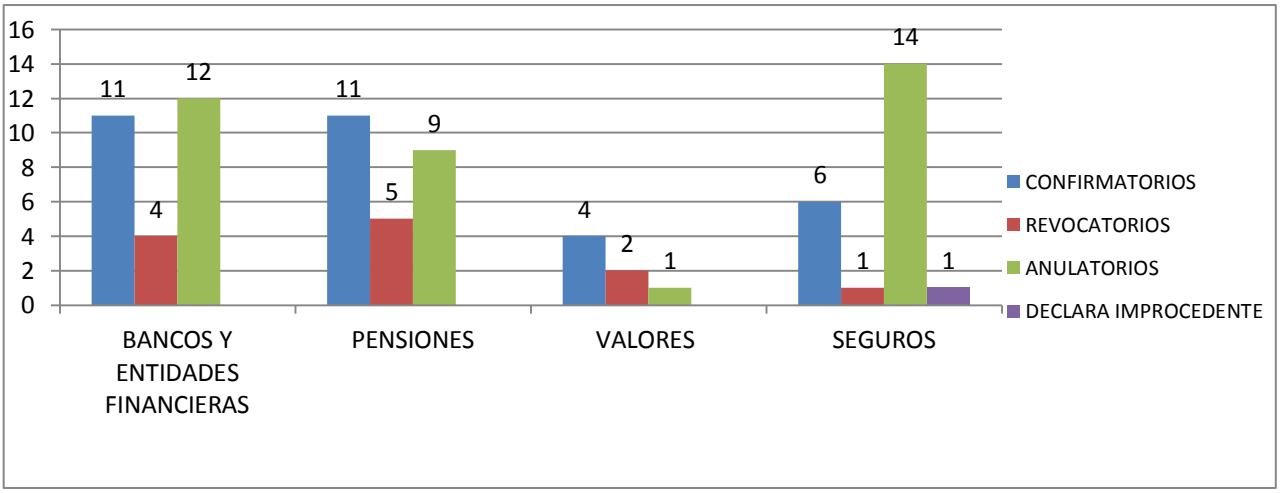
TIPOS DE FALLO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS – GESTIÓN 2014

FALLO	TOTAL
CONFIRMATORIOS	32
REVOCATORIOS	12
ANULATORIOS	36
DECLARA IMPROCEDENTE	1
TOTAL	**81**



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSF – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2014

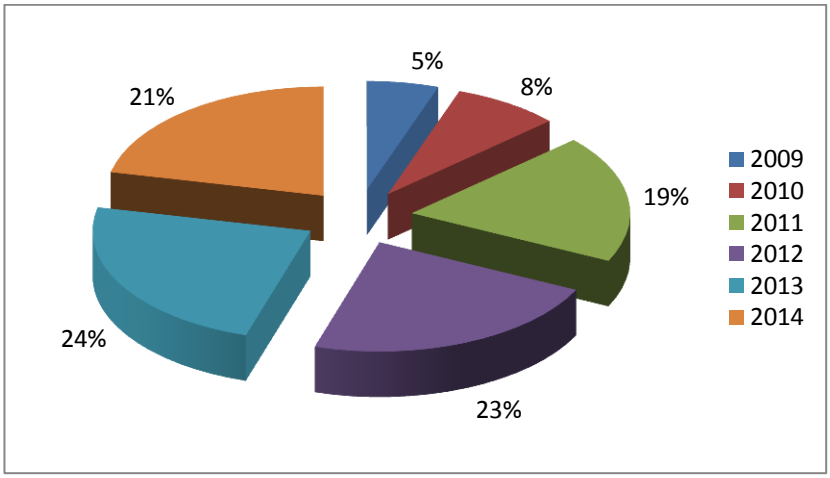
TIPO	BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	PENSIONES	VALORES	SEGUROS	TOTAL
CONFIRMATORIOS	11	11	4	6	**32**
REVOCATORIOS	4	5	2	1	**12**
ANULATORIOS	12	9	1	14	**36**
DECLARA IMPROCEDENTE				1	**1**
TOTAL	**27**	**25**	**7**	**22**	**81**



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DESDE LA GESTIÓN 2009 A LA GESTIÓN 2014

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS

GESTIÓN	TOTAL
2009	20
2010	30
2011	71
2012	85
2013	89
2014	81
TOTAL	**376**



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS RESUELTAS POR SECTOR

ENTIDAD	GESTIÓN 2009	GESTIÓN 2010	GESTIÓN 2011	GESTIÓN 2012	GESTIÓN 2013	GESTIÓN 2014	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	4	9	26	19	30	27	**115**
PENSIONES	9	11	32	35	36	25	**148**
VALORES	4	6	9	3	0	7	**29**
SEGUROS	3	4	4	28	23	22	**84**
TOTAL	**20**	**30**	**71**	**85**	**89**	**81**	**376**